

წ ე ლ ი ნ ი ზ ე ზ ე ლ ი

2013

**IVANE JAVAKHISHVILI TBILISI STATE UNIVERSITY
NATIONAL CENTER FOR ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION**

Alternative Dispute Resolution

Yearbook

2013

ივანე ჯავახიშვილის სახელობის თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტი
დავის ალტერნატიული გადაწყვეტის ნაციონალური ცენტრი

დავის ალტერნატიული გადაწყვეტა

წელწიეულ

2013



უნივერსიტეტის
გამომცემლობა

მთავარი რედაქტორი

ირაკლი ბურდული (პროფ., თსუ)

Chief Editor

Irakli Burduli (Prof., TSU)

სარედაქციოკოლეგია:

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

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

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

გიორგი ცერცვაძე (ასოც. პროფ., თსუ)

ნათია ჩიტაშვილი (ასისტ. პროფ., თსუ)

ლევან ჯანაშია (ასისტ. პროფ., თსუ)

Editorial Board:

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

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

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

Giorgi Tsertsvadze (Assoc. Prof., TSU)

Natia Chitashvili (Assis. Prof., TSU)

Levan Janashia (Assis. Prof., TSU)

ნელინდელის გამოცემა ამერიკელი ხალხის გულისხმიერების შედეგად და ამერიკის შეერთებული შტატების საერთაშორისო განვითარების სააგენტოს (USAID) მხარდაჭერით გახდა შესაძლებელი. ჟურნალში გამოთქმული შეხედულებები ეკუთვნის ავტორებს და შესაძლოა არ გამოხატავდეს USAID-ისა და აშშ-ის მთავრობის შეხედულებებს.

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

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



მართლმსაჯულების დამოუკიდებლობისა და სამართლებრივი გაძლიერების პროექტი



© ივანე ჯავახიშვილის სახელობის თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტის გამომცემლობა, 2014

ISSN 1987-9199

ს ა რ ჩ ე ვ ი

ნინო ელოშვილი <i>კონფიდენციალურობის პრინციპის მნიშვნელობა მედიაციის პროცესში</i>	7
NINO ELOSHVILI <i>THE IMPORTANCE OF CONFIDENTIALITY PRINCIPLE IN THE MEDIATION PROCESS</i>	41
პელაგია მახაური, ბეკა ხიტირი <i>ბანქორუტის მედიაცია</i>	70
PELAGIA MAKHAURI, BEKA KHITIRI <i>DIVORCE MEDIATION</i>	75
ნიკოლოზ ჩომახიძე <i>სარჩელის ურუნველყოფის ღონისძიებები საერთაშორისო არბიტრაჟში</i>	79
NIKOLOZ CHOMAKHIDZE <i>PROVISIONAL MEASURES IN INTERNATIONAL ARBITRATION</i>	108
რუსუდან ჭიტაშვილი <i>მედიაციის უპირატესობანი არბიტრაჟთან შედარებით</i>	131
RUSUDAN CHITASHVILI <i>ADVANTAGES OF MEDIATION COMPARED TO ARBITRATION</i>	161
თამარ ხუჭუა <i>სასკოლო მედიაცია განათლების სისტემაში</i>	184
TAMAR KHUCHUA <i>PEER MEDIATION IN EDUCATION</i>	189
სალომე ჯაფარიძე <i>საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების გაუქმებისა და საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების ცნობასა და აღსრულებაზე უარის თქმის ურთიერთმიმართება</i>	193
SALOME JAPARIDZE <i>INTERRELATIONS BETWEEN THE UNNULMENT OF THE ARBITRAL AWARD AND THE REFUSAL OF RECOGNITION AND ENFORCEMENT OF THE ARBITRAL AWARD</i>	229

კონფიდენციალურობის პრინციპის მნიშვნელობა მედიაციის პროცესში

I. შესავალი

მედიაცია დავის გადაწყვეტის ალტერნატიული მეთოდების ერთ-ერთი სახეა.¹ მედიაციის დროს მხარეები ცდილობენ გადაწყვიტონ დავა მესამე ნეიტრალური პირის დახმარებით.² შედეგად, ისინი აღწევენ მათთვის სასურველ შეთანხმებას და მოსამართლის გადაწყვეტილებით არ არიან შეზღუდულნი.³ მედიაციით იხილება სამეზობლო, სისხლის, საოჯახო, სამენარმეო და საერთაშორისო სამართლიდან წარმოშობილი დავები.⁴ საქართველოს კანონმდებლობით სავალდებულო სასამართლო მედიაციის განსახილველი დავები საქართველოს სამოქალაქო საპროცესო კოდექსით (შემდგომში „სსსკ“) არის განსაზღვრული, მაგრამ, მხარეთა თანხმობის შემთხვევაში, შესაძლებელია სასამართლო მედიაციამ ნებისმიერი კერძოსამართლებრივი დავა განიხილოს.⁵

მედიაცია სარგებლობს რიგი უპირატესობებით, როგორც არის, მაგალითად, სასამართლოში საქმის წარმოებასთან შედარებით ნაკლები ხარჯი და ნაკლებ სტრესული,⁶ არაფორმალური გარემო⁷ და სხვა. მედიატორები პროცესის ფუნდამენტურ წარმატებად კონფიდენციალურობის პრინციპს მიიჩნევენ,⁸ კანონმდებლები და სასამართლოებიც იზიარებენ ამ პოზიცი-

¹ Butler V.F., *Mediation Essentials and Expectations*, USA, Dorrance Publishing Co., Inc., 2004, 2.

² Spencer D., Brogan M., *Mediation Law and Practice*, China, Cambridge University Press, 2006, 3.

³ Butler V.F., *Mediation Essentials and Expectations*, USA, Dorrance Publishing Co., Inc., 2004, 1.

⁴ Field R., Wood N., *Marketing Mediation Ethically: The Case of Confidentiality*, Queensland University of Technology Law & Justice Journal, Vol. 5, No. 2, 2005, 143, <http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/qutlj5&div=14&collection=journals&set_as_cursor=clear>.

⁵ აღსანიშნავია, რომ სსსკ, 187³-ე მუხლის 1-ლი ნაწილით შეზღუდულია სასამართლო მედიაციის კომპეტენცია და განსაზღვრულია, რომ სასამართლო მედიაციის ფარგლებში შესაძლებელია განხილულ იქნეს საოჯახო სამართლიდან წარმოშობილი დავები, გარდა შვილად აყვანისა, შვილად აყვანის ბათილად ცნობისა, მშობლის უფლების შეზღუდვისა და მშობლის უფლების ჩამორთმევისა. ასევე, სასამართლო მედიაცია უფლებამოსილია განიხილოს სამეზობლო და სამემკვიდრეო სამართლიდან წარმოშობილი დავა და მხარეთა თანხმობის შემთხვევაში, ნებისმიერი სხვა დავა. საქართველოს საკანონმდებლო მაცნე (შემდგომში „სსმ“), 1106-ის, 14.11.1997, [ცვლილების რედაქცია: სსმ, 5550-რს, 20.12.2011]; სსსკ, 187³ მუხლი, სსმ, 1106-ის, 14.11.1997, [ცვლილების რედაქცია: სსმ, 5550-რს, 20.12.2011]; კანონმდებელი ითვალისწინებს სხვა სახის მედიაციასაც, როგორც არის სანოტარო, სამედიცინო, საგადასახადო და სხვა. განსახილველი დავის საგნები თითოეულ შემთხვევაში კანონმდებლობით ცალკეულად არის განსაზღვრული. სანოტარო მედიაციით განსახილველი დავები დადგენილია „ნოტარიატის შესახებ“ საქართველოს კანონის 38¹-ე მუხლის 1-ლი ნაწილით. ამ შემთხვევაში სანოტარო მედიაცია უფრო შეზღუდულია და ამ მედიაციით არ განიხილება ის დავა, რომელზეც კანონმდებლობით მედიაციის სპეციალური წესი არის დადგენილი. სსმ, 04.12.2009, 2283-III [ცვლილების რედაქცია: სსმ, 5851-ის, 16.03.2012]; სამედიცინო მედიაციის განხორციელების ღონისძიებათა შესახებ საქართველოს მთავრობის 80 დადგენილების მე-2 მუხლის „ე“ პუნქტით განისაზღვრება სამედიცინო მედიაციით განსახილველი დავა. სსმ, 29.02.2012; საქართველოს ორგანული კანონი შრომის კოდექსის 48¹ ითვალისწინებს კოლექტიური დავის განხილვას მედიაციის გზით, სსმ, 4113-რს, 17.12.2010, [ცვლილების რედაქცია: სსმ, 729-III, 12.06.2013]; საგადასახადო მედიაცია განისაზღვრება საჯარო სამართლის იურიდიული პირის შემოსავლების სამსახურის სტრუქტურული ერთეულების დამტკიცების თაობაზე უფროსის ბრძანებით 2742, მუხლი 12¹, 02.06.2011, [ცვლილების რედაქცია: სსმ, 21623, 20.05.2013].

⁶ Butler V.F., *Mediation Essentials and Expectations*, USA, Dorrance Publishing Co., Inc., 2004, 2.

⁷ Kuester E. L., *Confidentiality in Mediation: A Trial of Broken Promises*, Vol. 16, No. 2, Hamline Journal of Public Law & Policy, 1994-1995, 575, <http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/hplp16&div=23&collection=journals&set_as_cursor=clear>.

⁸ McCrory J.P., *Environmental Mediation – Another Piece for the Puzzle*, Vermont Law Review, Vol. 6, 1981, 49, 56, მითითებულია სტატიაში: Mehta A., *Resolving Environmental Disputes in Hush-hush World of Mediation: A Guideline of Confidentiality*, Georgetown Journal of Legal Ethics, Vol. 10, No 3, Spring, 1997,

ას.¹ თავის მხრივ, აღნიშნული პრინციპი ავსებს მედიაციის ინსტიტუტის მეორე მნიშვნელოვან ნეიტრალურობის პრინციპსაც. მედიაციის დასრულების შემდგომაც, კონფიდენციალურობის პრინციპის საფუძველზე, მედიატორი ვალდებულია დაიცვას, არ გაამჟღავნოს კონფიდენციალური ინფორმაცია,² რადგანაც, ასეთ შემთხვევაში მისი, როგორც დამოუკიდებელი მესამე პირის, ნეიტრალურობა შესაძლებელია კითხვის ნიშნის ქვეშ დადგეს.³

„მედიაციაში კონფიდენციალურობის პრინციპის მნიშვნელობა აქსიომატურია“.⁴ აღნიშნული პრინციპის არსებობა განაპირობებს მხარეების ნდობას პროცესის მიმართ. მხოლოდ მცირე რაოდენობის მედიაციის პროცესი იქნებოდა წარმატებული, თუ ერთმანეთის მიმართ მანიპულაციის შესაძლებლობა ექნებოდათ მხარეებს შემდგომში სასამართლოში დავისას.⁵

კონფიდენციალურობის პრინციპის რეგულაცია განსხვავდება სხვადასხვა სახელმწიფოს იურისდიქციაში.⁶ მედიაციის ინსტიტუტი სიახლეა ქართულ სამართალში. დღეის მდგომარეობით საქართველოს საკანონმდებლო რეგულაცია არის „ეპიზოდური“,⁷ სწორედ აქედან გამომდინარე, ამ ინსტიტუტთან დაკავშირებული კონფიდენციალური პრინციპის განხილვა აქტუალური და მნიშვნელოვანია. კვლევაში „მედიაციის სამართლებრივი რეგულირების პერსპექტივები საქართველოში“ აღნიშნულია, რომ „მედიაციის რეგულირებასთან დისკუსია საქართველოში მხოლოდ ახლა იწყება“.⁸

წინამდებარე სტატიის მიზანია დადგინდეს კონფიდენციალურობის პრინციპის მნიშვნელობა, ცნება, ფარგლები, კონფიდენციალურობის ვალდებულებით შებოჭილი პირები და დაცვის მექანიზმები. რელევანტურია განისაზღვროს არის თუ არა აბსოლუტური აღნიშნული პრინციპი, რამდენად „სასურველი“ და „გამართლებულია“ კონფიდენციალურობის პრინციპის შეზღუდვა საზოგადოებრივი უსაფრთხოების, სხვათა სიცოცხლის, ჯანმრთელობისა და ქონების ხელყოფის თავიდან აცილების, ან სხვა მიზნით. აღნიშნული საკითხების შედარებითსამართლებრივი კუთხით⁹ ანალიზისთვის მოყვანილი იქნება ევროკავშირის მიერ მიღებული დირექ-

522-523, <http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/geojlege10&div=25&collection=journals&set_as_cursor=clear>; მედიატორები წარმატებულ მედიაციაში, კონფიდენციალურობას გადამწყვეტ ელემენტად მიიჩნევენ, აღნიშნულია ნაშრომში: *Sharp D.*, The Many Faces of Mediation Confidentiality, *Dispute Resolution Journal*, Vol. 53, Issue 4, November, 1998, 58, <<http://web.ebscohost.com/ehost/pdfviewer/pdfviewer?vid=4&sid=07a682dd-06a2-404c-9708-9c135e7e9d30%40sessionmgr12&hid=11>>, [29.06.2013].

¹ *Mehta A.*, Resolving Environmental Disputes in Hush-hush World of Mediation: A Guideline of Confidentiality, *Georgetown Journal of Legal Ethics*, Vol. 10, No 3, Spring, 1997, 522-523, <http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/geojlege10&div=25&collection=journals&set_as_cursor=clear>.

² *Deason E. E.*, Predictable Mediation Confidentiality in the U.S. Federal System, *Ohio State Journal on Dispute Resolution* 239, Vol. 17, 2002, 3, <<https://litigation-essentials.lexisnexis.com/webcd/app?action=DocumentDisplay&crawlid=1&doctype=cite&docid=17+Ohio+St.+J.+on+Disp.+Resol.+239&srctype=smi&srcid=3B15&key=10a08271aa18b1f383ab0d6e85ad564c>>.

³ *Sherman E. F.*, Confidentiality in ADR, *Proceedings: Policy Issues Arising from the Texas Experience*, *South Texas Law Review* 541, (1997) ნიგნში: *Kovach K.K.*, *Mediation: Principles and Practice*, 3rd ed., USA, Thomson West, 2004, 267.

⁴ *Deason E. E.*, Predictable Mediation Confidentiality in the U.S. Federal System, *Ohio State Journal on Dispute Resolution* 239, Vol. 17, 2002, 1, <<https://litigation-essentials.lexisnexis.com/webcd/app?action=DocumentDisplay&crawlid=1&doctype=cite&docid=17+Ohio+St.+J.+on+Disp.+Resol.+239&srctype=smi&srcid=3B15&key=10a08271aa18b1f383ab0d6e85ad564c>>.

⁵ *Burnley R., Lascelles G.*, Mediator Confidentiality – Conduct and Communications, 1, <http://www.cedr.com/library/articles/Mediator_confidentiality_SJBerwin.pdf>, [05.07.2013].

⁶ *Deason E. E.*, Predictable Mediation Confidentiality in the U.S. Federal System, *Ohio State Journal on Dispute Resolution* 239, Vol. 17, 2002, 2, <<https://litigation-essentials.lexisnexis.com/webcd/app?action=DocumentDisplay&crawlid=1&doctype=cite&docid=17+Ohio+St.+J.+on+Disp.+Resol.+239&srctype=smi&srcid=3B15&key=10a08271aa18b1f383ab0d6e85ad564c>>.

⁷ *ცერცვაძე გ. (რედ.)*, მედიაციის სამართლებრივი რეგულირების პერსპექტივები საქართველოში, ივანე ჯავახიშვილის სახელობის თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტის დავის ალტერნატიული გადაწყვეტის ნაციონალური ცენტრი, თბ., 2013, 18, <<http://ncadr.tsu.ge/admin/upload/7706Edited-Final-Version-final.pdf>>, [05.07.2013].

⁸ იქვე.

⁹ როგორც საზღვარგარეთის ქვეყნების სამართალთან, სასამართლო პრაქტიკასთან, ასევე ევროკავშირის დირექტივასთან მიმართებით.

ტივა და იმ ქვეყნების საკანონმდებლო რეგულაციები, სადაც მედიაციის ინსტიტუტი ტრადიციულ ინსტიტუტად მიიჩნევა და მედიაციის კონფიდენციალურობის საკითხები არაერთხელ ქცეულა მსჯელობის საგნად. შედეგად, შემუშავდება ის რეკომენდაციები, რაც სასურველი იქნება ასახული იყოს საქართველოს კანონმდებლობაში კონფიდენციალურობის მნიშვნელობიდან გამომდინარე.¹

II. კონფიდენციალურობის პრინციპის მიმოხილვა

პერსონალურ ურთიერთობებზე კონფიდენციალურობის კონცეფცია ანტიკური პერიოდიდან არსებობს. აღნიშნულის თაობაზე ჰიპოკრატეს ფიცშიც არის საუბარი ექიმისა და პაციენტის ურთიერთობების კონტექსტში, დაახლოებით ქრისტეს შობამდე 400 წელს.² „ისტორიულად, ადვოკატსა და კლიენტს, ცოლ-ქმარსა და ზოგიერთ იურისდიქციაში მღვდელსა და აღმსარებელს შორის ურთიერთობებს მოიხსენიებენ როგორც „საერთო სამართლის პრივილეგიებს“.³ „ტერმინი „მედიაციის პრივილეგია“⁴ ეხება მედიაციის პროცესში კომუნიკაციის დაცვას“.⁵ უნდა აღინიშნოს, რომ კონფიდენციალურობა და პრივილეგიები არ არის აბსოლუტური. გამონაკლისები გათვალისწინებულია იმ მიზნით, რომ ამ ინფორმაციის ცოდნა უფრო მნიშვნელოვანია, ვიდრე კონფიდენციალურობის დაცვა.⁶

კონფიდენციალურობა ეს არის ინფორმაციის უსაფრთხოდ შენახვა და კონტროლი მის გამჟღავნებაზე. როგორც ეთიკური ცნება, ეს შეიძლება განიმარტოს მხარის ვალდებულებად გამოიყენოს ან გაავრცელოს ინფორმაცია მხოლოდ შესაბამის პირებთან შეთანხმებით და დაცვას ეს ინფორმაცია, რომელიც საჯაროდ არ არის ცნობილი. თუმცა, საინტერესოა ის ფაქტიც, რომ ვალდებულება გულისხმობს დაცულ იქნას სიმართლე და არა ყალბი ინფორმაცია, რამდენადაც არავითარი მიზანი არ ემსახურება არასწორი ინფორმაციის დაცვას.⁷

მედიაციის ფართოდ გამოყენებასთან ერთად, სამუხაროდ, თუმცა მაინც გარდაუვლად, იზრდება დავები კონფიდენციალურობასთან დაკავშირებით. თავის მხრივ, ასეთი დავები კანონმდებლებისა და სასამართლოებისთვის სტიმულს წარმოადგენენ დაიცვან კონფიდენციალურობა სხვადასხვა დონეზე სხვადასხვა შემთხვევაში.⁸

¹ Young P. M., Rejoice! Rejoice! Rejoice, Give Thanks, and Sing: 1 ABA, ACR, and AAA Adopt Revised Model Standards of Conduct for Mediators, *Appalachian Journal of Law* 195, Vol. 5, 2006, 11, <<https://litigationessentials.lexisnexis.com/webcd/app?action=DocumentDisplay&crawlid=1&doctype=cite&docid=5+Appalachian+J.+L.+195&srctype=smi&srcid=3B15&key=eb8564da8c7bfc4928d90366e3672e70>>.

წარმოჩენილია თუ რა საკითხები უნდა განისაზღვრებოდეს მედიაციაში კონფიდენციალურობის პრინციპთან დაკავშირებით.

² Richards N. M., Solove D. J., Privacy's Other Path: Recovering the Law of Confidentiality, *Georgetown Law Journal*, Vol. 96, 2007, 133, <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=969495>, [05.07.2013].

³ Foster H. H. Jr., An Overview of Confidentiality and Privilege, *Journal Psychiatry & Law*, Vol. 4, Issue 1, Spring, 1976, 394, <http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/jpsych4&div=39&collection=journals&set_as_cursor=clear>.

⁴ *Mediation privilege*.

⁵ Burr A. M., Confidentiality in Mediation: A Privilege Worth Protecting, *Dispute Resolution Journal*, February/April, 2002, 66, <<http://web.ebscohost.com/ehost/pdfviewer/pdfviewer?vid=4&sid=07a682dd-06a2-404c-9708-9c135e7e9d30%40sessionmgr12&hid=11>>, [29.06.2013].

⁶ Foster H. H. Jr., An Overview of Confidentiality and Privilege, *Journal Psychiatry & Law*, Vol. 4, Issue 1, Spring, 1976, 394, <http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/jpsych4&div=39&collection=journals&set_as_cursor=clear>.

დისონის მოსაზრებით კონფიდენციალურობის პრინციპი არ არის და არც უნდა იყოს აბსოლუტური. Deason E. E., Predictable Mediation Confidentiality in the U.S. Federal System, *Ohio State Journal on Dispute Resolution* 239, Vol. 17, 2002, 1, <<https://litigation-essentials.lexisnexis.com/webcd/app?action=DocumentDisplay&crawlid=1&doctype=cite&docid=17+Ohio+St.+J.+on+Disp.+Resol.+239&srctype=smi&srcid=3B15&key=10a08271aa18b1f383ab0d6e85ad564c>>.

⁷ Pattenden R., *The Law of Professional – Client Confidentiality, Regulating the Disclosure of Confidential Personal Information*, Oxford University Press, 2003, 12.

⁸ Deason E. E., Uniform Mediation Act, Law Ensures Confidentiality, Neutrality of Process, *Dispute Resolution Magazine*, Vol. 8, No 4, Summer, 2002, 7, <http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/disput8&div=43&collection=journals&set_as_cursor=clear>.

2.1. კონფიდენციალურობა სასამართლო პროცესში

სასამართლო არის საჯარო ინსტიტუტი და, შესაბამისად, პროცესებიც არის საჯარო. აღნიშნული წესის მიმართ დადგენილი გამონაკლისები იშვიათია.¹

მნიშვნელოვანია აღინიშნოს, ბელგიის საკანონმდებლო რეგულირება. აღნიშნულთან დაკავშირებით ლიტერატურაში არსებობს შემდეგი მოსაზრება: „როდესაც სასამართლოში ყველაფერი გამჭვირვალეა, თითქმის სანინააღმდეგო არის მედიაციაში“.²

სსსკ-ის მე-9 მუხლი არეგულირებს სამოქალაქო პროცესის საქვეყნოობის საკითხს. ამავე მუხლის პირველი ნაწილი ითვალისწინებს ზოგად დანაწესსა და გამონაკლისებს ღია სხდომებთან დაკავშირებით. ხსენებული მუხლის 1-ლი პუნქტის თანახმად, სასამართლოში ყველა საქმე განიხილება ღია სხდომებზე, თუ ეს არ ეწინააღმდეგება სახელმწიფო საიდუმლოების დაცვის ინტერესებს.³ კანონმდებლობა ითვალისწინებს, ასევე, სხვა გამონაკლისებს და შესაძლებელს ხდის მხარის მოტივირებული შუამდგომლობის საფუძველზე, სხდომა დახურულად გამოცხადდეს.⁴

სხდომის დახურულად გამოცხადების შემთხვევაშიც, საქმის განხილვაში მონაწილეობას იღებენ მხარეები და მათი წარმომადგენლები, ხოლო აუცილებლობის შემთხვევაში მონაწილეები, ექსპერტები, სპეციალისტები და თარჯიმნები.⁵ რაც მხარეებისთვის ნაკლებად მისაღები შეიძლება იყოს.

სასამართლოში კონფიდენციალურობა მხოლოდ საქმის განხილვის პერიოდით არის შეზღუდული და, საბოლოოდ, სასამართლო გადაწყვეტილების საჯაროდ გამოცხადებით მთავრდება.⁶ შედეგად, მხარეები საქმის განხილვის დახურულად გამოცხადებით ვერ აღწევენ მიზანს და სასამართლოში კონფიდენციალურობაც არის მხოლოდ დროებითი.

2.2. კონფიდენციალურობის პრინციპი მედიაციაში

2.2.1. მედიაციის დეფინიცია

მედიაციის ცნების ზუსტი დეფინიცია არ არის დადგენილი და „ზოგჯერ დოქტრინაში მედიაციის ცნებას გაურკვეველსა და ბუნდოვანსაც უწოდებენ“.⁷ მედიაციის ტრადიციული განმარტების თანახმად, ეს არის კონსესუალური, კონფიდენციალური პრობლემების გადაწყვეტის პროცესი.⁸ „შვეიცარიის დოქტრინასა და პრაქტიკაში მიღებულია მედიაციის საყოველთაოდ

¹ Kovach K. K., *Mediation in a Nutshell*, USA, Thomson West, 2003, 35.

² Palo G. D., Trevor M. B. (eds.), *EU Mediation Law and Practice*, Great Britain, Oxford University Press, 2012, 22.

³ სსსკ, მე-9 მუხლი, 1-ლი ნაწილი, სსმ, 1106-ის, 14.11.1997, [ცვლილების რედაქცია: სსმ, 1956-III, 13.05.1999], ასევე საერთო სასამართლოების შესახებ საქართველოს ორგანული კანონის მე-13 მუხლის 1-ლი პუნქტშიც აღნიშნულია სასამართლო სხდომების საჯაროობის თაობაზე, სსმ, 2257-III, 04.12.2009, [ცვლილების რედაქცია: სსმ, 580-III, 01.05.2013].

⁴ სსსკ, მე-9 მუხლი, 1-ლი ნაწილი, სსმ, 1106-ის, 14.11.1997, [ცვლილების რედაქცია: სსმ, 1956-III, 13.05.1999], მაგალითად, სსსკ-ს 350-ე მუხლის მე-3 ნაწილის თანახმად, შვილად აყვანის განცხადება შესაძლებელია განხილულ იქნეს დახურულ სასამართლო სხდომაზე სსმ, 1106-ის, 14.11.1997, [ცვლილების რედაქცია: სსმ, 1956-III, 13.05.1999].

⁵ სსსკ მე-9 მუხლის მე-2 ნაწილი, სსმ, 1106-ის, 14.11.1997, [ცვლილების რედაქცია: სსმ, 5290-რს, 11.07.2007].

⁶ საქართველოს ორგანული კანონი საერთო სასამართლოების შესახებ, მე-13 მუხლი მე-3 პუნქტი, სსმ, 2257-III, 04.12.2009, [ცვლილების რედაქცია: სსმ, 580-III, 01.05.2013]; გამონაკლისია ამ წესთან დაკავშირებით სსსკ-ის 351-ე მუხლის 1-ლი ნაწილით განსაზღვრული შემთხვევა. სასამართლოს გადაწყვეტილება შვილად აყვანის თაობაზე განმცხადებლის თხოვნით საჯაროდ არ ცხადდება, სსმ, 1106-ის, 14.11.1997.

⁷ Ziswiler, Hans Ulrich, *Inhalt und Bedeutung von Regeln zur Mediation in der Schweizerischen Zivilprozessordnung*, in : Leupold/Michael/Ruestchi/David, Stauber/Damian/Vetter/Mainrad (Hrsg.) *Der Weg zum Recht. Festschrift für Alfred Bühler "Schultess"*, Zürich, Basel, Genf, 2008, s268, მითითებულია წიგნში: *ცერცვაძე გ.*, მედიაცია, დავის გადაწყვეტის ალტერნატიული ფორმა (ზოგადი მიმოხილვა), თბ., 2010, 34.

⁸ Nolan-Haley J., *Mediation: The "New Arbitration"*, *Harvard Negotiation Law Review*, Vol. 17, Spring, 2012, 73, <http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/haneg17&div=4&collection=journals&set_as_cursor=cle ar#69>.

ალიარებული ნიშნებისა და პრინციპების ჩამოთვლა: კონფიდენციალურობა, ნეიტრალურობა თუმცა ცნებაში კონფიდენციალურობისა და მედიატორის ნეიტრალურობაზე მითითება საყოველთაოდ მიღებულად არ ითვლება. მაგალითად, ასე მოიქცნენ მედიაციის შესახებ ევროკავშირის დირექტივის ავტორები, როდესაც ეს ორი პრინციპი ცალკე იქნა გამოყოფილი და ცნებაში არ გაერთიანდა.¹ დავის ეფექტური გადაწყვეტის ცენტრის² მიერ მედიაციის ცნების განმარტებაში აქცენტის გაკეთება ხდება კონფიდენციალურობის ელემენტზე: „მედიაცია ეს არის მოქნილი პროცესი, რომელიც წარიმართება კონფიდენციალურად და სადაც ნეიტრალური პირი ეხმარება მხარეებს მიაღწიონ შეთანხმებას მათ შორის წარმოშობილ დავაზე, მაგრამ წარმართავს პროცესს მხარეთა კონტროლის ქვეშ დავის გადაწყვეტის საშუალებებსა და პირობებზე“.³

მედიაციის კონცეფციის განმარტებისას „ბევრი ავტორი ამ მეთოდს განიხილავს როგორც „მოლაპარაკების პროცესის გაგრძელებას“.⁴

როგორც ზემოხსენებულიდან ნათლად ჩანს, რიგ შემთხვევებში, მედიაციის ცნებაში კონფიდენციალურობის საკითხზე ხდება ყურადღების გამახვილება, რაც, თავის მხრივ, მედიაციაში ამ პრინციპის მნიშვნელობას უსვამს ხაზს.

2.2.2. კონფიდენციალურობის პრინციპის არსი და მიზანი მედიაციაში

მედიაცია უზრუნველყოფილია უფრო მეტი კონფიდენციალურობით, ვიდრე დავის გადაწყვეტის ტრადიციული გზები.⁵ აქვე აღსანიშნავია, რომ ალტერნატიული დავის გადაწყვეტის მეთოდებს კონფიდენციალურობა ახასიათებს, ყველაზე მეტად კი ეს მედიაციას ეხება.⁶

მედიატორები, კანონმდებლები და სასამართლოები მედიაციის პროცესის ფუნდამენტურ წარმატებად ამ პრინციპს ცნობენ.⁷ სწორედ, ეს პრინციპი არის მედიაციაში მონაწილეობისთვის პოტენციური კლიენტის მოზიდვის ერთ-ერთი საშუალება.⁸ აღნიშვნას საჭიროებს, რომ მედიაციაში კონფიდენციალურობის მნიშვნელობას აქსიომადაც მოიხსენიებენ⁹ და თითქმის, საკრალურ წესადაც კი მიიჩნევენ.¹

¹ *Kumpan, Christop, Bauer, Cathrin*, Mediation in der Schweiz, in: Hopt, Kalus, J. Steffek, Felix, Mediation, REchtstatstsachen, Rechtvergleich, Regelungen, “Mohr Siebeck,” Tübingen, 2008, s856, მითითებულია ნიგნში: *ცერცვაძე გ.*, მედიაცია, დავის გადაწყვეტის ალტერნატიული ფორმა (ზოგადი მიმოხილვა), თბ., 2010, 35.

² *Centre for Effective Dispute Resolution*.

³ *ჯანჯალია ბ.*, მედიაცია – სასამართლოში კორპორაციული დავის განხილვის ალტერნატივა, ბიზნესი და კანონმდებლობა, 10, 2009, მე-2 აბზაცი <<http://www.nplg.gov.ge/gSDL/cgi-bin/library.exe?e=d-01000-00---off-0period-00-1--0-10-0---0---0prompt-10---4-----0-01-11-en-50---20-about---00-3-1-00-0-0-11-1-0utfZz-8-10&a=d&c1=CL2.8&d=HASH01bcac37547c2abbf5f19714.8.1>>, [05.07.2013].

⁴ *Topor R., Dragomir C. B.*, Mediation as an Alternative to Conflict Settlement, *Contemporary Readings in Law and Social Justice*, Vol. 4(1), 2012, 393, <http://heionline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/conreadslj4&div=39&collection=journals&set_as_cursor=clear>.

⁵ *Mehta A.*, Resolving Environmental Disputes in Hush-hush World of Mediation: A Guideline of Confidentiality, *Georgetown Journal of Legal Ethics*, Vol. 10, No 3, Spring, 1997, 522, <http://heionline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/geojlege10&div=25&collection=journals&set_as_cursor=clear>.

⁶ *Kovach K. K.*, Mediation: Principles and Practice, 3rd ed., USA, Thomson West, 2004, 262.

⁷ *Mehta A.*, Resolving Environmental Disputes in Hush-hush World of Mediation: A Guideline of Confidentiality, *Georgetown Journal of Legal Ethics*, Vol. 10, No 3, Spring, 1997, 522-523, <http://heionline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/geojlege10&div=25&collection=journals&set_as_cursor=clear>; *Sun J. C.*, University Officials as Administrators & Mediators: the Dual Role Conflict & Confidentiality Problems, *Brigham Young University Education and Law Journal*, 1999, third para, <<http://web.ebscohost.com/ehost/detail?sid=3666f0d0-46af-4f58-9ad2-4650c1e2ed4c%40sessionmgr4&vid=1&hid=10&bdata=JnNpdGU9ZWhvc3QtbGl2ZQ%3d%3d%db=aph&AN=1930617>>.

⁸ *Kotler P., Keller K.L.*, Marketing Management, Pearson Prentice Hall, 12th ed., New Jersey, 2006, 19, Figure 1.4, მითითებულია სტატიაში: *Field R., Wood N.*, Marketing Mediation Ethically: The Case of Confidentiality, *Queensland University of Technology Law & Justice Journal*, Vol. 5, No. 2, 2005, 145, <http://heionline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/qltj5&div=14&collection=journals&set_as_cursor=clear>.

⁹ *Deason E. E.*, Predictable Mediation Confidentiality in the U.S. Federal System, *Ohio State Journal on Dispute Resolution* 239, 2002, 1, <[https://litigation-essentials.lexisnexis.com/webcd/app?action=DocumentDisplay&](https://litigation-essentials.lexisnexis.com/webcd/app?action=DocumentDisplay&...)

მედიაციის კონფიდენციალურობა შესაძლებელია განსხვავებულად განმარტონ დავის მხარეებმა, პრაქტიკოსებმა და აკადემიკოსებმა.² მაგალითისთვის, კონფიდენციალურობას, ინტელექტუალური საკუთრების დავაზე მედიაციაში სხვადასხვაგვარად განმარტავენ. ზოგისთვის ეს შეიძლება იყოს მედიაციის პროცესი, როგორც კერძო პროცესი. შესაძლებელია, ასევე ნიშნავდეს მედიაციის პროცესის დროს გაჟღერებული და განხორციელებული ქმედებების პრივილეგიას ან მხარის საკუთრებაში არსებული ინფორმაციის გამჟღავნებას განსაზღვრულ პირთათვის კონკრეტულ შემთხვევებში.³

მედიაციას ყოველთვის ახლავს მოლაპარაკება, როგორც არაფორმალური კოორდინაცია, რომელიც დავის გადაწყვეტისას ამცირებს ბარიერებს და მოლაპარაკების პროცესის მნიშვნელობას ზრდის. მედიატორები თავად კი არ წყვეტენ კონფლიქტს და არ იღებენ გადაწყვეტილებას. არამედ, მათი ეფექტურობა მომდინარეობს შესაძლებლობიდან შეხვდნენ მხარეებს ინდივიდუალურად, შეისწავლონ დავის არსი, მოახდინონ თითოეული მხარის კომპრომისების იდენტიფიცირება და წაახალისონ მხარეები შეთანხმების მისაღწევად კომპრომისზე წასვლით.⁴ კონფიდენციალურობის მოლოდინი ხელს უწყობს მხარეთა შორის გულახდილ და ღია დიალოგს, რაც აუცილებელია მედიაციის წარმატებით დასრულებისთვის,⁵ ეხმარება მხარეებს იყვნენ პირდაპირები და გულწრფელები, ისაუბრონ თავისუფლად.⁶ ეს პრინციპი, მედიაციის პროცესში, მხარეებს უქმნის ისეთ ატმოსფეროს, სადაც მხარეები შეუზღუდავად საუბრობენ მათ შორის არსებულ დავაზე. მედიაციის მხარეები მოლაპარაკებებს ახორციელებენ და უზიარებენ ინფორმაციას, იმ ცოდნით, რომ ეს შემდგომში საჯაროდ მათ წინააღმდეგ არ იქნება გამოყენებული.⁷ აუცილებელია აღინიშნოს, რომ მედიატორები კლიენტებს ამ სიტყვებით მიმართავენ – „გვენდეთ ჩვენ“. რადგანაც, მედიაციის პროცესი ეს არის ადგილი, სადაც კონფიდენციალურობას პატივს სცემენ და იცავენ.⁸

კონფიდენციალურობა მედიაციაში მნიშვნელოვანია შემდეგი გარემოებების გათვალისწინებით:⁹

ეფექტური მედიაცია საჭიროებს თავისუფლებას;

მედიატორი, რომელსაც არ გააჩნია სავალდებულო ხასიათის ძალაუფლება, ეხმარება მხარეებს კონფლიქტის მიზეზების დადგენაში, შეთანხმებისათვის საფუძვლების გამონახვაში და მხარეებს მოუწოდებს ერთმანეთის ინტერესების გათვალისწინებით შეთანხმების მიღწე-

crawlid=1&doctype=cite&docid=17+Ohio+St.+J.+on+Disp.+Resol.+239&srctype=smi&srcid=3B15&key=10a08271aa18b1f383ab0d6e85ad564c>.

¹ *Nolan-Haley J.*, Mediation: The "New Arbitration", *Harvard Negotiation Law Review*, Vol. 17, Spring, 2012, 69, http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/haneg17&div=4&collection=journals&set_as_cursor=clear#69.

² *Irvine M.*, Serving Two Masters: the Obligation Under the Rules of Professional Conduct to Report Attorney Misconduct in a Confidential Mediation, *Rutgers Law Journal*, Vol.26, No. 1, Autumn, 1994, 164, <http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/rutlj26&div=3&collection=journals&set_as_cursor=clear>.

³ *Golann D.*, Mediating Legal Disputes: Effective Strategies for Neutrals and Advocates, *American Bar Association*, Printed in the United States of America, 2009, 309.

⁴ *Topor R., Dragomir C. B.*, Mediation as an Alternative to Conflict Settlement, *Contemporary Readings in Law and Social Justice*, Vol. 4(1), 2012, 393, <http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/conreadlsj4&div=39&collection=journals&set_as_cursor=clear>.

⁵ *Rausch M.*, The Uniform Mediation Act, *Ohio State Journal Dispute Resolution*, Vol. 18:2, 2003, 603, <http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/ohjdpr18&div=26&collection=journals&set_as_cursor=clear>.

⁶ *Sherman E., F.*, Confidentiality in ADR, *Proceedings: Policy Issues Arising from the Texas Experience*, *South Texas Law Review* 541, (1997), მითითებულია ნიგნში: *Kovach K. K.*, *Mediation: Principles and Practice*, 3rd ed., USA, 2004, 267.

⁷ *Macturk H. C.*, Confidentiality in Mediation: The Best Protection has Exceptions, *American Journal of Trial Advocacy*, Vol. 19, Issue 2, Fall, 1995, 412, <http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/amjtrad19&div=25&collection=journals&set_as_cursor=clear#431>.

⁸ *Waldman E.*, *Mediation Ethics: Cases and Commentaries*, Jossey-Bass, 2011, 227.

⁹ *Freedman L.R., Prigoff M. L.*, Confidentiality in Mediation: The Need for Protection, *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, Vol. 2, No. 1, Fall, 1986, 37, <http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/ohjdpr2&div=9&collection=journals&set_as_cursor=clear>.

ვაში. სწორედ, მედიატორმა უნდა დაანახოს მხარეებს პოზიციები და ინტერესები. ამის მიღწევა შეუძლებელია თუ მხარეები საკითხებს მუდმივად მათი გადმოსახედიდან შეაფასებენ.¹ ასეთ დროს, ხშირად ხდება სენსიტიური დეტალების წამოჭრა.² კერძოდ, კომპრომისული მოლაპარაკებები ხშირად მოითხოვს დავის მხარეების მხრიდან აღნიშვნას ისეთ საკითხებზე, რასაც სხვა შემთხვევაში არ დათანხმდებოდნენ. კონფიდენციალურობა უზრუნველყოფს, რომ მხარეები ნებაყოფლობით ჩაერთვებიან პროცესში და შემდგომში ეფექტურად, წარმატებულად მიიღებენ მონაწილეობას მედიატიაში.³

დავის მხარეების გულწრფელობა მოითხოვს კონფიდენციალურობას;

მედიაციის დროს, განსხვავებით ტრადიციული მართლმსაჯულებისგან, მხარეები კომუნიკაციას ახორციელებენ იმ მოლოდინით, რომ მომავალში ამით შეზღუდულები, შებოჭილები იქნებიან. შემდგომში, თუ ერთ-ერთი მხარე უფრო კმაყოფილი იქნება მიღწეული შედეგით, შესაძლებელია, რომ ამ პროცესებში შეტყობილი ინფორმაციით ზიანი მიაყენოს მეორე მხარეს. შესაბამისად, მედიაციის დროს მიღებული ინფორმაცია, გულუბრყვილო ადამიანების წინააღმდეგ იქნება გამოყენებული თუ არ მოხდება სასამართლოში მტკიცებულების დაუშვებლად გამოცხადება.⁴

მედიატორი უნდა იყოს ნეიტრალური ფაქტებსა და მათ აღქმასთან დაკავშირებით;

სასამართლოში, მედიატორის მიცემული ჩვენება გარდაუვლად დაკვალიფიცირდება, როგორც ერთ-ერთი მხარისთვის სასარგებლო ჩვენება. არ აქვს მნიშვნელობა, ამ შემთხვევაში, მედიატორი რამდენად ფრთხილი იქნება. შესაბამისად, სასამართლოში ჩვენების მიცემა მედიატორის, როგორც მიუკერძოებელი შუამავლის, ეფექტურობას გაანადგურებს.⁵

კონფიდენციალურობა არის ბევრისთვის მიზეზი დავის გადასაწყვეტად მედიაციის არჩევისთვის;

დავის საგანი იქნება სავაჭრო საიდუმლო თუ „ბინძური სამრეცხაოს სუნი“, მხარეებისთვის მთავარი მოტივაცია ამ მეთოდით დავის გადაწყვეტისას არის ის, რომ მათ შეუძლიათ დავა მოაგვარონ უფრო მშვიდად და არაფორმალურ გარემოში.⁶

მედიატორებისა და მედიაციის პროგრამების დაცვა.

მედიაციის სათანადო შეფასებისთვის, ადეკვატური ჩანაწერების გაკეთება აუცილებელია. რამდენადაც, მედიაციის პროგრამების განმხორციელებელი პირები არ არიან დარწმუნებულები იმოქმედებს თუ არა, ჩანაწერებთან დაკავშირებით, კონფიდენციალურობის დაცვა საკანონმდებლო დაცვის არარსებობის დროს, სწორედ ამიტომ, ამ პრინციპის დაცვის მიზნით, ანადგურებენ ამ ჩანაწერებს, დოკუმენტებს.⁷

¹ *Freedman L.R. , Prigoff M. L., Confidentiality in Mediation: The Need for Protection, Ohio State Journal on Dispute Resolution, Vol. 2, No. 1, Fall, 1986, 38, <http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/ohjdpr2&div=9&collection=journals&set_as_cursor=clear>.*

² *Freedman L. R. , Prigoff M. L., Confidentiality in Mediation: The Need for Protection, Ohio State Journal on Dispute Resolution, Vol. 2, No.1, Fall, 1986, 38, < http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/ohjdpr2&div=9&collection=journals&set_as_cursor=clear>; Henke E. M., Confidentiality in the Model Law and the European Mediation Directive, A comparison of solutions offered in the Mediation Directive and the Model Law on Conciliation with examination of the actual situation in selected Civil and Common Law Countries, Master's Thesis, GRIN Verlag, 2011, 3.*

³ *Freedman L. R. , Prigoff M. L., Confidentiality in Mediation: The Need for Protection, Ohio State Journal on Dispute Resolution, Vol. 2, No.1, Fall, 1986, 38, <http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/ohjdpr2&div=9&collection=journals&set_as_cursor=clear>.*

⁴ იქვე.

⁵ იქვე.

⁶ იქვე.

⁷ იქვე.

ამგვარად, ბევრი მიზეზი არსებობს იმის სასარგებლოდ თუ რატომ არის კონფიდენციალურობა მნიშვნელოვანი მედიაციისთვის.¹

„გარკვეული გარანტიების გარეშე, არც ჭკვიანი მხარე და არც ადვოკატი დათანხმდება მედიაციის პროცესის დროს ინფორმაციის გამჟღავნებას თუ ეს შემდგომში სასამართლოში, მათ წინააღმდეგ იქნება გამოყენებული“.² ამასთანავე, დავის გადაწყვეტის მნიშვნელოვანი შესაძლებლობები დაიკარგებოდა.³ იმისათვის, რომ მედიაცია ნარმატიული იყოს ორივე მხარისთვის, აუცილებელია მოლაპარაკების ნარმოება. მედიაცია ამ უკანასკნელის გარეშე არ არსებობს.⁴ უმთავრესი საკითხია, რომ მხარეებმა სრულად მიანოდონ ის მიზეზები და განმარტებები მათ შემოთავაზებებზე, ვარაუდებზე, მოლოდინებზე. პირადი, ქონებრივი ან სხვა სახის კონფიდენციალური ინფორმაციის გაცვლა, შესაძლოა აუცილებელი გახდეს დავის ნარმატიებით გადაწყვეტის მიზნით.⁵ კომუნიკაციის სრულად განხორციელების მიზნით, ამ პრინციპის არსებობა მნიშვნელოვანია.⁶ სწორედ ამიტომ აღნიშნავენ, რომ კონფიდენციალურობას მედიაციის ნარმატიებაში ცენტრალური ადგილი უკავია.⁷

კონფიდენციალურობა მედიაციაში იმდენად მნიშვნელოვანი გახდა, რომ შტატების გაერთიანებული კანონმდებლობის შესახებ კომისიონერების ნაციონალურმა კონფერენციამ⁸ განსაზღვრა, რომ საერთო ან/და მოდელური აქტის⁹ შედგენისას, კონფიდენციალურობის რეგულაცია იქნებოდა მთავარი საკითხი.¹⁰

მედიაციაში კონფიდენციალურობის პრინციპის რეგულაცია განსხვავდება სხვადასხვა იურისდიქციაში.¹¹ მაგალითად, ფინეთში სასამართლოსთან არსებული მედიაციის სამსახურის პროცესი არის საჯარო, განსხვავებით სასამართლოს გარეთ არსებული მედიაციის პროცესისა.¹²

ყოველივე ზემოაღნიშნულიდან გამომდინარე, მედიაციის განმავლობაში მხარეთა შორის მოლაპარაკებები მიმდინარეობს კონფიდენციალურად და მოლაპარაკებების შედეგს, ასევე, სავალდებულო ძალა არ აქვს. გამოცდილება აჩვენებს, რომ მედიაცია კონფიდენციალურობის გამო, უფრო მეტად ეფექტურია.¹³

¹ *Freedman L. R., Prigoff M. L., Confidentiality in Mediation: The Need for Protection, Ohio State Journal on Dispute Resolution, Vol. 2, No.1, Fall, 1986, 38-39, <http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/ohjdr2&div=9&collection=journals&set_as_cursor=clear.*

² *Peterson A. L. H., Substantive Law Clash: An Inquiry into the Impact of in re Marriage of Kieturakis on California's Confidentiality Law, Pepperdine Dispute Resolution Law Journal, Vol. 8, No.1, 2007, 199, <http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/pepds8&div=12&collection=journals&set_as_cursor=clear>.*

³ იქვე.

⁴ *Roberts, Marian Mediation in Family Disputes, Principles and Practice, 3rd ed., "Ashagte", Padstwo, 2008, 8, მითითებულია წიგნში: ცერცვაძე გ., მედიაცია, დავის გადაწყვეტის ალტერნატიული ფორმა (ზოგადი მიმოხილვა), თბ., 2010, 43-44.*

⁵ *Callahan R., Mediation Confidentiality: For California Litigants, Why Should Mediation Confidentiality be a Function of the Court in Which the Litigation is Pending, Pepperdine Dispute Resolution Law Journal, Vol. 12, No. 1, 2012, 65, <http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/pepds12&div=5&collection=journals&set_as_cursor=clear>.*

⁶ *Deason E. E., Predictable Mediation Confidentiality in the U.S. Federal System, Ohio State Journal on Dispute Resolution 239, Vol. 17, 2002, 3, <<https://litigation-essentials.lexisnexis.com/webcd/app?action=DocumentDisplay&crawlid=1&doctype=cite&docid=17+Ohio+St.+J.+on+Disp.+Resol.+239&srctype=smi&srcid=3B15&key=10a08271aa18b1f383ab0d6e85ad564c>>.*

⁷ *Macturk H. C., Confidentiality in Mediation: The Best Protection has Exceptions, American Journal of Trial Advocacy, Vol. 19, Issue 2, Fall, 1995, 412, <http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/amjtrad19&div=25&collection=journals&set_as_cursor=clear#431>.*

⁸ *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws.*

⁹ *Uniform or/and Model Mediaton Act.*

¹⁰ *Kovach K. K., Mediation: Principles and Practice, Third edition, Printed in the United States of America, Thomson West, 2004, 262.*

¹¹ *Deason E. E., Predictable Mediation Confidentiality in the U.S. Federal System, Ohio State Journal on Dispute Resolution 239, Vol. 17, 2002, 2, <<https://litigation-essentials.lexisnexis.com/webcd/app?action=DocumentDisplay&crawlid=1&doctype=cite&docid=17+Ohio+St.+J.+on+Disp.+Resol.+239&srctype=smi&srcid=3B15&key=10a08271aa18b1f383ab0d6e85ad564c>>.*

¹² *Palo G.D., Trevor M.B. (eds.), EU Mediation Law and Practice, Printed in Great Britain, Oxford University Press, 2012, 99.*

¹³ *The Law Society of NSW, Fast Answers - What is Mediation, <<http://www.lawsociety.com.au>>, August, 2005, მითითებულია სტატიაში: Field R., Wood N., Marketing Mediation Ethically: The Case of Confidentiality, Queensland University of Technology Law & Justice Journal, Vol. 5, No. 2, 2005, 146, <http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/qutlj5&div=14&collection=journals&set_as_cursor=clear>.*

2.2.3. კონფიდენციალურობის პრინციპის დადებითი და უარყოფითი მხარეები

კონფიდენციალურობა არის მედიაციის პირველი წესი.¹ ამის მიუხედავად, შესაძლებელია იყოს მისი შეზღუდვის საჭიროება, იმ საფრთხის თავიდან ასაცილებლად, როდესაც მხარეებს სურთ ბოროტად გამოიყენონ პროცესი.² შესაძლებელია, მხარის მიზანი იყოს სასამართლო პროცესის გაჭიანურება, მედიაციის პროცესში მონაწილეობა მიიღონ და შემდგომში მოალაპარაკებაზე უარი თქვან.³ იმ იმედით, რომ მედიაცია კონფიდენციალურია, შესაძლებელია, მხარემ არასწორი ფაქტები წარადგინოს. არასწორ ინფორმაციაზე დაყრდნობით, მეორე მხარე ზარალდება და, ამავდროულად, მხარის არაკეთილსინდისიერების ფაქტის დამტკიცება რთულია. ეს შემდგომში გულისხმობს, რომ „ერთხელ დაზარალებული მხარე, კი სავარაუდოდ, აღარ აირჩევს მედიაციას დავის გადაწყვეტისათვის“. თავის მხრივ, „ეს მედიაციის განვითარებას დააბრკოლებს“.⁴ შესაძლებელია, ამით ზიანი მიადგეს როგორც მხარეებს, ასევე მესამე პირებს,⁵ რომლებზეც გავლენას ახდენს მედიაციის შედეგები.⁶

დაზარალებულ მხარეს, ფაქტობრივად, დაცვის გარანტიები არ ექნება მედიაციის პროცესში მეორე მხარის მხრიდან არაკეთილსინდისიერებისას, თუ სახეზე იქნება აბსოლუტური კონფიდენციალურობა. ამავდროულად, დადებითი მხარეა, როდესაც მედიაცია არ არის ჩაკეტილი და საზოგადოება ინფორმირებულია ამ ინსტიტუტის თაობაზე, რაც ხელს უწყობს მედიაციის მიმართ ნდობას.⁷ მეორე მხრივ, ფართოდ მიღებულია კომუნიკაციებისა და მასალების კონფიდენციალურობის დაცვის მიზნით, მედიაციაში პრივილეგიების ან სხვა სახის გარანტიების არსებობა, მაგრამ ამის მიუხედავად, მაინც ყავს ამ პოზიციას თავისი კრიტიკოსები. ბევრ მეცნიერს მიაჩნია, რომ საზოგადოებრივი საკითხების⁸ გადაწყვეტის უფლებას მოკლებულია სასამართლო და, თავის მხრივ, საზოგადოებაც მოკლებულია სასამართლო პრეცედენტს.⁹ შესაძლებელია, აღნიშნული ასევე ეწინააღმდეგებოდეს გამჭვირვალობის დემოკრატიულ პრინციპსა და საზოგადოების პროცესებში ჩართულობას.¹⁰

თუმცა, აღნიშნული პრივილეგიები საზოგადოებრივ პრობლემებს¹¹ არ ქმნიან. დავის გადაწყვეტის ალტერნატიულ მეთოდებში, მხარეები უფრო მეტად არიან ჩართულები. თუ გარ-

¹ Richbell D., *Mediation of Construction Disputes*, Printed in Singapore, Blackwell Publishing, 2008, 75.

² ცერცვაძე გ. (რედ.), მედიაციის სამართლებრივი რეგულირების პერსპექტივები საქართველოში, ივანე ჯავახიშვილის სახელობის თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტის დავის ალტერნატიული გადაწყვეტის ნაციონალური ცენტრი, თბ., 2013, 31, <<http://ncadr.tsu.ge/admin/upload/7706Edited-Final-Version-final.pdf>>, [05.07.2013].

³ იქვე.

⁴ Kovach K. K., *Mediation: Principles and Practice*, 3rd ed., USA, Thomson West, 2004, 273, მითითებულია კვლევაში: ცერცვაძე გ. (პასუხისმგებელი რედაქტორი), მედიაციის სამართლებრივი რეგულირების პერსპექტივები საქართველოში, ივანე ჯავახიშვილის სახელობის თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტის დავის ალტერნატიული გადაწყვეტის ნაციონალური ცენტრი, თბ., 2013, 31-32, <<http://ncadr.tsu.ge/admin/upload/7706Edited-Final-Version-final.pdf>>, [05.07.2013].

⁵ *Third parties*.

⁶ Hardy S., Rundle O., *Mediation for Lawyers*, Australia, CCH Australia Limited, 2010, 170.

⁷ ცერცვაძე გ. (რედ.), მედიაციის სამართლებრივი რეგულირების პერსპექტივები საქართველოში, ივანე ჯავახიშვილის სახელობის თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტის დავის ალტერნატიული გადაწყვეტის ნაციონალური ცენტრი, თბ., 2013, 32, <<http://ncadr.tsu.ge/admin/upload/7706Edited-Final-Version-final.pdf>>, [24.12.2012].

⁸ *Public matters*.

⁹ Owen R. M., *In re Uncertainty: A Uniform and Confidential Treatment of Evidentiary and Advocatory Materials Used in Mediation*, Ohio State Journal on Dispute Resolution 911, Vol. 20, 2005, 3, <<https://litigation-essentials.lexisnexis.com/webcd/app?action=DocumentDisplay&crawlid=1&doctype=cite&docid=20+Ohio+St.+J.+on+Disp.+Resol.+911&srctype=smi&srcid=3B15&key=3dc000a820890358d54088642b9b845f>>.

¹⁰ Deason E. E., *Symposium: Deason E. E., Symposium: Secrecy and Transparency in Dispute Resolution: The Need for Trust as a Justification for Confidentiality in Mediation: A Cross-Disciplinary Approach*, Kansas Law Review 1387, Vol. 54, June, 2006, 1, <<https://litigation-essentials.lexisnexis.com/webcd/app?action=DocumentDisplay&crawlid=1&doctype=cite&docid=54+Kan.+L.+Rev.+1387&srctype=smi&srcid=3B15&key=512f3bacd52d582393a1235f2a59d>>.

¹¹ *Public hardship*.

კვეული პრეცედენტი ან ინფორმაცია, კონფიდენციალურობის დაცვიდან გამომდინარე, არ მულავნდება, გადანონილია მედიაციის მონაწილე მხარეთა ბენეფიტებით. მედიაციის პრივილეგიები მცირე ზიანს აყენებს საზოგადოებას. მაშინ როდესაც, ერთმანეთის საპირისპიროდ არის მცირე ზიანი და არსებითი ბენეფიტები,¹ რასაკვირველია, საკითხი ამ უკანასკნელის სასარგებლოდ უნდა გადაწყდეს.²

აქედან გამომდინარე, მედიაციაში კონფიდენციალურობის მნიშვნელობა უდავოა. თუმცა, აბსოლუტურ კონფიდენციალურობას შესაძლოა ჰქონდეს ასევე, სხვა უარყოფითი შედეგები. სწორედ, ამიტომ სახელმწიფომ უნდა დაადგინოს გარკვეული შეზღუდვები და დაიცვას კეთილსინდისიერი მხარის ინტერესები.

2.3. კონფიდენციალურ ინფორმაციად დაკვალიფიცირების ფარგლები

მედიაციის მონაწილე მხარეებს, კონფიდენციალურობასთან დაკავშირებით, ოთხი სახის არჩევანის გაკეთების შესაძლებლობა აქვთ:

- 1) არაფერია კონფიდენციალური;
 - 2) ყველაფერი არის კონფიდენციალური;
 - 3) არაფერი არის კონფიდენციალური, გარდა იმისა, რასაც პირდაპირ აღნიშნავენ;
 - 4) ყველაფერი არის კონფიდენციალური გარდა იმისა, რაზეც მხარეები შეთანხმდებიან.³
- კონფიდენციალურობა შესაძლებელია ორ კატეგორიად დაიყოს:

ა) „პროცესის“ საკითხები, რომლებიც აუცილებელია კონკრეტული დავის გადანყვეტის თვალსაზრისით, და ბ) „საჯარო ხელმისაწვდომობა“ – ალტერნატიული გადანყვეტა, რომელიც დაკავშირებულია პროცესის დავის პერიოდში განხორციელებული კომუნიკაციის ხელმისაწვდომობასთან.⁴

თუმცა, კონფიდენციალურობის ფარგლები ალტერნატიული დავის გადანყვეტის პროცესებში განგრძობითი პრობლემური საკითხია.⁵ აუცილებელია განისაზღვროს რა მომენტიდან იწყება და წყდება აღნიშნული პრინციპის მოქმედება.

სსსკ-ს 187⁸-ე მუხლის 1-ლი ნაწილის თანახმად სასამართლო მედიაციის პროცესი კონფიდენციალურია.⁶ თუმცა კანონმდებელი არ განმარტავს, როდის იწყება და მთავრდება მედიაციის პროცესი. 2002 წლის საერთაშორისო კომერციული მედიაციის შესახებ *UNCITRAL*-ის მოდელური კანონის⁷ მიხედვით ყველა რელევანტური ინფორმაცია, რომელიც მიწოდებულ იქნა მხარის მიერ მედიატორისთვის წარმოადგენს კონფიდენციალურს, აღნიშნული მოიცავს ასევე მედიაციის⁸ დაწყებამდე არსებულ ინფორმაციასაც.⁹ მაგალითად, ასეთი ინფორმაცია და

¹ *Substantial benefits.*

² *Owen R. M., In re Uncertainty: A Uniform and Confidential Treatment of Evidentiary and Advocatory Materials Used in Mediation, Ohio State Journal on Dispute Resolution 911, Vol. 20, 2005, 3, <<https://litigation-essentials.lexisnexis.com/webcd/app?action=DocumentDisplay&crawlid=1&doctype=cite&docid=20+Ohio+St.+J.+on+Disp.+Resol.+911&srctype=smi&srcid=3B15&key=3dc000a820890358d54088642b9b845f>>.*

³ *Abramson H. I., Mediation Representation, Advocating as a Problem-solver in any Country or Culture, National Institute for Trial Advocacy, 2010, 329.*

⁴ იქვე.

⁵ *Sherman E., F., Confidentiality in ADR, Proceedings: Policy Issues Arising from the Texas Experience, South Texas Law Review 541, (1997) ნიგნში: Kovach K. K., Mediation: Principles and Practice, 3rd ed., U S A, Thomson West, 2004, 267.*

⁶ სსსკ, მე-9 მუხლი, 1-ლი ნაწილი, სსმ, 1106-ლს, 14.11.1997, [ცვლილების რედაქცია: სსმ, 1956-ლს, 13.05.1999].

⁷ *UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation of 2002.*

⁸ 2002 წლის საერთაშორისო კომერციული მედიაციის შესახებ *UNCITRAL*-ის მოდელური კანონის მიზნებისთვის *Conciliation* და მედიაცია ნიშნავს ერთსა და იმავეს. წინამდებარე სტატიის მიზნებისთვის ყველგან შემდგომში მოხსენიებული იქნება როგორც მედიაცია.

⁹ *Henke E.M., Confidentiality in the Model Law and the European Mediation Directive, A comparison of solutions offered in the Mediation Directive and the Model Law on Conciliation with examination of the actual situation in selected Civil and Common Law Countries, Master's Thesis, GRIN Verlag, 2011, 38.*

საკითხები შეიძლება იყოს შეხვედრები და დისკუსია, რომელიც ეხება ხელშეკრულების პირობებს, მედიატორების შერჩევას და სურვილს დავა გადაწყდეს მედიაციით.¹

UMA-ით დაცულია კომუნიკაცია, რომელიც განხორციელდა მედიატორთან ერთად მედიაციის დაწყებამდე, პერიოდში ან გაგრძელებისას.² UMA-ს თანახმად, მედიატორს შეუძლია განაცხადოს ინფორმაცია მედიაციის პროცესის ჩატარების, მხარეთა დასწრებისა და შეთანხმების მიღწევის ფაქტების შესახებ.³ ევროპარლამენტისა და ევროპის საბჭოს 2008 წლის 21 მაისის სამოქალაქო და კომერციულ საკითხებში მედიაციის ცალკეული ასპექტების თაობაზე 2008/52/EC დირექტივის⁴ მე-7 და მე-8 მუხლების ფორმულირება ცხადყოფს, რომ მედიაციის დაწყება და დასასრული არ წარმოადგენს კონფიდენციალურ ინფორმაციას.⁵ ამ დირექტივის მე-7 და მე-8 მუხლების მიზნების თანაფარდობის გათვალისწინებით, წევრ ქვეყნებს აქვთ შესაძლებლობა მიიღონ გადანყვეტილება და დაარეგულირონ სხვაგვარად.⁶

როგორც ზემოაღნიშნულიდან გამომდინარეობს, UMA-სთან შედარებით 2002 წლის საერთაშორისო კომერციული მედიაციის შესახებ UNCITRAL-ის მოდელური კანონის რეგულაცია კონფიდენციალურობით უფრო დაცვას სთავაზობს მხარეებს. ევროპარლამენტისა და ევროპის საბჭოს 2008 წლის 21 მაისის სამოქალაქო და კომერციულ საკითხებში მედიაციის ცალკეული ასპექტების თაობაზე 2008/52/EC დირექტივა წევრ ქვეყნებს აძლევს საშუალებას დაადგინონ უფრო მკაცრი წესები კონფიდენციალურობასთან მიმართებით ვიდრე ეს გათვალისწინებულია დირექტივით.⁷ მხოლოდ ის ფაქტი, რომ კონფიდენციალურ ურთიერთობებში იყო გაცემული ინფორმაცია არ გულისხმობს, რომ სასამართლო მას განიხილავს როგორც პრივილეგიას.⁸ კომუნიკაციების კონფიდენციალურად განხილვის შეფასებისთვის აშშ-ის სასამართლო პრაქტიკაში გამოიყენება – „ვიგმორის“⁹ ოთხელემენტისანი ტესტი“:

- კომუნიკაცია განხორციელდა იმ შეხვედრებით, რომ ეს ინფორმაცია არ გამჟღავნდებოდა;
- ურთიერთობების წარმატებისთვის ინფორმაციის საიდუმლოდ შენარჩუნება აუცილებელია;
- ისეთი ურთიერთობაა, რომელიც საზოგადოებამ უნდა დაიცვას და ხელი შეუწყოს;
- ინფორმაციის გავრცელებიდან მიღებული ზიანი უნდა აღემატებოდეს საზოგადოების სარგებელს, ინფორმაციის გაუმჟღავნებლობისას.¹⁰

¹ UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation with Guide to Enactment and Use, 2002, 41, <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-conc/03-90953_Ebook.pdf>, [07.07.2013].

² *Deleissegues C.*, Mediation Confidentiality: Has it Gone too Far? , University of La Verne Law Review, Vol. 33, Issue 1, November, 2011, 129, <http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/jjuv133&div=9&collection=journals&set_as_cursor=clear>.

³ იქვე.

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 *Henke E.M.*, Confidentiality in the Model Law and the European Mediation Directive, A comparison of solutions offered in the Mediation Directive and the Model Law on Conciliation with examination of the actual situation in selected Civil and Common Law Countries, Master's Thesis, GRIN Verlag, 2011, 30.

⁶ იქვე, 31.

⁷ *Directive 2008/52/EC European Parliament and of the Council of 21 May 2008 on Certain Aspects of Mediation in Civil and Commercial Matters, Article 7 para., 2*, <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ.L:2008:136:0003:0008:En:PDF>>, [07.07.2013].

⁸ *Gray O.V.*, Protecting the Confidentiality of Communications in Mediation, *Osgoode Hall Law Journal*, Vol. 36, No. 4, 1998, 679-680, <http://www.ohlj.ca/archive/articles/36_4_gray.pdf>, [29.06.2013].

⁹ *Wigmore four-prong test.*

¹⁰ *Rosenberg J. P.*, Keeping the Lid on Confidentiality: Mediation Privilege and Conflict of Laws, *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, Vol. 10, No.1, 1994, 157, 161-162, <http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/ohjdp10&div=3&collection=journals&set_as_cursor=0&men_tab=srchresults&terms=KeepingtheLidonConfidentiality&type=matchall#201>, მიითითებულია სტატიაში: *Deleissegues C.*, Mediation Confidentiality: Has it Gone too Far?, University of La Verne Law Review, Vol.33, Issue 1, November, 2011,124-125,<http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/jjuv133&div=9&collection=journals&set_as_cursor=clear>.

ტესტი აბალანსებს კონფიდენციალურობის დაცვას ინფორმაციის გავრცელების პოტენციურ ზიანთან მიმართებით და გამოიყენება იმ შტატებში, სადაც საკანონმდებლო დონეზე არ არის დარეგულირებული აღნიშნული საკითხი.¹

ბულგარეთის კანონმდებლობით განსაზღვრულია, რომ ყველა სახის დისკუსია, რაც უკავშირდება მედიაციის პროცესს არის კონფიდენციალური.² რაც შეეხება იტალიის კანონმდებლობას, აქ კონფიდენციალურობა მედიაციის პროცესზე ვრცელდება, მაგრამ პროცესის ფარგლები არ არის განმარტებული. აქედან გამომდინარე, დაუდგენელია: მოიცავს მხოლოდ მედიაციის სესიას თუ ევროპული დირექტივის მოთხოვნის თანახმად ვრცელდება მთლიანად პროცესზე, ერთი მხარის მიერ მედიაციის გამოყენებაზე განცხადების წარდგენის მომენტიდან, რომელიც გრძელდება მანამ სანამ არ მოხდება საბოლოო გადაწყვეტილების მიღება.³

ლუქსემბურგის კანონმდებლობით განსაზღვრულია, რომ ყველა დოკუმენტი, კომუნიკაცია, განცხადება, რაც განხორციელდა, შედგენილ იქნა მედიაციის დროს ან არის მასთან დაკავშირებული კონფიდენციალური.⁴

კალიფორნიის შტატის კანონმდებლობა ფართოდ ასახავს კონფიდენციალური ინფორმაციის ფარგლებს და სამედიაციო კონსულტაციაზე⁵ ავრცელებს ამ პრინციპს.⁶ თავის მხრივ, სამედიაციო კონსულტაცია განიმარტება მედიატორსა და პირს შორის კომუნიკაციად. მაგრამ, კომუნიკაცია არ მოიცავს ნებისმიერ საკითხს და შეზღუდულია შემდეგი თემატიკით: მედიაციის ინიცირებით, განხილვით ან ხელახლა მონვევით, ან მედიატორის შენარჩუნებასთან დაკავშირებული საკითხებით.⁷ რაც შეეხება, ორეგონის შტატის კანონმდებლობას, არ არის სრულყოფილი და განსაზღვრული ვრცელდება თუ არა პრივილეგია იმ გადაცემულ მასალებზე, რომელიც მედიაციის ოფიციალურ დაწყებამდე გადაეცემა.⁸

ზოგიერთი კანონი კონფიდენციალურად მიიჩნევს მხოლოდ იმ საკითხებს, რაც მხარეთა დავის საგანს წარმოადგენს და არა ყველა სახის გამოთქმულ ინფორმაციას.⁹

მედიაციის პროცესის ფარგლების განსაზღვრა არის უმნიშვნელოვანესი საკითხი კონფიდენციალურობის პრინციპის განხილვისას, რადგანაც, თავის მხრივ, პასუხისმგებლობის წარმოშობის საფუძველი არის კონფიდენციალურობის პრინციპის ფარგლები.

¹ Rosenberg J. P., Keeping the Lid on Confidentiality: Mediation Privilege and Conflict of Laws, Ohio State Journal on Dispute Resolution, Vol. 10, No.1, 1994, 161, <[http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/ohjdp10&div=3&collection=journals&set_as_cursor=0&men_tab=srchresults&terms=KeepingtheLidonConfidentiality&type=matchall#201](http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/ohjdp10&div=3&collection=journals&set_as_cursor=0&men_tab=srchresults&terms=Keeping%5Bthe%5BLid%5Bon%5BConfidentiality&type=matchall#201)>, მითითებულია სტატიაში: *Deleissegues C.*, Mediation Confidentiality: Has it Gone too Far?, University of La Verne Law Review, Vol. 33, Issue 1, November, 2011, 125, <http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/jjuv133&div=9&collection=journals&set_as_cursor=clear>.

² Palo G. D., Trevor M. B. (eds.), EU Mediation Law and Practice, Printed in Great Britain, Oxford University Press, 2012, 35.

³ იქვე, 91.

⁴ იქვე, 240.

⁵ *Mediation consultation.*

⁶ Callahan R., Mediation Confidentiality: For California Litigants, Why Should Mediation Confidentiality be a Function of the Court in Which the Litigation is Pending, Pepperdine Dispute Resolution Law Journal, Vol. 12, No. 1, 2012, 66, <http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/pepds12&div=5&collection=journals&set_as_cursor=clear>; Sharp D., The Many Faces of Mediation Confidentiality, Dispute Resolution Journal, Vol. 53, Issue 4, November, 1998, 58, <<http://web.ebscohost.com/ehost/pdfviewer/pdfviewer?vid=4&sid=07a682dd-06a2-404c-9708-9c135e7e9d30%40sessionmgr12&hid=11>>, [29.06.2013].

⁷ Callahan R., Mediation Confidentiality: For California Litigants, Why Should Mediation Confidentiality be a Function of the Court in Which the Litigation is Pending, Pepperdine Dispute Resolution Law Journal, Vol. 12, No. 1, 2012, 66, <http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/pepds12&div=5&collection=journals&set_as_cursor=clear>.

⁸ Owen R. M., In re Uncertainty: A Uniform and Confidential Treatment of Evidentiary and Advocatory Materials Used in Mediation, Ohio State Journal on Dispute Resolution 911, Vol. 20, 2005, 4-5, <<https://litigation-essentials.lexisnexis.com/webcd/app?action=DocumentDisplay&crawlid=1&doctype=cite&docid=20+Ohio+St.+J.+on+Disp.+Resol.+911&srctype=smi&srcid=3B15&key=3dc000a820890358d54088642b9b845f>>.

⁹ Macturk H. C., Confidentiality in Mediation: The Best Protection has Exceptions, American Journal of Trial Advocacy, Vol.19, Issue 2, Fall, 1995,423,<http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/amjtrd19&div=25&collection=journals&set_as_cursor=clear#431>.

ზემოაღნიშნულიდან გამომდინარე, სხვადასხვა ქვეყანასა თუ შტატს განსხვავებული მიდგომა აქვს კონფიდენციალურობის ფარგლებთან დაკავშირებით.

2.3.1. კომუნიკაცია მედიაციის პროცესში

კონფიდენციალურობის დაცვის ფარგლები აუცილებელია გავრცელდეს ვერბალურ და არავერბალურ კომუნიკაციაზე.

არავერბალურ კომუნიკაციას არსებითი ადგილი უკავია კომუნიკაციაში. როგორც მეცნიერებმა დაადგინეს ინფორმაციის დაახლოებით 55%-ს ადამიანები იგებენ არავერბალური ქმედებებით, 38%-ს მოსაუბრის ხმის ტონითა და ტემპრით და მხოლოდ 7%-ს გამოთქმული ინფორმაციიდან.¹

რაც შეეხება კომუნიკაციის დეფინიციას, *UMA*-ს დეფინიციების მე-2 პუნქტი განსაზღვრავს, რომ მედიაციის კომუნიკაცია გულისხმობს განცხადებას, რომელიც შეიძლება განხორციელდეს ზეპირი, ჩანაწერის, ვერბალური ან არავერბალური სახით მედიაციის პროცესის განმავლობაში ან იმ მიზნით, რომ განიხილოს, იხელმძღვანელოს, მონაწილეობა მიიღოს, ინიცირება გააკეთოს, გააგრძელოს, ხელახლა მოიწვიოს მედიაცია ან შეინარჩუნოს მედიატორი.² აშშ-ში ბევრი შტატი მედიაციის კომუნიკაციის ბუნდოვან და გაურკვეველ განმარტებას ითვალისწინებს.³

საერთო სამართალოში კომპრომისული მოლაპარაკებების ეტაპზე აღნიშნული ფაქტები შესაძლებელია შემდგომში სასამართლოში იქნეს გამოყენებული, მაშინ როდესაც დაუშვებელია სასამართლო პროცესზე აღინიშნოს შეთავაზებები მოლაპარაკებაზე.⁴ ბულგარეთის კანონმდებლობის თანახმად კი, პროცესის მხარეები შებოჭილნი არიან ნებისმიერი შემთხვევის, დოკუმენტის, მათ შორის, ფაქტის კონფიდენციალურობით, რომელიც გამოყენებულია პროცესში.⁵

მედიაციის კომუნიკაციის ცნების არარსებობა კოლორადოს შტატის საკანონმდებლო და სასამართლო პრაქტიკის მნიშვნელოვან ხარვეზად არის მიჩნეული. სააპელაციო სასამართლომ ყურადღება გაამახვილა მედიაციაში კომუნიკაციების კონფიდენციალური ბუნების კუთხით მედიაციის ყველა ეტაპზე, თუმცა არ დაუდგენია ტესტი იმის განსაზღვრად, თუ რა არის მიჩნეული პრივილეგირებულად.⁶ ოჰაიოს შემთხვევაში განმარტება დადგენილია, თუმცა ბუნდოვანად: კომუნიკაცია უნდა განხორციელდეს მედიაციის ფარგლებში და უნდა ეხებოდეს მედიაციით განსახილველ საკითხს. პენსილვანიის კანონმდებლობა მედიაციის პრივილეგიებთან და მედიაციის მასალების დაცვასთან დაკავშირებით, სხვა შტატების კანონმდებლობასთან შედარებით, უფრო სრულყოფილია. ნათლად განსაზღვრულია, რომ მედიაციის დროს განხორციელებული კომუნიკაცია კონფიდენციალურია. ასევე, აფართოებს დაცვის ფარგლებს და კანონმდებელი აღნიშნავს, რომ მედიატორთან განხორციელებული კომუნიკაცია კონფიდენციალურია ფორმალური სესიის გარეშე.⁷ ალაბამას სამოქალაქო სასამართლოს მედიაციის წესების¹ მე-11 მუხლში, და-

¹ *Alfini J.J., Press S.B., Sternlight J. R., Stulberg J. B., Mediation Theory and Practice, 2nd ed., Lexisnexis, 2006, 124.*

² *Uniform Mediation Act, <<http://apps.leg.wa.gov/rcw/default.aspx?cite=7.07.010>>, [07.07.2013];* იხ. ორიგინალი: “Mediation communication” means a statement, whether oral or in a record or verbal or nonverbal, that occurs during a mediation or is made for purposes of considering, conducting, participating in, initiating, continuing, or reconvening a mediation or retaining a mediator.

³ *Owen R. M., In re Uncertainty: A Uniform and Confidential Treatment of Evidentiary and Advocatory Materials Used in Mediation, Ohio State Journal on Dispute Resolution 911, Vol. 20, 2005, 4, <<https://litigation-essentials.lexisnexis.com/webcd/app?action=DocumentDisplay&crawlid=1&doctype=cite&docid=20+Ohio+St.+J.+on+Disp.+Resol.+911&srctype=smi&srcid=3B15&key=3dc000a820890358d54088642b9b845f>>.*

⁴ *Thompson P. N., Confidentiality, Competency and Confusion: The Uncertain Promise of the Mediation Privilege in Minnesota, Hamline Journal of Public Law & Policy, Vol. 18, No. 2, Spring, 1997, 331-332, <http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/hplp18&div=4&collection=journals&set_as_cursor=clear>.*

⁵ *Palo G. D., Trevor M. B. (eds.), EU Mediation Law and Practice, Great Britain, Oxford University Press, 2012, 35.*

⁶ *Owen R. M., In re Uncertainty: A Uniform and Confidential Treatment of Evidentiary and Advocatory Materials Used in Mediation, Ohio State Journal on Dispute Resolution 911, Vol. 20, 2005, 5, <<https://litigation-essentials.lexisnexis.com/webcd/app?action=DocumentDisplay&crawlid=1&doctype=cite&docid=20+Ohio+St.+J.+on+Disp.+Resol.+911&srctype=smi&srcid=3B15&key=3dc000a820890358d54088642b9b845f>>.*

⁷ იქვე.

მატებით აღნიშნულია, რომ ელექტრონული ფორმით გაცემული ინფორმაცია ექვემდებარება დაცვას.²

2.3.2. მედიაციის პროცესში შედგენილი და წარდგენილი დოკუმენტები

შედგენილი დოკუმენტები, რომლებიც მედიაციისთვის არის მომზადებული, და წარდგენილია მედიატორის ან/და მოწინააღმდეგე მხარისთვის, საჭიროებს ისეთივე დაცვას, როგორც კომუნიკაცია.³ ნებისმიერი დოკუმენტაცია, რომელიც მედიაციის პროცესის მიზნისთვის არის შედგენილი იქნება კონფიდენციალური.⁴

ორი სახის მასალები უნდა იქნეს დაცული კონფიდენციალურობით: პირველი, წერილობითი მასალები, რომელიც შეიძლება ან არ შეიძლება განხილულ იქნეს კომუნიკაციად. ეს დამოკიდებულია შესაბამისი კანონის განმარტებაზე. მეორე, მტკიცებულება, რომელიც მედიაციის გამოიყენება და აფასებს ერთი მხარის პოზიციას და მომზადებულია მხოლოდ ამ მიზნით.⁵

პირველ კატეგორიაში შედის მედიაციის ერთ-ერთი მხარის სასარგებლოდ გამოყენებული წერილობითი დოკუმენტები. ასეთი მასალები მოიცავს მედიაციის პროცესის ოქმს, მოხსენებებს, წერილებს, მემორანდუმს, რომლებიც უნდა იქნეს მხარეთა შორის დადებული ან წარდგენილი მხარის მიერ მედიატორისთვის მედიაციასთან დაკავშირებით ან ამყარებდეს და იცავდეს ერთ-ერთი მხარის პოზიციას მედიაციის.⁶

მეორე კატეგორია მოიცავს შეფასებითი მტკიცებულებას,⁷ რომელიც ერთი მხარის პოზიციებს ამყარებს და ინფორმაციულია სხვა მხარეებისა და მედიატორისთვის.⁸ ამ ტიპის დოკუმენტები მოიცავს მხარეთა შორის წარდგენილ მტკიცებულებებსა და მედიატორისთვის მიწოდებულ მასალებს. ამასთანავე, აუცილებელია მხარე მოქმედებდეს იმ მოლოდინით, რომ დაცული იქნება კონფიდენციალურობა წარდგენილ დოკუმენტებთან დაკავშირებით.⁹

კორესპონდენცია არის კონფიდენციალური, თუმცა, ერთ შემთხვევაში, სასამართლომ არ აღნიშნა განიხილებოდა თუ არა წერილი დასაშვებ მტკიცებულებად, როდესაც დასადგენი იქნებოდა მხარის კეთილსინდისიერება მედიაციის პროცესში მონაწილეობასთან დაკავშირებით.¹⁰ ჩანაწერები, რომლებიც კეთდება მედიაციის პროცესის განმავლობაში ასევე, წარმოადგენს კონფიდენციალურს დაუშვებელ მტკიცებულებად განხილვის წესის¹¹ თანახმად.¹² ასევე,

¹ *Alabama Civil Court Mediation Rules.*

² *Potter H. R., Confidentiality in Mediation and the Duty to Report Child Abuse, The Journal of the Legal Profession, Vol. 29, No. 1, Spring, 2005, 274, <http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/jlegpro29&div=18&collection=journals&set_as_cursor=clear#275>.*

³ *Owen R. M., In re Uncertainty: A Uniform and Confidential Treatment of Evidentiary and Advocatory Materials Used in Mediation, Ohio State Journal on Dispute Resolution 911, Vol. 20, 2005, 3, <<https://litigation-essentials.lexisnexis.com/webcd/app?action=DocumentDisplay&crawlid=1&doctype=cite&docid=20+Ohio+St.+J.+on+Disp.+Resol.+911&srctype=smi&srcid=3B15&key=3dc000a820890358d54088642b9b845f>>.*

⁴ *Hardy S., Rundle O., Mediation for Lawyers, Australia, CCH Australia Limited, 2010, 189.*

⁵ *Owen R. M., In re Uncertainty: A Uniform and Confidential Treatment of Evidentiary and Advocatory Materials Used in Mediation, Ohio State Journal on Dispute Resolution 911, Vol. 20, 2005, 3, <<https://litigation-essentials.lexisnexis.com/webcd/app?action=DocumentDisplay&crawlid=1&doctype=cite&docid=20+Ohio+St.+J.+on+Disp.+Resol.+911&srctype=smi&srcid=3B15&key=3dc000a820890358d54088642b9b845f>>.*

⁶ იქვე.

⁷ *Evaluative evidence.*

⁸ *Owen R. M., In re Uncertainty: A Uniform and Confidential Treatment of Evidentiary and Advocatory Materials Used in Mediation, Ohio State Journal on Dispute Resolution 911, Vol. 20, 2005, 4, <<https://litigation-essentials.lexisnexis.com/webcd/app?action=DocumentDisplay&crawlid=1&doctype=cite&docid=20+Ohio+St.+J.+on+Disp.+Resol.+911&srctype=smi&srcid=3B15&key=3dc000a820890358d54088642b9b845f>>.*

⁹ იქვე.

¹⁰ *Hardy S., Rundle O., Mediation for Lawyers, Australia, CCH Australia Limited, 2010, 190.*

¹¹ *Without prejudice privilege.*

¹² *Hardy S., Rundle O., Mediation for Lawyers, Australia, CCH Australia Limited, 2010, 185.*

მედიაციის მიზნებისთვის შედგენილი დოკუმენტები, მათ შორის, ექსპერტის დასკვნა, იქნება კონფიდენციალურად განხილული.¹

აქვე უნდა აღინიშნოს, რომ კალიფორნიის შტატში წერილობითი დოკუმენტი ფართოდ განიმარტება და მოიცავს ხელნაწერებს, ბეჭდური სახის დოკუმენტებს, ფოტოსურათებსა და ჩანაწერებს. ამგვარი განმარტება კალიფორნიის კოდექსის ხარვეზად მიიჩნევა, რამდენადაც სწორ დეფინიციად არ განიხილავენ.² კალიფორნიის სასამართლოებმა უარი განაცხადეს გაეცრელებინათ პრივილეგია იმ მტკიცებულებებზე, რომლებიდანაც მხარის მოსაზრება პროცესთან დაკავშირებით არ დგინდებოდა.

III კონფიდენციალურობის პრინციპით შებოჭილი პირები

3.1. მედიაციის მხარეები

საერთო სამართლის თანახმად, მედიაციის მონაწილე მხარეებს შორის მიწოდებულ ინფორმაციაზე ვრცელდება დაუშვებელ მტკიცებულებად განხილვის წესი, იმ შემთხვევაშიც კი თუ მხარეთა შორის შეთანხმება არ მიიღწევა.⁴ სააპელაციო სასამართლომ საქმეში *Carter Holt Harvey Forests Ltd v Sunnex Logging Ltd* იურისტის ვალდებულებები კონფიდენციალურობის დაცვასთან დაკავშირებით გააფართოვა. სასამართლომ აღნიშნა, რომ თუ მედიაციის თაობაზე შეთანხმებაში იურისტების პასუხისმგებლობა კონფიდენციალურობასთან მიმართებით არ არის გათვალისწინებული, მედიაციის ბუნებიდან გამომდინარე, მათზე მაინც გავრცელდება კონფიდენციალურობის ვალდებულება.⁵ ევროპარლამენტისა და ევროპის საბჭოს 2008 წლის 21 მაისის სამოქალაქო და კომერციულ საკითხებში მედიაციის ცალკეული ასპექტების თაობაზე 2008/52/EC დირექტივის თანახმად, მხარეები არ არიან ვალდებულნი კონფიდენციალურობის დაცვაზე. უმეტეს შემთხვევებში, მხარეები ვალდებულნი არიან დაიცვან კონფიდენციალურობა მათ შორის გაფორმებული ხელშეკრულების საფუძველზე. მაგრამ თუ მხარეებს შორის არ არის ასეთი შეთანხმება და რომელიმე მხარე დაარღვევს კონფიდენციალურობას, სასამართლომ უნდა განიხილოს აღნიშნული საკითხი.⁶ იგივე მიდგომა არსებობს რამდენიმე ქვეყანაში, კერძოდ მხარეებს არ აქვთ კონფიდენციალურობის დაცვის ვალდებულება ავსტრიაში⁷ და ჩეხეთში.⁸ რაც შეეხება საქართველოს რეგულაციას, სსსკ-ს 187⁸-ე მუხლი სასამართლო მედიაციის მხარეებს უწესებს კონფიდენციალურობის დაცვის ვალდებულებას, თუ თავად მხარეები სხვაგვარად არ შეთანხმდებიან.⁹ საქართველოს მთავრობის 2012 წლის 29 თებერვლის დადგენილება 80 სამედიცინო მედიაციის განხორციელების ღონისძიებათა შესახებ, მხარეთა ვალდებულებას კონფიდენციალურობის დაცვის კუთხით არ იცნობს.¹⁰

¹ *Hardy S., Rundle O., Mediation for Lawyers, Australia, CCH Australia Limited, 2010, 189.*

² *Owen R. M., In re Uncertainty: A Uniform and Confidential Treatment of Evidentiary and Advocatory Materials Used in Mediation, Ohio State Journal on Dispute Resolution 911, Vol. 20, 2005, 5, <<https://litigation-essentials.lexisnexis.com/webcd/app?action=DocumentDisplay&crawlid=1&doctype=cite&docid=20+Ohio+St.+J.+on+Disp.+Resol.+911&srctype=smi&srcid=3B15&key=3dc000a820890358d54088642b9b845f>>.*

³ იქვე, 6.

⁴ *Hardy S., Rundle O., Mediation for Lawyers, Australia, CCH Australia Limited, 2010, 178.*

⁵ *Carden M. D., Confidentiality in Mediation, 2005, 17, <[⁶ *Henke E.M., Confidentiality in the Model Law and the European Mediation Directive, A comparison of solutions offered in the Mediation Directive and the Model Law on Conciliation with examination of the actual situation in selected Civil and Common Law Countries, Master's Thesis, GRIN Verlag, 2011, 33.*](https://docs.google.com/viewer?a=v&q=cache:6yDduSBkE3kJ:www.aminz.org.nz/Folder%3FAction%3DDownload%26Folder_id%3D79%26File%3Dpast%2520conf%2520Carden%2520paper%2520Conf%2520in%2520Mediation%2520_3_.pdf&hl=ka&gl=ge&pid=bl&srcid=ADGEEShRcdBaZqKTEJHZshLLTQDMg30q0S056mjl6NRDVHYTWGUorkqyPEwTEkdlR5RwmnD1FodD6AS_vPYvO63ZOdFvKrbAyNWv3GX-_UU30UqCPIOxcG5KRSKVVvOtpWmrEHjP-1N&sig=AHIEtbTLjV2pOLlej2WQclSiveGXDexog>, [30.06.2013].</i></p></div><div data-bbox=)*

⁷ *Palo G. D., Trevor M. B. (eds.), EU Mediation Law and Practice, Great Britain, Oxford University Press, 2012, 13.*

⁸ იქვე, 63.

⁹ სსსკ, 187⁸ მუხლი, სსმ, 1106-ლს, 14.11.1997, [ცვლილების რედაქცია: სსმ, 5550-რს, 20.12.2011].

¹⁰ სამედიცინო მედიაციის განხორციელების ღონისძიებათა შესახებ საქართველოს მთავრობის 80 დადგენილება, სსმ, 29.02.2012.

ზემოხსენებულიდან გამომდინარე, დგინდება, რომ ორგვარი მიდგომა არსებობს, ერთ შემთხვევაში მხარეებს აქვთ ვალდებულება დაიცვან კონფიდენციალურობა თუ სხვაგვარად არ შეთანხმდებიან, ხოლო მეორე შემთხვევაში მათზე არ ვრცელდება კონფიდენციალურობის დაცვის ვალდებულება თუ სხვაგვარად არ შეთანხმდებიან.

3.2. მედიატორი

მედიატორი არის უნიკალური პოზიცია მედიაციის პროცესში, რამდენადაც მას შეუძლია თავი მოუყაროს ორივე მხარისგან მიღებულ ინფორმაციას.¹ შედეგად, მედიატორი ინფორმირებული არის მხარეთა მხრიდან მიწოდებულ რიგ საკითხებზე როგორც კერძო შეხვედრების,² ასევე ზოგადად მედიაციის პროცესის დროს.

მედიატორებს, რომლებიც აკრედიტირებული არიან მედიატორის აკრედიტაციის ნაციონალური პრაქტიკული სტანდარტებით³ ვალდებულნი არიან საიდუმლოდ დაიცვან მედიაციის დროს განხორციელებული ქმედებები, გამონათქვამები. ასევე, მედიატორებს შესაძლებელია დამატებით დაავალდებულონ ფიცის დადება ინფორმაციის საიდუმლოდ შენახვის თაობაზე.⁴ აშშ-ის სასამართლოების უმეტესობამ მედიატორის ეთიკის ერთ-ერთ სტანდარტად დაადგინა კონფიდენციალურობასთან დაკავშირებით ინფორმაციის მიწოდება მხარეთათვის.⁵

მედიატორის ვალდებულებები კონფიდენციალურობის პრინციპთან მიმართებით საქართველოს კანონმდებლობაში სხვადასხვა სამართლებრივი აქტით რეგულირდება. სსსკ-ს 187⁸ სასამართლო მედიაციის პროცესის კონფიდენციალურობას ეხება და აქვე აღნიშნავს კანონმდებელი, რომ მედიატორს არ აქვს უფლება, გაამჟღავნოს ის ინფორმაცია, რომელიც მისთვის ცნობილი გახდა მედიატორის მოვალეობის შესრულებისას, თუ მხარეთა შეთანხმებით სხვა რამ არ არის დადგენილი.⁶ 2012 წლის 29 თებერვალს მიღებული საქართველოს მთავრობის დადგენილება 80 სამედიცინო მედიაციის განხორციელების ღონისძიებათა შესახებ მე-5 მუხლის მეორე პუნქტის თანახმად, მედიატორს არ აქვს უფლება: *გაამჟღავნოს ან არასამსახურეობრივი მიზნებისათვის გამოიყენოს სამსახურეობრივი საიდუმლოების შემცველი ან სხვაგვარი კონფიდენციალური ინფორმაცია, რომლის საჯაროობაც შეზღუდულია მოქმედი კანონმდებლობით და რომელიც მისთვის ცნობილი გახდა სამედიცინო მედიაციის განხორციელებისასთან დაკავშირებით.*⁷

მედიატორის ქცევის წესებს საქართველოში ჯერჯერობით ერთიანი ზოგადი სამართლებრივი აქტი არ არეგულირებს.

აშშ-ში 1992 წელს მედიატორის ქცევის წესების მისაღებად ერთობლივი კომიტეტი დაარსდა. კომიტეტმა 1994 წელს შეადგინა მედიატორის ქცევის წესებზე მოდელური სტანდარტები.⁸ ამ აქტის ტექსტში აისახა მედიაციის კონფიდენციალურობის ძირითადი პრინციპები.⁹ შექმნის მიზანი იყო მედიატორისთვის ქცევის სახელმძღვანელო წესების დადგენა. თავის მხრივ, აღნიშნული წესები არწმუნებს მხარეებს დავის გადასაწყვეტად მიმართონ მედიაციას.¹⁰

¹ Richbell D., *Mediation of Construction Disputes*, Singapore, Blackwell Publishing, 2008, 75.

² *Caucus*.

³ *National Mediator Accreditation Standards*.

⁴ *Hardy S., Rundle O., Mediation for Lawyers*, Australia, CCH Australia Limited 2010, 178.

⁵ *Oberman S., Confidentiality in Mediation: An Application of the Right to Privacy*, *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, Vol. 27, No. 3, 2012, 633, 599 footnote, <http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/ohjdp27&div=22&collection=journals&set_as_cursor=clear>.

⁶ სსსკ, 187⁸ მუხლი, სსმ, 1106-ის, 14.11.1997, [ცვლილების რედაქცია: სსმ, 5550-რს, 20.12.2011].

⁷ სამედიცინო მედიაციის განხორციელების ღონისძიებათა შესახებ საქართველოს მთავრობის 80 დადგენილების მე-2 მუხლის ე) პუნქტით განისაზღვრება სამედიცინო მედიაციით განსახილველი დავა, სსმ, 29.02.2012.

⁸ *Young P. M., Rejoice! Rejoice! Give Thanks, and Sing: 1 ABA, ACR, and AAA Adopt Revised Model Standards of Conduct for Mediators*, *Appalachian Journal of Law* 195, Vol. 5, Spring, 2006, 3, <<https://litigationessentials.lexisnexis.com/webcd/app?action=DocumentDisplay&crawlid=1&doctype=cite&docid=5+Appalachian+J.+L.+195&srctype=smi&scid=3B15&key=eb8564da8c7bfc4928d90366e3672e70>>.

⁹ იქვე, 11.

¹⁰ იქვე, 2.

2005 წლის მოდელური სტანდარტების თანახმად, მედიატორი ვალდებულია დაიცვას კონფიდენციალურობა მედიაციის პროცესის დროს მიღებული ინფორმაციის თაობაზე. მედიატორმა შესაძლებელია გაამჟღავნოს ინფორმაცია სასამართლოში საჭიროების შემთხვევაში, „იმის მიუხედავად მხარეები გამოცხადდნენ დაგეგმილ მედიაციაზე და მიაღწიეს თუ არა შეთანხმებას“.¹

მედიატორმა ყურადღება უნდა მიაქციოს მხარეების მოლოდინს კონფიდენციალურობასთან მიმართებით.² მან უნდა განუმარტოს მედიაციაში მონაწილე პირებს წესები, რადგანაც ისინი უფლებამოსილი არიან თავად დაარეგულირონ კონფიდენციალურობასთან დაკავშირებული ვალდებულების ფარგლები. 2005 წლის მოდელური სტანდარტების მოთხოვნა იყო მედიატორს აემაღლებინა მხარეთა ცოდნა იმის შესახებ თუ რა როლი აქვთ მათ ინფორმაციის კონფიდენციალურად დაცვაში.³

ავსტრალიის არბიტრებისა და მედიატორების ინსტიტუტის (შემდგომში „IAMA“)⁴ მედიატორის სახელმძღვანელო პრინციპების⁵ მე-5 მუხლში აღნიშნულია, რომ მედიატორმა უნდა დააკმაყოფილოს მედიაციის მონაწილე მხარეთა მოლოდინი კონფიდენციალურობასთან დაკავშირებით. ეს კი დამოკიდებულია როგორც მხარეთა შორის შეთანხმებაზე, ასევე მედიაციის გარემოებებზე.⁶ საოჯახო საქმის კონტექსტში, მედიატორის ერთ-ერთი როლია „შეინარჩუნოს პროცესის კონფიდენციალურობა“.⁷

საფრანგეთში, 2011 წლის აქტის ამოქმედებამდე, კანონმდებლობით მედიატორებს არ ჰქონდათ სახელშეკრულებო მედიაციის⁸ დროს კონფიდენციალურობის დაცვის ვალდებულება. ამის მიუხედავად, საფრანგეთის სასამართლოებმა დაადგინეს, რომ მედიაციის დროს გამჟღავნებული ინფორმაცია კონფიდენციალურობის დარღვევაა.⁹ პარიზის პირველი ინსტანციის ტრიბუნალში მოსამართლემ აღნიშნა, რომ რადგანაც მედიაციის პროცესს კონფიდენციალურობა ახასიათებს, თუნდაც რომ მხარეთა შორის არ იყოს ამის თაობაზე შეთანხმება, ეს პრინციპი მაინც ვრცელდება მათზე.¹⁰

3.3. მესამე პირები მედიაციაში

მედიაციაში, მესამე პირები შესაძლებელია ორ ჯგუფად დაიყოს: 1) პროცესის მონაწილე მესამე პირი¹¹ და 2) მესამე პირი, რომელსაც პროცესში მონაწილეობა არ მიუღია. UMA-ს თანახმად, პროცესის მონაწილე მესამე პირი მონაწილეობას იღებს მედიაციაში, მაგრამ ის არ არის არც მედიატორი და არც მედიაციის მხარე.¹² იტალიის კანონმდებლობის

¹ Young P. M., Rejoice! Rejoice! Rejoice, Give Thanks, and Sing: 1 ABA, ACR, and AAA Adopt Revised Model Standards of Conduct for Mediators, *Appalachian Journal of Law* 195, Vol. 5, Spring, 2006, 11, <<https://litigationessentials.lexisnexis.com/webcd/app?action=DocumentDisplay&crawlid=1&doctype=cite&docid=5+Appalachian+J.+L.+195&srctype=smi&srcid=3B15&key=eb8564da8c7bfc4928d90366e3672e70>>.

² იქვე.

³ იქვე.

⁴ *The Institute of Arbitrators & Mediators Australia*.

⁵ *Principles of Conduct for Mediators*.

⁶ Institute of Arbitrators and Mediators Australia, *Principles of Conduct for Mediators*, 2003, 2, <<http://www.iama.org.au/sites/default/files/resources/rules-guidelines/principles%20of%20conduct%20for%20mediators.pdf>>, [24.12.2012].

⁷ Relationships Australia, *Mediation*, <<http://www.relationships.com.au/services/mediation>>, August, 2005 ციტირებულია სტატიაში: *Field R., Wood N., Marketing Mediation Ethically: The Case of Confidentiality*, *Queensland University of Technology Law & Justice Journal*, Vol. 5, No. 2, 2005, 146, <http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/qutlj5&div=14&collection=journals&set_as_cursor=clear>.

⁸ *Conventional Mediation*.

⁹ *Palo G. D., Trevor M. B. (eds.), EU Mediation Law and Practice*, Great Britain, Oxford University Press, 2012, 118.

¹⁰ იქვე.

¹¹ *Non-party participant*.

¹² *Tomeo D. G., Be Careful What You Say: One Court's Look at Confidentiality Under the Uniform Mediation Act*, *Seton Hall Legislative Journal*, Vol. 31:1, 2006, 67, <<http://www.lowenstein.com/files/Publication/>

თანახმად, პირები, რომლებიც მუშაობენ სამედიაციო ორგანოში¹ ან მედიაციის პროცესში არიან ჩართულები ვრცელდება კონფიდენციალურობის დაცვის ვალდებულება.² საქართველოს კანონმდებლობა მესამე პირებთან დაკავშირებულ საკითხებს არ არეგულირებს. მესამე პირებზე, როგორებიც არიან მონმეები და დამკვირვებლები, რომლებიც ესწრებიან მედიაციას, ავტომატურად არ ვრცელდება კონფიდენციალურობის ვალდებულება (*Esso and BHP v Plwman (Minister) and Gas & Fuel Corporation of Victoria*). თუმცა მესამე პირებზე ვალდებულება კონფიდენციალურობის დაცვაზე ხშირად განმტკიცებულია სტატუტით ან მესამე მხარესთან გაფორმებული კონფიდენციალურობის ხელშეკრულებით. როდესაც მესამე პირი, რომელიც არ ესწრება მედიაციის პროცესს, და შეიტყობს მედიაციის პროცესში გამოთქმული ინფორმაციის თაობაზე, სასამართლოს მიმართვის³ საფუძველზე უნდა განხორციელდეს პრევენცია ინფორმაციის გასაჯაროებისა. მაგალითად, ერთ-ერთ საქმეში (*Jeffrey v Correction Victoria and the Herald & Weekly Times Limited (2004) VCAT 1211*) ჟურნალისტმა გამოიკვლია სასამართლოში არსებული ფაილები და ნაიკითხა მედიაციის მხარეთა შორის დადებული კონფიდენციალურობის შეთანხმება, რომელიც შემთხვევით იყო დარჩენილი საქმის მასალებში. ჟურნალისტმა შეატყობინა სასამართლოს რეგისტრატორს, რომ სურდა მოპოვებული ხელშეკრულების პირობებზე ინფორმაციის გაზეთში გამოქვეყნება. ამ შემთხვევაში პრევენციის ღონისძიება ინფორმაციის გავრცელების თავიდან აცილების მიზნით განხორციელდა სასამართლოს მხრიდან.⁴ აღნიშნული საქმიდან ნათელია, თუ რა ღონისძიებების მიღება, რა ვალდებულებების დაკისრება არის შესაძლებელი მესამე პირთათვის, რათა განხორციელდეს კონფიდენციალურობის დაცვა.

ობერმანი აღნიშნავს, რომ მხარეებს მედიაციის თაობაზე შეთანხმებაში შეუძლიათ აღნიშნონ ის კონსულტანტები, რომლებსგანაც იღებენ ინფორმაციას, რჩევასა და დახმარებას. მას მერე, რაც ასეთი პირების თაობაზე მიუთითებენ ზემოაღნიშნულ შეთანხმებაში მედიაციის საკითხთან დაკავშირებული ინფორმაციის გადაცემა ჩაითვლება კონტრაქტის დარღვევად.⁵

IV. კონფიდენციალურობის პრინციპის შეზღუდვა

მედიაციაში კონფიდენციალურობის პრივილეგიების ფარგლების საკითხი ყოველთვის ღია იყო მნიშვნელოვანი დებატებისთვის.⁶

სრული კონფიდენციალურობა თეორიაში კარგია, თუმცა პრაქტიკაში ამგვარი გარანტია არ არსებობს.⁷ კომენტატორები ყოველთვის დაობენ, რომ აღნიშნული პრინციპი არ უნდა

c81abe49-f222-4826-9493-0ee4c59fda33/Presentation/PublicationAttachment/ffed09f1-2b09-4102-88be-12112ed63708/Be%20Careful%20What%20You%20Say%20-%20SHLJ%20-%20DT%20-%20051407.pdf>.

¹ Mediation body.

² Palo G. D., Trevor M. B. (eds.), EU Mediation Law and Practice, Great Britain, Oxford University Press, 2012, 190 -191.

³ Injunction.

⁴ Hardy S., Rundle O., Mediation for Lawyers, Australia, CCH Australia Limited, 2010, 179; შეად. Kuester E. L., Confidentiality in Mediation: A Trial of Broken Promises, Vol. 16, No. 2, Hamline Journal of Public Law & Policy, 1994-1995, 578, <http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/hplp16&div=23&collection=journals&set_as_cursor=clear>.

⁵ Oberman S., Confidentiality in Mediation: An Application of the Right to Privacy, Ohio State Journal on Dispute Resolution, Vol. 27, No. 3, 2012, 561, <http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/ohjdr27&div=22&collection=journals&set_as_cursor=clear>.

⁶ Rosenberg J. P., Keeping the Lid on Confidentiality: Mediation Privilege and Conflict of Laws, Ohio State Journal on Dispute Resolution, Vol. 10, No.1, 1994, 161, <http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/ohjdr10&div=3&collection=journals&set_as_cursor=0&men_tab=srchresults&terms=KeepingtheLidonConfidentiality&type=matchall#201>.

⁷ Deleissegues C., Mediation Confidentiality: Has it Gone too Far? , University of La Verne Law Review, Vol. 33, Issue 1, November, 2011, 126, <http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/jjuv133&div=9&collection=journals&set_as_cursor=clear>.

იყოს აბსოლუტური და უნდა არსებობდეს იმგვარად, რომ შესაძლებელი იყოს საჯარო პასუხისმგებლობა.¹ რაც მედიაციისთვის იქნება ნდობის მოპოვების საშუალება.² ვალიდური გამო-
ნაკლისები შესაძლებელია იყოს, თუმცა ეს ყოველივე ნათლად და გარკვევით სასამართლო
პრაქტიკით ან კანონმდებლობით უნდა იყოს დადგენილი.³

როგორც ყველა ზოგად წესს, კონფიდენციალურობის პრივილეგიასაც აქვს გამონაკლი-
სები. ეს უკანასკნელი აუცილებელია მედიაციის გამოყენების ნახალისების მიზნით.⁴ „ბლანკე-
ტურ“ წესს გამონაკლისები რომ არ ჰქონდეს, არ იქნებოდა უსაფრთხო არც მედიატორისთვის
და არც მხარეთათვის, ან თუნდაც უდანაშაულო მესამე პირებისთვის, როგორებიც არიან საო-
ჯახო მედიაციის დროს ბავშვები.⁵ აქვე უნდა აღინიშნოს, რომ კონფიდენციალურობის მასშტა-
ბი არ უნდა გულისხმობდეს აბსოლუტურ დაცვას ან აბსოლუტურ საჯაროობას,⁶ არამედ მნიშ-
ვნელოვანია შეირჩეს ბალანსი დაცვასა და საჯაროობას შორის.⁷

UMA-სა და მოდელურ სტანდარტებში, მედიატორის ეთიკის წესების თაობაზე,⁸ კვლავ
ბევრ გაურკვეველობას აქვს ადგილი, არ არის ცხადი თუ რომელი კანონები, წესები, ან სტან-
დარტები უნდა გამოიყენოს აშშ-ში მედიატორმა. შტატები სხვადასხვაგვარად არეგულირებენ
აღნიშნულ საკითხებს. რაც უფრო აძნელებს განისაზღვროს კონფიდენციალურობის დაცვის
გამონაკლისები, განსაკუთრებით მაშინ, როდესაც საქმე ეხება რამოდენიმე შტატის სარჩე-
ლებს.⁹ მაშინაც კი, როდესაც ერთ კონკრეტულ შტატში აქვს ადგილი ასეთ შემთხვევას კონფი-
დენციალურობის დაცვის გამონაკლისები არ არის ყოველთვის ნათელი და არ მოიცავს იმ სა-
კითხებს, როგორც ეს მედიატორებს სურთ.¹⁰ საქართველოს კანონმდებლობაში სრულად არის
დასარეგულირებელი გამონაკლისების სათანადოდ განსაზღვრის საკითხი.

ევროპარლამენტისა და ევროპის საბჭოს 2008 წლის 21 მაისის სამოქალაქო და კომერცი-
ულ საკითხებში მედიაციის ცალკეული ასპექტების თაობაზე 2008/52/EC დირექტივის მე-7,
(2) მუხლი აწესებს კონფიდენციალურობის პრინციპის შეზღუდვის გამონაკლის შემთხვევებს.
აღნიშნული მუხლი წევრ ქვეყნებს შესაძლებლობას აძლევს უფრო მკაცრი წესები მიიღონ, რი-
თაც კონფიდენციალურობა მეტად დაცული იქნება.¹¹

კონფიდენციალურობის დაცვის ვალდებულებასთან დაკავშირებით უნდა აღინიშნოს,
რომ გამონაკლისები, შეზღუდვები შედარებით უცხოა კონტინენტური ევროპის სამართლის
ოჯახის ქვეყნებისთვის მაშინ, როდესაც ნაცნობია ინგლისისთვის.¹² კონფიდენციალურობის

¹ *Public accountability.*

² *Rosenberg J. P., Keeping the Lid on Confidentiality: Mediation Privilege and Conflict of Laws, Ohio State Journal on Dispute Resolution, Vol. 10, No.1, 1994, 161, <http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/ohjdr10&div=3&collection=journals&set_as_cursor=0&men_tab=srchrresults&terms=KeepingtheLidonConfidentiality&type=matchall#201>.*

³ *Giesler C., Lee J. A., Confidentiality in Mediation, Harvard Negotiation Law Review, Vol. 3, Spring, 1998, 295, <http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/haneg3&div=12&collection=journals&set_as_cursor=clear>.*

⁴ *Macturk H. C., Confidentiality in Mediation: The Best Protection has Exceptions, American Journal of Trial Advocacy, Vol. 19, Issue 2, Fall, 1995, 426, <http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/amjtrad19&div=25&collection=journals&set_as_cursor=clear#431>.*

⁵ იქვე.

⁶ *Absolute disclosure.*

⁷ *Deason E. E., Symposium: Secrecy and Transparency in Dispute Resolution: The Need for Trust as a Justification for Confidentiality in Mediation: A Cross-Disciplinary Approach, Kansas Law Review 1387, Vol. 54, June, 2006, 2, <<https://litigation-essentials.lexisnexis.com/webcd/app?action=DocumentDisplay&crawlid=1&doctype=cite&docid=54+Kan.+L.+Rev.+1387&srctype=smi&srcid=3B15&key=512f3bacdcd52d582393a1235f2a59d>>.*

⁸ *Model Standards of Conduct for Mediators.*

⁹ *Multi-state lawsuits.*

¹⁰ *Deleissegues C., Mediation Confidentiality: Has it Gone too Far?, University of La Verne Law Review, Vol. 33, Issue 1, 2011, 123, <http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/jjuv133&div=9&collection=journals&set_as_cursor=clear>.*

¹¹ *Henke E. M., Confidentiality in the Model Law and the European Mediation Directive, A comparison of solutions offered in the Mediation Directive and the Model Law on Conciliation with examination of the actual situation in selected Civil and Common Law Countries, Master's Thesis, GRIN Verlag, 2011, 32.*

¹² იქვე, 34.

შესახებ, ბევრ სტატუტში გათვალისწინებულია შესაძლებლობა, რომ სასამართლომ გადაფაროს აღნიშნული პრინციპი.¹

ტეხასში სტატუტით ფართოდ არის დაცული კონფიდენციალურობა და მხოლოდ ვინ-როდ არის გამონაკლისები დადგენილი.²

4.1. მედიაციის მხარეთა შეთანხმება და მხარის თანხმობა კონფიდენციალურობის დაცვაზე უარის თქმასთან დაკავშირებით

მედიაციაში მხარეები სარგებლობენ კონფიდენციალურობის³ უფლებით, ისინი თავად აკეთებენ არჩევანს ინფორმაციის გავრცელებაზე და კონფიდენციალურად შენახვის სარგებელსა და რისკებზე.⁴

თითქმის ყველა საქმეში, მხარეებს შეუძლიათ კონფიდენციალურობის დაცვაზე შეთანხმდნენ ან უარი განაცხადონ მასზე. თუმცა, ეს საკითხები არ არის ნათელი და შესაძლოა რიგი შეკითხვები წარმოიშვას ვის უნდა განეცხადებინა თანხმობა, თანხმობა უნდა იყოს ნათლად გამოხატული თუ შესაძლოა იყოს ნაგულისხმევიც.

კონფიდენციალურობაზე უარის თქმის თაობაზე შეთანხმება წერილობითი ფორმით დგება და მხარეები ხელმონერით ადასტურებენ, რომ მედიაციის პროცესთან დაკავშირებული ინფორმაცია მტკიცებულებად იქნეს გამოყენებული. აუცილებელია აღინიშნოს, რომ კონფიდენციალურობის გამორიცხვა შესაძლებელია ერთ კონკრეტულ მიზანთან დაკავშირებით გვექნდეს სახეზე და არ ვრცელდებოდეს ყველა შემთხვევაზე (*Liberty Funding Pty Ltd v Phoenix Capital Ltd (2005) 218 ALR 238*).⁵

მედიატორის აკრედიტაციის ნაციონალური პრაქტიკული სტანდარტების⁶ მე-6, (1), (ბ) მუხლის თანახმად, მედიატორმა ნებაყოფლობით არ უნდა გაამჟღავნოს ინფორმაცია არცერთ პირთან, რომელიც მედიაციის მხარე არ არის გარდა იმ შემთხვევისა, როდესაც არსებობს მედიაციის პროცესის მონაწილეთა თანხმობა.⁷

ევროპარლამენტისა და ევროპის საბჭოს 2008 წლის 21 მაისის სამოქალაქო და კომერციულ საკითხებში მედიაციის ცალკეული ასპექტების თაობაზე 2008/52/EC დირექტივის მე-7, (1) მუხლი მხარეებს შესაძლებლობას აძლევს შეამცირონ და გამორიცხონ კონფიდენციალურობის დაცვის ვალდებულება. მათ შეუძლიათ, ასევე, მედიატორის კონფიდენციალურობის დაცვის ვალდებულების ლიბერალიზაცია განახორციელონ და განაცხადონ მედიაციის პროცესში შედგენილი დოკუმენტები, როგორც არაკონფიდენციალური. თუმცა ამ შემთხვევაშიც საინტერესოა, რომ მხოლოდ ასეთი ზოგადი ხელშეკრულების დადება და მედიატორისთვის უფლების მინიჭება იყოს მონმე არ აძლევს მას უფლებას გაამჟღავნოს ის ინფორმაცია, რომელიც მხარემ გამოთქვა კერძო შეხვედრების დროს. ეს უკანასკნელი გამომდინარეობს კერძო შეხვედრების ბუნებიდან. ამიტომ, მხარეებმა ხელშეკრულებაში პირდაპირ უნდა აღნიშნონ, რომ მედიატორს ანიჭებენ უფლებას ასევე გაამჟღავნოს კერძო შეხვედრების თაობაზე ინ-

¹ *Oberman S.*, Confidentiality in Mediation: An Application of the Right to Privacy, *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, Vol. 27, No. 3, 2012, 573, <http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/ohjdpr27&div=22&collection=journals&set_as_cursor=clear>.

² *Peterson A. L. H.*, Substantive Law Clash: An Inquiry into the Impact of in re Marriage of Kieturakis on California's Confidentiality Law, *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal*, Vol. 8, No.1, 2007, 210, <http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/pepds8&div=12&collection=journals&set_as_cursor=clear>.

³ *Privacy*.

⁴ *Oberman S.*, Confidentiality in Mediation: An Application of the Right to Privacy, *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, Vol. 27, No. 3, 2012, 566, <http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/ohjdpr27&div=22&collection=journals&set_as_cursor=clear>.

⁵ *Hardy S., Rundle O.*, *Mediation for Lawyers*, Australia, CCH Australia Limited, 2010, 192.

⁶ *National Mediator Accreditation Practice Standards*.

⁷ *Hardy S., Rundle O.*, *Mediation for Lawyers*, Australia, CCH Australia Limited, 2010, 192.

ფორმაცია.¹ ხელშეკრულების თავისუფლების პრინციპიდან გამომდინარე, დირექტივა არ ზღუდავს მხარეთა თავისუფლებასა და მოქმედებას სამოქალაქო და კომერციულ სამართალში. აღნიშნული პრინციპები მოქმედებს ასევე ევროპულ კონტექსტში.²

ევროპარლამენტისა და ევროპის საბჭოს 2008 წლის 21 მაისის სამოქალაქო და კომერციულ საკითხებში მედიაციის ცალკეული ასპექტების თაობაზე 2008/52/EC დირექტივის მე-7, (2) მუხლი ნევრ ქვეყნებს უფლებას აძლევს, კონფიდენციალურობის დაცვასთან დაკავშირებით, უფრო მკაცრი წესები შემოიღონ. საინტერესოა ამ კუთხით ავსტრიის კანონმდებლობა. ავსტრიის კანონმდებლობა მხარეებს არ აძლევს უფლებას გამორიცხონ კონფიდენციალურობის დაცვის ვალდებულება, რამდენადაც მიჩნეულია, როგორც აბსოლუტური პრინციპი. აღნიშნული შესაძლებელია განხილულ იქნეს როგორც მხარეთა ნების ავტონომიის შეზღუდვა და ლიტერატურში მიიჩნევენ, რომ ცვლილების განხორციელება აუცილებელია.³ რაც შეეხება აშშ-ს – ზოგიერთი შტატი ითვალისწინებს მხარეთა უფლებას თანხმობის შემთხვევაში კონფიდენციალურობაზე უარი თქვან, მაშინ როდესაც რიგი შტატები (მაგ: ალასკა, არკანზასი, ჯორჯია, ჰავაი, კენტუკი, მერილენდი, მასაჩუსეტსი, მისური, მონტანა, ნიუ ჰემპშირი, ნიუ-იორკი, ჩრდილოეთ კაროლინა, ოკლაჰომა, პენსილვანია, როდიაილენდი, ტენესი, ვისკონსი.) არ ითვალისწინებენ მსგავს დებულებას.⁴ შტატები, რომლებიც არ ითვალისწინებენ კონფიდენციალურობაზე მხარეთა მხრიდან უარის თქმის უფლებას, ავალდებულებენ მხარეებს არ გაამჟღავნონ მომავალში სასამართლოში ერთმანეთისთვის მინოდებული ინფორმაცია და, შესაბამისად, ისინი არ არიან ნახალისებულები მიმართონ სასამართლოს.⁵

მაგრამ, საკანონმდებლო აქტები სხვადასხვაგვარად განიხილავენ ვის გააჩნია პრივილეგიის უფლება: მედიატორს, მხარეებს თუ თვითონ პროცესს. თუ არ დადგინდება ვის გააჩნია პრივილეგია, რთულია განისაზღვროს ვის შეუძლია მასზე უარის თქმა. ამგვარად, კვლავ გაურკვეველია რამდენად შეუძლია მედიატორს დაეყრდნოს პრივილეგიას, როდესაც მხარეებმა უარი თქვეს კონფიდენციალურობის დაცვაზე.⁶ საინტერესოა, ამ კუთხით აშშ-ში განხორციელებული სიმპოზიუმის შეჯამებები და რეკომენდაციები კონფიდენციალურობის რეგულირებასთან დაკავშირებით. თუნდაც ნერილობითი ფორმით გაცემული მხარეთა თანხმობა, არ აძ-

¹ Henke E. M., Confidentiality in the Model Law and the European Mediation Directive, A comparison of solutions offered in the Mediation Directive and the Model Law on Conciliation with examination of the actual situation in selected Civil and Common Law Countries, Master's Thesis, GRIN Verlag, 2011, 31-32; ავსტრია სხვაგვარად არეგულირებს აღნიშნულ საკითხს იხ. Henke E. M., Confidentiality in the Model Law and the European Mediation Directive, A comparison of solutions offered in the Mediation Directive and the Model Law on Conciliation with examination of the actual situation in selected Civil and Common Law Countries, Master's Thesis, GRIN Verlag, 2011, 34; ავსტრიის კანონმდებლობით კონფიდენციალურობა მედიატორის აბსოლუტურ ვალდებულებად არის დადგენილი. მითითებულია: Palo G. D., Trevor M. B. (eds.), EU Mediation Law and Practice, Great Britain, Oxford University Press, 2012, 12.

² იქვე, 32.

³ Henke E. M., Confidentiality in the Model Law and the European Mediation Directive, A comparison of solutions offered in the Mediation Directive and the Model Law on Conciliation with examination of the actual situation in selected Civil and Common Law Countries, Master's Thesis, GRIN Verlag, 2011, 34; ავსტრიის კანონმდებლობით კონფიდენციალურობა მედიატორის აბსოლუტურ ვალდებულებად არის დადგენილი. მითითებულია: Palo G. D., Trevor M. B. (eds.), EU Mediation Law and Practice, Great Britain, Oxford University Press, 2012, 12.

⁴ Oberman S., Confidentiality in Mediation: An Application of the Right to Privacy, Ohio State Journal on Dispute Resolution, Vol. 27, No. 3, 2012, 549, 47 footnote, <http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/ohjdp27&div=22&collection=journals&set_as_cursor=clear>.

⁵ იქვე, 548-549.

⁶ Oberman S., Confidentiality in Mediation: An Application of the Right to Privacy, Ohio State Journal on Dispute Resolution, Vol. 27, No. 3, 2012, 591, <http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/ohjdp27&div=22&collection=journals&set_as_cursor=clear>; ფლორიდის შემთხვევაში კანონმდებლობაში ნათლად არის აღნიშნული, რომ მხარეები ფლობენ პრივილეგიას, რაც გულისხმობს რომ შეუძლიათ უარი თქვან ან აუკრძალონ სხვას განაცხადოს მედიაციის კომუნიკაციის შესახებ სასამართლო პროცესზე. მითითებულია: Tetunic F. L., Act Deux: Confidentiality after the Florida Mediation Confidentiality and Privilege Act, Nova Law Review, Vol. 36, Fall, 2011, 81, <http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/ovalr36&div=3&collection=journals&set_as_cursor=clear#1>.

ლევს უფლებამოსილებას მედიატორს ან სამედიატორო პროგრამას¹ გაამჟღავნოს ინფორმაცია. ამგვარად, მედიატორს და სამედიატორო პროგრამას უფლება აქვთ უარი განაცხადონ ინფორმაციის გამჟღავნებაზე თუნდაც მხარეთა მიერ უფლებამოსილნი იყვნენ, თუმცა აღნიშნულ მოსაზრებას ეწინააღმდეგებოდნენ. სიმპოზიუმის ზოგიერთი მონაწილე ყურადღებას ამახვილებდა, რომ მედიატორს მხარეების მიმართ არის გამიზნული, შესაბამისად, კონფიდენციალურობის პრივილეგია მათ ინტერესებს ემსახურება. ამავ დროს, ეს ურთიერთობა იურისტსა და კლიენტს შორის არსებული ურთიერთობის მსგავსია, და ასეთ შემთხვევებში თუ კლიენტი განაცხადებს თანხმობას იურისტს უფლება აქვს განაცხადოს კონფიდენციალური ინფორმაციის თაობაზე.² სიმპოზიუმის საბოლოო პოზიციით სრულად არ აიკრძალა მედიატორის ან სამედიატორო პროგრამის მხრიდან კონფიდენციალური ინფორმაციის გამჟღავნება. თუ თავად მედიატორი ან სამედიატორო პროგრამის წარმომადგენელი განაცხადებდნენ თანხმობას იმ შემთხვევაში, როდესაც სახეზეა მხარეთა თანხმობაც, დაშვებულ იქნა კონფიდენციალური ინფორმაციის გამჟღავნება.³ თუმცა, სიმპოზიუმის სხვა მონაწილეებმა გაამახვილეს ყურადღება მედიატორის ნეიტრალურობის პრინციპზე, რომლის შენარჩუნების მიზნით, აუცილებელია მხარეთა თანხმობის შემთხვევაშიც, არ განაცხადონ კონფიდენციალური ინფორმაციის შესახებ.⁴

სსსკ-187⁸ პირველი და მეორე პუნქტები ითვალისწინებენ მხარეთა შესაძლებლობას შეცვალონ კონფიდენციალურობის საკითხი და შეხედულებისამებრ დაარეგულირონ.⁵ ესტონეთის კანონმდებლობაც იცნობს მსგავს რეგულირებას, კერძოდ მედიატორი უფლებამოსილია ინფორმაციის გამჟღავნების თაობაზე თუ სახეზეა მხარეების ან მხარეთა წარმომადგენლების მხრიდან წარდგენილი წერილობითი თანხმობა.⁶

UMA-ს რეგულირებაში ბუნდოვანია თუ რა როლი აკისრია პროცესის მონაწილე მესამე პირს კონფიდენციალურობის პრივილეგიაზე უარის თქმაში. აქტის თანახმად, პრივილეგიაზე უარის განაცხადება უნდა განხორციელდეს მედიატორის ყველა მხარის მიერ. ნათლად არ გამომდინარეობს, იგულისხმება თუ არა ამ შემთხვევაში პროცესის მონაწილე მესამე პირი. *ტომესის* მოსაზრებით ლოგიკურად არ უნდა არსებობდეს ასეთი უფლება ამ პირებისთვის.⁷

4.2. საჯარო წესრიგი, როგორც კონფიდენციალურობის დაცვის გამონაკლისი

საჯარო წესრიგი⁸ ნიშნავს მხარეთა ავტონომიას დაარეგულირონ მათ შორის ურთიერთობები ხელშეკრულებით, მაგრამ, ამავ დროს, უნდა დაეყრდნონ საჯარო სამართალს და შეინარჩუნონ კონფიდენციალურობა სხვა პირთა ინტერესების გათვალისწინების შედეგად.⁹

საჯარო წესრიგის ცნება ბუნდოვანია და შესაძლებელია მედიატორში კონფიდენციალურობის პრინციპს საფრთხე შეუქმნას.¹ მაგალითად, საჯარო წესრიგს ადგილი აქვს როდესაც

¹ *Mediation program.*

² *Hyman J. M., The Model Mediator Confidentiality Rule: A Commentary, Seton Hall Legislation Journal, Vol. 12, No. 1, 1988, 34, <http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/sethlegj12&div=3&collection=journals&set_as_cursor=clear>.*

³ იქვე, 35.

⁴ იქვე, 34-35.

⁵ სსსკ, 187⁸, 1-ლი და მე-2 ნაწილები, სსმ, 1106-ლს, 14.11.1997, [ცვლილების რედაქცია: სსმ, 5550-რს, 20.12.2011].

⁶ *Palo G. D., Trevor M. B. (eds.), EU Mediation Law and Practice, Great Britain, Oxford University Press, 2012, 88.*

⁷ *Tomeo D. G., Be Careful What You Say: One Court's Look at Confidentiality Under the Uniform Mediation Act, Seton Hall Legislative Journal, Vol. 31:1, 2006, 75, <<http://www.lowenstein.com/files/Publication/c81abe49-f222-4826-9493-0ee4c59fda33/Presentation/PublicationAttachment/ffed09f1-2b09-4102-88be-12112ed63708/Be%20Careful%20What%20You%20Say%20-%20SHLJ%20-%20DT%20-%20051407.pdf>>.*

⁸ *Public policy.*

⁹ *Deason E. E., Predictable Mediation Confidentiality in the U.S. Federal System, Ohio State Journal on Dispute Resolution 239, Vol. 17, 2002, 5, <<https://litigation-essentials.lexisnexis.com/webcd/app?action=DocumentDisplay&crawlid=1&doctype=cite&docid=17+Ohio+St.+J.+on+Disp.+Resol.+239&srctype=smi&srcid=3B15&key=10a08271aa18b1f383ab0d6e85ad564c>>.*

არასრულწლოვნის² ფიზიკურ ან ფსიქოლოგიურ ჯანმრთელობას საფრთხე ექმნება.³ კორნსს მოჰყავს მაგალითი, რომ როდესაც სახეზეა საშიშროება სიცოცხლის ან ჯანმრთელობის წინააღმდეგ, გარემოს დაბინძურება ამ დროს სახეზე გვაქვს საჯარო წესრიგის მიზნით შეზღუდვის საფუძველი.⁴

დოქტრინა *parens patriae*⁵ აძლევს სახელმწიფოს უფლებას გადაწყვიტოს რა არის უმჯობესი ბავშვებისთვის, როდესაც პეტიცია წარდგენილია მეურვეობის ან მზრუნველობის⁶ ან ორივეს თაობაზე.⁷ ლიტვის მედიაციის კანონის მე-7 მუხლის თანახმად საჯარო ინტერესი ერთ-ერთი გამონაკლისია, რომელიც მოიცავს ბავშვის ინტერესებს და ფიზიკური პირის ჯანმრთელობისა და სიცოცხლის წინააღმდეგ ზიანის პრევენციას.⁸ რუმინეთის კანონმდებლობით მედიატორის მიმართ კანონით გათვალისწინებული ვალდებულება აღარ მოქმედებს თუ მედიაციის რომელიმე მხარის მხრიდან საფრთხე ექმნება ბავშვის განვითარებას ან განათლების საკითხს.⁹ მალტას მედიაციის აქტის 27, (1), (ბ) მუხლში ბავშვის ინტერესებთან ერთად ასევე მითითებულია საფრთხე, რომელიც ემოქრება ადამიანის ფიზიკურ ან ფსიქოლოგიურ ერთიანობას.¹⁰

თავის მხრივ, ლიტერატურაში არსებობს მოსაზრება, რომ ერთადერთი შემთხვევა როდესაც ცხადია, რომ გამონაკლისი უნდა ჰქონდეს კონფიდენციალურობის დაცვას არის დანაშაულის საფრთხე,¹¹ რომლის მაგალითებია განცხადებები დანაშაულის თაობაზე, და საზოგადოებრივი კეთილდღეობის წინააღმდეგ, ან თუ მედიატორი ფლობს ინფორმაციას დანაშაულის მიმდინარეობის ან მომავალში მისი ჩადენის თაობაზე.¹²

UMA-ს თანახმად, კომუნიკაციის კონფიდენციალურობა იზღუდება თუ გამიზნულია დანაშაულის მოსამზადებლად, დანაშაულის ჩადენის მცდელობისთვის, ან დანაშაულის ან კრიმინალური მოქმედებების დაფარვისთვის, რომელიც მიმდინარეობს ამ ეტაპზე.¹³ „დანაშაულებრივი მიზნით თუ ხდება მედიაციის გამოყენება, მედიატორმა უნდა მიიღოს შესაბამისი ღონისძიებები, რომელიც მოიცავს აუცილებლობის შემთხვევაში, გადავადებას, გამოსვლას ან მედიაციის შეწყვეტას“.¹⁴

¹ Palo G.D., Trevor M.B. (eds.), EU Mediation Law and Practice, Great Britain, Oxford University Press, 2012, 24.

² Minor – A person who has not reached full legal age; a child or juvenile. განმარტებულია: Garner B. A. (Editor in Chief), Black's Law Dictionary, 3rd Pocket ed., USA, Thomson West, 2006, 457.

³ Henke E.M., Confidentiality in the Model Law and the European Mediation Directive, A comparison of solutions offered in the Mediation Directive and the Model Law on Conciliation with examination of the actual situation in selected Civil and Common Law Countries, Master's Thesis, GRIN Verlag, 2011, 31. იქვე, 31.

⁴ *Parens patriae* – 2. the state regarded as a sovereign; the state in its capacity as provider of protection to those unable to care for themselves, Garner B. A., (Editor in Chief), Black's Law Dictionary, 9th ed., Thomson West, USA, 2009, 1221.

⁵ *Visitation*.

⁶ Oberman S., Confidentiality in Mediation: An Application of the Right to Privacy, Ohio State Journal on Dispute Resolution, Vol. 27, No. 3, 2012, 562, <http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/ohjdp27&div=22&collection=journals&set_as_cursor=clear>.

⁷ Palo G. D., Trevor M. B. (eds.), EU Mediation Law and Practice, Great Britain, Oxford University Press, 2012, 224.

⁸ იქვე, 294.

⁹ იქვე, 247.

¹⁰ *Imminent harm*.

¹¹ Rosenberg J.P., Keeping the Lid on Confidentiality: Mediation Privilege and Conflict of Laws, Ohio State Journal on Dispute Resolution, Vol. 10, No. 1, 1994, 161, <http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/ohjdp10&div=3&collection=journals&set_as_cursor=0&men_tab=srchresults&terms=KeepingtheLid|on|Confidentiality&type=matchall#201>.

¹² Deleissegues C., Mediation Confidentiality: Has it Gone too Far? , University of La Verne Law Review, Vol. 33, Issue 1, November, 2011, 130, <http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/jjuv133&div=9&collection=journals&set_as_cursor=clear>.

¹³ იქვე, 133, იხ. ორიგინალში: “If a mediation is being used to further criminal conduct, a mediator should take appropriate steps including, if necessary postponing, withdrawing from or terminating the mediation”.

ესპანეთის კანონმდებლობაში შეზღუდვის ერთ-ერთი საფუძველია სისხლის სამართლის საქმეთა სასამართლოს დასაბუთებული ბრძანება.¹ ესტონეთის კანონმდებლობაშიც ვხვდებით მსგავს ნორმას და მედიატორი უფლებამოსილია გაუმჟღავნოს კონფიდენციალური ინფორმაცია საგამოძიებო ორგანოებს თუ სასამართლოს ბრძანება აქვს მიღებული აღნიშნულის თაობაზე.²

აშშ-ში, მედიაციის მარეგულირებელი კანონმდებლობა ხშირად ითვალისწინებს მკაცრ შეზღუდვებს, კერძოდ მედიატორმა სასამართლოს არ უნდა მიმართოს მედიაციის პროცესთან დაკავშირებით. თუმცა, მედიატორის პრივილეგია არ იქნება გათვალისწინებული თუ სახეზეა, მაგალითად, აშშ-ის პატრიოტიული აქტის³ კომპეტენციის საკითხი.⁴ კოლორადოს შტატის კანონმდებლობის თანხმად, კომუნიკაცია დაცულია, გარდა იმ შემთხვევისა როდესაც 18 წლამდე ასაკს მიღწეული ბავშვის უსაფრთხოებას ემუქრება საფრთხე.⁵

4.3. სამედიაციო შეთანხმების ბათილობა

ერთ-ერთი მნიშვნელოვანი საკითხია, თუ რა ფორმით უნდა შედგეს მხარეთა შორის სამედიაციო შეთანხმება მედიაციის პროცესის დასრულების შემდგომ.

საქმეში *Brown v Rice and Patel (and ADR Group)* მედიაციით დავის განხილვაზე შეთანხმებაში პირდაპირ იყო აღნიშნული, რომ ხელშეკრულებას არ ექნებოდა მავალდებულებელი ძალა თუ არ იქნებოდა გაფორმებული წერილობითი ფორმით და ხელმოწერილი მხარეთა ან მათი უფლებამოსილი პირების მიერ. მხარეები სატელეფონო საუბრისას მოლაპარაკდნენ და არ გაუფორმებიათ ხელშეკრულება შეთანხმებით გათვალისწინებული წესით. სასამართლომ ჩათვალა, რომ უნდა დაედგინა იყო თუ არა მხარეთა შორის ხელშეკრულება.⁶ *დისონი* აღნიშნავს, რომ ხელშეკრულების ნამდვილობის დადგენა ვერ მოხდება მედიაციის პროცესის დეტალურად განხილვის გარეშე.⁷ შედეგად, როდესაც საკითხი წამოიჭრება ხელშეკრულების ნამდვილობის თაობაზე კანონმდებლობით უნდა იყოს განსაზღვრული სასამართლოს შესაძლებლობა შეაფასოს არის თუ არა კონკრეტული ხელშეკრულება ბათილი.

4.4. სამედიაციო შეთანხმების აღსრულება

მედიაციის პროცესის შედეგად მიღებული შეთანხმების აღსრულებაზე რა წესები გამოიყენება არის მედიაციაში არსებული კონფიდენციალურობის ერთ-ერთი მნიშვნელოვანი ასპექტი.⁸

ევროპარლამენტისა და ევროპის საბჭოს 2008 წლის 21 მაისის სამოქალაქო და კომერციულ საკითხებში მედიაციის ცალკეული ასპექტების თაობაზე 2008/52/EC დირექტივა ითვალისწინებს კონფიდენციალურობის შეზღუდვას თუ აღნიშნული გამიზნულია მედიაციის შეთანხმების აღსრულებისთვის და იმპლემენტაციისთვის.⁹ თუმცა, ესტონეთის კანონმდებლობა, განსხვავებით

¹ *Palo G. D., Trevor M. B. (eds.), EU Mediation Law and Practice, Great Britain, Oxford University Press, 2012, 330.*

² იქვე, 88.

³ *USA Patriot Act.*

⁴ *Oberman S., Confidentiality in Mediation: An Application of the Right to Privacy, Ohio State Journal on Dispute Resolution, Vol. 27, No. 3, 2012, 575-576, <http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/ohjdpr27&div=22&collection=journals&set_as_cursor=clear>.*

⁵ *Potter H. R., Confidentiality in Mediation and the Duty to Report Child Abuse, The Journal of the Legal Profession, Vol. 29, No. 1, Spring, 2005, 276, <http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/jlegpro29&div=18&collection=journals&set_as_cursor=clear#275>.*

⁶ *Deason, E. E., Enforcing Mediated Settlement Agreements: Contract Law Collides with Confidentiality, University of California at Davis Law Review, Vol. 35, Fall, 2001, 32, <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=270349>, [05.07.2013].*

⁷ იქვე.

⁸ *Robinson P., Centuries of Contract Common Law Can't Be All Wrong: Why the UMA's Exception to Mediation Confidentiality in Enforcement Proceedings Should be Embraced and Broadened, Journal of Dispute Resolution, Vol. 2003, No. 1, 2003, 136.*

⁹ *Henke E. M., Confidentiality in the Model Law and the European Mediation Directive, A comparison of solutions offered in the Mediation Directive and the Model Law on Conciliation with examination of the actual situation in selected Civil and Common Law Countries, Master's Thesis, GRIN Verlag, 2011, 31.*

სხვა წევრი ქვეყნების კანონმდებლობისგან, მედიატორს არ ავალდებულებს გაამჟღავნოს კონფიდენციალური ინფორმაცია ხელშეკრულების იმპლემენტაციისა ან აღსრულებისთვის.¹

საქართველოს კანონმდებლობაში ეს უმნიშვნელოვანესი საკითხიც არ არის დარეგულირებული.

4.5. მედიატორის და იურისტის მიერ განხორციელებული უკანონო ქმედება

მედიატორში კონფიდენციალურობის პრინციპი მხარეებს უძნელებს დაამტკიცოს მედიატორის ან იურისტის უკანონო ქმედება.² თუმცა, სასამართლოები მტკიცებულებად იღებენ ამგვარ ინფორმაციას, თუ სახეზეა სერიოზული დარღვევა.³ უსამართლო იქნებოდა სარჩელი აღიძრას მედიატორის ან სამედიატორო პროგრამის წინააღმდეგ და შემდგომ პრივილეგიიდან გამომდინარე დაფარული იქნება რელევანტური ინფორმაცია.⁴

4.6. მედიაციის ინსტიტუტის კვლევა

კონფიდენციალურობის ზოგადმა განაწესმა შესაძლებელია ხელი შეუშალოს კვლევის განხორციელებას. აღნიშნულისთვის აუცილებელია მედიაციის პროცესებზე დასწრება მხარეთა ხასიათის, მედიატორების, პროცესის მეთოდების და შედეგების განსაზღვრის თაობაზე.⁵

სხვადასხვა საკანონმდებლო აქტები აწესებენ კონფიდენციალურობის შეზღუდვას კვლევის მიზნებისთვის, სტატისტიკის შექმნის მიზნით, იმ დათქმით, რომ არ გავრცელდეს პერსონალური ინფორმაცია. მედიატორის აკრედიტაციის ნაციონალური პრაქტიკული სტანდარტების მე-6, (1), (ა) მუხლი ითვალისწინებს, რომ მედიატორმა ნებაყოფლობით არ უნდა მიანოდოს ინფორმაცია პირს, რომელიც მედიაციის მხარე არ არის, გარდა არამაიდენტიფიცირებელი ინფორმაციისა, რომელიც აუცილებელია კვლევის ან საგანმანათლებლო მიზნებისთვის.⁶

4.7. უცხოური კანონმდებლობით გათვალისწინებული კონფიდენციალურობის დაცვის სხვა გამონაკლისები

ზემოაღნიშნული გამონაკლისების გარდა, საზღვარგარეთის ქვეყნების კანონმდებლობა კონფიდენციალურობის შეზღუდვის სხვადასხვა საფუძვლებს ითვალისწინებს.

ესტონეთის კანონმდებლობაში გამონაკლისის სახით აღნიშნულია, რომ სასამართლოს შეუძლია მედიატორი გაათავისუფლოს სხვა კარგი მიზეზების⁷ გამო. ასეთი ზოგადი ცნება სასამართლოს მხრიდან შეფასებას საჭიროებს და სასამართლოს დისკრეციაა. მაგრამ, რადგანაც სასამართლო პრაქტიკა ამ კუთხით ჯერ არ არსებობს თუ რა შემთხვევები მოიაზრება ამ ცნების ქვეშ რთულია განიმარტოს და შეფასდეს.⁸

მედიატორის ქცევის მოდელური სტანდარტები ითვალისწინებენ, რომ კონფიდენციალურობის დაცვა შეზღუდულია შემდეგ საკითხთან დაკავშირებით: მედიატორი უფლებამოსილია განაცხადოს მხარეებმა მიიღეს თუ არა მონაწილეობა და მიაღწიეს თუ არა გადაწყვეტი-

¹ *Palo G. D., Trevor M. B. (eds.), EU Mediation Law and Practice, Oxford University Press, Great Britain, 2012, 88.*

² *Miscounduct.*

³ *Hardy S., Rundle O., Mediation for Lawyers, Australia, CCH Australia Limited, 2010, 193.*

⁴ *Hyman J. M., The Model Mediator Confidentiality Rule: A Commentary, Seton Hall Legislation Journal, Vol. 12, No. 1, 1988, 37, <http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/sethlegj12&div=3&collection=journals&set_as_cursor=clear>.*

⁵ იქვე, 53.

⁶ *Hardy S., Rundle O., Mediation for Lawyers, Australia, CCH Australia Limited, 2010, 199-200.*

⁷ *Other good reasons.*

⁸ *Palo G. D., Trevor M. B. (eds.), EU Mediation Law and Practice, Great Britain, Oxford University Press, 2012, 88.*

ლებას.¹ ასევე, ამავე ქცევის წესებით განსაზღვრულია, რომ მედიატორმა სწორი გადაწყვეტილება უნდა მიიღოს და დაიცვას მხარეთა გონივრული მოლოდინი კონფიდენციალურობასთან დაკავშირებით.²

V. კონფიდენციალურობის პრინციპის დაცვის გარანტიები

კონფიდენციალურობის პრინციპის დაცვის სათანადო სამართლებრივი ჩარჩოს განსაზღვრაზე დღემდე არ არსებობს ერთიანი პოზიცია.³

საფრანგეთის კანონმდებლობა სხვადასხვა სახის მექანიზმებით უზრუნველყოფს, რომ ფუნდამენტური მოთხოვნები დააკმაყოფილოს კონფიდენციალურობის დაცვის კუთხით.⁴ ასევე, აშშ-ში სასამართლოებმა მედიაციაში პრივილეგიები ინფორმაციის გავრცელებისგან დასაცავად შექმნეს.⁵ ფაქტობრივად, შტატებს საშუალება აქვთ არჩევიან გააკეთონ აბსოლუტურ, კვალიფიციურ და შეზღუდულ პრივილეგიებზე.⁶ სასამართლოები უპირატესობას ანიჭებენ კვალიფიციურ პრივილეგიას, რომელიც გამორიცხავს მტკიცებულებად გამოყენებას მხოლოდ მაშინ, როცა პრივილეგიიდან გამომდინარე სარგებელი აღემატება მტკიცებულების საჭიროებას კონკრეტულ საქმეში.⁷

კონფიდენციალურობის დაცვის მიზნით, აუცილებელია საკანონმდებლო დონეზე სწორი ფორმულირებები იყოს დადგენილი. ბევრ საკანონმდებლო აქტში ასახული არ არის მედიაციის პროცესის დეფინიცია, და გამოიყენება შემდეგი ცნებები: „მედიაცია“, „გადაწყვეტის პროცესი“, ან იზღუდება ინფორმაციის ფარგლები და მითითებულია „განმავლობაში“ ან მედიაციის „მიზნებისთვის“ ან როდესაც ასეთ პროცესში მონაწილეობას ესწრებოდა მედიატორი.⁸

ზოგიერთ შტატში მედიაციის დროს განხორციელებული კომუნიკაცია არ არის დაცული სრულად და მხოლოდ ვერბალურ თუ წერილობით ფორმით კომუნიკაციას მოიცავს, ან კონფიდენციალურობა ვრცელდება მხოლოდ დავის საგანთან დაკავშირებით და არა პროცესში გაცვლილ ყველა ინფორმაციაზე. მსგავსი რეგულირებები არის არასათანადო დაცვის მაგალითები.⁹

კონფიდენციალურობის პრინციპთან დაკავშირებული პრობლემების თავიდან აცილების მიზნით *გოლანის* მოსაზრებით უნდა განხორციელდეს:

1. წესების ნათლად განსაზღვრა, მითითებულ იქნას კონფიდენციალურობის დაცვის ფარგლები, გამონაკლისები. აღნიშნული წესები წერილობითი ფორმით უნდა გაფორმდეს და ხელმოწერილ იქნეს მხარეთა ან მათი იურისტების მიერ;

¹ *Deleissegues C.*, Mediation Confidentiality: Has it Gone too Far?, University of La Verne Law Review, Vol. 33, Issue 1, November, 2011, 132, <http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/jjuv133&div=9&collection=journals&set_as_cursor=clear>

² იქვე, 132.

³ *Deason E. E.*, Symposium: Secrecy and Transparency in Dispute Resolution: The Need for Trust as a Justification for Confidentiality in Mediation: A Cross-Disciplinary Approach, Kansas Law Review 1387, Vol. 54, June, 2006, 2, <<https://litigation-essentials.lexisnexis.com/webcd/app?action=DocumentDisplay&crawlid=1&doctype=cite&docid=54+Kan.+L.+Rev.+1387&srctype=smi&srcid=3B15&key=512f3bacdcd52d582393a1235f2a59d>>.

⁴ *Palo G. D., Trevor M. B. (eds.)*, EU Mediation Law and Practice, Oxford University Press, Great Britain, 2012, 118.

⁵ *Rosenberg J. P.*, Keeping the Lid on Confidentiality: Mediation Privilege and Conflict of Laws, Ohio State Journal on Dispute Resolution, Vol. 10, No.1, 1994, 158, <http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/ohjdpr10&div=3&collection=journals&set_as_cursor=0&men_tab=srchresults&terms=KeepingtheLidonConfidentiality&type=matchall#201>.

⁶ იქვე, 158-159.

⁷ იქვე, 159.

⁸ *Alfini J. J., Press S. B., Sternlight J. R., Stulberg J. B.*, Mediation Theory and Practice, 2nd ed., Lexisnexis, 2006, 222.

⁹ *Kuester E. L.*, Confidentiality in Mediation: A Trial of Broken Promises, Vol. 16, No. 2, Hamline Journal of Public Law & Policy, 1994-1995, 579, <http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/hplp16&div=23&collection=journals&set_as_cursor=clear>.

2. არ უნდა მოხდეს დაცვის ფარგლების ფართოდ განმარტება, ასევე, ხელშეკრულებაში ზოგადი წესები არ უნდა იქნეს ასახული;

3. გათვალისწინებულ იქნეს, რომ არსებობს ორი სახის კონფიდენციალურობა. პირველი მოიცავს თუ რას გამჟღავნებენ მხარეები მედიაციის პროცესის გარეთ, ხოლო მეორე – ინფორმაციის გამჟღავნებას კერძო შეხვედრების დროს.¹

დილარდი ტეხასის დავის გადაწყვეტის ალტერნატიულ აქტთან² დაკავშირებით აღნიშნავს, რომ პრაქტიკოსებმა და კომენტატორებმა არ უნდა განაგრძონ „დაველოდოთ და ვნახავთ“ მიდგომა კონფიდენციალურობის მუხლში ცვლილებების შეტანასთან დაკავშირებით.³

5.1. დაუშვებელი მტკიცებულებების ინსტიტუტი, როგორც კონფიდენციალურობის დაცვის გარანტია

ერთ-ერთ მნიშვნელოვან საკითხს წარმოადგენს კონფიდენციალურობის პრინციპის დაცვის მიზნით შესაბამისი გარანტიების შექმნა. მაშინ, როდესაც მედიაცია წარმატებით ვერ დასრულდება და მხარეები ვერ შეთანხმდებიან, აუცილებელია კანონმდებლობით დადგენილ იქნას, რომ ყველა დოკუმენტი, ინფორმაცია (მათ შორის, არავერბალური ქმედებებიდან შეტყობილი) არის კონფიდენციალური და დაუშვებელ მტკიცებულებად იქნება განხილული მომავალში სასამართლო პროცესზე, არბიტრაჟსა თუ დავის გადაწყვეტის სხვა მეთოდებში.

საერთო სამართალში დაუშვებელ მტკიცებულებად განხილვის წესი გულისხმობს, რომ სასამართლოში დავის დროს ვერ წარადგენენ მტკიცებულების სახით მედიაციაში გამოთქმულ ინფორმაციას (*Field v Commissioner for Railways (NSW) 199 CIR 285*). სხვადასხვა ქვეყნის საკანონმდებლო აქტები ითვალისწინებს კონფიდენციალურობის დაცვის მუხლებს, რომლებიც ეხება მედიაციის პროცესში გამოთქმულ განცხადებებსა და განხორციელებულ ქმედებებს.⁴

ესტონეთის კანონმდებლობაში კონფიდენციალურობა დაცულია საპროცესო ღონისძიებებით და მედიატორს ვერ დააკისრებენ ვალდებულებას მისცეს ჩვენება მედიაციასთან დაკავშირებით.⁵ ლუქსემბურგის კანონმდებლობის თანახმად, მედიატორი ვერ იქნება მოწმედ მონვეული სასამართლოში იმ ინფორმაციასთან დაკავშირებით, რომელიც მან მედიაციის პროცესში შეიტყო.⁶ მსგავს რეგულირებას იცნობს საქართველოს კანონმდებლობაც.⁷ სსსკ-ს 141-ე მუხლის დ) ქვეპუნქტის თანახმად, მედიატორი არ შეიძლება მოწმედ დაიკითხოს ისეთ გარემოებებთან დაკავშირებით, რომლებიც მისთვის ცნობილი გახდა მედიატორის მოვალეობის შესრულებისას.⁸

რაც შეეხება სასამართლო მედიაციას. სსსკ-ს 104-ე მუხლის 1¹ თანახმად, მტკიცებულებად არ მიიღებს სასამართლო მედიაციის პროცესში კონფიდენციალურობის პირობით გამჟღავნებულ ინფორმაციასა და დოკუმენტს, თუ მხარეთა შეთანხმებით სხვაგვარად არ არის დადგენილი.⁹ აღნიშნული ნორმა არ ითვალისწინებს სხვა ტიპის მედიაციაში¹ გამოყენებულ მტკიცებულებების დაუშვებლად ცნობას.

¹ Golann D., *Mediating Legal Disputes: Effective Strategies for Neutrals and Advocates*, American Bar Association, USA, 2009, 217.

² *Texas ADR Act*.

³ Dillard G., *The Future of Mediation Confidentiality in Texas: Shedding Light on a Murky Situation*, *The Review of Litigation* 137, Vol. 21, 2002, 3, <<https://litigation-essentials.lexisnexis.com/webcd/app?action=DocumentDisplay&crawlid=1&doctype=cite&docid=21+Rev.+Litig.+137&srctype=smi&srcid=3B15&key=35f0af83a0bb a11f91b3de3e1a7c6324>>.

⁴ Hardy S., Rundle O., *Mediation for Lawyers*, Australia, CCH Australia Limited, 2010, 183.

⁵ Palo G. D., Trevor M. B. (eds.), *EU Mediation Law and Practice*, Great Britain, Oxford University Press, 2012, 87.

⁶ იქვე, 240.

⁷ სსსკ-ის 141-ე მუხლი, დ) ქვეპუნქტი, სსმ, 1106-ლს, 14.11.1997, [ცვლილების რედაქცია: სსმ, 5550-რს, 20.12.2011].

⁸ სსსკ-ის 141-ე მუხლი, დ) ქვეპუნქტი, სსმ, 1106-ლს, 14.11.1997, [ცვლილების რედაქცია: სსმ, 5550-რს, 20.12.2011].

⁹ იქვე.

ამავე დროს, კანონმდებელი დამატებით აღნიშნავს თუ რა შემთხვევებში არ გამოიყენება ზემოხსენებული წესი:

- თუ ინფორმაცია და დოკუმენტი წარდგენილია იმ მხარის მიერ, რომელმაც გაამჟღავნა;
- თუ ეს ინფორმაცია ან/და დოკუმენტი მეორე მხარეს ჰქონდა ან კანონით გათვალისწინებული სხვა საშუალებებით მიიღო და წარადგინა სასამართლოში.²

კონფიდენციალურობის დარღვევის რისკი მედიატორს ასევე უკრძალავს მონაწილეობა მიიღოს შემდგომში იმავე საქმეზე სასამართლო პროცესებში. მაგალითად, საქმეში *The Duke Group Ltd (in lip) v Imaain Investment Ltd & Ors [2003] SASC 272*, მოსამართლე მონაწილეობას ღებულობდა როგორც მედიატორი დავის სასამართლოში განხილვამდე 9 წლით ადრე და საჯარო ინტერესებიდან გამომდინარე თვითაც იღებდა³ განახორციელა ამ საქმის განხილვასთან დაკავშირებით.⁴ ესტონეთის კანონმდებლობით აკრძალულია მედიატორი იყოს რომელიმე მხარის წარმომადგენელი იმავე დავაში სასამართლო პროცესზე.⁵ საქართველოს კანონმდებლობით კერძოდ, სსსკ-ს 31-ე მუხლის 1-ლი ნაწილის ე) ქვეპუნქტის თანახმად, მოსამართლის აცილების ერთ-ერთ საფუძვლად დადგენილია განსახილველ საქმეში მედიატორად მონაწილეობა.⁶ საქართველოს კანონმდებლობა ამ კუთხით ძირითადი რისკებისგან დაცვის მიმართ ღონისძიებებს ითვალისწინებს. სასამართლო პროცესზე რომელიმე მხარის წარმომადგენელი არ შეიძლება იყოს ის პირი, რომელიც მედიატორად მონაწილეობდა აღნიშნულ საქმეში.⁷

პოლონეთის კანონმდებლობით, კერძოდ სამოქალაქო საპროცესო კოდექსის 183⁴-ე (3) მუხლის მიხედვით არა მხოლოდ სასამართლოში არ აქვს ძალა, არამედ საარბიტრაჟო ტრიბუნალშიც. ამგვარი დანაწესი გულისხმობს, რომ საბოლოო გადაწყვეტილების მიღებაში არ შეიძლება იქნეს გათვალისწინებული ასეთი მტკიცებულება.⁸ დიდ ბრიტანეთშიც დღეს მოქმედი კანონმდებლობით გათვალისწინებულია პროცესში გაკეთებული განცხადებების კონფიდენციალურობის დაცვის ზოგადი დანაწესი.⁹

აქვე დამატებით უნდა აღინიშნოს, რომ ავსტრიის შემთხვევაში სათანადოდ რეგისტრირებულ მედიატორს უფლება აქვს არ მისცეს ჩვენება სისხლის სამართლის საქმეზე.¹⁰ საქართველოს სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსის თანახმად, სასამართლოს შეუძლია გაათავისუფლოს ნოტარიუსი ან საჯარო მოსამსახურე თუ მათ ნაკისრი აქვთ ვალდებულება არ გაამჟღავნონ მიღებული ინფორმაციის წყაროსა და შინაარსზე.¹¹ შედეგად სამედიცინო, სანოტარო და საგადასახადო მედიაციის დროს დავის მხარეებს გარკვეული გარანტია აქვთ, რომ მათი მიწოდებული ინფორმაცია არ იქნეს გამჟღავნებული. ასევე, კანონმდებელი დამატებით სასამართლოს აძლევს შესაძლებლობას გაათავისუფლოს მონაწილეობისგან თუ პირი სამუშაოზე იმ პირობით არის მიღებული, რომ არ გაამჟღავნებს კომერციულ ან საბანკო საიდუმ-

¹ მაგალითად, სანოტარო, სამედიცინო, საგადასახადო მედიაციაში მხარეთა მიერ წარდგენილ, გამოყენებულ ინფორმაციაზე კანონმდებელი მსგავს დაცვას არ ადგენს.

² სსსკ-ის 104-ე მუხლი, ¹² ნაწილი, სსმ, 1106-ლს, 14.11.1997, [ცვლილების რედაქცია: სსმ, 5550-რს, 20.12.2011].

³ *Disqualify*.

⁴ *Hardy S., Rundle O., Mediation for Lawyers*, Printed in Australia, CCH Australia Limited, 2010, 178.

⁵ *Palo G. D., Trevor M. B. (eds.), EU Mediation Law and Practice*, Great Britain, Oxford University Press, 2012, 88.

⁶ სსსკ-ის 31-ე მუხლი, 1-ლი ნაწილი, დ) ქვეპუნქტი, სსმ, 1106-ლს, 14.11.1997, [ცვლილების რედაქცია: სსმ, 5550-რს, 20.12.2011].

⁷ სსსკ-ის 94-ე მუხლი, ¹¹ ნაწილი, სსმ, 1106-ლს, 14.11.1997, [ცვლილების რედაქცია: სსმ, 5550-რს, 20.12.2011].

⁸ *Palo G. D., Trevor M. B. (eds.), EU Mediation Law and Practice*, Great Britain, Oxford University Press, 2012, 259.

⁹ *Burnley R., Lascelles G., Mediator Confidentiality – Conduct and Communications*, 1, <http://www.cedr.com/library/articles/Mediatorconfidentiality_SJBerwin.pdf>, [05.07.2013].

¹⁰ იქვე, 13.

¹¹ სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსი, 50-ე მუხლი, სსმ, 1772-ლს, 09.10.2009, [ცვლილების რედაქცია: სსმ, 3616-რს, 24.09.2010].

ლოებას.¹ თუმცა, ეს უკანასკნელი რამდენად ფართოდ განიმარტება არის პრაქტიკის საგანი და გავრცელებულია თუ არა აღნიშნული დებულებები მედიატორებზე.

5.2. მედიაციაზე შეთანხმება და კონფიდენციალურობის მუხლი

მედიაციის დროს განხორციელებული კომუნიკაციების კონფიდენციალურად დაცვის-თვის ყველაზე ხელსაყრელი ინსტრუმენტი არის კონტრაქტი მხარეთა და მედიატორს შორის. ასეთი შეთანხმებით მხარეებს შეუძლიათ განსაზღვრონ კონკრეტულად ყველა შემოთავაზება, დაპირება, ქმედება, განცხადება, წერილობითი თუ ზეპირი, რომ არ იქნეს გამოყენებული შემდგომში მტკიცებულებად მათ შორის დავის არსებობის შემთხვევაში.² თუმცა ამ შეთანხმებით მესამე პირები არ არიან პასუხისმგებლები კონფიდენციალურობის დაცვაზე. შესაბამისად, შეთანხმებით კონფიდენციალურობის პრინციპის არაადეკვატური დაცვა ხორციელდება.³ სწორედ აქედან გამომდინარე, უნდა აღინიშნოს და ხელმოწერილ იქნას შეთანხმების აქტში მედიაციის მესამე პირთა მხრიდან მათი ვალდებულებების შესახებ თუ კანონმდებლობით მსგავსი რეგულირება არ არსებობს.

შეთანხმებით შესაძლებელია გათვალისწინებულ იქნეს კონფიდენციალურობის მუხლის დამრღვევის პასუხისმგებლობა, მიეთითოს ასანაზღაურებელი ზიანის ოდენობა. ასევე სხვა ხარჯები, რომელიც აღსრულებას უკავშირდება.⁴

5.3. მედიატორის როლი კონფიდენციალურობის პრინციპის დაცვაში

ეთიკის წესები კონფიდენციალურობის დაცვის ერთ-ერთი საშუალებაა.⁵

მედიატორის ქცევაზე კალიფორნიის წესების თანახმად მედიატორმა ყოველთვის უნდა დაიცვას კონფიდენციალურობასთან დაკავშირებული შესაბამისი კანონმდებლობა.⁶ აქვე უნდა აღინიშნოს, რომ მედიატორებმა უნდა იცოდნენ და შეატყობინონ მხარეებს კონფიდენციალურობის რეგულირების საკითხები.⁷ მედიატორი ვალდებულია იცოდეს ზუსტად რა საკითხზეა ვალდებული და რა საკითხებზეა უფლებამოსილი აცნობოს შესაბამის ორგანოს კონფიდენციალური ინფორმაციის თაობაზე.⁸

კონფიდენციალურობის დაცვის კუთხით პირველი ნაბიჯი რაც შეიძლება გადაიდგას არის, რომ მხარეებმა იცოდნენ რას ნიშნავს და რას მოიცავს,⁹ როგორია მედიაციის კონფიდენციალური ბუნება.¹⁰ აშშ-ის სასამართლოების უმეტესობამ მედიატორის ერთ-ერთ ეთიკურ

¹ იქვე.

² *Kuester E. L.*, Confidentiality in Mediation: A Trial of Broken Promises, Vol. 16, No. 2, Hamline Journal of Public Law & Policy, 1994-1995, 576-577, <http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/hplp16&div=23&collection=journals&set_as_cursor=clear>.

³ იქვე, 578.

⁴ *Dollak P.*, Myth and Reality of Party Confidentiality in Ontario's Mandatory Mediation Program, The Advocates' Quarterly, Vol.29, 2005, 148, <http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/aqtr29&div=4&collection=journals&set_as_cursor=clear>.

⁵ იქვე, 134.

⁶ *Deleissegues C.*, Mediation Confidentiality: Has it Gone too Far?, University of La Verne Law Review, Vol. 33, Issue 1, November, 2011, 133, <http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/jjuv133&div=9&collection=journals&set_as_cursor=clear>.

⁷ *Oberman S.*, Confidentiality in Mediation: An Application of the Right to Privacy, Ohio State Journal on Dispute Resolution, Vol. 27, No. 3, 2012, 547, <http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/ohjdp27&div=22&collection=journals&set_as_cursor=clear>.

⁸ იქვე, 611.

⁹ *Deleissegues C.*, Mediation Confidentiality: Has it Gone too Far?, University of La Verne Law Review, Vol. 33, Issue 1, November, 2011, 126, <http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/jjuv133&div=9&collection=journals&set_as_cursor=clear>.

¹⁰ *Dollak P.*, Myth and Reality of Party Confidentiality in Ontario's Mandatory Mediation Program, The Advocates' Quarterly, Vol.29, 2005, 135, <http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/aqtr29&div=4&collection=journals&set_as_cursor=clear>.

ვალდებულებად მიიჩნის მხარეთა ინფორმირება კონფიდენციალურობაზე.¹ სავალდებულო მედიაციის დროს მედიატორი ონტარიოს კანონმდებლობის მიხედვით ვალდებულია უზრუნველყოს გარკვეული პირობების ასახვა შეთანხმებაში. კერძოდ, ერთ-ერთი პირობაა მიეთითოს, რომ მედიაციის დროს კომუნიკაცია კონფიდენციალურია.²

მედიაციის შეთავაზების დროს სასამართლოს სერტიფიცირებული მედიატორები³ ვალდებული არიან, მედიაციის ბუნებიდან გამომდინარე, აუხსნან მხარეებს კონფიდენციალურობის დაცვისა და მასზე უარის თქმის გაცხადების არჩევანის თაობაზე, მხარეთა ინტერესების განსაზღვრისა და კეთილსინდისიერების თაობაზე, და უზრუნველყონ კეთილსინდისიერება.⁴ კონფიდენციალურობის ახსნასთან დაკავშირებით მედიატორი 1) მხარეებს აწვდის სამართლებრივი რეგულირების თაობაზე ინფორმაციას, 2) უზრუნველყოფს მხარეთა ინფორმირებულობას, 3) ვალდებულია განსაზღვროს, რომ მხარეებს აქვთ შესაძლებლობა მიიღონ მათთვის საუკეთესო ინტერესებით გათვალისწინებული გადაწყვეტილება.⁵ მედიატორი, ონტარიოს კანონმდებლობის თანახმად, მედიაციის დაწყებამდე ვალდებულია დარწმუნდეს, რომ მხარეებმა გაიგეს მედიაციის პროცესის ბუნების შესახებ.⁶

მალტას მედიაციის აქტის მე-5, (კ) მუხლი მედიატორს აკისრებს ვალდებულებას შეინარჩუნოს მედიაციის პროცესში კონფიდენციალურობა. მედიატორის ქცევის კოდექსი კი ასევე ითვალისწინებს მედიატორის პასუხისმგებლობას: უზრუნველყოს მხარეებმა გააფორმონ ნერილობითი ფორმით ხელშეკრულება, სადაც ასახული იქნება ნება არ განაცხადონ მომავალში აღნიშნული ინფორმაციის თაობაზე სასამართლოში. მედიატორი პასუხისმგებელია, რომ აღნიშნული აკრძალვა მხარეებმა გაიგონ.⁷

რუმინეთის კანონმდებლობითაც მედიატორი პასუხისმგებელია შეატყობინოს მხარეებს კონფიდენციალურობასთან და არსებულ გამონაკლისებთან დაკავშირებით ინფორმაცია, მანამ, სანამ მედიაციით დავის განხილვაზე შეთანხმებას გააფორმებენ. აღნიშნულია მედიატორის ეთიკური და კანონმდებლობით გათვალისწინებული ვალდებულება დეტალურად აუხსნას მხარეებს, რომ სწორად გაიგონ შეზღუდვების თაობაზე.⁸

პოლონეთის კანონმდებლობით მხარის კონფიდენციალურობის ვალდებულებასთან ერთად აღნიშნულია, რომ ეს ინფორმაცია მედიატორმა არ უნდა გამოიყენოს თავისი საკუთარი მიზნებისთვის, თუ რასაკვირველია მხარეები სხვაგვარად არ შეთანხმდებიან.⁹

უნგრეთის მედიაციის აქტის 26-ე (1), (2) მუხლის თანახმად მედიატორი ვალდებულია შეინახოს ყველა ინფორმაცია მედიაციასთან დაკავშირებით. დამატებით აღნიშნულია, რომ ეს ვალდებულება მედიატორს მედიაციის დამთავრების შემდგომაც აქვს.¹⁰

¹ Oberman S., Confidentiality in Mediation: An Application of the Right to Privacy, Ohio State Journal on Dispute Resolution, Vol. 27, No. 3, 2012, 633, 599 footnote, <http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/ohjdpr27&div=22&collection=journals&set_as_cursor=clear>.

² Dollak P., Myth and Reality of Party Confidentiality in Ontario's Mandatory Mediation Program, The Advocates' Quarterly, Vol.29, 2005, 126, <http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/aqrt29&div=4&collection=journals&set_as_cursor=clear>.

³ Court-certified mediators.

⁴ Oberman S., Confidentiality in Mediation: An Application of the Right to Privacy, Ohio State Journal on Dispute Resolution, Vol. 27, No. 3, 2012, 547, <http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/ohjdpr27&div=22&collection=journals&set_as_cursor=clear>.

⁵ იქვე, 548.

⁶ Dollak P., Myth and Reality of Party Confidentiality in Ontario's Mandatory Mediation Program, The Advocates' Quarterly, Vol.29, 2005, 135, <http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/aqrt29&div=4&collection=journals&set_as_cursor=clear>.

⁷ Palo G. D., Trevor M. B. (eds.), EU Mediation Law and Practice, Oxford University Press, Great Britain, 2012, 247.

⁸ იქვე, 294.

⁹ იქვე, 259.

¹⁰ იქვე, 165.

5.4. პასუხისმგებლობა კონფიდენციალურობის ვალდებულების დარღვევისათვის

კონფიდენციალურობის დასაცავად აუცილებელია კანონმდებლობით დადგენილ იქნეს პასუხისმგებლობა მხარეთათვის, მედიატორისთვის ან მედიაციის ნებისმიერი მესამე პირისთვის.

კონგრესმა მიიღო კანონმდებლობა, რომელიც ინფორმაციის გამჟღავნების კრიმინალიზაციას ახორციელებს როგორც სამოქალაქო, ასევე სისხლისამართლებრივი პასუხისმგებლობით. ის, ვინც დაარღვევს საზოგადოების ნდობას და სახელმწიფოსთვის სტატისტიკის მიზნით მიწოდებულ კონფიდენციალურ ინფორმაციას გაამჟღავნებს.¹

პორტუგალიის კანონმდებლობა არ ითვალისწინებს კონფიდენციალურობის ვალდებულების დარღვევასთან (როგორც მედიაციის დროს, ასევე მედიაციის შემდეგ) დაკავშირებულ სანქციებს.²

Paranzino-ს საქმეში ოფერტის პირობები გამჟღავნდა და სწორედ ეს გახდა სანქციის საფუძველი.³

ტეხასის დავის გადაწყვეტის ალტერნატიულ აქტთან ხარვეზად მიჩნეულია კონფიდენციალურობის დებულების დარღვევისთვის სათანადო სანქციების გაუთვალისწინებლობა.⁴ რაც შეეხება საქართველოს კანონმდებლობას, ეს საკითხებიც არის დაურეგულირებელი.

5.4.1. კონფიდენციალურობის დაცვის ვალდებულების დარღვევა მედიაციის მხარის მიერ

ბულგარეთის კანონმდებლობით, კონფიდენციალურობის ვალდებულების დარღვევის შემთხვევაში არ არის გათვალისწინებული სპეციალური სანქციები. ამის ნაცვლად მხარეები და იურისტები, ასევე, მედიატორები ხელს აწერენ მედიაციის თაობაზე შეთანხმებას, სადაც გათვალისწინებულია კონფიდენციალურობის მუხლი. შეთანხმების დარღვევის შედეგად დგება სახელმძღვანელო პასუხისმგებლობა ზიანის ანაზღაურებასთან დაკავშირებით. მხოლოდ ზოგადი წესების თანახმად მოუწევს მხარეს მტკიცება მიყენებული ზიანის ანაზღაურების თაობაზე.⁵ კონფიდენციალურობის მუხლის დარღვევა წარმოშობს მხარის უფლებას ზიანის ანაზღაურების მოთხოვნის თაობაზე ბელგიის კანონმდებლობის მიხედვით.⁶

საინტერესოა, რომ დანიის კანონმდებლობის თანახმად, მხარეებს არ აქვთ ვალდებულება თქვან სიმართლე მედიაციის დროს და არავის არ აქვს უფლება დასაჯოს მხარე ამისთვის.⁷

Paranzino v. Barnett Bank, 690 So. 2d 725 (Fla. Dist. Ct. App. 1997) და *Bernard v. Galen Group*, 901 F. Supp. 778 (S.D.N.Y.1995) საქმეებში მხარეები სასამართლო მედიაციის ფარგლებში კონფიდენციალურობის დარღვევასთან დაკავშირებით მკაცრად დააჯარიმეს.⁸ *Bernard-ის* საქმეში

¹ *Oberman S.*, Confidentiality in Mediation: An Application of the Right to Privacy, Ohio State Journal on Dispute Resolution, Vol. 27, No. 3, 2012, 606, http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/ohjdpr27&div=22&collection=journals&set_as_cursor=clear.

² *Palo G. D., Trevor M. B. (eds.)*, EU Mediation Law and Practice, Great Britain, Oxford University Press, 2012, 277.

³ *Giesler C., Lee J. A.*, Confidentiality in Mediation, Harvard Negotiation Law Review, Vol. 3, 1998, 291, <http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/haneg3&div=12&collection=journals&set_as_cursor=clear>.

⁴ *Dillard G.*, The Future of Mediation Confidentiality in Texas: Shedding Light on a Murky Situation, The Review of Litigation 137, Vol. 21, 2002, 3, <<https://litigation-essentials.lexisnexis.com/webcd/app?action=DocumentDisplay&crawlid=1&doctype=cite&docid=21+Rev.+Litig.+137&srctype=smi&srcid=3B15&key=35f0af83a0bb a11f91b3de3e1a7c6324>>.

⁵ *Palo G. D., Trevor M. B. (eds.)*, EU Mediation Law and Practice, Great Britain, Oxford University Press, 2012, 36.

⁶ *Demeyere L.*, Dispute Resolution Journal. Vol. 61 Issue 4, November 2006 - January 2007, 90, <<http://web.ebscohost.com/ehost/pdfviewer/pdfviewer?sid=986960f3-f927-42f3-8996-32e8a2c1d10a%40sessionmgr11&vid=1&hid=10>>.

⁷ *Palo G. D., Trevor M.B. (eds.)*, EU Mediation Law and Practice, Great Britain, Oxford University Press, 2012, 77.

⁸ *Giesler C., Lee J. A.*, Confidentiality in Mediation, Harvard Negotiation Law Review, Vol. 3, 1998, 295, <http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/haneg3&div=12&collection=journals&set_as_cursor=clear>.

კონფიდენციალური ინფორმაცია მიენოდა საქმის განმხილველ მოსამართლეს, თუმცა არ მომხდარა მისი სხვაგვარად საზოგადოებისთვის ხელმისაწვდომობა.¹

5.4.2. კონფიდენციალურობის ვალდებულების დარღვევა მედიატორის მიერ

მედიატორის მხრიდან კონფიდენციალურობის დარღვევის შემთხვევაში სახელმწიფოთა მიდგომა განსხვავდება.

მედიატორის მხრიდან კონფიდენციალურობის დარღვევა ჩეხეთის რესპუბლიკაში ადმინისტრაციულ სამართალდარღვევად² არის მიჩნეული.³ უფრო მკაცრი რეგულაცია აქვს შემუშავებული ავსტრიას. მედიატორის სისხლისსამართლებრივი პასუხისმგებლობა დგება თუ კონფიდენციალურობის დაცვის ვალდებულების დარღვევს.⁴ საქართველოს კანონმდებლობა რაიმე სპეციალურ რეგულაციას არ ითვალისწინებს.

VI. დასკვნა

სტატიაში განხორციელებული კვლევის შედეგები შესაძლებელია შემდეგი სახით ჩამოყალიბდეს:

- საკანონმდებლო დონეზე უნდა დადგინეს მედიაციის პროცესის ფართო დეფინიცია. კერძოდ, იგი უნდა მოიცავდეს პერიოდს, რომელიც იწყება მხარეთა შორის მედიაციით დავის განხილვაზე წინასახელშეკრულებო ურთიერთობიდან და სრულდება მედიაციით განსახილველ საკითხთან დაკავშირებით საბოლოო კომუნიკაციით მხარესთან ან მედიატორთან. მედიაციის პროცესის დეფინიცია, თითოეულ შემთხვევაში, შესაბამის მარეგულირებელ აქტში უნდა იქნეს ასახული;

- ასევე, უნდა განისაზღვროს მედიაციის პროცესში განხორციელებული კომუნიკაციის ცნება. როგორც მხარესთან, ასევე მედიატორთან განხორციელებული კომუნიკაცია (იქნება ეს ვერბალური თუ არავერბალური) უნდა იყოს კონფიდენციალურობის დაცვის საგანი. უმჯობესია მიეთითოს დაკონკრეტების მიზნით, რომ ეს კომუნიკაცია არ არის შემოფარგლული ფორმალური სესიით და ნებისმიერ ვითარებაში მინოდებულ ინფორმაციას მოიცავს;

- მედიაციის პროცესში შედგენილ და წარდგენილ დოკუმენტებიც, იმის მიუხედავად არის თუ არა დავის საგანთან კავშირში, კონფიდენციალურად უნდა იქნეს განხილული. მედიაციის მიმართ არსებული ნდობის საფუძველზე მხარემ შესაძლებელია დამატებით წარადგინოს ის დოკუმენტი, რაც დავის საგანს არ ეხება. აქედან გამომდინარე, კეთილსინდისიერი მონაწილის ინტერესები მაქსიმალურად უნდა იქნეს დაცული და მას კანონმდებელმა შესაბამისი დაცვა უნდა შესთავაზოს. პრაქტიკაში არაეთვაროვნად განმარტების თავიდან არიდების მიზნით აუცილებელია აღნიშნული დათქმის არსებობა, კერძოდ ნებისმიერ დოკუმენტზე დაცვის გავრცელება, ნათლად უნდა იყოს ასახული საკანონმდებლო აქტში;

- საქართველოს კანონმდებლობა არ ითვალისწინებს მედიატორის ქცევის წესებს, რაც კონფიდენციალურობის დაცვის ერთ-ერთ ხარვეზად შეიძლება იქნეს მიჩნეული. აუცილებელია, საზღვარგარეთის ქვეყნების პრაქტიკის გათვალისწინებით, შესაბამისი სახელმძღვანელო – ქცევის კოდექსი იქნეს შემუშავებული. სასურველია, ქცევის კოდექსში ასახულ იქნეს მედიატორის ვალდებულება მიაწოდოს სრული ინფორმაცია მედიაციაში კონფიდენციალურობასთან, მის შეზღუდვებსა და გარანტიებთან დაკავშირებით მედიაციის დაწყებამდე და აღნიშ-

¹ Giesler C., Lee J. A., Confidentiality in Mediation, Harvard Negotiation Law Review, Vol. 3, 1998, 290, <http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/haneg3&div=12&collection=journals&set_as_cursor=clear>.

² *Administrative offence*.

³ Palo G. D., Trevor M. B. (eds.), EU Mediation Law and Practice, Great Britain, Oxford University Press, 2012, 63.

⁴ იქვე, 12.

ნული ინფორმაციის მიწოდებასთან დაკავშირებით შესაბამისი დოკუმენტის შედგენაც იყოს გათვალისწინებული. შედეგად, მხარეებს ექმნებათ წარმოდგენა კონფიდენციალურობასთან და მის შეზღუდვებთან დაკავშირებით;

- მნიშვნელოვანია საკანონმდებლო დონეზე დადგინდეს მედიაციის მესამე პირის პასუხისმგებლობის საკითხი. ეს პირები ორ კატეგორიად შეიძლება დაიყოს: მედიაციის პროცესის მონაწილე მესამე პირები ან მესამე პირები, რომლებიც პროცესში მონაწილეობას არ იღებდნენ. გამომდინარე იქიდან, რომ საქართველოს კანონმდებლობით მათზე არ ვრცელდება კონფიდენციალურობის დაცვის ვალდებულება სასურველი იქნება თუ მედიაციის მხარეები ამ ურთიერთობებს დაარეგულირებენ ცალკე შეთანხმებით. თუმცა, მხარეთა უცოდინრობის ან მედიატორის პრაქტიკული გამოუცდელობის გამო შეიძლება არ იქნეს გაფორმებული ხელშეკრულება კონფიდენციალურობის დაცვაზე მედიაციის პროცესის მონაწილე პირებთან. აქედან გამომდინარე, საკანონმდებლო დონეზე მათი ვალდებულება მედიაციასთან დაკავშირებული ინფორმაციის დაცვაზე უნდა იქნეს ასახული, რათა მედიაციის მონაწილეებს უფრო მეტი გარანტია შესთავაზოს კანონმდებელმა. რაც შეეხება მესამე პირებს, რომლებიც მონაწილეობას არ ღებულობდნენ მედიაციაში. თუ მათთვის რაიმე შემთხვევითობის შედეგად ხელმისაწვდომი გახდება მედიაციის პროცესთან დაკავშირებული ინფორმაცია, აუცილებელია მათთვისაც დადგინდეს ვალდებულება არ გადასცენ სხვა პირს და აღნიშნული ინფორმაცია, დოკუმენტი, მასალა, მინარეონ შესაბამის უფლებამოსილ ორგანოს. თავის მხრივ, კანონმდებლობით უნდა განისაზღვროს უფლებამოსილი ორგანო. დამატებით ასევე უმჯობესი იქნება, რომ შესაბამის კომპეტენტურ უწყებას ან ადმინისტრაციულ ორგანოს ჰქონდეს გარკვეული უფლებამოსილება მიმართოს მესამე პირს კონფიდენციალური ინფორმაციის გავრცელების აკრძალვის თაობაზე, მანამ სანამ მხარეებს შეატყობინენ აღნიშნულ საკითხთან დაკავშირებით;

- კონფიდენციალურობის გამონაკლისების დადგენა ერთ-ერთი მნიშვნელოვანია საკითხია, რომელიც დღეის მდგომარეობით ღიად არის დატოვებული. როგორც *მატურკი* აღნიშნავს, გამონაკლისები მედიაციის გამოყენებას ხელს უწყობს,¹ ხოლო *დისონის* მოსაზრებით, აუცილებელია შერჩეულ იქნეს ბალანსი კონფიდენციალურობის დაცვასა და საჯაროობას შორის.² მხარეთა შეთანხმება ან მხარის თანხმობა კონფიდენციალურობის შეზღუდვის ერთ-ერთი გამონაკლისია, რაც დღეის მდგომარეობით ასახულია საქართველოს კანონმდებლობაში. ამასთანავე, აუცილებელია ფორმალურად სახე განისაზღვროს კანონმდებლობით ამ შეთანხმებასთან და თანხმობის შედგენასთან დაკავშირებით. იმ შემთხვევაში, თუ მხარეები შეთანხმდებიან ან მხარე თანხმდება კერძო შეხვედრების დროს მიწოდებულ ინფორმაციაზე არ გავრცელდეს კონფიდენციალურობა, აუცილებელია შესაბამის შეთანხმებაში სპეციალურად იქნეს აღნიშნული და გათვალისწინებული. თავად კერძო შეხვედრების კონფიდენციალური ბუნებიდან გამომდინარე, უმჯობესია, თუ საკანონმდებლო დონეზე შესაბამის შეთანხმებასა და თანხმობაში სავალდებულო მისათითებელ ელემენტად იქნება დადგენილი ამგვარი აღნიშვნის გაკეთება. ბელგიის კანონმდებლობაში შეზღუდვის ერთ-ერთი სახეა საჯარო წესრიგი, თუმცა ლიტერატურაში აღინიშნება, რომ ეს ბუნდოვანი ტერმინი კონფიდენციალურობისთვის საფრთხეს წარმოადგენს.³ აქედან გამომდინარე, უმჯობესია დანაშაულებრივი ნიშნის შემცველი საქმეების გამოძიების სასარგებლოდ მიმართ განახორციელონ კონფიდენციალურობის შეზღუდვა, ვიდრე შემოღებულ იქნეს ბუნდოვანი ტერმინოლოგია და ფართო

¹ *Macturk H. C.*, Confidentiality in Mediation: The Best Protection has Exceptions, *American Journal of Trial Advocacy*, Vol. 19, Issue 2, 1995, 426, <http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/amjtradv19&div=25&collection=journals&set_as_cursor=clear#431>.

² *Deason E. E.*, Symposium: Secrecy and Transparency in Dispute Resolution: The Need for Trust as a Justification for Confidentiality in Mediation: A Cross-Disciplinary Approach, *Kansas Law Review* 1387, Vol. 54, 2006, 2, <<https://litigation-essentials.lexisnexis.com/webcd/app?action=DocumentDisplay&crawlid=1&doctype=cite&docid=54+Kan.+L.+Rev.+1387&srctype=smi&srcid=3B15&key=512f3bacdcd52d582393a1235f2a59d>>.

³ *Palo G. D., Trevor M. B. (eds.)*, *EU Mediation Law and Practice*, Great Britain, Oxford University Press, 2012, 24.

განმარტების საშუალებას იძლეოდა მოსამართლის მხრიდან. კონფიდენციალურობის დაცვის ვალდებულების გამონაკლისი უნდა იყოს მედიაციის პროცესის შედეგად მიღწეული შეთანხმების ნამდვილობის დადგენა, რამდენადაც შესაძლებელია არ წარმოშობდეს პირის ვალდებულებებს. შემდეგი გამონაკლისი, რომლის ასახვაც აუცილებელია, არის მედიაციის პროცესის შედეგად მიღწეული შეთანხმების აღსრულებისა და იმპლემენტაციის მიზნები. მხარეთა მიერ მიღწეული შეთანხმების აღსრულების მიზნებისთვის შესაძლოა გარკვეული ინფორმაციის საჭიროება იყოს. შესაბამისად, საკანონმდებლო დონეზე უნდა იქნას გათვალისწინებული ეს გამონაკლისიც. რაც შეეხება მედიაციის ინსტიტუტის კვლევას, გამომდინარე იქიდან, რომ მედიაცია სიახლეა ქართულ სამართლებრივ სივრცეში, შესაბამისად, აუცილებელია განხორციელდეს სასამართლო მედიაციის ამოქმედებისთანავე კვლევა ამ ინსტიტუტის საქმიანობის, პროცესების თაობაზე. სწორედ ამიტომ აღნიშნული შეზღუდვაც საჭიროა, რომ დადგინდეს;

- კონფიდენციალურობის პრინციპის დაცვის გარანტიებთან დაკავშირებით დღეს მოქმედი საქართველოს რეგულაციები უფრო სრულყოფილია, მედიაციის ზემოხსენებულ საკითხებთან შედარებით. თუმცა შემდეგი გარემოებები საჭიროებს გათვალისწინებას, კერძოდ შესაძლებელია დავა შემდგომში გაგრძელდეს დავის გადანაცვების სხვა მეთოდით, აქედან გამომდინარე, მხოლოდ სასამართლოში მტკიცებულებების დაუშვებლად ცნობით შესაძლებელია მხარის კონფიდენციალურობის მოლოდინი არ გამართლდეს. დაცვის ერთ-ერთი შესაძლებლობაა კონფიდენციალურობის ვალდებულებების დარღვევისთვის შესაბამისი სანქციების დანერგვა მედიატორისა და მესამე პირებისთვის. მედიატორის სანქციების დადგენასთან დაკავშირებით განსხვავებული მიდგომებია, ჩეხეთის შემთხვევაში მედიატორის კონფიდენციალურობის ვალდებულების დარღვევა ადმინისტრაციული სამართალდარღვევაა, მაშინ როდესაც ავსტრია სისხლისსამართლებრივ პასუხისმგებლობას ითვალისწინებს. საქართველოს კანონმდებლობის შემთხვევაშიც აუცილებელია დადგინდეს შესაბამისი სანქციები.

სწორედ მედიაციის ბუნებიდან გამომდინარე აუცილებელია კონფიდენციალურობასთან დაკავშირებულ საკითხებზე მიღებულ იქნეს შესაბამისი ცვლილებები.

THE IMPORTANCE OF CONFIDENTIALITY PRINCIPLE IN THE MEDIATION PROCESS

1. Introduction

Mediation is one of the alternative methods of dispute resolution.¹ During mediation parties try to solve their dispute by means of the third neutral person.² As a result, they achieve a favorable agreement and avoid being bounded by the judge's decision.³ Mediation is applied to the disputes arising from neighborhood, criminal, domestic, entrepreneur and international laws.⁴ According to the Georgian legislation, the disputes examinable by the mandatory court-based mediation are determined by the Civil Procedure Code of Georgia (hereinafter "CPCG"), but in case of the parties' agreement, mediation can examine any dispute of the private law.⁵ Mediation has a number of advantages such as, for example, less costs and less stress compared to court trials,⁶ informal environment,⁷ etc. Mediators consider the principle of confidentiality as the key success of the process,⁸ and legislators and courts also share this approach.¹ The mentioned

¹ *Butler V. F.*, Mediation Essentials and Expectations, USA, Dorrance Publishing Co., Inc., 2004, 2.

² *Spencer D., Brogan M.*, Mediation Law and Practice, China, Cambridge University Press, 2006, 3.

³ *Butler V. F.*, Mediation Essentials and Expectations, USA, Dorrance Publishing Co., Inc., 2004, 1.

⁴ *Field R., Wood N.*, Marketing Mediation Ethically: The Case of Confidentiality, Queensland University of Technology Law & Justice Journal, Vol. 5, No. 2, 2005, 143, <http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/qutlj5&div=14&collection=journals&set_as_cursor=clear>.

⁵ Hereby shall be admitted, that the clause 187³(1) of CPCG limits the competence of court-based mediation and determines that the disputes arising from domestic law can be examined through court-based mediation except for adopting a child, annulment of adoption, restriction of parental rights and deprivation of parental rights. Besides, court-based mediation is entitled to examine the disputes arising from neighborhood and inheritance laws, as well as any other dispute referred to mediation by mutual consent of the parties. Legislative Herald of Georgia (hereinafter "LHG") 1106-IS, 14.11.1997, [Edition amendment: LHG, 5550-RS, 20.12.2011]; CPCG, 187³ article, LHG, 1106-IS, 14.11.1997, [Edition amendment: LHG, 5550-RS, 20.12.2011]; Georgian Legislation considers other types of mediation such as: notary, medical, tax, etc. The subject matter of disputes is separately determined by law for each type of mediation. Disputes examined by Notary mediation are laid down in Paragraph 1 of Article 38¹ of the Notary Law of Georgia. There are more restrictions regarding notary mediation and it is forbidden to examine a dispute through notary mediation if there is a special mediation rule determined by law. LHG, 04.12.2009, 2283-IIS [Edition amendment: LHG, 5851-IS, 16.03.2012]; "E" of Article 2 of Government resolution 80 on the measures to be implemented for medical mediation determines the disputes to which medical mediation applies. LHG, 29.02.2012; Article 481 of the Organic Law of Georgia Labour Code of Georgia sets forth collective dispute resolution through mediation, 4113-RS, 17.12.2010, [Edition amendment: LHG, 729-IIS, 12.06.2013]; Tax Mediation is determined by Decree 2742, of the Legal Entity of Public Law Revenue Service Director, Article 12¹, 02.06.2011, [Edition amendment: LHG, 21623, 20.05.2013].

⁶ *Butler V. F.*, Mediation Essentials and Expectations, USA, Dorrance Publishing Co., Inc., 2004, 2.

⁷ *Kuester E. L.*, Confidentiality in Mediation: A Trial of Broken Promises, Vol. 16, No. 2, Hamline Journal of Public Law & Policy, 1994-1995, 575, <http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/hplp16&div=23&collection=journals&set_as_cursor=clear>.

⁸ *McCrary J. P.*, Environmental Mediation — Another Piece for the Puzzle, Vermont Law Review, Vol. 6, 1981, 49, 56, Referred in the article: *Mehta A.*, Resolving Environmental Disputes in Hush-hush World of Mediation: A Guideline of Confidentiality, Georgetown Journal of Legal Ethics, Vol. 10, No 3, Spring, 1997, 522-523, <http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/geojlege10&div=25&collection=journals&set_as_cursor=clear>. Mediators consider confidentiality principle as the key element in the successful mediation, it is mentioned in: *Sharp D.*, The Many Faces of Mediation Confidentiality, Dispute Resolution Journal, Vol. 53, Issue 4, 1998, 58, <<http://web.ebscohost.com/ehost/pdfviewer/pdfviewer?vid=4&sid=07a682dd-06a2-404c-9708-9c135e7e9d30%40sessionmgr12&hid=11>>, [29.06.2013].

principle supplements another significant feature of mediation institute – its neutrality. Even after the completion of the mediation process, based on the confidentiality principle, the mediator is obliged to keep the confidential information in secret and not disclose it,² otherwise his image as of the third neutral person will be doubtful.³

“The meaning of the principle of confidentiality in mediation is axiomatic.”⁴ The existence of such principle causes the parties’ trustful attitude toward the process. Otherwise, only a very small part of the mediation would be successful if the parties had the opportunity to manipulate with the information against each other at courts.⁵ Regulation of the confidentiality principle varies in the jurisdictions of different countries.⁶ The institute of mediation is a novelty to the Georgian legislation. Nowadays, Georgian legal regulation of mediation is rather “episodic”⁷; therefore, it is important to discuss the principle of confidentiality of this institute. In the research about the “perspectives of legal regulation of mediation in Georgia” it is admitted that “the discussions regarding the regulation of mediation in Georgia are commencing now”.⁸

The present article aims to determine the importance of confidentiality principle, its notion, limits, and the persons bounded with the liability of confidentiality and protection mechanisms. It is relevant to determine whether the mentioned principle is absolute and to what extent the limitation caused by confidentiality principles is “desired” and “justified” with regard to public safety, prevention from encroachment on the lives, health and property of other persons, etc. For comparative law purposes, in order to analyze the mentioned issues⁹ we will refer to the EU Directive and the legal regulations of those countries where the mediation institute is recognized as a traditional institute and, therefore, confidentiality issues are discussed very intensively. As a result, we will develop the recommendations that could be positively applied to the Georgian legislation with regard to the significance of the confidentiality principle.¹⁰

¹ *Mehta A.*, Resolving Environmental Disputes in Hush-hush World of Mediation: A Guideline of Confidentiality, Georgetown Journal of Legal Ethics, Vol. 10, No 3, 1997, 522-523, <http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/geojlege10&div=25&collection=journals&set_as_cursor=clear>.

² *Deason E. E.*, Predictable Mediation Confidentiality in the U.S. Federal System, Ohio State Journal on Dispute Resolution 239, Vol. 17, 2002, 3, <<https://litigation-essentials.lexisnexis.com/webcd/app?action=DocumentDisplay&crawlid=1&doctype=cite&docid=17+Ohio+St.+J.+on+Disp.+Resol.+239&srctype=smi&srcid=3B15&key=10a08271aa18b1f383ab0d6e85ad564c>>.

³ *Sherman E. F.*, Confidentiality in ADR, Proceedings: Policy Issues Arising from the Texas Experience, South Texas Law Review 541, (1997) referred in: *Kovach K. K.*, Mediation: Principles and Practice, 3rd ed., USA, Thomson West, 2004, 267.

⁴ *Deason E. E.*, Predictable Mediation Confidentiality in the U.S. Federal System, Ohio State Journal on Dispute Resolution 239, Vol. 17, 2002, 1, <<https://litigation-essentials.lexisnexis.com/webcd/app?action=DocumentDisplay&crawlid=1&doctype=cite&docid=17+Ohio+St.+J.+on+Disp.+Resol.+239&srctype=smi&srcid=3B15&key=10a08271aa18b1f383ab0d6e85ad564c>>.

⁵ *Burnley R., Lascelles G.*, Mediator Confidentiality – Conduct and Communications, 1, <http://www.cedr.com/library/articles/Mediator_confidentiality_SJBerwin.pdf>, [05.07.2013].

⁶ *Deason E. E.*, Predictable Mediation Confidentiality in the U.S. Federal System, Ohio State Journal on Dispute Resolution 239, Vol. 17, 2002, 2, <<https://litigation-essentials.lexisnexis.com/webcd/app?action=DocumentDisplay&crawlid=1&doctype=cite&docid=17+Ohio+St.+J.+on+Disp.+Resol.+239&srctype=smi&srcid=3B15&key=10a08271aa18b1f383ab0d6e85ad564c>>.

⁷ *Tsertsvadze, G., (ed.)*, Perspectives of legal regulation of mediation in Georgia, Ivane Javakhishvili Tbilisi State University National Center of Alternative Dispute Resolution, 2013, 18, <<http://ncadr.tsu.ge/admin/upload/7706Edited-Final-Version-final.pdf>>, [05.07.2013].

⁸ *Ibid.*

⁹ With regards to both: law of the foreign countries, judiciary practices and EU Directive.

¹⁰ *Young P. M.*, Rejoice! Rejoice! Rejoice, Give Thanks, and Sing: 1 ABA, ACR, and AAA Adopt Revised Model Standards of Conduct for Mediators, Appalachian Journal of Law 195, Vol. 5, 2006, 11, <<https://litigationessentials.lexisnexis.com/webcd/app?action=DocumentDisplay&crawlid=1&doctype=cite&docid=5+Appalachian+J.+L.+195&srctype=smi&srcid=3B15&key=eb8564da8c7bfc4928d90366e3672e70>>; as it is mentioned which issues should be determined with regard to confidentiality principle.

2. Overview of the Principle of Confidentiality

The conception of confidentiality with regard to personal relations has existed since the ancient times. The topic is mentioned in the Hippocratic Oath in the context of physician-patient relations approximately in 400 BC.¹ “Historically, the relations between a lawyer and a client, between spouses and in some cases between a priest and a confessor are referred to as “privileges of the common law”.² “The term “mediation privilege”³ refers to protection from disclosure of confidential communications in mediation.”⁴ However, neither confidentiality nor privileges can have an absolute nature. The exceptions are also considered in the cases when the knowledge of information prevails upon confidentiality.⁵

Confidentiality means a safe treatment of information and control over its disclosure. As an ethical notion, it can be defined as a liability of a party in terms of using and disseminating information only after consenting with the relevant persons and protecting the information which is not publicly known. However, it is interesting that liability considers protection of truth and not false information, as there are no reasons to protect the false information.⁶

Together with a wider use of mediation, unfortunately and inevitably, the rate of confidentiality-related disputes is increasing. Such disputes are a stimulus for legislators and courts encouraging them to keep confidentiality at different levels and in different situations.⁷

2.1. Confidentiality in the Court Trial

The court is a public institute and therefore its proceedings are public too. Exceptions regarding this rule are very rare.⁸

Here we should mention the Belgian legislative regulation. Regarding this, the literature provides the following approach: “everything is transparent in the court, whereas in mediation everything is vice versa”.⁹

Clause 9 of CPCG regulates the publicity of civil proceedings. The first part of the same clause considers general rules and exceptions regarding open trials. According to Paragraph 1 of the mentioned clause, the court examines all cases in open hearings unless it contradicts with the interests of protecting the sta-

¹ Richards N. M., Solove D. J., Privacy’s Other Path: Recovering the Law of Confidentiality, *Georgetown Law Journal*, Vol. 96, 2007, 133, <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=969495>, [05.07.2013].

² Foster H. H. Jr., An Overview of Confidentiality and Privilege, *Journal Psychiatry & Law*, Vol. 4, Issue 1, Spring, 1976, 394, <http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/jpsych4&div=39&collection=journals&set_as_cursor=clear>.

³ *Mediation privilege*.

⁴ Burr A.M., Confidentiality in Mediation: A Privilege Worth Protecting, *Dispute Resolution Journal*, 2002, 66, <<http://web.ebscohost.com/ehost/pdfviewer/pdfviewer?vid=4&sid=07a682dd-06a2-404c-9708-9c135e7e9d30%40sessionmgr12&hid=11>>, [29.06.2013].

⁵ Foster H. H. Jr., An Overview of Confidentiality and Privilege, *Journal Psychiatry & Law*, Vol. 4, Issue 1, 1976, 394,

<http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/jpsych4&div=39&collection=journals&set_as_cursor=clear>; According to the *Deason’s* opinion the principle of confidentiality is not and cannot be absolute. *Deason E. E.*, Predictable Mediation Confidentiality in the U.S. Federal System, *Ohio State Journal on Dispute Resolution* 239, Vol. 17, 2002, 1, <<https://litigation-essentials.lexisnexis.com/webcd/app?action=DocumentDisplay&crawlid=1&doctype=cite&docid=17+Ohio+St.+J.+on+Disp.+Resol.+239&srctype=smi&srcid=3B15&key=10a08271aa18b1f383ab0d6e85ad564c>>.

⁶ *Pattenden R.*, *The Law of Professional-Client Confidentiality, Regulating the Disclosure of Confidential Personal Information*, Oxford University Press, 2003, 12.

⁷ *Deason E. E.*, Uniform Mediation Act, Law Ensures Confidentiality, Neutrality of Process, *Dispute Resolution Magazine*, Vol. 8, No 4, 2002, 7, <http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/disput8&div=43&collection=journals&set_as_cursor=clear>.

⁸ *Kovach K. K.*, *Mediation in a Nutshell, USA*, Thomson West, 2003, 35.

⁹ *Palo G. D., Trevor M. B. (eds.)*, *EU Mediation Law and Practice, Great Britain*, Oxford University Press, 2012, 22.

te secret.¹ The legislation considers other exceptions too and enables to make the court hearings closed if a party submits a motivated application.² Even in case of closed hearings the process is attended by the parties and their representatives and, whenever necessary, by witnesses, experts, specialists and interpreters,³ which might be unacceptable for the parties.

Confidentiality in the courts is limited to the case examination period and, eventually, it ends with a public announcement of the decision.⁴ As a result, the parties cannot achieve their goal by closing the court hearings and, therefore, confidentiality in the court is a temporary state.

2.2. Confidentiality Principle in Mediation

2.2.1. Definition of Mediation

The precise definition of “mediation” is not determined and “sometimes the notion of mediation is called as uncertain and obscured in doctrine”.⁵ According to the traditional definition, mediation is a consensus-based, confidential process of dispute resolution.⁶ “The Swiss doctrine and practice lists the widely recognised features and principles of mediation in its definition, they are confidentiality and neutrality; however, it is not widely accepted to refer to the confidentiality and neutrality of a mediator. For example, the authors of the EU Directive about mediation have separated these two principles”.⁷ The Centre for Effective Dispute Resolution⁸, when defining the notion of mediation, stresses the element of confidentiality: “Mediation is a flexible process - conducted confidentially, where the neutral person assists the parties to achieve an agreement with regard to the dispute arisen between them, but conducts the process under the parties’ control over the dispute resolution means and conditions”.⁹ When defining the concept of mediation “many authors consider it as a “continuation of the negotiaton process””.¹⁰ As we see from above, in some cases the confidentiality principle is often focused on the notion of mediation, thus underlining the importance of this principle in mediation.

¹ Clause 9 (1), CPCG, LHG, 1106-IS, 14.11.1997 [Edition amendment: LHG, 1956-IIIb, 13.05.1999], also 13 (1) of the Organic Law of Georgia on Common Courts is based on the publicity of court hearings, LHG, 2257-IIS, 04.12.2009, [Edition amendment: LHG, 580-IIS, 01.05.2013].

² Clause 9(1), CPCG, LHG, 1106-IS, 14.11.1997, [Edition amendment: LHG, 1956-IIS, 13.05.1999], for example, the adoption case may be examined through closed hearings according to Article 350 (3) of CPCG, 1106-IS, 14.11.1997 [Edition amendment: LHG, 1956-IIS, 13.05.1999].

³ Clause 9(2), CPCG, LHG, 1106-IS, 14.11.1997, [Edition amendment: LHG, 5290-RS, 11.07.2007].

⁴ 13 (3) of the Organic Law of Georgia on Common Courts, LHG, 2257-IIS, 04.12.2009 [Edition amendment: LHG, 580-IIS, 01.05.2013]; The exception to this rule is 351 (1). The court decision on adoption case will not have publicity in case of applicant request, LHG, 1106-IS, 14.11.1997.

⁵ *Ziswiler, Hans Utrich*, Inhalt und Bedeutung von Regeln zur Mediation in der Schweizerischen Zivilprozessordnung, in :Leupold/Michael/Ruestchi/,David,Staubler/Damian/Vetter/Mainrad (Hrsg.) Der Weg zum Recht. Festschrift für Alfred Bühler “Schultess,” Zürich, Basel,Genf, 2008, s268 referred in: *Tsertsvadze, G.*, Alternative Dispute Resolution (General Overview), Tb., 2010, 34.

⁶ *Nolan-Haley J.*, Mediation: The "New Arbitration", Harvard Negotiation Law Review, Vol. 17, 2012, 73, <http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/haneg17&div=4&collection=journals&set_as_cursor=clear#69>.

⁷ *Kumpan, Christop, Bauer, Cathrin*, Mediation in der Schweiz, in: Hopt, Kalus, J.Steffek, Felix, Mediation, Rechtstatsachen, Rechtsvergleich, Regelungen, “Mohr Siebeck,” Tübingen, 2008, s856 referred in: *Tsertsvadze, G.*, Alternative Dispute Resolution (General Overview), Tb., 2010, 35.

⁸ *Centre for Effective Dispute Resolution*.

⁹ *Janjalía, B.* Mediation – An alternative of corporate dispute proceedings at court. “Business and Legislation”, 10, 2009, <<http://www.nplg.gov.ge/gsd/cgi-bin/library.exe?e=d-01000-00---off-0period--00-1--0-10-0---0---0prompt-10---4-----0-0l--11-en-50---20-about---00-3-1-00-0-0-11-1-0utfZz-8-10&a=d&cl=CL2.8&d=HASH01bcac37547c2abf5f19714.8.1>>, [05.07.2013].

¹⁰ *Topor R., Dragomir C. B.*, Mediation as an Alternative to Conflict Settlement, Contemporary Readings in Law and Social Justice, Vol. 4(1), 2012, 393, <http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/conreadlsj4&div=39&collection=journals&set_as_cursor=clear>.

2.2.2. Essentials of the Confidentiality Principle and its Goal in Mediation

Mediation is a more confidential process than other alternative methods of dispute resolution.¹ Here, we should mention that alternative dispute resolution methods have a confidential character, but it is best of all revealed in mediation.² Mediators, legislators and courts recognise this principle as a basis for a successful mediation process.³ This particular principle is used to attract potential clients to mediation.⁴ It should also be mentioned that confidentiality is understood as an axiom⁵ and deemed as an almost sacred canon in the mediation.⁶ Confidentiality of mediation may be differently defined by parties, practitioners and academicians.⁷ For example, in case of intellectual property disputes, confidentiality is defined in a rather different way. It may also be defined as a private process. It may mean a privilege of the information disclosed during the mediation process and actions or a disclosure of the information possessed by a party to certain persons in a particular situation.⁸

Mediation was always followed by negotiation as an informal coordination eliminating barriers of dispute resolution and enhancing the meaning of negotiation process. Mediators do not solve the disputes themselves and do not make any decisions, but, their effectiveness lies in the opportunity to meet with parties individually, study the content of the dispute, identify the compromises of a party and encourage the parties to achieve an agreement through compromising.⁹ The expectation of confidentiality facilitates an unreserved and open dialogue between the parties – which is crucially important for the successful completion of the mediation process;¹⁰ it helps the parties to be frank and speak openly.¹¹

¹ *Mehta A.*, Resolving Environmental Disputes in Hush-hush World of Mediation: A Guideline of Confidentiality, Georgetown Journal of Legal Ethics, Vol. 10, No 3, 1997, 522, <http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/geojlege10&div=25&collection=journals&set_as_cursor=clear>.

² *Kovach K. K.*, Mediation: Principles and Practice, 3rd ed., USA, Thomson West, 2004, 262.

³ *Mehta A.*, Resolving Environmental Disputes in Hush-hush World of Mediation: A Guideline of Confidentiality, Georgetown Journal of Legal Ethics, Vol. 10, No 3, Spring, 1997, 522-523, <http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/geojlege10&div=25&collection=journals&set_as_cursor=clear>; *Sun J.C.*, University Officials as Administrators & Mediators: the Dual Role Conflict & Confidentiality Problems, Brigham Young University Education and Law Journal, 1999, 3rd para, <<http://web.ebscohost.com/ehost/detail?sid=3666f0d0-46af-4f58-9ad2-4650c1e2ed4c%40sessionmgr4&vid=1&hid=10&bdata=JnNpdGU9ZWwhvc3QtbGl2ZQ%3d%3d#db=aph&AN=1930617>>/

⁴ *Kotler P., Keller K. L.*, Marketing Management, Pearson Prentice Hall, New Jersey, Twelfth edition, 2006, 19, Figure 1.4, referred in: *Field R., Wood N.*, Marketing Mediation Ethically: The Case of Confidentiality, Queensland University of Technology Law & Justice Journal, Vol. 5, No.2, 2005, 145, <http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/qutlj5&div=14&collection=journals&set_as_cursor=clear>.

⁵ *Deason E. E.*, Predictable Mediation Confidentiality in the U.S. Federal System, Ohio State Journal on Dispute Resolution 239, 2002, 1, <<https://litigation-essentials.lexisnexis.com/webcd/app?action=Document+Display&crawlid=1&doctype=cite&docid=17+Ohio+St.+J.+on+Disp.+Resol.+239&srctype=smi&srcid=3B15&key=10a08271aa18b1f383ab0d6e85ad564c>>.

⁶ *Nolan-Haley J.*, Mediation: The "New Arbitration", Harvard Negotiation Law Review, Vol. 17, 2012, 69, <http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/haneg17&div=4&collection=journals&set_as_cursor=clear#69>.

⁷ *Irvine M.*, Serving Two Masters: the Obligation Under the Rules of Professional Conduct to Report Attorney Misconduct in a Confidential Mediation, Rutgers Law Journal, Vol. 26, No. 1, 1994, 164, <http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/rutlj26&div=3&collection=journals&set_as_cursor=clear>.

⁸ *Golann D.*, Mediating Legal Disputes: Effective Strategies for Neutrals and Advocates, American Bar Association, USA, 2009, 309.

⁹ *Topor R., Dragomir C. B.*, Mediation as an Alternative to Conflict Settlement, Contemporary Readings in Law and Social Justice, Vol. 4(1), 2012, 393, <http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/conreadslj4&div=39&collection=journals&set_as_cursor=clear>.

¹⁰ *Rausch M.*, The Uniform Mediation Act, Ohio State Journal Dispute Resolution, Vol. 18:2, 2003, 603, <http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/ohjdpr18&div=26&collection=journals&set_as_cursor=clear>.

¹¹ *Sherman E., F.*, Confidentiality in ADR, Proceedings: Policy Issues Arising from the Texas Experience, South Texas Law Review 541, (1997) in the book: *Kovach K.K.*, Mediation: Principles and Practice, 3rd ed., Thomson West, USA, 2004, 267.

This principle, in mediation process, creates an atmosphere of free communication between the parties who negotiate and share the information, being confident that this information will not be used against them publicly in the future.¹ It is important to mention that mediators address clients with the words: “Trust us”, because mediation is a place where confidentiality is respected and kept.²

The importance of confidentiality in the mediation process is conditioned by the following circumstances³:

Effective mediation requires candor;

The mediator who does not have a mandatory power assists parties in the identification of dispute reasons, finding the bases for agreement and encourages to reach agreement. He helps the parties to achieve agreement by considering each other’s interests. The mediator draw out for parties the positions and interests. This cannot be achieved if the parties evaluate the issue only from their own points of view.⁴ In such cases, sensitive details are often raised.⁵ In particular, compromising negotiations often require parties to refer to the topics that they would not touch in other circumstances. Confidentiality ensures that the parties voluntarily get in the process and participate in mediation effectively and successfully.⁶

Fairness to the disputants requires confidentiality;

In mediation, unlike traditional judiciary, parties communicate expecting that in the future they will be bounded and limited to it. Later, if one of the parties is more satisfied with the result than the other, it may be used to do harm to the other party. Therefore, the information gained through the mediation process can be used against people if such evidences are not treated as inadmissible at court.⁷

The Mediator must remain neutral in fact and in perception;

The mediator’s testimony in court will be irreversibly qualified as a testimony in favor of one of the parties despite the fact how carefully the mediator acts. Therefore, this would destroy a mediator’s efficacy as an impartial. .⁸

Privacy is an incentive for many to choose mediation;

Whether the dispute subject matter is a commercial sector or a “air one’s of dirty laundry”, the main motivation of the disputing parties to choose mediation is that they can solve a dispute in an informal and calm manner.⁹

¹ *Macturk H. C.*, Confidentiality in Mediation: The Best Protection has Exceptions, American Journal of Trial Advocacy, Vol. 19, Issue 2, 1995, 412 <http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/amjtrad19&div=25&collection=journals&set_as_cursor=clear#431>.

² *Waldman E.*, Mediation Ethics: Cases and Commentaries, Jossey-Bass, 2011, 227.

³ *Freedman L.R. , Prigoff M. L.*, Confidentiality in Mediation: The Need for Protection, Ohio State Journal on Dispute Resolution, Vol. 2, No.1, 1986, 37, <http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/ohjdr2&div=9&collection=journals&set_as_cursor=clear>.

⁴ *Ibid*, 38.

⁵ *Freedman L.R. , Prigoff M. L.*, Confidentiality in Mediation: The Need for Protection, Ohio State Journal on Dispute Resolution, Vol. 2, No.1, 1986, 38, <http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/ohjdr2&div=9&collection=journals&set_as_cursor=clear>; *Henke E.M.*, Confidentiality in the Model Law and the European Mediation Directive, A comparison of solutions offered in the Mediation Directive and the Model Law on Conciliation with examination of the actual situation in selected Civil and Common Law Countries, Master’s Thesis, GRIN Verlag, 2011, 3.

⁶ *Freedman L.R. , Prigoff M. L.*, Confidentiality in Mediation: The Need for Protection, Ohio State Journal on Dispute Resolution, Vol. 2, No.1, 1986, 38, <http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/ohjdr2&div=9&collection=journals&set_as_cursor=clear>.

⁷ *Ibid*.

⁸ *Ibid*.

⁹ *Ibid*.

Protection of mediators and mediation programs;

In order to evaluate mediation properly, it is important to make adequate notes. As the persons conducting the mediation programs are not sure whether confidentiality principles will be applied to the notes when there is no legislative protection of such notes, they have to destroy all notes and documents.¹

Thus, there are many reasons to determine why confidentiality is important to mediation.²

“Without certain guarantees as to the confidential nature of such a meeting, no savvy party or attorney would agree to provide information that could later be turned against him at trial.”³ Besides, the key opportunities of dispute resolution would be lost.⁴ Conducting negotiations is important in order to have a successful mediation for both parties. Mediation does not exist without it.⁵

It is a key point, that the parties precisely draw out the reasons and explanations of their offers, assumptions and expectations to the mediator. In order of successful dispute resolution sometimes it is important to exchange the confidential information regarding the parties’ private, proprietary or other issues.⁶

This principle is also important for conducting communication.⁷ That is why, confidentiality is the central point to the success of mediation.⁸

Confidentiality in mediation has become vitally important and the National Conference of Commissioners on Uniform State Laws⁹ determined that while drafting a Uniform or/and a Model Mediation act,¹⁰ the issue of confidentiality regulation would be the most important issue.¹¹ Regulation of the confidentiality principle in mediation varies in different jurisdictions.¹² For example, in Finland, the court-based mediation process is public unlike the out-of-court mediation.¹³

All the above mentioned facts prove that negotiations between parties during the mediation process are confidential and non-binding. Experience has shown that mediation is more effective because it is confidential in its nature.¹⁴

¹ *Freedman L.R. , Prigoff M. L.*, Confidentiality in Mediation: The Need for Protection, Ohio State Journal on Dispute Resolution, Vol. 2, No.1, 1986, 38, <http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/ohjdp2&div=9&collection=journals&set_as_cursor=clear>.

² *Ibid*, 38-39.

³ *Peterson A. L. H.*, Substantive Law Clash: An Inquiry into the Impact of in re Marriage of Kieturakis on California's Confidentiality Law, Pepperdine Dispute Resolution Law Journal, Vol. 8, No.1, 2007, 199, <http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/pepds8&div=12&collection=journals&set_as_cursor=clear>.

⁴ *Ibid*.

⁵ *Roberts, Marian* Mediation in Family Disputes, Principles and Practice. 3rd ed., “Ashagte”, Padstwo, 2008, 8 referred in: *Tsertsvadze, G.*, Mediation an Alternative Dispute Resolution (General Overview), Tb., 2010, 43-44.

⁶ *Callahan R.*, Mediation Confidentiality: For California Litigants, Why Should Mediation Confidentiality be a Function of the Court in Which the Litigation is Pending, Pepperdine Dispute Resolution Law Journal, Vol. 12, No. 1, 2012, 65, <http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/pepds12&div=5&collection=journals&set_as_cursor=clear>.

⁷ *Deason E. E.*, Predictable Mediation Confidentiality in the U.S. Federal System, Ohio State Journal on Dispute Resolution 239, Vol. 17, 2002, 3, <<https://litigation-essentials.lexisnexis.com/webcd/app?action=DocumentDisplay&crawlid=1&doctype=cite&docid=17+Ohio+St.+J.+on+Disp.+Resol.+239&srctype=smi&srcid=3B15&key=10a08271aa18b1f383ab0d6e85ad564c>>.

⁸ *Macturk H. C.*, Confidentiality in Mediation: The Best Protection has Exceptions, American Journal of Trial Advocacy, Vol. 19, Issue 2, 1995, 412, <http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/amjtrad19&div=25&collection=journals&set_as_cursor=clear#431>.

⁹ *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws.*
Uniform or/and Model Mediation Act.

¹¹ *Kovach K. K.*, Mediation: Principles and Practice, 3rd ed., USA, Thomson West, 2004, 262.

¹² *Deason E. E.*, Predictable Mediation Confidentiality in the U.S. Federal System, Ohio State Journal on Dispute Resolution 239, Vol. 17, 2002, 2, <<https://litigation-essentials.lexisnexis.com/webcd/app?action=DocumentDisplay&crawlid=1&doctype=cite&docid=17+Ohio+St.+J.+on+Disp.+Resol.+239&srctype=smi&srcid=3B15&key=10a08271aa18b1f383ab0d6e85ad564c>>.

¹³ *Palo G. D., Trevor M. B. (eds.)*, EU Mediation Law and Practice, Great Britain, Oxford University Press, 2012, 99.

¹⁴ The Law Society of NSW, Fast Answers - What is Mediation, <<http://www.lawsociety.com.au>>, August, 2005, in the article: *Field R., Wood N.*, Marketing Mediation Ethically: The Case of Confidentiality, Queensland University of

2.2.3. Advantages and disadvantages of the Confidentiality Principle

Confidentiality is the first rule of mediation.¹ Nevertheless, there can appear a need for its limitation in order to avoid the threat that parties intend to overindulge the process.² A party may wish to prolong the court process, participate in the mediation process and deny negotiations.³ Hoping that the mediation is confidential, a party can present false facts that will affect the other party, and it is hard to prove an unfair attitude of the party. On the other hand, this means that “it is likely, an affected party will never choose mediation for the dispute resolution again”. This will “impede the development of mediation”.⁴ This may harm the parties, and also third parties⁵ affected by mediation outcomes.⁶

If confidentiality is absolute and party behaves unfairly, the affected party will not possess guarantees of defense his interests. . At the same time, it may be a positive point if the mediation is not closed and the society is informed about this institute; this would contribute trust to this institute.⁷ On the other hand, the existence of privileges or other guarantees is widely accepted in order to protect the confidentiality of communications and materials, but such approach is often criticized. Many scientists think that the court lacks the right to solve public matters⁸ and the public lack the court precedent.⁹ The mentioned can also contravene with the democratic principle of transparency and public involvement.¹⁰ However, the mentioned privileges do not create a public hardship¹¹. The parties are more involved in the alternative dispute resolution methods. If precedent or information is not disclosed due to confidentiality principle, it is outweighed by the benefits of parties. . Mediation privileges causes very little public detriment. Whenever the minor detriment and substantial benefits are compared¹², the issue should be solved in favor of the latter.¹³

Therefore, the importance of confidentiality in the mediation process is outstanding. However, absolute confidentiality can entail other negative effects. That is why, the state has to impose certain limitations in order to protect the interests of the fair party.

Technology Law & Justice Journal, Vol. 5, No. 2, 2005, 146, <[http://heinonline.org/HOL/Page? handle=hein.journals/qutlj5&div=14&collection=journals&set_as_cursor=clear](http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/qutlj5&div=14&collection=journals&set_as_cursor=clear)>.

¹ Richbell D., *Mediation of Construction Disputes*, Blackwell Publishing, Singapore, 2008, 75.

² *Tsertsvadze, G., (ed.)*, Perspectives of legal regulation of mediation in Georgia, Ivane Javakishvili Tbilisi State University National Center of Alternative Dispute Resolution, 2013, 31, <<http://ncadr.tsu.ge/admin/upload/7706Edited-Final-Version-final.pdf>>, [05.07.2013].

³ *Ibid.*

⁴ Kovach K. K., *Mediation: Principles and Practice*, 3rd ed., U S A, 2004, 273 referred in: *Tsertsvadze, G., (ed.)*, Perspectives of legal regulation of mediation in Georgia, Tb., 2013, 31-32, <<http://ncadr.tsu.ge/admin/upload/7706Edited-Final-Version-final.pdf>>, [05.07.2013].

⁵ *Third parties.*

⁶ Hardy S., Rundle O., *Mediation for Lawyers*, Australia, 2010, 170.

⁷ *Tsertsvadze G., (ed.)*, Perspectives of legal regulation of mediation in Georgia, Tb., 2013, 32, <<http://ncadr.tsu.ge/admin/upload/7706Edited-Final-Version-final.pdf>>, [24.12.2012].

⁸ *Public matters.*

⁹ Owen R. M., In re Uncertainty: A Uniform and Confidential Treatment of Evidentiary and Advocatory Materials Used in Mediation, Ohio State Journal on Dispute Resolution 911, Vol. 20, 2005, 3, <<https://litigation-essentials.lexisnexis.com/webcd/app?action=DocumentDisplay&crawlid=1&doctype=cite&docid=20+Ohio+St.+J.+on+Disp.+Resol.+911&srctype=smi&srcid=3B15&key=3dc000a820890358d54088642b9b845f>>, [purchase date].

¹⁰ Deason E. E., Symposium: *Deason E. E., Symposium: Secrecy and Transparency in Dispute Resolution: The Need for Trust as a Justification for Confidentiality in Mediation: A Cross-Disciplinary Approach*, Kansas Law Review 1387, Vol. 54, 2006, 1, <<https://litigation-essentials.lexisnexis.com/webcd/app?action=DocumentDisplay&crawlid=1&doctype=cite&docid=54+Kan.+L.+Rev.+1387&srctype=smi&srcid=3B15&key=512f3bacdd52d582393a1235f2a59d>>.

¹¹ *Public hardship.*

¹² *Substantial benefits.*

¹³ Owen R. M., In re Uncertainty: A Uniform and Confidential Treatment of Evidentiary and Advocatory Materials Used in Mediation, Ohio State Journal on Dispute Resolution 911, Vol. 20, 2005, 3, <<https://litigation-essentials.lexisnexis.com/webcd/app?action=DocumentDisplay&crawlid=1&doctype=cite&docid=20+Ohio+St.+J.+on+Disp.+Resol.+911&srctype=smi&srcid=3B15&key=3dc000a820890358d54088642b9b845f>>.

2.3. Scope of Qualification of the Confidential Information

Parties to the mediation process have four options with regard to confidentiality, they are:

- 1) Nothing is confidential;
- 2) Everything is confidential;
- 3) Nothing is confidential, except directly expressed information;
- 4) Everything is confidential, except parties agree otherwise.¹

The confidentiality can be divided into two categories:

a) “process-related” issues, necessary for dispute resolution, and b) “publicly available” alternative solutions that are related to the availability of communication made during the process of dispute.² Although the limits of confidentiality in alternative dispute resolutions are continuously problematic issues.³ It is important to determine at what point this principle starts and at what point it terminates.

According to the first paragraph of Clause 187⁸ of CPCG the process of court-based mediation is confidential.⁴ However, the legislator does not define when the mediation process starts and when it ends. According to the *UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation of 2002*⁵ all the relevant information delivered by a party to the mediator should be treated confidentially, this also refers to the information⁶ that existed before the mediation⁷ started. For example, such information and issues can include the meetings and discussions related to the terms and conditions of the agreement, selection of mediators and the desire to solve the problem through mediation.⁸

UMA protects the communication conducted with the mediator before, during or in continuation of a mediation.⁹ According to *UMA*, the mediator may divulge the information about conducting the mediation process, the attendance of the parties and whether a settlement was reached.¹⁰ According to the Clauses 7 and 8 of *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*¹¹ information on commencing or ending up mediation process is not considered as confidential.¹² But the member states are eligible to decide and regulate otherwise.¹³

As we can see from above, compared to *UMA* the regulation of *UNCITRAL Model Law* about international commercial mediation adopted in 2002 offers more protection through confidentiality for parties.

¹ *Abramson H. I.*, Mediation Representation, Advocating as a Problem-solver in any Country or Culture, National Institute for Trial Advocacy, 2010, 329.

² *Ibid.*

³ *Sherman E. F.*, Confidentiality in ADR, Proceedings: Policy Issues Arising from the Texas Experience, South Texas Law Review 541, (1997) referred in: *Kovach K. K.*, Mediation: Principles and Practice, 3rd ed., USA, Thomson West, 2004, 267.

⁴ Clause 9(1) of CPCG, LHG, 1106-IS, 14.11.1997, [Edition amendment: LHG, 1956-IIS, 13.05.1999].

⁵ *UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation of 2002.*

⁶ *Henke E. M.*, Confidentiality in the Model Law and the European Mediation Directive, A comparison of solutions offered in the Mediation Directive and the Model Law on Conciliation with examination of the actual situation in selected Civil and Common Law Countries, Master's Thesis, GRIN Verlag, 2011, 38.

⁷ For the purposes of the UNCITRAL Model Law of 2002 the words “Conciliation” and “Mediation” have the identical meaning. In the present article hereinafter the term - “mediation” will be used.

⁸ UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation with Guide to Enactment and Use, 2002, 41, <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-conc/03-90953_Ebook.pdf>, [07.07.2013].

⁹ *Deleissegues C.*, Mediation Confidentiality: Has it Gone too Far?, University of La Verne Law Review, Vol. 33, Issue 1, 2011, 129, <http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/jjuv133&div=9&collection=journals&set_as_cursor=clear>.

¹⁰ *Ibid.*

¹¹ *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.*

¹² *Henke E.M.*, Confidentiality in the Model Law and the European Mediation Directive, A comparison of solutions offered in the Mediation Directive and the Model Law on Conciliation with examination of the actual situation in selected Civil and Common Law Countries, Master's Thesis, GRIN Verlag, 2011, 30.

¹³ *Ibid.*, 31.

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 gives the member states opportunity to establish stricter rules with regard to the confidentiality than it is provided by the Directive.¹ The fact that the information was disclosed during confidential relationships does not mean that the court will consider it as privileged.² In order to consider the communication as confidential in court practice of the USA the “Wigmore³ four-prong test” is used:

- communication was conducted with the belief that the communicated information would not be disclosed;
- for successful relations it is necessary to keep the information in secret;
- the relation must be the one that needs protection and facilitation from the public;
- the injury caused by the disclosure of information should exceed the public benefit gained from non-disclosing the information.⁴

This test balances the confidentiality with the potential harm caused by the disclosure of the information and is used in the USA, where there are no regulations.⁵ The Bulgarian legislation determined that confidentiality applies to all types of discussions in connection with the mediation.⁶ Italian legislation applies confidentiality to the mediation proceeding; however, the scope of the process is not defined. Therefore, it is unclear whether it includes only mediation session, or applies to the whole process as defined by the European Directive, or it starts from the moment of applying by a party for mediation and lasts until the final agreement is achieved.⁷

According to the legislation of Luxemburg, all documents, communication, or statements that were revealed or drawn up during the mediation, or related to it are confidential.⁸

The legislation of the State of California widely describes the boundaries of confidential information and applies this principle to the mediation consultancy⁹.¹⁰ A mediation consultancy itself is defined as a communication between a person and a mediator. However, the definition of communication is limited to

¹ Directive 2008/52/EC of the European Parliament and of the Council of 21 May 2008 on Certain Aspects of Mediation in Civil and Commercial Matters, Article 7 para. 2, <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:136:0003:0008:En:PDF>>, [07.07.2013].

² *Gray O. V.*, Protecting the Confidentiality of Communications in Mediation, *Osgoode Hall Law Journal*, Vol. 36, No. 4, 1998, 679-680, <http://www.ohlj.ca/archive/articles/36_4_gray.pdf>, [29.06.2013].

³ *Wigmore four-prong test.*

⁴ *Rosenberg J. P.*, Keeping the Lid on Confidentiality: Mediation Privilege and Conflict of Laws, *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, Vol. 10, No. 1, 1994, 157, 161-162, <http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/ohjdpr10&div=3&collection=journals&set_as_cursor=0&men_tab=srchresults&terms=KeepingtheLidonConfidentiality&type=matchall#201> referred in: *Deleissegues C.*, Mediation Confidentiality: Has it Gone too Far?, *University of La Verne Law Review*, Vol. 33, Issue 1, 2011, 124-125, <http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/jjuv133&div=9&collection=journals&set_as_cursor=clear>.

⁵ *Rosenberg J. P.*, Keeping the Lid on Confidentiality: Mediation Privilege and Conflict of Laws, *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, Vol. 10, No.1, 1994, 161, <http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/ohjdpr10&div=3&collection=journals&set_as_cursor=0&men_tab=srchresults&terms=KeepingtheLidonConfidentiality&type=matchall#201> referred in: *Deleissegues C.*, Mediation Confidentiality: Has it Gone too Far?, *University of La Verne Law Review*, Vol. 33, Issue 1, 2011, 125, <http://heinonline.org/HOL-Page?handle=hein.journals/jjuv133&div=9&collection=journals&set_as_cursor=clear>.

⁶ *Palo G. D., Trevor M.B. (eds.)*, *EU Mediation Law and Practice*, Great Britain, Oxford University Press, 2012, 35.

⁷ *Ibid*, 191.

⁸ *Ibid*, 240.

⁹ *Mediation consultation.*

¹⁰ *Callahan R.*, Mediation Confidentiality: For California Litigants, Why Should Mediation Confidentiality be a Function of the Court in Which the Litigation is Pending, *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal*, Vol. 12, No. 1, 2012, 66, <http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/pepds12&div=5&collection=journals&set_as_cursor=clear>; *Sharp D.*, The Many Faces of Mediation Confidentiality, *Dispute Resolution Journal*, Vol. 53, Issue 4, November 1998, 58, <<http://web.ebscohost.com/ehost/pdfviewer/pdfviewer?vid=4&sid=07a682dd-06a2-404c-9708-9c135e7e9d30%40sessionmgr12&hid=11>>, [29.06.2013].

the following topics: initiating, considering or reconvening a mediation or other topics related to retaining the mediator.¹ As for the legislation of the state of Oregon, it is not precise and does not provide whether the privilege is applied to the documents transferred before the commence of a mediation process.²

Some laws consider confidential only the topics that are the subject matter of the dispute between the parties, and not all the information exchanged during the process.³

Determination of the boundaries of the mediation process is very important when discussing the principle of confidentiality, as these boundaries create the basis for responsibility.

According to the above discussed, different countries and states have different approaches to the boundaries of confidentiality.

2.3.1. Communication during the Mediation Process

Confidentiality should be applied to verbal and non-verbal communication.

The non-verbal communication plays an essential role in communication. According to the scientists' evaluation, approximately 55% of the information is understood through non-verbal behavior of the speaker, 38% from the tone of voice and timbre, and only 7% from the content of the information.⁴

As for the definition of communication, paragraph 2 of *UMA* definitions provides that "Mediation communication" means a statement, whether oral or in a record verbal or nonverbal, which occurs during a mediation or is made for purposes of considering, conducting, participating in, initiating, continuing or reconvening a mediation or retaining a mediator.⁵ In the USA many states have a rather unclear definition of mediation communication.⁶

The mentioned facts, at the compromise stage in the common law can be used later in the court, whereas it is inadmissible to mention the offers of settlement.⁷ According to the Bulgarian legislation, participants in mediation are bound to respect the confidentiality of a circumstance, a document and a fact that had been used in the course of procedure.⁸

The absence of the notion of mediation communication is understood as a significant gap in the legislative and court practice of the state of Colorado. The Court of Appeal focused on the confidential nature

¹ Callahan R., Mediation Confidentiality: For California Litigants, Why Should Mediation Confidentiality be a Function of the Court in Which the Litigation is Pending, *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal*, Vol. 12, No. 1, 2012, 66, <http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/pepds12&div=5&collection=journals&set_as_cursor=clear>.

² Owen R. M., In re Uncertainty: A Uniform and Confidential Treatment of Evidentiary and Advocatory Materials Used in Mediation, *Ohio State Journal on Dispute Resolution* 911, Vol. 20, 2005, 4-5, <<https://litigation-essentials.lexisnexis.com/webcd/app?action=DocumentDisplay&crawlid=1&doctype=cite&docid=20+Ohio+St.+J.+on+Disp.+Resol.+911&srctype=smi&srcid=3B15&key=3dc000a820890358d54088642b9b845f>>.

³ Macturk H. C., Confidentiality in Mediation: The Best Protection has Exceptions, *American Journal of Trial Advocacy*, Vol. 19, Issue 2, Fall, 1995, 423, <http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/amjtrad19&div=25&collection=journals&set_as_cursor=clear#431>.

⁴ Alfini J. J., Press S. B., Sternlight J. R., Stulberg J. B., *Mediation Theory and Practice*, Second Edition, Lexisnexis, 2006, 124.

⁵ Uniform Mediation Act, <<http://apps.leg.wa.gov/rcw/default.aspx?cite=7.07.010>>, [07.07.2013]; original text: "Mediation communication" means a statement, whether oral or in a record, verbal or nonverbal, which occurs during a mediation or is made for purposes of considering, conducting, participating in, initiating, continuing, or reconvening a mediation or retaining a mediator.

⁶ Owen R. M., In re Uncertainty: A Uniform and Confidential Treatment of Evidentiary and Advocatory Materials Used in Mediation, *Ohio State Journal on Dispute Resolution* 911, Vol. 20, 2005, 4, <<https://litigation-essentials.lexisnexis.com/webcd/app?action=DocumentDisplay&crawlid=1&doctype=cite&docid=20+Ohio+St.+J.+on+Disp.+Resol.+911&srctype=smi&srcid=3B15&key=3dc000a820890358d54088642b9b845f>>.

⁷ Thompson P. N., Confidentiality, Competency and Confusion: The Uncertain Promise of the Mediation Privilege in Minnesota, *Hamline Journal of Public Law & Policy*, Vol. 18, No. 2, Spring, 1997, 331-332, <http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/hplp18&div=4&collection=journals&set_as_cursor=clear>.

⁸ Palo G. D., Trevor M. B. (eds.), *EU Mediation Law and Practice*, Printed in Great Britain, Oxford University Press, 2012, 35.

of mediation communication at all stages, but did not establish the test to determine what is privileged.¹ In the case of Ohio, it is determined, but vaguely: communication should take place within the mediation frames and should concern the mediation subject matter. The provisions of legislation of Pennsylvania about mediation privileges and protection of mediation materials compared to the other states are more comprehensive and complete. It clearly defines that the communication conducted during a mediation is confidential. Besides, it extends the scope of protection and states that communication with the mediator is confidential even outside the formal mediation sessions.² Rule 11 of *Alabama Civil Court Mediation Rules*³ states that the information delivered electronically is also protected.⁴

2.3.2. Documents Drawn up and Submitted during the Mediation Process

The documents prepared for mediation and submitted to the mediator or/and the opposing party need to be protected as communication which takes place during mediation.⁵ Any documentation prepared for the purposes of mediation shall be confidential.⁶

Two types of materials should be protected under confidentiality: firstly, the written materials that can or cannot be considered as communication. It depends upon the relevant definition given by the law. Secondly, the evidence, used in mediation that advocates for a party and is prepared solely for this purpose.⁷

The first category includes the written documents used in favor of one of the parties. Such materials include the minutes of the mediation process, reports, letters and memoranda, that should be conducted between the parties or submitted by a party to the mediator regarding the mediation, or advocating, protecting one's position in mediation.⁸

The second category includes the evaluative evidence⁹ that advocates the positions of one party and is informative for other parties and the mediator.¹⁰ Such documents cover the evidences submitted by the parties to each other and to the mediator. Besides, it is important that the party expects that the submitted materials will remain confidential.¹¹

The correspondence is also confidential, however, in one case the court did not determine whether the letter was accepted as an evidence, when there was a need to establish the party's fairness toward the participation in the mediation process.¹² The notes made during the mediation process are also confidential

¹ Owen R. M., In re Uncertainty: A Uniform and Confidential Treatment of Evidentiary and Advocatory Materials Used in Mediation, Ohio State Journal on Dispute Resolution 911, Vol. 20, 2005, 5, <<https://litigation-essentials.lexisnexis.com/webcd/app?action=DocumentDisplay&crawlid=1&doctype=cite&docid=20+Ohio+St.+J.+on+Disp.+Resol.+911&srctype=smi&srcid=3B15&key=3dc000a820890358d54088642b9b845f>>.

² *Ibid.*

³ *Alabama Civil Court Mediation Rules.*

⁴ Potter H. R., Confidentiality in Mediation and the Duty to Report Child Abuse, The Journal of the Legal Profession, Vol. 29, No. 1, 2005, 274, <http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/jlegpro29&div=18&collection=journals&set_as_cursor=clear#275>.

⁵ Owen R. M., In re Uncertainty: A Uniform and Confidential Treatment of Evidentiary and Advocatory Materials Used in Mediation, Ohio State Journal on Dispute Resolution 911, Vol. 20, 2005, 3, <<https://litigation-essentials.lexisnexis.com/webcd/app?action=DocumentDisplay&crawlid=1&doctype=cite&docid=20+Ohio+St.+J.+on+Disp.+Resol.+911&srctype=smi&srcid=3B15&key=3dc000a820890358d54088642b9b845f>>.

⁶ Hardy S., Rundle O., Mediation for Lawyers, Australia, CCH Australia Limited, 2010, 189.

⁷ Owen R. M., In re Uncertainty: A Uniform and Confidential Treatment of Evidentiary and Advocatory Materials Used in Mediation, Ohio State Journal on Dispute Resolution 911, Vol. 20, 2005, 3, <<https://litigation-essentials.lexisnexis.com/webcd/app?action=DocumentDisplay&crawlid=1&doctype=cite&docid=20+Ohio+St.+J.+on+Disp.+Resol.+911&srctype=smi&srcid=3B15&key=3dc000a820890358d54088642b9b845f>>.

⁸ *Ibid.*

⁹ *Evaluative evidence.*

¹⁰ Owen R. M., In re Uncertainty: A Uniform and Confidential Treatment of Evidentiary and Advocatory Materials Used in Mediation, Ohio State Journal on Dispute Resolution 911, Vol. 20, 2005, 4, <<https://litigation-essentials.lexisnexis.com/webcd/app?action=DocumentDisplay&crawlid=1&doctype=cite&docid=20+Ohio+St.+J.+on+Disp.+Resol.+911&srctype=smi&srcid=3B15&key=3dc000a820890358d54088642b9b845f>>.

¹¹ *Ibid.*

¹² Hardy S., Rundle O., Mediation for Lawyers, Australia, CCH Australia Limited, 2010, 190.

according to without prejudice privilege¹.² Besides, the documents prepared for mediation purposes, including the experts' report, shall be treated confidentially.³ The term "written document" has a wider scope in the state of California and includes manuscripts, typed documents, photos and notes. Such definition is not assumed as a correct one, but it is a gap of California's legislation.⁴ Courts of California denied applying the privilege to the evidences from which it was not possible to determine the party's position regarding the process.⁵

3. Persons Bound by the Confidentiality Principle

3.1. Parties of Mediation

According to the common law, without prejudice rule is applied to the information exchanged between the mediating parties, even if the parties cannot achieve an agreement.⁶ The court of appeal in case of *Carter Holt Harvey Forests Ltd v Sunnex Logging Ltd* extended the lawyer's liabilities with regard to confidentiality. The court stated that if the mediation agreement does not consider the liability of confidentiality of the lawyers, pursuant to the mediation nature - they will be subject to the confidentiality liability.⁷ According to *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*, the parties are not liable to keep confidentiality. In the majority of cases, the parties are liable to keep confidentiality on the basis of the agreement conducted between them. But, if there is no such agreement between the parties and one of the parties violates the rule of confidentiality, then the court shall examine this issue.⁸ The same approach is used in several countries; in particular, the parties do not have the liability to keep confidentiality in Austria⁹ and in the Czech Republic.¹⁰

As for Georgia, Clause 187⁸ of CPCG establishes the obligation of confidentiality for the mediation parties, unless the parties agree otherwise.¹¹ The Georgian Government resolution #80 on the measures to be implemented for medical mediation of February 29, 2012 does not look at the parties' liabilities in the light of confidentiality.¹²

From all the above mentioned we can assume that there are two types of approaches toward confidentiality. According to the first one, the parties are liable to keep confidentiality unless they agree otherwise; and according to the second approach, the parties are not imposed the liability of confidentiality, unless they agree otherwise.

¹ *Without prejudice privilege.*

² *Hardy S., Rundle O.*, Mediation for Lawyers, Australia, CCH Australia Limited, 2010, 185.

³ *Ibid*, 189.

⁴ *Owen R. M.*, In re Uncertainty: A Uniform and Confidential Treatment of Evidentiary and Advocatory Materials Used in Mediation, Ohio State Journal on Dispute Resolution 911, Vol. 20, 2005, 5, <<https://litigation-essentials.lexisnexis.com/webcd/app?action=DocumentDisplay&crawlid=1&doctype=cite&docid=20+Ohio+St.+J.+on+Disp.+Resol.+911&srctype=smi&srcid=3B15&key=3dc000a820890358d54088642b9b845f>>.

⁵ *Ibid*, 6.

⁶ *Hardy S., Rundle O.*, Mediation for Lawyers, Australia, CCH Australia Limited, 2010, 178.

⁷ *Carden M. D.*, Confidentiality in Mediation, 2005, 17, <https://docs.google.com/viewer?a=v&q=cache:6yDduSBkE3kJ:www.aminz.org.nz/Folder%3FAction%3DDownload%26Folder_id%3D79%26File%3Dpast%2520conf%2520Carden%2520paper%2520Conf%2520in%2520Mediation%2520_3_.pdf+&hl=ka&gl=ge&pid=bl&srcid=ADGEEShRcdBaZqKTEJHZshLLTQ-DMg30q0S056mjl6NRDVHYTWGUorkyqfPEwTEkdlR5RwmnD1FodD6AS_vPYvO63ZOdfvKrbAyNWv3GX-UU30UqCPIOxcG5KRSKVVVoOtPWmrEHjP1N&sig=AHIEtbTLjV2pOLlej2WQcclSivcGXDexog>, [30.06.2013].

⁸ *Henke E. M.*, Confidentiality in the Model Law and the European Mediation Directive, A comparison of solutions offered in the Mediation Directive and the Model Law on Conciliation with examination of the actual situation in selected Civil and Common Law Countries, Master's Thesis, GRIN Verlag, 2011, 33.

⁹ *Palo G. D., Trevor M. B. (eds.)*, EU Mediation Law and Practice, Great Britain, Oxford University Press, 2012, 13.

¹⁰ *Ibid*, 63.

¹¹ CPCG, 187⁸ clause, LHG, 1106-IS, 14.11.1997, [Edition amendment: LHG, 5550-RS, 20.12.2011].

¹² Government Resolution 80 on the Measures to be Implemented for Medical Mediation, LHG, 29.02.2012.

3.2. The Mediator

The mediator holds a unique position in the mediation process as s/he can compile the information gained from both parties.¹ Consequently, the mediator gets information from the parties during the caucus² and the mediation sessions.

The mediators accredited according to the National Mediator Accreditation Standards³ are liable to keep in secret all activities or conversations conducted during the mediation process. Besides, the mediators may be additionally obliged to take an oath of secrecy.⁴ The majority of USA courts established one of the mediators' ethic standards as delivery of information regarding confidentiality to the parties.⁵

The mediator's liability regarding the principle of confidentiality is regulated by different legal acts in the Georgian legislation. Clause 187⁸ of CPCG refers to the confidentiality of the mediation process, where the legislator indicates that the mediator does not hold the right to disclose the information gained while performing the mediator's role, unless the parties agree otherwise.⁶ According to the Georgian Government resolution #80 on the measures to be implemented for medical mediation of February 29, 2012, and namely according to its clause 5(2), the mediator does not hold the right to: *disclose or use for non-job purposes the information containing the occupational secret or the information otherwise qualified as confidential, the publicity of which is limited by the legislation in force, and which became known in relation with conducting the medical mediation.*⁷

Today in Georgia there is no unified regulation act regarding the code of conduct of mediators.

In the USA in 1992 the joint committee was established to develop the code of conduct of mediators. The committee elaborated the Model Standards of Conduct for Mediators⁸ in 1994. The text of the mentioned act reflects the key confidentiality principles⁹ of mediation. Its aim was to establish the rules to guide the conduct of a mediator. The mentioned rules convince the parties to address mediation for their dispute resolution.¹⁰

According to the model standards adopted in 2005, the mediator is liable to keep confidentiality of the information gained through the mediation process. The mediator might disclose the information at the court whenever necessary notwithstanding "whether the parties came to the planned mediation session and whether they achieved the agreement".¹¹

The mediator should pay attention to the parties' expectations with confidentiality.¹² S/He should explain to the participant parties the rules, because they are entitled to regulate the limits of liability with regard to confidentiality. The requirements of the Model standards of 2005 state that the mediators should rise awareness of the parties with regard to the role they play in preserving the confidentiality of information.¹³

¹ Richbell D., *Mediation of Construction Disputes*, Singapore, Blackwell Publishing, 2008, 75.

² *Caucus*.

³ *National Mediator Accreditation Standards*.

⁴ Hardy S., Rundle O., *Mediation for Lawyers*, Australia, CCH Australia Limited, 2010, 178.

⁵ Oberman S., Confidentiality in Mediation: An Application of the Right to Privacy, *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, Vol. 27, No. 3, 2012, 633, 599 footnote, <http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/ohjdpr27&div=22&collection=journals&set_as_cursor=clear>.

⁶ CPCG, 187⁸ clause, LHG, 1106-IS, 14.11.1997, [Edition amendment: LHG, 5550-RS, 20.12.2011].

⁷ 2 (e) Clause, Government resolution 80 on the measures to be implemented for medical mediation, LHG, 29.02.2012.

⁸ Young P. M., Rejoice! Rejoice! Rejoice, Give Thanks, and Sing: 1 ABA, ACR, and AAA Adopt Revised Model Standards of Conduct for Mediators, *Appalachian Journal of Law* 195, Vol. 5, 2006, 3, <<https://litigationessentials.lexisnexis.com/webcd/app?action=DocumentDisplay&crawlid=1&doctype=cite&docid=5+Appalachian+J.+L.+195&srctype=smi&srcid=3B15&key=eb8564da8c7bfc4928d90366e3672e70>>.

⁹ *Ibid*, 11.

¹⁰ *Ibid*, 2.

¹¹ *Ibid*, 11.

¹² *Ibid*.

¹³ Young P. M., Rejoice! Rejoice! Rejoice, Give Thanks, and Sing: 1 ABA, ACR, and AAA Adopt Revised Model Standards of Conduct for Mediators, *Appalachian Journal of Law* 195, Vol. 5, 2006, 11,

In Clause 5 of the *Institute of Arbitrators & Mediators Australia* (hereinafter “*IAMA*”)¹ regarding the mediator’s guidelines² we read that the mediator shall satisfy the mediating parties’ expectations with regard to confidentiality. This depends upon the agreement between the parties, as well as on the circumstances of mediation.³ In the family mediation context one of the roles of a mediator is to “maintain the confidentiality of the process”.⁴

In France, before the Act of 2011 entered into force, the legislation did not have the liability to keep confidentiality with regard to the *Conventional Mediation*⁵. Despite this, the French courts established that disclosing the information gained during mediation is the violation of confidentiality.⁶ The judge of the first instance tribunal of Paris said that the mediation process is furnished with confidentiality even when the parties do not agree so, the principle is applied to them anyway.⁷

3.3. Third Person in Mediation

The third persons in mediation can fall into two groups: 1) non-party participant⁸ and 2) the third person, who did not take part in the process. According to *UMA*, non-party participant takes part in the mediation, but s/he is neither a mediator nor a party to the mediation.⁹ According to the Italian legislation, the persons working for a mediation institution¹⁰ or those who are involved in the mediation process are liable to keep confidentiality.¹¹ The Georgian legislation does not regulate the issues related to the third persons. The third persons such as: witnesses and observers who attend the mediation are not automatically subject to the liability of confidentiality (*Esso and BHP v Pliwman (Minister) and Gas & Fuel Corporation of Victoria*). However, the liability of confidentiality of the third party is often consolidated by the statute or by the confidentiality agreement conducted with the third party. When the third person who does not attend mediation process finds out information expressed during the mediation, an injunction may be available to prevent the third party from publishing that information.¹² For example, in the case *Jeffrey v Correction Victoria and the Herald & Weekly Times Limited (2004) VCAT 1211* a journalist investigated the court files and read the confidentiality agreement conducted between the parties that were incidentally left in the case files. The journalist informed the court registrar about his intent to publish the information regarding the agreement conditions in the new-

<<https://litigationessentials.lexisnexis.com/webcd/app?action=DocumentDisplay&crawlid=1&doctype=cite&docid=5+Appalachian+J.+L.+195&srctype=smi&srcid=3B15&key=eb8564da8c7bfc4928d90366e3672e70>>.

¹ *The Institute of Arbitrators & Mediators Australia*.

² *Principles of Conduct for Mediators*.

³ Institute of Arbitrators and Mediators Australia, *Principles of Conduct for Mediators*, 2003, 2, <<http://www.iama.org.au/sites/default/files/resources/rules-guidelines/principles%20of%20conduct%20for%20mediators.pdf>>, [24.12.2012].

⁴ Relationships Australia, *Mediation*, <<http://www.relationships.com.au/services/mediation>>, August, 2005 cited in the article: *Field R., Wood N., Marketing Mediation Ethically: The Case of Confidentiality*, Queensland University of Technology Law & Justice Journal, Vol. 5, No. 2, 2005, 146, <http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/qutlj5&div=14&collection=journals&set_as_cursor=clear>.

⁵ *Conventional Mediation*.

⁶ *Palo G. D., Trevor M. B. (eds.)*, *EU Mediation Law and Practice*, Great Britain, Oxford University Press, 2012, 118.

⁷ *Ibid.*

⁸ *Non-party participant*.

⁹ *Tomeo D. G.*, *Be Careful What You Say: One Court's Look at Confidentiality Under the Uniform Mediation Act*, *Seton Hall Legislative Journal*, Vol. 31:1, 2006, 67, <<http://www.lowenstein.com/files/Publication/c81abe49-f222-4826-9493-0ee4c59fda33/Presentation/PublicationAttachment/ffed09f1-2b09-4102-88be-12112ed63708/Be%20Careful%20What%20You%20Say%20-%20SHLJ%20-%20DT%20-%20051407.pdf>>.

¹⁰ *Mediation body*.

¹¹ *Palo G. D., Trevor M. B. (eds.)*, *EU Mediation Law and Practice*, Great Britain, Oxford University Press, 2012, 190-191.

¹² *Injunction*.

sparer. In this case the prevention measures were taken by the court¹. The mentioned case shows what measures can be taken, or what liabilities can be imposed to the third parties, in order to keep confidentiality.

Oberman states that in their mediation agreement the parties can indicate those consultants from whom they get information, advice and assistance. After referring to the third persons' responsibilities in the mediation contract, the disclosure or transfer of the information will be understood as a violation of the contract.²

4. Limitations to the Confidentiality Principle

In mediation the issue of the limits of confidentiality privileges was always open for debates.³ Complete confidentiality is good in theory, but in practice there is no such guarantee.⁴ The commentators constantly argue that the mentioned principle should not have absolute nature and should exist in order to create *public accountability*⁵. This would allow mediation to earn public trust.⁶ Valid exceptions are possible, however, this should be clearly established by the court practice or legislation.⁷

As all other general rules, the privilege of confidentiality also has exceptions. This is important to encourage the use of mediation.⁸ Without exceptions to the "blanket" rule, there is no safe-guard protecting for the mediator or the parties or even the innocent third persons such as children in family law mediations.⁹ Furthermore, the scope of confidentiality should not consider an absolute protection or absolute publicity;¹⁰ but rather important is to find balance between protection and publicity.¹¹

There are a number of uncertainties in *UMA* and *Model Standards of Conduct for Mediators*.¹² Namely, it is not quite clear which laws, rules or standards shall the mediator use in the USA. The states regu-

¹ *Hardy S., Rundle O.*, Mediation for Lawyers, CCH Australia Limited, Printed in Australia, 2010, 179. *Kuester E. L.*, Confidentiality in Mediation: A Trial of Broken Promises, Vol. 16, No. 2, Hamline Journal of Public Law & Policy, 1994-1995, 578, <http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/hplp16&div=23&collection=journals&set_as_cursor=clear>.

² *Oberman S.*, Confidentiality in Mediation: An Application of the Right to Privacy, Ohio State Journal on Dispute Resolution, Vol. 27, No. 3, 2012, 561, <http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/ohjdpr27&div=22&collection=journals&set_as_cursor=clear>.

³ *Rosenberg J. P.*, Keeping the Lid on Confidentiality: Mediation Privilege and Conflict of Laws, Ohio State Journal on Dispute Resolution, Vol. 10, No.1, 1994, 161, <http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/ohjdpr10&div=3&collection=journals&set_as_cursor=0&men_tab=srchresults&terms=KeepingtheLidonConfidentiality&type=matchall#201>.

⁴ *Deleissegues C.*, Mediation Confidentiality: Has it Gone too Far? , University of La Verne Law Review, Vol. 33, Issue 1, 2011, 126, <http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/jjuv133&div=9&collection=journals&set_as_cursor=clear>.

⁵ *Public accountability.*

⁶ *Rosenberg J. P.*, Keeping the Lid on Confidentiality: Mediation Privilege and Conflict of Laws, Ohio State Journal on Dispute Resolution, Vol. 10, No.1, 1994, 161, <http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/ohjdpr10&div=3&collection=journals&set_as_cursor=0&men_tab=srchresults&terms=KeepingtheLidonConfidentiality&type=matchall#201>.

⁷ *Giesler C., Lee J. A.*, Confidentiality in Mediation, Harvard Negotiation Law Review, Vol. 3, 1998, 295, <http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/haneg3&div=12&collection=journals&set_as_cursor=clear>.

⁸ *Macturk H. C.*, Confidentiality in Mediation: The Best Protection has Exceptions, American Journal of Trial Advocacy, Vol. 19, Issue 2, 1995, 426, <http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/amjtrad19&div=25&collection=journals&set_as_cursor=clear#431>.

⁹ *Ibid.*

¹⁰ *Absolute disclosure.*

¹¹ *Deason E. E.*, Symposium: Secrecy and Transparency in Dispute Resolution: The Need for Trust as a Justification for Confidentiality in Mediation: A Cross-Disciplinary Approach, Kansas Law Review 1387, Vol. 54, 2006, 2, <<https://litigation-essentials.lexisnexis.com/webcd/app?action=DocumentDisplay&crawlid=1&doctype=cite&docid=54+Kan.+L.+Rev.+1387&srctype=smi&srcid=3B15&key=512f3baedcdd52d582393a1235f2a59d>>.

¹² *Model Standards of Conduct for Mediators.*

late these issues differently. Such approach hampers the determination of exceptions in confidentiality, especially when the issue concerns *Multi-state lawsuits*.¹ Even if such a circumstance takes place in one of the states, the exceptions to the confidentiality are not always clear and do not cover the issues in the way the mediators would like to.² The Georgian legislation lacks the regulation of determination of exceptions.

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, namely, its clause 7(2) provides the exceptions in the limitations of confidentiality. The named clause enables the member states to enter into force stricter rules in order to better secure the confidentiality.³ With regard to the liability of confidentiality we should mention that the exceptions are rather unknown to the countries of Civil law, however, they are familiar to the English law.⁴

Many statutes concerning confidentiality consider possibility for the court to override the mentioned principle.⁵

In Texas, the statute widely protects confidentiality and provides for a few narrow exceptions.⁶

4.1. Agreement between the Mediation Parties and the Party's Acceptance regarding the Waive of Confidentiality

The parties of mediation benefit from the right of privacy⁷; they themselves make choice among the benefits and risks of publicity and confidentiality of the information.⁸

Almost in all cases, the parties can agree upon confidentiality or refuse it. However, these issues are somewhat unclear and may cause a number of questions regarding: Who has to give his consent, whether the consent should be clearly expressed or it may be just meant?

The agreement to waive confidentiality shall be drawn up in writing and signed by the parties. Thus, the parties agree that the information regarding the mediation process may be used as an evidence. Here we should mention that the exclusion of confidentiality can be directed to one specific objective and not a waiver applied to all purposes (*Liberty Funding Pty Ltd v Phoenix Capital Ltd (2005) 218 ALR 238*).⁹

According to Clause 6 (1) (b) of *National Mediator Accreditation Practice Standards*¹⁰ the mediator shall not voluntarily disclose the information to any person who is not a party to the mediation, unless the mediation participant parties give consent.¹¹ *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*, namely, its clause 7(1) furnishes the parties with the opportunity to limit or exclude the liability of confidentiality. They

¹ *Multi-state lawsuits*.

² *Deleissegues C.*, Mediation Confidentiality: Has it Gone too Far?, University of La Verne Law Review, Vol. 33, Issue 1, 2011, 123, <http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/jjuvl33&div=9&collection=journals&set_as_cursor=clear>.

³ *Henke E. M.*, Confidentiality in the Model Law and the European Mediation Directive, A comparison of solutions offered in the Mediation Directive and the Model Law on Conciliation with examination of the actual situation in selected Civil and Common Law Countries, Master's Thesis, GRIN Verlag, 2011, 32.

⁴ *Ibid*, 34.

⁵ *Oberman S.*, Confidentiality in Mediation: An Application of the Right to Privacy, Ohio State Journal on Dispute Resolution, Vol. 27, No. 3, 2012, 573, <http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/ohjdpr27&div=22&collection=journals&set_as_cursor=clear>.

⁶ *Peterson A. L. H.*, Substantive Law Clash: An Inquiry into the Impact of in re Marriage of Kieturakis on California's Confidentiality Law, Pepperdine Dispute Resolution Law Journal, Vol. 8, No.1, 2007, 210, <http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/pepds8&div=12&collection=journals&set_as_cursor=clear>.

⁷ *Privacy*.

⁸ *Oberman S.*, Confidentiality in Mediation: An Application of the Right to Privacy, Ohio State Journal on Dispute Resolution, Vol. 27, No. 3, 2012, 566, <http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/ohjdpr27&div=22&collection=journals&set_as_cursor=clear>.

⁹ *Hardy S., Rundle O.*, Mediation for Lawyers, Australia, CCH Australia Limited, 2010, 192.

¹⁰ *National Mediator Accreditation Practice Standards*.

¹¹ *Hardy S., Rundle O.*, Mediation for Lawyers, Australia, CCH Australia Limited, 2010, 192.

can liberate the mediator's liability of confidentiality and declare the documents drawn up during the mediation as non-confidential documents. However, in this case such a general agreement granting to a mediator the right to act as a witness does not allow the latter to disclose the information expressed by the party during the caucus. This circumstance arises from the nature of the caucus. Therefore, the parties shall directly indicate in the agreement that they allow the mediator to disclose the information gained at the caucus.¹ to the principle of freedom of contract, the Directive does not limit the parties' freedom by the civil and commercial law. The mentioned principles are valid in the European context too.²

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, namely, its clause 7(2) grants the member states with the right to establish stricter rules with regard to confidentiality. In this context it would be interesting to have a look at the Austrian legislation. The Austrian legislation does not allow the parties to exclude the liability of confidentiality, because the latter is understood as an absolute principle. Such approach can be viewed as the limitation of the parties' autonomous decision and, therefore, the need for amending it is frequently expressed in literature.³ As for the USA, some states consider the parties' right to refuse confidentiality on the basis of mutual consent, whereas some states (e.g. Alaska, Georgia, Hawaii, Kentucky, Maryland, Massachusetts, Missouri, Montana, New Hampshire, New York, North Carolina, Oklahoma, Pennsylvania, Rhode Island, Tennessee, Wisconsin) do not consider such provision.⁴

The states that do not consider the parties' right to refuse confidentiality, oblige the parties not to disclose in future litigation the information exchanged during the mediation and, consequently, they are not encouraged to go to the court.⁵ But, the legislative acts consider differently who has the right of privilege: the mediator, the parties or the process itself. If the privilege holders are not established, it will be difficult to determine who can waive it. Thus, it remains unclear whether mediator can refer to the privilege when the parties to the mediation have waived confidentiality.⁶ With this regard, the USA Symposium conclusions and recommendations about the regulation of confidentiality are interesting. Even the written consent of the parties does not entitle the mediator or mediation program⁷ to disclose the information. Therefore, the mediator and the mediation program are entitled to refuse the disclosure of information even when they

¹ Henke E.M., Confidentiality in the Model Law and the European Mediation Directive, A comparison of solutions offered in the Mediation Directive and the Model Law on Conciliation with the examination of the actual situation in selected Civil and Common Law Countries, Master's Thesis, GRIN Verlag, 2011, 31-32; Austria regulates otherwise, see: Henke E.M., Confidentiality in the Model Law and the European Mediation Directive, A comparison of solutions offered in the Mediation Directive and the Model Law on Conciliation with the examination of the actual situation in selected Civil and Common Law Countries, Master's Thesis, GRIN Verlag, 2011, 34; Confidentiality according to the Austrian Legislation is considered as the mediator's absolute obligation referred in: Palo G. D., Trevor M. B. (eds.), *EU Mediation Law and Practice*, Great Britain, Oxford University Press, 2012, 12.

² *Ibid*, 32.

³ Henke E. M., Confidentiality in the Model Law and the European Mediation Directive, A comparison of solutions offered in the Mediation Directive and the Model Law on Conciliation with the examination of the actual situation in selected Civil and Common Law Countries, Master's Thesis, GRIN Verlag, 2011, 34; Confidentiality according to the Austrian Legislation is considered as the mediator's absolute obligation referred in: Palo G. D., Trevor M. B. (eds.), *EU Mediation Law and Practice*, Great Britain, Oxford University Press, 2012, 12.

⁴ Oberman S., Confidentiality in Mediation: An Application of the Right to Privacy, *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, Vol. 27, No. 3, 2012, 549, 47 footnote, <http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/ohjdpr27&div=22&collection=journals&set_as_cursor=clear>.

⁵ *Ibid*, 548-549.

⁶ Oberman S., Confidentiality in Mediation: An Application of the Right to Privacy, *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, Vol. 27, No. 3, 2012, 591, <http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/ohjdpr_27&div=22&collection=journals&set_as_cursor=clear>; It is clearly established in Florida Legislation, that parties are holders of the privilege. They can waive or prohibit others from using communication during litigation referred in: Tetunic F.L., Act Deux: Confidentiality after the Florida Mediation Confidentiality and Privilege Act, *Nova Law Review*, Vol. 36, Fall, 2011, 81, <http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/ovalr36&div=3&collection=journals&set_as_cursor=clear#1>.

⁷ *Mediation program*.

are entitled to do so by the parties. However, this view was not accepted. Some participants of the symposium stressed that the mediation was directed to the parties and the privilege of confidentiality served their interests.

Besides, this relation is similar to the lawyer-client relation, and upon the client's acceptance the lawyer is entitled to disclose the confidential information.¹ The final position of the symposium does not fully prohibit the disclosure of confidential information by the mediator or the mediation program. If the mediator or the representative of the mediation program agree so, and if, at the same time, the parties' consent is present, then the confidential information can be disclosed.² However, the other participants of the symposium focused on the principle of the mediator's neutrality. In order to maintain this principle, it is important that the mediator does not disclose the confidential information even when s/he has the parties' consent.³

Paragraphs 1 and 2 of CPCG clause 187⁸ consider the parties' opportunity to change the confidentiality issue and regulate it according to their needs.⁴ The Estonian legislation has a similar regulation, when the mediator is entitled to disclose the confidential information whenever the written consent is given by the parties or by the authorised representatives of the parties.⁵

The *UMA* regulation is rather vague regarding the role of non-party participant with regard to waiving the confidentiality privilege. According to the Act, the privilege may be waived by consent of all parties to the mediation. It is somewhat unclear, whether a non-party participant is also considered in this case. According to *Tomeo's* view, there should not exist such right for the third persons logically.⁶

4.2. Public Policy as an Exception of Confidentiality Protection

*Public Policy*⁷ means the parties' autonomy to regulate their relations through the contract but, at the same time, they shall refer to the public law and keep confidentiality by considering the interests of the other person.⁸

The notion of public order is unclear and it can create a threat to confidentiality in mediation⁹. For example, public policy is when there is a threat to the minor's¹⁰ physical or psychological integrity.¹¹ *Corns* provides an example that whenever there is a threat to someone's life or health, or a threat of pollution, in such cases we have the limitations in favor of public policy.¹²

¹ *Hyman J. M.*, The Model Mediator Confidentiality Rule: A Commentary, *Seton Hall Legislation Journal*, Vol. 12, No. 1, 1988, 34, <http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/sethlegj12&div=3&collection=journals&set_as_cursor=clear>.

² *Ibid*, 35.

³ *Ibid*, 34-35.

⁴ CPCG, 187⁸, (parts 1 and 2), LHG, 1106-IS, 14.11.1997, [LHG, 5550-rs, 20.12.2011].

⁵ *Palo G. D., Trevor M. B. (eds.)*, *EU Mediation Law and Practice*, Great Britain, Oxford University Press, 2012, 88.

⁶ *Tomeo D. G.*, Be Careful What You Say: One Court's Look at Confidentiality Under the Uniform Mediation Act, *Seton Hall Legislative Journal*, Vol. 31:1, 2006, 75, <<http://www.lowenstein.com/files/Publication/c81abe49-f222-4826-9493-0ee4c59fda33/Presentation/PublicationAttachment/ffed09f1-2b09-4102-88be-12112ed63708/Be%20Careful%20What%20You%20Say%20-%20SHLJ%20-%20DT%20-%20051407.pdf>>.

⁷ *Public policy*.

⁸ *Deason E. E.*, Predictable Mediation Confidentiality in the U.S. Federal System, *Ohio State Journal on Dispute Resolution* 239, Vol. 17, 2002, 5, <<https://litigation-essentials.lexisnexis.com/webcd/app?action=DocumentDisplay&crawlid=1&doctype=cite&docid=17+Ohio+St.+J.+on+Disp.+Resol.+239&srctype=smi&srcid=3B15&key=10a08271aa18b1f383ab0d6e85ad564c>>.

⁹ *Palo G. D., Trevor M. B. (eds.)*, *EU Mediation Law and Practice*, Printed in Great Britain, Oxford University Press, 012, 24.

¹⁰ *Minor* – A person who has not reached full legal age; a child or juvenile. Defined in: *Garner B. A. (Editor in Chief)*, *Black's Law Dictionary*, Third Pocket Edition, Thomson West, USA, 2006, 457.

¹¹ *Henke E. M.*, Confidentiality in the Model Law and the European Mediation Directive, A comparison of solutions offered in the Mediation Directive and the Model Law on Conciliation with the examination of the actual situation in the selected Civil and Common Law Countries, Master's Thesis, GRIN Verlag, 2011, 31.

¹² *Ibid*, 31.

The doctrine *parens patriae*¹ entitles the state to decide what is best for children, when the petition is submitted with regard to custody or *visitation*² or regarding both.³ Clause 7 of the Lithuanian Law on Mediation, public interest is one of the exceptions, which covers a child's interests and the prevention of harm to person's life and health.⁴ According to the Romanian legislation, the liabilities provided by the law with regard to the mediator can be terminated if there is a threat to the child's development or education from one of the parties to the mediation.⁵ Clause 27, (1), (b) of Malta Mediation Act together with the child's interests refers to the threat that can be imposed to the physical and mental unity of a person.⁶

The literature itself provides the view that the only evident case when the exception with regard to confidentiality shall take place is the imminent harm⁷ of crime. For example, the statements about the crime and against public policy, or, when the mediator possesses the information about the crime in progress or about intention to commit crime in future.⁸ According to *UMA*, communication confidentiality is limited when the crime preparation is intended, or to cover the criminal offence which is in progress at the given moment.⁹ "If a mediation is being used to further criminal conduct, a mediator should take appropriate steps including, and if necessary postponing, withdrawing from or terminating the mediation"¹⁰

One of the grounds for limitation according to the Spanish legislation is the justified order issued by the criminal court.¹¹ There is a similar provision in the Estonian legislation which provides that the mediator is entitled to disclose the confidential information to the investigation bodies if he has received order from the court.¹²

In the USA the legislation regulating the mediation considers rather strict limitations; namely, the mediator shall not address the court with regard to the mediation process. However, the mediator's privilege will not be taken into account if the USA Patriot Act's¹³ competence¹⁴ is present. According to the legislation of the state of Colorado, the communication is secured except when the safety of a juvenile, under the age of 18 is threatened.¹⁵

¹ *Parens patriae* – 2. the state regarded as a sovereign; the state in its capacity as a provider of protection to those unable to care for themselves, *Garner B. A., (Editor in Chief), Black's Law Dictionary, 9th ed., Thomson West, USA, 2009, 1221.*

² *Visitation.*

³ *Oberman S., Confidentiality in Mediation: An Application of the Right to Privacy, Ohio State Journal on Dispute Resolution, Vol. 27, No. 3, 2012, 562, <http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/ohjdpr27&div=22&collection=journals&set_as_cursor=clear>.*

⁴ *Palo G. D., Trevor M. B. (eds.), EU Mediation Law and Practice, Great Britain, Oxford University Press, 2012, 224.*

⁵ *Ibid, 294.*

⁶ *Ibid, 247.*

⁷ *Imminent harm.*

⁸ *Rosenberg J. P., Keeping the Lid on Confidentiality: Mediation Privilege and Conflict of Laws, Ohio State Journal on Dispute Resolution, Vol. 10, No. 1, 1994, 161, <http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/ohjdpr10&div=3&collection=journals&set_as_cursor=0&men_tab=srchresults&terms=Keeping%20the%20Lid%20on%20Confidentiality&type=matchall#201>.*

⁹ *Deleissegues C., Mediation Confidentiality: Has it Gone too Far? , University of La Verne Law Review, Vol. 33, Issue 1, 2011, 130, <http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/jjuv133&div=9&collection=journals&set_as_cursor=clear>.*

¹⁰ *Ibid, 133. see : "If a mediation is being used to further criminal conduct, a mediator should take appropriate steps including, if necessary postponing, withdrawing from or terminating the mediation".*

¹¹ *Palo G. D., Trevor M. B. (eds.), EU Mediation Law and Practice, Great Britain, Oxford University Press, 2012, 330.*

¹² *Ibid, 88.*

¹³ *USA Patriot Act.*

¹⁴ *Oberman S., Confidentiality in Mediation: An Application of the Right to Privacy, Ohio State Journal on Dispute Resolution, Vol. 27, No. 3, 2012, 575-576, <http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/ohjdpr27&div=22&collection=journals&set_as_cursor=clear>.*

¹⁵ *Potter H. R., Confidentiality in Mediation and the Duty to Report Child Abuse, The Journal of the Legal Profession, Vol. 29, No. 1, 2005, 276, <http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/jlegpro29&div=18&collection=journals&set_as_cursor=clear#275>.*

4.3. Annulment of the Mediation Agreement

One of the important issues refers to the form of the mediation agreement to be drafted at the end of the mediation process. In the agreement regarding the mediation of the dispute of the case *Brown v Rice and Patel (and ADR Group)* it was directly indicated that the contract would not have the obligatory power if it had not been drafted in writing and signed by the parties or by the authorized representatives of the parties. The parties agreed over the phone and they did not make the agreement in the form provided by the contract. The court assumed it was responsible to determine whether there was an agreement between the parties.¹ Deason mentions that the authenticity of the agreement cannot be determined without considering the mediation process in detail.² Consequently, whenever the issue concerns the authenticity of the agreement, the legislation should regulate the court's opportunity to evaluate whether the specific agreement is abolished.

4.4. Enforcement of the Mediation Agreement

One of the key aspects of confidentiality in mediation is the rules used in the enforcement of the mediation agreement.³ *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* considers the limitation of confidentiality if the latter is aimed for the enforcement and implementation of the mediation agreement.⁴ However, the Estonian legislation unlike the legislations of the other member states does not oblige the mediator to disclose the confidential information with the aim to enforce or implement the mediation agreement.⁵

Georgian legislation does not regulate this very important issue either.

4.5. Mediator's and Lawyer's Misconduct

The principle of confidentiality in mediation complicates the parties' position to assert the misconduct⁶ of the mediator or the lawyer. Nevertheless, the courts accept the evidence of such information if serious offence takes place.⁷ It would be unfair if a mediator or a mediation program was sued and afterwards, the relevant information was covered due to the privilege.⁸

4.6. Research of Mediation Institute

The general regulation of confidentiality may impede the research. For research purposes it is important to attend the mediation process and study the nature of the parties, mediators, the process and methodology and determine the outcomes.⁹

¹ *Deason E. E.*, Enforcing Mediated Settlement Agreements: Contract Law Collides with Confidentiality, University of California at Davis Law Review, Vol. 35, 2001, 32, <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=270349>, [05.07.2013].

² *Ibid.*

³ *Robinson P.*, Centuries of Contract Common Law Can't Be All Wrong: Why the UMA's Exception to Mediation Confidentiality in Enforcement Proceedings Should be Embraced and Broadened, Journal of Dispute Resolution, Vol. 2003, No.1, 2003, 136.

⁴ *Henke E. M.*, Confidentiality in the Model Law and the European Mediation Directive, A comparison of solutions offered in the Mediation Directive and the Model Law on Conciliation with the examination of the actual situation in the selected Civil and Common Law Countries, Master's Thesis, GRIN Verlag, 2011, 31.

⁵ *Palo G. D., Trevor M. B. (eds.)*, EU Mediation Law and Practice, Great Britain, Oxford University Press, 2012, 88.

⁶ *Misconduct.*

⁷ *Hardy S., Rundle O.*, Mediation for Lawyers, Australia, CCH Australia Limited, 2010, 193.

⁸ *Hyman J. M.*, The Model Mediator Confidentiality Rule: A Commentary, Seton Hall Legislation Journal, Vol. 12, No. 1, 1988, 37, <http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/sethlegj12&div=3&collection=journals&set_as_cursor=clear>.

⁹ *Ibid.*, 53.

Different legislative acts establish the limits to confidentiality for research and statistics purposes, provided that the personal information is secured. Clause 6,(1),(a), of *National Mediator Accreditation Practice Standards* considers that the mediator shall not disclose the information voluntarily to a person who is not a party to the mediation, except for non-identification information that is necessary for research or educational purposes.¹

4.7. Other Exceptions of Confidentiality Considered by the Foreign Legislations

Besides the above mentioned exceptions, the legislations of foreign countries consider different grounds for the limitation of confidentiality.

In the Estonian legislation the exception states that the court may fire the mediator for other good reasons.² Such general notion requires the evaluation from the court and therefore is the court's discretion. However, so far, there is no court practice with this regard to determine what circumstances are meant under this term and how this could be assessed and defined.³

The model standards of the mediator's code of conduct provide that confidentiality is limited with regard to the following issue: the mediator is entitled to declare whether the parties have participated in the process and whether they have achieved an agreement.⁴ Moreover, the same code of conduct determines that the mediator shall make a right decision and protect the parties' reasonable expectations with regard to confidentiality⁵.

5. Guarantees of Maintaining the Principle of Confidentiality

With regard to the determination of the relevant legislative frame of confidentiality there is no common position so far.⁶ The French legislation provides different mechanisms to satisfy the fundamental requirements of confidentiality.⁷ Besides, in the USA the courts created mediation privileges to secure the information disclosure.⁸ The USA has opportunity to choose absolute, qualified or limited privileges.⁹ The courts prefer a qualified privilege that excludes using evidences only when the benefit exceeds the need of testimony in a specific case.¹⁰

With the purpose of maintaining confidentiality, it is important to establish correct formulations at the legislative level. Many legislative acts do not reflect the definition of the mediation process and, consequently, the terms, such as: "mediation" and "resolution process~ are used, or the information scope is limi-

¹ Hardy S., Rundle O., *Mediation for Lawyers*, Australia, CCH Australia Limited, 2010, 199-200.

² *Other good reasons*.

³ Palo G. D., Trevor M. B. (eds.), *EU Mediation Law and Practice*, Oxford University Press, Great Britain, 2012, 88.

⁴ Deleissegues C., *Mediation Confidentiality: Has it Gone too Far?*, University of La Verne Law Review, Vol. 33, Issue 1, 2011, 132, http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/jjuv133&div=9&collection=journals&set_as_cursor=clear.

⁵ *Ibid*, 132.

⁶ Deason E. E., *Symposium: Secrecy and Transparency in Dispute Resolution: The Need for Trust as a Justification for Confidentiality in Mediation: A Cross-Disciplinary Approach*, *Kansas Law Review* 1387, Vol. 54, 2006, 2, <<https://litigation-essentials.lexisnexis.com/webcd/app?action=DocumentDisplay&crawlid=1&doctype=cite&docid=54+Kan.+L.+Rev.+1387&srctype=smi&srcid=3B15&key=512f3bacdcdd52d582393a1235f2a59d>>.

⁷ Palo G. D., Trevor M. B. (eds.), *EU Mediation Law and Practice*, Great Britain, Oxford University Press, 2012, 118.

⁸ Rosenberg J.P., *Keeping the Lid on Confidentiality: Mediation Privilege and Conflict of Laws*, *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, Vol. 10, No.1, 1994, 158, <http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/ohjdpr10&div=3&collection=journals&set_as_cursor=0&men_tab=srchresults&terms=KeepingtheLidonConfidentiality&type=matchall#201>.

⁹ *Ibid*, 158-159.

¹⁰ *Ibid*, 159.

ted and the term “during” or “process” is indicated, or if such process was attended by a mediator.¹ In some states the communication conducted during the mediation is not fully secured and includes only verbal or written communication, or the confidentiality is applied only to the dispute subject matter and not applied to all types of information exchanged during the process. Similar regulations implicate the examples of irrelevant security.²

In order to avoid the problems related to the principle of confidentiality, according to *Golan's* views, the following should take place:

1. Clear definition of the rules. The borders of confidentiality and exception should be indicated. Such rules should be drawn up in writing and signed by the parties or by their lawyers.

2. The scope of the confidentiality should not be defined generally, besides the contract shall not include the general rules.

3. Two types of confidentiality should be reflected. First, what information the parties will disclose outside the mediation process, and second – disclosure of information at the caucus.³

Dillard refers with regard to the Act of Alternative Dispute Resolution⁴ that the practitioners and commenters should quit the approach of “wait and see” in relation with the changes and amendments to the clause about confidentiality.⁵

5.1. Institute of Inadmissible Evidences as a Guarantee to Secure Confidentiality

One of the important topics with regard to the confidentiality principle is the creation of the relevant guarantees. When the mediation is unsuccessful and the parties fail to achieve an agreement, it is necessary to have the legislative provision stipulating that all documents and information (including any information gained from non-verbal communication) are confidential and will be treated as inadmissible evidences in future court trials, arbitral proceedings or other methods of dispute resolution.

The rule of inadmissible evidences in the general law considers that in dispute resolution through the court the parties cannot present the information gained through the mediation process as an evidence (*Field v Commissioner fro Railways for NSW (NSW) 199 CIR 285*). The legal acts of different countries consider the clauses related to confidentiality that refer to the statements and actions which was made during the mediation process.⁶

The Estonian legislation protects confidentiality through procedural measures and the mediator cannot be obliged to witness with regard to mediation.⁷ The Luxemburg legislation provides that the mediator cannot be invited as a witness to the court with regard to the information that s/he had been informed during the mediation process.⁸ A similar regulation is provided by the Georgian legislation⁹. Clause 141 (d) of CPCG provides that the mediator cannot be interviewed as a witness of the circumstances that became known to him during performing the mediator's duties.¹⁰

¹ *Alfini J. J., Press S. B., Sternlight J. R., Stulberg J. B., Mediation Theory and Practice*, 2nd ed., Lexisnexis, 2006, 222.

² *Kuester E. L., Confidentiality in Mediation: A Trial of Broken Promises*, Vol. 16, No. 2, *Hamline Journal of Public Law & Policy*, 1994-1995, 579, <http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/hplp16&div=23&collection=journals&set_as_cursor=clear>

³ *Golann D., Mediating Legal Disputes: Effective Strategies for Neutrals and Advocates*, USA, 2009, 217.

⁴ *Texas ADR Act*.

⁵ *Dillard G., The Future of Mediation Confidentiality in Texas: Shedding Light on a Murky Situation*, *The Review of Litigation* 137, Vol. 21, 2002, 3. <<https://litigation-essentials.lexisnexis.com/webcd/app?action=DocumentDisplay&crawlid=1&doctype=cite&docid=21+Rev.+Litig.+137&srctype=smi&srcid=3B15&key=35f0af83a0bba11f91b3de3e1a7c6324>>

⁶ *Hardy S., Rundle O., Mediation for Lawyers*, CCH Australia Limited, Australia, 2010, 183.

⁷ *Palo G. D., Trevor M. B. (eds.), EU Mediation Law and Practice*, Great Britain, Oxford University Press, 2012, 87.

⁸ *Ibid*, 240.

⁹ CPCG, clause 141 (d), LHG,1106-IS, 14.11.1997, [Edition amendment:LHG, 5550-RS, 20.12.2011].

¹⁰ CPCG, clause 141 (d), LHG,1106-IS, 14.11.1997, [Edition amendment:LHG, 5550-RS, 20.12.2011].

As for the court-based mediation, according to Clause 104 (1¹) of CPCG the court shall not admit the information and documents disclosed by the confidentiality condition, unless the parties have agreed otherwise.¹ The mentioned provision does not consider the inadmission of the evidences used in other types of mediation.²

At the same time, the legislator gives the additional reference to the circumstances where the mentioned rule does not work:

- If the information or the document is presented by the party which has disclosed it;
- If the information or/and the document were possessed by the other party or s/he obtained it through other legal means and submitted to the court.³

The risk of breaching the confidentiality prohibits the mediator's participation in the further court proceedings of the same case. For example, in the case of *The Duke Group Ltd (in lip) v Imaain Investment Ltd & Ors [2003] SASC 272*, the judge acted as a mediator 9 years prior to the court proceedings of the same case. Consequently, based on the public interest, the judge disqualified⁴ himself from the examination of the case.⁵

The Estonian legislation prohibits the mediator to act as a representative of one of the parties in the litigation of the same dispute.⁶ According to the Georgian legislation, and namely, according to Clause 31 (1) (e) of CPCG, one of the grounds for the judicial disqualification of a judge is the performance of the latter as a mediator in the presented case.⁷ With this regard, the Georgian legislation considers the measures of protection from the key risks. At the litigation processes the parties cannot be represented by a person who had performed the mediator's duties in the same dispute resolution.⁸

The Polish legislation, and namely Clause 183⁴ (3) of its Civil Proceedings Code provides that the former mediator cannot represent any of the parties neither at court nor in the arbitral tribunal. Such provision refers that the mentioned testimony cannot be considered in final decision making.⁹ The legislation in force in Great Britain considers the general rule of protection of confidentiality of the statements made during the process.¹⁰

Moreover, we should mention that in Austria the sufficiently registered mediator is entitled not to testify with regard to the criminal case.¹¹

According to the Criminal Procedure Code of Georgia, the court can release a notary or a public servant if they have assumed the liability not to disclose the source and content of the obtained information.¹² As a result, during the medical, notary and tax mediations the disputing parties have a certain guarantee that the information provided by them will not be disclosed.

Besides, the legislator additionally gives the court the opportunity to release the witness from the duty if a person is hired with the condition not to disclose a commercial or bank secret.¹³

¹ CPCG, clause 104 (1¹), LHG,1106-IS, 14.11.1997, [Edition amendment:LHG, 5550-RS, 20.12.2011].

² For example, in notary, medical and tax mediation, the legislator does not provide similar security upon the information used and presented by the parties.

³ CPCG, clause 104 (1²), LHG,1106-IS, 14.11.1997, [Edition amendment:LHG, 5550-RS, 20.12.2011].

⁴ *Disqualify*.

⁵ *Hardy S., Rundle O., Mediation for Lawyers*, Printed in Australia, CCH Australia Limited, 2010, 178.

⁶ *Palo G. D., Trevor M. B. (eds.), EU Mediation Law and Practice*, Great Britain, Oxford University Press, 2012, 88.

⁷ CPCG, clause 31 (1), (d), CPCG, clause 104 (1²), LHG,1106-IS, 14.11.1997, [Edition amendment: LHG, 5550-RS, 20.12.2011].

⁸ CPCG, clause 94 (1¹), CPCG, clause 104 (1²), LHG,1106-IS, 14.11.1997, [Edition amendment:LHG, 5550-RS, 20.12.2011].

⁹ *Palo G. D., Trevor M. B. (eds.), EU Mediation Law and Practice*, Printed in Great Britain, Oxford University Press, 2012, 259.

¹⁰ *Burnley R., Lascelles G., Mediator Confidentiality – Conduct and Communications*, 1, <http://www.cedr.com/library/articles/Mediator_confidentiality_SJBerwin.pdf>, [05.07.2013].

¹¹ *Ibid*, 13.

¹² Criminal Procedure Code of Georgia, clause 50,. LHG, 1772-IIS, 09.10.2009, [Edition amendment:LHG, 3616-RS, 24.09.2010].

¹³ Criminal Procedure Code of Georgia, clause 50,. LHG, 1772-IIS, 09.10.2009, [Edition amendment:LHG, 3616-RS, 24.09.2010].

However, the extent of definition of the latter and whether it applies to mediators depends on the practices.

5.2. Mediation Agreement and the Clause of Confidentiality

The most convenient tool to keep the confidentiality of communication conducted during the mediation process is the agreement between the parties and the mediator. By means of such agreement the parties can specifically determine that none of the proposals, promises, activities, and statements made either in writing or verbally will be used as evidences in the future including the dispute cases.¹ However, this agreement does not bind the third parties with the liability to keep confidentiality. Therefore, the agreement provides inadequate protection of confidentiality.² Consequently, if there is no legislative provision stipulating the issue, the statement about the third persons' liabilities should be mentioned in the agreement and dully signed.

The agreement may regulate the responsibility of the person breaching the confidentiality principle; it should also indicate the amount of reimbursable losses as well as other costs related to the enforcement.³

5.3. The Mediator's Role in Keeping the Principle of Confidentiality

The ethic rules are one of the means of protecting confidentiality.⁴ According to the California rules the mediator shall constantly follow the legislation regarding confidentiality.⁵ Hereby, we should mention that the mediators shall be aware of and inform the parties about the regulation of confidentiality.⁶ The mediator shall know what issues he is responsible for and what issues he is authorized to notify the relevant bodies regarding the confidential information.⁷

With regards to the protection of confidentiality the first step would be that the parties have to know what it means and what it covers,⁸ as well as, what the nature of confidentiality is.⁹ The majority of USA courts consider one of the main ethic liabilities of the mediator to inform the parties regarding the confidentiality.¹⁰ In case of the compulsory mediation, according to the legislation of Ontario, a mediator is responsible to reflect certain conditions in the agreement. In particular, one of the conditions that should be indi-

¹ *Kuester E. L.*, Confidentiality in Mediation: A Trial of Broken Promises, Vol. 16, No. 2, Hamline Journal of Public Law & Policy, 1994-1995, 576-577, <http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/hlp16&div=23&collection=journals&set_as_cursor=clear>.

² *Ibid*, 578.

³ *Dollak P.*, Myth and Reality of Party Confidentiality in Ontario's Mandatory Mediation Program, The Advocates' Quarterly, Vol.29, 2005, 148, <http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/aqrty29&div=4&collection=journals&set_as_cursor=clear>.

⁴ *Ibid*, 134.

⁵ *Deleissegues C.*, Mediation Confidentiality: Has it Gone too Far?, University of La Verne Law Review, Vol. 33, Issue 1, 2011, 133. <http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/jjuvl33&div=9&collection=journals&set_as_cursor=clear>.

⁶ *Oberman S.*, Confidentiality in Mediation: An Application of the Right to Privacy, Ohio State Journal on Dispute Resolution, Vol. 27, No. 3, 2012, 547, <http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/ohjdr27&div=22&collection=journals&set_as_cursor=clear>.

⁷ *Ibid*, 611.

⁸ *Deleissegues C.*, Mediation Confidentiality: Has it Gone too Far?, University of La Verne Law Review, Vol. 33, Issue 1, 2011, 126. <http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/jjuvl33&div=9&collection=journals&set_as_cursor=clear>.

⁹ *Dollak P.*, Myth and Reality of Party Confidentiality in Ontario's Mandatory Mediation Program, The Advocates' Quarterly, Vol.29, 2005, 135, <http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/aqrty29&div=4&collection=journals&set_as_cursor=clear>.

¹⁰ *Oberman S.*, Confidentiality in Mediation: An Application of the Right to Privacy, Ohio State Journal on Dispute Resolution, Vol. 27, No. 3, 2012, 633, 599 footnote, <http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/ohjdr27&div=22&collection=journals&set_as_cursor=clear>.

cated is that communication during the mediation process is confidential.¹ When offering mediation, the *court-certified* mediators² are liable to explain to the parties the options of keeping and waiving confidentiality and refusing the confidentiality, as well as determining the parties' interests and ensuring fairness.³ With regard to the explanation of confidentiality, the mediator shall: 1) provide the parties with the information about the legal regulations, 2) ensure information of the parties, 3) responsible to determine that the parties have the opportunity to make the decision based on their best interests.⁴ According to the legislation of Ontario, the mediator, before commencing the mediation, shall ensure that the parties have sufficient understanding of the nature of the mediation process.⁵

The Malta Mediation Act and, namely, its Clause 5 (j) makes the mediator liable to keep confidentiality during the mediation process. The Code of Conduct of the mediator also considers the mediator's responsibility to: ensure that the parties conduct the agreement in writing, where they reflect their will not to disclose the mentioned information in the court in the future. The mediator is responsible to make the parties understand the above described prohibition.⁶

According to the legislation of Romania, the mediator is responsible to inform the parties about the confidentiality and the limitations thereto before they conduct the agreement about their dispute settlement through mediation. It is the mediator's ethical and legal responsibility to explain everything to the parties and ensure that the latter understand it correctly.⁷

The Polish legislation together with the party's liability of confidentiality provides that the information shall not be used by the mediator for his/her own purposes, unless the parties have agreed otherwise.⁸

Clause 26 ,(1), (2), of the Hungarian Mediation Act provides that the mediator is obliged to keep all mediation related information. It additionally states that this liability of the mediator is continued after the mediation process ends.⁹

5.4. Responsibility for Breaching Confidentiality

In order to protect confidentiality, it is important to have legally stated responsibilities for the parties, for the mediator or for any third person in mediation.

The congress adopted the legislation that criminalizes the disclosure of information through civil and criminal responsibilities for those who breach the public trust by disclosing confidential information gathered for government statistical purposes.¹⁰

The Portuguese legislation does not consider the sanctions regarding the breach of liability of confidentiality (both during and after mediation).¹ In *Paranzino* case the disclosure of the offered conditions caused the sanctions.²

¹ *Dollak P.*, Myth and Reality of Party Confidentiality in Ontario's Mandatory Mediation Program, The Advocates' Quarterly, Vol.29, 2005, 126, <http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/aqrt29&div=4&collection=journals&set_as_cursor=clear>.

² *Court-certified mediators.*

³ *Oberman S.*, Confidentiality in Mediation: An Application of the Right to Privacy, Ohio State Journal on Dispute Resolution, Vol. 27, No. 3, 2012, 547, <http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/ohjdp-r27&div=22&collection=journals&set_as_cursor=clear>.

⁴ *Ibid*, 548.

⁵ *Dollak P.*, Myth and Reality of Party Confidentiality in Ontario's Mandatory Mediation Program, The Advocates' Quarterly, Vol.29, 2005, 135, <http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/aqrt29&div=4&collection=journals&set_as_cursor=clear>.

⁶ *Palo G. D., Trevor M. B. (eds.)*, EU Mediation Law and Practice, Great Britain, Oxford University Press, 2012, 247.

⁷ *Ibid*, 294.

⁸ *Ibid*, 259.

⁹ *Ibid*, 165.

¹⁰ *Oberman S.*, Confidentiality in Mediation: An Application of the Right to Privacy, Ohio State Journal on Dispute Resolution, Vol. 27, No. 3, 2012, 606, <http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/ohjdp-r27&div=-22&collection=journals&set_as_cursor=clear>.

The gap found in the Texas Alternative Dispute Resolution Act relates to the absence of the relevant sanctions for the breach of the confidentiality provision.³ As for the Georgian legislation, the mentioned issues need to be regulated.

5.4.1. Breach of Confidentiality Liability by the Mediation Party

The Bulgarian legislation does not consider special sanctions for breaching the liability of confidentiality. Instead, the parties and lawyers, as well as the mediators sign the agreement about mediation, which includes the clause setting forth the mediation conditions. If the agreement is breached the contractual responsibility arises with regard to the reimbursement of losses/remedies. The party will have to prove the losses only by means of general rules.⁴

The breach of the confidentiality clause causes the party's right to require the compensation of losses according to the Belgian legislation.⁵

It is interesting that according to the Danish legislation the parties are not liable to provide true information during mediation and nobody is entitled to punish the party for submitting false information.⁶

In the cases of *Paranzino v. Barnett Bank*, 690 So. 2d 725 (Fla. Dist. Ct. App. 1997) and *Bernard v. Galen Group*, 901 F. Supp. 778 (S.D.N.Y.1995) - the parties had been fined for breaching confidentiality within the frames of the court-based mediation.⁷ In *Bernard's* case the confidential information was submitted to the judge, however, it did not become publicly available in any form.⁸

5.4.2. Breaching of Confidentiality by the Mediator

There are different attitudes developed by different countries with regard to the cases when confidentiality is breached by the mediator.

In Czech Republic the breach of confidentiality by the mediator is considered as an administrative offence^{9,10}. A stricter regulation is set forth in the Austrian legislation which provides that if the mediator breaches the liability of confidentiality, he will be subjected to the criminal responsibility.¹¹

Georgian legislation does not consider any special regulation with this regard.

6. Conclusion

The outcomes of the research described in the present article can be reflected in the following recommendations:

- The legislation should provide a wider definition of mediation; namely, it should include the period that starts from the parties' preliminary agreement to settle their dispute through mediation and ends

¹ *Palo G. D., Trevor M. B. (eds.)*, EU Mediation Law and Practice, Great Britain, Oxford University Press, 2012, 277.

² *Giesler C., Lee J. A.*, Confidentiality in Mediation, Harvard Negotiation Law Review, Vol. 3, 1998, 291, <http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/haneg3&div=12&collection=journals&set_as_cursor=clear>.

³ *Dillard G.*, The Future of Mediation Confidentiality in Texas: Shedding Light on a Murky Situation, The Review of Litigation 137, Vol. 21, 2002, 3, <<https://litigation-essentials.lexisnexis.com/webcd/app?action=Document-Display&crawlid=1&doctype=cite&docid=21+Rev.+Litig.+137&srctype=smi&srcid=3B15&key=35f0af83a0bba11f91b3de3e1a7c6324>>.

⁴ *Palo G. D., Trevor M. B. (eds.)*, EU Mediation Law and Practice, Great Britain, Oxford University Press, 2012, 36.

⁵ *Demeyere L.*, Dispute Resolution Journal. Vol. 61 Issue 4, 2006 - 2007, 90, <<http://web.ebscohost.com/ehost/pdfviewer/pdfviewer?sid=986960f3-f927-42f3-8996-32e8a2c1d10a%40sessionmgr11&vid=1&hid=10>>.

⁶ *Palo G. D., Trevor M. B. (eds.)*, EU Mediation Law and Practice, Great Britain, Oxford University Press, 2012, 77.

⁷ *Giesler C., Lee J. A.*, Confidentiality in Mediation, Harvard Negotiation Law Review, Vol. 3, 1998, 295, <http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/haneg3&div=12&collection=journals&set_as_cursor=clear>.

⁸ *Ibid*, 290.

⁹ *Administrative offence.*

¹⁰ *Palo G. D., Trevor M. B. (eds.)*, EU Mediation Law and Practice, Great Britain, Oxford University Press, 2012, 63.

¹¹ *Ibid*, 12.

with the final communication with the party or mediator with regard to the mediation subject matter. The definition of the mediation process should be reflected in the relevant regulative act for each case.

- Besides, the notion of communication conducted during the mediation process should be defined. The communication conducted with the party as well as with the mediator (both verbal and non-verbal) should be the subject of confidentiality. For more specification, it would be good to note that such communications are not limited to mediation sessions and include information provided in any circumstance.

- Confidentiality shall be applied to the documents drawn up or submitted during the mediation process, no matter whether they relate to the dispute subject matter or not.

- Based on the trust to the mediation the party can additionally provide a document that is not related to the dispute subject-matter, therefore, the interests of the fair participant should be protected to the maximum extent and the legislator shall also offer the sufficient protection to him. In order to avoid different interpretations of definitions in practice, it is necessary that the mentioned provision, and namely applying protection to any kind of the documents, should be clearly reflected in the legislative act.

- Georgian legislation does not consider the code of conduct of a mediator; this can be understood as one of the flaws in protection of confidentiality. It is necessary to take into account the experience of foreign countries and develop the code of conduct. Desirably, the code of conduct regulates the mediator's liability to inform the parties prior to the mediation fully about the confidentiality in the mediation process, and about its limitations and guarantees and draft relevant documents related to the provided information. As a result, the parties will have an idea about confidentiality matters and limitations thereto.

- It is important to determine the responsibilities of the third person of mediation at the legislative level. The third persons can be divided into two groups: the third persons participating (non-party participant) in the mediation process and the third persons who did not take part in the mediation process. As the Georgian legislation does not apply the responsibility for confidentiality to such third persons, it would be reasonable if the mediation parties regulated these relations through separate agreements. However, because of the lack of knowledge by the parties or lack of experience by the mediator, the confidentiality agreement may not be conducted with the mediation participant persons. Consequently, their liability of confidentiality with regards to the mediation-related information should be reflected at the legislative level in order to offer more guarantees to the mediation parties. As for the third persons not taking part in the mediation process, if by any chance they come across with the mediation-related information, it is absolutely necessary for them to be bound with the liability not to transfer that information, document, or material to another person but submit it to the relevant authority. On the other hand, the legislation should determine the relevant authority to which such documents shall be submitted. Moreover, it would be reasonable if the relevant competent body or an administrative body had a certain authority to address the third person with regard to the prohibition of dissemination of the confidential information prior to informing the parties about the issue.

- Determination of the exceptions of confidentiality is one of the important topics and has been left open so far. As *Macturk* mentions, the exceptions support the application of mediation.¹ According to *Deason's* view, it is necessary to find the balance between confidentiality and publicity.² The parties' agreement or their consent represents one of the limitations of confidentiality and is reflected in the Georgian legislation too. Also, it is important to provide a legislative definition of the mandatory form of the mentioned agreement or consent. In case if the parties agree, or a party agrees that confidentiality shall not be ap-

¹ *Macturk H. C.*, Confidentiality in Mediation: The Best Protection has Exceptions, *American Journal of Trial Advocacy*, Vol. 19, Issue 2, 1995, 426, <http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/amjtrad19&div=25&collection=journals&set_as_cursor=clear#431>.

² *Deason E. E.*, Symposium: Secrecy and Transparency in Dispute Resolution: The Need for Trust as a Justification for Confidentiality in Mediation: A Cross-Disciplinary Approach, *Kansas Law Review* 1387, Vol. 54, June, 2006, 2, <<https://litigation-essentials.lexisnexis.com/webcd/app?action=DocumentDisplay&crawlid=1&doctype=cite&docid=54+Kan.+L.+Rev.+1387&srctype=smi&srcid=3B15&key=512f3bacdcdd52d582393a1235f2a59d>>.

plied to the information submitted during the caucus, such condition should be specifically reflected in the relevant agreement. Following the confidential nature of the private meetings, it would be better if such note was established by the law as a compulsory element of the agreement or consent. According to the Belgian legislation, one of the types of limitation is a public order, however, it is provided in literature that such an unclear term constitutes a threat to confidentiality.¹ Consequently, it would be better to set limitations in favor of investigations of the offensive cases, rather than to introduce unclear terminology enabling a wider interpretation from the judge's side. The exception of liability of confidentiality shall apply to the determination of authenticity of the agreement reached through the mediation process, because it may not entail the person's liabilities. The other exception to be necessarily imposed refers to the goals of enforcement and implementation of the agreement achieved through the mediation process. For the purposes of implementation of the parties' agreement some kind of information may become necessary. Consequently, such an exception should also be considered at the legislative level. As for the research of mediation institute, and considering that mediation is a novelty for the Georgian legislative sphere, it is foreseen necessary to start the research of the performance of and the proceedings done by this institute immediately after launching the court-based mediation institute. This would be another reason for establishing of the mentioned limits.

- The Georgian regulations in force with regard to the protection of the confidentiality principle are rather precise compared to the above described issues of mediation. However, the following circumstances shall be taken into account, namely: the dispute can be further transferred to the other instrument of dispute resolution; therefore, just establishing the inadmissible evidences by the court cannot satisfy the parties' expectations toward confidentiality. One of the ways of protection would be the introduction of certain sanctions for breaching the confidentiality liabilities by the mediator and third persons. There are different approaches to the sanctions towards a mediator, in the Czech Republic it is deemed as an administrative offence, whereas in Austria, it is recognized as a criminal offence. It is important for the Georgian legislation to stipulate the relevant sanctions with this regard.

And, suitable amendments to the issues related to confidentiality shall be made based upon the nature of the institute of mediation.

¹ *Palo G.D., Trevor M.B. (eds.), EU Mediation Law and Practice, Great Britain, 2012, 24.*

განქორწინების მედიაცია

1. განქორწინების მედიაცია საქართველოში

2011 წლის დეკემბერში განხორციელებული საკანონმდებლო ცვლილებების შედეგად საქართველოში შეიქმნა საკანონმდებლო ბაზა მედიაციის ეფექტურად განსახორციელებლად. ამისდა მიუხედავად, განქორწინების მედიაცია, როგორც ასეთი, საქართველოს ლეგისლაციაში ნახსენებიც კი არ არის. მის ნაცვლად მოხსენიებულია „საოჯახო სამართლებრივი დავების“ მედიატორის დახმარებით მოგვარება, რაც საოჯახო მედიაციის სფეროს განეკუთვნება. რადგან საოჯახო მედიაცია განქორწინების შედეგად წარმოშობილ საკითხებსაც მოიცავს¹, გამოდის, რომ მასზე პირდაპირი მითითების გარეშე საქართველოს კანონმდებლობით განქორწინების მედიაციას ლეგისლაციური ბაზა ნამდვილად გააჩნია.

სამწუხაროდ, ზემოთქმულის გარდა, განქორწინების მედიაციის მარეგულირებელი კანონმდებლობა საქართველოში ჯერჯერობით არ არსებობს. სასამართლო მედიაციის მომწესრიგებელი მუხლები არაფერს ამბობენ იმასთან დაკავშირებით, თუ ვინ უნდა იყოს მედიატორი განქორწინების საქმეებზე, რა პროფესიულ მოთხოვნებს უნდა აკმაყოფილებდეს, იმისათვის, რომ მაქსიმალურად იქნეს დაცული პროცესში მონაწილე მესამე მხარე და მათი შვილების უფლებები.

თუკი გავითვალისწინებთ, რომ განქორწინებების რიცხვი საქართველოში ბოლო ათი წლის განმავლობაში დაახლოებით სამჯერ გაიზარდა², აშკარაა, რომ განქორწინების მედიაციის პროცედურის გამოყენების არეალი ძალიან დიდია და, შესაბამისად, ამ დარგსაც მაღალი ხარისხის რეგულაციები გააჩნია. ხსენებულის გათვალისწინებით ჩანს, რომ საჭიროა განქორწინების მედიაციის, როგორც ინსტრუმენტის, სამართლებრივ დონეზე უკეთ რეგულირება. იმისათვის, რომ მოხერხდეს ეფექტური მონაწილეობა, აუცილებელია საზღვარგარეთული პრაქტიკის გათვალისწინება. ყველაზე მნიშვნელოვანია აქცენტის გაკეთება იმ პრობლემებზე, რომლებიც საერთაშორისო პრაქტიკაშია გამოკვეთილი: მედიატორის როლი განქორწინების მედიაციაში; ბავშვები მედიაციის პროცესში; განქორწინების მედიაცია ოჯახური ძალადობის შემთხვევაში.

2. განქორწინების მედიაცია საერთაშორისო პრაქტიკით

განქორწინების მედიაცია არ არის ოჯახის შენარჩუნებისკენ მიმართული ინსტრუმენტი. იგი არეობს იმისთვის რომ ცოლ-ქმრის დაშორების პროცესმა რაც შეიძლება უმტკივნეულოდ ჩაიაროს და მედიატორის დახმარებით მეუღლეებმა შეძლონ ისეთი საკითხების გადაწყვეტა, როგორცაა მშობლების მოვალეობები, ქონების გაყოფა და სხვა. განქორწინების მედიაციის პროცესის მონაწილეები არიან მედიატორი და მეუღლეები. პროცესი უმეტესად მიმდინარეობს მეუღლეთა დაშორებამდე ან დაშორების შემდეგ. მომრიგებელი პროცესის წარმართვაზე პასუხისმგებელი, ხოლო გადაწყვეტილებას თავად მხარეები იღებენ.³

კვლევების თანახმად, წყვილები რომლებიც განქორწინებისთვის მედიაციას მიმართავენ უფრო კმაყოფილი არიან შედეგით ვიდრე ისინი, რომელთა განქორწინება სასამართლოს მეშვეო-

¹ Casals M. M., Divorce Mediation in Europe, An Introductory Outline - Electronic Journal of Comparative Law, Vol. 9.2, 2, Girona, 2005, 1-2.

² საქართველოს სტატისტიკის ეროვნული სამსახური, სტატისტიკური ინფორმაცია განქორწინებათა შესახებ (2001-2011), აღნიშნული სტატისტიკის მიხედვით, საქართველოში 2001 წელს მოხდა 1987 განქორწინება, ხოლო 2011-ში – 5850, <http://www.geostat.ge/?action=page&p_id=169&lang=geo>.

³ Kruk E., Mediation and Conflict Resolution in Social Work and Human Service, Chicago, 1997, 37-38.

ბით მოხდა¹. ამავე დროს მედიაციის პროცესში ხარჯები გაცილებით ცოტაა ვიდრე სასამართლო წარმოებაზე განეული ხარჯი². გასათვალისწინებელია ისიც, რომ განქორწინებისას მედიატორს წყვილები უმეტესად მძიმე ემოციურ მდგომარეობაში მიმართავენ. ასეთ სიტუაციაში მედიატორის სწორი სტრატეგია და მოლაპარაკების პროცესი გაცილებით ეფექტური იქნება, ვიდრე სასამართლო წარმოების დროს მეუღლეთა პოზიციების სამართლებრივი შეფასება.³

აღნიშნულის მიუხედავად, განქორწინებისას მედიაციის პროცესი შესაძლოა არ იყოს მიზანშეწონილი მაშინ, როდესაც ოჯახურ ძალადობას აქვს ადგილი⁴. მედიატორები და ქალთა ადვოკატები თანხმდებიან, რომ არის ძალადობის შემთხვევები, როდესაც მედიაციის გამოყენება არა არის სწორი. თუმცა ზოგიერთი მიიჩნევს, რომ შესაბამისი დაცვისა და უსაფრთხოების პირობებში მედიაცია ამ შემთხვევაშიც პრობლემის მოგვარების საუკეთესო გზაა.⁵

3. მედიატორი განქორწინების მედიაციის პროცესში

1984 წელს აშშ-ში ჩამოყალიბდა საოჯახო და განქორწინების მედიაციის მოდელური სტანდარტები (*Model Standards of Practice for Family and Divorce Mediation*), რომლებიც განსაზღვრავს მედიატორის როლსა და მისი საქმიანობის ძირითად პრინციპებს. აღნიშნული სტანდარტების თანახმად, მედიატორი, რომელიც განიხილავს განქორწინების და, ზოგადად, საოჯახო საქმეებს, უნდა აკმაყოფილებდეს რამდენიმე მნიშვნელოვან მოთხოვნას: უნდა ფლობდეს შესაბამის ცოდნას საოჯახო სამართალში, გააჩნდეს საკმარისი ინფორმაცია როგორც ბავშვთა განვითარების, ისე ოჯახური ძალადობისა და მშობელთა კონფლიქტის შვილზე გავლენის შესახებ და მედიაციის პროცესისთვის დამახასიათებელ საკითხებზე შესაბამისი ტრენინგი ჰქონდეს გავლილი⁶.

მედიატორმა პროცესის დაწყებამდე მხარეები უნდა გაარკვიოს მედიაციის პროცესის არსში და, ამავე დროს, შეაფასოს მხარეთა მორიგების შესაძლებლობები. პროცესის მიმდინარეობისას უგულვებელყოფილი არ უნდა იქნას ბავშვების ინტერესები და, უფრო მეტიც, მას უპირატესობა უნდა მიენიჭოს⁷.

საოჯახო მედიატორზე ვრცელდება მიუკერძოებლობისა და კონფიდენციალურობის ვალდებულება⁸. ნებისმიერი სახის კომუნიკაცია მედიატორსა და მხარეს შორის უნდა იყოს კონფიდენციალური, ისევე როგორც ექიმსა და პაციენტს, ასევე ადვოკატსა და კლიენტს შორის ურთიერთობა, რადგანაც განქორწინების საქმის განხილვისას მხარეები საუბრობენ ძალიან ინტიმურ თემებზე: საკუთარ თავზე, ერთმანეთზე, შვილებზე. კონფიდენციალურობის პრინციპის დაცვა უზრუნველყოფს მხარეთა თავისუფლებასა და გულწრფელობას მედიაციის პროცესში. მოდელური სტანდარტები ითვალისწინებს გამონაკლისს კონფიდენციალურობის ვალდებულებიდან: მედიატორს შეუძლია უფლებამოსილ ორგანოებს გადასცეს ინფორმაცია თუ ცხადი ხდება, რომ პროცესის მონაწილე გეგმავს თვითმკვლელობას ან ძალადობის განხორციელებას სხვაზე – ასეთ შემთხვევაში საჯარო კეთილდღეობას ენიჭება უპირატესობა.

¹ Shaw L. A., Divorce Mediation Outcome Research: A Meta-Analysis, *Conflict Resolution Quarterly*, vol. 27, no. 4, 2010, 447, <<http://www.mediate.com/ccr/docs/Divorce%20Mediation%20Outcome%20Research%20A%20Meta-Analysis%20by%20L.A.%20Shaw.pdf>>.

² იქვე.

³ Kruk E., *Mediation and Conflict Resolution in Social Work and Human Service*, Chicago, 1997, 39.

⁴ Pearson J., *Divorce Mediation and Domestic Violence*, Madison, 1997, 2.

⁵ იქვე 5.

⁶ The Symposium on Standards of Practice (ABA House of Delegates), *Model Standards of Practice for Family and Divorce Mediation*, 2001, <<http://www.americanbar.org/content/dam/aba/migrated/family/reports/mediation.authcheckdam.pdf>>.

⁷ იქვე.

⁸ Burnley R., Lascelles G., *Mediator Confidentiality - Conduct and Communications*, 2004, 13, <http://www.cedr.com/library/articles/Mediator_confidentiality_SJBerwin.pdf>.

კონფიდენციალურობის პირობიდან იდენტურ გამონაკლისს ითვალისწინებს აშშ-ში მიღებული მედიაციის მოდელური კანონი *Uniform Mediation Act (UMA)*.¹

4. ბავშვები განქორწინების მედიაციის პროცესში

განქორწინებისას მხარეებს, უპირველეს ყოვლისა, უჩნდებათ კითხვა თუ ვისთან დარჩება ბავშვი. სასამართლო პროცესისაგან განსხვავებით, მედიაციის პროცესში არ ხდება გარკვევა, თუ რომელ მშობელთან უნდა იცხოვროს ბავშვმა, ვისთან უნდა გაატაროს არდადეგები, ვის უნდა დაეკისროს ბავშვის ფინანსური უზრუნველყოფა. მედიაციის პროცესში ხდება მოლაპარაკება იმის თაობაზე, რომ მეუღლეები შეთანხმდნენ და თავად ჩამოაყალიბონ ე.წ. *“parenting plan”*. ამ შეთანხმებით ისინი თავად განსაზღვრავენ ზემოთ ჩამოთვლილ საკითხებს. შეთანხმება, ზოგადად, შეიცავს სამართლებრივი მზრუნველობისა (*Legal custody*) და ფიზიკური მზრუნველობის (*Physical custody*) პირობებს. სამართლებრივი მზრუნველობა ნიშნავს, რომ ორივე მშობელს აქვს თანაბარი უფლება ბავშვის აღზრდაზე, უფრო კონკრეტულად, აქვთ უფლება იზრუნონ ბავშვის განათლებაზე, ჯანმრთელობის მდგომარეობაზე. ფიზიკური მზრუნველობა კი განსაზღვრავს მშობლების მიერ ბავშვის კონტროლის უფლებამოსილებას. *“Parenting plan”*-ის მეშვეობით მხარეები შესაძლოა შეთანხმდნენ, რომ მიღწეული შეთანხმების პირობების დარღვევისას ჯერ თავად შეეცდებიან უთანხმოების მოგვარებას და მხოლოდ ამის შემდეგ მიმართავენ ისევ მედიაციას. მხარეები ასევე შესაძლებელია შეთანხმდნენ, რომ ბავშვზე პასუხისმგებელი იქნება მხოლოდ ის მშობელი, რომელთანაც იმყოფება ბავშვი მოცემულ მომენტში (*on-duty parenting*).²

აზრთა სხვადასხვაობას ინვესს უნდა მონაწილეობდნენ თუ არა თავად ბავშვები განქორწინების მედიაციის პროცესში. ზოგიერთი მიიჩნევს, რომ ბავშვებს აქვთ უფლება იცოდნენ რა ხდება, რადგან მშობლების დაშორება მათ გაურკვეველ მდგომარეობაში აყენებს, მედიაციის პროცესში მონაწილეობით კი შესაძლებლობა უჩნდებათ, გაეცნონ ცვლილებების მიზეზებს. ბავშვების მედიაციის პროცესში მონაწილეობის მომხრეები მიუთითებენ, რომ გაერთიანებული ერების ორგანიზაციის კონვენციით „ბავშვთა უფლებების დაცვის შესახებ“, ბავშვს აქვს უფლება დააფიქსიროს საკუთარი აზრი³. განქორწინების მედიაციის პროცესში ბავშვის აქტიურ მონაწილეობას ზოგი ლოგიკურად მიიჩნევს იქიდან გამომდინარე, რომ პროცესის შედეგები საბოლოოდ სწორედ მასზე ახდენს გავლენას, თუმცა ეს იმას არ ნიშნავს, რომ ბავშვები მედიაციის პროცესში რომელიმე მშობლის სასარგებლო პოზიციას იკავებენ. ბავშვების მონაწილეობით მედიატორსა და მხარეებს უადვილდებათ მშობელთა მზრუნველობის უფლება-მოვალეობების გადანაწილება, ვინაიდან ბავშვებს შეუძლიათ ჩაერთონ მედიაციის შეთანხმების პირობების ჩამოყალიბებაში - მედიაციის პროცესი სწორედ ბავშვების ინტერესების პრიორიტეტულობას აღიარებს. მიუხედავად ამისა, ავტორთა ნაწილი ბავშვების მედიაციის პროცესში ჩართვას არ მიიჩნევს მიზანშეწონილად, ვინაიდან განქორწინების მედიაცია ემოციური პროცესია და ბავშვებმა შესაძლოა გარკვეული ფსიქოლოგიური ტრავმა მიიღონ. გარდა ამისა, მიუთითებენ, რომ ბავშვის მედიაციის პროცესში მონაწილეობისას ყოველთვის არსებობს საფრთხე, რომ მისი გადაბირება მოხდება რომელიმე მშობლის მიერ.⁴

¹ The Symposium on Standards of Practice (ABA House of Delegates), Model Standards of Practice for Family and Divorce Mediation, 2001, <<http://www.americanbar.org/content/dam/aba/migrated/family/reports/mediation.authcheckdam.pdf>>.

² Folberg J., Milne L. A., Salem P., Divorce and Family Mediation: Models, Techniques, and Applications, New York, London, 2004, 144.

³ Birnbaum R., The Voice of the Child in Separation/Divorce Mediation and Other Alternative Dispute Resolution Processes: A Literature Review, 2009, 9, <<http://www.justice.gc.ca/eng/rp-pr/fl-lf/divorce/vcsdm-pvem/pdf/vcsdm-pvem.pdf>>.

⁴ იქვე, 13.

ბავშვის მედიაციის პროცესში მონაწილეობის საკითხი ყოველ კონკრეტულ შემთხვევაში განსხვავებულად წყდება. იმისათვის, რომ ბავშვმა მონაწილეობა მიიღოს მედიაციის პროცესში აუცილებელია იგი ფსიქოლოგიურად მზად იყოს ამისათვის. ამავე დროს, უნდა იყოს ისეთ ასაკში, რომ შეძლოს, რაციონალურად გამოხატოს საკუთარი აზრი.¹

ბავშვების მედიაციის პროცესში ჩართვა შესაძლოა სხვადასხვა გზით განხორციელდეს: ა) მედიატორი გაესაუბრება ბავშვს პროცესის ადრეულ ეტაპზე, რათა მიიღოს ინფორმაცია მისი შეხედულებების, დამოკიდებულების, გრძნობების შესახებ. ბ) ბავშვის მედიაციის პროცესში ჩართვა შესაძლოა განხორციელდეს პერიოდულად, სხვადასხვა ეტაპზე. გ) ბავშვი შესაძლებელია მონაწილეობას იღებდეს მთელ პროცესში, როგორც დამოუკიდებელი მხარე. დ) ბავშვს შესაძლოა მიმართონ პროცესის ბოლოს, როდესაც შეთანხმება მიღწეულია, თუმცა პროცესი ჯერ კიდევ არაა დასრულებული. ე) ბავშვი შეიძლება პროცესში შეიყვანონ პროცესის ბოლოს, რათა გააცნონ შექმნილი სიტუაცია.²

როდესაც მედიატორი მიიჩნევს, რომ საჭიროა ბავშვის მონაწილეობა მედიაციის პროცესში, მან აღნიშნული საკითხი ორივე მშობელთან უნდა შეათანხმოს.

5. განქორწინების მედიაცია ოჯახური ძალადობის შემთხვევაში

იმისათვის, რომ მედიაცია წარმატებული იყოს, აუცილებელია მასში ორი თანასწორი, დამოუკიდებელი მხარე მონაწილეობდეს. ეს ძალიან რთულდება მაშინ, როდესაც ხდება განქორწინების მედიაცია საქმეში, სადაც ოჯახურ ძალადობას ჰქონდა ადგილი.

ოჯახური ძალადობა ხშირად განიმარტება, როგორც ერთი მეუღლის მიერ მეორის კონტროლი ფიზიკური თუ ფსიქიკური ძალადობის მეშვეობით.³ შესაბამისად, პირს, რომელიც პარტნიორის გავლენის ქვეშ იმყოფებოდა (თანაც დიდი ხნის განმავლობაში), შესამჩნევად გაუჭირდება, მასთან თანაბარ პირობებში მოლაპარაკების წარმოება.⁴ მით უმეტეს, თუკი გავითვალისწინებთ, რომ ურთიერთობის შეწყვეტა ხშირად არ იწვევს ძალადობის დასრულებას – იგი ზოგჯერ განქორწინების შემდეგაც მიმდინარეობს.⁵ აღსანიშნავია ისიც, რომ მედიაციის პროცესის წარმოება მაშინ, როდესაც ძალადობა შესაძლოა შეწყვეტილი არ იყოს, დამატებით შანსს ქმნის მისი ხელახლა განხორციელებისა, რადგანაც აძლევს მოძალადეს ზუსტ ინფორმაციას მსხვერპლის ადგილმდებარეობისა და ფსიქიკური მდგომარეობის შესახებ.⁶

გარდა ზემოთმოცემულისა, არაერთი მეცნიერი მიიჩნევს, რომ ოჯახური ძალადობის შემდეგ განქორწინების მედიაციის გამოყენება ხსენებული ძალადობის ფაქტობრივ დეკრიმინალიზაციას წარმოადგენს და მსხვერპლს სთხოვს, შეურიგდეს მის შეურაცხმყოფელს.⁷ ეს კი, ბუნებრივია, მიუღებელია და, შესაბამისად, შეიძლება მედიაციაზე უარის თქმის საფუძველიც გახდეს.

საბოლოოდ კი აღსანიშნავია მოსაზრება, რომლის მიხედვითაც მიიჩნევა, რომ მედიაციის სპეციალისტებმა შეიძლება ვერ შეძლონ სათანადოდ ამოიცნონ ძალადობის ნიშნები ამა თუ იმ საქმეში. შესაბამისად, არის შანსი, რომ მედიაციის პროცესში ისინი ვერ შეძლებენ ადეკვატურად მოეპყრონ ძალადობის მსხვერპლსა და განმახორციელებელს.⁸

¹ Folberg J., Milne L. A., Salem P., Divorce and Family Mediation: Models, Techniques, and Applications, New York, London, 2004, 161.

² იქვე.

³ Lowe E. A., Abrams D. N., Should We Mediate Cases Involving Domestic Violence? – Oakland County Bar Association Journal, 2011, 9, <<https://www.mediate.com/mediator/attachments/28913/DV%20Mediate-Abrams%-20Lowe.pdf>>.

⁴ იქვე.

⁵ Harris-Short S., Miles J., Family Law-Text, Cases, and Materials, New York, 2011, 209.

⁶ Barrett M. J., Bates M. C., The Role of Mediation in Divorce and Child Custody Disputes in which Domestic Violence is Present: A research Pathfinder, 2004, 3, <<http://pegasus.rutgers.edu/~rcrlj/articlespdf/Barrett-Bates.pdf>>.

⁷ იქვე.

⁸ Pearson J., Mediating When Domestic Violence is a Factor: Policies and Practices in Court Based Mediation Programs, Wiley Periodicals, 1995, 320.

მიუხედავად ზემოთქმულისა, მრავალი სპეციალისტი თვლის, რომ ზემოთ აღნიშნული პრობლემები გვხვდება არა მხოლოდ მედიაციის, არამედ განქორწინებასთან დაკავშირებული საქმის სასამართლოში წარმოებისასაც. ისინი მიიჩნევენ, რომ მედიაცია სასურველი მეთოდია ასეთ შემთხვევაშიც, რადგანაც სასამართლო წარმოების, შეჯიბრებითი პროცესის დროს ადვილად შესაძლებელია ძალადობის კიდევ მეტად ესკალაცია, რაც, ფაქტობრივად, გამორიცხულია მედიაციის დროს და, შესაბამისად, სწორედ მედიაცია გვთავაზობს ყველაზე უსაფრთხო მეთოდს.¹

6. დასკვნა

ზემოთქმულის გათვალისწინებით შეგვიძლია დავასკვნათ, რომ მიუხედავად მისი მრავალი დადებითი მხარისა, განქორწინების მედიაცია საზღვარგარეთის პრაქტიკაშიც კი შორსაა იდეალისაგან. შედეგად ჩანს, რომ ამ მექანიზმის ქართულ კანონმდებლობაში წარმატებით იმპლემენტაციისათვის აუცილებელია მისი ზედმინვენით რეგულაცია ყველა შესაძლო ხარვეზის გათვალისწინებით. მხოლოდ საერთაშორისო გამოცდილების სრულად გათვალისწინებით გახდება შესაძლებელი განქორწინების მედიაციის ქართულ კანონმდებლობაში სათანადოდ მონესრიგება, რაც საოჯახო სამართლებრივი დავების ბევრად უკეთ გადაწყვეტამდე და, შესაბამისად, ქართული სამართლებრივი სივრცის გაჯანსაღებამდე მიგვიყვანს.

¹ Newmark L., Domestic Violence and Empowerment in Custody and Visitation Cases, Madison, 1995, 321.

DIVORCE MEDIATION

1. Divorce Mediation in Georgia

Amendments made to Georgian legislation in 2011 resulted in the creation of legislative base for effective mediation. Nevertheless, divorce mediation is not at all mentioned in Georgian legislation; instead, it stipulates the resolution of “domestic disputes” via a mediator, thus allocating it to the field of domestic mediation. As far as domestic mediation encompasses the issues arising from divorce suits,¹ it means that divorce mediation is definitely furnished with a legislative base through Georgian legislation even without the direct reference to it. Unfortunately, so far, Georgian legislation does not contain laws regulating divorce mediation other than the above-mentioned measure. The clauses regulating judicial mediation do not indicate who shall play a role of divorce mediator and what professional qualifications should one meet to ensure the protection of divorcing parties and their children’s rights to the maximum extent possible.

Considering the rapid growth of divorce rate in Georgia that has substantially increased during the last decade,² it becomes obvious that there exists a large free space for implementing divorce mediation procedures, and, therefore the field of divorce mediation maintains the high quality of relevance. Moreover, it shows the necessity of improved legal regulation of divorce mediation tool. In order to adopt the most effective regulation, it is necessary to take into account the international practice. Most important is to focus on the problems outlined by international practice, such as: the role of a mediator in divorce mediation; children in the mediation process; divorce mediation in domestic violence cases.

2. Divorce Mediation in International Practice

Divorce mediation does not represent a tool to maintain family relations. It exists to ease the process of separation of spouses, where a mediator helps the mediation parties to solve the issues such as: parental duties, property division, etc. The participants of divorce mediation process are a mediator and spouses. Such a process usually takes place before or after a divorce. The mediator is responsible for conducting a conciliatory process, whereas the decision is taken by the mediation parties themselves³.

According to the studies, the couples addressing the mediation services for their divorce cases have a higher satisfaction rate with the outcomes, than those suing divorce cases to court.⁴ At the same time, the mediation process is rather cost-effective compared to the court charges⁵. It should also be mentioned that the spouses address the divorce mediator when they are severely affected by emotions. In such situations the negotiation process and the right strategy chosen by a mediator would be rather effective than the judicial assessment of spouses’ positions during the court trials.⁶

¹ *Casals M. M.*, Divorce Mediation in Europe, An Introductory Outline - Electronic Journal of Comparative Law, Vol. 9.2, 2, , Girona, 2005, 1-2.

² National Statistics Office of Georgia – Statistical Data on Divorce Rate (2001-2011) – according to these data, in 2001 there were 1087 divorce cases in Georgia, while in 2011 there were 5850 cases, <http://www.geostat.ge/?action=page&p_id=169&lang=geo>.

³ *Kruk E.*, Mediation and Conflict Resolution in Social Work and Human Service, Chicago, 1997, 37-38.

⁴ *Shaw L. A.*, Divorce Mediation Outcome Research: A Meta-Analysis – Conflict Resolution Quarterly Vol. 27, no. 4, 2010, 447, <<http://www.mediate.com/ccr/docs/Divorce%20Mediation%20Outcome%20Research%20A%20Meta-Analysis%20by%20L.A.%20Shaw.pdf>>.

⁵ *Ibid.*

⁶ *Kruk E.* , Mediation and Conflict Resolution in Social Work and Human Service, Chicago, 1997, 39.

Nevertheless, the divorce mediation process could be irrelevant with domestic violence cases.¹ The mediators and women advocates agree that in certain cases involving violence it is irrelevant to employ mediation services. However, some of them believe that mediation is the best way to solve even such problems, if proper safety and security measures are taken.²

3. Mediator in the Process of Divorce Mediation

In 1984 the USA established Model Standards of Practice for Family and Divorce Mediation, defining the role of a mediator and the key principles of his/her duties. According to the mentioned standards, a mediator, dealing with divorce and, generally, with family cases should meet some important requirements, namely: s/he should have relevant knowledge in family law; hold enough information about children's development as well as about domestic violence and how the conflict between the parents affects a child; one should have attended relevant training courses on mediation related issues.³

Before starting the mediation process, the mediator should introduce the main points of mediation to the parties and assess the parties' conciliation opportunities at the same time. The children's interests should not be neglected, on the contrary, they prevail through the process.⁴

The family mediator carries a responsibility for impartiality and confidentiality⁵. Any type of communication between a party and the mediator should be treated confidentially in the same way as between a patient and a doctor, or between a client and a lawyer, as while discussing the divorce cases the parties have to talk about most private issues about themselves, about the spouses and children. Maintaining the principles of confidentiality ensures freedom and sincerity of the parties during the mediation process. Model standards consider exceptions regarding the confidentiality obligation in certain cases; namely, the mediator can inform the relevant authorities and bodies if he finds out that one of the process participants is planning an act of suicide or violence. In such cases the public well-being prevails. The same exception from the confidentiality duty is foreseen by the Uniform Mediation Act (UMA) adopted in the USA.⁶

4. Children in the Divorce Mediation Process

The first question asked by the parties in divorce cases is related to a child, and namely which parent the child will stay with. Apart from the court proceedings, the mediation process does not ascertain which parent the child will stay with and which parent the child will spend holidays with; which parent has to support the child financially, etc. During the mediation process, the parties negotiate to agree on the so-called "parenting plan". According to such an agreement, they themselves define how the above mentioned issues will be solved. The agreement generally includes legal custody and physical custody conditions.

Legal custody means that both parents have equal rights to bring up a child. More specifically, they both have rights to take care of the child's education and healthcare. Physical custody means the power of controlling a child. By means of a "parenting plan" the parties may agree that in case of violation of the reached agreement they will try to solve the dispute amicably and address mediation only after that. The parties can also agree that the responsibilities upon the child will be taken only by an on-duty parent.⁷

¹ *Pearson J.*, *Divorce Mediation and Domestic Violence*, Madison, 1997, 2.

² *Ibid*, 5.

³ The Symposium on Standards of Practice (ABA House of Delegates), *Model Standards of Practice for Family and Divorce Mediation*, 2001, <<http://www.americanbar.org/content/dam/aba/migrated/family/reports/mediation.authcheckdam.pdf>>.

⁴ *Ibid*.

⁵ *Burnley R., Lascelles G.*, *Mediator Confidentiality, Conduct and Communications*, 2004, 13,, <http://www.cedr.com/library/articles/Mediator_confidentiality_SJBerwin.pdf>.

⁶ The Symposium on Standards of Practice (ABA House of Delegates), *Model Standards of Practice for Family and Divorce Mediation*, 2001, <<http://www.americanbar.org/content/dam/aba/migrated/family/reports/mediation.authcheckdam.pdf>>.

⁷ *Folberg J., Milne L. A., Salem P.*, *Divorce and Family Mediation: Models, Techniques and Applications*, New York, London, 2004, 144.

Diverse ideas are developed regarding the question whether the children should participate in the divorce mediation process or not. Some support the idea that children have the right to know what is going on, as the separation of the parents puts them into a very uncertain situation. Participation in the mediation process enables the children to get acquainted with the reasons of ongoing changes. Supporters of children's participation in the mediation process outline that according to the UN Convention about the "Protection of Children's Rights" a child has the right to state his/her own opinion¹. The child's active participation during the divorce mediation process is foreseen as a logical step as the results of the process will be finally reflected upon the child. However, it does not necessarily mean that children play a supportive role in the process in favor of one of the parents. Involving children in the process simplifies the mediator's and parties' task to distribute parental duties and responsibilities between the spouses, as children can participate in setting forth the agreement conditions – the mediation process prioritizes the children's interests.

Despite the above arguments, a number of authors see the involvement of children in the divorce mediation process as a non-advisable act; as divorce mediation is an emotional process, children can get psychologically traumatized. Moreover, they indicate that children's participation in the mediation process always involves a risk of being won over by one of the parents.²

The issue of a child's participation in the mediation process is differently approached in each specific case. In order to get the child involved in the process, it is necessary to prepare him/her psychologically and, at the same time, he/she should be of the age to be able to express his/her own opinion in a rational way.³

Children can be differently involved in the mediation process, for example: a) a mediator talks to a child at an earlier stage of the process, to get information regarding his/her opinion, attitude or feelings. b) a child can be periodically involved in the mediation process; c) a child can participate in the entire process of mediation as an independent party; d) a child can be addressed at the end of the mediation process, when the agreement is achieved, but the process is not completed yet; e) a child can be involved at the end of the process in order to introduce the existing situation.⁴

When the mediator considers that the child's participation in the mediation process is important, s/he should agree upon the issue with both parents.

5. Divorce Mediation in Domestic Violation Cases

In order to conduct a successful mediation, two equal and independent parties should participate in it. This task is especially difficult when the case refers to the divorce mediation where domestic violation took place.

Domestic violence is often defined as an act of taking control of a spouse by another spouse by means of physical or psychological violence.⁵ Therefore, a person being under the partner's control (especially when such control lasts for a long time) will definitely be unable to engage oneself in equal negotiations with him/her.⁶ Provided that the termination of relationships does not often mean the termination of violence – sometimes the latter lasts after the divorce too.⁷

¹ *Birnbaum R.*, The Voice of the Child in Separation/Divorce Mediation and Other Alternative Dispute Resolution Processes: A Literature Review, 2009, 9, <<http://www.justice.gc.ca/eng/rp-pr/fl-lf/divorce/vcsdm-pvem/pdf/vcsdm-pvem.pdf>>.

² *Ibid.*, 13.

³ *Folberg J., Milne L. A., Salem P.*, Divorce and Family Mediation: Models, Techniques, and Applications, New York, London, 2004, 161.

⁴ *Ibid.*

⁵ *Lowe E. A., Abrams D. N.*, Should We Mediate Cases Involving Domestic Violence? Oakland County Bar Association Journal, 2011, 9, <<https://www.mediate.com/mediator/attachments/28913/DV%20Mediate-Abrams%20Lowe.pdf>>.

⁶ *Ibid.*

⁷ *Harris-Short S., Miles J.*, Family Law, Text, Cases, and Materials, New York, 2011, 209.

It is also noteworthy that conducting the mediation process while the violation is still taking place, gives an additional opportunity to the oppressor to redo the violence, as s/he gets precise information about the victim's location and psychological condition.¹

Apart from the above mentioned, a number of scientists believe that conducting divorce mediation after domestic violence means a factual decriminalization of an act of such violence and may force the victim to conciliate with the oppressor². Of course, such attitude is unacceptable and can be understood as a reason for refusing the mediation.

Eventually, there should be mentioned an opinion according to which the mediators can be incapable to recognize properly the signs of violence in some of the cases. Therefore, most likely they will not be able to treat the victim and the oppressor adequately.³

Notwithstanding the above mentioned, many specialists believe that such problems are met not only in the mediation process, but also in court trials of divorce cases. They state that mediation is a useful process even in the above described cases, because during the court trials and contests, the violence could easily escalate. Such escalation is absolutely impossible during the mediation process, as -mediation offers the most secure methodology.⁴

6. Conclusion

Taking into consideration the above described topics, we can conclude that despite its multiple positive features, divorce mediation is rather far from its ideal state even in foreign practice. As a result, we can see that the successful implementation of this tool in Georgian legislation requires a precise regulation that would take into account all possible errors. Only a full consideration of foreign experience would enable a proper regulation of divorce mediation through Georgian legislation. Such regulation would lead to a better dispute resolution and, therefore, to the improvement of Georgian judiciary.

¹ *Barrett M. J., Bates M. C., The Role of Mediation in Divorce and Child Custody Disputes in which Domestic Violence is Present: A Research Pathfinder, 2004, 3,* <<http://pegasus.rutgers.edu/~rcrlj/articlespdf/Barrett-Bates.pdf>>.

² *Ibid.*

³ *Pearson J., Mediating When Domestic Violence Is a Factor: Policies and Practices in Court Based Mediation Programs, 1995, Wiley Periodicals, 320.*

⁴ *Newmark L., Domestic Violence and Empowerment in Custody and Visitation Cases, Madison, 1995, 321.*

სარჩელის უზრუნველყოფის ღონისძიებები საერთაშორისო არბიტრაჟში

I. შესავალი

თანამედროვე გლობალიზაციის პირობებში, როდესაც ეკონომიკური საზღვრები ფართოვდება, ქვეყანაში შემოდის უცხოური ინვესტიცია, სულ უფრო და უფრო ხშირად ჩნდება უცხოური ელემენტი კერძოსამართლებრივ ურთიერთობებში, უფრო კომპლექსური ხდება ურთიერთობები და კანონმდებლობაშიც ჩნდება დაურეგულირებელი საკითხები. აქედან გამომდინარე, ამ ურთიერთობათა მონაწილე მხარეებს მიენიჭათ უფლება თავად, ავტონომიურად მოეხდინათ მათ შორის ურთიერთობის რეგულირება. „კომპლექსური ურთიერთობა, საკუთარ თავში უამრავ დეტალსა და რისკებს მოიცავს, რისგანაც დაზღვეული არავინ არის“ შესაბამისად, ლოგიკურია, რომ ამგვარი კომპლექსური ურთიერთობები, ინვესს აზრთა სხვადასხვაობას და არაერთი დავის წარმოშობის საფუძველიც ხდება¹.

„კონფლიქტი ნებისმიერი სახის ბიზნესის ჩვეულებრივი თანმდევი პრობლემაა. ეს ისეთი რამაა, რისი თავიდან აცილებაც შეუძლებელია, თუმცა გამკლავება აუცილებელი. შედარებით ლოკალური ხასიათის ბიზნესები სახელმწიფო ორგანოებს, სასამართლოებს მიმართავენ დავის გადაწყვეტის მოთხოვნით. საერთაშორისო დონეზე კი უკვე თავის შეკავება ხდება პოლიტიკურად, სუვერენულად ერთ კონკრეტულ ქვეყანაზე მიჯაჭვული ორგანოსთვის უთანხმოების გადაწყვეტის მინდობისას. შესაბამისად, შედარებით არალოკალური ხასიათის ბიზნესებმა მათი პრობლემების გადასაჭრელად დავის გადაწყვეტის ალტერნატიულ გზებს მიმართეს და საქმეში საერთაშორისო არბიტრაჟები ჩართეს. XX საუკუნეში საერთაშორისო სავაჭრო პალატის საქმიანობამ და, აგრეთვე, ნიუ-იორკის 1958 წლის კონვენციის მიერ საარბიტრაჟო გადაწყვეტილებათა უცხო ქვეყანაში აღსრულების შესაძლებლად ქცევამ ეს ინსტიტუტი კიდევ უფრო წარმატებული გახადა“².

ამის დასტურად თუნდაც ლონდონის საერთაშორისო საარბიტრაჟო სასამართლოს სტატისტიკა შეგვიძლია მოვიშველიოთ. 2012 წელს 265-ჯერ იქნა მიმართული ზემოაღნიშნული არბიტრაჟისთვის დავის მოსაგვარებლად და, წინა წელთან შედარებით, 18,3%-იანი ზრდაც აღინიშნებოდა. ამ დავებს შორის 11.5%-ში სადავო თანხა 20 მილიონ აშშ დოლარს აღემატებოდა, ხოლო 29% კონკრეტული ქმედების შესრულების დავალებულებას ითხოვდა.³ შესაბამისად, მსხვილი ბიზნესები საკმაოდ აქტიურად იყენებენ საკუთარი დავების გადასაწყვეტად ამ ინსტიტუტს. ანალოგიური ტენდენცია შეინიშნება პარიზში არსებულ საერთაშორისო სავაჭრო პალატის არბიტრაჟში, რომელიც ერთ-ერთ ყველაზე პოპულარულ ინსტიტუტს წარმოადგენს. 2012 წელს მათ 759-მა მოსარჩელემ მიმართა (1999 წელს 529-მ და სულ 269 გადაწყვეტილება იქნა გამოტანილი)⁴.

საარბიტრაჟო შეთანხმების დადება და დავის არბიტრაჟისთვის გადაცემა სულაც არ ნიშნავს, რომ დავის მონაწილე მხარე კეთილსინდისიერად მოიქცევა. პირიქით, თუკი მხარე აცნობიერებს საკუთარი გამარჯვების შანსების სიმცირეს ის შეეცდება გააჭიანუროს პროცესი, ხელი შეუშალოს მეორე მხარეს მტკიცებულების მოპოვებაში და ა.შ. შესაბამისად, მოსარ-

¹ ცერცვაძე გ., საერთაშორისო არბიტრაჟი, თბ., 2009, 24.

² *Thirgood R.*, International Arbitration: The Justice Business, *Journal of International Arbitration*, 21, 2004, 341.

³ The London Court of International Arbitration (შემდგომში – LCIA) Rules, <<http://www.lcia.org/media/download.aspx?MediaId=261>>.

⁴ International Chamber of Commerce (შემდგომში – ICC) Statistics, <<http://www.iccwbo.org/Products-and-Services/Arbitration-and-ADR/Arbitration/Introduction-to-ICC-Arbitration/Statistics>>.

ჩელე მხარე საჭიროებს გარკვეულ დახმარებას არბიტრაჟისგან, რათა იგი გაუმკლავდეს მეორე მხარის მიერ შექმნილ წინააღმდეგობებს. ამგვარ საშუალებას სარჩელის უზრუნველყოფის ღონისძიებები წარმოადგენს, რაც არც სასამართლო სისტემისთვის არის უცნობი¹.

მოცემული სამაგისტრო ნაშრომი სწორედ საერთაშორისო კომერციულ არბიტრაჟში გამოყენებად სარჩელის უზრუნველყოფის საშუალებებს ეხება.

თემის სტრუქტურა ორ ძირითად ნაწილად იყოფა. პირველი შეეხება თავად მოთხოვნის უზრუნველყოფათა საშუალებებს, მათ დეფინიციას, მიღება-დამტკიცების პროცედურებს საერთაშორისო კომერციული არბიტრაჟების მიერ. ამ ნაწილში იქნება განხილული, თუ რა სახის უზრუნველყოფის ღონისძიებები არსებობს, რა წინაპირობები აქვს მათ მიღებას და რა მიზნებს ემსახურებიან, ასევე, გამოიკვეთება მათი მიღების პროცესში წარმოშობილი ცალკეული პრობლემები.

ვინაიდან ნაშრომი მოიცავს საერთაშორისო კომერციულ არბიტრაჟებს, მნიშვნელოვანია იმის შეფასება, თუ როგორ ხდება მათ მიერ მიღებულ გადაწყვეტილებათა აღსრულება უკვე იმ ქვეყანაში, სადაც რეალურად უნდა განხორციელდეს უზრუნველყოფის ღონისძიებები. აქედან გამომდინარე, თემის მეორე ნაწილი ეთმობა არბიტრაჟის მიერ გამოყენებულ სარჩელის უზრუნველყოფის ღონისძიებათა ცნობა-აღსრულების საკითხებს, საერთაშორისო კონვენციათა და ქართული კანონმდებლობის ანალიზის საფუძველზე.

ნაშრომში ყურადღება არ არის გამახვილებული ერთ რომელიმე საარბიტრაჟო პალატაზე, არამედ ხდება ზოგადი მიმოხილვა სხვადასხვა საერთაშორისო არბიტრაჟებისა. თუმცა, თავისი მნიშვნელობიდან და შედარებით დეტალური რეგულირების ქონიდან გამომდინარე, უფრო დიდი ყურადღება ეთმობა გაეროს საერთაშორისო სავაჭრო სამართლის კომისიის მიერ შემუშავებულ 1985 წლის მოდელურ კანონს 2006 წლის ცვლილებების გათვალისწინებით.

ნაშრომის მიზანი არ არის ქართული სამართლის ანალიზი და მისი პრობლემების კვლევა, თუმცა, ვინაიდან თემა განკუთვნილია თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტისთვის, ცალკე თავად იქნა გამოყოფილი მოკლე მიმოხილვა საქართველოში არსებული მდგომარეობისა. კონკრეტულად კი განხილული იქნება, გამოსაყენებელი პროცესუალური სამართლის არჩევის შემთხვევაში, რა უფლებამოსილებები ექნება არბიტრაჟს და აგრეთვე უცხო ქვეყანაში მიღებული გადაწყვეტილებები, სარჩელის უზრუნველყოფის ღონისძიებათა გამოყენებისა, როგორც უნდა აღსრულდეს საქართველოში.

II. სარჩელის უზრუნველყოფის ღონისძიებათა მიღება

1. უზრუნველყოფის ღონისძიებათა დეფინიცია და მნიშვნელობა

გაეროს საერთაშორისო სავაჭრო სამართლის კომისიის² მოდელური კანონი ამგვარად ახდენს სარჩელის უზრუნველყოფის ღონისძიებათა დეფინიციას: „სარჩელის უზრუნველყოფის ღონისძიება არის ნებისმიერი დროებითი ზომა, რომელიც შეიძლება გამოცემულ იქნას გადაწყვეტილების ან სხვა სახით, და რომლის ფუნქციაა არსებული მდგომარეობის შენარჩუნება, მხარისათვის ან წარმოებისთვის ზიანის მიყენების თავიდან აცილება, აქტივების და მტკიცებულებების შენარჩუნება სანამ ძირითადი გადაწყვეტილება არ იქნება მიღებული“.³

შესაბამისად, უზრუნველყოფის ღონისძიებები ისეთი დროებითი ზომებია, რომელთა მიზანიცაა ძირითადი გადაწყვეტილების გამოტანამდე არ მისცეს მოპასუხე მხარეს თავისი უპირატესი მდგომარეობის ბოროტად გამოყენების უფლება და შექმნას ან შეინარჩუნოს იმგვარი მდგომარეობა, რომ საბოლოო გადაწყვეტილებას გააჩნდეს მნიშვნელობა განმცხადებელი მხარისათვის.

¹ მაგ., სარჩელის უზრუნველყოფის ღონისძიებებს ითვალისწინებს საქართველოს სამოქალაქო საპროცესო კოდექსის (შემდგომში – სსსკ) 191-ე – 199-ე მუხლები.

² United Nations Commission on International Trade Law (შემდგომში – UNCITRAL).

³ UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration, Article 17, <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/07-86998_Ebook.pdf>.

ამჟამად, უზრუნველყოფის ღონისძიებების გამოყენების თხოვნით დღითიდღე უფრო და უფრო მეტი მხარე მიმართავს და ამგვარი ტენდენცია გასაგებიცაა. თუკი მოპასუხე მხარე მოახერხებს და, მაგალითად, მტკიცებულებებს გაანადგურებს, იმ ქონებას გაასხვისებს, რომელზეც შემდეგ აღსრულება უნდა მოხდეს, ამ შემთხვევებში, ბუნებრივია, პროცესი მეორე მხარისათვის აზრს დაკარგავს, ვინაიდან ან იმდენად გართულდება მტკიცების პროცესი, რომ, ფაქტობრივად, შეუძლებელი გახდება დავის წარმატებით დასრულება, ან სარჩელის დაკმაყოფილების შემთხვევაში ვერ მოხდება აღსრულება. ამგვარი შედეგი არც მოდავე მხარეს და არც თავად არბიტრაჟს აწყობს, ვინაიდან ამ უკანასკნელმა ერთგვარი კონკურენცია უნდა გაუწიოს სასამართლოს, გაუწიოს რა მხარეებს უფრო ეფექტური „მომსახურება“, რაც წარმოუდგენელი იქნება, ხელს ვერ შეუწყობს მხარეებს ვერც საქმის ობიექტურ, ყოველმხრივ განხილვაში და შემდგომაც მის მიერ გამოტანილ „სამართლიან“ გადაწყვეტილებას არ ექნება არავითარი მნიშვნელობა. აქედან გამომდინარე, თითქმის ყველა საარბიტრაჟო რეგლამენტი, ქვეყნის კანონმდებლობა თუ საერთაშორისო კონვენცია, რომელიც ეხება დავის ამ ალტერნატიული მეთოდით განხილვას, ითვალისწინებს უზრუნველყოფის ღონისძიებებსაც.¹

საკითხის აქტუალურობიდან გამომდინარე, საკმაოდ დიდი დრო დაუთმო მასზე მუშაობას გაეროს საერთაშორისო სავაჭრო სამართლის კომისიამ, ეს საკითხები რეფორმისთვის 1999 წლის სამუშაო ჯგუფმა მოამზადა და არსებული პრაქტიკის, პრობლემების შესწავლისა და მათი გადაჭრის გზების მრავალწლიანი განხილვის შემდეგ 2006 წელს შეიტანა ცვლილებები.²

2. სარჩელის უზრუნველყოფის ღონისძიებათა სახეები

აღსანიშნავია, რომ საარბიტრაჟო სარჩელის უზრუნველყოფის ღონისძიებები მოიცავს, აგრეთვე, მტკიცებულების უზრუნველყოფასაც. მაგალითად UNCITRAL-ის მოდელური კანონი ღონისძიებათა სახეების ჩამონათვალში მტკიცებულებათა შენახვის ღონისძიებებსაც შეიცავს. ანალოგიური მუხლი პირდაპირაა გადმოტანილი საქართველოს კანონშიც „არბიტრაჟის შესახებ“ და იურიდიულ ლიტერატურაშიც, სადაც კი ღონისძიებათა ფუნქციებსა და სახეებს ეხება თემა, აერთიანებენ მტკიცებულებათა უზრუნველყოფასაც.³

სამართლებრივ თუ მატერიალურ წინაპირობათა განხილვის შემდეგ, მნიშვნელოვანია, ასევე, იმის განსაზღვრა თუ რისი მოლოდინი შეიძლება ჰქონდეს, განმცხადებელს, ანუ კონკრეტულად რა სახის უზრუნველყოფა შეუძლია მიიღოს არბიტრაჟისგან, რათა უფრო სწორად და ეფექტურად მოახდინოს მისთვის სასურველი ღონისძიების შერჩევა. შესაბამისად, ნაშრომის ეს თავი ეთმობა, სარჩელის უზრუნველყოფის ღონისძიებათა კლასიფიკაციას.

საარბიტრაჟო რეგლამენტები უზრუნველყოფის ღონისძიებათა კლასიფიკაციას დეტალურად არ ახდენს⁴. მაგალითად, ICC-ის საარბიტრაჟო წესები შეიცავს პირობას, რომ არბიტრაჟს შეუძლია გამოიყენოს „ნებისმიერი უზრუნველყოფის“ ღონისძიება, რომელსაც ის მიიჩ-

¹ *Ferguson S.M., Interim Measures of Protection in International Commercial Arbitration: Problems, Proposed Solutions and Anticipated Results, International Trade Law Journal, 2003, 55.*

² *United Nations Commission on International Trade Law, Yearbook 2002, <http://www.uncitral.org/pdf/english/yearbooks/yb-2002-e/yb_2002_e.pdf>.*

³ განსხვავებით საქართველოს სამოქალაქო საპროცესო კოდექსისგან, რომლის მე-14 თავი „მტკიცებულებათა უზრუნველყოფას არეგულირებს“, ხოლო 23-ე კი სარჩელის უზრუნველყოფის ღონისძიებებს მოიცავს, რომელთა ძირითადი არსი იმგვარი მდგომარეობის შექმნაა, რომ გადაწყვეტილების აღსრულება შეუძლებელი ანდა რთული არ გახდეს.

⁴ ამგვარი მიდგომა მისაღებია სასამართლო სისტემისთვისაც. მართალია, საქართველოს სამოქალაქო საპროცესო კოდექსის 198-ე მუხლი აკეთებს ჩამონათვალს სარჩელის უზრუნველყოფის ღონისძიებებისა, თუმცა შეიცავს ფრაზას „შეიძლება იყოს“ და აგრეთვე, მუხლის მე-3 ნაწილით მოსამართლეებს შეუძლიათ შეხედულებისამებრ სხვა ღონისძიებებიც გამოიყენონ, თუკი ამის აუცილებლობა არსებობს. შესაბამისად, არც საპროცესო კანონმდებლობისთვისაა დამახასიათებელი დეტალური და ამომწურავი ჩამონათვალის გაკეთება მოთხოვნის უზრუნველყოფის ღონისძიებებისა, რადგან ამან შესაძლოა ხელი შეუშალოს პროცესის ეფექტურობას.

ნევს საჭიროდ და ყველაზე ეფექტურად დასახული მიზნის მისაღწევად.¹ ანალოგიური დათქმვა გაკეთებული სტოკჰოლმის მუდმივმოქმედი არბიტრაჟის რეგლამენტშიც.²

ნებისმიერი საარბიტრაჟო რეგლამენტი, რომელიც ახდენს სახეების ჩამოთვლას ან ზოგად კლასიფიკაციას, სარჩელის უზრუნველყოფის ღონისძიებებთან მიმართებით, შეიცავს დათქმას, რომ არბიტრაჟს შეუძლია გამოიყენოს ის უზრუნველყოფის ღონისძიება, რომელიც გათვალისწინებული არ არის, თუმცა, ცალკეული გარემოებებიდან გამომდინარე, მიზნის მისაღწევად გამოსადეგად მიიჩნევა. შესაბამისად, რეგლამენტები, ძირითადად, ფრთხილ მიდგომას ირჩევენ და ამ კლასიფიკაციას მაგალითის ჩვენების თვალსაზრისით აკეთებენ³ და არა იმ მიზნით, რომ მხარეებს ლიმიტი დაუნესონ ხელშეკრულებით სხვა რამის არგათვალისწინების შემთხვევაში მხოლოდ ეს სახეები გამოიყენონ. არბიტრაჟს ამგვარი მიდგომით უფრო დიდი თავისუფლება ექნება დაეყრდნოს თავის შეხედულებას, მხარეთა ნებას და, ამასთანავე, ამგვარი რეგულირება გზას ტოვებს რეგლამენტების შესაბამისობაში იყოს, არ ეწინააღმდეგებოდეს UNCITRAL-ის მოდელურ კანონს.⁴

ერთგვაროვანი ჩამონათვალი სარჩელის უზრუნველყოფის ღონისძიებებისა არ არსებობს. სხვადასხვა რეგლამენტები და კანონმდებლობა ითვალისწინებს ამ საკითხის სხვადასხვაგვარად ჩამოყალიბებას. თავად UNCITRAL 2006 წელს ცვლილებების განხორციელებამდე ღონისძიებებს ორ ძირითად კატეგორიად განიხილავდა. პირველი მათგანი მხარისათვის ანდა საარბიტრაჟო განხილვისათვის ზიანის მიყენებისგან თავის აცილების მიზანს ისახავს, ხოლო მეორე ემსახურება იმგვარი მდგომარეობის შექმნას, რომ საარბიტრაჟო გადაწყვეტილება შემდგომ აღსრულებადი იყოს⁵. 2006 წელს, უკვე საბოლოო რეფორმების შედეგად, მოდელურ კანონში გაჩნდა და შემდეგნაირ კლასიფიკაციას გვთავაზობს⁶:

ა) ღონისძიებები, რომელთა მიზანია საბოლოო საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების გამოტანამდე პირვანდელი მდგომარეობის შენარჩუნება ან აღდგენა

მაგალითისთვის, მოპასუხე მხარეს შესაძლოა უბრძანონ ცალკეულ ქმედებათა განხორციელება, როგორცაა ხელშეკრულების შეწყვეტა, სადავო ინტელექტუალური საკუთრების ობიექტების გამოყენებისგან თავის შეკავება. ICC-ის არბიტრაჟს არაერთხელ გაუცია აგრეთვე ბრძანება მოპასუხე მხარის მიერ ხელშეკრულებით ნაკისრი ვალდებულებების შესრულების გაგრძელების თაობაზე, მიუხედავად იმისა, რომ მოპასუხე ამ ხელშეკრულებას გაუქმებულად მიიჩნევდა და შესრულება შეწყვეტილი ჰქონდა.⁷

ბ) ღონისძიებები, რომელთა მიზანია მეორე მხარისათვის ანდა თვით საარბიტრაჟო წარმოებისთვის ზიანის მიყენების თავიდან აცილება

ამგვარ ღონისძიებებს შეიძლება მივაკუთვნოთ მალფუჭებადი პროდუქტების გაყიდვა, აგრეთვე, კონფიდენციალური ინფორმაციის გაუმჟღავნებლობაზე დავალდებულება.

¹ ICC Arbitration Rules Article 28.1, <<http://www.iccwbo.org/Products-and-Services/Arbitration-and-ADR/-Arbitration/ICC-Rules-of-Arbitration/>>.

² Arbitration Rules of the Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce Article 32.1, <http://www.sccinstitute.com/filearchive/3/35894/K4_Skiljedomsregler%20eng%20ARB%20TRYCK_1_100927.pdf>.

³ UNCITRAL-ის მოდელური კანონი და საარბიტრაჟო წესებიც შეიცავს უზრუნველყოფის ღონისძიებათა სახეების ჩამონათვალს, თუმცა ამ ჩამონათვალის გაკეთებამდე გვხვდება ფრაზა: “for example and without limitation to” (მაგალითად და შეზღუდვის გარეშე).

⁴ Gusy M., Hosking J, Schwarz F., A Guide to the ICDR International Arbitration Rules, 2011, 204.

⁵ United Nations Commission on International Trade Law, Yearbook 2002, <http://www.uncitral.org/pdf/english/yearbooks/yb-2002-e/yb_2002_e.pdf>.

⁶ კატეგორიები მოცემულია UNCITRAL-ის მოდელურ კანონში (17.2), ისევე როგორც მისსავე საარბიტრაჟო წესებში (26.2).

⁷ Wang W., International Arbitration: The Need for Uniform Interim Measures of Relief, Brook Journal of International Law, 28, 2003, 1059.

გ) ღონისძიებები, რომელთა მიზანია იმ აქტივების შენარჩუნება, რომელთა მიერაც მოხდება შემდგომ საბოლოო გადაწყვეტილების აღსრულება

როდესაც მხარე არბიტრაჟში აყენებს მოთხოვნას ცალკეულ ნივთზე ანდა ფულად თანხაზე, მის ინტერესებშია, რომ ეს ნივთი მოპასუხე მხარის საკუთრებაში დარჩეს, რათა შემდგომ აღსრულების შეუძლებლობის საკითხი არ წამოიჭრას. მაგალითისთვის, შენობა-ნაგებობის პროცესის დასრულებამდე დაყადაღებით, შეიქმნება ის მდგომარეობა, რომ მოპასუხე ამ ქონების თავიდან მოშორებას ვერ შეძლებს და სარჩელის დაკმაყოფილების შემთხვევაში ადვილად მოახდენს თავის საკუთრებაში გადმოტანას.

დ) ღონისძიებები, რომელთა მიზანია დავასთან დაკავშირებული მტკიცებულებების შენახვა და შენარჩუნება

ამგვარ ღონისძიებათა მაგალითები შეიძლება მოიცავდეს:

შენობის, სამშენებლო ნაგებობის ნახვისა და დეტალური დათვალიერების ორგანიზებას, რათა მოხდეს ანგარიშის შედგენა ან ცალკეულ საკითხთან დაკავშირებით ექსპერტის მოწვევის ორგანიზება და მისი დასკვნის მომზადებისთვის უფლების მიცემა.

კლასიფიკაციების შექმნასა და სახეების ჩამოთვლას განსაკუთრებული პრაქტიკული დატვირთვა არ გააჩნია, მათი ერთადერთი მიზანია, მხარეებსა და არბიტრაჟს უბრალოდ შესთავაზოს ცალკეული მნიშვნელოვანი კატეგორიები. თავად მხარეებს თავისუფლად შეუძლიათ თვითონვე გააკეთონ ამომწურავი ჩამონათვალი ღონისძიებებისა, რომელთაც თვითონ მიიჩნევენ საჭიროდ და გამორიცხონ რომელიმე სახის ღონისძიებათა გამოყენება¹.

3. უზრუნველყოფის ღონისძიებათა გამოყენების თაობაზე არბიტრაჟის უფლებამოსილების სამართლებრივი წყაროები

არბიტრაჟი არ არის სასამართლო, სადაც საპროცესო კოდექსში დეტალურად იქნება გაწერილი, თუ როდის, რა შემთხვევაში და რა სახის უზრუნველყოფის ღონისძიებების გამოყენებაა დასაშვები. არბიტრაჟს შესაძლოა არაერთი წყაროდან ჰქონდეს მინიჭებული შესაბამისი უფლებამოსილება, როგორცაა სამართლებრივი აქტები და დავის მონაწილე მხარეთა შეთანხმებები. შესაბამისად, უზრუნველყოფის ღონისძიების გამოყენებამდე უნდა იქნეს შესწავლილი და დადგენილი რამდენად აქვს ამ კონკრეტულ არბიტრაჟს, ამ ზომების მიღების უფლებამოსილება და რომელი წყაროდან.

ა) მხარეთა შეთანხმება

ნებისმიერი დავის განხილვისთვის სასამართლო წარმოადგენს კომპეტენტურ საშუალებას და, ზოგადად, თუკი მხარეთა შორის ნებისმიერი სახის დავა პირველ რიგში მოსაგვარებლად სწორედ მას მიმართავენ. ამგვარი უფლება ნებისმიერი პირისათვის გათვალისწინებულია როგორც საპროცესო კანონმდებლობით, ისე კონსტიტუციითა და საერთაშორისო კონვენციებით.

თუმცა, იმ შემთხვევაში, თუ არსებობს მხარეთა შორის შესაბამისი შეთანხმება, რომ მათ შორის კონკრეტული სამართლებრივი ურთიერთობიდან წარმოშობილი დავა განსახილველად გადაეცეს არა სასამართლოს, არამედ დავის განხილვის ერთ-ერთ ალტერნატიულ მექანიზმს, არბიტრაჟს, ამ შემთხვევაში სასამართლოს კომპეტენცია თავისთავად გამოირიცხება და არბიტრაჟი გახდება დავის მოგვარების ძირითადი საშუალება.

საარბიტრაჟო შეთანხმებას გააჩნია არსებითი და დამატებითი პირობები. პირველის გათვალისწინებით, საარბიტრაჟო შეთანხმებას, არ გააჩნია სამართლებრივი ძალა, ხოლო მეორე, ძირითადად, ემსახურება დავის განხილვის იმგვარი პროცედურების ჩამოყალიბებას, როგორც მხარეებისთვის უფრო მისაღები და მოქნილია.

¹ Vor Segesser G., Vorsorgliche Massnahmen im Internationalen Schiedsprozess, Association Suisse de l'Arbitrage Bulletin, 25, 2007, 473.

საარბიტრაჟო შეთანხმება, რომლითაც მხარეები გადასცემენ დავას განსახილველად, უნდა შეიცავდეს დათქმას, რომელშიც ნათლად და გარკვევითაა მითითებული ის ინდივიდუალური ურთიერთობა, რომლის საფუძველზეც წარმოშობილი დავა გადაეცემა არბიტრაჟს და აგრეთვე, ბუნებრივია, ის კონკრეტული არბიტრაჟი, რომლის მეშვეობითაც მხარეებს სურთ დავის მოგვარება. შესაბამისად, აუცილებელია დავისა და არბიტრაჟის ინდივიდუალიზაცია და ეს წარმოადგენს არსებით პირობას შეთანხმებისა.¹

თუმცა, იქიდან გამომდინარე, რომ არბიტრაჟი წარმოადგენს ალტერნატიულ დავის განხილვის მექანიზმს, მას გააჩნია ცალკეული თავისებურებები რაც უპირატესობას უქმნის მას სასამართლოსთან მიმართებით და ეს უპირატესობები იმაშიც გამოიხატება, რომ შესაძლებელია შეთანხმების საფუძველზე ჩამოყალიბდეს ყველა ის წესი, მატერიალური, გამოსაყენებელი, სამართალზე მითითება იქნება თუ პროცედურული ნორმა, რომელსაც უნდა მიჰყვეს არბიტრაჟი და გამოიყენოს საქმის განხილვისას.

გარდა ზემოაღნიშნული არსებითი პირობებისა, საარბიტრაჟო შეთანხმება როგორც წესი, შეიცავს: „1. მითითებას საარბიტრაჟო განხილვის ადგილზე; 2. მითითებას არბიტრატა კვალიფიკაციის, ასევე მათი დანიშვნისა და აცილების პროცედურების შესახებ; 3. საარბიტრაჟო განხილვის პროცედურების განსაზღვრას 4. გამოსაყენებელ მატერიალურ სამართალზე მითითებას 5. საარბიტრაჟო გადანაცვლებების გამოტანისა და მისი კორექტირების პროცედურას“.²

ნებისმიერი საარბიტრაჟო წესები პირდაპირ მიუთითებს მხარეთა ნების პრიორიტეტულობაზე, როდესაც საქმე უზრუნველყოფის ღონისძიებათა გამოყენებას ეხება. მაგალითად, ICC აძლევს რა უფლებას არბიტრაჟს განცხადების შემთხვევაში გამოიყენოს უზრუნველყოფის ღონისძიება, შეიცავს ფრაზას „თუკი მხარეთა შეთანხმებით სხვა რამ არ არის გათვალისწინებული“³ მსგავსი დათქმა გვხვდება აგრეთვე UNCITRAL-ის მოდელურ კანონში, რომლის მე-17 მუხლი პირდაპირ მიუთითებს, რომ „თუკი მხარეებმა შეთანხმებით სხვა რამ არ გაითვალისწინეს, არბიტრაჟს შეუძლია ერთ-ერთი მხარის განცხადებით გამოიყენოს უზრუნველყოფის ღონისძიება“⁴ ნებისმიერი საარბიტრაჟო რეგლამენტი, თუ ქვეყნის შიდა კანონმდებლობა, რომელმაც მოდელური კანონის მიღება მოახდინა, საკითხის ანალოგიურ მონესრიგებას შეიცავს. აქედან გამომდინარე, შეიძლება ითქვას, რომ მხარეები უფლებამოსილი არიან აღჭურვონ არბიტრები მოთხოვნის უზრუნველსაყოფად ცალკეული ზომების მისაღებად, ანდა საერთოდაც ჩამოართვან მათ მსგავსი უფლება. ასევე, შესაძლებელია, საარბიტრაჟო შეთანხმებით განისაზღვროს დეტალურად, თუ რა პროცედურაა საჭირო, რა მატერიალური წინაპირობებია იმისათვის, რომ არბიტრაჟმა დააკმაყოფილოს ზომების მიღებაზე მხარის მოთხოვნა და, აგრეთვე, კონკრეტულად რა სახის ზომების გამოყენება არის დასაშვები მათ შორის დავის განხილვის დროს.⁵

ბ) საარბიტრაჟო წესები, რეგლამენტი

დღევანდელი მდგომარეობით, თითქმის ყველა საარბიტრაჟო რეგლამენტი ითვალისწინებს სარჩელის უზრუნველყოფის ღონისძიებების გამოყენების შესაძლებლობას საერთაშორისო საარბიტრაჟო განხილვის დროს. ბუნებრივია, არბიტრაჟის კონსენსუალური ხასიათიდან გამომდინარე, უპირატესობა ამ საკითხში მხარეთა ნებას ენიჭება და არა რეგლამენტს. თუმცა თუკი მხარეებმა პირდაპირ არ გამორიცხეს, ანდა საერთოდ არაფერი მიუთითეს სარჩელის უზრუნველყოფის ზომებთან მიმართებით, არბიტრაჟს თავად მისი რეგლამენტი აღჭურვავს უფლებამოსილებით იმოქმედოს შესაბამისი განცხადების არსებობისას.⁶

¹ *ცერცვაძე გ.*, საერთაშორისო არბიტრაჟი, თბ., 2009, 174.

² იქვე, 175.

³ ICC Arbitration Rules 28.1.

⁴ UNCITRAL Model Law Article 17.

⁵ *Vor Segesser G.*, Vorsorgliche Massnahmen im Internationalen Schiedsprozess, Association Suisse de l'Arbitrage Bulletin, 25, 2007, 473.

⁶ ზემოთ განხილულ იქნა შესაბამისი პირობები ICC-სა და UNCITRAL-ის საარბიტრაჟო წესებში, რომ მხარეთა შეთანხმებას უპირატესობა აქვს საარბიტრაჟო რეგლამენტებთან მიმართებით არბიტ-

დღევანდელი მდგომარეობით გავრცელებული საერთაშორისო არბიტრაჟები, თუნდაც ისეთები, როგორცაა ლონდონის, პარიზისა თუ სტოკჰოლმის. დეტალურ რეგულაციას არ შეიცავს სარჩელის უზრუნველყოფის ღონისძიებებთან მიმართებით, მხოლოდ იძლევა ზოგად დეფინიციას, ხაზს უსვამს რომ მხარეთა შეთანხმება გადამწყვეტ როლს ასრულებს ამ ღონისძიებათა გამოყენებისას, და ზოგად დახასიათებას გვთავაზობს იმ სახეების, რომელთა გამოყენებაც შესაძლებელია.

შედარებით დეტალური მონესრიგება გვხვდება ამ საკითხის *UNCITRAL*-ის საარბიტრაჟო წესებში¹.

საჭიროა, განვასხვაოთ *UNCITRAL*-ის მოდელური კანონი მისსავე საარბიტრაჟო წესებისგან. მართალია, ორივე ერთი კომისიის მიერაა შემუშავებული, გადასინჯვაც თითქმის ერთ პერიოდში მოხდა² და ორივე მათგანი საარბიტრაჟო დავების განხილვას ეხება, თუმცა სხვაობა მათ შორის საკმაოდ დიდია, განსაკუთრებით კი უზრუნველყოფის ღონისძიებებთან მიმართებით. მოდელური კანონი გამიზნულია ქვეყნებისკენ, შეიცავს ნორმებს, რომელთა ქვეყნების კანონმდებლობაში ასახვის შემდეგაც მოხდება ჰარმონიზაცია და განსხვავებული იურისდიქციები ნაკლებ პრობლემას შეუქმნის დავის მხარეებს; საარბიტრაჟო წესები კი კომისიის მიერ შემუშავებული პროცედურებია, რომლებზეც მხარეების მიერ მითითების შემთხვევაში, მოხდება მათი ამოქმედება და დავის პროცედურებად გამოყენება, ანუ რეალურად წესებზე მითითებით მხარეები გამოთქვამენ სურვილს, ყველაფერი რაც გათვალისწინებულია ავტომატურად ჩაიდოს მათ საარბიტრაჟო შეთანხმებაში. შინაარსობრივი თვალსაზრისითაც სხვაობა არსებობს, მაგალითად: მოდელური კანონი აწესრიგებს მოპასუხე მხარის მონაწილეობის გარეშე (*“ex parte”*) მიღებულ გადაწყვეტილებებს ღონისძიებათა გამოყენების თაობაზე, საარბიტრაჟო წესები – არა, ანალოგიური მდგომარეობაა უზრუნველყოფის ღონისძიების შესახებ გადაწყვეტილებათა აღსრულების მონესრიგებაზეც.³

საარბიტრაჟო რეგლამენტი შესაძლებელია მხარეთა შეთანხმებას დაუკავშიროთ: თუკი მხარეები დამატებით პირობებს არ დებენ საარბიტრაჟო შეთანხმებაში და უბრალოდ მიუთითებენ, რომ სურთ რომელიმე კონკრეტულმა არბიტრაჟმა განიხილოს მათი დავა, ითვლება რომ ისინი იზიარებენ რეგლამენტით დადგენილ წესებს და გამოთქვამენ სურვილს მათ შორის წარმოშობილი დავა სწორედ ამ წესების თანახმად გადაწყდეს.

3.1. *“lex arbitri”* – არბიტრაჟის მიერ გამოსაყენებელი სამართალი

მხარეებმა, შესაძლოა, დეტალურად მოაწესრიგონ მათ შორის დავის განხილვის პროცედურები ან საერთოდ არ გაითვალისწინონ მსგავსი საკითხი ისე მიანდონ დავა განსახილველად არბიტრაჟს, რომელსაც, თავის მხრივ, შესაძლოა გააჩნდეს იმგვარი რეგლამენტი, რომელშიც საერთოდ არ არის მონესრიგებული სარჩელის უზრუნველყოფის ღონისძიებათა მიღება-გამოყენების საკითხები. ამ შემთხვევაში, არბიტრაჟს უნდა გააჩნდეს დამატებითი წესები, რომელიც დაეხმარება მხარეებს დასახული პრობლემების გადაჭრაში. შესაბამისად, საჭიროა საქმეში ჩაერთოს სამართლებრივი ნორმები, რომლებიც პროცესუალურად უფრო დეტალურ რეგულაციებს შესთავაზებს მხარეებს. საერთაშორისო არბიტრაჟისთვის გამოსაყენებელი სამარ-

რაჟის მოთხოვნის უზრუნველყოფის ღონისძიებებით აღჭურვისას. ანალოგიური პირობებია მოცემული LCIA და ICDR წესებშიც.

¹ UNCITRAL Arbitration Rules – 1976 წელს შემუშავებული საარბიტრაჟო წესებია, რომელთა საბოლოო გადასინჯვა 2010 წლის აგვისტოში მოხდა, <http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/-arbitration/2010Arbitration_rules.html>.

² მოდელურ კანონში ცვლილებები შესულია 2006 წელს, ხოლო საარბიტრაჟო წესებში 2010 წელს.

³ *Tucker A.L.*, Interim Measures under Revised UNCITRAL Arbitration Rules: Comparison to Model Law Reflects both Greater Flexibility and Remaining Uncertainty, Arbitration Brief, Vol. 1. Issue 2, 2011, <http://digitalcommons.wcl.american.edu/ab/?utm_source=digitalcommons.wcl.american.edu%2Fab%2Fvol1%2Fiss2%2F6&utm_medium=PDF&utm_campaign=PDFCoverPages>.

თალი შესაძლოა არეგულირებდეს არბიტრთა შემადგენლობის ფორმირებისა და საარბიტრაჟო პროცედურათა წარმართვის წესს (“*lex arbitri*”).¹

ერთ-ერთმა მოსამართლემ “*lex arbitri*”-ს დეფინიცია შემდეგნაირად მოახდინა:

„რას წარმოადგენს საარბიტრაჟო დავის მარეგულირებელი სამართალი? როგორც მას ცალკეული ავტორები ახასიათებენ, ეს იმ ნორმათა კრებულია, რომელიც საარბიტრაჟო განხილვას არეგულირებს იმ საკითხების გარეთ, რაც მხარეთა შეთანხმებით და ნება-სურვილით არ არის გათვალისწინებული. საარბიტრაჟო განხილვის პროცედურათა მარეგულირებელი სამართალი მოიცავს ისეთ საკითხს, როგორცაა სარჩელის უზრუნველყოფის ღონისძიებათა გამოყენება (მაგ: საქონლის შენახვის თაობაზე მხარის დავალდებულება), წესებს, რომლის საშუალებითაც სასამართლოს შეუძლია დახმარება გაუწიოს ცალკეულ შემთხვევაში არბიტრაჟს (მაგ: თუკი სხვა საშუალება არ არის სასამართლომ მოახდინოს არბიტრაჟის ფორმირებისას ცარიელი ადგილის შევსება) და წესებს, რომლის დროსაც მოსამართლეს შეუძლია ზედამხედველობა გაუწიოს არბიტრაჟს (მაგ: დაითხოვოს იგი ცუდი ყოფაქცევის გამო (*misconduct*)).“²

„არბიტრაჟის გამოსაყენებელ საპროცესო სამართალთან მიმართებით, თითქმის ყველა ქვეყნის კანონმდებლობა ითვალისწინებს ე.წ. „ადგილმდებარეობის თეორიას“³, რომლის თანახმადაც არბიტრაჟი იყენებს იმ ქვეყნის სამართალს, რომელშიც მიმდინარეობს დავის განხილვა. შესაძლოა, პროცესუალური სამართალი განსხვავებული იყოს იმისგან, რაც დავის მატერიალურ-სამართლებრივ ასპექტებს არეგულირებს. საერთაშორისო საარბიტრაჟო პრაქტიკაში საკმაოდ იშვიათია შემთხვევები, როდესაც მხარეებმა, რომელიმე ქვეყნის საპროცესო სამართალზე მიუთითონ, შესაბამისად, ზემოაღნიშნული თეორია აქტიურად გამოიყენება“.⁴

როგორც ზემოთ აღვნიშნე, საარბიტრაჟო რეგლამენტები საკმაოდ მწირ რეგულაციას შეიცავს უზრუნველყოფის ღონისძიებებთან მიმართებით და აგრეთვე დიდი შანსია არც მხარეებისგან მივიღოთ დეტალურად განერილი პროცედურები. აქედან გამომდინარე, არაა გამორიცხული ამ საკითხთან მიმართებით ხშირად დაგვჭირდეს გამოსაყენებელი საპროცესო სამართლის ნორმების გამოყენება.

4. სარჩელის უზრუნველყოფის ღონისძიებათა გამოყენების მატერიალურ-სამართლებრივი წინაპირობები

სარჩელის უზრუნველყოფის ღონისძიებათა გამოყენების სამართლებრივი წინაპირობები არბიტრაჟს ანიჭებს უფლებამოსილებას ცალკეულ შემთხვევაში მიიღოს მხარის დასახმარებლად გარკვეული ზომები. თუმცა რას მოიცავს ეს „ცალკეული შემთხვევები“ ამას უკვე მატერიალურ-სამართლებრივი წინაპირობები წყვეტს. თუკი არბიტრაჟი მიიღებს უზრუნველყოფის ზომებს მხოლოდ განმცხადებლის მოთხოვნის საფუძველზე, ეს სერიოზული საფრთხის წინაშე დააყენებს მოპასუხე მხარის ინტერესებს და, შესაძლოა, მნიშვნელოვანი მატერიალური ზიანიც განაცდევინოს. ამის თავიდან ასაცილებლად, არსებობს მატერიალური წინაპირობები უზრუნველყოფის საშუალების გამოყენებისა, რაც არბიტრაჟმა უნდა შეამოწმოს რამდენად სახეზეა, სანამ რომელიმე ზომას გამოსაყენებლად მიმართავს.

4.1. არბიტრაჟის უფლებამოსილება

ბუნებრივია, სტოკჰოლმის მუდმივმოქმედი საერთაშორისო არბიტრაჟი ვერ მიიღებს გადაწყვეტილებას, თუკი მხარეებს პარიზის არბიტრაჟი ექნებათ მითითებული. თუმცა დასაშვებობის ეს წინაპირობა, მხოლოდ ამ საკითხს არ ეხება. უპირველეს ყოვლისა საყურადღებოა,

¹ *ცერცვაძე გ.*, საერთაშორისო არბიტრაჟი, თბ., 2009, 365.

² *Redfern A., Hunter M.*, Law and Practice of International Commercial Arbitration, 4th ed., London, 2004, 80.

³ *Seat Theory*.

⁴ *Wang W.*, International Arbitration: The Need for Uniform Interim Measures of Relief, Brook Journal of International Law, 28, 2003, 1059.

ხომ არ არსებობს საარბიტრაჟო შეთახნმების ბათილობის საფუძველი, გარდა ამისა, ზემოთ უკვე განხილულ იქნა შემთხვევები, როდესაც არბიტრაჟის ფორმირება ჯერ არ იყო მომხდარი, თუმცა უზრუნველყოფის ღონისძიებათა გამოყენების საჭიროება დგებოდა და ამის გამო მხარეები ცალკეული მექანიზმების ამოქმედების აუცილებლობის წინაშე იდგნენ, როგორცაა, მაგალითად, როდესაც საარბიტრაჟო სამდივნოს მხოლოდ ამ კონკრეტული უფლებამოსილებით აღჭურვილი არბიტრის დანიშვნა უწევდა. შესაბამისად, თითქოსდა უმნიშვნელო და უბრალო ფორმალური დატვირთვის მატარებელი წინაპირობა ხშირ შემთხვევაში საკმაოდ პრობლემურ საკითხს და შეფასების საგანს წარმოადგენს, რამდენად აქვს არბიტრაჟს უფლებამოსილება გამოიყენოს უზრუნველყოფის ღონისძიება და ამის გამო, უპირველეს ყოვლისა, ამ უფლებამოსილების შემონიშნა უნდა მოხდეს.¹

4.2. მხარის განცხადება

როგორც მოდელური კანონი და *UNCITRAL*-ის საარბიტრაჟო წესები, ისე ნებისმიერი სხვა საარბიტრაჟო კანონმდებლობა თუ რეგლამენტი პირდაპირ მიუთითებს, რომ „ნებისმიერი მხარის“ მოთხოვნის შემთხვევაში, არბიტრაჟს შეუძლია უზრუნველყოფის ღონისძიების გამოყენება. აქედან გამომდინარე, შეიძლება დავასკვნათ, რომ არბიტრაჟს თავის შეხედულები-სამებრ, თუნდაც არსებობდეს ამის რეალური საჭიროება, არ შეუძლია გამოიყენოს უზრუნველყოფის ღონისძიება. ბუნებრივია, როდესაც საარბიტრაჟო განხილვის ქვაკუთხედს მხარეთა თანასწორობა წარმოადგენს, და უფრო მეტიც, მხარეთა ნება იმდენად მნიშვნელოვანია, რომ სწორედ ორივე ერთად ნყვეტს თუ რა უფლებები შეიძლება ჰქონდეს არბიტრაჟს, თუკი არცერთი მხარე არ გამოთქვამს სურვილს ღონისძიებათა მიღებისა და არბიტრი თავისით გადაწყვეტს „დახმარება გაუწიოს“ ერთ-ერთ მათგანს, ამგვარი სიტუაცია სერიოზული საფრთხის ქვეშ დააყენებს მხარეთა შეჯიბრებითობის პრინციპს.

საარბიტრაჟო რეგლამენტები აგრეთვე მიუთითებენ, რომ ნებისმიერ მხარეს აქვს უფლება მიმართოს არბიტრაჟს ღონისძიების გამოყენების თხოვნით და არა კონკრეტულად მოსარჩელეს. იმ შემთხვევაში თუკი მხარეს მოთხოვნა აქვს დაყენებული არბიტრაჟში, წარდგენილი აქვს სარჩელი, მაშინ ბუნებრივია იგი აღჭურვილია შესაძლებლობით მოახდინოს ამ მოთხოვნის უზრუნველყოფაც. თუმცა, შესაძლებელია ცალკეულ შემთხვევებში მოპასუხე მხარესაც მიეცეს ამგვარი განცხადების დაყენების უფლება, მაგალითად ისეთ საკითხებთან მიმართებით, როგორცაა მტკიცებულებათა შენახვის ანდა საგარანტიო თანხის სადებოზიტო ანგარიშზე განთავსების შესახებ განცხადება.

4.3. ძირითადი მოთხოვნის დაკმაყოფილების „გონივრული შესაძლებლობა“²

ამგვარი მოთხოვნა პირდაპირაა განერილი *UNCITRAL*-ის მოდელური კანონის მე-17 მუხლში: „არსებობს გონივრული შესაძლებლობა, რომ გამცხადებელი მხარის ძირითადი მოთხოვნა წარმატებული იქნება. ამ შესაძლებლობის განსაზღვრა არ იმოქმედებს არბიტრაჟის დისკრეციასზე შემდგომ მიიღოს ნებისმიერი სახის გადაწყვეტილება“ ამგვარი წინაპირობა არც სასამართლოებისთვისაა უცნობი. უფრო მეტიც, სამუშაო ჯგუფმა ამგვარი დათქმა სწორედ სხვადასხვა ქვეყნის სასამართლო სისტემათა და შემდგომ უკვე საარბიტრაჟო პრაქტიკის მიმოხილვის შედეგად დაანესა.³ ბუნებრივია, უზრუნველყოფის ღონისძიების გამოყენების თაო-

¹ *Vor Segesser G., Vorsorgliche Massnahmen im Internationalen Schiedsprozess, Association Suisse de l'Arbitrage Bulletin 25, 2007, 473.*

² ხშირად, ეს პირობა იურიდიულ ლიტერატურაში ლათინური ტერმინით „*Fumus boni iuris*“ აღინიშნება, რაც პირდაპირ თარგმანში „საკმარის იურიდიულ საფუძველს“ ნიშნავს.

³ *Wong J., The Issuance of Interim Measures in International Disputes: A Proposal Requiring a Reasonable Possibility of Success on the Underlying Merits, Georgia Journal of International and Comparative Law 33, 2004, 605.*

ბაზე მოთხოვნის წარდგენა ჯერ კიდევ პროცესის დასაწყისში ანდა მსვლელობის დროს ხდება, შესაბამისად, არბიტრაჟს შეფასებული არ აქვს რამდენად უნდა დაკმაყოფილდეს მხარის ძირითადი მოთხოვნა და ამ ეტაპზე ასეთი გადაწყვეტილების მიღება არ უნდა მოხდეს. სწორედ ამიტომ აწესებს ყველა კანონი და რეგლამენტი „გონივრულ შესაძლებლობას“ და პირდაპირ მიუთითებს, რომ ამ ბარიერის გადალახვა მხარის მიმართ არავითარ ზეგავლენას არ მოახდენს არბიტრაჟის საბოლოო გადაწყვეტილებაზე. საკმაოდ რთულია, იმის დადგენა თუ რას მოიცავს ეს წინაპირობა კონკრეტულად. ის სერიოზულ და მნიშვნელოვან ბარიერად არც უნდა იყოს განხილული, მთავარია, მხარის ძირითადი მოთხოვნა იმდენად აბსურდული და დაუსაბუთებელი არ იყოს, რომ სარჩელის უზრუნველყოფის ღონისძიების ამოქმედების შემთხვევაში, ერთადერთი შედეგი მოწინააღმდეგე მხარისთვის ზიანის მიყენება აღმოჩნდეს საარბიტრაჟო განხილვის დასრულების შემდეგ.¹

4.4. მნიშვნელოვანი და არაკომპენსირებადი ზიანის თავიდან აცილება

მორიგი წინაპირობა, რაც უზრუნველყოფის ღონისძიებათა დაშვებისათვის გვხვდება არის მნიშვნელოვანი და არაკომპენსირებადი ზიანი. განმცხადებელმა დამაჯერებელი არგუმენტები უნდა წარადგინოს საიმისოდ, რომ უზრუნველყოფის ღონისძიებათა გამოუყენებლობის შემთხვევაში, მას იმგვარი ზიანი მიადგება რისი კომპენსაციაც, სრული რესტიტუციაც, ვერ მოხდება ძირითადი მოთხოვნის დაკმაყოფილების შემდგომ. „პრაქტიკაში ეს წინაპირობა მოიცავს იმ საფრთხის გაანალიზებას, რის წინაშეც განმცხადებელი დგას და შედარებას იმ შედეგებთან, რის წინაშეც მოწინააღმდეგე მხარე დადგება.“²

4.5. განმცხადებელი მხარის მიერ გარანტიის წარდგენა

არბიტრაჟის მიერ განმცხადებელი მხარისათვის გარანტიის წარდგენის მოთხოვნა შესაძლებელია, ცალკეულ შემთხვევებში, ერთ-ერთ წინაპირობას წარმოადგენდეს. „მაშინ როდესაც არბიტრაჟს ევალება უზრუნველყოფის ღონისძიებათა ეფექტურობისა და გამოსაძვარობის შეფასება, განმცხადებლის მიერ წარდგენილ საგარანტიო თანხას შეუძლია ერთგვარი რისკის მარეგულირებელი მექანიზმი შექმნას, არასწორად დაშვებული ღონისძიებისგან მიყენებული ზიანის ასანაზღაურებლად“.³ ამ საკითხზე *UNCITRAL*-ის რეფორმათა სამუშაო ჯგუფმა საკმაოდ ბევრი იმუშავა და განსაკუთრებით დიდი ბჭობა გამოიწვია იმ საკითხმა თუ რამდენად საჭიროა გარანტიის წარდგენას განმცხადებლისთვის სავალდებულო ხასიათი მინიჭებოდა, თუნდაც მეორე მხარის მონაწილეობის გარეშე გადაწყვეტილების (“*ex parte*”) მიღებისას. თუმცა, საბოლოოდ, იმ პოზიციაზე შეჯერდა, რომ გარანტიის წარდგენას არასავალდებულო ხასიათი ეტარებინა.⁴

ამჟამად *UNCITRAL*-ის მოდელური კანონის მე-17 მუხლი აკისრებს განმცხადებელ მხარეს ანაზღაუროს ყველა ის საფასური და ზიანი რაც სახეზე არ იქნებოდა, რომ არა სარჩელის უზრუნველყოფის ღონისძიება. არბიტრაჟს კანონი ანიჭებს უფლებამოსილებას განხილვის ნებისმიერ ეტაპზე მხარეს მოსთხოვოს ამ თანხის წარდგენა, თუმცა ამგვარი უფლებამოსილება უფრო შესაძლოა განვიხილოთ, როგორც მოპასუხე მხარის ინტერესთა დაცვის მექანიზმი, რაც ნებისმიერ ეტაპზე შეიძლება ამოქმედდეს და არა მაინცდამაინც უზრუნველყოფის ღონისძიების მიზნით.

¹ *Wong J.*, The Issuance of Interim Measures in International Disputes: A Proposal Requiring a Reasonable Possibility of Success on the Underlying Merits, *Georgia Journal of International and Comparative Law* 33, 2004. 618-619.

² *Vor Segesser G.*, Vorsorgliche Massnahmen im Internationalen Schiedsprozess, *Association Suisse de l'Arbitrage Bulletin* 25, 2007, 473.

³ *Donovan D.F.*, The Scope and Enforceability of Provisional Measures in International Commercial Arbitration: A Survey of Jurisdictions, The Work of UNCITRAL and Proposals for Moving Forward, *International Commercial Arbitration: Important Contemporary Questions*, Kluwer, Netherlands 2003, 130.

⁴ იქვე, 131.

ნისძიებათა გამოყენების წინაპირობა, რომელიც, როგორც დადგენილი სტანდარტი, მოწმდება არბიტრის მიერ სანამ რაიმე გადაწყვეტილებას მიიღებს.

4.6. სხვადასხვა ანგარიშგასანევი ფაქტორები

ის საკითხი თუ კონკრეტულად რა უნდა შეამოწმოს არბიტრმა და რამდენად უფრო ღრმა ანალიზის მოხდენაა საჭირო, შესაძლოა თავად უზრუნველყოფის ღონისძიების ხასიათსა და მის სახეზე იყოს დამოკიდებული. მაგალითად, ღონისძიების სახე თუ იმდენად მძიმეა, როგორც საერთაშორისო დონეზე ქონების ყადაღა¹, არბიტრს უფრო მეტი სიფრთხილის გამოჩენა მართებს მხარის განცხადების დაკმაყოფილებამდე. ამ საკითხზე საინტერესო მსჯელობა აქვს ინგლისის სასამართლოს საქმეში *Dadourian Group International Inc. & Ors v Simms & Ors*.² დავის დროს ჩამოყალიბებულ იქნა რვა გაიდლაინი, რომლითაც სასამართლომ უნდა იხელმძღვანელოს მსგავსი გადაწყვეტილების გამოტანამდე. კონკრეტულად ამ გაიდლაინებს მიეკუთვნება:

1. „ნებართვა უნდა იყოს სამართლიანი და გამოსადეგი, რაც ნიშნავს, რომ ყადაღის ეფექტურობა გარანტირებული უნდა იყოს და არ ატარებდეს მჩაგვრელ ხასიათს;
2. განხილული უნდა იყოს ყოველგვარი გარემოება და ალტერნატივა, ადეკვატურობასთან ერთად, რათა გათვალისწინებულ იქნას როგორც განმცხადებლის, ისე მესამე პირთა ინტერესებიც, რომელთა უფლებებზეც შესაძლოა ყადაღამ ზეგავლენა მოახდინოს;
3. განმცხადებელი მხარის ინტერესების შედარება უნდა მოხდეს მოპასუხე მხარის ინტერესებთან და, აგრეთვე, ნებისმიერ იმ პირთანაც, რომელიც შესაძლოა მოგვიანებით იქნას დავაში ჩართული;
4. განმცხადებელი მოკლებული უნდა იყოს შესაძლებლობას, მიიღოს საკუთარი მოთხოვნის დაკმაყოფილება უფრო ეფექტური გზით;
5. განმცხადებელმა უნდა მიაწოდოს ყველა საჭირო ინფორმაცია და მტკიცებულება გადაწყვეტილების მისაღებად, კონკრეტულად კი ეს ინფორმაცია შეიძლება ეხებოდეს იმ ქვეყნის პრაქტიკას და მიდგომას, სადაც უნდა მოხდეს აღსრულება, აგრეთვე, ამომწურავ ინფორმაციას დასაყადაღებელი აქტივების, მათი მფლობელი პირების შესახებ;
6. განმცხადებელმა უნდა დაამტკიცოს, რომ აქტივები ნამდვილად არსებობს და ის უცხო ქვეყნის იურისდიქციის ქვეშ ექცევა;
7. წარდგენილ უნდა იქნეს დასაბუთება, რომ მოპასუხე აპირებს დასაყადაღებელი აქტივების გასხვისებას;
8. განმცხადებელმა უნდა შეატყობინოს მოპასუხეს, განცხადების წარდგენის შესახებ. თუკი განცხადების დაკმაყოფილების გადაუდებელი აუცილებლობა არსებობს, შესაძლოა მოპასუხეს მოგვიანებით, თუმცა რაც შეიძლება სწრაფად შეატყობინონ განცხადების არსებობის შესახებ“.³

მიუხედავად იმისა, რომ ეს სტანდარტები დადგენილია არა არბიტრაჟის, არამედ სასამართლოს მიერ, რეალურად ის წარმოადგენს იმდენად სამართლიან და დეტალურ აღწერას თითოეული წინაპირობისა, რომ სასურველია არბიტრაჟების მეორაც იქნას გათვალისწინებული. თუმცა, ისიც აღსანიშნავია, რომ აქ საქმე ეხება უზრუნველყოფის ღონისძიების ერთ-ერთ ყველაზე მკაცრ და რადიკალურ ზომას: საერთაშორისო ყადაღას. შესაბამისად, აქ განცხადების განმხილველ პირს დიდი გულისხმიერება მოეთხოვება, რათა არ დაირღვეს მოპასუხის ინ-

¹ *Worldwide Freezing Order.*

² *Falconer C., Bouchenaki A., Protective Measures in International Arbitration, Business Law International, 11, 2010, 183.*

³ *Dadourian Group v. Simms*, <<http://archive.onlinedmc.co.uk/Dadourian%20Group%20v.%20Simms.htm>>, [01.07.2013].

ტერესები. მართალია, არბიტრაჟმა ზედმინვენიტ უნდა შეაფასოს არაერთი საკითხი, თუმცა ყველა ღონისძიების გამოყენებას ამდენი წინაპირობა თუ დავუნესეთ, შესაძლოა გადაწყვეტილების მიღებას იმდენი დრო დასჭირდეს, რომ „გადაუდებელი“ ღონისძიებები დაგვიანებით გატარდეს და ამით უკვე განმცხადებლის ინტერესებს შეექმნას საფრთხე.

5. სარჩელის უზრუნველყოფის ღონისძიებებთან დაკავშირებული ცალკეული პრობლემური საკითხები

5.1. სარჩელის უზრუნველყოფის ღონისძიებათა გამოყენების საჭიროება არბიტრაჟის ფორმირებამდე

საარბიტრაჟო გზით დავის მოგვარებისას სარჩელის უზრუნველყოფის ღონისძიებებთან მიმართებით გამოიკვეთება პრობლემა ცალკეულ საკითხთა დეტალური რეგულირების არარსებობის გამო. კერძოდ კი ამგვარ პრობლემას მიაკუთვნებენ იმ გაურკვევლობას თუ ვინ უნდა მიიღოს გადაწყვეტილება სარჩელის უზრუნველყოფის ღონისძიებების გამოყენებისა მაშინ, როდესაც არბიტრაჟის ფორმირება ჯერ კიდევ არ მომხდარა. ეს პროცედურა შესაძლოა თვეები გაინელოს, უზრუნველყოფის ღონისძიების მთელი არსი კი ის არის, რომ მხარემ სასწრაფოდ იმოქმედოს და დროებით შეინარჩუნოს ის მდგომარეობა, რომელიც შემდგომ ხელს შეუწყობს საბოლოო შედეგის მიღწევაში. თუკი განმცხადებელი რამდენიმე თვე დაელოდება არბიტრთა შერჩევის პროცესის დასრულებას, არაა გამორიცხული ლოდინს აზრი აღარ ჰქონდეს.¹

აღნიშნულმა საკითხმა გამოხმაურება ჰპოვა არაერთ საარბიტრაჟო რეგლამენტში შესაბამისი მოწესრიგების შეთავაზების მხრივ.

მაგალითად ავიღოთ ლონდონის საერთაშორისო არბიტრაჟისთვის მოქმედი ნესები², მისი მე-9 მუხლი ითვალისწინებს ცალკეულ შემთხვევებში არბიტრაჟის დაჩქარებული ფორმირების პროცედურებს. თუმცა ამ მუხლის მიზანია შეამციროს დადგენილი ვადები და ამით უფრო ეფექტური ღონისძიებები გაატაროს დავის გადაწყვეტისთვის. უზრუნველყოფის ზომებთან დაკავშირებით მუხლი არაფერს ამბობს და, შესაბამისად, არ წარმოადგენს დასმული საკითხის სრულყოფილად გადაწყვეტის გზას. დაჩქარებულმა ვადებმა შესაძლოა დადებითი ზეგავლენა იქონიოს განმცხადებელზე, თუმცა ეს სულაც არ არის საკმარისი სწრაფი და ეფექტური ღონისძიების მისაღებად მაშინ, როდესაც მხარისთვის ის სასწრაფო და გადაუდებელია.³

1990 წლიდან ICC ასევე სთავაზობს „წინასაარბიტრაჟო პროცედურებს (pre-arbitral referee Procedure), რომელიც საშუალებას აძლევს არბიტრს სხვა საკითხებთან ერთად სარჩელის უზრუნველყოფის ღონისძიების გამოყენებისა, საარბიტრაჟო განხილვის დაწყებამდე. კონკრეტულად კი არბიტრი უფლებამოსილია:

1. გამოიყენოს ნებისმიერი დამცავი ღონისძიება, რომელიც მხარეს თავიდან ააცილებს სასწრაფო ზიანსა და აუნაზღაურებელ დანაკარგებს;
2. დააკისროს მხარეს თანხის გადახდა;
3. უბრძანოს მხარეს შეასრულოს მის მიერ ნაკისრი ვალდებულება, მათ შორის, მოახდინოს ხელმოწერა ან მიწოდება რომელიმე კონკრეტული დოკუმენტისა ანდა უზრუნველყოს ამ მოქმედების განხორციელება სხვა პირის მიერ;
4. უბრძანოს მხარეს მტკიცებულებათა შენახვა“.⁴

იმისათვის, რომ მხარეებს ეს პროცედურა გამოიყენებინათ, მათ პირდაპირ უნდა ჰქონოდათ საამისო შეთანხმება: სპეციალური დათქმა საარბიტრაჟო შეთანხმებაში ანდა სხვა ნების-

¹ Ferguson M. S., Interim Measures of Protection in International Commercial Arbitration: Problems, Proposed Solutions and Anticipated Results, International Trade Law Journal, 2003, 55.

² LCIA Arbitration Rules.

³ Collins E., Pre-Tribunal Emergency Relief in International Commercial Arbitration, 10 Loyola University Chicago International Law Review, 10, 2012, 105.

⁴ ICC Rules for Pre-Arbitral Referee Procedure, Article 2.1

მიერი წერილობითი ფორმით ნების გამოვლენისას, რომ თანახმა იყვნენ „წინასაარბიტრაჟო პროცედურების“ ამოქმედებისა. წინააღმდეგ შემთხვევაში არბიტრს, რომც გაეცა უზრუნველყოფის ღონისძიების გამოყენებაზე ბრძანება, მას არ ექნებოდა მხარეთათვის სავალდებულო ძალა. ნიუ-იორკის კონვენციის¹ თანახმად, იგი არ განიხილებოდა საარბიტრაჟო გადაწყვეტილებად და ვერ მოხდებოდა მისი სასურველ ქვეყანაში აღსრულება.

საერთაშორისო სავაჭრო პალატამ ეს საკითხი კიდევ უფრო დეტალურად და გამართულად დაარეგულირა 2012 წლიდან. დაამატა რა საარბიტრაჟო წესებს მე-5 დანართი ე.წ. „საარბიტრაჟო წესები გადაუდებელი საჭიროებისას“². ამ უკანასკნელის ფუნქცია იგივეა რაც მისი წინამორბედის, თუმცა მისი ამოქმედებისთვის მთავარია რომ:

1. მხარეებს დადებული ჰქონდეთ საარბიტრაჟო შეთანხმება დავის ICC არბიტრაჟისთვის გადაცემისა და მათივე რეგლამენტის გამოყენებისთვის;
2. მხარეებს არ ჰქონდეთ პირდაპირ გამორიცხული მე-5 დანართის მოქმედება;
3. მხარეებს პირდაპირ არ ჰქონდეთ გათვალისწინებული, მონესრიგებული ამ საკითხებზე უფრო დეტალური და განსხვავებული წესები.³

შესაბამისად, პრობლემის მოგვარების გზები საერთაშორისო სავაჭრო პალატამ უკვე საარბიტრაჟო რეგლამენტშივე ჩადო და საკმარისია მხარეების მიერ ამ ინსტიტუტისთვის მიმართვა, რომ მათ მიიღონ არბიტრაჟის ფორმირებამდე, საჭიროების დადგომის შემთხვევაში, სწრაფი და ეფექტური გამოსავალი.

მიუხედავად იმისა, რომ ცალკეულ ინსტიტუტთაგან შემოთავაზებულია მცდელობა, არბიტრაჟის ფორმირებამდე იპოვონ უზრუნველყოფის ღონისძიების საჭიროებაში მყოფი მხარის დროულად დახმარებისა, შეიძლება ითქვას, ეს პრობლემა ბოლომდე მაინც არ არის გადაჭრილი. შესაბამისად, მხარეებმა თავად უნდა გამოიჩინონ წინდახედულება ამ შემთხვევაში და აირჩიონ შემდეგ ალტერნატივათაგან ერთ-ერთი: დეტალურად მოახდინონ ამ საკითხის რეგულირება და შესაბამისი ასახვა საარბიტრაჟო შეთანხმებაში ანდა უზრუნველყოფის ღონისძიების გამოყენების მოთხოვნით მიმართონ შესაბამის სასამართლოს. წინააღმდეგ შემთხვევაში, თავისუფლად შეიძლება საბოლოო გადაწყვეტილების ლოდინმა საარბიტრაჟო განხილვის დაწყებამდე დაკარგოს ყოველგვარი აზრი.

5.2. მხარის მონაწილეობის გარეშე (“*ex parte*”) უზრუნველყოფის ღონისძიების გამოყენების თაობაზე გადაწყვეტილების გამოცანა

იურიდიულ ლიტერატურაში საკმაოდ დიდი აზრთა სხვადასხვაობა აქვს გამონვეული იმ საკითხს, უნდა ჰქონდეს თუ არა არბიტრაჟს უფლება მოთხოვნის უზრუნველყოფათა გამოყენებისა, თუკი ამ ღონისძიებათა შესახებ გადაწყვეტილების მიღების პროცესში არ იქნა მოსმენილი იმ მხარის პოზიცია, რომლის წინააღმდეგაც გამოყენებულ იქნება ეს ღონისძიება.⁴

საკმაოდ კარგი არგუმენტები აქვთ ამ ინსტიტუტის გამოყენების მომხრე პრაქტიკოს იურისტებს, მათი თქმით ამ ღონისძიების გამოყენების აუცილებლობა დგება მაშინ, როდესაც მისი მომთხოვნი მხარის ინტერესების დასაცავად სისწრაფის და მოულოდნელობის ეფექტი განსაკუთრებით შედეგის მომტანი იქნება. ხოლო რაც შეეხება მონინააღმდეგე მხარეს, მისი ინტერესები არ შეილახება თუკი განცმხადებელი მხარე შესაბამის გარანტიას წარადგენს. “*Ex parte*” ინსტიტუტის მომხრეები მონინააღმდეგე მხარის დაცვის გარანტიად ასევე იმ ფაქტს მიიჩნევენ, რომ უზრუნველყოფის ღონისძიებათა გამოყენების შესახებ გადაწყვეტილების მიღე-

¹ 1958 – Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards - the "New York" Convention, < http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/NY-conv/XXII_1_e.pdf>.

² ICC Arbitration Rules Appendix V - Emergency Arbitration Rules.

³ Emergency arbitrator, <<http://www.iccwbo.org/products-and-services/arbitration-and-adr/arbitration/emergency-arbitrator/>>.

⁴ “*ex parte*” Interim Measures.

ბის შემდეგაც შეიძლება მოწვეულ იქნას დამატებითი სხდომები, რომელზეც განხილულ იქნება ღონისძიებათა შემცირება ან საერთოდ გაუქმება.¹

თუმცა ე.წ. „*ex parte*” ინსტიტუტს საკმაოდ ბევრი მონინაალმდეგეც ჰყავს. მაგალითად, პროფესორ ჰანს ვან ჰუტის მთელი სტატია აქვს მიძღვნილი „*ex parte*” გადაწყვეტილებებისათვის, სადაც იგი მთელ რიგ მიზეზებს ასახელებს თუ რატომ არ არის მიზანშეწონილი ამ ინსტიტუტის გამოყენება. ერთ-ერთ ასე მიზეზად იგი ინსტიტუტის შეუსაბამობას ასახელებს არბიტრაჟის კონსენსუალურ ხასიათთან, ამბობს რა, რომ დავის ალტერნატიული განხილვის ეს მეთოდი მთლიანად მხარეთა ნებასა და მოლოდინებზეა აგებული და „*ex parte*”-ს არსებობა კი მხარეს ამ ინტერესებს ურღვევს. შესაბამისად, სტატიაშივე არის მოცემული რეკომენდაცია, მოდელური კანონი იმგვარად ჩამოყალიბებულიყო, რომ მხარეებს შეძლებოდათ თავად დაენუსებინათ მხარის მონაწილეობის გარეშე ინსტიტუტის გამოყენების უფლება და არა პირიქით – მხარეებს დასჭირვებოდათ ამ ინსტიტუტის წინასწარ გამორიცხვა, რათა რომელიმე მათგანის წინააღმდეგ შემდგომ არ ყოფილიყო გამოყენებული.² ამავე სტატიაში ავტორი წერს, რომ მხარის „ზურგს უკან“ მიღებული გადაწყვეტილება ამ მხარისთვის მიუღებელი იქნება. შესაბამისად, მოდავე მხარე აუცილებლად შეეცდება ამგვარი გადაწყვეტილების გასაჩივრებას და ნებაყოფლობითი შესრულების შესაძლებლობა თავიდანვე შეგვიძლია გამოვრიცხოთ. განმცხადებელ მხარეს კი მოუწევს სასამართლოს მეშვეობით აღსრულების მექანიზმების გამოყენება და თუნდაც ამ გზით წარმატების მოპოვების შემთხვევაში იმდენ დროს დაკარგავს, რომ „*ex parte*”-ს მომხრეთა არგუმენტი „მოულოდნელობის ეფექტის“ გამოყენებით, აზრს კარგავს. რაც შეეხება თავად აღსრულების ინსტიტუტს, მხარის მონაწილეობის გარეშე მიღებულ გადაწყვეტილებათა აღსრულება ზოგიერთ სამართლებრივ სისტემაში საერთოდ მიუღებელია, ხოლო ზოგიერთში კი დაშვებულობის მიუხედავად მაინც არსებობს გარკვეული ანტიპათია და ეჭვი ამ ინსტიტუტის მიმართ. შესაბამისად, მხარე, რომელიც მონინაალმდეგის მონაწილეობის გარეშე მიღებულ გადაწყვეტილებას სასამართლოში სააღსრულებო ფურცლის მოსაპოვებლად წარადგენს უნდა იყოს მზად იმისთვის, რომ მოსამართლე მკაცრად და ძირფესვიანად შეაფასებს, თუ რამდენად იყო დაცული თითოეული პროცესუალური ნორმა, რამდენად იყო საჭირო ამგვარი ფორმით გადაწყვეტილების მიღება და ხომ არ არის მეორე მხარის კანონიერ უფლებათა დარღვევა სახეზე, რამაც შეიძლება საკმაოდ დიდი დროც მოითხოვოს.³

ამ საკითხთან დაკავშირებით სპეციალურ რეგულაციას გვთავაზობს UNCITRAL-ის მოდელური კანონი (2006 წლის ცვლილებებით),⁴ რომელიც ითვალისწინებს ე.წ. „წინასწარ ბრძანებას“⁵. ეს უკანასკნელი კი სწორედ „*ex parte*” ღონისძიების გამოყენებაა თავისი შინაარსით, ვინაიდან ხდება მხოლოდ განმცხადებლის არგუმენტაციის მოსმენა და ღონისძიების გამოყენებაზე გადაწყვეტილება მიიღება მეორე მხარის დაუსწრებლად. თუმცა, ამ „წინასწარი ბრძანების“ თავისებურება ისაა, რომ იგი პრობლემის დაუყოვნებლივ, თუმცა დროებით გადაჭრას ისახავს მიზნად. მას ვადა გასდის 20 დღის შემდეგ ან იმ დროს როდესაც მეორე მხარე საქმეში ჩაერთვება. ვადის გასვლის შემდგომ არბიტრაჟს შეუძლია უკვე გადაწყვეტილების სახით მიიღოს სარჩელის უზრუნველყოფის ღონისძიება, რომელიც „წინასწარ ბრძანებას“ ან ადასტურებს ანდა ცვლის/აუქმებს.⁶ „წინასწარი ბრძანება“ არ გაიცემა გადაწყვეტილების სახით (*Such a preliminary order does not constitute an award*)⁷, შესაბამისად, ის მოქმედებს მხარეებს შორის და მისი სასამართლოს მეშვეობით იძულებითი აღსრულება არ მოხდება.

¹ Ferguson M. S., Interim Measures of Protection in International Commercial Arbitration: Problems, Proposed Solutions, and Anticipated Results, International Trade Law Journal, 2003, 55.

² Van Houtte H., Ten Reasons against a Proposal for “*ex parte*” Interim Measures of Protection in Arbitration, 20 Arbitration International, Vol. 20, Number I, 2004, 85.

³ Van Houtte H., Ten Reasons against a Proposal for “*ex parte*” Interim Measures of Protection in Arbitration, 20 Arbitration International, Vol. 20, Number I, 2004, 85.

⁴ UNCITRAL Model Law (Revised 2006) Article 17.

⁵ Preliminary Order.

⁶ Margaret L.M., The Principles and Practice of International Commercial Arbitration, Cambridge, 2008, 102.

⁷ UNCITRAL Model Law Article 17C 5.

5.3 სასამართლოს მიერ უზრუნველყოფის ღონისძიებათა მიღება

ზოგადი წესის თანახმად, საარბიტრაჟო შეთანხმების არსებობა გულისხმობს მხარეთა შორის იმ კონკრეტულ დავასთან დაკავშირებით სასამართლოსგან გამორიცხვას. ამგვარ დათქმას ითვალისწინებს თუნდაც მოდელური კანონის მე-8 მუხლის პირველი პუნქტი, რომელიც ავალდებულებს სასამართლოს, თუკი საარბიტრაჟო დათქმას არარად, ბათილად მიიჩნევს, გააგზავნოს მხარეები არბიტრაჟში, ხოლო მეორე ნაწილი კი არბიტრაჟს უფლებას აძლევს განაგრძოს საქმის განხილვა და გამოიტანოს გადაწყვეტილება მიუხედავად იმისა, რომ სასამართლოში წარდგენილია სარჩელი.¹

სსსკ-ის 186-ე მუხლის პირველი ნაწილის „დ“ პუნქტის თანახმად: „მოსამართლე სარჩელი ჩაბარებიდან 5 დღის ვადაში არ მიიღებს სარჩელს თუ: მხარეებს დადებული აქვთ ხელშეკრულება, ან მათ შორის არსებობს შეთანხმება, რომ მათ შორის წარმოშობილი დავა გადასაწყვეტად გადაეცეს არბიტრაჟს“.² შესაბამისად, თუკი მხარეები შეთანხმებული არიან არბიტრაჟის მიერ დავის განხილვაზე, სასამართლო დავის პროცესში არ ჩაერევა და 272-ე მუხლის საფუძველზე შეწყვეტს საქმის წარმოებას, თუკი ერთ-ერთი მხარე მაინც მიმართავს მას. ანალოგიურ დათქმას შეიცავს არაერთი უცხოური კანონმდებლობა. მაგალითად, გერმანული სამოქალაქო საპროცესო კოდექსის 1032-ე პარაგრაფის თანახმად სასამართლო დაუშვებლად ცნობს სარჩელს ისეთ დავაზე რომლის თაობაზეც არსებობს მოქმედი საარბიტრაჟო შეთანხმება³. ეს ორივე რეგულაცია სიტყვასიტყვით გადმოღებულია უცხოურ გადაწყვეტილებათა ცნობა-აღსრულების შესახებ ნიუ-იორკის 1958 წლის კონვენციის მეორე მუხლის მესამე ნაწილიდან, რომლის ყველა ხელშემკვრელი მხარე იზიარებს ამგვარ პირობას. აბსოლუტურად გასაზიარებელია ის პოზიცია, რომ ერთ-ერთმა მხარემ რომც გადაიფიქროს შემდეგ და სასამართლოსთვის მიმართვა გადაწყვიტოს მისთვის ეს დაუშვებელი უნდა იყოს, და ამით მისი კონსტიტუციური უფლებათა დარღვევა სულაც არ ხდება, შესაბამისად, „ხელშეკრულება უნდა შესრულდეს“ და მხარემ უნდა მიმართოს მხოლოდ არბიტრაჟს.⁴

თუმცა, ამგვარი წესი ეხება მხოლოდ დავის ძირითად განხილვასა და გადაწყვეტას. ცალკეულ საკითხებში სასამართლოს აქვს კომპეტენცია „ჩაერიოს“ საარბიტრაჟო განხილვაში და ცალკეულ საკითხებზე გადაწყვეტილება თავისით მიიღოს. ერთ-ერთ ამგვარ საკითხს წარმოადგენს სარჩელის უზრუნველყოფის ღონისძიებები. *UNCITRAL*-ის მოდელური კანონის მე-17 მუხლის მე-5 სექცია ამგვარ რეგულაციას შეიცავს: „სასამართლოს აქვს იგივე უფლება გამოიყენოს სარჩელის უზრუნველყოფის ღონისძიებები, რაც საერთაშორისო არბიტრაჟთანაა კავშირში, განურჩევლად იმისა თუ სად იმართება საარბიტრაჟო განხილვა. თავისი უფლება სასამართლოს საკუთარი კანონმდებლობის მიხედვით შეუძლია გამოიყენოს, საერთაშორისო საარბიტრაჟო განხილვის სპეციფიკის გათვალისწინებით“. ამგვარი პირობა გვხვდება როგორც *UNCITRAL*-ის საარბიტრაჟო წესებში⁵, ისე ლონდონის არბიტრაჟის რეგლამენტში⁶ და *ICC*-ის საარბიტრაჟო რეგლამენტში⁷.

შესაბამისად დადგენილი წესია, რომ მიუხედავად საარბიტრაჟო შეთანხმების არსებობისა, ისეთ საკითხზე როგორცაა მოთხოვნის უზრუნველყოფათა ღონისძიება დასაშვებია მხარის მიერ დასახმარებლად სასამართლოსთვის მიმართვა.

აღსანიშნავია, რომ ამგვარ რეგულაციაზე საკმაოდ დიდი ხანი გრძელდებოდა დავა. კონკრეტულად იურისტები, სამუშაო ჯგუფები იმ საკითხებზე ვერ თანხმდებოდნენ თუ რამდენად არის სასამართლოსთვის მიმართვა შესაბამისობაში საარბიტრაჟო შეთანხმებასთან, აგრეთვე,

¹ UNCITRAL Model Law Article 8.

² საქართველოს სამოქალაქო საპროცესო კოდექსი, <https://matsne.gov.ge/index.php?option=com_ldms-search&view=docView&id=31702&lang=ge>.

³ Zivilprozessordnung (შემდგომში – ZPO) §1032 Schiedsvereinbarung und Klage vor Gericht, <<http://www.gesetze-im-internet.de/zpo>>.

⁴ *ცერცვაძე გ.*, საერთაშორისო არბიტრაჟი, თბ., 2009, 195.

⁵ UNCITRAL arbitration rules Article 26.9.

⁶ LCIA Rules Article 25.3.

⁷ ICC Arbitration Rules Article 28, II.

ნიუ-იორკის 1958 წლის კონვენციის იმ მუხლთან, რომელიც სასამართლოს ავალდებულებდა არ მიეღო იმგვარი დაგები განსახილველად რომელზეც არსებობდა საარბიტრაჟო შეთანხმება, აგრეთვე თუ რამდენად ნიშნავდა, მხარის მიერ სასამართლოსთვის მიმართვა, და ამ უკანასკნელისგან გადანყვეტილების მიღება უზრუნველყოფის ღონისძიების გამოყენების თაობაზე, საარბიტრაჟო შეთანხმებაზე უარს.¹ შესაბამისად, მოხდა წლების განმავლობაში საარბიტრაჟო რეგლამენტების, კონვენციების მოდიფიკაცია, სპეციალური მუხლების ჩამატება. თუმცა, იურისტები, საბოლოოდ, მაინც იმაზე შეთანხმდნენ, რომ სასამართლოსთვის მიმართვა არც თავიდანვე მოიაზრებოდა, როგორც მხარის უფლება, უზრუნველყოფის ღონისძიებათა კონტექსტში. 1961 წლის საერთაშორისო კომერციულ არბიტრაჟთან დაკავშირებულ ევროპის კონვენციის მე-6 მუხლში², პირდაპირ იყო მითითებული, რომ: „მხარის მიერ უზრუნველყოფის ღონისძიებათა გამოყენების მოთხოვნით, ქვეყნის მართლმსაჯულების განმახორციელებელ ორგანოსთვის მიმართვა არ ნიშნავს მისთვის ძირითადი დავის განსახილველად გადაცემას“.

შესაბამისად, მიუღებელია ის პრაქტიკა, როდესაც მხარე ცალკეულ საკითხზე გადანყვეტილების მისაღებად მიმართავდა სასამართლოს, რის გამოც ითვლებოდა, რომ ამ მხარემ უარი თქვა თავის საარბიტრაჟო შეთანხმებაზე და საქმე არა მხოლოდ ამ საკითხზე, არამედ მთლიან დავაზე გადასცა სასამართლოს.³

ყოველივე ზემოაღნიშნულიდან გამომდინარე, მხარეებს შეუძლიათ უპრობლემოდ მიმართონ სასამართლოს უზრუნველყოფის ღონისძიებათა გამოყენების მოთხოვნით, ხოლო შემდეგ დავის განხილვა განაგრძონ მათთვის სასურველ საერთაშორისო არბიტრაჟში.

რაც შეეხება, იმ საკითხს, თუ კონკრეტულად რომელ სასამართლოს აქვს კომპეტენცია განიხილოს ეს საკითხი და გამოიყენოს შესაბამისი ღონისძიება, ეს უნდა გადანყვეტილების საერთაშორისო კერძო სამართლის შესახებ შესაბამისი კანონმდებლობით.⁴

სასამართლოსთვის უზრუნველყოფის ღონისძიების თაობაზე მიმართვას, ის პრიორიტეტი აქვს, რომ მოსამართლე გამოიტანს განჩინებას, რომლის თაობაზეც სააღსრულებო ფურცლის მოპოვება სწრაფი პროცესია და დამატებით ცნობა-აღსრულებითი ღონისძიებები სხვადასხვა ქვეყნებში აღარაა საჭირო. მიუხედავად ამ გარემოებისა, არბიტრაჟი მაინც ითვლება უფრო ხელსაყრელ და პოპულარულ დანესებულებად, უზრუნველყოფის ღონისძიებების მოთხოვნისთვის, გამომდინარე იქიდან, რომ არბიტრაჟს უკეთესად შეუძლია მხარის დასაბუთებულობის, დასაშვებობის წინაპირობების შეფასება და უზრუნველყოფის ღონისძიებათა მნიშვნელობის დადგენა საქმის არსობრივი განხილვისა და შედეგებისთვის. ამასთანავე, არბიტრაჟი უკეთ გაარკვევს, ნამდვილად სჭირდება მხარეს ეს ღონისძიებები, თუ ეს უბრალოდ პროცესის გაჭიანურების საფუძველია და მხარე ამას ბოროტად იყენებს. აქედან გამომდინარე, სასამართლოს ცალკეულ უპირატესობათა მიუხედავად, საერთაშორისო არბიტრაჟები მაინც წარმოადგენენ იმ დანესებულებებს, რომელთაც მხარე დავის ძირითადი საკითხების განხილვა-გადაწყვეტასთან ერთად, სარჩელის უზრუნველყოფის ღონისძიებათა გამოყენების თაობაზეც მიმართავს თხოვნით.⁵

5.4. უზრუნველყოფის ღონისძიებათა გამოყენება მესამე პირებზე

საარბიტრაჟო განხილვის დროს პრობლემა წარმოიშვება მაშინ, როდესაც ცალკეული გადანყვეტილება მიმართულია არა ხელშემკვრელ მხარეებზე, არამედ მესამე პირზე, რომელიც მონაწილეობას არ იღებს დავის განხილვაში. მაგალითად, თუკი რომელიმე კონკრეტული

¹ Gaillard E., Savage J., International Commercial Arbitration, Hague, 1999, 712-713.

² European Convention on International Commercial Arbitration of 1961 Done at Geneva, April 21, 1961 United Nations.

³ Gaillard E., Savage J., International Commercial Arbitration, Hague, 1999, 716.

⁴ მაგ., საქართველოს კანონი „საერთაშორისო კერძო სამართლის შესახებ“, 1998, <https://matsne.gov.ge/index.php?option=com_idmssearch&view=docView&id=93712&lang=ge>.

⁵ Bucy D.R., How to Best Protect Party Rights: The Future of Interim Measures in International Commercial Arbitration Under the Amended UNCITRAL Model Law, American University International Law Review, 25, 2010, 579.

მტკიცებულება არის არა მოპასუხის, არამედ მესამე პირის მფლობელობაში, რამდენად არის შესაძლებელი ამ პირზე უზრუნველყოფის ღონისძიების გავრცელება.¹

UNCITRAL-ის მოდელური კანონის მე-17 მუხლი, უზრუნველყოფის ღონისძიების დეფინიცია, შეიცავს ტექსტს: „არბიტრაჟი უბრძანებს მხარეს“... მხარე, ამ შემთხვევაში, დავის განხილვის მონაწილე სუბიექტია. საქმე იმაშია, რომ საარბიტრაჟო წარმოების ქვაკუთხედი მისი კონსენსუალური მხარეა, არბიტრაჟზე დავა გადადის მხარეთა შეთანხმებით, ერთგვარი ხელშეკრულებით. ხელშეკრულება კი წარმოშობს რელატიურ უფლებას, რომლის გავრცელებაც შესაძლებელია შესაბამისი გარიგების დამდებ მხარეზე. აქედან გამომდინარე, არბიტრაჟს არ შეუძლია უბრძანოს კეთილსინდისიერ შემძენ მესამე პირს არ გაასხვისოს ქონება. აგრეთვე, ამგვარ შეზღუდვაზე ზეგავლენას საარბიტრაჟო წარმოების კონფიდენციალობაც ახდენს. მე-სამე პირები ყოველთვის გამოთიშული არიან დავის განხილვისგან და მათ პროცესზე დასწრების უფლებაც არ აქვთ, შესაბამისად, ვერ მოხდება მესამე პირების ასე მარტივად წარმოებაში ჩართვა.²

6. სარჩელის უზრუნველყოფის ღონისძიებათა მიმართ მოქმედი დამცავი პირობები UNCITRAL-ის მოდელური კანონის თანახმად

უკვე არაერთხელ იქნა აღნიშნული, რომ სარჩელის უზრუნველყოფის ღონისძიება ერთი მხარისთვის კი წარმოადგენს დაცვის მექანიზმს, თუმცა მოპასუხისთვის ის არის მნიშვნელოვანი ზიანის მიყენების საშიშროება, განსაკუთრებით თუ უზრუნველყოფის ღონისძიება ან საერთოდ უსამართლოდაა გამოყენებული ანდა გადამეტებული ოდენობით. ბუნებრივია, თუ კომპანიას მთელ საბანკო ანგარიშებს გავუყინავთ, ის ვერ შეძლებს შესაბამისად ოპერირებას და შედეგებიც სავალალო იქნება. სწორედ ამ მიზეზის გამო არსებობს არაერთი ფორმალური თუ მატერიალური წინაპირობა, რომელსაც არბიტრაჟი გვერდს ვერ აუქცევს სანამ სარჩელის უზრუნველყოფის ზომას მიიღებს. დაუშვებელია, გათვალისწინებულ იქნას მხოლოდ ერთი მხარის პოზიცია, თუკი არბიტრაჟი დავის განმხილველი პირია, მაშინ ის ვალდებულია განიხილოს ეს დავა თანასწორობის და მიუკერძოებლობის საწყისებზე და გაითვალისწინოს, აგრეთვე, მოპასუხე მხარის ინტერესებიც.

გარდა დასაშვებობის წინაპირობებისა, UNCITRAL-ის მოდელურ კანონში,³ კერძოდ კი მე-17 მუხლის მე-3 სექციაში, გათვალისწინებულია ცალკეული მოთხოვნები, პირობები, რომლის მთავარი მიზანია დაცული იყოს იმ მხარის ინტერესები და უფლებები, ვის წინააღმდეგაც მიიღება უზრუნველყოფის ღონისძიებები. ეს მუხლები ერთგვარ მექანიზმს ქმნის, რათა უსაფუძვლოდ მიღებული ღონისძიებები დროულად იქნას გამოსწორებული ან მოხდეს მათგან მიყენებული ზიანის სწრაფი და ეფექტური კომპენსაცია.

აღსანიშნავია, რომ UNCITRAL-ის მოდელურ კანონში ცვლილებების შემუშავების პერიოდში სამუშაო ჯგუფმა გამოიყენა ამ სექციის შესაქმნელად საერთაშორისო სამართლის ასოციაციის⁴ 1996 წლის ჰელსკინის კონფერენციაზე დანერგილი „წინასწარი და დროებითი უზრუნველყოფის ღონისძიებათა მიმართ გამოსაყენებელი პრინციპები საერთაშორისო მართლმსაჯულებისას“,⁵ ისევე როგორც საერთაშორისო კერძო სამართლის შესახებ ჰააგის 2001 წლის კონფერენციაზე და ამერიკული სამართლის ინსტიტუტისა და კერძო სამართლის უნი-

¹ Wang W., International Arbitration: The Need for Uniform Interim Measures of Relief, Brook Journal of International Law, 28, 2003, 1059.

² Srinivasan B., Scope of Power to Grant Interim Measures against Third Parties under the Arbitration and Conciliation Act, 1996, <<http://ssrn.com/abstract=2141718>> [30.06.2013].

³ ისევე, როგორც მათივე საარბიტრაჟო წესებში.

⁴ International Law Association (ILA) 1873 წელს შექმნილი ორგანიზაციაა, რომლის მთავარი მიზანი საერთაშორისო სამართლის შესწავლას, განმარტებასა და დახვეწას წარმოადგენს. ორ წელიწადში ერთხელ ორგანიზაცია მართავს საერთაშორისო კონფერენციებს, რომლებზეც ცალკეული საკითხების განხილვა-შემუშავება მიმდინარეობს.

⁵ Principles of Provisional and Protective Measures in International Litigation.

ფიკაციის საერთაშორისო ინსტიტუტის მიერ შემუშავებული პრინციპები. მართალია, არცერთი მათგანი შესაძლოა პირდაპირ კავშირში არ იყოს საარბიტრაჟო წარმოებასთან, თუმცა გამომდინარე მათი რელევანტურობიდან მხარეთა დაცვის მიზნებთან UNCITRAL-მა საჭიროდ მიიჩნია მათი ნაწილობრივ ასახვა საკუთარ მოდელურ კანონში.¹

კონკრეტულად კი მოდელურ კანონში მოცემულია შემდეგი პირობები:

ა) *„არბიტრაჟს უფლება აქვს შეცვალოს, შეაჩეროს ანდა გააუქმოს ის უზრუნველყოფის ღონისძიება მხარის მოთხოვნის შემთხვევაში ან თუკი, ეს მხარეთა შეთანხმებით გათვალისწინებულია, თავისი ინიციატივით“*²

მოდელური კანონი იძლევა საშუალებას არბიტრაჟის მიერ მიღებული ღონისძიება გაუქმდეს, შეიცვალოს ანდა დროებით შეჩერდეს. თავად კანონი არ აკონკრეტებს იმ წინაპირობებს რა დროსაც არბიტრაჟს შეუძლია მსგავსი მოქმედებების განხორციელება. „მხარის მოთხოვნა“ და „საკუთარი ინიციატივა“ ბუნებრივია, არ ნიშნავს იმას, რომ სხვა საფუძველი მას არ სჭირდება და პირდაპირ შეუძლია გამოყენებულ ზომა თუნდაც დროებით შეაჩეროს. შესაბამისად, საჭიროა დადგინდეს ცალკეული გარემოებები, რის საფუძველზეც აღმოჩნდება, რომ უზრუნველყოფის ზომები ან არაადეკვატურია, შეიცვალა ანდა საერთოდ არც არსებულა ის წინაპირობა, რის გამოც იგი გამოყენებულ იქნა. თუ, მაგალითად, აღმოჩნდება, რომ განმცხადებელმა მხარემ უზრუნველყოფის ღონისძიების მისაღებად წარადგინა ყალბი მტკიცებულება, არბიტრაჟი, ამ შემთხვევაში, საერთოდ გააუქმებს ზომებს. იმ შემთხვევაში თუკი მხარის თავდაპირველი მოთხოვნა 500 000 აშშ დოლარს შეადგენდა და არბიტრაჟმა სწორედ ამ ოდენობის თანხას დაადო ყადაღა მოპასუხის ანგარიშზე, სასარჩელო მოთხოვნის ოდენობის შემცირების, მაგალითად 300 000-მდე ჩამოყვანის შემთხვევაში, არბიტრაჟს შეუძლია შეამციროს ყადაღის ოდენობა.

ბ) *„არბიტრაჟმა შეუძლია მოსთხოვოს ნებისმიერ მხარეს მიაწოდოს მას შესაბამისი ინფორმაცია იმ გარემოებათა ცვლილების შესახებ, რომელთა საფუძველზეც მოხდა უზრუნველყოფის ღონისძიების გამოყენება“*³

განმცხადებელ მხარეს მოეთხოვება არბიტრაჟს მიაწოდოს სრული ინფორმაცია თუკი სახეზე აღარ არის ის გარემოებანი, რის გამოც მოხდა უზრუნველყოფის ღონისძიების გამოყენება. როგორც უკვე აღინიშნა, ამ ინსტიტუტის მიზანი განმცხადებელი მხარის უფლებათა დაცვა საჭიროების შემთხვევაში. თუკი ამგვარი საჭიროება სახეზე აღარ იქნება, გამოვა რომ ღონისძიებათა ერთადერთი შედეგიც და მიზანიც მოპასუხე მხარისათვის ზიანის მიყენება. შესაბამისად, ამ ვალდებულების შეუსრულებლობამ შეიძლება დააყენოს ზიანის ანაზღაურების საკითხი.⁴

გ) *„მხარეს, რომელიც განცხადებას აკეთებს სარჩელის უზრუნველყოფის ღონისძიების გამოყენების მოთხოვნით, შესაძლოა დაევალოს ნებისმიერი ხარჯის ან ზიანის ანაზღაურება, თუკი დადგინდება რომ სარჩელის უზრუნველყოფის ღონისძიება არ უნდა გამოყენებულყო. ამგვარი თანხა შეიძლება არბიტრაჟმა განმცხადებელს პროცესის მიმდინარეობის ნებისმიერ ეტაპზე დააკისროს“*.

ზემოაღნიშნული დამცავი პირობა მოიცავს ორ საკითხს: ხარჯებს უზრუნველყოფის ღონისძიებათა ამოქმედებისა და ამ ღონისძიებათა მიერ შესაძლო, ან დამდგარი ზიანის ანაზღაურებას განმცხადებელი მხარისგან. ხარჯები წარმოიშვება ყოველ შემთხვევაში, როდესაც უზრუნველყოფის ღონისძიების ამოქმედება ხდება. ის შეიძლება მოიცავდეს ისეთი მომსახურების ანაზღაურებას, როგორცაა ტრანსპორტირება, ექპერტის მომსახურება ან თუნდაც სექსტრი.

¹ United Nations Commission on International Trade Law, Yearbook 2002, <http://www.uncitral.org/pdf/english/yearbooks/yb-2002-e/yb_2002_e.pdf>.

² UNCITRAL Model Law Article 17 D.

³ UNCITRAL Model Law Article 17 F, <<http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/07-86998-Ebook.pdf>>.

⁴ იხილეთ შემდეგი პირობა.

რაც შეეხება ზიანის ანაზღაურებას, როგორც ამას იურიდიულ ლიტერატურაში განმარტავენ ის ყოველ შემთხვევაში მხარეს არ დაეკისრება, თუნდაც რეალურად სახეზე იყოს დამდგარი ზიანი, ანუ მთავარია მხარემ თავისი დაუდევარი თუ განზრახვი ქმედებებით ხელი არ შეუწყოს არამართლზომიერი ზომების გამოყენებას და ამით ზიანი მიაყენოს მოპასუხე მხარეს. შესაბამისად, როდესაც არბიტრი მიიღებს საბოლოო გადაწყვეტილებას თუკი უზრუნველყოფის ღონისძიებაზე განმცხადებელი მხარის მოთხოვნა არ დაკმაყოფილდება ცალკე იქნება განხილული მოპასუხე მხარისთვის მიყენებული ზიანი და მისი ანაზღაურების საკითხი.¹

ცალკე განხილვის საგანია შემთხვევები, როდესაც არამართლზომიერი და ზიანის გამომწვევი უზრუნველყოფის ღონისძიების გამოყენების შესახებ გადაწყვეტილება მიღებულ იქნა არა არბიტრის, არამედ სასამართლოს მიერ. ამ პრობლემაზე პრაქტიკა არაერთგვაროვანია. ყოფილა შემთხვევები, როდესაც სასამართლოს მიერ უკანონოდ გამოყენებული ღონისძიებათა ზიანის ანაზღაურების საკითხი არბიტრთა მიერ არ დაკმაყოფილებულა და პირიქითაც.² ამ ორი პოზიციიდან უფრო სამართლიანი და მისაღები ისაა, რომლითაც მიყენებული ზიანის ანაზღაურება ხდება. თუ, ერთი მხრივ, გაზიარებულია ის არგუმენტი, რომ ზოგადად ღონისძიებებისგან მიყენებული ზიანი უნდა ანაზღაურდეს და ეს, შესაბამისად, კანონმდებლობებსა და რეგლამენტებშიც პირდაპირ არის ასახული, მაშინ მხარეებს არ უნდა დაუტოვონ გზა, რათა თავი დააღწიონ პასუხისმგებლობას უზრუნველყოფის ღონისძიებათა სასამართლოსგან გამომთხოვნის გზით.

III. უზრუნველყოფის ღონისძიებათა თაობაზე უცხო ქვეყნის საარბიტრაჟო გადაწყვეტილებათა ცნობა-აღსრულება

1. გადაწყვეტილებათა ცნობა-აღსრულების საჭიროება

სასამართლოს შემთხვევაში განჩინების თუ გადაწყვეტილების მიღების დროს ხდება, აგრეთვე, სააღსრულებო ფურცლის გამოთხოვნა და აღმასრულებელთან შესაბამისი განცხადების საფუძველზე დაინყება აღსრულება. თუმცა, ეს ვრცელდება სასამართლოს ლოკალურ დავებზე, სადაც თავად სასამართლო და სააღსრულებო ბიუროები ქმნიან ქვეყნის შიდა კანონმდებლობით შექმნილ სისტემას. განსხვავებული სურათია, თუნდაც საერთაშორისო არბიტრაჟის შემთხვევაში. მაგალითად, სტოკჰოლმში თუკი არბიტრი მხარის განცხადებას დააკმაყოფილებს, საკითხავია როგორ და რა გზით უნდა მოხდეს ამ გადაწყვეტილების აღსრულება.

ბუნებრივია, იმ მხარეს, რომლის წინააღმდეგაც გამოტანილია უზრუნველყოფის ღონისძიების გამოყენების თაობაზე გადაწყვეტილება, თავადაც შეუძლია შეასრულოს გადაწყვეტილება და მოსარჩელე არ გახდეს იძულებული იძულებითი აღსრულების მექანიზმების საქმეში ჩართვისა. ამისათვის მოპასუხეს არაერთი მიზეზი აქვს: შესაძლოა, მის რეპუტაციას საფრთხე შეექმნას ვინაიდან არ ემორჩილება კანონიერ გადაწყვეტილებას და ადრე თუ გვიან მის წინააღმდეგ მაინც მოხდება იძულებითი აღსრულება.³ თუმცა ეს არ ნიშნავს რომ ყოველთვის ნებაყოფლობით სრულდება გადაწყვეტილებები, ხშირად მხარეს არ უნევს შესაბამის ქვეყანაში გადაწყვეტილებათა ცნობა აღსრულებისთვის მოქმედი პროცედურების ამოქმედება.

2. საარბიტრაჟო გადაწყვეტილებათა ცნობა და აღსრულება – ცნებათა განმარტება

მიუხედავად იმისა, რომ გადაწყვეტილების ცნობაც და აღსრულებაც მიმართულია იმისკენ არბიტრის ბრძანებას არ ჰქონდეს უბრალოდ ფუჭი სიტყვების ხასიათი და მოხდეს მის-

¹ Rubino-Sammartano M., International Arbitration: Law And Practice, 2nd ed., The Hague, 2001, 648.

² იქვე, 649.

³ ცერცვაძე გ., საერთაშორისო არბიტრაჟი, თბ., 2009, 517.

თვის გარკვეული ეფექტის მინიჭება. თუმცა ამ ორ ცნებას როგორც იურიდიულ ლიტერატურაში, ისე კონვენციებსა და შიდა კანონმდებლობებში ერთმანეთისგან მიჯნავენ.¹

ცნობა – თავის თავში მოიცავს ცნობის განმარტებითი ქვეყნის სამართლებრივ სისტემაში უკვე გამოტანილი გადაწყვეტილების ინტეგრაციას. ცნობა უფრო „დაცვითი“ ლონისძიებაა, ვინაიდან მას ახდენს მხარე, იმ მიზნით რომ შედეგის შენარჩუნება მოხდეს და გადაწყვეტილების წინააღმდეგ მონინააღმდეგე მხარემ არ მოახდინოს სამართლებრივი გზებით, ცალკეული ზემოქმედება. ვინაიდან ცნობით ხდება იმის ხაზგასმა, რომ გამოტანილი გადაწყვეტილება კანონიერი და სავალდებულო ხასიათის მატარებელია მხარეების მიმართ.²

აღსრულება – ცნობისგან განსხვავებით აღსრულება უფრო „შემტევი“ ლონისძიებაა, რომელსაც ახასიათებენ, როგორც „გადაწყვეტილების ფულად გადაქცევისკენ სწრაფვას“. ის თავის თავში მოიცავს არა მხოლოდ კონკრეტული გადაწყვეტილების კანონიერად აღიარებას, არამედ მისი შესრულების უზრუნველყოფასაც. იმისათვის რომ მოხდეს გადაწყვეტილების აღსრულება, ჯერ საჭიროა მოხდეს მისი ცნობა.³

3. ცნობა-აღსრულების სამართლებრივი წყაროები

ცნობა-აღსრულების სამართლებრივ წყაროებთან დაკავშირებით უმნიშვნელოვანესი როლი საერთაშორისო კონვენციებს ერგოთ. ეს ბუნებრივიცაა, ყველა ქვეყანას განსხვავებული პროცედურები და წესები რომ ჰქონდეთ აღსრულებასთან მიმართებით, სიტუაცია მნიშვნელოვნად გართულებოდა აღსრულების მაძიებელი პირისათვის. შესაბამისად, საერთაშორისო კონვენციებით დადგენილია ის ზოგადი სტანდარტები, რომელთა შედეგადაც ხელმომწერი ქვეყნის სამართლებრივ ფარგლებში მოხდება შესაბამისი რეაგირება მხარის განცხადებაზე.

სამართლებრივი წყაროებიდან ერთ-ერთი ყველაზე მნიშვნელოვანი 1958 წლის ნიუ-იორკის კონვენციაა „უცხოურ საარბიტრაჟო გადაწყვეტილებათა ცნობა-აღსრულების თაობაზე“. კონვენციის მიზანია რაც შეიძლება მარტივად და სწრაფად მოახდინოს ხელშემკვრელმა ქვეყანამ უცხოურ საარბიტრაჟო გადაწყვეტილებათა ცნობა-აღსრულება საკუთარ სამართლებრივ ჩარჩოებში.⁴

ნიუ-იორკის კონვენცია ყველაზე მასშტაბური ხასიათისაა, თუმცა ამ საკითხთან მიმართებით ის არ არის ერთადერთი. მაგალითად: მინსკის კონვენცია, აგრეთვე, შეიცავს დებულებებს რომელთა საშუალებითაც ხელშემკვრელ სახელმწიფოებს შორის სამოქალაქო და საოჯახო დავებთან დაკავშირებული გადაწყვეტილებების აღსრულება გამარტივებული პროცედურებით ხდება.⁵

წყაროებთან მიმართებით აგრეთვე საყურადღებოა, ქვეყნის შიდა კანონმდებლობა, რომლის მეშვეობითაც ხდება დეტალური რეგულირება თუ ვინ განიხილავს განცხადებას ცნობა-აღსრულების შესახებ, რა ვადებში უნდა იქნეს განხილული პირის განცხადება და აშ. შიდა კანონმდებლობასთან მიმართებით საყურადღებოა მოდელური კანონის როლი, რომლის უნიფიკაციაც არაერთი ქვეყნის მეშვეობით (მათ შორის საქართველოს) მოხდა და, აქედან გამომდინარე არაერთ ქვეყანაში გვხვდება იდენტური რეგულაცია, რაც საერთაშორისო კონვენციის ტოლფასადაც შეიძლება იქნეს მიჩნეული.

4. საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების ცნობა-აღსრულებაზე უარის თქმის საფუძვლები

არბიტრაჟს აქვს ნდობა სახელმწიფოებისგან მიიღოს გადაწყვეტილება და საჭიროების შემთხვევაში, ასევე, მხარდაჭერა აღსრულების ეტაპზეც. ნებისმიერი საარბიტრაჟო გადაწყვეტი-

¹ Alfons C., Recognition and Enforcement of Anulled Foreign Arbitral Awards, Frankfurt am Main, 2010, 16.

² იქვე, 17.

³ იქვე, 17.

⁴ Alfons C., Recognition and Enforcement of Anulled Foreign Arbitral Awards, Frankfurt am Main, 2010, 25.

⁵ Tsertsvadze G., Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards in Georgia, <http://www.mpipriv.de/files/pdf3/2009_11_19_013.pdf>.

ლების აღსრულება არ ხდება. ზემოთ უკვე ნახსენები იქნა ცალკეული პროცესუალური თუ მატერიალურ-სამართლებრივი საფუძვლები არბიტრაჟის მიერ უზრუნველყოფის ღონისძიებათა გამოყენებისა. ბუნებრივია, თუკი თუნდაც ამ კრიტერიუმების გარეშე პირი მოიპოვებს საარბიტრაჟო გადაწყვეტილებას და მოახდენს მის აღსრულებას, შეიქმნება სრული ქაოსი. აქედან გამომდინარე, დაწესებულია ის ზოგადი კრიტერიუმები, რის სახეზე ყოფნის შემთხვევაშიც საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების ცნობა-აღსრულებას სასამართლო ვერ მოახდენს და გადაწყვეტილება, მისი ხარვეზებიდან გამომდინარე, დარჩება ცარიელ სიტყვებად. სარჩელის უზრუნველყოფის ღონისძიებებთან მიმართებით, ვინაიდან მათი გამოყენებაც საარბიტრაჟო გადაწყვეტილებაზე დაყრდნობით ხდება, მოქმედებს ნიუ იორკის მიერ დაწესებული ზოგადი კრიტერიუმები და აგრეთვე საინტერესოა მოდელური კანონის 2006 წლის ტექსტში არსებული ფორმულირებაც აღსრულების წინაპირობებთან მიმართებით¹.

საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების ცნობასა და აღსრულებას შეიძლება უარი ეთქვას იმ მხარის მოთხოვნით, რომლის წინააღმდეგაც არის იგი მიმართული, მხოლოდ იმ შემთხვევაში, თუკი ეს მხარე უფლებამოსილ ორგანოს წარუდგენს იმის მტკიცებულებას, რომ:

(ა) II მუხლში მითითებული შეთანხმების მხარეები, მათ მიმართ მოქმედი კანონის მიხედვით, ქმედუუნარონი იყვნენ, ან საარბიტრაჟო შეთანხმება ბათილია იმ სამართლის მიხედვით, რომელსაც მხარეებმა ეს შეთანხმება დაუქვემდებარეს, ხოლო ასეთი მითითების არარსებობისას, იმ ქვეყნის კანონმდებლობის მიხედვით, სადაც გამოტანილ იქნა საარბიტრაჟო გადაწყვეტილება²;

საარბიტრაჟო შეთანხმებაც ორმხრივი გარიგებაა და, შესაბამისად, მის ეფექტურობასთან დაკავშირებითაც მოქმედებს ის დადგენილი წესები, რაც სხვა გარიგებებთან მიმართებით არსებობს. მაგალითად, საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის 81-ე მუხლი აწესებს გარიგების ბათილობის საფუძველს მისი მოტყუებით დადების შემთხვევაში. არბიტრაჟი დავის განხილვის ალტერნატიული და არა ძირითადი საშუალებაა. თუკი მხარეს სურს მისი გამოყენება ამისათვის მან შესაბამისი ფორმის დაცვით უნდა გამოავლინოს ფორმა და მხოლოდ ამის შემდეგ ექნება არბიტრს საკმარისი უფლებამოსილება ამ მხარეებს შორის დავის მოგვარებისა. თუკი ეს ნება ან საერთოდ არ იარსებებს ან არასწორად იქნება გამოვლენილი არბიტრაჟის გადაწყვეტილებაც, ასეთის არსებობის შემთხვევაში, არ იქნება კანონიერი ძალის მქონე.

(ბ) მხარე, რომლის წინააღმდეგაც არის მიმართული საარბიტრაჟო გადაწყვეტილება, არ იყო ჯეროვნად ინფორმირებული არბიტრის დანიშვნის ან საარბიტრაჟო განხილვის შესახებ ან სხვა მიზეზების გამო ვერ მოახერხა თავისი პოზიციის წარმოდგენა;

საარბიტრაჟო განხილვა, ისევე, როგორც სასამართლო, აგებულია მხარეთა თანასწორობისა და შეჯიბრებითობის პრინციპზე. დაუშვებელია არბიტრმა ისე გამოიტანოს გადაწყვეტილება, რომ სრულად, ობიექტურად არ მოახდინოს ორივე მხარისთვის მოსმენა,

ყველა გარემოების შეფასება. წინააღმდეგ შემთხვევაში იმ მხარეს, რომლის მონაწილეობის გარეშეც იქნა გამოტანილი გადაწყვეტილება, შეუძლია არ დაემორჩილოს მისთვის ნაბრძანებს და მოსარჩელე მხარეს არავითარი მექანიზმი არ ექნება გადაწყვეტილების აღსასრულებლად. ეს ფაქტი კიდევ ერთხელ უსვამს ხაზს ზემოთ განხილულ „ex parte“ მიღებულ გადაწყვეტილებათა პრობლემურობას, თუკი მხარე მაინც მოიპოვებს არბიტრისგან დადებით პასუხს ღონისძიებათა გამოყენების თაობაზე, ის მაინც ვერ შეძლებს ამ გადაწყვეტილებისთვის იურიდიული ძალის მინიჭებას.

(გ) საარბიტრაჟო გადაწყვეტილება გამოტანილია იმ დავის შესახებ, რომელიც არ იყო გათვალისწინებული საარბიტრაჟო შეთანხმებით ან ეხება საკითხს, რომელიც სცილდება საარბიტრაჟო შეთანხმების ფარგლებს, იმ პირობით, რომ თუ შესაძლებელია, რომ გადაწყვეტილებები იმ საკითხებზე, რომლებიც დაექვემდებარა არბიტრაჟს შეიძლება ცალკე გამოიყოს იმ

¹ UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration Article 17 - Grounds for Refusing Recognition or Enforcement, <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/07-86998_Ebook.pdf>.

² კონვენციის ტექსტი ინგლისურ ენაზე ხელმისაწვდომია ვებგვერდზე, <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/NY-conv/XXII_1_e.pdf>.

საკითხებიდან, რომლებიც არ დაექვემდებარა, საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების ის ნაწილი, რომელიც შეიცავს დადგენილებებს საარბიტრაჟო შეთანხმებით გათვალისწინებულ საკითხებზე, შეიძლება დაექვემდებაროს ცნობასა და აღსრულებას;

როგორც არაერთხელ იქნა აღნიშნული: იმისათვის, რომ არბიტრი უფლებამოსილი იყოს გამოიტანოს გადაწყვეტილება სარჩელის უზრუნველყოფის ღონისძიების გამოყენების თაობაზე, მხარეებს მისთვის ამგვარი უფლებამოსილება არ უნდა ჰქონდეთ შეთანხმებით გამორიცხული. იმ შემთხვევაში თუკი მხარეები შეუზღუდავენ ანდა გამორიცხავენ არბიტრაჟის ამგვარ უფლებამოსილებას და ამ უკანასკნელის მიერ მანაც მოხდება გადაწყვეტილების მიღება, თავად გადაწყვეტილება კანონიერ ძალაში ვერ შევა და იქნება დამოკიდებული მეორე მხარეზე, სურს დაეთანხმოს მას თუ არა.

(დ) არბიტრაჟის შემადგენლობა ან საარბიტრაჟო წარმოება არ შეესაბამებოდა მხარეთა შეთანხმებას, ხოლო ასეთი შეთანხმების არარსებობისას – იმ ქვეყნის კანონს, სადაც ჩატარდა საარბიტრაჟო განხილვა;

ეს კრიტერიუმი ეხება ისეთ შემთხვევებს, როდესაც დაღვეულია არბიტრაჟის ფორმირების ან მის მიერ გადაწყვეტილების გამოტანის პროცედურული საკითხები. მაგალითად, არბიტრაჟი კი აღჭურვეს სარჩელის უზრუნველყოფის ღონისძიების გამოყენების ძალაუფლებით, მაგრამ მას განუსაზღვრეს შემომნების კრიტერიუმები, რომლითაც უნდა მიეღო გადაწყვეტილება და ეს კრიტერიუმები არ იქნა გათვალისწინებული.

ზემოთ განხილული იქნა ისეთი შემთხვევები, როდესაც არბიტრაჟის ფორმირება მხარეებს არ მოუხდენია, თუმცა უზრუნველყოფის ღონისძიების გადაუდებელი მნიშვნელობიდან გამომდინარე, გადაწყვეტილებას იღებდა არბიტრაჟის სამდივნოს მიერ დანიშნული პირი. საკითხავია, რამდენად შეიძლება ასეთი პირის მიერ გამოტანილი გადაწყვეტილება გაუქმდეს ამ მუხლში ხსენებული მიზეზის გამო. ICC-ს რეგლამენტში ეს საკითხი პირდაპირაა დარეგულირებული და ასევე ჩანერილია, რომ იგი მოქმედებს თუკი მხარეებმა არ მოახდინეს მისი გამოცხვა. თუკი პირები ითვალისწინებენ, რომ მათ შორის წარმოშობილ დავას განიხილავს ICC არბიტრაჟი, შესაბამისად ითვლება რომ ისინი ეთანხმებიან შეთანხმების მომენტისათვის არბიტრაჟის რეგლამენტში გათვალისწინებულ ყველა პირობას და, აქედან გამომდინარე, ჩაითვლება, რომ ღონისძიების გამოყენების თაობაზე პროცედურები არ დარღვეულა. წინააღმდეგ შემთხვევაში კი არბიტრაჟმა როგორი გადაწყვეტილებაც არ უნდა მიიღოს ვერ იქნება უზრუნველყოფილი.

(ე) საარბიტრაჟო გადაწყვეტილება ჯერ არ შესულა კანონიერ ძალაში ანდა გაუქმებულ ან შეჩერებულ იქნა იმ ქვეყნის უფლებამოსილი ორგანოს მიერ, სადაც გადაწყვეტილება იქნა გამოტანილი ან რომლის სამართლის შესაბამისადაც იქნა გადაწყვეტილება გამოტანილი.

გარდა ამისა ნიუ იორკის კონვენცია ითვალისწინებს კიდევ ორ პირობას, რომლის შემონახვაც სასამართლოს ევალება, სანამ მხარის მოთხოვნას, გადაწყვეტილების ცნობა-აღსრულების თაობაზე დააკმაყოფილებს. კონკრეტულად ამ პირობებს მიეკუთვნება ისეთი შემთხვევები, როდესაც:

(ა) ამ ქვეყნის კანონმდებლობის მიხედვით, დავა არ შეიძლება იყოს საარბიტრაჟო განხილვის საგანი;

არბიტრაჟთან დაკავშირებული კანონმდებლობა პირდაპირ ითვალისწინებს, თუ რა საკითხებზე შეიძლება იყოს არბიტრი კომპეტენტური. ქართულ რეალობაში ესაა: „პირთა თანასწორობაზე დამყარებული კერძო ხასიათის ის ქონებრივი დავა, რომლის მონესრიგებაც მხარეებს შეუძლიათ ერთმანეთს შორის“¹. შესაბამისად, საქართველოში ვერ მოხდება ისეთი საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების ცნობა-აღსრულება, რომელიც დაკავშირებულია ადმინისტრაციულ დავასთან და არბიტრაჟს რომ ჰქონდეს ადმინისტრაციული აქტის შეჩერება მოთხოვნილი, ბუნებრივია ვერ მოხდება ამის აღსრულება.

¹ საქართველოს კანონი „არბიტრაჟის შესახებ“, მუხლი 1, <https://matsne.gov.ge/index.php?option=com_ldmssearch&view=docView&id=89284&lang=ge>.

(ბ) საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების ცნობა და აღსრულება ეწინააღმდეგება ამ ქვეყნის საჯარო წესრიგს.

საჯარო წესრიგის ცნება საკმაოდ აქტიუალურია საერთაშორისო კერძო სამართალშიც. აღსანიშნავია, რომ თავად წესრიგს არც „საჯაროობასთან“ და არც „საზოგადოებრივ წესრიგთან“ მიმართებით არავითარი კავშირი არ აქვს. „საჯარო წესრიგი“ მოიცავს იმ სამართლებრივ პრინციპებს, რომელზე დაფუძნებულიც არის ქვეყნის კანონმდებლობა. „გაბატონებული მოსაზრების თანახმად საჯარო წესრიგის კონტროლის საგანი არის არა იმის დადგენა ეწინააღმდეგებოდა თუ არა საარბიტრაჟო გადაწყვეტილებით გათვალისწინებული სამართლის იმპერატიული ნორმები საარბიტრაჟო გადაწყვეტილებას, არამედ მარტოოდენ იმაში დარწმუნება, რომ ეს აქტი აკმაყოფილებს ქვეყანაში სამართლიანი პროცესისთვის არსებულ მინიმალურ სტანდარტებს“.¹ სასამართლომ რომ დაიწყოს იმის შემოწმება, თუ რამდენად წინააღმდეგობაშია საარბიტრაჟო გადაწყვეტილება თითოეულ, თუნდაც მხოლოდ იმპერატიულ, ნორმასთან, ჩაითვლება რომ მართლმსაჯულების ეს ორგანო არა მხოლოდ ცნობა-აღსრულების არამედ ზედა ინსტანციის დანიშნულებით გამოიყენება, რაც არასწორია. სასამართლო ვალდებულია მხოლოდ ის შეამოწმოს, თუ რამდენად არის წინააღმდეგობაში არბიტრაჟის გადაწყვეტილება ქვეყნის შიდა კანონმდებლობის ძირითად პრინციპებთან და არა თითოეულ მარეგულირებელ ნორმასთან². საჯარო წესრიგი შესაძლოა იყოს როგორც მატერიალურ-სამართლებრივი, ისე პროცესუალურ-სამართლებრივიც. ეს უკანასკნელი მოიცავს პროცესის წარმოების ელემენტარულ, ძირეულ პრინციპებს³, ისეთებს, როგორიცაა თანასწორობის პრინციპი. უზრუნველყოფის ღონისძიებებთან მიმართებითაც შეიძლება ითქვას, რომ მთავარია არ იყოს დარღვეული თანასწორობის პრინციპი, ანდა არ იყოს მოთხოვნილი იმდენად არათანაზომიერი ღონისძიება, რომ მისი ძირითადი ნაწილი უბრალოდ მოპასუხისთვის ზიანის მიყენებას ემსახურებოდეს და არა განმცხადებელი მხარის ინტერესების დაცვას. თუკი სასამართლო მიიჩნევს, რომ ზემოაღნიშნული დარღვევები იმდენად მძიმე ხასიათისაა, რომ ქართული სამართლის ძირეულ პრინციპებს ეწინააღმდეგება, ამ შემთხვევაში უარს იტყვის გადაწყვეტილების ცნობა-აღსრულებაზე.

მოდელური კანონის 2006 წლის რედაქცია ასევე შეიცავს ცალკეულ პირობებს, რომელთა საფუძველზეც შესაძლოა მოხდეს უარის თქმა უზრუნველყოფის ღონისძიებებთან დაკავშირებული გადაწყვეტილებების ცნობა-აღსრულებაზე.

ძირითადი საფუძვლები მოდელურ კანონს პირდაპირ აქვს გადმოტანილი ნიუ-იორკის 1958 წლის კონვენციიდან, მიუთითებს რა საარბიტრაჟო შეთანხმების ბათილობის, მხარისთვის პროცესის თაობაზე შეუტყობინებლობის და სხვა ზემოხსენებულ საფუძვლებზე. თუმცა, გარდა ამისა, მოდელური კანონი ამატებს აგრეთვე დამატებით საფუძვლებსაც ცნობა-აღსრულებაზე უარის თქმისა. კონკრეტულად კი:

1. *თუკი მოპასუხე მხარე სასამართლოს დაუმტკიცებს, სარჩელის უზრუნველყოფის ღონისძიების თაობაზე განმცხადებელ მხარეს არ შეუსრულებია არბიტრაჟის დავალება შესაბამისი საგარანტიო თანხის წარდგენაზე.*

2. *როგორც ზემოთ უკვე იქნა განხილული, უზრუნველყოფის ღონისძიების გამოყენებამდე შესაძლოა არბიტრმა აამოქმედოს ცალკეული მექანიზმები მოპასუხე მხარის ინტერესების დასაცავად. ერთ-ერთი ამგვარი „მექანიზმი“ განმცხადებელი მხარის მიერ შესაბამისი გარანტიის წარდგენა იყო. თუკი არბიტრი მსგავს მოთხოვნას მხარეს წაუყენებს, მაშინ ამ უკანასკნელმა ის უნდა შეასრულოს დაუყოვნებლივ და მხოლოდ ამ დავალების შესრულების შემდეგ მიიღებს ის ღონისძიების გამოყენების საშუალებას. წინააღმდეგ შემთხვევაში, როგორც*

¹ *გოთუა ლ.*, სადისერტაციო ნაშრომი თემაზე: „უცხო ქვეყნის სასამართლო გადაწყვეტილებებისა და უცხოური საარბიტრაჟო გადაწყვეტილებების აღსრულება“, ივ. ჯავახიშვილის სახელობის თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტი, თბ., 2010, <http://www.law.tsu.ge/data/file_db/faculty-law-public/levan%20gotua.pdf>.

² *Alfons C.*, Recognition and Enforcement of Anulled Foreign Arbitral Awards, Frankfurt am Main, 2010, 37.

³ *ცერცვაძე გ.*, საერთაშორისო არბიტრაჟი, თბ., 2009, 532.

ჩანს, სასამართლო არ გაუწევს განმცხადებელს არავითარ დახმარებას სასურველი შედეგის მისაღწევად.

მოდელური კანონი¹, ასევე, ანიჭებს სასამართლოს უფლებამოსილებას მოპასუხის განცხადების შემთხვევაში თვითონ დააკისროს ღონისძიების მომთხოვნ მხარეს გარკვეული გარანტიის წარდგენა. მსგავსი შემთხვევები, სავარაუდოდ, შედარებით იშვიათობას უნდა მივაკუთვნოთ. როგორც ზემოთ აღინიშნა, არბიტრაჟის პრიორიტეტის სასამართლოსთან მიმართებით ღონისძიების გამოყენებისას, ის იყო რომ ეს უკანასკნელი საქმის არსებით გარემოებებს ძირფესვიანად არ იცნობს. თუკი არბიტრმა, რომელმაც თითოეული დეტალი იცის საქმის ვითარებისა, არ დააკისრა განმცხადებელს გარანტიის წარდგენა, მაშინ სასამართლოსაც არ ექნება არავითარი საფუძველი შესაბამისი ქმედებისა. ეს წესი უნდა მივაკუთვნოთ უფრო იმ შემთხვევას, როდესაც არბიტრის მიერ ეს საკითხი საერთოდ არ ყოფილა განხილული და ცნობა-აღსრულების ეტაპზე მოპასუხე მხარემ ჩათვალა, რომ მის ინტერესებს შესაძლოა მნიშვნელოვანი ზიანი მიადგეს ღონისძიებათა გამოყენებით.

3. სარჩელის უზრუნველყოფის ღონისძიების აღსრულება სცილდება სასამართლოს უფლებამოსილებას, გარდა იმ შემთხვევისა, როდესაც სასამართლო გამოიტანს გადანყვეტილებას უზრუნველყოფის ღონისძიების არსებითად შეცვლის გარეშე მისი ფორმის იმ ფარგლებში შეცვლის შესახებ, რომლებიც აუცილებელია აღნიშნული უზრუნველყოფის ღონისძიების კანონმდებლობით დადგენილი წესით აღსრულებისათვის;

უზრუნველყოფის ღონისძიების გამოსაყენებლად სასამართლოს უნდა ჰქონდეს შესაბამისი ღონისძიება კანონმდებლობით გათვალისწინებული, თუკი ქართული კანონმდებლობა არ გაითვალისწინებს მაგალითად, ყადაღის დადების საკითხს, არადა არბიტრაჟს სწორედ ამ ღონისძიების გამოყენების თაობაზე ექნება გადანყვეტილება მიღებული, ბუნებრივია, მოსამართლე იქნება ხელშეშობილი და კანონმდებლობით მინიჭებული უფლებამოსილების ფარგლებს ვერ გასცდება.

ამ ორი კონკრეტული საკითხის გარდა, რაც, ძირითადად, სარჩელის უზრუნველყოფის ღონისძიების სპეციფიკიდან გამომდინარეობს, მოდელურ კანონსა და ნიუ-იორკის კონვენციას შორის განსხვავება უარის თქმის საფუძველების ნაწილში არ გვხვდება.

5. საინვესტიციო დავების განხილვის საერთაშორისო ცენტრის (ICSID) თავისებურებანი

ICSID ავტონომიურ საერთაშორისო ინსტიტუტს, დაწესებულებას წარმოადგენს, რომელიც რეკონსტრუქციისა და განვითარების საერთაშორისო ბანკის (მსოფლიო ბანკის) მიერაა დაფუძნებული 1966 წელს შესაბამისი კონვენციით.² ICSID-ის მთავარი მიზანი, კონვენციის თანახმად³, ხელმომწერი სახელმწიფოსა და უცხო ქვეყნის ინდივიდებს (ინვესტორებს) შორის დავების განხილვაა.

როგორც წესი, საერთაშორისო არბიტრაჟების ორ კერძოსამართლებრივ სუბიექტს შორის წარმოშობილ დავებს განიხილავენ. მაგალითად, ქართველ და გერმანელ მენარმეებს შორის სახელშეკრულებო ურთიერთობიდან წარმოშობილ დავას. შესაბამისად, სახელმწიფო, რომელსაც გადაეცემა არბიტრაჟის გადანყვეტილება, აღჭურვილია შესაბამისი მექანიზმებით და ხელს უწყობს გადანყვეტილების აღსრულებას. ICSID-ის შემთხვევაში კი სახელმწიფო თვითონ არის დავის მონაწილე მხარე. შესაბამისად, ვერ იარსებებს ვერანაირი იძულებითი მექანიზმი,

¹ UNCITRAL Model Law, Article 17H, 3, http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/07-86998_-Ebook.pdf.

² International Centre for Settlement of Investment Disputes (შემდგომში – ICSID) <<https://icsid.worldbank.org/ICSID/Index.jsp>>.

³ Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of other States, <https://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc/CRR_English-final.pdf>.

რომლითაც მოხდება მისთვის უზრუნველყოფის ღონისძიების თაობაზე გამოტანილი გადაწყვეტილების აღსრულების დავალდებულება.

შესაბამისად, კონვენციის ტექსტი სიტყვა „სავალდებულო“ უზრუნველყოფის ღონისძიებებთან მიმართებით არ ითვალისწინებს, გვხვდება მხოლოდ „რეკომენდაცია“.¹

თავის დროზე საკმაოდ დიდი დავა მიმდინარეობდა კონვენციის შემუშავებისას ამ საკითხზე: თუ რა ფორმულირება უნდა გამოეყენებინათ უზრუნველყოფის ღონისძიებებთან მიმართებით, ანუ ყოფილიყო იგი სავალდებულო თუ სარეკომენდაციო ხასიათის მატარებელი. ჩინეთის დელეგატი აპროტესტებდა სავალდებულო ხასიათის გამოყენებას, მიიჩნევდა რა, რომ ხელშემკვრელ მხარეს შეიძლება პრობლემები შექმნოდა ღონისძიების აღსრულებასთან ქვეყნის საშინაო პოლიტიკასთან წინააღმდეგობის გამო. როგორც ჩანს, დელეგატმა საკუთარი პოზიციის გატანა მაინც მოახერხა, თუმცა, აღსანიშნავია, რომ მიუხედავად ფორმულირების არბიტრთა გადაწყვეტილება სავალდებულო ხასიათის მატარებელი მაინც არის² და ეს პრაქტიკაში არაერთხელ იქნა აღნიშნული, მაგალითად, საქმეში მაფეცინი ესპანეთის წინააღმდეგ³ საარბიტრაჟო გადაწყვეტილებაში გვხვდება ამგვარი მსჯელობა:

„მაშინ, როდესაც არსებობს მნიშვნელოვანი სხვაობა სიტყვა „რეკომენდირებას“, როგორც ეს გამოყენებულია 39-ე მუხლში და სიტყვა „ბრძანებას“ შორის, რომელიც გამოყენებულია ყველა დანარჩენ მუხლში, რომელშიც არბიტრაჟის უფლებამოსილებაა ხაზგასმული მხარის დავალდებულებაზე შეასრულოს ცალკეული ქმედებები, სხვაობა ამ ორ სიტყვას შორის მაინც უფრო მოჩვენებითია ვიდრე რეალური. აქვე აღსანიშნავია, რომ კონვენციის ესპანურენოვანი ვერსია იყენებს სიტყვა „dictamen“-ს (დადგენა, დაკანონება). არბიტრაჟი მიიჩნევს, რომ კონვენციის ხელშემკვრელ მხარეებს არ უგულისხმიათ ამ სიტყვების გამოყენებისას, რომ მათ შორის არსებობდა რაიმე სახის არსებითი სხვაობა. არბიტრაჟის უფლებამოსილება გამოიტანოს უზრუნველყოფის ზომებზე გადაწყვეტილება არავითარ შემთხვევაში არ წარმოადგენს ნაკლებად დამავალდებულებელს ვიდრე საბოლოო გადაწყვეტილება საქმის არსებით პირობებზე. შესაბამისად, ამ გადაწყვეტილების მიზნებისთვის, არბიტრაჟი მიიჩნევს, რომ სიტყვა „რეკომენდაცია“ იგივე ძალის მატარებელია რაც სიტყვა „ბრძანება“⁴.

თუმცა ბრძანება-რეკომენდაცია უბრალოდ უფუნქციო სიტყვებით თამაში იქნება, თუკი არბიტრაჟი გამოიტანს გადაწყვეტილებას ხოლო მხარე უარს იტყვის მის შესრულებაზე და არ იარსებებს არავითარი მექანიზმი მხარის იძულებისა. ამგვარი მექანიზმი, ICSID-ს მართალია არ გააჩნია, თუმცა თავად ქვეყნის ინტერესებშივე შედის არ დატოვოს უყურადღებოდ არბიტრაჟის გადაწყვეტილება და მოახდინოს მასზე ეფექტური რეაგირება. წინააღმდეგ შემთხვევაში, ეს ფაქტი უარყოფითად აისახება თავად ქვეყნისა და მსოფლიო ბანკის ურთიერთობებზე. მითუმეტეს თუ ეს ქვეყანა მსოფლიო ბანკის მიერ განხორციელებული პროექტებით მოსარგებლეა.⁵

შესაბამისად, მოპასუხე ქვეყნის ურჩობამ და ერთ-ერთი ყველაზე პრესტიჟული საარბიტრაჟო ინსტიტუტის გადაწყვეტილებისადმი დაუმორჩილებლობამ შესაძლოა მნიშვნელოვანი ზეგავლენა იქონიოს თავად ქვეყნის პრესტიჟზე, რაც ცუდად აისახება შემდგომ მის ეკონომიკურ ურთიერთობებზე. აქედან გამომდინარე, ქვეყნები არ აქცევენ ყურადღებას აღსრულების მექანიზმი არსებობს თუ არა და თავად, ნებაყოფლობით ასრულებენ არბიტრაჟის მითითებებს. თუმცა, მაინც უნდა აღინიშნოს, რომ ყოველთვის ასე არაა. მაგალითად, საქმეში AGID

¹ Article 47: “Except as the parties otherwise agree, the Tribunal may, if it considers that the circumstances so require, recommend any provisional measures which should be taken to preserve the respective rights of either party.”

² Schreuer C., Malintoppi L., Reinisch A., Sinclair A., The ICSID Convention: A Commentary, 2nd ed., Cambridge, 2009, 764.

³ Emilio Agustín Maffezini v. Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/97/7, <https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC564_En&caseId=C163>.

⁴ ICSID Case No. ARB/97/7, <https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC564_En&caseId=C163>.

⁵ ცერცვაძე გ., საერთაშორისო არბიტრაჟი, თბ., 2009, 450.

კონგოს წინააღმდეგ¹, მოდავე მხარეს მოთხოვნილი ჰქონდა გარკვეულ დოკუმენტებთან მისი დაშვება, რათა მომხდარიყო ამ დოკუმენტების შესწავლა-დამუშავება და მათ მტკიცებულებად გამოყენება. არბიტრაჟმა დააკმაყოფილა მხარის მოთხოვნა, თუმცა ქვეყნის მიერ მაინც არ იქნა გადანყვეტილება შესრულებული.

ICSID-ის მორიგი თავისებურება მის უზრუნველყოფის ღონისძიებათა სახეებში გამოიხატება. ამ არბიტრაჟს აქვს შესაძლებლობა იმოქმედოს თავად სახელმწიფოს სახელისუფლებო ორგანოებზე და დაავალდებულოს ისინი ცალკეული ადმინისტრაციული აქტების განხორციელება-განუხორციელებლობაში. მაგალითად, საქმეში *კასადო ჩილეს წინააღმდეგ*², არბიტრაჟმა მოსთხოვა სახელმწიფოს არ შესულიყო ძალაში ჩილეს მინისტრის ერთ-ერთი ბრძანება, ვინაიდან მიიჩნია რომ ეს საარბიტრაჟო განხილვასა და მის სავარაუდო შედეგებზე უარყოფითად აისახებოდა.

IV. სარჩელის უზრუნველყოფის ღონისძიებათა რეგულირება ქართული კანონმდებლობით

1. არბიტრაჟის მიერ სარჩელის უზრუნველყოფის ღონისძიების მიღება

საკითხავია, რა უფლებამოსილებებით აღჭურავს ქართული კანონმდებლობა არბიტრაჟს და, შესაბამისად, რა პროცედურები იარსებებს იმ შემთხვევაში თუ მხარეები ქართულ სამართალს მიუთითებენ, როგორც დავის განხილვისთვის გამოსაყენებელ პროცესუალურს („*lex arbitri*“).

2010 წლის 1 იანვრიდან ამოქმედდა ახალი კანონი „არბიტრაჟის შესახებ“, რომელიც ადგენს საქართველოში არბიტრაჟის შექმნის, საარბიტრაჟო წარმოების, საარბიტრაჟო გადანყვეტილების, აგრეთვე, საქართველოს ფარგლებს გარეთ გამოტანილი საარბიტრაჟო გადანყვეტილების ცნობისა და აღსრულების წესებს.³

განსხვავებით მისი წინამორბედისგან⁴, ახალი კანონი უფრო დეტალურად არეგულირებს როგორც ქართულ, ლოკალურ, ისე საერთაშორისო საარბიტრაჟო წარმოებასთან დაკავშირებულ მთელ რიგ საკითხებს, მათ შორის კი სარჩელის უზრუნველყოფის ღონისძიებებს.

კანონის მე-17 – 23-ე მუხლები არეგულირებს არბიტრაჟის მიერ უზრუნველყოფის ღონისძიებათა გამოყენებასა და ცნობა აღსრულების პროცედურებს. ნაშრომის ამ თავში განხილული იქნება მიღების პროცედურები და მისი შესაბამისობა დადგენილ საერთაშორისო სტანდარტებთან, განსაკუთრებით კი 2006 წლის მოდელურ კანონთან.

კანონის მე-17 მუხლი არბიტრაჟს უზრუნველყოფის ღონისძიების გამოყენების უფლებით აღჭურვავს და ამ წესთან მიმართებით უპირატესობას მხარეთა შეთანხმებას ანიჭებს. შესაბამისად, თუკი მხარეებმა არ გამორიცხეს არბიტრის უფლებამოსილება ერთ-ერთ მათგანს შეუძლია განცხადებით მიმართოს მას. რაც შეეხება უზრუნველყოფის ღონისძიების სახეებს მე-17 მუხლის მეორე ნაწილი ანალოგიურ ჩამონათვალს აკეთებს, როგორსაც მოდელური კანონი.⁵ კონკრეტულად კი შესაბამისი შუამდგომლობის არსებობის შემთხვევაში არბიტრაჟმა შეიძლება მოპასუხე მხარეს მოსთხოვოს:

ა) საბოლოო საარბიტრაჟო გადანყვეტილების გამოტანამდე პირვანდელი მდგომარეობის შენარჩუნება ან აღდგენა;

ბ) ისეთი ზომების მიღება, რომლებიც უკავშირდება მეორე მხარისთვის ან თვით საარბიტრაჟო წარმოებისთვის ზიანის მიყენების თავიდან აცილებას;

¹ *AGID v. Congo, ICSID case N. ARB /77/1.*

² *Casado P. v. Chile, ICSID case N. ARB 98/2.*

³ საქართველოს კანონი „არბიტრაჟის შესახებ“ მუხლი 1.1.

⁴ საქართველოს კანონი „კერძო არბიტრაჟის შესახებ“, რომელიც მოქმედებდა 1997-2010 წლებში, <https://matsne.gov.ge/index.php?option=com_idmssearch&view=docView&id=29830&lang=ge>.

⁵ უზრუნველყოფის ღონისძიებათა სახეების ჩამონათვალი იხილეთ ზევით.

გ) ღონისძიებების განხორციელება იმ აქტივების შესანარჩუნებლად, რომლებიდანაც აღსრულება შემდგომი საარბიტრაჟო გადაწყვეტილება;

დ) მტკიცებულებების შენახვა და შენარჩუნება, რომლებიც შესაძლოა უკავშირდებოდეს საარბიტრაჟო დავასა და მის გადაწყვეტას.

ამგვარი მიდგომა მისასალმებელია, ვინაიდან მოდელური კანონის მიერ შემოთავაზებული უზრუნველყოფის ღონისძიებები იმდენად ზოგადი და მრავლისმომცველია, რომ რომელიმე კონკრეტული ზომის მიღების შემთხვევაში საქართველოში აღსრულების დროს არ შეიქმნება პრობლემა იქიდან გამომდინარე, რომ ქართული კანონმდებლობა ამგვარ ღონისძიების გამოყენებას არბიტრაჟის მიერ არ ითვალისწინებს.

ანალოგიური სიტუაციაა, მოპასუხე მხარის დამცავ პირობებთან და უზრუნველყოფის ღონისძიებათა გამოყენების წინაპირობებთან მიმართებითაც. ქართული კანონი პირდაპირი თარგმანია იმ მუხლების, რომლებიც UNCITRAL-ის მოდელურ კანონში შესაბამის საკითხებთან მიმართებით გვხვდება. ისეთი საკითხები, როგორცაა ზიანის ანაზღაურებაზე დავალებულია, არბიტრაჟის მიერ გამოყენებული უზრუნველყოფის ღონისძიებათა შეცვლა, გაუქმება, გადავადება და ა.შ. როგორც ზემოთ აღვნიშნე, 2006 წლის მდგომარეობით არსებული მოდელური კანონი ყველაზე ეფექტურ რეგულირებას წარმოადგენს უზრუნველყოფის ღონისძიებებთან მიმართებით, რომლის შესაქმნელადაც სპეციალური ჯგუფი არაერთი წლის განმავლობაში მუშაობდა, იკვლევდა რა არსებულ პრაქტიკას, პრობლემებს და ცდილობდა მათი გამოსწორების გზების შემუშავებას. აქედან გამომდინარე, მისასალმებელია, რომ ქართული კანონმდებლობა დღევანდელი მდგომარეობით არსებულ ყველაზე ეფექტური რეგულირების ანალოგს მიეკუთვნება.

კონკურენტული იურისდიქცია სასამართლოს ქართულ რეალობაშიც არსებობს და მოდავე მხარეს, შეუძლია თავად გადაწყვიტოს მიმართოს სასამართლოს ღონისძიების გამოყენების თხოვნით თუ მიანდოს ეს საკითხი არბიტრაჟს. პირველი გზა არც საქართველოში იქნება განხილული, როგორც საარბიტრაჟო შეთანხმებაზე უარის თქმა და დავის ძირითად ასპექტებზე კვლავ არბიტრაჟი იმსჯელებს. სასამართლო, მხარის მოთხოვნის შემთხვევაში, იმსჯელებს საქართველოს სამოქალაქო საპროცესო კოდექსის ნორმებით, კონკრეტულად კი XXIII თავით გათვალისწინებული (სარჩელის უზრუნველყოფა) წესებით.¹

მიუხედავად მოდელურ კანონთან შესაბამისობისა, უნდა აღინიშნოს, რომ ქართული კანონის პრობლემას წარმოადგენს მოპასუხე მხარის მონაწილეობის გარეშე გადაწყვეტილების მიღების შესაძლებლობა და, აგრეთვე, არბიტრაჟის ფორმირებამდე უზრუნველყოფის ღონისძიებების საკითხის გადაწყვეტის შესაძლებლობა და პროცედურები. ზემოაღნიშნული მიზეზებიდან გამომდინარე, ეს საკითხები პრობლემას წარმოადგენს საარბიტრაჟო წარმოებაში, ვინაიდან მხარეებს ავინყდებათ მისი გათვალისწინება შეთანხმებაში. შესაბამისად, სასურველია კანონმდებლობით მისი გათვალისწინება და ისეთივე რეგულირების ქართულ სამართალში გადმოღება, როგორც მოდელურ კანონში გვხვდება „წინასწარ ბრძანებებთან“ მიმართებით, რათა თავიდან იქნეს აცილებული ყოველგვარი გაუთვალისწინებელი პრობლემები.

¹ არბიტრაჟის ხასიათიდან გამომდინარე, გარდა სსსკ-ის 198-ე მუხლით გათვალისწინებული ორი შემთხვევისა:

ვ) სახელმწიფო ხელისუფლების ორგანოს, ადგილობრივი თვითმმართველობის ორგანოს, ორგანიზაციის ან თანამდებობის პირის სადავო აქტის მოქმედების შეჩერება;

ი) სააღსრულებო საბუთის აღსრულების შეჩერება ისეთ საქმეებზე, რომლებიც აღძრულია „საცხოვრებელი სადგომით სარგებლობისას წარმოშობილი ურთიერთობების შესახებ“ საქართველოს კანონის საფუძველზე ან რომლებზედაც შეტანილია განცხადება საქმის წარმოების განახლების შესახებ.

2. უზრუნველყოფის ღონისძიებებთან მიმართებით საარბიტრაჟო გადაწყვეტილებათა ცნობა-აღსრულების პროცედურები საქართველოში

საქართველოს კანონი „არბიტრაჟის შესახებ“, კონკრეტულად კი მისი 44-ე, 45-ე და სარჩელის უზრუნველყოფის ღონისძიებებთან მიმართებით კი 22-ე და 23-ე მუხლები არეგულირებს საარბიტრაჟო გადაწყვეტილებათა ცნობა-აღსრულების წინაპირობებს.

ზემოხსენებული მუხლები პირდაპირ თარგმანს წარმოადგენს UNCITRAL-ის მოდელური კანონისა. შესაბამისად, საქართველოში ცნობა-აღსრულებასთან დაკავშირებული წინაპირობების თვალსაზრისით არავითარ სიახლეს არ შევხვდებით.

ნიუ იორკის 1958 წლის კონვენციის¹ თანახმად, მხარე, რომელსაც სურს გადაწყვეტილების ცნობა-აღსრულება, ვალდებულია წარადგინოს თავად დოკუმენტის დედანი ანდა სათანადოდ დამონმებული ასლი. ვინაიდან საქართველოში სამართალწარმოების ენაა ქართული², განმცხადებელი ვალდებულია სასამართლოს წარუდგინოს შესაბამისი დამონმებული თარგმანიც.

რაც შეეხება თავად სასამართლოს, საქართველოში უცხოური საარბიტრაჟო გადაწყვეტილებათა, და მათ შორის უზრუნველყოფის ღონისძიებებთან მიმართებით არსებულ გადაწყვეტილებათა, ცნობა-აღსრულებას ახდენს საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სამოქალაქო, სამეწარმეო და გაკოტრების საქმეთა პალატა. რომელიც, ძირითადად, სამკაცციანი შემადგენლობით განიხილავს. ჯერჯერობით, პრაქტიკაში არ ყოფილა შემთხვევა, რომ დიდ პალატას განეხილოს ცნობა-აღსრულების საქმე, თუმცა ამის თეორიული შესაძლებლობა არსებობს იმ შემთხვევაში თუ საქმე განსაკუთრებით მნიშვნელოვანი სირთულის იქნება, მაგალითად, საჯარო წესრიგთან მიმართებით.³ თუმცა, ნაკლებად სავარაუდოა, ამგვარი საჭიროება საერთოდ დადგეს. მითუმეტეს, სარჩელის უზრუნველყოფის ღონისძიებებთან მიმართებით, რომელიც მოდელური კანონის დახმარებით იმ დონეზეა ჰარმონიზებული, რომ ქვეყნების იურისდიქციებს შორის არ წარმოშობს მნიშვნელოვან პრობლემებს.

უზენაეს სასამართლოს მიერ ამ საკითხების განხილვას სხვა პრიორიტეტებიც გააჩნია. მაგალითად, უფრო დიდი გამოცდილება საერთაშორისო კერძო სამართლებრივი დავების განხილვისა, იურიდიული ბიბლიოთეკა, ტექნიკური აღჭურვილობა, ვიდრე უფრო დაბალი ინსტანციების სასამართლოებს.⁴ გასათვალისწინებელია, აგრეთვე, სასამართლოების გადატვირთულობის ხარისხიც, 2011 წლის სტატისტიკური მაჩვენებლებით პირველ ინსტანციაში სასარჩელო წარმოებით 22018 პირმა მიმართა პირველი ინსტანციის სასამართლოს, მაშინ როდესაც საკასაციო საჩივრით 1500-მდე პირსაც არ მიუმართავს უზენაესი სასამართლოსთვის.⁵ ბუნებრივია, ამგვარი გადატვირთულობის ხარისხით პირველი ინსტანციის მოსამართლეები ვერ შეძლებენ საერთაშორისო არბიტრაჟებიდან გამოგზავნილი გადაწყვეტილებების სწრაფად და ეფექტურად შეფასებას. შესაბამისად, უზენაესი სასამართლოს მიერ ამ საკითხების განსჯადობა უფრო მისაღებია.

¹ Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, Article IV.

² საქართველოს კონსტიტუციის 85-ე მუხლი, <https://matsne.gov.ge/index.php?option=com_ldmssearch&view=docView&id=30346&lang=ge>.

³ გოთუა ლ., სადისერტაციო ნაშრომი თემაზე: „უცხო ქვეყნის სასამართლო გადაწყვეტილებებისა და უცხოური საარბიტრაჟო გადაწყვეტილებების აღსრულება“, ივ. ჯავახიშვილის სახელობის თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტი, თბ., 2010. 48, <http://www.law.tsu.ge/data/file_db/faculty-law-public/levan%20gotua.pdf>.

⁴ იქვე, 44.

⁵ სტატისტიკური მონაცემები იხილეთ უზენაესი სასამართლოს ვებგვერდზე, <<http://statistic.supremecourt.ge/module/>>.

V. დასკვნა

თემის ფარგლებში განხილულ იქნა როგორც სარჩელის უზრუნველყოფის ღონისძიების მიღების საკითხი თავად საერთაშორისო არბიტრაჟების მიერ, ასევე მის შესაბამის ქვეყანაში აღსრულების პროცედურები.

ყოველივე ზემოაღნიშნულიდან გამომდინარე, გამოიკვეთა რამდენიმე ისეთი სპეციფიკური საკითხი, რომლის გათვალისწინებაც რეკომენდებულია მხარეთა მიერ საარბიტრაჟო შეთანხმების დადებისას.

უპირველეს ყოვლისა, მხარეებმა ყურადღება უნდა გაამახვილონ არბიტრაჟის მიერ გამოსაყენებელ პროცესუალურ სამართალზე (*“lex arbitri”*). ამ უკანასკნელის შერჩევას, თუკი ამგვარი რამ სახეზე იქნა და მხარეებმა გეოგრაფიული ადგილმდებარეობით არ დაუქვემდებარეს არბიტრი სამართალს, რამდენად ითვალისწინებს კანონმდებლობა არბიტრაჟის მიერ სარჩელის უზრუნველყოფის ღონისძიების გამოყენებას, და თუ არ კრძალავს ქვეყნის იმპერატიული ნორმები ამ უკანასკნელს.

ასევე, მხარეებმა უნდა გაითვალისწინონ არბიტრაჟის ფორმირებამდე სარჩელის უზრუნველყოფის მიღების პროცედურები. ზემოთ განხილულ იქნა საერთაშორისო სავაჭრო პალატის რეგლამენტში არსებული მონესრიგება ამ საკითხისა, თუმცა თუკი მხარეებმა დავა სხვა არბიტრაჟს დაუქვემდებარეს, შესაძლოა დიდი პრობლემის წინაშე აღმოჩნდნენ. თუკი განმცხადებელს სურვილი ექნება აამოქმედოს უზრუნველყოფის ზომები და არავინ არ იქნება სახეზე, რომ მისი განცხადება განიხილოს და იურიდიული ძალის მქონე გადაწყვეტილება მიიღოს, ბუნებრივია, მოპასუხე მხარე არ გაუწევს მას არავითარ დახმარებას და ვერც ვერავინ დაავალდებულებს მას, ვინაიდან წინასწარ არ ჰქონდა გამოვლენილი ამის თაობაზე ნება. შესაბამისად, მხარეებმა წინასწარ საარბიტრაჟო შეთანხმებაშივე უნდა დაარეგულირონ ამგვარი სიტუაცია, თუ არ სურთ, რომ შემდეგ აღმოჩნდნენ გამოუვალ მდგომარეობაში.

საყურადღებოა, აგრეთვე აღსრულების საკითხიც. მართალია, ნიუ იორკის კონვენციამ მხარეებს გაუმარტივა პროცედურები და მთელ რიგ ქვეყნებში ეს პრობლემას არ წარმოადგენს, თუმცა აღსანიშნავია ისიც, რომ კონვენცია ყველა ქვეყანას არ აქვს მიღებული და ცალკეულ ქვეყნებშიც დათქმებია გაკეთებული მიღებისას.

ასევე, გასათვალისწინებელია, თუ სად ურჩევნია მხარეს სარჩელის უზრუნველყოფის ღონისძიების თაობაზე განცხადების გაკეთება: სასამართლოში თუ თავად არბიტრაჟში. სასამართლოში ნებისმიერ მხარეს შეუძლია მიმართოს და მოითხოვოს მოპასუხის წინააღმდეგ ზომების მიღება. თუკი სასამართლო მოპასუხის ქვეყანაშია მაშინ აღსრულების პროცედურების დაწყება უპრობლემოდ მოხდება მაშინვე, როგორც კი გადაწყვეტილება იქნება მიღებული და არავითარი დამატებითი ცნობა-აღსრულება არ იქნება საჭირო. თუმცა, მეორე მხრივ, გასათვალისწინებელია არბიტრაჟის კომპეტენტურობა სასამართლოსთან შედარებით. არბიტრები საქმის არსებით გარემოებებს უკეთ იცნობენ და აგრეთვე მათ გააჩნიათ არაერთი სხვა პრივილეგიაც, ის რის გამოც მხარეები ზოგადად ირჩევენ ამ ინსტიტუტს (კონფიდენციალობა, ცალკეულ დარგებში უფრო დიდი კომპეტენცია). ამ ყველაფრიდან გამომდინარე, შეუძლებელია ზოგადი რეკომენდაციის გაკეთება თუ რომელ ინსტიტუტს უნდა მიმართოს მხარემ საჭიროების შემთხვევაში. ეს უნდა მოხდეს მხოლოდ ინდივიდუალური შეფასების შემდეგ, ყველა გარემოების დეტალური ანალიზის და პრიორიტეტების (მაგალითად, დროის) დალაგების შედეგად.

PROVISIONAL MEASURES IN INTERNATIONAL ARBITRATION

1. Introduction

In modern globalization conditions, when the economic borders are expanding and even disappearing and the country attracts the foreign investments, foreign elements are more frequently observed in private legal relations and the relations become more complex, therefore, the unregulated issues appear in the legislation. Consequently, the parties of the mentioned relations have been entitled to regulate their relations autonomously, on their own. “As for the complex relations, it entails various details and risks that cannot be fully secured”, therefore, logically, such complex relations entail dissensions that cause a number of disputes.¹

“Conflicts are regular problems accompanying any type of business relations. As such it is something that cannot be avoided, but should be dealt with. The businesses with comparatively local characters address the governmental organizations or courts to seek their dispute resolution. At the international level the disputes are pended politically, sovereignly, entrusting the dispute resolution to the institution attached to the specific country. Therefore, the businesses with rather non-local nature have entrusted their dispute resolution to the alternative dispute resolution means and engaged the arbitrations in the process. In the 20th century, the activities by the International Chamber of Commerce, as well as the validation of enforcement of foreign arbitral awards by NY Convention of 1958 made the mentioned institute even more successful.”²

In order to prove the above mentioned, it would be enough to provide an example of statistics of London Court of International Arbitration which shows that the institute was addressed 265 times in 2012 for dispute resolution and the given figure indicates the growth by 18.3% in comparison with the same data from the previous year. The disputed amount of 11.5% among those disputes exceeded 20 million USD, while 29% required the obligation of accomplishment of specific activities.³ Consequently, larger businesses very actively use the institute of arbitration for their dispute resolution. A similar trend is observed in the Arbitration of the International Chamber of Commerce in Paris, which is one of the most popular institutes. In 2012 it was addressed by 759 claimants, (in 1999 by 529, in total 269 awards had been issued).⁴

Making arbitral agreement or transferring the dispute to arbitration does not necessarily mean that the disputing party will behave fairly. On a contrary, if the party realizes the lack of its chances to win, it will try to prolong the process, to impede the other party in obtaining the evidences, etc. Therefore, the claimant party needs a certain assistance from arbitration in order to deal with the obstacles created by the other party. Such assistance is possible through the provisional measures, which are similarly acceptable to the forensic system as well.⁵ The present paper refers to the provisional measures applicable to international commercial arbitration.

The theme is divided into two main parts. Its first part refers to the means of claim settlement, their definitions, and procedures of acceptance and approval by international commercial arbitration. In this part we will discuss the types of provisional measures, as well as the preconditions goals they have. Besides, we will outline the separate problems arising from the process of adopting the provisional measures.

¹ *Tsertsvadze, G.*, International Arbitration, Tb., 2009, 24.

² *Thirgood R.*, International Arbitration: The Justice Business, Journal of International Arbitration, 21, 2004, 341.

³ The London Court of International Arbitration (hereinafter “LCIA”) Rules, <<http://www.lcia.org//media/download.aspx?MediaId=261>>.

⁴ International Chamber of Commerce (hereinafter ICC) Statistics, <<http://www.iccwbo.org/Products-and-Services/Arbitration-and-ADR/Arbitration/Introduction-to-ICC-Arbitration/Statistics/>>.

⁵ For example, provisional measures are considered by Clauses 191– 199¹ of GCPC.

As the present paper refers to international commercial arbitration, it is important to evaluate how their decisions are enforced in other countries where the provisional measures shall actually take place. Consequently, the second part of the paper refers to the issues of recognition – enforcement of the provisional measures adopted by the arbitration based on the analysis of international conventions and the Georgian legislation in force.

The paper does not focus on any specific arbitral tribunal, but generally reviews various international arbitrations. However, based on its importance and its rather detailed regulations, more attention will be paid to the UNCITRAL model law of 1985 with the amendments therein of 2006.

The present paper does not aim to analyze the Georgian legislation or investigate its problems; however, as it is dedicated to Tbilisi State University, we will review the Georgian situation in a separate subtitle. In particular, we will review what authority will the arbitration have in Georgian reality and will have a look at the already rendered awards regarding the application of provisional measures and find out how those awards have to be enforced.

2. Adoption of Provisional Measures

2.1 Definition and Meaning of Provisional Measures

The Model Law of the United Nations Commission on International Trade Law¹ defines the provisional measures as follows: “An interim measure is any temporary measure, whether in the form of an award or in another form, by which, at any time prior to the issuance of the award by which the dispute is finally decided, the arbitral tribunal orders a party to: maintain or restore the status quo pending the determination of the dispute; take action that would prevent, or refrain from taking action that is likely to cause, current or imminent harm or prejudice to the arbitral process itself; provide a means of preserving assets out of which a subsequent award may be satisfied; or preserve the evidence that may be relevant and material to the resolution of the dispute”.²

Consequently, the temporary measures of provisional (interim) measures that aim not to give the defendant party an opportunity to misuse its prevalent condition prior to the issuance of the final award and create or maintain the condition out of which a subsequent award may satisfy the claimant’s application.

Currently, more and more applications requesting the provisional measures are observed. This trend is realistic. For example, if the defendant party manages to destroy the evidences or transfer the disputable property to the third party, the process will lose its actuality for the claimant party because it will complicate the allegation process to such an extent when it becomes impossible to achieve a successful dispute resolution or enforcement of the final award. Such result would not satisfy either the claimant party or the arbitration itself as the latter has to compete with the court by means of “more effective” services rendered to the parties. In the described circumstances it would be impossible to render the effective service and assist the parties in objective and wholistic examination of the case and, eventually, the issued “fair” award will be meaningless. Therefore, almost all arbitration regulations, national legislations or international conventions related to alternative dispute resolution consider the provisions regarding the interim measures.³

Because of the importance of the topic, UNCITRAL has spent significant time on studying the issue, and in 1999 the working group prepared the topics for reformation; and only in 2006, after long discussions about the existing practice, problems and the ways of their resolution, the amendments were made to the law.⁴

¹ United Nations Commission on International Trade Law (hereinafter, UNCITRAL).

² UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration, Article 17, http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/07-86998_Ebook.pdf.

³ *M. Ferguson S.*, Interim Measures of Protection in International Commercial Arbitration: Problems, Proposed Solutions and Anticipated Results, *International Trade Law Journal*, 2003, 55.

⁴ United Nations Commission on International Trade Law, Yearbook 2002, United Nations Commission on International Trade Law, Yearbook 2002, http://www.uncitral.org/pdf/english/yearbooks/yb-2002-e/yb_2002_e.pdf.

2.2 Types of Interim Measures

It should be noted that the interim measures of arbitration encompass provision of evidences as well. For example, the list of types of measures of UNCITRAL Model Law includes the measure of preserving the evidence. The similar clause is directly copied to the Georgian law about arbitration and to the juridical literature, where the functions and types of the measures are discussed together with the provision of evidences.¹

After revising the legal or material preconditions, it is important to determine what expectations the claimant party might have, or, in particular, what type of interim measure can s/he get from the arbitration in order to make a correct and effective choice. Consequently, this chapter will refer to the classification of the interim measures.

The arbitration regulations do not provide a detailed classification of interim measures.² For example, the arbitration rules of ICC include a provision that the arbitration can use “any interim measure”, that it considers most effective for achieving the set goal.³ Similar provision is provided by the arbitration rules of the Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce⁴.

Any arbitration rule that provides the listing or a general classification of the types of interim measures includes a provision that the arbitration can use the interim measure that is not included in the list, however, depending on separate circumstances is deemed to be effective for achieving the final goal. Consequently, the rules mainly take a careful approach and avoid classifying interim measures and providing examples,⁵ thus not setting the limits to the parties to use only the listed types of measures unless it is otherwise set by the contract. By such an approach the arbitration gets more freedom to refer to its own opinion and to the parties’ desire and to take a measure that does not contravene with the arbitration rules and UNCITRAL Model Law.⁶

There is no uniform list of interim measures. Different rules and legislations consider a different set of these issues. The UNCITRAL considered two main categories of the measures before its revision in 2006. The first category aimed to avoid the harm to the party and/or the arbitral proceedings, and the other created the conditions enabling enforceability of the arbitral award⁷. In 2006, as a result of the reforms, the following classification was set forth in the Model Law⁸:

a) *To maintain or restore the status quo pending determination of the dispute.*

For example, the defendant party may be ordered to take certain actions such as: terminating the contract or refraining from using the disputable intellectual property. ICC Arbitration has issued orders re-

¹ Unlike GCPC, Clause 14 which regulates the “provision of evidences” and Clause 23 covers the interim measures that aim to create the conditions that would prevent from the impossibility or complication of enforcement.

² Such approach is acceptable to the forensic system as well. Although, Clause 198 of GCPC provides a list of interim measures, however includes a phrase “it can be” and the 3rd paragraph of the same clause provides that whenever necessary, the judges can use other measures on their own accord. Consequently, the procedural law does not provide a detailed listing of the measures as such detailed listing may impede the effectiveness of the process.

³ ICC Arbitration Rules Article 28.1, <<http://www.iccwbo.org/Products-and-Services/Arbitration-and-ADR-/Arbitration/ICC-Rules-of-Arbitration/>>.

⁴ Arbitration Rules of the Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce Article 32.1, <http://www.sccinstitute.com/filearchive/3/35894/K4_Skiljedomsregler%20eng%20ARB%20TRYCK_1_100927.pdf>.

⁵ UNCITRAL Model Law and the arbitration rules include the list of types of the interim measures but prior to the list give an introductory sentence: “for example and without limitation to”.

⁶ *Gusy M., Hosking J, Schwarz F.*, A Guide to the ICDR International Arbitration Rules, 2011, 204.

⁷ United Nations Commission on International Trade Law, Yearbook 2002, <http://www.uncitral.org/pdf/english/yearbooks/yb-2002-e/yb_2002_e.pdf>.

⁸ The categories are provided in the UNCITRAL Model Law (17.2) and the arbitration rules therein (26.2).

garding the continuation of the liabilities assumed by the defendant party through the contract despite the fact that the defendant party deemed it as a terminated one and had cancelled the implementation.¹

b) To take action that would prevent, or refrain from taking action that is likely to cause, current or imminent harm or prejudice to the arbitral process itself.

Such measures could include the sales of the products with a short shelf-life, as well as obliging not to disclose the confidential information.

c) To provide a means of preserving assets out of which a subsequent award may be satisfied;

When the arbitrating party requires an item or a sum being under his/her interest and possessed by the defendant party, in order to avoid impossibility of enforcement in the future. For example, sequester of the premises until the end of the process will prevent from unlawful sales of that property by the defendant and if the claim is settled the claimant party will easily return it.

d) To preserve the evidence that may be relevant and material to the resolution of the dispute.

The examples of such measures might include: organizing the inspection of a building, or a construction site, in order to develop a report; or inviting an expert and giving him an opportunity to provide his findings.

Drawing up the classifications and listing their types do not imply a special practical meaning; the only reason for creating them is to offer the parties and the arbitration the options of certain important categories. The parties are free to make up a precise list of the measures that they foresee important or exclude any measure they consider as unimportant.²

2.3 Legal Sources of the Arbitration Authority with Regard to the Interim Measures

Arbitration is not the court litigation where all admissible provisional measures are prescribed in detail by the Procedural Code. The arbitration may be entitled with a relevant authority by several sources, such as legislative norms and the agreements by the disputing parties. Consequently, before applying the interim measure, it should be determined whether the specific arbitration has the authority to apply such interim measures and what the source of that authority is.

2.3.1 Agreement of the Parties

The court is a competent body for any dispute resolution and the parties usually, first of all, address the court when they seek their dispute resolution. Such right is guaranteed to any person by the procedural law, by constitution and by the international convention.

However, if the parties agree so, the dispute between them arising from specific legal relations can be transferred, instead of the court, to one of the alternative dispute resolution institutions, such as – arbitration. In such a case the court's competence is automatically excluded and arbitration becomes the main instrument of dispute resolution.

The arbitration agreement has its essential and additional conditions. Without the former the arbitral agreement would lack its legal power, while the latter mainly supports the development of such procedures that would be more flexible and acceptable for the parties.

The arbitration agreement by virtue of which the parties transfer their dispute for examination to the arbitration shall include the provision clearly indicating the individual relation on the grounds of which the dispute transferred to arbitration arose, and also, the specific arbitration by means of which the parties wish to settle their dispute. Therefore, it is important to individualize the arbitration and the dispute; this is an essential condition of the agreement.³

¹ Wang W., *International Arbitration: The Need for Uniform Interim Measures of Relief*, *Brook Journal of International Law*, 28, 2003, 1059.

² Vor Segesser G., *Vorsorgliche Massnahmen im Internationalen Schiedsprozess*, *Association Suisse de l'Arbitrage Bulletin*, 25, 2007, 473.

³ Tsertsvadze, G., *International Arbitration*, Tb., 2009, 174.

However, following that the arbitration is an alternative dispute resolution tool, it entails certain peculiarities constituting its advantage compared to the court. These advantages are reflected, for example, in the opportunity that the parties can draw up all the rules in their agreement either referring to the material law or the procedural norm that should be followed by arbitration when examining the case.

Besides the above mentioned essential conditions, the arbitration agreement usually contains the following too: “1. indication of the location of the arbitral tribunal; 2. indication of qualification of the arbiters as well as the procedures of their designation or rejection; 3. determination of the procedures of arbitral proceedings; 4. reference to the applicable material law; 5. procedure of issuing and correction of an arbitral award.”¹

All arbitration rules directly point out the prevalence of the parties’ desire, when the subject refers to the application of the interim measures. For example, ICC entitles the arbitration to apply the interim measure against the sufficient application “unless the parties have agreed otherwise”.² Similar provision is found in UNCITRAL Model Law Clause 17, which directly indicates that “unless the parties have agreed otherwise, the arbitration may use the interim measure against the application submitted by one of the parties.”³ Any arbitration rule or the national legislation of a country that has adopted the Model Law, considers a similar regulation of the issue. Therefore, we can assume that the parties are entitled to grant the right to the arbiters to take certain measures based on the submitted request, or, the parties may deprive the arbiters of such right. It is also possible that the arbitration agreement describes in detail what procedures are needed or what material preconditions are present that enable the arbitration to satisfy the party’s request upon the application of interim measures and, also, what kind of interim measures are acceptable during the dispute resolution process.⁴

2.3.2 Arbitration Rules

To date, almost all arbitral rules consider a possibility of application of interim measures during international arbitration processes. Consequent to the consensual nature of the arbitration, the preference is given to the parties’ desire rather than to the arbitration rules. However, if the parties have not excluded directly, or have not mentioned at all any provision regarding the interim measures, the arbitration rules entitle the arbiters to discuss the relevant application if submitted any.⁵ The current international arbitrations, for example, such as arbitrations of London, Paris or Stockholm, do not include the detailed regulation with regard to the interim measure, but give a rather general definition underlining that the parties’ agreement has a decisive role in the introduction of the provisional measures and gives just a general overview of the types of measures that can be applied. A comparatively detailed regulation of the issue is provided by the arbitration rules of UNCITRAL⁶. It is important to distinguish the UNCITRAL Model Law from UNCITRAL arbitral rules. Despite the fact that both are developed by the same commission and revised almost in the same period⁷, and both documents refer to the arbitration of disputes, the difference between them is quite obvious, especially with regard to the interim measures.

The Model Law is dedicated to the countries and includes the norms that will be harmonized after reflecting them in the national legislations; consequently, different jurisdictions will impose fewer prob-

¹ *Ibid*, 175.

² ICC Arbitration Rules 28.1.

³ UNCITRAL Model Law Article 17.

⁴ *Vor Segesser G.*, Vorsorgliche Massnahmen im Internationalen Schiedsprozess, *Association Suisse de l’Arbitrage Bulletin*, 25, 2007, 473.

⁵ As we already discussed above that the ICC and UNCITRAL arbitration rules provide that the parties’ agreement prevails over the arbitral rules when the subject refers to empowering the arbitration to introduce the interim measures. Similar provisions are set forth in LCIA and ICDR rules.

⁶ UNCITRAL Arbitration Rules – the arbitration rules developed in 1976, and last revised in August, 2010. <http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/2010Arbitration_rules.html>.

⁷ Amendments to the Model Law made in 2006, and in the arbitration rules – in 2010.

lems to the parties. As for the arbitration rules, they are the procedures developed by the commission that can be activated and used as dispute resolution procedures only when the parties refer to them. This means that, by means of referring to the rules, the parties express their desire to automatically incorporate all the subsequent rules in their agreement.

There are certain differences from the contextual point of view as well, for example: the Model Law regulates the decisions made “ex parte” regarding the application of interim measures, and the arbitration rules do not include such a provision. A similar situation is observed with regard to the enforcement of the decisions regarding the interim measures.¹

The arbitration regulations could be linked to the parties’ agreement: if the parties do not incorporate additional conditions into their arbitral agreement and just indicate their desire to transfer their dispute to the particular arbitration, it is deemed that they accept the rules set forth by the regulations and express their desire to have the dispute solved according to those rules.

2.3.3 “Lex Arbitri” – The Law to be Used by the Arbitration

The parties may regulate in detail the procedures according to which they wish to solve the dispute, or may not pay attention to such issues when transferring the dispute to the arbitration, which may have the regulations that do not include the adoption/application of the interim measures at all. In such cases the arbitration should have the additional rules that would be helpful for the parties in resolution of the problem. Therefore, it is important to involve the legal norms that will offer more detailed procedural regulations to the parties. The law used in the international arbitration may regulate designation of the arbiters and the rules of conducting the arbitration process („lex arbitri“).²

One of the arbiters defined „lex arbitri“ as follows: „What is the law regulating the arbitration dispute? As the separate authors state, it is a set of norms regulating the arbitral proceedings outside the issues that are not determined by the parties’ agreement or desire. The law regulating the arbitral proceedings cover the issues such as: application of interim measures (e.g. obligation of the party to store the goods) and rules based on which the court may assist the arbitration in separate cases (e.g. when there is no other way out the court shall fill in the gap in formation of the arbitration) and the rules that enable the judge to supervise the arbitration (e.g. to dismiss the arbiter for misconduct).“³

„With regards to the procedural law applicable to the arbitration, almost all national legislations consider a so called „seat theory“⁴, based on which the arbitration uses the legislation of the country where the dispute examination takes place. It is possible that the procedural law differs from the regulations of material and legal aspects of the dispute. The cases when the parties point out one of the national procedural laws is very rare in the arbitration practices and therefore the above mentioned theory enjoys its frequent use.“⁵

As we already mentioned, the regulations of arbitration contain scant regulations with regard to the interim measures and there is always a chance that the parties do not indicate the detailed procedures in their agreement either. Therefore, it is possible that the norms of the applicable procedural law come to the agenda very frequently.

¹ *Tucker A.L.*, Interim Measures under Revised UNCITRAL Arbitration Rules: Comparison to Model Law Reflects both Greater Flexibility and Remaining Uncertainty, Arbitration Brief, Vol. 1. Issue 2, 2011, <http://digitalcommons.wcl.american.edu/ab/?utm_source=digitalcommons.wcl.american.edu%2Fvol1%2Fiss2%2F6&utm_medium=PDF&utm_campaign=PDFCoverPages>.

² *Tsertsvadze, G.*, International Arbitration, Tb., 2009, 365.

³ *Redfern A., Hunter M.*, Law and Practice of International Commercial Arbitration, 4th ed., London, 2004, 80.

⁴ *Seat Theory*.

⁵ *Wang W.*, International Arbitration: The Need for Uniform Interim Measures of Relief, Brook Journal of International Law, 28, 2003, 1059.

2.4 Material and Legal Preconditions of the Interim Measures

The legal preconditions of the interim measures entitle the arbitration to take certain measures to assist a party in separate cases. However, the meaning of “separate cases” is determined by the material – legal preconditions. If the arbitration takes the provisional measures only based upon the claimant’s request, it will entail a serious threat to the interests of the defendant party who may bear serious material losses. In order to avoid this, there are some material preconditions for the application of the provisional measures, and the arbitration shall inspect whether such preconditions are present before applying any of the interim measures to the party.

2.4.1 The Authority of Arbitration

Certainly, the Permanent International Arbitration of Stockholm cannot render the award if the parties have indicated the Paris Arbitration as a location of their dispute resolution. However, this precondition of admission does not refer only to this issue. First of all, it is important that there are no grounds to annul the arbitration agreement, and, besides, we have already discussed the cases, when the arbitration was not formed yet, but the need of application of the provisional measures was present and, therefore, the parties faced the necessity of activation of separate mechanisms, such as, for example, the designation of an arbiter empowered only with a particular authority by the arbitration secretariat. Therefore, often the formal preconditions with unimportant and simple meaning at a glance become the problematic issue to be discussed: to what extent does the arbiter have the authority to apply the interim measure? In order to answer this question, first of all, the mentioned authority should be examined.¹

2.4.2 Application Submitted by the Party

The Model Law and the UNCITRAL arbitration rules, as well as any other arbitration legislation or regulations directly indicate that in case of “request submitted by any party” the arbitration may apply the provisional measure. Therefore, we can conclude that the arbitration cannot apply a provisional measure on its own accord even if there is a realistic need for it. Naturally, considering that the basic principle of the arbitration proceedings is the equality of the parties and, moreover, the desire of the parties is so important that they jointly decide what right shall be granted to the arbitration, if none of the parties express its desire for application of the interim measures and the arbiter decides on his own accord “to assist” one of them, such situation would put the principle of competition of the parties under a serious threat.

The regulations of arbitration also point out that any party, and not only the claimant party, can apply to the arbitration requesting an interim measure. In case if a party has submitted a request to the arbitration and, at the same time, is a claimant party, then it holds the opportunity to achieve a provisional measure for his claim. However, in separate cases the defendant party can also have an opportunity to submit a similar request, for example, with regard to the issues such as preservation of the evidences or depositing the security amount on the deposit account.

2.4.3 “Reasonable Possibility” to Satisfy the Merits of the Claim²

Such requirement is directly indicated in Clause 17 of UNCITRAL Model Law: “There is a reasonable possibility that the requesting party will succeed on the merits of the claim. The determination on this possibility shall not affect the discretion of the arbitral tribunal in making any subsequent determination.”

¹ *Vor Segesser G.*, Vorsorgliche Massnahmen im Internationalen Schiedsprozess, Association Suisse de l’Arbitrage Bulletin 25, 2007, 473.

² Often, in literature it is referred to in Latin: “Fumus boni iuris”, which in translation means “ enough legal grounds”.

Such precondition is familiar to the courts as well. Moreover, the working group incorporated such provision after the revision of the forensic systems of different countries and, later, of the arbitration practices.¹ Naturally, the submission of the application requesting the use of interim measures takes place at the beginning or in the course of the process, therefore, the arbitration has not evaluated yet to what extent shall the merits of the claim be satisfied and, consequently, the decision shall not be made at the given stage. For this particular reason, all laws and regulations establish the “reasonable possibility” and indicate directly that passing these barriers by the party will not affect the final decision of the arbitration. It is quite hard to determine what this precondition specifically covers. It should not be viewed as a serious and significant barrier. More importantly, the request submitted by the party should not be absurd or unjustified so that one of the results of application of the interim measure would affect the opposite party at the end of the arbitration proceedings.²

2.4.4. Avoiding Significant and Uncompensable Losses

The next precondition met with the admission of the provisional measures refers to significant and uncompensable losses. The claimant party shall submit convincing arguments to prove that unless the interim measure is applied, he will be subjected to the uncompensable and unrestorable losses even after the merits of the claim are satisfied. “Practically, this precondition entails the analysis of the threat facing the claimant party and comparison to the outcomes that would face the defendant party.”³

2.4.5 Submission of Security Amount by the Claimant Party

It is possible that the requirement of the arbitration for the submission of security by the claimant party is deemed to be one of the preconditions in certain cases. “Whenever the arbitration has to assess the effectiveness and usefulness of the interim measures, the security amount submitted by the party can constitute a mechanism to regulate the risk and compensate the losses incurred because of incorrectly applied provisional measures”.⁴

The working group of UNCITRAL reforms has worked hard on this issue. Mainly, their discussions were focused on to what extent it is necessary to grant the obligatory nature to the submission of the security amount by a claimant party even if the decision would be made “ex parte”. Nevertheless, they finally agreed that the submission of security amount would have the non-mandatory nature.⁵

Currently, Clause 17 of UNCITRAL Model Law obliges the claimant party to compensate all the costs and damages that would not take place without the application of the provisional measure. The Law entitles the arbitration, at any stage of the proceedings, to require from the claimant party the submission of the security amount, however, such authority could be considered as a mechanism of protection of the interests of the defendant party. Such mechanism can be activated at any stage of the proceedings and, therefore, it is not deemed to be the precondition of the provisional measure that, as an established standard, shall be examined by an arbiter before issuing any decision.

¹ *Wong J.*, The Issuance of Interim Measures in International Disputes: A Proposal Requiring A Reasonable Possibility of Success on the Underlying Merits, *Georgia Journal of International and Comparative Law* 33, 2004, 605.

² *Wong J.*, The Issuance of Interim Measures in International Disputes: A Proposal Requiring A Reasonable Possibility of Success on the Underlying Merits, *Georgia Journal of International and Comparative Law* 33, 2004, 618-619.

³ *Vor Segesser G.*, Vorsorgliche Massnahmen im Internationalen Schiedsprozess, *Association Suisse de l'Arbitrage Bulletin* 25, 2007, 473.

⁴ *Donovan D.F.*, The Scope and Enforceability of Provisional Measures in International Commercial Arbitration: A Survey of Jurisdictions, *The Work of UNCITRAL and Proposals for Moving Forward*, *International Commercial Arbitration: Important Contemporary Questions*, Kluwer, Netherlands 2003, 130.

⁵ *Ibid*, 131.

2.4.6 Various Factors to be Regarded

What the arbiter shall inspect and how deeply shall he analyze the issue depends upon the nature and the type of the interim measure. For example, if the type of the measure is as strict as a Worldwide Freezing Order, than the arbiter shall be more careful before satisfying the application. The issue is attractively discussed by the English court with regard to the case. *Dadourian Group International Inc. & Ors v Simms & Ors*.¹ During the dispute eight guidelines were developed, which the courts should take into consideration before issuing similar decisions. In particular, these guidelines provide that:

1. “The permission shall be fair and useful, which means that the effectiveness of sequester is security and it does not have the oppressive character.”

2. All circumstances and alternatives shall be examined with adequacy, in order to consider the interests of the claimant as well as of the third persons, who might be affected by the sequester.

3. The interests of the claimant party should be compared to the interests of the defendant party and to the interests of any person, who might engage in the dispute at the later stage.

4. The claimant shall not have the opportunity to get satisfaction from his/her own request by any other effective means.

5. The claimant party shall submit all the information and evidences necessary for decision making; namely, this information may refer to the approaches and practices of the country where the enforcement will take place, as well as the precise information about the sequestrable assets and their owners.

6. The claimant party shall assert that the assets exist and they fall under the jurisdiction of the other country.

7. The claimant shall also submit the evidence that the defendant party intends to sell the sequestrable assets.

8. The claimant shall notify the defendant about the submission of the request. If there is an urgent necessity of the request satisfaction, the defendant party can be notified about the request later on, but as soon as possible”²

Despite the fact that these standards are set by the court, not the arbitration, indeed they provide such a fair and detailed description of the preconditions that it would be better if arbitration takes them into consideration. However, it should be mentioned that they refer to the strictest and most radical interim measure: the international sequester (Worldwide Freezing Order). Therefore, a person examining such an application shall be very thoughtful in order not to breach the interests of the defendant party. The arbitration shall precisely assess lots of issues, however, if each interim measure is assessed against the same quantity of preconditions, it may take a long time to make a decision and, consequently, the “urgent” measures may be delayed, which would impose a threat to the claimant’s interests.

2.5 Certain Problematic Issues Related to Interim Measures

2.5.1 The Necessity of Issuing Interim Measures before Arbitration is Formed

While arbitrating the dispute, the problems appear with regard to the provisional measures because of the absence of detailed regulations for certain issues. Namely, one of such problems is the uncertainty related to the question: Who shall decide upon the application of interim measures when the arbitration has not been formed yet? The mentioned procedure can last several months, whereas the essence of the provisional measure lies in the fact that it should be rapid, and should enable the party to preserve the conditions

¹ *Falconer C., Bouchenaki A.*, Protective Measures in International Arbitration, *Business Law International*, 11, 2010, 183.

² *Dadourian Group v. Simms*: <<http://archive.onlinedmc.co.uk/Dadourian%20Group%20v.%20Simms.htm>>, [01.07.2013].

that would lead to the final goal. If the claimant waits for several months until the arbiters' selection process is over, it is more likely that there will be no need to proceed any more.¹

The mentioned issue has been reflected in several arbitral rules offering sufficient regulation of the issue. For example, the current rules of London International Arbitration², and, namely, its Clause 9 provides the speedy procedures of formation of the arbitration. However, the mentioned clause aims to shorten the established terms and take more effective measures for dispute resolution. The clause stipulating the provisional measures does not say anything with regard to the mentioned terms and, therefore, cannot be referred to as a perfect way of problem solving. Speeding up the terms can have a positive influence upon the claimant too; however, it is not enough for making a rapid and effective decision considering that the issue is really urgent for the claimant party.³

Since 1990, ICC also offers the "pre-arbitral procedures" which, together with other topics, enables the arbiter to issue a provisional measure before commencing the arbitral proceedings. Namely, the arbiter is entitled to:

1. use any protective measure that would prevent rapid losses and uncompensable harm;
2. impose the responsibility of payment to the party;
3. give an order to the party to accomplish all the assumed liabilities, among them to sign or submit any specific document, or ensure the accomplishment of the given order by another person;
4. to give an order to the party to preserve the evidences;⁴

In order to use such a procedure, the parties must have a direct agreement upon it: a special provision in their arbitral agreement or other written document expressing their will that they accept the "pre-arbitration procedures". Otherwise, even if the arbiter had issued the provisional measure, it would not have the mandatory power for the parties; according to NY Convention,⁵ it would not be considered as an arbitral award and, consequently, would not be enforceable in the country of destination.

The International Chamber of Commerce provides an even more detailed regulation of this issue since 2012. It added Annex 5 to the arbitral rules, a so-called "emergency arbitration rules".⁶ the function of the latter is the same as that of the former; however, it can be activated if:

1. the parties have conducted an arbitration agreement indicating the wish to transfer the dispute to the ICC arbitration and to follow the rules of arbitration of the mentioned institution;
2. the parties do not directly exclude the application of Annex 5;
3. the parties do not indicate/consider directly the application of other, more detailed and different rules.⁷

Therefore, the ways of problem solving are considered under the arbitration rules by the ICC and if the parties address this institute, whenever necessary, they will get a rapid and effective solution even before the arbitration is formed.

Despite the fact that separate institutes make their efforts to find a way to assist the party urgently needing an interim measure before the arbitration is formed, we can assume that this problem is not entirely solved. Consequently, the parties have to be careful and make a choice between the two alternatives: either they regulate the issue in detail and sufficiently indicate it in their arbitral agreement, or address the court with the application requesting the interim measure. Otherwise, it may happen that awaiting the final decision becomes senseless even before the arbitral proceedings start.

¹ *M. Ferguson S.*, Interim Measures of Protection in International Commercial Arbitration: Problems, Proposed Solutions and Anticipated Results, *International Trade Law Journal*, 2003, 55.

² LCIA Arbitration Rules.

³ *Collins E.*, Pre-Tribunal Emergency Relief in International Commercial Arbitration, 10 *Loyola University Chicago International Law Review*, 10, 2012, 105.

⁴ ICC Rules for Pre-Arbitral Referee Procedure, Article 2.1

⁵ 1958 - Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards - the "New York" Convention, <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/NY-conv/XXII_1_e.pdf>, [date of purchase].

⁶ ICC Arbitration Rules Appendix V - Emergency Arbitration Rules.

⁷ Emergency arbitrator, <<http://www.iccwbo.org/products-and-services/arbitration-and-adr/arbitration/emergency-arbitrator/>>.

2.5.2 Issuing the Interim Measure “ex parte”

There are varieties of ideas expressed in literature regarding whether the arbitration shall have the right of issuing a provisional measure upon request, if the party against which such measure is deemed will not be listened during the decision-making process.¹

The practitioner lawyers supporting this institute have very interesting arguments. They say that the necessity of this institute is present when the effect of rapidness and unexpectedness has a particular impact upon the protection of interest of the requesting party. They also mention that the interests of the party against which such measures are directed can be easily secured by obliging the claimant party to submit the security. However, they also add that the additional sessions can be convened even after issuing the interim measures, where the mitigation or cancellation of the measures can be discussed. This would minimize the risks of the defendant party.²

However, the so-called institute of “ex parte” has many opponents. For example, Professor Hans Van Houtte dedicated an article to the “ex parte” decisions, where he names different reasons why this institute shall not be applied. One of the reasons listed in the article is the irrelevance of the institute with the consensual nature of arbitration. He mentions that the given method of alternative dispute resolution is fully built upon the desire and expectation of the parties, whereas the method of “ex parte” decisions breaches the interests of one of the parties. The article provides the recommendation to develop the Model Law in a way that it would enable the parties to establish the right of application of “ex parte” institute, and not vice versa - when the parties would exclude this institute preliminarily in order to avoid its application in the future against one of them.³ In the same article the author provides the view that the decision made “behind the party’s back” will be unacceptable for the party. Consequently, the latter will certainly seek its appeal, thus excluding the possibility of voluntary accomplishment in advance. The claimant party will have to activate the enforcement mechanisms by means of court and even if it succeeds, it will waste so much time that will never make use of the so-called effect of rapidness and unexpectedness. As for the institute of enforcement of “ex parte” decisions, it is unacceptable for some of the legal systems, while in some others, despite the acceptance, there still is a kind of doubt or antipathy toward this institute. Therefore, the party that submits the “ex parte” decision to the court seeking the enforcement validation should know that the judge will look at it strictly and precisely in order to evaluate whether the procedural norms had been followed, and whether there was a need to take the decision in the presented form, and whether the violation of the legal rights of the opponent party is present - this will take much time indeed.⁴

Special regulations of the issue are offered by UNCITRAL Model Law (amended in 2006)⁵ providing the so-called “Preliminary Order”. The latter refers to the application of issuing “ex parte” interim measures, because in this case only the claimant’s arguments are heard and the decision upon the application of the measure is made “ex parte”. However, the peculiarity of the “preliminary order” is that it provides the opportunity to get a temporary solution without postponing the case. The preliminary order expires after 20 days or from the moment when the opponent party enters the process. After that the arbitration can issue a provisional measure that either confirms the “preliminary order” or changes/cancels it.⁶ The preliminary order does not constitute an award,⁷ therefore, it is valid between the parties and cannot be enforced by the court under compulsion.

¹ “ex parte” Interim Measures.

² *Ferguson S. M.*, Interim Measures of Protection in International Commercial Arbitration: Problems, Proposed Solutions, and Anticipated Results, *International Trade Law Journal*, 2003, 55

³ *Van Houtte H.*, Ten Reasons Against a Proposal for “ex parte” Interim Measures of Protection in Arbitration, 20. *Arbitration International*, Vol. 20, Number I, 2004, 85.

⁴ *Van Houtte H.*, Ten Reasons Against a Proposal for “ex parte” Interim Measures of Protection in Arbitration, 20; *Arbitration International*, Vol. 20, Number I, 2004, 85.

⁵ UNCITRAL Model Law (Revised 2006) Article 17.

⁶ *Margaret L.M.*, *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration*, Cambridge, 2008, 102.

⁷ UNCITRAL Model Law Article 17C 5.

2.5.3 Provisional Measures Issued by the Court

According to general rules, the existence of an arbitral agreement means the exclusion of a specific dispute between the parties from the court. A similar provision is given in Clause 8 of the Model Law. The first part of the named clause provides that: A court before which an action is brought in a matter which is the subject of an arbitration agreement shall, if a party so requests not later than when submitting his first statement on the substance of the dispute, refer the parties to arbitration unless it finds that the agreement is null and void, inoperative or incapable of being performed. The second part of the clause says that: Where an action referred to in paragraph (1) of this article has been brought, arbitral proceedings may nevertheless be commenced or continued, and an award may be made, while the issue is pending before the court.¹

According to Clause 186 (1) “d” of Georgian Civil Proceedings Code: “the judge will not accept the claim during 5 days after its submission if: the parties have conducted a contract, or an agreement indicating that the dispute arising between them shall be transferred to the arbitration.”² Consequently, if the parties have agreed to transfer their dispute to the arbitration, the court will not intervene in the dispute resolution and, if one of the parties addresses it, it will cancel the proceedings on the grounds provided in Clause 272. Similar provisions are met in different foreign legislations. For example, Paragraph 1032 of German Civil Proceedings Code provides that the court does not admit the claim upon the dispute which was already examined by the arbitration and the consequent arbitral award exists.³ Both regulations are copied from the 3rd part of the 2nd clause of NY Convention of 1958 about the recognition and enforcement of foreign awards. All signatories of the Convention share this provision. An absolute meaning should be given to the position that it should be prohibited for any party to change its mind and address the court. Such prohibition shall not be deemed as a violation of the party’s constitutional rights but the reference to the obligation that “the contract should be fulfilled” and the party should address the arbitration.⁴

However, this rule applies to the basic examination and resolution of the dispute. In separate cases the court holds the competence to “intervene” into the arbitral proceedings and take certain decisions on its own. One of the examples is the provisional measure. Clause 17(5) of UNCITRAL Model Law contains the following regulation: “A court shall have the same power of issuing an interim measure in relation to arbitration proceedings, irrespective of whether their place is in the territory of this State, as it has in relation to proceedings in courts. The court shall exercise such power in accordance with its own procedures in consideration of the specific features of international arbitration.”

Such provision can be met in UNCITRAL arbitration rules⁵ and LCIA rules⁶. Consequently, it is an established rule that despite the existence of the arbitral agreement, it is possible that the parties address the court to seek assistance regarding the provisional measures.

It should be mentioned that the arguments regarding this regulation lasted quite long. The lawyers and the working group could not agree if addressing the court is relevant to the arbitral agreement and to the Clause of NY Convention of 1958, which obliged the court not to accept the disputes upon which the arbitral agreements existed; also, whether addressing the court by a party and issuing the provisional measure by the court means the refusal of the arbitration agreement.⁷ Consequently, the arbitration rules and conventions have been modified and special clauses were added. But the lawyers finally agreed that addressing the court was never regarded as a right of a party related to the provisional measures. Clause 6 of the

¹ UNCITRAL Model Law Article 8.

² Georgian Civil Proceedings Code, <https://matsne.gov.ge/index.php?option=com_idmssearch&view=doc-View&id=31702&lang=ge>.

³ Zivilprozessordnung (hereinafter - ZPO) § 1032 Schiedsvereinbarung und Klagevor Gericht, <<http://www.-gesetze-im-internet.de/zpo/>>.

⁴ *Tsertsvadze, G.*, International Arbitration, Tb., 2009, 195.

⁵ UNCITRAL arbitration rules article 26.9.

⁶ ICC Arbitration Rules Article 28, II.

⁷ *Gaillard E., Savage J.*, International Commercial Arbitration, Hague, 1999, 712-713.

EU Convention¹ about International Commercial Arbitration of 1961 directly indicated that: “Addressing the court by the party with the request of provisional measures does not mean transferring the dispute for examination to it”. Therefore, it was an unacceptable practice when the party could address the court with regard to the examination of separate issues, and because of such behavior, it was understood as the party’s refusal on its arbitral agreement, as if it transferred the whole disputable case to the court.²

Concluding from the above described, the parties can address the court with request of the provisional measures without any problems, and then continue their dispute resolution with the desired arbitration.

As for the question – Which court has the competence to examine the issue and take the corresponding decision? – this should be decided according to the national law relevant to the international private law.³

Addressing the court with the request of interim measure has the priority that the judge will issue a verdict upon which the enforcement document can be obtained quickly and does not require additional recognition/enforcement procedures in other countries. Despite this condition, the arbitration is still understood as a more useful and popular institution to request the provisional measure, because the arbitration can better assess the admissibility of the justification provided by the party and assessment of the preconditions in order to determine the importance of the provisional measure and its impact on the essential examination of the case and the final results. Besides, the arbitration is capable to decide whether the party really needs the requested provisional measures or it is just a way to prolong the process. Therefore, despite certain advantages of the court, international arbitrations are the institutions that the parties address to solve their disputes and to request provisional measures.⁴

2.5.4 Granting Interim Measures to the Third Persons

During the arbitral proceedings, the problem appears when a certain decision is directed not to the signatories of the agreement but to the third person who does not participate in the dispute examination. For example, if any evidence is not under possession of a defendant party but of a third party, how the provisional measures shall be issued to that third person⁵.

Clause 17 of UNCITRAL Model Law and, namely, the definition of the interim measures include the text: “the arbitral tribunal orders the party to . . .” in such case the party is the subject participating in the dispute examination. In fact, the key to the arbitral proceedings is its consensual character; the parties conduct an agreement/a contract to transfer their dispute to the arbitration. The contract provides the relative right that could be spread upon the contracting parties. Therefore, the arbitration cannot order the bona fide buyer, the third person not to sell the property. Moreover, such a limitation is influenced by the confidentiality of the arbitral proceedings. The third persons are never engaged in the dispute examination and, consequently, do not have the right to attend the process, therefore, they cannot be so simply involved in the proceedings.⁶

¹ European Convention on International Commercial Arbitration of 1961 Done at Geneva, April 21, 1961 United Nations.

² *Gaillard E., Savage J.*, International Commercial Arbitration, Hague, 1999, 716.

³ e.g. Georgian Law “on Private law”, 1998, <https://matsne.gov.ge/index.php?option=com_ldmssearch&view=docView&id=93712&lang=ge>.

⁴ *Bucy D.R.*, How to Best Protect Party Rights: The Future of Interim Measures in International Commercial Arbitration Under the Amended UNCITRAL Model Law, *American University International Law Review*, 25, 2010, 579.

⁵ *Wang W.*, International Arbitration: The Need for Uniform Interim Measures of Relief, *Brook Journal of International Law*, 28, 2003, 1059.

⁶ *Srinivasan B.*, Scope of Power to Grant Interim Measures against Third Parties under the Arbitration and Conciliation Act, 1996, <<http://ssrn.com/abstract=2141718>>, [30.06.2013].

2.6 The Protective Measures Applicable to the Interim Measures According to UNCITRAL Model Law

As we have already mentioned several times before, interim measures constitute a protective mechanism for one party, but it entails a threat of significant damages, especially when the interim measure is unfair or exaggerated. Certainly, if all the company's accounts are frozen, it will not be able to operate and the results will be lamentable. That is why, there is a number of formal and material preconditions that cannot be passed by the arbitration until it issues an interim measure. It is inadmissible to consider the interests of only one party and if the arbitration is examining the dispute then it shall consider the interests of the defendant party as well based on equality and impartiality principles.

Besides the preconditions regarding the admissibility, Clause 17 (3) of UNCITRAL Model Law¹ provides certain requirements and conditions that aim to protect the rights and interests of the party against which the interim measure is issued. These clauses create a kind of mechanism in order to correct in time the baseless measures or ensure a rapid and effective compensation of damages caused by those measures.

It should be mentioned that while elaborating the amendments to the UNCITRAL Model Law, the working group used the provision worked out at Helsinki Conference in 1996 of International Law Association (ILA)² about the "Principles of Provisional and Protective Measures in International Litigation"³, as well as the principles developed at Hague Conference of 2001 about International Private Law, and the principles elaborated by the International Institute of Unification of Private Law. Although, none of the mentioned institutes can be directly associated with the arbitration proceedings, but, due to their relevance to the protection of the parties' rights, UNCITRAL found it important to reflect them partially in the model Law.⁴

In particular, the Model Law provides the following provisions:

a) *"The arbitral tribunal may modify, suspend or terminate an interim measure or a preliminary order it has granted, upon application of any party or, in exceptional circumstances and upon prior notice to the parties, on the arbitral tribunal's own initiative"*⁵.

The Model Law enables modification, suspension or termination of the measures issued by the arbitration. The law does not specify the preconditions based on which the arbitration can act in the above described way. The "application of any party" and "own initiative", of course, do not mean that it does not need other grounds and the granted measure can be simply suspended. In such a case the interests of the applicant party will be breached. Therefore, separate circumstances shall be established, which would prove that the interim measure is either inadequate or has changed, or the precondition on the grounds of which it was issued never existed. If, for example, it turns out that the party has submitted false evidence in order to get the interim measure, the arbitration shall terminate the issued interim measure. Whenever the party initially has applied for 500,000 US Dollars and the arbitration sequestered the same amount on the defendant's account, and later the requested amount is reduced, for example, to 300,000 USD, the arbitration can accordingly reduce the amount of sequester on the defendant's account.

b) *"The arbitral tribunal may require any party promptly to disclose any material change in the circumstances on the basis of which the measure was requested or granted"*⁶

The applicant party is required to submit full information to the arbitration if the circumstances on the basis of which the measure was issued no longer exist. As already mentioned, the goal of the institute

¹ Same as in their arbitral rules.

² International Law Association (ILA) – established in 1873 and dedicated to study, interpret and improve the international law. It organizes international conferences once in every two years, where separate issues are discussed and developed.

³ Principles of Provisional and Protective Measures in International Litigation.

⁴ United Nations Commission on International Trade Law, Yearbook 2002, <http://www.uncitral.org/pdf/english/yearbooks/yb-2002-e/yb_2002_e.pdf>.

⁵ UNCITRAL Model Law Article 17 D.

⁶ UNCITRAL Model Law Article 17 F.

is to protect the applicant party's rights whenever necessary. If such a necessity is no more present, it will turn out that the only goal of the granted measure is to harm the opponent party; therefore, if the party fails to fulfill this obligation, it may be imposed to the liability of compensation of damages.¹

c) *“The party requesting an interim measure or applying for a preliminary order shall be liable for any costs and damages caused by the measure or the order to any party if the arbitral tribunal later determines that, in the circumstances, the measure or the order should not have been granted. The arbitral tribunal may award such costs and damages at any point during the proceedings.”*

This protective measure includes two issues: incurring the costs of interim measures and of possible costs of damages caused by the measures by the applicant party. The costs occur in each case when the interim measure is granted. It can contain the costs of services such as: transportation, expert's service or even sequester.

As for the compensation of damages, as defined in the juridical literature, it cannot be imposed to the party in each case, even if the real damages are present. This means that the party shall not support the issuance of inadequate measures by its negligent or intentional action and shall not harm the opponent party. Therefore, if the arbiter makes the final decision which does not satisfy the request of the applicant party regarding the interim measure, then the issue of compensation of damages will be discussed separately.²

A separate consideration is needed for the circumstances when the decision upon granting the inadequate and damaging interim measure was made by the court, not by the arbiter. The practices regarding the mentioned problem are different. There were cases when the court's decision regarding the compensation of damages caused by the unlawful interim measure were not satisfied by the arbiters, or vice versa.³ From the given two positions, preference should be given to the one that considers compensation of damages and losses. If, from one point of view, we consider the argument that the damages caused generally by the measures shall be compensated, and this is sufficiently reflected in the legislations and regulations, then the parties shall not have an opportunity to get rid of the compensation liability by means of revocating the interim measure through the court.

3. Recognition/Enforcement of Foreign Arbitral Awards Granting the Interim Measure

3.1. Need for the Recognition/Enforcement of Foreign Arbitral Awards Granting the Interim Measures

If when issuing the verdict or the decision by the court the enforcement document is also requested, it will be submitted to the enforcement institution which will start enforcement. However, this covers the local disputes examined by the court, where the court and the enforcement bureau constitute the system supported by the national legislation. A different picture is observed in the case of international arbitration. For example, in Stockholm, if the arbiter satisfies the party's application, it should be clarified how the decision will be enforced. Naturally, the party against which the interim measure has been issued can fulfill the award so that the claimant does not have to refer to the compulsory enforcement measures. There is a number of reasons why the defendant should do so: it may earn the reputation of the law breaker; or sooner or later the compulsory enforcement will take place.⁴ However, this does not mean that the decisions are always fulfilled voluntarily and the parties do not have to pass the procedures of recognition and enforcement of the awards in the country of destination.

¹ See the next provision.

² *Rubino-Sammartano M.*, International Arbitration: Law And Practice, 2nd ed., The Hague, 2001, 648.

³ *Ibid*, 649.

⁴ *Tsertsvadze, G.*, International Arbitration, Tb., 2009, 517.

3.2 Recognition and Enforcement of the Arbitral Awards – Definitions of the Terms

Despite the fact that both the recognition and enforcement of the award are reinforcing the arbitrator's order and grant an effect to it, these two terms are separated from each other by the juridical literature and national legislations.¹

Recognition – “considers integration of already rendered award into the legislation of the implementing country”. Recognition is a rather “protective” measure as it is done by the party to maintain the result and prevent it from the opponent's efforts aimed to influence the award through legal action. The recognition of the award underlines the latter's mandatory and legal nature toward the parties.²

Enforcement – unlike recognition, it is a rather “pushing” measure defined as “striving for converting the award into money”. It considers not only the legal recognition of a specific award, but the implementation of its enforcement too. In order to enforce the award, it should be recognized first.³

3.3 Legal Sources of Recognition/Enforcement

The international conventions have a key role among the legal sources for recognition/enforcement of arbitral awards. Indeed, if each country had different procedures and regulations with regard to enforcement, the situation would be very complicated for enforcement seekers. Therefore, the international conventions establish general standards that ensure a sufficient legal response to the application of a party in the country signing the convention.

One of the most important legal sources is the New York Convention of 1958 regarding “the recognition and enforcement of foreign arbitral awards”. The Convention aims to enable the signatory country to recognize/enforce the foreign arbitral award within its legislative framework rapidly and simply.⁴ The scope of NY Convention is significantly wide; however, it is not the only source. For example, Minsk Convention also includes the provisions that enable the signatory countries to enforce the awards regarding the civil and domestic disputes through simplified procedures.⁵

When talking about the legal sources, we should pay due attention to the national legislation that regulates in detail who will examine the application requesting recognition/enforcement, what time shall be allocated to the examination of the application and so on. With regard to the national legislation, the model Law shall also be considered, because it has been ratified in several countries (among them in Georgia too) and, therefore, the legislations of those countries had been unified and, as a result, identical regulations relevant to the international convention are found in different countries.

3.4 Grounds for the Refusal of Recognition/Enforcement of the Arbitral Award

The arbitration is entrusted by the states to render an award and, whenever necessary, it is supported at the enforcement level too. Any arbitral award cannot be enforced. We already mentioned above certain procedural and material/legal grounds for issuing the provisional measure by the arbitration. Of course, if a person obtains the arbitral award without its criteria and enforces it, this will entail absolute chaos. Therefore, if the general criteria set are present, the court cannot recognize/enforce the arbitral award and such a defective award will become just a piece of paper.

¹ *Alfons C.*, Recognition and Enforcement of Anulled Foreign Arbitral Awards, Frankfurt am Main, 2010, 16.

² *Ibid*, 17.

³ *Ibid*.

⁴ *Alfons C.*, Recognition and Enforcement of Anulled Foreign Arbitral Awards, Frankfurt am Main, 2010, 25.

⁵ *Tsertsvadze, G.*, Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards in Georgia, <http://www.-mpipriv.de/files/pdf3/2009_11_19_013.pdf>.

With regard to provisional measures, as they should also be based upon the arbitral award, the general criteria set forth by the NY Convention apply; the formulation provided in the amended text of 2006 of the Model Law similarly interesting with regard to the preconditions for enforcement.¹

The recognition and enforcement of the arbitral award can be refused based on the application of the party against which it is rendered, only if that party submits to the authorized institution the documents testifying that:

(a) the parties of the agreement indicated in Clause 2, in accordance with the legislation in force, were incapable, or the arbitral award is null according to the law to which the parties have subordinated the agreement and whenever such reference is absent - according to the law of the country where the arbitral awards has been rendered²;

The arbitral award is a mutual agreement and, therefore, its effectiveness is in the same way the subject to the established rules as other types of agreements. For example, Clause 81 of Georgian Civil Proceedings Code establishes the grounds for annulment of the agreement if it was conducted falsely. Arbitration is the alternative – not the primary means of dispute resolution. If the party wishes to use it, s/he should express his/her wish, accordingly, and only after this the arbiter will be entitled to examine the dispute between the parties. If there is no desire expressed by the parties, or it has been expressed incorrectly, then the arbitral award, if any, will not have legal power.

(b) the party against which the arbitral award is rendered was not fully informed about the designation of an arbiter or about the arbitral proceedings or could not present his position due to some other reasons;

The arbitral proceedings, alike to the court proceedings, are built upon the principles of equality and competitiveness of the parties. Therefore, it is unacceptable that the arbiter issues the award without listening to the positions of both parties fully and objectively and assessing the circumstances. Otherwise, the party in absence of which the award was rendered is entitled not to obey the order and the claimant party will not hold any mechanism of enforcement. This fact proves once again the problematic character of the awards rendered “ex parte”, if the party manages to get satisfaction of his own request of the interim measure from the arbiter, s/he will not be able to grant a legal power to it anyway.

(c) the arbitral award is rendered regarding the dispute that was not considered by the arbitral award, or concerned the issue that exceeds the borders of the arbitral agreement, provided that, if possible, the awards regarding the issues subjected to arbitration could be separated from the issues that had not been subjected; the part of the arbitral award that includes the resolutions regarding the issues considered by the arbitral agreement can be subjected to the recognition and enforcement;

As we have already mentioned several times before, in order to enable the arbiter to grant the interim measure, the parties shall not exclude such a right of an arbiter from their arbitral agreement. If the parties limit or exclude the arbiter’s right of granting an interim measure, and the arbiter will issue it anyway, the decision will not enter into legal force until the opponent party gives its consent.

(d) composition of the arbitration or the arbitral proceedings did not correspond to the agreement of the parties, or if such agreement does not exist – to the law of the country where the arbitral proceedings took place;

This criterion refers to the circumstances when there are the violations of the procedural norms of formation of arbitration or of rendering the award by the arbitration. For example, the arbitration was entitled to issue an interim measure, but it was limited to the inspection criteria that had to be considered in the decision making process, however, they had been ignored. We discussed above the cases when the arbitration was not formed by the parties, however, based on the urgency of the importance of the interim measures, the sufficient decision was made by the person appointed by the arbitration secretariat. It is interesting

¹ UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration Article 17 - Grounds for refusing recognition or enforcement.

² Text of the Convention in English available at: <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/NY-conv/XXII_1_e.pdf>.

whether the decision made by such a person can be annulled based on the reasons described in the above clause. The ICC regulations provide a direct indication that such a decision is valid if the parties have not excluded it from their agreement. If the parties consider that the dispute arising between them shall be transferred to the ICC arbitration, then it is deemed that they agree with all the aspects and conditions provided in the arbitration rules at the moment of conducting the agreement; therefore, it will be regarded that the procedures of interim measures have not been breached. Otherwise, not every award rendered by the arbitration can be settled.

(e) the arbitral award has not yet entered into its legal force, or has been suspended or annulled by the authority of the country where the decision was made or according to the legislation of which the award was rendered.

Besides, the NY Convention considers two more conditions that shall be inspected by the court before satisfying the application of the party regarding the recognition/enforcement of the award. Specifically these conditions include the cases when:

(a) according to the legislation of the given country, the dispute cannot be the subject of arbitration;

The arbitration law directly provides the issues upon which the arbiter can be competent. In the Georgian reality it refers to: “the private property dispute based on the equality principles that the parties can solve among each other.”¹ Consequently, in Georgia, the awards related to administrative disputes cannot be recognized or enforced, and if the arbitration has requested suspension of the administrative act, it cannot be satisfied either.

(b) the recognition and enforcement of the arbitral award contravenes with the public order of the given country.

The notion of public order is very important for the international private law. It should be mentioned that the order itself does not have anything in common with the “public” or the “public order”. The “public order” covers the legal principles on which the country’s legislation is built. “According to the dominating idea, the subject of the public order is not to determine whether the imperative legal norms considered by the arbitral award conflicted with the arbitral award, but to assure that the given act satisfies the minimum standards of the justly process in the country.”² If the court starts inspecting to what extent the arbitral award contravenes with each imperative norm, then it will be deemed that this institution of justice is not only used for recognition and enforcement, but also in a capacity of the upper instance. This would be an insufficient action. Therefore, the court shall inspect only to what extent the arbitral award contravenes with the key principles of the national legislation and not with each regulative norm.³

The public order can be of the material law as well as of the procedural law. The latter includes the elementary, basic principles of conducting the process,⁴ such as, for example, the principle of equality. With regard to the provisional measures, we can repeat that it is important that the principles of equality are kept, or there should not be requested an exaggerated measure that would aim to harm the opponent party rather than to protect the claimant’s interest. If the court finds that the above mentioned contraventions are so serious that they conflict with the key principles of the Georgian Law, it will refuse the recognition and enforcement of the award.

The Model Law amended in 2006 also includes certain conditions based on which the decisions regarding interim measures can be refused from recognition/enforcement. The main principles of Model Law are directly transferred from the NY Convention of 1958 referring to the grounds for annulment of the arbitral award, failing to notify the party about the process and other above discussed grounds. Besides, the Model Law adds extra grounds for recognition/enforcement of the award, they are:

¹ Georgian Law on Arbitration, clause 1, <https://matsne.gov.ge/index.php?option=com_ldmssearch&view=-docView&id=89284&lang=ge>.

² Gotua, L., “Enforcement of Foreign Arbitral Awards and Foreign Court Verdicts”, Doctorate Thesis, TSU, Tb., 2010, <http://www.law.tsu.ge/data/file_db/faculty-law-public/levan%20gotua.pdf>.

³ Alfons C., Recognition and Enforcement of Annulled Foreign Arbitral Awards, Frankfurt am Main, 2010, 37.

⁴ Tsertsvadze, G., International Arbitration, Tb., 2009, 532.

1. If the defendant party establishes to the satisfaction of the court that concerning the provisional measure the party has not fulfilled the arbitration order with regard to the presentation of the due security amount.

As already discussed above, before granting the interim measure, the arbiter can activate certain mechanisms in order to protect the interests of the defendant party. One of such “mechanisms” was the submission of due security by the claimant party. If the arbiter imposes such a requirement to the party, the latter shall fulfill it immediately, and only after it s/he can get the opportunity to use the measure. Otherwise, it seems that the court will not assist the claimant party to achieve the desirable result. The Model Law¹ also grants the authority to the court, if it considers proper, to order the requesting party to provide appropriate security. Such cases, presumably, are rather rare. As mentioned above, the priority of arbitration compared to the court with regard to the interim measure was that the latter is not aware of the essentials of the case. If the arbiter, who does not know every detail of the case, has not ordered the requesting party to provide security, then the court will also lack the grounds to act so. This rule shall be allocated to the circumstance when the arbiter has not discussed this issue at all and at the stage of recognition and enforcement the defendant party assumed that his interests can be significantly damaged by the granted measures.

2. The enforcement of the provisional measures exceeds the authority of the court, unless the court issues a decision on changing its form within the frame required by the legislation in order to make the provisional measure enforceable, without making a substantial change to the measure.

In order to use the provisional measure, the court shall be enabled so by the legislation; if, for example, the Georgian legislation does not consider the issue of sequestration, and the arbitration has the decision upon granting this particular measure, naturally, the judge will be bounded by the legislation and will not be able to act beyond the authority granted to him.

Besides the discussed two issues mainly related to the specifics of interim measures, the differences between the Model Law and the NY Conventions are not observed concerning the grounds for refusal.

3.5 Peculiarities of the International Center for the Settlement of Investment Disputes (ICSID)

ICSID is an autonomous international institute established by the World Bank in 1966 by means of adopting the relevant convention.² The main goal of ICSID according to the convention³ is the resolution of disputes between the signatory states and the foreign individuals (investors). As a rule, international arbitrations examine the disputes arising between two subjects of private law; for example, the dispute arising from the contractual relations between Georgian and German entrepreneurs. Therefore, the state to which the arbitral award is transferred is furnished with sufficient mechanisms to support the enforcement of the award. In case of ICSID, the state is the party of the dispute. Therefore, there could be a mandatory mechanism that would oblige it to fulfill the decision upon the interim measure. Consequently, the term “mandatory” is not considered by the convention in relation with an interim measure, instead it provides the term “recommend”⁴. There were long arguments upon this issue during the elaboration of the convention, namely, what formulation should have been used regarding the provisional measures, i.e. whether it would be of mandatory or recommendation character. A Chinese delegate protested against the use of the mandatory nature as he believed that the signatory state could face problems because of the collision between the en-

¹ UNCITRAL Model Law, Article 17H, 3.

² International Centre for Settlement of Investment Disputes (hereinafter, ICSID), <<https://icsid.worldbank.org/ICSID/Index.jsp>>.

³ Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of other States, <https://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc/CRR_English-final.pdf>.

⁴ Article 47: “Except as the parties otherwise agree, the Tribunal may, if it considers that the circumstances so require, recommend any provisional measures which should be taken to preserve the respective rights of either party.”

enforcement of the measure and the internal policy of the country. It seems that the Chinese delegate managed to defend his point; however, despite the formulation, the arbiters' decision has the mandatory character anyway¹; this has been observed in practice, for example, in the arbitral award regarding the case of *Emilio Agustín Maffezini v. Kingdom of Spain*² we read the following argumentation: "While there is a significant difference between the word "recommend" – as used in Clause 39, and the word "order" – as used in all other clauses underlining the authority of the arbitration to oblige the party to fulfill certain actions, the difference between these two words is rather conceptual than real. Furthermore, the Spanish version of the convention uses the word "dictación" (to establish, legalize). The arbitration believes that the signatories of the convention did not mean that there were essential dissensions between these words. The authority of arbitration to issue an interim measure is not less obligatory than the final award regarding the essential circumstances of the case. Therefore, for the purposes of this decision, the arbitration assumes that the word "recommend" has the same power as the word "order"³.

However, the order/recommendation would be the meaningless use of words if the arbitration renders an award and the party will refuse to fulfill it, and there will not be any mechanism to oblige the party. The ICSID does not have any such mechanism; however, it is the country's interest to care for the arbitral award and make an effective response to it. Otherwise, this fact will be negatively reflected upon the relations between the country and the World Bank, especially if the country is a beneficiary of the projects implemented by the World Bank.⁴

Consequently, the disobedience of the defendant party to the decision issued by one of the prestigious arbitration institutions may significantly affect the image of the country itself that will be further reflected in worsened economic relations. Therefore, the countries do not pay attention whether there is an enforcement mechanism or not, and voluntarily fulfill the arbitral orders. Still, we should mention that this does not always happen. For example, in the case of *AGID v. Congo*⁵ the claimant party requested an access to certain documents in order to study and analyze them and use them as evidences. The arbitration satisfied the party's request, but the country refused to fulfill it.

Another peculiarity of the ICSID is reflected in the types of provisional measures. This arbitration can influence the state authorities and oblige them to implement/cancel certain administrative acts. For example, in the case of *Pey Casado v. Chile*⁶ the arbitration required from the country not to grant a legal force to one of the orders issued by the Minister, because it would be negatively reflected upon the arbitral proceedings and its presumable results.

4. Regulation of Provisional Measures by the Georgian Legislation

4.1 Granting the Provisional Measure by the Arbitration

What authority does the Georgian legislation grant to the arbitration and, consequently, what procedure will apply if the parties refer to the Georgian legislation to be used in the proceedings ("lex arbitri"). Since January 1, 2010 the new law "about arbitration" entered into its legal force establishing the rules of formation of arbitration, arbitral proceedings, arbitral awards as well as the recognition and enforcement of

¹ Schreuer C., Malintoppi L., Reinisch A., Sinclair A., *The ICSID Convention: A Commentary*, 2nd ed., Cambridge, 2009, 764.

² *Emilio Agustín Maffezini v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/97/7, <https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC564_En&caseId=C163>.

³ ICSID Case No. ARB/97/7, <https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC564_En&caseId=C163>.

⁴ Tsertsvadze, G., *International Arbitration*, Tb., 2009, 450.

⁵ *AGID v. Congo*, ICSID case N. ARB /77/1.

⁶ *Pey Casado v. Chile*, ICSID case N. ARB 98/2.

the awards rendered outside Georgia.¹ Unlike the preceding² law, the new law gives a more detailed regulation of the issues related to the Georgian, local and international arbitration procedures, among them of the interim measures too.

The clauses from 17 to 23 of the new law regulate the issues of granting the interim measure and the procedures of recognition/enforcement. This chapter of the present paper will discuss the procedures of granting the interim measure and their relevance to the internationally established standards, especially, to the Model Law of 2006.

Clause 17 of the law furnishes arbitration with the right to grant the interim measure at the same time giving preference to the agreement between the parties with regard to this rule. Consequently, if the parties have not excluded such a right of an arbiter, one of them can address the arbiter with the request of the interim measure. As for the types of interim measures, the second part of the Clause 17 provides a similar listing as indicated in the Model Law.³ In particular, whenever the due application is made, the arbitration can order the opponent party to:

- a) *Maintain or restore the status quo pending determination of the dispute;*
- b) *Take action that would prevent, or refrain from taking action that is likely to cause, current or imminent harm or prejudice to the arbitral process itself;*
- c) *Provide a means of preserving assets out of which a subsequent award may be satisfied; or*
- d) *Preserve evidence that may be relevant and material to the resolution of the dispute.*

Such approach is welcomed because the interim measures offered by the Model Law are so general and have such a wide scope that in case of issuing any of the specific measures, it will not have the enforcement problem in Georgia. This is just because Georgian legislation does not consider the use of such measures by the arbitration.

A similar situation is observed with the protective measures of the defendant party and the preconditions of the interim measures. The Georgian law is the direct translation of the clauses of UNCITRAL Model Law that regulate the mentioned issues. The topics related to the liability of compensation of losses, amendment, suspension or termination of the interim measure granted by the arbitration, etc. As mentioned above, the Model Law of 2006 most effectively regulates the provisional measures. These regulations were elaborated by the working group that spent significant time on investigating the established practices and problems regarding the issue and tried to find the ways of solution. Hence, it is important that the Georgian law is analogical to the most effective regulation to-date.

A specific jurisdiction exists in the Georgian reality too and the claimant party can decide whether to address the court with the request of the interim measure or entrust it to the arbitration. The first way will not be understood in Georgia as the refusal of the arbitral agreement and therefore the key aspects of the dispute will be examined by arbitration. If the party requests so, the court will refer to the norms of Georgian Civil Proceedings Code and, namely, to the rules (of interim measures) considered by its XXIII clause.⁴

Despite the conformity with the Model Law, we should mention that the problem of the Georgian law the lack of the possibilities and procedures of “ex parte” awards and granting the interim measure before the arbitration is formed. Due to the above mentioned reasons, these issues constitute the problem in arbitral proceedings, because the parties forget to consider them in their arbitral agreement. Therefore, it is important to consider them in the Georgian legislation and to incorporate the regulations as considered by the Model Law with regard to the “preliminary orders” in order to avoid the unforeseen problems.

¹ Georgian Law about Arbitration, clause 1.1.

² Georgian Law about Private Arbitration, in force in 1997-2010, <https://matsne.gov.ge/index.php?option=com_idmssearch&view=docView&id=29830&lang=ge>.

³ List of interim measures provided above.

⁴ According to the arbitration nature, except for the two circumstances considered by Clause 198 of the Georgian Civil Procedures Code:

f) Suspension of the disputable act of state authority, local self-government, organization or authority;

g) Suspension of the enforcement document regarding the cases sued in compliance with the Georgian law about “relations arising from the use of habitation”, or that are sued to renew the case.

4.2 Procedures of Recognition and Enforcement of Arbitral Awards regarding the Interim Measures in Georgia

Georgian Law about Arbitration, and namely its Clauses 44 and 45, and regarding the interim measures Clauses 22 and 23 regulate the preconditions of recognition and enforcement of the arbitral awards.

The above listed clauses are directly translated from the UNCITRAL Model Law. Consequently, the innovations with regard to the preconditions for the recognition and enforcement of the awards are not met in the Georgian legislation.

According to the NY convention,¹ the party seeking the recognition and enforcement of the award, shall submit the original of the document or the sufficiently endorsed copy of it. As the language of litigation in Georgia is Georgian², the applicant shall also provide a sufficiently endorsed translation of the document to the court.

As for the court itself, in Georgia the recognition and enforcement of foreign arbitral awards, and among them the decisions regarding the interim measures, are performed by the Chamber of Civil Cases of the Supreme Court of Georgia. The Chamber consists of three persons; so far, no need has been determined regarding the involvement of the Grand Chamber into the cases of recognition and enforcement, however, a theoretical possibility only exists for complicated cases, for example, with regard to the public order.³ Still, it is less expected that such a need will occur at all. Moreover, the issues regarding the interim measures, are fully harmonized by means of the Model Law and do not cause significant problems between the jurisdiction of the countries.

The examination of such issues by the Supreme Court has other advantages too. For example, its significant experience in the examination of the disputes subject to the international private law, the legal library, technical equipment, etc. compared to the other, lower instance courts.⁴ Here we should consider the level of overload of the courts. According to the statistical data of 2011, the court of the first instance was addressed by 22,018 persons, whereas the Supreme Court of cassation was addressed by less than 1,500 persons⁵. Certainly, the extent of the load will not allow the judges if the first instant will not be able to evaluate the foreign arbitral awards timely and effectively. Consequently, it is more reasonable that such issues were subjected to the Supreme Court.

5. Conclusion

Within the scope of the present paper we discussed the issuance of the interim measures by international arbitrations as well as the enforcement procedures in the country of destination.

Concluding from the above described, we outlined several specific issues that shall be considered by the parties when conducting the arbitral agreements.

First of all, the parties shall pay attention to the procedural law used by the arbitration (“lex arbitri”). When making the choice regarding the latter, and if the parties do not subordinate the case to the law according to the territorial principle of arbitration, they shall consider the extent at which the legislation allows the issuing of the interim measure by the arbitration, and whether the imperative norms of that country prohibit such measures.

Besides, the parties shall consider the procedures of granting the interim measure before forming the arbitration. We have already discussed the regulations provided by the International Chamber of Commerce

¹ Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, Article IV.

² Constitution of Georgia, clause 85, <https://matsne.gov.ge/index.php?option=com_idmssearch&view=doc-View&id=30346&lang=ge>.

³ *Gotua, L.*, “Enforcement of Foreign Arbitral Awards and Foreign Court Verdicts”, Doctorate Thesis, TSU, Tb., 2010, 48, <http://www.law.tsu.ge/data/file_db/faculty-law-public/levan%20gotua.pdf>.

⁴ *Ibid*, 44.

⁵ Statistics of Supreme Court available at: < <http://statistic.supremecourt.ge/module/>>.

regarding the issue; however, if the parties transfer their dispute to the other arbitration they might face serious problems. If the claimant party seeks the interim measure and there is nobody to examine the application and make a decision with the legal force, of course, the defendant party will not assist it and, consequently, nobody can force them to act so, because the desire was not expressed in advance. Hence, the parties shall regulate the issue in advance, in their arbitral agreement in order to avoid the stalemate later on.

The issue regarding the enforcement is also noteworthy. Although the NY Convention has simplified the procedures for the parties and this does not constitute the problem in a number of countries, however, it should also be mentioned that the Convention is not ratified by all countries and even in some of them particular reservations have have made.

Besides, we should also consider where the party prefers to apply for the interim measure: to the court or to the arbitration. Any of the parties can address the court requesting the issuance of the interim measure against the opponent party. If the court is located in the country of the defendant party, then the enforcement procedures will start without problems immediately as soon as the decision is made, and there will not be the need for extra recognition and enforcement procedures. However, on the other hand, we should also consider the competence of arbitration compared to the court. The arbiters know the essentials of the case better and they hold several other privileges as well, because of which the parties generally prefer to address the arbitration (confidentiality, a wider competence with regard to certain issues, etc.). Consequently, it is impossible to make a general recommendation regarding which institute the party shall address when such a need occurs. This shall be done after the individual assessment, when all the circumstances (e.g. time) are analyzed and prioritized in detail.

მედიაციის უპირატესობანი არბიტრაჟთან შედარებით

1. შესავალი

ამ სამყაროში ძნელია სამართლიანობის დამკვიდრება, მაგრამ კაცობრიობა არსებობის დღიდან ეძებს, ქმნის, აყალიბებს სამართლიანობის მისაღწევად ახალ-ახალ სისტემებს, ფორმებს, კანონებს, რომლებიც, თუ მთლიანად არა, მაქსიმალური სიზუსტით მაინც უახლოვდება ამ სიტყვის აბსოლუტურ მნიშვნელობას.

დავის განხილვის ალტერნატიული საშუალებები – არბიტრაჟი და მედიაცია, დიდი წარმატებით გამოიყენება მსოფლიოს მრავალ ქვეყანაში და მათ სამართლებრივ სისტემაში მნიშვნელოვანი ადგილი უკავია. არბიტრაჟი, ქართულ კანონმდებლობაშიც უკვე დამკვიდრებული ინსტიტუტია, არსებობს სპეციალური კანონიც „არბიტრაჟის შესახებ“,¹ რაც შეეხება მედიაციას, ის ჯერ სიახლეა და ჯერჯერობით მასთან დაკავშირებული კანონმდებლობა შემუშავების პროცესშია, შესაბამისად, ცალკე ნორმატიული აქტი მის შესახებ არ არის.² მიუხედავად იმისა, რომ არბიტრაჟს მხარეები ხშირად მიმართავენ მათ შორის წარმოშობილი დავის გადასაწყვეტად, ის არც ისე სწრაფი და ხელმისაწვდომია, სასამართლოს გზით დავის განხილვასთან შედარებით, როგორც ერთი შეხედვით ჩანს. „უახლესი ტენდენციების გათვალისწინებით, დებულება არბიტრაჟის არაფორმალურობის, კონფიდენციალურობისა და ხელმისაწვდომობის შესახებ მოძველებულად ითვლება“.³ „არბიტრაჟი ნამდვილად არის საკმაოდ ძვირი სიამოვნება, რომელიც ყოველთვის ვერ ამართლებს მოლოდინს“.⁴ აქედან გამომდინარე დავის განხილვის ახალი საშუალების დამკვიდრებას, დიდი პრაქტიკული მნიშვნელობა აქვს როგორც უშუალოდ მხარეებისთვის, ისე სასამართლოსთვისაც, რადგან „ის დიდ როლს შეასრულებს სასამართლოების განტვირთვაში, რაც მისი ამოქმედების ერთ-ერთი მიზანია“.⁵

ნაშრომის აქტუალობას განაპირობებს სწორედ ის ფაქტი, რომ მედიაციის ინსტიტუტი ახლა მკვიდრდება ქართულ კანონმდებლობაში და, შესაბამისად, მის მიმართ საზოგადოებრივი ინტერესიც მაღალია, გარდა ამისა, მასთან დაკავშირებით არ არსებობს ერთიანი საკანონმდებლო აქტი, რომელიც ყველა საკითხს სისტემურად მოაწესრიგებს. ასევე, ამ საკითხთან დაკავშირებით, არ არის ბევრი სამეცნიერო ნაშრომი.

ნაშრომის მიზანია, ცხადი გახადოს მედიაციის ინსტიტუტის მნიშვნელობა და მისი უპირატესობა არბიტრაჟთან შედარებით, თითოეული მათგანის

ნაშრომში დაწვრილებით იქნება განხილული სასამართლო მედიაცია, მისი თავისებურებანი და პრაქტიკული მნიშვნელობა, რათა გამოიკვეთოს რამდენად ეფექტური იქნება ის ქართულ სინამდვილეში. ასევე, ნაშრომის ერთ-ერთი მიზანია, ხაზი გაუსვას არასასამართლო მედიაციის მნიშვნელობას, რომელიც სასამართლო მედიაციაზე არანაკლებ ეფექტურია. აღსანიშნავია, რომ თავდაპირველად სწორედ არასასამართლო მედიაცია დამკვიდრდა, მისი წარმატებით გამოყენების შემდეგ კი მოხდა სასამართლო სისტემაში ჩართვა.

¹ არბიტრაჟის შესახებ საქართველოს კანონი, 2009.

² მედიაციის შესახებ ნორმა არის სამოქალაქო საპროცესო კოდექსის XXIX თავში. გარდა ამისა, საქართველოში მოქმედებს სანოტარო, საგადასახადო და სამედიცინო მედიაცია, ასევე მედიაცია სისხლის სამართლის პროცესში.

³ *ჯერჯვანე გ.*, საერთაშორისო საარბიტრაჟო განხილვის წინაპირობები (შედარებითი ანალიზი), 2008, 22.

⁴ *ჯერჯვანე გ.*, საერთაშორისო საარბიტრაჟო განხილვის წინაპირობები (შედარებითი ანალიზი), 2008, 82.

⁵ *კუბლაშვილი კ.*, მორიგება დავის ნაცვლად, ჟურნალი „ლიბერალი“, თბ., 2012, <<http://www.liberali-ge/ge/liberali/articles/110271/>>.

თემაში გამოყენებულია შედარებით-სამართლებრივი მეთოდი. გაანალიზებულია არა მხოლოდ ორი განსხვავებული დავის განხილვის ალტერნატიული საშუალება, არამედ მედიაციის ინსტიტუტთან დაკავშირებით, განხილულია ამერიკის შეერთებული შტატების, კანადისა და დიდი ბრიტანეთის შესაბამისი კანონმდებლობიდან ცალკეული ნორმები, რომლებიც ამ ინსტიტუტის დასახასიათებლად და მისი უპირატესობების წარმოსაჩენადაა აუცილებელი.

ნაშრომის სტრუქტურა აგებულია შემდეგნაირად: შესავლის შემდეგ, მე-2 თავი ეთმობა არბიტრაჟისა და მედიაციის ინსტიტუტის ზოგად დახასიათებას და ინფორმაციული ხასიათისაა. კერძოდ, მოიცავს ამ ორი ინსტიტუტის ცნებას, წარმოშობას, სახეებს, მათი მარეგულირებელი კანონმდებლობის ზოგად მიმოხილვას, რომელშიც განხილულია როგორც მედიაციისა და არბიტრაჟის შესახებ ქართული კანონმდებლობა, ასევე ძირითადი საერთაშორისო სამართლებრივი აქტები და ხელშეკრულებები. ამ მხრივ, განსაკუთრებით აღსანიშნავია ევროგაერთიანების დირექტივა „კომერციულ და სამოქალაქო საქმეებზე მედიაციის გარკვეული ასპექტების შესახებ“,¹ რომელიც აწესრიგებს მედიაციასთან დაკავშირებულ ძირითად საკითხებს. მიუხედავად იმისა, რომ საქართველოში მოქმედებს „არბიტრაჟის შესახებ“ კანონი, ინტერესს მოკლებული არ უნდა იყოს ამ სფეროში არსებული იმ აქტების ზოგადი მიმოხილვა, რომლებიც ბევრად ადრე იქნა შემუშავებული.² მე-3 თავი ეთმობა პროცედურულ საკითხებს, რის გარეშეც მათი დახასიათება და, მითუმეტეს, რომელიმე მათგანის უპირატესობაზე მსჯელობა შეუძლებელი იქნებოდა. მე-4 თავში მოცემულია მედიაციისა და არბიტრაჟის შედარების შედეგად მიღებული მათი საერთო და განმასხვავებელი ნიშნები. დასკვნაში ასახულია კვლევის შედეგები.

2. არბიტრაჟის დამახასიათებელი ნიშნები

2.1. არბიტრაჟის ცნება წარმოშობა და სახეები

2.1.1. არბიტრაჟის ცნება და წარმოშობა

არსებობს მოსაზრება, რომ არბიტრაჟი სასამართლოს პირველსახეა. არბიტრაჟის ისტორია ლიტერატურაში ნაკლებ გამოკვლევულად ითვლება, თუმცა აღიარებულია, რომ მისი წარმოშობა წინ უსწრებდა სასამართლოს წარმოშობას.³ არბიტრაჟი, როგორც დავის განხილვის საშუალება, უძველესი წარმოშობისაა. იგი მოხსენიებულია ბერძნულ მითოლოგიასა და ბიბლიაში.⁴ არბიტრაჟის ისტორია ჯერ კიდევ ჩვენს წელთაღრიცხვამდე იწყება, როდესაც არსებობდა მომრიგებელი სასამართლო ძველ ბერძნებს შორის. არბიტრაჟი გავრცელებული იყო ძველი რომის იმპერიაშიც. რომაელები მას თვლიდნენ საშუალებად, „რათა ნერტილი დასმოდა სამართალწარმოებას“. რომაელი მეცნიერები მიიჩნევდნენ, რომ სამართალწარმოებასთან ერთად, არბიტრაჟიც იყო დავის განხილვის საშუალება. სახელგანთქმული „თორმეტი ტაბულა“, რომელიც მიღებული იყო უძველეს რომის იმპერიაში, მკაფიოდ აღიარებდა არბიტრაჟს, როგორც დავის გადაწყვეტის მეთოდს, ისეთი დავების შემთხვევაში, რომლებიც ეხებოდა საზღვრებს, მიწებსა და ნაგებობებს და ითვალისწინებდა, რომ თუ მეზობელი მესაკუთრეები ვერ თანხმდებოდნენ საზღვრებთან დაკავშირებით, დავა განსახილველად უნდა გადასცემოდა სამ არბიტრს.⁵

¹ European Directive on Certain Aspects of Mediation in Civil and Commercial Matters, 2008, <<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:136:0003:0008:EN:PDF>>.

² ნიუ იორკის კონვენცია, მიღებულია 1958 წელს, ძალაში შევიდა 1959 წლის 7 ივნისს. UNCITRAL მოდელური კანონი საერთაშორისო კომერციული არბიტრაჟის შესახებ, მიღებულია 1985 წელს.

³ *კერცვაძე გ.*, საერთაშორისო საარბიტრაჟო განხილვის წინაპირობები (შედარებითი ანალიზი), თბ., 2008, 14.

⁴ *Bennett S.B.*, Arbitration: Essential Concepts, ALM Publishing, A Division of American Lawyer Media inc, 2002, 9.

⁵ *Wei – Jen Chen*, Separate but Equal in Arbitration? - An Analysis on Ad Hoc Arbitration of Taiwan and East Asia, *Contemp. Asia Arb. J.*, 2012, 112.

არბიტრაჟი იყო დავის განხილვის დამკვიდრებული მეთოდი ინგლისში, სადაც ის გამოიყენებოდა სავაჭრო და საზღვაო ურთიერთობებიდან გამომდინარე საქმეების გადასაწყვეტად. ინგლისიდან ის გავრცელდა ამერიკის კოლონიებში, სადაც, რევოლუციამდე, მნიშვნელოვან როლს ასრულებდა დავების გადაწყვეტაში. არბიტრაჟი მიიჩნეოდა იაფ, სწრაფ და კერძო დავის განხილვის საშუალებად. აღსანიშნავია, რომ თავდაპირველად საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების აღსრულება იყო ნებაყოფლობითი, თუმცა, მოსახლეობის ზრდასა და მიგრაციასთან ერთად, არბიტრაჟი, რომლის გადაწყვეტილებაც არ იყო სავალდებულო ნაკლებეფექტური გახდა. 1768 წელს ნიუ-იორკის სავაჭრო პალატამ დააარსა პირველი მუდმივმოქმედი საარბიტრაჟო დანესებულება ამერიკის შეერთებულ შტატებში.¹ თუმცა ამერიკაში არბიტრაჟის ჩამოყალიბებასა და მისი, როგორც დავის განხილვის ალტერნატიული საშუალების პოპულარიზაციაში დიდი წვლილი შეიტანა ფედერალურმა საარბიტრაჟო აქტმა.² ამავე პერიოდში დაიწყო საერთაშორისო არბიტრაჟის სამართლებრივი რეგულირება (მიღებულ იქნა ჟენევის ოქმი – 1923 წელს და ჟენევის კონვენცია – 1927 წელს). ხოლო მეოცე საუკუნის მეორე ნახევრიდან შეიქმნა სტაბილური სამართლებრივი ბაზა, რომელმაც არბიტრაჟის საყოველთაო აღიარება და პოპულარობა განაპირობა.³

იქიდან გამომდინარე, რომ არბიტრაჟი ეფუძნება მხარეთა შეთანხმებას, რომ დავა განსახილველად გადასცენ არბიტრაჟს, სასამართლოს ნაცვლად, არბიტრაჟს ხშირად ახასიათებენ, როგორც „კერძო სასამართლო პროცესს“.⁴ არბიტრაჟის ჩამოყალიბებული ერთიანი ცნება არ არსებობს. პარადოქსულია, მაგრამ არბიტრაჟის მარეგულირებელი სხვადასხვა კანონმდებლობა არ განსაზღვრავს არბიტრაჟის ცნებას როგორც ასეთს, არამედ ყურადღებას ამახვილებს მხოლოდ მის საერთაშორისო ხასიათზე. როგორც იაროსონი აღნიშნავს, არ არსებობს არბიტრაჟის სამართლებრივი განმარტება, ხოლო ვედერის მიხედვით კი, დიდი ბრიტანეთის პარლამენტმა შეგნებულად არ ჩაწერა ცნება 1996 წელს მიღებულ არბიტრაჟის შესახებ აქტში. ინგლისელი იურისტები, პრაგმატულად ამჯობინებენ, რომ ჩამოთვალონ მიზეზები, რის გამოც დავის განხილვის ეს ალტერნატიული საშუალება მისაღებია და მისი ძირითადი მახასიათებლები, რაც მას განასხვავებს მისი მსგავსი ინსტიტუტებისგან. განსაკუთრებით კი გამოყოფენ მიღებული გადაწყვეტილების სავალდებულობას. ძირითადად ცნებასთან დაკავშირებით, დასკვნას აკეთებენ საარბიტრაჟო შეთანხმების ცნებიდან გამომდინარე, რომელსაც მოიცავს სხვადასხვა ქვეყნის კანონმდებლობა.⁵ იაროსონმა თავის სადოქტორო ნაშრომში, პრეცედენტული სამართლისა და დოქტრინის დეტალური ანალიზის შემდეგ, ჩამოაყალიბა შემდეგი ფორმულირება: „არბიტრაჟი არის ინსტიტუტი, სადაც მესამე პირი წყვეტს დავას, ორ ან მეტ მხარეს შორის, მისთვის სამართლებრივად მინიჭებული უფლებამოსილების ფარგლებში. ვან დენ ბერგი კი შემდეგნაირად განსაზღვრავს არბიტრაჟის ცნებას: „დავის გადაწყვეტა ორ ან მეტ მხარეს შორის, მესამე პირის მიერ, რომლის უფლებამოსილებაც ეფუძნება მხარეთა შეთანხმებას (საარბიტრაჟო შეთანხმებას) და ვისი გადაწყვეტილებაც სავალდებულოა მათთვის.“⁶ აღსანიშნავია, რომ დავის კომერციული ხასიათი, არ არის საერთაშორისო არბიტრაჟის ცნების ნაწილი. მიუხედავად იმისა, რომ საერთაშორისო არბიტრაჟი, როგორც წესი, ყველაზე მეტად მოიცავს საერთაშორისო სავაჭრო საკითხებს, მისი მოქმედების არეალი ამით არ შემოიფარგლება. თუმცა, კომერციული არბიტრაჟის ძირითადი მახასიათებლები, მჭიდრო კავშირშია არბიტრაჟის ცნებასთან.

კომერციულ არბიტრაჟს აქვს შემდეგი ძირითადი მახასიათებლები:

¹ Bennett S.B., Arbitration: Essential Concepts, ALM Publishing, A Division of American Lawyer Media Inc, 2002, 10.

² Federal Arbitration Act (FAA) მიღებულ იქნა ამერიკის შეერთებული შტატების კონგრესის მიერ 1925 წელს.

³ *კერცვაძე გ.*, საერთაშორისო საარბიტრაჟო განხილვის წინაპირობები (შედარებითი ანალიზი), თბ., 2008, 16.

⁴ Lorcher T., Mavrogordato Z., CMS Guide to Arbitration, Frankfurt, Germany, 2009, 20.

⁵ Poudret J-F., Besson S., Comparative Law of International Arbitration, Sweet & Maxwell Ltd, London, 2007, 1.

⁶ იქვე, 2.

პირველ რიგში, არბიტრაჟი ზოგადად შეთანხმებაზეა დამოკიდებული – უმრავლეს შემთხვევაში მხარეები თავად თანხმდებიან, რომ არბიტრაჟს გადასცემენ დავას, მეორე – გადანყვეტილების მიღება ხდება დამოუკიდებელი არბიტრის მიერ, რომელიც არ არის სახელმწიფოს წარმომადგენელი ან მოსამართლე, არამედ ჩვეულებრივი კერძო პირი, შერჩეული მხარეთა მიერ, მესამე – არბიტრაჟის დასრულებისას გამოდის სავალდებულო გადანყვეტილება, რომელიც აღსრულებადია ნაციონალურ სასამართლოებში, ხოლო საარბიტრაჟო პროცედურები არის ბევრად მოქნილი სასამართლო პროცედურებთან შედარებით.¹

2.1.2. არბიტრაჟის სახეები

2.1.2.1. მუდმივმოქმედი და დროებითი

საარბიტრაჟო სასამართლოს მხარეები ასახელებენ თვითონ, ხოლო რაც შეეხება საარბიტრაჟო განხილვის ჩატარებას, ის შეიძლება წარმართოს როგორც მუდმივმოქმედი საარბიტრაჟო დაწესებულების მიერ დადგენილი წესების შესაბამისად, რომელიც მხარეებმა გაითვალისწინეს ხელშეკრულებაში, ისე დროებითი არბიტრაჟის საშუალებით.² მუდმივმოქმედი და დროებითი არბიტრაჟები, ცნობილი არიან განსხვავებული უპირატესობებით. თუმცა ორივე მათგანი, როგორც საარბიტრაჟო განხილვის სახე, აღიარებულია მთელს მსოფლიოში და მათ მიერ მიღებული გადანყვეტილებები თანაბრად აღსრულებადია მრავალ ქვეყანაში.³ მუდმივმოქმედაა არბიტრაჟი, რომელიც ტარდება შესაბამისი საარბიტრაჟო დაწესებულების მიერ დადგენილი წესების შესაბამისად. მას აქვს მუდმივი ხასიათი და ორგანიზებულია მუდმივ საარბიტრაჟო ცენტრებში. მისი არსებობა არ არის დამოკიდებული კონკრეტული დავის ხანგრძლივობაზე.⁴ უმრავლეს შემთხვევებში, მუდმივმოქმედი არბიტრაჟები იქმნებიან სავაჭრო პალატებთან, ბირჟებთან და ასოციაციებთან და მოქმედებენ საქმეთა წარმოებისათვის დადგენილი საკუთარი წესებით.⁵

მუდმივმოქმედი არბიტრაჟის ძირითადი დადებითი მახასიათებლებია:

მუდმივმოქმედი საარბიტრაჟო დაწესებულებები რეგულარულად აახლებენ და ხვეწენ წესებს და ყველაფერს აკეთებენ იმისთვის, რომ მხარეები, რომლებიც აირჩივენ მათ საარბიტრაჟო სასამართლოს დარჩნენ მაქსიმალურად კმაყოფილნი როგორც პროცედურების წარმართვით, ისე საბოლოო გადანყვეტილებით.⁶ მათ მიერ ხდება გადანყვეტილების გადახედვა, მაგალითად, საერთაშორისო სავაჭრო პალატა ამონებს საარბიტრაჟო გადანყვეტილების პროექტს, სანამ ის გადაეგზავნება მხარეებს, რათა დარწმუნდეს, რომ ყველა საკითხი რაც დასმული იყო საარბიტრაჟო სასამართლოს წინაშე გადანყვეტილია. ასეთი ქმედებები აუცილებელია ხარისხის კონტროლისთვის.⁷ მყარი რეპუტაციის მქონე საარბიტრაჟო დაწესებულების მიერ გადანყვეტილების დეტალურ განხილვას, რათა დარწმუნდეს, რამდენად შეესაბამება ის დადგენილ სტანდარტებს, არსებითი მნიშვნელობა აქვს განსაკუთრებით მაშინ, თუ მხარეს სურს გადანყვეტილების აღსრულება.⁸ მუდმივმოქმედ საარბიტრაჟო დაწესებულებაში დავის განხილვა ნიშნავს, რომ ყველაფერი იქნება პროფესიულ დონეზე უზრუნველყოფილი, რათა მოხდეს პროცედურების ადმინისტრირება და ზედამხედველობა და უზრუნველყოფილ იქნას პრო-

¹ *Born G.*, International Commercial Arbitration: Commentary and Materials, 2nd ed., Transnational Publishers, Kluwer Law International, 2001, 1.

² *Jenkins J., Stabbings S.*, International Construction Arbitration law, Kluwer Law International, 2006, 81.

³ *Wei – Jen Chen*, Separate but Equal in Arbitration? An Analysis on Ad Hoc Arbitration of Taiwan and East Asia, *Contemp. Asia Arb. J.*, 2012, 109.

⁴ *Palacean C.*, Forms of Arbitration in International Trade, 2009, 119.

⁵ *ცერცვაძე გ.*, საერთაშორისო საარბიტრაჟო განხილვის წინაპირობები (შედარებითი ანალიზი), თბ., 2008, 33.

⁶ *Lorcher T., Mavrogordato Z.*, CMS Guide to Arbitration, Frankfurt, Germany, 2009, 17.

⁷ იქვე.

⁸ *Maclhwrath M., Savage J.*, International Arbitration and Mediation: A Practical Guide, Kluwer law International, 2010, 66.

ცესის შეუფერხებლად წარმართვა. რა თქმა უნდა, საარბიტრაჟო დაწესებულება მხარეებისგან მოითხოვს, რომ გადაიხადონ ასეთი დამატებითი მომსახურების საფასური. ხშირად მათ აქვთ სპეციალური ფასები, რომლითაც განსაზღვრულია საარბიტრაჟო სასამართლოს თითოეული წევრისათვის გადასახდელი თანხები, ICC¹ გამოყოფს ადმინისტრაციულ ხარჯებს და არბიტრებისათვის გადასახდელ თანხებს, ასევე ფიქსირებული ნუსხა აქვს მოსაკრებლებისა და ფასების შესახებ LCIA²-ს.³ ფიქსირებულ გადასახადს აქვს თავისი უპირატესობები, რადგან მხარეებს არ წარმოეშობათ დამატებითი ხარჯები და განხილვის დასაწყისშივე ეცოდინებათ რა ხარჯებთანაა დაკავშირებული აღნიშნული პროცედურები.

ასევე მნიშვნელოვანია, მუდმივმოქმედი საარბიტრაჟო ინსტიტუტის მიერ დადგენილი წესების ინკორპორირება საარბიტრაჟო ხელშეკრულებაში. სანამ მხარეები გაითვალისწინებენ ამა თუ იმ საარბიტრაჟო დაწესებულების წესებს, კარგად უნდა გაეცნონ მას, რათა დარწმუნდნენ, რომ წესები, რომლებიც გათვალისწინებულია, მათთვის მისაღებია და შესაბამისია დავის არსისთვის, რომელიც მათ შორის წარმოიშვა ან მომავალში წარმოიშვება. ხანდახან მხარეებს აქვთ სურვილი, რომ ცვლილება შეიტანონ საარბიტრაჟო დაწესებულების მიერ დადგენილ პროცედურულ წესებში. LCIA და ICC ითვალისწინებს, რომ ზოგიერთი წესი შესაძლოა შეიცვალოს მხარეთა მიერ. მაგალითად, სამშენებლო ბიზნესთან დაკავშირებულ დავებში, ამერიკის საარბიტრაჟო ასოციაციის (AAA)-ს მიერ გამოქვეყნებული წესები ითვალისწინებს, რომ მხარეებს შეუძლიათ ცვლილებები შეიტანონ დადგენილ პროცედურულ წესებში, და შესათავაზონ საარბიტრაჟო სასამართლოს საკუთარი წესები, მაგრამ მხოლოდ არბიტრის (არბიტრების) თანხმობის შემთხვევაში, თუ ასეთი ცვლილება მათი დანიშნვის შემდეგ განხორციელდა.⁴ დროებითი არბიტრაჟი იქმნება კონკრეტული დავის გადასაწყვეტად. არ არის აუცილებელი, რომ ის ემყარებოდეს, ამა თუ იმ საარბიტრაჟო ინსტიტუტის მიერ დადგენილ წესებს. შესაბამისად, პროცედურები ბევრად მოქნილია. მხარეებს საშუალება აქვთ აირჩიონ ის წესები, რომლებიც დავის არსისთვის ყველაზე შესაფერისია. ასევე, დროებითი არბიტრაჟის შემთხვევაში ხარჯები ნაკლებია, ვიდრე მუდმივმოქმედი არბიტრაჟის შემთხვევაში, რადგან არ შედის ის თანხები, რომელიც საარბიტრაჟო

ინსტიტუტის ადმინისტრაციული მომსახურებისთვისაა განკუთვნილი. პროცედურები უფრო სწრაფია – რადგან პირდაპირი კომუნიკაცია ხდება მხარეებსა და არბიტრს (არბიტრებს) შორის, ყოველგვარი ზედამხედველობისა და ჩარევის გარეშე. დროებით არბიტრაჟს ხშირად აკრიტიკებენ პროფესიონალი არბიტრების ნაკლებობის გამო, ასევე უარყოფით მხარედ განიხილავენ იმასაც, რომ რადგან დროებით არბიტრაჟს არ აქვს დადგენილი წესები, ამან შეიძლება გამოიწვიოს დავის განხილვის გაჭიანურება, სანამ მხარეები და საარბიტრაჟო სასამართლო გამოსაყენებელ პროცედურებზე შეთანხმდებიან.⁵

აქედან გამომდინარე, დროებითი არბიტრაჟის ეფექტურობა, დამოკიდებულია მხარეთა სურვილზე, და იმაზე, მიაღწევენ თუ არა ისინი შეთანხმებას, დაასახელონ საარბიტრაჟო სასამართლო და ჩაატარონ განხილვა.⁶ თუმცა, მეორე მხრივ, დროებითი არბიტრაჟის უპირატესობას შეიძლება ჩაითვალოს ის ფაქტი, რომ არ არის შეზღუდვები გამოსაყენებელ პროცედურებზე. დროებითი არბიტრაჟის დროს მხარეებს შეუძლიათ განსაზღვრონ საარბიტრაჟო სასამართლოს შემადგენლობა, არბიტრთა რაოდენობა, მოთხოვნები, რაც მათ წაეყენებათ, და მათი დანიშნვის პროცედურა.⁷ ასევე, მხარეებს შეუძლიათ შეთანხმდნენ, თუ რა სახის მტკიცებულებები უნდა წარადგინონ და რა ფორმით, რა სახით უნდა ჩატარდეს საარბიტრაჟო პროცე-

¹ ICC - საერთაშორისო სავაჭრო პალატა.

² LCIA ლონდონის არბიტრაჟი.

³ *Jenkins J., Stabbings S.*, International Construction Arbitration Law, Kluwer Law International, 2006, 82.

⁴ *Jenkins J., Stabbings S.*, International Construction Arbitration Law, Kluwer Law International, 2006, 82.

⁵ *Wei-Jen Chen*, Separate but Equal in Arbitration? – An Analysis on Ad Hoc Arbitration of Taiwan and East Asia, *Contemp. Asia Arb. J.*, 2012, 109.

⁶ *Jenkins J., Stabbings S.*, International Construction Arbitration Law, Kluwer Law International, 2006, 81.

⁷ *Gaillard E., Goldman G., John F. Savage*, International Commercial Arbitration, Kluwer Law International, 1999, 535.

დურები და გაითვალისწინონ ის კონკრეტული მოთხოვნები რაც შესაბამისობაშია სადავო ხელშეკრულების სპეციფიკასთან,¹ ასევე მიიჩნევა, რომ დროებითი არბიტრაჟი უფრო კონფიდენციალურია.² რაც განპირობებულია იმ ფაქტით, რომ უფრო ნაკლები ადამიანია პროცესში ჩართული, ასევე არ ხდება მის მიერ გამოტანილი გადაწყვეტილების გადახედვა, შესაბამისად, დაცულობის ხარისხი ამ შემთხვევაში ბევრად მაღალია.

2.1.2.2. ზოგადი და სპეციალიზებული

მატერიალური კომპეტენციის მიხედვით განასხვავებენ ზოგად და სპეციალიზებულ არბიტრაჟებს.³ არბიტრაჟების დაყოფას ზოგად და სპეციალიზებულ არბიტრაჟებად, თავისი ობიექტური საფუძველი გააჩნია, თუმცა ასეთი კლასიფიკაცია მაინც პირობითია.⁴ ზოგადი კომპეტენციის არბიტრაჟები განიხილავენ ყველა სახის კომერციულ დავებს, რაც საარბიტრაჟო განხილვის საგანი შეიძლება იყოს. სპეციალიზებული კი მხოლოდ ცალკეული კატეგორიების დავებს. ბოლოდროინდელი მონაცემებით, სპეციალიზებულმა არბიტრაჟებმა გადააჭარბეს არასპეციალიზებულ კომერციულ არბიტრაჟებს გავრცელების მასშტაბით. საზღვაო, სადაზღვევო და სასაქონლო სავაჭრო არბიტრაჟები ტარდება ათასობით ქალაქში, როგორებიცაა ლონდონი და ნიუ-იორკი. ისინი, ძირითადად, მიმდინარეობს დროებითი არბიტრაჟის სტილით და კონკრეტული სავაჭრო ასოციაციის ან სასაქონლო ბირჟის მხარდაჭერით, სპეციალიზებული არბიტრაჟის წესების შესაბამისად.⁵ სპეციალურ არბიტრაჟებს აქვთ საკუთარი რეგლამენტები, არბიტრები, რომლებიც წარმართავენ განხილვას სპეციალიზებულ დანესებულებში, არიან უფრო კომპეტენტურები, რადგან იმ კატეგორიის საქმეების გადაწყვეტის უფრო დიდი გამოცდილება აქვთ, რაც უფრო მეტად ერკვევიან დავის საგნის სპეციფიკაში, ეს კი, თავის მხრივ, დავის სწორად და დროულად გადაწყვეტისთვის მნიშვნელოვანი ფაქტორია.

2.2. კანონმდებლობის ზოგადი მიმოხილვა

2.2.1. საქართველოს კანონმდებლობა

არბიტრაჟის მარეგულირებელი კანონმდებლობა საქართველოში მოიცავს 2009 წლის 19 ივნისს მიღებულ კანონს „არბიტრაჟის შესახებ“, ასევე საქართველოს სამოქალაქო საპროცესო კოდექსის მეშვიდე კარს, რომელიც არბიტრაჟთან დაკავშირებული საქმის განხილვის თავისებურებებს ეხება. ამ სფეროში მიღებულ პირველ საკანონმდებლო აქტთან შედარებით⁶, ახალი კანონი ითვალისწინებს ყველა მნიშვნელოვან საკითხს და შეესაბამება UNCITRAL-ის მოდელურ კანონს „საერთაშორისო სავაჭრო არბიტრაჟის შესახებ“.⁷ კანონი აწესრიგებს ისეთ საკითხებს, როგორებიცაა: საარბიტრაჟო შეთანხმება, არბიტრაჟის შემადგენლობა, საარბიტრაჟო განხილვა, საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების გამოტანა და საქმის განხილვის შეწყვეტა, გადაწყვეტილების გასაჩივრებისა და გაუქმების შესაძლებლობა და გადაწყვეტილების ცნობა და აღსრულება. რაც შეეხება სამოქალაქო საპროცესო კოდექსს, „არბიტრაჟთან დაკავშირებულ საქმეებს სასამართლო განხილვას სამოქალაქო საპროცესო კოდექსით დადგენილი წე-

¹ Lew J. D.M, Loukas A., Mistelis, Kröll S.M., Comparative International Commercial Arbitration, Kluwer Law International, 2003, 34.

² Born G., International Commercial Arbitration, Volume 1, Kluwer Law International, 2009, 150.

³ Palacean C., Forms of Arbitration in International Trade, 2009, 119.

⁴ ცერცვაძე გ., საერთაშორისო საარბიტრაჟო განხილვის წინაპირობები (შედარებითი ანალიზი), თბ., 2008, 36.

⁵ Bühring-Uhle CH., Kirchhof G.I., Scherer G., Arbitration and Mediation in International Business, Kluwer law International, 2006, 34.

⁶ 1997 წლის კანონი „საერთაშორისო კერძო არბიტრაჟის შესახებ“.

⁷ UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration 1985 (with amendments as adopted in 2006), <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/07-86998_Ebook.pdf>.

სებით და მხოლოდ „არბიტრაჟის შესახებ საქართველოს კანონით პირდაპირ გათვალისწინებულ შემთხვევებში“.

არბიტრაჟთან დაკავშირებული საქმეებია:

- ა) არბიტრის დანიშვნის, აცილებისა და უფლებამოსილების შეწყვეტის შესახებ;
- ბ) არბიტრაჟის კომპეტენციის შესახებ;
- გ) საარბიტრაჟო სარჩელის უზრუნველყოფის შესახებ;
- დ) მტკიცებულებათა მოპოვებისა და მონმის დასწრების უზრუნველყოფაში სასამართლოს დახმარების შესახებ;
- ე) არბიტრაჟის მიერ გამოყენებული საარბიტრაჟო სარჩელის უზრუნველყოფის ღონისძიების ცნობის, აღსრულებისა და აღსრულებაზე უარის თქმის შესახებ;
- ვ) სააღსრულებო ფურცლის გაცემის შესახებ;
- ზ) საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების გასაჩივრებისა და გაუქმების შესახებ;
- თ) საქართველოს ფარგლებს გარეთ გამოტანილი საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების ცნობისა და აღსრულების შესახებ;
- ი) „არბიტრაჟის შესახებ“ საქართველოს კანონით გათვალისწინებულ სხვა შემთხვევებში.

2.2.2. ნიუ-იორკის კონვენცია

ნიუ-იორკის კონვენციის¹ თავდაპირველი ვარიანტი 1953 წელს საერთაშორისო სავაჭრო პალატამ პარიზში შეიმუშავა. საბოლოო ვარიანტი კი მიღებულ იქნა 1958 წელს, რომელიც ძალაში 1959 წლის 7 ივნისს მესამე სახელმწიფოს მიერ მისი რატიფიკაციის მომენტიდან შევიდა. ეს იყო არბიტრაჟის ისტორიაში ახალი და უმნიშვნელოვანესი ეტაპის დასაწყისი.² მიუხედავად იმისა, რომ მისი მიღებიდან სააკმაოდ დიდი ხანი გავიდა, ის დღემდე რჩება, როგორც ერთ-ერთი უმნიშვნელოვანესი აქტი ამ სფეროში და სწორედ ის არეგულირებს უცხოეთის საარბიტრაჟო გადაწყვეტილებათა ცნობისა და აღსრულების საკითხს. აღნიშნული კონვენცია საქართველოში ძალაშია 1994 წლის 3 თებერვლის დადგენილებით.

პირველი მუხლის პირველი პუნქტის თანახმად, მისი მოქმედება ვრცელდება საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების ცნობასა და აღსრულებაზე, რომელიც მიღებული არ არის იმ სახელმწიფოს ტერიტორიაზე, სადაც უნდა მოხდეს მისი ცნობა და აღსრულება. იგი, ასევე, გამოიყენება იმ საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების მიმართ, რომელიც არ მიიჩნევა შიდა გადაწყვეტილებად, იმ სახელმწიფოში, სადაც უნდა მოხდეს მისი ცნობა და აღსრულება. მეორე

მუხლის პირველი პუნქტის თანახმად, ყოველმა ხელშემკვერელმა სახელმწიფომ უნდა ცნოს წერილობითი შეთანხმება მხარეთა შორის, რომლის ფარგლებშიც, მხარეები კისრულობენ ვალდებულებას, რომ

არბიტრაჟს გადასცემენ განსახილველად მათ შორის არსებულ ნებისმიერ დავას, რომელიც წარმოიშვა ან შეიძლება წარმოიშვას მათ შორის, განსაზღვრულ სამართლებრივ ურთიერთობასთან დაკავშირებით, მიუხედავად იმისა სახელმწიფოებოა ეს დავა თუ არა, მთავარია მიეკუთვნებოდეს იმ საკითხებს, რომლებიც არბიტრაჟის მიერ განიხილება. პირველი მუხლის მესამე პუნქტის თანახმად, კონვენციის ხელმოწერის, რატიფიცირების ან მიერთების შემდეგ, ნებისმიერ სახელმწიფოს შეუძლია ნაცვალგების პრინციპის საფუძველზე განაცხადოს, რომ იგი გამოიყენებს აღნიშნულ კონვენციას მხოლოდ იმ გადაწყვეტილებათა ცნობისა და აღსრულებისთვის, რომელიც გამოტანილია კონვენციის ხელშემკვერელ სახელმწიფოში, ასევე, სახელმწიფოს შეუძლია განაცხადოს, რომ ის გამოიყენებს ამ კონვენციას მხოლოდ იმ დავების მიმართ, რომელიც შიდა კანონმდებლობით მიიჩნევა, როგორც სავაჭრო. კონვენცია-

¹ Convention on Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards - United Nations (1958), <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/NY-conv/XXII_1_e.pdf>.

² *ცერცვაძე გ.*, საერთაშორისო საარბიტრაჟო განხილვის წინაპირობები (შედარებითი ანალიზი), თბ., 2008, 50.

ში განმარტებულია ტერმინები „საარბიტრაჟო გადაწყვეტილება“ და „საარბიტრაჟო შეთანხმება წერილობითი ფორმით“. საარბიტრაჟო გადაწყვეტილება მოიცავს არა მხოლოდ იმ გადაწყვეტილებას, რომელიც მიღებულია ამ კონკრეტულ საქმეზე დანიშნული არბიტრების მიერ, ასევე მუდმივმოქმედ საარბიტრაჟო სასამართლოს გადაწყვეტილებასაც, რომელიც მხარეთა მიერ იქნება დასახელებული. ტერმინი „შეთანხმება წერილობითი ფორმით“ მოიცავს საარბიტრაჟო პუნქტს ხელშეკრულებაში ან საარბიტრაჟო შეთანხმებაში, რომელსაც ხელს აწერენ მხარეები ან შეიცავს ურთიერთგაცვლილი წერილები ან გზავნილები. კონვენციის მეოთხე მუხლი განსაზღვრავს გადაწყვეტილების აღსასრულებლად საჭირო დოკუმენტებს. ყველაზე მნიშვნელოვანი მეხუთე მუხლია, რომელიც ცნობასა და აღსრულებაზე უარის თქმის საფუძვლებს მოიცავს.

2.2.3. UNCITRAL-ის მოდელური კანონი საერთაშორისო კომერციული არბიტრაჟის შესახებ

მოდელური კანონი „საერთაშორისო კომერციული არბიტრაჟის შესახებ“ ერთ-ერთი უმნიშვნელოვანესი საკანონმდებლო აქტია ამ სფეროში. ის მიღებულია 1985 წლის 21 ივნისს, საერთაშორისო სავაჭრო კომისიის მიერ, ხოლო განახლდა საერთაშორისო სავაჭრო კომისიის მიერ 2006 წლის 7 ივლისს. „მოდელური კანონი აღიარებს საერთაშორისო არბიტრაჟის სფეროში საერთაშორისო შეთანხმების პრიმატს, კანონის მოქმედება დასაშვებია მხოლოდ იმ სფეროში არსებული ორმხრივი თუ მრავალმხრივი საერთაშორისო შეთანხმების დაცვის პირობით“.¹

რაც შეეხება უშუალოდ კანონის სტრუქტურას, იგი აგებულია შემდეგნაირად: პირველი თავში მოცემულია ძირითადი დებულებები, რითაც განსაზღვრულია ცნება და ზოგადი პრინციპები. მეორე თავი ეთმობა საარბიტრაჟო შეთანხმებას, მის ფორმასა და, ასევე, სასამართლოს მიერ დროებითი ღონისძიებების გამოყენების შესაძლებლობას. მესამე თავი ეხება საარბიტრაჟო სასამართლოს შემადგენლობას, არბიტრთა რაოდენობას, მათ დანიშვნასა და აცილებას, შემცვლელი არბიტრის დანიშვნას. მეოთხე თავში განხილულია არბიტრაჟის იურისდიქციასთან დაკავშირებული საკითხები. სწორედ აღნიშნულ თავში შევიდა ცვლილება და დაემატა მეოთხე (ა) თავი,² რომელიც ეხება სასამართლოს მიერ დროებითი ღონისძიებებისა და წინასწარი ბრძანებების გამოცემის შესაძლებლობას, ადგენს ამისთვის საჭირო პირობებს და სპეციალურ რეჟიმს, წინასწარი ბრძანებების მოდიფიცირების, შეჩერებისა და შეწყვეტის შესაძლებლობას, ხარჯებისა და შესაძლო ზიანის ანაზღაურების ასევე დროებითი ზომების აღიარებისა და აღსრულების, და მასზე უარის თქმის საფუძვლებს. მეხუთე თავი საარბიტრაჟო სამართალწარმოების ჩატარებას ეთმობა და დეტალურად განსაზღვრავს ისეთ პროცედურულ საკითხებს, როგორებიცაა საქმის განხილვის ადგილი, საარბიტრაჟო სამართალწარმოების დაწყება, საქმის განხილვის ენა, სარჩელისა და შესაგებლის წარდგენისა და ექსპერტის დანიშვნის შესაძლებლობა, ასევე, ითვალისწინებს სასამართლოს დახმარებას მტკიცებულებათა მისაღებად. მეექვსე თავი, რომელიც ეხება საქმეზე საბოლოო გადაწყვეტილების მიღებასა და საქმის წარმოების შეწყვეტას, კიდევ ერთხელ მიჯნავს დავის განხილვის დასრულების 2 შესაძლებლობას – საარბიტრაჟო გადაწყვეტილებასა და საქმის წარმოების შეწყვეტას. გარდა ამისა, გათვალისწინებულია გადაწყვეტილების შესწორებისა და ინტერპრეტირების, ასევე, დამატებითი გადაწყვეტილების გამოტანის შესაძლებლობა. მეშვიდე თავი ეხება გარემოებებს, რომელთა გამოც არ უნდა მოხდეს გადაწყვეტილების გამოტანა, მერვე თავი – გადაწყვეტილების ცნობასა და აღსრულებასთან დაკავშირებულ საკითხებს.

აღნიშნული მოდელური კანონის მაგალითზე, კიდევ უფრო თვალსაჩინო ხდება საარბიტრაჟო განხილვის და სასამართლო პროცედურების მსგავსება, რომ არბიტრაჟიც თითქმის ისე-

¹ *კერცვაძე გ.*, საერთაშორისო საარბიტრაჟო განხილვის წინაპირობები (შედარებითი ანალიზი), თბ., 2008, 63.

² Chapter IV A. Interim Measures and Preliminary Orders (as Adopted by the Commission at its thirty-ninth session, in 2006).

თივე ფორმალურია, როგორც სასამართლო და მხარეებს რეალურად განსხვავებულს ბევრს ვერაფერს სთავაზობს.

2.3. დავის განხილვის საგანი და პროცედურები

2.3.1. საარბიტრაჟო განხილვის საგანი

საარბიტრაჟო განხილვის საგნის რეგულირება შესაძლებელია ორგვარად: ერთი მხრივ, კანონში იმის ჩანერა, რა შეიძლება იყოს საარბიტრაჟო განხილვის საგანი და, მეორე მხრივ, რა არ შეიძლება იყოს საარბიტრაჟო განხილვის საგანი. ზოგიერთი მართლმცოდნეობითი საარბიტრაჟო განხილვის საგნად არ მიიჩნევენ დავას, რომელიც მოიცავს საჯაროსამართლებრივ ელემენტებს, ან დაკავშირებულია კონკურენციის, შრომისა და ინტელექტუალური საკუთრების სამართალთან.¹ საქართველოს სამოქალაქო საპროცესო კოდექსის მე-12 მუხლის თანახმად, პირთა თანასწორობაზე დამყარებული კერძო ხასიათის ქონებრივი დავა, რომლის მოწესრიგებაც მხარეებს შეუძლიათ ერთმანეთს შორის მხარეთა შეთანხმებით, შეიძლება განსახილველად გადაეცეს არბიტრაჟს. ანალოგიური ფორმულირებაა მოცემული „არბიტრაჟის შესახებ“ საქართველოს კანონის პირველი მუხლის მეორე პუნქტშიც. რეალურად ეს ფორმულირება არ არის სწორი, რადგან, ერთი მხრივ, დაზუსტებული არ არის და ძალიან ფართოდაა განმარტებული, თუ რა არის საარბიტრაჟო განხილვის საგანი, მეორე მხრივ, კანონმდებლობა არ ითვალისწინებს კონკრეტულ ჩამონათვალს, თუ რა არ შეიძლება იყოს განხილვის საგანი. შესაბამისად, ეს ნორმები ცვლილებას საჭიროებს. თუმცა, ისიც უნდა აღინიშნოს, რომ სხვა ისეთი მაღალი სამართლებრივი კულტურის მქონე ქვეყნები, როგორებიცაა მაგალითად გერმანია და შვედეთი, ამჟობინებენ განხილვის საგნის აბსტრაქტულ ფორმულირებას. ასევე მოდელური კანონიც „საერთაშორისო კომერციული არბიტრაჟის შესახებ“ საკმაოდ აფართოებს საარბიტრაჟო განხილვის საგნის სფეროს. კანონის პირველი მუხლის პირველი პუნქტის თანახმად კანონის მოქმედება ვრცელდება საერთაშორისო კომერციულ არბიტრაჟზე, ხოლო ტერმინი „კომერციული“ – საკმაოდ ფართოდაა განმარტებული.²

იქიდან გამომდინარე, რომ თუ დავა არ აღმოჩნდება საარბიტრაჟო განხილვის საგანი ეს არის გადაწყვეტილების ცნობასა და აღსრულებაზე უარის თქმის ერთ-ერთი საფუძველი,³ აუცილებელია მოხდეს საარბიტრაჟო განხილვის საგნის ზუსტად განსაზღვრა, მოხდება ეს კანონში პირდაპირ ჩანერის თუ ნეგატიური ფორმულირების გზით.

2.3.2. საარბიტრაჟო განხილვის ვადები და ფორმა

არბიტრაჟის ერთ-ერთ მთავარ დადებით მახასიათებლად ყოველთვის საქმის განხილვის შემჭიდროვებული ვადები ითვლებოდა, თუმცა დღესდღეობით ეს ვადები არც ისე მცირეა. საარბიტრაჟო განხილვები სხვადასხვა სუბიექტური თუ ობიექტური მიზეზების გამო, არანაკ-

¹ ცერცვაძე გ., საერთაშორისო საარბიტრაჟო განხილვის წინაპირობები (შედარებითი ანალიზი), თბ., 2008, 194.

² ტერმინ „კომერციული“ უნდა მიეცეს ფართო განმარტება, რათა მოიცავს ყველა საკითხი, რომელსაც აქვს კომერციული ხასიათი, მიუხედავად იმისა, სახელშეკრულებოა თუ არა. კომერციული სახის ურთიერთობები მოიცავს, მაგრამ არ შემდეგი საკითხებით: ნებისმიერი სავაჭრო ოპერაცია, საქონლის ან მომსახურების მინოდების ან გაცვლის შესახებ, კომერციული შუამავლობა ანაწარმოადგენლობა, ფაქტორინგი (საკუთარი ვალების დაფარვის მიზნით არსებული გრძელვადიანი ვალდებულებების გაყიდვა), ლიზინგი, სამშენებლო სამუშაოები, საკონსულტაციო, საინჟინრო, სალიცენზიო, საინვესტიციო, ფინანსური, საბანკო, სადაზღვევო შეთანხმებები ან კონცესიები, ერთობლივი სანარმოს ან სხვა ფორმის ინდუსტრიული ან ბიზნეს კორპორაცია, გადაყვანა მგზავრების ან საქონლის საჰაერო, საზღვაო ან სარკინიგზო გზით – (პირველი მუხლი, სქ. 2).

³ „არბიტრაჟის შესახებ“ კანონის 45-ე მუხლის 1-ლი პუნქტის ბ) ქვეპუნქტი; მოდელური კანონის 36-ე მუხლის 1-ლი პუნქტის ბ) (ი) ქვეპუნქტი, ნიუ-იორკის კონვენციის მე-5 მუხლის მე-2 პუნქტის ა) ქვეპუნქტი.

ლებ დროს მოითხოვენ, ვიდრე სასამართლო პროცესებისთვის არის საჭირო.¹ არბიტრაჟის შესახებ საქართველოს კანონის 39-ე მუხლის 1-ლი პუნქტის თანახმად, საარბიტრაჟო გადაწყვეტილება გამოტანილ უნდა იქნას საარბიტრაჟო განხილვის დაწყებიდან 180 დღის ვადაში, თუ მხარეთა შეთანხმებით სხვა რამ არ არის გათვალისწინებული. აუცილებლობის შემთხვევაში, აღნიშნული ვადა შეიძლება გააგრძელოს არბიტრმა არაუმეტეს 180 დღით.

UNCITRAL-ის საარბიტრაჟო წესები ითვალისწინებს 45-დღიან ვადას, რათა მხარეებმა წარმოადგინონ მტკიცებულებები და სხვა სახის წერილობითი დოკუმენტები, მათ შორის, საარბიტრაჟო სარჩელი და შესაგებელი.² საარბიტრაჟო სასამართლოს შეუძლია, მას შემდეგ რაც მოისმენს ორივე მხარის პოზიციებს საქმესთან დაკავშირებით, გააგრძელოს ან შეამოკლოს ვადა, რომელიც გათვალისწინებულია ამ კანონით ან მხარეთა შეთანხმებით.³ აღსანიშნავია, რომ საარბიტრაჟო განხილვის ვადები შესაძლებელია საარბიტრაჟო შეთანხმებითაც იყოს განსაზღვრული ან კანონით სულ არ იყოს დადგენილი. თუმცა განხილვის ვადების დადგენა, ისევე, როგორც საარბიტრაჟო განხილვის ადგილის და საარბიტრაჟო წარმოების ენის განსაზღვრა საარბიტრაჟო შეთანხმებით რეკომენდებულად ითვლება. თუ არ არის მხარეთა მიერ განსაზღვრული საარბიტრაჟო განხილვის ენა, არბიტრმა ის შეიძლება განსაზღვროს იმის მიხედვით, თუ რა ენაზეა სადავო ხელშეკრულება შედგენილი.⁴ მხარეებს შეუძლიათ განსაზღვრონ საარბიტრაჟო წარმოების ენა ან ენები. ამგვარი შეთანხმების არარსებობისას საარბიტრაჟო წარმოების ენას ან ენებს ადგენს არბიტრაჟი ყველა შესაბამისი გარემოების, მათ შორის, ხელშეკრულების ენის ჯეროვანი გათვალისწინებით. საარბიტრაჟო ინსტიტუტების უმრავლესობა იძლევა რეკომენდაციას, რომ განისაზღვროს შეთანხმებით საარბიტრაჟო განხილვის ადგილი, თუმცა ამაზე შეთანხმების მიღწევა ყოველთვის ვერ ხერხდება და საკითხს წყვეტს საქმის განმხილველი საარბიტრაჟო სასამართლო.⁵

საარბიტრაჟო განხილვის ფორმას მხარეები განსაზღვრავენ კანონის მოთხოვნათა დაცვით. თუ მხარეთა შორის არ არსებობს შეთანხმება საარბიტრაჟო განხილვის წესის შესახებ, მაშინ დავა განიხილება კანონის მოთხოვნათა დაცვით. თუ მხარეთა შეთანხმებით განსაზღვრული არ არის საარბიტრაჟო განხილვის ფორმა, არბიტრაჟი უფლებამოსილია ჩაატაროს საქმეზე წარმოდგენილ მტკიცებულებათა ზეპირი განხილვა ან საქმის განხილვა მხოლოდ საბუთებისა და სხვა მტკიცებულებების საფუძველზე. ერთ-ერთი მხარის მოთხოვნით, არბიტრაჟი ვალდებულია ჩაატაროს ზეპირი განხილვა საარბიტრაჟო განხილვის ნებისმიერ სტადიაზე, გარდა იმ შემთხვევებისა, როდესაც მხარეებმა უარი განაცხადეს ზეპირ მოსმენაზე. „არბიტრაჟის შესახებ“ კანონის ანალოგიურ ფორმულირებას ითვალისწინებს UNCITRAL-ის მოდელური კანონი,⁶ UNCITRAL-ის საარბიტრაჟო წესები კი დამატებით ადგენს, რომ მხარეთა შორის თანახმობა უნდა იყოს დაცული, თავიდან იქნას აცილებული საქმის განხილვის გაჭიანურება და ზედმეტი ხარჯები და მხარეთა შორის წარმოშობილი დავა გადაიჭრას სამართლიანად და ეფექტურად.⁷ მოდელური კანონი სრულ თავისუფლებას ანიჭებს მხარეებს - შეთანხმდნენ გამოსაყენებელ პროცედურებზე, განსაზღვრონ საქმის განხილვის ენა და ადგილი. ასევე ადგენს, რომ თუ მხარეთა შეთანხმებით სხვა რამ არ არის განსაზღვრული, არბიტრაჟი უფლებამოსილია ჩაატაროს საქმეზე წარმოდგენილ მტკიცებულებათა ზეპირი განხილვა ან საქმის განხილვა მხოლოდ საბუთებისა და სხვა მტკიცებულებების საფუძველზე.

ერთ-ერთი მხარის მოთხოვნით არბიტრაჟი ვალდებულია ჩაატაროს ზეპირი განხილვა საარბიტრაჟო განხილვის ნებისმიერ სტადიაზე, გარდა იმ შემთხვევისა, როდესაც მხარეებმა

¹ *ცერცვაძე გ.*, საერთაშორისო არბიტრაჟი (შედარებითი ანალიზი), თბ., 2008, 306.

² Article 25.

³ Article 17, Paragraph 2.

⁴ *ცერცვაძე გ.*, საერთაშორისო არბიტრაჟი (შედარებითი ანალიზი), თბ., 2008, 309.

⁵ World Intellectual Property Organization, Worldwide Forum of the Arbitration of Intellectual Property Disputes.

⁶ Article 24, Paragraph 1

⁷ Article 17, Paragraph 1.

თავად განაცხადეს უარი ზეპირ მოსმენაზე.¹ UNCITRAL-ის საარბიტრაჟო წესების მიხედვით კი რომელიმე მხარის მოთხოვნის შემთხვევაში, საქმის წარმოების ნებისმიერ ეტაპზე, საარბიტრაჟო სასამართლო დანიშნავს ზეპირ მოსმენას, სადაც როგორც მხარეებს, ასევე მოწმეებსა და ექსპერტებს ექნებათ შესაძლებლობა წარადგინონ პროცესზე თავისი არგუმენტები და მტკიცებულებები, ასეთი მოთხოვნის არარსებობის შემთხვევაში, საარბიტრაჟო სასამართლო თვითონ წყვეტს, ჩაატაროს ზეპირი მოსმენა თუ საქმე განიხილოს დოკუმენტებისა თუ სხვა სახის მასალების საფუძველზე.²

საარბიტრაჟო განხილვა შეიძლება ითქვას, სასამართლო განხილვის მსგავსად, საკმაოდ ფორმალური ხასიათისაა, თუმცა არა ყოველმხრივ. საარბიტრაჟო განხილვის წესს განსაზღვრავენ მხარეები, ასევე მხარეებს შეუძლიათ თავად განსაზღვრონ საარბიტრაჟო წარმოების ენა ან ენები, ასევე, რაც საკმაოდ მნიშვნელოვანია, თუ მხარეთა შეთანხმებით სხვა რამ არ არის გათვალისწინებული, საარბიტრაჟო განხილვის დროს მხარეს შეუძლია შეცვალოს საარბიტრაჟო სარჩელის მოთხოვნები ან შესაგებელი, ან წარმოადგინოს დამატებითი მოთხოვნები, თუ ეს არბიტრაჟმა არ მიიჩნია განხილვის გაჭიანურებად.³

2.3.3. დავის განხილვის დასრულება

საარბიტრაჟო განხილვა სრულდება საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების გამოტანის ან საარბიტრაჟო განხილვის შეწყვეტის გზით.

საარბიტრაჟო გადაწყვეტილება საარბიტრაჟო განხილვის დასრულების ყველაზე ლოგიკური და გავრცელებული ფორმაა. იგი წარმოადგენს საარბიტრაჟო განხილვის დასრულების რეზულტატს და იმ გადამწყვეტ სამართლებრივ დოკუმენტს, რომლის მიღებაც მხარეთა უმთავრესი მიზანია.⁴ „არბიტრაჟის შესახებ“ საქართველოს კანონის 39-ე მუხლის მე-2 პუნქტის თანახმად, საარბიტრაჟო გადაწყვეტილება სავალდებულოა საარბიტრაჟო შეთანხმების მხარეთათვის. იგი გამოტანილ უნდა იქნას წერილობითი ფორმით და მას ხელი უნდა მოაწეროს არბიტრმა (არბიტრებმა). იგი ძალაში შედის მისი გამოტანის მომენტიდან, თუ მხარეთა მიერ ან კანონით, სხვა რამ არ არის დადგენილი. საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების ხელმოწერილი ასლები უნდა გადაეცეთ მხარეებს. აღსანიშნავია, რომ მოდელურ კანონში და „არბიტრაჟის შესახებ“ საქართველოს კანონში მოცემულია იდენტური ნორმები დავის განხილვის დასრულებასთან დაკავშირებით.

UNCITRAL-ის საარბიტრაჟო წესები ითვალისწინებს, ასევე, საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების საჯაროობის შესაძლებლობას და განსაზღვრავს, რომ გადაწყვეტილება შესაძლოა გახდეს საჯარო, ყველა მხარის თანხმობის შემთხვევაში, თუ მხარეს აქვს კანონიერი ინტერესი მოითხოვოს გადაწყვეტილების გამჟღავნება, რათა დაიცვას ან განახორციელოს თავისი სამართლებრივი უფლება, ან თუ ეს დაკავშირებულია სამართალწარმოების პროცედურებთან, იქნება ეს სასამართლო თუ სხვა შესაბამისი ოფიციალური ორგანო.⁵

საარბიტრაჟო განხილვა წყდება საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების ხელმოწერისა და მხარეთათვის გადაცემის შემდეგ, ან არბიტრაჟის დადგენილების საფუძველზე. საარბიტრაჟო განხილვა შესაძლოა შეწყდეს რამდენიმე საფუძველით: ერთ-ერთი შემთხვევაა მხარეთა მორიგება. არბიტრაჟი უფლებამოსილია მხარეთა თხოვნის საფუძველზე, საარბიტრაჟო გადაწყვეტილებით დაამტკიცოს მხარეთა მორიგება შეთანხმებული პირობებით. ასევე, არბიტრაჟი უფლებამოსილია მიიღოს დადგენილება საარბიტრაჟო განხილვის შეწყვეტის შესახებ შემდეგ შემთხვევებში:

¹ Article 24, Paragraph 1.

² Article 17; Paragraph 2, 3.

³ არბიტრაჟის შესახებ კანონის მ. 29 პ. 1; მ. 30 პ. 8.

⁴ *ცერცვაძე გ.*, საერთაშორისო არბიტრაჟი (შედარებითი ანალიზი), თბ., 2008, 462.

⁵ Article 32, Paragraph 5.

ა) თუ საარბიტრაჟო მოსარჩელე უარს აცხადებს საარბიტრაჟო სარჩელზე, გარდა იმ შემთხვევისა, როდესაც საარბიტრაჟო მოპასუხე წინააღმდეგია საარბიტრაჟო განხილვის შეწყვეტისა და არბიტრაჟი მიიჩნევა, რომ საარბიტრაჟო მოპასუხეს აქვს საარბიტრაჟო დავის გადაწყვეტის კანონიერი ინტერესი;

ბ) თუ მხარეები შეთანხმდნენ საარბიტრაჟო განხილვის შეწყვეტაზე;

გ) თუ არბიტრაჟი დაადგენს, რომ საარბიტრაჟო განხილვის გაგრძელება რაიმე მიზეზით არ არის აუცილებელი ან შეუძლებელია.¹

მორიგების შედეგად გამოტანილ გადაწყვეტილებას მიეთითება, რომ ეს არის გადაწყვეტილება და მას აქვს ისეთივე იურიდიული სტატუსი და ძალა, როგორც არსებითი განხილვის შედეგად გამოტანილ გადაწყვეტილებას. აღსანიშნავია, რომ შესაძლებელია საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების შესწორება და განმარტება, ასევე, დამატებითი საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების გამოტანა. საარბიტრაჟო სასამართლო ასევე უფლებამოსილია მიიღოს საქმის განხილვის პროცესში გადაწყვეტილებები სხვადასხვა საკითხზე, გაატაროს დროებითი ღონისძიებები და გამოსცეს წინასწარი ბრძანებები, რომლებიც შესასრულებლად სავალდებულოა.

2.3.4. გადაწყვეტილების ცნობა და აღსრულება

ერთ-ერთი უპირატესობა, რის გამოც მხარეები ირჩევენ არბიტრაჟს, მათ

მორის წარმომოხილი დავის გადასაჭრელად, არის საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების სავალდებულო ძალა. საარბიტრაჟო გადაწყვეტილებები, მიუხედავად იმისა ადგილობრივია თუ უცხოური, შიდა თუ საერთაშორისო არის საყოველთაოდ აღიარებული და ექვემდებარებიან აღსრულებას ეროვნული კანონმდებლობის შესაბამისად. არსებობს რამდენიმე მნიშვნელოვანი საერთაშორისო ხელშეკრულება, რომლებიც არეგულირებს საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების აღსრულებასთან დაკავშირებულ საკითხებს და ამით ხელს უწყობს მის ცნობას და აღსრულებას.²

საერთაშორისო საარბიტრაჟო გადაწყვეტილებათა ცნობა და აღსრულება განსაკუთრებული მნიშვნელობის მქონე პროცედურაა. კონკრეტული სამართლებრივი თუ ეკონომიკური შედეგი მხარეებისთვის მხოლოდ აღსრულების შემდეგ შეიძლება დადგეს.³ ამასთან დაკავშირებით ყველზე მნიშვნელოვანია ნიუ-იორკის კონვენცია. ნიუ-იორკის კონვენციას მისი მიღებიდან 35 წლის განმავლობაში 100-ზე მეტი სახელმწიფო მიუერთდა, თუმცა ეს არ ნიშნავს, რომ ის სრულყოფილია და გადახედვას არ საჭიროებს, თუმცა იმ მიზნებისთვის, რისთვისაც ის შეიქმნა აბსოლუტურად შესაბამისია. ის სამართლიანად ითვლება საერთაშორისო კომერციულ არბიტრაჟთან დაკავშირებით ყველაზე მნიშვნელოვან ხელშეკრულებად. ვან დენ ბერგის მიხედვით, მას შემდეგ რაც ეს კონვენცია შეიქმნა, მხოლოდ 2%-ს უთხრეს უარი აღსრულებაზე ამერიკის სასამართლოებმა 500 საქმიდან.⁴ კონვენციის მესამე მუხლის თანახმად, ყოველი ხელშემკვრელი სახელმწიფო აღიარებს საარბიტრაჟო გადაწყვეტილებას, როგორც სავალდებულოს და აღსრულებს ამ კონვენციის შესაბამისი მუხლების გათვალისწინებით და იმ ქვეყნის საპროცესო ნორმების შესაბამისად, სადაც საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების ცნობა და აღსრულება უნდა მოხდეს. იმ საარბიტრაჟო გადაწყვეტილებათა ცნობისა და აღსრულებისათვის, რომელთა მიმართაც გამოიყენება აღნიშნული კონვენცია, არ შეიძლება დაწესებულ იქნას არსებითად უფრო მძიმე პირობები, ან უფრო მაღალი ბაჟი, ვიდრე შიდასახელმწიფოებრივი გადაწყვეტილების ცნობისა და აღსრულებისთვის.

საქართველოში საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების ცნობასა და აღსრულებასთან დაკავშირებული ნორმები მოცემულია, როგორც „არბიტრაჟის შესახებ“ საქართველოს კანონში,

¹ „არბიტრაჟის შესახებ“ კანონის მ. 40, პ. 2; Model Law, article 32, paragraph 2.

² Wei – Jen Chen, Separate but Equal in Arbitration? – An Analysis on Ad Hoc Arbitration of Taiwan and East Asia, Contemp. Asia Arb. J., 2012, 109.

³ ცერცვაძე გ., საერთაშორისო არბიტრაჟი (შედარებითი ანალიზი), თბ, 2008, 516.

⁴ World Intellectual Property Organization, Worldwide Forum of the Arbitration of Intellectual Property Disputes, Geneva, March 3 and 4, WIPO Publication, N. 728 (E), 1999, 235.

ასევე სამოქალაქო საპროცესო კოდექსის XLIV⁴ თავში. მოდელური კანონის 35-ე მუხლის თანახმად, საარბიტრაჟო გადაწყვეტილება, იმისდა მიუხედავად, რომელ ქვეყანაშია გამოტანილი, ცნობილ უნდა იქნას როგორც სავალდებულო და სასამართლოში მხარეთა წერილობითი შუამდგომლობის წარდგენის შემთხვევაში, უნდა აღსრულდეს.

მხარემ, რომელიც ეყრდნობა ამ გადაწყვეტილებას და შუამდგომლობს მის აღსრულებაზე, უნდა წარმოადგინოს საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების ორიგინალი ან სათანადოდ დამოწმებული ასლი. „არბიტრაჟის შესახებ“ კანონისა და ნიუ-იორკის კონვენციის მიხედვით, მხარემ ასევე უნდა წარადგინოს საარბიტრაჟო შეთანხმების ორიგინალი ან სათანადო წესით დამოწმებული ასლი. თუ გადაწყვეტილება არ არის გამოტანილი ამ ქვეყნის სახელმწიფო ენაზე, სასამართლოს შეუძლია მოსთხოვს მხარეს, რომ წარმოადგინოს თარგმანი შესაბამის ენაზე. ნიუ-იორკის კონვენცია კი დამატებით ადგენს, რომ თარგმანი შესრულებულ უნდა იქნას ოფიციალური თარჯიმნის, ან დიპლომატიური ან საკონსულო დანესტრულების წარმომადგენლის მიერ.

მნიშვნელოვანია საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების ცნობასა და აღსრულებაზე უარის თქმის საფუძვლები, რომლებიც ზუსტადაა განსაზღვრული და მხოლოდ ამ პირობების არსებობისას დაიშვება აღსრულებაზე უარის თქმა. „არბიტრაჟის შესახებ“ საქართველოს კანონის 45-ე მუხლში არსებული ჩამონათვალი, რომელიც საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების ცნობასა და აღსრულებაზე უარის თქმის საფუძვლებს ითვალისწინებს, შეესაბამება იმ საფუძვლებს, რაც დადგენილია მოდელური კანონით და ნიუ-იორკის კონვენციით.

3. მედიაციის დამახასიათებელი ნიშნები

3.1. მედიაციის არსი და განვითარების ეტაპები

3.1.1. მედიაციის ცნება და დანიშნულება

აშშ-ში დავების ალტერნატიული გადაწყვეტა (ADR – Alternative Dispute Resolution) მოიცავს ნებისმიერ ფორმას სასამართლო პროცესის გარდა. ზოგიერთი ავტორი ADR-ს უფრო ფართო შინაარსს ანიჭებს და მიიჩნევს, რომ ის მოიცავს მოლაპარაკების წარმოებას (Negotiation), მედიაციას (Mediation) და არბიტრაჟს (Arbitration).¹ ზოგიერთი ავტორი კი განასხვავებს არბიტრაჟისგან, იმ საფუძვლით, რომ გულისხმობს შეთანხმებაზე დაფუძნებულ გადაწყვეტილებას, არბიტრაჟის შემდეგი კი მხარეებისთვის სავალდებულოა და ისინი მის ფორმირებაზე გავლენას ვერ ახდენენ.²

მედიაცია გულისხმობს პროცესს, სადაც დამოუკიდებელი მესამე პირი, ხელს უწყობს ორ ან მეტ დაპირისპირებულ მხარეს შორის მოლაპარაკებას.³ ევროკავშირის დირექტივის თანახმად, „კომერციულ და სამოქალაქო საქმეებზე მედიაციის გარკვეული ასპექტების შესახებ“,⁴ მედიაცია არის სტრუქტურირებული პროცესი, სადაც ორი ან მეტი მხარე ცდილობს დავის თავად გადაწყვეტას, ნებაყოფლობით საფუძველზე, რომ მიაღწიონ შეთანხმებას და აღმოფხვრან დავის მიზეზი მედიატორის დახმარებით. პროცესი შეიძლება დაიწყოს თავად მხარეების ინიციატივით, შეთავაზებული ან დავალებული იქნას სასამართლოს მიერ, ან დადგენილ იქნას წევრი სახელმწიფოს კანონმდებლობით. ეს დებულება ანალოგიურია საყოველთაოდ დამკვიდრებული მედიაციის დეფინიციის. Uniform Mediation Act⁵-ის მეორე მუხლის მიხედვით, მედიაცია ნიშნავს პროცესს, სადაც მედიატორი ხელს უწყობს მხარეთა შორის კომუნიკაციას და მოლაპარაკებას, რათა ნებაყოფლობით მიაღწიონ შეთანხმებას დავის გადასაჭრელად. განსხვავებით სამართალწარმოებისგან და არ-

¹ *ცერცვაძე გ.*, მედიაცია დავის გადაწყვეტის ალტერნატიული ფორმა (ზოგადი მიმოხილვა), თბ., 2010, 35.

² *Alexander N.M.*, International and Comparative Mediation, Legal Perspectives, Kluwer law International, 2009, 9.

³ *Alexander N.M.*, Global Trends in Mediation, Kluwer law International 2003, 2.

⁴ European Directive on Certain Aspects of Mediation in Civil and Commercial Matters.

⁵ Uniform Mediation Act, Last Revised or Amended in 2003, Drafted by National Conference of Commissioners of Uniform State Law, <<http://www.mediate.com/articles/umafinalstyled.cfm>>.

ბიტრაჟისგან, სადაც გამოიყენება კანონები, მედიაცია ეყრდნობა მთლიანად მხარეებს, რომ დავის გადაწყვეტის საშუალებები იპოვონ. ეს საშუალებას აძლევს მათ, რომ მიიღონ მაღალკვალიფიციური და ინდივიდუალური გადაწყვეტილება.¹ მედიაცია საშუალებას აძლევს მხარეებს იმუშაონ ერთად, რადგან სხვაგვარად წარმოუდგენელია ორივე მხარისთვის მისაღები გადაწყვეტილების მიღება.² როგორც არბიტრაჟის შემთხვევაში, შვეიცარულ დოქტრინასა და პრაქტიკაში მიღებულია მედიაციის საყოველთაოდ აღიარებული ნიშნებისა და პრინციპების ჩამოთვლა: კონფიდენციალურობა, ნეიტრალურობა, ნებაყოფლობითობა, მხარეების მიერ საკუთარი პასუხისმგებლობით გადაწყვეტილების მიღების შესაძლებლობა.³

3.2.1. მედიაციის წარმოშობა და განვითარების ეტაპები

ისტორიული ცნობები, მედიაციასა და მოლაპარაკების შესახებ, მოიპოვება უძველესი ცივილიზაციებისა და ტრადიციულ თემზე დაფუძნებული საზოგადოების შესახებ ლიტერატურაში, რომლებსაც არ ჰქონდათ არანაირი ოფიციალური პოლიტიკური ან სამართლებრივი სისტემა. მედიატორი სხვადასხვა სახელწოდებით გვხვდებოდა რომის სამართალშიც.⁴

ანტაკი განასხვავებს, ორ ძირითად მსოფლიო ტენდენციას მედიაციაში: კერძოდ, ინსტიტუციურ ანუ არაფორმალურ მედიაციას და, მეორე მხრივ, შემეცნებით, სამეცნიერო ან დასავლურს. პირველი ჩამოყალიბდა და განვითარდა არაბეთსა და სხვა მუსლიმანურ ქვეყნებში, ძირითადად, აზიასა და აფრიკაში. დასავლური მედიაცია კი წარმოიშვა ამერიკაში და, ავტორის თქმით, იქიდან გავრცელდა მსოფლიოში.⁵ ამერიკის შეერთებულ შტატებში სამხრეთ კაროლინის შტატი პირველი ჩაერთო სასამართლოს მიერ სანქცირებულ მედიაციაში 1986 წელს, როცა ფედერალური რაიონული სასამართლოს მოსამართლეებმა აამოქმედეს სასამართლო მედიაციის პროგრამა. პროგრამამ ოფიციალური სახე მიიღო სახელმწიფოს მამულებით 1996 წელს. ყველაზე მნიშვნელოვანი კი იყო 1998 წელი, როცა ძალაში შევიდა კონგრესის მიერ მიღებული საკანონმდებლო აქტი, რომელიც სასამართლოებს ავალდებულებდა ამოქმედებინათ დავის განხილვის ალტერნატიული საშუალებების პროგრამა.⁶

3.2. მედიაციის სახეები

3.2.1. სასამართლო მედიაცია, როგორც სავალდებულო მედიაციის სახე და მისი თავისებურებანი

ბოლო ათი წლის განმავლობაში თანდათან იზრდება სავალდებულო მედიაციის გამოყენების მაჩვენებელი. საზოგადოების უმრავლესობა ცდილობს დავის გადაწყვიტა ჯერ მედიაციის გზით სცადონ, სანამ სასამართლოს მიმართავენ. სასამართლო სთავაზობს მხარეებს მედიაციის გამოყენებას სასამართლოს შიგნითვე, მხარეებს ევალუბათ მხოლოდ განხილვაზე დასწრება, პროცესის წარუმატებლობის შემთხვევაში კი დავა გადაინაცვლებს სასამართლოში.⁷ მედიაციის განვითარების სტანდარტები განსაკუთრებით მაღალია ამერიკის შეერთებულ შტატებსა და კანადაში. ყველაზე მეტად კი სავალდებულო მედიაციის ინსტიტუტი კანადაშია განვითარებული.

¹ Lodge J.A., Legislation Protecting Confidentiality in Mediation: Armor of Steel or Eggshells?, Santa Clara Law Review Vol. 41, 2000 – 2001, 1097.

² ცერცვაძე გ., მედიაცია დავის გადაწყვეტის ალტერნატიული ფორმა (ზოგადი მიმოხილვა), თბ., 2010, 35.

³ Alexander N.M., International and Comparative Mediation, Legal Perspectives, Kluwer law International, 2009, 5.

⁴ In Roman Law were known by a number of names including internuncios, medius, intercessor, philanthropus, interpolator, conciliator, interlocutor and finally mediator.

⁵ Alexander N.M., Global Trends in Mediation, Kluwer law International, 2003, 51.

⁶ A look at Court Mandated Civil Mediation, Drake Law Review, 2000 - 2001, 372.

⁷ Lodge J.A., Legislation Protecting Confidentiality in Mediation: Armor of Steel or Eggshells?, Santa Clara Law Review Vol. 41, 2000 – 2001, 1106.

სასამართლოზე დაფუძნებული მედიაციის პროგრამა შემუშავებულია იმ მიზნით, რომ სასამართლო პროცესი მხარეებისთვის გახადოს უფრო ეფექტური და, ამავდროულად, დაზოგოს სასამართლოს რესურსი. შეფასების გეგმა, ონტარიოს სავალდებულო მედიაციის საპილოტე პროექტის, გვიქმნის წარმოდგენას პროგრამის მიზნების შესახებ. 4 ძირითადი ელემენტი, რომელიც უნდა შესრულდეს:

1. დავების განხილვის სისწრაფის გაზრდა;
2. სასამართლო განხილვის ხარჯების შემცირება;
3. დავის განხილვის ალტერნატიული საშუალებების სამსახურების ხარისხის გაუმჯობესება;
4. სავალდებულო მედიაციის დანერგვა და მოქმედება იმგვარად, რომ ხელი შეუწყოს დავების ეფექტიან მოგვარებას.¹

სავალდებულო მედიაციის შემთხვევაში, ძირითადი ნიშანი რომელიც შენარჩუნებულია, არის მოქნილობა, რაც გამოიხატება დავის უფრო სწრაფად, შედეგიანად და ნაკლები დანახარჯებით გადაწყვეტის შესაძლებლობაში. აღსანიშნავია, რომ სასამართლოსთან არსებული მედიაციის სისტემა, აერთიანებს როგორც ნებაყოფლობით, ისე სავალდებულო მედიაციას. მაგალითად, ამერიკის შეერთებული შტატების ნიუ-იორკის აღმოსავლეთ რაიონის სასამართლოში, მოსამართლეები უფლებამოსილი არიან დანიშნონ განსაზღვრულ საქმეებზე სავალდებულო მედიაცია ან მხარეებს შესთავაზონ გამოთქვან სურვილი სასამართლოსთან არსებული მედიაციის სამსახურის გზით გადაწყვიტონ დავა. ამ შემთხვევაში, მათ აქვთ მედიატორის არჩევის უფლება როგორც სასამართლოს მიერ არჩეული მედიატორებიდან, ისე დავის განხილვის ალტერნატიული საშუალებების ორგანიზაციიდან (ADR).² სასამართლო სისტემის ფარგლებში არსებული ნებაყოფლობით მედიაციას, სავალდებულო მედიაციასთან შედარებით, ის უპირატესობა აქვს, რომ მედიაციის მთავარი ნიშანი – ნებაყოფლობითობა შენარჩუნებულია. როცა მხარეებს თავად სურთ, რომ მათ შორის წარმოშობილი დავა მშვიდობიანად გადაწყდეს, დამოუკიდებელი, მიუკერძოებელი და ნეიტრალური მესამე პირის მედიატორის დახმარებით, უფრო მაღალია დავის წარმატებით მოგვარების ალბათობა. მაგრამ როცა მხოლოდ იძულებულნი არიან ჩაერთონ პროცესში, მხოლოდ იმიტომ, რომ ამას არ მოჰყვება სასამართლოს მხრიდან რაიმე სანქცია,³ უფრო ნაკლებია დავის მოგვარების ალბათობაც.

3.2.2 არასასამართლო მედიაცია

არასასამართლო მედიაცია არის მედიაციის პირველსახე. თავდაპირველად სწორედ არასავალდებულო მედიაცია ჩამოყალიბდა და მხოლოდ მას შემდეგ, რაც მან როგორც დავის განხილვის ალტერნატიულმა საშუალებამ პოპულარობა მოიპოვა, მოხდა სასამართლო სისტემაში მისი ჩართვა. არასასამართლო მედიაცია საუკეთესო გამოსავალია მხარეებისთვის იმ შემთხვევაში, როდესაც მათ არ სურთ სასამართლო გზით დავის განხილვა სხვადასხვა მიზეზის გამო. მხარეები არასასამართლო მედიაციას მათ შორის წარმოშობილი დავის გადასაწყვეტად დამოუკიდებლად ირჩევენ. სასამართლო მედიაციისგან განსხვავებით, პროცესი მთლიანად არაფორმალურია და ეფუძნება ნებაყოფლობითობას, დაწყებული იმით, რომ მხარეები თავად იღებენ გადაწყვეტილებას, იმის შესახებ, რომ მათ შორის წარმოშობილი დავა განსახილველად გადაეცეს მედიატორს და დამთავრებული იმით, რომ შეუძლიათ შეწყვიტონ განხილვის პრო-

¹ Hughes P., Mandatory Mediation: Opportunity or Subversion?, Windsor Yearbook of Access to Justice Vol.19, 2001, 176.

² Hughes P., Mandatory Mediation: Opportunity or Subversion?, Windsor Yearbook of Access to Justice Vol.19, 2001, 179.

³ მაგალითად, საქართველოს სამოქალაქო საპროცესო კოდექსის 187^b-ე მუხლის მე-2 პუნქტის თანახმად, მედიატორის მიერ დანიშნულ შეხვედრაზე, მხარის არასაპატიო მიზეზით გამოუცხადებლობის შემთხვევაში, მას დაეკისრება სასამართლო ხარჯების სრულად დაფარვა, მიუხედავად იმისა, რა შედეგით დასრულდება სასამართლოში საქმის განხილვა. ჯარიმა 150 ლარის ოდენობით განისაზღვრება.

ცესი ნებისმიერ დროს. ამ შემთხვევაში, მხარეთა შეთანხმებით, დავა შესაძლოა განსახილველად წარედგინოს სასამართლოს ან არბიტრაჟს, რის უფლებასაც მათ კანონმდებლობა აძლევთ.

3.3 კანონმდებლობის ზოგადი მიმოხილვა

3.3.1. საქართველოს კანონმდებლობა

საქართველოს სამოქალაქო საპროცესო კოდექსით საქართველოში მკვიდრდება სავალდებულო მედიაცია. მედიაციის შესახებ ნორმა¹ განსაზღვრავს იმ ძირითად საკითხებს, რომელიც საწყის ეტაპზე საკმარისია, რომ კოდექსის აღნიშნული ნორმები ამოქმედდეს და იფუნქციონიროს. აღნიშნულ თავში განხილულია ისეთი მნიშვნელოვანი საკითხები, როგორებიცაა, მედიატორისადმი საქმის გადაცემის შესაძლებლობა, მედიაციას დაქვემდებარებულ საქმეთა ჩამონათვალი, პროცესის ვადა, პროცესში მონაწილე მხარეთა გამოუცხადებლობის შედეგები, პროცესის დასრულება, კონფიდენციალურობა, სარჩელის უზრუნველყოფის ღონისძიებათა გაუქმება, ასევე, მედიატორის აცილების შესაძლებლობა.

სავალდებულო მედიაციაზე ადრე, ჯერ კიდევ 2008 წელს სამედიცინო მედიაციის ინსტიტუტი ამოქმედდა, თუმცა 2012 წელს „ჯანმრთელობის დაცვის შესახებ“ კანონში ცვლილებების შემდგომ მან ერთგვარი მოდიფიცირება განიცადა და სულ სხვა სახით დამკვიდრდა, კერძოდ გაფართოვდა მისი მოქმედების არეალი.

კანონის მე-3 მუხლის (3⁶) პუნქტის თანახმად, სამედიცინო მედიაციის სამსახურის ფუნქციაა, პაციენტსა და სადაზღვევო ორგანიზაციას შორის, სადაზღვევო ორგანიზაციასა და სამედიცინო მომსახურების მიმწოდებელს შორის, ასევე პაციენტსა და სამედიცინო მომსახურების მიმწოდებელს შორის წარმოშობილი დავების განხილვა. აღნიშნული კანონის გარდა, სამედიცინო მედიაციასთან დაკავშირებულ საკითხებს ანესრიგებს მთავრობის დადგენილებები.² სამედიცინო მედიაციის გარდა, საქართველოში მოქმედებს სანოტარო მედიაცია, რომელიც ნებაყოფლობით ხასიათს ატარებს. „ნოტარიატის შესახებ“ საქართველოს კანონის 38¹ მუხლში პირდაპირაა მითითებული, რომ მედიაცია ნოტარიუსის მონაწილეობით შესაძლებელია განხორციელდეს მოდავე მხარეთა თანხმობით. სანოტარო მედიაციის განხორციელების წესი განსაზღვრულია იუსტიციის მინისტრის ბრძანებით. რაც შეეხება განსახილველ საქმეებს სსკ-ის ნორმები და „ნოტარიატის შესახებ“ კანონის ნორმები აბსოლუტურად ერთნაირია.

რაც შეეხება საგადასახდო მედიაციას, რომელიც მოქმედებს შემოსავლების სამსახურში, ეს არის დავის გადაწყვეტის ალტერნატიული საშუალება, რომლის დროსაც სადავო საკითხები წყდება საწყის ეტაპზე, სანამ შედგენილი იქნება შემოწმების აქტი და გამოიცემა საგადასახდო მოთხოვნა. მედიაციის მხარეებს წარმოადგენენ აუდიტორი და გადასახადის გადამხდელი. ეს ინსტიტუტი საქართველოში ჩამოყალიბდა 2010-2011 წლებში. იგი საინტერესოა იმით, რომ არცერთი ქვეყნის მოდელზე არ არის დაფუძნებული.³ მედიაცია, ასევე, მოქმედებს სისხლის სამართალშიც და გულისხმობს იმ არასრულწლოვნის სისხლისამართლებრივი პასუხისმგებლობისგან გათავისუფლებას, რომელმაც პირველად ჩაიდინა ნაკლებად მძიმე დანაშაული. არასრულწლოვნის სისხლისამართლებრივი პასუხისმგებლობისგან გათავისუფლების უფლება აქვთ პროკურორს და მოსამართლეს. მედიაციას სისხლის სამართალში ანესრიგებს

¹ მედიაციის შესახებ ნორმა, (თავი XXI1.სასამართლო მედიაცია) 20.12.2012.

² საქართველოს მთავრობის 2009 წლის 80 დადგენილება, რომელიც მედიაციის პროცესის წარმოებას ეხება და, ასევე, საქართველოს მთავრობის 117 დადგენილება.

³ თსუ-ის დავის ალტერნატიული გადაწყვეტილების ნაციონალური ცენტრი, ცერცვაძე გ. (რედ.), მედიაციის სამართლებრივი რეგულირების პერსპექტივები საქართველოში, თბ., 2013, 95, <<http://www.ncadr.tsu.ge/admin/upload/7706Edited-Final-Version-final.pdf>>.

სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსი და მინისტრთა ბრძანებები.¹ ჯერჯერობით, საქართველოში არ არის მიღებული ერთიანი საკანონმდებლო აქტი, რომელიც მოაწესრიგებდა მედიაციასთან დაკავშირებულ ყველა საკითხს, სამოქალაქო საპროცესო კოდექსი კი არ მოიცავს მედიაციასთან დაკავშირებულ ყველა იმ საკითხს, რომლებიც კანონით უნდა იყოს განსაზღვრული. თუმცა, რადგან სამოქალაქო საპროცესო კოდექსი არ არის სპეციალური კანონი, შეუძლებელია მან დეტალურად მოაწესრიგოს ყველაფერი, შესაბამისად, იმისთვის რომ ამ ინსტიტუტმა ეფექტურად იმუშაოს საქართველოში, აუცილებელია ცალკე მისი რეგულირება, ისევე, როგორც ეს სხვა ქვეყნების კანონმდებლობაშია.

3.3.2. ევროგაერთიანების დირექტივა „კომერციულ და სამოქალაქო საქმეებზე მედიაციის გარკვეული ასპექტების შესახებ“

2008 წელს ევროკავშირის მიერ მიღებული დირექტივა „კომერციულ და სამოქალაქო საქმეებზე მედიაციის გარკვეული ასპექტების შესახებ“ არის ძალიან მნიშვნელოვანი აქტი ამ სფეროში. აღნიშნული დირექტივა ეხება მხოლოდ ტრანსნაციონალურ დავებს,² თუმცა წევრ სახელმწიფოებს შეუძლიათ, რომ ის საერთაშორისო³ მედიაციის შემთხვევაშიც გამოიყენონ.

მასში მოცემულია დებულებები, რომლებიც წარმოაჩენენ მედიაციის, როგორც ინსტიტუტის ძირითად მახასიათებლებს და იმ უპირატესობებს, რომლებიც დავის მედიაციის გზით განხილვისთვისაა დამახასიათებელი. გარდა ამისა, დირექტივა ითვალისწინებს, რომ შესაძლებელია მისი დებულებების გამოყენება შიდა მედიაციის პროცესების დროსაც, თუ წევრ სახელმწიფოებს ექნებათ ამის სურვილი. დირექტივა განსაზღვრავს მედიატორისა და მედიაციის დეფინიციას, ასევე ადგენს მოთხოვნებს, რომელიც მედიატორს წაეყენება. ასევე, ერთგვარად მიჯნავს სასამართლო და არასამართლო მედიაციას. დირექტივის მე-5 მუხლი განსაზღვრავს სასამართლო მედიაციის შემთხვევებს. კერძოდ, პირველი პუნქტის მიხედვით, სასამართლოს შეუძლია, სანამ საქმის განხილვა დაიწყება, საქმის ყველა გარემოების გათვალისწინებით, შესთავაზოს მხარეებს გამოიყენონ მედიაცია, იმისთვის, რომ გადაჭრან დავა. ასევე, შესთავაზოს მხარეებს, რომ დაესწრონ საინფორმაციო სესიებს მედიაციის გამოყენების შესახებ, თუ ასეთი სესიები ტარდება და შესაძლებელია დასწრება. ეს დებულება მნიშვნელოვანია იმ მხრივ, რომ ხშირად მხარეებს წარმოდგენაც არ აქვთ რა არის მედიაცია, რა უპირატესობები აქვს ამ გზით დავის განხილვას და როდესაც მათ ეს განემარტებათ ან ესწრებიან საინფორმაციო შეხვედრებს, საშუალება ეძლევათ გააკეთონ არჩევანი, ხომ არ სურთ დავის გადაწყვეტის ალტერნატიული საშუალების გამოყენება. დირექტივა ასევე ადგენს, რომ წევრმა სახელმწიფოებმა უნდა უზრუნველყონ საზოგადოების ინფორმირება, თუ როგორ უნდა დაუკავშირდნენ მედიატორს და იმ ორგანიზაციებს, რომლებიც სამედიატორო მომსახურებას ახორციელებენ, ასევე, წაახალისონ პრაქტიკოსი იურისტები, რომ გააცნონ თავიანთ კლიენტებს მედიაციის შესაძლებლობები. ეს განსაკუთრებით იმ ქვეყნებშია მნიშვნელოვანი, სადაც მედიაცია ახალი ინსტიტუტია და საზოგადოების ფართო ნაწილისთვის უცნობია ის მთელი რიგი უპირატესობები, რაც ამ გზით დავის გადაწყვეტისთვის არის დამახასიათებელი.

¹ საქართველოს იუსტიციის მინისტრის 2010 წლის 12 ნოემბრის 216 ბრძანება; საქართველოს სპორტისა და ახალგაზრდობის საქმეთა მინისტრის 2010 წლის 7 დეკემბრის 94 ბრძანება; საქართველოს სასჯელაღსრულების, პრობაციისა და იურიდიული დახმარების საკითხთა მინისტრის 2011 წლის 22 თებერვლის 29 ბრძანება.

² ტერმინი „ტრანსნაციონალური“ გამოყენებულია იმ დავების აღსანიშნად, რომლებიც კერძო ხასიათს ატარებენ და, ამავე დროს, სცდებიან ერთი სახელმწიფოს ფარგლებს. იხ. თსუ-ის დავის ალტერნატიული გადაწყვეტილების ნაციონალური ცენტრი, ცერცვა|ქე გ. (რედ.), მედიაციის სამართლებრივი რეგულირების პერსპექტივები საქართველოში, თბ., 2013, 25, სქ. 28, <<http://www.ncadr-tsu.ge/admin/upload/7706Edited-Final-Version-final.pdf>>.

³ იქვე: „საერთაშორისო“ უფრო მეტად ნიშნავს ისეთ დავას, როდესაც წინა პლანზე საჯაროსამართლებრივი ელემენტი გადმოდის.

დირექტივაში განსაზღვრულია მედიაციის პროცესთან დაკავშირებული შემდეგი საკითხები:

- 1) მედიაციისა და მედიატორის დეფინიცია, მედიატორისადმი წაყენებული ისეთი მოთხოვნა, როგორებიცაა: დამოუკიდებლობა, მიუკერძოებლობა და კვალიფიციურობა. გარდა ამისა, წევრ სახელმწიფოებს მინიჭებული აქვთ უფლებამოსილება ჩამოაყალიბონ ქცევის კოდექსი მედიატორთათვის, სადაც შეეძლება დეტალურად მოაწესრიგონ ყველა საკითხი;
- 2) ხაზგასმულია მედიაციის პროცესის ისეთ მნიშვნელოვან მახასიათებლებზე როგორებიცაა, ნებაყოფლობითობა, მხარეების მიერ პროცესის თავად წარმართვის შესაძლებლობა (უფლება ნებისმიერ დროს უარი თქვან საქმის განხილვაზე), კონფიდენციალურობა, ეფექტიანობა, რაც დავის უფრო სწრაფად და ნაკლები დანახარჯებით გადაწყვეტის შესაძლებლობას გულისხმობს;
- 3) სამედიატორო შეთანხმების გაფორმების შესაძლებლობა, რაც გულისხმობს მხარეების უფლებას გააფორმონ შეთანხმება, რომლითაც მათ შორის წარმოშობილი დავის განხილვა მოხდება მედიაციის გზით. ასევე მედიაციის შედეგად მიღწეული შეთანხმების აღსრულების შესაძლებლობას;
- 4) მედიაციის გავლენა ხანდაზმულობის ვადებზე. მედიაციის პროცესის წარუმატებლად დასრულების შემთხვევაში სასამართლოს ან არბიტრაჟისადმი მიმართვის შესაძლებლობა;
- 5) საზოგადოების ინფორმირების უზრუნველყოფა;
- 6) თანამედროვე ტექნოლოგიების გამოყენება მედიაციის პროცესში. მართალია, დირექტივაში დაკონკრეტებული არ არის, თუმცა, სავარაუდოდ, აქ იგულისხმება ონლაინ მედიაციის გამოყენების შესაძლებლობა, რაც უკვე არაერთ ქვეყანაშია დაწინარესებული;
- 7) სასამართლო და არასამართლო მედიაციის განსხვავება.

აღნიშნულმა დირექტივამ, იქედან გამომდინარე, რომ მოაწესრიგა მედიაციასთან დაკავშირებული ძირითადი ასპექტები, ამით წევრ სახელმწიფოებს მიუთითა, თუ რა საკითხებზე უნდა გაამახვილონ ყურადღება ამ სფეროში შიდა კანონმდებლობის შემუშავების დროს. ხოლო ის საკითხები, რომლებიც ამომწურავად არ არის განხილული ან კორექტირებას საჭიროებს, თითოეულ სახელმწიფოს შეუძლია თავისი შეხედულებისამებრ დაარეგულიროს, აღნიშნული დირექტივით დადგენილი სავალდებულო დებულებების გათვალისწინებით.

3.4. დავის განხილვის საგანი და პროცედურები

3.4.1. მედიაციის გზით განსახილველი საქმეები

ამ ეტაპზე მედიაციის გამოყენება რეკომენდებულია შემდეგ სფეროებში: საოჯახო დავები, ბიზნესი, საჯარო ხელისუფლების სფერო, სამეზობლო დავები, სკოლები და სოციალური საქმიანობა, სისხლის სამართალი, საერთაშორისო პოლიტიკა, მემკვიდრეობითი სამართალი, შრომის სამართალი, კერძო სამშენებლო სამართალი, კონფლიქტების მენეჯმენტი შიდაკორპორაციულ ურთიერთობებში, ინჰოლვენციის

(გაკოტრების) სამართალი, სადაზღვევო სამართალი, ადმინისტრაციული სამართალი, ბუნების დაცვის სამართალი, სამედიცინო სამართალი.¹

საქართველოს სამოქალაქო საპროცესო კოდექსის 187³ მუხლის თანახმად სასამართლო მედიაცია შეიძლება გავრცელდეს:

ა) საოჯახო სამართლებრივ დავებზე, გარდა შვილად აყვანისა, შვილად აყვანის ბათილად ცნობისა, „მშობლის უფლების შეზღუდვისა და მშობლის უფლების ჩამორთმევისა;

¹ *ცერცვაძე გ.*, მედიაცია დავის გადაწყვეტის ალტერნატიული ფორმა (ზოგადი მიმოხილვა), თბ., 2010, 146.

- ბ) სამემკვიდრეო სამართლებრივ დავებზე;
- გ) სამეზობლო სამართლებრივ დავებზე;
- დ) ნებისმიერ დავაზე მხარეთა თანხმობის შემთხვევაში.

ნოტარიატის შესახებ კანონის 38¹ მუხლიც ანალოგიურად განსაზღვრავს მედიაციის გზით განსახილველ საქმეებს, მხოლოდ დამატებით ადგენს, რომ მედიაცია შესაძლოა გავრცელდეს ნებისმიერ სხვა დავაზე, მხარეთა თანხმობის შემთხვევაში, თუ საქართველოს კანონმდებლობით განსაზღვრული არ არის ასეთ დავაზე მედიაციის განხორციელების სპეციალური წესი.

ამერიკის შეერთებულ შტატებში, ყველაზე ხშირად მედიაცია გამოიყენება საოჯახო სამართლებრივი დავების დროს, იქიდან გამომდინარე, რომ ამერიკაში განქორწინების რიცხვი მკვეთრად იზრდება, იზრდება მეურვეობასთან დაკავშირებით მედიაციის გამოყენების შემთხვევებიც. მედიაცია საშუალებას აძლევს მშობლებს ითანამშრომლონ და წავიდნენ კომპრომისზე, რათა მიაღწიონ შეთანხმებას.¹

ტეხასის შტატში, მედიაციის გზით განიხილება განქორწინებასთან დაკავშირებული ყველა დავა. კვლევებმა ცხადყო, რომ 70-80% მხარეების, რომლებიც იყენებდნენ სასამართლო მედიაციას, კმაყოფილნი იყვნენ განხილვითაც და მიღწეული შედეგითაც. მედიაციის გამოყენება ყველა შემთხვევაში არ არის საუკეთესო გამოსავალი, მაგალითად, ის არ შეიძლება გამოიყენონ ისეთი განქორწინებისას, რომელიც ხდება ალკოჰოლიზმის, ძალადობის ან ფსიქიკური მოშლილობის გამო. განქორწინებასთან დაკავშირებულ გარკვეული სახის დავებზე ზოგიერთი სახელმწიფო პირდაპირ კრძალავს სავალდებულო მედიაციის გამოყენებას. ასევე, სავალდებულო მედიაციით განიხილება შემდეგი სახის სამოქალაქო დავები:

1. დამსაქმებელსა და დასაქმებულს შორის კონფლიქტი (შრომითი ურთიერთობიდან გამომდინარე დავის შემთხვევაში);
2. დასაქმებულის კომპენსაცია;
3. გაკოტრების საქმეები;
4. მცდარი სამედიცინო ქმედებით მიყენებულ ზიანთან დაკავშირებული საქმეები.²

3.4.2. დავის განხილვის ფორმა და ვადები

მედიაციის პროცესის დაწყებას შესაძლოა საფუძვლად ედოს მხარეთა წინასწარი შეთანხმება, რომ მათ შორის წარმოშობილი დავის შემთხვევაში მედიაციას მიმართავენ მის გადასაწყვეტად, ან შესაძლოა დაიწყოს ერთ-ერთი მხარის ინიციატივით, მეორე მხარისთვის წერილობითი შეტყობინების გაგზავნის გზით, სადაც მოკლედ უნდა იყოს აღწერილი დავის საგანი.³

პროცედურები იწყება მას შემდეგ, რაც მეორე მხარე დათანხმდება მოლაპარაკების პროცედურების დაწყებას. მედიატორი, მას შემდეგ რაც დაასახელებენ, სთხოვს ორივე მხარეს, რომ წარუდგინონ მას წერილობითი დოკუმენტი, დავის არსის ზოგადი აღწერით. თითოეული მხარე უგზავნის ამ წერილობითი დოკუმენტის ასლს მეორე მხარეს. მას ასევე შეუძლია მოსთხოვოს თითოეულ მხარეს, რომ წარუდგინონ დამატებითი წერილობითი დოკუმენტი, სადაც გამოხატული იქნება მათი პოზიცია და ფაქტები, რომლებსაც ისინი ეყრდნობიან, ასევე, მხარეს შეუძლია დაამატოს ნებისმიერი სახის დოკუმენტი და მტკიცებულება, რასაც თვითონ ჩათვლის საჭიროდ. მხარემ ყველა აღნიშნული დოკუმენტაცია უნდა გაუგზავნოს მეორე მხარესაც. მედიატორმა უნდა იხელმძღვანელოს ობიექტურობის, სამართლიანობის და კეთილსინდისიერების პრინციპით, უნდა განუმარტოს მხარეებს თავიანთი უფლებები და მოვალეობები და დეტალურად გაერკვიოს საქმესთან დაკავშირებულ გარემოებებში. მედიატორი წარმართავს პროცედურებს იმ სახით, როგორც თვითონ ჩათვლის საჭიროდ, მხედველობაში

¹ A Look at Court Mandated Civil Mediation, Drake Law Review, 2000- 2001, 387.

² იქვე, 380.

³ UNCITRAL Conciliation Rules, 1980, Article 2, <<http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/conc-rules/conc-rules-e.pdf>>.

იღებს საქმის გარემოებებს და მხარეთა სურვილს, რომელიც შესაძლოა გამოთქვან, ასევე, მხარეთა ნებისმიერ მოთხოვნას, რომელსაც ისინი ზეპირ მოსმენაზე დააყენებენ, და რომელიც საჭიროა

იმისთვის, რომ დავა უფრო სწრაფად გადაწყდეს. მედიატორს შეუძლია შესათავაზოს მხარეებს, რომ მათ შორის კომუნიკაცია მოხდეს ზეპირი ან წერილობითი ფორმით, ასევე შეუძლია შეხვედეს თითოეულ მხარეს ცალ-ცალკე.

რაც შეეხება დავის განხილვის ადგილს, თუ მხარეები ვერ შეთანხმდებიან, მას ადგენს მედიატორი მხარეებთან კონსულტაციის შემდეგ და საქმის განხილვის პროცედურების თავისებურებების გათვალისწინებით. საქმის განხილვისას, როდესაც მედიატორი ერთი მხარისგან იღებს საქმესთან დაკავშირებულ ფაქტობრივ გარემოებებს, მან ამ ინფორმაციის შინაარსი უნდა აცნობოს მეორე მხარეს, რათა მას განმარტების საშუალება მიეცეს, რომელსაც ის საჭიროდ მიიჩნევს. მეორე მხრივ, თუ ინფორმაციის გამჟღავნებისას, მხარე მოითხოვს რომ ის დარჩეს საიდუმლოდ, მედიატორი ვალდებულია არ გაუმჟღავნოს აღნიშნული ინფორმაცია მეორე მხარეს. მოდელური კანონი საერთაშორისო კომერციული მედიაციის შესახებ ანალოგიურად აწესრიგებს საქმის განხილვის ფორმას. რაც შეეხება მედიაციის პროცესის ხანგრძლივობას, ის დამოკიდებულია სხვადასხვა ფაქტორებზე, მათ შორის, საქმის სირთულეზე, თუ როგორ არიან მხარეები მომზადებულნი მედიაციისათვის, როგორ ვითარდება მხარეთა შორის მოლაპარაკების პროცესი. კონკრეტული ვადა განსაზღვრული არ არის UNCITRAL-ის მოდელური კანონით და ევროსაბჭოს დირექტივით. თუმცა, არის მითითება, რომ ვადა უნდა იყოს გონივრული და დავის განხილვა უნდა დასრულდეს სწრაფად. საქართველოს სამოქალაქო საპროცესო კოდექსის 187⁵ მუხლის მიხედვით, სასამართლო მედიაციის ვადა შეადგენს 45 დღეს, მაგრამ არანაკლებ 2 შეხვედრისა. ვადა მხარეთა შეთანხმებით შეიძლება გაგრძელდეს იმავე ვადით. ონტარიოს შტატის სავალდებულო მედიაციის წესების მიხედვით, მხარეებს მხოლოდ სამ შეხვედრაზე დასწრების ვალდებულება აქვთ, მედიატორს შეუძლია შეწყვიტოს პროცედურები, თუ აშკარაა, რომ პროცესი მხარეებისთვის კონსტრუქციული არ არის.¹ მონტანას შტატის მედიაციის შესახებ საკანონმდებლო აქტის მიხედვით კი მხარეებს და მედიატორს აქვთ 75 დღე, რათა დაასრულონ დავა.²

3.4.3. დავის განხილვის დასრულება

UNCITRAL- ის მოდელური კანონის და UNCITRAL Conciliation Rules-ის მიხედვით მედიაციის პროცესი სრულდება:

- 1) მხარეთა მიერ შეთანხმების მიღწევის შემთხვევაში, შეთანხმების მიღწევის მომენტიდან;
- 2) მხარეებთან კონსულტაციის შემდეგ, მედიატორის მიერ წერილობითი განცხადებით, რომ პროცედურების შემდგომ გაგრძელება არ არის მიზანშეწონილი და არ გაამართლებს;
- 3) მხარეთა მიერ მედიატორისათვის წერილობითი შეტყობინების გაგზავნის გზით, რომ მედიაციის პროცესი შეწყდა;
- 4) მედიაციის პროცესის შეწყვეტის შესახებ, ერთი მხარის მიერ მეორე მხარისთვის ან მედიატორისთვის გაგზავნილი წერილობითი შეტყობინების გაგზავნის გზით.

როდესაც მედიატორი ხვდება, რომ არსებობს საკითხები, რომლებიც მხარეთათვის მისაღებია, ის აყალიბებს მორიგების შესაძლო პირობებს და მას შენიშვნებისათვის უგზავნის მხარეებს. მას შემდეგ რაც მხარეთა შენიშვნებს მიიღებს, ის შენიშვნების გათვალისწინებით ხელახლა აყალიბებს მორიგების პირობებს. თუ მხარეები საბოლოოდ შეთანხმდებიან, ისინი აფორმებენ წერილობით შეთანხმებას და ხელს აწერენ მას.

საერთაშორისო სავაჭრო პალატის მედიაციის წესების მიხედვით დავის განხილვა წყდება:

¹ Mandatory Mediation Program, Under rule 24.1 and 75.1 of the Rules of Civil Procedure.

² A look at Court Mandated Civil Mediation, Drake Law Review, 2000- 2001, 377.

- 1) მხარეთა მიერ შეთანხმების ხელმოწერის მომენტიდან;
- 2) მედიატორისადმი ერთ-ერთი მხარის მიერ წერილობითი შეტყობინების გაგზავნის გზით, რომ შეწყდეს მედიაციის პროცედურები;
- 3) მედიატორის მიერ მხარეთათვის წერილობითი შეტყობინების გაგზავნის გზით, რომ მისი აზრით მოლაპარაკების პროცედურებს არ შეუძლია მხარეთა შორის წარმოშობილი დავის გადაჭრა;
- 4) მოლაპარაკების პროცედურებისათვის დადგენილი ვადის გასვლის შემდეგ, თუ არ მოხდება ვადის გაგრძელება. ამის შესახებ მედიატორმა წერილობით უნდა აცნობოს მხარეებს;
- 5) წერილობითი შეტყობინების გაგზავნის გზით, საერთაშორისო სავაჭრო პალატის მიერ მედიატორისა და მხარეებისთვის, არა უადრეს 15 დღისა ნებისმიერი გადასახადის გადახდის ვადის ამოწურვიდან, თუ მხარეებმა დადგენილი წესით არ გადაიხადეს გადასახდი;
- 6) წერილობითი შეტყობინების გაგზავნის გზით საერთაშორისო სავაჭრო პალატის მიერ მხარეთათვის, რომ ვერ მოხერხდა შესაბამისი მედიატორის დანიშვნა.

3.4.4. გადანყვეტილების ცნობა და აღსრულება

ძალიან მნიშვნელოვანია ისეთი საკითხი, როგორცაა მედიაციის გზით მიღწეული შეთანხმების დაცვა და აღსრულება. დირექტივა ადგენს, რომ მედიაცია არ უნდა ჩაითვალოს, სასამართლო განხილვასთან შედარებით, ცუდ ალტერნატივად იმის გამო, რომ მედიაციის დროს მიღებული შეთანხმების შესრულება მხოლოდ მხარეთა კეთილ ნებაზე იყოს დამოკიდებული. წევრმა სახელმწიფოებმა უნდა უზრუნველყონ, რომ მხარეებს ჰქონდეთ შესაძლებლობა, წერილობითი შეთანხმების გაფორმებისას გაითვალისწინონ, რომ მათი შეთანხმება იყოს აღსრულებადი. შესაძლებელია ამგვარი დათქმის გაკეთებაზე უარის თქმა იმ შემთხვევაში, თუ შეთანხმების შინაარსი ეწინააღმდეგება წევრი სახელმწიფოების სამართალს, მათ შორის, საერთაშორისო კერძო სამართალს ან თუ კანონმდებლობა არ ითვალისწინებს ამ კონკრეტული სახის შეთანხმებისთვის აღსრულებას. აქვეა დაკონკრეტება, რომ ეს არის ისეთი შემთხვევა, როცა ვალდებულება, რომელიც შეთანხმებაშია მითითებული თავისი ბუნებით არის შესასრულებლად შეუძლებელი. აღნიშნული შეთანხმების სავალდებულოობას, ასევე ითვალისწინებს დირექტივის მე-6 მუხლი, რომელიც კიდევ ერთხელ უსვამს ხაზს მხარეების უფლებას, რომ მათ ჰქონდეთ შესაძლებლობა მედიაციის გზით მიღებულმა შეთანხმებამ შეიძინოს სავალდებულო ძალა. მედიაციის შედეგის სავალდებულოობის და აღსრულების შესაძლებლობის გათვალისწინება არის კიდევ ერთი ფაქტორი მედიაციის სასარგებლოდ აღსრულების მექანიზმის არარსებობა, მისი როგორც ინსტიტუტის დანიშნულებას შეასუსტებდა. შესაძლებელია მხარეთა შორის დავა ისე დასრულდეს, რომ ამგვარი დათქმის გაკეთება სავალდებულო არ გახდეს და თვითონ შეთანხმების შინაარსიდან მისი აუცილებლობა არ იკვეთებოდეს, მაგრამ დამცავი მექანიზმის არსებობა აუცილებელია, მხარეებს კი თვითონ შეუძლიათ განსაზღვრონ მისი საჭიროება.

მოდელური კანონის მე-14 მუხლის თანახმად, თუ მხარეები მიაღწევენ შეთანხმებას, მათ შორის წარმოშობილი დავის გადასაჭრელად, ასეთი შეთანხმება არის აღსრულებადი და შესასრულებლად სავალდებულო. აქვეა დათქმა, რომ წევრ სახელმწიფოებს შეუძლიათ აღსრულების მეთოდი თავად დაადგინონ ან გამოიყენონ ამგვარი აღსრულებისთვის დადგენილი წესები.

4. არბიტრაჟისა და მედიაციის საერთო ნიშნები

4.1. პროცესის კონფიდენციალურობა

კონფიდენციალურობის პრინციპი დაცულია როგორც მედიაციის, ისე არბიტრაჟის შემთხვევაში. მართალია, აღნიშნული პრინციპი აბსოლუტურ ხასიათს არ ატარებს და არის დადგენილი წესიდან გამონაკლისებიც, თუმცა, სასამართლო განხილვასთან შედარებით, რომელიც მთლიანად საჯაროა, გაცილებით მეტადაა დაცული მხარეთა ინტერესები ამ კუთხით. სა-

ერთაშორისო არბიტრაჟში, სამართალწარმოებასთან დაკავშირებული ინფორმაცია კონფიდენციალურია. ეს წესი ვრცელდება არბიტრაჟში საქმის განხილვასთან დაკავშირებულ ნებისმიერ ინფორმაციაზე, მათ შორის, დავის არსებობის შესახებ ცნობებზე, დავაში მონაწილე/ჩართული მხარეების იდენტიფიცირებაზე, გადანყვეტილების შინაარსზე და ა.შ.¹ არბიტრაჟის შესახებ კანონის, 32-ე მუხლის მეოთხე პუნქტის თანახმად, თუ კანონით ან მხარეთა შეთანხმებით სხვა რამ არ არის გათვალისწინებული, ყველა საარბიტრაჟო განხილვა უნდა იყოს დახურული. წარმოდგენილი საბუთი, მტკიცებულება, წერილობითი თუ ზეპირი განცხადება, არ უნდა იქნას საჯაროდ გამოქვეყნებული ან გადაცემული და გამოყენებული სხვა სასამართლო ან ადმინისტრაციულ წარმოებაში. საერთაშორისო სავაჭრო პალატის არბიტრაჟის წესების მიხედვით, თუ მხარეები მკაფიოდ არ შეთანხმდებიან სხვაგვარად, ვალდებულნი არიან კონფიდენციალურობის პრინციპიდან გამომდინარე, არ გამჟღავნონ საარბიტრაჟო სამართალწარმოებისას მიღებული გადანყვეტილებები, ასევე, იმ დოკუმენტების შინაარსი, რაც განხილვის პროცესში იქნა გამოყენებული, ასევე, ყველა სხვა სახის დოკუმენტაცია, რომელიც წარდგენილ იქნა სხვა პირის მიერ საარბიტრაჟო განხილვისას და რომელიც არ არის განკუთვნილი საჯარო გაცნობისთვის, გარდა იმ შემთხვევებისა, თუ გამჟღავნება აუცილებელია, რათა მხარემ დაიცვას ან განახორციელოს თავისი სამართლებრივი უფლება. თუ მხარეს აქვს გამჟღავნების კანონიერი ინტერესი, ეს აუცილებელია გადანყვეტილების აღსასრულებლად ან იმისთვის, რომ გადანყვეტილება გამოტანილ იქნას სხვა სახის სამართალწარმოებაში, რომელიც უფრო ადრე მიმდინარეობდა, სასამართლოში ან სხვა სახელმწიფო ორგანოში.²

კონფიდენციალურობიდან გამონაკლისს ითვალისწინებს UNCITRAL-ის საარბიტრაჟო წესებიც, რომლის მიხედვითაც, საარბიტრაჟო გადანყვეტილება შესაძლოა გახდეს საჯარო, მხოლოდ ყველა მხარის თანხმობის შემთხვევაში, ან თუ მხარეს აქვს კანონიერი ინტერესი მოითხოვოს გადანყვეტილების გამჟღავნება, რათა დაიცვას ან განახორციელოს თავისი კანონიერი უფლება, ან თუ გადანყვეტილება მას სჭირდება სასამართლოში ან სხვა კომპეტენტურ ორგანოში წარსადგენად. დირექტივის მე-7 მუხლი ეხება კონფიდენციალურობის დაცვას. მე-7 მუხლის პირველი პუნქტის მიხედვით იმის გათვალისწინებით, რომ მედიაციის პროცესი წარმოებს იმ ფორმით, რომელიც აღიარებს კონფიდენციალურობას, წევრმა სახელმწიფოებმა უნდა უზრუნველყონ, რომ თუ მხარეები სხვა რამეზე არ შეთანხმებულან, არც მედიატორს და არც სხვა პირს, რომელიც სამსახურებრივად დაკავშირებულია მედიაციის პროცესთან არ შეიძლება აიძულონ, ჩვენება მისცენ სამოქალაქო და კომერციულ საქმეებზე სასამართლო ან საარბიტრაჟო განხილვისას, იმ ინფორმაციასთან დაკავშირებით, რაც მათ შეიტყვეს მედიაციის პროცესის მიმდინარეობისას გარდა:

1) როდესაც ეს აუცილებელია წევრი სახელმწიფოს საჯარო ინტერესიდან გამომდინარე, განსაკუთრებით იმ შემთხვევაში, როდესაც საჭიროა, რომ დაცულ იქნას ბავშვის საუკეთესო ინტერესები, ან თავიდან იქნას აცილებული პირისთვის ფიზიკური ან ფსიქოლოგიური ზიანი;

2) სადაც მედიაციის გზით მიღწეული შეთანხმების შინაარსის გამჟღავნება აუცილებელია იმისთვის, რომ მოხდეს შეთანხმების განმარტება ან აღსრულება. ასევე, დირექტივის შესავალ ნაწილში კიდევ ერთხელ ხაზგასმულია, რომ კონფიდენციალურობის დაცვა აუცილებელია სასამართლო ან საარბიტრაჟო წესით საქმის განხილვისას.

ეს არ შეიძლება ჩაითვალოს კონფიდენციალურობის ამომწურავ და სრულყოფილ ფორმულრებად. პირველ რიგში იმის გამო, რომ დადგენილია მხოლოდ მედიატორთა და მედიაციის პროცესში სამსახურებრივად მონაწილე პირების მიერ კონფიდენციალურობის დაცვის ვალდებულება, მაშინ როცა საერთოდ არ არის ნახსენები რომ მხარეებიც უნდა იყვნენ ვალდებულნი დაიცვან კონფიდენციალურობა. ერთი მხრივ, ორივე მხარე დაცული ჩანს, რადგან მედიატორს არ შეუძლია ინფორმაციის გამჟღავნება, მაგრამ მეორე მხრივ, მხარეებს შეუძლიათ

¹ *სარაჯიშვილი გ.*, არბიტრაჟი - საერთაშორისო კომერციული დავების გადანყვეტილისოპტიმალური გზა, ჟურნალი „ადვოკატი“, თბ., 2011, 33.

² LCIA Arbitration Rules, Effective 1 January 1998, Article 10.3, <http://www.lcia.org/Dispute_Resolution_Services/LCIA_Arbitration_Rules.aspx>.

ერთმანეთის წინააღმდეგ გამოიყენონ ის ინფორმაცია, რომელიც მედიაციის პროცესში ერთმანეთს გაუმჟღავნეს, იმ მოლოდინით, რომ მედიაცია წარმატებით დასრულდებოდა. შესაძლებელია მხარეები მორიგდნენ კიდევ, მაგრამ მაინც აუცილებელია, დაწესდეს აკრძალვა, რომ არ გაამჟღავნონ ის ინფორმაცია მომავალში, რომელსაც ერთმანეთის შესახებ შეიტყობენ მედიაციის პროცესში. მედიაციის წარმატებით დასრულებისთვის ერთ-ერთი აუცილებელი პირობაა ის, რომ მხარეები იყვენ გულახდილნი, რათა გაირკვეს და აღმოიფხვრას დავის მიზეზი, შესაბამისად, მათ თავი დაცულად უნდა იგრძნონ, რომ ყველანაირი სახის ინფორმაცია გაამჟღავნონ.

კონფიდენციალურობის პრინციპს, დირექტივის მსგავსად, აწესრიგებს ევროპული ქცევის კოდექსი მედიატორთათვის,¹ რომლის მიხედვითაც მედიატორმა საიდუმლოდ უნდა შეინახოს ყველა ინფორმაცია, რომელიც დაკავშირებულია მედიაციის პროცესთან, ისიც კი რომ მედიაციის გზით იხილება ესა თუ ის დავა, თუ გამჟღავნების აუცილებლობა არ იქნება საჯარო ინტერესიდან ან კანონიდან გამომდინარე. ნებისმიერი ინფორმაცია, რომელსაც ერთი მხარე გაუმჟღავნებს მედიატორს ნდობის საფუძველზე, არ უნდა გახდეს ცნობილი მეორე მხარისთვის, თვითონ ამ მხარის ნებართვის გარეშე. კონფიდენციალურობის პრინციპიდან გამონაკლისია მხოლოდ ის შემთხვევა, თუ გამჟღავნება აუცილებელია გადანყვეტილების განმარტებისა და აღსრულებისათვის.² გარდა ამისა, კონფიდენციალურობის თვალსაზრისით, მნიშვნელოვანია ისიც, რომ რადგან მედიაციის პროცესი დახურულია, თითოეულმა მხარემ უნდა გადაუფხავნოს მეორე მხარეს და მედიატორს იმ პირების ვინაობა და რაოდენობა, რომლებიც დაესწრებიან მედიაციის პროცესს.³

აღსანიშნავია, რომ მხარეები და მედიატორი, იღებენ ვალდებულებას, რომ მედიატორი არ მიიღებს მონაწილეობას, როგორც არბიტრი, როგორც მხარის წარმომადგენელი ან როგორც დამცველი საარბიტრაჟო ან სასამართლო განხილვაში, იმ საქმესთან დაკავშირებით, რაც იყო მედიაციის პროცედურების საგანი. მხარეები ასევე იღებენ ვალდებულებას, რომ ისინი არ დაასახელებენ მედიატორს, როგორც მოწმეს სხვა სახის სამართალწარმოებაში.⁴ სსკ-ის 187⁸ მუხლი, რომელიც ეხება მედიაციის პროცესის კონფიდენციალურობას, ადგენს როგორც მედიატორის, ისე მხარეთა და მათი წარმომადგენლების ვალდებულებას არ გაამჟღავნონ ის ინფორმაცია, რომელიც მათთვის ცნობილი გახდა სასამართლო მედიაციის პროცესში კონფიდენციალურობის პირობით, თუ მხარეთა შეთანხმებით სხვა რამ არ არის დადგენილი. მართალია, არც სამოქალაქო საპროცესო კოდექსი არ აწესრიგებს კონფიდენციალურობას ამომწურავად, მაგრამ ვინაიდან ის არ არის ცალკე კანონი მედიაციაზე, ყველა საკითხი ვერ იქნება მოწესრიგებული, რაც მედიაციის პროცესისთვისაა დამახასიათებელი. ვინაიდან მედიაცია ჯერ ახლა ინერგება ქართულ კანონმდებლობაში და ჩამოყალიბების პროცესშია, სამომავლოდ ალბათ მიღებული იქნება ერთიანი საკანონმდებლო აქტი, რომელიც ყველა საკითხს მოაწესრიგებს.

4.2. ნეიტრალური მესამე პირი (მედიატორი, არბიტრი)

ნეიტრალურობა გულისხმობს, რომ არბიტრს და მედიატორს არ უნდა ჰქონდეთ რაიმე სახის ფულადი ან სამართლებრივი ინტერესი განხილვის შედეგისადმი, არ უნდა მიანიჭონ რომელიმე მხარეს უპირატესობა საქმის განხილვისას და უნდა იყვნენ დამოუკიდებლები და მიუკერძოებლები, ასევე, უნდა უზრუნველყონ პროცესში მონაწილე მხარეთა თანასწორობა. განსაკუთრებით მნიშვნელოვანია ნეიტრალური იყოს არბიტრი, რადგან ის მხარეთათვის სავალდებულო გადანყვეტილების მიღების უფლებამოსილებითაა აღჭურვილი. არბიტრაჟის შესახებ კანონის მე-6 მუხლის 1-ლი პუნქტის მიხედვით, არბიტრაჟი თავის საქმიანობაში დამოუკიდე-

¹ European Code of Conduct for Mediators, 2004, Article 4, <http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_ec_code_conduct_en.pdf>.

² UNCITRAL Conciliation Rules, Article 14.

³ LCIA Mediation Rules, Effective 1 July 2012, Article 5.4, <http://www.lcia.org/Dispute_Resolution_Services/LCIA_Mediation_Rules.aspx>.

⁴ UNCITRAL Conciliation Rules, Article 19.

ბელია და ხელმძღვანელობს მხარეთა ან არბიტრაჟის მიერ განსაზღვრული საარბიტრაჟო განხილვის პროცედურით, კანონის მოთხოვნათა დაცვით. ასევე, კანონით გათვალისწინებული არბიტრის აცილების პროცედურა და შემთხვევები, როდესაც დაუშვებელია პირის არბიტრად დანიშვნა.¹ რაც შეეხება მედიაციას, დირექტივაში არააფერია ნათქვამი მედიატორის დამოუკიდებლობასა და მიუკერძოებლობაზე. მხოლოდ ზოგადი ფორმულირებაა მე-3 მუხლში და შესავალში მე-17 ნაწილში მოცემული, რომ მედიატორი უნდა იყოს მიუკერძოებელი, თუმცა, რა თქმა უნდა, ეს საკმარისი არ არის. დირექტივის მე-4 მუხლის 1-ლი პუნქტი აძლევს წევრ სახელმწიფოებს შესაძლებლობას შეიმუშაონ ნებაყოფლობითი ქცევის კოდექსები მედიატორებისა და იმ ორგანიზაციების დახმარებით, რომლებიც ახორციელებენ სამედიატორო მომსახურებას. შესაძლებელია სწორედ ამგვარი ქცევის კოდექსებით მოაწესრიგონ დამოუკიდებლობასა და მიუკერძოებლობასთან დაკავშირებული საკითხები, რადგან დირექტივა თავისთავად ყველა საკითხს ამომწურავად ვერ მოაწესრიგებს.

ევროპული ქცევის კოდექსი მედიატორთათვის მე-2 თავში აწესრიგებს ამ საკითხებს. თუ არსებობს გარემოებები, რომლებმაც შესაძლოა გავლენა მოახდინოს მედიატორის დამოუკიდებლობაზე, ან როდესაც შესაძლოა წარმოიშვას ინტერესთა კონფლიქტი, მედიატორმა უნდა გაუმჟღავნოს მხარეებს ეს გარემოებები, სანამ დაიწყებს ან გააგრძელებს სამედიატორო უფლება-მოვალეობათა განხორციელებას.

ასეთი გარემოებებია:

- 1) რაიმე სახის პირადი ან საქმიანი ურთიერთობა ერთ ან რამოდენიმე მხარესთან;
- 2) ნებისმიერი ფინანსური ან სხვა სახის ინტერესი, პირდაპირი ან არაპირდაპირი, დაკავშირებული მედიაციის შედეგთან;
- 3) მედიატორი ან მისი ფირმის წევრი, ახორციელებენ რაიმე სახის საქმიანობას ერთი ან რამოდენიმე მხარის სასარგებლოდ გარდა მედიაციისა.

ინტერესთა კონფლიქტს ითვალისწინებს საქართველოს მთავრობის დადგენილება,² რომელიც ეხება სამედიაციის მედიაციას. 5.2 მუხლი განსაზღვრავს თუ რისი უფლება არ აქვს მედიატორს და ასევე ადგენს,

რომ ინტერესთა კონფლიქტის არსებობისას მიღებული გადაწყვეტილება ბათილია და არ წარმოშობს სამართლებრივ შედეგებს.

4.3 მოქნილობა – მხარეთა შეთანხმება გამოსაყენებელ პროცედურებზე

ორივე შემთხვევაში, მხარეებს საშუალება აქვთ თავად შეთანხმდნენ განხილვის წესზე, თუ რა ფორმით სურთ დავის განხილვა, რათა ის არ იყოს სასამართლო განხილვის მსგავსად მკაცრად პროცედურული ხასიათის. მხარეებს შესაძლებლობა აქვთ თავად გადაწყვიტონ ისეთი საკითხები, როგორებიცაა: არბიტრისა და მედიატორის არჩევა, მათი რაოდენობის განსაზღვრა, კვალიფიკაციის კრიტერიუმები, რა მოთხოვნებს უნდა აკმაყოფილებდეს მათთვის მისაღები მედიატორი/ არბიტრი, რომელსაც მეტი გამოცდილება აქვს შესაბამისი სახის დავების განხილვაში. ეს ძალიან მნიშვნელოვანია, რადგან ამ შემთხვევაში დავის განხილვა და გადაწყვეტაც უფრო სწრაფად მოხდება და ალბათობაც დიდია, რომ უფრო სწორი გადაწყვეტილება იქნება გამოტანილი. გარდა ამისა, როდესაც მხარეები თავად ირჩევენ ნეიტრალურ მესამე პირს/პირებს, ეს ნიშნავს რომ მას ენდობიან და მისდამი დადებითად არიან განწყობილი, რაც მნიშვნელოვანი ფსიქოლოგიური მომენტიცაა. აღსანიშნავია, რომ პროცედურული თავისუფლების ხარისხი, როგორც წესი, დროებითი არბიტრაჟების შემთხვევაში, ბევრად მაღალია, რადგან მუდმივმოქმედი არბიტრაჟები, საბოლოოდ, მაინც საკუთარ წესებს ეყრდნობიან და იყენებენ და მხარეებს შესაძლოა ბევრი არაფრის შეცვლის შესაძლებლობა არ მიეცეთ. მხარეებს, ასევე, საშუალება აქვთ აირჩიონ საარბიტრაჟო განხილვის ენა და ადგილი, შეუძლიათ შე-

¹ „არბიტრაჟის შესახებ“ საქართველოს კანონის მე-11 მუხლის მე-7 პუნქტი და მე-12 მუხლი.

² 2012 წლის 29 თებერვალს მიღებული საქართველოს მთავრობის №80 დადგენილება.

თანხმდნენ რა სახის მტკიცებულებები უნდა წარადგინონ და რა ფორმით, ასევე პროცედურების ჩატარების მათთვის სასურველ განრიგზე, სხვადასხვა საკითხებზე, რაც შეიძლება წამოიჭრას დავის განხილვის პროცესში და რაზეც შეიძლება, რომ მხარეებმა მიაღწიონ შეთანხმებას.

5. ძირითადი განმასხვავებელი ნიშნები, რომლებშიც მედიაციის უპირატესობა ვლინდება

5.1. საქმის განხილვის სისწრაფე და ნაკლები ხარჯები

როდესაც საქმე ეხება პროცესის ხარჯებს, ეს შეფასების საკითხია და ყოველ კონკრეტულ დავასთან დაკავშირებით განსხვავებულია. შესაძლებელია, რომ სასამართლო განხილვასთან შედარებით, არბიტრაჟის მეშვეობით დავის განხილვისას, მხარეებს უფრო ნაკლები ხარჯები წარმოეშვათ, ვიდრე სასამართლოში, თუმცა ეს ყოველთვის ასე არ ხდება. საარბიტრაჟო სამართალწარმოების ხარჯებსა და საფასურს მთლიანად იხდიან მხარეები, საარბიტრაჟო სამართალწარმოებისას, ასევე, აუცილებელია მხარეებმა გადაიხადონ სასამართლოს ადმინისტრაციის შიდა ხარჯები და საფასური. კონკრეტულ შემთხვევაში, არბიტრების საფასური შეიძლება იყოს საკმაოდ სოლიდური, განსაკუთრებით იმ შემთხვევაში, თუ არბიტრების ანაზღაურება დავის საგნის ღირებულების მიხედვით განისაზღვრება. ასევე ნაგებულ მხარეს შესაძლოა დაეკისროს პროცესის ხარჯების გადახდა, მთლიანად ან ნაწილობრივ.¹ დღესდღეობით, არბიტრაჟი მრავალი მიმართულებითაა კრიზისულ მდგომარეობაში. აშშ-ში პრაქტიკოსი იურისტები ჩივიან, რომ არბიტრაჟის გამოყენება ბიზნესთან დაკავშირებულ დავებში არის ისეთივე ნელი და ძვირადღირებული, როგორც სამართალწარმოება. სტეფანოვიჩი ახასიათებს ამჟამინდელ არბიტრაჟს, როგორც ახალ სამართალწარმოებას, ხოლო მედიაციას კი მოიხსენიებს, როგორც დავის გადაწყვეტის ყველაზე პოპულარულ და მოქნილ მეთოდს, რომელიც მხარეებს სთავაზობს იმ ღირებულებებს, რაც ტრადიციულად არბიტრაჟთან ასოცირდებოდა.² ერთადერთი რაც ხარჯების სიმცირესთანაა დაკავშირებული არბიტრაჟის შემთხვევაში და რაც უდავოდ მის დადებით მახასიათებლად უნდა ჩაითვალოს ეს არის ის, რომ რადგან გადაწყვეტილება აღარ საჩივრდება, შესაბამისად, მხარეებს აღარ დაეკისრებათ ის ხარჯები, რაც დაკავშირებულია საქმის ზედა ინსტანციებში განხილვასთან.

რაც შეეხება სასამართლო მედიაციის ხარჯებს საქართველოში, ის ნამდვილად გაცილებით მცირეა, რადგან მედიაციის გამოყენების შემთხვევაში კანონმდებლობა ითვალისწინებს, რომ ბაჟი 3%-ის ნაცვლად 1%-ია. გარდა ამისა, 70% მხარეს უკან უბრუნდება, თუ დავა შეთანხმებით დასრულდება. „მედიაციის პროცესი შედარებით ნაკლებ ხარჯებს უკავშირდება, სასამართლო პროცესი კი სახელმწიფო ბაჟის, ექსპერტიზის გადასახადის, ადვოკატის ჰონორარის და სხვა სასამართლოსგარეშე ხარჯების დაფარვას გულისხმობს“.³ რაც შეეხება განხილვის ვადების შედარებას მედიაციისა და არბიტრაჟის შემთხვევაში, ხარჯებისგან განსხვავებით, ის პირდაპირაა დადგენილი და სხვაობა აშკარაა. მაშინ როცა საარბიტრაჟო განხილვა შესაძლოა თვეების განმავლობაში გაგრძელდეს, მედიაციის პროცესი შესაძლოა ორ შეხვედრაში დასრულდეს. საარბიტრაჟო განხილვას ნამდვილად აქვს პოტენციალი, რომ იყოს უფრო სწრაფი, ვიდრე სასამართლო სამართალწარმოება, განსაკუთრებით იმ ქვეყნებში, სადაც სასამართლო სისტემა ძალიან გადატვირთულია საქმეებით, თუმცა არ არსებობს გარანტია იმისა, რომ არბიტრაჟით განხილვისას უფრო შეიძლება დროის დაზოგვა, ვიდრე სამართალწარმოებისას.⁴ გარდა იმისა, რომ მედიაცია ბევრად ნაკლებ ხარჯებთანაა დაკავშირებული ვიდრე არბიტრა-

¹ Lorcher T., Mavrogordato Z., CMS Guide to Arbitration, Frankfurt, Germany, 2009, 25.

² Nolan-Haley J., Mediation- the New Arbitration, Harvard Negotiation Law Review, Vol. 17:61, 2012, 66-67.

³ ზამბახიძე თ., მორიგება დავის ნაცვლად, ჟურ. „ლიბერალი“, თბ., 2012, <<http://www.liberali.ge/ge/liberali/articles/110271/>>.

⁴ Lorcher T., Mavrogordato Z., CMS Guide to Arbitration, Frankfurt, Germany, 2009, 25.

ჟი, დავის განხილვაც სწრაფად ხდება, რადგან მხარეები ყველა სახის პროცედურას თავად განსაზღვრავენ პროცესის მიმდინარეობისას და შეუძლიათ შეთანხმდნენ მათთვის სასურველ ვადაზე, თუ რა დროშია მათთვის მისაღები განხილვის დასრულება. მიუხედავად იმისა, რომ სავალდებულო მედიაციის შემთხვევაში ვადა კანონმდებლობითაა დადგენილი, ეს მედიაციის პროცესის სისწრაფეს ხელს არ უშლის, რადგან სწორედ იმისთვისაა მედიაცია, რომ დავა უფრო სწრაფად გადაწყდეს, შესაბამისად, კანონმდებელივე ადგენს დავის განხილვის დასრულების საკმაოდ ოპტიმალურ და მცირე ვადებს.

სამოქალაქო საპროცესო კოდექსის 187⁵ მუხლით საქმის განხილვის ვადა არ აღემატება 45 დღეს, მხარეთა შეთანხმებით ის შეიძლება გაგრძელდეს იმავე ვადით, მაშინ, როდესაც საარბიტრაჟო განხილვის დროს ვადა 180 დღეა და მისი გაგრძელებაც შეიძლება. აღსანიშნავია, რომ თავდაპირველად, „არბიტრაჟის შესახებ“ კანონის პროექტით, დაწესებული იყო საარბიტრაჟო განხილვისთვის 90-დღიანი ვადა, რომელიც აითვლებოდა მოპასუხის მიერ დავის არბიტრაჟში გადაცემის შესახებ შეტყობინების მიღების დღიდან.¹ ამ შემთხვევაში პრობლემას ქმნიდა ის ფაქტი, რომ „თანამედროვე საარბიტრაჟო განხილვის ვადები არ იძლევა შესაბამისი პროცედურის ასე სწრაფად განხორციელების შესაძლებლობას“.²

საერთაშორისო სავაჭრო პალატის არბიტრაჟის წესების მიხედვით, საბოლოო გადაწყვეტილების გამოტანის ვადა არ უნდა აღემატებოდეს 6 თვეს.³ გარდა ამისა, როდესაც მედიაციის პროცესის შემჭიდროვებულ ვადებზეა საუბარი, ეს არა მხოლოდ მხარეების დროს ზოგავს, არამედ მოსამართლეებისასაც, რადგან მათ აღარ უნევთ ყველა კატეგორიის დავის თავად განხილვა და, ძირითადად, მნიშვნელოვან და პრობლემურ საქმეებს უთმობენ ყურადღებას, რაც პირდაპირ კავშირშია სასამართლო სისტემაში დავის განხილვის პროცედურების უფრო მეტად დაჩქარებასთან.

5.2. მხარეების მიერ შედეგის განსაზღვრის უფლებამოსილება

ეთიკის კოდექსები და პრაქტიკული სტანდარტების უმრავლესობა მედიაციას განსაზღვრავენ, როგორც ნებაყოფლობით პროცესს, რომელიც ეფუძნება მხარეთა თვითგამორკვევას, სადაც მხარეები თვითონ განსაზღვრავენ შედეგს. სწორედ ეს განასხვავებს მედიაციას არბიტრაჟისგან, სადაც გადაწყვეტილება გამოაქვს ნეიტრალურ მესამე პირს. მედიაციის პროცესში ერთ-ერთი უმნიშვნელოვანესი ფაქტორია ნებაყოფლობითობა და მხარეთა მიერ გადაწყვეტილების მიღების შესაძლებლობა საკუთარი პასუხისმგებლობით. სწორედ მხარეთა მიერ შედეგის განსაზღვრის შესაძლებლობაა მედიაციის ერთ-ერთი უმთავრესი მახასიათებელი, რაც მას განასხვავებს სასამართლოსა და არბიტრაჟისგან. ძალიან მნიშვნელოვანია, რომ თავად მხარეებს აქვთ სურვილი მოილაპარაკონ და შეთანხმების გზით მივიდნენ ორივე მხარისთვის სასურველ შედეგამდე. მედიაციის პროცესის ძირითადი არსიც ეს არის – ამ შემთხვევაში არ არსებობს გამარჯვებული ან დამარცხებული – ორივე მხარე მოგებულა, რადგან ისინი ერთმანეთში თანხმდებიან, და არ არიან იძულებულნი დაემორჩილონ არბიტრის ან მოსამართლის გადაწყვეტილებას, რომელიც ყველა შემთხვევაში მხოლოდ ერთი მხარის სასარგებლოდ გადაწყვეტს დავას. იმისთვის, რომ შედეგი იქნას მიღწეული, აუცილებელია, რომ მხარეები იყვნენ კეთილსინდისიერნი ერთმანეთის მიმართ, გაიგონ ერთმანეთის პოზიცია სადავო საკითხებთან დაკავშირებით და, შეძლებისდაგვარად, მხედველობაში მიიღონ მეორე მხარის ინტერესიც.

¹ კანონპროექტის 33-ე მუხლის პირველი პუნქტი.

² ბინდერი პ. მ., „არბიტრაჟის შესახებ“ საქართველოს კანონის კომენტარები, ქართული სამართლის მიმოხილვა, 10/2007-2/3, 196.

³ ICC Rules of Arbitration, The Current Rules are in Force as From 1 January 2012, Article 24.1., <<http://www.iccwbo.org/Products-and-Services/Arbitration-and-ADR/Arbitration/ICC-Rules-of-Arbitration/>>.

5.3. გადაწყვეტილების არასავალდებულო ხასიათი და იძულებითი აღსრულების საფრთხის არარსებობა

არბიტრაჟის შემხვევაში მიღებული გადაწყვეტილება ყველა შემთხვევაში სავალდებულოა მხარეთათვის. გარდა ამისა, დაუშვებელია მისი სააპელაციო და საკასაციო წესით გასაჩივრება. თუმცა ის ფაქტი, რომ ზედა ინსტანციაში აღარ ხდება გადაწყვეტილების გასაჩივრება, არ ნიშნავს გადაწყვეტილების აბსოლუტურობას, რადგან „არბიტრაჟის შესახებ“ კანონი ითვალისწინებს საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების გასაჩივრებისა და გაუქმების საფუძვლებს.¹ მედიაციის ერთ-ერთ დადებით მახასიათებლად, სწორედ ეს შეიძლება იქნას მიჩნეული, რომ სასამართლოსა და არბიტრაჟისგან განსხვავებით, მედიაციის შედეგად მიღებული შეთანხმება არ ექვემდებარება სავალდებულო წესით აღსრულებას. თუმცა მხარეებს თავად შეუძლიათ განსაზღვრონ, რომ დავის დასრულების შემდგომ მათ შორის გაფორმებული ხელშეკრულება აუცილებლად უნდა აღსრულდეს. ვინაიდან მედიაციის შედეგად მიღებული შეთანხმების აღსრულება შესაძლებელია მხარეთა სურვილის შემთხვევაში, არ არის აუცილებელი, რომ თავიდანვე მოხდეს ამ საკითხის საკანონმდებლო რეგულირება და არბიტრაჟის მსგავსად, პირდაპირ ჩაინეროს კანონში, რომ სავალდებულო წესით ექვემდებარება გადაწყვეტილება აღსრულებას. რადგან შეთანხმება მხარეთა მორიგების შედეგია, ივარაუდება, რომ ისინი მას ნებაყოფლობითაც შეასრულებენ. იმ შემთხვევაში კი, თუ ერთ-ერთი მხარე ჩათვლის რომ არსებობს მედიაციის გზით მიღებული შეთანხმების შეუსრულებლობის საფრთხე, ისინი გაითვალისწინებენ აღნიშნულ შეთანხმებაში პირდაპირ მისი სავალდებულო აღსრულების შესაძლებლობას. ევროსაბჭოს დირექტივის კანონმდებლობაში იმპლემენტირების შემდეგ, მედიაციის შესახებ აქტში შევიდა ცვლილება და მე-18 მუხლში ჩაინერა, რომ მედიაციის შედეგად მიღებულ გადაწყვეტილებას აქვს სავალდებულო ძალა სასამართლო გადაწყვეტილების მსგავსად და ექვემდებარება დამონმებას სასამართლოს მხრიდან. დამონმება მხოლოდ იმ შემთხვევაში მოხდება თუ ორივე მხარე გამოთქვამს თანხმობას და, ასევე, თუ გადაწყვეტილება არ ეწინააღმდეგება კანონმდებლობას ან ზნეობრივ ნორმებს.² ვინაიდან მედიაცია მთლიანად შეთანხმებაზე დამყარებული პროცესია, ლოგიკურია რომ აღსრულების საკითხიც მხარეთა შორის უნდა მოგვარდეს.

5.4. მედიატორი – როგორც მომრიგებელი

მედიატორი, როგორც მომრიგებელი სრულიად საპირისპიროა არბიტრის, რომელიც მხარეთათვის სავალდებულო გადაწყვეტილების მიღების უფლებამოსილებითაა აღჭურვილი. მედიატორის როლი დავის განხილვისას უმნიშვნელოვანესია. „მედიატორები არიან ადამიანები, რომლებსაც გავლილი აქვთ სპეციალური მომზადება. ვინც ეხმარება მხარეებს დავის განხილვისას, რომ მიაღწიონ ორმხრივ შეთანხმებას კონფლიქტის მოსაგვარებლად. მედიატორის დანიშნულებაა, რომ დაეხმაროს მხარეებს, განსაზღვრონ სადავო საკითხები, შეამციროს გაუგებრობა, გამოკვეთოს რა საკითხებზეა შესაძლებელი კომპრომისის მიღწევა, გამოკვეთოს შესათანხმებელი პუნქტები. შეთანხმება მიღებული მხარეების მიერ ემყარება მხარეების გადაწყვეტილებას და არა მედიატორისას.“³ მედიაცია, რომ უფრო ღირებულად მიიჩნევა დავის განხილვის სხვა ალტერნატიულ საშუალებებთან შედარებით შემთხვევითი არ არის. ის ეფუძნება განსაკუთრებით აქტიურ კავშირს, მხარეების სურვილს, რომ დავა მედიაციის გზით გადაწყვიტონ და მედიატორთა და მათ შორის ურთიერთობას.⁴ იმისთვის, რომ განხილვის პროცესი სწორად წარიმართოს და შესაძლებელი გახდეს მხარეთა შორის წარმოშობილი კონფლიქტის მორიგებით დასრულება, აუცილებელია მედიატორი იყოს კვალიფიციური. ამ მხრივ სასამარ-

¹ „არბიტრაჟის შესახებ“ საქართველოს კანონის 42-ე მუხლი.

² PAMB IM and GEMM on Occasion of EuroNetMed, Mediation Act, Analysis of EU Legislation, 8.

³ Rule 902(b) Under the Kansas Dispute Resolution Act.

⁴ Hughes P., Mandatory Mediation: Opportunity or Subversion?, Windsor Yearbook of Access to Justice Vol.19, 175.

თლო სისტემაში არსებულ მედიაციას უდავო უპირატესობა აქვს – უფრო კვალიფიციური მედიატორები. „მას შემდეგ, რაც მოხდა სავალდებულო მედიაციის დამკვიდრება როგორც პრაქტიკოსი მედიატორები, ისე სხვებიც, რომლებიც ჩართულნი არიან სავალდებულო მედიაციაში, ვალდებულნი არიან დაემორჩილონ იმ სტანდარტებს, რომლებიც დადგენილია მედიატორთა ქცევის კოდექსით“.¹ კვალიფიციური მედიატორები, განსაკუთრებით მნიშვნელოვანია, თუ გავითვალისწინებთ, რომ ეკონომიური პრობლემების ან სხვა მიზეზთა გამო მხარეებს არ ჰყავთ ადვოკატები. სასამართლო სისტემა უფრო მეტად უზრუნველყოფს მედიატორების სათანადო მომზადებას, მათთვის კვალიფიკაციის ამაღლებას, რაც მთლიანობაში დავის სწრაფად და ეფექტურად გადაწყვეტას შეუწყობს ხელს. შესაძლებელია სწორედ კვალიფიციური მედიატორების დამსახურებაცაა რომ „კვლევა მიუთითებს, რომ გაცილებით უფრო მაღალია, სავალდებულო მედიაციაში მხარეთა მონაწილეობის ხარისხი, ვიდრე ნებაყოფლობითი მედიაციისას“.² გარდა ამისა, აუცილებელია მედიატორებს გაცნობიერებული ჰქონდეთ, რომ ისინი არ არიან ადვოკატები, მრჩეველები ან მოსამართლეები. კარგმა მედიატორმა უნდა უზრუნველყოს, რომ მხარეებს თავად შეეძლოთ თავის დაცვა, მხარეებმა თავი ზენოლის ქვეშ არ უნდა იგრძნონ, თუ დრო სჭირდებათ, გადაწყვეტილების მისაღებად, მათ ეს დრო უნდა მიეცეთ, თუ კონსულტაციების გავლა სჭირდებათ, სანამ გადაწყვეტილებას მიიღებენ, ამის დროც უნდა ჰქონდეთ.³

5.5. პროცესის არაფორმალურობა

სასამართლო და საარბიტრაჟო პროცესისგან განსხვავებით, მედიაციას არა აქვს რაიმე ზოგადი და სავალდებულო წესი და პროცედურა.⁴ საარბიტრაჟო განხილვა, რა თქმა უნდა, უდავოდ არაფორმალურია, სასამართლო განხილვასთან შედარებით, თუმცა, როცა მას მედიაციას ვადარებთ გასათვალისწინებელია ის გარემოებები, რომლებიც არბიტრაჟის გზით დავის განხილვას ფორმალურ სახეს სძენს და მას ნაწილობრივ სასამართლო განხილვას ამსგავსებს. აღნიშნული გარემოებებია:

1) საარბიტრაჟო განხილვისას არბიტრაჟის მიერ საარბიტრაჟო სარჩელის უზრუნველყოფის ღონისძიებების გამოყენება, რომლებსაც აქვს სავალდებულო ძალა და ექვემდებარება ცნობასა და აღსრულებას;

2) თუ ერთ-ერთი მხარე არასაპატიო მიზეზით არ ცხადდება საქმის განხილვაზე ან არ წარმოადგენს თავის პოზიციასა და მტკიცებულებებს, არბიტრაჟს შეუძლია განაგრძოს საქმის განხილვა და გამოიტანოს გადაწყვეტილება მის ხელთ არსებული მტკიცებულებების საფუძველზე, თუ მხარეთა შეთანხმებით სხვა რამ არ არის გათვალისწინებული;

3) მხარეთა მიერ შეთანხმებულ ან არბიტრაჟის მიერ განსაზღვრულ ვადაში საარბიტრაჟო მოსარჩელემ წერილობითი ფორმით უნდა წარმოადგინოს არბიტრაჟო სარჩელი. საარბიტრაჟო მოსარჩელის მიერ საარბიტრაჟო სარჩელის დადგენილი წესით განსაზღვრული ფორმის დაუცველად წარდგენის შემთხვევაში საარბიტრაჟო განხილვა არ დაიწყება;

4) ექსპერტის დანიშვნის შესაძლებლობა – თავისთავად ექსპერტის დანიშვნა მნიშვნელოვანია, როცა ამას საქმის გარემოებები მოითხოვს და არბიტრს არ გააჩნია სპეციალური ცოდნა, თუმცა, ამ შემთხვევაში, არბიტრი უფლებამოსილია მოსთხოვოს მხარეებს, წარუდგინონ ექსპერტს საქმესთან დაკავშირებით მათ ხელთ არსებული ინფორმაცია, გადასცენ ექსპერტს დათვალთვლებისთვის ან მისცენ შესაძლებლობა, დაათვალიეროს საქმესთან დაკავშირებული ნებისმიერი საბუთი ან სხვა ნივთი.

¹ Hughes P., Mandatory Mediation : Opportunity or Subversion?, Windsor Yearbook of Access to Justice Vol.19, 170.

² Radford M.F., An Introduction to the Uses of Mediation and other Forms of Dispute Resolution in Probate, Trust and Guardianship Matters, Real Prop. Prob. and Tr. J., 1999-2000, 618.

³ Valerie F. B., Mediation: Essentials And Expectations, Doraance Publishing co., Inc. Pittsburgh, Pennsylvania, 2004, 3.

⁴ ცერცვაძე გ., მედიაცია დავის გადაწყვეტის ალტერნატიული ფორმა (ზოგადი მიმოხილვა), თბ., 2010, 334.

5.6. შეუთანხმებლობის შემთხვევაში სასამართლოს ან არბიტრაჟისადმი მიმართვის საშუალება

დირექტივა ითვალისწინებს, რომ მხარეებს აქვთ შესაძლებლობა, თუ მედიაციის პროცესი წარუმატებლად დასრულდება, მიმართონ სასამართლოს ან არბიტრაჟს.¹ UNCITRAL Conciliation Rules – მე-13 მუხლი ითვალისწინებს, რომ მხარეებმა შესაძლოა გაითვალისწინონ, რომ არბიტრაჟს გადაეცეს განსახილველად მათ შორის მედიაციის გზით მიღწეულ შეთანხმებასთან დაკავშირებული დავა, ხოლო მე-16 მუხლის მიხედვით კი მხარეები ვალდებულია იღებენ, რომ არ დაიწყებენ მედიაციის პროცესის მიმდინარეობისას საარბიტრაჟო ან სასამართლო განხილვას, იმ საქმესთან დაკავშირებით, რომელიც მედიაციის განხილვის საგანს წარმოადგენს, გამონაკლისია, თუ მხარე მიიჩნევს, რომ ასეთი პროცედურების დაწყება აუცილებელია, რათა დაცულ იქნას მისი კანონიერი ინტერესი. შესაბამისად, ეს განამტკიცებს მხარეთა უფლებას კიდევ ერთხელ, რომ შეუძლიათ მიმართონ სასამართლოს ან არბიტრაჟს, ოღონდ მხოლოდ მას შემდეგ რაც ვერ მიაღწევენ შეთანხმებას. სსკ-ის 187⁷-ე მუხლის მეორე პუნქტის თანახმად, თუ სასამართლო მედიაციისათვის კანონით დადგენილ ვადაში დავა მხარეთა შეთანხმებით არ დასრულდა, მოსარჩელეს შეუძლია წარადგინოს სარჩელი საერთო წესების დაცვით. ამის საპირისპიროდ, „თუ მხარეები სხვაგვარად არ შეთანხმებულან მიუხედავად მედიაციის პროცედურების წარმოებისა, მხარებს შეუძლიათ დაიწყონ ან გააგრძელონ ნებისმიერი საარბიტრაჟო ან სასამართლო პროცესი, იმ საქმესთან დაკავშირებით, რომელიც მედიაციის განხილვის საგანია.“² სასამართლოს ან არბიტრაჟისადმი მიმართვის საშუალება მნიშვნელოვანია იმ მხრივაც, რომ მედიაციის გზით მიღწეული შეთანხმების შეუსრულებლობის შემთხვევაში, მხარე არ დაზარალდეს და საკუთარი უფლების დაცვის სამართლებრივი მექანიზმი დარჩეს. ამ შემთხვევაში, ერთადერთი უარყოფითი მოვლენაა ის, რომ მხარეებმა დაკარგეს დრო მედიაციის პროცედურებში მონაწილეობით, თუმცა, თუ გავითვალისწინებთ მედიაციის ვადების სიმცირეს, ეს განსაკუთრებული დანაკარგი მხარეებისთვის არ იქნება.

6. დასკვნა

არბიტრაჟი, ჯერ კიდევ უძველესი დროიდან, წარმატებით გამოიყენებოდა, როგორც დავის განხილვის ალტერნატიული საშუალება, რაც განპირობებული იყო იმ უპირატესობებით, რომლებიც მას სასამართლოსთან შედარებით გააჩნდა, „რადგან არბიტრაჟი მიიჩნეოდა იაფ, სწრაფ და კერძო დავის განხილვის ალტერნატიულ საშუალებად“.³ იმ გარემოებამ, რომ თავდაპირველად არბიტრაჟის გადაწყვეტილება სავალდებულო არ იყო, იგი ნაკლებეფექტური გახდა.⁴ თუმცა შემდეგ საარბიტრაჟო გადაწყვეტილებამ სავალდებულო ძალა შეიძინა და უკვე „მეოცე საუკუნის მეორე ნახევრიდან შეიქმნა სტაბილური სამართლებრივი ბაზა, რომელმაც არბიტრაჟის საყოველთაო აღიარება და პოპულარობა განაპირობა“.⁵ საარბიტრაჟო პროცედურების მოქნილობას ხელი შეუწყო მისმა დაყოფამაც მუდმივმოქმედ და დროებით არბიტრაჟებად. მუდმივმოქმედი არბიტრაჟის გზით დავის განხილვისას, მხარეები შებოჭილნი არიან მუდმივმოქმედი საარბიტრაჟო დანესებულების მიერ დადგენილი წესებით, მისგან განსხვავებით კი დროებითი არბიტრაჟი მხარეებს უფრო მეტ პროცედურულ თავისუფლებას სთავაზობს. არ შეიძლება არ აღინიშნოს ზოგადი და სპეციალიზებული არბიტრაჟები, რომლებიც იქიდან გამომდინარე, რომ კონკრეტული სახის დავებზე არიან ორიენტირებულნი და დიდი

¹ European Directive on Certain Aspects of Mediation in Civil and Commercial Matters, Article 24.

² LSIA Mediation Rules, Article 9.

³ Steven C. B., Arbitration : Essential Concepts, ALM Publishing, a Division of American Lawyer media inc, 2002, 10.

⁴ იქვე.

⁵ ცერცვაძე გ., საერთაშორისო საარბიტრაჟო განხილვის წინაპირობები (შედარებითი ანალიზი), თბ., 2008, 16.

პრაქტიკული გამოცდილება აქვთ იმ სფეროში, დავის უფრო დროულად და სწორად გადანყვეტას უწყობენ ხელს.

სასამართლოსთან ერთად დავის განხილვის ერთ-ერთი საუკეთესო საშუალებაა მედიაცი-ა, რადგან „მედიაციის მართმსაჯულების დანამატია და არა მისი ალტერნატივა“.¹ ნებაყოფლობითი მედიაციის დავის განხილვის სასამართლომდელი საფეხურია, რომელიც მხარეებს საშუალებას აძლევს, შეთანხმების გზით მოაგვარონ დავა, ხოლო თუ ამას ვერ შეძლებენ, უფლება აქვთ მიმართონ სასამართლოს ან არბიტრაჟს.

დღესდღეობით საქართველოში მკვიდრდება სასამართლო მედიაციის, შესაბამისად, ნაშრომში ეს ინსტიტუტი უფრო დეტალურადაა განხილული. სავალდებულო მედიაციის, მიუხედავად იმისა, რომ ჩვეულებრივი – ნებაყოფლობითი მედიაციისგან განსხვავებით გარკვეული თავისებურებებით ხასიათდება, მაინც ძალიან მნიშვნელოვანი ინსტიტუტია და არა მხოლოდ სასამართლოების განტვირთვის ფუნქცია აქვს, არამედ მხარეებსაც მთელ რიგ უპირატესობებს სთავაზობს სასამართლო განხილვასთან შედარებით. კერძოდ: სასამართლო მედიაციის დროს გაცილებით ნაკლებია ხარჯები, დავა ნყდება უფრო სწრაფად, მხარეთა მორიგების და მათ შორის კონფლიქტის აღმოფხვრის შემთხვევაში შესაძლებელია, რომ პირადი ხასიათის ურთიერთობები შენარჩუნებულ იქნას, მედიატორი – როგორც მომრიგებელი, რომელიც მოსამართლისგან განსხვავებით არ არის შებოჭილი მხოლოდ კანონის დებულებებით და შეუძლია სიღრმისეულად ჩასწვდეს პრობლემის არსს და დავა მშვიდობიანად გადანყვეტოს ისე, რომ მედიაციის კიდევ ერთი პრინციპი „ყველა გამარჯვებული“ დაცული იქნას. მართალია, სასამართლოში განხილვის დროსაც არის მხარეთა მორიგების შემთხვევები, როცა საბოლოოდ ორივე მხარე მოგებული რჩება, მაგრამ მედიაციის გამოყენება ამის შესაძლებლობას გაცილებით მეტად ზრდის. ამ შემთხვევაშიც მოქმედებს მედიაციის ერთ-ერთი ყველაზე ღირებული პრინციპი – კონფიდენციალურობა, მხარეები არაფერს კარგავენ, რადგან მათ არ ეკისრებათ მორიგების ვალდებულება, არამედ მხოლოდ პროცესში მონაწილეობა, შეუთანხმებლობის შემთხვევაში დავას განიხილავს სასამართლო. ასევე „ეს არის არაფორმალური პროცესი, არსად არაა განერილი ისეთი პროცედურები, რომლებიც მხარეებმა აუცილებლად უნდა დაიცვან, ასეთ სიტუაციაში მხარეები შეიძლება ისეთ დათმობაზე წავიდნენ, რასაც სასამართლოში საქმის განხილვისას არ დათანხმდებოდნენ“.²

ყოველივე ზემოაღნიშნულიდან გამომდინარე ცხადია, რომ „სასამართლო მედიაციის პოზიტიური მოვლენაა, რომელსაც შეუძლია უზრუნველყოს, რომ საქმეები რომლებიც მივა სასამართლო პროცესამდე, ნამდვილად იყოს სასამართლოს განსახილველი. ეს გააუმჯობესებს მართმსაჯულების ხარისხს, იქიდან გამომდინარე, რომ სასამართლოს იურისტები და მოსამართლეები თავიანთი შესაძლებლობების კონცენტრირებას მოახდენენ რთულ დავებზე, რომლებიც გადანყვეტას საჭიროებენ“.³ ხაზგასასმელია, რომ სამოქალაქო საპროცესო კოდექსი, სწორედ იმ სახის დავებზე ავრცელებს მედიაციას, სადაც უფრო მაღალია ალბათობა, რომ მხარეთა შორის წარმოშობილ კონფლიქტს პირადი ხასიათი აქვს და მოლაპარაკება უფრო ეფექტური იქნება.

იმ უპირატესობების გათვალისწინებით, რაც მას გააჩნია, მედიაციის დამკვიდრება ქართულ სამართლებრივ სისტემაში სწორედ რომ დროულია და დიდი პრაქტიკული მნიშვნელობა აქვს. მთავარია, მედიაციასთან დაკავშირებული საკანონმდებლო ბაზის სრულყოფა, დახვეწა და აქტიურად გამოყენება, რაც მნიშვნელოვნადაა დამოკიდებული სამოქალაქო ცნობიერების ამაღლებასა და ინფორმირებულობაზე, რათა საზოგადოებას გაუჩნდეს ნდობა მედიაციის მიმართ, შეექმნათ სრული წარმოდგენა მის მთელ რიგ დადებით მხარეებზე და თვეობით სასამართლო და საარბიტრაჟო განხილვებზე არ დაკარგონ დრო, თუ მათ შორის წარმოშობილი დავა მედიაციის გზით განსახილველ საქმეს მიეკუთვნება.

¹ *კერცვაძე გ.*, მედიაციის დავის გადანყვეტის ალტერნატიული ფორმა (ზოგადი მიმოხილვა), თბ., 2010, 56.

² *ზამბახიძე თ.*, მორიგება დავის ნაცვლად, ჟურ, „ლიბერალი“, №8, თბ., 2012, <<http://www.liberali.ge/ge/liberali/articles/110271/>>.

³ *Hughes P.*, Mandatory Mediation : Opportunity or Subversion?, Windsor Yearbook of Access to Justice Vol.19, 2001, 176.

ADVANTAGES OF MEDIATION COMPARED TO ARBITRATION

1. Foreword

Generally, it is hard to achieve justice in this world; however, from the very first days the mankind has been striving to establish new systems, forms, and rules to achieve justice, so that they would fit the absolute meaning of the word “justice” at the maximum extent.

Alternative dispute resolution means – arbitration and mediation – are successfully implemented in many countries around the world holding an important position in their judicial systems. Arbitrage is an established institute in the Georgian legislation too. There is a special law “about Arbitrage”¹; while mediation is a novelty and therefore the legislation referring to it is still in a process of its development. Consequently, we do not have a separate normative act related to mediation.² Despite the fact that the parties often address the arbitrage to solve their disputes, it is not as fast and affordable process compared to the court proceedings as it might seem at a glance. “Considering the newest trends, the tenets related to the arbitrage’s informality, confidentiality and affordability are regarded as outdated”³. “Indeed, arbitration is quite a costly experience not always meeting the expectations.”⁴ Hence, the establishment of the new means of dispute resolution is of vital importance for both: the immediate parties of the dispute and for the judiciary system, as “it will significantly relieve the courts; and this is one of the particular goals for its establishment”.⁵

The newsworthiness of this paper is determined by the fact that the mediation institute is on the way of its establishment in the Georgian legislation and, therefore, it exercises higher interest from the public side. Besides, there is no entire rule systematically regulating all aspects related to it. Yet, there is a gap in terms of studies and papers concerning the issue.

The present paper aims to manifest the meaning of the mediation institute and its advantages compared to arbitration, outlining the *pros and cons* of each institute. At the same time, the paper will refer in detail to the court mediation, its features and practical meaning, in order to figure out how effectively it will fit into the Georgian reality. Besides, one of the goals of the present paper is to highlight the meaning of non-forensic mediation which is not less important than the forensic mediation. It should be mentioned that non-forensic mediation was established first; and its successful practices led to its integration into the forensic system.

The present paper uses the comparative-judiciary methodology. It analyses not only the two completely different alternative dispute resolution means, but also refers to separate regulations from the corresponding legislations of the USA, UK and Canada, which are deemed to be helpful to characterize the institute and recognize its advantages.

The present paper is structured as follows: after the Foreword, the second chapter refers to the general characteristics of the institutes of arbitration and mediation and, therefore, has a rather informative character. Namely, it encompasses the concepts of these two institutes, their origination, types and general overview of the regulations ruling them; the latter will refer to the Georgian legislation regulating mediation and arbitration as well as to the key international legal acts and treaties. With this regard, we should mention the European Directive on “Certain Aspects of Mediation in Civil and Commercial Matters”⁶ regu-

¹ *Georgian Law about Arbitrage*, 2009.

² *The Civil Code* contains (chapt. XX18) a norm about mediation; besides, notary, tax and medical mediation are already practiced in Georgia as well as the mediation in criminal proceedings.

³ *Tsertsvadze G.*, Preconditions of International Arbitrate (comparative analysis), 2008, 22 (In Georgian).

⁴ *Tsertsvadze G.*, Preconditions of International Arbitrate (comparative analysis), 2008, 82 (In Georgian).

⁵ *Kublashvili K.*, Conciliation instead of Dispute, *Liberal Magazine*, Tbilisi, 2012 (In Georgian), <<http://www.liberali.ge/ge/liberali/articles/110271/>>.

⁶ European Directive on Certain Aspects of Mediation in Civil and Commercial Matters, 2008, <<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:136:0003:0008:EN:PDF>>.

lating key points of mediation. Notwithstanding the fact that the Law “about Arbitration” is in its legal force in Georgia, we foresee important to review the general acts referring to the field that had been developed at a rather earlier stage.¹ The third chapter provides the procedural issues that are significant to characterize and outline advantages of the referred institutes. The fourth chapter gives the similarities and differences of mediation and arbitration. The summary section concludes the outcomes of the present study.

2. Characteristics of Arbitration

2.1 Notion of Arbitration, its Origination and Types

2.1.1. Notion and Origin of Arbitration

There is a view that arbitration is a prototype of a court. The history of arbitration is rather less investigated in the relevant literature, however, it is widely accepted that it appeared earlier before the court was originated.² Arbitration - a way of dispute resolution - has an ancient origin. It is mentioned in Greek mythology and in the Bible.³ The History of arbitration starts in BC when the reconciliatory court dealt with the disputes between the ancient Greeks. Arbitration was practiced in Ancient Roman Empire too. The Romans believed it was “a means to complete the legal proceedings”. Roman scientists thought that arbitration was also a dispute resolution tool together with the legal proceedings. The well known “Twelve Tabulae” adopted in the ancient Roman Empire distinctly recognized arbitration as a dispute resolution method with regard to the disputes related to borders, lands and buildings; i.e. when the neighboring owners had disagreement regarding their land borders, the dispute would be passed on to three arbiters.⁴

Arbitration was an established method of dispute resolution in England, where trade and maritime commercial cases had been dealt. It spread out from England to American colonies and played a significant role in dispute resolution till the revolution. Arbitration was understood as a cheap and fast means for private dispute resolution. Initially, the enforcement of arbitration decisions was rather voluntary; however, together, with the growth of population and migration rates, arbitration became a less effective body due to the non-compulsory nature of its decision enforcement. In 1768 New York Chamber of Commerce launched the first permanent arbitration body in the USA.⁵ Yet, the Federal Arbitration Act (FAA)⁶ significantly contributed to the establishment of arbitration and its promotion as a means of alternative dispute resolution. Meantime, a legal regulation of international arbitration was started (Geneva Protocol –adopted in 1923, and Geneva Convention – adopted in 1927). More stable legal base for such regulation emerged in the second half of the 20th century, which conditioned the general recognition of arbitration and its popularity.⁷

As arbitration is built upon mutual agreement of the parties to address arbitration for dispute resolution instead of court, it is often referred to as a “private trial”.⁸ There is no overall notion established about arbitration. It may seem paradoxical, but none of the various laws regulating arbitration provide the notion of arbitration as such. Instead, they focus only on its international nature. As Jarrosson mentions, there is no legal definition of arbitration; whereas, according to Veeder the Parliament of GB intentionally missed the notion of arbitration from the Act about Arbitration – adopted in 1996. English lawyers pragmatically prefer to list

¹ NY Convention, adopted in 1958, in force from 07/06/1959; UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitrage, adopted in 1985.

² *Tsertsvadze G.*, Preconditions of International Arbitrate (comparative analysis), 2008, 14 (In Georgian).

³ *Bennett S.C.*, Arbitration: Essential Concepts, ALM Publishing, A division of American Lawyer Media inc 2002, 9.

⁴ *Wei – Jen Chen*, Separate but Equal in Arbitration? - An Analysis on Ad Hoc Arbitration of Taiwan and East Asia, *Contemp. Asia Arb. J.*, 2012, 112.

⁵ *Bennett S.C.*, Arbitration : Essential Concepts, , 2002, 10.

⁶ Federal Arbitration Act (FAA) adopted by USA Congress in 1925.

⁷ *Tsertsvadze G.*, Preconditions of International Arbitrate (comparative analysis), 2008, 16, (In Georgian).

⁸ *Lorcher T.,Mavrogordato Z.*, CMS Guide to Arbitration, Frankfurt, Germany, 2009, 20.

the reasons why this alternative dispute resolution method is acceptable and what kind of key features distinguish it from similar institutions. More specifically, they highlight a compulsory nature of its decision enforcement. With regard to the main notion, they make a conclusion out of the notion of arbitration agreement covered by legislations of different countries.¹ In his doctorate thesis, based on the detailed analysis of precedent law and doctrine, Jarrosson provides the following formulation: “Arbitration is an institute where the dispute between two or more parties is solved by the third person acting within the authority granted to him/her legally”. Albert Jan Van Den Berg provides the following definition of arbitration notion: “Dispute resolution between two or more parties, done by the third person whose authority is based upon the agreement of arbitrating parties (arbitration agreement) and whose decision is compulsory for the parties.”² It should be mentioned that the commercial nature of a dispute is not a part of international arbitration notion. Notwithstanding the fact that international arbitration mostly deals with the cases related to the international trade, the sphere of its performance is not limited to it. However, the key characteristics of commercial arbitration are closely related to the notion of arbitration. Commercial arbitration has the following key features: first of all, arbitration is generally based upon an agreement – in most cases the parties agree to address arbitration for dispute resolution. Secondly, a decision is made by an independent arbiter, who does not represent a court or a state body; and who, on a contrary, is a regular natural person, chosen by the parties. Thirdly, a compulsory decision is issued at the end of arbitration process that is enforceable through the national courts; meanwhile, the arbitration procedures are rather flexible compared to the court procedures.³

2.1.2. Types of Arbitration

2.1.2.1. Permanent and Temporary Arbitration

The arbitration court is named by the parties themselves, however, as for the arbitration listening, it can be carried out through the established rules by the permanent arbitration office considered by the parties in their agreement, or through the temporary arbitration.⁴ Permanent and temporary arbitrations have different advantages, however, both are internationally recognized as a type of arbitration and the decisions made by both are equally enforceable in many countries.⁵ Arbitration is permanent if: it is performed in line with the rules established by the relevant arbitration institution; has a permanent character and is organized in the permanent arbitration centers; its life-cycle does not depend upon the length of a specific dispute.⁶ In most cases the permanent arbitrations are located within the Chambers of Commerce, Stock Exchange Markets and Associations, and pursue their own rules of conduct.⁷ The key positive characteristics of permanent arbitration are as follows: permanent arbitration institutions regularly update and improve their rules and do their best to achieve the satisfaction of the parties addressing their arbitration with procedures and the final decision. They also use to review the decision, for example, International Chamber of Commerce reviews the draft arbitration decisions before sending them to the parties, in order to confirm that all issues raised during arbitration have been settled. Such behavior is necessary for quality control. A detailed discussion of an arbitration decision by a reputable arbitration institution in order to determine how the decision complies with the identified standards is a very important act, especially when a party expresses readiness for enforcement.⁸ Dispute examination in the permanent arbitration institution means that everything will be done in a professional manner to en-

¹ Poudret J-F, Besson S., *Comparative Law of International Arbitration*, Sweet & Maxwell Ltd London, 2007, 1.

² *Ibid*, 2.

³ Born G., *International Commercial Arbitration: Commentary and Materials*, 2nd ed., 2001, 1.

⁴ Jenkins J., Stabbings S., *International Construction Arbitration Law*, Kluwer law International, 2006, 81.

⁵ Wei – Jen Chen, *Separate but Equal in Arbitration? – an Analysis on Ad Hoc Arbitration of Taiwan and East Asia*, *Contemp. Asia Arb. J.*, 2012, 109.

⁶ Palacean C., *Forms of Arbitration in International Trade*, *Law Annals Titu Maiorescu U.*, 2009, 119.

⁷ Macllhrath M., Savage J., *International Arbitration and Mediation: A Practical Guide*, Kluwer Law International, 2010, 66.

⁸ Lorcher T., Mavrogordato Z., *CMS Guide to Arbitration*, Frankfurt, Germany, 2009, 17.

sure the administration of and monitoring over the process and its unimpeded flow. Of course, the arbitration institution requires from the parties an additional payment for such services. They often have special prices indicating costs payable to each member of the arbitration jury. ICC¹ determines the administrative charges and costs payable to arbiters; LCIA² provides a fixed list of fees and prices.³ Fixed prices are preferable because, at the beginning of arbitration the parties know what costs they will have to bear for the process. Not less important is the incorporation of rules established by permanent arbitration into the arbitration agreement. Before parties take into consideration the rules of any arbitration body, they should get introduced to them, in order to ensure that those rules are acceptable for the parties and relevant to the matter of dispute that has arisen or is likely to arise between them. Sometimes the parties wish to make changes in the procedural rules established by the arbitration body. LCIA and ICC consider a possibility of changing some rules by the parties. For example, in disputes related to construction business the rules set by the American Association of Arbitration (AAA) consider changes to the procedural rules made by the parties when they offer their own alternatives to the arbitration; however, if the changes to the rules are offered by the parties after the arbiter(s) are appointed, such amendments may take place only with the consent of the arbiter (arbiters).⁴

The temporary arbitration is set for the ad hoc dispute resolution. It is not necessary for the temporary arbitration to rely upon the rules established by any arbitration institution. Therefore, the procedures in the temporary arbitration are quite flexible. The parties have an opportunity to choose the rules that seem most relevant to the dispute matter. Moreover, temporary arbitration is a less costly service than the permanent one, as it does not require costs for the administrative management of the institution. The procedures are faster – because of the direct communication between the parties and the arbiter(s) free of any kind of supervision or intervention. However, temporary arbitration is often criticized for the lack of professional arbiters. One of its negative points is the absence of the fixed rules that may cause delay the dispute examination process before the parties and the arbitration manage to agree on the procedures.⁵ Hence, the effectiveness of temporary arbitration depends on the goodwill of the parties and the fact whether they will manage to achieve an agreement on choosing the arbitration institute and to have the case examined.⁶ However, on the other hand, temporary arbitration is not limited to the certain applicable procedures – this can be understood as an advantage. During temporary arbitration, the parties can determine the composition of the arbitration jury, number of arbiters, requirements to be imposed to the arbiters and the procedures of their appointment.⁷ At the same time, the parties can agree on what type of evidences to present and in what form; how the arbitration procedures will take place; to consider specific requirements relevant to the specifics of the disputable agreement.⁸ Moreover, it is understood that temporary arbitration is more confidential⁹ because fewer people are involved in the process; the decisions made by the temporary arbitration do not undergo further revision, thus enjoying a higher degree of security.

2.1.2.2. General and Ad hoc Arbitration

According to the materialistic competence, general and Ad hoc arbitrations are distinguished.¹⁰ Splitting arbitration into general and Ad hoc ones has its objective reason; however, such classification is still conditional.¹¹ Arbitrates of general competencies examine all kinds of commercial disputes that could be a

¹ ICC – International Chamber of Commerce.

² LCIA – London Arbitration.

³ *Jenkins J., Stabbings S.*, International Construction Arbitration Law, Kluwer law International, 2006, 82.

⁴ *Thereto.*

⁵ *Wei – Jen Chen*, Separate but Equal in Arbitration? – An Analysis on Ad Hoc Arbitration of Taiwan and East Asia, *Contemp. Asia Arb. J.*, 2012, 109.

⁶ *Jenkins J., Stabbings S.*, International Construction Arbitration Law, Kluwer law International, 2006, 81.

⁷ *Gaillard E., Goldman G., John F. Savage*, International Commercial Arbitration, Kluwer law International, 1999, 535.

⁸ *Lew J. D. M., Loukas A., Mistelis, Kröll S.M.*, Comparative International Commercial Arbitration, Kluwer law International, 2003, 34.

⁹ *Born G.*, International Commercial Arbitration, Vol. 1, Kluwer law International, 2009, 150.

¹⁰ *Palacean C.*, Forms of Arbitration in International Trade, *Law Annals Titu Maiorescu U.*, 2009, 119.

¹¹ *Tsertsvadze G.*, Preconditions of International Arbitrate (comparative analysis), 2008, 36 (In Georgian).

subject to arbitral tribunal. The ad hoc arbitrations examine only the specific categories of disputes. According to the recent data, ad hoc arbitrations surpassed non ad hoc commercial arbitrations in the scale of their dissemination. Maritime, insurance and commercial arbitrations take place in thousands of cities, for example, in London or New York. They mainly have a character of temporary arbitration and act in compliance with the rules and regulations of ad hoc arbitration with support of a particular trade association or stock exchange market¹. Ad hoc arbitrations have their own regulations. Arbiters, who lead the tribunals in specialized institutes, are rather competent as they are experienced in solving disputes of the given category and become more aware of the specifics of a dispute-matter; all these make grounds for true and timely resolution of disputes.

2.2. General Overview of Legislation

2.2.1. Georgian Legislation

The Georgian legislation regulating arbitration encompasses a law “about Arbitration” adopted on June 19, 2009, and Chapter 7 of the Georgian Civil Code, referring to the peculiarities of the arbitral proceedings. In comparison with the first legal act adopted with the mentioned regards², the new law considers all important issues that comply with UNCITRAL Model Law “about International Commercial Arbitration”.³ The law regulates the issues such as: an arbitral agreement, composition of arbitral tribunal, arbitral proceedings, rendering arbitral award and canceling the arbitration, as well as a possibility of appealing against and annulment of the arbitral award and acceptance and enforcement of the award. As for the Civil Proceeding Code, “the cases related to arbitration are processed by the court against the rules established in Georgian Civil Proceedings Code and only in cases that are directly indicated by the Georgian Law “about Arbitration”.

The cases related to arbitration include:

- a) appointment, rejection or cancellation of the authority of an arbiter;
- b) competences of arbitration;
- c) settlement of arbitration claims;
- d) court support in establishing evidences or inviting witnesses;
- e) recognition, enforcement or rejection of enforcement efforts of the arbitrate award.
- f) award of an enforcement order;
- g) appellation and revocation of the arbitrate award;
- h) recognition and enforcement of the arbitrate awards rendered outside Georgia.
- i) other matters provided in the Georgian Law about Arbitration.

2.2.2. New York Convention

The initial version of the New York Convention⁴ was developed by the International Chamber of Commerce in 1953 in Paris. The final version was adopted in 1958 and entered into force on June 7, 1959 after its ratification by the third state. This was a start of a new and very important stage in the history of arbitration.⁵ Notwithstanding the long period after its adoption, the Convention still remains one of the most significant acts in the field and solely regulates the matters of recognition and enforcement of the foreign arbitrate decisions. The named convention entered into legal force in Georgia by the resolution of February 3, 1994.

¹ *Bühning-Uhle CH., Kirchof G.L., Scherer G.*, Arbitration and Mediation in International Business, Kluwer law International, 2006, 34.

² Law about Private International Arbitration adopted in 1997.

³ UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration 1985 (with amendments as adopted in 2006), <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/07-86998_Ebook.pdf>.

⁴ Convention on Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards - United Nations (1958), <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/NY-conv/XXII_1_e.pdf>.

⁵ *Tsertsvadze G.*, Preconditions of International Arbitrate (comparative analysis), Tb., 2008, 50 (In Georgian).

According to its Clause 1 (1), it covers the recognition and enforcement of the arbitrate award rendered outside the borders of the country of recognition and enforcement. It is also used with the arbitrate decisions that are not understood as domestic decisions in the states where they shall be recognized and enforced. According to Clause 2 (1), each undersigned state should recognize a written agreement of the parties within which the parties assume the responsibility to transfer any dispute arising between them regarding certain legal cooperation to the arbitral tribunal, despite, whether the dispute is contractual or not, it should belong to the cases examinable by arbitration. Clause 1(3) provides that after signing, ratification of or accession to the convention, each state can declare on reciprocity grounds that it will apply the convention only to the recognition and enforcement of those decisions that have been rendered in the jurisdiction of a Party of the Convention; besides, the state can declare that it will apply the present convention only to the disputes that are domestically understood as commercial ones. The Convention defines terms “an arbitral award” and “an arbitration agreement in writing”.

The “arbitral award” considers not only the decision made by the arbiters appointed for the particular case, but it also considers the arbitral awards rendered by the permanent arbitration body named by the dispute parties. The term “an arbitration agreement in writing” considers an arbitration point in the contract or an arbitration agreement that is signed by the parties; or includes the exchanged correspondence and messages. The 4th clause of the convention provides documentation for decision enforcement; The most important is the 5th clause which provides the grounds for the denial of recognition and enforcement.

2.2.3. UNCITRAL – Model Law on International Commercial Arbitration

The Model Law about “International Commercial Arbitration” is one of the most important legal acts made in the field. It was adopted on June 25, 1985 by the International Commission of Commerce, and was updated on June 7, 2006 by The International Commission of Commerce. “Model Law recognizes the supremacy of international agreements in the international arbitration. The law can be applicable only if the bilateral or multilateral international agreements are met”¹.

As for the structure of the law itself, it is built as follows: the first chapter provides the general provisions defining the notion and the general concept. The second chapter describes an arbitration agreement and its format as well as the possibility of application of an interim action by the court. The third chapter is dedicated to the composition of the arbitral tribunal, to the number of arbiters, the rules of their appointment and rejection, and to the appointment of a substitute arbiter. The fourth chapter overviews the issues related to the arbitration jurisdiction. The latter underwent the amendment by means of adding an additional chapter 4-A² to it, providing the opportunities for issuing interim actions and preliminary orders, establishing the required conditions and special regimes as well as the opportunities for modification, holdback or cancelling the preliminary order; also, creating grounds for the reimbursement of costs and losses, recognition and enforcement or denial of interim actions. The fifth chapter is dedicated to the arbitral proceedings and, therefore, defines in detail the procedural issues such as: location of proceedings, starting the arbitral proceedings, language of the arbitral proceedings, opportunities for appointing an expert, claiming and defending support from the court in establishing testimonies. The 6th chapter refers to the final decision made regarding the case as well as to the termination of the arbitration proceedings. It separates two different ways of termination of dispute examination – arbitral award and termination of arbitral proceedings. Besides, it considers the possibilities of revising and interpreting the award and the possibility of issuing an additional decision. The 7th chapter describes the circumstances that should prevent from rendering an award. The 8th Chapter deals with the issues related to the recognition and enforcement of the arbitral awards.

The above described Model Law serves as a template visualizing the similarities of arbitral and court proceedings, namely, arbitration is a similarly formal procedure as court proceedings and, in fact, it does not offer much difference to its parties.

¹ *Tsertsvadze G.*, Preconditions of International Arbitrate (comparative analysis), Tb., 2008, 63 (In Georgian).

² Chapter IV A. Interim Measures and Preliminary Orders (as Adopted by the Commission at its thirty-ninth session, in 2006).

2.3. Dispute Subject-matter and Procedures

2.3.1. Subject-matter of Dispute Arbitration

The subject matter of dispute arbitration can be regulated in two ways: firstly, by setting forth in the legislation what could be a subject-matter of dispute arbitration and, secondly, by setting forth - what could not be a subject-matter for arbitral proceedings. Some laws provide that the disputes including the elements of public law, or are related to the law on competition, labour and intellectual property cannot be accepted as a subject matter to the arbitral proceedings.¹

Clause 12 of Georgian Civil Proceedings Code defines that the private disputes between equal persons which can be settled amicably can be transferred to arbitration. A similar formulation is provided by Clause 1(2) of Georgian Law about Arbitration. In fact, such description is somewhat incorrect, firstly, because it does not provide a precise description, but generally indicates the subject-matter of arbitration and, secondly, the legislation does not consider a specific listing of possible subject-matters. Consequently, these provisions need to be amended; however, even the countries with higher legal culture, such as Germany and Sweden, prefer to keep a rather abstract description of arbitration subject matter. Similarly, the Model Law about International Commercial Arbitration widens the scope of the arbitration subject-matter. According to Clause 1(1) of the mentioned Model Law, the law applies to the international commercial arbitration, whereas the definition of the term “commercial” is quite large.² If the dispute does not qualify as a subject-matter for the arbitration, this can be understood as one of the reasons for denying the recognition and enforcement of the arbitral award.³ Therefore, the arbitration subject-matter should be clearly defined either by directly writing a corresponding provision into the law, or by giving a negative formulation.

2.3.2. Terms and Form of Arbitral Proceedings

One of the key positive characteristics of arbitration was always understood as its limited terms for proceedings. However, today such terms are not very limited. The arbitral proceedings, due to a number of subjective and objective reasons, require not less time as envisaged for the court proceedings.⁴

According to Clause 39(1) of the Georgian Law about Arbitration, the arbitral tribunal shall render its award within the period of 180 days after commencing the arbitral proceedings, unless the parties agree otherwise. Whenever necessary, the arbiter can extend the time limit for a period which should not exceed 180 days.

The arbitration rules provided in UNCITRAL determine a 45-day time limit for the parties to present their evidences and other written documents, including a claim and a plea.⁵ The arbitral tribunal may, after it listens to the positions of both parties regarding the subject-matter, extend or shorten the time-limit for the proceedings established either by the virtue of the law or by the agreement of the parties.⁶ It is noteworthy that the time limits for arbitral proceedings can be determined through the arbitration agreement or, even more, it can be not mentioned in the law at all. However, it is recommended to establish the time limits for

¹ *Tsertsvadze G.*, Preconditions of International Arbitrate (comparative analysis), Tb., 2008, 194, (In Georgian).

² The term “commercial” shall be described widely to encompass all the issues that have a commercial character despite whether they are contractual or not. Commercial relationships include but are not limited to the following: any commercial operation with regard to supply or exchange of goods or services, commercial intermediary or representation, factoring (selling the existing long-term liabilities to cover the current loans), leasing, construction works, consulting, engineering, licensing, investment, financial, banking and insurance contracts or concessions, joint ventures or other business or industrial corporations, transportation of passengers or freightforwarding via land, air, railway or marine lines (clause 1(2)).

³ The Law about Arbitration, clause 45 (1)(a), Model Law, clause 36 (1)(b)(i), New-York Convention, clause 5(2)(a).

⁴ *Tsertsvadze G.*, Preconditions of International Arbitrate (comparative analysis), Tb., 2008, 306 (In Georgian).

⁵ Article 25.

⁶ Article 17, Paragraph 2.

arbitral proceedings, as well as the location and language of such proceedings by means of the arbitration agreement. Unless the parties have indicated the language of the arbitral proceedings, the arbitrator can determine the working language in accordance with the language in which the disputable contract was prepared.¹ The parties can determine the language or languages of the arbitral proceedings. If no such agreement was made, the arbitration decides the language(s) of the proceedings by taking into account all the relevant circumstances, including the language of the agreement. The majority of the arbitration instruments recommend to determine the location of the arbitral proceedings, yet, the agreement upon this issue is rarely achieved; therefore, the location is determined by the arbitral tribunal examining the case.²

The forms of arbitral proceedings are determined by the parties in compliance with the requirements of the law. If the parties do not agree on the rules of arbitral proceedings, then the dispute will be examined in full compliance with the law. If the parties fail to agree upon the form of the arbitral proceedings, then the arbitration is authorized to conduct verbal examination of the evidences presented, or proceed with the case only based on documents and other evidences. If one of the parties requires so, the arbitrator shall conduct the hearing at any stage of arbitral proceedings, unless the parties have denied hearings. A similar formulation of the law about arbitration is found in the Model Law of UNCITRAL³, where the arbitration regulations of UNCITRAL once again prove the necessity of protecting equal rights of the parties, prevention of the prolongation of proceedings, prevention of additional costs and the requirement of dispute resolution in a fair and effective manner.⁴ The Model Law also furnishes the parties with full freedom to agree upon the procedures, to determine the language and location of the proceedings. Unless the parties agree otherwise, the Model Law establishes that the arbitration is authorized to decide whether to conduct hearings of the presented evidences or conduct the proceedings only by means of examining the presented documents and evidences. Upon the request of one of the parties, the arbitration shall conduct hearings at any stage of the arbitral proceedings, unless the parties themselves reserve from the hearings.⁵ According to the arbitration rules provided by UNCITRAL, in case one of the parties requests so, the arbitral tribunal will conduct hearings at any stage of the arbitral proceedings, where the parties and the witnesses and experts will have an opportunity to present their arguments and evidences. Whenever no such request was made, the arbitral tribunal is authorized to decide whether to conduct hearings, or proceed with the case only based on documents and other materials⁶.

The arbitral proceedings, like the court hearings have a formal character but are not entirely formal. The rules of arbitral proceedings are determined by the parties. Moreover, the parties can determine the language(s) of the arbitral proceedings; unless the parties agree otherwise, during the arbitral proceedings a party can change the requirements set forth in the claim or in the plea, or present additional requirements, if the arbitration does not understand such behavior as a delay.⁷

2.3.3. End of the Arbitral Proceedings

The arbitral proceedings end via rendering an arbitral award or cancelling the arbitral proceedings. The arbitral award is the most logic and prevalent form of the end of arbitral proceedings. It represents the result of the end of arbitral proceedings as well as the key legal document acceptance, which is the main goal of the parties.⁸ According to Clause 39(2) of the Georgian Law about Arbitration, the arbitral award is compulsory for the arbitration agreement parties. It should be issued in writing and duly signed by the arbi-

¹ *Tsertsvadze G.*, Preconditions of International Arbitrate (comparative analysis), Tb., 2008, 309 (In Georgian).

² World Intellectual Property Organization, Worldwide Forum of the Arbitration of Intellectual Property Disputes. Property Disputes, Geneva March 3 and 4, WIPO publication, N. 728 (E), 1999, 17.

³ Article 24, Paragraph 1.

⁴ Article 17, Paragraph 1.

⁵ Article 24, Paragraph 1.

⁶ Article 17; Paragraph 2, 3.

⁷ Georgian Law about Arbitration, clause 29(1), clause 30(8).

⁸ *Tsertsvadze G.*, Preconditions of International Arbitrate (comparative analysis), Tb., 2008, 462 (In Georgian).

ter (arbiters). The award enters into force from the moment of issue, unless the parties/law provide otherwise. The signed copies of the arbitral decision should be transferred to the parties. It is noteworthy that the Model Law and the Georgian Law about Arbitration provide identical provisions regarding the end of arbitral proceedings. The arbitration rules of UNCITRAL consider a possibility of publicity of the arbitration decisions and provide that the award can become public if all the parties agree so, or if a party expresses its legal interest to require the publicity of the decision in order to defend or perform its legal rights, or if this is connected to the procedures of legal proceedings whether in court or in another official institution.¹ The arbitral proceedings are cancelled after signing an award and transferring it to the parties, or by means of the arbitral decision. The arbitral proceedings can be cancelled on several grounds, such as, for example: the agreement reached between the parties. The arbitration is authorized, if the parties request so, to confirm in the arbitral decision that the parties have conciliated upon the agreed conditions. Besides, the arbitration is authorized to pass a resolution regarding the cancellation of the arbitral proceedings if the following matters are present:

- a) If an arbitral claimant revokes the claim, except when the arbitral defendant is against cancelling the proceedings and the arbitration considers that the defendant has a legal interest to solve the dispute.
- b) If the parties agree to terminate the arbitral proceedings.
- c) If the arbitration determines that the continuation of the arbitral proceedings are no more necessary or impossible by some reasons²

The decision made upon the parties' agreement should have an indication that it is the arbitral award and has a similar legal status and force as the decisions made through substantial proceedings. Moreover, it is possible to amend and interpret the arbitral award, or issue an additional award. The arbitral tribunal is authorized to make decisions on several issues during the course of the arbitral proceedings, implement different interim actions and issue the preliminary orders that are compulsorily implementable.

2.3.4. Recognition and Enforcement of the Arbitral Decisions

One of the advantages because of which the parties choose arbitration for their dispute resolution is the compulsory nature of the arbitral decisions. The arbitral decisions, whether they are domestic or foreign, internal or international, are generally recognized and enforced in compliance with the national laws. There are several significant international treaties that regulate the enforcement of arbitral decisions, thus supporting their recognition and enforcement.

The recognition and enforcement of the arbitral decisions are the procedures with a significant meaning. Specific legal or economic outcomes can be achieved by the parties only after the enforcement of the arbitral decision.³ With this regard, we should mention the New York Convention. The Convention was joined by more than 100 states during 35 years after its adoption. However, the convention is not an absolutely perfect document and still needs revision, but it fully coincides with the goals for which it was created. It is equitably recognized as the most important agreement related to the international commercial arbitration.

According to Albert Jan Van Den Berg, after the creation of the NY Convention, only 2% out of 500 cases were denied to be enforced by the American courts.⁴ The third clause of the convention indicates that each state undersigning the Convention recognizes the arbitral decision as a compulsory decision and enforces it in compliance with the relevant clauses of the Convention and the procedural norms of the state where the recognition and enforcement of the arbitral decision takes place. For the recognition and enforcement of the arbitral decisions that are subject to the mentioned Convention, should not be established the substantially severe conditions or higher tariffs than those for the recognition and enforcement of domestic decisions.

¹ Article 32, Paragraph 5.

² Georgian Law about Arbitration, clause 40 (2); Model Law, clause 32 (2).

³ *Tsertsvadze G.*, International Arbitration (comparative analysis), Tb., 2008, 516 (In Georgian).

⁴ World Intellectual Property Organization, Worldwide Forum of the Arbitration of Intellectual Property Disputes, Geneva March 3 and 4, WIPO Publication, N. 728 (E), 1999, 235.

The norms regulating the recognition and enforcement of arbitral decisions in Georgia are provided in the Georgian Law about Arbitration, as well as in Chapter XLIV⁴ of Civil Proceedings Code. According to Clause 35 of the Model Law, the arbitral decision, despite the country where it was made, should be recognized as a compulsory decision and should be enforced if the parties apply in writing to the court.

The Party that relies upon the decision and solicits its reinforcement should present an original of the arbitral decision or its certified copy. Similarly, according to the Law about Arbitration and NY Convention, the party should present an original of the arbitral decision or its duly certified copy. If the arbitral decision is not made in the language of the country, the court may require from the party to present a translation into the relevant language. The NY Convention gives an additional provision indicating that the translation should be executed by an official translator, or by a representative of a diplomatic or consulate office.

Not less important are the grounds for the denial of recognition and enforcement of the arbitral decision. They are clearly defined and only the circumstances and conditions indicated thereto can cause the denial of recognition and enforcement of the arbitral decision. Clause 45 of the Georgian Law about Arbitration provides the list of circumstances and conditions that can become the grounds for the denial of recognition and enforcement of the arbitral decision; they correspond to those established by the Model Law and NY Convention.

3. Characteristics of Mediation

3.1. Essentials of Mediation and Development Stages

3.1.1. Notion of Mediation and its Destination

Alternative dispute Resolution – ADR – in the USA encompasses any form other than the court proceedings. Some authors give a wider meaning to ADR and believe that it includes: negotiation, mediation and arbitration.¹ Some authors distinguish it from arbitration because it means a decision made upon an agreement, whereas the arbitral decision is a compulsory one and the parties cannot influence it.²

Mediation is a process where an independent third person facilitates negotiations between two or more opposing parties.³ According to the EU Directive “About Certain Aspects of Mediation in Commercial and Civil Matters”⁴, mediation is a structured process where two or more parties try to solve the dispute by themselves, on a voluntary basis, and to reach an agreement and eliminate the reasons of dispute by means of a mediator.

The Process can start by the parties’ initiative, or by the court’s offer or directive, or by the provisions in the legislation of the member state. This provision is identical to the generally established definition of mediation.

According to the second clause of the Uniform Mediation Act⁵, Mediation means a process where the mediator facilitates communication and negotiation between the parties, in order to let them achieve a voluntary agreement for the dispute resolution. Unlike the court and arbitral proceedings, where the laws are applied, Mediation relies only upon the parties to find the means of the dispute resolution. This enables them to make a qualified and individual decision.⁶ Mediation encourages the parties to work jointly because they would not be able to make a decision otherwise.⁷ Like arbitration, the Switzerland Doctrine and the

¹ *Tsertsvadze G.*, Mediation as an Alternative way of Dispute Resolution (General Overview), Tb., 2010, 35.

² *Alexander N.M.*, International and Comparative Mediation, Legal Perspectives, Kluwer law International, 2009, 9.

³ *Alexander N.M.*, Global Trends in Mediation, Kluwer law International, 2003, 2.

⁴ European Directive on Certain Aspects of Mediation in Civil and Commercial Matters.

⁵ Uniform Mediation Act, Last Revised or Amended in 2003, Drafted by National Conference of Commissioners of Uniform State Law, <<http://www.mediate.com/articles/umafinalstyled.cfm>>.

⁶ *Lodge J.A.*, Legislation Protecting Confidentiality in Mediation: Armor of Steel or Eggshells?, Santa Clara Law Review Vol. 41, 2000-2001, 1097.

⁷ *Tsertsvadze G.*, Mediation as an Alternative way of Dispute Resolution (General Overview), Tb., 2010, 36.

practices provide listing of generally accepted signs and principles of mediation, such as: confidentiality, neutrality, free will, and the opportunity for the parties to make a responsible decision.¹

3.2.1. Origination of Mediation and Development Stages

The historical data about mediation and negotiation can be found in the literature about ancient civilizations and traditional communities who did not have any formal political or legal systems. A mediator can be met under several names in Roman Law too.²

Antac differentiates two main global trends in mediation, they are: an institutional or informal mediation, and a cognitive, scientific or Western mediation. The first one appeared and developed in Arabia and other Muslim countries, mainly in Asia and Africa. Western mediation emerged in America and spread out worldwide.³ The state of South Carolina in the USA was the first who started mediation sanctioned by the court in 1986, when the Federal regional judges launched the forensic mediation program. The program gained the official status countrywide in 1996, but the most important was the year 1998 when the legislative act adopted by the USA Congress entered into its legal force. The Act obliged the courts to launch the program of alternative means of dispute resolution.⁴

3.2. Types of Mediation

3.2.1. Medical Mediation – as a Type of Compulsory Mediation and its Characteristics

During the last decade, the indicator of use of compulsory mediation has gradually increased. The majority of societies try to examine dispute resolution first by means of mediation, before suing the case to the court. The court offers the parties to attempt mediation within the court premises. The parties only have to attend the court trial and if the process is unsuccessful, the case will be transferred to the court.⁵ The standards of mediation development are mostly high in the USA and Canada. The mandatory mediation institute is best developed in Canada. The forensic mediation program was developed with the aim to increase the effectiveness of the court proceedings for the parties and, at the same time, to save the court's resources. The evaluation plan of the Ontario Pilot Project of Mandatory Mediation discloses the goals of the program. The four key elements to be accomplished observed there are:

1. to increase the rapidity of dispute proceedings;
2. to decrease the costs of court proceedings;
3. to improve the quality of alternative dispute resolution institutions;
4. to implement mandatory mediation and act in the way that will contribute to the effective dispute resolution.⁶

The key factor of mandatory mediation is its flexible nature mainly expressed through the possibility of more rapid, effective and cost-effective dispute resolution. Here should be mentioned that there is a very important system of forensic mediation uniting both: voluntary and compulsory mediations. For example, in the Eastern regional court of New York the judges are entitled to appoint mandatory mediation for certain cases or offer to the parties to benefit from forensic mediation services if they desire to do so. In the latter case the parties can choose the mediator among the mediators nominated by the court, or among the mediators of ADR

¹ Alexander N.M., *International and Comparative Mediation, Legal Perspectives*, Kluwer law International, 2009, 51.

² In Roman Law it was known by various names, such as: internuncios, medius, intercessor, philanthropus, interpolator, conciliator, interlocutor and finally mediator.

³ Alexander N.M., *Global Trends in Mediation*, Kluwer law International, 2003, 51.

⁴ A look at Court Mandated Civil Mediation, *Drake Law Review*, 2000-2001, 372.

⁵ Lodge J.A., *Legislation Protecting Confidentiality in Mediation: Armor of Steel or Eggshells?*, *Santa Clara Law Review* Vol. 41, 2000 – 2001, 1106.

⁶ Hughes P., *Mandatory Mediation: Opportunity or Subversion?*, *Windsor Yearbook of Access to Justice* Vol.19, 2001, 176.

institute.¹ The advantage of voluntary mediation existing within the forensic system compared to mandatory mediation is that it maintains the main symbol of mediation – its voluntary nature. The probability of successful dispute resolution rises when the parties have a desire to solve the dispute by means of the third, impartial person. However, when the parties are obliged to get in mediation process just for the purpose to avoid any sanctions from the court², the probability of successful dispute resolution is very low.

3.2.2 Non-forensic Mediation

A non-forensic mediation is the prototype of mediation itself. Initially, non-mandatory mediation was established. And, after gaining its popularity as an alternative dispute resolution instrument, it was integrated into the court system. For the parties concerned, non-forensic mediation is the best way out of the cases where, due to some reasons, they would not wish to address the court. The parties independently choose non-forensic mediation to solve the dispute arising between them. Unlike forensic mediation, the process of non-forensic mediation is entirely informal and fully based upon the free will. Namely, the parties themselves decide to pass their disputable case to the mediator; as well as to cancel the mediation process at any time. In the latter case, if the parties agree so, the dispute can be transferred to the court or to the arbitration, in accordance with the rights provided to them by the law.

3.3 General Overview of Legislation

3.3.1. Georgian Legislation

The Georgian Civil Proceeding Code launches mandatory mediation. The regulation about mediation³ provides the key issues that are sufficient to launch and perform the mentioned regulations of the Code at the initial stage. The mentioned chapter describes the important issues such as: the possibility of passing the case to the mediator, the list of cases eligible for mediation, the terms of the proceedings, the results of the absence of the dispute parties, process cancellation, confidentiality, termination of claim settlement actions, and rejection of a mediator.

Before mandatory mediation, the medical mediation institute was launched in 2008, but it was somehow modified after amendments to the “Law about Healthcare” and appeared in its new shape; namely, the scope of its application has been expanded.

According to Clause 3 (z⁶), the function of medical mediation is to examine disputes between the client and the insurance company, between the insurance company and medical service providers, also, between the patient and the medical service provider. Apart from the mentioned law, the issues related to medical mediation are settled by the government resolutions.⁴ Except medical mediation, the notary mediation is also practiced in Georgia having a voluntary character. The Georgian Law about Notary and, namely, its clause 38¹ directly indicates that notary mediation can be performed only if the disputing parties agree so. The rules of notary mediation are determined by the order of the Minister of Justice.

As for processing the cases, the regulations provided in the Georgian Civil Code and in the Georgian Law about Notary are absolutely similar. Meanwhile, tax mediation, operating within the Office of Revenues, is an alternative tool of dispute resolution, when the disputable topics are solved at their initial stage, before issuing an act of audit and a tax claim. The mediation parties are the auditor and the tax payer. This institute was established in Georgia in 2010-2011 and attracts interest because of its authenticity; it is not based

¹ Hughes P., Mandatory Mediation: Opportunity or Subversion?, Windsor Yearbook of Access to Justice Vol.19, 2001, 179.

² For example, clause 187⁶ (2) of Georgian Civil Proceedings Code provides that, if the party fails to attend the meeting appointed by the mediator for invalid reasons, s/he will be imposed the responsibility to fully reimburse the court charges and a fine at the amount of 150 GEL despite the final result of the proceedings.

³ The Regulation about Mediation (Chapter XXII, Forensic Mediation), 20-12-2012.

⁴ GoG Resolution #80 and Resoution #117 about Mediation Process.

on any template of any country.¹ Mediation is also practiced in the criminal law and aims at releasing from the criminal liability those juveniles who have committed lesser crimes for the first time. The Prosecutor and the judge have a right to release the juvenile from the criminal liability. Mediation in criminal law is regulated by the Criminal Proceedings Code and the ministers' orders².

So far, there is no legal act entirely regulating all the matters related to mediation, and the Civil Proceedings Code does not cover all the issues that should be determined by the law. Certainly, as the Civil Proceedings Code is not a special law, it cannot regulate everything; therefore, the effective performance of mediation institute in Georgia needs to be regulated separately, as it is done in the legislations of many other countries.

3.3.2. European Directive on Certain Aspects of Mediation in Civil and Commercial Matters

The Directive of the European Union on Certain Aspects of Mediation in Civil and Commercial Matters, adopted in 2008, is a very important act dedicated to the field of mediation. The mentioned Directive refers only to transnational disputes,³ but the member states apply it to international mediation matters too.⁴

The directive covers the provisions indicating the key characteristics of the mediation institute and its advantages that are featured to the alternative dispute resolution through mediation. Besides, the Directive considers application of its provisions to the domestic mediation processes, if the member states have such a desire. The Directive gives the definition of a mediator and mediation. It also sets forth the requirements that are imposed to the mediator and separates forensic and non-forensic mediations from each other. The fifth clause of the Directive defines the cases of forensic mediation. Namely, its first paragraph indicates that before launching proceedings and considering all circumstances, the court can offer to the parties to apply for mediation for their dispute resolution. It also may offer the parties to attend the informative sessions about the application of mediation if such sessions are available. This provision is important because, often the parties have no idea what mediation is about and what are the advantages in terms of dispute resolution. Therefore, when the parties get aware of mediation or attend the informative sessions, they become able to make a choice in favor of alternative dispute resolution. The directive also establishes that the member states shall ensure awareness building among the public regarding how to address the mediator or the institutions offering mediation. They should also encourage the lawyers to introduce to their clients the mediation opportunities. This is mostly important for the countries where mediation is a novelty and the major part of the society is not informed about the advantages of this way of dispute resolution.

The Directive regulates in detail the following issues related to mediation:

- 1) Definition of a mediator and mediation, the requirements imposed to the mediator, such as: independence, impartiality and qualification. Besides, the member states are entitled to establish a code of conduct for mediators to regulate all issues clearly;
- 2) Outline of the important features of the mediation process, such as: free will, possibility for the parties to conduct the process on their own (i.e. the right to deny mediation at any time), confidentiality, effectiveness in terms of saving time and costs;

¹ National Center of Alternative Dispute Resolution, Perspectives of Legal Regulation of Mediation in Georgia, Tb., 2013, 95 (in Georgian).

² The Order of Georgian Minister of Justice #216 of 12.11.2012; The order of the Minister of Sports and Youth Affairs #94 of 7.12.2010; The order of the Minister of Corrections and Legal Assistance #29 of 22.02.2011.

³ National Center of Alternative Dispute Resolution, Perspectives of Legal Regulation of Mediation in Georgia, Tb., 2013, 25 (in Georgian); the term "transnational" is used for the private disputes that exceed the borders of one country.

⁴ *Ibid*: "international" mainly means the disputes where the elements of public law prevail.

- 3) Opportunity to enter into a mediation agreement that refers to the parties' right to enter into an agreement by means of which they will seek the dispute resolution through mediation; and the possibility of enforcement of the achieved agreement;
- 4) Influence of mediation upon the aged terms; possibility to address the court or arbitration whenever mediation fails;
- 5) Providing information to the public;
- 6) Application of modern technologies in the mediation process. This part is not clearly defined, but it probably means the use of online mediation already practiced in several countries.
- 7) Differences between the forensic non-forensic mediations;

The mentioned Directive regulates the key aspects related to mediation and points out to the member states which topics should they focus on when drafting their national legislations. As for the issues that are not completely defined or need some corrections, each country can regulate them individually taking into consideration the compulsory provisions of the directive.

3.4. Dispute Subject-matter and the Procedures

3.4.1. Cases to be Examined by Mediation

At this stage the application of mediation is recommended in the following fields: domestic disputes, business, public authorities, neighboring disputes, schools and social activities, criminal law, international policy, succession law, labor law, private construction law, conflict management, internal corporate relations, law of bankruptcy, insurance law, administrative law, environment protection law, medial law.¹

According to Clause 187³ of Georgian Civil Proceedings Code, forensic mediation can be applied to:

- a) domestic disputes, except adopting a child, annulations of adoption of a child, restriction and deprivation of parental rights.
- b) disputes related to succession law;
- c) disputes related to neighboring law;
- d) any dispute, if the parties agree to address mediation.

Clause 38¹ of the Law about Notary gives a similar definition of the cases to which mediation can be applied, but provides that mediation can be applied to any other dispute, if the parties agree so, unless the Georgian legislation considers special rules of applying mediation to such cases.

In the USA mediation is mostly used in domestic disputes, because the divorce rate is rapidly increasing in the USA, consequently, the cases of mediation related to the custody issues have also increased. Mediation enables the parents to cooperate and compromise in order to reach an agreement.²

In the state of Texas all disputes related to the divorce cases are solved through the mediation process. The researches show that 70-80% of the parties that had used mediation were satisfied by the examination process and the reached results. Mediation is not always the best way out of the situation; for example, it cannot be applied to the divorce cases caused by alcoholism, violence or psychologic disorder. Some countries directly prohibit the application of mandatory mediation to certain cases. Mandatory mediation is applied to the following civil disputes:

5. conflict between the employer and the employee (dispute on labor relations);
6. compensation of the employee;
7. bankruptcy;
8. cases related to the damages caused by unqualified medical services.³

¹ *Tsertsvadze G.*, Mediation as an Alternative way of Dispute Resolution (General Overview), Tb., 2010, 146.

² A Look at Court Mandated Civil Mediation, Drake Law Review, 2000- 2001, 387.

³ A Look at Court Mandated Civil Mediation, Drake Law Review, 2000- 2001, 380.

3.4.2. Forms and Duration of Proceedings

The mediation process can start on the basis of a preliminary agreement between the parties saying that the parties will address mediation if any dispute arises between them; or it may be initiated by one of the parties sending a written notification to the other party describing the subject matter of the dispute in short.¹ The procedures start after the other party agrees to commence the negotiation procedures. After the appointment, the mediator requires from both parties to present a written document generally describing the main point of the dispute. Each party sends a copy of such written document to the other party. The mediator can also require from the parties to submit additional documents expressing their position and facts, which they rely upon; moreover, each party can provide any additional document or evidence which s/he considers necessary. As mentioned, each party shall send all documentation to the other party as well. The mediator should act objectively, justly and impartially, should explain to the parties their rights and duties and in detail study the conditions of the subject matter. The mediator conducts the processes in the way s/he considers necessary taking into account the parties' desires and any request from the parties that the parties put forward during the hearings, and that are necessary to solve the dispute in a more rapid way.

In order to achieve a more rapid resolution of the dispute, the mediator can offer the parties to conduct communication between each other in a written or verbal form, and also can meet with each party separately.

As for the location of the proceedings, if the parties fail to agree upon the location, then, after consulting with the parties and considering the peculiarity of the case, the mediator decides where to hold the proceedings. During the proceedings, when the mediator gets the factual information regarding the case from one of the parties, s/he shall notify the other party about the content of the information which s/he considers important, in order to enable the other party to give explanations. On the other hand, if the party requires treating the disclosed information confidentially, the mediator must not disclose the mentioned information to the other party. The Model Law similarly regulates the form of international commercial mediation proceedings. The duration of the mediation process depends upon different factors, among them, upon the complexity of the case, and how the parties are prepared for mediation and how the negotiation process develops between the parties. There is no reference to the specific period neither in UNCITRAL Model Law nor in the EU directive. However, they indicate that the proceedings should last through the reasonable period and the dispute should be solved quickly. According to Clause 187⁵ of the Georgian Civil Proceedings Code the mediation period shall last 45 days but not less than two meetings. The mentioned period can be extended by the same duration. According to the mandatory mediation rules of the state of Ontario, the parties should attend only three meetings; the mediator can cancel the procedures if it is obvious, that the process is not constructive for the parties.² According to the Legal Act about Mediation of the state of Montana, the parties and the mediator have 75 days to complete the proceedings.³

3.4.3. End of the Proceedings

According to the UNCITRAL Model Law and UNCITRAL Conciliation Rules the mediation process ends:

1. from the moment of achieving an agreement between the parties, if such an agreement is achieved.
2. after consultation with the parties, by the mediator's declaration that it is unreasonable and unjustifiable to continue the procedures.
3. by the written notification sent by the parties to the mediator indicating that the mediation process is cancelled.
4. by the written notification about cancelling the mediation process sent by one of the parties to the other party or the mediator.

¹ UNCITRAL Conciliation Rules, 1980, Article 2, <<http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/conc-rules/conc-rules-e.pdf>>.

² Mandatory Mediation Program, Under rule 24.1 and 75.1 of the Rules of Civil Procedure.

³ A look at Court Mandated Civil Mediation, Drake Law Review, 2000- 2001, 377.

When the mediator sees that there are the topics acceptable for the parties, s/he develops possible conditions for conciliation and sends them out to the parties for their comments. After receiving the comments from the parties, s/he revises the conditions of the agreement incorporating the mentioned comments. If the parties finally agree, then they develop an agreement in writing and undersign it.

According to the mediation rules of International Chamber of Commerce the dispute proceedings end:

- 1) from the moment of signing an agreement by the parties;
- 2) by the written notification about cancelling the mediation process sent by one of the parties to the mediator;
- 3) by the written notification sent by the mediator to the parties stating that from his/her point of view the negotiation procedures cannot solve the dispute between them;
- 4) after the due period of negotiations matures and there are no prolongation attempts. In such cases the mediator informs the parties accordingly;
- 5) by the written notification sent by the International Chamber of Commerce to the parties and to the mediator, no earlier than fifteen days after the due date of payment of any fees, if the parties fail to make due payments;
- 6) by the written notification sent by the International Chamber of Commerce to the parties stating that it was not possible to appoint a suitable mediator.

3.4.4. Recognition and Enforcement of the Decision

It is very important to secure and enforce the agreement achieved through the mediation process. The Directive establishes that mediation should not be understood as a worse alternative of the court proceedings just because the enforcement of the agreement achieved through mediation relies only upon the parties' good will. The member states shall ensure that the parties have an opportunity to consider the enforceability of their agreement while drafting such an agreement. Such an arrangement can be denied if the content of the agreement contradicts with the legislation of the member state, or if the legislation does not cover the enforcement of the specific type of the agreement. More specifically, this refers to the circumstances when the fulfillment of the liabilities set forth in the agreement is impossible because of the nature of the assumed liabilities. The mandatory nature of the mentioned agreement is considered by Clause 6 of the Directive which once again highlights the right granted to the parties that their agreement achieved through the mediation process had the mandatory power. The mandatory nature of the result of the mediation and the possibility of its enforcement are the other factors in favor of mediation. The absence of the enforcement mechanism would weaken its institutional meaning. It is possible that the dispute between the parties ends so that there is no need to make such an arrangement and the content of the achieved agreement would not reflect such a necessity; however, it is absolutely important to have a protective tool present and the parties themselves will consider whether to use it or not. According to Clause 14 of the Model Law, if the parties achieve an agreement in their dispute resolution, such agreement will be enforceable and mandatory for execution. It also provides an arrangement that the member states can determine their own method of enforcement or apply the rules of enforcement established for such purposes.

4. Common Features of Arbitration and Mediation

4.1. Confidentiality of the Process

The principles of confidentiality are treated in both: the arbitration and the mediation processes. The mentioned principle does not have an absolute character and there are several exceptions out of the established rules, nevertheless, compared to the court proceedings which are fully public, in arbitration and mediation the interests of the parties are better secured. The information related to the proceedings is fully confi-

dential in international arbitration. This rule applies to any information related to the arbitral proceedings, among them, to the notes about the dispute existence, about the identity of the dispute parties/participants, about the content of the achieved agreement, etc.¹ According to Clause 32(4) of the Law about Arbitration, unless the law or the agreement between the parties provides otherwise, all arbitration proceedings should be conducted in a closed manner; none of the presented documents, evidences, written or verbal statements should be published or transferred to the other court or administrative proceedings. According to the arbitration rules established by the International Chamber of Commerce, unless the parties clearly agree otherwise, based upon the confidentiality principles, the parties should not disclose the decisions made through the arbitral proceedings, nor the content of the documents used during the proceedings as well as any other documents that are not envisaged for public disclosure, unless such disclosure is absolutely necessary for the party to defend and perform one's legal rights or, whenever a party has a legal interest to disclose the information in order to facilitate the enforcement of the decision, or in order to achieve a decision making with other type of proceedings, which had already been processed in the court or other state institute.² The UNCITRAL Arbitration Rules also consider exceptions from the confidentiality rules which state that the arbitration award can become public if all the parties agree so, or if one of the parties has a legal interest to require the disclosure of the information, or if one of the parties needs the information for submission to the court or other competent institute. The 7th Clause of the Directive also refers to the confidentiality issue. According to its first paragraph, considering that the process of mediation recognizes the principles of confidentiality, the member states shall ensure that there is no other agreement between the parties and neither the mediator nor any other person officially engaged in the mediation process should be forced to testify on civil or commercial cases at court or arbitral proceedings regarding the information gained through the mediation process, unless:

- 1) it is necessary for the public interests of the member state, especially when it is important to secure the best interests of a child, or to prevent a child from any physical or psychological harm.
- 2) it is necessary to disclose the content of the agreement achieved through the mediation process in order to achieve its enforcement or interpretation.

Besides, the preamble of the Directive outlines the importance of confidentiality in both court and arbitral proceedings. This cannot be considered as a complete and precise definition of confidentiality; first of all, because it states only the confidentiality duties of mediators and the persons officially engaged in the mediation process with no reference to the liabilities of the parties too. On one hand, both parties seem to be secured as the mediator is not entitled to disclose the information, however, on the another hand, the parties can use against each other the information exchanged during the mediation process expecting that the mediation process would be successful. The parties may achieve an agreement, nevertheless, it is important to introduce a certain prohibition regarding the future disclosure of the information exchanged during the mediation process. One of the key factors of successful completion of the mediation process is that the parties should be frank and free-spoken in order to determine and eliminate the reason of the dispute. Therefore, they should feel secure in order not to reserve from exchanging the information. Similarly to the Directive, the confidentiality issue is regulated by the European Code of Conduct for Mediators³, which provides that the mediator should keep in secret all the information related to the mediation process; even the information that this or that dispute is under the mediation proceedings, unless the disclosure is required by the public interest or by the law. Any information disclosed by one party to the mediator in a trustful manner should not become known by another party without the due permission of the first party.

¹ Sarajishvili G., Arbitration – Optimal Way of Resolution of International Commercial Disputes, “The Lawyer” magazine, Tb., 2011, 33.(in Georgian).

² LCIA Arbitration Rules, Effective 1 January 1998, Article 10.3., <http://www.lcia.org/Dispute_Resolution_Services/LCIA_Arbitration_Rules.aspx>.

³ European Code of Conduct for Mediators, 2004, Article 4, <http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_ec_code_conduct_en.pdf>.

Another exception from the confidentiality principles is the necessity of disclosure for the interpretation and enforcement of the decision.¹ Moreover, in the light of confidentiality, the closed nature of the mediation process is also interesting; each party sends to the mediator and to the other party the identity and the number of the persons who will attend the mediation process.² It is also noteworthy that the parties and the mediator assume the responsibility that the mediator will not take part in any arbitral or court proceedings as an arbiter, a representative of a party or a lawyer with regard to the case being the subject-matter of the mediation procedures. The parties also assume the responsibility that they will not name the mediator as a witness in other proceedings.³

Clause 187⁸ of Georgian Civil Proceedings Code refers to the confidentiality of mediation and states the liability of the mediator and the parties and their representatives not to disclose the information gained through the mediation process to the third parties, unless the parties agree otherwise. Generally speaking, the Georgian Civil Proceedings Code does not regulate precisely the confidentiality issue, but as it is not a separate law about mediation, it cannot cover every issue related to mediation. Mediation is on its way of establishment in Georgian legislation and is still in the process of its development. Hopefully, a united legislative act will be adopted in the future regulating all the aspects of mediation.

4.2. The Third, Neutral Person (Mediator, Arbiter)

Neutrality means that an arbiter and a mediator should not have any type of material or legal interest toward the results of the proceedings; they should not give preferences to any of the parties during the proceedings and should maintain independence and impartiality and ensure equal opportunities for the parties of the dispute. The most important is the neutrality of an arbiter, because s/he is entitled to issue the award with a mandatory character for the parties. Clause 6 (1) of the Law about Arbitration provides that arbitration should be independent in its endeavors and be guided by the procedures determined by the parties or by the arbitration procedures in compliance with the relevant legislation. The legislation also considers the procedure of declining of an arbiter whenever it is inadmissible to appoint a person as an arbiter⁴. As for mediation, the Directive does not offer any provisions regarding the independence and impartiality of a mediator. It provides just a general definition in the preamble and in Clause 3. Chapter 17 just indicates that the mediator should be impartial; however, this is not enough. Clause 4 (1) of the Directive grants the member states with the opportunity to develop voluntary codes of conduct with the help of mediators and those organizations which provide mediation services. Possibly, such codes of conduct can regulate the issues related to the independence and impartiality of a mediator, as the Directive itself cannot regulate all issues precisely.

The European Code of Conduct for the mediators regulates these issues in its 2nd clause. If there are the circumstances that could influence the mediator's independence, or whenever the conflict of interests can arise, the mediator should disclose such circumstances to the parties before starting or continuing his/her mediation duties and responsibilities.

Such circumstances are:

- 1) private or business relations of any kind with one or more parties;
- 2) any financial or other interest, whether direct or indirect, related to the mediation result;
- 3) a mediator or a member of his company, except the mediation, perform any type of activities in favor of one or more parties;

The conflict of interests is considered by the resolution of the Government of Georgia⁵, referring to the medical mediation. Clause 52 determines the rights of a mediator and provides that the decision made in case of the interest of conflicts shall be annulled and it shall not have any legal results.

¹ UNCITRAL Conciliation Rules, Article 14.

² LCIA Mediation Rules, Effective 1 July 2012, Article 5.4., <http://www.lcia.org/Dispute_Resolution_-_Services/LCIA_Mediation_Rules.aspx>.

³ UNCITRAL Conciliation Rules, Article 19.

⁴ Georgian Law about Arbitration, clause 11(7) and clause 12 (in Georgian).

⁵ GoG resolution #80 of 29.02.2012 (in Georgian).

4.3. Flexibility – Agreement between the Parties regarding the Applicable Procedures

In both cases the parties are entitled to decide the rules of proceedings, and the type of proceedings they would prefer in order not to make it strictly procedural like the court proceedings. The parties have an opportunity to decide several issues, such as: choosing an arbiter or a mediator, determining the number of arbiters and mediators, setting forth the qualification criteria for the acceptable mediator/arbiter. This is a very important point because in such circumstances the dispute can be processed and solved more quickly and probably the decision will be satisfactory. Besides, it is also a positive psychological moment when the parties themselves choose the third person/persons, this means that they trust him/her and therefore have a positive attitude toward the chosen person. It is important to mention the procedural freedom that is quite high in the temporary arbitration cases, because the permanent arbitrations are mostly applying their own rules and the parties cannot have an opportunity to make any changes to them. The parties can also choose a language and location of the arbitral proceedings, they can agree on what type of evidences to present and in what form, also how to schedule the proceedings and other topics that may arise during the arbitral proceedings and that may be agreed between the parties.

5. Key Features Distinguishing the Advantages of Mediation

5.1. Cost-effectiveness and Rapidity of Proceedings

The issues related to the costs of proceedings are the subject to assessment and differ in relation to each particular dispute. Possibly, the parties will bear less costs in arbitration procedures than in court proceedings, however, this statement is not true for all cases. The costs and fees of arbitration proceedings are fully covered by the parties; they also have to reimburse the internal administrative costs of arbitration. In specific matters the arbiters's fees can be quite high, especially when the arbiters' reimbursement is determined in accordance with the value of the dispute subject-matter. It may also happen that the failing party is charged to pay the costs of proceedings fully or partially¹.

Currently, arbitration appears in various crisis situations. In USA the practitioner lawyers complain that the application of arbitration procedures in business related disputes is as slow and expensive as the court proceedings. Stipanowich characterizes the current arbitration as a new type of proceedings, whereas mediation is the most popular and flexible method offering to the parties the values traditionally associated with arbitration². The single advantage of arbitration in terms of its cost effectiveness can be found in the compulsory character of its decision which cannot be appealed; therefore the parties do not have to bear further costs of appealing against the decision at higher instances.

Concerning the mediation costs in Georgia, they are really comparatively low, because in mediation cases the legislation considers the decrease of the duty rates from 3% to 1%. Besides, 70% of the costs shall be returned to the party if the dispute mediation ends with a mutual agreement of the parties. "Mediation process involves comparatively low costs, whereas the court proceedings involve costs for state duties, expertise fees, the lawyer's fees and other payables related to the external costs."³ When comparing the duration of the mediation and arbitration proceedings, unlike their costs, they are directly determined and therefore reflect the difference very obviously. Namely, if the arbitration procedures can last for some months, mediation can be completed in two meetings. The arbitration procedures really have a potential to become more rapid compared to the court proceedings, especially in the countries where the courts are overloaded with sued cases; however, there is no guarantee that the arbitration proceedings will be rather time-saving

¹ Lorcher T., *Mavrogordato Z.*, CMS Guide to Arbitration, Frankfurt, Germany, 2009, 25.

² Nolan-Haley J., *Mediation - the New Arbitration*, Harvard Negotiation Law Review, Vol. 17:61, 2012, 66-67.

³ Zambakhidze T., *Conciliation instead of Dispute*, Journal Liberal, Tb., 2012 (in Georgian).

than the court procedures¹. Besides the cost-effectiveness of mediation compared to arbitration, it is also a rather fast instrument for dispute examination as the parties themselves determine the way how the proceedings will take place and the duration that is more acceptable for them. The fact that the duration of mandatory mediation proceedings is fixed by the law does not impede the rapidity of the mediation process provided that the main purpose of mediation is a fast and effective resolution of disputes, consequently, the legislation considers reasonably optimal and limited terms of dispute examination.

According to Clause 187⁵ of Georgian Civil Proceedings Code, the duration of proceedings shall not exceed forty-five days; if the parties agree so, the duration can be extended by the same period, taking into consideration that the duration of the arbitration proceedings is fixed as 180 days and it can also be extended by the same period. Here, we should mention that initially, the draft Law about Arbitration provided a ninety-day period fixed for arbitral proceedings that would be counted after the date of receiving the notification by the defendant party that the dispute had been passed to the arbitration². In such a case the problem was constituted by the fact that “the terms of the contemporary arbitral proceedings do not allow to perform the consequent procedures in such a rapid way³”.

According to the rules fixed by the International Chamber of Commerce, the term for rendering the final award should not exceed a six-month period.⁴ Moreover, when talking about the limited terms of the mediation process, we should mention that it saves the time of the parties as well as of the judges who do not have to proceed with all types of cases and mainly focus on the important and problematic issues directly related to speeding up the dispute examination procedures in the courts.

5.2. Authority of the Parties to Determine the Result

The Codes of Ethics and the majority of practical standards define mediation as a voluntary process based upon self-determination principles, where the parties themselves can determine the results. This is the main distinctive feature of mediation compared to arbitration where the decision is made by the neutral third person. One of the significant factors of the mediation process is its voluntary nature and the opportunity offered to the parties to make a decision under their own responsibility. Therefore, the authority of the parties to determine the mediation result is one of the key characteristics of mediation distinguishing it from the court and arbitral proceedings. It is very important that the parties express interest to negotiate and reach a mutually acceptable result through an agreement. This constitutes the main idea of mediation – where there are no winners or losers but both parties can benefit from the mutually agreed decision avoiding an obligation to obey the decision issued by an arbiter or a judge generally solving a problem in favor of one of the parties.

In order to achieve the result, it is absolutely necessary that the parties were conscientious to each other, understood each other’s position regarding the subject-matter of the dispute and considered the counter-interests as far as possible.

5.3. Non-mandatory Nature of the Decision and the Absence of the Threat of Enforcement Measures

The arbitral award is mandatory for the parties in all cases. Besides, it cannot be appealed to any court of higher instance or to a court of cassation. Nevertheless, the impossibility to appeal the arbitral decision does not indicate the absolute nature of the named decision. The Law about Arbitration considers the grounds for appea-

¹ Lorcher T., Mavrogordato Z., CMS Guide to Arbitration, Frankfurt - Germany, 2009, 25.

² Draft Law about Arbitration, Clause 33 (1).

³ Binder P.M., Comments to the Georgian Law about Arbitration, Review of Georgian legislation, 10/2007-2/3,196.

⁴ ICC Rules of Arbitration, The Current Rules are in Force as From 1 January 2012, Article 24.1., <<http://www.iccwbo.org/Products-and-Services/Arbitration-and-ADR/Arbitration/ICC-Rules-of-Arbitration>>.

ling and cancelling the arbitral decisions¹. One of the positive characteristics of mediation is that unlike the court or arbitration, the decision achieved through the mediation process is not a subject to the mandatory enforcement. However, the parties can determine that the agreement achieved between them at the end of the mediation process shall be enforced. Generally, the agreements achieved through the mediation processes are enforceable when the disputing parties wish so and, therefore, there is no need to regulate it through the legislation like with arbitration, directly pointing out that the decision should be enforced. As the agreement is envisaged as a result of the conciliation between the parties it is supposed that they will voluntarily enforce it.

If one of the parties thinks that there is a certain threat that the decision achieved through mediation will not be accomplished, that party can initiate the consideration of the possibility of mandatory enforcement of the decision in the final agreement.

After the implementation of the EU Directive in the legislation, the Act about Mediation was subjected to certain amendments. Namely, its Clause 18 provides that the decision made through mediation has a compulsory power equal to the court decision and, therefore, is the subject to the validation by the court. The validation will only take place if both parties agree upon it, and if the decision itself does not contravene the legislation or the ethical norms². In view of the fact that mediation is the process fully depended upon the consent, logically, the issue of enforcement of the mediation decision shall be settled between the parties.

5.4. Mediator – as a Conciliator

A mediator as a conciliator is entirely opposite of an arbiter, who is entitled to render an award mandatory for the parties. The mediator plays a crucial role in dispute examination. “Mediators are the specially trained people who assist the parties in dispute to achieve mutual agreement in conflict resolution. The mediator’s destination is to assist the parties in determination of the disputable topics, to minify the misunderstanding, and to outline the points for the agreement. The agreement achieved between the parties depends upon the decision of parties – not of the mediator”³. “It is not fortuitousness that the mediation is understood as rather valuable tool compared to other alternative dispute resolution means. It is based upon the very active relations between the parties, and between a mediator and the parties, and the free will of the parties to solve the problem through the mediation process.”⁴ In order to pursue the dispute examination in a correct way and achieve the conciliation between the disputing parties, the mediator should be a qualified professional. With this regard, the mediation within the forensic system is more advanced as it is furnished with qualified mediators. “Since the establishment of the mandatory mediation, the practitioner mediators as well as the others engaged in the mandatory mediation must follow the standards set forth in the Code of Conduct for mediators.”⁵ The presence of the qualified mediators is very important, especially where the parties cannot afford to hire the lawyers due to some economic or other reasons. The forensic system better ensures the mediators with the relevant preparation and training thus facilitating a quick and effective dispute resolution. Presumably, the qualified mediators ensure that “the degree of participation in mandatory mediation is considerably high than in voluntary mediation”⁶. Moreover, the mediators should understand that they are not the lawyers, advisers or judges. A good mediator ensures the parties with the opportunity of self-defence, so that the parties do not feel any pressure; besides, s/he should allow the parties to have enough time whenever they need it for making up their minds or for consultations⁷.

¹ Georgian Law about Arbitration, clause 42 (in Georgian).

² PAMB IM and GEMM on Occasion of EuroNetMed, Mediation Act, Analysis of EU Legislation, 8.

³ Rule 902(b) Under the Kansas Dispute Resolution Act.

⁴ *Hughes P.*, Mandatory Mediation: Opportunity or Subversion?, Windsor Yearbook of Access to Justice, Vol.19, 175.

⁵ *Hughes P.*, Mandatory Mediation : Opportunity or Subversion?, Windsor Yearbook of Access to Justice, Vol.19, 170.

⁶ *Radford M.F.*, An Introduction to the Uses of Mediation and other Forms of Dispute Resolution in Probate, Trust and Guardianship Matters, Real Prop. Prob. and Tr. J., 1999-2000, 618.

⁷ *Valerie F. B.*, Mediation: Essentials And Expectations, Dorrance Publishing co., Inc. Pittsburgh, Pennsylvania, 2004, 3.

5.5. Informality of the Process

Unlike the court and arbitral proceedings, mediation does not follow any general or mandatory rules and procedures¹. The arbitral proceedings are certainly less formal than the court proceedings; however, comparing it to mediation we should consider the circumstances that give the formal image to the arbitral proceedings somewhat similar to the court proceedings. Namely, the mentioned circumstances are:

3) application of the enforcement measures of an arbitral award that have a compulsory character and are subject to recognition and enforcement;

4) if one of the parties does not appear before the arbitral tribunal for an inadequate reason or fails to present its position and evidences, the arbitration may continue the proceedings and render the final decision based upon the available evidences, unless the parties have agreed otherwise;

5) within the period agreed between the parties or determined by an arbiter, the arbitration claimant shall submit his arbitration claim in writing. If the arbitration claimant fails to submit his arbitration claim in a provided manner the arbitral proceedings will not start.

6) possibility to appoint an expert – generally, whenever the circumstances dictate so and the arbiter does not have a specialized (professional) knowledge of the subject-matter, then it is necessary to appoint an expert; however, in such cases the arbiter is entitled to require from the parties to present to the expert all the information at their best knowledge and give an opportunity to inspect all documents and materials related to the case.

5.6. Opportunity to Address the Court or the Arbitral Tribunal when the Agreement Cannot be Reached

The Directive provides the parties with an opportunity to transfer their dispute to the court or to the arbitral tribunal if the mediation process does not succeed.² UNCITRAL Conciliation Rules provides in its Clause 13 that the parties can consider transferring their dispute arising from the agreement achieved through mediation to arbitration; at the same time, Clause 16 thereto indicates that the parties shall not start any arbitration or court proceedings with regard to the case being the subject-matter of the mediation proceedings while the mediation process is in progress, except, when one of the party believes that such procedures are absolutely necessary to protect one's legal interests. Consequently, these provisions consolidate the right of the parties to address the court or the arbitration only after they are unable to reach an agreement through mediation. Similarly, Clause 187⁷ of the Georgian Civil Proceedings Code provides that, if the dispute cannot be settled by the mutual agreement of the parties within the period fixed by the law for the mediation proceedings, the claimant party can submit the claim in compliance with the general rules. On the contrary, “unless the parties agree otherwise, and notwithstanding the ongoing process of mediation, the parties can initiate or continue any arbitration or court process with regard to the case being the subject-matter of the mediation proceedings”³. The opportunity to address the court or arbitration is vital for the parties because when the agreement achieved through mediation cannot be enforced, the parties should have an opportunity to maintain the legal mechanism to defend their own rights. In such case the only disadvantage is the time wasted by the parties for the mediation procedures, yet, it would not constitute significant losses considering the limited terms of the mediation.

¹ *Tsertsvadze G.*, Mediation as an Alternative way of Dispute Resolution (General Overview), Tb., 2010, 334. (in Georgian).

² European Directive on Certain Aspects of Mediation in Civil and Commercial Matters, Article 24.

³ LSIA Mediation Rules, Article 9.

6. Conclusion

Arbitration has been successfully used as an alternative means of the dispute resolution already since the ancient times. Such attitude was caused by the obvious advantages of arbitration compared to the court, because “the arbitration was understood as a cheap, fast and alternative means for private dispute resolution”.¹ But initially the arbitral award did not have the mandatory nature that made it a less effective tool.² However, later the arbitration gained the mandatory power and already from “the second half of the 20th century there appeared the stable legal base that earned the overall recognition and popularity of the arbitration.”³ The division of the arbitration into permanent and temporary arbitrations also contributed to its flexible nature. In the arbitral proceedings in permanent arbitration, the parties are bounded by the rules and regulations drawn up by the permanent arbitration institution. Unlike it, the parties of the temporary arbitration are furnished with more procedural freedom. It should be mentioned that the general and ad hoc arbitrations facilitate more timely and effective resolution of disputes as they focus on certain types of disputes and, therefore, have considerable experience in them.

Together with the court, one of the best ways of dispute resolution is mediation, because “the mediation is an appendage to the justice and not the alternative to it”⁴. Voluntary mediation is the pre-court stage of dispute resolution where the parties have an opportunity to solve their problem amicably; if the parties fail to reach an agreement, they have a right to address the court or arbitration.

Today, forensic mediation is on its way of establishment in Georgia, therefore, we will focus on it in the paper. The peculiarities of mandatory mediation differ from regular, voluntary mediation; however, it is a very important institute. It releases the courts and, at the same time, offers the parties a variety of advantages compared to the court proceedings. In particular, forensic mediation involves fewer expenses, the dispute can be solved more quickly, and in case the parties agree and conciliate, they can maintain personal relations. The mediator is a conciliator who, unlike the judge, is not bounded by the legal provisions and can learn the case in depth in order to achieve a peaceful resolution of the problem, thus maintaining the key principle of mediation “everyone wins”.

Although, the parties can conciliate through the court proceedings as well, when both parties are satisfied with the decision, but mediation increases the possibility of such results. The most valued principle of mediation – confidentiality – is present in such cases too. The parties do not have any liability other than to participate in the process and transfer the case to the court if they cannot reach an agreement. “This is an informal process with no established procedures obligatory for the parties. In such situations the parties can compromise at the extent they would not accept in court proceedings.”⁵

Considering the above-described situation, it is obvious that “the forensic mediation is a positive phenomenon ensuring that the cases sued to the court were processed by the court. Such attitude improves the quality of justice ensuring that the lawyers and the judges focus all their efforts on the rather complicated dispute resolution”⁶.

It should be highlighted that the Civil Proceedings Code applies mediation to similar disputes, where there is a higher probability of the personal nature of the dispute and therefore negotiations could be more effective.

Taking into consideration the advantages of mediation, it is quite a proper time to integrate it into the Georgian legal system. The legal base with regard to mediation needs to be further improved and refined and actively implemented in practice. The latter greatly depends upon raising public awareness in order to generate confidence toward mediation. The society should have a full understanding of the advantages of the mediation institute and instead of wasting months on court or arbitral proceedings, seek assistance through mediation if their case is eligible to the mediation proceedings.

¹ *Bennett S.C.*, Arbitration: Essential Concepts, ALM Publishing, a Division of American Lawyer Media Inc, 2002, 10.

² *Ibid.*

³ *Tsertsvadze G.*, Preconditions of International Arbitrate (comparative analysis), 2008, 16 (In Georgian).

⁴ *Tsertsvadze G.*, Mediation as an Alternative way of Dispute Resolution (General Overview), Tb., 2010, 56 (in Georgian).

⁵ *Zambakhidze T.*, Conciliation instead of Dispute, Journal Liberal, Tb., 2012 (in Georgian).

⁶ *Hughes P.*, Mandatory Mediation: Opportunity or Subversion?, Windsor Yearbook of Access to Justice Vol. 19, 2001, 176.

სასკოლო მედიაცია განათლების სისტემაში

1. შესავალი

საქართველოს განათლებისა და მეცნიერების სამინისტროს მონაცემების მიხედვით 2010 წლიდან, მას შემდეგ რაც ამოქმედდა მანდატურის ინსტიტუტი, ძალადობის ფაქტები საგრძნობლად შემცირებულია, კერძოდ, 2012 წლის 4 აპრილის სტატისტიკა ასე გამოიყურება:

- 80%-ით შემცირდა მოსწავლეებს შორის დაპირისპირების ფაქტები;
- 95%-ით აღმოიფხვრა ფულის გამოძალვის ფაქტები;
- 90%-ით შემცირდა საჯარო ვანდალიზმის (სასკოლო ქონების დაზიანების) ფაქტები;
- 80%-ით შემცირებულია მოსწავლეების დაგვიანების ფაქტები;

75%-ით შემცირდა მოსწავლეების სკოლიდან გაპარვის ფაქტები (ე.წ. „შატალო“).¹

მიუხედავად ამ მონაცემებისა, სკოლებში სიახლის შეტანა აუცილებელია, იმდენად რამდენადაც, პრობლემების გამოსწორებაში თავად მოსწავლეები უნდა ჩაერთონ. მნიშვნელოვანია, რომ სტატისტიკურად ასეთი დადებითი შედეგები ემყარებოდეს არა გარეშე პირების (მანდატურების) მიერ განხორციელებულ კონტროლს ან სხვა იძულებით მექანიზმებს, არამედ თავად მოსწავლეების და მასწავლებლების ჩართულობას, ამასთან, უნდა გაიზარდოს მშობლების როლიც. აუცილებელია არა მხოლოდ უკვე არსებული კონფლიქტების გადაწყვეტა, არამედ მათი პრევენციის მიზნით წინასწარ გარკვეული ზომების მიღება, რაც, ზოგადად, გამოასწორებს მოსწავლეთა თვითშეგნებას და გააუმჯობესებს მთლიანად სასწავლო გარემოს. ძალადობრივი ფაქტების შემცირება სკოლებში არა იძულებითა და მუდმივი კონტროლით, არამედ საინტერესო გაკვეთილებითა თუ სხვა მექანიზმებით უნდა მოხდეს. მიზანშეწონილია ქართულ საჯარო სკოლებში დაინერგოს ისეთი ინსტიტუტი, რაც გამოასწორებს არსებულ მდგომარეობას. ნაშრომი შეეხება აშშ-ის სასწავლო სისტემაში აპრობირებულ სასკოლო მედიაციის² ინსტიტუტს, რაც უკვე 30 წელზე მეტია ძალზედ წარმატებულად მოქმედებს სხვადასხვა შტატის სკოლებში და სავარაუდოა, რომ ქართულ განათლების სისტემაში მათი დანერგვა მხოლოდ დადებითად იმოქმედებს სასწავლო პროცესზე, რადგან ის პრობლემების გამოსწორების უფრო გრძელვადიან პერსპექტივაზეა გათვლილი.

1.1. რა არის სასკოლო მედიაცია

სასკოლო მედიაცია არის სკოლებში, მოსწავლეებს შორის კონფლიქტის გადაწყვეტის ერთ-ერთი ფორმა. კერძოდ, მოსწავლეები იძენენ სპეციალურ ცოდნას რათა, როგორც ნეიტრალურმა პირებმა შეძლონ გარკვეული მეთოდების გამოყენებით სხვა მოსწავლეებს შორის კონფლიქტების გადაწყვეტა.³

აშშ-ში კონფლიქტის გადაწყვეტის ეს ფორმა ცნობილია *Peer Mediation*-ის სახელით, რაც გულისხმობს მედიაციას თანატოლთა შორის.⁴ აღნიშნული ტიპის მედიაცია დანერგილია ათასობით სკოლაში იმ მოტივით, რომ მაქსიმალურად შემცირდეს ძალადობა და გაუმჯობესდეს ზოგადი კლიმატი სასწავლო დაწესებულებებში.⁵

¹ იხ., <<http://www.mes.gov.ge/content.php?id=3946&lang=geo>>, [03.12.2012].

² *Peer Mediation*.

³ *Kaplan N. M., Khuk E. (ed.), Mediation in the School System: Facilitating the Development of Peer Mediation Programs, Nelson-Hall Publishers, Chicago, 1997, 249.*

⁴ *Peer* – თანატოლი, თანასწორი.

⁵ იხ. <<http://www.hnlr.org/print/wp-content/uploads/2008/09/hnlr3-3.pdf>>, [03.12.2012].

მედიაციის ეს პროგრამა გულისხმობს მოსწავლის ჩართულობას არა მხოლოდ უკვე არსებული პრობლემის გადაწყვეტაში, არამედ მის მონაწილეობას კონფლიქტის საწყის ეტაპზე, რაც, თავისთავად, ამცირებს კონფლიქტების წარმოშობის რისკებს.¹

სასკოლო მედიაცია მოიცავს უკვე დატრენინგებული მოსწავლის მონაწილეობას ისეთი ტიპის დავებში როგორცაა:

- შელაპარაკებები მოზარდებს შორის;
- ჩხუბი ეზოებში;
- წვრილმანი ქურდობა;
- “Boyfriend - Girlfriend” კონფლიქტები.²

აშშ-ში სასკოლო მედიაციის მოდელური სტანდარტი მორგებულია სკოლების სპეციფიკაზე. მაგალითად, ე.წ. *Elementary School*-ში, რაც საქართველოში წარმოადგენს დაწყებითი კლასების ანალოგს (1-4 კლასები), სასწავლო პროგრამაში შეტანილია კონფლიქტის გადაწყვეტის ზოგადი პრინციპები. ზოგიერთ სკოლაში ამ პროგრამაში აქტიურად არიან ჩართული მშობლებიც, ისინი გადიან სპეციალურ ტრენინგებს ან თავად გვევლინებიან ტრენერების როლში იმისათვის, რათა ამ პროგრამამ შეიძინოს უფრო ფართომასშტაბიანი ხასიათი და დავიდეხს თითოეულ ოჯახამდე. ამასთან, მასწავლებლების როლიც საკმაოდ დიდია, ისინი კონფლიქტის გადაწყვეტის მეთოდებს უშუალოდ სასწავლო პროცესში იყენებენ. რაც შეეხება ე.წ. *Middle and High Schools*, რაც მე-5-მე-12 კლასებს შეესაბამება, მათში დანერგილი სასკოლო მედიაციის პროგრამები მრავალფეროვანია. მაგ., ზოგიერთ სკოლაში მაღალი კლასის მოსწავლეები ჩართულნი არიან არა მხოლოდ თავიანთი სკოლის, არამედ სხვა სკოლების მოსწავლეებს შორის არსებული კონფლიქტების გადაწყვეტაში. ასევე, მასწავლებელსა და მოსწავლეს, ან მშობელსა და ბავშვს შორის უთანხმოების მოგვარებაში.³

სასკოლო მედიაციასა და კონფლიქტის გადაწყვეტის სხვა პროგრამებს შორის პრინციპული განსხვავება არის ის, რომ ამ ტიპის მედიაცია არის სტრუქტურული სისტემა, სადაც სწორედ მოსწავლეებს ეძლევათ შანსი პრაქტიკაში გამოიყენონ კონფლიქტის გადაწყვეტის უნარ-ჩვევები.⁴

1.2. სასკოლო მედიაციის ისტორიული ექსკურსი

სასკოლო მედიაციის ერთ-ერთი პირველი პროგრამა დაინერგა ჰონოლულუს ოლქის სამეზობლო დავების განმხილველი ცენტრის⁵ მიერ 1981 წელს აშშ-ში. შედეგებმა აჩვენა, რომ ისეთ სკოლებში, სადაც კონფლიქტების მაჩვენებელი მაღალი იყო უმრავლესობა მათგანი აღმოიფხვრა სასკოლო მედიაციის საშუალებით. 1892 წელს სასკოლო ინიციატივების საზოგადოებრივმა საბჭომ⁶ სან-ფრანცისკოში შეიმუშავა სასკოლო მედიაციის პროგრამა სამი დონის სკოლისათვის (დაწყებითი, საშუალო და მაღალი)⁷. აღნიშნული პროგრამა დღესაც ფართოდ გამოიყენება განსაკუთრებით ჩრდილოეთ ამერიკაში. 1983 წელს ამოქმედდა სასკოლო მედიატორების ალტერნატიული გადაწყვეტის გუნდის⁸ პროგრამა ქ. ნიუ-იორკში, რომელიც ორგანიზებული იყო დაზარალებულთა მომსახურების სააგენტოს⁹ მიერ და დააფინანსა ნიუ-იორკის ახალგაზრდულმა კომიტეტმა.¹⁰ ამ პროგრამის დადებით მხარედ მიიჩნეოდა ის, რომ სკოლაში

¹ იხ. <<http://esrnational.org/professional-services/middle-school/prevention/peer-mediation/>>, [03.12.2012].

² იხ. <<http://www.hnlr.org/print/wp-content/uploads/2008/09/hnlr3-3.pdf>>, [03.12.2012].

³ იხ. <<http://www.hnlr.org/print/wp-content/uploads/2008/09/hnlr3-3.pdf>>, [03.12.2012].

⁴ Kaplan N., M., Khuk E. (ed.), *Mediation in the School System: Facilitating the Development of Peer Mediation Programs*, Nelson-Hall Publishers, Chicago, 1997, 248-249.

⁵ *Neighborhood Justice Center*.

⁶ *Community Board School Initiatives (CBSI)*.

⁷ *Elementary, Middle and High schools*.

⁸ *School Mediators Alternative Resolution Team (SMART)*.

⁹ *Victim Services Agency*.

¹⁰ *New York City Youth Bureau*.

აკადემიური მოსწრება ამაღლდა, მედიატორი მოსწავლეები უფრო მეტად თავდაჯერებულები გახდნენ, ხოლო კონფლიქტში ჩართული მოზარდების ქცევა გამოსწორდა არა ერთჯერადად, არამედ ზოგადად.¹

1984 წელს ჩამოყალიბდა საგანმანათლებლო მედიაციის ნაციონალური ასოციაცია,² რომელშიც შედიოდა განათლების სისტემაში მოღვაწე 50 პირი 15 შტატიდან იმისათვის, რათა განეხილათ სასკოლო მედიაციის საკითხი. ასოციაციის თავდაპირველი მიზანი იყო შექმნილიყო საინფორმაციო ცენტრი, რომელიც კოორდინაციას გაუწევდა სასკოლო მედიაციის პროგრამებს, ის კვარტალურად გაავრცელებდა საინფორმაციო ბიულეტენებს (*The Fourth R*) და დააფინანსებდა ყოველწლიურ კონფერენციებს. რაც შეეხება სამომავლო გეგმებს, ის ეხებოდა კვლევების ჩატარებას და ახალი პროგრამების დანერგვას. შემდგომ ასოციაცია გაერთიანდა დავის გადაწყვეტის ნაციონალურ ინსტიტუტთან³ და ახლაც წარმოადგენს ლიდერ ორგანიზაციას სასკოლო მედიაციის სფეროში.⁴

1.3. სასკოლო მედიაციის მიზნები

სკოლის ადმინისტრაცია და მასწავლებლები სასკოლო მედიაციის პროგრამებს ნერგავენ იმ იმედით, რომ შემცირდეს ძალადობა სკოლაში, მოსწავლეებში უფრო მეტად ამაღლდეს მორალის შეგნება, ხოლო მასწავლებლებს მიეცეთ შესაძლებლობა, რომ კონცენტრირებული იყვნენ უფრო მეტად სწავლებაზე და არა დისციპლინაზე. პროგრამის დანერგვა უფრო ფართომასშტაბიან მიზნებსაც ისახავს, მაგალითად, როგორცაა მოსწავლეებში კონფლიქტის არაძალადობრივი გზებით გადაწყვეტის უნარების განვითარება.⁵

1985 წელს *ალბი დევისმა* და *კიტ პორტმა* თანაავტორობით გამოსცეს სტატია, რომელიც ეფუძნებოდა მათ კვლევას უკვე არსებული პროგრამების შესახებ. სტატიაში გამოაქვეყნეს 10 მიზეზი სასკოლო მედიაციის პროგრამის სკოლებში დანერგვის მიზანშეწონილობის დასადასტურებლად. სიაში მოცემულია კონკრეტული მიზნები, როგორცაა ძალადობისა და ვანდალიზმის შემცირება, მასწავლებლების მიერ არასასწავლო ხასიათის გაკვეთილებზე დახარჯული დროის შემცირება. ამასთან მათ დაასახელეს შედარებით უფრო ზოგადი მიზნები მაგ., კონფლიქტის მენეჯმენტის უნარების განვითარება და, ზოგადად, სკოლაში „კლიმატის“ გაუმჯობესება. ზემოთ ჩამოთვლილი მიზნები დღესაც აქტუალურია სასკოლო მედიაციისთვის.⁶

1991 წელს დავის გადაწყვეტის და კონფლიქტების მართვის კომისიამ⁷ გამოაქვეყნა ოჰაიოს 17 სკოლაში არსებული მედიაციის პროგრამის შეფასება. სადაც გამოყოფილია 3 ძირითადი პრინციპული მნიშვნელობის მქონე მიზანი:

1. „უშუალო სარგებლის მოტანა ბავშვებისთვის, რომელიც გულისხმობს როგორც ინდივიდუალური და ინტერპერსონალური თვისებების, ასევე კონფლიქტურ სიტუაციებში სათანადო ქცევის უნარების განვითარებას;

2. სკოლაში კლიმატის გაუმჯობესება ხელშემწყობი ფაქტორების მაქსიმალურად შემცირებით იმდენად, რომ სასწავლო პროცესი მიმდინარეობდეს მშვიდ გარემოში;

3. მოსწავლეების ნახალისება, რომ გამოიყენონ სკოლებში შექმნილი უნარ-ჩვევები საოჯახო და სამეზობლო კონფლიქტების გადაწყვეტაში, რაც შედეგად სასკოლო მედიაციის პროგრამას ხელმისაწვდომს ხდის მოსახლეობისთვისაც.“⁸

¹ Kaplan N., M., Khuk E. (ed.), *Mediation in the School System: Facilitating the development of Peer Mediation Programs*, Nelson-Hall Publishers, Chicago, 1997, 250.

² *National Association for Mediation in Education (NAME)*.

³ *National Institute for Dispute Resolution (NIDR)*.

⁴ Kaplan N., M., Khuk E. (ed.), *Mediation in the School System: Facilitating the development of Peer Mediation Programs*, Nelson-Hall Publishers, Chicago, 1997, 250.

⁵ იხ. <<http://www.hnlr.org/print/wp-content/uploads/2008/09/hnlr3-3.pdf>>, [03.12.2012].

⁶ იხ. <<http://www.hnlr.org/print/wp-content/uploads/2008/09/hnlr3-3.pdf>>, [03.12.2012].

⁷ Ohio Commission Dispute Resolution and Conflict Management (OCDRCM).

⁸ იხ. <<http://www.hnlr.org/print/wp-content/uploads/2008/09/hnlr3-3.pdf>>, [03.12.2012].

მიზნების იდენტიფიცირება რამდენიმე მიზეზის გამო არის მნიშვნელოვანი. მაგალითად, საჭიროა გამოიკვეთოს სასკოლო მედიაციის განვითარების გზა, კერძოდ, თუ როგორი იყო მისი სანყისი ეტაპი და რა ცვლილებები შეინიშნებოდა შემდგომ. რიჩარდ კოჰენის მიხედვით მნიშვნელოვანია სასკოლო მედიაცია დაინერგოს ისეთ სკოლებში, სადაც ამის საჭიროებაა და შესაბამის პირებს გააჩნიათ ცოდნა და კვალიფიკაცია მოცემულ საკითხში.¹

2. სასკოლო მედიაციის დამკვიდრება სკოლებში

სკოლებში პროგრამის წარმატებულად დასაწერად უმთავრესი როლი სკოლის რიგით თანამშრომლებსა და ადმინისტრაციას ენიჭება. ამ პროგრამის წარმატებისთვის ასევე მნიშვნელოვანია საზოგადოების, კერძოდ, მშობლების მხარდაჭერა. ამასთან, პროგრამის წარმატებულად განსახორციელებლად სასურველია სასწავლო პროგრამაში კონკრეტული კურსების შეტანა.²

2.1. სასკოლო მედიაციის პროცესის საფეხურები

მაღალ კლასებში სასკოლო მედიაცია 3 საფეხურს მოიცავს: შესავალი, პრობლემის გამოკვლევა და პრობლემის გადაწყვეტა შეთანხმების მიღწევით. შესავალი ნაწილი გულისხმობს ძირითადი წესების ჩამოყალიბებას თუ რის მიხედვით უნდა წარიმართოს პროცესი და ზოგადად ხდება განსახილველ საკითხთა იდენტიფიცირება. ასევე დიდი მნიშვნელობა ენიჭება კონფიდენციალურობას. თუ კონფიდენციალურობა დაცული არ არის მედიაციის პროცესს შეიძლება საფრთხე დაემუქროს. კონფიდენციალურობის ვალდებულების საკითხიც აუცილებლად უნდა იქნეს განხილული.³

მოსწავლეები ხშირად არჩევანის წინაშე დგანან აირჩიონ *Peer* მედიაცია, თუ დაექვემდებარონ დისციპლინურ პასუხისმგებლობას. იმდენად რამდენადაც ისინი *Peer* მედიაციას უფრო მეტად მსუბუქ პროცესად აღიქვამენ და არჩევანს მასზე აკეთებენ ხშირად მედიაციის პროცესში ერთგებიან მოჩვენებითად, რაც თვითონ პროცესს არასრულფასოვანს ხდის. ამიტომ მედიატორი მოსწავლეებისათვის ეს არის ერთგვარი გამოწვევა, მათ უნდა შეძლონ დაამყარონ ჯანსაღი კომუნიკაცია მოდავე მხარეებთან და მიიღონ მაქსიმალური ინფორმაცია მათგან.⁴

მედიაციის პროცესი იწყება მედიატორების მიერ საკუთარი თავის წარდგენით და, ზოგადად, მედიაციის პროცესის განმარტებით. ასევე ხდება მოსწავლეებისთვის ძირითადი წესების ახსნა, რომლებიც შეეხება კონფიდენციალურობის და კეთილსინდისიერების ვალდებულების დაცვას. ამასთან, მხარეებს აფრთხილებენ, რომ დაუშვებელია ჩხუბი, ჭორაობა და სხვ.⁵ და რომ აუცილებელია ერთმანეთის მოსმენა და პატივისცემა.⁶ ძირითად წესებზე შეთანხმების შემდეგ ორივე მოდავე მხარე აყალიბებს პრობლემას, ხოლო მედიატორები ინიშნავენ მათ და, შესაბამისად, ადგენენ განსახილველ საკითხთა ნუსხას. ამის შემდეგ იწყება მედიაციის მეორე ეტაპი.⁷

მეორე ფაზის ძირითადი მიზანი არის პრობლემის გამოკვლევა. მედიატორები ცდილობენ დაეხმარონ მხარეებს ერთმანეთთან კომუნიკაციაში და ერთმანეთის პოზიციების გაგებაში. ისინი ცდილობენ ერთ მხარეს დაანახონ მეორე მხარის პოზიცია, რათა ხისტი და პოზიციაზე დამყარებული მიდგომა შეიცვალოს შედარებით უფრო რბილი, ინტერესებზე ორიენტირებული მიდგომით.⁸

როდესაც მხარეები სრულად განიხილავენ პრობლემას იწყება მესამე ეტაპი, რაც მოიცავს გამოსავლის პოვნას და საბოლოო შეთანხმებას. მედიატორებისთვის მნიშვნელოვანია, რომ მხა-

¹ იხ. <<http://www.hnlr.org/print/wp-content/uploads/2008/09/hnlr3-3.pdf>>, [03.12.2012].

² იქვე.

³ Kaplan N. M., Khuk E. (ed.), *Mediation in the School System: Facilitating the Development of Peer Mediation Programs*, Nelson-Hall Publishers, Chicago, 1997, 256.

⁴ იქვე, 256-257.

⁵ იქვე, 257.

⁶ იხ. <<http://www.studygs.net/peermed.htm>>, [03.12.2012];

⁷ Kaplan N. M., Khuk E. (ed.), *Mediation in the School System: Facilitating the Development of Peer Mediation Programs*, Nelson-Hall Publishers Chicago, 1997, 257.

⁸ იქვე.

რეებს დაეხმარონ ისეთი შეთანხმების მიღწევაში, რომელიც იქნება სამართლიანი და მოდავეები თავს კომფორტულად იგრძნობენ. თუ ასეთი გამოსავლის პოვნა შეუძლებელია, იწყება ე.წ. *"Brain Storming"*. კერძოდ, მხარეები თავის სასურველ შედეგებს აყალიბებენ, საიდანაც მედიატორები ირჩევენ საუკეთესო ვარიანტს და სთავაზობენ მხარეებს. მოსწავლე მედიატორებმა გადაწყვეტის 2 გზა მაინც უნდა ურჩიონ მხარეებს, რათა, პირველ რიგში, მათი არჩევანის თავისუფლება არ იქნეს შეზღუდული და ისინი არ დაეჭვდნენ მედიატორის მიუკერძოებლობაში. როცა მხარეები შეთანხმდებიან, ხელს აწერენ მედიატორი მოსწავლეების მიერ მომზადებულ მედიაციის კონტრაქტს, რომელიც ინახება ფაკულტეტის კოორდინატორთან არსებულ პირად საქმეებში.¹

2.2. მედიატორები

მედიატორების შერჩევის პროცესი მოიცავს შემდეგ ელემენტებს:

- მედიატორის დამოკიდებულება უნდა იყოს ნეიტრალური სკოლაში არსებული კულტურული, ასაკობრივი, სოციალური, გენდერული, რასობრივი თუ რელიგიური მრავალფეროვნებისადმი;
- მედიატორის შერჩევის პროცედურა უნდა იყოს გამოქვეყნებული და უნდა მოიცავდეს რეკომენდაციებს
- მედიატორი ვალდებულია უნდა იღებდეს, რომ მუდმივად იზრუნებს თავისი უნარების განვითარებაზე და მის ცოდნას გაუზიარებს ახალბედა მედიატორებს;
- მედიატორად არჩევაზე უარის თქმის მიზეზები ნათლად უნდა იყოს ახსნილი და განმარტებული.²

სასკოლო მედიატორები მუდმივად უნდა გადიოდნენ ტრენინგებს და მათი კონტროლის მიზნით უნდა ხორციელდებოდეს მონიტორინგი, რადგანაც მათ არ აქვთ კონფლიქტების მენეჯმენტის დიდი გამოცდილება. ასევე, საჭიროა ჩაუტარდეთ სხვადასხვა კურსი, როლური თამაშები, ე.წ. "workshop"-ები, და ა. შ.³

3. დასკვნა

აშშ-ის სასკოლო სისტემაში სასკოლო მედიაცია კონფლიქტების მოგვარების წარმატებულ მეთოდად არის მიჩნეული. შეიძლება ითქვას, რომ ამ პროგრამის საქართველოს საჯარო სკოლებში დანერგვასაც დადებითი შედეგები ექნება. სასურველია თუ განათლების სამინისტროს შესაბამისი სამსახურები გაითვალისწინებენ აშშ-ის გამოცდილებას და ქართულ სინამდვილესა და რეალობაზე მორგებით შემუშავებული იქნება სპეციალური საპილოტო პროგრამა, რომელიც თავდაპირველ ეტაპზე დაინერგება მხოლოდ რამდენიმე სკოლაში. ამის შემდეგ აუცილებელია განხორციელდეს მონიტორინგი, დადებითი და უარყოფითი მხარეების გამოვლენა და პროგრამის სრულყოფილი სახით ჩამოყალიბება.

¹ Kaplan N. M., Khuk E. (ed.), *Mediation in the School System: Facilitating the Development of Peer Mediation Programs*, Nelson-Hall Publishers, Chicago, 1997, 257-258.

² იხ. <<http://www.studygs.net/peermed.htm>>, [03.12.2012].

³ იხ. <<http://www.studygs.net/peermed.htm>>, [03.12.2012].

PEER MEDIATION IN EDUCATION

1. Introduction

According to the data of the Ministry of Education and Science of Georgia from 2010, since the institute of rescue officers has been established, the facts of violence have diminished significantly; namely, the statistics as of April 4, 2012 reflect the following:

- The facts of conflicts between the students decreased by 80%;
- The facts of extortion of money decreased by 95%;
- The facts of public vandalism (damaging the school property) decreased by 90%;
- The facts of lateness decreased by 80%;
- The facts of escaping from the lessons decreased by 75%.¹

Despite the above illustrated data, the introduction of innovative approaches to the schools is vital, because it is important that the students themselves were involved in problem settlement processes. It would be essential if such temporary statistical data relied not upon the control attributed to the external persons (rescue officers) or any other compulsory mechanisms, but upon the involvement of the students and the teachers, where the role of the parents is also outstanding. It is necessary to solve not only the existing conflicts but also to take certain preventive measures to avoid them in the future. This would generally improve the self-consciousness of the students and contribute to the entire educational environment. The facts of violence should be diminished at schools not by the virtue of compulsion or permanent control, but by means of interesting lessons and other mechanisms. It might appear to be reasonable to implement an institute in public schools that would improve the existing situation. Therefore, the present paper refers to the Peer Mediation Institute already successfully practiced in the educational system of the USA for more than 30 years, namely, in the schools of different States and, presumably, as the named institute aims for a rather longer-term perspectives of problem resolution, the introduction of a similar institute to the Georgian educational system would have only a positive impact on the educational process.

2. What is Peer Mediation

Peer Mediation is one of the forms for settling conflicts between students at school. More precisely, students acquire a special knowledge on how to act as a third neutral person in order to settle the conflict between the other students by means of a certain methodology.²

Thus, such form of conflict resolution at school is known as *Peer Mediation*, which primarily means mediation between peers. Such type of mediation is introduced in thousands of schools of the USA aiming to minimize the violence and improve the general climate at the educational institutions.³ This program of mediation considers the involvement of students not only in the resolution of the existing conflicts, but also at the initial stage of problems and reducing the risks of conflicts.⁴

Peer Mediation entails participation of the already trained student in the resolution of disputes such as:

- jangle between the youngsters;
- quarrel in the yards;

¹ See <<http://www.mes.gov.ge/content.php?id=3946&lang=geo>>, [03.12.2012].

² Kaplan N. M., in Khuk E. (Ed.), *Mediation in the School System: Facilitating the Development of Peer Mediation Programs*, Nelson-Hall Publishers, Chicago, 1997, 249.

³ See <<http://www.hnlr.org/print/wp-content/uploads/2008/09/hnlr3-3.pdf>>, [03.12.2012].

⁴ See <<http://esrnational.org/professional-services/middle-school/prevention/peer-mediation/>>, [03.12.2012].

- petty thefts;
- Boyfriend – Girlfriend conflicts.¹

In the USA the Peer mediation model standard is adapted to the specifics of the schools. For example, in elementary schools (which is the analogue for the classes from 1 to 4 in Georgia) the educational programs include general principles of conflict resolution. In some schools parents are also actively involved in such programs where they pass special trainings or perform as trainers in order to give a larger scale to the program and make it available to each family. Besides, teachers have an essential role as they directly use the conflict resolution methods in their teaching process. As for the Middle and High Schools (Which is the analogue for the classes from 5 to 12 in Georgia) there are various peer mediation programs integrated in them. For example, in some schools students of higher classes are involved in conflict resolution not only in their schools but also in the resolution of conflicts taking place in other schools, as well as in the resolution of misunderstandings between teachers and students, or between parents and children.²

There is no principal difference between peer mediation and other programs of conflict resolution. A substantial difference is that peer mediation is a structured system where students have a chance to practice their skills of conflict management.³

3. Historical Background of Peer Mediation

One of the first peer mediation programs was launched by Honolulu Neighborhood Justice Center in 1981 in the USA. The results showed that the conflicts have been eliminated by means of peer mediation in the schools where the conflict rate was quite high. In 1892 the CBSI (Community Board School Initiatives) in San Francisco elaborated the peer mediation program for elementary, middle and high schools. The mentioned program is widely used to-date, especially in North America. In 1983 SMART (School Mediators Alternative Resolution Team) program was launched in New York, organized by the Victim Services Agency and was financed by New York City Youth Bureau. The positive character of the program was reflected in the improvement of academic progress of the students, the student-mediators became more confident, and the behavior of the conflicting youngsters has reformed generally.⁴

In 1984 the NAME (National Association for Mediation in Education) was established consisting of 50 people working for the educational system in 15 states; they aimed to discuss peer mediation at schools. Initially the Association aimed to create an information center that would coordinate school mediation programs, distribute quarterly newsletters (The Fourth R) and finance the annual conferences. As for the plans for the future, the Association aimed to conduct the research and implement new programs. Later on, the NAME merged with NIDR (National Institute for Dispute Resolution) and currently represents one of the leader organizations in the field of school mediation.⁵

4. Goals of Peer Mediation

The school administration and the teachers implement the peer mediation programs in order to minimize the acts of violence at schools, to increase the moral consciousness of the students, and to enable the teachers to be more focused on teaching than on discipline. The implementation of the named program has rather wider goals, for example, to develop the skills of dispute resolution by nonviolence.⁶

¹ See <<http://www.hnlr.org/print/wp-content/uploads/2008/09/hnlr3-3.pdf>>, [03.12.2012].

² See <<http://www.hnlr.org/print/wp-content/uploads/2008/09/hnlr3-3.pdf>>, [03.12.2012].

³ Kaplan N. M., in Khuk E.(Ed.), *Mediation in the School System: Facilitating the Development of Peer Mediation Programs*, Nelson-Hall Publishers, Chicago, 1997, 248-249.

⁴ Kaplan N. M., in Khuk E.(Ed.), *Mediation in the School System: Facilitating the Development of Peer Mediation Programs*, Nelson-Hall Publishers, Chicago, 1997, 250.

⁵ Kaplan N. M., in Khuk E.(Ed.), *Mediation in the School System: Facilitating the Development of Peer Mediation Programs*, Nelson-Hall Publishers, Chicago, 1997, 250.

⁶ See <<http://www.hnlr.org/print/wp-content/uploads/2008/09/hnlr3-3.pdf>>, [03.12.2012].

In 1985 Albie Davis and Kit Porte jointly published an article based on the results of their research regarding the existing programs. In their article they listed ten reasons that testify the reasonability of implementing peer mediation programs at schools. The list provides specific objectives, such as diminishing violence and vandalism, or the time spent by the teachers on non-educational topics during their lessons. Besides, they also indicated the comparatively general goals, such as, for example: development of conflict management skills and improvement of general climate at schools. The above listed goals are still urgent for peer mediation.¹

In 1991, the OCDRCM (Ohio Commission Dispute Resolution and Conflict Management) published the assessment of the peer mediation programs operating in 17 schools of the State of Ohio. In the named assessment three key goals were highlighted:

4. The direct benefit to students, i.e. development of individual and interpersonal skills and proper behavior in conflict situations;
5. Improvement of the climate at school by means of minimizing the hampering factors in order to enable the smooth and peaceful pass of the educational process;
6. Encouragement of the students to use their conflict management skills that they acquire at school in the resolution of domestic or neighbor conflicts, in order to make the peer mediation program available to the public.²

Identification of the goals is important for several reasons. For example, it is necessary to outline the course of development of peer mediation; namely, to describe its initial stage and what changes were observed later on. According to Richard Cohen, it is important to implement peer mediation in the schools where there is a need for such program and where certain people have sufficient knowledge and experience in the field.³

5. Implementation of Peer Mediation in the School System

In the successful implementation of the program at schools, the key role is played by an ordinary staff and administration of schools. The success of the program similarly depends upon the support from the society and, in particular, from parents. Besides, specific courses should be incorporated in the educational programs.⁴

6. Stages of the Peer Mediation Process

In higher classes peer mediation consists of three stages, they are: introduction, problem investigation and problem resolution through achieving an agreement. The introduction sets forth the main rules of how to perform the process and identify the topics of concern. Besides, greater attention is paid to confidentiality. Without keeping the principles of confidentiality, the mediation process can be subject to failure. The issue of confidentiality should be discussed inevitably.⁵

Students often have to make a choice, either to choose peer mediation or be subject to a disciplinary responsibility. As far as they understand peer mediation as rather an easy process and therefore make their choice in favor of peer mediation, in most cases students ostentatiously participate in peer mediation processes, thus decreasing the value of the process itself. Hence, for the students who act as mediators, it is a challenge to establish an effective communication with the disputing parties and gain maximum information from them.⁶

When the mediation process starts, at the beginning, the mediators introduce themselves and explain the mediation process. They also describe the main rules of mediation to students, with regard to the obligations of

¹ See <<http://www.hnlr.org/print/wp-content/uploads/2008/09/hnlr3-3.pdf>>, [03.12.2012].

² See<<http://www.hnlr.org/print/wp-content/uploads/2008/09/hnlr3-3.pdf>>, [03.12.2012].

³ See<<http://www.hnlr.org/print/wp-content/uploads/2008/09/hnlr3-3.pdf>>, [03.12.2012].

⁴ See <<http://www.hnlr.org/print/wp-content/uploads/2008/09/hnlr3-3.pdf>>, [03.12.2012].

⁵ *Kaplan N. M.*, in *Khuk E. (Ed.)*, *Mediation in the School System: Facilitating the Development of Peer Mediation Programs*, Nelson-Hall Publishers, Chicago, 1997, 256.

⁶ *Kaplan N. M.*, in *Khuk E. (Ed.)*, *Mediation in the School System: Facilitating the Development of Peer Mediation Programs*, Nelson-Hall PublishersChicago, 1997, 256-257.

confidentiality and conscientiousness. At the same time, the parties are warned that quarrel, gossiping, etc. are inadmissible.¹ The parties are also warned that they should listen to each other and respect each other.² After the main rules are agreed, both parties state their problems, and the mediators make consequent notes in order to draw up a list of the topics for discussion; afterwards, the second phase of mediation begins.³

The main purpose of the second phase is to investigate the problem itself. The mediators try to help the parties in communicating with each other and in understanding each other's positions. They try to help one party to understand the other party's position in order to replace the intransigent approach with a rather mild approach focused on interests.⁴

When the parties complete reviewing the problem, the third phase starts. It considers finding the way out and making the final agreement. It is important for the mediators to help the parties to reach a fair agreement that would be acceptable and comfortable for both parties. Whenever such way out cannot be found, the so-called "brainstorming" takes place. Namely, the parties list their desirable results and the mediators choose the best option out of the list and offer it to the parties. The student mediators shall suggest at least two options to the parties in order not to confine the parties' freedom of choice or not to make them have doubts about the mediator's impartiality. When the parties reach an agreement, they sign the mediation contract prepared by the student mediators that shall be kept by the faculty coordinator in the personal files.⁵

7. Mediators

The process of selection of mediators consists of the following elements:

- The mediator should have a neutral attitude toward the cultural, age, social, gender, race or religious diversity existing in the school.
- The process of selection of mediators should be published and should include the recommendations.
- The mediator shall be responsible for continuous development of self skills and sharing his/her own experience with the starting mediators.
- The reasons why somebody was refused to be selected as a mediator should be clearly defined and stated.⁶

Peer Mediators should be progressively trained and monitored as they do not have considerable experience in conflict management. They should attend different courses, take part in role plays and workshops, etc.⁷

8. Conclusion

Peer mediation is recognized as a successful method of conflict resolution in the school system of the USA. The implementation of this program in Georgian public schools would also yield positive results. It is advisable for the relevant authorities of the Ministry of Education to take into account the experience of the USA and by customizing it to the Georgian reality develop a special pilot program that will be firstly implemented in some schools. Afterwards, the monitoring of the pilot program shall outline positive and negative experiences in order to amend the program and improve it for the final establishment.

¹ Kaplan N. M., in Khuk E.(Ed.), *Mediation in the School System: Facilitating the Development of Peer Mediation Programs*, Nelson-Hall Publishers, Chicago, 1997, 257.

² see, <<http://www.studygs.net/peermed.htm>>, [03.12.2012].

³ Kaplan N. M., in Khuk E.(Ed.), *Mediation in the School System: Facilitating the Development of Peer Mediation Programs*, Nelson-Hall Publishers, Chicago, 1997, 257.

⁴ Kaplan N. M., in Khuk E.(Ed.), *Mediation in the School System: Facilitating the Development of Peer Mediation Programs*, Nelson-Hall Publishers, Chicago, 1997, 257.

⁵ Kaplan N. M., in Khuk E.(Ed.), *Mediation in the School System: Facilitating the Development of Peer Mediation Programs*, Nelson-Hall Publishers, Chicago, 1997, 257-258.

⁶ See <<http://www.studygs.net/peermed.htm>>, [03.12.2012].

⁷ See <<http://www.studygs.net/peermed.htm>>, [03.12.2012].

საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების გაუქმებისა და საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების ცნობასა და აღსრულებაზე უარის თქმის ურთიერთმიმართება

1. შესავალი

მსოფლიო გლობალიზაციის პროცესმა და ეკონომიკური ურთიერთობის განვითარებამ გავლენა მოახდინა კერძოსამართლებრივი დავების განხილვის ფორმებისა და საშუალებების ჩამოყალიბებაზე. თავისუფალი საერთაშორისო ბაზარი, რომელსაც ცვლილებების მზარდი და სწრაფი ტენდენციით ხასიათდება, მოითხოვს მოქნილი სამართლებრივი ბაზის, სისტემისა და მექანიზმების არსებობას.

როგორც წესი, მსხვილი ეკონომიკური პროექტები ტრანსნაციონალურ ხასიათს ატარებენ. ასეთ დროს ყოველთვის იკვეთება სამართლებრივი ურთიერთობებისა და პოტენციური დავების კონკრეტული ქვეყნის სამართლებრივი რეჟიმისადმი დაქვემდებარების თავის არიდების ტენდენცია. ბაზრის ეფექტური ფუნქციონირებისათვის შეიქმნა დავების გადაწყვეტის ისეთი მექანიზმები, რომლებიც მისაღები იყო სხვადასხვა სამართლის სისტემის სუბიექტებისათვის და დღეისთვის საყოველთაოდ აღიარებულია, რომ ბიზნესი უპირატესობას დავების ალტერნატიული გზით გადაწყვეტას ანიჭებს.

საქართველოშიც, არბიტრაჟის, როგორც მხარეთა შორის დავის გადაწყვეტის ალტერნატიული საშუალების როლი და მნიშვნელობა თანდათანობით იზრდება. სასიცოცხლოდ მნიშვნელოვანი იყო ქვეყნის მიერ მიღებული ახალი კანონი „არბიტრაჟის შესახებ“, რომელმაც საქართველოს საარბიტრაჟო კანონმდებლობა, ფაქტობრივად, გახადა ამ სფეროში არსებულ უნიფიცირებულ საკანონმდებლო აქტებთან შესაბამისი. ამდენად, მოხდა 2010 წლამდე არსებული „კერძო მართლმსაჯულების“ მსგავსი ინსტიტუტის ტრანსფორმირება, საერთაშორისოდ აღიარებული ფორმით სახელმწიფო კონტროლს დაქვემდებარებულ, დავის განმხილველ მექანიზმად.

არბიტრაჟი, თავისი არსით, მხარეთა შეთანხმების ნაყოფია. იგი განიხილავს დავას, რომელიც, უმრავლეს შემთხვევაში, სრულდება საარბიტრაჟო გადაწყვეტილებს გამოტანით. სახელმწიფო ახდენს ამ გადაწყვეტილების ლეგიტიმაციას და იურიდიულ ძალას ანიჭებს მას, რითაც საარბიტრაჟო გადაწყვეტილება ხდება სასამართლო გადაწყვეტილების ტოლფასი. თავად ეს ფაქტი, რომ საარბიტრაჟო გადაწყვეტილება უტოლდება სასამართლოს საბოლოო გადაწყვეტილებას, საჩუქარია, რომელიც მხარეებს ამ საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების სასამართლო კონტროლის ხარჯზე ეძლევათ.

„საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების ცნობასა და აღსრულებაზე უარის თქმა და გადაწყვეტილების გაუქმება, საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების კონტროლის ფორმებია, რომლებიც ძირითადად ერთ მიზანს ემსახურებიან – გამორიცხონ საარბიტრაჟო განხილვის ფუნდამენტური პრინციპების დარღვევით გამოტანილი გადაწყვეტილების სამართლებრივი შედეგის დადგომა, როგორც არ უნდა იყოს ეს შედეგი.“¹ მათი საფუძვლები ემთხვევა ერთმანეთს, ამგვარად ისინი ერთგვაროვანი შინაარსით და განსხვავებული ფორმით ხასიათდებიან.

კვლევის მიზანია განვიხილოთ საარბიტრაჟო კონტროლის დასახელებული მექანიზმები, შევადაროთ საქართველოს კანონმდებლობით გაწერილი რეგულაციები საერთაშორისო ხელშეკრულებებს და საარბიტრაჟო სამართლის დიდი ისტორიის მქონე ქვეყნების ეროვნული კანონმდებლობების საარბიტრაჟო აქტებს. ნაშრომი ეფუძნება მოქმედი კანონმდებლობისა და

¹ ცერცვაძე გ., საერთაშორისო არბიტრაჟი, თბ., 2012, 624.

საერთაშორისო პრაქტიკის ანალიზს, რომლის გაცნობაც მნიშვნელოვნად დაგვეხმარება უკეთ იქნას გაანალიზებული საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების გაუქმებისა და ცნობასა და აღსრულებაზე უარის თქმის ურთიერთმიმართების საკითხი, კერძოდ, რა განასხვავებს მათ ერთმანეთისგან და როგორ არეგულირებს კანონმდებელი, ერთი მხრივ, გაუქმებული საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების აღსრულებისა და, მეორე მხრივ, აღსრულებული საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების გაუქმების შესაძლებლობას.

კვლევის აქტუალურობა განაპირობა, პირველ რიგში, საქართველოს კანონმდებლობაში განხორციელებულმა ცვლილებებმა, რომელიც დაკავშირებული იყო საარბიტრაჟო კონტროლის რეგულირების ახლებურად ჩამოყალიბებასთან. ასევე, აღნიშნულ საკითხთან დაკავშირებულმა პრაქტიკულმა პრობლემებმა, სასამართლოების მიერ საკითხისადმი არაერთგვაროვანმა მიდგომამ, რომლებსაც მხარეები აწყდებიან სასამართლოების მიერ გადაწყვეტილებების გაუქმებისა და ცნობისა და აღსრულებისას.

კვლევის მეთოდოლოგიურ საფუძველს წარმოადგენს როგორც ზოგადმეცნიერული, ასევე შედარებით-სამართლებრივი და სხვა მეთოდები. ნაშრომში, ძირითადად, გამოყენებულია ლოგიკური ანალიზი, წარმოდგენილია ინფორმაციულ-შემეცნებითი და შედარებით-სამართლებრივი ასპექტები. ამასთან, კვლევა ხორციელდება ანალიტიკური მეთოდების გამოყენებით. რამდენადაც ამას მოითხოვს მსჯელობის საგანი.

შედარებითი ანალიზისთვის გამოყენებულია იმ სახელმწიფოთა კანონმდებლობა და პრაქტიკა, რომლებსაც არბიტრაჟებთან დაკავშირებით დიდი ტრადიციები და გამოცდილება გააჩნიათ.

სამაგისტრო ნაშრომთან დაკავშირებით ქართული სასამართლოს პრაქტიკა მწირია, რაც სავსებით ლოგიკურია, საარბიტრაჟო სამართლის მოკლე ისტორიიდან გამომდინარე. თუმცა კვლევის საგანი მნიშვნელოვნად აქტუალურია იმ ქვეყნისთვის, რომელიც მიზნად ისახავს დასავლეთის სახელმწიფოებთან ეკონომიკურ, სამართლებრივ ინტეგრაციასა და ევროპის კავშირში გაწევრიანებას. ამასთან, ქვეყნისთვის რომელსაც აქვს დიდი პოტენციალი იქცეს საარბიტრაჟო განხილვის სასურველ ადგილად გეოპოლიტიკური მდებარეობიდან გამომდინარე.

წინამდებარე ნაშრომი შედგება შესავლისა და VI თავისა და დასკვნისგან. პირველ თავში მოცემული იქნება საარბიტრაჟო განხილვის საფუძვლები საქართველოში, წარსულში და დღეს, სადაც შედარებულია „კერძო არბიტრაჟის შესახებ“ საქართველოს კანონში არსებული გადაწყვეტილების გაუქმებისა და ცნობასა და აღსრულების ინსტიტუტების ალტერნატივები დღეს არსებულ მექანიზმებთან.

მეორე თავი მიეძღვნება საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების ნაციონალობის დადგენას. დღეს მოქმედი საქართველოს კანონი „არბიტრაჟის შესახებ“ განასხვავებს საქართველოში და მის ფარგლებს გარეთ გამოტანილ გადაწყვეტილებებს და მათ განსხვავებულ სასამართლო ინსტანციებს უქვემდებარებს. შესაბამისად, აღნიშნულ თავში მიმოხილული იქნება საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების „შიდა“, „საერთაშორისო“ და „უცხოურ“ გადაწყვეტილებებად კლასიფიკაციის ასპექტები და ამ დიფერენცირების სამართლებრივი შედეგები.

მესამე თავი დაეთმობა საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების გაუქმების ინსტიტუტის კვლევას. განხილული იქნება გადაწყვეტილების გასაჩივრებისა და გაუქმების არსი, გასაჩივრების პროცედურა, სასამართლოს კომპეტენციისა და გასაჩივრების ვადის საკითხი, ასევე, შევხებით საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების გაუქმების შედეგებსა და გაუქმების შესახებ სასამართლოს გადაწყვეტილების გასაჩივრების შესაძლებლობის საკითხებს.

მეოთხე თავი კი მიეძღვნება საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების ცნობისა და აღსრულების ინსტიტუტის შესწავლას. რასაკვირველია, გავეცნობით ცნობისა და აღსრულების არსს, მათ მნიშვნელობას. განვიხილავთ პროცედურულ საკითხებს და ცნობისა და აღსრულების შესახებ წარმოების შედეგებს.

მეხუთე თავში მიმოხილული იქნება საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების გაუქმებისა და ცნობასა და აღსრულებაზე უარის თქმის მოდელური კანონით, ნიუ იორკის კონვენციითა და „არბიტრაჟის შესახებ“ საქართველოს კანონით დადგენილ თითოეულ საფუძველს. გამიჯნული იქნება ის საფუძვლები, რომელთა არსებობის დადასტურება წარმოადგენს მხარის მტკიცების

ტვირთს. ასევე წარმოდგენილია მსჯელობა იმ საფუძვლების შესახებ, რომელთა გამოკვლევა წარმოადგენს სასამართლოს ვალდებულებას.

მეექვსე თავი დაეთმობა საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების გაუქმებისა და ცნობასა და აღსრულებაზე უარის თქმის ურთიერთმიმართების კვლევას, უცხოური პრაქტიკისა და თეორიის საფუძველზე განვიხილავთ თუ როგორია მოსფლიოში არსებული მიდგომები გაუქმებული საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების აღსასრულებლად მიქცევის კუთხით. ასევე ვნახავთ რამდენად დასაშვებია ცნობილი და აღსრულებული საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების გაუქმება, შევეხებით ქართულ კანონმდებლობაში არსებულ ხარვეზს და შევადარებთ აღნიშნულ საკითხს გერმანიის სამართალში არსებულ რეგულაციას.

ნაშრომის ბოლოს მოცემულ საკითხთა განზოგადებითა და შეფასებით გაკეთდება დასკვნა, რომელშიც მიეთითება კონკრეტული პრობლემური საკითხების აღმოფხვრის საშუალებები (რეკომენდაციები).

2. არბიტრაჟის რეგულირების საფუძვლები საქართველოში

2.1. ზოგადი მიმოხილვა

1997 წლის 26 ივნისს მიღებულ იქნა საქართველოს სამოქალაქო კოდექსი და დამოუკიდებელი საქართველოს ისტორიაში დაიწყო კერძო სამართლებრივი ინსტიტუტების დახვეწა და განვითარება. 1997 წელსვე გაუქმდა საქართველოს სახელმწიფო საარბიტრაჟო სასამართლოები, რაც სამართლიანად იქნა შეფასებული, როგორც საბჭოთა არბიტრაჟების დასასრული ქართულ სამართალში.¹ გამოიკვეთა მსოფლიოსთვის მე-20 საუკუნის დასაწყისიდან ან უკვე ცნობილი სტანდარტების შესწავლისა და დანერგვის ტენდენცია და 1997 წლის 17 აპრილს მიღებულ იქნა საქართველოს კანონი კერძო არბიტრაჟის შესახებ. აღნიშნული კანონი, პოსტსაბჭოთა სივრცისგან თვისობრივად ახალი, ქვეყანაში დავის ალტერნატიული განხილვის მექანიზმის შემოღების პირველ ცდას წარმოადგენდა.

საქართველოს კონსტიტუცია ეფუძნება ხელისუფლების დაყოფის პრინციპს, შესაბამისად, საკანონმდებლო და აღმასრულებელი ხელისუფლებების გვერდით, უმნიშვნელოვანესი ადგილი უჭირავს სასამართლოს, როგორც ხელისუფლების დამოუკიდებელ, მესამე შტოს, რომელიც საქართველოს სახელით ახორციელებს მართლმსაჯულებას და უზრუნველყოფს კანონის უზენაესობისა და საჯარო წესრიგის დაცვას.² სწორედ სასამართლო ხელისუფლების პარალელურად, ასპარეზზე გამოდის საარბიტრაჟო განხილვის მექანიზმი, როგორც მხარეთა შორის წარმოშობილი დავის ალტერნატიული გადაწყვეტის საშუალება. კერძო სამართლის სუბიექტებს უფლება მიეცათ გარანტირებული ჰქონოდათ არა მარტო თავის შეხედულებისამებრ გადაწყვიტათ კონკრეტულ პირებთან კერძო-სამართლებრივ ურთიერთობაში შესვლისა და უფლება-მოვალეობათა განსაზღვრის საკითხი, არამედ ასეთი უფლება-მოვალეობების დარღვევის შემთხვევაშიც, თვითონ აერჩიათ დავის გადაწყვეტის სპეციალური ფორმები და საშუალებები. ცნობილია, რომ დარღვეული და სადავოდ ქცეული უფლების დაცვის საყოველთაოდ გავრცელებულ ფორმას წარმოადგენს სასამართლოსათვის სარჩელით მიმართვა, მაგრამ სასამართლო უკვე არ განიხილებოდა უფლების დაცვის ერთადერთ საშუალებად, რადგან სხვა ქვეყნების მსგავსად, საქართველოშიც დაინერგა უფლების დაცვის ალტერნატიული ფორმების გამოყენების შესაძლებლობა, არბიტრაჟის სახით.

საქართველოში პირველი საკანონმდებლო აქტი, რომელიც არეგულირებდა არბიტრაჟთან დაკავშირებულ ურთიერთობას, როგორც ზემოთ აღვნიშნეთ, მიღებული იქნა 1997 წელს. თუმცა, ამ სფეროში წარმატებული რეფორმისთვის, „კერძო არბიტრაჟის შესახებ“ საქართვე-

¹ *ცერცვაძე გ.*, საერთაშორისო საარბიტრაჟო განხილვის წინაპირობები (შედარებითი ანალიზი), სადისერტაციო ნაშრომი, თბ., 2008, 97.

² საქართველოს კონსტიტუცია 1995, 82-ე მუხლი.

ლოს კანონის მიღების პოლიტიკური გადაწყვეტილება საკმარისი არ აღმოჩნდა.¹ უმთავრესი კონცეპტუალური შეცდომა, რომელიც ქართველმა კანონმდებელმა დაუშვა, იყო მსოფლიოში აღიარებული და უკვე წარმატებული, *UNCITRAL*-ის მოდელური კანონის² ამოქმედებაზე უარის თქმა, განსაკუთრებით მაშინ, როცა 90-იანი წლების ბოლოს ევროპის ქვეყნების იმ დიდმა ნაწილმა, რომელთა შიდა საარბიტრაჟო კანონმდებლობა მოდელური კანონის მიხედვით იყო შექმნილი და რომლებიც საარბიტრაჟო განხილვის „საუკეთესო“ ადგილად მიიჩნევიან, დაასრულეს დავის ალტერნატიული გადაწყვეტის, განსაკუთრებით კი არბიტრაჟის როლის გაზრდისკენ მიმართული ძირეული რეფორმები,³ ინგლისის და შვედეთის საარბიტრაჟო აქტებიც სწორედ ამ პერიოდში იქნა მიღებული⁴. საქართველოს ჰქონდა კარგი შესაძლებლობა გამოეყენებინა ამ დარგში მოწინავე ქვეყნების გამოცდილება, გაეთვალისწინებინა რეფორმის დადებითი და უარყოფითი მხარეები და ა.შ. მაგრამ პირიქით, ამ და სხვა მრავალი ფაქტორის გათვალისწინებლობამ გამოიწვია ხარვეზებით აღსავსე კანონის მიღება, რომელმაც, თავის მხრივ, მთელი ათწლეულით უკან დახია და დააკნინა არბიტრაჟის როლი საქართველოში.

1997 წლის კერძო არბიტრაჟის კანონის ხარვეზები და საერთაშორისოდ აღიარებული მიდგომებისგან განსხვავებული რეგულაციები ბევრ ასპექტში გამოიხატებოდა, თუმცა მოცემულ შემთხვევაში მსურს განვიხილო აღნიშნული კანონის კონკრეტული პრობლემები, ერთი მხრივ, გადაწყვეტილების გაუქმების ინსტიტუტისა და მეორე მხრივ, შიდა და საერთაშორისო საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების აღსრულების კუთხით.

2.2. კერძო არბიტრაჟის შესახებ საქართველოს კანონის მიმართება საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების გაუქმებას, ცნობასა და აღსრულებასთან

ერთ-ერთი მნიშვნელოვანი სფერო, რომელიც არბიტრაჟის შესახებ ნაციონალური კანონმდებლობით აუცილებლად წესრიგდება, არბიტრაჟის საქმიანობაში სახელმწიფო სასამართლოს ჩარევის სამართლებრივ რეგულირებას გულისხმობს. აღნიშნულ საკითხში საქართველოს კანონი „კერძო არბიტრაჟის შესახებ“ ძირითადად, შეესაბამებოდა მოდელურ კანონსა და საერთაშორისო სამართლებრივ აქტებს. სამწუხაროდ ამას ვერ ვიტყვით საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების ცნობისა და აღსრულების ან სასამართლოს მიერ მისი გაუქმების მარეგულირებელ ნორმებზე.⁵

კერძო არბიტრაჟის შესახებ საქართველოს კანონის 43-ე მუხლი სასამართლოს ანიჭებს და უფლებამოსილებას განეხილა მხარის სარჩელი და შეეცვალა საარბიტრაჟო გადაწყვეტილება შესაბამისი საფუძვლების არსებობის შემთხვევაში. ეს ნორმა საინტერესოა რამდენიმე თვალსაზრისით. პირველ რიგში, ყურადღებას იქცევს ის, რომ საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების გასაჩივრება ხდებოდა ჩვეულებრივ სასარჩელო წარმოების გზით, რაც განსხვავდება საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების გასაჩივრების დღეს უკვე არსებული და მოდელური კანონით გათვალისწინებული ფორმისგან.⁶ ამასთან, ეს წარმოება მიმართული იყო საარბიტრაჟო გა-

¹ *Tsertsvadze G.*, Brief Commentary to the Georgian Arbitration Law 2009, Tb., 2011, 15.

² საარბიტრაჟო სამართლის უნიფიცირების მიზნით, გაეროს საერთაშორისო სავაჭრო სამართლის კომისიის (*UNCITRAL*) მიერ, 1985 წლის 21 ივნისს მე-18 ყოველწლიურ სესიაზე მიღებულ იქნა მოდელური კანონი საერთაშორისო სავაჭრო არბიტრაჟის შესახებ. ამ ფორმით, სახელმწიფოებს მიეცათ შესაძლებლობა თითოეული მათგანის სამართლებრივი სისტემისთვის დამახასიათებელი თავისებურებების გათვალისწინებით, საარბიტრაჟო კანონმდებლობა შესაბამისობაში მოეყვანათ მოდელური კანონის ძირითად პრინციპებთან. იხ. *Beiker u Makenzi*, *Международный Коммерческий Арбитраж*, М., 2001, 27. ასევე, *UNCITRAL*-ის მოდელური კანონის ქვეყნების სრული სია, <http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration_status.html>.

³ *Tsertsvadze G.*, Brief Commentary to the Georgian Arbitration Law 2009, Tb., 2011, 16-17.

⁴ United Kingdom Arbitration Act 1996, [June 17, 1996].

⁵ *ცერცვაძე გ.*, საერთაშორისო არბიტრაჟი, თბ., 2012, 139.

⁶ დანვრილებით იხ. ნაშრომის თავი მე-4.

დანყვეტილების „შეცვლისკენ“, თუმცა სრულიად ბუნდოვანია როგორ. კანონი არ განსაზღვრავდა სასამართლოს კომპეტენციას, რომელ ინსტანციას უნდა განეხილა აღნიშნული სარჩელი და რა სახით უნდა მომხდარიყო გადაწყვეტილების შეცვლა, ამ გადაწყვეტილების კანონიერების და დასაბუთებულობის შემოწმებით, გადასინჯვით თუ უბრალოდ მისი გაუქმებით.

43-ე მუხლი ასახელებდა იმ გამონაკლის შემთხვევებს, როდესაც შესაძლებელი იყო საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების შეცვლა. მხარის სარჩელის საფუძველზე მოსამართლე უფლებამოსილი იყო შეეცვალა საარბიტრაჟო გადაწყვეტილება, როცა იგი:

ა) ეწინააღმდეგებოდა ადმინისტრაციულ სამართალდარღვევათა და სისხლის სამართლის კანონმდებლობას;

ბ) დარღვეული იყო არბიტრაჟის მიერ საქმის განხილვის და გადაწყვეტის მხარეთა შეთანხმებით ან ამ კანონით დადგენილი წესები;

გ) საქმესთან დაკავშირებით არბიტრაჟის წევრმა ჩაიდინა საქართველოს სისხლის სამართლის კოდექსის 189-ე მუხლით გათვალისწინებული ქმედება, რაც დადგენილია კანონიერ ძალაში შესული განაჩენით, გარდა იმ შემთხვევისა, თუ ამას ზეგავლენა არ მოუხდენია საარბიტრაჟო გადაწყვეტილებაზე.

ამკარაა, რომ აღნიშნულ საფუძველებს არაფერი აქვთ საერთო ნიუ-იორკის კონვენციისა და მოდელური კანონის შესაბამის ნორმებთან, რის გამოც მათი ეფექტურობა საერთაშორისო საარბიტრაჟო გადაწყვეტილებებზე სასამართლო კონტროლის განხორციელების პროცესში საეჭვო იყო.¹

რას მოიაზრებს კანონმდებელი, ამ მუხლში გამოყენებულ ტერმინ „სასამართლოში“? ამაზე პასუხს გვაძლევს „კერძო არბიტრაჟის შესახებ“ კანონის მე-6 მუხლი: ამ კანონით გათვალისწინებულ საკითხებზე მხარის სარჩელის ან არბიტრაჟის თხოვნას განიხილავს ის რაიონული საქალაქო სასამართლო, რომლის სამოქმედო ტერიტორიაზეც მიმდინარეობს საარბიტრაჟო განხილვა. ამგვარად, საარბიტრაჟო გადაწყვეტილებასთან დაკავშირებულ საკითხებს ერთპიროვნულად განიხილავდა სამოქალაქო საქმეებზე პასუხისმგებელი მოსამართლე რაიონულ სასამართლოში და, შესაბამისად, ერთ-ერთი უფლებამოსილი მოსამართლე საქალაქო სასამართლოში. ყოველივე ზემოაღნიშნულიდან ივარაუდება, რომ შესაძლებელი იყო მხოლოდ საქართველოში გამოტანილი საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების „შეცვლა“, და აღნიშნული არ ეხებოდა საქართველოს ფარგლებს გარეთ გამოტანილ გადაწყვეტილებებს.

საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების „შეცვლის“ კანონისმიერი დანაწესი იმდენად ბუნდოვანი იყო, რომ სასამართლო პრაქტიკაში, სამოქალაქო საქმეთა განმხილველი მოსამართლეები, რომლებიც ძირითადად არ არიან დაკავებული ნორმათა განმარტებისა და ინტერპრეტაციის გზით დანერგონ პრეცედენტები და ახლებური ხედვა, რიგ გადაწყვეტილებებში განმარტებისთვის ეყრდნობოდნენ მოდელური კანონის ნორმებს. გამომდინარე იქედან, რომ საქართველოში მოდელური კანონი არ მოქმედებდა, მისი გამოყენების უფლებამოსილების საკითხი ღიად რჩება, თუმცა, თბილისის საქალაქო სასამართლოს სამოქალაქო საქმეთა პალატის მოსამართლეთა მისწრაფება და მცდელობა, რომ საკანონმდებლო ხარვეზები სასამართლოს გადაწყვეტილებაში ნორმათა განმარტებით შეეცვლინათ, პროგრესულ ნაბიჯად უნდა ჩაითვალოს.²

ფაქტია, რომ კერძო არბიტრაჟის შესახებ საქართველოს კანონი დამახინჯებული ფორმით შეიცავდა გადაწყვეტილების გაუქმების ელემენტს და საკმაოდ შორს იყო მოდელური კანონით გათვალისწინებული პროცედურისგან. ამასთან, სრულიად განსხვავდება გადაწყვეტილების „შეცვლის“ საფუძველები დღეს არსებული გადაწყვეტილების გაუქმების მსოფლიოში აღიარებული სტანდარტებისგან, რომელთაც დეტალურად შემდგომ თავებში განვიხილავთ.

ასევე, ძალზედ საინტერესოა ზემოაღნიშნული კანონის დამოკიდებულება საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების ცნობისა და აღსრულების ცნებასა და პროცედურასთან. პარადოქსი გახლავთ ის, რომ თავად კერძო არბიტრაჟის შესახებ საქართველოს კანონი, თავისი ფორმითა და შინაარსით მხოლოდ საქართველოში არსებული არბიტრაჟის მარეგულირებელ აქტს წარმო-

¹ *ცერცვაძე გ.*, საერთაშორისო არბიტრაჟი, თბ., 2012, 700.

² *Tsertsvadze G.*, Brief Commentary to the Georgian Arbitration Law 2009, Tb., 2011, 17.

ადგენდა და მისი გამოყენება თითქმის შეუძლებელი იყო საერთაშორისო საარბიტრაჟო ინსტიტუტებთან მიმართებაში, განსაკუთრებით, საქართველოს ფარგლებს გარეთ გამოტანილი გადაწყვეტილებების ცნობისა და აღსრულების წესის არარსებობის პირობებში. სწორედ აღნიშნული გარემოება მიიჩნეოდა კანონის ძირითად ნაკლად და მას სამართლიანად აკრიტიკებდნენ ქართულ იურიდიულ ლიტერატურაში.¹

აქვე საინტერესოა, რომ საქართველოს პარლამენტის 1994 წლის 3 თებერვლის დადგენილებით, საქართველოს რესპუბლიკა შეუერთდა უცხოეთის საარბიტრაჟო გადაწყვეტილებათა ცნობისა და აღსრულების შესახებ ნიუ იორკის 1958 წლის კონვენციას. ამავე დადგენილებით დაევალა მინისტრთა კაბინეტს, ნორმატიული აქტების აღნიშნულ კონვენციასთან შესაბამისობაში მოყვანა,² მაგრამ ფაქტია, რომ 3 წლის შემდგომ მიღებულ კერძო არბიტრაჟის შესახებ კანონში სრულიად იგნორირებულია აღნიშნული კონვენციით დადგენილი, უცხოური საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების ცნობისა და აღსრულების უნიფიცირებული სტანდარტები.

უცხოური საარბიტრაჟო გადაწყვეტილებების ცნობისა და აღსრულების საკითხი 2010 წლამდე მოქმედ ქართულ სამართალში, ფაქტობრივად, სამართლებრივი რეგულირების მიღმა რჩებოდა. მიუხედავად ამისა, საქართველოში მაინც არსებობს ასეთი გადაწყვეტილებების ცნობისა და აღსრულების პრეცედენტები. არბიტრაჟის შესახებ ახალი კანონის მიღებამდე, საქართველოს უზენაესი სასამართლო საარბიტრაჟო გადაწყვეტილებების ცნობასა და აღსრულებას ახორციელებდა საერთაშორისო კერძო სამართლის კანონისა და მინსკის კონვენციის მიხედვით, რომელიც არ ეხება საარბიტრაჟო გადაწყვეტილებებს და უზრუნველყოფს მხოლოდ სასამართლო გადაწყვეტილებების ცნობასა და აღსრულების რეგულირებას.³ ღიად რჩება კითხვა, რატომ არ იყენებდა საქართველოს უზენაესი სასამართლო პირდაპირ უცხოეთის საარბიტრაჟო გადაწყვეტილებათა ცნობისა და აღსრულების შესახებ ნიუ იორკის 1958 წლის კონვენციას⁴, როცა ამის შესაძლებლობას პირდაპირ ითვალისწინებს საქართველოს კანონმდებლობა.

მნიშვნელოვანია აღინიშნოს, რომ საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების „ცნობას“ როგორც ცნებას და ინსტიტუტს, კერძო არბიტრაჟის შესახებ 1997 წლის კანონი არ ითვალისწინებდა. ეს კიდევ ერთხელ ეჭვქვეშ აყენებს აღნიშნული კანონის მოქმედებას უცხოურ საარბიტრაჟო გადაწყვეტილებებთან მიმართებაში, ვინაიდან უცხოური საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების ცნობისას საქმე გვაქვს ქვეყნის ტერიტორიაზე უცხოური აქტის მოქმედების „აღიარებასა“ და მისთვის ქვეყნის ტერიტორიაზე იურიდიული ძალის მინიჭებასთან, ანუ სახელმწიფოს ნებართვის საფუძველზე ხორციელდება უცხოური აქტის, ჩვენ შემთხვევაში, საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების მოქმედების ლეგიტიმაცია ქვეყნის შიგნით, რითაც ხდება ტერიტორიულობის პრინციპის გარკვეული შეზღუდვა, შესაბამისად, უცხოური საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების ცნობის გარეშე, მისი აღსასრულებლად მიქცევა სახელმწიფოს სუვერენულ უფლებასთან მოდის წინააღმდეგობაში.

შიდა საარბიტრაჟო გადაწყვეტილებებთან დაკავშირებითაც ბევრი პრობლემა წარმოშვა გადაწყვეტილებების ცნობის არარსებობამ. დაინერგა მახინჯი პრაქტიკა და არბიტრაჟი მხარეთა უფლებების არათუ დაცვის, არამედ შელახვის ასპარეზად იქცა. ზემოაღნიშნული კანონის 42-ე მუხლის მიხედვით „საარბიტრაჟო გადაწყვეტილება, რომელიც ნებაყოფლობით არ იქნა შესრულებული, აღსრულდება იძულებით, საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების ძალაში შესვლის შესახებ არბიტრაჟის თავმჯდომარის მიერ გაცემული სააღსრულებო წარწერის საფუძველზე“. ცალსახაა, არ ხდებოდა გადაწყვეტილების ცნობა და აქ საუბარი არც იყო სახელმწი-

¹ შეად: *ცერცვაძე გ.*, საერთაშორისო არბიტრაჟი, თბ., 2012, 140; *გოთუა ლ.*, უცხო ქვეყნის სასამართლო გადაწყვეტილებებისა და უცხოური საარბიტრაჟო გადაწყვეტილებების აღსრულება, სადისერტაციო ნაშრომი, თბ., 2010, 45-49.

² საქართველოს პარლამენტის დადგენილება „უცხოეთის საარბიტრაჟო გადაწყვეტილებათა ცნობისა და აღსრულების შესახებ საერთაშორისო კონვენციასთან მიერთების თაობაზე“, თბ., 1994, <codex.net2007>.

³ *Tsertsvadze G.*, Brief Commentary to the Georgian Arbitration Law, 2009, Tb., 2011, 19.

⁴ საქართველოს კანონი „ნორმატიული აქტების შესახებ“, მუხლი 20, პუნქტი II.

ფო სასამართლოს მიერ საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების აღსრულებადად მიქცევაზე. კანონი თავად არბიტრაჟის თავმჯდომარეს აღჭურვადა უფლებამოსილებით, გაეცა სააღსრულებო წარწერა. „ალოგიკურია, სააღსრულებო ფურცლის გაცემის უფლებამოსილება კომერციულ იურიდიულ პირს ჰქონდეს. არბიტრაჟის კომპეტენცია გადაწყვეტილების გამოტანით შემოიფარგლება, ამ გადაწყვეტილების იძულებით აღსასრულებლად მიქცევის უფლება სასამართლოს უნდა მიენიჭოს.“¹

კანონის იგივე მუხლი შემდგომში ითვალისწინებდა ამ საარბიტრაჟო წარწერის საფუძველზე წარმოებას კანონმდებლობის შესაბამისი სამოქალაქო საპროცესო ნორმების მიხედვით. აქ, ბუნებრივია, იგულისხმება საქართველოს 1999 წლის კანონი სააღსრულებო წარმოებათა შესახებ. აღსანიშნავია, რომ მისი შესაბამისი ნორმა (მე-2 მუხლი) აღსრულების ქვემდებარე აქტების ჩამონათვალში ასახელებს როგორც კერძო არბიტრაჟის გადაწყვეტილებას, ასევე იმ არბიტრაჟის გადაწყვეტილებას, რომლის აღსრულებაც გათვალისწინებულია საქართველოს საერთაშორისო ხელშეკრულებებით. აქ აშკარად იგულისხმება უცხოური საარბიტრაჟო გადაწყვეტილებები, ვინაიდან ზოგადად მათი სამართლებრივი რეგულირება კანონში არ იყო გათვალისწინებული და ამ ხარვეზის ერთგვარი შევსება ხდებოდა ზემოთ ხსენებული დებულების ხარჯზე.²

როგორც ვნახეთ, სასამართლოს კონტროლი არბიტრაჟის მიერ მიღებულ გადაწყვეტილებაზე პრაქტიკულად არ არსებობდა. ხორციელდებოდა „კერძო მართლმსაჯულება“ და გამოტანილი გადაწყვეტილება, ყოველგვარი სახელმწიფო კონტროლის გარეშე ხდებოდა სასამართლო გადაწყვეტილების „ტოლფასი“. „კერძო არბიტრაჟის შესახებ“ კანონი ვერ პასუხობდა საერთაშორისო კონვენციების მიერ დადგენილ მოთხოვნებს. კანონმდებლის უპირველეს მოვალეობას წარმოადგენდა ისეთი სამართლებრივი სისტემის შექმნა, რომელიც უზრუნველყოფდა მხარეთა ინტერესების დაცვას. მხოლოდ ზემოთ აღნიშნული ფაქტორებიც კი ცხადყოფს, რომ „კერძო არბიტრაჟის შესახებ“ საქართველოს კანონი უდავოდ საჭიროებდა ძირეული ცვლილებების განხორციელებას და აუცილებელი იყო მისი მიახლოება საერთაშორისო სტანდარტებთან.

2.3. ახალი კანონი „არბიტრაჟის შესახებ“

2009 წელს მიღებული იქნა ახალი კანონი „არბიტრაჟის შესახებ“, რომელიც ითვალისწინებდა ევროპული ქვეყნებისა თუ საერთაშორისო ორგანიზაციების მიერ შემუშავებულ რეკომენდაციებს. ახალმა კანონმა დაადგინა სრულიად ახალი წესები, რომელიც დაკავშირებული იყო „საქართველოში არბიტრაჟის შექმნის, საარბიტრაჟო წარმოების, საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების, აგრეთვე, საქართველოს ფარგლებს გარეთ გამოტანილი საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების ცნობისა და აღსრულების საკითხებთან.“³ „არბიტრაჟი უფლებამოსილია განიხილოს პირთა თანასწორობაზე დამყარებული კერძო ხასიათის ის ქონებრივი დავა, რომლის მონესრიგებაც მხარეებს შეუძლიათ ერთმანეთს შორის.“ „არბიტრაჟის შესახებ“ ახალმა კანონმა კიდევ უფრო განამტკიცა სამოქალაქო ბრუნვის მონაწილეთა დამოუკიდებლობა, თვითონ აირჩიონ არა მარტო უფლების დაცვის ესა თუ ის ფორმა, არამედ არბიტრაჟის მეშვეობით დავის გადაწყვეტის თაობაზე შეთანხმების მიღწევის შემდეგ თვითონვე განსაზღვრონ ის კონკრეტული არბიტრაჟი, რომელსაც მიანდობენ დავის გადაწყვეტას.

ახალი კანონის მიღებისას, კანონმდებელი გარკვეული კონცეპტუალური ალტერნატივის წინაშე აღმოჩნდა. სამართლებრივი ტექნიკის თვალსაზრისით უნდა აერჩიათ საქართველოში და მის საზღვრებს გარეთ გამოტანილი საარბიტრაჟო გადაწყვეტილებების რეგულირე-

¹ ცერცვაძე გ., საერთაშორისო საარბიტრაჟო განხილვის წინაპირობები, (შედარებითი ანალიზი), სადისერტაციო ნაშრომი, თბ., 2008, 100.

² გოთუა ლ., უცხო ქვეყნის სასამართლო გადაწყვეტილებებისა და უცხოური საარბიტრაჟო გადაწყვეტილებების აღსრულება, სადისერტაციო ნაშრომი, თბ., 2009, 45.

³ საქართველოს კანონი, „არბიტრაჟის შესახებ“, მუხლი 1, პუნქტი II.

ბისთვის ცალ-ცალკე, დამოუკიდებელი კანონებით ან ერთიანი საკანონმდებლო აქტით მოწესრიგების საკითხი. აღნიშნული პრობლემა, უფრო პროცესუალურ ხასიათს ატარებდა, ვიდრე შინაარსობრივს. საქართველომ არჩევანი უნიფიცირებული აქტის მიღებაზე შეაჩერა და ამით გაიზიარა არბიტრაჟის სფეროში განვითარებული ბოლო ტენდენციები.¹ მაგალითისთვის, 1999 წელს შვედეთში განხორციელდა საარბიტრაჟო კანონმდებლობის რეფორმა. ამავე წლის 1 აპრილს ძალში შევიდა კანონი „არბიტრაჟის შესახებ“. კანონპროექტზე მომუშავე კომისიის მიზანი არ ყოფილა სრულყოფილი ფორმულირებების ჩამოყალიბება, მათი მიზანი იყო, რომ კანონი ყოფილიყო მარტივი ლაკონური და მოქნილი.² რეფორმამდე შვედეთში არსებობდა ორი კანონი: „არბიტრაჟის შესახებ“ და „საერთაშორისო საარბიტრაჟო გადაწყვეტილებებისა და შეთანხმებების შესახებ“. ახალმა კანონმა ორივე მათგანის რეგულირების სფერო მოიცვა.³ შვედეთის „არბიტრაჟის შესახებ“ კანონის მოქმედება ვრცელდება შვედეთში მიმდინარე საარბიტრაჟო განხილვის პროცესზე, მიუხედავად დავის საერთაშორისო კავშირებისა.⁴

„არბიტრაჟის შესახებ“ საქართველოს კანონიც უნიფიცირებული აქტია, რომლის მოქმედებაც ვრცელდება როგორც საქართველოში, ასევე საქართველოს ფარგლებს გარეთ გამოტანილ საარბიტრაჟო გადაწყვეტილებებზე. ამ კანონით განისაზღვრა არბიტრაჟის დამოუკიდებლობის და მის საქმიანობაში სასამართლოს ჩარევის ფარგლები. შემოღებული იქნა საქართველოს რეალობისთვის სრულიად ახალი ინსტიტუტი – არბიტრაჟის მიერ მიღებული გადაწყვეტილების ცნობა და აღსასრულებლად მიქცევა სასამართლოს მიერ. ამით საარბიტრაჟო გადაწყვეტილება სასამართლოს კონტროლს დაექვემდებარა და კითხვა – უნდა განხორციელოს თუ არა საარბიტრაჟო გადაწყვეტილებაზე კონტროლი სასამართლომ, შეიცვალა კითხვით – როგორ და რა ფარგლებში უნდა განხორციელოს ეს?

3. საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების „ნაციონალიზაცია“

ცნობილია, რომ საარბიტრაჟო კანონმდებლობის ჰარმონიზაცია სამმა ძირითადმა დოკუმენტმა უზრუნველყო: 1. 1958 წლის კონვენცია უცხოური საარბიტრაჟო გადაწყვეტილებების ცნობისა და აღსრულების შესახებ (ნიუ-იორკის კონვენცია), 2. 1976 წლის UNCITRAL-ის საარბიტრაჟო წესები, რომელიც საბოლოოდ იქცა 3. 1985 წლის UNCITRAL-ის მოდელურ კანონად, ძალიან ამბიციური მიზნით: ჰარმონიზაციაში დახმარებოდა არსებულ ნაციონალურ საარბიტრაჟო კანონებს და შემზღვევლი თავისებურებები მინიმუმამდე შეემცირებინა.⁵

მოდელური კანონის მნიშვნელობა შეუფასებელია, განსაკუთრებით მას შემდეგ, რაც თანამედროვე კონსესუსის საგანი გახდა საარბიტრაჟო გადაწყვეტილებების კონტროლის განხორციელება იმ ქვეყნის სასამართლოს მიერ სადაც არის საარბიტრაჟო *situs* (განხილვის ადგილი).⁶ კონტროლის პრინციპები, რომლებიც მოდელურ კანონში ჩაიდო წარმოადგენს გლობალური შეთანხმების ნაწილს სასურველ ბალანსზე – საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების ფინან-

¹ Tsertsvadze G., Brief Commentary to the Georgian Arbitration Law 2009, Tb., 2011, 21.

² Madsen F., Commercial Arbitration in Sweden, A commentary on the Arbitration Act (1999:116) and the Rules of the Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce; “Jure Förlag AB“, 1st ed., Stockholm, 2004, 40.

³ ცერცვაძე გ., საერთაშორისო საარბიტრაჟო განხილვის წინაპირობები, (შედარებითი ანალიზი) სადისერტაციო ნაშრომი, თბ., 2008, 74.

⁴ Madsen F., Commercial Arbitration in Sweden, A commentary to the arbitration Act and the Rules of the Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce, 3rd ed., New-York, 2007, 343.

⁵ Pavic V., Annulment of Arbitral Awards in International Commercial Arbitration, 2010, 132, <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1615333>.

⁶ Zeiler G., Steindl B., The New Austrian Arbitration Law 5 (2006). – მოდელური კანონი შეადარეს: “great flattener [...]. However, not the entire world has been flattened. There are great plains as well as rocky mountains. The plains exist where the Model Law has been introduced – steep mountains remain where it is not the case.”

ლურობასა და სრულყოფილს შორის.¹ საარბიტრაჟო გადაწყვეტილება მის საბოლოო აღსრულებამდე გადის გარკვეულ ტესტს, რომელიც მის ფორმალურ შემომწმებას გულისხმობს. საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების გაუქმება და ცნობასა და აღსრულებაზე უარის თქმა, სწორედ გადაწყვეტილების კონტროლის ისეთი ფორმებია, რომელსაც „არბიტრაჟის შესახებ“ საქართველოს კანონიც ითვალისწინებს. კანონმდებელი გაუქმებას უქვემდებარებს საქართველოში გამოტანილ საარბიტრაჟო გადაწყვეტილებას, ხოლო ცნობისა და აღსრულების „ტესტის“ გავლა ერთნაირად ეხება როგორც საქართველოში, ისე მის ფარგლებს გარეთ გამოტანილ საარბიტრაჟო გადაწყვეტილებებს. შესაბამისად, აუცილებელია დადგინდეს რა იგულისხმება მათ მიღმა.

როგორც უკვე არაერთხელ ვახსენეთ, 2010 წლამდე მოქმედი კანონი არ იცნობდა საარბიტრაჟო გადაწყვეტილებების დიფერენციაციას მათი სახელმწიფო კუთვნილების მიხედვით. სხვა ვითარებაა ამ მხრივ ახალ კანონში „არბიტრაჟის შესახებ“, რომლის დებულებები ბევრად ახლოა საერთაშორისო სტანდარტებთან. ახალი კანონი არ განასხვავებს საერთაშორისო და უცხოურ საარბიტრაჟო გადაწყვეტილებებს, მეტიც, იგი არ იცნობს ამ ცნებათაგან არც ერთს. 2009 წლის კანონი, კონკრეტული საკითხებიდან გამომდინარე, მიჰნავს „საქართველოში გამოტანილ საარბიტრაჟო გადაწყვეტილებებს“ ახალი სამართლებრივი კატეგორიისგან: „იმ ქვეყნის მიუხედავად, სადაც გამოტანილი იქნა საარბიტრაჟო გადაწყვეტილება“. შესაბამისად, „არბიტრაჟის შესახებ“ კანონი უარს ამბობს უცხოური თუ საერთაშორისო საარბიტრაჟო გადაწყვეტილებების ცალკე რეგულირებაზე და ცნობისა და აღსრულების საკითხებს განზოგადებულად აწესრიგებს.

ინგლისურ სამართალში საარბიტრაჟო გადაწყვეტილება ითვლება შიდა საარბიტრაჟო გადაწყვეტილებად თუ ის გამოტანილია ინგლისში ან მის საზღვრებს გარეთ, მაგრამ საარბიტრაჟო შეთანხმების საფუძველზე, რომელიც წესრიგდება ინგლისური სამართლით. ამ დეფინიციიდან გამომდინარეობს ის, რომ გადაწყვეტილება გამოტანილი ინგლისში, არბიტრანტებს შორის, რომელთაგან არცერთი არ არის გაერთიანებული სამეფოს მოქალაქე ან რეზიდენტი პირი, მაინც ითვლება შიდა საარბიტრაჟო გადაწყვეტილებად. ასევე, გადაწყვეტილება, რომელიც ინგლისს გარეთ იქნა გამოტანილი არბიტრანტებს შორის, რომელთაგან ერთ-ერთი ჩვეულებრივ არის ინგლისის რეზიდენტი, ასევე ითვლება შიდა გადაწყვეტილებად, საარბიტრაჟო შეთანხმების ინგლისური სამართლით მონესრიგებიდან გამომდინარე.²

ზოგადად დეფინიციებთან დაკავშირებით არსებობს მოსაზრება, რომ პოზიტიური სახით მათი განმარტება მისაღები არ არის და ასეთი ცნება ყოვლისმომცველი ვერ იქნება.³ სამართალმცოდნეობაში არ არსებობდა ერთიანი აზრი იმის შესახებ, თუ რა ნიშან-თვისებები უნდა ახასიათებდეს უცხოურ საარბიტრაჟო გადაწყვეტილებას, რა არის ნაციონალური საარბიტრაჟო გადაწყვეტილებისგან მისი გამიჯვნის კრიტერიუმი. საბოლოო ჯამში, საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების წარმოშობის განსაზღვრისთვის, გამოიკვეთა ორი კრიტერიუმი. პირველი **პროცესუალური კრიტერიუმი**, რომლის მიხედვითაც საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების „ნაციონალობა“ დგინდება იმ საპროცესო გარემოს მიხედვით, რომელზე დაყრდნობითაც გადაწყვეტილება იქნა გამოტანილი. ჩვეულებრივ *lex loci arbitri* განსაზღვრავდა პროცედურულ საკითხებს. აზრი მდგომარეობს იმაში, რომ ამა თუ იმ სახელმწიფოსადმი საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების მიკუთვნება ხდება საარბიტრაჟო განხილვაში გამოსაყენებელი სამართლის მიხედვით.

მეორე – **ტერიტორიული კრიტერიუმი**,⁴ რომელისთვისაც მთავარია გადაწყვეტილების მიღების ლოკაცია, ადგილი. ამ კონცეფციის თანახმად, საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების სახელმწიფოსადმი მიკუთვნების საკითხი განისაზღვრება საარბიტრაჟო სასამართლოს გეოგ-

¹ Pavic V., Annulment of Arbitral Awards in International Commercial Arbitration, 2010, 133, <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1615333>.

² Lew J.D.M., The Recognition and Enforcement of Arbitration Awards in England, The International Lawyer, Vol. 10, No. 3, 425-437, <http://www.jstor.org/stable/40705300>, [11/05/2013].

³ ცერცვაძე გ., საერთაშორისო არბიტრაჟი, თბ., 2012, 606.

⁴ ქართულ იურიდიულ ლიტერატურაში მოხსენიებულია, როგორც „ადგილმდებარეობის კრიტერიუმი“ იხ. გოთუა ლ., უცხო ქვეყნის სასამართლო გადაწყვეტილებებისა და უცხოური საარბიტრაჟო გადაწყვეტილებების აღსრულება, სადისერტაციო ნაშრომი, თბ., 2009, 37.

რაფიული მდებარეობით ანუ პროცესის ჩატარების (დავის განმხილველი ტრიბუნალის იურუდიული ადგილსამყოფელი) ადგილით. ნიუ-იორკის კონვენცია არ შეიცავს არცერთ მითითებულ კრიტერიუმს, მოდელური კანონი კი ტერიტორიულობის თეორიულ „ფილოსოფიას“ ეფუძნება.¹ მისმა გავრცელებამ, პროცედურული კრიტერიუმის მარგინალიზაცია გამოიწვია.²

თუმცა, ხანგრძლივი პერიოდის განმავლობაში, ტერიტორიულობის თეორიის მიმდევარ სახელმწიფოებს შორისაც არსებობდა აზრთა სხვადასხვაობა იმ საკითხთან მიმართებაში, თუ როგორ უნდა დადგინდეს საარბიტრაჟო სასამართლოს ადგილი. ეს თეორია, პრაქტიკული თვალსაზრისით, უფრო ხელსაყრელი გამოდგა და ნელ-ნელა დამკვიდრდა მსოფლიოს მასშტაბითაც. გერმანიის ფედერაციულმა რესპუბლიკამაც, რომელიც დიდი ხნის მანძილზე იყო საპროცესო თეორიის მიმდევარი, 1996 წლის საარბიტრაჟო სამართლის რეფორმით შეცვალა თავისი მიდგომა და ტერიტორიულობის კონცეფცია დაამკვიდრა. ამის მიზეზი, როგორც ვთქვით, საერთაშორისო სავაჭრო არბიტრაჟის შესახებ გაეროს მოდელურ კანონში მდგომარეობს, რომელიც ცალსახად ტერიტორიულობის თეორიას ემყარება. ამდენად, იმ სახელმწიფოებმაც, რომლებიც საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების კუთვნილებას საპროცესო კონცეფციის მიხედვით ახდენდნენ, მიიღეს რა გაეროს მოდელურ კანონზე დაფუძნებული ნორმატიული აქტები, ავტომატურად მხარი დაუჭირეს ტერიტორიულობის დოქტრინას. აქედან გამომდინარე, ამ ორი კონცეფციის მომხრეებს შორის დავამ აზრი დაკარგა და ტერიტორიულობის თეორიის გამოყენებით დღესდღეობით თვით მხარეები განსაზღვრავენ არის თუ არა საარბიტრაჟო გადაწყვეტილება რომელიმე კონკრეტულ სახელმწიფოსთან მიმართებაში უცხოური თუ ნაციონალური.³

არსებობს სახელმწიფოები, სადაც ორი ცნება – უცხოური და საერთაშორისო საარბიტრაჟო გადაწყვეტილებები, ერთმანეთისგან გამიჯნულია. რიგ ქვეყნებში, ჩვეული ტერმინები – „შიდა და უცხოური საარბიტრაჟო გადაწყვეტილებები“ ნაკლებად იხმარება და გამოიყენება სამართლებრივი კატეგორიები – „შიდა და საერთაშორისო საარბიტრაჟო გადაწყვეტილებები“. შვეიცარიაში საერთაშორისო საარბიტრაჟო გადაწყვეტილება სახეზეა მაშინ, როდესაც საქმე განიხილა საარბიტრაჟო სასამართლომ შვეიცარიის ტერიტორიაზე და მხარეთაგან ერთ-ერთს მაინც თავისი საცხოვრებელი ადგილი, იურიდიული მისამართი ან ჩვეულებრივი ადგილსამყოფელი შვეიცარიის კონფედერაციის ფარგლებს გარეთ აქვს.

ტერმინების დონეზე განსხვავება იგრძნობა საერთაშორისო ხელშეკრულებებშიც. მაგალითად, ნიუ-იორკის კონვენცია, როგორც ამას მისი დასახელებიდან ნათლად ვხედავთ, აწესრიგებს უცხოურ საარბიტრაჟო გადაწყვეტილებებთან დაკავშირებულ ურთიერთობებს, ხოლო UNICITRAL-ის მოდელური კანონი ვრცელდება საერთაშორისო საარბიტრაჟო შეთანხმებებზე.

კანონზე მომუშავე ჯგუფმა უარყო საფრანგეთის კანონმდებლობის მიდგომა „საერთაშორისოობის“ კრიტერიუმის მიმართ, რომელიც თვლის, რომ არბიტრაჟი საერთაშორისოა, როცა საარბიტრაჟო განხილვა შეეხება საერთაშორისო ვაჭრობის ინტერესებს. ეს მიდგომა უარყოფილ იქნა იმ მოტივით, რომ „ინტერესის“ აბსტრაქტული კატეგორია შესაძლოა გამხდარიყო აბსოლუტურად თავისუფალი, შესაძლოა ურთიერთგამომრიცხავი ინტერპერეტაციის საგანი იმ სახელმწიფოების სასამართლოებისთვის, რომლებიც გაიზიარებდნენ მოდელურ კანონს.⁴

ზოგადად, არბიტრაჟის საერთაშორისოდ მიჩნევისთვის, შესაძლებელია გამოყენებულ იქნას რამდენიმე კრიტერიუმი, როგორც ცალკე აღებული - ინდივიდუალურად ან კომბინირებულად. პირველი, რომელიც ჩვეულებრივ მიღებულია ქვეყნებში, არის ტერიტორიული კრიტერიუმი, რაც გულისხმობს იმას, რომ ქვეყნის ტერიტორიის გარეთ განხორციელებული საარბიტ-

¹ იხ. ნიუ-იორკის კონვენციის მუხლი V(1)(e), მოდელური კანონის მუხლი 1(2).

² *Pavic V.*, Annulment of Arbitral Awards in International Commercial Arbitration 2010, 133, <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1615333>.

³ *გოთუა ლ.*, უცხო ქვეყნის სასამართლო გადაწყვეტილებებისა და უცხოური საარბიტრაჟო გადაწყვეტილებების აღსრულება, სადისერტაციო ნაშრომი, თბ., 2009, 42.

⁴ *Sanders P.*, The Work of UNICITRAL on Arbitration and Conciliation, second expanded edition, 58. ციტი: *ცერცვაძე გ.*, საერთაშორისო არბიტრაჟი, თბ., 2012, 610.

რაყო წარმოება ითვლება საერთაშორისოდ.¹ მეორე კრიტერიუმი მოითხოვს დავის ბუნების, ხასიათის შემოწმებას, შესაბამისად, არბიტრაჟი საერთაშორისოა, თუ საქმის ინტერესი საერთაშორისო ვაჭრობას უკავშირდება. შემდგომი კრიტერიუმი აქცენტს აკეთებს მხარეზე, კერძოდ აუცილებელია დადგინდეს მხარის მოქალაქეობა ან მუდმივი საცხოვრებელი ადგილი უცხოეთში (party's nationality or domicile abroad), რათა არბიტრაჟი ჩაითვალოს საერთაშორისოდ. ასევე, არბიტრაჟის საერთაშორისოდ მიჩნევის ერთ-ერთი საფუძველია სამართალი, რომელიც არჩეულია საარბიტრაჟო განხილვისთვის. მაგალითად, სასამართლოები ინდოეთში, მიიჩნევენ, რომ გადაწყვეტილება, რომელიც გამოტანილ იქნა საზღვარგარეთ, შესაძლებელია ჩაითვალოს ინდოეთის გადაწყვეტილებად, თუ მხარეთა შეთანხმებით დავის განხილვა დაექვემდებარება ინდოეთის საარბიტრაჟო აქტით დადგენილ ნორმებს.²

მოდელური კანონის პირველი მუხლის მესამე პუნქტი გვთავაზობს ობიექტური (დავის საერთაშორისო ხასიათი) და სუბიექტური (უცხოეთის მოქალაქეობის ან მუდმივი საცხოვრებელი ადგილის) კრიტერიუმების კომბინაციას. ექვგარეშეა, რომ მოდელური კანონის სისტემა მოქნილი და ეფექტურია დავის საერთაშორისო ხასიათის განსაზღვრისთვის, ამასთან, იგი შეიცავს კოლიზიურ ნორმებს, რომლებიც უზრუნველყოფენ სამართლის სუბიექტების კონკრეტული სისტემისადმი კავშირის განსაზღვრის შესაძლებლობას.³ გლობალურად თუ შევხედავთ, საერთაშორისო და შიდა არბიტრაჟები, ძირითადად, გაიმიჯნება იმით, რომ პირველი შეიცავს სახელმწიფოს საზღვრის კვეთის ელემენტს.⁴

ამდენად, საერთაშორისო საარბიტრაჟო გადაწყვეტილება ერთგვარ შუალედურ ცნებად გვევლინება ნაციონალურ და უცხოურ საარბიტრაჟო გადაწყვეტილებებს შორის. ის გულისხმობს როგორც შიდასახელმწიფოებრივი, ისე უცხოური ელემენტის მონაწილეობას. ცნობისა და აღსრულების სტადიაზე საერთაშორისო საარბიტრაჟო გადაწყვეტილებების სამართლებრივად გათანაბრება იმავე ხასიათის უცხოურ აქტებთან არ ნიშნავს მათ სრულ დენაციონალიზაციას.

აქედან გამომდინარე, *UNCITRAL*-ის მოდელური კანონის ნორმების მიხედვით გამოტანილი საერთაშორისო საარბიტრაჟო გადაწყვეტილებებიც ცნობასა და აღსრულებადად მიქცევას ექვემდებარება. ეს მოვლენა რიგი სპეციალისტების მიერ უარყოფით და რეგრესულ ნაბიჯად ფასდება⁵, თუ ადრე მხოლოდ უცხოური საარბიტრაჟო გადაწყვეტილებები საჭიროებდნენ ცნობას, დღესდღეობით საფრანგეთის სამოქალაქო საპროცესო კოდექსის მე-6 ნაწილი მოდელური კანონის ნორმების შესაბამისად ითხოვს, რომ საფრანგეთის ტერიტორიაზე გამოტანილი საერთაშორისო საარბიტრაჟო გადაწყვეტილებები ცნობის პროცედურას დაექვემდებარონ, რათა ამ ქვეყანაში სამართლებრივი შედეგები გამოიწვიონ⁶.

საქართველოს ახლმა კანონმა „არბიტრაჟის შესახებ“ უარი თქვა საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების გამოტანის ადგილის დაკონკრეტებაზე. რთული საკითხია, საჭიროა თუ არა „არბიტრაჟის შესახებ“ კანონის ტექსტში საერთაშორისო და უცხოურ საარბიტრაჟო გადაწყვეტილებებს შორის განსხვავების დაფიქსირება. საკითხის გადაჭარბებულ სამართლებრივ რეგლამენტაციამ მეტწილად თეორიული დატვირთვა მიიღო და, შესაძლოა, დამატებითი სირთულეები შექმნას.

¹ Brazilian Arbitration Act of 1996, 34. ასევე, UK Arbitration Act of 1996, 2(1), 3.

² *Oil and Natural Gas Commission v. Western Co of North America*, in *Tweeddale A., Tweeddale K.*, *Arbitration of Commercial Disputes*, 2007, 49.

³ *Lew J., Mistelis L., Kröll S.*, *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 2003, 61.

⁴ *Blackaby N., Partasides C., Redfern A., Hunter M.*, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 5th ed., 2009, 8.

⁵ *გოთუა ლ.*, უცხო ქვეყნის სასამართლო გადაწყვეტილებებისა და უცხოური საარბიტრაჟო გადაწყვეტილებების აღსრულება, სადისერტაციო ნაშრომი, თბ., 2009 41.

⁶ შეად. *Calavros*, *das UNCITRAL – Modellgesetz über die internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit*, 1988, 173. ციტირებულია: *გოთუა ლ.*, უცხო ქვეყნის სასამართლო გადაწყვეტილებებისა და უცხოური საარბიტრაჟო გადაწყვეტილებების აღსრულება, სადისერტაციო ნაშრომი, თბ., 2009, 41.

კანონმდებლის მართებულ მიდგომად უნდა მივიჩნიოთ ის გარემოება, რომ იგი იდენტურ სამართლებრივ რეჟიმს აწესებს როგორც საქართველოში, ისე მის ფარგლებს გარეთ გამოტანილი საარბიტრაჟო გადაწყვეტილებების მიმართ ცნობისა და აღსრულების თვალსაზრისით. ამით იზიარებს ნიუ-იორკის კონვენციის მე-3 მუხლის დანაწესს, რომლის მიხედვით, იმ საარბიტრაჟო გადაწყვეტილებათა ცნობისა და აღსრულების მიმართ, რომელებისთვისაც გამოიყენება კონვენცია, არ შეიძლება გამოყენებულ იქნეს არსებითად უფრო მძიმე პირობები ან უფრო მაღალი გადასახადები, ვიდრე დაწესებულია შიდა საარბიტრაჟო გადაწყვეტილებების ცნობისა და აღსრულებისთვის. მაგალითისთვის, კანადის უზენაესმა სასამართლომ განმარტა, რომ ნიუ-იორკის კონვენციის მე-3 მუხლის ფარგლებში, არცერთ კანადის პროვინციას არ შეუძლია საერთაშორისო საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების ცნობისა და აღსრულებისთვის იმაზე მოკლევადიანი დროის ლიმიტის დაწესება, ვიდრე შიდა საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების ცნობისა და აღსრულებისთვის დაწესებული უდიდესი დროის ლიმიტია კანადის მთელს ტერიტორიაზე.¹

ყოველივე ზემოაღნიშნულიდან გამომდინარე, საქართველოს კანონმდებლობით, სახეზე გვაქვს საქართველოში და საქართველოს ფარგლებს გარეთ გამოტანილი საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების კრიტერიუმები. აღნიშნული დაყოფის შედეგად საარბიტრაჟო გადაწყვეტილები სხვადასხვა ინსტანციის სასამართლო კონტროლის განსხვავებული მექანიზმების ობიექტად იქცევიან.

4. საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების გასაჩივრება და გაუქმება

4.1. საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების გასაჩივრების და გაუქმების არსი

სასამართლოსადმი მიმართვის უფლება საქართველოს კონსტიტუციითა და ადამიანის უფლებათა ევროპული კონვენციით გარანტირებული ერთ-ერთი უმნიშვნელოვანესი უფლებაა.² ყველას შეუძლია მოითხოვოს მისი საქმის განხილვა სამართლიანი და მიუკერძოებელი სასამართლოს მიერ.³ ამავე დროს, არბიტრაჟის მიერ დავის განხილვა და გადაწყვეტა გამორიცხავს სასამართლოს მიერ ამავე დავაზე გადაწყვეტილების მიღებას. სამოქალაქო სამართლებრივი ურთიერთობის ძირითადი პრინციპებიდან გამომდინარე, მხარეები თავად ახდენენ მათთვის მინიჭებული უფლების შეზღუდვას და დავის განმხილველ ორგანოდ ირჩევენ არბიტრაჟს, საარბიტრაჟო წარმოებაც მთლიანად მხარეთა ავტონომიურობის პრინციპს ეფუძნება. „არბიტრაჟის შესახებ“ საქართველოს კანონის მე-8 მუხლის მიხედვით „საარბიტრაჟო შეთანხმება არის შეთანხმება, რომლითაც მხარეები თანხმდებიან, განსახილველად გადასცენ არბიტრაჟს ყველა ან ზოგიერთი დავა, რომელიც წარმოიშვა ან შეიძლება წარმოიშვას მათ შორის ამა თუ იმ სახელშეკრულებო ან სხვა სამართლებრივი ურთიერთობიდან გამომდინარე“. იგი გულისხმობს მხარეთა მიერ გამოხატული ნების საფუძველზე, დავის არსებითად გადაწყვეტის კომპეტენციის არბიტრაჟისთვის გადაცემას. სწორედ იმ ფაქტორის გამო, რომ დავის საარბიტრაჟო განხილვისადმი დაქვემდებარება განაპირობებულია მხარეთა შორის საარბიტრაჟო შეთანხმების არსებობით, დავის არბიტრაჟის მიერ განხილვა არ შეიძლება მიჩნეული იქნას მხარის კონსტიტუციური უფლების - სამართლიანი სასამართლოს უფლების შეზღუდვად.⁴

¹ Supreme Court of Canada, 20 May 2010 (Yugraneft Corporation v. Rexx Management Corporation) Yearbook Commercial Arbitration XXXV, 2010, 343- 345 (Canada no. 31) cit. *Sanders P.*, ICCA'S Guide To The Interpretation of the 1958 New York Convention: A Handbook For Judges, Published by the International Council for Commercial Arbitration, Hague, 2011, 70, <www.arbitration-icca.org>.

² საქართველოს კონსტიტუცია, თავი II მუხლი 42; ადამიანის უფლებათა და ძირითად თავისუფლებათა დაცვის ევროპული კონვენცია, მუხლი 6.

³ *კუბლაშვილი კ.*, საქართველოს კონსტიტუციის კომენტარები (ადამიანის ძირითადი უფლებები და თავისუფლებები) *იზორია ლ., კორკელია კ., კუბლაშვილი კ., ხუბუა გ.*, თბ., 2005, 363.

⁴ ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს პრაქტიკა: 1962 წელს არ დაკმაყოფილდა გერმანელი მასწავლებლის მოთხოვნა, საქმე განიხილა სასამართლოს ადამიანის უფლებათა ევროპული კონვენციის მე-6 მუხლის მითითებით, მიუხედავად იმისა, რომ ხელშეკრულება შეიცავდა საარ-

დავის არბიტრაჟისათვის გადაცემით სასამართლო კარგავს იურისდიქციას არსებულ დავაზე,¹ თუმცა ეს არ ნიშნავს საარბიტრაჟო განხილვის სწორად წარმართვაში სასამართლოს როლის სრულ უარყოფას.² „არბიტრაჟის შესახებ“ საქართველოს კანონის მე-6 მუხლის მეორე პუნქტის თანახმად „დაუშვებელია ამ კანონით გათვალისწინებულ სამართლებრივ ურთიერთობებში სასამართლოს რაიმე სახით ჩარევა, გარდა იმ შემთხვევებისა, როდესაც ეს ამ კანონით პირდაპირ არის გათვალისწინებული“.

კანონით პირდაპირ გათვალისწინებული, სასამართლოს ჩარევის ნათელი მაგალითია აღნიშნული კანონის 42-ე მუხლი, რომელიც მოდელური კანონის 34-ე მუხლის შესაბამისად, მხარეს აძლევს საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების გასაჩივრების შესაძლებლობას და კანონით ზუსტად გაწერილი საფუძვლების არსებობის შემთხვევაში, სასამართლოს აღჭურავს საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების გაუქმების უფლებამოსილებით.

ერთი მხრივ, არბიტრაჟის მთავარი იდეა მდგომარეობს იმაში, რომ მხარეები ხელშეკრულებით თანხმდებიან მათ შორის წარმოშობილი დავა განსახილველად გადასცენ მესამე მხარეს – არბიტრაჟს, რაც მათ თავიდან აარიდებს სახელმწიფოს სისტემაში არსებულ სასამართლო განხილვებსა და პროცედურებს.³ მეორე მხრივ, იურიდიულ დოქტრინაში, ზოგადი პრინციპების მიხედვით, სასამართლოში გადაწყვეტილების გასაჩივრება გულისხმობს გადაწყვეტილების კანონიერების და დასაბუთებულობის შემოწმებას, სახელმწიფოს მატერიალური და საპროცესო კანონმდებლობის მიხედვით. ამ ფაქტორების გათვალისწინებით, ჩნდება კითხვა, თუ საარბიტრაჟო განხილვის უმთავრეს ხიბლს სასამართლოსადმი მიმართვისგან თავის არიდება, დავის სწრაფი, ეფექტური და დროში ნაკლებად განელილი პროცესი წარმოადგენს, რატომ უშვებს კანონმდებლობა საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების სასამართლოში გასაჩივრების შესაძლებლობას? რა იგულისხმება გასაჩივრების ცნებაში და რა სახით ერევა სასამართლო ხელისუფლება უკვე გამოტანილი საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების ფორმალურ და შინაარსობრივ მხარეში?

მოდელური კანონის 34-ე მუხლის პირველი პუნქტი ცალსახად განსაზღვრავს, რომ საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების სასამართლოში გასაჩივრება შესაძლებელია მხოლოდ მისი გაუქმების მოთხოვნის შესახებ შუამდგომლობის შეტანის გზით. ამ დროს სასამართლოს არ აქვს უფლება იმსჯელოს საარბიტრაჟო განხილვის საგანთან დაკავშირებულ ფაქტობრივ გარემოებებზე, არ შეუძლია შეცვალოს არბიტრაჟის გადაწყვეტილება ან გამოიტანოს ახალი გადაწყვეტილება.⁴ შესაბამისად, ცალსახაა, რომ საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების გასაჩივრების ინსტიტუტი არ შეიცავს „გასაჩივრების“ ცნებით მოცულ – კანონიერებისა და დასაბუთებულობის შემოწმების ელემენტებს, ამდენად არ წარმოადგენს გასაჩივრებას მისი კლასიკური გაგებით და მხოლოდ და მხოლოდ გულისხმობს გადაწყვეტილების გაუქმების შესაძლებლობას, კანონმდებლობით ზუსტად განსაზღვრული წინაპირობების არსებობის შემთხვევაში⁵.

ბიტრაჟო შეთანხმებას. სასამართლომ განმარტა, რომ საარბიტრაჟო განხილვა და საარბიტრაჟო შეთანხმების დადებაზე ვალდებული არავინ არ არის. შესაბამისად, საარბიტრაჟო შეთანხმების დადებას სახელმწიფო სასამართლოების კომპეტენციის გამორიცხვით არავის უფლება არ იზღუდება მისი ნების საწინააღმდეგოდ. (*Distler W., Private Schiedsgerichtbarkeit und Verfassung, Eine rechtsvergleichende Untersuchung zum deutschen und englischen Recht, Frankfurt am Main, 2000, 90-91.* – ციტირებულია: *ცერცვაძე გ.*, საერთაშორისო არბიტრაჟი, თბ., 2012, 63).

2. *Suovaniemi vs. Finland* საქმეზე 1999 წელს მიუთითა „არ შეიძლება არსებობდეს ეჭვი, რომ ადამიანის უფლებათა ევროპული კონვენციის მე-6 მუხლის თანახმად სასამართლო განხილვაზე საკუთარი სურვილით უარის თქმა პრინციპში დასაშვებია. ამავე დროს, ასეთი უარი არ უნდა იქნეს განხილული, როგორც ყველა იმ უფლებაზე აბსოლუტური უარის თქმა, რომელსაც ითვალისწინებს ეს მუხლი. ასეთი უარის თქმა შეიძლება, როცა ეს „დასაშვებად“ შეიძლება იქნეს მიჩნეული. გარკვეულ უფლებებთან მიმართებაში ეს შეიძლება დასაშვები იყოს ან სხვა უფლებებთან მიმართებაში არც იყოს დასაშვები, *ASA Bulletin, Volume 23, No 1, Kluwer Law International, 2005, 214.*

¹ *Wallgren C., ADR and Business, ICC Publication No. 963, 2006, 30.*

² *ცერცვაძე გ.*, საერთაშორისო არბიტრაჟი, თბ., 2012, 231.

³ *Heuman L., Arbitration Law of Sweden: Practice and Procedure, Juris Publishing, Inc, 2003, 1.*

⁴ *ცერცვაძე გ.*, საერთაშორისო არბიტრაჟი, თბ., 2012, 23.

⁵ შენიშვნა: საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების გაუქმების საფუძვლები ზუსტად ემთხვევა საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების ცნობასა და აღსრულებაზე უარის თქმის საფუძვლებს და თითოეული მათგანი განხილული იქნება შემდგომ თავებში.

მოდელური კანონის მსგავსად, „არბიტრაჟის შესახებ“ საქართველოს კანონი ითვალისწინებს მხოლოდ გადაწყვეტილების გაუქმების შესაძლებლობას. ქართული კანონმდებლობა არ განსაზღვრავს ცალკე რეგულირებას გადაწყვეტილების ბათილად ცნობის, ანუღირების და ა.შ. ინსტიტუტებისთვის. განსხვავებით შვედეთისგან, სადაც საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების ბათილობა გამიჯნულია საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების გაუქმებისგან. მათ განსხვავებული საფუძვლები აქვთ და სხვადასხვა სამართლებრივ შედეგთან არიან დაკავშირებული.¹

როგორც აღინიშნა, საქართველოს 2009 წლის 19 ივნისის კანონი „არბიტრაჟის შესახებ“, შესაბამისობაშია საერთაშორისო კომერციული არბიტრაჟის შესახებ UNICITRAL-ის მოდელურ კანონთან. ამდენად, ლოგიკურია, რომ არბიტრაჟის შესახებ საქართველოს კანონის 42-ე და 43-ე მუხლებში განერილი საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების გასაჩივრებისა და გაუქმების არსი და საფუძვლები ემთხვევა მოდელური კანონის 34-ე მუხლის შინაარსს. ამასთან, „არბიტრაჟის შესახებ“ კანონის შესაბამისად, ცვლილებები შევიდა საქართველოს სამოქალაქო საპროცესო კოდექსში, კერძოდ, 2009 წლის 19 ივნისს ამ კოდექსს დაემატა მეშვიდე პრიმა კარი „სასამართლოს მონაწილეობა საარბიტრაჟო განხილვასა და საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების აღსრულებაში“. სამოქალაქო საპროცესო კოდექსის შესაბამისი ნორმებით განსაზღვრულია სასამართლოს (როგორც პირველი ინსტანციის, ასევე სააპელაციო და საკასაციო სასამართლოების) უფლებამოსილებები საარბიტრაჟო წარმოებასთან დაკავშირებულ საკითხებზე, რაზეც დეტალურად ქვემოთ ვისაუბრებთ.

4.2. საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების გაუქმების პროცედურა

4.2.1 სასამართლოს კომპეტენცია

„არბიტრაჟის შესახებ“ საქართველოს კანონის 39-ე მუხლის მე-4 პუნქტის თანახმად, არბიტრაჟის მიერ გამოტანილი გადაწყვეტილება ძალაში შედის მისი გამოტანის მომენტიდან. თუმცა, არბიტრების მიერ საბოლოო და მხარეთათვის სავალდებულო საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების გამოტანა „ამბის დასასრული“ ჯერ კიდევ არ არის. შესაბამისი საფუძვლების არსებობის შემთხვევაში, მხარეს² აქვს უფლება მოიხოვოს, ამ გადაწყვეტილების აღსრულებაზე უარის თქმა ან მისი გაუქმება, „იმ ქვეყნის კომპეტენტური ორგანოს მიერ, რომელშიც ან რომლის სამართლითაც გამოტანილ იქნა ეს გადაწყვეტილება.“³

„არბიტრაჟის შესახებ“ საქართველოს კანონის 42-ე მუხლის პირველი პუნქტი განსაზღვრავს სასამართლოს უფლებამოსილებას (აღსანიშნავია, რომ არა ვალდებულებას)⁴, გააუქმოს საქართველოში გამოტანილი საარბიტრაჟო გადაწყვეტილება. ამავე კანონის მეორე მუხლის პირველი პუნქტის მიხედვით, აღნიშნული უფლებამოსილება შედის სააპელაციო სასამართლოს კომპეტენციაში,⁵ ამდენად, საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების გაუქმების განსჯადობაზე უფლებამოსილ ორგანოებს თბილისისა და ქუთაისის სააპელაციო სასამართლოები წარმოადგენენ.

მოდელური კანონის თანახმად (34-ე მუხლის I პუნქტი), საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების გასაჩივრება სასამართლოში შესაძლებელია მხოლოდ მისი გაუქმების შესახებ შუამდგომლო-

¹ შეად. *Madsen F.*, Commercial Arbitration in Sweden, A commentary on the Arbitration Act, 1999, 116. and the Rules of Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce, Stockholm, 2004, 237, 238, 251, 244, ციტირებულია: *ცერცვაძე გ.*, საერთაშორისო არბიტრაჟი, გამომცემლობა „მერიდიანი“, თბ., 2012, 626.

² გადაწყვეტილების გაუქმება შესაძლოა მოითხოვოს მხოლოდ მხარემ. მესამე პირები, რომლებიც არ მონაწილეობენ საარბიტრაჟო განხილვაში ვერ მიმართავენ ამ საშუალებას. იხ. Setting Aside an Arbitral Award (with a reference of recent judgments of the Italian Court of Cassation); Italian Court of cassation, section I, 28-05-2003 n8545, <http://www.arbitration-icca.org/media/0/12571318617080/bermini_setting_aside.pdf>.

³ New York Convention 1958, article V (1)(e).

⁴ Sead. *Paulsson J.*, May or Must Under the New York Convention: An Exercise in Syntax and Linguistics, 1998.

⁵ შეად. სამოქალაქო საპროცესო კოდექსი, მუხლი 356¹³, „ზ“ ქვეპუნქტი.

ბის შეტანის გზით. აღსანიშნავია, რომ კანონი იძლევა მხოლოდ შუამდგომლობის და არა სარჩელის წარდგენის შესაძლებლობას, რაც მიგვანიშნებს, რომ ამ შემთხვევაში საქმე არ შეიძლება გვექონდეს ჩვეულებრივ სასარჩელო წარმოებასთან.¹ აღნიშნული მინიშნება, 1997 წლის კერძო არბიტრაჟის შესახებ კანონისგან განსხვავებით, გათვალისწინებულია დღეს მოქმედ კანონმდებლობაშიც. „არბიტრაჟის შესახებ“ საქართველოს კანონით განსაზღვრული საფუძვლით საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების გასაჩივრება ხდება სააპელაციო სასამართლოში საჩივრის შეტანის გზით და განხილვა ექვემდებარება განსაკუთრებულ წარმოებას.²

სასამართლოს კომპეტენციის ფარგლებზე საუბრისას, საინტერესოა გერმანული ZPO-ს 1062(2) მუხლის დანაწესი, რომლის მიხედვითაც გერმანიის სასამართლოებს აქვთ კომპეტენცია გააუქმონ გადაწყვეტილება მაშინაც კი, როცა ის არ არის გამოტანილი გერმანიაში. ამ შემთხვევაში კომპეტენცია ემყარება მოპასუხე მხარის მუდმივი საცხოვრებელი ადგილის ან ქონების ადგილსამყოფელს.³ მსგავს გამოწვევებს საქართველოს კანონი „არბიტრაჟის შესახებ“ არ შეიცავს, ის ერთმნიშვნელოვნად განსაზღვრავს საქართველოში გამოტანილი საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების გაუქმების შესაძლებლობას.

4.2.2. დროის ლიმიტი

დროის მოკლე მონაკვეთში მხარისთვის საბოლოო შედეგის დადგომა საერთაშორისო კომერციული არბიტრაჟის ერთ-ერთი დადებითი მახასიათებელი ნიშანია. ვფიქრობთ, ამიტომ, მხარის მიერ საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების გაუქმების მოთხოვნა აუცილებლად დროში შეზღუდული პროცესია. თუ მხარე დადგინდეს ვადას გაუშვებს, მას ერთმევა გასაჩივრების და, შესაბამისად, სასამართლოს მიერ გადაწყვეტილების გაუქმების შესაძლებლობა. გასაჩივრების ვადის დენა ყოველთვის იწყება განსაზღვრული ობიექტური მომენტიდან, მაგალითად, როგორც არის გადაწყვეტილების მხარისთვის ჩაბარების დრო. ვადა საშუალოდ მერყეობს 28 დღიდან (ბრიტანეთში) ექვს თვემდე (ჩინეთში).⁴ მოდელური კანონი და ნაციონალური კანონმდებლობების უმრავლესობა სადღაც შუაშია, გადაწყვეტილების გასაჩივრების სამთვიანი ვადით, რომლის დენაც იწყება მხარეებისთვის გადაწყვეტილების ჩაბარების დღიდან.⁵

საქართველოს კანონიც აწესებს გასაჩივრების ვადას. სააპელაციო სასამართლოს მხარემ საჩივარი საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების გაუქმების მოთხოვნით უნდა წარუდგინოს მხარეთათვის გადაწყვეტილების ჩაბარებიდან 90 დღის განმავლობაში.⁶ თავის მხრივ, სასამართლო ვალდებულია საჩივარი განიხილოს და გამოიტანოს გადაწყვეტილება განცხადების წარმოებაში მიღებიდან 30 დღის ვადაში. მას უფლება აქვს შეაჩეროს გადაწყვეტილების გაუქმების განხილვა, არა უმეტეს განცხადების წარმოებაში მიღებიდან 30 დღის ვადით, რათა არბიტრაჟს მიეცეს საშუალება, განაახლოს განხილვა, გადაწყვეტილების გაუქმების საფუძვლის აღმოსაფხვრელად.⁷

¹ *ცერცვაძე გ.*, საერთაშორისო არბიტრაჟი, თბ., 2012, 623.

² საქართველოს უზენაესი სასამართლოს 2012 წლის 25 სექტემბრის გადაწყვეტილება საქმეზე №ას-1246-1175-2012.

³ “If the place of arbitration in the cases referred to in subsection 1, no. 2, first alternative, nos. 3 and 4 is not in Germany, competence lies with the Higher Regional Court) where the party opposing the application has his place of business or place of habitual residence, or where assets of that party or the property in dispute or affected by the measure is located, failing which the Berlin Higher Regional Court (Kammergericht) shall be competent.”

⁴ Chinese Arbitration Law, 59, <http://eguides.cmslegal.com/pdf/arbitration_volume_I/CMS%20GtA_Vol%20I_-CHINA.pdf>.

⁵ იხ. მოდელური კანონი, 34(3). სხვადასხვა ნაციონალური სამართალი განსხვავებულ მომენტს განსაზღვრავს ვადის დენის დასაწყისად, მაგ., ინგლისში ასეთად მიჩნეულია ბოლო ხელმოწერის დაფიქსირების დრო.

⁶ საქართველოს კანონი არბიტრაჟის შესახებ, 42(2).

⁷ საქართველოს სამოქალაქო საპროცესო კოდექსი, 356²⁴.

4.3. საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების გაუქმების განხილვის შედეგი

როგორც აღვნიშნეთ, შესაბამისი საფუძვლების არსებობის შემთხვევაში, მხარის საჩივრის საფუძველზე, გაუქმებას ექვემდებარება საქართველოში გამოტანილი საარბიტრაჟო გადაწყვეტილება.

ზოგადი მოსაზრებით, კომპეტენტური სასამართლო, რომელშიც მხარე მოითხოვს საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების გაუქმებას, შესაძლოა მივიდეს სხვადასხვა გადაწყვეტილებამდე: გააუქმოს საარბიტრაჟო გადაწყვეტილება, უარი თქვას გადაწყვეტილების გაუქმებაზე და ძალაში დატოვოს იგი, გააუქმოს გადაწყვეტილება მთლიანად ან ნაწილობრივ, ან შეაჩეროს გადაწყვეტილების გაუქმების განხილვა და ნება დართოს არბიტრებს მიიღონ ზომები, რომლებიც აღმოფხვრის გადაწყვეტილების გაუქმების საფუძვლებს.

გადაწყვეტილების გაუქმებაზე უარის თქმა ნიშნავს, რომ აღნიშნულ გადაწყვეტილებას, იმ ქვეყანაში, რომელშიც გაუქმების შესახებ მოთხოვნა არ დაკმაყოფილდა, არ უნდა შეეძინას პრობლემა აღსრულების ეტაპზე. ასევე, ასეთი გადაწყვეტილების აღსრულების პერსპექტივა სხვა სამართლებრივ სივრცეშიც იზრდება, თუ მის გაუქმებაზე უარი თქვა მოდელური კანონის იურისდიქციის მქონე ქვეყნის სასამართლომ, ვინაიდან ნიუ-იორკის კონვენცია გადაწყვეტილების ცნობასა და აღსრულებაზე უარის იდენტურ საფუძვლებს აწესებს. ამდენად, თუ გადაწყვეტილება გაუქმებას არ დაექვემდებარა მოდელური კანონის შესაბამისი ქვეყნის შიდა სამართლით, იგი თითქოს ცნობადი და აღსრულებადი უნდა იყოს სხვა ქვეყანაშიც.

თუმცა, ყურადსაღებია შემდეგი ფაქტორი: გაუქმების განხილვისას სასამართლო გადაწყვეტილებას იკვლევს და იხილავს მისი ქვეყნის სამართლის პრინციპებზე დაყრდნობით, მაგალითად, საჯარო წესრიგთან მიმართებაში, მაშინ როცა უცხო ქვეყნის სასამართლო რომელმაც უნდა ცნოს ეს გადაწყვეტილება შესაძლოა ეყრდნობოდეს სრულიად სხვა სტანდარტებს. ამდენად, შესაძლებელია ერთი ქვეყნის სამართლისთვის მისაღები, მეორისთვის მიუღებელი და, შესაბამისად, ცნობაზე უარის თქმის საფუძველი აღმოჩნდეს. მდენად, საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების გაუქმებაზე უარი, ვფიქრობ ავტომატურად მის ნებისმიერ სხვა სახელმწიფოში ცნობის გარანტიას არ იძლევა.¹

გადაწყვეტილების გაუქმების შესახებ მხარის საჩივრის დაკმაყოფილების შემთხვევაში, სააპელაციო სასამართლოს გამოაქვს გადაწყვეტილება საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების გაუქმების შესახებ.

გადაწყვეტილების გაუქმების შემდგომ, ნორმალურ ვითარებაში ორი ძირითადი საკითხი დგება დღის წესრიგში, პირველი: გადაწყვეტილების გაუქმება „აღადგენს“ სასამართლოს განსჯადობას საქმეზე თუ არბიტრაჟს აძლევს მეორე „შანსს“ გადაწყვიტოს მხარეებს შორის არსებული დავა? და მეორე – რა არის გადაწყვეტილების გაუქმების კონკრეტული შედეგი და რა მნიშვნელობა აქვს გაუქმებას ქვეყნის გარეთ, სხვა ქვეყნების იურისდიქციაში?

საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების გაუქმება წარმოშობს დილემას: გულისხმობს თუ არა გაუქმება, საქმის კვლავ არბიტრებისათვის დაბრუნებას, თუ მათი მისია ამოიწურა მაშინ, როცა გამოიტანეს პირველი გადაწყვეტილება?

მიდგომა, რომ არბიტრების უფლებამოსილება მთავრდება გადაწყვეტილებაზე ხელმოწერის მომენტიდან, რამდენიმე პრაქტიკულ პრობლემას წარმოშობს, სახელდობრ: მრავალი ქვეყნის ნაციონალური კანონმდებლობით გათვალისწინებულია, რომ არბიტრებმა შესაძლოა *ex officio* ან სასამართლოს დავალებით გამოსწორონ გადაწყვეტილებაში არსებული შეცდომები ან გადახედონ მის კონკრეტულ ასპექტებს. თუ არბიტრები იქნებიან *functus officio*² გადაწყ-

¹ შენიშვნა: გაუქმებული გადაწყვეტილების აღსრულების საკითხი განხილულია სტატიის 7.2 თავში.

² “Having fulfilled the function, discharged the office, or accomplished the purpose, and therefore of no further force or authority. Applied to an officer whose term has expired, and who has consequently no further official authority; and also to an instrument, power, agency, etc. which has fulfilled the purpose of its creation, and is therefore of no further virtue or effect”, The Law Dictionary Featuring *Black's Law Dictionary* Free Online Legal Dictionary 2nd ed., <<http://thelawdictionary.org/functus-officio/#ixzz2XuMYAoRv>>.

ვეტილების გამოტანის შემდგომ, მათ არ ექნებათ გადაწყვეტილებაში, ნახსენები შესწორებების შეტანის უფლება. „არბიტრაჟის შესახებ“ საქართველოს კანონის 41-ე მუხლი შესაძლებელს ხდის საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების შესწორებასა და დამატებითი საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების მიღებას თუ მხარეთა შეთანხმებით სხვა რამ არ არის გათვალისწინებული. ასეთი ინტერვენციის დაშვების მთავარი მიზანი საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების გაუქმების პრევენცია და პროცედურული ეფექტურობის უზრუნველყოფაა.¹

ზოგიერთი ქვეყნის ეროვნული კანონმდებლობით, არბიტრაჟს აქვს მხოლოდ ერთი „ცდა“ გამოიტანოს გადაწყვეტილება. თუ ეს გადაწყვეტილება გაუქმებას დაექვემდებარა, იურისდიქცია დავაზე გადადის სასამართლოს ხელში.² ამასთან, ზოგიერთი ქვეყნის სამართლით გაუქმებას ასეთი შედეგი არ მოსდევს, პირიქით, საქმე უკან უბრუნდება არბიტრაჟს, თუ გადაწყვეტილების გაუქმების საფუძველი არ არის საარბიტრაჟო შეთანხმების ბათილობა. ამას ნათლად მიუთითებს, მაგალითად, სერბეთის და ხორვატიის საარბიტრაჟო სამართალი და ერთადერთი გამონაკლისი ამ სიტუაციიდან არის მაშინ, როცა საარბიტრაჟო შეთანხმებაში ჩამოთვლილია არბიტრთა სახელეები, ასეთ შემთხვევაში გაუქმება აბრუნებს საქმეს სასამართლოში.³

გერმანული ZPO-ს თანახმად, გაუქმების შედეგი – საარბიტრაჟო განხილვის მეორე რაუნდის დაწყებას ნიშნავს.⁴ არბიტრებისთვის საქმის უკან დაბრუნებას უზრუნველყოფს ასევე ავსტრიის ZPO-ს 611(5) მუხლი, თუმცა, ამბობს, რომ „გადაწყვეტილების გაუქმების პროცედურა გავლენას არ ახდენს საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების იურიდიულ ძალაზე. თუ საარბიტრაჟო გადაწყვეტილება ერთსა და იმავე საგანზე ორჯერ იქნა გაუქმებული, სასამართლო, მხარის მოთხოვნის საფუძველზე, გამოაცხადებს საარბიტრაჟო შეთანხმებას ძალადაკარგულად ამ დავის საგანთან მიმართებით.“⁵

საქართველოს კანონი „არბიტრაჟის შესახებ“ დუმს აღნიშნულ საკითხთან დაკავშირებით, შესაბამისად, ღიად გვრჩება კითხვა გადაწყვეტილების გაუქმება „ალადგენს“ სასამართლოს განსჯადობას საქმეზე თუ არბიტრაჟს აძლევს მეორე „შანსს“ გადაწყვიტოს მხარეებს შორის არსებული დავა. საფუძველს მოკლებული არ უნდა იყოს მოსაზრება, რომ ზემოაღნიშნული ქვეყნების მსგავსად, საქართველოს კანონმდებლობამაც მოაწესრიგოს აღნიშნული საკითხი, რათა თავიდან ავიცილოთ ქაოტური და ურთიერთგამომრიცხავი პრაქტიკა.

რაც შეეხება საკითხს თუ რა არის გადაწყვეტილების გაუქმების კონკრეტული შედეგი და რა მნიშვნელობა აქვს გაუქმებას ქვეყნის გარეთ, სხვა ქვეყნების იურისდიქციაში, განხილულ იქნება შემდგომ თავში, გაუქმებული გადაწყვეტილების აღსრულების საკითხთან მიმართებაში.

4.4. გაუქმების შესახებ სასამართლოს გადაწყვეტილების გასაჩივრება

ზოგადი მიდგომით, საქართველოს სამოქალაქო საპროცესო კოდექსის 391-ე მუხლის პირველი ნაწილი ითვალისწინებს სააპელაციო სასამართლოს გადაწყვეტილების გასაჩივრებას საკასაციო საჩივრით მხარეების და დამოუკიდებელი სასარჩელო მოთხოვნით მესამე პი-

¹ *Pavic V.*, Annulment of Arbitral Awards in International Commercial Arbitration, 2010 149, <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1615333>.

² Netherlands Code of Civil Procedure, 1067, “Unless the parties have agreed otherwise, as soon as a decision which has reversed the award has become final, the jurisdiction of the court shall revive“, <<http://www.dutch-civillaw.com/legislation/civilprocedure044.htm>>.

³ Serbian Law on Arbitration, 63, <[http://www.lexadin.nl/wlg/legis/nofr/eur/lxweser.htm#Arbitration Law](http://www.lexadin.nl/wlg/legis/nofr/eur/lxweser.htm#Arbitration%20Law)>. Croatian Law on Arbitration, 37, <http://www.vsrh.hr/CustomPages/Static/HRV/Files/Legislation__Law-Arbitration-RC.pdf>.

⁴ გერმანიის ZPO, 1059(5), <http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_zpo/englisch_zpo.html>.

⁵ ავსტრიის ZPO, 611(5). “The setting aside of the arbitral award does not affect the validity of the underlying arbitration agreement. Where an arbitral award on the same subject-matter has been finally set aside twice and if a further arbitral award regarding that subject-matter is to be set aside, the court shall, upon request of a party, concurrently declare the arbitration agreement to be invalid with respect to that subject-matter”, <<http://arbitration-austria.at/dokumente/OfficialCommentAustrianArbitrationAct2006.pdf>>.

რების მიერ. საინტერესოა ვრცელდება თუ არა აღნიშნული ნორმა საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების გაუქმების შესახებ სააპელაციო სასამართლოს გადაწყვეტილებებზე და დასაშვებია თუ არა მათი გასაჩივრება.

აღნიშნულთან დაკავშირებით საინტერესოა უზენაესი სასამართლოს განმარტება ერთ-ერთ საქმეზე. განსახილველ შემთხვევაში მხარემ, საკასაციო საჩივრით მოსთხოვა შპს „რ. ქის“ მუდმივმოქმედი კერძო არბიტრაჟის 2008 წლის 26 სექტემბრის გადაწყვეტილების გაუქმების შესახებ, ქუთაისის სააპელაციო სასამართლოს სამოქალაქო საქმეთა პალატის 2012 წლის 13 ივნისის გადაწყვეტილების გაუქმება. საკასაციო სასამართლომ განმარტა, რომ სააპელაციო სასამართლოს ეს გადაწყვეტილება საბოლოოა და იგი ვერ გახდება საკასაციო სასამართლოს მსჯელობის საგანი. „არბიტრაჟის შესახებ“ საქართველოს კანონის მე-6 მუხლის მეორე ნაწილის მიხედვით, დაუშვებელია კანონით გათვალისწინებულ სამართლებრივ ურთიერთობებში სასამართლოს რაიმე სახით ჩარევა, გარდა იმ შემთხვევებისა, როდესაც ეს ამ კანონით პირდაპირ არის გათვალისწინებული. ანალოგიური შინაარსისაა სამოქალაქო საპროცესო კოდექსის 356¹²-ე მუხლის მე-2 ნაწილიც, რომლის თანახმადაც არბიტრაჟთან დაკავშირებულ საქმეებს სასამართლო განიხილავს მხოლოდ „არბიტრაჟის შესახებ“ საქართველოს კანონით პირდაპირ გათვალისწინებულ შემთხვევებში. აღნიშნულიდან გამომდინარე, სასამართლო მოკლებულია შესაძლებლობას ნებისმიერი სახით, თუნდაც საკასაციო წესით, განიხილოს ზემოთ მითითებული კატეგორიის საქმეები თუ ეს პირდაპირ არ არის გათვალისწინებული მითითებული ნორმატიული აქტებით. მართალია, სამოქალაქო საპროცესო კოდექსის 391-ე მუხლის პირველი ნაწილი ითვალისწინებს სააპელაციო სასამართლოს გადაწყვეტილების გასაჩივრებას საკასაციო საჩივრით მხარეების და დამოუკიდებელი სასარჩელო მოთხოვნით მესამე პირების მიერ, მაგრამ უნდა აღინიშნოს, რომ ეს ნორმა გამოიყენება მხოლოდ და მხოლოდ სასარჩელო წარმოების წესით განხილული საქმეების მიმართ. მოცემულ შემთხვევაში კი საქმე გვაქვს განსაკუთრებულ წარმოებასთან, რომლის მარეგულირებელი ნორმები სააპელაციო სასამართლოს მიერ გამოტანილი გადაწყვეტილების გასაჩივრების შესაძლებლობაზე მითითებას საერთოდ არ შეიცავს. შეიძლება გამოვიტანოთ დასკვნა, რომ კანონმდებელი მსგავსი კატეგორიის საქმეებში საკასაციო სასამართლოს ჩარევას დაუშვებლად მიიჩნევს.¹ შესაბამისად, საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების გაუქმების შესახებ სააპელაციო სასამართლოს გადაწყვეტილება საბოლოოა და გასაჩივრებას არ ექვემდებარება.

5. საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების ცნობისა და აღსასრულებლად მიქცევის არსი და პროცედურა

5.1. საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების ცნობის და აღსრულების ზოგადი დახასიათება და ნორმატიული რეგულირება

სასამართლო თუ საარბიტრაჟო წარმოებას როგორც შიდა, ასევე საერთაშორისო მასშტაბით, მხოლოდ ერთი მიზანი შეიძლება ჰქონდეს – საბოლოოდ გადაწყვიტოს მხარეთა შორის წარმოშობილი დავა, მხარეთათვის შესასრულებლად სავალდებულო გადაწყვეტილების გამოტანის გზით. მათთვის კონკრეტული სამართლებრივი თუ ეკონომიკური შედეგი მხოლოდ კომპეტენტური ორგანოს მიერ გამოტანილი გადაწყვეტილების აღსრულების შემდეგ შეიძლება დადგეს, შესაბამისად, გადაწყვეტილების აღსრულება განსაკუთრებული მნიშვნელობის მქონე პროცედურაა, რომლის გარეშეც აზრს კარგავს როგორც მხარეთა, ასევე დავის განმხილველი ორგანოების ძალისხმევა დავის არსებითად გადაწყვეტისათვის.

საერთაშორისო არბიტრაჟის როლის გაზრდისა და მოქნილი, ეფექტური საქმიანობის უზრუნველსაყოფად, ჯერ კიდევ მეოცე საუკუნის 50-იან წლებში დაიწყო აქტიური კამპანია

¹ საქართველოს უზენაესი სასამართლოს 2012 წლის 25 სექტემბრის გადაწყვეტილება საქმეზე ას-1246-1175-2012.

საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების ცნობისა და აღსრულების უნიფიცირებული სისტემის შემუშავებისთვის. აღნიშნული, ცნობისა და აღსრულების საკითხის რეგულირებასთან დაკავშირებული ერთიანი სტანდარტის დადგენას ისახავდა მიზნად.

შედეგად, გაერთიანებული ერების ორგანიზაციის (შემდგომში: გაერო) ეგიდით 1958 წელს ნიუ იორკში დაიდო უცხო ქვეყნის საარბიტრაჟო გადაწყვეტილებების ცნობისა და აღსრულების შესახებ კონვენცია, რომელიც საერთაშორისო სავაჭრო არბიტრაჟში, მიჩნეულია უცხოური საარბიტრაჟო გადაწყვეტილებების ცნობის და აღსრულების ერთ-ერთ უმნიშვნელოვანეს საფუძველად და დღემდე ურთიერთობების მონესრიგების „ცენტრალურ სამართლებრივ ინსტრუმენტს“¹ წარმოადგენს.

საქართველო, 1994 წლის 31 აგვისტოს, შეუერთდა ნიუ-იორკის კონვენციას², თუმცა მან მრავალი წლის განმავლობაში შესაბამისი ასახვა ვერ ჰპოვა არბიტრაჟის შესახებ ქვეყნის კანონმდებლობაში. ამას ცხადყოფს ის ფაქტიც, რომ 2009 წლამდე ვერ მოხერხდა საერთაშორისო საარბიტრაჟო გადაწყვეტილებების რეგულირება. როგორც უკვე აღვნიშნეთ, საქართველოს კანონმდებლობა შემოიფარგლებოდა კერძო არბიტრაჟის შესახებ საქართველოს 1997 წლის კანონით, რომელიც საერთოდ არ ეხებოდა საერთაშორისო საარბიტრაჟო განხილვას, ასეთი განხილვის შედეგად მიღებული გადაწყვეტილების აღსრულებასა და სხვა მნიშვნელოვან საკითხებს.³ ქართულ იურიდიულ ლიტერატურაში საუბრობდნენ აღნიშნული კანონის ხარვეზებზე და სავსებით სამართლიანად გამოთქვამდნენ მოსაზრებას ახალი, მოდელური კანონის შესაბამისი საარბიტრაჟო რეგულაციების მიღების აუცილებლობის შესახებ.⁴

„არბიტრაჟის შესახებ“ საქართველოს კანონის, როგორც მოდელური კანონის მიხედვით შექმნილი ნორმატიული აქტის ერთ-ერთ ნოვაციას, სწორედ, ცნობის და აღსრულების დახვეწილი და საერთაშორისო საკანონმდებლო აქტებთან შესაბამისი რეგულირების შემოტანა წარმოადგენს. აღნიშნული კანონის 44-ე მუხლი ადგენს, იმ ქვეყნის მიუხედავად, სადაც გამოტანილ იქნა საარბიტრაჟო გადაწყვეტილება, იგი შესასრულებლად სავალდებულოა და სასამართლოში წერილობითი შუამდგომლობის წარდგენის შემთხვევაში უნდა აღსრულდეს, თუ არ არსებობს მის ცნობასა და აღსრულებაზე უარის თქმის საფუძველები. საქართველოში გამოტანილ გადაწყვეტილებებთან დაკავშირებით, ცნობასა და აღსასრულებლად მიქცევაზე უფლებამოსილ სასამართლოდ ითვლება სააპელაციო სასამართლოები, ხოლო საქართველოს ფარგლებს გარეთ გამოტანილ გადაწყვეტილებებთან დაკავშირებით – საქართველოს უზენაესი სასამართლო.

5.2. გადაწყვეტილების ცნობისა და აღსრულების არსი

იურიდიულ ლიტერატურაში არბიტრაჟის გადაწყვეტილების ცნობას განმარტავენ, როგორც სასამართლოს დასტურს, რომ ეს გადაწყვეტილება საბოლოოა და სავალდებულოა მხარეებისათვის. ამის შემდომ მხარეებს უფლება ერთმევათ იმავე დავის საგანზე ხელახლა მიმართონ დავის განმხილველ ორგანოს, *res judicata*-ს პრინციპი.

სამართლის თეორიის ზოგადი პრინციპებიდან გამომდინარე⁵, სახელმწიფოს კანონების მოქმედება, შეზღუდულია ამ ქვეყნის გეოგრაფიული საზღვრებით, შესაბამისად, ვრცელდება იმ ტერიტორიაზე, რომელიც მისი, როგორც ქვეყნის სუვერენიტეტის ფარგლებშია მოქცეუ-

¹ *გოთუა ლ.*, უცხო ქვეყნის სასამართლო გადაწყვეტილებებისა და უცხოური საარბიტრაჟო გადაწყვეტილებების აღსრულება, სადისერტაციო ნაშრომი, თბ., 2009, 28.

² საქართველოს პარლამენტის დადგენილება „უცხოეთის საარბიტრაჟო გადაწყვეტილებათა ცნობისა და აღსრულების შესახებ საერთაშორისო კონვენციასთან მიერთების თაობაზე“, თბ., 3 თებერვალი, 1994, <codex.net2007>.

³ *ცერცვაძე გ.*, საერთაშორისო საარბიტრაჟო განხილვის წინაპირობები, (შედარებითი ანალიზი) სადისერტაციო ნაშრომი, თბ., 2008, 90.

⁴ *ზამბახიძე თ.*, საერთაშორისო კომერციული არბიტრაჟი (პრობლემები და პერსპექტივა) პროფესორ ზურაბ ახვლედიანის ხსოვნისადმი მიძღვნილი კრებული, თბ., 2004, 80, 81.

⁵ *ხუბუა გ.*, სამართლის თეორია, თბ., 2004, 147.

ლი. სუვერენიტეტი საერთაშორისო ურთიერთობების კონტექსტში, ჩვეულებრივ, გულისხმობს სახელმწიფოს უფლებას განახორციელოს უზენაესი ხელისუფლება (Supreme power) მის ტერიტორიაზე.¹

ამდენად, საქართველოში გამოტანილი საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების ცნობასთან დაკავშირებით, არავითარი წინააღმდეგობა არ არსებობს. სახელმწიფო თავის სუვერენული უფლებამოსილების ფარგლებში, ტერიტორიულობის პრინციპის დაცვით ახორციელებს კანონმდებლობით გათვალისწინებულ უფლებამოსილებას და სასამართლო ხელისუფლების მეშვეობით ახდენს საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების ლეგიტიმაციას. განვიხილოთ რა ხდება უცხო ქვეყნის საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების ცნობის შემთხვევაში.

როგორც აღინიშნა, უცხო სახელმწიფოს ტერიტორიაზე სხვა სახელმწიფოს საჯარო ხელისუფლების განხორციელება, გამორიცხულია სახელმწიფო სუვერენიტეტის პრინციპიდან გამომდინარე. ამასთან, საქმე გვაქვს ე.წ. „ტერიტორიულობის პრინციპთან“, რომლის მიხედვითაც სახელმწიფოს იძულებითი ძალაუფლების განხორციელების შესაძლებლობა აქვს მხოლოდ მისი გეოგრაფიული საზღვრების ფარგლებში. აქედან გამომდინარე, უცხოური საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების ცნობა და აღსრულება სხვა ქვეყანაში ამ უკანასკნელის საჯარო ხელისუფლების მიერ განხორციელებული აქტია, „რომელთან მიმართებაშიც ეს სახელმწიფო სრული სუვერენიტეტითა და თავისუფლებით სარგებლობს“. საერთაშორისო სამართალში ზოგადად არ არსებობს შესაბამისი დებულებები, რომლებიც ამა თუ იმ სახელმწიფოს უცხო ქვეყნის სასამართლო გადაწყვეტილებების ცნობასა და აღსრულებას ავალდებულებდნენ. ამრიგად, თვით სახელმწიფოს ნება-სურვილზეა დამოკიდებული, იმოქმედებენ თუ არა ზემოთ დასახელებული უცხოური აქტები მის ტერიტორიაზე. „ეს ასე რომ არ ყოფილიყო, თვით სახელმწიფოს დამოუკიდებლობის საკითხი ეჭვქვეშ დადგებოდა, რადგან უცხო არალეგიტიმური ბრძანებების იგნორირების უფლება წარმოადგენს ნებისმიერი სახელმწიფოებრივი წარმონაქმნის სუვერენიტეტის ერთ-ერთ დამახასიათებელ ნიშანს“.²

ამდენად, უცხოური ან/და საერთაშორისო აქტის – საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების, მოქმედების ლეგიტიმაცია კონკრეტული ქვეყნის შიგნით ხორციელდება სახელმწიფოს ნებართვის საფუძველზე, რითაც ხდება ტერიტორიულობის პრინციპის გარკვეული შეზღუდვა. ამ პრინციპის სასურველ ჩარჩოებში მოქცევა კი, თავის მხრივ, ეფუძნება ქვეყნის მიერ დადებული ორმხრივი ან მრავალმხრივი საერთაშორისო ხელშეკრულების ან უშუალოდ ქვეყნის შიდა სამართლის ნორმებს. სახელმწიფოს ამგვარი ნებართვა შესაძლებელს ხდის სხვადასხვა სახის აქტების საერთაშორისო მიმოქცევას, მაგრამ უცხოური გადაწყვეტილების მოქმედება სხვა ქვეყნის ტერიტორიაზე ავტომატურად არ ვრცელდება. საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების დაქვემდებარება მეორე ქვეყნის სამართლებრივი სისტემისადმი სწორედ გადაწყვეტილების ცნობის მეშვეობით ხორციელდება.

საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების ცნობა, ხშირად, აღსრულებასთან ერთად გვხვდება. მათ შორის არსებობს მსგავსება, მაგრამ რეალურად ისინი სხვადასხვა ცნებებია და განსხვავებულ სამართლებრივ შედეგებს წარმოშობენ. საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების ცნობისას საქმე გვაქვს ქვეყნის ტერიტორიაზე უცხოური აქტის მოქმედების გაფართოებასთან, მაგრამ მხოლოდ იმ შემთხვევაში, თუ არ არსებობს მის ცნობაზე უარის თქმის საფუძველები. ცნობით ხდება უცხოური აქტის შეყვანა, მეორე ქვეყნის სამართლებრივ სისტემაში.³ ცნობას, როგორც

¹ “The term “sovereignty” has been used in other contexts, of course, including as a description of a political subdivision’s autonomy on certain matters”, შეად. *Reisman M. W.*, Sovereignty and Human Rights in Contemporary International Law, in *Democratic Governance and International Law 239 (Fox G., Roth B., eds., 2000)*, exploring sovereignty of populations in contrast to that of rulers. ასევე, ix. *Krasner S.D.*, Globalization and Sovereignty, in *States and Sovereignty in the Global Economy (Smith D., Solinger D., Topik S., eds., 1999)*. ციტირებულია: *Arbitration of Int'l Business (Ch. 2-E-1), The Challenge of Sovereignty.*

² *გოთუა ლ.*, უცხო ქვეყნის სასამართლო გადაწყვეტილებებისა და უცხოური საარბიტრაჟო გადაწყვეტილებების აღსრულება, სადისერტაციო ნაშრომი, თბ., 2009, 12.

³ *HaasLU.*, die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer und internationaler Schiedssprüche, 1991, 128, ციტირებულია: *გოთუა ლ.*, უცხო ქვეყნის სასამართლო გადაწყვეტილებებისა და უცხოური საარბიტრაჟო გადაწყვეტილებების აღსრულება, სადისერტაციო ნაშრომი, თბ., 2009, 13.

განკერძოებულ აქტს, შეუძლია დაიცვას მხარე გადაწყვეტილებით მინიჭებული უფლებების დარღვევისგან. მაშინ, როცა აღსასრულებლად მიქცევა უფრო ღრმად მიდის და ავალდებულებს მხარეებს პატივი სცენ გადაწყვეტილების ბუნებას.¹ ამდენად, აღსასრულებლად მიქცევა ნიშნავს ამ აქტისთვის მოქმედების უფლების მინიჭებას. თავისთავად ცნობას მოვალისთვის ნაკლებად მოაქვს უშუალო სამართლებრივი შედეგები. ცნობა უფრო მეტად დეკლარატორული ხასიათისაა. აღსრულებლად მიქცევას კი პირიქით, ესაჭიროება საკუთარი პროცესი ე.წ. სააღსრულებო (ექსეკუტორული) პროცესი (ფრანგული ტერმინი *exequatur* აღსრულებას ნიშნავს და იგი ხშირად გამოიყენება არაფრანგულენოვან იურიდიულ ლიტერატურაშიც). სწორედ აღსრულებლად მიქცევის ამ პროცესს მოაქვს უშუალო სამართლებრივი შედეგები – კრედიტორის ინტერესების დასაკმაყოფილებლად შესაძლებელი ხდება მოვალის ქონებიდან იძულებითი აღსრულების განხორციელება.²

არბიტრაჟი შესაძლოა კრედიტორისთვის იყოს სათანადო ინსტანცია სარჩელის წარსადგენად, მაგრამ საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების აღსასრულებლად მიქცევა და შემდგომ აღსრულება ხორციელდება მხოლოდ ხელისუფლების შესაბამისი ორგანოების მიერ, ვის კომპეტენციასაც აღნიშნული ექვემდებარება.³

ამგვარად, „ცნობის ინსტიტუტი გულისხმობს, რომ სახელმწიფო აცხადებს თანხმობას მოცემულ სასამართლო აქტის მიერ მისი იურისდიქციის ფარგლებში იურიდიული შედეგების წარმოშობაზე“.⁴ „უცხოური საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების ცნობა, ამ აქტების მოქმედების ფარგლების გაფართოების სახით, არის ხსენებული გადაწყვეტილებებისთვის მოქმედების უფლების მინიჭების უშუალო წინაპირობა, რაც, თავის მხრივ, მათ აღსრულებლად გამოცხადებაში გამოიხატება“.⁵

როგორც წესი, ცნობა ხდება უცხო ქვეყნის გადაწყვეტილების აღსრულებლად მიქცევასთან ერთად. ეს ფაქტი კიდევ ერთხელ ადასტურებს, ერთი მხრივ, რომ მეტად მჭიდროა ცნობისა და აღსრულების ინსტიტუტების შინაარსობრივი ურთიერთკავშირი, მეორე მხრივ კი, რომ შეუძლებელია აღსრულების დეტალურად შესწავლა ცნობის გვერდის ავლით.

ვთანხმდებით, რომ უცხოური აქტის მეორე ქვეყნის ტერიტორიაზე მოქმედების დაშვება არ არის მიზანშეწონილი მისი საფუძვლიანი გადამონმების გარეშე და ვასკვნიტ, რომ ამ ამოცანის შესასრულებლად აღმოცენდა აღიარების ანუ ცნობის ინსტიტუტი. დროთა განმავლობაში ჩამოყალიბდა ცნობის კონცეფცია: იგი, როგორც წესი, ხორციელდება ავტომატურად, ცნობის პროცედურის გარეშე, იმ მოსამართლის მიერ, რომელიც უფლებამოსილია განიხილოს დავის საგანი. სასამართლო ერთ გადაწყვეტილებაში ახდენს საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების ცნობასა და აღსრულებას. პრაქტიკაში, მხარეების გადაწყვეტილების აღსრულებას ითხოვენ, რაც თავისთავად მის ცნობასაც გულისხმობს, თუმცა გადაწყვეტილების ცნობა აღსრულების გარეშეც არის შესაძლებელი.⁶

სასამართლო ცნობს და აღსასრულებლად მიაქცევს გადაწყვეტილებას, თუ სახეზე არ არის ცნობასა და აღსრულებაზე უარის თქმის საფუძვლები. ამ დამაბრკოლებელი გარემოებების ჩამონათვალი გათვალისწინებულია 45-ე მუხლში, რომელიც ნიუ-იორკის კონვენციის მე-5 მუხლის იდენტურ თარგმანს წარმოადგენს და, ამავდროულად, ემთხვევა მოდელური კანონის

¹ *Tsertsvadze G.*, Brief Commentary to the Georgian Arbitration Law 2009, Tb., 2011, 174.

² *გოთუა ლ.*, უცხო ქვეყნის სასამართლო გადაწყვეტილებებისა და უცხოური საარბიტრაჟო გადაწყვეტილებების აღსრულება, სადისერტაციო ნაშრომი, თბ., 2009, 14.

³ *ASA bulletin*, Volume 23, N1, Kluwer Law International 2005, 684, ციტ.: *ცერცვაძე გ.*, საერთაშორისო არბიტრაჟი, თბ., 2012, 48.

⁴ *ცერცვაძე გ.*, საერთაშორისო არბიტრაჟი, თბ., 2012, 652.

⁵ *გოთუა ლ.*, უცხო ქვეყნის სასამართლო გადაწყვეტილებებისა და უცხოური საარბიტრაჟო გადაწყვეტილებების აღსრულება, სადისერტაციო ნაშრომი, თბ., 2009, 14.

⁶ არსებობს გადაწყვეტილებათა კატეგორია, რომელსაც სჭირდება ცნობა, მაგრამ არ საჭიროებს აღსრულებას, ვინაიდან დეკლარაციული ხასიათისაა, იხ., Article IV, *NYC in Kronke H., Nicimento P., Otto D., Port N.C.*, Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New-York Convention, Kluwer Law International, 2010, 149.

34-ე მუხლში განვიხილავთ გადაწყვეტილების გაუქმების საფუძვლებს. მათ დეტალურად განვიხილავთ შემდგომ თავში.

შეიძლება ითქვას, რომ ნიუ-იორკის კონვენცია, უცხოური საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების ცნობასა და აღსრულებასთან დაკავშირებით განსახორციელებელი მოქმედებების ერთგვარი სახელმძღვანელოა. იგი ახდენს, გადაწყვეტილების ცნობასა და აღსრულებასთან დაკავშირებული ძირითადი იურიდიული ასპექტების რეგულირებას. მისი შექმნის მთავარ მიზანს წარმოადგენდა მოეხდინა საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების ცნობასა და აღსრულებასთან დაკავშირებული ნორმატიული აქტების უნიფიცირება, საარბიტრაჟო შეთანხმებათა ნახალისება და საკითხის რეგულირებასთან დაკავშირებული ერთიანი სტანდარტის დადგენა.

5.3. გადაწყვეტილების აღსასრულებლად მიქცევის პროცედურა

„კერძო არბიტრაჟის შესახებ“ საქართველოს კანონის მოქმედების განმავლობაში საარბიტრაჟო გადაწყვეტილებების მიღების პრაქტიკამ აჩვენა, რომ ამ ორგანოს მიერ მიღებული გადაწყვეტილებებით ირღვეოდა მხარეთა არა მხოლოდ საპროცესო, არამედ მატერიალურ-სამართლებრივი უფლებებიც. სასიცოცხლოდ მნიშვნელოვანი იყო საერთაშორისო სტანდარტების შესაბამისი საარბიტრაჟო რეგულაციების მიღების გზით ქვეყანაში საარბიტრაჟო გარემოს გაუმჯობესება და ნიუ-იორკის კონვენციით ნაკისრი ვალდებულების შესასრულებლად უცხოური საარბიტრაჟო გადაწყვეტილებების ცნობისა და აღსრულების მექანიზმების გათვალისწინება¹. შესაბამისად, „არბიტრაჟის შესახებ“ ახალმა კანონმა გააფართოვა სასამართლოს კომპეტენციის ფარგლები როგორც შიდა, ისე საქართველოს ფარგლებს გარეთ გამოტანილი საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების ცნობასა და აღსრულებასთან მიმართებით. „არბიტრაჟის შესახებ“ კანონის შესაბამისად, ცვლილებები განხორციელდა საქართველოს სამოქალაქო საპროცესო კოდექსში და დეტალურად გაიწერა სასამართლოს მონაწილეობის ფარგლები საარბიტრაჟო განხილვასა და საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების აღსრულების პროცესში. სამოქალაქო საპროცესო კოდექსის შესაბამისი ნორმებით ერთმანეთისგან გამიჯნულია პირველი ინსტანციის, სააპელაციო და საკასაციო ინსტანციის სასამართლოების უფლებამოსილებები საარბიტრაჟო წარმოებასთან დაკავშირებულ საკითხებზე.

„არბიტრაჟის შესახებ“ ახალი კანონი – მე-2 მუხლის პირველი პუნქტის „ა“ ქვეპუნქტი და შემდგომში 44-ე და 45-ე მუხლები ზუსტად განსაზღვრავენ სასამართლო ხელისუფლების შესაბამისი რგოლების კომპეტენციას ყოველ კონკრეტულ სამართლებრივ ურთიერთობასთან მიმართებაში. მაგალითად, სარჩელის უზრუნველყოფის ღონისძიებების შეფარდებასთან დაკავშირებით უფლებამოსილება მინიჭებული აქვს რაიონულ (საქალაქო) სასამართლოებს. 44-ე მუხლის 1. პუნქტი კი ადგენს, რომ: „საქართველოში გამოტანილ გადაწყვეტილებებთან დაკავშირებით, უფლებამოსილ სასამართლოდ ითვლება სააპელაციო სასამართლოები, ხოლო საქართველოს ფარგლებს გარეთ გამოტანილ გადაწყვეტილებებთან დაკავშირებით – საქართველოს უზენაესი სასამართლო“. აქედან გამომდინარე, „არბიტრაჟის შესახებ“ კანონის საშუალებით საქართველომ დაამკვიდრა არბიტრაჟთან დაკავშირებული საქმეების განხილვის სასამართლო ხელისუფლების ყველა ინსტანციაზე განაწილების ახალი ტრადიცია.

ამრიგად, საქართველოს ფარგლებს გარეთ გამოტანილი საარბიტრაჟო გადაწყვეტილებების ცნობა და აღსრულება საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სამოქალაქო, სამენარმეო და გაკოტრების საქმეთა პალატას ეკისრება. ეს კი, თავის მხრივ, იმას ნიშნავს, რომ საქართველოს ფარგლებს გარეთ გამოტანილი ნებისმიერი გადაწყვეტილება ერთი და იმავე სასამართლო ორგანოს განსჯადობის სფეროში შევა, რაც ერთგვაროვანი პრაქტიკის დამკვირდებლას შეუწყობს ხელს.

სამოქალაქო, სამენარმეო და გაკოტრების საქმეთა პალატის სტრუქტურა მოცემულია უზენაესი სასამართლოს შესახებ საქართველოს ორგანულ კანონში. მისი მე-9 მუხლი ადგენს, რომ უზენაესი სასამართლოს პალატა საქმეებს განიხილავს სამი მოსამართლის მონაწილეობის

¹ შეად. Tsertsvadze G., Brief Commentary to the Georgian Arbitration Law 2009, Tb., 2011, 19 .

ბით, თუ დავის განსაკუთრებული სირთულის, მნიშვნელობის ან შინაარსის გამო საჭირო არ გახდა დავის განხილვა უზენაესი სასამართლოს დიდი პალატის მიერ.

აქსიომაა, რომ უცხოური საარბიტრაჟო გადაწყვეტილება საქართველოს ტერიტორიაზე მხოლოდ იმ შემთხვევაში შეიძლება დაექვემდებაროს იძულებით აღსრულებას, თუ სასამართლო მოახდენს ცნობასა და მიაქცევს მას აღსასრულებლად. იმისთვის, რომ საქართველოს ფარგლებს გარეთ გამოტანილი საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების ცნობასა და აღსრულებაზე უფლებამოსილმა ორგანომ – საქართველოს უზენაესმა სასამართლომ მოახდინოს გადაწყვეტილების აღსრულება მხარემ სასამართლოს უნდა წარუდგინოს ა) საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების დედანი ან/და სათანადო ფორმით დამონმებული ასლი; ბ) ნამდვილი საარბიტრაჟო შეთანხმება ან დადგენილი წესით დამონმებული ასლი. თუ საარბიტრაჟო შეთანხმება ან გადაწყვეტილება შედგენილია არა სახელმწიფოს ოფიციალურ ენაზე, სადაც მოითხოვება ამ გადაწყვეტილების ცნობა და აღსრულება, მაშინ მხარე ვალდებულია წარადგინოს სათანადო წესით დამონმებული ავთენტური თარგმანი.

„არბიტრაჟის შესახებ“ საქართველოს კანონის 44-ე მუხლის პირველი პუნქტის მეორე წინადადების თანახმად, „საქართველოში გამოტანილი გადაწყვეტილებების ცნობასთან და აღსრულებასთან დაკავშირებით უფლებამოსილ სასამართლოდ ითვლება სააპელაციო სასამართლოები“. ამდენად, იმ შემთხვევაში, თუ მხარე თავისი ნებით არ ასრულებს საარბიტრაჟო გადაწყვეტილებას, დაინტერესებული მხარე გადაწყვეტილების ცნობისა და აღსასრულებლად მიქცევის მოთხოვნით მიმართავს თბილისის ან ქუთაისის სასამართლოს, საქმის განსჯადობის მიხედვით.

ნებისმიერ შემთხვევაში, სასამართლო, განხილვის შედეგად, მიდის ერთ-ერთ გადაწყვეტილებამდე: ან ცნობს და აღსასრულებლად მიაქცევს საარბიტრაჟო გადაწყვეტილებას, რა შემთხვევაშიც, დაინტერესებული პირისათვის უზრუნველყოფილია მის სასარგებლოდ გამოტანილი გადაწყვეტილების იძულებითი აღსრულება, ან ცნობასა და აღსრულებაზე უარის თქმის კანონით დადგენილი საფუძვლების არსებობის შემთხვევაში გამოაქვს გადაწყვეტილება ცნობასა და აღსრულებაზე უარის თქმის შესახებ.

საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების აღსრულების თაობაზე გადაწყვეტილება, სააპელაციო სასამართლოს გამოაქვს განჩინების ფორმით. საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების აღსრულების თაობაზე, განჩინებასთან ერთად, მხარეს ეძლევა სააღსრულებო ფურცელი. სააპელაციო სასამართლოს განჩინება საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების აღსრულების თაობაზე საბოლოოა, რაც იმას ნიშნავს, რომ ასეთ განჩინებაზე საკასაციო ან/და კერძო საჩივარი არ დაიშვება. ამ კუთხით სასამართლო პრაქტიკაც ერთგვაროვანია.¹

საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების გაუქმებისგან განსხვავებით, საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების ცნობასა და აღსრულებაზე უარის თქმის შედეგთან დაკავშირებით, მსოფლიო მასშტაბით არსებობს კონსენსუსი. ცნობასა და აღსრულებაზე უარი ვრცელდება კონკრეტული ქვეყნის ტერიტორიაზე. ამგვარი მოქმედება მხარეს უფლებას არ ართმევს ხელახლა მიმართოს არბიტრაჟს და განიხილოს დავა, სასამართლოს მიერ მითითებული შენიშვნების გათვალისწინებით. ამასთან, აღნიშნული გადაწყვეტილების ცნობა და აღსრულება შესაძლოა მოთხოვნილ იქნას სხვა ქვეყნის იურისდიქციის ფარგლებში და დაექვემდებაროს კიდევ აღნიშნულ პროცედურას.

¹ მაგ., საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სამოქალაქო საქმეთა პალატის 2012 წლის 15 ოქტომბრის საქმე ას-1369-1291-2012. მხარემ მოითხოვა, საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების ცნობის და აღსრულების თაობაზე განცხადების განუხილველად დატოვების შესახებ, სააპელაციო სასამართლოს განჩინების გაუქმება. აღნიშნულთან დაკავშირებით, უზენაესმა სასამართლომ განმარტა, რომ კერძო საჩივარი დაუშვებელია, რადგან არც სამოქალაქო საპროცესო კოდექსი და არც „არბიტრაჟის შესახებ“ საქართველოს კანონი გასაჩივრებულ განჩინებაზე კერძო საჩივრის შეტანის შესაძლებლობას არ ითვალისწინებს. მითითებული კი, კერძო საჩივრის დასაშვებობის აუცილებელი წინაპირობაა.

6. საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების გაუქმებისა და საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების ცნობასა და აღსრულებაზე უარის თქმის საფუძვლები

6.1. ზოგადი მიმოხილვა

მოდელურ კანონზე მომუშავე ჯგუფმა, საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების გაუქმების საფუძვლების კატალოგი (მოდელური კანონის 34-ე მუხლი), მიზანმიმართულად შექმნა იმ საფუძვლების მიხედვით, რომლებიც საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების ცნობასა და აღსრულებაზე უარის წინაპირობად დეკლარირებულია ნიუ-იორკის კონვენციის V მუხლში. ამასთან, მოდელური კანონის ცნობაზე და აღსრულებაზე უარის თქმის საფუძვლებიც, 36-ე მუხლში უცვლელად არის გადატანილი ნიუ-იორკის კონვენციიდან. შესაბამისად, იმ სახელმწიფოების მიერ, რომლებმაც მიიღეს კანონები მოდელური კანონის მიხედვით და არ არიან ნიუ-იორკის კონვენციის მონაწილენი, ფაქტობრივად, მიღწეულ იქნა ერთიანი მიდგომა გადაწყვეტილების ცნობასა და აღსრულებაზე უარის თქმასთან დაკავშირებით. „ამით, ფაქტობრივად, შექმნილია საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების სასამართლო კონტროლის ერთიანი, უნიფიცირებული სისტემა, რომელიც დამოკიდებული არ არის იმაზე, თუ სად მოითხოვება გადაწყვეტილების აღსრულება. ცნობასა და აღსრულებაზე უარის თქმა და გადაწყვეტილების გაუქმება ერთგვაროვანი შინაარსითა და განსხვავებული ფორმით ხასიათდება.“¹

მოდელური კანონი და ნიუ-იორკის კონვენცია, შესაბამისად, „არბიტრაჟის შესახებ“ საქართველოს კანონიც, საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების გაუქმებას და ცნობასა და აღსრულებაზე უარის თქმის საფუძვლებს ორ ჯგუფად ყოფენ.

პირველი ჯგუფში ჩამოთვლილია ის საფუძვლები, როცა მხარეს ენიჭება გაუქმების/უარის თქმის საფუძველზე მითითებისა და მისი მტკიცების ტვირთი ანუ, ჩამოთვლილი პირობები სასამართლო განხილვისას მსჯელობის საგანი ხდება მხოლოდ „თუ მხარე, რომლის წინააღმდეგაც გამოტანილია საარბიტრაჟო გადაწყვეტილება, მიმართავს სარჩელით და დამტკიცებს, რომ...“. ამ დროს სასამართლო უფლებამოსილია უარი თქვას გადაწყვეტილების გაუქმებაზე ან მოახდინოს ცნობა და აღსრულება, თუ დამარცხებული მხარე ვერ ახდენს მითითებული საფუძვლის სათანადოდ დასაბუთებას და ფაქტობრივი გარემოებით მის დამტკიცებას.

მეორე ჯგუფში შემავალი საფუძვლების მითითება და გამოკვლევა სასამართლოს ვალდებულებას წარმოადგენს (*ex officio*).² დარჩენილი ორი პუნქტის დისპოზიციის შემონების ვალდებულებას საქართველოს სასამართლოს მიერ ადასტურებს შემდეგი ფრაზა: „...სასამართლო დაადგენს, რომ...“.

საქართველოს კანონიც „არბიტრაჟის შესახებ“ როგორც საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების გაუქმების, ისე ცნობასა და აღსრულებაზე უარის თქმისათვის, იდენტურ სამართლებრივ საფუძვლებს აწესებს. სასამართლო ახდენს გადაწყვეტილების ცნობას და აღსრულებას, თუ არ არსებობს უარის თქმის საფუძველი. ასევე, აუქმებს გადაწყვეტილებას შესაბამისი საფუძვლის არსებობის შემთხვევაში. ამდენად, „არბიტრაჟის შესახებ“ საქართველოს კანონის 45-ე მუხლის, მოდელური კანონის 36-ე მუხლისა და ნიუ-იორკის კონვენციის მე-5 მუხლის შესაბამისად, „მხარეს შეიძლება უარი ეთქვას გადაწყვეტილების ცნობასა და აღსრულებაზე“, ხოლო მოდელური კანონის 34-ე მუხლისა და „არბიტრაჟის შესახებ“ საქართველოს კანონის 42-ე მუხლების თანახმად, „საარბიტრაჟო გადაწყვეტილება შესაძლოა გაუქმდეს“ კანონით პირდაპირ გათვალისწინებული საფუძვლების არსებობისას.³

¹ ცერცვაძე გ., საერთაშორისო არბიტრაჟი, თბ., 2012, 624.

² Sanders P., ICCA'S Guide To The Interpretation of the 1958 New York Convention: A Handbook For Judges, Published by the International Council for Commercial Arbitration, 2011, 79-80, <www.arbitration-icca.org>. Van den Berg A. J., New York Convention of 1958: Refusals of Enforcement, ICC International Court of Arbitration Bulletin – Vol. 18/No. 2 – 2007, 2.

³ სასამართლოს დისკრეციის არსებობის განხილვას დაეთმობა შემდგომი თავი, გაუქმებული საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების აღსრულების შესაძლებლობის დასაშვებობა/არდასაშვებობის ქრილში.

ზემოაღნიშნული ნორმებით დადგენილია საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების გაუქმებისა და ცნობასა და აღსრულებაზე უარის თქმის ერთგვაროვანი საფუძვლები, თუმცა, გადაწყვეტილების გაუქმება და ცნობასა და აღსრულებაზე უარის თქმა თვისობრივად განსხვავდება ერთმანეთისგან, ინსტიტუციონალურად და დამდგარი სამართლებრივი შედეგების თვალსაზრისით, რაზეც ყურადღება გამახვილდა წინამდებარე თავებში.

„არბიტრაჟის შესახებ“ საქართველოს კანონი სულ 8 საფუძველს იცნობს, რაც, თავის მხრივ, გაეროს ნიუ-იორკის კონვენციის დებულებებიდან, კერძოდ მე-5 და მოდელური კანონის 34-ე და 36-ე მუხლებიდან გამომდინარეობს. ნიუ-იორკის კონვენცია მხოლოდ 7 გარემოებას ასახელებს, ქართული ნორმა ნიუ-იორკის კონვენციის V მუხლის ერთი ქვეპუნქტის შინაარსს (1, „ა“) ორ ცალკე ქვეპუნქტად გამოყოფს. („არბიტრაჟის შესახებ“ კანონის 45.1 „ა.ა“ და „ა.ბ“). მოკლედ მიმოვიხილოთ თითოეული საფუძველი.¹

6.2. გაუქმება და უარი მხარის ინიციატივით

საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების გაუქმების და საქართველოში გამოტანილი საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების ცნობასა და აღსრულებაზე უარის თქმის შესახებ წარმოებისას სააპელაციო, ხოლო, საქართველოს ფარგლებს გარეთ გამოტანილი გადაწყვეტილების ცნობასა და აღსრულების დროს, უზენაესი სასამართლოები, მხარის მიერ წარმოდგენილი მტკიცებულებების საფუძველზე ადგენენ შემდეგი გარემოებების არსებობის საკითხს:

6.2.1 საარბიტრაჟო შეთანხმების მხარის ქმედუნარობა

ნიუ-იორკის კონვენციის V(1)(ა) მუხლის, ქართულ კანონში, ორ ნაწილად დაყოფის შესახებ უკვე ვისაუბრეთ. ნიუ-იორკის კონვენცია აკონკრეტებს, რომ ქმედუნარობა, ამ შემთხვევაში, განისაზღვრება იმ სამართლის მიხედვით, რომელსაც მხარეებმა თავად საარბიტრაჟო შეთანხმება დაუქვემდებარეს.

საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის მე-12 მუხლი ქმედუნარიანობის ცნებას განსაზღვრავს შემდეგნაირად: „ფიზიკური პირის უნარი, თავისი ნებითა და მოქმედებით სრული მოცულობით შეიძინოს და განახორციელოს სამოქალაქო უფლებები და მოვალეობები“ ქმედუნარიანობა წარმოიშობა სრულწლოვანების (თვრამეტი წლის ასაკს) მიღწევისთანავე. ასევე, ქმედუნარიანად ითვლება პირი, რომელიც იქორწინებს თვრამეტი წლის ასაკის მიღწევამდე. ხოლო, შვიდ წლამდე ასაკის არასრულწლოვანი (მცირეწლოვანი) არის ქმედუნარო. ქმედუნაროდ მიიჩნევა ასევე პირი, რომელიც ჭკუასუსტობის ან სულით ავადმყოფობის გამო სასამართლოს მიერ ასეთად იქნება აღიარებული. ამ პირის უფლებებს ახორციელებს მისი კანონიერი წარმომადგენელი (მეურვე).

ქმედუნარიანობის შეზღუდვა დაიშვება მხოლოდ კანონით გათვალისწინებულ შემთხვევებში. დაუშვებელია ქმედუნარიანობის შეზღუდვა გარიგებით.

6.2.2 საარბიტრაჟო შეთანხმება ბათილი ან ძალადაკარგულია

(45-ე მუხლის I პუნქტის „ა.ბ“ ქვეპუნქტი)

საარბიტრაჟო შეთანხმების კანონიერება დგინდება იმ სამართლის მიხედვით, რომელსაც იგი მხარეებმა დაუქვემდებარეს. ასეთი არჩევანის არარსებობის შემთხვევაში გამოიყენება *lex arbitri* (*lex fori*). აღნიშნული ნორმის ნიუ-იორკის კონვენციისეული ფორმულირება შემ-

¹ ნიუ-იორკის კონვენციით V(1)(e) დადგენილი საფუძველი, „...თუ საარბიტრაჟო გადაწყვეტილება გაუქმებულია...“, არ არის გათვალისწინებული მოდელური კანონის 34-ე მუხლში. მას განვიხილავთ შემდგომ თავში, გაუქმებისა და ცნობასა და აღსრულებაზე უარის თქმის ურთიერთმიმართების კონტექსტში.

დეგნაირად ჟღერს: „...ცნობა არ მოხდება... თუ... ეს შეთანხმება სამართლებრივი ძალის არ-მქონეა იმ კანონით, რომელსაც მხარეებმა ეს შეთანხმება დაუქვემდებარეს, ხოლო ასეთის მი-თითების არარსებობის შემთხვევაში, იმ ქვეყნის კანონით, სადაც გადაწყვეტილება მიიღეს.“

თუ არ არსებობს იურიდიული ძალის მქონე საარბიტრაჟო შეთანხმება, არაფერი შეიძ-ლება გამომდინარეობდეს მისგან – *ex nihilo nihil fit*. შემონებისა გარე საზღვრები არ არის ნა-თელი და ჩამოყალიბებული. ლოგიკურად, „სამართლებრივი ძალის არქონა“ (ნორმის ფორმუ-ლირებიდან გამომდინარე, ბათილობა ან ძალადაკარგულად გამოცხადება) ფარავს, მოიცავს „არარსებობას“ და იმ სიტუაციას, როცა შეთანხმება არ ბოჭავს საარბიტრაჟო განხილვის შემ-თხვევაში „მხარედ“ დასახელებულ ფიზიკურ ან იურიდიულ პირს.¹

აღნიშნულ საფუძველს პრაქტიკაში ხშირად ეყრდნობიან. უმრავლეს შემთხვევაში მხარე, მაგალითად, დავობს, რომ საარბიტრაჟო შეთანხმება არ არსებობს, ვინაიდან კონვენციის II(2) მუხლით სავალდებულო, საარბიტრაჟო შეთანხმების დადების წერილობითი ფორმა არ იყო დაცული და ა.შ.²

ეს საფუძველი უზრუნველყოფს თანაფარდობას, ბალანსს „კომპეტენციის კომპეტენცი-ასთან“³, რომლითაც აღჭურვილია საარბიტრაჟო ტრიბუნალი. „კომპეტენციის კომპეტენციის“ ყველაზე შორსგამიზნული ვარიანტია (ნეგატიური კომპეტენციის კომპეტენცია) კი მხოლოდ აღჭურვავს ტრიბუნალს უფლებით იყოს იურისდიქციის განმახორციელებელი პირველი ადგი-ლი.⁴ ტრიბუნალს „საბოლოო სიტყვა“ მაინც არ ეთქმით, ის ყოველთვის სასამართლოების კუთვნილებაში იქნება.⁵ მოდელური კანონის მე-16 მუხლის მსგავსად, „არბიტრაჟის შესახებ“ საქართველოს კანონის მე-16(1) მუხლიც განსაზღვრავს რომ არბიტრაჟი უფლებამოსილია მი-იღოს დადგენილება თავისი კომპეტენციის შესახებ, საარბიტრაჟო შეთანხმების არსებობის თუ ნამდვილობის დადგენის ჩათვლით. ამასთან, ამავე მუხლის მე-5 პუნქტის მიხედვით თუ არბიტრაჟი დაადგენს, რომ მას შესაბამისი კომპეტენცია აქვს, მხარეებს შეუძლიათ ეს გა-დანყვეტილება 30 დღის ვადაში გაასაჩივრონ სასამართლოში. სასამართლოს გადაწყვეტილება აღნიშნულ საკითხზე საბოლოოა და არ გასაჩივრდება, ე.ი თუ ტრიბუნალი დადებითად გა-დანყვეტს საკითხს და გამოიტანს დადგენილებას მისი იურისდიქციის შესახებ და განაგრძობს პროცესს, რომელიც საბოლოო საარბიტრაჟო გადაწყვეტილებით დასრულდება, ასეთი დადგე-ნილების გასაჩივრების შემდგომ, სასამართლოს პოტენციურად ნეგატიური გადაწყვეტილება საბოლოოდ გადაწყვეტს იურისდიქციის საკითხს. ამდენად, „იმ იშვიათ შემთხვევაში, როცა გა-დანყვეტილება კომპეტენციის თაობაზე არბიტრაჟის მიერ მიიღება დავის არსებითად გადაწყ-ვეტასთან ერთად, მაშინ სასამართლოში კომპეტენციის საკითხის განხილვა შეიძლება საარ-ბიტრაჟო გადაწყვეტილების გაუქმების საკითხის დაყენებით ან ამ გადაწყვეტილების ცნობისა და აღსრულებისას.“⁶

¹ *Pavic V.*, Annulment of Arbitral Awards in International Commercial Arbitration, 2010, 137, <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1615333>.

² *Sanders P.*, ICCA'S Guide To The Interpretation of the 1958 New York Convention: A Handbook For Judges, Published by the International Council for Commercial Arbitration, 2011, 87.

³ დაწვრილებით იხ. *ცერცვაძე გ.*, საერთაშორისო არბიტრაჟი, თბ., 2012, 545.

⁴ *Gaillard E.*, The Negative Effect of Competence-Competence; Mealey's International Arbitration Report, 2002, 27.

⁵ German ZPO, 1032(2), “a party may request an early ruling on “admissibility” of the dispute from the courts. This covers jurisdictional issues as well, including the issue of the validity of the arbitration agreement. *Kröll S.*, *Kraft P.*, Ten Years of UNCITRAL Model Law in Germany, 1 World Arbitration and Mediation Review, 2008, 439, 453.

⁶ *ცერცვაძე გ.*, საერთაშორისო არბიტრაჟი, თბ., 2012, 545.

6.2.3 Due Process – მხარე არ იყო ჯეროვნად ინფორმირებული არბიტრის დანიშვნის ან საარბიტრაჟო განხილვის შესახებ ან სხვა საპატიო მიზეზების გამო ვერ მიიღო მონაწილეობა საარბიტრაჟო განხილვაში

(45-ე მუხლის I პუნქტის „ა.გ“ ქვეპუნქტი)

სამართლიანი სასამართლოს უფლება, სამართლიანი გადაწყვეტილების ქვაკუთხედი. საყოველთაოდ აღიარებულია სამართლიანი სასამართლოს, შესაბამისად, მხარისთვის სასამართლო განხილვის მოსმენის უზრუნველყოფის უფლება. მიიჩნევა, რომ ამ დებულებით გათვალისწინებული მოთხოვნის დარღვევა სახეზეა მაშინ, როდესაც არსებობს მიზეზობრივი კავშირი ასეთ საპროცესო ხარვეზსა და საარბიტრაჟო გადაწყვეტილებას შორის და როცა მხარეს სხვაგვარად არ შეეძლო თავისი უფლებების დაცვა.¹ საარბიტრაჟო განხილვის მხარეს, ნებისმიერ შემთხვევაში უნდა მიეცეს პროცესში მონაწილეობის და საკუთარი პოზიციის გამოხატვის საშუალება.

ნიუ-იორკის კონვენციის ანალოგიური საფუძველი შემდეგნაირად ჯღერს: „მხარე, რომლის წინააღმდეგაც არის მიღებული გადაწყვეტილება, არ იყო ჯეროვნად ინფორმირებული არბიტრის დანიშვნის ან საარბიტრაჟო გარჩევის თაობაზე, ან სხვა მიზეზით ვერ შეძლო თავისი ახსნა-განმარტების წარდგენა“ (V(1)(ბ)).

ამ საკითხთან მიმართებით, მთავარია მხარის სათანადო წესით გაფრთხილების უზრუნველყოფა, რომელიც უნდა შეესაბამებოდეს lex fori-ით დადგენილ მოთხოვნებს. ხშირად ძნელია ზუსტი მნიშვნელობა განსაზღვრო ტერმინისა “due process“ (ability to present a case, fair hearing, etc.). მაგრამ საფუძველები სადავო არ არის, სათანადო წესით გაფრთხილებასთან ერთად, მხარეებისთვის გარანტირებული უნდა იყოს, თანაბარი მოპყრობა (equal treatment) და მათ უნდა ჰქონდეთ შესაძლებლობა წარმოაჩინონ საკუთარი არგუმენტები.²

6.2.4 იურისდიქცია დავაზე

მხარის ინიციატივით, საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების ცნობასა და აღსრულებაზე მხარეს შეიძლება უარი ეთქვას ან გაუქმდეს გადაწყვეტილება, თუ გადაწყვეტილება გამოტანილია დავის შესახებ, რომელიც არ იყო გათვალისწინებული საარბიტრაჟო შეთანხმებით, ან ეხება საკითხს, რომელიც სცილდება საარბიტრაჟო შეთანხმების ფარგლებს. საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების ცნობასა და აღსრულებაზე მხარეს შეიძლება უარი ეთქვას ან გაუქმდეს გადაწყვეტილება, მთლიანად ან მხოლოდ იმ ნაწილში, რომელიც სცილდება საარბიტრაჟო შეთანხმების ფარგლებს (45-ე მუხლის I პუნქტის „ა.დ“ ქვეპუნქტი).

„ამ ნორმით გათვალისწინებულ საარბიტრაჟო სასამართლოს მიერ უფლებამოსილების გადამეტებას ყველაზე ხშირად აქვს ადგილი ისეთი საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების გამოტანის ფორმით, რომლის დავის საგანი საარბიტრაჟო შეთანხმებით არ არის მოწესრიგებული. მაგალითად, საარბიტრაჟო პრაქტიკაში გადაწყვეტილების გამოტანისას არცთუ იშვიათია შემთხვევები, როცა გამოიყენება არა რომელიმე კონკრეტული სახელმწიფოს სამართლის, არამედ სამართლიანობის პრინციპები. რა თქმა უნდა, ეს ბევრი სახელმწიფოს კანონმდებლობის მიხედვით არაა ნებადართული. შესაბამისად, საარბიტრაჟო სასამართლომ სამართლიანობის პრინციპებით რომ გამოიტანოს გადაწყვეტილება, მიუხედავად იმისა, რომ გამოსაყენებლი

¹ *გოთუა ლ.*, უცხო ქვეყნის სასამართლო გადაწყვეტილებებისა და უცხოური საარბიტრაჟო გადაწყვეტილებების აღსრულება, სადისერტაციო ნაშრომი, თბ., 2010, 77.

² *Sanders P.*, ICCA'S Guide To The Interpretation of the 1958 New York Convention: A Handbook For Judges, Published by the International Council for Commercial Arbitration, Hague, 2011, 92-93, <www.arbitration-icca.org>.

საპროცესო სამართალი ამას კრძალავს, საქმე გვექნება სწორედ ამ ნორმით გათვალისწინებულ დისპოზიციასთან.¹ ამ პუნქტის არსებობასთან გვაქვს ასევე საქმე თუ სახეზეა საარბიტრაჟო ტრიბუნალის მიერ იმ სამართლის გამოყენება, რომელიც მხარეებს არ აურჩევიათ.

ნიუ-იორკის კონვენციის შესაბამისი ნორმა (V(1)(c) უფრო ვრცელი ფორმულირებით გვხვდება: „...გადანყვეტილება მიღებულია დავაზე, რომელიც არ არის გათვალისწინებული ან არ ექვემდებარება საარბიტრაჟო შეთანხმებას ან ხელშეკრულების საარბიტრაჟო დამატებით შენიშვნას, ან შეიცავს დადგენილებას საკითხებზე, რომლებიც სცილდება საარბიტრაჟო შეთანხმების ან ხელშეკრულების საარბიტრაჟო დამატებითი შენიშვნის ფარგლებს, ხოლო თუ შესაძლებელია, რომ დადგენილებები ისეთ საკითხებზე, რომლებსაც მოიცავს საარბიტრაჟო შეთანხმება ან ხელშეკრულების დამატებითი შენიშვნა, ცალკე გამოიყოს იმ საკითხებიდან, რომლებსაც არ მოიცავს ასეთი შეთანხმება ან დამატებითი შენიშვნა, მაშინ საარბიტრაჟო გადანყვეტილების ის ნაწილი, რომელიც შეიცავს დადგენილებას საარბიტრაჟო შეთანხმებით ან ხელშეკრულების საარბიტრაჟო დამატებითი შენიშვნით გათვალისწინებულ საკითხებზე, ექვემდებარება ცნობასა და აღსრულებას“.

6.2.5 არბიტრაჟის შემადგენლობის ან საარბიტრაჟო წარმოების შეუსაბამობა

შემდეგი საფუძველი სახეზეა (45-ე მუხლის I პუნქტის „ა.ე“ ქვეპუნქტი), როცა, „არბიტრაჟის შემადგენლობა ან საარბიტრაჟო წარმოება არ შეესაბამებოდა მხარეთა შეთანხმებას, ხოლო ასეთი შეთანხმების არარსებობისას – იმ ქვეყნის კანონს, სადაც ჩატარდა საარბიტრაჟო განხილვა“.²

საქართველოს შემთხვევაში, მარტივად რომ ვთქვათ, გაუქმებისა და ცნობასა და აღსრულებაზე უარის თქმის აღნიშნული საფუძვლის გამოსარიცხად უნდა შემოწმდეს „არბიტრაჟის შესახებ“ საქართველოს კანონის III, IV და V თავები, რომელიც მოიცავენ არბიტრაჟის შემადგენლობის უფლებამოსილების და საარბიტრაჟო განხილვის მარეგულირებელ ნორმებს.

საქართველოს ფარგლებს გარეთ გამოტანილი საარბიტრაჟო გადანყვეტილების აღსრულებადად მიქცევაც რასაკვირველია არ დაიშვება, თუ დასტურდება საარბიტრაჟო სასამართლოს შექმნისას ან საარბიტრაჟო პროცესის მსვლელობისას დაშვებული ხარვეზები. „ამავე დროს, არ არის სავსებით ნათელი, თუ რა ფარგლებში შეუძლიათ მხარეებს მათ შეთანხმებაში სახელმწიფოს იმპერატიული საპროცესო ნორმებისგან განსხვავებული დებულებების დადგენა.“³

6.3. გაუქმება და უარი, როგორც სასამართლოს ვალდებულება (ex officio)

„არბიტრაჟის შესახებ“ კანონის მიხედვით, საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სამოქალაქო, სამენარმო და გაკოტრების საქმეთა პალატის მოსამართლეები ვალდებული არიან საარბიტრაჟო გადანყვეტილება (გამოტანის ადგილის მიუხედავად) გადაამოწმონ შემდეგ ორ ნორმასთან შესაბამისობაში:

- 1) საქართველოს კანონმდებლობის მიხედვით, დავა არ შეიძლება იყოს საარბიტრაჟო განხილვის საგანი;
- 2) საარბიტრაჟო გადანყვეტილება ეწინააღმდეგება საქართველოს საჯარო წესრიგს.

¹ გოთუა ლ., უცხო ქვეყნის სასამართლო გადანყვეტილებებისა და უცხოური საარბიტრაჟო გადანყვეტილებების აღსრულება, სადისერტაციო ნაშრომი, თბ., 2010, 77.

² ასევე, იხ. მოდელური კანონი, 34(2)(a)(ii) r: “the composition of the arbitral tribunal or the arbitral procedure was not in accordance with the agreement of the parties, unless such agreement was in conflict with a provision of this Law from which the parties cannot derogate, or, failing such agreement, was not in accordance with this Law”.

³ გოთუა ლ., უცხო ქვეყნის სასამართლო გადანყვეტილებებისა და უცხოური საარბიტრაჟო გადანყვეტილებების აღსრულება, სადისერტაციო ნაშრომი, თბ., 2010, 77-78.

საჯარო წესრიგი საერთაშორისო არბიტრაჟის ერთ-ერთი ყველაზე პრობლემური ცნებაა. თუ სხვა საფუძვლები მეტნაკლებად ზუსტად არის ფორმულირებული, ამ შემთხვევაში სასამართლომ უნდა დაადგინოს, როდის ჩაითვლება საჯარო წესრიგი დარღვეულად. მიუხედავად იმისა, რომ ზოგი ქვეყნის სასამართლო ცდილობს თავი აარიდოს ფართე ინტერპრეტაციას, ის მაინც იძლევა ლოკალურ „საჯარო წესრიგზე“ მითითებით, გაუქმებას, ცნობასა და აღსრულებაზე უარის თქმის შესაძლებლობას.¹

„ვინაიდან ქართული კანონმდებლობა არ ასხვავებს საარბიტრაჟო გადაწყვეტილებებს მათი სახელმწიფოებრივი კუთვნილების მიხედვით, მხოლოდ მომავალი გვიჩვენებს თუ როგორ მოეკიდებიან საჯარო წესრიგის ცნების ინტერპრეტაციას ქართველი მოსამართლეები, იქნება თუ არა პრაქტიკაშიც ერთნაირი მიდგომა ქართული და უცხოური საარბიტრაჟო გადაწყვეტილებების მიმართ და სხვ. ამ შემთხვევაშიც მოსამართლემ ისე უნდა შეძლოს საქმის განხილვა, რომ არც *revision au fond*-ის აკრძალვა დაარღვიოს და არც ქართული სამართლის უმთავრესი პრინციპების ამკარა ხელყოფა დაუშვას. *ordre public*-ის დარღვევა, ფაქტობრივად, ერთადერთი შეზღუდვაა უცხოური გადაწყვეტილებების შინაარსობრივ გადამოწმებასთან მიმართებაში. ევროპულ იურიდიულ ლიტერატურაში გაბატონებულია მოსაზრება, რომ საჯარო წესრიგთან აქტის შესაბამისობის კონტროლის საგანი არის არა იმის დადგენა, ეწინააღმდეგება თუ არა საარბიტრაჟო შეთანხმებით გათვალისწინებული სამართლის იმპერატიული ნორმები საარბიტრაჟო გადაწყვეტილებას, არამედ მართოდენ იმაში დარწმუნება, რომ ეს აქტი აკმაყოფილებს ქვეყანაში სამართლიანი პროცესისთვის არსებულ მინიმალურ სტანდარტებს“²

საჯარო წესრიგი შესაძლოა იყოს მატერიალურსამართლებრივი და საპროცესო სამართლებრივი. ასევე, ერთმანეთისგან განასხვავებენ შიდა და საერთაშორისო საჯარო წესრიგს, გამოიყოფა ტრანსნაციონალური საჯარო წესრიგი და ა.შ. აღნიშნული იმდენად დიდი თემაა, ცალკე უამრავი კვლევა ეძღვნება, შესაბამისად, ამ ეტაპზე შემოვიფარგლოთ იმის აღიარებით, რომ „იურიდიულ მეცნიერებას არ შეუძლია და არ უნდა ეცადოს საჯარო წესრიგის ერთიანი ცნების ჩამოყალიბებას. მისი შინაარსის დაზუსტების საუკეთესო გზაა სასამართლო და საარბიტრაჟო გადაწყვეტილებების კომენტირება, სადაც საქმის ყველა გარემოების დეტალური ანალიზის საფუძველზე შესაძლოა დადგინდეს, ეწინააღმდეგება თუ არა კონკრეტული გადაწყვეტილების ცნობა და აღსრულება საჯარო წესრიგს“³, ან გაუქმების შემთხვევაში დადგინდეს ირღვევა თუ არა საჯარო წესრიგი კონკრეტული საარბიტრაჟო გადაწყვეტილებით.

7. საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების გაუქმების მიმართება ცნობის და აღსრულების პროცედურასთან

7.1. ზოგადი მიმოხილვა

საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების გაუქმებისა და საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების ცნობასა და აღსრულებაზე უარის თქმის ურთიერთმიმართების კვლევისას, არსებითი მნიშვნელობა აქვს ქართველი კანონმდებლის მიდგომას ერთი სახელმწიფოს მიერ გაუქმებული საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების მეორე სახელმწიფოს მიერ ცნობასა და აღსრულებასთან მიმართებით. ანუ მოახდენს თუ არა საქართველოს უზენაესი სასამართლო საქართველოს ფარგლებს გარეთ გამოტანილი იმ საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების ცნობასა და აღსრულებას, რომელიც გაუქმებულია იმ ქვეყნის სასამართლოს მიერ, რომლის ტერიტორიაზეც გამოტანილ იქნა ეს საარბიტრაჟო გადაწყვეტილება. მსოფლიოში განსხვავებული სასამართლო პრაქტიკა და, შესაბამისად, საკმაოდ დიდი აზრთა სხვადასხვაობა არსებობს ამ საკითხთან დაკავშირებით, რასაც ქვემოთ შევხებით.

¹ *ცერცვაძე გ.*, საერთაშორისო არბიტრაჟი, თბ., 2012, 666.

² *გოთუა ლ.*, უცხო ქვეყნის სასამართლო გადაწყვეტილებებისა და უცხოური საარბიტრაჟო გადაწყვეტილებების აღსრულება, სადისერტაციო ნაშრომი, თბ., 2010, 80.

³ *ცერცვაძე გ.*, საერთაშორისო არბიტრაჟი, თბ., 2012, 667.

მეორე მხრივ, ძალზედ საინტერესოა, რა ხდება საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების ცნობისა და აღსრულების შემდგომ, დასაშვებია თუ არა საქართველოში ცნობილი და აღსრულებული გადაწყვეტილების გაუქმება.

7.2. ერთი სახელმწიფოს მიერ გაუქმებული საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების ცნობა და აღსრულება მეორე სახელმწიფოს მიერ

ნიუ-იორკის კონვენციის შემდგენელები მიიჩნევდნენ, რომ „თუ გადაწყვეტილება გაუქმდა... გადაწყვეტილება აღარ არსებობს და არარსებულის აღსრულება იქნება შეუძლებელი ან წინააღმდეგობაში მოვა იმ ქვეყნის საჯარო წესრიგთან, რომელიც აღასრულებს ასეთ გადაწყვეტილებას.“¹

საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების ცნობას და აღსრულებას სახელმწიფოს ტერიტორიაზე, დიდწილად განაპირობებს საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების იურიდიული ძალა მის გამომტან სახელმწიფოში. ძირითადად, არსებობს მოლოდინი, რომ საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების გაუქმება ახდენს მისი აღსრულების პრევენციას². წარმოადგენს თუ არა უცხო ქვეყანაში გადაწყვეტილების გაუქმება იმის საფუძველს, რომ გადაწყვეტილებამ ვერანაირი სამართლებრივი შედეგები ვერ იქონიოს მეორე სახელმწიფოში? ნიუ-იორკის კონვენციის მე-5 მუხლიდან ირკვევა, რომ საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების აღსრულებაზე შესაძლოა მხარეს უარი ეთქვას, თუ „გადაწყვეტილება... გაუქმებულ ან აღსრულებით შეჩერებულ იქნა იმ ქვეყნის კომპეტენტური ხელისუფლების მიერ, სადაც იგი მიიღეს ან იმ ქვეყნის ხელისუფლების მიერ, რომლის კანონიც იქნა გამოყენებული.“

მიუხედავად ამისა, გაეროს ნიუ-იორკის კონვენციის ამ ნორმის ფორმულირება სადავოა, ვინაიდან ამბობს, რომ საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების აღსრულებაზე შეიძლება უარი ითქვას... რას ნიშნავს შეიძლება?³ გამოდის, რომ ამ საერთაშორისო ხელშეკრულების ტექსტის ინგლისურ ვარიანტში⁴ ზემოხსენებულ დამაბრკოლებელ გარემოებასთან დაკავშირებით არ არსებობს იმპერატიული მოთხოვნა. დააკმაყოფილებს თუ არა მოსამართლე შუამადგომლო-

¹ "If the award has been set aside ... there does no longer exist an arbitral award and enforcing a non-existing arbitral award would be an impossibility or even go against the public policy of the country of enforcement." იხ. *Sanders P.*, New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, 1959, 55. ასევე, იხ., *Van den Berg A. J.*, Annulment of Awards in International Arbitration", წიგნში: *Lillichand R. B., Brower C. N.*, International Arbitration in the 21st Century: Towards "Judicialization" and Uniformity, 1992, 133, 161. *Haight G. W.*, Convention on Recognition and Enforcement of Foreign Awards: Summary Analysis of the Record of the UN Conference 1958, 42.

Cf. Commonwealth Secretariat, The New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards 1981, 24, <<http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/Model-Law-Arbitration-Commonwealth.pdf>>.

² *Pavic V.*, Annulment of Arbitral Awards in International Commercial Arbitration. 2010, 149, <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1615333>.

³ *Paulsson J.*, May or Must Under the New York Convention: An Exercise in Syntax and Linguistics, 14 *Arb. Int'l* 227-30, "I examined all five official versions of the Convention and found that four of the five versions clearly used permissive rather than mandatory language, and thus came to the conclusion that the drafters wished to give the enforcement judge discretion on whether or not to enforce an annulled award. (1998). On the other hand, the French reading of the Convention as requiring non-enforcement of annulled awards may have conditioned the French approach to find a way out of that straight-jacket.

⁴ *Nacimient K.*, Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention, 2010, 366. ნიუ-იორკის კონვენციის ოფიციალური ავთენტური თარგმანი არსებობს ინგლისურ, ფრანგულ, ესპანურ, ჩინურ და რუსულ ენებზე. თითოეული მათგანი თანაბარი ძალის მქონეა. ამ მუხლთან დაკავშირებული ჩანაწერი ინგლისურ, ესპანურ, ჩინურ და რუსულ ენებზე ერთგვაროვანია ხოლო ფრანგულ ენაზე არსებულ დოკუმენტში განსხვავდება. ინგლისური თარგმანი ითვალისწინებს დისკრეციულ ჩანაწერს, რომ მხარეს შეიძლება უარი ეთქვას, ხოლო ფრანგული ტექსტი გამორიცხავს ამგვარი დისკრეციას და სასამართლოს აკისრებს ვალდებულებას ყოველგვარი დისკრეციის გარეშე კონკრეტული საფუძვლის არსებობისას უარი ეთქვას გადაწყვეტილების ცნობასა და აღსრულებაზე (*seront refusées*”, i.e. shall be refused).

ბას უცხოური საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების ცნობისა და აღსრულების შესახებ მის გამომტან ქვეყნაში გაუქმების შემთხვევაში, გადაწყდება მოსამართლის შეფასების საფუძველზე. ნორმის დისპოზიციურობას ისიც უსვამს ხაზს, რომ ამ გარემოების გათვალისწინება მხოლოდ მხარეთა ინიციატივით ხდება და მოსამართლისთვის მისი განხილვა სავალდებულო არ არის (არ შედის *ex officio* საფუძველზე).¹

ამგვარი ინტერპრეტაციით, კონვენციის V(1)(e) მუხლი დისკრეციულ უფლებამოსილებას ანიჭებს სასამართლოს და ნებას რთავს მას ცნოს და აღსასრულებლად მიაქციოს უცხოური გაუქმებული გადაწყვეტილება. თან, მიუხედავად იმის განხილვისა, რომელი საფუძველით მოხდა მისი გაუქმება. შედეგად გაუქმება ავტომატურად არ ნიშნავს, რომ გადაწყვეტილება არ იქნება აღსრულებული სხვა სახელმწიფოში. კონვენციის 1981 წელს გამოქვეყნებულ ნაშრომში პროფესორი ალბერტ ვან დერ ბერგი² მიუთითებდა საშიშროებაზე, რომ კონვენციას საფუძველი გამოეცლებოდა (*Could be "undermined"*) თუ არბიტრაჟის ადგილსამყოფელი ქვეყნის კანონის ყველა თავისებურება გამოიწვევდა გადაწყვეტილების აღსრულების ფრუსტრაციას.³ ასეთ შემთხვევაში, ადგილობრივი გაუქმების სტანდარტები (*Local Annulment Standards; LAS*), როგორც იგულისხმობს არ უნდა იყოს ისინი, ზედმეტად მნიშვნელოვანი ხდებიან⁴.

პრაქტიკა აჩვენებს, რომ გაუქმებულ გადაწყვეტილებას აღსრულების მაინც ბევრად მცირე შანსი აქვს,⁵ თუმცა, მაგალითად, საფრანგეთის სასამართლომ აღასრულა არაერთი გაუქმებული გადაწყვეტილება, (მაგ., ყველაზე ცნობილი *Hilmarton Ltd. v. Omnium de Traitement et de Valorisation* 1994 წლის 23 მარტის გადაწყვეტილება⁶; ასევე *Bechtel case* და *Putrabali case*, 29 ივნისი, 2007წელი⁷) ხოლო, აშშ-ის სასამართლომ აღასრულა ეგვიპტის სასამართლოს მიერ გაუქმებული საარბიტრაჟო გადაწყვეტილება (*Chromalloy Aeroservices v. Arab Republic of Egypt*, 1996). ამ გადაწყვეტილებებმა გამოკვეთა, საფრანგეთის და ამერიკის შეერთებული შტატების სასამართლო პრაქტიკის ერთმანეთის მსგავსი მიმართულებით განვითარების ტენდენცია. ორივე საქმეში სასამართლოებმა აღასრულეს გადაწყვეტილებები, რომლებიც გაუქმებულ იქნა წარმოშობის ქვეყნის სასამართლოების მიერ, არა ნიუ-იორკის კონვენციის, არამედ შიდა სამართლის "*more favourable provisions*"⁸-ზე დაყრდნობით. მაგრამ, შემდეგ საფრანგეთისა და

¹ ამგვარი ინტერპრეტაციის სანაღმდეგო არგუმენტები იხ. *Van den Berg A. J.*, Enforcement of annulled awards, ICC International Court of Arbitration Bulletin, 1998, 15, <<http://www.hvdb.com/wp-content/uploads/1998-AJvdB-Enforcement-of-Annulled-Awards.pdf>>.

² *Van Der Berg A. J.*, the New York Arbitration Convention of 1958, 1981, 355.

³ *Paulsson J.*, Enforcing Arbitral Awards Notwithstanding A Local Standard of Annulment (LSA) , The ICC international Court of arbitration Bulletin vol 9/#1, May 1998, 1, <<http://ciarb-europeanbranch.com/training/CourseMaterial/Geneva%20ARF%20Advance%20Materials/Advance%20File%20to%20participants/A16.%20Paulsson%20on%20Enforcing%20Awards%20after%20LSA.pdf>>.

⁴ *Paulsson J.*, The case for disregarding local standard annulments under the New York Convention, 7 Am. Rev. Int'l Arb., 1997, 99, <<http://ciarb-europeanbranch.com/training/CourseMaterial/Geneva%20ARF%20Advance%20Materials/Advance%20File%20to%20participants/A16.%20Paulsson%20on%20Enforcing%20Awards%20after%20LSA.pdf>>.

⁵ *Redfern & Hunter*, For an overview of the practice and caselaw, supra note 22, 540.

⁶ *Koch C.*, The Enforcement of Awards Annulled in their Place of Origin (The French and U.S. Experience) Kluwer Law International, The Netherlands 2009, J. Int. Arb.2, 272.

⁷ *Polkinhorne M.*, Enforcement of Annulled Awards in France: The Sting in the Tail, January 2008, in 2007, the Putrabali case celebrated the culmination of the Doctrine Ancel. The French Supreme Court proclaimed that —an international award, which is not connected to any legal system, is an international judicial decision, whose legality is examined with regards to the applicable laws in the country where its recognition and enforcement are sought.”, <www.whitecase.com/files/Publication/9519e3f5-1c7b-4531-8a62-a6ac59dc87de/Presentation/PublicationAttachment/153d6bd2-17f4-48a0-94b2-af4265abf8fc/article_Annulled_awards_v3.pdf>.

⁸ *Tepes N.*, The More Favorable Right Provision of Art. VII of the New York Convention and its Application to the Form of the Arbitration Agreement; 12 Croat. Arbit. Yearb., 2005, 125. "...application of the New York Convention cannot result in the situation where a party would be deprived of any rights it has according to more liberal provisions of the law of the country where enforcement procedures are taking place. This provision, also known as the more favorable right provision, basically ensures that the recognition and enforcement will take

აშშ-ის სასამართლოებმა დიამეტრალურად განსხვავებული შეხედულებები განავითარეს. საფრანგეთის სასამართლოებმა განაგრძეს უცხოური გაუქმების ელემენტის იგნორირება, და ცნობენ საერთაშორისო საარბიტრაჟო გადაწყვეტილებებს მიუხედავად იმისა, თუ რას ამბობს გადაწყვეტილების მიმღები ქვეყნის შიდა კანონმდებლობა ამ გადაწყვეტილების იურიდიულ ძალასთან დაკავშირებით. ხოლო, აშშ-ის სასამართლოები უფრო და უფრო მზარდი რაოდენობით, უარს ამბობენ განხილვის ადგილას გაუქმებული გადაწყვეტილებების ცნობასა და აღსრულებაზე. შტატების სასამართლოები „უცხოურ“ გაუქმების გადაწყვეტილებას უგულვებელყოფენ მხოლოდ მაშინ, როცა გადაწყვეტილება ფუნდამენტურად ეწინააღმდეგება და არღვევს აშშ-ის საჯარო წესრიგს.¹

ცალსახად გამოჩნდა, რომ არბიტრაჟთან დაკავშირებული საკითხების მოწესრიგებისთვის, ერთ-ერთი უმნიშვნელოვანესი საკითხი, საარბიტრაჟო განხილვის ადგილის განსაზღვრაა. ის, ფაქტობრივად, წარმოადგენს კრიტერიუმს, რომელიც ადგენს თუ რომელი ქვეყნის საარბიტრაჟო კანონმდებლობა მოქმედებს დავის განხილვის პროცესში, აღნიშნულის მიხედვით ნყდება საერთაშორისო და შიდა საარბიტრაჟო გადაწყვეტილებებზე კლასიფიკაციის საკითხი და ასევე, საარბიტრაჟო განხილვის დროს წამოჭრილი საკითხების გადაწყვეტისთვის კომპეტენტური სასამართლო, საარბიტრაჟო განხილვის ადგილის მიხედვით ირჩევა.²

ერთ-ერთი შეხედულების მიხედვით, რომელიც დიდხანს დომინირებდა და დღემდე აქტუალურია ინგლისში, საარბიტრაჟო განხილვის ადგილი არის მუნიციპალური იურისდიქციის ეკვივალენტური. ამ შეხედულების მიხედვით, საარბიტრაჟო განხილვის ადგილის სახელმწიფოს სამართალი აუცილებლად განაგებს საარბიტრაჟო შეთანხმებას პირდაპირ ან გამოსაყენებელი სამართლის მეშვეობით. ასევე, ითვლება, რომ ამ სამართალს ექვემდებარება საარბიტრაჟო ტრიბუნალის ფორმირების და შემადგენლობის საკითხი ისევე, როგორც უშუალოდ პროცესი და საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების ფორმა. სასამართლოები არბიტრაჟის ადგილსამყოფელ ქვეყანაში ახორციელებენ ზედამხედველობას არბიტრაჟის პროცედურული ასპექტების სათანადო ფუნქციონირებაზე და პროცესის ბოლოს ცნობენ ან აუქმებენ საარბიტრაჟო გადაწყვეტილებას. სხვა სიტყვებით რომ ვთქვათ, ამ მიდგომის მიხედვით ადგილსამყოფელი აბამს არბიტრაჟს იმ ქვეყნის მართლწესრიგს, რომელშიც ის ხორციელდება. არბიტრაჟის შესახებ მითითებული ფილოსოფია ედო საფუძვლად *EA. Mann*-ის ცნობილ ნაშრომს „*Lex Facit Arbitrum*.“ მრავალი მიმდინარეობა წარმოიშვა მისგან. მაშინაც კი როცა გამოიყენება საარბიტრაჟო წესები, რომლებიც არბიტრებს ანიჭებს ფართო დისკრეციას საქმეზე, ამ მიდგომის მიმდევარ არბიტრებს ექნებათ ტენდენცია პროცესის ადგილსამყოფელი ქვეყნის სამართლის ნორმებს დაუქვემდებარონ (გამოიყენონ როგორც *lex fori*).³

მეორე საარბიტრაჟო კონცეფცია, რომელიც გაბატონებულია საფრანგეთსა და სხვა სამოქალაქო სამართლებრივი ტრადიციების მქონე ქვეყნებში და სისტემატიზებულია *Berthold Goldman*-ისა და *Pierre Lalive*-ის მიერ, სხვაგვარად უყურებს საკითხს (*the seat of arbitration is chosen for little more than the sake of convenience*). საარბიტრაჟო ტრიბუნალები არ უნდა მოქმედებდნენ კონკრეტული სახელმწიფოების ნაციონალური სასამართლოების მსგავსად, მხოლოდ იმიტომ, რომ მათი ადგილსამყოფელი მდებარეობს ამ ქვეყანაში. არბიტრების უფლებამოსილება მომდინარეობს არა სახელმწიფოსგან, არამედ მთელი სამართლის მიერ შექმნილი მართლწესრიგიდან, რომელიც განსაზღვრული პირობების არსებობისას აღიარებს საარბიტრაჟო შეთანხმების ვალიდურობას და საარბიტრაჟო გადაწყვეტილებას.

place in ...”: <<https://litigation-essentials.lexisnexis.com/webcd/app?action=DocumentDisplay&crawlid=1&doctype=cite&docid=12+Croat.+Arbit.+Yearb.+125&srctype=smi&srcid=3B15&key=8258069176d781eeb4b-1a47037770754>>

¹ Koch C., *The Enforcement of Awards Annulled in their Place of Origin (The French and U.S. Experience)* Kluwer Law International, The Netherlands, 2009, J. Int. Arb.2, 267.

² *ცერცვაძე გ.*, საერთაშორისო არბიტრაჟი, თბ., 2012, 312.

³ Gaillard E., *The Enforcement of Awards Set Aside in the Country of Origin*; ICSID Review – Foreign Investment Law Journal, based on the report presented by the author to the ICCA Congress in Paris, May 1998, 17.

გადაუჭრელი აზრთა სხვადასხვაობა საარბიტრაჟო განხილვის ადგილის როლის შესახებ განსაკუთრებით კრიტიკული ხდება, როცა დღის წესრიგში დგება საარბიტრაჟო განხილვის ადგილის ქვეყნის სასამართლოს მიერ გაუქმებული საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების აღსრულების საკითხი.

მეორდება საკვანძო კითხვა – შესაძლებელია თუ არა აღსრულდეს გადაწყვეტილება, რომელიც გააუქმა საარბიტრაჟო განხილვის ადგილის ქვეყნის კომპეტენტურმა სასამართლომ?

თუ ჩაითვლება, რომ გადაწყვეტილება მის სავალდებულო ძალას იძენს სახელმწიფოს მართლწესრიგისგან, და ეს მართლწესრიგი გადაწყვეტილებას გაუქმებით სამართლებრივ ნულად აქცევს, ლოგიკურად გამოდის, რომ ასეთი გადაწყვეტილება აღარ არსებობს და არ შეიძლება სადმე სამართლებრივი შედეგები წარმოშვას.

მაგრამ, თუ საარბიტრაჟო განხილვის ადგილი არ ჩაითვლება ერთადერთ დამაკავშირებელ რგოლად საარბიტრაჟო განხილვასა და ეროვნულ მართლწესრიგს შორის, სავსებით შესაძლებელი იქნება ერთი ქვეყნის მიერ გაუქმებული საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების, მეორე ქვეყნის მიერ აღიარება, საარბიტრაჟო განხილვის ადგილის სამართალს არ ექნება პრეცედენტული ძალა იმ ქვეყნის სამართალზე, სადაც გადაწყვეტილება აღსრულდება.

ამდენად, *Emmanuel Gaillard* მიიჩნევს, რომ ამ კითხვაზე პასუხი, რომელიც მსოფლიო მასშტაბით ჯერ კიდევ სერიოზული განსჯის საგანია, მაინც დამოკიდებულია ქვეყნის არბიტრაჟთან დაკავშირებულ კონცეპტუალურ მიდგომაზე.¹

7.3. შიდა საარბიტრაჟო გადაწყვეტილებების გაუქმებისა და ცნობის და აღსრულების პროცედურებს შორის კოლიზია საქართველოში

„საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების ცნობასა და აღსასრულებაზე უარის თქმა და გადაწყვეტილების გაუქმება, საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების კონტროლის ფორმებია, რომლებიც, ძირითადად, ერთ მიზანს ემსახურებიან – გამორიცხონ საარბიტრაჟო განხილვის ფუნდამენტური პრინციპების დარღვევით გამოტანილი გადაწყვეტილების სამართლებრივი შედეგის დადგომა, როგორც არ უნდა იყოს ეს შედეგი.“² გადაწყვეტილების ცნობასა და აღსრულებაზე უარის თქმა და გადაწყვეტილების გაუქმება ხდება არბიტრაჟის შესახებ საქართველოს კანონით დადგენილი აბსოლუტურად იდენტური საფუძვლებით, რომლებიც დაწვრილებით განვიხილეთ.

ვნახეთ, რომ საქართველოს საარბიტრაჟო კანონმდებლობა ერთნაირად არეგულირებს საქართველოს და მის ფარგლებს გარეთ გამოტანილ საარბიტრაჟო გადაწყვეტილებათა ცნობისა და აღსრულების პროცესს, მაგრამ გასაჩივრებას და გაუქმებას ექვემდებარება მხოლოდ საქართველოში გამოტანილი საარბიტრაჟო გადაწყვეტილება. ცალსახად, სასამართლოს კომპეტენციას სცილდება და ვერ გაუქმდება საქართველოს ფარგლებს გარეთ გამოტანილი საარბიტრაჟო გადაწყვეტილება, რომელშიც, როგორც აღვნიშნეთ, იგულისხმება როგორც საერთაშორისო ხასიათის, ისე უცხოური საარბიტრაჟო გადაწყვეტილებები, ანუ საქართველოს ფარგლებს გარეთ გამოტანილი გადაწყვეტილების შემთხვევაში გაუქმების და ცნობა აღსრულების პროცესის პარალელურად არსებობა გამორიცხულია, ამდენად მათი იდენტური საფუძვლები პრობლემას არ წარმოშობს.

განსხვავებული ვითარებაა საქართველოში გამოტანილ საარბიტრაჟო გადაწყვეტილებებთან მიმართებით. რამდენადაც შიდა საარბიტრაჟო გადაწყვეტილება შეიძლება გაუქმდეს ქართული სასამართლოების მიერ და იგივე სასამართლოებს აქვთ შიდა საარბიტრაჟო გადაწყვეტილებების აღსრულების კომპეტენცია, წარმოიშობა კოლიზია ამ ორ პროცედურას შორის.³

¹ *Gaillard E.*, The Enforcement of Awards Set Aside in the Country of Origin; ICSID Review – Foreign Investment Law Journal, based on the report presented by the author to the ICCA Congress in Paris, May 1998, 18.

² *ცერცვაძე გ.*, საერთაშორისო არბიტრაჟი, თბ., 2012, 624.

³ *Tsertsvadze G.*, Brief Commentary to the Georgian Arbitration Law 2009, Tb., 2011, 169.

საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების ცნობა და აღსასრულებლად მიქცევა ნიშნავს, რომ არ არსებობს უარის თქმის საფუძვლები, ამდენად არც გადაწყვეტილების გაუქმების საფუძვლები უნდა არსებობდეს. საქართველოს სასამართლოს გადაწყვეტილებებმა ეჭვქვეშ დააყენა ზემოაღნიშნული მსჯელობა და შესაძლოა პარადოქსულად ჟღერდეს, მაგრამ გააუქმა უკვე ცნობილი და აღსასრულებლად მიქცეული საარბიტრაჟო გადაწყვეტილება.

მაგალითად, თბილისის სააპელაციო სასამართლოს წინაშე სამი მოპასუხის წინააღმდეგ წარდგენილი საარბიტრაჟო გადაწყვეტილება აღსრულდა ყოველგვარი დაყოვნების გარეშე. სასამართლომ ხაზი გაუსვა, რომ არ არსებობდა არავითარი საფუძველი ცნობისა და აღსრულების უარსაყოფად და გადაწყვეტილება არ ეწინააღმდეგებოდა საჯარო წესრიგს.¹ ამის შემდეგ ორმა მოპასუხემ იმავე სასამართლოს მიმართა შუამდგომლობით, იმავე საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების გაუქმების მოთხოვნით, რადგან არბიტრი იყო ძალიან ახალგაზრდა იმისათვის რომ ჰქონოდა საქმის გადასაწყვეტად საკმარისი კომპეტენცია. შემდგომი არგუმენტი კი იყო დაწესებული ჯარიმების შეუსაბამობა საჯარო წესრიგთან. მოწინააღმდეგე მხარემ უარყო შუამდგომლობა, რადგან 1) მოსარჩელე მხარე ინფორმირებული იყო საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების ცნობისა და აღსრულების შესახებ და არ შეწინააღმდეგებია აღნიშნულ პროცედურას; 2) სასამართლომ გადაწყვეტილების აღსრულებით საბოლოოდ გადაწყვიტა საქმე. ამდენად, დამატებითი ღონისძიებები საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების გასაუქმებლად სასამართლოს აღარ უნდა გაეთვალისწინებინა, რადგან საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების აღსრულების შესახებ სასამართლომ გადაწყვეტილება გასაჩივრებას არ ექვემდებარება. თბილისის სააპელაციო სასამართლომ შუამდგომლობა მხოლოდ ნაწილობრივ დააკმაყოფილა და შეამცირა დადგენილი ჯარიმები. სასამართლომ ხაზგასმით აღნიშნა, რომ მოპასუხის უმოქმედობა გადაწყვეტილების ცნობისა და აღსრულების მოსალოდნელი პროცედურის წინააღმდეგოდ არ შეიძლებოდა გამოყენებული ყოფილიყო საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების გაუქმებისათვის დამაბრკოლებელ გარემოებად.²

აღნიშნულმა პოზიციამ შესაძლოა რამდენიმე ბუნდოვანება გამოიწვიოს. პირველი, საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების გაუქმებისა და ცნობა-აღსრულებაზე უარის თქმის საფუძვლები ერთი და იგივეა. ამდენად, თუკი სასამართლო აღსრულებს გადაწყვეტილებას, გამარჯვებულმა მხარემ შეიძლება ივარაუდოს, რომ კანონით დადგენილი ყველა მოთხოვნა სახეზეა. უკვე აღსრულებული გადაწყვეტილების გაუქმება კი ეწინააღმდეგება გამარჯვებული მხარის „კანონიერ მოლოდინს.“

1. სადავოა, რომ გაუქმების პროცედურით სასამართლო შეწინააღმდეგა საკუთარ გადაწყვეტილებას;

2. სასამართლომ არ გაითვალისწინა, რომ ქართული საარბიტრაჟო სამართალი მომდინარეობს მოდელური კანონიდან, რომელიც ორიენტირებულია საერთაშორისო სავაჭრო არბიტრაჟზე. მსგავსად, გაუქმება შესაძლოა მოთხოვნილ იქნას თუ საერთაშორისო საარბიტრაჟო ტრიბუნალი მიიღებს გადაწყვეტილებას იმავე სახელმწიფოს ტერიტორიაზე, მაშინ როცა ცნობა და აღსრულება შესაძლოა მოთხოვნილ იქნას თუ გადაწყვეტილება მიღებულია არა იმ ქვეყნის ტერიტორიაზე სადაც მოითხოვება ის.³

აღსანიშნავია, რომ მოდელური კანონის იურისდიქციის არაერთმა ქვეყანამ, მაგალითად გერმანიამ და ინგლისმა საარბიტრაჟო კანონმდებლობის უნიფიცირება მოახდინეს შიდა და საერთაშორისო დონეზე. ქართველი მოსამართლეებისგან განსხვავებით, გერმანელი მოსამართლეების პრაქტიკაში ზემოაღნიშნული პრობლემა არ წარმოშობილა. გერმანიის CPC-ს 1059-ე (3) მუხლის თანახმად, საჩივარი საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების გაუქმების მოთხოვნით არ დაიშვება იმ შემთხვევაში, თუ გადაწყვეტილება უკვე ცნობილი და აღსრულებულია გერმანიის სასამართლოს მიერ.

¹ თბილისის სააპელაციო სასამართლოს 2011 წლის 4 მაისის გადაწყვეტილება საქმეზე №28\1262-11, ციტირებულია: *Tsertsvadze G., Brief Commentary to the Georgian Arbitration Law 2009, Tb., 2011, 170.*

² თბილისის სააპელაციო სასამართლოს 2011 წლის 12 ივლისის გადაწყვეტილება საქმეზე №28\1238-11; ციტირებულია: *Tsertsvadze G., Brief Commentary to the Georgian Arbitration Law 2009, Tb., 2011, 170.*

³ *Tsertsvadze G., Brief Commentary to the Georgian Arbitration Law 2009, Tb., 2011, 170.*

საქართველოს კანონმდებლობაში მსგავსი რეგულაციის არარსებობამ სასამართლო მიიყვანა იმ ინტერპრეტაციამდე, რომელიც წინააღმდეგობაში მოდის, ერთი მხრივ, საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების გაუქმებისა და, მეორე მხრივ, მისი ცნობისა და აღსრულების პროცედურების ძირითად მიზანთან. ამდენად, გერმანიის კანონმდებლობაში არსებული ჩანაწერის მსგავსი რეგულაციის შემოღება ქართული საარბიტრაჟო სამართლისთვის სასიცოცხლოდ მნიშვნელოვანია.¹

მანამდე კი, საქართველოს სასამართლოებმა თავიდან უნდა აიცილონ მსგავსი კოლიზია და უარი თქვან იმ გადაწყვეტილების გაუქმებაზე, რომელიც უკვე ცნეს და მიაქციეს აღსასრულებლად. არსებული პრაქტიკით, ცნობის და აღსრულების პროცედურის სტაბილურობა და ეფექტურობა ეჭვქვეშ დგას. ფაქტია, რომ წაგებულ მხარეს უფლება აქვს გაასაჩივროს ის გადაწყვეტილება, რომლის ცნობის და აღსრულების პროცესზეც კი არ გამოცხადებულა.

8. დასკვნა

კვლევა მიზნად ისახავდა გამოგვეკვითა საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების კონტროლის მექანიზმების – როგორც საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების გაუქმების, ისე ცნობის და აღსრულების სამართლებრივი ბუნება, ფუნქცია, პროცედურა და, ასევე, მათი ურთიერთმიმართების პრობლემური საკითხი.

შეგვიძლია ვთქვათ, რომ 2010 წლამდე არსებული კანონმდებლობის მთავარი ნაკლი და დოქტრინაში ყბადაღებული კრიტიკის საგანი – საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების ცნობა და აღსრულება, უკვე შეესაბამება ნიუ-იორკის კონვენციის მოთხოვნებს.

ცნობისა და აღსრულებისგან განსხვავებით, გადაწყვეტილების გაუქმების პროცედურას რამე საერთაშორისო კონვენცია არ არეგულირებს. სამაგიეროდ, UNCITRAL-ის მოდელური კანონი უზრუნველყოფს ნაციონალური კანონმდებლობებისთვის მიმართულებას. როგორც ცალსახად გამოჩნდა, საქართველოს კანონი არბიტრაჟის შესახებ შექმნილია ამ კანონის მიხედვით და საკანონმდებლო რეგულაციის და პროცესუალური თვალსაზრისით, ეს ინსტიტუტიც გამართულია.

მიუხედავად იმისა, რომ ყოველთვის ვილაცას, სადაც შესაძლოა სხვაგვარი იდეა გააჩნდეს ამ ინსტიტუტის მონესრიგებისა, გამოკვეთილად არსებობს რამდენიმე საკითხი რაზეც გლობალური კონსესუსი მიღწეულია: საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების გასაჩივრება შესაძლებელია მხოლოდ მისი გაუქმების მოთხოვნით. გასაჩივრება დაიშვება იქ, სადაც გამოტანილ იქნა აღნიშნული გადაწყვეტილება; არ არის დასაშვები საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების არსებითი შემონემა, გარდა მისი პროცედურული ასპექტებისა და საარბიტრაჟო შეთანხმებასთან დაკავშირებული საკითხებისა. ასევე, საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების გაუქმების საფუძვლები შეიძლება იყოს ამომწურავიც, შესაბამისად, თითქმის შეუძლებელი ან ძალიან რთულია აღნიშნული საფუძვლების გავრცობა.

საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების გაუქმების შემდგომ დავის განხილვის კომპეტენციის საკითხი სხვა ქვეყნების კანონმდებლობისგან განსხვავებით², ღიად არის დატოვებული „არბიტრაჟის შესახებ“ საქართველოს კანონში. შესაბამისად, გულისხმობს თუ არა გაუქმება, საქმის კვლავ არბიტრებისათვის დაბრუნებას თუ მათი მისია ამოიწურა მაშინ, როცა გამოიტანეს პირველი გადაწყვეტილება – ბუნდოვანია. ვფიქრობ, სხვა ქვეყნების მაგალითების გათვალისწინებით აღნიშნული საკითხის საკანონმდებლო რეგულაცია სასიკეთო იქნება და ხელს შეუწყობს ერთგვაროვანი საარბიტრაჟო პრაქტიკის დანერგვას.

გაუქმებული გადაწყვეტილების ბედი ასევე გაურკვეველია ნიუ-იორკის კონვენციის ინტერპრეტირებადი ფორმულირებიდან გამომდინარე³, მაგრამ, ამის მიუხედავად, გადაწყვეტი-

¹ Tsertsvadze G., Brief Commentary to the Georgian Arbitration Law 2009, Tb., 2011, 171.

² იხ. მე-4 თავი, 4.3.

³ იხ. მე-7 თავი, 7.2.

ლების გაუქმება ძალიან მნიშვნელოვანი ბერკეტია კანონის დარღვევით გამოტანილი გადაწყვეტილების კანონიერი ძალის მინიჭებისგან პრევენციისთვის.

კონკრეტული დავის გადაწყვეტის მიზნით გამოტანილი გადაწყვეტილება, მოდავე მხარეებს შორის არაერთგვაროვან დამოკიდებულებას იწვევს. მოგებული მხარე იწყებს მოქმედებას გადაწყვეტილების აღსრულებით, სანადელი შედეგის მიღებისთვის, ხოლო, წაგებულ მხარეს რჩება შესაძლებლობა გადაწყვეტილების გასაჩივრებით იბრძოდეს „უკეთესი შედეგის“ მისაღწევად. საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების ცნობასა და აღსრულებაზე უარის თქმის საფუძვლებისა და გაუქმების საფუძვლების იდენტირობაც ვფიქრობ ამით არის გამოწვეული. კანონმდებელი, ორივე შემთხვევაში, გამორიცხავს კანონის მოთხოვნათა დარღვევით გამოტანილი გადაწყვეტილებით სამართლებრივი შედეგების დადგომას.

საქართველოში გამოტანილი საარბიტრაჟო გადაწყვეტილებების დონეზე, პრობლემა ცალსახაა ამ ორი ინსტიტუტის თანაარსებობის თვალსაზრისით. „არბიტრაჟის შესახებ“ საქართველოს კანონში არ არსებობს დათქმა, რომელიც აკრძალავს უკვე ცნობილი და აღსრულებული გადაწყვეტილების გაუქმების შესაძლებლობას. სასამართლოს მხრიდან, უკვე ცნობილი და აღსრულებული გადაწყვეტილების გაუქმების დაშვება, წინააღმდეგობაში მოდის, ერთი მხრივ, საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების გაუქმებისა და, მეორეს მხრივ, მისი ცნობისა და აღსრულების პროცედურების ძირითად მიზანთან.

გერმანიის CPC-ს 1059-ე (3) მუხლის თანახმად, საჩივარი საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების გაუქმების მოთხოვნით არ დაიშვება იმ შემთხვევაში, თუ გადაწყვეტილება უკვე ცნობილი და აღსრულებულია გერმანიის სასამართლოს მიერ. მსგავსი ჩანაწერის გაკეთება კანონში აუცილებელია, რათა დაცული იყოს გამარჯვებული მხარის კანონიერი ინტერესი და ეჭვქვეშ არ დადგეს ცნობის და აღსრულების პროცედურის სტაბილურობა და ეფექტურობა. ამავდროულად, იმ სასამართლოს კომპეტენტურობაც სათუთაა, რომელიც იდენტური საფუძვლებით აუქმებს გადაწყვეტილებას, რომელზეც მანვე ცნობა-აღსრულების შესახებ გადაწყვეტილების მიღებით დაადასტურა, რომ არ არსებობდა ცნობაზე და აღსრულებაზე უარის თქმის იგივე საფუძვლები.

INTERRELATIONS BETWEEN THE UNNULMENT OF THE ARBITRAL AWARD AND THE REFUSAL OF RECOGNITION AND ENFORCEMENT OF THE ARBITRAL AWARD

1. Introduction

The globalization process worldwide and the development of the economic relations influenced the formation of forms and resources of private legal dispute proceedings. The free international market featured by the rapid trends of changes requires presence of flexible legal base, system and mechanisms.

Generally, the major economic projects have the transnational character. In such circumstances we can observe the attempts to avoid subordination of the legal relations and potential disputes to the legal regime of a specific country. Aimed to the effective operation of the market, the special mechanisms had been introduced that would be acceptable to the subjects of different legal systems. Today, it is widely recognized that business prefers the alternative dispute resolution methods.

Similarly, in Georgia, the role of arbitration – as of the alternative means of dispute resolution between the parties – enjoys its gradual increase. With this regard, the new Law on Arbitration adopted in Georgia had the vital importance. In fact, the mentioned Law made the Georgian legislation on arbitration adequate to the unified legal acts existing in this field. Thus, the institute similar to “the private justice” existing till 2010 has been transformed into a dispute resolution instrument operating under the State control in compliance with the internationally recognized form.

Substantially, the arbitration is a product of the parties’ agreement. It examines the disputes that in major cases end in rendering the arbitral awards. The government legitimates the rendered awards through granting to it the legal power that makes an award equal to the judicial decision. Itself the fact that the arbitral award equals to the final court decision is the gift given to the parties by the judicial control of the named arbitral award.

“Refusal of recognition and enforcement of the arbitral award and annulment of the arbitral award are the forms of control over the arbitral award with common objective – to exclude the occurrence of the legal outcomes of the arbitral award rendered through the violation of fundamental principles of arbitration, notwithstanding the character of the outcomes.”¹ Their fundamentals coincide with each other and therefore are featured by the similar contents and different forms.

The present research aims to discuss the above mechanisms of arbitral control, to compare the regulations prescribed by the Georgian legislation with the international treaties and with the arbitration acts of national legislations of the countries with substantial backgrounds in arbitration justice. The present paper is based upon the analysis of the legislation in force and the international practices that are helpful in analysing interrelations between the annulment of the arbitral award and refusal of recognition and enforcement of arbitral award. In particular, what are the differences and similarities between them and how the legislator regulates annulment of either enforcement of the revoked arbitral award or the possibility of revocation of the enforced arbitral award.

The importance of the present research is dictated first of all by the amendments made to the Georgian legislation regarding the development of regulations of arbitration control in a new manner. Besides, among the reasons of addressing the topic are: the practical problems related to the mentioned topic, as well as the nonhomogenous approach of the courts toward the topic, that are often faced by the parties when revoking the arbitral award or refusing the recognition or enforcement of the award.

¹ *Tsertsvadze, G.*, International Arbitration, Tb., 2012, 624.

The methodology of the present research is based upon the general science and the comparative law; the paper mainly uses the logical analysis and presents the informative-cognitive and comparative-legal aspects. Besides, the research uses the analytical methodology at the extent of the requirements of the research subject.

For the comparative analysis we use the legislations and practices of the countries that have sound traditions and experience in arbitration.

The Georgian judicial system has an insufficient practice in relation with the topic of the present paper and this is quite logical with regards to the rather short history of the arbitration in the country. However the topic itself is very urgent, especially for the country which aims the legal and economic integration with the Western countries and strives to affiliate with the European Union. Moreover, the country with its geo-political location has the great potential to become the desirable place for the arbitral proceedings.

The present paper consists of the introduction, six chapters and the conclusion. The first chapter will describe the fundamentals of the arbitral proceedings in Georgia in the past and at present, where we compare the alternatives of the institutes of recognition and enforcement of awards and annulment of awards indicated in the “Georgian Law on the Private Arbitration” to the instruments available today.

The second chapter describes the determination of the nationality of the arbitral awards. The Georgian “Law on Arbitration” in force distinguishes the arbitral awards rendered in Georgia and outside its borders and consequently subordinates them to the different court instances. Hence, the chapter will review the aspects of classification of the arbitral awards into “domestic”, “international” and “foreign” awards and will observe the legal outcomes of the mentioned classification.

The third chapter is dedicated to the research of the institute of annulment of the arbitral awards. We will discuss the essentials of appeals against and annulment of the awards, the procedures of appealing, the issues of the court competences and terms of appeal; we will also refer to the outcomes of revocation of the arbitral awards and the opportunities of appeal against the court decision regarding the annulment of award.

The fourth chapter deals with the institute of recognition and enforcement of the arbitral awards. Certainly, we will discuss the essentials of the recognition and enforcement and their significance. We will review the procedural issues and the outcomes of the proceedings regarding the recognition and enforcement.

The fifth chapter includes the annulment and refusal of recognition and enforcement of the arbitral award in compliance with the reasons provided by the Modal Law, NY Convention and the Georgian Law on Arbitration. We will separate the reasons the presence of which should be corroborated by the party. Besides, we discuss the reasons that are the subject to the court’s investigation.

The sixth chapter will explore interrelations between the annulment of the arbitral award and the refusal of recognition and enforcement of the arbitral award; we will look at the topic in the light of the international practices and theories and will outline the existing approaches worldwide regarding the enforcement of the annulled arbitral awards. We will also review the extent at which it is possible to annul the recognized and enforced arbitral awards. We will also touch the gaps existing in the Georgian legislation and will compare it to the regulations provided by the German legislation.

At the end of the present paper we provide the summary and assessment of the above topics and present the recommendations how the specific problems can be corrected.

1. Fundamentals of Regulation of Arbitration in Georgia

1.1 General Overview

On June 26, 1997 the Georgian Civil Code was adopted giving the start to the development and improvement of the institutes of private law in the history of sovereign state of Georgia. In the same year (1997) the Georgian arbitral tribunals were abolished, and this was fairly assessed as the end of the soviet arbitrations in Georgian legislation.¹ The trends of learning and implementing of the internationally practiced standards sti-

¹ *Tsertsvadze, G.*, Preconditions of International Arbitration (Comparative Analysis), Tb., 2008, 97 (in Georgian).

mulated the adoption of Georgian law on Private Arbitration in 1997. The mentioned law was the first attempt to establish a qualitatively new alternative dispute resolution mechanism in the country.

The Georgian Constitution is based upon the principle of division of authorities. Therefore, the court – as an independent third branch of authority occupies a significant place besides the legislative and executive authorities. It administers justice on behalf of the State and ensures supremacy of law and maintenance of the public order.¹ In parallel with the judicial authority the arbitral tribunal appears on the stage as an alternative tool of dispute resolution between the parties. The subjects of the private law were allowed to determine on their own accord the issue of entering into the private-law relationships or determine the duties and responsibilities thereof, as well as to choose the special forms and means for dispute resolution arising from violation of the mentioned duties and responsibilities. It is known, that the most popular form to defend one's violated or disputable rights is to sue a case in the court. However, the court is no more a single tool to defend one's rights, because, in Georgia, like the in other countries, the arbitration has been launched as an alternative tool of dispute resolution.

The first legal act regulating the relations with the arbitration was adopted in 1997. However, the political decision regarding adoption of the “Georgian Law on Arbitration” was not enough for the successful reform in the field.² The main conceptual error made in Georgian legislation was refusal to activate the UNCITRAL Model Law³ – already recognized and successfully practiced worldwide. Especially, when at the end of 1990s the majority of the European countries that were understood as a ~perfect~ place for arbitral proceedings and whose national legislations with regard to arbitration were harmonized with the Model Law, completed their fundamental reforms⁴ in alternative dispute resolution aimed to enhancing the role of arbitration. The Arbitration Acts of England and Sweden were adopted in the same period. Georgia had a good opportunity to use the experiences of the advanced countries, to consider the positive and negative characters of the reforms and so on. But, unfortunately, overlooking these and many other factors caused the adoption of the law full of errors and gaps in it that diminished the role of Arbitration in Georgia and dropped it backward for a decade.

The errors and gaps and the regulations unlike to the internationally recognized approaches were expressed in various aspects of the Private Arbitration Law of 1997. For the purposes of the present paper we will look at the specific problems of the named law in the light of the institute of annulment of the arbitral award as well as of the enforcement of the domestic and international arbitral awards.

1.2 Relation of the Georgian Law on Private Arbitration to the Annulment, Recognition and Enforcement of the Arbitral Awards.

One of the important fields certainly regulated by the national law on arbitration considers legal regulation of the intervention of the state judicial system into the arbitration performance. In this particular topics the Georgian Law on the Private Arbitration mainly corresponded to the Model Law and other International Regulations. However, this statement cannot be true for the norms regarding the recognition and enforcement of the Arbitral Award or the norms regulating annulment of the award by the court.⁵

The clause 43 of the Georgian Law on Arbitration granted the court with the authority to examine the claim of a party and change the arbitral award whenever the sufficient grounds were established. This

¹ Constitution of Georgia, 1995, clause 82.

² *Tsertsvadze G.*, Brief Commentary to the Georgian Arbitration Law 2009, Tb., 2011, 15.

³ UNCITRAL Model Law adopted on June 21, 1985 referring to the international commercial arbitration. The countries were enabled to harmonise their arbitration law with the key principles of the Model Law. *see also: Baker, Mackenzie*, “International Commercial Arbitration”, Moscow, 2001, 27. (in Russian) and the full list of countries of UNCITRAL Model Law, <http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration_status.html>.

⁴ *Tsertsvadze G.*, Brief Commentary to the Georgian Arbitration Law 2009, Tb., 2011, 16-17.

⁵ *Tsertsvadze, G.*, International Arbitration, Tb., 2012, 139 (in Georgian).

norm attracts our interest in several ways. First of all it was possible to appeal against the arbitration award in the regular way that differs from the current form of appeal considered by the Model Law.¹ Besides, the mentioned proceeding was dedicated to the “amendment” of the arbitral award, but with no hints how to do it. The law did not provide the court’s competencies, namely, which instances would be eligible for the proceedings and how the award would be amended – by concerning the legitimacy and the propriety of the decision or by revising and simply annulling it.

The above-mentioned clause 43 indicated the exceptions where it was possible to amend the arbitral award. Based on the party’s claim the judge was entitled to change the arbitral award, when:

- a) it contravened the Administrative law or the Criminal Law;
- b) the rules established by the law or agreed between the parties regarding the arbitral proceedings were violated;
- c) in relation to the case the arbitrate member committed an act described in the clause 189 of the Criminal Law of Georgia, that has been ascertained by the sentence in force, except when such act had no influence upon the arbitral award.

It is obvious that the mentioned basis have nothing in common with the relevant provisions of the NY Convention and the Model Law, therefore their effectiveness in terms of the judicial control over the international arbitral awards was somewhat doubtful.² What does a legislator mean under the term “judicial” used in the clause? The answer on this question is given by the clause 6 of the Georgian Law on the Private Arbitration. Namely, the lawsuit of a party or the request of the arbitration considered under the mentioned law shall be examined by the regional or city court on the territory of which the arbitration proceedings take place. Hence, the issues related to the arbitration awards were unilaterally examined by the civil judge of a regional court, and accordingly, by one of the authorized judges of the city court. Consequently, we can assume that it was possible to “amend” only the arbitral awards rendered in Georgia and it did not concern the arbitral awards rendered outside the country’s borders.

The legal regulations provided in the law were so vague that the civil judges who are not implementing the precedents and novelties through definition and interpretation of rules, had to refer to the norms provided in the Model Law in their various decisions. As the Model Law was not in its legal force in Georgia, the question regarding the eligibility of its application remains open, however, the attempts and aspiration of the Georgian civil judges to fill in the legislative gaps by the interpretation of the norms can be understood as a progressive step.³

In fact, the Georgian law on the private arbitration provided corrupted form of the elements of the award annulment and was very far from the procedures considered by the Model Law. Besides, the grounds for “amendment” of the award are absolutely different from the internationally recognized standards that we are going to discuss more deeply in the next chapters.

Furthermore, it is quite interesting how the mentioned law deals with the notion and procedures of the recognition and enforcement of the arbitral awards. The paradox is that the Georgian law on the private arbitration with its own form and contents only represented the act regulating the arbitration in Georgia and it was not applicable to the international arbitration institutions, especially because of the absence of the rules regarding the recognition and enforcement of the foreign arbitral awards. This particular point was the main defect of the law and consequently was justly criticized in the Georgian legal literature.⁴

By the virtue of the resolution of February 3, 1994, the Parliament of Georgia announced accession of the Republic of Georgia to the NY Convention of 1958 on the recognition and enforcement of the foreign arbitral awards. The same resolution obliged the Cabinet of Ministers to harmonize the norms and regulations with the mentioned Convention but in fact, the law on the private arbitration adopted 3 years later

¹ Details in the Chapter 3 Herein.

² *Tsertsvadze, G.*, International Arbitration, Tb., 2012, 700 (in Georgian).

³ *Tsertsvadze G.*, Brief Commentary to the Georgian Arbitration Law 2009, Tb., 2011, 17.

⁴ *Tsertsvadze, G.*, International Arbitration, Tb., 2012, 140. *Gotua, L.*, Enforcement of the court sentences and the international arbitral awards, thesis, Tb., 2010, 45-49.

absolutely ignored the unified standards of recognition and enforcement of the foreign arbitral awards, established by the convention.

The issue of recognition and enforcement of the foreign arbitral awards remained outside the legal regulation in the Georgian legislation in force until 2010. Nevertheless, there are the precedents of recognition and enforcement of such arbitral awards. Until the new Law on Arbitration was adopted Georgian Supreme Court conducted recognition and enforcement of the arbitral awards in compliance with the international private law and Minsk Convention that are not related to the arbitral awards and provide regulation of recognition and enforcement of court decisions.¹ The question –why the Georgian Supreme Court did not refer directly to the NY convention of 1958 on recognition and enforcement of the foreign arbitral awards? – remains open²; especially, when such possibility is specifically considered by the Georgian Legislation.

Here we should mention that the Georgian law on private arbitration of 1997 did not consider the notion or the institute of the recognition of the arbitral awards. This fact once again call in question the application of the mentioned law upon the foreign arbitral awards, because when talking about the recognition of foreign arbitral awards we face “recognition” of validity of the foreign act and granting a legal force to it within the territory of the country. In other words, based on the state’s permission, the foreign act (an arbitral award in our case) gains its legitimation inside the country thus restricting the territorial principle at some extent, and consequently, without recognizing the foreign arbitral awards, its enforcement contravenes the sovereign rights of the state.

The absence of the recognition of the arbitral awards caused lots of problems with regards to the domestic awards too. The established corrupted practice transformed the arbitration into a scene for infringement of the parties’ rights instead of protecting them. The clause 42 of the above-mentioned law provided that “the arbitral awards that will not be enforced voluntarily, will become the subject of the compulsory enforcement on the basis of the arbiter’s endorsement of execution.” It is obvious that there was no recognition of the awards and consequently no signs of validation of the enforcement of arbitral awards by the state judiciary system. The law entitled the arbiter to issue an endorsement of execution. “It is alogical to grant the right of issuing the enforcement document to the legal person of the commercial law. The competences of the arbitration fall within the rendering an award, whereas the right of validation of enforcement of the awards should be granted to the court”.³

The same clause of the law further considered launching of the civil proceedings based upon the mentioned arbitral endorsement. The second clause of the Georgian law on enforcement proceedings provides a list of the acts thereto; among those acts are the private arbitral awards and the awards that are enforceable in compliance with the international conventions which Georgia is the party of. Obviously, this statement considers the foreign arbitral awards, because generally, their legal regulation was not indicated in the law and the above provision was dedicated to fill in the mentioned gap.⁴

As we have seen in fact there was no judicial control over the arbitral awards. All above factors clarify that the Georgian law on private arbitration needed fundamental amendments and its compliance with the international standards.

1.3 New Law on Arbitration

In 2009 the new Law on Arbitration was adopted that took in account the recommendations of European countries and international organizations. The new Law introduced completely new rules in relation with “the establishment of arbitration in Georgia, arbitral proceedings, arbitral awards as well as recognition and enforcement of arbitral awards rendered outside Georgia”⁵ Arbitration is entitled to examine the

¹ *Tsertsvadze G.*, Brief Commentary to the Georgian Arbitration Law 2009, Tb., 2011, 19.

² Georgian Law about Normative Acts, clause 20 (2).

³ *Tsetsvadze, G.*, Preconditions of International Arbitral proceedings (Comparative analysis), thesis, Tb., 2008, 100.

⁴ *Gotua, L.*, Enforcement of the foreign court sentences and the foreign arbitral awards, thesis, Tb., 2009, 45.

⁵ Georgian Law about Arbitration, clause 1(2).

property disputes based upon the equality of the parties, that can be solved between the parties.” The new Law on Arbitration consolidated the parties’ independence in terms of their right to choose the form of defence of their rights as well as to choose the arbitration which they would trust their dispute resolution.

When adopting the new law the legislator faced the certain conceptual alternative. In terms of the legal techniques the legislator had to choose either separate regulations of the arbitral awards rendered in Georgia and outside the country, or create a uniform legal act regulating all together. The mentioned problem had rather procedural character than the substantial. Georgia made its choice in favor of adopting a uniform act and consequently shared the latest trends of development in arbitration.¹ For example, in 1999 in Sweden the reform of the arbitration legislation took place. On the 1st of April of the same year the “Law on Arbitration” entered into its legal force. The commission working on the draft law did not aim to create a perfect formulation of the law, but to make the law simple, laconic and flexible.² Before the reform there were two laws in Sweden: “the Law on Arbitration” and “the Law on arbitral awards and agreements”. The new law encompassed both spheres of regulation.³ The Sweden Law on Arbitration applies to the arbitral proceedings taking place in Sweden notwithstanding the international relations of the disputes.⁴

Georgian Law on Arbitration is also a uniform act applicable to the arbitral awards rendered either in Georgia or outside the country. The law determines the scope of the independence of the arbitration and the limits of the judicial intervention in it. There has been invented an absolutely new institute for Georgian reality – recognition and validation of enforcement of the arbitral awards. The mentioned institute subordinated the arbitral awards to the judicial control; therefore the question: “whether the arbitral awards should be a subject to the judicial control?” has changed into: “how and at what extent shall such control take place?”

2. “Nationality” of the Arbitral Award

It is known that the harmonization of arbitration legislation has been ensured by three key documents, they are: 1. the Convention on Recognition and Enforcement of foreign arbitral awards of 1958 (NY Convention), 2. UNCITRAL Arbitration rules of 1976 that had been transformed into 3. UNCITRAL Model Law in 1985. With a quite ambitious aim the harmonization served the existing national arbitration laws and minimized its limitation features.⁵ Meaning of the model law is outstanding especially since the control over the arbitral awards became a subject of consensus by a court of the same country where the arbitration *situs* takes place.⁶

Controlling principles laid down in the model law are the part of the global agreement regarding the desirable balance between the finalized and perfect arbitral awards.⁷ The arbitral award passes through a certain test before its enforcement that means its formal examination. Disaffirmation of the arbitral award and refusal of its recognition and enforcement are the very forms of mentioned control over the decision and are also considered by the Georgian law on arbitration. Legislator subjects an arbitral award rendered

¹ *Tsertsvadze G.*, Brief Commentary to the Georgian Arbitration Law 2009, Tb., 2011, 21.

² *Madsen F.*, Commercial arbitration in Sweden, a commentary on the arbitration act (1999:116) and the rules of the arbitration institute of the stockholm chamber of commerce; Jure Förlag AB, 1st ed., Stockholm, 2004, 40.

³ *Tsetsvadze, G.*, Preconditions of International Arbitral proceedings (Comparative analysis), thesis, Tb., 2008, 74.

⁴ *Madsen, F.*, Commercial Arbitration in Sweden, A Commentary to the arbitration Act and the Rules of the Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of commerce, 3rd ed., New-York, 2007, 343.

⁵ *Pavic, V.*, Annulment of Arbitral Awards in International Commercial Arbitration, 132. *Knahr, C., Koller, C., Rechberger, W., Reinisch, A.*, Investment and Commercial Arbitration – Similarities and Divergences, ELEVEN INTERNATIONAL PUBLISHING, 2010, 131-152, <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1615333>.

⁶ *Zeiler G. & Steindl B.*, The New Austrian Arbitration Law 5 (2006). – “great flattener [...]. However, not the entire world has been flattened. There are great plains as well as rocky mountains. The plains exist where the Model Law has been introduced – steep mountains remain where it is not the case.”

⁷ *Pavic, V.*, Annulment of Arbitral Awards in International Commercial Arbitration, 133. *Knahr, C., Koller, C., Rechberger, W., Reinisch, A.*, Investment and Commercial Arbitration – Similarities and Divergences, ELEVEN INTERNATIONAL PUBLISHING, 2010, 131-152, <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1615333>.

in Georgia to disaffirmation, whereas the recognition and enforcement “tests” are similarly obligatory to all arbitral awards whether they are made in Georgia or outside the country. Therefore it is important to determine what is meant under such formulation.

As we already have mentioned, the law on arbitration in force until 2000 did not stipulate differentiation of arbitral awards according to the country of their origin. The different conditions are offered by the new law on arbitration, where the provisions set forth are greatly in line with the international standards. The new law does not distinguish international and foreign arbitral awards. Moreover, it does not recognize any of the mentioned terms. Following the specific matters the law of 2009 does not mark off “arbitral awards made in Georgia” from the new legal category: “notwithstanding the country where the arbitral award was rendered”. Therefore, the new law on arbitration rejects separate regulation of foreign or international arbitral awards and generalizes matters of their recognition and enforcement.

English legislation considers the arbitral award as a domestic decision if it is made in England or outside its borders, but is based upon the arbitrate agreement regulated through English legislation. This definition shows that the decision made in England between the arbitrating parties, where none of the parties is a UK citizen or resident, is still a domestic arbitral award. Similarly, an award rendered outside UK borders between the arbitrating parties, where one of the parties is a resident of UK is also considered as a domestic arbitral award. According to the settlement of arbitral awards through the English legislation¹ there is a general consideration about definitions that their positive definition cannot be accepted and such notion could not be comprehensive.²

Jurisprudence did not provide overall idea regarding the features of foreign arbitral awards and the criteria that would be taken into consideration when separating it from national arbitral awards. Finally, two criteria have been outlined in order to determine origin of arbitral awards. The first criterion is a **Procedural criterion** that determines “nationality” of an arbitral award according to the proceedings upon which the decision was made. Normally, *lex loci arbitri* used to qualify procedural issues. This means that allocation of an arbitral award to this or that country would take place in accordance with the legislation to be used in arbitrate sittings.

The second criterion is a **Territorial criterion**³ that focuses on location, place of the rendered award. According to this concept, the matter of allocating an arbitral award to one or another country is determined by the geographical location of arbitration i.e. by the location where the process (legal location of the dispute resolution tribunal) took place. NY Convention does not contain any of the above mentioned criteria, and the model law is based upon the theoretical “philosophy” of territories⁴. Its dissemination caused marginalization of procedural criterion.⁵

Yet, there was a disagreement among the countries followers of the territorial theory for long time with regard to how the place of arbitral sitting would be determined. This theory, with its practical point of view, appeared more convenient and therefore found its establishment worldwide. Federal Republic of Germany, being the follower of the procedural theory for long time, changed its approach by means of the reform in the arbitration legislation and established the territorial conception in 1996. This was caused by the UNCITRAL Model Law that unilaterally supports the territorial theory. Hence, the countries that used to determine the origin of the arbitral awards according to the procedural conception automatically became the supporters of the territorial doctrine after adopting the regulations based upon the UN Model Law. Consequently, the arguments between the supporters of these two conceptions became less reasonable; Accor-

¹ Lew, Julian D.M., The Recognition and Enforcement of Arbitration Awards in England; American Bar Association; The International Lawyer, Vol. 10, No. 3, 425-437, <<http://www.jstor.org/stable/40705300>>, [11.05.2013].

² Tsertsvadze, G., International Arbitration, publisher “Meridiani”, Tb., 2012, 606.

³ Referred in Georgian literature as a “criteria of location”. See Levan Gotua “Enforcement of foreign court and arbitrage decisions” (thesis papers, maintained on Dec.6, 2010) Tb., 2009, 37

⁴ NY Convention art. V(1)(e), Model Law art. 1(2).

⁵ Vladimir Pavic, Annulment of Arbitral Awards in International Commercial Arbitration 133. Knahr, C., Koller, C., Rechberger, W., Reinisch, A., Inv.

ding to the territorial theory the parties can now determine whether the arbitral award is a national or a foreign one for this or that country.¹

There are the states where two notions: foreign and international arbitral awards – are marked off. In several countries the regular terms, such as: “domestic and foreign arbitral awards” are rarely used and they prefer to apply the legal categories such as: “domestic and international arbitral awards”.

In Switzerland, the international arbitral award is present when the dispute case is examined by the arbitral tribunal within the territory of Switzerland and when one of the parties has its residence, legal address or regular residence outside the borders of Switzerland confederation.

Differences in terminology can be found in the international conventions too. For example, NY convention, as seen from its title, regulates the relations concerning the foreign arbitral awards, whereas the UNCITRAL Model Law covers the international arbitral awards.

The group working on the Model Law denied the approach of the French legislation toward the “internationality” criterion that considers that the arbitration is international when the international trade interests are concerned in arbitral sitting. This approach was rejected because the abstract category of “interest” could become absolutely free subject of the contradictory interpretations for the judiciary systems of the countries sharing the model Law.²

Generally, several criteria can be used for recognizing the arbitration as an international one – either separately or in combination. The first criterion mostly accepted by the countries is the **territorial** criterion, considering that the arbitral sittings taking place outside the country’s border should be treated as an international arbitration.³ Another criterion requires examination of the **dispute nature**, i.e. arbitration is international if the dispute nature relates to international trade. The next criterion focuses on the **party**, namely, the necessity to determine the party’s nationality or the domicile abroad, in order to recognize the arbitration as an international one. One more criterion for internationality of arbitration is the **law** – that had been used during the arbitral sittings. For example, in India the arbitral awards can be treated as Indian if the parties agree to subordinate the arbitral proceedings to the norms established by the Indian arbitration act.⁴

The clause 1(3) of the Model Law offers the combination of objective (International nature of the dispute) and subjective (foreign citizenship or permanent residence) criteria. No doubts that the system of the Model Law is flexible and effective in terms of determination of the international nature of the dispute; besides, it includes the collision norms that ensure determination of relation of the legal persons to the specific systems.⁵ Looking at it more globally, we will see that the international and domestic arbitrations are often marked off because the first includes the element of crossing the border.⁶

Hence, the international arbitral award appears in a form of an intermediate notion between the national and foreign arbitral awards. It considers application of both national and foreign elements to the recognition and enforcement of the arbitral awards. Legal equalization of the international arbitral awards with the foreign acts of the same character does not necessarily mean their full denationalization. Therefore, according to the norms of the UNCITRAL Model Law the international arbitral awards are subjected to recognition and validation of enforcement. This event is assessed by some specialists as a negative and regressive step.⁷ Whereas in past only the foreign arbitral awards needed the recognition, today, the clause 6 of the French Civil Code requires, in compliance with the norms of the Model Law, that international arbitral awards rendered within

¹ Gotua, L., Enforcement of the foreign court sentences and the foreign arbitral awards, thesis, Tb., 2009, 42.

² Sanders P., the work of UNICITRAL on arbitration and conciliation, second expanded edition, 58. Tsertsvadze, G., International Arbitration, Tb., 2012, 610.

³ Brazilian Arbitration Act of 1996, 34. also: UK Arbitration Act of 1996, 2(1), 3.

⁴ *Oil and Natural Gas Commission v. Western Co of North America*, in Tweeddale A. and Tweeddale K., *Arbitration of Commercial Disputes*, 2007, 49.

⁵ Lew J., Mistelis L. and Kröll S., *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 2003, 61.

⁶ Blackaby N., Partasides C, Redfern A. and Hunter M., *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 5th ed., 2009, 8.

⁷ Gotua, L., Enforcement of the foreign court sentences and the foreign arbitral awards, thesis, Tb., 2009, 41.

the territory of France were subjected to the recognition procedure in order to entail the legal outcomes in the country.¹

The new Law on Arbitration in Georgia denied clarification of the location where the international arbitral award was rendered. It is rather complicated to decide whether the Georgian Law on Arbitration should include the statement regarding the difference between the foreign and international arbitrations. The extraordinary legal regulation of the issue has the theoretical meaning and can cause additional complications.

The legislator's decision to put in the equal legal regimes the recognition and enforcement of arbitral awards either rendered in Georgia or outside its borders, should be understood as a correct approach. This approach reflects the provision stipulated in the clause 3 of the NY Convention indicating that recognition and enforcement of arbitral awards, to which the convention is applicable, cannot be subjected to the substantially harder conditions or higher fees than established for the recognition and enforcement of domestic arbitral awards. For example, Canadian Supreme Court defined that, within the scope of the clause 3 of NY Convention, none of the Canadian provinces can allocate to the recognition and enforcement of the international arbitral awards less time limits than the biggest time limit established for the recognition and enforcement of the domestic arbitral awards countrywide.²

Considering all the abovementioned, we see that the Georgian legislation provides the criteria for recognition and enforcement of the arbitral awards rendered in Georgia and outside its borders. According to these criteria the mentioned arbitral decisions become the subjects of control by different instances of court.

3. Appealing against and Annulment of the Arbitral Award

3.1 Substance of Appealing against and Annulment of Arbitral Award

Right to address the court is one of the important rights guaranteed by the Constitution of Georgia and the European Convention on Human Rights. Anyone can require having the case examined by the just and impartial court. At the same time, the dispute examination and resolution by the arbitration excludes issuing a court decision upon the same dispute. According to the key principles of the civil law the parties themselves restrict their own rights and choose the arbitration for their dispute resolution. The arbitral sitting is fully based upon the principle of parties' autonomies. According to the clause 8 of the Georgian Law on Arbitration "the arbitral agreement is an agreement by means of which the parties agree to transfer to the arbitration all or some disputes that has arisen or may arise between them because of some contractual or other legal relations". As the parties decide (by the virtue of their arbitral agreement) to subject their dispute to the arbitral proceedings, such arbitral proceedings of disputes cannot be understood as restriction of the parties' constitutional right.³

By transferring the dispute to the arbitration the court loses the jurisdiction upon the same dispute.⁴ However this does not disclaim the role of court in proper conduct of arbitral proceedings.⁵ According to the Clause 6 (2) of Georgian Law on Arbitration "any intervention of the court into the legal relations regulated by this law is not allowed, unless this law directly considers such intervention." The example of the

¹ Calavros, das UNCITRAL – Modellgesetz über die internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit, 1988, 173. Gotua, L., thesis, 41.

² Supreme Court of Canada, 20 May 2010 (*Yugraneft Corporation v. Rexx Management Corporation*) Yearbook Commercial Arbitration XXXV, 2010, 343-345 (Canada no. 31) quot. *Sanders P.*, ICCA'S Guide To The Interpretation of the 1958 New York Convention: A Handbook For Judges, Published by the International Council for Commercial Arbitration, Hague, 2011,70, <www.arbitration-icca.org>.

³ 1. Practice of the European Court of Human Rights. *Distler W.*, Private Schiedsgerichtbarkeit und Verfassung, Eine rechtsvergleichende Untersuchung zum deutschen und englischen Recht, Frankfurt am Main, 2000, 90-91. – quot. *Tsertsvadze, G.*, International Arbitration, Tb., 2012, 63; 2. *Suovaniemi vs. Finland*. ASA Bulletin, Vol. 23, No 1, Kluwer law international, 2005, 214.

⁴ *Wallgren C.*, ADR and Business, ICC Publication No. 963, 2006,30.

⁵ *Tsertsvadze, G.*, International Arbitration, Tb., 2012, 231.

court's intervention, directly provided by the law, is the clause 42 of the mentioned Law, that in compliance with the clause 34 of the Model Law, grants the party with the right of appealing the arbitral award and whenever the grounds prescribed by the law are present, it entitles the court to annul the arbitral award.

From one hand, the main idea of arbitration is that the parties agree to transfer their dispute to the third party – to arbitration, thus avoiding the judicial procedures existing in the state system. From another hand, in the legal doctrine, according to the general principles, appeal against the arbitral decision in the court shall mean the examination of the awards legitimacy and validity in accordance with the state material and procedural legislation. Looking at the mentioned factors, the question comes to the mind: if the main advantage of the arbitration is the opportunity to avoid court proceedings and enjoy the quick and effective process, then why does the legislation allow the appeal against the arbitral award in the court? What does the appeal mean and how does the judicial authority intervene in the formal or substantial aspects of the rendered award?

The Clause 34 of the Model Law directly indicates that appealing against the arbitral decision in the court is only possible by means of submitting a request of annulment of the named award. In such cases the court cannot examine the factual circumstances of the dispute subject-matter, nor amend the arbitral award or render a new one.¹ Therefore, it is obvious that the institute of appealing against the arbitral award does not contain the legitimacy and validity elements considered by notion of “appeal”, consequently, this cannot be a classical appeal but an opportunity to annul the arbitral award if the preconditions provided by the law are present.²

Like the Model Law, the Georgian Law on Arbitration also considers only the opportunity of the award annulment. Georgian legislation does not provide separate regulation for institutes of abrogation, annulment and etc. unlike Sweden, where the institute of abrogation of the arbitral award is marked off the annulment of the arbitral award. They have different grounds and relate to different legal outcomes.³

As already mentioned, Georgian law on Arbitration of June 19, 2009 fully complements with the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration. Therefore, logically, the grounds and substances of appealing against and annulment of the arbitral award as provided in the clauses 42 and 43 of the Georgian Law on Arbitration fully comply with the content of the clause 34 of the Model Law. Besides, pursuant to the Law on Arbitration the amendments were made to the Georgian Civil Proceedings Code, namely, on June 19, 2009 the Code was added with the Chapter 7¹ about “Participation of Court in arbitral sittings and enforcement of Arbitral Awards”. The relevant norms of the Civil Proceedings Code determine authority of the court (for the court of the first instance, as well as the Court of appeal and Court of Cassation) with regard to the issues related to the arbitral proceedings. These issues are provided in further details in the chapters below.

3.2 Procedures of Annulment of the Arbitral Award

3.2.1 Competences of the Court

According to the clause 39 (4) of the Georgian Law on Arbitration, the arbitral award enters into the legal force from the moment of rendering it. However, rendering the final award by the arbiters' compulsory for the parties – is not “the end of the story”. Whenever the sufficient grounds are present, the party⁴ is entitled to request refusal of enforcement of the award or annulment of the award, “by the competent authority of the country where or under whose legislation was the award rendered”.⁵

¹ *Tsertsvadze, G.*, International Arbitration, Tb., 2012, 23.

² *note*: basics for annulment of arbitral award fully coincide with the basics of refusal of recognition and enforcement of arbitral award; both topics are discussed in the chapters below.

³ *Madsen F.*, Commercial arbitration in Sweden, a commentary on the arbitration act, 1999, 116. and the rules of arbitration institute of the Stockholm Chamber of commerce, Stockholm, 2004, 237, 238, 251, 244, quot. *Tsertsvadze, G.*, International Arbitration, Tb., 2012, 626.

⁴ The annulment of the arbitral award can be requested only by the party. The third persons not taking part in the arbitral sittings cannot have such opportunity. *see*, Setting aside an arbitral award (with a reference of recent judgments of the Italian Court of Cassation); Italian Court of cassation, sec. I, 28-05-2003 n8545, <http://www.arbitration-icca.org/media/0/12571318617080/bernini_setting_aside.pdf>.

⁵ New York Convention 1958, article V (1)(e)

The clause 42 (1) of the Georgian Law on Arbitration defines the authority of the court (not the duty)¹, to annul the arbitral award rendered in Georgia. The clause 2 (1) of the same Law indicates that such authority belongs to the competences of the Court of appeal,² and consequently, the Courts of Appeal of Tbilisi and Kutaisi represent the courts authorized to annul the arbitral awards.

According to the Model Law (clause 34 (1)), the arbitral award can be appealed against in court only by means of submitting the request for its annulment. It should be mentioned that the Law allows only submission of application and not the claim.³ The mentioned note, unlike to the law on private arbitration of 1997, is included in the current legislation. According to the grounds provided by the Georgian Law on Arbitration, an arbitral award can be appealed at the Court of appeal by means of submitting a **claim**, and the sitting is the subject to the special proceedings.⁴

When talking about the court competences, attention should be paid to the German ZPO clause 1062(2), which provides that German courts have the competence to annul the arbitral award even when the latter has not been rendered in Germany. In such cases the competence is based upon the defendant party's permanent residence or where the assets of that party or the property are located.⁵ Georgian Law on Arbitration does not contain similar exceptions and directly indicates the possibility of annulment of the arbitral awards rendered in Georgia.

3.2.2. Time Limits

One of the positive features of the international Commercial Arbitration is the occurrence of the final outcomes in a short period of time. Therefore, we think that making the request by the party to annul the arbitral award should have also limited time frame. If the party fails to appeal against the award within the established period of time it loses the opportunity to appeal against and consequently to achieve the annulment of the award by the court. The period of appealing against the award is usually counted from the certain moment, for example, such as the date of handing over the award to the party. The mentioned period varies between 28 days (in Britain) and 6 months (in China).⁶ The Model Law and the majority of national legislations consider the three months period for appealing against the award that is counted from the date of handing over the arbitral award to the parties.⁷

The Georgian law also establishes the time frame for appealing. The party shall address the Court of Appeal with the request to annul the arbitral award within 90 days after the date of handing over the arbitral award to the parties.⁸ The Court shall examine the appeal and issue the decision within 30 days after accepting the submitted request. The Court is also entitled to set aside examination of the request of annulment of the arbitral award by the period not exceeding 30 days after accepting the submitted request, in order to give the arbitration the opportunity to revive its sittings in order to eliminate the reasons of annulment.⁹

¹ Paulsson J., *May or Must Under the New York Convention: An Exercise in Syntax and Linguistics*, 1998.

² Civil Proceedings Code, clause 356^{13, 27}.

³ Tsertsvadze, G., *International Arbitration*, Tb., 2012, 623.

⁴ Resolution of the Georgian Supreme Court of September 25, 2012 regarding the case №as-1246-1175-2012.

⁵ "If the place of arbitration in the cases referred to in subsection 1, no. 2, first alternative, nos. 3 and 4 is not in Germany, competence lies with the Higher Regional Court) where the party opposing the application has his place of business or place of habitual residence, or where assets of that party or the property in dispute or affected by the measure is located, failing which the Berlin Higher Regional Court (Kammergericht) shall be competent."

⁶ Chinese Arbitration Law, 59, <http://eguides.cmslegal.com/pdf/arbitration_volume_I/CMS%20GtA_Vol%20I-CHINA.pdf>.

⁷ Model Law, clause 34(3).

⁸ Georgian Law about Arbitration, clause 42 (2).

⁹ Civil Proceedings Code, clause, 356²⁴.

3.3. Outcomes of the Examination of the Request to Annul the Arbitral Award

As we already mentioned, whenever the sufficient grounds are present, the arbitral award rendered in Georgia is the subject to annulment if a party request so.

According to the general considerations, the competent court, where the party requests the annulment of the arbitral award, can come to different decisions, namely it can: annul the arbitral award, refuse to annul the arbitral award and leave it in force, annul the arbitral award fully or partially, or set aside the examination of the annulment and allow the arbiters to take measures to eliminate the reasons of annulment.

Refusal to annul the arbitral award means that the award under the question shall not be subjected to the problems at its enforcement phase in the country where the request for annulment was not satisfied. Moreover, perspectives of enforcement of such awards increase in other legal areas as well, if its annulment was refused by the court with the jurisdiction of the Model Law, because the NY Convention establishes identic grounds for refusal of recognition and enforcement. So, if the award has not been subjected to the annulment by the national law of the country which complies with the Model Law, it should be recognizable and enforceable in other country too.

However the following factor should be taken in account: when examining the annulment of the award the court investigates the award and discusses it with regards to the law principles of the country, for example, with regards to the public order, while the foreign court that shall recognize the award might refer to absolutely different standard. This means that the matter of acceptability for one country's law and unacceptability for another country's law may become the ground for refusal of recognition. Therefore, from my point of view, the refusal of annulment of the arbitral award, does not necessarily guarantee its automatic recognition in any other country.¹

In case of satisfaction of the party's claim regarding setting aside of the award the Court of Appeal issues a decision about annulment of the arbitral award.

After the annulment of the award, usually two main questions come to the agenda, the first: does the annulment of the award "revive" the court's judgement over the case or gives the arbitration the second "chance" to solve the dispute between the parties? and second: what is the actual outcome of the annulment of the award and what does the annulment mean outside the country's borders, in the jurisdiction of other countries?

The annulment of the arbitral award creates a dilemma: does the annulment mean transferring the case back to the arbiters, or their mission has expired when they rendered their first award?

The approach that the arbiters' authority ends at the moment of signing the arbitral award, creates several practical problems, in particular these problems are: the national legislations of various countries consider that the arbiters can correct the errors in the arbitral award or review its specific aspects *ex officio* or by the court's instruction. If the arbiters are *functus officio*² after rendering the award they will not be entitled to make mentioned amendments to the award. The clause 41 of the Georgian Law on Arbitration allows correction of the arbitral awards and issuing the additional arbitral award unless the parties have agreed otherwise. The main purpose of admission of such intervention is to prevent the annulment of the arbitral award and ensure procedural effectiveness.³

The national legislations of some countries give to arbitration only one "chance" to render an award. If the award is subjected to annulment, the jurisdiction upon the case transfers to the court.⁴ Besides, accor-

¹ note: enforcement of annulled awards are discussed in the chapter 6 (2) below.

² "Having fulfilled the function, discharged the office, or accomplished the purpose, and therefore of no further force or authority. Applied to an officer whose term has expired, and who has consequently no further official authority; and also to an instrument, power, agency, etc. which has fulfilled the purpose of its creation, and is therefore of no further virtue or effect", The Law Dictionary Featuring *Black's Law Dictionary* Free Online Legal Dictionary 2nd ed., <<http://thelawdictionary.org/functus-officio/#ixzz2XuMYAoRv>>.

³ *Pavic V.*, Annulment of Arbitral Awards in International Commercial Arbitration, 2010 149, <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1615333>.

⁴ Netherlands Code of Civil Procedure, 1067, "Unless the parties have agreed otherwise, as soon as a decision which has reversed the award has become final, the jurisdiction of the court shall revive", <<http://www.dutchcivillaw.com/legislation/civilprocedure044.htm>>.

ding to the national legislations of some countries, the annulment of award does not imply same results but the case is returned to the arbitration, unless the ground for annulment is the abrogation of the arbitration agreement. The best example for this is the arbitration law of Serbia and Croatia and the only exception from the situation is when the arbitration agreement provides a list of arbiters' names, in such circumstances the case is returned to the court.¹

According to the German ZPO the result of annulment means the beginning of the second round of arbitral proceedings.² The clause 611(5) of the Austrian ZPO also provides for returning the case to the arbiters, however, it clarifies that "The setting aside of the arbitral award does not affect the validity of the underlying arbitration agreement. Where an arbitral award on the same subject-matter has been finally set aside twice and if a further arbitral award regarding that subject-matter is to be set aside, the court shall, upon request of a party, concurrently declare the arbitration agreement to be invalid with respect to that subject-matter".³

The Georgian Law on Arbitration does not stipulate this matter and consequently the question remains open: whether the setting aside of the arbitral award "revives" the court's judgement upon the case or gives the second "chance" to the arbitration to solve the dispute between the parties. It would be reasonable if like the above-mentioned countries the Georgian legislation would regulate the mentioned issue in order to avoid the chaotic and contradicting practice.

As for the specific outcomes of setting aside the award and its meaning outside the country, in the jurisdiction of other countries, this issue will be discussed in the next chapter.

3.4. Appeal against the Court's Verdict regarding Annulment of the Arbitral Award

Generally, the first part of the clause 391 of the Georgian Civil Proceedings Code considers appealing against the verdict of the Court of appeal by the parties by means of the cassation claim and by the third persons by means of the independent claim. It is interesting whether this norm covers the verdict of the court of appeal regarding the annulment of the arbitral awards and whether such verdict could be appealed against.

With this regard let's look at the explanation of the Supreme Court regarding the case, when the party submitted a cassation request to annul the verdict of Kutaisi Court of Appeal of June 13, 2012 regarding setting aside the award rendered by the permanent private arbitration rendered on September 26, 2008. The Court of Cassation clarified that the verdict of the court of appeal is final and therefore cannot be subjected to the proceedings by the court of cassation.

According to the clause 6 (2) of the Georgian Law on Arbitration, any intervention of the court into the legal relations considered by the law is inadmissible, unless the law directly provides possibility of such intervention. Similar provision is provided by the part 2 of the clause 356¹² of Georgian Civil Proceedings Code, according to which the cases related to the arbitration will be examined by the court only in cases directly indicated in the Georgian Law on Arbitration.

Therefore, the court is not entitled to examine the cases of above-described categories in any form unless this is directly provided by the normative act. As mentioned above, the first part of the clause 391 of the Georgian Civil Proceedings Code considers appealing against the verdict of the Court of appeal by the parties by means of the cassation claim and by the third persons by means of the independent claim, but this norm is used only towards the cases of action proceedings. As for the given example, here we have extraordinary proceedings, where the regulating norms do not include any reference about the possibility of appeal against the verdict of the court of appeal. Therefore, we can assume that the legislator foresees impossible intervention of

¹ Serbian Law on Arbitration, 63, <[http://www.lexadin.nl/wlg/legis/nofr/eur/lxwaser.htm#Arbitration Law](http://www.lexadin.nl/wlg/legis/nofr/eur/lxwaser.htm#Arbitration%20Law)>. Croatian Law on Arbitration, 37.<http://www.vsrh.hr/CustomPages/Static/HRV/Files/Legislation__Law-Arbitration-RC.pdf>.

² *see*, German ZPO, 1059(5), <http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_zpo/englisch_zpo.html>.

³ Austrian ZPO, 611(5), <<http://arbitration-austria.at/dokumente/OfficialCommentAustrianArbitrationAct2006.-pdf>>.

the court of cassation in the cases of similar category.¹ Consequently, the verdict of the court of appeal regarding the annulment of the arbitral award is final and cannot be subjected to the appeal.

4. Substance and Procedures of Recognition and Enforcement of the Arbitral Awards

4.1. Regulation Norms and General Characteristics of the Recognition and Enforcement of the Arbitral Award

The arbitral or court proceedings - either at national or international level – can have the single goal, to solve the dispute between the parties through rendering an award compulsory for the parties. The actual legal or economic results occur only after enforcement of the decision made by the competent body; therefore, enforcement of the award is the very important procedure which proves the attempt of the parties and the dispute examination bodies for the resolution of the given dispute.

In order to enhance the role of the international arbitration and ensure its flexible and effective performance, the active campaign to create a uniform system of recognition and enforcement of the arbitral awards had started in 50s of the 20th century. The campaign aimed creation of a uniform standard regulating the recognition and enforcement of the arbitral awards.

The mentioned efforts resulted in conducting the UN organized NY Convention in 1958 regarding recognition and enforcement of foreign arbitral awards. The Convention is considered by the international commercial arbitration as one of the significant grounds for recognition and enforcement of the foreign arbitral awards and represents the “central legal instrument” for settlement of relations.²

Georgia joined the NY Convention on August 31, 1994³, however it was not duly reflected in the country’s legislation about arbitration for long time and the international arbitral awards had not been regulated until 2009. As we already mentioned, Georgian legislation was limited to the Law on private arbitration of 1997 that did not refer to the international arbitration, recognition and enforcement of such arbitral awards and other important issues thereof.⁴ The Georgian Juruducal literature referred to the gaps in the mentioned law and expressed necessity of adopting the regulations corresponding to the new Model Law.⁵

One of the novelty of the Georgian Law on Arbitration, as of the normative act set forth in accordance with the Model Law is the improved provision regarding recognition and enforcement of the arbitral awards corresponding to the international standards. The clause 44 of the Law provides that despite the country where the arbitral award was rendered, the awards are obligatory enforceable and in case of submitting a written application to the court, they should be enforced unless there are the grounds to refuse its recognition and enforcement. Regarding the arbitral awards rendered in Georgia the authority to validate their recognition and enforcement are granted to the courts of appeal; and for the arbitral awards rendered outside Georgia – to the Supreme Court of Georgia.

4.2. Substance of Recognition and Enforcement of the Arbitral Award

The juridical literature defines the recognition of the arbitral awards as the court’s permit that the given award is final and compulsory for the parties. After, by *res judicata*, the parties lose their right to address the dispute examining body for the same dispute subject-matter.

According to the general principles of the theory of law⁶, the application of the state laws is limited to the borders of the country and consequently, are applicable to the territory within the sovereignty of the

¹ verdict of Georgian Supreme Court of Sept. 25, 2012 regarding the case #as-1246-1175-2012

² *Gotua, L.*, Enforcement of the foreign court sentences and the foreign arbitral awards, thesis, Tb., 2009, 28.

³ resolution of Parliament of Georgia about “accession to the international Convention regarding recognition and enforcement of foreign arbitral awards”, Tb., Feb. 3, 1994, <codex.net2007>.

⁴ *Tsetsvadze, G.*, Preconditions of International Arbitral proceedings (Comparative analysis), thesis, Tb., 2008, 90.

⁵ *Zambakhidze, T.*, International Commercial Arbitration (problems and perspectives), Tb., 2004, 80, 81.

⁶ *Khubua, G.*, Theory of Law, Tb., 2004, 147.

country. In the contest of international relations, sovereignty generally means the state's right to conduct the supreme power on its territory.¹

Thus, there are no contradictions with regard to the recognition of the arbitral awards rendered in Georgia. The state, within its sovereign authority conducts its legal authority by following the territorial principles and legitimates the arbitral awards through the judicial authority.

Let's have a look what happens in cases of recognition of the foreign arbitral awards. As already mentioned before, based upon the sovereignty principles, it is not possible to fulfill the state's public power on the territory of the other country. Besides, there is matter of the "territorial principle", indicating that the state is entitled to fulfill its compulsory power only within its geographic borders. Therefore, the recognition and enforcement of foreign arbitral awards in other country is an act of fulfillment of the public power by the latter, toward which the named state "uses its full sovereignty and freedom". The international law generally does not contain provisions that would oblige this or that state to recognize and enforce the foreign arbitral awards. Thus, it solely depends upon the state's will to apply the above-mentioned foreign acts to their territories; "Otherwise, the independence of the country would be under the question; because the right to ignore illegal foreign orders is one of the features of sovereignty of any political system."² Therefore the legitimation of the international and/or the foreign act – the arbitral award – within the borders of the actual country is fulfilled on the base of the state's permit that means the limitation of the territorial principle. Framing this principle is based upon the bilateral and multilateral international agreements conducted by the country or upon the internal legal norms of the country. Such permit from the country enables international turnover of different acts, but the foreign decisions are not automatically applied to the territory of other country. Subjecting the arbitral award to the legal system of other country can be done only through the recognition of the award.

Very often the recognition of the arbitral award comes together with its enforcement. They have certain similarities but in fact they represent different legal notions and therefore cause different legal outcomes. The recognition of the arbitral award means the enhancement of a foreign act on the territory of the country, whenever there are no sufficient grounds for refusal. By means of the recognition the foreign act enters into the legal system of the other country.³ The recognition itself as a separate act can prevent the party from violation of its rights granted by the award. The validation of enforcement goes deeper and obliges the parties to respect the nature of the award.⁴ The recognition itself has rather declarative nature, whereas the validation of enforcement requires an exequatur process. This particular process brings the immediate legal results – e.g. it makes possible to satisfy the creditor's interests by means of forced measures upon the borrower's property.⁵

Arbitration can be the relevant instance for the creditor to submit a claim, but the validation of the arbitral award and its enforcement is done only by the relevant competent bodies.⁶

Thus, "the institute of recognition means that the state permits the given judicial act to cause the legal outcomes within the territory of its jurisdiction."⁷ "Recognition of the foreign arbitral award by enhan-

¹ "The terms sovereignty has been used in other contexts, of course, including as a description of a political subdivision's autonomy on certain matters". *Reisman M. W.*, *Sovereignty and Human Rights in Contemporary International Law*, in *Democratic Governance and International Law 239* (*Fox G. and Roth B.*, eds., 2000), exploring sovereignty of populations in contrast to that of rulers. *Krasner S.D.*, *Globalization and Sovereignty*, in *States and Sovereignty in the Global Economy* (*Smith D., Solinger D., & S. Topik*, eds., 1999). *Arbitration of Int'l Business* (Ch. 2-E-1), *The Challenge of Sovereignty*.

² *Gotua, L.*, *Enforcement of the foreign court sentences and the foreign arbitral awards*, thesis, Tb., 2009, 12.

³ *HaasLU.*, *die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer und internationaler Schiedssprüche*, 1991, 128.

⁴ *Gotua, L.*, *Enforcement of the foreign court sentences and the foreign arbitral awards*, thesis, Tb., 2009, 13.

⁵ *Tsertsvadze G.*, *Brief commentary to the Georgian Arbitration Law 2009*, Tb., 2011, 174.

⁶ *Gotua, L.*, *Enforcement of the foreign court sentences and the foreign arbitral awards*, thesis, Tb., 2009, 14.

⁷ *ASA bulletin*, Volume 23, N1 *Kluwer Law international* 2005, 684. *Tsertsvadze, G.*, *International Arbitration*, Tb., 2012, 48.

⁷ *Tsertsvadze, G.*, *International Arbitration*, Tb., 2012, 652.

cing the area of its application is a precondition of permitting an application power to the mentioned award that is further expressed in its validation for enforcement”.¹

As a rule, the recognition takes place together with the validation of enforcement of the foreign arbitral award. This fact proves that the institutes of recognition and enforcement have very close conceptual interrelation and that it is impossible to explore the enforcement in detail without considering the recognition.

We agree that it is not reasonable to allow the application of the foreign legal act in the territory of the other country without the deliberate review of it; this enables us to conclude that the institute of recognition was created for such purpose. During the times the concept of recognition has appeared: it is usually conducted automatically, without the recognition procedures, by the judge entitled to examine the dispute subject-matter. The court recognizes and validates enforcement of the arbitral award simultaneously by one order. In practice, the parties require the enforcement of the award, yet, the recognition of the award is possible without its enforcement.²

The court recognizes and validates the enforcement of the arbitral award, if there are no grounds for refusal of recognition and enforcement of the named award. The list of impeding circumstances is provided by the clause 45 of the Law on Arbitration, which is an identical translation of the clause 5 of the Model Law and at the same time coincides with the grounds for award annulment provided by the clause 34 of the Model law. To these issues we will refer in detail in the next chapter.

We can assume that NY Convention is a manual of the actions regarding the recognition and enforcement of foreign arbitral awards. It regulates key legal aspects related to the recognition and enforcement of the awards. And, aims to unify the normative acts related to the recognition and enforcement of the arbitral awards, to encourage arbitral agreements and establish a uniform standard for regulation.

4.3. Procedures for Validation of Enforcement of the Arbitral Award

While the Georgian Law on private arbitration was in force, the practice of rendering the arbitral awards showed that the awards rendered by such body violated not only the procedural rights of the parties but also their material-legal rights.

The improvement of arbitration environment in the country through adopting the regulations corresponding to the international standards and consideration of the mechanisms of recognition and enforcement of foreign arbitral awards in order to fulfill the liabilities assumed through the NY Convention had the vital importance.³ Consequently, the new law on arbitration increased the scope of the judicial scope for recognition and enforcement of both: national and foreign arbitral awards. According to the Law on arbitration the amendments had been made to the Georgian Civil Proceedings Code and the scope of the court’s intervention into the arbitral proceedings and enforcement of the awards had been defined in detail. The norms corresponding to the civil proceedings Code mark off the authorities of the court of the first instance, court of appeal and court of cassation with regard to the arbitral proceedings.

The new law on arbitration and namely its clauses 2(a), 44 and 45 precisely define the competences of the relevant authorities toward each specific legal relation. For example the pre-award relief measures are under the district (city) courts authority. The clause 44 (1) provides that “regarding the awards rendered in Georgia the authority belongs to the courts of appeal, and for the awards rendered outside the country the authority belongs to the Supreme court of Georgia.” Hence, Georgia established distribution of judicial authority among all instances by means of adopting a new law on arbitration.

The authority of recognition and enforcement of the arbitral awards rendered outside Georgia belongs to the chamber of civil, business and bankrupt cases of the Supreme Court of Georgia.

¹ Gotua, L., Enforcement of the foreign court sentences and the foreign arbitral awards, thesis, Tb., 2009, 14.

² There are the award categories that need the recognition but no enforcement, as they have the declarative character. *Dirk O.*, Article IV, NYC in *Kronke, Herbert; Nicimento, Patricia; Otto Dirk; Port Nicola Christine*; Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New-York convention, Kluwer Law International, 2010, 149.

³ *Tsertsvadze G.*, Brief commentary to the Georgian Arbitration Law 2009, Tb., 2011, 19 .

The structure of the chamber of civil, business and bankrupt cases is defined by the organic law on the Supreme Court. The clause 9 of the named law provides that the Chamber of the Supreme Court examines the cases by participation of three judges, unless the extreme complication, significance or the substance of the case requires the dispute examination by the Grand Chamber of the Supreme Court.

It is axiom, that the foreign arbitral award can be subjected to the compulsory enforcement only if the court recognizes it and validates its enforcement. In order that the Supreme Court of Georgia – the authority to recognize and enforce the foreign arbitral awards in Georgia – had enforced the award, the party should submit to the court: a) the original of the arbitral award and/or its sufficiently endorsed copy; b) the original of the arbitral agreement or its sufficiently endorsed copy; If the arbitral agreement or award is conducted in the language which is not official language of the state, where the recognition and enforcement of that award is sought, then the party shall provide the sufficiently endorsed authentic translation thereof.

According to the clause 44 (1) of the Georgian Law on arbitration: “the authority to recognize and enforce the arbitral awards rendered in Georgia belongs to the courts of appeal”. Therefore, whenever the party does not fulfill willingly the arbitral award, the interested party addresses Tbilisi or Kutaisi court with the request to recognize and validate enforcement of the award.

In any case, the court comes to an either decision: to recognize and validate the enforcement of the award, that guarantees the interested party with the forced enforcement of the award in his/her favor, or, whenever the sufficient legal grounds for refusal of recognition and enforcement are present, issues a decision regarding refusal of recognition and enforcement of the award.

The decision about enforcement of the arbitral award is issued by the court of appeal in a form of verdict. Together with the verdict on enforcement of the arbitral award the party receives the execution paper. The verdict of the court of appeal regarding the enforcement of the arbitral award is final that means that such verdict cannot be subjected to the private or cassation claims.¹

Unlike the annulment of the arbitral award, there is a global consensus regarding the refusal of recognition and enforcement of the arbitral awards. The refusal on recognition and enforcement of the arbitral award is valid within the territory of one country. This does not deprive the right of the party to re-address the arbitration with the request to examine the dispute by taking in consideration the court’s comments. Besides, the recognition and enforcement of the named award can be requested in the jurisdiction of the other country and therefore can be subjected to the mentioned procedures.

5. Grounds for Annulment of the Arbitral Award and for Refusal of Recognition and Enforcement of Arbitral Award

5.1. General Overview

The group working on the Model Law purposefully created the catalogue of the grounds for annulment of the arbitral awards (clause 34) according to those grounds declared by NY Convention (clause 5) as preconditions for refusal of recognition and enforcement of the arbitral awards. Besides, the grounds for refusal of recognition and enforcement stipulated in the Model Law are unalterably copied from the NY Convention. Respectively, the countries that adopted their national laws in compliance with the Model Law and joined the NY Convention, achieved a uniform approach toward the refusal of recognition and enforcement of the arbitral awards. “Thus, in fact, the united and unified system of judicial control over the arbitral awards had been established, that does not depend upon the location where the enforcement of the arbitral award is sought. The refusal of recognition and enforcement of the arbitral award and the annulment of the arbitral award have the similar content and different forms.”²

The model law and the NY Convention, and consequently the new Georgian Law on Arbitration, divide the grounds for annulment of the arbitral awards and refusal of recognition and enforcement of arbitral awards into two groups.

¹ e.g., Case as1369-1291-2012 of Oct.15, 2012 of the Chamber of civil cases of the Supreme Court of Georgia.

² *Tsertsvadze, G.*, International Arbitration, Tb., 2012, 624.

The first group is a list of the grounds in presence of which the party has to point out the reason of annulment/refusal and is burdened to assert it, i.e. the listed conditions are the subject to the court proceedings “if the party, against which the arbitral award is rendered, submits a claim and asserts that . . . “In such case the court is entitled to refuse annulment of the award or recognize the awards and validate its enforcement, if the loser party cannot assert duly the pointed ground and establish it by the factual circumstances. The grounds allocated to the second group shall be pointed out and investigated by the court (*ex officio*).¹ The Georgian court’s duty to revise the disposition of the last two points is proved by the following phrase: “. . .the court will establish that . . . “.

Alike, the Georgian Law on arbitration establishes the identic legal grounds for both: annulment of the arbitral award and refusal of recognition and enforcement of arbitral award. The court performs the recognition and enforcement of the arbitral award if the grounds for refusal are not present. Therefore, in accordance with the clause 45 of the Georgian Law on arbitration, the clause 36 of the Model Law and the clause 5 of the NY Convention, “the party can be denied from recognition and enforcement of the arbitral award”; and in accordance with the clause 34 of the Model Law and the clause 42 of the Georgian Law on Arbitration “the arbitral award can be annulled” whenever the grounds directly indicated in the law are present.²

The above norms establish the uniform grounds for annulment of and refusal of recognition and enforcement of the arbitral awards, yet, the annulment of the arbitral award and the refusal of recognition and enforcement of the arbitral award differ in institutional terms of and in terms of the occurred results that were discussed in the previous chapters.

The Georgian Law on arbitration establishes 8 grounds in total that supervene from the provisions of UN NY Convention, and in particular from its clause 5 and the clauses 34 and 36 of the Model Law. The NY Convention lists only 7 circumstances whereas the Georgian Law divides the content of the clause 5 (1,a) of the NY convention into two sub-paragraph (Georgian Law on arbitration, clause 45.1 “a.a.” and “a.b.”). Let’s review them in brief.³

5.2. Annulment and Refusal Initiated by the Party

When proceeding with the annulment of the arbitral awards and refusal of recognition and enforcement of arbitral awards (the Court of appeal for the arbitral awards rendered in Georgia, and the Supreme Court for the awards rendered outside Georgia) the Court based upon the evidences provided by the party establishes the subsistence of the following circumstances:

5.2.1 Incapability of the Party of the Arbitral Agreement

We already talked about division of the clause V(1)(a) of NY convention into two groups by the Georgian Law on arbitration. The NY Convention specifies that incapability in such cases will be determined by the law to which the parties subject the arbitration agreement.

The Georgian Civil Proceedings Code, and in particular its clause 12 defines the capability as: “the ability of the natural person, to fully acquire and perform the civil rights and duties by his own free will and performance”. The capability arises from the moment of reaching the lawfull age (18 years) by a person.

¹ *Sanders P.*, ICCA’S Guide To The Interpretation of the 1958 New York Convention: A Handbook For Judges, Published by the International Council for Commercial Arbitration, 2011, 79-80, <www.arbitration-icca.org>. *Van den Berg A. J.*, New York Convention of 1958: Refusals of Enforcement, ICC International Court of Arbitration Bulletin – Vol. 18/No. 2 – 2007, 2.

² *note*: the court’s discretion will be discussed in the next chapter in the light of admissibility/inadmissibility of the enforcement of the annulled arbitral award.

³ The grounds established by the NY Convention (V(1)(e)) “if the arbitral award is annulled . . . “ is not considered by the clause 34 of the Model Law. This matter is discussed in the next chapter in the context of interrelation between the annulment and refusal of recognition and enforcement of the arbitral award.

Also, the person is capable if s/he marries before reaching the age of 18 years; whereas the juvenile less than 7 years old (under age) is deemed incapable. Incapable is also a person who is deemed incapable by the court because of his/her lunacy or mental disease; the rights of such person are realized by his/her legal representative (trustee).

Restriction of capability can be admitted only in the cases provided by the law. Any restriction of capability through any bargain is absolutely unacceptable.

5.2.2 The Arbitral Award is Null or Void

(Clause 45 (1) “a.b.”).

The legitimacy of the arbitral award is determined by the law to which it was subjected by the parties. Whenever such option is impossible the *lex arbitri* (*lex fori*) is used. This norm is regulated by the NY Convention as: “. . . the recognition shall not take place. . . if . . . the present agreement is out of the legal force by the law to which the parties have subjected the agreement; whenever such reference is absent, by the law where the award was rendered.”

If there is no arbitral award with the legal force, nothing can follow from that - *ex nihilo nihil fit*. The outer borders of examination are not clearly defined nor set out logically. “Absence of the legal force” (as per formulation of norm – declaring null and void) includes “the absence” and the situation when the agreement does not restrict the natural or legal person being the “party” of the arbitral proceedings.¹

The mentioned grounds are often referred in practice. In most cases, for example, the party claims that there is no arbitral agreement conducted because the written form of the arbitral agreement provided by the clause II (2) of the Convention was not fulfilled and etc.² This ground ensures the correlation, the balance of “competence to competence” which equips the arbitral tribunal. Even the furthest variations of “competence-competence” (competence of negative competence) equip the tribunal with the right to be the first place of conducting the jurisdiction.³ The final word is not after the tribunal, but stays with the court.⁴ Like to the clause 16 of the Model Law, “the clause 16(1) of the Georgian Law on Arbitration defines that arbitration is entitled to make a decision about its own competence including the existence or authentic of the arbitral agreement. Besides, the paragraph 5 of the same clause provides that if the arbitration establishes its due competence, the parties can appeal against the decision in the court within 30 days period. The court’s verdict upon the issue is final and cannot be appealed; i.e. if tribunal makes a positive decision upon its jurisdiction and continues a process that will end with the arbitral agreement, after appealing against such decision, the negative verdict of the court finally settles the issue of jurisdiction. Consequently, “in very rear cases when the decision about the competence is made by the arbitration simultaneously with the essential dispute resolution, then the issue of competence can be examined by submitting an application regarding annulment of the arbitral award or its recognition and enforcement.”⁵

5.2.3 Due Process

The party was not dully informed about appointment of the arbiter or about the arbitral proceedings, or could not attend the arbitral proceedings for some other reasonable excuse. (clause 45 (1) “a.c.”).

¹ *Pavic V.*, Annulment of Arbitral Awards in International Commercial Arbitration, 2010, 137, <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1615333>.

² *Sanders P.*, ICCA’S Guide To The Interpretation of the 1958 New York Convention: A Handbook For Judges, Published by the International Council for Commercial Arbitration, 2011, 87.

³ *Gaillard E.*, The Negative Effect of Competence-Competence; Mealey’s International Arbitration Report, 2002, 27.

⁴ German ZPO, 1032(2), “a party may request an early ruling on “admissibility” of the dispute from the courts. This covers jurisdictional issues as well, including the issue of the validity of the arbitration agreement. *Kröll S. & Kraft P.*, Ten Years of UNCITRAL Model Law in Germany, 1 World Arbitration and Mediation Review, 2008, 439, 453.

⁵ *Tsertsvadze, G.*, International Arbitration, Tb., 2012, 545.

The right of the impartial court is a corner-stone of the fair decision. The right of an impartial court and consequently the right of the court trial for the party is widely recognized. This provision is violated when there are the causal relation between the trial error and the arbitral award, and when the party had no other opportunity for self-defence.¹ The party of the arbitral proceedings should in any circumstances have the opportunity to take part in the process and express one's own position.

Similar provision of the NY Convention sounds as follows: "the party against which the arbitral award is rendered was not duly informed about appointment of the arbitrator or about the arbitral proceedings, or could not provide his explanations due to some other reasonable excuse". (clause V(1)(b)).

With regards to this topic it is important to have the party duly informed in compliance with *lex fori* requirements. Very often, it is not possible to define the exact meaning of the term "due process" (ability to present a case, fair hearing, etc.), but the grounds for it are out of question, - together with duly informing, the parties should be guaranteed with equal treatment and the opportunity to present own arguments.²

5.2.4 Jurisdiction upon the Dispute

Upon the party's initiative the party can be denied from recognition and enforcement of the award or the award can be annulled, if the award is rendered regarding the dispute that was not considered by the arbitral agreement, or refers to the issue that exceeds the limits of the arbitral agreements. The party can be denied from recognition and enforcement of the arbitral award fully or in part where it exceeds the frames of the arbitral agreement (clause 45 (1)"a.d").

"Exceeding the authority by the arbitral tribunal considered by the mentioned norm is often reflected by in the form of the rendered award that refers to the dispute subject-matter which is not settled through the arbitral agreement. For example, when rendering an award in the arbitration practices the overall principles of justice are used instead of the law of a particular country. Certainly, this is not allowed by the legislation of several countries. Consequently, if the arbitral tribunal renders its award in line with the general principles of justice notwithstanding that such practice is not allowed by the applicable procedural law, this will mean the disposition considered by the above-mentioned law."³ This issue is present when the arbitral tribunal applies the law which was not chosen by the parties.

The corresponding norm (V(1)(c)) provided by the NY Convention gives wider formulation: "... the decision is made upon the dispute, that is not considered by or is not a subject to the arbitral agreement or to the additional comments to the arbitral agreement; or includes the resolution regarding the issues that exceed the frames of the arbitral agreement or the additional comments thereto; and, whenever possibly the decisions regarding the issues covered by the arbitral agreement or the additional comments thereto are separated from the issues that are not considered by such agreement or the additional comments thereto, then the part of the arbitral award which includes resolution regarding the issues considered by the arbitral award or the additional comments thereto are the subject to recognition and enforcement".

5.2.5 Irrelevance in Arbitration Composition or Arbitral Procedures

The base is stipulated in the clause 45 (1)"a.e." of the Model Law provides that: "the composition of the arbitral tribunal or the arbitral procedure was not in accordance with the agreement of the parties, unless such agreement was in conflict with a provision of this Law from which the parties cannot derogate, or, failing such agreement, was not in accordance with this Law"⁴

¹ Gotua L., Enforcement of the foreign court sentences and the foreign arbitral awards, Thesis, Tb., 2010, 77.

² Sanders P., ICCA'S Guide to The Interpretation of the 1958 New York Convention: A Handbook For Judges, Published by the International Council for Commercial Arbitration, Hague, 2011, 92-93, <www.arbitration-icca.org>.

³ Gotua, L., Enforcement of the foreign court sentences and the foreign arbitral awards, Thesis, Tb., 2010, 77.

⁴ Model Law, 34(2)(a)(ii).

In case of Georgia, in order to exclude the mentioned basis for annulment of award and refusal of recognition and enforcement of the award, the chapters III, IV and V of the Georgian Law on Arbitration should be referred, that cover the norms regulating the authorities of composition of the arbitration and the arbitral procedures.

Likewise, the enforcement of arbitral awards rendered outside the Georgian borders cannot be validated, if the errors in arbitration composition or in the arbitral procedures are confirmed. “At the same time it is not clear at what extent can the parties establish the provisions different from the imperative procedural norms in their agreement?”¹

5.3. Annulment as a Liability of the Court (ex officio)

According to the law on arbitration the judges of chambers of civil cases, business and bankruptcy cases of the Supreme Court of Georgia are liable to revise the arbitral award (despite the place where it was rendered) and check their compliance with the following two norms:

- 1) The dispute cannot be subjected to the arbitral proceedings according to the Georgian legislation;
- 2) The arbitral award contradicts with the public order of Georgia.

The Public Order is one of the problematic notions in the international arbitration. If the other bases are more or less defined and formulated, the court has to determine when the public order is deemed breached. Despite that the courts of some countries try to avoid wider interpretations, still, referring to the local “public order”, provides the opportunity of refusal of recognition and enforcement.²

“Georgian legislation does not distinguish the arbitral awards according to the countries of origin; therefore we will see in future how the Georgian judges will refer to the notion of the public order; whether the attitude toward the Georgian and foreign arbitral awards will be similar, and etc. In such cases the judge should proceed so that the prohibitions of *revision au fond* and the key principles of the Georgian law are met. The breach of *ordre public* in fact is a sole restriction in terms of revising the substances of foreign awards. The idea spread out in European juridical literature states that the subject of control of the act’s conformity with the public order is to be assured that the act satisfies the minimum standards of fair process in the country.”³

The public order may belong to material law and procedural law. Besides, the national, international and transnational and etc. public orders are distinguished. The scope of this theme is quite wide, therefore we will limit ourselves to the statement that “juridical science cannot provide and should not strive to provide an overall notion of the public order. The best way to clarify its meaning is to comment the arbitral awards and court verdicts, where the detailed analysis of every circumstance will enable us to determine whether the recognition and enforcement of the specific arbitral award contradicts with the public order.”⁴ Or, in case of setting aside the award, to determine whether the public order is breached by the specific arbitral award.

6. Relation of setting aside an Arbitral Award with the Procedures of its Recognition and Enforcement

6.1. General Overview

When learning the interrelations between the annulment of the arbitral award and recognition and enforcement of the arbitral award, the attitude of Georgian legislation toward the recognition and enforcement by one country of the arbitral award set aside by another country - is essential. In other words, whether the Georgian Supreme Court will recognize and enforce those arbitral awards rendered outside Georgia

¹ Gotua, L., Enforcement of the foreign court sentences and the foreign arbitral awards, thesis, Tb., 2010, 77-78.

² Tsertsvadze, G., International Arbitration, Tb., 2012, 666.

³ Gotua, L., Enforcement of the foreign court sentences and the foreign arbitral awards, thesis, Tb., 2010, 80.

⁴ Tsertsvadze, G., International Arbitration, Tb., 2012, 667.

that were set aside by the court of the country where the awards had been rendered. The judicial practices differ worldwide, therefore there are various ideas regarding the issue. We will discuss them below.

From the other hand, it is interesting to know what happens after recognition and enforcement of the arbitral award. Is it possible to set aside the recognized and enforced awards in Georgia?

6.2. The Recognition and Enforcement by a Country of the Arbitral Award Set Aside by another Country

The composers of the NY Convention believed, that “If the award has been set aside ... there does no longer exist an arbitral award and enforcing a non-existing arbitral award would be an impossibility or even go against the public policy of the country of enforcement.”¹

Recognition and enforcement of the arbitral award within the territory of the state, is mostly conditioned by the legal force of the arbitral award in the country of its origin. Generally, there is an expectation that the annulment of the arbitral award prevent from its enforcement.² is the annulment of the arbitral award in a foreign country the sufficient ground to prevent legal outcomes of the award in another country? The clause 5 of the NY Convention defines that the party can be denied from the enforcement of the arbitral award if “the award . . . was annulled or set aside by the competent authorities of the country where it had been rendered, or by the authorities of the country whose legislation had been applied to it”.

Nevertheless, this formulation of the norm of NY Convention is debatable, because it says that the enforcement of the arbitral award can be denied . . . what does “can be” mean?³ It seems that in the English version⁴ of this international Convention there are no imperative requirements regarding the above-mentioned obstructive circumstance. Whether the judge will satisfy the application regarding recognition and enforcement of the foreign arbitral award if the award has been annulled in the country of its origin, can be decided by the judge’s assessment. The disposition of the norm is also highlighted by the condition that such circumstance can be considered only upon the parties’ initiative and it is not the subject of mandatory consideration by the judge (it is not *ex officio*).⁵

According to such interpretation the clause V(1)(e) of the Convention grants the discretion power to the court and allows it to recognize and validate the enforcement of the annulled foreign award; besides,

¹ Sanders P., New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, 1959,55. also: Van den Berg A. J., Annulment of Awards in International Arbitration", in R. B. Lillich and C. N. Brower, International Arbitration in the 21st Century: Towards "Judicialization" and Uniformity, 1992, 133, 161. Haight G. W., Convention on Recognition and Enforcement of Foreign Awards: Summary Analysis of the Record of the UN Conference 1958, 42. Cf. Commonwealth Secretariat, The New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards 1981, 24, <<http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/Model-Law-Arbitration-Commonwealth.pdf>>.

² Pavic V., Annulment of Arbitral Awards in International Commercial Arbitration. 2010, 149. <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1615333>.

³ Paulsson J., May or Must Under the New York Convention: An Exercise in Syntax and Linguistics, 14 Arb. Int'l 227–30, “I examined all five official versions of the Convention and found that four of the five versions clearly used permissive rather than mandatory language, and thus came to the conclusion that the drafters wished to give the enforcement judge discretion on whether or not to enforce an annulled award. (1998). On the other hand, the French reading of the Convention as requiring non-enforcement of annulled awards may have conditioned the French approach to find a way out of that straight-jacket.

⁴ Nacimiento K., Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention, 2010, 366. The official authentic translation of the NY Convention exist in English, French, Spanish, Chinese and Russian languages each having the equal force. The provisions of this clause are identical in English, Spanish, Chinese and Russian versions; however, the French version is different. The English text considers a discretionary note that the party can be denied, whereas the French text excludes such discretion and hands over the liability to the court, without any discretion, to refuse recognition and enforcement of the award in every case whenever specific grounds are present. (“seront refusées”, i.e. shall be refused).

⁵ arguments opposite to the interpretation: Van den Berg A. J., Enforcement of annulled awards, ICC International Court of Arbitration Bulletin, 1998, 15, <<http://www.hvdb.com/wp-content/uploads/1998-AJvdb-Enforcement-of-Annulled-Awards.pdf>>.

despite the revision of the grounds upon which the award was annulled. Consequently, the annulment does not automatically mean that the award will not be enforced in other country. In the research regarding the convention published by Professor Alert Van Der Berg¹ in 1981 the author indicated that the Convention could be “undermined” if all peculiarities of the national legislation would cause frustration of the enforcement of the award.² In such cases, the local annulment standards (LAS), despite their exotic nature, become extraordinary important.³

The practice shows that the annulled awards have less chances of enforcement⁴, however, the French court has enforced a number of annulled arbitral awards (the most well-known case are: *Hilmarton Ltd. v. Omnium de Traitement et de Valorisation*, decision of March 23, 1994⁵; also the *Bechtel* case and *Putrabali* case, decision made on June 27, 2007⁶); and the USA court enforced the arbitral award annulled by the Egyptian court (*Chromalloy Aeroservices v. Arab Republic of Egypt*; 1996).

These decisions outlined the trend of common development of USA and French forensic practices. In both cases the courts enforced the awards that had been annulled by the courts of the countries of their origin, based rather upon the more favorable provisions⁷ of the local legislation than upon the NY Convention. But, later on, the USA and French forensic systems developed diametrically different approaches. The French courts continued ignoring the foreign annulment elements and recognition of the international arbitral awards despite the attitude of the local legislation of the country of the award’s origin regarding the legal force of the award. As for USA courts, they enhanced refusals of recognition and annulment of the awards annulled in the location of their proceedings. The USA courts ignore the “foreign” annulements only in case when the award fundamentally contradicts and breaches the public order of USA.⁸ It is obvious, that one of the most important issues regarding the settlement of the arbitration matters is the determination of the location of the arbitral proceedings. In fact, this is a criterion determining the nationality of the legislation applied to the arbitral proceedings; according to which the awards are classified into the national and international arbitral awards and besides, the competent court that will be entitled to examine the issues arising from the arbitral proceedings is also chosen according to the location of the arbitral proceedings.⁹

¹ *Van Der Berg A. J.*, the New York Arbitration Convention of 1958, 1981, 355.

² *Paulsson J.*, Enforcing Arbitral Awards Notwithstanding A Local Standard of Annulment (LSA), The ICC international Court of arbitration Bulletin vol 9/#1, 1998, 1, <<http://ciarb-europeanbranch.com/training/CourseMaterial/Geneva%20ARF%20Advance%20Materials/Advance%20File%20to%20participants/A16.%20Paulsson%20on%20Enforcing%20Awards%20after%20LSA.pdf>>.

³ *Paulsson J.*, The case for disregarding local standard annulments under the New York Convention, 7 Am. Rev. Int’l Arb., 1997, 99, <<http://ciarb-europeanbranch.com/training/CourseMaterial/Geneva%20ARF%20Advance%20Materials/Advance%20File%20to%20participants/A16.%20Paulsson%20on%20Enforcing%20Awards%20after%20LSA.pdf>>

⁴ *Redfern & Hunter.*, For an overview of the practice and caselaw, supra note 22, 540.

⁵ *Koch C.*, The Enforcement of Awards Annulled in their Place of Origin (The French and U.S. Experience), Kluwer Law International, The Netherlands 2009, J. Int. Arb.2, 272.

⁶ *Polkinhorne M.*, Enforcement of Annulled Awards in France: The Sting in the Tail, January 2008, “in 2007, the *Putrabali* case celebrated the culmination of the Doctrine Ancel. The French Supreme Court proclaimed that —an international award, which is not connected to any legal system, is an international judicial decision, whose legality is examined with regards to the applicable laws in the country where its recognition and enforcement are sought.”, <www.whitecase.com/files/Publication/9519e3f5-1c7b-4531-8a62-a6ac59dc87de/Presentation/PublicationAttachment/153d6bd2-17f4-48a0-94b2-af4265abf8fc/article_Annulled_awards_v3.pdf>

⁷ *Tepes N.*, The More Favorable Right Provision of Art. VII of the New York Convention and its Application to the Form of the Arbitration Agreement; 12 Croat. Arbit. Yearb., 2005, 125. “...application of the New York Convention cannot result in the situation where a party would be deprived of any rights it has according to more liberal provisions of the law of the country where enforcement procedures are taking place. This provision, also known as the more favorable right provision, basically ensures that the recognition and enforcement will take place in ...”: <<https://litigation-essentials.lexisnexis.com/webcd/app?action=DocumentDisplay&crawlid=1&doctype=cite&docid=12+Croat.+Arbit.+Yearb.+125&srctype=smi&srcid=3B15&key=8258069176d781eeb4b1a47037770754>>.

⁸ *Koch C.*, The Enforcement of Awards Annulled in their Place of Origin (The French and U.S. Experience) Kluwer Law International, The Netherlands 2009, J. Int. Arb.2, .267.

⁹ *Tsertsvadze, G.*, International Arbitration, Tb., 2012, 312. (in Georgian)

According to one of the views dominating for the long time and still important in England, the location of arbitral sittings is equivalent of the municipal jurisdiction. According to this approach, the legislation of the country where the arbitral sittings take place inevitably guides the arbitral agreement either directly or through the applied law. Also, it is deemed that the formation and composition of the arbitral tribunal as well as the immediate process and the form of the award are also subjected to the same law.

The courts of the location of arbitration undertake the supervision upon the sufficient operation of the aspects of arbitration procedures and consequently either recognize or annul the arbitral award at the end of the process. In other words, according to this approach, the location anchors the arbitration to the law and order of the country where it takes place. The mentioned philosophy of arbitration was concerned by EA. Mann's paper "*Lex Facit Arbitrum*". Various courses have emerged from the mentioned philosophy. Even though the arbitral rules are applied that grant the arbiter the wider discretion over the case, the arbiters following this approach will tend to subject the arbitral process to the legal norms of the country where the arbitral sittings take place (use as *lex fori*).¹

Another concept of arbitration spread out in France and other countries with traditions of civil justice and systemized by Berthold Goldman and Pierre Lalive, has different view upon the issue: the seat of arbitration is chosen for little more than the sake of convenience. The arbitral tribunals shall not act in the same way as the national courts of the specific countries do, just because they (tribunals) are located in the same country. The authority of arbiters does not emerge from the state, but from the law and order created by the entire law, that in presence of the certain conditions recognizes validity of the arbitral agreement and arbitral award.

Unsettled dissension regarding the role of the location of arbitral sittings becomes more critical when the issue of enforcement of the arbitral award that had been annulled by the court of the country where the arbitral sittings took place, appears on the agenda.

The main question appears again – Is it possible to enforce the award that was annulled by the competent court of the country where that award was rendered? When the award is deemed to gain its compulsory power from the state's law and order, and the latter deprives the award of legal force, logically, such award does not exist any more and therefore cannot cause any further legal outcomes.

But, if the location of the arbitral proceedings is not deemed as a sole band between the arbitral sitting and the national law and order, it is possible that the arbitral award annulled by one country is recognized by another country; the law of the country of origin of the arbitral award will not affect the law of the country where such award will be enforced.

Thus, **Emmanuel Gaillard** supposes that the answer on this question which is still widely argued worldwide depends on the conceptual approach toward the arbitration of the country.²

6.3. Collision between the Procedures of Annulment as well as Recognition and Enforcement of Local Arbitral Awards in Georgia

"Refusal of recognition and enforcement of the arbitral award and the annulment are the forms of control of the award that mainly aim to prevent from occurrence of the legal effect of the award rendered through violation of the fundamental principles of the arbitral proceedings, notwithstanding the effect itself."³ Refusal of recognition and enforcement of the arbitral award and annulment of the award are conducted in full compliance with the identical grounds provided in the Georgian Law on Arbitration, that were discussed in detail above.

¹ Gaillard E., The Enforcement of Awards Set Aside in the Country of Origin; ICSID Review – Foreign Investment Law Journal, based on the report presented by the author to the ICCA Congress in Paris, May 1998, 17.

² thereto 18.

³ Tsertsvadze, G., International Arbitration, Tb., 2012, 624 (in Georgian).

We've seen that Georgian legislation of arbitration similarly regulates the process of recognition and enforcement of the arbitral awards rendered locally or outside the country's borders. However, only arbitral awards rendered in Georgia can be subjected to appeal or annulment.

Certainly, the awards rendered outside the country's borders (either foreign or international arbitral awards) exceed the competence of Georgian court and therefore cannot be annulled. In other words, when the arbitral award is rendered outside Georgia's borders, the process of annulment of the award and the process of recognition and enforcement of the award cannot exist simultaneously, so, their identical grounds do not cause problems.

The situation is different with regards to the arbitral awards rendered in Georgia. As much as the local arbitral awards can be annulled by the Georgian courts, and the same courts have the competence to enforce the local awards, there is a collision between these two procedures.¹

Recognition and validation of enforcement of the arbitral award means that there are no grounds for refusal, therefore the grounds for annulment of the award are not envisaged too. The decisions of the Georgian courts put the above arguments in doubt and it may sound paradoxically, but have annulled the arbitral award already been recognized and validated for enforcement.

For example, the arbitral award against three defendants submitted to the Tbilisi court of appeal was settled without any delays. The court underlined that there were not any grounds to refuse the recognition and enforcement of the award and the named arbitral award did not contradict with the public order.² After, two defendants applied to the same court with the request to annul the arbitral award, because the arbiter was too young to have sufficient competence to handle the case of the dispute. The next argument referred to inadequacy of the fixed fines with the public order. The opposite party negated the application because: 1) the claimant party was informed about the recognition and enforcement of the arbitral award and did not resist to the mentioned procedure; 2) the court has finally settled the case through the recognition and enforcement of the award. Therefore, it should not have considered the additional measures of annulment of the arbitral award, as the court's verdict upon the recognition and enforcement of the arbitral awards is final and cannot be subjected to appeal.

Tbilisi court of appeal satisfied the application in part and reduced the amount of the fixed fines. The court underlined that the defendant's inactivity against the expected procedure of recognition and enforcement of the arbitral award, could not be used as an obstructive circumstance of annulment of the arbitral award.³

The mentioned position can cause some vagueness. Firstly, the grounds for annulment of the arbitral award and for recognition and enforcement of the arbitral award are the same. Thus, if the court enforces the award, the winner party can suppose that all requirements established by the law are present; whereas the annulment of the already enforced award contravenes with the "legitimate expectation" of the winner party.

1. it is arguable, that by means of the annulment procedure the court opposed its own decision;

2. the court did not consider that the Georgian arbitration law ensues from the Model Law, which focuses on international commercial arbitration. Similarly, the annulment can be sought if the international arbitration makes a decision in the territory of the same country, whereas the recognition and enforcement could be requested if the decision is not made in the territory where it is sought.⁴

It is also noteworthy, that several countries with the jurisdiction of the Model Law, such as, for example Germany and England, have unified the arbitral legislation at local and international levels. Unlike the Georgian judges, the German judges do not face the above described problems in their practices. According to the clause 1059 (3) of the German CPC the claim requesting the annulment of the arbitral award cannot be accepted if the award is already known and enforced by the German court.

¹ *Tsertsvadze G.*, Brief Commentary to the Georgian Arbitration Law 2009, Tb., 2011, 169.

² Decision of Tbilisi court of appeal of May 4, 2011 upon the case # 2b.1262-11, quot.: *Tsertsvadze G.*, Brief Commentary to the Georgian Arbitration Law 2009, Tb., 2011, 170.

³ Decision of Tbilisi court of appeal of July 11, 2011 upon the case #2b\1238-11. *Tsertsvadze G.*, Brief Commentary to the Georgian Arbitration Law 2009, Tb., 2011, 170.

⁴ *Tsertsvadze G.*, Brief Commentary to the Georgian Arbitration Law 2009, Tb., 2011, 170.

Absence of the similar regulation in the Georgian law pushed the courts to the interpretation that contradicts with the main goal of the procedures of firstly, the annulment of the award and secondly, the recognition and enforcement of the arbitral awards. Therefore, it is vital to incorporate the regulation similar to the provision set forth in German legislation into the Georgian law on Arbitration.¹

Before such modifications take place, the Georgian judges should avoid the above collisions and refuse annulment of the arbitral awards that had already been recognized and validated for enforcement. According to the current practices the stability and effectiveness of the process of recognition and enforcement are put under the question. In fact, the loser party has the right to appeal against the decision which was recognized and enforced without his attendance.

7. Conclusion

The present paper aimed to outline the mechanisms of the control over the arbitral awards – the legal nature, function and procedures of both: annulment and recognition and enforcement of the arbitral awards as well as the issues of their interrelation.

We can say that the main defect of the legislation existing before 2010 – the recognition and enforcement of the arbitral award is already systemized and complies with the requirements of the NY Convention.

Unlike the recognition and enforcement, the procedure of annulment of the arbitral award is not regulated by the international convention. However, UNCITRAL Model Law provides the directions for the national legislations. As it is seen obviously, the Georgian law on arbitration is set up according to the mentioned law and therefore in terms of its legal regulations and procedures – this institute is streamlined.

Notwithstanding the fact that regarding improvement of this issue anyone can have a different idea any time and anywhere, still, there are the topics of global consensus: The arbitral award can be appealed only by means of submitting a request for its annulment. The appeal is accepted where the mentioned awards had been issued. The arbitral award cannot be revised substantially, except its procedural aspects and the issues related to the arbitral agreement; the grounds for the annulment of the arbitral award pretend to be precise, therefore, it is very hard, or almost impossible to extend these grounds.

The issue regarding the competence upon the dispute examination after annulment of the arbitral award is left open by the Georgian law on arbitration, unlike to the legislations of other countries.² Therefore, it is obscure, whether the annulment means revercing of the case to the arbiters, or their mission has expired when they rendered their first award. From my point of view, considering the experience of the other countries, the legal regulation of the mentioned issues would be beneficial and supportive in terms of establishment of the uniform arbitral practices.

The fortune of the annulled award is also unclear according to the interpretative formulation of the NY Convention,³ but, still, the annulment of the award is a significant instrument to prevent the unlawful arbitral awards from gaining the legal force.

The award rendered to solve the specific dispute causes the different reactions from the parties. The winner party starts acting for enforcement, in order to get the desirable result; and, the loser party has the option to appeal against the award and get “better result”.

The identity of the grounds for annulment of the arbitral award and for its recognition and enforcement is also caused by the same reason. In both cases the legislator excludes the possibility of appearing the legal effect of the unlawfully rendered arbitral award.

At the level of the arbitral awards rendered in Georgia, the problem is clear with regards to the co-existence of these two norms. The Georgian law on arbitration does not include a provision that would prohibit the possibility of annulment of the already recognized and enforced awards; Admission of annulment

¹ *Tsertsvadze G.*, Brief Commentary to the Georgian Arbitration Law 2009, Tb., 2011, 171.

² Chapter III, Par.3.

³ Chapter VI, ar.2.

of the arbitral awards already recognized and enforced by the court, contradicts with the main goal of both procedures: annulment of the award and recognition and enforcement of the award.

According to the clause 1059 (3) of the German CPC the claim requesting the annulment of the arbitral award cannot be accepted if the award is already known and enforced by the German court. Such provisions should be incorporated in the law in order to defend the legal interest of the winner party and prevent the stability and effectiveness of the recognition and enforcement from the failure. At the same time the competence of the court is under the question if it abolishes the award by means of the identic grounds which it used to validate the recognition and enforcement of the same award confirming that there were no identical grounds for refusal.

გამომცემლობის რედაქტორი მანია ევჯიბია
გარეკანის დიზაინერი მარიამ ებრალიძე
კორექტორი ლელა ნიკლაური
დამკაბადონებელი ნათია დვალი

0179 თბილისი, ი. ჭავჭავაძის გამზირი 14
14 Ilia Tchantchavadze Avenue, Tbilisi 0179
Tel 995 (32) 225 14 32
www.press.tsu.edu.ge