

დავის ალტერნატიული  
გადაწყვეტა



ALTERNATIVE DISPUTE  
RESOLUTION

წელიწდული  
Yearbook

2016

**გ ე ზ ო ნ ზ ე უ ზ ო**

2016

IVANE JAVAKHISHVILI TBILISI STATE UNIVERSITY  
NATIONAL CENTER FOR ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION

# Alternative Dispute Resolution

Yearbook

2016

ივანე ჯავახიშვილის სახელობის თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტი  
დავის ალტერნატიული გადაწყვეტის ეროვნული ცენტრი

## დავის ალტერნატიული გადაწყვეტა

წელწილეული

2016



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. 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. 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, 2017

ISSN 1987-9199

## ს ა რ ჩ ე ვ ი

ნათია ჩიტაშვილი სამართლიანი შეთანხმება, როგორც მედიაციის ეთიკური ურღვეობის საფუძველი.....7 Natia Chitashvili Fair Settlement as Basis for Ethical Integrity of Mediation ..... 24
Steven Austermiller Rescuing Arbitration in the Developing World: The Extraordinary Case of Georgia ..... 38 სტივენ ოსტერმილერი არბიტრაჟის გადარჩენა განვითარებად მსოფლიოში: საქართველოს განსაკუთრებული შემთხვევა ..... 73
ანა გურიელი ადვოკატის როლი სამოქალაქოსამართლებრივი დავების მედიაციის პროცესში ..... 121 Ana Gurieli Advocate Role in the Mediation Process of Civil Legal Disputes ..... 153
ლადო ჯავახიშვილი არასრულწლოვანთა განრიდებისა და მედიაციის პროგრამის მიმოხილვა..... 179 Lado Javakhishvili Overview of the Juvenile Diversion and Mediation Program ..... 193
Catherine Green Burnett, Tasha Willis Mediation ..... 205
ქეთრინ გრინ ბარნეთი, თაშა უილისი მედიაცია ..... 249



## სამართლიანი შეთანხმება, როგორც მედიაციის ეთიკური ურღვეობის საფუძველი

სტატიაში შემოთავაზებულია მედიაციის სამართლიანი შეთანხმების, როგორც ეთიკური და ნორმატიული კატეგორიის, მედიაციის ერთ-ერთი ფუნდამენტური პრინციპის, კვლევა ევროკავშირის ქვეყნების, აშშ-ის მედიაციის აქტებისა და ეთიკის კოდექსების ანალიზის საფუძველზე. საქართველოში მედიაციის საკანონმდებლო მონესრულების სრულყოფისა და ეთიკის რეგულირების ეტაპზე უმნიშვნელოვანესია, შემუშავდეს მეცნიერულ კვლევაზე დამყარებული რეკომენდაციები ევროკავშირის სამართალთან შიდასახელმწიფოებრივი სამართლის აპროქსიმაციის მიზნით. საზოგადოების მედიაციისადმი ნდობის დაცვის საჯარო ინტერესი განაპირობებს მედიატორისათვის სამართლიანი შეთანხმების გარანტიის ფუნქციის მინიჭებას.

**საკვანძო სიტყვები:** მედიაციის ეთიკა, მხარეთა თვითგამორკვევის უფლება, მედიაციის სამართლიანი შეთანხმება, მედიაციის უსამართლო შედეგი, მედიაციის ეთიკური ურღვეობა, მედიატორის პროფესიული როლი, მედიაციის უკანონო შეთანხმება, ნეიტრალური მესამე პირი.

### I. შესავალი

სამართლიანობა მედიაციის ფუნდამენტური პრინციპი<sup>1</sup> და, უმთავრესად, ნორმატიული და ეთიკური სტანდარტია.<sup>2</sup> თუმცა მისი უნიფიცირებული მნიშვნელობა დამკვიდრებული არ არის, – ერთი მხრივ, ეს კონცეფცია მედიაციის ბევრ კანონსა<sup>3</sup> და ეთიკის კოდექსში არის განსაზღვრული,<sup>4</sup> მეორე მხრივ, ცალკეულ აქტებში საერთოდ არ აისახება.<sup>5</sup>

\* სამართლის დოქტორი, თსუ-ის იურიდიული ფაკულტეტის ასისტენტ-პროფესორი, სერტიფიცირებული მედიატორი, თსუ-ის დავის ალტერნატიული გადაწყვეტის ეროვნული ცენტრის აღმასრულებელი დირექტორი.

მადლობას ვუხდის გერმანიის აკადემიური გაცვლის სამსახურს (DAAD) მონიჭებული კვლევითი სტიპენდიისთვის, რომლის ფარგლებშიც შესაძლებელი გახდა ბერლინის ჰუმბოლდტის უნივერსიტეტის იურიდიული ფაკულტეტის, ბერლინის სახელმწიფო ბიბლიოთეკის და ჰამბურგის მაქს პლანკის სახელობის საზღვარგარეთის ქვეყნებისა და საერთაშორისო კერძო სამართლის ინსტიტუტის კვლევითი რესურსების გამოყენებით ნინამდებარე პუბლიკაციის მომზადება.

<sup>1</sup> Steffek F., Unberath H. (eds.), Genn H., Greger R., Menkel-Meadow C., *Regulating Dispute Resolution ADR and Access to Justice at the Crossroads*, Hart Publishing, Oxford and Portland Oregon, 2013, 17.

<sup>2</sup> Nolan-Haley J. M., *Informed Consent in Mediation: A Guiding Principle for Truly Educated Decisionmaking*, 74, *Notre Dame L. Rev.*, 775, №12, 1999, 778, <[http://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1273&context=faculty\\_scholarship](http://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1273&context=faculty_scholarship)>; Woo M.Y.K., *Collagher M. E.*, *Chinese Justice Civil Dispute Resolution in Contemporary China*, Cambridge University Press, United States of America, 2011, 38.

<sup>3</sup> Chinese Civil Procedure Law, Art. 9, <[http://www.npc.gov.cn/englishnpc/Law/2007-12/12/content\\_1383880.htm](http://www.npc.gov.cn/englishnpc/Law/2007-12/12/content_1383880.htm)>; Woo M.Y.K., *Callagher M.E.*, *Civil Procedure Law of the People's Republic of China*, 1991, 38; People's Mediation Law of the People's Republic of China, promulgated in 2010, active in 2011, Art. 3 (2), <[http://www.cspil.org/Uploadfiles/attachment/Laws%20and%20Regulations/\[en\]guojifalvwenjian/PeoplesMediationLawofthePeoplesRepublicofChina.pdf](http://www.cspil.org/Uploadfiles/attachment/Laws%20and%20Regulations/[en]guojifalvwenjian/PeoplesMediationLawofthePeoplesRepublicofChina.pdf)>; Trevor M.B., Palo G., *EU Mediation Law and Practice*, Oxford University Press, 2012, 183; Draft General Scheme of Mediation Bill 2012, Ireland, Head 2, <<http://www.justice.ie/en/JELR/MedBillGSFinal.pdf/Files/MedBillGSFinal.pdf>>; Finland Act on Mediation in Civil Matters and Confirmation of Settlements in General Courts, 394/2011, Art. 23, <<http://www.finlex.fi/en/laki/kaannokset/2011/en20110394.pdf>>.

<sup>4</sup> Malta Code of Conduct for Mediators, MJCL, Art. 9, <<https://mjcl.gov.mt/en/mmc/Pages/Code-of-Conduct-Mediators.aspx>>. Standards of Practice For California Mediators, Preamble, <<http://www.cdrc.net/mediator>>.



მედიაციის ეთიკის კოდექსების თანახმად, სამართლიანობა მიემართება მედიაციის პროცესს,<sup>6</sup> რომლის ჩატარებაც უნდა უზრუნველყოს პროვაიდერმა ორგანიზაციამ,<sup>7</sup> მედიატორმა გულმოდგინების,<sup>8</sup> სათანადო წინდახედულების,<sup>9</sup> მიუკერძოებლობის,<sup>10</sup> ინტერესთა კონფლიქტის დაუშვებლობის,<sup>11</sup> მხარეთა ნებაყოფლობითი,<sup>12</sup> გაცნობიერებული,<sup>13</sup> სამართლიანი<sup>14</sup> და თანაბარი მონაწილეობის,<sup>15</sup> მონაწილეობის შესაძლებლობის<sup>16</sup> და მათი თვითგამორკვევის უფლების<sup>17</sup> რეალიზების პრინციპთა დაცვით.<sup>18</sup> ცალკეული ქვეყნის სამართალი მედიატორის როლს ხედავს სწორედ მხარეთა დახმარებაში, მიაღწიონ სამართლიან შეთანხმებას.<sup>19</sup>

- 
- standards#stdspreamble>; Florida Rules for Certified and Court-Appointed Mediators, Florida Dispute Resolution Center, § 10230 (c), 10.300, <<http://www.mediate.com/articles/floridarules.cfm>>; Standards of Conduct for New York State CMTY, Dispute Resolution Center, Mediators, Office of Alternative Dispute Resolution & Court Improvement Programs 2009, §4 Cmt, <[https://www.nycourts.gov/ip/adr/Publications/Info\\_for\\_Programs/Standards\\_of\\_Conduct.pdf](https://www.nycourts.gov/ip/adr/Publications/Info_for_Programs/Standards_of_Conduct.pdf)>; Core Standards of Mediation Practice, §III (Oregon Mediation Association, 2005), <<http://www.omediate.org/docs/2005CoreStandardsFinalP.pdf>>; Virginia Standards, Virginia Standards of Ethics and Professional Responsibility for Certified Mediators, §K.1. K.4, 2011, 7-8, <<http://www.courts.state.va.us/courtadmin/aoc/djs/programs/drs/mediation/soe.pdf>>; Model Standards of Conduct for Mediators, AAA, ABA, ACR, 1994, Revised 2005, §VI, <[http://www.americanbar.org/content/dam/aba/migrated/2011\\_build/dispute\\_resolution/model\\_standards\\_conduct\\_april2007.authcheckdam.pdf](http://www.americanbar.org/content/dam/aba/migrated/2011_build/dispute_resolution/model_standards_conduct_april2007.authcheckdam.pdf)>; Georgia Ethical Standards for Mediators, §IV. A, Georgia Commission on Dispute Resolution 2012, <[http://godr.org/sites/default/files/Godr/mediator\\_ethics\\_information/APPENDIX%20C%20CHAP%201%20C%206-18-2013.pdf](http://godr.org/sites/default/files/Godr/mediator_ethics_information/APPENDIX%20C%20CHAP%201%20C%206-18-2013.pdf)>. Sead. Code of Conduct for Mediators, ADR Institute of Canada, 2011.
- <sup>5</sup> Code of Conduct for Mediators, ADR Institute of Canada, 2011, <[http://adric.ca/pdf/ADRMEDIA\\_TION-RULES2014.pdf](http://adric.ca/pdf/ADRMEDIA_TION-RULES2014.pdf)>; Ethical Guidelines for Mediators, Law Council of Australia, 2002, <<http://epublications.bond.edu.au/cgi/viewcontent.cgi?article=1166&context=adr>>.
- <sup>6</sup> Ethical Standards for Mediators, Georgia Commission on Dispute Resolution, §IV, <[http://godr.org/sites/default/files/Godr/supreme\\_court\\_adr\\_rules/APPENDIX%20C%20CHAP%201%20C%206-18-2013.pdf](http://godr.org/sites/default/files/Godr/supreme_court_adr_rules/APPENDIX%20C%20CHAP%201%20C%206-18-2013.pdf)>.
- <sup>7</sup> Trevor M. B., Palo G., EU Mediation Law and Practice, Oxford University Press, 2012, 93.
- <sup>8</sup> Ethical Standards for Mediators, Georgia Commission on Dispute Resolution, §V, <[http://godr.org/sites/default/files/Godr/supreme\\_court\\_adr\\_rules/APPENDIX%20C%20CHAP%201%20C%206-18-2013.pdf](http://godr.org/sites/default/files/Godr/supreme_court_adr_rules/APPENDIX%20C%20CHAP%201%20C%206-18-2013.pdf)>.
- <sup>9</sup> Hopt K. J., Steffek F., Mediation: Principles and Regulation in Comparative Perspective, Oxford University Press, Oxford, 2013, 74.
- <sup>10</sup> Draft General Scheme of Mediation Bill 2012, Ireland, Head 2, <<http://www.justice.ie/en/JELR/MedBillGSFinal.pdf/Files/MedBillGSFinal.pdf>>; Austrian Mediation Act, June 6, 2003, Art. 16(2), <<http://bgarf.ru/science/baltic-center-of-mediation-and-conflictology/publikacii/avstriya.pdf>>; Bulgaria Mediation Act, (promulgated 2004, amended 2011) Art. 9 (1), <[http://www.pamb.info/index.php?option=com\\_content&view=article&id=112%3Amediation-act&catid=30%3Aactsformediation&Itemid=74&lang=bg](http://www.pamb.info/index.php?option=com_content&view=article&id=112%3Amediation-act&catid=30%3Aactsformediation&Itemid=74&lang=bg)>; Core Standards of Mediation Practice, §III (Oregon Mediation Association, 2005), <<http://www.omediate.org/docs/2005CoreStandardsFinalP.pdf>>.
- <sup>11</sup> Standards of Conduct for New York State CMTY. Dispute Resolution CTR. Mediators, Office of Alt. Dispute Resolution & Court Improvement Programs 2009, §III. B, <[http://www.courts.state.ny.us/ip/adr/Publications/Info\\_for\\_Programs/Standards\\_of\\_Conduct.pdf](http://www.courts.state.ny.us/ip/adr/Publications/Info_for_Programs/Standards_of_Conduct.pdf)>.
- <sup>12</sup> Bulgaria Mediation Act, (promulgated 2004, amended 2011) Art. 5, <[http://www.pamb.info/index.php?option=com\\_content&view=article&id=112%3Amediation-act&catid=30%3Aactsformediation&Itemid=74&lang=bg](http://www.pamb.info/index.php?option=com_content&view=article&id=112%3Amediation-act&catid=30%3Aactsformediation&Itemid=74&lang=bg)>; Chinese Civil Procedure Law, Art. 9, მითითებულია: Woo M.Y.K., Callaghan M. E., Civil Procedure Law of the People's Republic of China, 1991, 38.
- <sup>13</sup> Family Mediation Canada Members Code of Professional Conduct, Art. 9.2, 9.3, <[http://fmc.ca/sites/default/files/sites/all/themes/fmc/images-user/Members%20Code%20of%20Professional%20Conduct\\_0.pdf](http://fmc.ca/sites/default/files/sites/all/themes/fmc/images-user/Members%20Code%20of%20Professional%20Conduct_0.pdf)>.
- <sup>14</sup> German Mediation Act, 21 July, 2012, §2 (3), <[https://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_mediationsg/englisch\\_mediationsg.html](https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_mediationsg/englisch_mediationsg.html)>; Rützel S., Wegen G., Wilske S., Commercial Dispute Resolution in Germany, 2<sup>nd</sup> ed., C.H. Beck, München, 2016, 202.
- <sup>15</sup> Bulgaria Mediation Act, (promulgated 2004, amended 2011) Art. 5, <[http://www.pamb.info/index.php?option=com\\_content&view=article&id=112%3Amediation-act&catid=30%3Aactsformediation&Itemid=74&lang=bg](http://www.pamb.info/index.php?option=com_content&view=article&id=112%3Amediation-act&catid=30%3Aactsformediation&Itemid=74&lang=bg)>.
- <sup>16</sup> Malta Code of Conduct for Mediators, MJCL, Art. 9, <<https://mjcl.gov.mt/en/mmc/Pages/Code-of-Conduct-Mediators.aspx>>.
- <sup>17</sup> Georgia Ethical Standards for Mediators, Georgia Commission on Dispute Resolution 2012, Introduction, <[http://godr.org/sites/default/files/Godr/supreme\\_court\\_adr\\_rules/APPENDIX%20C%20CHAP%201%20C%206-18-2013.pdf](http://godr.org/sites/default/files/Godr/supreme_court_adr_rules/APPENDIX%20C%20CHAP%201%20C%206-18-2013.pdf)>; Rützel S., Wegen G., Wilske S., Commercial Dispute Resolution in Germany, 2<sup>nd</sup> ed., C.H. Beck, München, 2016, 207.

სამართლიანობა გულისხმობს, რომ მხარეებმა მედიაციის პროცესის ძირითადი პრინციპების ცოდნის,<sup>20</sup> არსებითად მნიშვნელოვანი გარემოებების გაცნობიერების,<sup>21</sup> ხელშეკრულების პირობების გააზრებისა<sup>22</sup> და ინფორმირებული თანხმობის<sup>23</sup> საფუძველზე მიიღონ არაიძულებითი,<sup>24</sup> ნებაყოფლობითი<sup>25</sup> გადაწყვეტილება მისი მოსალოდნელი შედეგების<sup>26</sup> გაცნობიერებით,<sup>27</sup> ან, სურვილის შემთხვევაში, ნებისმიერ დროს შეწყვიტონ<sup>28</sup> მედიაცია.<sup>29</sup> პროცესის სამართლიანობა დაცულია ასევე, თუ მასში მონაწილეობა არ ემსახურება უსამართლო უპირატესობის მოპოვებას<sup>30</sup> და არ ეფუძნება მოლაპარაკების მანიპულაციურ და დამაშინებელ მეთოდებს<sup>31</sup>.

- 
- <sup>18</sup> *Shapira O.*, Conceptions and Perceptions of Fairness in Mediation, 54 South Tex. L. Rev., 2012, 285.
- <sup>19</sup> Malta Mediation Act, MJCL, 2004, Art. 26 (1), <[https://mjcl.gov.mt/en/mmc/Documents/Chapter\\_474t.pdf](https://mjcl.gov.mt/en/mmc/Documents/Chapter_474t.pdf)>; Royal Decree Law 5/2012, of March 5, on Mediation in Civil and Commercial Matters, Statement of Reasons I, მითითებულია: *Trevor M. B., Palo G.*, EU Mediation Law and Practice, Oxford University Press, 2012, 560.
- <sup>20</sup> German Mediation Act, 21 July, 2012, §2 (2), <[https://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_mediationsg/englisch\\_mediationsg.html](https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_mediationsg/englisch_mediationsg.html)>.
- <sup>21</sup> German Mediation Act, 21 July, 2012, §2 (6), <[https://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_mediationsg/englisch\\_mediationsg.html](https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_mediationsg/englisch_mediationsg.html)>; Bulgaria Mediation Act, (promulgated 2004, amended 2011) Art. 13 (1), <[http://www.pamb.info/index.php?option=com\\_content&view=article&id=112%3Amediation-act&catid=30%3Aactsformediation&Itemid=74&lang=bg](http://www.pamb.info/index.php?option=com_content&view=article&id=112%3Amediation-act&catid=30%3Aactsformediation&Itemid=74&lang=bg)>; *Rützel S., Wegen G., Wilske S.*, Commercial Dispute Resolution in Germany, München, 2<sup>nd</sup> ed., C.H. Beck, 2016, 202.
- <sup>22</sup> Georgia Ethical Standards for Mediators, Georgia Commission on Dispute Resolution 2012, §IV. A, <[http://godr.org/sites/default/files/Godr/supreme\\_court\\_adr\\_rules/APPENDIX%20C%20%20CHAP%201%20%206-18-2013.pdf](http://godr.org/sites/default/files/Godr/supreme_court_adr_rules/APPENDIX%20C%20%20CHAP%201%20%206-18-2013.pdf)>; German Mediation Act, 21 July, 2012, §2 (6), <[https://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_mediationsg/englisch\\_mediationsg.html](https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_mediationsg/englisch_mediationsg.html)>; *Rützel S., Wegen G., Wilske S.*, Commercial Dispute Resolution in Germany, 2<sup>nd</sup> ed., C.H. Beck, München, 2016, 202.
- <sup>23</sup> Mediation Council of Illinois (MCI) Professional Standards of Practice for Mediators, 1999, §III. E, <<http://www.mediate.com/articles/illstds.cfm>>.
- <sup>24</sup> The California Rules of Court, 3.857(b), <[http://www.courts.ca.gov/documents/title\\_3.pdf](http://www.courts.ca.gov/documents/title_3.pdf)>.
- <sup>25</sup> Family Mediation Canada Members Code of Professional Conduct, Art. 9.1. <[http://fmc.ca/sites/default/files/sites/all/themes/fmc/images-user/Members%20Code%20of%20Professional%20Conduct\\_0.pdf](http://fmc.ca/sites/default/files/sites/all/themes/fmc/images-user/Members%20Code%20of%20Professional%20Conduct_0.pdf)>; European Mediation Training for Practitioners of Justice, A Guide to European Mediation, Association of International Arbitration (ed.), Antwerpen, Apeldoorn, Portland, Maklu, 2012, 143.
- <sup>26</sup> *Hopt K. J., Steffek F.*, Mediation: Principles and Regulation in Comparative Perspective, Oxford University Press, Oxford, 2013, 74.
- <sup>27</sup> Family Mediation Canada Members Code of Professional Conduct, Art. 9.5, <[http://fmc.ca/sites/default/files/sites/all/themes/fmc/images-user/Members%20Code%20of%20Professional%20Conduct\\_0.pdf](http://fmc.ca/sites/default/files/sites/all/themes/fmc/images-user/Members%20Code%20of%20Professional%20Conduct_0.pdf)>; Austrian Mediation Act, June 6, 2003, Art. 16(2), <<http://bgarf.ru/science/baltic-center-of-mediation-and-conflictology/publikacii/avstriya.pdf>>; Bulgaria Mediation Act, (promulgated 2004, amended 2011) Art. 9 (1), <[http://www.pamb.info/index.php?option=com\\_content&view=article&id=112%3Amediation-act&catid=30%3Aactsformediation&Itemid=74&lang=bg](http://www.pamb.info/index.php?option=com_content&view=article&id=112%3Amediation-act&catid=30%3Aactsformediation&Itemid=74&lang=bg)>.
- <sup>28</sup> German Mediation Act, 21 July, 2012, §2 (5), <[https://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_mediationsg/englisch\\_mediationsg.html](https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_mediationsg/englisch_mediationsg.html)>; Bulgaria Mediation Act, (promulgated 2004, amended 2011) Art. 5, <[http://www.pamb.info/index.php?option=com\\_content&view=article&id=112%3Amediation-act&catid=30%3Aactsformediation&Itemid=74&lang=bg](http://www.pamb.info/index.php?option=com_content&view=article&id=112%3Amediation-act&catid=30%3Aactsformediation&Itemid=74&lang=bg)>; Georgia Ethical Standards for Mediators, Georgia Commission on Dispute Resolution 2012, §V, <[http://godr.org/sites/default/files/Godr/supreme\\_court\\_adr\\_rules/APPENDIX%20C%20%20CHAP%201%20%206-18-2013.pdf](http://godr.org/sites/default/files/Godr/supreme_court_adr_rules/APPENDIX%20C%20%20CHAP%201%20%206-18-2013.pdf)>; *Steffek F., Unberath H. (eds.), Genn H., Greger R., Menkel-Meadow C.*, Regulating Dispute Resolution ADR and Access to Justice at the Crossroads, Hart Publishing, Oxford and Portland Oregon, 2013, 284; European Mediation Training for Practitioners of Justice, A Guide to European Mediation, Association of International Arbitration (ed.), Antwerpen, Apeldoorn, Portland, Maklu, 2012, 143.
- <sup>29</sup> *Shapira O.*, Conceptions and Perceptions of Fairness in Mediation, 54 South Tex. L. Rev., 2012, 285.
- <sup>30</sup> Model Standards of Practice for Family and Divorce Mediation, § XI. A. 6, <<https://www.afccnet.org/Portals/0/PublicDocuments/CEFCP/ModelStandardsOfPracticeForFamilyAndDivorceMediation.pdf>>; *Folberg J., Milne A.L., Salem P.*, Divorce and Family Mediation, Models, Techniques and Applications, The Guilford Press, New York, London, 2004, 540; *Waldman E.*, Mediation Ethics, Cases and Commentaries, Jossey-Bass, A Wiley Imprint, United States of America, 2011, 13.
- <sup>31</sup> Family Mediation Canada Members Code of Professional Conduct, Art. 9.4, <[http://fmc.ca/sites/default/files/sites/all/themes/fmc/images-user/Members%20Code%20of%20Professional%20Conduct\\_0.pdf](http://fmc.ca/sites/default/files/sites/all/themes/fmc/images-user/Members%20Code%20of%20Professional%20Conduct_0.pdf)>.

სტატიის მიზანია, მედიაციის შეთანხმების სამართლიანობის, როგორც ეთიკური და ნორმატიული კატეგორიის, კვლევა ევროკავშირის ქვეყნების, აშშ-ის მედიაციის აქტებისა და ეთიკის კოდექსების ანალიზის საფუძველზე. კვლევა ორიენტირებულია, საქართველოში მედიაციის საკანონმდებლო ბაზის ფორმირებისა და ეთიკის რეგულირების ეტაპზე შეიმუშაოს კონკრეტული რეკომენდაციები ევროკავშირის სამართალთან ეროვნული კანონმდებლობის აპროქსიმაციის მიზნით.

## 2. მედიაციის სამართლიანი შეთანხმება, როგორც სამართლიანი პროცესის შედეგი

მედიაციის სამართლიანი შედეგის განმარტებას არ შეიცავს საზღვარგარეთის ქვეყნების მედიატორთა ქცევის უმრავლესი კოდექსი, ამიტომ იგი მედიაციის პროცესისა და თანამდევნი შეთანხმების დოქტრინული ანალიზის გზით არის შესაძლებელი.<sup>32</sup>

ჯორჯიის მედიატორთა ქცევის ეთიკური სტანდარტების<sup>33</sup> თანახმად, ნეიტრალური მესამე პირი მედიაციის სამართლიანი პროცესის გარანტია<sup>34</sup> და მასვე ეკისრება სამართლიანი შედეგის უზრუნველყოფის ვალდებულება.<sup>35</sup>

სამართლიანობა მედიაციის პროცესში დარღვეულია, თუ შეთანხმება არსებითად და ფუნდამენტურად უსამართლოა,<sup>36</sup> უკანონოა,<sup>37</sup> შეუძლებელია მისი აღსრულება,<sup>38</sup> მხარეებს არ აქვთ გაცნობიერებული შეთანხმების შინაარსი, ასევე მათზე<sup>39</sup> ან/და მესამე პირებზე შეთანხმების შედეგების შესაძლო გავლენა.<sup>40 41</sup>

სამართლიანია შეთანხმება, რომელიც: ა) სულ მცირე, მისაღებია ან სამართლიანია შეთანხმების განმახორციელებელი მხარეებისათვის; ბ) აღადგენს ჰარმონიას ან ინტერესთა ბალანსს მედიაციის მონაწილეებს შორის; გ) ზრდის ურთიერთგაგებისა და უკეთესი ურთიერთობის შესაძლებლობას; დ) უახლოვდება იმ ზღვარს, რომელსაც მხარეები მათი ზიანის ადეკვატურ კომპენსირებად მიიჩნევენ; ე) როგორც ინდივიდუალურ, ისე ინსტიტუციურ დონეზე თანხისა და დროის დამზოგველია; ვ) ამცირებს სტრესსა და გაღიზიანებას; ზ) აუმჯობესებს კომუნიკაციას საზოგადოების წევრებს შორის (სამეზობლოში, ბიზნესსამყაროში, დასაქმებულთა სივრცეში და სხვ.); ლ) ქმნის სოციალურ პრეცედენტებს ურთიერთობების უკეთ მოწესრიგებისათვის.<sup>42</sup>

<sup>32</sup> მედიაციის სამართლიანი შეთანხმების საკითხზე იხილეთ ნაშრომები: *Marlow L., Sauber S. R., Handbook of Divorce Mediation*, Springer Science – Business Media, LLC, New York, 1990, 45-62; *Dworkin J., London W., What Is a Fair Agreement?*, 7 *Mediation Q.* 3, 5, 1989; *Hyman J. M., Love L. P., If Portia Were a Mediator: An Inquiry into Justice in Mediation*, 9 *Clinical L. Rev.*, 157, 2002, 186; *Gibson K., Mediator Attitudes Toward Outcomes: A Philosophical View*, 17 *Mediation Q.* 197, 1999, 207–209; *Bercovitch J., Mediation Success or Failure: A Search for the Elusive Criteria*, 7 *Cardozo J. Conflict Resolution*, 289, 2006, 291; *Isabelle R., Gunning, Know Justice, Know Peace: Further Reflections on Justice, Equality and Impartiality in Settlement Oriented and Transformative Mediations*, 5 *Cardozo J. Conflict Resolution*, Vol. 5, 2004, 87.

<sup>33</sup> *Ethical Standards for Mediators*, Georgia Commission on Dispute Resolution, § IV. A, <[http://godr.org/sites/default/files/Godr/supreme\\_court\\_adr\\_rules/APPENDIX%20C%20CHAP%201%20%206-18-2013.pdf](http://godr.org/sites/default/files/Godr/supreme_court_adr_rules/APPENDIX%20C%20CHAP%201%20%206-18-2013.pdf)>.

<sup>34</sup> იხ. ასევე, *Rützel S., Wegen G., Wilske S., Commercial Dispute Resolution in Germany*, 2<sup>nd</sup> ed., C.H. Beck, 2016, 202.

<sup>35</sup> *Hopt K. J., Steffek F., Mediation: Principles and Regulation in Comparative Perspective*, Oxford University Press, Oxford, 2013, 664.

<sup>36</sup> *Ethical Standards for Mediators*, Georgia Commission on Dispute Resolution, § IV. A, <[http://godr.org/sites/default/files/Godr/supreme\\_court\\_adr\\_rules/APPENDIX%20C%20CHAP%201%20%206-18-2013.pdf](http://godr.org/sites/default/files/Godr/supreme_court_adr_rules/APPENDIX%20C%20CHAP%201%20%206-18-2013.pdf)>.

<sup>37</sup> იქვე.

<sup>38</sup> იქვე.

<sup>39</sup> *Family Mediation Canada Members Code of Professional Conduct*, Art. 9.6, <[http://fmc.ca/sites/default/files/sites/all/themes/fmc/images-user/Members%20Code%20of%20Professional%20Conduct\\_0.pdf](http://fmc.ca/sites/default/files/sites/all/themes/fmc/images-user/Members%20Code%20of%20Professional%20Conduct_0.pdf)>.

<sup>40</sup> *Ethical Standards for Mediators*, Georgia Commission on Dispute Resolution, § IV. A, <[http://godr.org/sites/default/files/Godr/supreme\\_court\\_adr\\_rules/APPENDIX%20C%20CHAP%201%20%206-18-2013.pdf](http://godr.org/sites/default/files/Godr/supreme_court_adr_rules/APPENDIX%20C%20CHAP%201%20%206-18-2013.pdf)>.

<sup>41</sup> *Shapira O., Conceptions and Perceptions of Fairness in Mediation*, 54 *South Tex. L. Rev.*, 2012, 285.

<sup>42</sup> *Hyman J. M., Love L. P., If Portia Were a Mediator: An Inquiry into Justice in Mediation*, 9 *Clinical L. Rev.*, 157, 2002, 186.

ზემოაღნიშნულის საპირისპიროდ, უსამართლოა შეთანხმება, როდესაც: ა) თუნდაც ერთი მხარე აკეთებს არანებაყოფლობით არჩევანს; ბ) ვერ განხორციელდა მხარის ფუნდამენტური ინტერესი, რომ ადამიანის რწმენა არ შეიძლება უარყოფის საგანი გახდეს; გ) მხარეთა მიერ შეთანხმებული პირობები ეწინააღმდეგება პოზიტიურ სამართალს; დ) შეთანხმების პირობები მნიშვნელოვანი ხარისხით არღვევს ან უგულებელყოფს პიროვნების ღირსებას; ე) იგი არ არის მიღწეული საქმის შესაძლო ალტერნატიული შედეგების სრული გაცნობიერების პირობებში; ვ) ხელშეკრულების პირობები შეუთავსებელია ადამიანის იმ ფუნდამენტურ ღირებულებებთან, რომლებიც აღიარებულია ფართო საზოგადოების მიერ.<sup>43</sup> დოქტრინაში არსებული ზემოჩამოთვლილი მახასიათებლები, ბუნებრივია, არ შეიძლება იყოს ამომწურავი და სამართლიანობის სტანდარტი ყოველ კონკრეტულ შემთხვევაში ეთიკური პრინციპების ურთიერთკავშირში მოქმედების გზით უნდა შეფასდეს.

მედიაციის პროცესსა და შედეგს შორის ურთიერთგანმაპირობებელი კავშირი არსებობს. კერძოდ, სამართლიანი შედეგის მისაღწევად აუცილებელია, მედიაციის პროცესის ფარგლებში უზრუნველყოფილი იყოს: ნებაყოფლობითობა, მხარეთა მიერ ურთიერთსანაცვლო ინტერესების გაზიარება, შედეგების საჯარო მნიშვნელობის აღიარება, ღირსეული მოპყრობა და პატივისცემა, ინფორმირებული გადაწყვეტილების მიღების შესაძლებლობა<sup>44</sup> მხარეთა მიერ, გადაწყვეტილების მიღების უფლებამოსილების არარსებობა მედიატორისათვის,<sup>45</sup> წინააღმდეგობრივი და ურთიერთსაპირისპირო ფუნდამენტური ღირებულებების მიმღებლობა.<sup>46</sup>

მეცნიერთა გარკვეული ნაწილის მოსაზრებით, მხარეთა მიერ სამართლიანობის სუბიექტური შეფასება,<sup>47</sup> აღქმა არის მთავარი კრიტერიუმი მედიაციის შედეგის სამართლიანად მიჩნევისთვის.<sup>48</sup> ამ დოქტრინული შეხედულების მომხრეები მედიატორს აკისრებენ ვალდებულებას, გამოიკვილოს და მხარეებთან განიხილოს მათი წარმოდგენები სამართლიანობაზე და შემდგომ დაეხმაროს მათ ამ სამართლიანობის შესატყვისი გადაწყვეტილების მიღების პროცესში.<sup>49</sup> ამ მიდგომის თანახმად, სამართლიანობის შეფასებისთვის საჭიროა მედიაციის კონკრეტული მონაწილეების სუბიექტური ხედვა და არა ის, თუ ობიექტურად რას მიიჩნევდა სამართლიანად ნებისმიერი საყოველთაოდ მიღებული მორალური ღირებულებების მქონე პირი, ამ პროცესის მონაწილე რომ ყოფილიყო. ამ მიდგომის თანახმად, თვითგამორკვევის უფლების რეალიზების საფუძველზე მხარეები თავად არიან საკუთარი სამართლიანობის განმსჯელი მოსამართლეები.<sup>50</sup>

ნებაყოფლობითობა და ინფორმირებული გადაწყვეტილების მიღების უფლებამოსილება,<sup>51</sup> მართალია, არის თვითგამორკვევის უფლების საძირკველი,<sup>52</sup> თუმცა მის საფუძველზე მიღწეულ შეთანხმებას სამართლიანობაზე პრეტენზია მხოლოდ მაშინ შეიძლება ჰქონდეს, თუ

<sup>43</sup> *Stulberg J. B., Mediation and Justice: What Standards Govern?*, 6 *Cardozo J. Conflict Resolution*, 2005, 222-227.

<sup>44</sup> *Irving H. H., Family Mediation, Theory and Practice with Chinese Families*, Hong Kong University Press, Hong Kong, 2002, 94.

<sup>45</sup> *Rützel S., Wegen G., Wilske S., Commercial Dispute Resolution in Germany*, 2<sup>nd</sup> ed., C.H. Beck, München, 2016, 201.

<sup>46</sup> *Stulberg J. B., Mediation and Justice: What Standards Govern?*, 6 *Cardozo J. Conflict Resolution*, 2005, 227-228.

<sup>47</sup> *Marlow L., Sauber S. R., Handbook of Divorce Mediation*, Springer Science – Business Media, LLC, New York, 1990, 52-53.

<sup>48</sup> *Hyman J. M., Love L. P., If Portia Were a Mediator: An Inquiry into Justice in Mediation*, 9 *Clinical L. Rev.*, 157, 2002, 164, *შეად. Marlow L., Sauber S. R., Handbook of Divorce Mediation*, Springer Science – Business Media, LLC, New York, 1990, 52-62; *Stulberg J. B., Mediation and Justice: What Standards Govern?*, 6 *Cardozo J. Conflict Resolution*, 2005, 241-242.

<sup>49</sup> *Hyman J. M., Love L. P., If Portia Were a Mediator: An Inquiry into Justice in Mediation*, 9 *Clinical L. Rev.*, 157, 2002, 192, მითითებულია: *Shapira O., Conceptions and Perceptions of Fairness in Mediation*, 54 *South Tex. L. Rev.*, 2012, 314.

<sup>50</sup> *Shapira O., Conceptions and Perceptions of Fairness in Mediation*, 54 *South Tex. L. Rev.*, 2012, 315.

<sup>51</sup> *Irving H. H., Family Mediation, Theory and Practice with Chinese Families*, Hong Kong University Press, Hong Kong, 2002, 94.

<sup>52</sup> *Stulberg J. B., Mediation and Justice: What Standards Govern?*, 6 *Cardozo J. Conflict Resolution*, 2005, 227-228.

ხელშეკრულების შედგენა მოხდება ეთიკის კოდექსთა ნორმატიული მოთხოვნების<sup>53</sup> დაცვით და, ამასთან, თავსებადი იქნება მედიაციის არამონაწილე მესამე პირთა ინტერესებთან.

ლიტერატურაში ასევე ფართოდ გავრცელებული მოსაზრების თანახმად, მედიაციის უკანონო შეთანხმება ვერ იქნება სამართლიანი, რამეთუ ამით მედიაციის მხარეები საკუთარ თავს უპირატეს მდგომარეობაში იყენებენ, კანონმორჩილ მოქალაქეებთან შედარებით.<sup>54</sup> თუ მედიაცია მხარეთათვის გახდება პრივილეგია – კანონისგან გვერდის ავლის საშუალება „სხვა მოქალაქეებისგან განსხვავებით, ბუნებრივია, ეს გამოიწვევს არაკანონიერი პრაქტიკის დაწერგვას.<sup>55</sup> ამ შემთხვევაში სამართლიანობისთვის განმსაზღვრელი ხდება არა მხოლოდ მხარეთა თვითგამორკვევის უფლების რეალიზება, ე.წ. „ქვემოდან (მხარეებისგან) მომდინარე“<sup>56</sup> „ინდივიდუალური სამართლიანობა“,<sup>57</sup> არამედ იმ წესების შესრულება, რომელთა დაცვის ვალდებულება აქვს მთელ საზოგადოებას. ეთიკის კოდექსებით მედიაციაში ხდება კანონისა და მორალის ნორმების ინკორპორირება და უკანონო შეთანხმება სამართლიანად არ ჩაითვლება იმ შემთხვევაშიც კი, თუ ის მხარეთა თვითგამორკვევის უფლების საფუძველზეა მიღწეული და მათთვის მისაღებია.<sup>58</sup>

### 3. არასამართლიანი შეთანხმება – მედიაციის ინსტიტუტის დისკრედიტაციის საფრთხე და საჯარო ინტერესის ხელყოფის წყარო

სამართლებრივი ინსტიტუტების წარმატებული ფუნქციონირება უნდა ეფუძნებოდეს გარკვეულ ფუნდამენტურ წესებს, რომლებიც უზრუნველყოფს ამ ინსტიტუტების სიცოცხლისუნარიანობას.<sup>59</sup>

ვინაიდან მედიაცია, უმთავრესად, ნებაყოფლობითი ინსტიტუტია, დავის გადანყვევის სხვა მექანიზმებთან მისი თანაარსებობა უნდა განაპირობოს თავად ამ ინსტიტუტის არსმა და არა სახელმწიფოს იძულებითმა მექანიზმმა. სავალდებულო მედიაციაც სრულად ვერ იქნება სახელმწიფოს მიერ შენარჩუნებული, თუ ამ ინსტიტუტის არსებობის საჭიროება და აუცილებლობა მისმა სარგებლიანობამ არ დაუდასტურა საზოგადოებას.

სავალდებულო მედიაციის შემთხვევაშიც კი მხარეები ნებაყოფლობითობის საფუძველზე აწარმოებენ მოლაპარაკებას. ვინაიდან არ არსებობს შეთანხმების მიღწევის ვალდებულება,<sup>60</sup> მათ შეუძლიათ, პროცესის მიმდინარეობის დროსაც შეწყვიტონ იგი და უარყონ მედიაციის შემდგომი გამოყენება. დაუშვებელია მოხდეს მხარეთა იძულება და თავისუფლების შეზღუდვა, მაგრამ, როგორც კი ისინი ირჩევენ მედიაციას მათი განსხვავებულობის შეთანხმების

<sup>53</sup> Georgia Ethical Standards for Mediators, IV. A, Georgia Commission on Dispute Resolution 2012, <[http://godr.org/sites/default/files/Godr/mediator\\_ethics\\_information/APPENDIX%20C%2C%20CHAP%201%2C%206-18-2013.pdf](http://godr.org/sites/default/files/Godr/mediator_ethics_information/APPENDIX%20C%2C%20CHAP%201%2C%206-18-2013.pdf)>.

<sup>54</sup> იხ. *Shapira O.*, Conceptions and Perceptions of Fairness in Mediation, 54 South Tex. L. Rev., 2012, 316, შემდგომი მითითებით.

<sup>55</sup> *Shapira O.*, Conceptions and Perceptions of Fairness in Mediation, 54 South Tex. L. Rev., 2012, 316; *Carr C. L.*, Fairness and Political Obligation – Again: A Reply to Lefkowitz, 33 Social Theory and Practice, 33, 2004, 40, <[https://www.pdcnet.org/pdc/bvdb.nsf/purchase?openform&fp=soctheorpract&id=soctheorpract\\_2004\\_0030\\_0001\\_0033\\_0058](https://www.pdcnet.org/pdc/bvdb.nsf/purchase?openform&fp=soctheorpract&id=soctheorpract_2004_0030_0001_0033_0058)>.

<sup>56</sup> *Hyman J. M., Love L. P.*, If Portia Were a Mediator: An Inquiry into Justice in Mediation, 9 Clinical L. Rev., 157, 2002, 160-162, <<http://www.law.newark.rutgers.edu/files/If%20Portia%20Were%20a%20Mediator%209%20Clinical%20L%20Rev%20157.pdf>>.

<sup>57</sup> *Trevor M. B., Palo G.*, EU Mediation Law and Practice, Oxford University Press, 2012, 257.

<sup>58</sup> *Shapira O.*, Conceptions and Perceptions of Fairness in Mediation, 54 South Tex. L. Rev., 2012, 317, შემდგომი მითითებით.

<sup>59</sup> *Shapira O.*, Conceptions and Perceptions of Fairness in Mediation, 54 South Tex. L. Rev., 2012, 321.

<sup>60</sup> *Steffek F., Unberath H. (eds.), Genn H., Greger R., Menkel-Meadow C.*, Regulating Dispute Resolution ADR and Access to Justice at the Crossroads, Hart Publishing, Oxford and Portland Oregon, 2013, 284.

საშუალებად, მათ არ აქვთ უფლება, მიიღონ გადაწყვეტილება, რომელიც დააზიანებს თავად მედიაციის ინსტიტუტს.

არასამართლიანი შედეგის დაუშვებლობა მედიაციის ნორმატიული წესია, მისი პირდაპირი ბენეფიციარია ფართო და კონკრეტულად მედიაციის პროფესიული საზოგადოება, რომლის ინტერესია, მედიაცია რჩებოდეს დავის გადაწყვეტის მოთხოვნად საშუალებად.<sup>61</sup>

მედიაციის ინსტიტუტი მხარდაჭერილია სახელმწიფო პოლიტიკით და მისი წარმატებული ფუნქციონირება დავის გადაწყვეტის მექანიზმების ერთიან სისტემაში საჯარო ინტერესის გამომხატულებაა. მედიაცია სოციალური სტაბილურობის უზრუნველყოფის მნიშვნელოვანი მექანიზმი და სახელმწიფო პოლიტიკის განხორციელების აპოლიტიკური საშუალებაა.<sup>62</sup> მისი საჯარო ინტერესად მიჩნევის საფუძველია ასევე შემდეგი: მედიაციის შეთანხმება უფრო მეტად ასახავს მხარეთა ინტერესებს, ვიდრე სასამართლო გადაწყვეტილება და ამიტომაც უფრო მეტად ექვემდებარება ნებაყოფლობით აღსრულებას. მედიაცია, მხარეთა ინტერესების დაკმაყოფილებასთან ერთად, ზოგავს სასამართლოს ხარჯებს და ამცირებს მის გადატვირთულობას.<sup>63</sup> მედიაციას აქვს უნარი, განახორციელოს არა მხოლოდ ინდივიდის, არამედ საზოგადოების ტრანსფორმაცია.<sup>64</sup> მედიაციას მედიატორის დახმარებით შესწევს უნარი, გარდაქმნას სამყარო ისეთ ადგილად, სადაც საზოგადოებას უკეთესად შეეძლება ცხოვრება.<sup>65</sup>

მედიაციის ისეთი შეთანხმება, რომელიც ახდენს მედიაციის ინსტიტუტის დისკრედიტაციას, იმავდროულად ხელყოფს მნიშვნელოვან საჯარო ინტერესს. არასამართლიანმა შეთანხმებამ შეიძლება განაპირობოს საზოგადოების მხრიდან ნდობისა და რწმენის დაკარგვა მედიაციის ინსტიტუტის მიმართ.

მედიატორთა პროფესიული ქცევის ჩრდილოეთ კაროლინის სტანდარტების პრეამბულაში ხაზგასმულია, რომ ეთიკის სტანდარტების მიზანია, დაამკვიდროს და განამტკიცოს საზოგადოების ნდობა მედიაციის პროცესის მიმართ... მედიაცია უნდა დაეფუძნოს საჯარო აღიარებასა და ნდობას.<sup>66</sup> პოლონეთში მედიაციის კანონმდებლობის რეფორმირების დავის ალტერნატიული გადაწყვეტის სამოქალაქო საბჭომ განსაზღვრა მედიაციისადმი საზოგადოების ნდობის ამაღლებისათვის აუცილებელი საფუძვლები: მედიატორთა პროფესიონალიზმი და მათი მაღალი სააკრედიტაციო მოთხოვნები,<sup>67</sup> სახელმწიფო დაფინანსების გაზრდა და უფასო მედიაციის სერვისები დაბალი შემოსავლის მქონე პირებისათვის.<sup>68</sup> ასევე კალიფორნიის მედიატორთა პრაქტიკის სტანდარტების პრეამბულაში მითითებულია, რომ მედიაციის ინსტიტუტის წარმატებისთვის აუცილებელია ფართო საზოგადოების ნდობა მედიაციის პროცესის სამართლიანობისა და ეთიკური ურღვევობის მიმართ.<sup>69</sup>

იურიდიულ დოქტრინაში განასხვავებენ მხარეთა პერსონალურ და საზოგადოების ნდობას მედიაციის მიმართ. საჯარო ნდობის მოპოვებისათვის მედიატორს ეკისრება მისი

<sup>61</sup> *Shapira O.*, Conceptions and Perceptions of Fairness in Mediation, 54 South Tex. L. Rev., 2012, 322.

<sup>62</sup> *Zekoll J., Bälz M., Amelung I. (eds.)*, Formalisation and Flexibilisation in Dispute Resolution, Brill Nijhoff, Leiden/Boston, 2014, 128.

<sup>63</sup> *Rosenberg J. D.*, In Defense of Mediation, 33 Ariz. L. Rev., 467, 1991, 467, <[https://www.researchgate.net/publication/228024514\\_In\\_Defense\\_of\\_Mediation](https://www.researchgate.net/publication/228024514_In_Defense_of_Mediation)>.

<sup>64</sup> *Bush R.A.B., Folger J. P.*, The Promise of Mediation, The Transformative Approach to Conflict, Jossey-Bass, San Francisco, 2005, 13-14, 21, 53-54, 65.

<sup>65</sup> *Bush R.A.B., Folger J. P.*, Mediation and Social Justice: Risks and Opportunities, 27 Ohio St. J. on Disp. Resol., 1, 2012, 19-20, მითითებულია: *Shapira O.*, Conceptions and Perceptions of Fairness in Mediation, 54 South Tex. L. Rev., 2012, 333.

<sup>66</sup> Orth Carolina Revised Standards of Professional Conduct for Mediators, Preamble, <[https://www.sog.unc.edu/sites/www.sog.unc.edu/files/course\\_materials/R13.4%20Standards%20of%20Professional%20Conduct%20for%20Mediators.pdf](https://www.sog.unc.edu/sites/www.sog.unc.edu/files/course_materials/R13.4%20Standards%20of%20Professional%20Conduct%20for%20Mediators.pdf)>.

<sup>67</sup> *Roberts M.*, A-Z of Mediation, Palgrave Macmillan, 2013.

<sup>68</sup> *Trevor M. B., Palo G.*, EU Mediation Law and Practice, Oxford University Press, 2012, 272.

<sup>69</sup> Standards of Practice For California Mediators, Preamble, <<http://www.cdrc.net/mediator-standards#stds-preamble>>.

კვალიფიკაციის, პრაქტიკის, მედიაციის ასოციაციების წევრობის შესახებ საზოგადოების ჯეროვანი ინფორმირება.<sup>70</sup> ქმედება, რომელიც ხელყოფს საზოგადოების ნდობას მედიაციის ინსტიტუტის მიმართ, ნორმატიულად უსამართლოდ მიიჩნევა.<sup>71</sup>

#### 4. მედიატორის პროფესიული როლი – მედიაციის ინსტიტუტის ეთიკური ურღვეობის დაცვა

ნებისმიერ პროფესიულ როლს – ექიმის, იურისტის, მშობლისა თუ მასწავლებლის – თან სდევს ვალდებულებები და პროფესიონალის მორალური ვალია, შეასრულოს ისინი.<sup>72</sup> ზოგიერთი მორალური ვალდებულება იძენს განსაკუთრებულ მნიშვნელობას კონკრეტული პროფესიული როლის შემთხვევაში.

პროფესიულ უფლებამოსილებას თან ახლავს მორალური გადაწყვეტილებების მიღების პასუხისმგებლობა.<sup>73</sup> თითოეული პროფესია განსხვავებული შინაარსის მორალურ ვალდებულებებს მოიაზრებს, მაგრამ მათ წარმომადგენლებს აერთიანებთ თანაბარი პასუხისმგებლობა – მორალური თვალსაზრისით გამართლებული შედეგის მიღწევაზე იყვნენ ორიენტირებულნი.<sup>74</sup>

ამა თუ იმ პროფესიის წარმომადგენლისათვის, უპირველესად, აუცილებელია თავად ამ პროფესიის ეთიკური მთლიანობის დაცვა და გაფრთხილება, იმ წესების განუხრელი შესრულება, რომელთაც მისი პროფესია არსობრივად ემყარება. „ეთიკის ნორმების განმტკიცება შესაბამისი სფეროს პროფესიად ჩამოყალიბების მანიშნებელია“.<sup>75</sup> მედიატორებს, რომლებსაც გავლილი აქვთ განსაზღვრული სააკრედიტაციო მომზადება და ასრულებენ სამედიაციო საქმიანობას, მიიჩნევიან მედიაციის პრაქტიკის განმახორციელებლებად და მათ აერთიანებთ გარკვეული პროფესიული როლი, ეთიკური უფლება-მოვალეობები და პროფესიული პასუხისმგებლობის სტანდარტები. ამ ეთიკური სტანდარტებით მედიატორებს ეკისრებათ გარკვეული ვალდებულებები, როგორც მხარეების, მედიაციის არამონაწილე პირების, საზოგადოების, სასამართლოს<sup>76</sup> მიმართ, ასევე თავად პროფესიის მიმართ.<sup>77</sup>

სუბიექტი როცა კისრულობს მედიატორის როლს, ის იმთავითვე იზიარებს პასუხისმგებლობასა და ვალდებულებას, დაიცვას მედიაციის ინსტიტუტი შესაძლო ზიანისაგან. ამიტომ ეს მორალური ვალდებულება არსებობს, მიუხედავად იმისა, ის ასეთად მედიაციის ეთიკის კოდექსში განმტკიცებულია, თუ არა.<sup>78</sup>

პირი ნებაყოფლობით უკავშირებს თავის პროფესიულ საქმიანობას მედიაციას, და ამით იძენს გარკვეულ სოციალურ სტატუსს, აღიარებას, თვითკმაყოფილებას, შესაძლებლობებსა და უპირატესობას.<sup>79</sup> მედიატორები საზოგადოებისა და სახელმწიფოს ნებართვით ასრულებენ

<sup>70</sup> James E. A., Monagan Sh. L., Participant's Guide Problem Solving Mediation Training, James and Monagan, 2010, 26.

<sup>71</sup> Shapira O., Conceptions and Perceptions of Fairness in Mediation, 54 South Tex. L. Rev., 2012, 323.

<sup>72</sup> Gert B., Common Morality, Oxford University Press, 2004, 50.

<sup>73</sup> Fallows S., Chandramohan B. (eds.), Interdisciplinary Learning and Teaching in Higher Education, Theory and Practice, Routledge, New York, London, 2009, 26-27.

<sup>74</sup> Fallows S., Chandramohan B. (eds.), Interdisciplinary Learning and Teaching in Higher Education, Theory and Practice, Routledge, New York, London, 2009, 26-27.

<sup>75</sup> Kovach K. K., Mediation, Principles and Practice, 3<sup>rd</sup> ed., Thomson West, United States of America, 2004, 395.

<sup>76</sup> Standards of Practice For California Mediators, Preamble, <<http://www.cdrc.net/mediator-standards#stdsp-reamble>>.

<sup>77</sup> მედიატორის ეთიკური ვალდებულების ადრესატების შესახებ იხილეთ: Susskind L., Expanding the Ethical Obligations of the Mediator: Mediator Accountability to Parties Not at the Table, წიგნში: Menkel-Meadow C., Wheeler M., What's Fair: Ethics for Negotiators, 2004, 513-516.

<sup>78</sup> Gibson K., Contrasting Role Morality and Professional Morality: Implications for Practice, 20 J. Applied Phil. 17, 2003, 28, <<http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/1468-5930.00232/pdf>>.

<sup>79</sup> Shapira O., Conceptions and Perceptions of Fairness in Mediation, 54 South Tex. L. Rev., 2012, 326-327. იხ. ასევე, Cohen E.D., Davis M., Professionalism Means Putting Your Profession First, in Ethics and the Legal Profession, 2<sup>nd</sup> ed., 2009, 166.

მნიშვნელოვან სოციალურ ფუნქციას, რაც მათ ანიჭებს საზოგადოებაზე გავლენის მომხდენ ძალაუფლებას. თუმცა ამ სოციალურ გავლენას თან ახლავს თანამდევნი უფლება-მოვალეობები საზოგადოების მიმართ.<sup>80</sup> მედიატორთა გადაწყვეტილებები გავლენას ახდენს ადამიანთა ცხოვრებაზე და სხვებზე ზემოქმედების შესაძლებლობა აყალიბებს მორალურ პასუხისმგებლობას.<sup>81</sup> მედიატორს ეკრძალება უკანონო, ამორალური და არაკეთილსინდისიერი ქმედების განხორციელება ან მისი ხელშეწყობა.<sup>82</sup>

სერტიფიცირებული და სასამართლო მედიატორების შესახებ ფლორიდის წესები განამტკიცებს მედიატორის ვალდებულებას, დაიცვას და გაუფრთხილდეს პროფესიის ხარისხს.<sup>83</sup> მედიატორთა ქცევის მოდელური სტანდარტების<sup>84</sup> თანახმად, მედიატორმა უნდა იმოქმედოს იმ სახით, რომ ხელი შეუწყოს მედიაციის პრაქტიკის განვითარებას.<sup>85</sup> მედიატორის ვალდებულებას პროფესიის მიმართ, შეინარჩუნოს საზოგადოების ნდობა, განამტკიცებს ჩრდილოეთ კაროლინის პროფესიული ქცევის სტანდარტები მედიატორებისათვის,<sup>86</sup> მედიაციის პრაქტიკის ორეგონის ძირითადი სტანდარტები,<sup>87</sup> ალაბამის კოდექსი<sup>88</sup> და სხვ.

კალიფორნიის მედიატორთა პრაქტიკის სტანდარტები განამტკიცებს მედიატორის ვალდებულებას, მაღალი ეთიკური სტანდარტების შესაბამისად წარმართოს მედიაცია, რომელიც გააღვივებს მედიაციის პროცესისადმი რწმენას და დაწინაურებს ნდობას ამ ნეიტრალური მესამე პირების კომპეტენციისა და კეთილსინდისიერების მიმართ.<sup>89</sup> ფლორიდის წესების თანახმად, საზოგადოების მიერ მედიაციის გამოყენება, ცნობიერების ამაღლება და მედიაციით კმაყოფილება მიიღწევა მედიატორთა მიერ მაღალი ეთიკური სტანდარტების გამოყენების შემთხვევაში.<sup>90</sup>

მედიატორი, რომელიც არ უფრთხილდება საზოგადოების აზრს, არ იცავს მისი პროფესიის წარმომადგენლებისათვის დადგენილ საერთო წესებს, ზიანს აყენებს კოლეგებსა და მედიაციის ინსტიტუტს.

კალიფორნიის სასამართლო წესების მიხედვით, მედიატორმა იმგვარად უნდა წარმართოს მედიაციის პროცესი, რომ დადებითი გავლენა მოახდინოს საზოგადოების ნდობაზე მედიაციის პროცესის სამართლიანობისა და ეთიკური ურღვევობის მიმართ.<sup>91</sup>

<sup>80</sup> *Beauchamp T. L., Childress J. F., Principles of Biomedical, Ethics, 6<sup>th</sup> ed., 2009, 206.*

<sup>81</sup> *Shapira O., Conceptions and Perceptions of Fairness in Mediation, 54 South Tex. L. Rev., 2012, 331, შემდგომი მითითებებით.*

<sup>82</sup> *Bar Code of Conduct, Finland, იხ. Trevor M. B., Palo G., EU Mediation Law and Practice, Oxford University Press, 2012, 108.*

<sup>83</sup> *Florida Rules for Certified and Court-Appointed Mediators, §10:600, <<http://www.mediate.com/articles/floridarules.cfm>>.*

<sup>84</sup> *Model Standards of Conduct for Mediators, AAA, ABA, ACR, 1994, Revised 2005, <[http://www.americanbar.org/content/dam/aba/migrated/2011\\_build/dispute\\_resolution/model\\_standards\\_conduct\\_april2007.authcheckdam.pdf](http://www.americanbar.org/content/dam/aba/migrated/2011_build/dispute_resolution/model_standards_conduct_april2007.authcheckdam.pdf)>.*

<sup>85</sup> *Model Standards of Conduct for Mediators, AAA, ABA, ACR, 1994, Revised 2005, IX. A, <[http://www.americanbar.org/content/dam/aba/migrated/2011\\_build/dispute\\_resolution/model\\_standards\\_conduct\\_april2007.authcheckdam.pdf](http://www.americanbar.org/content/dam/aba/migrated/2011_build/dispute_resolution/model_standards_conduct_april2007.authcheckdam.pdf)>.*

<sup>86</sup> *North Carolina Revised Standards of Professional Conduct for Mediators, Preamble, <[https://www.sog.unc.edu/sites/www.sog.unc.edu/files/course\\_materials/R13.4%20Standards%20of%20Professional%20Conduct%20for%20Mediators.pdf](https://www.sog.unc.edu/sites/www.sog.unc.edu/files/course_materials/R13.4%20Standards%20of%20Professional%20Conduct%20for%20Mediators.pdf)>.*

<sup>87</sup> *Core Standards of Mediation Practice, §X (Oregon Mediation Association, 2005), <<http://www.omediate.org/docs/2005CoreStandardsFinalP.pdf>>.*

<sup>88</sup> *Alabama Code of Ethics for Mediators, Alabama Center of Dispute Resolution, 1997, §12, <[http://alabamaadr.org/web/roster-documents/documents/med\\_Mediator\\_Code\\_of\\_Ethics\\_150501\\_updated.pdf](http://alabamaadr.org/web/roster-documents/documents/med_Mediator_Code_of_Ethics_150501_updated.pdf)>.*

<sup>89</sup> *Standards of Practice For California Mediators, Preamble, <<http://www.cdrc.net/mediator-standards#stdspreamble>>.*

<sup>90</sup> *Florida Rules for Certified and Court-Appointed Mediators, §10:200, <<http://www.mediate.com/articles/floridarules.cfm>>.*

<sup>91</sup> *The California Rules of Court, §3.850 (a), <[http://www.courts.ca.gov/documents/title\\_3.pdf](http://www.courts.ca.gov/documents/title_3.pdf)>.*



## 5. მხარეთა თვითგამორკვევისა და შეთანხმების სამართლიანობის პრინციპთა ურთიერთქმედება

მხარეთა თვითგამორკვევის ფუნდამენტური წესი მედიაციის შეთანხმების სამართლიანობისა და კანონიერების პრინციპთან კავშირში უნდა განიმარტოს. ამ შემთხვევაში აუცილებელია მხარეთა ინდივიდუალური და საზოგადოებრივი ინტერესების ბალანსირება, რაც შეუძლებელია, მარტივი მათემატიკური ალგორითმის საფუძველზე განხორციელდეს – ის მოითხოვს გონივრულ და დასაბუთებულ განსჯას.<sup>92</sup>

კერძოდ, თუ მხარეები მედიაციის ფარგლებში შეუთანხმდებიან ექიმს, რომ თავიანთ არასრულწლოვან შვილს ჩაუტარონ კანონით აკრძალული გენიტალური მანიპულაცია, ასეთი შეთანხმება, ბუნებრივია, ვერ იქნება სამართლიანი. სადავოა საკითხი, რამდენად შეეძლო არასრულწლოვან შვილს, მედიაციაში ჩართულობის შემთხვევაშიც კი, სრულად გაეცნობიერებინა მედიაციის შედეგით მისალწვევი მიზანი. მისი გაცნობიერებული თანხმობა მაინც არ შეიძლება იყოს საკმარისი მედიაციის შედეგის სამართლიანად შესაფასებლად – მხარეთა თვითგამორკვევის უფლების სრულად რეალიზება ვერ ამართლებს არაკანონიერი და ამორალური შეთანხმების დასაშვებობას.<sup>93</sup> ამ შემთხვევაში მედიაციის შედეგის კანონიერების მოთხოვნა ფარავს მხარეთა თვითგამორკვევის უფლებას.<sup>94</sup> ამიტომ მხარეთა თვითგამორკვევის უფლებისა და გადანყვეტილების მიღების უფლებამოსილების მოქმედების ფარგლები შეიძლება შემცირდეს მედიაციის არასამართლიანი შედეგის დაუშვებლობის ნორმატიული წესით.

შრომის მედიატორებისათვის დადგენილი პროფესიული ქცევის წესების თანახმად, მედიატორებმა უნდა გააცნობიერონ, რომ მათი უფლება-მოვალეობები მიემართება მთელ საზოგადოებას.<sup>95</sup> მედიატორებს აკისრიათ ვალდებულება განქორწინების მედიაციის მხარეთა შვილების მიმართ,<sup>96</sup> იმ პირის მიმართ, რომელიც ძალადობის მუქარის მსხვერპლია,<sup>97</sup> ან, რომელმაც შეიძლება განიცადოს მნიშვნელოვანი ზიანი.<sup>98</sup> რეალურად მედიაციის შედეგმა პირდაპირი გავლენა შეიძლება მოახდინოს მედიაციის არამონაწილე პირთა ფართო წრეზე – მომხმარებლებზე, დასაქმებულებზე, მეზობლებზე, ოჯახის სხვა წევრებზე და ა. შ. მხარეთა ინტერესების რეალიზება დასაშვებია მათი თვითგამორკვევის უფლების საფუძველზე იმ დოზით, სადამდეც მესამე პირების ინტერესების ხელყოფა არ მოხდება.

## 6. უკანონო შეთანხმება, როგორც მედიაციის არასამართლიანი შედეგი

იურიდიულ დოქტრინაში მედიაციის შეთანხმების კანონიერება და საჯარო პოლიტიკისადმი მისი შესაბამისობა<sup>99</sup> თანაბარი მნიშვნელობის, ხშირად ურთიერთმომცველ მოთხოვნებად და ხელშეკრულების ნამდვილობის წინაპირობებად განიხილება. მედიაციის შეთანხმება უკანონოა,

<sup>92</sup> Steffek F., Unberath H. (eds.), Genn H., Greger R., Menkel-Meadow C., *Regulating Dispute Resolution ADR and Access to Justice at the Crossroads*, Hart Publishing, Oxford and Portland Oregon, 2013, 17.

<sup>93</sup> Shapira O., *Conceptions and Perceptions of Fairness in Mediation*, 54 South Tex. L. Rev., 2012, 320.

<sup>94</sup> იქვე, გვ. 318.

<sup>95</sup> Code of Professional Conduct for Labor Mediators, 29 C.F.R. pt. 1400 app., 2012, <<https://www.law.cornell.edu/cft/text/29/part-1400/appendix-1ii3>>.

<sup>96</sup> Model Standards of Practice for Family and Divorce Mediation, 2000, §VIII, IX, <<https://www.afcnet.org/Portals/0/PublicDocuments/CEFCP/ModelStandardsOfPracticeForFamilyAndDivorceMediation.pdf>>; Standards of Practice For California Mediators, §3, <<http://www.cdrc.net/mediator-standards#stdspreamble>>; Mediation Council of Illinois (MCI) Professional Standards of Practice for Mediators, 1999, §IV.C., <<http://www.mediate.com/articles/illstds.cfm>>.

<sup>97</sup> Model Standards of Practice for Family and Divorce Mediation, 2000, §VII. C, <<https://www.afcnet.org/Portals/0/PublicDocuments/CEFCP/ModelStandardsOfPracticeForFamilyAndDivorceMediation.pdf>>.

<sup>98</sup> The California Rules of Court, 3.857(i)(3), <[http://www.courts.ca.gov/documents/title\\_3.pdf](http://www.courts.ca.gov/documents/title_3.pdf)>.

<sup>99</sup> James E. A., Monagan Sh. L., *Participant's Guide Problem Solving Mediation Training*, James and Monagan, 2010, 60.

თუ მისი დებულებები ეწინააღმდეგება სამართლის სისტემის ფუნდამენტურ პრინციპებს, საჯარო წესრიგს, კანონის იმპერატიულ მოთხოვნებს.<sup>100</sup> მსგავსად, რუმინეთის მედიაციის კანონის თანახმად, მედიაციის შეთანხმება ვერ იქნება ისეთი პირობების შემცველი, რომლებიც კანონის ან საჯარო წესრიგის საწინააღმდეგოა.<sup>101</sup>

სამეცნიერო ლიტერატურაში აქცენტირებულია, რომ მედიაციის შეთანხმება დიდი სიფრთხილით უნდა იქნეს მიღებული, რადგან ზღვარი კანონიერებასა და უკანონობას შორის ძალიან მცირეა.<sup>102</sup>

ბულგარეთის მედიაციის კანონი მედიატორს აკისრებს კანონის, კეთილსინდისიერების, მაღალი მორალური პრინციპების, მედიატორთა ქცევის ეთიკური და პროცედურული წესების შესაბამისი მოქმედების ვალდებულებას.<sup>103</sup> ხშირად მედიაციის ეთიკის კოდექსებით კანონის უზენაესობის პრინციპი<sup>104</sup> ინტეგრირებულია მედიაციის წესებში. მაგალითად, სერტიფიცირებული და სასამართლო მედიაციის შესახებ ფლორიდის წესების თანახმად, მედიატორი უნდა ემორჩილებოდეს ყველა აქტს, ადგილობრივი სასამართლოს წესებს და ადმინისტრაციულ ბრძანებებს, რომლებიც კავშირშია მედიაციის პრაქტიკასთან.<sup>105</sup>

ირლანდიის მედიატორთა ინსტიტუტის ქცევის კოდექსის<sup>106</sup> საფუძველზე ნეიტრალური მესამე პირი არ შეიძლება იყოს იმ შეთანხმების მონაწილე, რომელიც უკანონო ან არააღსრულებადია.

საზოგადოების მიმართ მედიატორის ვალდებულება იწყებს ამოქმედებას მაშინ, როდესაც მხარე მედიაციას იყენებს სამომავლო უკანონო ქმედებისთვის,<sup>107</sup> მედიატორი ახორციელებს მისი საქმიანობის რეკლამირებას<sup>108</sup> და როდესაც წარმოიშობა ინფორმაციის გამჟღავნების კანონით გათვალისწინებული საფუძველი.<sup>109</sup> ამიტომ მედიაციის უკანონო შედეგის ამკრძალავი წესი ემსახურება მედიაციის ინსტიტუტის დაცვას და, შედეგობრივად, საჯარო ინტერესის განხორციელებას.<sup>110</sup>

<sup>100</sup> *Esplugues C., Louis M., New Developments in Civil and Commercial Mediation, Global Comparative Perspectives, Ius Comparatum, Springer International Publishing Switzerland, 2015, 286.*

<sup>101</sup> Romania Law №.192/2006 on Mediation and Organizing the Mediator Profession as modified and added by the law №. 370/2009 and by government Ordinance no.13/2010 Regarding the transporting the Directive Services, Art. 46(2), <[http://www.edumondemediation.ro/uploads\\_ro/images/515/Law192\\_EN.pdf](http://www.edumondemediation.ro/uploads_ro/images/515/Law192_EN.pdf)>.

<sup>102</sup> *Neamtu B., Dragos D. C., Alternative Dispute Resolution in European Administrative Law, Springer Verlag, Berlin, Heidelberg, 2014, 447.*

<sup>103</sup> Bulgaria Mediation Act, (promulgated 2004, amended 2011) Art. 9 (1), <[http://www.pamb.info/index.php?option=com\\_content&view=article&id=112%3Amediation-act&catid=30%3AAactsformediation&Itemid=74&lang=bg](http://www.pamb.info/index.php?option=com_content&view=article&id=112%3Amediation-act&catid=30%3AAactsformediation&Itemid=74&lang=bg)>.

<sup>104</sup> კანონის უზენაესობის პრინციპის შესახებ მედიაციის პროცესში იხ. *Marlow L., Sauber S.R., Handbook of Divorce Mediation, Springer Science – Business Media, LLC, New York, 1990, 63-73.*

<sup>105</sup> Florida Rules for Certified and Court-Appointed Mediators, §10:520, <<http://www.mediate.com/articles/floridarules.cfm>>.

<sup>106</sup> Mediators' Institute of Ireland (MII), Code of Ethics and Practice, <<http://www.themii.ie/code-of-ethics-and-practice>>.

<sup>107</sup> The California Rules of Court, 3,857 (I) (1), <[http://www.courts.ca.gov/documents/title\\_3.pdf](http://www.courts.ca.gov/documents/title_3.pdf)>; Model Standards of Practice for Family and Divorce Mediation, 2000, §XI. A. 5, <<https://www.afcnet.org/Portals/0/Public Documents/CEFCP/ModelStandardsOfPracticeForFamilyAndDivorceMediation.pdf>>; Model Standards of Conduct for Mediators, AAA, ABA, ACR, 1994, Revised 2005, §VI.A.9; Jams Mediators Ethics Guidelines, §V, 2013, <<http://www.jamsadr.com/mediators-ethics/>>; *Waldman E., Mediation Ethics, Cases and Commentaries, Jossey-Bass, A Wiley Imprint, United States of America, 2011, 195.*

<sup>108</sup> The California Rules of Court, §3.858, <[http://www.courts.ca.gov/documents/title\\_3.pdf](http://www.courts.ca.gov/documents/title_3.pdf)>; Model Standards of Practice for Family and Divorce Mediation, 2000 §XII, <<https://www.afcnet.org/Portals/0/Public Documents/CEFCP/ModelStandardsOfPracticeForFamilyAndDivorceMediation.pdf>>; Model Standards of Conduct for Mediators, AAA, ABA, ACR, 1994, Revised 2005, §VII. A.

<sup>109</sup> Model Standards of Conduct for Mediators, AAA, ABA, ACR, 1994, Revised 2005, §V. A.

<sup>110</sup> *Shapira O., Conceptions and Perceptions of Fairness in Mediation, 54 South Tex. L. Rev., 2012, 322.*

თუ კანონმდებლობით მედიატორს მინიჭებული ექნება უფლებამოსილება, შეწყვიტოს მედიაცია, მაშინ მან ეს აუცილებლად უნდა განახორციელოს უკანონო შედეგის პრევენციის მიზნით.<sup>111</sup>

ევროკავშირის უმრავლესი ქვეყნის კანონმდებლობა მედიაციის შეთანხმების აღსრულებაზე უარის თქმის საფუძველად განიხილავს არასამართლიანი მედიაციის შეთანხმების არსებობას მისი უკანონობის, საჯარო და მესამე პირთა ინტერესების ხელყოფის საფუძველით.

მედიაციის შეთანხმების დამტკიცებისას ხშირად მოსამართლეები ხელმძღვანელობენ საჯარო ინტერესის დაცვის კრიტერიუმით და უფლებამოსილნი არიან, უარი თქვან სააღსრულებო ბრძანების გაცემაზე შეთანხმების არაკანონიერებისა<sup>112</sup> და საჯარო ინტერესის ხელყოფის საფუძველით.<sup>113</sup> ბელგიის სამოქალაქო კოდექსის თანახმად, სასამართლო არ განახორციელებს ისეთი მედიაციის შეთანხმების აღსრულებას, რომელიც ეწინააღმდეგება საჯარო ან არასრულწლოვანი ბავშვის ინტერესებს;<sup>114</sup> ფინეთის მედიაციის კანონი მესამე პირთა ინტერესების საწინააღმდეგო, უკანონო და არსებითად არასამართლიან შეთანხმებას აღსრულებაზე უარის ნორმატიულ საფუძველად განიხილავს.<sup>115</sup>

ვინაიდან მედიაციის შედეგი ფორმდება ხელშეკრულების სახით, სახელშეკრულებო სამართალშიც აღსრულებას<sup>116</sup> არ ექვემდებარება შეთანხმება, რომელიც არღვევს სახელშეკრულებო თანახმობისა და სამართლიანობის პრინციპს.<sup>117</sup>

ამრიგად, უკანონო და ამორალური შეთანხმება ზიანს აყენებს საზოგადოებას, ეწინააღმდეგება საჯარო ინტერესს და ამიტომ ვერ იქნება აღსრულებადი მედიაციის ამგვარი შედეგი.<sup>118</sup> შესაძლებელია, უკანონო შეთანხმება არ არღვევდეს საზოგადოების ნდობას მედიაციის ინსტიტუტის მიმართ, მაგრამ ის მაინც აკრძალული უნდა იყოს მედიაციის მიზნებიდან გამომდინარე.

## 7. მედიატორის პასუხისმგებლობა მედიაციის შედეგზე

მედიატორის პასუხისმგებლობის განსაზღვრისათვის, რომელიც შეიძლება ჰქონდეს მას მედიაციის შედეგის მიმართ, გათვალისწინებულ უნდა იქნეს, თუ რა ზომების მიღების ვალდებულება ეკისრება მას მედიაციის უკანონო შედეგის პრევენციისათვის. შესაბამისად, მედიატორის პასუხისმგებლობა სწორედ იმ ბერკეტების გათვალისწინებით შესაძლებელია გაანალიზდეს, რაც მას აქვს უკანონო შედეგის თავიდან აცილებისათვის მინიჭებული კანონის თუ ეთიკის ნორმების საფუძველზე.

<sup>111</sup> *Waldman E.*, *Mediation Ethics, Cases and Commentaries*, Jossey-Bass, A Wiley Imprint, United States of America, 2011, 13; *Shapira O.*, *Conceptions and Perceptions of Fairness in Mediation*, 54 *South Tex. Law Rev.*, 2012, 333.

<sup>112</sup> *Zekoll J., Bälz M., Amelung I (eds.)*, *Formalisation and Flexibilisation in Dispute Resolution*, Brill Nijhoff, Leiden/Boston, 2014, 106.

<sup>113</sup> *Higgs S.*, *Mediating Sustainability, The Public Interest Mediator in the New Zealand Environmental Court*, *Environmental Law*, Vol. 37:61, 2007, 83, <<https://law.lclark.edu/live/files/283-371higgs>>.

<sup>114</sup> *Belgium Judicial Code*, Art. 1736; იხ. ასევე, *European Mediation Training for Practitioners of Justice, A Guide to European Mediation*, Association of International Arbitration (ed.), Antwerpen, Apeldoorn, Portland, Maklu, 2012, 221.

<sup>115</sup> *Finland Act on Mediation in Civil Matters and Confirmation of Settlements in General Courts*, 394/2011, Art. 23, <<http://www.finlex.fi/en/laki/kaannokset/2011/en20110394.pdf>>. *Esplugues C., Louis M.*, *New Developments in Civil and Commercial Mediation, Global Comparative Perspectives*, *Ius Comparatum*, Springer International Publishing Switzerland, 2015, 286.

<sup>116</sup> მედიაციის შეთანხმების აღსრულების საკითხზე იხილეთ: *Burns R.P.*, *The Enforceability of Mediated Agreements: An Essay on Legitimation and Process Integrity*, *Journal on Dispute Resolution*, Vol. 2:1, 1986, 93-116, <[https://kb.osu.edu/dspace/bitstream/handle/1811/76169/OSJDR\\_V2N1\\_093.pdf?sequence=1](https://kb.osu.edu/dspace/bitstream/handle/1811/76169/OSJDR_V2N1_093.pdf?sequence=1)>; *Siddik A.E.*, *Enforceability of the Mediation Outcome*, *E Law Journal: Murdoch University Electronic Journal of Law*, 17(2) 2010, 13-22, <<file:///C:/Users/user/Desktop/curret%20research/62-260-1-PB%20enforceability.pdf>>.

<sup>117</sup> *Stulberg J. B.*, *Mediation and Justice: What Standards Govern?*, 6 *Cardozo J. Conflict Resolution*, 2005, 242.

<sup>118</sup> *Shapira O.*, *Conceptions and Perceptions of Fairness in Mediation*, 54 *South Tex. L. Rev.*, 2012, 333.

მედიატორმა უნდა გააფრთხილოს მხარეები იმ შესაძლო გავლენის შესახებ, რომელიც შეთანხმებამ შეიძლება მოახდინოს მედიაციის არამონაწილე მესამე პირებზე,<sup>119</sup> ასევე აცნობოს მათ იმ პრობლემების თაობაზე, რომლებიც შესაძლებელია წარმოიშვას, თუკი მედიაციის შეთანხმების ეფექტურობა დამოკიდებული იქნება გარეშე პირების ნებაზე.

მედიატორს ეკისრება ვალდებულება, თავიდან აიცილოს შეთანხმების მიღწევა, რომელზეც მხარე აცხადებს თანხმობას თვითგამორკვევის უფლების რეალიზების გარეშე.<sup>120</sup> კერძოდ, როდესაც მხარე იღებს არანებაყოფლობით, არაინფორმირებულ ან იძულებით გადაწყვეტილებას, ან როდესაც ის იმყოფება სუსტ პოზიციაში, უუნარო მდგომარეობაში მეორე მხარესთან შეთანხმებისას.<sup>121</sup> ნიუ-იორკის სტანდარტების თანახმად, როდესაც მხარეებს შორის არსებობს ძალთა არათანაზომიერება, რის გამოც ერთი ან ორივე მხარე ვერ ახორციელებს თვითგამორკვევის უფლების რეალიზებას, მედიატორმა უნდა გადადოს სესია, გავიდეს პროცესიდან, შეწყვიტოს მედიაცია, ან კონსულტაცია გაიაროს მედიაციის ცენტრის თანამშრომლებთან.<sup>122</sup>

ტეხასის მედიატორთა სტანდარტები აკისრებს ნეიტრალურ მესამე პირს ვალდებულებას, გადადოს მედიაცია, როდესაც მხარე მოკლებულია შესაძლებლობას, გაცნობიერებულად მიიღოს მონაწილეობა პროცესში.<sup>123</sup> ვირჯინიის სტანდარტები განსაზღვრავს მედიატორის ვალდებულებას, გავიდეს პროცესიდან, როდესაც ერთ-ერთი მხარე ვერ აცნობიერებს მედიაციის შეთანხმების პირობებს.<sup>124</sup>

კალიფორნიის სასამართლო წესები განსაზღვრავს, რომ მედიატორმა ხელი უნდა შეუწყოს პროცესში მხარეთა მონაწილეობას ნებაყოფლობითობისა და თვითგამორკვევის უფლების საფუძველზე.<sup>125</sup> მედიატორმა არ უნდა დაუშვას ისეთი შეთანხმება, რომელიც უკანონოა, ან მედიაციის ინსტიტუტის ურღვევობას უქმნის საფრთხეს. აქ შეიძლება იგულისხმებოდეს ისეთ მოქმედებათა დაუშვებლობა, რომლებიც საზოგადოების რწმენასა და ნდობას აკარგვენ მედიაციის ინსტიტუტის მიმართ და ამით ხელყოფს ინსტიტუტის ეთიკურ ურღვევობას.

## 8. მედიაციის შეწყვეტის დისკრეციული უფლებამოსილება თუ ვალდებულება?

ცალკეული მედიაციის ეთიკის კოდექსით და საკანონმდებლო აქტით<sup>126</sup> დადგენილია, რომ მხარეთა მიერ უკანონო, ამორალური გადაწყვეტილების მიღების შემთხვევაში შეთანხმება არაალსრულებადი იქნება და მედიატორმა ან უნდა შეწყვიტოს მედიაცია, ან უარი თქვას მასში მონაწილეობაზე.<sup>127</sup> როდესაც მედიატორს ან მედიაციის გარეშე პირებს მიაჩნიათ, ან შესაბამისი შესაძლებლობის არსებობის შემთხვევაში მიიჩნევენ, რომ მედიაციის შეთანხ-

<sup>119</sup> Finland Act on Mediation in Civil Matters and Confirmation of Settlements in General Courts, 394/2011, Art. 23, <<http://www.finlex.fi/en/laki/kaannokset/2011/en20110394.pdf>>. იხ. ასევე, *Esplugues C., Louis M.*, New Developments in Civil and Commercial Mediation, Global Comparative Perspectives, Ius Comparatum, Springer International Publishing Switzerland, 2015, 286.

<sup>120</sup> *Stulberg J. B.*, Mediation and Justice: What Standards Govern?, 6 *Cardozo J. Conflict Resolution*, 2005, 242-243.

<sup>121</sup> *Shapira O.*, Conceptions and Perceptions of Fairness in Mediation, 54 *South Tex. L. Rev.*, 2012, 336.

<sup>122</sup> Standards of Conduct for New York State CMTY. Dispute Resolution CTR. Mediators, Office of Alt. Dispute Resolution & Court Improvement Programs 2009, §I cmt. 4, <[http://www.courts.state.ny.us/ip/adr/Publications/Info\\_for\\_Programs/Standards\\_of\\_Conduct.pdf](http://www.courts.state.ny.us/ip/adr/Publications/Info_for_Programs/Standards_of_Conduct.pdf)>.

<sup>123</sup> Texas Ethical Guidelines for Mediators, §13, Advisory Committee on Court-Annexed Mediations 2005, <[http://www.txcourts.gov/All\\_Archived\\_Documents/SupremeCourt/AdministrativeOrders/miscdocket/05/05910700.pdf](http://www.txcourts.gov/All_Archived_Documents/SupremeCourt/AdministrativeOrders/miscdocket/05/05910700.pdf)>.

<sup>124</sup> Virginia Standards of Ethics and Professional Responsibility for Certified Mediators, 2011, §I.3, <<http://www.courts.state.va.us/courtadmin/aoc/djs/programs/drs/mediation/soe.pdf>>.

<sup>125</sup> The California Rules of Court, §3.853 (a), <[http://www.courts.ca.gov/documents/title\\_3.pdf](http://www.courts.ca.gov/documents/title_3.pdf)>.

<sup>126</sup> Law of Lithuania on Conciliatory Mediation in Civil Disputes, 2008, Art. 5 (4).

<sup>127</sup> *Shapira O.*, Conceptions and Perceptions of Fairness in Mediation, 54 *South Tex. L. Rev.*, 2012, 317.

მება უკანონოა, არსებითად არათანაბარზომიერია მხარეებისთვის, ემყარება მცდარ ინფორმაციას, მაშინ მედიატორმა უნდა აცნობოს მხარეებს ამ პრობლემის შესახებ, მიმართულება მისცეს მათ ძალისხმევას, შეცვალონ და ჩამოაყალიბონ ახალი შეთავაზებები. თუ, მიუხედავად დიდი მცდელობისა, ნეიტრალური მესამე პირი ვერ უზრუნველყოფს პროცესის სამართლიანობას, ის უფლებამოსილია, გავიდეს პროცესიდან, ან შეწყვიტოს იგი.<sup>128</sup> ნებრასკის სახელმძღვანელო სტანდარტები განსაზღვრავს, რომ მედიატორმა გააზრებულად და გაცნობიერებულად არ უნდა დაუშვას მხარეთა მიერ უკანონო გადანყვეტილების მიღება.<sup>129</sup>

მედიატორს შეუძლია, უარი თქვას მედიაციის შეთანხმების შედგენასა ან ხელმოწერაზე, თუ ის ფუნდამენტურად არასამართლიანია<sup>130</sup> ერთი მხარისთვის,<sup>131</sup> არამეგობრულია,<sup>132</sup> ან მისი შინაარსი არ იქნება აღიარებული, მხარდაჭერილი საზოგადოების მიერ.<sup>133</sup> ამ შემთხვევაში თუ მედიატორი არ შეეცდება ამკარად უსამართლო შედეგის თავიდან აცილებას,<sup>134</sup> და მოგვიანებით გამოვლინდება მედიაციის შეთანხმების უკანონობა, ეს მედიაციის ინსტიტუტის რეპუტაციას დიდ ზიანს მიაყენებს.<sup>135</sup>

ცალკეული ეთიკის კოდექსები<sup>136</sup> მედიატორს ანიჭებს დისკრეციას, გადანყვიტოს, უარი თქვას მედიაციაზე, თუ დარჩეს აღნიშნულ პროცესში. მაგალითად, კანადის საოჯახო მედიაციის კოდექსი<sup>137</sup> ადგენს, რომ მედიატორს არ აქვს უფლება, პატივსადები მიზეზისა და მხარეებისათვის სათანადო შეტყობინების გარეშე, გავიდეს პროცესისაგან.<sup>138</sup> ის უფლებამოსილია, შეწყვიტოს მედიაციის პროცესი, თუ, მისი რწმენით, მოსალოდნელია, რომ მხარეთა მიერ გადანყვეტილების მიღება არ მოხდება ავტონომიურობის პრინციპის<sup>139</sup> დაცვით,<sup>140</sup> ან ის უკანონ-

<sup>128</sup> *Cooley J.W.*, A Classical Approach to Mediation - Part I: Classical Rhetoric and The Art of Persuasion in Mediation, 19 Dayton L. Rev., 83, 1993, 130.

<sup>129</sup> Manual of Standards and Ethics for ODR- Approved Mediation Center Mediators, Directors and Staff, § III. E. 3, Nebraska Office of Dispute Resolution, <[www.supremecourt.ne.gov/5553/statutes-rules-policies-and-standards](http://www.supremecourt.ne.gov/5553/statutes-rules-policies-and-standards)>.

<sup>130</sup> Jams Mediators Ethics Guidelines, §VII, 2013, <<http://www.jamsadr.com/mediators-ethics/>>; *Waldman E.*, Mediation Ethics, Cases and Commentaries, Jossey-Bass, A Wiley Imprint, United States of America, 2011, 394.

<sup>131</sup> Georgia Ethical Standards for Mediators, §IV. A, 30, Georgia Commission on Dispute Resolution, 2012, <[http://godr.org/sites/default/files/Godr/mediator\\_ethics\\_information/APPENDIX%20C%2C%20CHAP%201%2C%206-18-2013.pdf](http://godr.org/sites/default/files/Godr/mediator_ethics_information/APPENDIX%20C%2C%20CHAP%201%2C%206-18-2013.pdf)>.

<sup>132</sup> German Mediation Act, 21 July, 2012, § 2 (5), <[https://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_mediationsg/englisch\\_mediationsg.html](https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_mediationsg/englisch_mediationsg.html)>; *Rützel S., Wegen G., Wilske S.*, Commercial Dispute Resolution in Germany, 2<sup>nd</sup> ed., C.H. Beck, München, 2016, 206.

<sup>133</sup> *Gibson K.*, Mediator Attitudes Toward Outcomes: A Philosophical View, 17 Mediation Q., 197, 1999, 209.

<sup>134</sup> *Judith J. L.*, Maute, Mediator Accountability: Responding to Fairness Concerns, Vol. 19990, Issue 2, J. Disp. Resol., 1990, 349, <<http://scholarship.law.missouri.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1196&context=jdr>>.

<sup>135</sup> *Bush R.A.B.*, The Dilemmas of Mediation Practice: A Study of Ethical Dilemmas and Policy Implications, J. Disp. Resol., Issue 1, 1994, 25-26, <<http://scholarship.law.missouri.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1267&context=jdr>>.

<sup>136</sup> Georgia Ethical Standards for Mediators, Georgia Commission on Dispute Resolution 2012, Standard IV.A, <<http://www.godr.org/files/APPENDIX%20C,%20Chap%201,%201-19-2010.pdf>>; Model Standards of Practice for Family and Divorce Mediation, §XI. A.4, <<https://www.afcnet.org/Portals/0/Public Documents/ CEFCP/ModelStandardsOfPracticeForFamilyAndDivorceMediation.pdf>>.

<sup>137</sup> Family Mediation Canada Members Code of Professional Conduct, <[http://fmc.ca/sites/default/files/sites/all/themes/fmc/images-user/Members%20Code%20of%20Professional%20Conduct\\_0.pdf](http://fmc.ca/sites/default/files/sites/all/themes/fmc/images-user/Members%20Code%20of%20Professional%20Conduct_0.pdf)>.

<sup>138</sup> Family Mediation Canada Members Code of Professional Conduct, Art. 13.3, <[http://fmc.ca/sites/default/files/sites/all/themes/fmc/images-user/Members%20Code%20of%20Professional%20Conduct\\_0.pdf](http://fmc.ca/sites/default/files/sites/all/themes/fmc/images-user/Members%20Code%20of%20Professional%20Conduct_0.pdf)>.

<sup>139</sup> კერძო ავტონომია მიჩნეულია ერთ-ერთ უმთავრეს ფუნდამენტურ პრინციპად მედიაციის პროცესში. იხ. *Steffek F., Unberath H. (eds.), Genn H., Greger R., Menkel-Meadow C.*, Regulating Dispute Resolution ADR and Access to Justice at the Crossroads, Hart Publishing, Oxford and Portland Oregon, 2013, 284.

<sup>140</sup> German Mediation Act, 21 July, 2012, §2 (5), <[https://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_mediationsg/englisch\\_mediationsg.html](https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_mediationsg/englisch_mediationsg.html)>.

ნო იქნება.<sup>141</sup> ეს დებულება თითქოს ფაკულტატიურია, მაგრამ ის უნდა განიმარტოს ამავე კოდექსის იმ დებულებასთან კავშირში, სადაც აღნიშნულია, რომ მედიატორმა უნდა შეაჩეროს ან შეწყვიტოს მედიაციის პროცესი, თუ ის აღარ შეიძლება იყოს სარგებლიანობის მომტანი.<sup>142</sup> ძნელია განიმარტოს, აქ მხარეთათვის მისაღები სარგებელი იგულისხმება, თუ, ზოგადად, მთელი საზოგადოებისათვის სასიკეთო შედეგი. მაგრამ ზემოაღნიშნული დებულებების სისტემური ანალიზის საფუძველზე მაინც შეიძლება ითქვას, რომ უკანონო გადანყვეტილება არ შეიძლება სიკეთის მომტანად განიხილებოდეს, რომელსაც მხარს დაუჭერდა მედიაციის ეთიკის კოდექსი, როგორც მედიაციის სასარგებლო შედეგს.

ფლორიდის წესები სერტიფიცირებული და სასამართლო მედიატორებისთვის მედიატორს აკისრებს ვალდებულებას, დროულად შეწყვიტოს მედიაციის პროცესი, რომელიც მხარეებს უკანონო შედეგამდე მიჰყავთ.<sup>143</sup>

ვირჯინიის ეთიკისა და პროფესიული პასუხისმგებლობის სტანდარტები სერტიფიცირებული მედიატორებისთვის ადგენს: მედიატორმა უნდა შეწყვიტოს მედიაცია, თუ მისი შეფასებით პროცესის სამართლიანობის ხელყოფა ხდება. ეს შესაძლებელია განხორციელდეს: მხარის უუნარობით ან სურვილის არარსებობით, მიიღოს აქტიური მონაწილეობა პროცესში; მოლაპარაკების პროცესში მონაწილეობის ფუნდამენტური არათანასწორობით ან მხარეთა შესაძლებლობების არათანაზომიერებით; ინფორმაციის გაუმჟღავნელობით გამონკვეული უსამართლობით, მხარის თაღლითობით, ანდა, თუ არსებობს კანონისმიერი ვალდებულება კონფიდენციალური ინფორმაციის გამჟღავნებისა მედიატორის მხრიდან.<sup>144</sup>

მედიატორთა ქცევის მოდელური სტანდარტების<sup>145</sup> თანახმად, თუ მედიატორის ინტერესთა კონფლიქტი გონივრულად შესაძლებელია ხელყოფდეს მედიაციის ეთიკურ ურღვევობას, პროცესის სამართლიანობას, მაშინ მედიატორმა სასურველია, შეწყვიტოს მედიაცია, ან უარი თქვას მასში მონაწილეობაზე, მიუხედავად მედიატორის მონაწილეობასთან დაკავშირებით მხარეთა გამოკვეთილი ინტერესისა ან მათი შეთანხმებისა.<sup>146</sup> ამ შემთხვევაში საზოგადოების მედიაციისადმი ნდობის დაცვის ინტერესი აღემატება მხარეთა თვითგამორკვევის უფლებას.

თუ მედიატორმა თავიდან არ აიცილა შეთანხმების იძულების, მოტყუების ან არაკეთილსინდისიერი მოლაპარაკების პრინციპების საფუძველზე მიღება, მაშინ ეს არა მხოლოდ დააზიანებს მედიაციის ინსტიტუტს, არამედ ჩაითვლება მხარეთა მიმართ მედიატორის ვალდებულების დარღვევად.<sup>147</sup>

საზოგადოების მიმართ მედიატორის ვალდებულებაა, დაიცვას საჯარო ინტერესი შესაძლო ზიანისაგან, რომელიც იმავდროულად განაპირობებს პროფესიის მიმართ მისი ვალდებულებას შესრულებას, თავიდან აიცილოს მედიაციის საქმიანობის ეთიკური დისკრედიტაცია.<sup>148</sup>

<sup>141</sup> Family Mediation Canada Members Code of Professional Conduct, Art. 13.4, <[http://fmc.ca/sites/default/files/sites/all/themes/fmc/images-user/Members%20Code%20of%20Professional%20Conduct\\_0.pdf](http://fmc.ca/sites/default/files/sites/all/themes/fmc/images-user/Members%20Code%20of%20Professional%20Conduct_0.pdf)>.

<sup>142</sup> Family Mediation Canada Members Code of Professional Conduct, Art. 13.2, <[http://fmc.ca/sites/default/files/sites/all/themes/fmc/images-user/Members%20Code%20of%20Professional%20Conduct\\_0.pdf](http://fmc.ca/sites/default/files/sites/all/themes/fmc/images-user/Members%20Code%20of%20Professional%20Conduct_0.pdf)>.

<sup>143</sup> Florida Rules for Certified and Court-Appointed Mediators, §10. 420 (ბ)(4), <<http://www.mediate.com/articles/floridarules.cfm>>.

<sup>144</sup> Virginia Standards, Virginia Standards of Ethics and Professional Responsibility for Certified Mediators, §K. 4, 2011, 8, <<http://www.courts.state.va.us/courtadmin/aoc/djs/programs/drs/mediation/soe.pdf>>.

<sup>145</sup> Model Standards of Conduct for Mediators, AAA, ABA, ACR, 1994, Revised 2005f.

<sup>146</sup> Model Standards of Conduct for Mediators, AAA, ABA, ACR, 1994, Revised 2005, §III, E.

<sup>147</sup> *Shapira O.*, Conceptions and Perceptions of Fairness in Mediation, 54 South Tex. L. Rev., 2012, 339.

<sup>148</sup> *Shapira O.*, Conceptions and Perceptions of Fairness in Mediation, 54 South Tex. L. Rev., 2012, 339.

პროფესიის მიმართ არსებული მედიატორის ვალდებულების ფარგლებში ფოკუსირებულია საზოგადოების აზრი, მისი შეფასებითი დამოკიდებულება მედიაციის შედეგის მიმართ. საჯარო ინტერესი არის ცალკეული ინდივიდის შეხედულებების, რწმენის აბსტრაქცია ამა თუ მოვლენის ავკარგიანობის შესახებ.<sup>149</sup> ამ კონტექსტში მედიატორი ვალდებულია, თავიდან აიცილოს ისეთი ქმედება, რომელიც საზოგადოებას უკარგავს ნდობას მედიაციის ინსტიტუტის მიმართ. საზოგადოების მიმართ არსებული მედიატორის ვალდებულება განისაზღვრება არა მედიაციის მიმართ დადებითი საზოგადოებრივი აზრის შექმნით, არამედ ის გულისხმობს საჯარო ინტერესის დაცვის ვალდებულებას მედიატორის მხრიდან. სწორედ საზოგადოების მიმართ არსებული ვალდებულების ფარგლებში მედიატორი ვალდებულია, არ დაუშვას არაკანონიერი შეთანხმების მიღწევა იმ შემთხვევაშიც კი, როდესაც საერთოდ არ არის მოსალოდნელი, რომ საზოგადოება დაკარგავს რწმენას მედიაციის ინსტიტუტის მიმართ, რამეთუ, საქმის კონფიდენციალურობიდან გამომდინარე, ის ვერასდროს შეიტყობს შეთანხმების არაკანონიერების შესახებ.<sup>150</sup> რადგან მედიაციის შეთანხმება მიიღწევა კონფიდენციალურობის პრინციპის დაცვით, დახურულ კარს მიღმა, ბუნებრივია, იზრდება საჯარო ინტერესის ხელყოფის რისკი.<sup>151</sup> ამ შემთხვევაში რისკის პროპორციულად იზრდება მედიატორის ვალდებულება, არ დაუშვას უკანონო შეთანხმების მიღწევა, საჯარო ინტერესების დაცვის აუცილებლობიდან გამომდინარე.<sup>152</sup>

მედიატორისათვის პროცესის შეწყვეტის მხოლოდ უფლებამოსილების მინიჭება არაერთგვაროვანი პრაქტიკის წყარო შეიძლება გახდეს. ამასთან, თუ მხარეები მიიღებენ უკანონო გადაწყვეტილებას, რომლის აღსრულებაზეც სასამართლო შემდგომში უარს განაცხადებს, მაშინ მხარეებს სამართლიანად შეიძლება წარმოეშვათ ზიანის ანაზღაურების მოთხოვნის უფლება მედიატორის მიმართ, რომელსაც შესაძლებელია, დამატებითი გასამრჯელოს მიღების მიზნით ჰქონოდა პროცესის გახანგრძლივების ინტერესი. მედიაციის კანონიერების პრინციპთან ერთად, მედიატორი მხარეთა და სახელმწიფოს რესურსების ეფექტიანი გამოყენებისა და ხარჯვის ვალდებულების დამრღვევადაც ჩაითვლება.

უმჯობესი იქნება, საქართველოს მომავალმა მედიაციის კანონმა და ეთიკის კოდექსებმა ცალსახად განამტკიცონ მედიატორის მკაცრი ვალდებულება და სავალდებულო ქცევის წესი უკანონო, არასამართლიანი გადაწყვეტილების მიღების მოსალოდნელი საფრთხის შემთხვევაში.

## 9. დასკვნა

ეთიკის კოდექსთა და საკანონმდებლო აქტების მიმოხილვის საფუძველზე შესაძლებელია ითქვას, რომ ნორმატიულად სამართლიანი მედიაციის შეთანხმება უმთავრესად უნდა აკმაყოფილებდეს შემდეგ კრიტერიუმებს: ა) ის უნდა იყოს მხარეთა თვითგამორკვევის უფლების საფუძველზე მიღებული; ბ) არ უნდა აყენებდეს ზიანს მედიაციის ინსტიტუტს მისდამი საზოგადოების ნდობისა და რწმენის შემცირებით; გ) არ უნდა იყოს უკანონო, უკანონო საქმიანობის ხელშემწყობი<sup>153</sup> და დ) არ უნდა იყოს ამორალური.

<sup>149</sup> *Higgs S.*, *Mediating Sustainability, The Public Interest Mediator in the New Zealand Environmental Court*, *Environmental Law*, Vol. 37:61, 2007, 82, <<https://law.lclark.edu/live/files/283-371higgs>>.

<sup>150</sup> *Shapira O.*, *Conceptions and Perceptions of Fairness in Mediation*, 54 *South Tex. L. Rev.*, 2012, 340.

<sup>151</sup> *Zekoll J., Bälz M., Amelung I. (eds.)*, *Formalisation and Flexibilisation in Dispute Resolution*, Brill Nijhoff, Leiden/Boston, 2014, 65-66.

<sup>152</sup> *Shapira O.*, *Conceptions and Perceptions of Fairness in Mediation*, 54 *South Tex. L. Rev.*, 2012, 340.

<sup>153</sup> *Waldman E.*, *Mediation Ethics, Cases and Commentaries*, Jossey-Bass, A Wiley Imprint, United States of America, 2011, 195.

მედიაციის კანონიერების პრინციპი,<sup>154</sup> როგორც ნორმატიული და დოქტრინული კატეგორია, გულისხმობს არა მხოლოდ მედიაციის პროცესის წარმართვას დადგენილი პროცედურების მიხედვით, არამედ მიღწეული შეთანხმების შინაარსის კანონიერებას, რაც მკაცრი და პირდაპირი გაგებით გულისხმობს სამართლის ნორმატიულ მოთხოვნებთან ზუსტ შესაბამისობას.

უფრო გავრცელებული ინტერპრეტაციის თანახმად, მედიაციის კანონშესაბამისობის პრინციპი გულისხმობს, რომ შეთანხმება არ უნდა არღვევდეს სამართლის იმპერატიულ ნორმებს, შიდასახელმწიფოებრივ, საჯარო, ასევე მესამე პირთა ინტერესებს. კანონის ნორმებთან სრული შესატყვისობა და იდენტურობა სავალდებულო არ არის.<sup>155</sup> მედიაციის, როგორც ინტერესებზე დაფუძნებული პროცესის, კანონიერების პრინციპი სწორედ ასეთ ინტერპრეტაციას მოითხოვს, რაც აღიარებულია კიდევ საერთაშორისო პრაქტიკაში. იმის გათვალისწინებით, რომ მედიაცია ორიენტირებულია მხარეთა შეთანხმებით ურთიერთსასარგებლო შედეგის მიღწევაზე და არა მხარეთა უფლება-მოვალეობების კანონის შესაბამისად განაწილებაზე, გონივრულია, რომ მხარეთათვის დასაშვები იყოს კანონის ნორმებისგან მცირედი გადახვევა<sup>156</sup> იმ ფარგლებით, რომელთაც გონივრულად განსაზღვრავს სამართლიანობა, მესამე პირთა და, ზოგადად, საჯარო ინტერესები, სახელმწიფო პოლიტიკა და საზოგადოების მორალური პრინციპები.

ამასთან, მედიაციის ნებისმიერი შეთანხმება, ქმედება, რომელიც ზიანს აყენებს მედიაციის ინსტიტუტს, უკანონო და ამორალურია, და უნდა ჩაითვალოს ნორმატიული თვალსაზრისით უსამართლოდ,<sup>157</sup> რამეთუ არღვევს კანონით, ეთიკის კოდექსით დადგენილ სტანდარტებს, პროფესიისა და საზოგადოების მიმართ არსებულ მორალურ ნორმებს.

კვლევის საფუძველზე წარმოდგენილი კონცეპტუალური მიგნებები, მიზანშეწონილია, სათანადოდ აისახოს საქართველოს მომავალი მედიაციის კანონსა და ეთიკის კოდექსებში, მედიაციის ინსტიტუტის ეთიკური მთლიანობის შენარჩუნებისა და სამართლიანი პრაქტიკის განვითარებისათვის.

<sup>154</sup> *Cao L., Sun I.Y., Heberton B.*, The Routledge Handbook of Chinese Criminology, New York, 2014, 121.

<sup>155</sup> *Jiang B.*, Civil Procedure Law of the People's Republic of China: A Practical Guide to Understanding and its Application, Law Press, Beijing, 2012, 246, მითითებულია: *Esplugues C., Louis M.*, New Developments in Civil and Commercial Mediation, Global Comparative Perspectives, Ius Comparatum, Springer International Publishing Switzerland, 2015, 212.

<sup>156</sup> *Esplugues C., Louis M.*, New Developments in Civil and Commercial Mediation, Global Comparative Perspectives, Ius Comparatum, Springer International Publishing Switzerland, 2015, 212.

<sup>157</sup> *Shapira O.*, Conceptions and Perceptions of Fairness in Mediation, 54 South Tex. L. Rev., 2012, 341.



## Fair Settlement as Basis for Ethical Integrity of Mediation\*

*The article offers study of fair mediation settlement, as an ethical and normative category, as one of the fundamental principles of mediation, on the basis of review of mediation acts and Codes of Ethics of EU countries and USA. At the stage of improving mediation legal framework and formation of ethical regulations in Georgia, it is essential to develop research-based recommendations for the purpose of approximation of domestic legal framework with EU legislation. Public interest for protecting trust of society towards mediation stipulates assigning to a mediator the function of a guarantor of fair settlement.*

**Key words:** *mediation ethic, parties' right of self-determination, fair mediation settlement, unfair outcome of mediation, ethical integrity of mediation, professional role of a mediator, illegal mediation settlement, neutral third party.*

### I. Introduction

Fairness is a fundamental principle of mediation,<sup>1</sup> its main normative and ethical standard.<sup>2</sup> Though its uniform meaning is not still established – on one hand this concept is defined in many mediation laws<sup>3</sup> and Codes of Ethics,<sup>4</sup> on the other hand it is not reflected in individual legal acts.<sup>5</sup>

---

\* Doctor of Law, Assistant Professor, TSU Faculty of Law, certified Mediator, Executive Director at Ivane Javakishvili TSU National Center for Alternative Dispute Resolution.

\* The author would like to thank German Academic Exchange Service (DAAD) for awarding academic scholarship through which this research has been conducted at Humboldt University of Berlin and Max Planck Institute for Comparative and International Private Law in Hamburg.

<sup>1</sup> Steffek F., Unberath H. (eds.), Genn H., Greger R., Menkel-Meadow C., *Regulating Dispute Resolution ADR and Access to Justice at the Crossroads*, Hart Publishing, Oxford and Portland Oregon, 2013, 17.

<sup>2</sup> Nolan-Haley J.M., *Informed Consent in Mediation: A Guiding Principle for Truly Educated Decisionmaking*, 74 Notre Dame L. Rev., 775, №.12, 1999, 778, <[http://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1273&context=faculty\\_scholarship](http://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1273&context=faculty_scholarship)>; Woo M.Y.K., *Collagher M.E.*, *Chinese Justice Civil Dispute Resolution in Contemporary China*, Cambridge University Press, United States of America, 2011, 38.

<sup>3</sup> Chinese Civil Procedure Law, Art. 9, <[http://www.npc.gov.cn/englishnpc/Law/2007-12/12/content\\_1383880.htm](http://www.npc.gov.cn/englishnpc/Law/2007-12/12/content_1383880.htm)>; Woo M.Y.K., *Callagher M.E.*, *Civil Procedure Law of the People's Republic of China*, 1991, 38; People's Mediation Law of the People's Republic of China, promulgated in 2010, active in 2011, Art. 3 (2), <[http://www.cspil.org/Uploadfiles/attachment/Laws%20and%20Regulations/\[en\]guojifalvwenjian/PeoplesMediationLawofthePeoplesRepublicofChina.pdf](http://www.cspil.org/Uploadfiles/attachment/Laws%20and%20Regulations/[en]guojifalvwenjian/PeoplesMediationLawofthePeoplesRepublicofChina.pdf)>; Trevor M.B., *Palo G.*, *EU Mediation Law and Practice*, Oxford University Press, 2012, 183; Draft General Scheme of Mediation Bill 2012, Ireland, Head 2, <<http://www.justice.ie/en/JELR/MedBillGSFinal.pdf/Files/MedBillGSFinal.pdf>>; Finland Act on Mediation in Civil Matters and Confirmation of Settlements in General Courts, 394/2011, Art. 23, <<http://www.finlex.fi/en/laki/kaannokset/2011/en20110394.pdf>>.

<sup>4</sup> Malta Code of Conduct for Mediators, MJCL, Art. 9, <<https://mjcl.gov.mt/en/mmc/Pages/Code-of-Conduct-Mediators.aspx>>. Standards of Practice For California Mediators, Preamble, <<http://www.cdrc.net/mediator-standards#stdspreamble>>; Florida Rules for Certified and Court-Appointed Mediators, Florida Dispute Resolution Center, §§10230 (c), 10.300, <<http://www.mediate.com/articles/floridarules.cfm>>; Standards of Conduct for New York State CMTY, Dispute Resolution Center, Mediators, Office of Alternative Dispute Resolution & Court Improvement Programs 2009, §4 Cmt, <[https://www.nycourts.gov/ip/adr/Publications/Info\\_for\\_Programs/Standards\\_of\\_Conduct.pdf](https://www.nycourts.gov/ip/adr/Publications/Info_for_Programs/Standards_of_Conduct.pdf)>; Core Standards of Mediation Practice, §III (Oregon Mediation Association, 2005), <<http://www.omediate.org/docs/2005CoreStandardsFinalP.pdf>>; Virginia Standards, Virginia Standards of Ethics and Professional Responsibility for Certified Mediators, §§K.1. K.4, 2011, 7-8, <<http://www.courts.state.va.us/courtadmin/aoc/djs/programs/drs/mediation/soe.pdf>>; Model Standards of Conduct for Mediators, AAA, ABA, ACR, 1994, Revised 2005, §VI, <[24](http://www.americanbar.org/content/dam/aba/mig-</a></p></div><div data-bbox=)

According to Ethical Codes of mediation fairness is related to mediation process,<sup>6</sup> which should be implemented by provider organization,<sup>7</sup> according to the principles of mediator's diligence,<sup>8</sup> due prudence,<sup>9</sup> impartiality,<sup>10</sup> unacceptability of conflict of interests,<sup>11</sup> voluntary,<sup>12</sup> conscious,<sup>13</sup> fair<sup>14</sup> and equal participation of parties,<sup>15</sup> opportunity of participation<sup>16</sup> of parties and realization of the right<sup>17</sup> of their self-determination.<sup>18</sup> This is how laws of certain countries view mediators' role, i.e. that they assist parties to achieve fair settlement.<sup>19</sup>

Fairness implies that on the basis of knowledge of main principles of mediation,<sup>20</sup> understanding actual significant circumstances,<sup>21</sup> analyzing agreement terms and conditions<sup>22</sup> and informed consent<sup>23</sup> par-

---

rated/2011\_build/dispute\_resolution/model\_standards\_conduct\_april2007.authcheckdam.pdf>; Georgia Ethical Standards for Mediators, §IV. A, Georgia Commission on Dispute Resolution 2012, <[http://godr.org/sites/default/files/Godr/mediator\\_ethics\\_information/APPENDIX%20C%2C%20CHAP%201%2C%206-18-2013.pdf](http://godr.org/sites/default/files/Godr/mediator_ethics_information/APPENDIX%20C%2C%20CHAP%201%2C%206-18-2013.pdf)>, Compare: Code of Conduct for Mediators, ADR Institute of Canada, 2011.

<sup>5</sup> Code of Conduct for Mediators, ADR Institute of Canada, 2011, <<http://adric.ca/pdf/ADRMEDIATIONRULES2014.pdf>>; Ethical Guidelines for Mediators, Law Council of Australia, 2002, <<http://epublications.bond.edu.au/cgi/viewcontent.cgi?article=1166&context=adr>>.

<sup>6</sup> Ethical Standards for Mediators, Georgia Commission on Dispute Resolution, §IV, <[http://godr.org/sites/default/files/Godr/supreme\\_court\\_adr\\_rules/APPENDIX%20C%2C%20CHAP%201%2C%206-18-2013.pdf](http://godr.org/sites/default/files/Godr/supreme_court_adr_rules/APPENDIX%20C%2C%20CHAP%201%2C%206-18-2013.pdf)>.

<sup>7</sup> *Trevor M.B., Palo G.*, EU Mediation Law and Practice, Oxford University Press, 2012, 93.

<sup>8</sup> Ethical Standards for Mediators, Georgia Commission on Dispute Resolution, §V, <[http://godr.org/sites/default/files/Godr/supreme\\_court\\_adr\\_rules/APPENDIX%20C%2C%20CHAP%201%2C%206-18-2013.pdf](http://godr.org/sites/default/files/Godr/supreme_court_adr_rules/APPENDIX%20C%2C%20CHAP%201%2C%206-18-2013.pdf)>.

<sup>9</sup> *Hopt K.J., Steffek F.*, Mediation: Principles and Regulation in Comparative Perspective, Oxford University Press, Oxford, 2013, 74.

<sup>10</sup> Draft General Scheme of Mediation Bill 2012, Ireland, Head 2, <<http://www.justice.ie/en/JELR/MedBillGSFinal.pdf/Files/MedBillGSFinal.pdf>>; Austrian Mediation Act, June 6, 2003, Art. 16(2), <<http://bgarf.ru/science/baltic-center-of-mediation-and-conflictology/publikacii/avstriya.pdf>>; Bulgaria Mediation Act, (promulgated 2004, amended 2011) Art. 9 (1), <[http://www.pamb.info/index.php?option=com\\_content&view=article&id=112%3Amediation-act&catid=30%3Aactsformediation&Itemid=74&lang=bg](http://www.pamb.info/index.php?option=com_content&view=article&id=112%3Amediation-act&catid=30%3Aactsformediation&Itemid=74&lang=bg)>; Core Standards of Mediation Practice, §III (Oregon Mediation Association, 2005), <<http://www.omediate.org/docs/2005CoreStandardsFinalP.pdf>>.

<sup>11</sup> Standards of Conduct for New York State CMTY. Dispute Resolution CTR. Mediators, Office of Alt. Dispute Resolution & Court Improvement Programs 2009, §III. B, <[http://www.courts.state.ny.us/ip/adr/Publications/Info\\_for\\_Programs/Standards\\_of\\_Conduct.pdf](http://www.courts.state.ny.us/ip/adr/Publications/Info_for_Programs/Standards_of_Conduct.pdf)>.

<sup>12</sup> Bulgaria Mediation Act, (promulgated 2004, amended 2011) Art. 5, <[http://www.pamb.info/index.php?option=com\\_content&view=article&id=112%3Amediation-act&catid=30%3Aactsformediation&Itemid=74&lang=bg](http://www.pamb.info/index.php?option=com_content&view=article&id=112%3Amediation-act&catid=30%3Aactsformediation&Itemid=74&lang=bg)>; Chinese Civil Procedure Law, Art. 9, მოთხოვნები: *Woo M.Y.K., Callaghan M.E.*, Civil Procedure Law of the People's Republic of China, 1991, 38.

<sup>13</sup> Family Mediation Canada Members Code of Professional Conduct, Art. 9.2, 9.3, <[http://fmc.ca/sites/default/files/sites/all/themes/fmc/images-user/Members%20Code%20of%20Professional%20Conduct\\_0.pdf](http://fmc.ca/sites/default/files/sites/all/themes/fmc/images-user/Members%20Code%20of%20Professional%20Conduct_0.pdf)>.

<sup>14</sup> German Mediation Act, 21 July, 2012, §2 (3), <[https://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_mediationsg/englisch\\_mediationsg.html](https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_mediationsg/englisch_mediationsg.html)>; *Rützel S., Wegen G., Wilske S.*, Commercial Dispute Resolution in Germany, 2<sup>nd</sup> ed., C.H. Beck, München, 2016, 202.

<sup>15</sup> Bulgaria Mediation Act, (promulgated 2004, amended 2011) Art. 5, <[http://www.pamb.info/index.php?option=com\\_content&view=article&id=112%3Amediation-act&catid=30%3Aactsformediation&Itemid=74&lang=bg](http://www.pamb.info/index.php?option=com_content&view=article&id=112%3Amediation-act&catid=30%3Aactsformediation&Itemid=74&lang=bg)>.

<sup>16</sup> Malta Code of Conduct for Mediators, MJCL, Art. 9, <<https://mjcl.gov.mt/en/mmc/Pages/Code-of-Conduct-Mediators.aspx>>.

<sup>17</sup> Georgia Ethical Standards for Mediators, Georgia Commission on Dispute Resolution 2012, Introduction, <[http://godr.org/sites/default/files/Godr/supreme\\_court\\_adr\\_rules/APPENDIX%20C%2C%20CHAP%201%2C%206-18-2013.pdf](http://godr.org/sites/default/files/Godr/supreme_court_adr_rules/APPENDIX%20C%2C%20CHAP%201%2C%206-18-2013.pdf)>; *Rützel S., Wegen G., Wilske S.*, Commercial Dispute Resolution in Germany, 2<sup>nd</sup> ed., C.H. Beck, München, 2016, 207.

<sup>18</sup> *Shapira O.*, Conceptions and Perceptions of Fairness in Mediation, 54 South Tex. Law Rev., 2012, 285.

<sup>19</sup> Malta Mediation Act, MJCL, 2004, Art. 26 (1), <[https://mjcl.gov.mt/en/mmc/Documents/Chapter\\_474t.pdf](https://mjcl.gov.mt/en/mmc/Documents/Chapter_474t.pdf)>; Royal Decree Law 5/2012, of March 5, on Mediation in Civil and Commercial Matters, Statement of Reasons I, მოთხოვნები: *Trevor M.B., Palo G.*, EU Mediation Law and Practice, Oxford University Press, 2012, 560.

<sup>20</sup> German Mediation Act, 21 July, 2012, §2 (2), <[https://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_mediationsg/englisch\\_mediationsg.html](https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_mediationsg/englisch_mediationsg.html)>.

ties make non-coercive,<sup>24</sup> voluntary<sup>25</sup> decision, realizing<sup>26</sup> anticipated outcomes<sup>27</sup> or, if they wish so, can stop<sup>28</sup> mediation at any moment.<sup>29</sup> Fairness of the process is also ensured, unless participation in the process does not serve to gaining unfair advantage<sup>30</sup> and it is not based on manipulative and intimidating methods of negotiation.<sup>31</sup>

The present article aims at studying fairness of settlement of mediation, as ethical and normative category on the basis of analysis of mediation acts and Ethical Codes of EU countries and USA. The study will attempt to develop specifications for the purpose of approximation of domestic legislation with EU law at the stage of formation of legal basis and ethical regulations of mediation in Georgia.

- 
- <sup>21</sup> German Mediation Act, 21 July, 2012, §2 (6), <[https://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_mediationsg/englisch\\_mediationsg.html](https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_mediationsg/englisch_mediationsg.html)>; Bulgaria Mediation Act, (promulgated 2004, amended 2011) Art. 13 (1), <[http://www.pamb.info/index.php?option=com\\_content&view=article&id=112%3Amediation-act&catid=30%3AAactsformeditation&Itemid=74&lang=bg](http://www.pamb.info/index.php?option=com_content&view=article&id=112%3Amediation-act&catid=30%3AAactsformeditation&Itemid=74&lang=bg)>; *Rützel S., Wegen G., Wilske S.*, Commercial Dispute Resolution in Germany, München, 2<sup>nd</sup> ed., C.H. Beck, 2016, 202.
- <sup>22</sup> Georgia Ethical Standards for Mediators, Georgia Commission on Dispute Resolution 2012, §IV. A, <[http://godr.org/sites/default/files/Godr/supreme\\_court\\_adr\\_rules/APPENDIX%20C%2C%20CHAP%201%2C%206-18-2013.pdf](http://godr.org/sites/default/files/Godr/supreme_court_adr_rules/APPENDIX%20C%2C%20CHAP%201%2C%206-18-2013.pdf)>; German Mediation Act, 21 July, 2012, § 2 (6), <[https://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_mediationsg/englisch\\_mediationsg.html](https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_mediationsg/englisch_mediationsg.html)>; *Rützel S., Wegen G., Wilske S.*, Commercial Dispute Resolution in Germany, 2<sup>nd</sup> ed., C.H. Beck, München, 2016, 202.
- <sup>23</sup> Mediation Council of Illinois (MCI) Professional Standards of Practice for Mediators, 1999, §III. E, <<http://www.mediate.com/articles/illstds.cfm>>.
- <sup>24</sup> The California Rules of Court, 3.857(b), <[http://www.courts.ca.gov/documents/title\\_3.pdf](http://www.courts.ca.gov/documents/title_3.pdf)>.
- <sup>25</sup> Family Mediation Canada Members Code of Professional Conduct, Art. 9.1. <[http://fmc.ca/sites/default/files/sites/all/themes/fmc/images-user/Members%20Code%20of%20Professional%20Conduct\\_0.pdf](http://fmc.ca/sites/default/files/sites/all/themes/fmc/images-user/Members%20Code%20of%20Professional%20Conduct_0.pdf)>; European Mediation Training for Practitioners of Justice, A Guide to European Mediation, Association of International Arbitration (ed.), Antwerpen, Apeldoorn, Portland, Maklu, 2012, 143.
- <sup>26</sup> *Hopt K.J., Steffek F.*, Mediation: Principles and Regulation in Comparative Perspective, Oxford University Press, Oxford, 2013, 74.
- <sup>27</sup> Family Mediation Canada Members Code of Professional Conduct, Art. 9.5, <[http://fmc.ca/sites/default/files/sites/all/themes/fmc/images-user/Members%20Code%20of%20Professional%20Conduct\\_0.pdf](http://fmc.ca/sites/default/files/sites/all/themes/fmc/images-user/Members%20Code%20of%20Professional%20Conduct_0.pdf)>; Austrian Mediation Act, June 6, 2003, Art. 16(2), <<http://bgarf.ru/science/baltic-center-of-mediation-and-conflictology/publikacii/avstriya.pdf>>; Bulgaria Mediation Act, (promulgated 2004, amended 2011) Art. 9 (1), <[http://www.pamb.info/index.php?option=com\\_content&view=article&id=112%3Amediation-act&catid=30%3AAactsformeditation&Itemid=74&lang=bg](http://www.pamb.info/index.php?option=com_content&view=article&id=112%3Amediation-act&catid=30%3AAactsformeditation&Itemid=74&lang=bg)>.
- <sup>28</sup> German Mediation Act, 21 July, 2012, §2 (5), <[https://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_mediationsg/englisch\\_mediationsg.html](https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_mediationsg/englisch_mediationsg.html)>; Bulgaria Mediation Act, (promulgated 2004, amended 2011) Art. 5, <[http://www.pamb.info/index.php?option=com\\_content&view=article&id=112%3Amediation-act&catid=30%3AAactsformeditation&Itemid=74&lang=bg](http://www.pamb.info/index.php?option=com_content&view=article&id=112%3Amediation-act&catid=30%3AAactsformeditation&Itemid=74&lang=bg)>; Georgia Ethical Standards for Mediators, Georgia Commission on Dispute Resolution 2012, §V, <[http://godr.org/sites/default/files/Godr/supreme\\_court\\_adr\\_rules/APPENDIX%20C%2C%20CHAP%201%2C%206-18-2013.pdf](http://godr.org/sites/default/files/Godr/supreme_court_adr_rules/APPENDIX%20C%2C%20CHAP%201%2C%206-18-2013.pdf)>; *Steffek F., Unberath H. (eds.), Genn H., Greger R., Menkel-Meadow C.*, Regulating Dispute Resolution ADR and Access to Justice at the Crossroads, Hart Publishing, Oxford and Portland Oregon, 2013, 284; European Mediation Training for Practitioners of Justice, A Guide to European Mediation, Association of International Arbitration (ed.), Antwerpen, Apeldoorn, Portland, Maklu, 2012, 143.
- <sup>29</sup> *Shapira O.*, Conceptions and Perceptions of Fairness in Mediation, 54 South Tex. Law Rev., 2012, 285.
- <sup>30</sup> Model Standards of Practice for Family and Divorce Mediation, §XI. A. 6, <<https://www.afccnet.org/Portals/0/PublicDocuments/CEFCP/ModelStandardsOfPracticeForFamilyAndDivorceMediation.pdf>> *Folberg J., Milne A.L., Salem P.*, Divorce and Family Mediation, Models, Techniques and Applications, The Guilford Press, New York, London, 2004, 540; *Waldman E.*, Mediation Ethics, Cases and Commentaries, Jossey-Bass, A Wiley Imprint, United States of America, 2011, 13.
- <sup>31</sup> Family Mediation Canada Members Code of Professional Conduct, Art. 9.4, <[http://fmc.ca/sites/default/files/sites/all/themes/fmc/images-user/Members%20Code%20of%20Professional%20Conduct\\_0.pdf](http://fmc.ca/sites/default/files/sites/all/themes/fmc/images-user/Members%20Code%20of%20Professional%20Conduct_0.pdf)>.

## 2. Fair Settlement of Mediation, as a Result of Fair Process

Definition of fair outcome of mediation is not provided in most of the Codes of Conduct for Mediators of foreign countries, therefore the above is possible through doctrinal analysis of mediation process and consequent settlement.<sup>32</sup>

According to Ethical Standards of Conduct for Mediators' of Georgia State (US)<sup>33</sup> neutral third party is a guarantor of fair process of mediation and<sup>34</sup> he / he is also responsible for ensuring fair outcome.<sup>35</sup>

Fairness in the process of mediation is infringed if settlement is substantially and fundamentally unjust,<sup>36</sup> illegitimate,<sup>37</sup> unenforceable,<sup>38</sup> if parties have not realized the content of settlement, as well as possible impact of outcome of settlement on them<sup>39</sup> and / or third parties.<sup>40 41</sup>

Settlement is fair in case: a) Is at least acceptable or just for parties of settlement; b) Restores harmony or balance of interests between participants of mediation; c) Increases opportunities for mutual understanding and better relations; d) Approximates to the boundary, which is viewed by parties as adequate compensation for their damage; e) Saves money and time on both individual and institutional level; f) Reduces stress and irritation; g) improves communication between members of society (in neighborhood, business environment, employment field, etc.); h) Creates social precedents for better regulation of relations.<sup>42</sup>

Contrary to the above settlement is unfair in case: a) Even if one of the parties makes involuntary decision; b) Fundamental interest of a party, that belief of a person shall not be denied, has not been realized; c) Terms and conditions agreed by parties contradict positive law; d) Terms and condition of settlement substantially violate or ignore dignity of a person; e) It is not achieved in conditions of full understanding of possible alternative outcomes of the case; f) Terms of the agreement are incompatible with the fundamental values of an individual, recognised by broad society;<sup>43</sup> The above mentioned features of the doctrine naturally cannot be comprehensive and standard of fairness should be assessed for each specific case through interaction of ethical principles.

There is mutually stipulating link between mediation process and outcome. Namely, in order to achieve fair outcome, it is essential to ensure in the process of mediation: voluntariness, sharing mutual interests between parties, acknowledgement of public importance of the outcome, dignified treatment and

<sup>32</sup> On the issue of fair mediation settlement see: *Marlow L., Sauber S.R.*, Handbook of Divorce Mediation, Springer Science – Business Media, LLC, New York, 1990, 45-62; *Dworkin J., London W.*, What Is a Fair Agreement?, 7 Mediation Q. 3, 5, 1989; *Hyman J.M., Love L.P.*, If Portia Were a Mediator: An Inquiry into Justice in Mediation, 9 Clinical L. Rev., 157, 2002, 186; *Gibson K.*, Mediator Attitudes Toward Outcomes: A Philosophical View, 17 Mediation Q. 197, 1999, 207–209; *Bercovitch J.*, Mediation Success or Failure: A Search for the Elusive Criteria, 7 Cardozo J. Conflict Resolution, 289, 2006, 291; *Isabelle R.*, Gunning, Know Justice, Know Peace: Further Reflections on Justice, Equality and Impartiality in Settlement Oriented and Transformative Mediations, 5 Cardozo J. Conflict Resolution, Vol. 5, 2004, 87.

<sup>33</sup> Ethical Standards for Mediators, Georgia Commission on Dispute Resolution, §IV. A, <[http://godr.org/sites/default/files/Godr/supreme\\_court\\_adr\\_rules/APPENDIX%20C%2C%20CHAP%201%2C%206-18-2013.pdf](http://godr.org/sites/default/files/Godr/supreme_court_adr_rules/APPENDIX%20C%2C%20CHAP%201%2C%206-18-2013.pdf)>.

<sup>34</sup> See also *Rützel S., Wegen G., Wilske S.*, Commercial Dispute Resolution in Germany, 2<sup>nd</sup> ed., C.H. Beck, 2016, 202.

<sup>35</sup> *Hopt K.J., Steffek F.*, Mediation: Principles and Regulation in Comparative Perspective, Oxford University Press, Oxford, 2013, 664.

<sup>36</sup> Ethical Standards for Mediators, Georgia Commission on Dispute Resolution, §IV. A, <[http://godr.org/sites/default/files/Godr/supreme\\_court\\_adr\\_rules/APPENDIX%20C%2C%20CHAP%201%2C%206-18-2013.pdf](http://godr.org/sites/default/files/Godr/supreme_court_adr_rules/APPENDIX%20C%2C%20CHAP%201%2C%206-18-2013.pdf)>.

<sup>37</sup> Ibid.

<sup>38</sup> Ibid.

<sup>39</sup> Family Mediation Canada Members Code of Professional Conduct, Art. 9.6, <[http://fmc.ca/sites/default/files/sites/all/themes/fmc/images-user/Members%20Code%20of%20Professional%20Conduct\\_0.pdf](http://fmc.ca/sites/default/files/sites/all/themes/fmc/images-user/Members%20Code%20of%20Professional%20Conduct_0.pdf)>.

<sup>40</sup> Ethical Standards for Mediators, Georgia Commission on Dispute Resolution, §IV. A, <[http://godr.org/sites/default/files/Godr/supreme\\_court\\_adr\\_rules/APPENDIX%20C%2C%20CHAP%201%2C%206-18-2013.pdf](http://godr.org/sites/default/files/Godr/supreme_court_adr_rules/APPENDIX%20C%2C%20CHAP%201%2C%206-18-2013.pdf)>.

<sup>41</sup> *Shapira O.*, Conceptions and Perceptions of Fairness in Mediation, 54 South Tex. Law Rev., 2012, 285.

<sup>42</sup> *Hyman J.M., Love L.P.*, If Portia Were a Mediator: An Inquiry into Justice in Mediation, 9 Clinical L. Rev., 157, 2002, 186.

<sup>43</sup> *Stulberg J.B.*, Mediation and Justice: What Standards Govern?, 6 Cardozo J. Conflict Resolution, 2005, 222-227.

respect, opportunity for making informed decision by parties,<sup>44</sup> absence of authority of making decisions by a mediator,<sup>45</sup> acceptance of contradictory and opposing fundamental values.<sup>46</sup>

From the point of view of certain group of scientists, subjective evaluation,<sup>47</sup> perception of fairness by parties, is main criterion for considering the outcome of mediation to be fair.<sup>48</sup> Supporters of this doctrinal perspective believe that it is liability of a mediator to analyse and consider with the parties their considerations regarding fairness and further to help them (parties) in the process of making decisions in accordance with that very notion of fairness.<sup>49</sup> According to this attitude assessment of fairness is based on subjective vision of specific participants of mediation rather than objective understanding of justice by any person with generally recognized moral values, provided he / she were a party to this process. According to this approach the parties themselves judge their own fairness on the basis of right to self determination.<sup>50</sup>

Voluntariness and authority to make an informed decision<sup>51</sup> is indeed a fundament for right of self determination,<sup>52</sup> though a settlement achieved on the basis of the above can only claim to be fair in case an agreement is concluded in compliance with normative requirements of the Code of Ethics<sup>53</sup> and at the same time it is compatible with interests of the third party, not participating in the mediation.

According to equally popular point of view, reflected in scientific literature, illegitimate settlement cannot be fair, since through such settlement parties to the mediation put themselves in advantageous position compared with law abiding citizens.<sup>54</sup> If mediation becomes a privilege – means to avoid the law “unlike other citizens”, naturally this will result in establishment of illegitimate practice.<sup>55</sup> In this case compliance with the rules which are compulsory for the whole society, in addition to realization of right of self determination of parties, so called “individual justice”<sup>56</sup> “coming from the bottom (parties)”<sup>57</sup> is also determinant of fairness. Through the Codes of Ethics legal and moral norms are being incorporated in

---

<sup>44</sup> *Irving H.H.*, Family Mediation, Theory and Practice with Chinese Families, Hong Kong University Press, Hong Kong, 2002, 94.

<sup>45</sup> *Rützel S., Wegen G., Wilske S.*, Commercial Dispute Resolution in Germany, 2<sup>nd</sup> ed., C.H. Beck, München, 2016, 201.

<sup>46</sup> *Stulberg J.B.*, Mediation and Justice: What Standards Govern?, 6 *Cardozo J. Conflict Resolution*, 2005, 227-228.

<sup>47</sup> *Marlow L., Sauber S.R.*, Handbook of Divorce Mediation, Springer Science – Business Media, LLC, New York, 1990, 52-53.

<sup>48</sup> *Hyman J.M., Love L.P.*, If Portia Were a Mediator: An Inquiry into Justice in Mediation, 9 *Clinical L. Rev.*, 157, 2002, 164, Compare: *Marlow L., Sauber S.R.*, Handbook of Divorce Mediation, Springer Science – Business Media, LLC, New York, 1990, 52-62; *Stulberg J.B.*, Mediation and Justice: What Standards Govern?, 6 *Cardozo J. Conflict Resolution*, 2005, 241-242.

<sup>49</sup> *Hyman J.M., Love L.P.*, If Portia Were a Mediator: An Inquiry into Justice in Mediation, 9 *Clinical L. Rev.*, 157, 2002, 192, cited in: *Shapira O.*, Conceptions and Perceptions of Fairness in Mediation, 54 *South Tex. Law Rev.*, 2012, 314.

<sup>50</sup> *Shapira O.*, Conceptions and Perceptions of Fairness in Mediation, 54 *South Tex. Law Rev.*, 2012, 315.

<sup>51</sup> *Irving H.H.*, Family Mediation, Theory and Practice with Chinese Families, Hong Kong University Press, Hong Kong, 2002, 94.

<sup>52</sup> *Stulberg J.B.*, Mediation and Justice: What Standards Govern?, 6 *Cardozo J. Conflict Resolution*, 2005, 227-228.

<sup>53</sup> Georgia Ethical Standards for Mediators, IV. A, Georgia Commission on Dispute Resolution 2012, <[http://godr.org/sites/default/files/Godr/mediator\\_ethics\\_information/APPENDIX%20C%2C%20CHAP%201%2C%206-18-2013.pdf](http://godr.org/sites/default/files/Godr/mediator_ethics_information/APPENDIX%20C%2C%20CHAP%201%2C%206-18-2013.pdf)>.

<sup>54</sup> See *Shapira O.*, Conceptions and Perceptions of Fairness in Mediation, 54 *South Tex. Law Rev.*, 2012, 316, with further reference.

<sup>55</sup> *Shapira O.*, Conceptions and Perceptions of Fairness in Mediation, 54 *South Tex. Law Rev.*, 2012, 316; *Carr C. L.*, Fairness and Political Obligation—Again: A Reply to Lefkowitz, 30 *Social Theory and Practice*, 33, 2004, 40, <[https://www.pdcnet.org/pdc/bvdb.nsf/purchase?openform&fp=soctheorpract&id=soctheorpract\\_2004\\_0030\\_0001\\_0033\\_0058](https://www.pdcnet.org/pdc/bvdb.nsf/purchase?openform&fp=soctheorpract&id=soctheorpract_2004_0030_0001_0033_0058)>.

<sup>56</sup> *Hyman J.M., Love L.P.*, If Portia Were a Mediator: An Inquiry into Justice in Mediation, 9 *Clinical L. Rev.*, 157, 2002, 160-162, <<http://www.law.newark.rutgers.edu/files/If%20Portia%20Were%20a%20Mediator%209%20Clinical%20L%20Rev%20157.pdf>>.

<sup>57</sup> *Trevor M.B., Palo G.*, EU Mediation Law and Practice, Oxford University Press, 2012, 257.

mediation and illegitimate settlement will not be considered fair even in the case it is achieved on the basis of the right of self determination of parties and it is acceptable for them.<sup>58</sup>

### **3. Unfair Settlement – Threat of Discreditation of Mediation Institution and Source of Infringement of Public Interest**

Successful operation of legal institutions shall be based on certain fundamental rules, which ensure viability of these institutions.<sup>59</sup>

Since mediation is mainly voluntary institution, its coexistence with other mechanisms of dispute resolution shall be stipulated by the very essence of this institution itself, rather than coercive means of a state. Even compulsory mediation cannot be fully retained by the state, unless need and necessity of existence of this institution is not proved to the society by its benefits.

Even in case of compulsory mediation parties engage in negotiations on the voluntary basis. Since there is no obligation to achieve a settlement,<sup>60</sup> they are free to stop the process and refuse to further use mediation. It is unacceptable to coerce parties and restrict their freedom, but as soon as they choose mediation as a means for settling their differences, they are not entitled to make a decision which can damage the very institution of mediation.

Unacceptance of unfair outcome is a normative rule of mediation, the whole public, and specifically mediation professional society, which is interested for the mediation to remain high-demand means for dispute resolution, are beneficiaries of this institution.<sup>61</sup>

Mediation institution is supported by the state policy and its successful operation is reflection of public interests in united system of mechanisms of dispute resolution. Mediation is an important mechanism for ensuring social stability and apolitical means for implementation of state policy.<sup>62</sup> The outcome is also a basis for considering it a public interest: Mediation settlement better reflects interests of parties and therefore it is more subject to voluntary enforcement. In addition to satisfying interests of parties mediation also saves court expenses and reduces its work load.<sup>63</sup> Mediation is capable of transforming not just a person, but whole society.<sup>64</sup> With the help of mediator, mediation can turn the world into such a place where public can enjoy better life.<sup>65</sup>

Mediation settlement, which discredits mediation institution, at the same infringes significant public interest. Unfair settlement may cause loss of trust and credibility on behalf of the public in mediation institution.

Introductory clause of Standards of Professional Conduct for Mediators of North Carolina underlines that ethical standards aim at establishing and strengthening trust of society in mediation... Mediation should be based on public recognition and trust.<sup>66</sup> In Poland ADR Civil Council for reforming mediation

---

<sup>58</sup> *Shapira O.*, Conceptions and Perceptions of Fairness in Mediation, 54 South Tex. Law Rev., 2012, 317, with further notes.

<sup>59</sup> *Shapira O.*, Conceptions and Perceptions of Fairness in Mediation, 54 South Tex. Law Rev., 2012, 321.

<sup>60</sup> *Steffek F., Unberath H. (eds.), Genn H., Greger R., Menkel-Meadow C., Regulating Dispute Resolution ADR and Access to Justice at the Crossroads*, Hart Publishing, Oxford and Portland Oregon, 2013, 284.

<sup>61</sup> *Shapira O.*, Conceptions and Perceptions of Fairness in Mediation, 54 South Tex. Law Rev., 2012, 322.

<sup>62</sup> *Zekoll J., Bälz M., Amelung I. (eds.)*, Formalisation and Flexibilisation in Dispute Resolution, Brill Nijhoff, Leiden/Boston, 2014, 128.

<sup>63</sup> *Rosenberg J.D.*, In Defense of Mediation, 33 Ariz. L. Rev., 467, 1991, 467, <[https://www.researchgate.net/publication/228024514\\_In\\_Defense\\_of\\_Mediation](https://www.researchgate.net/publication/228024514_In_Defense_of_Mediation)>.

<sup>64</sup> *Bush R.A.B., Folger J.P.*, The Promise of Mediation, The Transformative Approach to Conflict, Jossey-Bass, San Francisco, 2005, 13-14, 21, 53-54, 65.

<sup>65</sup> *Bush R.A.B., Folger J.P.*, Mediation and Social Justice: Risks and Opportunities, 27 Ohio St. J. on Disp. Resol. 1, 2012, 19-20, cited in: *Shapira O.*, Conceptions and Perceptions of Fairness in Mediation, 54 South Tex. Law Rev., 2012, 333.

<sup>66</sup> North Carolina Revised Standards of Professional Conduct for Mediators, Preamble, <[https://www.sog.unc.edu/sites/www.sog.unc.edu/files/course\\_materials/R13.4%20Standards%20of%20Professional%20Conduct%20for%20Mediators.pdf](https://www.sog.unc.edu/sites/www.sog.unc.edu/files/course_materials/R13.4%20Standards%20of%20Professional%20Conduct%20for%20Mediators.pdf)>.

legislation determined basics necessary to increase public trust in mediation: professionalism of mediators and high requirements for their accreditation,<sup>67</sup> increasing state funding and free of charge mediation services for low income persons.<sup>68</sup> Introductory clause of Standards of Professional Conduct for Mediators of California also mentions that success of mediation institution requires trust of broad society in fairness and ethical integrity of mediation process.<sup>69</sup>

In legal doctrine there is differentiation between personal trust of parties and that of the public. In order to gain public trust a mediator needs to adequately inform the public about his / her qualification, practice, membership in mediation associations.<sup>70</sup> Any action, which infringes public trust in mediation institution, is considered to be unfair from normative point of view.<sup>71</sup>

#### 4. Professional Role of a Mediator – Protecting Ethical Integrity of Mediation Institution

Any professional role - that of a physician, a lawyer, a parent or a teacher has relevant liabilities and moral duty of a professional is to meet these liabilities.<sup>72</sup> Certain moral obligations acquire special importance in case of specific professional roles.

Professional rights contain collateral responsibility for taking moral decisions.<sup>73</sup> Each profession implies moral obligations of various content, but their representatives are united by equal responsibility – to be focused on achieving a result, justified from moral point of view.<sup>74</sup>

Representatives of any profession need first of all to protect and take care of ethical integrity of their professional field, to fully comply with the rules, which their profession is actually based on. Strengthening of ethical norms indicates that certain domain has been established as a relevant profession.<sup>75</sup> Mediators who have undergone certain accreditation training and carry out mediation activities, are considered to be implementers of mediation practice and they are united by definite professional role, ethical rights and liabilities and standards of professional responsibility. According to these ethical standards mediators bear certain liabilities towards parties, persons, not being participants of the mediation, society, courts,<sup>76</sup> as well as towards their own profession.<sup>77</sup>

From the moment of taking the role of a mediator, a person shares responsibility and obligation, to protect mediation institution from possible damage. Therefore such moral obligation exists regardless of the fact, whether it is emphasized in the Code of Ethics of mediation.<sup>78</sup>

A person relates his / her professional activity to mediation on the voluntary basis and thus acquires certain social status, recognition, self-satisfaction, opportunities and privileges.<sup>79</sup> With the permission of the society and the state, mediators carry out important social function, which give them the authority to

---

<sup>67</sup> Roberts M., *A-Z of Mediation*, Palgrave Macmillan, 2013.

<sup>68</sup> Trevor M.B., Palo G., *EU Mediation Law and Practice*, Oxford University Press, 2012, 272.

<sup>69</sup> Standards of Practice For California Mediators, Preamble <<http://www.cdrc.net/mediator-standards#stdspreamble>>.

<sup>70</sup> James E.A., Monagan Sh.L., *Participant's Guide Problem Solving Mediation Training*, James and Monagan, 2010, 26.

<sup>71</sup> Shapira O., *Conceptions and Perceptions of Fairness in Mediation*, 54 *South Tex. Law Rev.*, 2012, 323.

<sup>72</sup> Gert B., *Common Morality*, Oxford University Press, 2004, 50.

<sup>73</sup> Fallows S., Chandramohan B. (eds.), *Interdisciplinary Learning and Teaching in Higher Education, Theory and Practice*, Routledge, New York, London, 2009, 26-27.

<sup>74</sup> Fallows S., Chandramohan B. (eds.), *Interdisciplinary Learning and Teaching in Higher Education, Theory and Practice*, Routledge, New York, London, 2009, 26-27.

<sup>75</sup> Kovach K.K., *Mediation, Principles and Practice*, 3<sup>rd</sup> ed., Thomson West, United States of America, 2004, 395.

<sup>76</sup> Standards of Practice For California Mediators, Preamble <<http://www.cdrc.net/mediator-standards#stdspreamble>>.

<sup>77</sup> On addressees of mediation ethical obligations see: Susskind L., *Expanding the Ethical Obligations of the Mediator: Mediator Accountability to Parties Not at the Table*, cited in: Menkel-Meadow C., Wheeler M., *What's Fair: Ethics for Negotiators*, 2004, 513-516.

<sup>78</sup> Gibson K., *Contrasting Role Morality and Professional Morality: Implications for Practice*, 20 *J. Applied Phil.* 17, 2003, 28, <<http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/1468-5930.00232/pdf>>.

<sup>79</sup> Shapira O., *Conceptions and Perceptions of Fairness in Mediation*, 54 *South Tex. Law Rev.*, 2012, 326-327. See also, Cohen E.D., Davis M., *Professionalism Means Putting Your Profession First*, in *Ethics and the Legal Profession*, 2<sup>nd</sup> ed., 2009, 166.

exercise impact of the public. Though this kind of social impact also implies collateral rights and liabilities in relation to public.<sup>80</sup> Decisions of mediators influence lives of people and capability to have impact on others creates moral responsibility.<sup>81</sup> A mediator is banned from implementing an illegal, amoral, dishonest action and supporting such action.<sup>82</sup>

Florida rules on certified and court mediators emphasize liability of a mediator to protect and take care of quality of the profession.<sup>83</sup> According to Model standards of Conduct for Mediators<sup>84</sup> a mediator should act in such a way to facilitate advancement of mediation practice.<sup>85</sup> Liability of a mediator to retain public trust in the profession is emphasized in Carolina Professional Standards for Mediators,<sup>86</sup> Basic Standards for Mediation Practice of Oregon,<sup>87</sup> Alabama Code<sup>88</sup> etc.

California Standards for Mediators' Practice emphasize liabilities of a mediator to carry out mediation in accordance with high ethical standards, so that it can develop credibility towards this profession and establish trust in competence and honesty of the above impartial third persons.<sup>89</sup> According to Florida rules, application of mediation by the society, increasing awareness and satisfaction by mediation can be achieved provided mediators apply high ethical standards.<sup>90</sup>

A mediator who does not care for public opinion, does not comply with rules established for representatives of the profession, undermines his / her colleagues' reputation and the very institution of mediation.

California court rules define that a mediator should carry out the mediation process in such a manner, that has positive impact on public trust in fairness of the process and ethical integrity.<sup>91</sup>

## 5. Interaction of Principles of Self Determination of Parties and Fairness of Settlement

Fundamental rule of self determination of parties should be defined in relation to the principle of fairness and legitimacy of settlement. In such a case it is essential to find the right balance between individual interests of parties and that of the public, which is not possible to be achieved on the basis of simple mathematical algorithm, but rather requires reasonable and substantiated judgment.<sup>92</sup>

---

<sup>80</sup> *Beauchamp T.L., Childress J.F.*, Principles of Biomedical, Ethics, 6<sup>th</sup> ed., 2009, 206.

<sup>81</sup> *Shapira O.*, Conceptions and Perceptions of Fairness in Mediation, 54 South Tex. Law Rev., 2012, 331, with further notes.

<sup>82</sup> Bar Code of Conduct, Finland, ob. *Trevor M.B., Palo G.*, EU Mediation Law and Practice, Oxford University Press, 2012, 108.

<sup>83</sup> Florida Rules for Certified and Court-Appointed Mediators, §10:600, <<http://www.mediate.com/articles/floridarules.cfm>>.

<sup>84</sup> Model Standards of Conduct for Mediators, AAA, ABA, ACR, 1994, Revised 2005, <[http://www.americanbar.org/content/dam/aba/migrated/2011\\_build/dispute\\_resolution/model\\_standards\\_conduct\\_april2007.authcheckdam.pdf](http://www.americanbar.org/content/dam/aba/migrated/2011_build/dispute_resolution/model_standards_conduct_april2007.authcheckdam.pdf)>.

<sup>85</sup> Model Standards of Conduct for Mediators, AAA, ABA, ACR, 1994, Revised 2005, IX. A, <[http://www.americanbar.org/content/dam/aba/migrated/2011\\_build/dispute\\_resolution/model\\_standards\\_conduct\\_april2007.authcheckdam.pdf](http://www.americanbar.org/content/dam/aba/migrated/2011_build/dispute_resolution/model_standards_conduct_april2007.authcheckdam.pdf)>.

<sup>86</sup> North Carolina Revised Standards of Professional Conduct for Mediators, Preamble, <[https://www.sog.unc.edu/sites/www.sog.unc.edu/files/course\\_materials/R13.4%20Standards%20of%20Professional%20Conduct%20for%20Mediators.pdf](https://www.sog.unc.edu/sites/www.sog.unc.edu/files/course_materials/R13.4%20Standards%20of%20Professional%20Conduct%20for%20Mediators.pdf)>.

<sup>87</sup> Core Standards of Mediation Practice, §X (Oregon Mediation Association, 2005), <<http://www.omediate.org/docs/2005CoreStandardsFinalP.pdf>>.

<sup>88</sup> Alabama Code of Ethics for Mediators, Alabama Center of Dispute Resolution, 1997, §12, <[http://alabamaadr.org/web/roster-documents/documents/med\\_Mediator\\_Code\\_of\\_Ethics\\_150501\\_updated.pdf](http://alabamaadr.org/web/roster-documents/documents/med_Mediator_Code_of_Ethics_150501_updated.pdf)> .

<sup>89</sup> Standards of Practice For California Mediators, Preamble <<http://www.cdrc.net/mediator-standards#stdspre-ample>>.

<sup>90</sup> Florida Rules for Certified and Court-Appointed Mediators, §10:200, <<http://www.mediate.com/articles/floridarules.cfm>>.

<sup>91</sup> The California Rules of Court, §3.850 (a), <[http://www.courts.ca.gov/documents/title\\_3.pdf](http://www.courts.ca.gov/documents/title_3.pdf)>.

<sup>92</sup> *Steffek F., Unberath H. (eds.), Genn H., Greger R., Menkel-Meadow C.*, Regulating Dispute Resolution ADR and Access to Justice at the Crossroads, Hart Publishing, Oxford and Portland Oregon, 2013, 17.



Namely, if parents within the confines of mediation negotiate with a doctor to have their under age child undergo illegal genital manipulations, such agreement can definitely not be fair. It is an arguable matter whether an under-age child could fully realize the goal to be achieved through the result of mediation even if being engaged in the mediation process. Informed consent of a child is not sufficient for fair assessment of the outcome of mediation – full realization of the right of self determination cannot justify acceptability of illegitimate and amoral settlement.<sup>93</sup> In this case requirement of legitimacy of outcome of mediation supersedes the right of parties for self determination.<sup>94</sup> Therefore scope of the right of parties for self determination and confines of authority for decision making may be reduced by normative rule of inadmissibility of unfair outcome of mediation.

According to rules of Professional Conduct for Labor Mediators, mediators should realize that their rights and liabilities are related to the whole society.<sup>95</sup> Mediators bear obligation towards children of divorce mediation parties,<sup>96</sup> towards victims of violence threats<sup>97</sup> or towards those who can incur significant damage.<sup>98</sup> Actually mediation result may have direct impact on broad circle of nonparticipant persons – consumers, employees, neighbors, family members etc. Realization of interests of parties is only acceptable on the basis of their right for self determination to the extent, to which interests of third parties are not encroached.

## 6. Illegitimate Settlement as Unfair Outcome of Mediation

In legal doctrine legitimacy of mediation settlement and its compliance with public policy<sup>99</sup> are viewed as frequently mutually engaging requirements of equal importance and preconditions for validity of the agreement. Mediation settlement is illegitimate in case its provisions contradict fundamental principles of legal system, public order, imperative requirements of the law.<sup>100</sup> Similarly, according to the mediation law of Rumania, mediation settlement can not include conditions which oppose to the law or public order.<sup>101</sup>

Scientific literature emphasizes that mediation settlement should be taken with care since there is very fine line between legitimacy and illegitimacy.<sup>102</sup>

Mediation law of Bulgaria makes a mediator responsible for carrying out activities in accordance with the law, honesty, high moral principles, ethical and procedural rules of conduct for mediators.<sup>103</sup>

---

<sup>93</sup> *Shapira O.*, Conceptions and Perceptions of Fairness in Mediation, 54 South Tex. Law Rev., 2012, 320.

<sup>94</sup> 0330, 83- 318.

<sup>95</sup> Code of Professional Conduct for Labor Mediators, 29 C.F.R. pt. 1400 app., 2012, <<https://www.law.cornell.edu/cfr/text/29/part-1400/appendix-1ii3>>.

<sup>96</sup> Model Standards of Practice for Family and Divorce Mediation, 2000, §§VIII, IX, <<https://www.afcnet.org/Portals/0/PublicDocuments/CEFCP/ModelStandardsOfPracticeForFamilyAndDivorceMediation.pdf>>; Standards of Practice For California Mediators, §3, <<http://www.cdrc.net/mediator-standards#stdspreamble>>; Mediation Council of Illinois (MCI) Professional Standards of Practice for Mediators, 1999, §IV.C., <<http://www.mediate.com/articles/illstds.cfm>>.

<sup>97</sup> Model Standards of Practice for Family and Divorce Mediation, 2000, §VII. C, <<https://www.afcnet.org/Portals/0/PublicDocuments/CEFCP/ModelStandardsOfPracticeForFamilyAndDivorceMediation.pdf>>.

<sup>98</sup> The California Rules of Court, 3.857(i)(3), <[http://www.courts.ca.gov/documents/title\\_3.pdf](http://www.courts.ca.gov/documents/title_3.pdf)>.

<sup>99</sup> *James E.A., Monagan Sh.L.*, Participant's Guide Problem Solving Mediation Training, James and Monagan, 2010, 60.

<sup>100</sup> *Esplugues C., Louis M.*, New Developments in Civil and Commercial Mediation, Global Comparative Perspectives, Ius Comparatum, Springer International Publishing Switzerland, 2015, 286.

<sup>101</sup> Romania Law no. 192/2006 on Mediation and Organizing the Mediator Profession as modified and added by the law no. 370/2009 and by government Ordinance no. 13/2010 Regarding the transporting the Directive Services, Art. 46(2), <[http://www.edumondemediation.ro/uploads\\_ro/images/515/Law192\\_EN.pdf](http://www.edumondemediation.ro/uploads_ro/images/515/Law192_EN.pdf)>.

<sup>102</sup> *Neamtu B., Dragos D.C.*, Alternative Dispute Resolution in European Administrative Law, Springer Verlag, Berlin, Heidelberg, 2014, 447.

<sup>103</sup> Bulgaria Mediation Act, (promulgated 2004, amended 2011) Art. 9 (1), <[http://www.pamb.info/index.php?option=com\\_content&view=article&id=112%3Amediation-act&catid=30%3Aactsformediation&Itemid=74&lang=bg](http://www.pamb.info/index.php?option=com_content&view=article&id=112%3Amediation-act&catid=30%3Aactsformediation&Itemid=74&lang=bg)>.

Frequently the principle of the rule of law<sup>104</sup> is integrated in mediation rules by Codes of Ethics of mediation. E.g. according to the rules of Florida on certified and court mediation a mediator should abide by any acts, local court rules and administrative ordinances, related to mediation practice.<sup>105</sup>

According to the Code of Conduct for Mediators of Ireland,<sup>106</sup> impartial third party cannot be a party to the settlement which is illegitimate or unenforceable.

Liability of a mediator towards the society becomes effective when a party applies mediation for future illegitimate activity,<sup>107</sup> a mediator advertises his activities,<sup>108</sup> and when there is basis for information disclosure, provided by the law.<sup>109</sup> Therefore a rule banning illegitimate outcome of mediation serves to protect mediation institution and consequently, to realize public interest.<sup>110</sup>

In case a mediator is entitled by the law to stop mediation, he/she should definitely do so in order to prevent illegitimate outcome.<sup>111</sup>

Legislation of majority of EU countries considers unfair mediation settlement to be basis for refusal to enforce mediation settlement agreement, for the reason that it (unfair settlement) is illegitimate, and it encroaches public and third parties' interests.

While approving a mediation settlement agreement, judges are often led by a criterion of protection of public interest and are authorised to refuse to issue enforcement order for the reason that the settlement is illegitimate<sup>112</sup> and it encroaches public interest.<sup>113</sup> According to the Civil Code of Belgium the Court will not enforce mediation settlement which conflicts with public interests or interests of minors.<sup>114</sup> Mediation law of Finland considers an illegitimate, fundamentally unfair settlement or a settlement contradicting third parties' interest as a normative basis for refusal to enforce settlement.<sup>115</sup>

Since mediation outcome is formulated as an agreement, according to Contract Law a settlement, which violates principles of equality and fairness<sup>116</sup> is not subject to enforcement.<sup>117</sup>

---

<sup>104</sup> On rule of law in mediation process see: *Marlow L., Sauber S.R.*, Handbook of Divorce Mediation, Springer Science – Business Media, LLC, New York, 1990, 63-73.

<sup>105</sup> Florida Rules for Certified and Court-Appointed Mediators, §10:520, <<http://www.mediate.com/articles/floridarules.cfm>>.

<sup>106</sup> Mediators' Institute of Ireland (MII), Code of Ethics and Practice, <<http://www.themii.ie/code-of-ethics-and-practice>>.

<sup>107</sup> The California Rules of Court, 3,857 (I) (1), <[http://www.courts.ca.gov/documents/title\\_3.pdf](http://www.courts.ca.gov/documents/title_3.pdf)>; Model Standards of Practice for Family and Divorce Mediation, 2000, §XI. A. 5, <<https://www.afccnet.org/Portals/0/PublicDocuments/CEFCP/ModelStandardsOfPracticeForFamilyAndDivorceMediation.pdf>>; Model Standards of Conduct for Mediators, AAA, ABA, ACR, 1994, Revised 2005, §VI.A.9; Jams Mediators Ethics Guidelines, §V, 2013, <<http://www.jamsadr.com/mediators-ethics/>>; *Waldman E.*, Mediation Ethics, Cases and Commentaries, Jossey-Bass, A Wiley Imprint, United States of America, 2011, 195.

<sup>108</sup> The California Rules of Court, §3.858, <[http://www.courts.ca.gov/documents/title\\_3.pdf](http://www.courts.ca.gov/documents/title_3.pdf)>; Model Standards of Practice for Family and Divorce Mediation, 2000 §XII, <<https://www.afccnet.org/Portals/0/PublicDocuments/CEFCP/ModelStandardsOfPracticeForFamilyAndDivorceMediation.pdf>>; Model Standards of Conduct for Mediators, AAA, ABA, ACR, 1994, Revised 2005, §VII. A.

<sup>109</sup> Model Standards of Conduct for Mediators, AAA, ABA, ACR, 1994, Revised 2005, §V. A.

<sup>110</sup> *Shapira O.*, Conceptions and Perceptions of Fairness in Mediation, 54 South Tex. Law Rev., 2012, 322.

<sup>111</sup> *Waldman E.*, Mediation Ethics, Cases and Commentaries, Jossey-Bass, A Wiley Imprint, United States of America, 2011, 13; *Shapira O.*, Conceptions and Perceptions of Fairness in Mediation, 54 South Tex. Law Rev., 2012, 333.

<sup>112</sup> *Zekoll J., Bälz M., Amelung I (eds.)*, Formalisation and Flexibilisation in Dispute Resolution, Brill Nijhoff, Leiden/Boston, 2014, 106.

<sup>113</sup> *Higgs S.*, Mediating Sustainability, The Public Interest Mediator in the New Zealand Environmental Court, Environmental Law, Vol. 37:61, 2007, 83, <<https://law.lclark.edu/live/files/283-371higgs>>.

<sup>114</sup> Belgium Judicial Code, Art. 1736; ix. aseve, European Mediation Training for Practitioners of Justice, A Guide to European Mediation, Association of International Arbitration (ed.), Antwerpen, Apeldoorn, Portland, Maklu, 2012, 221.

<sup>115</sup> Finland Act on Mediation in Civil Matters and Confirmation of Settlements in General Courts, 394/2011, Art. 23, <<http://www.finlex.fi/en/laki/kaannokset/2011/en20110394.pdf>>. *Esplugues C., Louis M.*, New Developments in Civil and Commercial Mediation, Global Comparative Perspectives, Ius Comparatum, Springer International Publishing Switzerland, 2015, 286.

<sup>116</sup> On Enforcement of Mediation Settlement see: *Burns R.P.*, The Enforceability of Mediated Agreements: An Essay on Legitimation and Process Integrity, Journal on Dispute Resolution, Vol. 2:1, 1986, 93-116, <[https://kb.osu.edu/dspace/bitstream/handle/1811/76169/OSJDR\\_V2N1\\_093.pdf?sequence=1](https://kb.osu.edu/dspace/bitstream/handle/1811/76169/OSJDR_V2N1_093.pdf?sequence=1)>; *Siddik A.E.*, Enforceability of the

Thus, illegitimate and amoral settlement damages society, contradicts public interest and therefore such outcome of mediation is not enforceable.<sup>118</sup> It is possible that illegitimate settlement does not encroach public trust in mediation institution, but it still should be banned based on mediation goals.

## 7. Responsibility of a Mediator for Mediation Outcome

In order to determine responsibility, which a mediator might bear in relation to mediation outcome, we need to take into consideration what measures he / she is obliged to take in order to prevent illegitimate outcome of mediation. Therefore responsibility of a mediator can be analyzed on the basis of leverages, which are provided to him / her on the basis of law or ethical norms for avoiding an illegitimate outcome.

A mediator shall warn parties about probable impact which the settlement might have on non – participant third parties,<sup>119</sup> also a mediator shall advise them about problems that may arise in case efficiency of mediation settlement depends on the will of outsiders.

A mediator is liable to avoid achieving a settlement, to which a party agrees without realization of right of self determination.<sup>120</sup> Namely when a party takes involuntary, uninformed or coercive decision or when a party is in weak position, incapable situation while coming to a settlement with another party.<sup>121</sup> According to New York standards, in case there is disbalance of forces between parties, as a result of which one or both parties are incapable to realize their right of self determination, a mediator should postpone a session, withdraw from the process, stop mediation or undergo consultations with mediation centre employees.<sup>122</sup>

Mediators' Standards of Texas provide that it is liability of a neutral third party to postpone mediation, when a party is deprived of a possibility to ensure conscious participation in the process.<sup>123</sup> Standards of Virginia reflect liability of a mediator to withdraw from the process when one of the parties can not comprehend terms and conditions of mediation settlement.<sup>124</sup>

California court rules provide that a mediator shall facilitate participation of parties in the process on the basis of voluntariness and right of self determination.<sup>125</sup> A mediator shall not allow a settlement which is illegitimate or threatens integrity of mediation institution. This may imply unacceptability of such actions, which result into losing public trust and credibility in mediation institution and undermining ethical integrity of the institution.

## 8. Stopping the Process - Discretionary Right or Liability?

Certain Codes of Ethics for mediation and legal acts<sup>126</sup> state, that in case parties make an illegitimate, amoral decision, the settlement will be unenforceable and a mediator shall either stop mediation, or refuse

---

Mediation Outcome, *ELaw Journal: Murdoch University Electronic Journal of Law*, 17(2) 2010, 13-22, <<file:///C:/Users/user/Desktop/curret%20research/62-260-1-PB%20enforceability.pdf>>.

<sup>117</sup> *Stulberg J.B.*, *Mediation and Justice: What Standards Govern?*, 6 *Cardozo J. Conflict Resolution*, 2005, 242.

<sup>118</sup> *Shapira O.*, *Conceptions and Perceptions of Fairness in Mediation*, 54 *South Tex. Law Rev.*, 2012, 333.

<sup>119</sup> *Finland Act on Mediation in Civil Matters and Confirmation of Settlements in General Courts*, 394/2011, Art. 23, <<http://www.finlex.fi/en/laki/kaannokset/2011/en20110394.pdf>>. See also *Esplugues C., Louis M.*, *New Developments in Civil and Commercial Mediation, Global Comparative Perspectives*, *Ius Comparatum*, Springer International Publishing Switzerland, 2015, 286.

<sup>120</sup> *Stulberg J.B.*, *Mediation and Justice: What Standards Govern?*, 6 *Cardozo J. Conflict Resolution*, 2005, 242-243.

<sup>121</sup> *Shapira O.*, *Conceptions and Perceptions of Fairness in Mediation*, 54 *South Tex. Law Rev.*, 2012, 336.

<sup>122</sup> *Standards of Conduct for New York State CMTY. Dispute Resolution CTR. Mediators, Office of Alt. Dispute Resolution&Court Improvement Programs 2009*, §I cmt. 4, <[http://www.courts.state.ny.us/ip/adr/Publications/Info\\_for\\_Programs/Standards\\_of\\_Conduct.pdf](http://www.courts.state.ny.us/ip/adr/Publications/Info_for_Programs/Standards_of_Conduct.pdf)>.

<sup>123</sup> *Texas Ethical Guidelines for Mediators*, §13, *Advisory Committee on Court-Annexed Mediations 2005*, <[http://www.txcourts.gov/All\\_Archived\\_Documents/SupremeCourt/AdministrativeOrders/miscdocket/05/05910700.pdf](http://www.txcourts.gov/All_Archived_Documents/SupremeCourt/AdministrativeOrders/miscdocket/05/05910700.pdf)>.

<sup>124</sup> *Virginia Standards of Ethics and Professional Responsibility for Certified Mediators*, 2011, §1.3, <<http://www.courts.state.va.us/courtadmin/aoc/djs/programs/drs/mediation/soe.pdf>>

<sup>125</sup> *The California Rules of Court*, §3.853 (a), <[http://www.courts.ca.gov/documents/title\\_3.pdf](http://www.courts.ca.gov/documents/title_3.pdf)>.

<sup>126</sup> *Law of Lithuania on Conciliatory Mediation in Civil Disputes*, 2008, Art. 5 (4).

to participate.<sup>127</sup> In case a mediator or outsiders to the mediation consider, or would have considered in certain circumstances that mediation settlement is illegitimate, or is substantially uneven for parties, is based on wrong information, he/she has to advise the parties about the above problem, guide their efforts, so that they can change their offers or make new ones. If, despite many attempts, an impartial third party is not able to ensure fairness of the process, he / she is entitled to withdraw from the process or stop it.<sup>128</sup> Nebraska guidelines define that a mediator shall consciously and deliberately not allow making an illegitimate decision.<sup>129</sup>

A mediator can refuse to draw up a settlement agreement or sign it if it is fundamentally unfair<sup>130</sup> for one of the parties,<sup>131</sup> is unfriendly,<sup>132</sup> or its content will not be recognized and supported by the public.<sup>133</sup> If in such a case a mediator does not attempt to avoid plainly unfair outcome,<sup>134</sup> and later illegitimacy of mediation becomes clear, it will significantly undermine mediation institution.<sup>135</sup>

According to individual Codes of Ethics<sup>136</sup> a mediator has discretion to decide whether to refuse participation or to stay in a specific process. E.g. Canada Family Mediation Code<sup>137</sup> states, that a mediator is not entitled to withdraw from the process without a valid excuse and relevant notification made to the parties.<sup>138</sup> He / she is entitled to stop mediation process if he / she believes that with high probability decision will be made without meeting<sup>139</sup> the principle of autonomy<sup>140</sup> or it will be illegitimate.<sup>141</sup> It seems that the above provision is facultative, but it should be defined in relation with another provision of the same Code, which says, that a mediator shall suspend or stop the mediation process, if it can no longer be beneficial.<sup>142</sup> It is difficult to define what is meant here – benefit acceptable for parties, or generally, common good. Though on the basis of systemic analysis of the above provision it may be said that an ille-

---

<sup>127</sup> *Shapira O.*, Conceptions and Perceptions of Fairness in Mediation, 54 South Tex. Law Rev., 2012, 317.

<sup>128</sup> *Cooley J.W.*, A Classical Approach to Mediation – Part I: Classical Rhetoric and The Art of Persuasion in Mediation, 19 Dayton L. Rev., 83, 1993, 130.

<sup>129</sup> Manual of Standards and Ethics for ODR- Approved Mediation Center Mediators, Directors and Staff, § III. E. 3, Nebraska Office of Dispute Resolution, <[www.supremecourt.ne.gov/5553/statutes-rules-policies-and-standards](http://www.supremecourt.ne.gov/5553/statutes-rules-policies-and-standards)>.

<sup>130</sup> Jams Mediators Ethics Guidelines, §VII, 2013, <<http://www.jamsadr.com/mediators-ethics/>>; *Waldman E.*, Mediation Ethics, Cases and Commentaries, Jossey-Bass, A Wiley Imprint, United States of America, 2011, 394.

<sup>131</sup> Georgia Ethical Standards for Mediators, §IV. A, 30, Georgia Commission on Dispute Resolution, 2012, <[http://godr.org/sites/default/files/Godr/mediator\\_ethics\\_information/APPENDIX%20C%2C%20CHAP%201%2C%206-18-2013.pdf](http://godr.org/sites/default/files/Godr/mediator_ethics_information/APPENDIX%20C%2C%20CHAP%201%2C%206-18-2013.pdf)>.

<sup>132</sup> German Mediation Act, 21 July, 2012, §2 (5), <[https://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_mediationsg/englisch\\_mediationsg.html](https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_mediationsg/englisch_mediationsg.html)>; *Rützel S., Wegen G., Wilske S.*, Commercial Dispute Resolution in Germany, 2<sup>nd</sup> ed., C.H. Beck, München, 2016, 206.

<sup>133</sup> *Gibson K.*, Mediator Attitudes Toward Outcomes: A Philosophical View, 17 Mediation Q., 197, 1999, 209.

<sup>134</sup> *Judith J.L.*, Maute, Mediator Accountability: Responding to Fairness Concerns, Vol. 19990, Issue 2, J. Disp. Resol., 1990, 349, <<http://scholarship.law.missouri.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1196&context=jdr>>.

<sup>135</sup> *Bush R.A.B.*, The Dilemmas of Mediation Practice: A Study of Ethical Dilemmas and Policy Implications, J. Disp. Resol., Issue 1, 1994, 25–26, <<http://scholarship.law.missouri.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1267&context=jdr>>.

<sup>136</sup> Georgia Ethical Standards for Mediators, Georgia Commission on Dispute Resolution 2012, Standard IV.A, <<http://www.godr.org/files/APPENDIX%20C,%20Chap%201,%201-19-2010.pdf>>; Model Standards of Practice for Family and Divorce Mediation, §XI. A. 4, <<https://www.afccnet.org/Portals/0/PublicDocuments/CEFCP/ModelStandardsOfPracticeForFamilyAndDivorceMediation.pdf>>.

<sup>137</sup> Family Mediation Canada Members Code of Professional Conduct, <[http://fmc.ca/sites/default/files/sites/all/themes/fmc/images-user/Members%20Code%20of%20Professional%20Conduct\\_0.pdf](http://fmc.ca/sites/default/files/sites/all/themes/fmc/images-user/Members%20Code%20of%20Professional%20Conduct_0.pdf)>.

<sup>138</sup> Family Mediation Canada Members Code of Professional Conduct, Art. 13.3, <[http://fmc.ca/sites/default/files/sites/all/themes/fmc/images-user/Members%20Code%20of%20Professional%20Conduct\\_0.pdf](http://fmc.ca/sites/default/files/sites/all/themes/fmc/images-user/Members%20Code%20of%20Professional%20Conduct_0.pdf)>.

<sup>139</sup> Party autonomy is considered to be one of the fundamental principles within mediation process. See, *Steffek F., Unberath H. (eds.), Genn H., Greger R., Menkel-Meadow C.*, Regulating Dispute Resolution ADR and Access to Justice at the Crossroads, Hart Publishing, Oxford and Portland Oregon, 2013, 284.

<sup>140</sup> German Mediation Act, 21 July, 2012, §2 (5), <[https://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_mediationsg/englisch\\_mediationsg.html](https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_mediationsg/englisch_mediationsg.html)>.

<sup>141</sup> Family Mediation Canada Members Code of Professional Conduct, Art. 13.4, <[http://fmc.ca/sites/default/files/sites/all/themes/fmc/images-user/Members%20Code%20of%20Professional%20Conduct\\_0.pdf](http://fmc.ca/sites/default/files/sites/all/themes/fmc/images-user/Members%20Code%20of%20Professional%20Conduct_0.pdf)>.

<sup>142</sup> Family Mediation Canada Members Code of Professional Conduct, Art. 13.2, <[http://fmc.ca/sites/default/files/sites/all/themes/fmc/images-user/Members%20Code%20of%20Professional%20Conduct\\_0.pdf](http://fmc.ca/sites/default/files/sites/all/themes/fmc/images-user/Members%20Code%20of%20Professional%20Conduct_0.pdf)>.

gitimate decision may not be viewed as providing well-being, which could be supported by Code of Ethics of mediation as a beneficial outcome of mediation.

Florida rules for Certified and Court Mediators oblige a mediator to timely stop the mediation process which is led by parties towards illegitimate outcome.<sup>143</sup>

Virginia Standards of Ethics and Professional responsibility define for mediators: a mediator shall stop mediation if he / she believes that fairness of the process is being encroached. The above may happen because of incapability or lack of will of a party to be actively involved in the process, fundamental inequality of participation in the negotiation process or uneven capacities of parties, unfairness, caused by withholding information, fraud on behalf of one of the parties or if there is legal commitment of a mediator to disclose confidential information.<sup>144</sup>

According to Model Standards of Conduct for Mediators<sup>145</sup> in case conflict of interests of a mediator may reasonably encroach ethical integrity of mediation, fairness of the process, it is desirable that a mediator stops the process or refuses to participate in it, despite of interest expressed by parties and their agreement regarding participation of the mediator.<sup>146</sup> In this case interest to protect public trust in mediation supersedes the right of self determination of parties.

If a mediator does not avoid a settlement to be made on the basis of coercion, deceit or principles of dishonest negotiation, this will undermine mediation institution but in addition it will be considered a failure of a mediator to meet his / her liabilities in relation to parties.<sup>147</sup>

Liability of a mediator in relation to society is to protect public interest from possible damage, which concurrently implies meeting his /sher liabilities in relation to the profession – avoiding ethical discreditation of mediation activity.<sup>148</sup>

Commitment of a mediator towards the profession reflects public opinion, – what the attitude of the society is and how it assesses mediation outcome. Public interest is abstraction of views and beliefs of individuals about pros and cons of certain events.<sup>149</sup> In this context a mediator is obliged to avoid such actions which might cause loss of trust of the society in mediation institution. A mediator's liability towards society is not limited to forming positive public opinion in relation of mediation. It also implies protection of public interest on behalf of a mediator. It is exactly within the confines of commitments in relation to the society, that a mediator is obliged not to allow illegitimate settlement to be made even if loss of public trust in mediation institution is not expected at all, since based on the confidentiality of information, the public will know nothing about illegitimacy of a settlement.<sup>150</sup> Since mediation settlement is achieved in compliance with confidentiality principle, behind closed doors, it is natural that threat of encroachment of public interest is increased.<sup>151</sup> In this case a mediator's commitment not to allow making an illegitimate settlement increases proportionally with this threat. This obligation is still in force based on importance to protect public interest.<sup>152</sup>

Providing just the right for stopping the process to a mediator might become a source for non-homogenous practice. In addition, in case parties make an illegitimate decision, which the court might in future refuse to enforce, parties may rise a reasonable right to claim indemnity in relation to a mediator, which might have had an interest to prolong the process in order to receive additional fee. A mediator may

---

<sup>143</sup> Florida Rules for Certified and Court-Appointed Mediators, §10.420(b)(4), <<http://www.mediate.com/articles/floridarules.cfm>>.

<sup>144</sup> Virginia Standards, Virginia Standards of Ethics and Professional Responsibility for Certified Mediators, §K. 4, 2011, 8 <<http://www.courts.state.va.us/courtadmin/aoc/djs/programs/drs/mediation/soe.pdf>>.

<sup>145</sup> Model Standards of Conduct for Mediators, AAA, ABA, ACR, 1994, Revised 2005f.

<sup>146</sup> Ibid, Revised 2005, §III, E.

<sup>147</sup> *Shapira O.*, Conceptions and Perceptions of Fairness in Mediation, 54 South Tex. Law Rev., 2012, 339.

<sup>148</sup> Ibid.

<sup>149</sup> *Higgs S.*, Mediating Sustainability, The Public Interest Mediator in the New Zealand Environmental Court, Environmental Law, Vol. 37:61, 2007, 82, <<https://law.lclark.edu/live/files/283-371higgs>>.

<sup>150</sup> *Shapira O.*, Conceptions and Perceptions of Fairness in Mediation, 54 South Tex. Law Rev., 2012, 340.

<sup>151</sup> *Zekoll J., Bälz M., Amelung I. (eds.)*, Formalisation and Flexibilisation in Dispute Resolution, Brill Nijhoff, Leiden/Boston, 2014, 65-66.

<sup>152</sup> *Shapira O.*, Conceptions and Perceptions of Fairness in Mediation, 54 South Tex. Law Rev., 2012, 340.

be considered to have failed to meet the liability of efficient use and expenditure of parties' and state resources, along with the principle of legitimacy of mediation.

It would be appropriate that future mediation legislation and Codes of Ethics of Georgia clearly emphasize stringent liability of a mediator and binding conduct rule in case of anticipated threat of making an unfair decision.

## 9. Conclusion

On the basis of survey of Codes of Ethics and legal acts it may be said, that from normative point of view a fair mediation settlement shall meet the following criteria: a). it should be made on the basis of self determination of parties; b). It should not undermine mediation institution by reducing public trust and credibility in it; c). it should not be illegitimate, or supporting illegitimate activities;<sup>153</sup> and d). it should not be amoral.

The principle of legitimacy of mediation,<sup>154</sup> as normative and doctrinal category, does not only require that mediation process is led in accordance with set procedures, but also implies legitimacy of content of a settlement achieved. Strict and direct interpretation of the above implies precise compliance with normative requirements of the law.

According to more popular interpretation, the principle of compliance of mediation implies, that a settlement shall not violate imperative norms of the law, shall not encroach state, public and third parties' interests. Full compliance and identity with norms of the law is not necessary.<sup>155</sup> The principle of legitimacy of mediation, as process, based on interests, requires exactly the above interpretation, which is recognized in international practice. Considering that mediation targets to achieve mutually beneficial outcome through settlement between parties, rather than just relevant distribution of rights and liabilities in accordance with the law, it is reasonable to allow insignificant deviation on behalf of parties<sup>156</sup> within confines, prudently defined by notion of fairness, third parties' and generally, public interests, state policy and moral principles.

In addition, any settlement of mediation, an action, damaging mediation institution, is illegitimate and amoral and should be considered unfair from normative point of view,<sup>157</sup> since it encroaches standards, set by the law and Codes of Ethics, moral norms, existing in relation to the profession and society.

It would be appropriate that conceptual findings presented on the basis of the study are adequately reflected in future Mediation Law and Codes of Ethics of Georgia, for retaining ethical integrity of mediation institution and advancement of fair practice.

---

<sup>153</sup> *Waldman E.*, *Mediation Ethics, Cases and Commentaries*, Jossey-Bass, A Wiley Imprint, United States of America, 2011, 195.

<sup>154</sup> *Cao L., Sun I.Y., Heberton B.*, *The Routledge Handbook of Chinese Criminology*, New York, 2014, 121.

<sup>155</sup> *Jiang B.*, *Civil Procedure Law of the People's Republic of China: A Practical Guide to Understanding and its Application*, Law Press, Beijing, 2012, 246, cited in: *Esplugues C., Louis M.*, *New Developments in Civil and Commercial Mediation, Global Comparative Perspectives*, *Ius Comparatum*, Springer International Publishing Switzerland, 2015, 212.

<sup>156</sup> *Esplugues C., Louis M.*, *New Developments in Civil and Commercial Mediation, Global Comparative Perspectives*, *Ius Comparatum*, Springer International Publishing Switzerland, 2015, 212.

<sup>157</sup> *Shapira O.*, *Conceptions and Perceptions of Fairness in Mediation*, *54 South Tex. Law Rev.*, 2012, 341.

## Rescuing Arbitration in the Developing World: The Extraordinary Case of Georgia<sup>1</sup>

*The country of Georgia has a long and interesting history with arbitration. From “telephone justice” to the criminal underworld to legitimacy, Georgian arbitration has survived many iterations. Now, as Georgia begins the EU accession process, it has a new arbitration law that incorporates international norms. This article analyzes the law, explores how arbitration has been implemented thus far, and discusses some of the challenges that remain. Drawing on his U.S. practice experience in arbitration and his work managing legal reform programs in Georgia and other countries, the author recommends some important changes to Georgia’s new arbitration regime. A particular area of concern is the use of mandatory consumer arbitration in firms’ standard form contracts. With some adjustments, arbitration in Georgia can become a model for other developing countries, balancing the commercial needs of firms with the justice and social needs of Georgian society. The author concludes that with his recommendations, other developing countries can learn from this experience and use arbitration to promote efficiency and investment, while safeguarding individuals’ rights.*

**Key Words:** Arbitration, Mandatory Arbitration, Georgia, Dispute Resolution, Russia, Soviet Union, UNCITRAL, Model Law on International Commercial Arbitration, Arbitral Tribunal, Interim Measures, Appointment, Arbitration Proceedings, Arbitration Award, Recognition and Enforcement of Awards

### I. Introduction

Arbitration has played an important role in dispute resolution in many countries. While it has a long history,<sup>2</sup> it only recently re-emerged in the 20th century as an essential mechanism for modern economies. Most legal professionals in the developed world are aware of its myriad advantages: lower costs, faster resolution, decisional finality, international enforcement, privacy, procedural flexibility, informality, and expert, impartial, party-chosen neutrals. Although arbitration is now ubiquitous in the developed world,<sup>3</sup> many underdeveloped countries are just beginning to incorporate arbitration into their dispute resolution regimes.<sup>4</sup> If implemented well, arbitration can help reduce court caseloads,<sup>5</sup> increase foreign investment<sup>6</sup> and foreign aid<sup>7</sup> in the host country, and promote general economic development.<sup>8</sup>

---

<sup>1</sup> First Published in Arizona Journal of International & Comparative Law, Vol. 32, No. 3, 2015.

\* Steven Austermiller was the Director for Legal Education at East West Management Institute (EWMI) on the USAID Promoting Rule of Law in Georgia Project. He is currently the Senior International Development Expert at the University of South Carolina’s Rule of Law Collaborative. He is also a member of the Board of Directors of the National Center for Alternative Dispute Resolution in Georgia. He manages programs relating to ADR, commercial law, and legal and professional education. He has also managed rule of law and reform projects in Cambodia, Bosnia and Herzegovina, Croatia, and other countries. Prior to his fieldwork, he was a partner at Pedersen & Houpt, a Chicago business law firm. He is a graduate of Northwestern University (B.A., Political Science) and Northwestern University School of Law (J.D.). The views expressed in this article are his own and are not necessarily those of EWMI, USAID, NCADR, the U.S. Government or any other organization. The author wishes to thank Sophie Tkemaladze, Sophie Panjikidze, Giorgi Vashakidze, Lana Chkhartishvili, and Amy Austermiller for their kind assistance.

<sup>2</sup> Steven C. Bennett, Arbitration: Essential Concepts 9 (ALM ed., 2002).

<sup>3</sup> Katherine V.W. Stone & Richard A. Bales, Arbitration Law 3 (2nd ed. 2010).

<sup>4</sup> See Roberto Danino, *The Importance of the Rule of Law and Respect for Contractual Rights in Transition Countries*, 17 Eur. Bus. L. Rev. 327, 333 (2006) (noting arbitration growth in developing and transition countries over past decade).

Although much has been written about ADR in the developing world, there is a relative dearth of academic literature on the implementation of arbitration specifically.<sup>9</sup> It is worth exploring whether arbitration is a useful tool for economic and social development or an unwelcome Western transplant that international players have imposed.<sup>10</sup> This article seeks to contribute to the discussion by focusing on an interesting developing world case study: arbitration in Georgia. Georgia is a post-communist, post-war country that has undertaken extensive structural reforms and is now on the doorstep of European Union membership.

Section One provides a brief historical summary. Section Two discusses the country's colorful yet regrettable history of dispute resolution. It explores the effects of almost 200 years of Russian and Soviet domination on the development of arbitration in Georgia. Section Three reviews in detail the new Georgian Arbitration Law that came into effect in 2010 and its implementation thus far. It is based on the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) Model Law.<sup>11</sup> While not without flaws, it delivers significant improvements over Georgia's earlier arbitration efforts. Section Four discusses recommendations for improving the law, focusing on statutory revisions and clarifications. Section Five addresses the most significant shortcomings of the arbitration regime—the use of mandatory consumer

---

<sup>5</sup> See Kiarie Njoroge, *Judiciary Moves to Cut Case Backlog Through Arbitrators*, Bus. Daily (July 28, 2014, 7:48 PM), <http://www.businessdailyafrica.com/Judiciary-moves-to-cut-case-backlog/-/539546/2400826/-/av3arqz/-/index.html>; *Arbitration Center in Nairobi to Reduce Case Backlog*, Standard Rep. (Sept. 30, 2014), [http://www.standardmedia.co.ke/article/2000136635/arbitration-centre-in-nairobi-to-reduce-case-backlog?articleID=2000136635&story\\_title=arbitration-centre-in-nairobi-to-reduce-case-backlog&pageNo=1](http://www.standardmedia.co.ke/article/2000136635/arbitration-centre-in-nairobi-to-reduce-case-backlog?articleID=2000136635&story_title=arbitration-centre-in-nairobi-to-reduce-case-backlog&pageNo=1).

<sup>6</sup> Felix O. Okpe, *Endangered Elements of ICSID Arbitral Practice: Investment Treaty Arbitration, Foreign Direct Investment, and the Promise of Economic Development and Host States*, 13 Rich. J. Global L. & Bus. 217, 249 (2014).

<sup>7</sup> Most multilateral lenders, such as the World Bank, the Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD), and the Asian Development Bank require arbitration while implementing contracts. *Position Paper on Arbitration in Thailand*, Am. Chamber Com. Thail., Oct. 2009, <http://www.amchamthailand.com/acct/asp/default.asp> (follow “Position Papers” hyperlink under “Resources and Archive” tab).

<sup>8</sup> See Christian Buhning-Uhle, Lars Kirchhoff & Gabriele Scherer, *Arbitration and Mediation in International Business* 57-60 (2d ed. 2006).

<sup>9</sup> Most of the literature focuses on mediation and its variants. See Scott Brown, et al., *Alternative Dispute Resolution Practitioner's Guide* (Ctr. for Democracy and Governance, USAID 1998), <http://www.usaid.gov/sites/default/files/documents/1868/200sbe.pdf> (last visited Sept. 13, 2015); Emily Stewart Haynes, *Mediation as an Alternative to Emerging Post-Socialist Legal Institutions in Central and Eastern Europe*, 15 Ohio St. J. Disp. Resol. 257 (1999); Nancy Erbe, *The Global Popularity and Promise of Facilitative ADR*, 18 Temp. Int'l & Comp. L.J. 343 (2004); Steven Austermiller, *Mediation in Bosnia and Herzegovina: A Second Application*, 9 Yale Hum. Rts. & Dev. L.J. 132 (2006); Cynthia Alkon, *The Cookie Cutter Syndrome: Legal Reform Assistance Under Post-Communist Democratization Programs*, 2002 J. Disp. Resol. 327 (2002); Minh Day, *Alternative Dispute Resolution and Customary Law: Resolving Property Disputes in Post-Conflict Nations, A Case Study of Rwanda*, 16 Geo. Immigr. L.J. 235 (2001); William Davis & Helga Turku, *Access to Justice and Alternative Dispute Resolution*, 2011 J. Disp. Resol. 47 (2011); Amy J. Cohen, *Debating the Globalization of U.S. Mediation: Politics, Power, and Practice in Nepal*, 11 Harv. Negot. L. Rev. 295 (2006); Eduardo R. C. Capulong, *Mediation and the Neocolonial Legal Order: Access to Justice and Self-Determination in the Philippines*, 27 Ohio St. J. on Disp. Resol. 641 (2012); Nancy D. Erbe, *Appreciating Mediation's Global Role in Promoting Good Governance*, 11 Harv. Negot. L. Rev. 355 (2006).

There are a small number of articles on implementing arbitration in the developing world. See Arnoldo Wald, Patrick Schellenberg & Keith S. Rosenn, *Some Controversial Aspects of the New Brazilian Arbitration Law*, 31 U. Miami Inter-Am. L. Rev. 223 (2000); Julio C. Barbosa, *Arbitration Law in Brazil: An Inevitable Reality*, 9 Sw. J. L. & Trade Am. 131 (2002); Hoda Atia, *Egypt's New Commercial Arbitration Framework: Problems and Prospects for the Future of Foreign Investment*, 5 Int'l. Trade & Bus. L. Ann. 1 (2000); Abdullah Khaled Al-Sofani, *Theoretic Study in Light of the Jordanian Arbitration Law: The Problem of Arbitration Clauses*, 32 Bus. L. Rev. 253 (2011); Rafael T. Boza, *Caveat Arbitrator: The U.S.-Peru Trade Promotion Agreement, Peruvian Arbitration Law, and the Extension of the Arbitration Agreement to Non-Signatories - Has Peru Gone Too Far*, 17 Currents: Int'l Trade L.J. 65 (2009); Tracy S. Work, *India Satisfies its Jones for Arbitration: New Arbitration Law in India*, 10 Transnat'l Law. 217 (1997). There is a plethora of literature on international arbitration award enforcement under the New York Convention (Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (1958), 330 U.N.T.S. 38; 21 U.S.T. 2517; 7 I.L.M. 1046 (1968), [http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral\\_texts/arbitration/NYConvention.html](http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/NYConvention.html) (last visited Feb. 23, 2015)) and many articles on investor treaty disputes involving the developing world, but they are largely outside the scope of this article.

<sup>10</sup> Carrie Menkel-Meadow, *Correspondences and Contradictions in International and Domestic Conflict Resolution: Lessons from General and Varied Contexts*, 2003 J. Disp. Resol. 319, 341 (2003).

<sup>11</sup> See *infra* note 105.



arbitration. The article proffers a comprehensive set of recommendations to address these shortcomings. The article concludes in Section Six that it is not too late for arbitration to have a positive impact in Georgia. It can serve the needs of both businesses and consumers, as long as the political will exists to undertake reforms. Although these conclusions are country-specific, Georgia's experience and this analysis will hopefully provide some lessons for other developing countries.

## II. Background and Historical Context

Georgia is a small country, roughly the size of South Carolina. It is located at important historical crossroads between Europe, Asia, and the Middle East. It is one of several countries located in the region known as the Caucasus. It lies on the eastern edge of the Black Sea, separating Russia from the Middle East. Georgia has nearly 5,000,000 people.<sup>12</sup> Its larger neighbors—Turkey and Iran/Persia to the south and Russia to the north—have long shaped its culture and history.

Periods of unity and break up have marked Georgian history.<sup>13</sup> In the tenth century, King Bagrat III united several principalities, and created the modern Georgian state, conquering territory and bringing wealth and power.<sup>14</sup> This lasted for a few hundred years before a Mongol invasion destroyed the empire.<sup>15</sup> At the beginning of the nineteenth century, the Russia annexed most Georgian lands.<sup>16</sup> After the February 1917 Russian Revolution, Georgia experienced a brief period of independence<sup>17</sup> until Soviet troops invaded and occupied the country in 1921.<sup>18</sup> For the next 70 years, Georgia remained a part of the Soviet Union and produced two important Soviet leaders, Joseph Stalin (ruled from 1924 to 1953) and Eduard Shevardnadze (1980s Soviet Foreign Minister, who promoted liberal policies under *glasnost* and *perestroika*).<sup>19</sup>

In 1991, when the Soviet Union began to collapse, Georgia declared independence, leading to a period of instability. Opposition forces deposed the first president, Zviad Gamsakhurdia, in early 1992.<sup>20</sup> After constitutional changes, Edward Shevardnadze was elected President. In 2003, he was overthrown in what came to be known as the *Rose Revolution*. The following elections brought Mikheil Saakashvili and his reform-oriented United National Movement (UNM) to power. After winning re-election in 2008, Saakashvili and the UNM lost the 2012 elections to the *Georgia Dream* coalition, which was headed by billionaire Bidzina Ivanishvili. This was the country's first peaceful transfer of power.

Throughout the post-Soviet period, Georgia suffered from instability related to the breakaway regions of Abkhazia and South Ossetia. The upheaval resulted in several wars,<sup>21</sup> including most recently the August 2008 war between Russia and Georgia, which resulted in the *de facto* loss of these regions.<sup>22</sup> Both regions declared independence<sup>23</sup> and currently operate as semi-autonomous states, controlled by Russia.<sup>24</sup>

---

<sup>12</sup> Central Intelligence Agency, World Factbook: Georgia, 2014, <https://www.cia.gov/library/publications/the-world-factbook/geos/gg.html> (last modified Sept. 24, 2015) [hereinafter World Factbook].

<sup>13</sup> See generally Donald Rayfield, *Edge of Empires: A History of Georgia* (2012).

<sup>14</sup> *Id.* at 74.

<sup>15</sup> Rayfield, *supra* note 13, at 118-31.

<sup>16</sup> Giorgi Intskirveli, *The Constitution of Independent Georgia*, 22 Rev. Cent. & E. Eur. L. 1, 1 (1996).

<sup>17</sup> Ferdinand Feldbrugge, *The Law of the Republic of Georgia*, 18 Rev. Cent. & E. Eur. L. 367, 368-69 (1992) [hereinafter Feldbrugge, *Law*].

<sup>18</sup> The Georgian Constitution was formally ratified only three days before the Red Army occupied Tbilisi. Ferdinand Feldbrugge, *The New Constitution of Georgia*, 22 Rev. Cent. & E. Eur. L. 9, 9-10 (1996).

<sup>19</sup> Russian terms for *openness* and *restructuring*, respectively.

<sup>20</sup> Feldbrugge, *Law*, *supra* note 17, at 371.

<sup>21</sup> In South Ossetia, there were three wars, in 1991-1992, 2004 and 2008. Charles King, *The Five-Day War*, 87 Foreign Aff. 4 (Nov.-Dec., 2008) <http://www.foreignaffairs.com/articles/64602/charles-king/the-five-day-war>. In Abkhazia, wars were fought in 1992-1993 and in 2008. See generally David Aphrasidze & David Siroky, *Frozen Transitions and Unfrozen Conflicts, Or What Went Wrong in Georgia?*, 5 Yale J. Int'l Aff. 121 (2010).

<sup>22</sup> *Abkhazia Profile*, BBC NEWS, <http://www.bbc.com/news/world-europe-18175030> (last modified June 3, 2014); *South Ossetia Profile*, BBC NEWS, <http://www.bbc.com/news/world-europe-18269210> (last modified Oct. 17, 2013).

<sup>23</sup> *Id.*; Milena Sterio, *On the Right to External Self-Determination: "Selfistans," Secession, and the Great Powers' Rule*, 19 Minn. J. Int'l L. 137, 167 (2010); Christopher J. Borgen, *The Language of Law and the Practice of Politics: Great Powers and the Rhetoric of Self-Determination in the Cases of Kosovo and South Ossetia*, 10 Chi. J. Int'l L. 1, 5-6 (2009-10); Ronald Thomas, *The Distinct Cases of Kosovo and South Ossetia: Deciding the Question*

Despite this instability, Georgia made impressive progress. In the 1990s, Georgia suffered from paramilitaries, corruption, deficits and power shortages. By the Rose Revolution in 2003, even President Shevardnadze admitted that Georgia had become a *failed state*.<sup>25</sup> The economy had shrunk 67% from its 1989 level and industry was operating at 20% of capacity.<sup>26</sup> Despite high levels of education, Georgia's national income per capita had sunk below Swaziland's.<sup>27</sup> However, the Rose Revolution ushered in a period economic recovery and stability that has continued to the present day. President Saakashvili<sup>28</sup> and the UNM were able to dramatically reduce corruption and crime.<sup>29</sup> They streamlined government services by creating Public Service Halls in each community to address citizens' needs.<sup>30</sup> They simplified the tax regime,<sup>31</sup> and implemented free-market reforms<sup>32</sup> that helped achieve almost 7% average annual GDP growth over the following decade.<sup>33</sup> By 2013, Georgia ranked 8<sup>th</sup> in the World Bank's Doing Business rankings.<sup>34</sup> Roughly one billion dollars in U.S. foreign aid assisted in this recovery.<sup>35</sup> In 2014, Georgia completed ratification of its Association Agreement with the EU, effectively consolidating its democratic market orientation.<sup>36</sup>

---

*of Independence on the Merits and International Law*, 32 Fordham Int'l L.J. 1990, 2023 (2008-09). South Ossetian and Abkhazian independence are recognized by only four countries: Russia, Venezuela, Nicaragua, and Nauru. Nauru's recognition likely involved a quid pro quo. See Ellen Barry, *Abkhazia is Recognized — by Nauru*, N.Y. Times (Dec. 15, 2009) [http://www.nytimes.com/2009/12/16/world/europe/16georgia.html?\\_r=0](http://www.nytimes.com/2009/12/16/world/europe/16georgia.html?_r=0).

<sup>24</sup> See *Abkhazia Profile*, *supra* note 22; *South Ossetia Profile*, *supra* note 22.

<sup>25</sup> Rayfield, *supra* note 13, at 391.

<sup>26</sup> Professor Stephen Jones of Mount Holyoke College provided this statement to the U.S. Congress: Between 1997 and 2000, expenditure on defense decreased from \$51.9 million to \$13.6 million; education from \$35.6 million to \$13.9 million . . . The state's inability to fund its social insurance and employment funds; maintain its army, education and transport; or stimulate agriculture and industry has led the majority of the population to view the state as irrelevant, unrepresentative and corrupt. *The Republic of Georgia: Democracy, Human Rights and Security: Hearings before the U.S. on Security and Cooperation in Europe* 107th Cong. 2 (2002) (Statement of Stephen Jones, Mount Holyoke College).

<sup>27</sup> Charles King, *A Rose Among Thorns*, 83 Foreign Aff. 13, 16 (2004) [hereinafter King, *Rose*].

<sup>28</sup> Educated at Columbia Law School in New York.

<sup>29</sup> According to the U.S. State Department, overall crime steadily decreased due to the professionalization of the police force and the general rise in living standards. Georgia 2014 Crime and Safety Report, U.S. Dep't of State, Bureau Diplomatic Sec., Overseas Security Advisory Council (OSAC), <https://www.osac.gov/pages/ContentReportDetails.aspx?cid=15207> (last modified Feb. 24, 2014). In Transparency International's Corruption Perceptions Index, Georgia ranked five spots from the bottom, tied with Angola and Cameroon in 2003. Eleven years later, Georgia had risen to fiftieth place out of 174 countries, ahead of seven EU members. Transparency International, *Corruption Perceptions Index 2014*, <http://www.transparency.org/cpi2014/results>.

<sup>30</sup> Public Service Hall, [http://psh.gov.ge/?lang\\_id=ENG](http://psh.gov.ge/?lang_id=ENG) (last visited Feb. 23, 2015).

<sup>31</sup> Stephen P. Smith, *When More is Not Necessarily Better: A Corporate Governance Tale of Two Countries*, 10 Dartmouth L.J. 64, 83-84 (2012).

<sup>32</sup> As part of its dramatic institutional reforms, the government eliminated eighty-four percent of all licensing requirements and created a one stop shop for licenses. 2014 Investment Climate Statement – Georgia, Bureau of Econ. and Bus. Aff., Dept. State Report, 1, 3 (2014) <http://www.state.gov/documents/organization/229020.pdf> (last modified June 2014) [hereinafter State Report].

<sup>33</sup> *Data: GDP Growth (annual %), Table: Georgia*, The World Bank <http://data.worldbank.org/indicator/NY.GDP.MKTP.KD.ZG/countries/GE?page=1&display=default> (last modified 2015). With the exception of 2009 (in the aftermath of Russian invasion and worldwide financial crisis), Georgian annual GDP growth averaged 6.91% from 2004 – 2013, according to the World Bank. For comparison, the United States averaged 2.27% and the EU averaged 1.68% annual GDP growth in the same years. *Id.*

<sup>34</sup> World Bank Group, *Doing Business: Economy Rankings 2014*, The World Bank <http://www.doingbusiness.org/rankings> (last modified 2015). Georgia was ranked 100<sup>th</sup> in 2006 and rose to eighth by 2013. The U.S. State Department reported, "Georgia has made sweeping economic reforms since the *Rose Revolution*, moving from a near-failed state in 2003 to a relatively well-functioning market economy in 2014." State Report, *supra* note 32, at 1.

<sup>35</sup> *Georgia: Accomplishments and Lessons Learned from Implementation of the U.S. \$1 Billion Aid Package to Georgia Six Years After the Georgia-Russia Conflict*, U.S. Embassy Tbilisi, Georgia (Unclassified Cable, August 5, 2014)(on file with author). According to Charles King, the United States also provided one billion dollars in democracy and development aid to Georgia from 1991 to 2004, constituting "by far Washington's largest per capita investment in any Soviet successor state." King, *Rose*, *supra* note 27, at 14.

<sup>36</sup> See Geor. Int'l. Chamber of Commerce, *Deep and Comprehensive Free Trade Agreement: Threat or Opportunities for Georgian Entrepreneurs?*, ICCOMMERCE 18 (2d ed. 2014), <http://www.icc.ge/www/download/ICCOMMERCE%20edition%202.pdf> [hereinafter ICCOMMERCE] (noting that Association Agreement

Georgia has now reached an important historical milestone. It has made the philosophical decision to become part of a community of trading nations centered on the EU. It now must prepare for the consequences. The resulting increased commercial activity, trade and investment<sup>37</sup> will require improved dispute resolution structures. Despite recent progress, the judiciary still has room for improvement.<sup>38</sup> A survey of Georgian business leaders revealed that “ignorance of commercial law” and “slowness of legal procedures” are serious problems.<sup>39</sup> As a result, only 26% of businesses are willing to take a dispute to court.<sup>40</sup> The general public also has low levels of trust in the courts.<sup>41</sup> If individuals and businesses cannot use the courts to enforce their rights, economic and social activity will suffer.<sup>42</sup> Given these concerns, arbitration may be a useful remedy. This paper will analyze the historical record, the current status and the future of arbitration in Georgia.

### III. Arbitration History

#### A. Russian/Communist Arbitration

Arbitration is an old concept in Georgia and has been present in various forms for centuries. Traditionally, local community leaders arbitrated many disputes relating to land or family matters.<sup>43</sup> When the Russian empire incorporated Georgia, arbitration was available under existing imperial laws, where the fora were known as *Treteiskii Courts* (Russian for tertiary or third-party courts).<sup>44</sup>

After the Russian revolution, the short-lived Georgian Republic created a *Wages Council* that was, *inter alia*, empowered to arbitrate wage disputes.<sup>45</sup> Around the time that the U.S.S.R. absorbed Georgia, the Soviets introduced two arbitration initiatives.

---

establishes conditions for bilateral free trade agreement with EU). In response to the agreement, Russia cancelled its own free trade agreement with Georgia. *Russia Plans to Suspend its Free Trade Agreement with Georgia*, ITAR-TASS News Agency (July 30, 2014), [http://tass.ru/en/economy/742973?utm\\_medium=rss20](http://tass.ru/en/economy/742973?utm_medium=rss20).

<sup>37</sup> The new free trade pact with the EU will lead to large increases in trade. ICCOMMERCE, *supra* note 35, at 19. From the U.S. strategic perspective, important oil and gas pipelines linking the Caspian fields to Europe (and bypassing Russia and Ukraine) run through Georgia, and include significant U.S. private sector investment. *The Republic of Georgia: Democracy, Human Rights and Security: Hearings before the U.S. on Security and Cooperation in Europe* 107th Cong. 2 (2002) (Statement of Christopher H. Smith, Co-Chairman, Comm’n on Security and Cooperation in Europe).

<sup>38</sup> The U.S. State Department made this assessment on the judiciary in 2014: It is recommended that contracts between private parties include a provision for international arbitration of disputes because of ongoing judicial reforms in the Georgian court system. Litigation can take excessively long periods of time. Disputes over property rights have at times undermined confidence in the impartiality of the Georgian judicial system and rule of law, and by extension, Georgia’s investment climate. State Report, *supra* note 32, at 6.

<sup>39</sup> Caucasus Research Resource Centers (CRRC), *Attitudes to the Judiciary in Georgia: Assessment of General Public, Legal Professionals and Business Leaders*, 29 (May 2014), [http://www.crrc.ge/uploads/files/research\\_projects/JILEP\\_CRRC\\_Final\\_Report\\_30July2014.pdf](http://www.crrc.ge/uploads/files/research_projects/JILEP_CRRC_Final_Report_30July2014.pdf) (last visited Feb. 23, 2015)[hereinafter CRRC Georgia].

<sup>40</sup> *Id.*

<sup>41</sup> The public trusts the courts less than any other governmental institution. *Id.* at 4-5, 36.

<sup>42</sup> One study of transition democracies found that the courts’ ability to protect property rights is more important for investment than modern laws. Katherina Pistor, et al., *Law and Finance in Transition Economies*, 8 *Econ. Transition* 325, 326 (2000) [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=214648](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=214648) (last visited Feb. 23, 2015). Under these circumstances, businesses may revert to the use *private order* mechanisms. *Cf.* John McMillan & Christopher Woodruff, *Private Order Under Dysfunctional Public Order*, 98 *Mich. L. Rev.* 2421 (2000) (reviewing firms’ substitution of social networks and informal gossip in place of formal legal system in post-communist countries).

<sup>43</sup> Sofia Avilova, *Attaining Democracy in Georgia: Using Mediation to Rescue Georgia’s Democratic Transformation*, 17 *Mich. St. U. Coll. L. J. Int’l L.* 465, 478 (2008-2009).

<sup>44</sup> For instance, Section 15, Article 5 of the Sobornoe Ulozhenie of 1649 (the general codification of Russian laws by the Land Assembly) provided parties the right to have their disputes decided by private *Treteiskii Courts*. Ikko Yoshida, *History of International Commercial Arbitration and its Related System in Russia*, 25 *Arb. Int’l* 365, 368 (2009).

<sup>45</sup> Law on Wages Council, International Labour Office, art. 50, 1920 *Leg. Ser.* 1, at 6 (1920).

The first was the *Arbitrazh Courts*.<sup>46</sup> Starting in 1928, all domestic economic activity was to take place in state enterprises and any resulting disputes would be resolved under this new *Arbitrazh* system.<sup>47</sup> Moreover, the Soviet Union charged the *Arbitrazh* with regulatory authority as well as dispute resolution.<sup>48</sup> Because of their state-sponsored nature and jurisdiction, they were not arbitration fora at all, but more like commercial courts.

These courts developed a mixed reputation. The system was designed to serve the state first, not the disputants. Notably, many began to describe the Soviet system as one of “telephone justice”,<sup>49</sup> referring to a judge basing decision-making on grounds external to her assessment of law and facts.<sup>50</sup> As Solzhenitsyn wrote in the Gulag Archipelago, “[I]n his mind’s eye the judge can always see the shiny black visage of truth – the telephone in his chambers. This oracle will never fail you, as long as you do what it says”.<sup>51</sup> While this characterization may appear facile, telephone justice was present throughout the U.S.S.R. By the 1980s, *Izvestia*, the official newspaper, openly reported telephone justice as a widespread problem.<sup>52</sup>

For international trade disputes, the Soviets created the Foreign Trade Arbitration Commission (FTAC) in 1932.<sup>53</sup> The FTAC had exclusive jurisdiction over international disputes.<sup>54</sup> Its rules had some arbitration-like characteristics, such as party appointment of arbitrators, no appeals, foreign counsel, and wide discretion for arbitrator decision-making.<sup>55</sup> Yet, it functioned under the control of the party system.<sup>56</sup> All arbitrators on the FTAC list were trusted Soviet citizens employed as civil servants by the communist state.<sup>57</sup> There was no affirmative duty for prospective arbitrators to disclose circumstances that might call their partiality or independence into question.<sup>58</sup> Proceedings were in Russian and the forum site was Moscow.<sup>59</sup> For this and other structural reasons, there were obvious doubts as to the system’s impartiality.<sup>60</sup>

---

<sup>46</sup> Yoshida, *supra* note 44, at 377-78.

<sup>47</sup> Alexander S. Komarov, *Arbitration in Russia, Features of the International Commercial Arbitration Court at the Chamber of Commerce and Industry of the Russian Federation*, *International Commercial Arbitration: Different Forms and their Features* 299 (Giuditta Cordero-Moss ed., 2013).

<sup>48</sup> *Id.* at 300. The state *Arbitrazh* was charged with regulating all economic enterprises and had a right to initiate proceedings itself. Katharina Pistor, *Supply and Demand for Contract Enforcement in Russia: Courts, Arbitration, and Private Enforcement*, 22 *Rev. Cent. & E. Eur. L.* 55, 68 (1996). The state *Arbitrazh* even had quasi-legislative powers, such as mandating specific contract terms for institutions. *Id.* at 69.

<sup>49</sup> Telephone justice’ was the defining feature of the Soviet era.” Louise I. Shelley, *Corruption in the Post-Yeltsin Era*, 9 *E. Eur. Const. Rev.* 70, 72 (2000). There are also pre-Soviet examples of governmental influence on judicial decision making. *See, e.g.*, Jeffrey Kahn, *The Search for the Rule of Law in Russia*, 37 *Geo. J. Int’l L.* 353, 379 (2005-2006) (describing Ministry of Justice pressure on judge presiding in celebrated nineteenth century Russian trial of Vera Zasulich).

<sup>50</sup> Randall T. Shepard, *Telephone Justice, Pandering, and Judges Who Speak Out of School*, 29 *Fordham Urb. L.J.* 811, 812 (2001-2002).

<sup>51</sup> Alexander Solzhenitsyn, *Gulag Archipelago*, Vol. III, 521 (Harper & Row ed., 1974).

<sup>52</sup> *See, e.g.*, *Measures to Strengthen Legality*, 25 *Soviet Stat. & Dec.* 54 (Summer 1989)(citing *Izvestiia*, May 22, 1987, at 3 (“telephone justice” acknowledged as one of many shortcomings in Soviet judiciary)).

<sup>53</sup> Yoshida, *supra* note 44, at 381-83.

<sup>54</sup> *Id.* at 383.

<sup>55</sup> *Id.* at 384, 388-89.

<sup>56</sup> *See* Sandford B. King-Smith, *Communist Foreign Trade Arbitration*, 10 *Harv. Int’l L. J.* 34, 40 (1969) (arguing FTAC was a *de facto* national court for foreign cases).

<sup>57</sup> Yoshida, *supra* note 44, at 383. While there was no exception to this, the requirement was curiously never formalized into a rule. Kaj Hober, *Arbitration in Moscow*, 3 *Arb. Int’l* 119, 158 (1987). The FTAC President once explained, “foreigners may be included . . . but this would be pointless because [FTAC] performs its functions quite well with the situation as it now is.” Jonathon H. Hines, *Dispute Resolution and Choice of Law in United States – Soviet Trade*, 15 *Brook. J. Int’l L.* 591, 633-34 (1989).

<sup>58</sup> Pat K. Chew, *A Procedural and Substantive Analysis of the Fairness of Chinese and Soviet Foreign Trade Arbitrations*, 21 *Tex. Int’l L.J.* 291, 304 n.73 (1985-1986).

<sup>59</sup> *Id.* at 309.

<sup>60</sup> *See, e.g.*, King-Smith *supra* note 56, at 40; *see also* Hober, *supra* note 57, at 154 (noting many western businesses’ concerns and commentators’ criticisms); Samuel Pisar, *Soviet Conflict of Laws in International Commercial Transactions*, 70 *Harv. L. Rev.* 593, 635 (1957)(FTAC rules may have a bias in favor of Soviet substantive law and choice of law rules).

In *Amtorg Trading Corp. v. Camden Fiber Mills, Inc.*,<sup>61</sup> a New York State Court held an arbitration agreement with a Soviet firm void due to partiality concerns.<sup>62</sup> One study analyzed published FTAC cases and concluded that there was statistically significant evidence of partiality in decision-making.<sup>63</sup>

The Soviet Union was one of the first states to accede to the New York Convention.<sup>64</sup> It was also an early party to the European Convention on International Commercial Arbitration (the 1961 Geneva Convention). However, the Soviets did not pass domestic implementing legislation until 1988. As a result, there is no documented case where the Soviet Union enforced a foreign arbitral award—neither before nor after 1988.<sup>65</sup>

## B. Private Arbitration

The legacy of telephone justice and partiality has cast a long shadow over post-Soviet countries, including Georgia. The U.S. State Department reported to Congress in 1993 that telephone justice continued to exist in the Georgian judiciary.<sup>66</sup>

In 1997, Georgia abolished its local *Arbitrazh Courts*<sup>67</sup> and passed its first modern arbitration law, the Law on Private Arbitration (LOPA).<sup>68</sup> LOPA authorized the creation of commercial entities<sup>69</sup> that would provide dispute resolution services.<sup>70</sup> LOPA provided for confidentiality but only among members of the arbitral tribunal, not parties or witnesses.<sup>71</sup> In the interests of efficiency, LOPA attempted to mandate short decision periods, but the rules were so draconian that the opposite could result. The tribunal had to render an award within 30 days of commencement of proceedings or else resign, leaving the parties to start over.<sup>72</sup>

The most controversial aspects of the law related to recognition and enforcement. An arbitral award could be directly enforceable without court supervision or review.<sup>73</sup> There was provision made for limited court involvement if a party wished to *change* the award, but the rules were not clear.<sup>74</sup> Courts could also *suspend* awards if they found that enforcement would cause irreparable harm to a party, regardless of the merits.<sup>75</sup> LOPA also suffered from significant omissions. It had no safeguards against conflicts of interest.

---

<sup>61</sup> *Amtorg Trading Corp. v. Camden Fiber Mills, Inc.*, 197 Misc. 398, 94 N.Y.S.2d 651 (Sup. Ct 1950).

<sup>62</sup> *Id.* at 653. The decision was reversed on appeal because the parties accepted the conditions when contracting. The New York Court of Appeals added that its decision “does not preclude Camden from taking appropriate action should the arbitration in fact deprive it of its fundamental right to a fair and impartial determination.” *In re Arbitration Between Amtorg Trading Corp. and Camden Fiber Mills, Inc.*, 304 N.Y. 519, 521, 109 N.E.2d 606, 607 (1952).

<sup>63</sup> Chew, *supra* note 58, at 323-30.

<sup>64</sup> New York Convention, *supra* note 9.

<sup>65</sup> Komarov *supra* note 47, at 301.

<sup>66</sup> U.S. Dep’t. of State, Bureau of Democracy, HR, and Lab., Georgia Human Rights Practices, 1993 876, 880 (1994).

<sup>67</sup> See Salome Japaridze, *Interrelations Between the Annulment of the Arbitral Award and the Refusal of Recognition and Enforcement of the Arbitral Award*, 2013 Alt. Disp. Resol. Y.B. Tbilisi St. U., 229, 230.

<sup>68</sup> Law On Private Arbitration [LOPA], *Official Gazette of the Parliament of Georgia* [OGPG], No. 17-18, May 5, 1997 (Georgia)[hereinafter LOPA].

<sup>69</sup> Registered under the Entrepreneurship Law. Law on Entrepreneurship [LE], *Official Gazette of the Parliament of Georgia* [OGPG], No. 21-22, Oct. 28, 1994(Georgia)[hereinafter LE].

<sup>70</sup> LOPA *supra* note 69, art. 7.

<sup>71</sup> *Id.* art. 27.

<sup>72</sup> *Id.* art. 31.

<sup>73</sup> *Id.* art. 42; see also Sophie Tkemaladze, *A New Law—A New Chance for Arbitration in Georgia*, in International Scientific Conference: The Quality of Legal Acts and its Importance in Contemporary Legal Space (U. of Latvia Press 2012) 665, 665-66 (describing enforcement practice under LOPA)[hereinafter Tkemaladze, *New Law*].

<sup>74</sup> For instance, changing the award was allowed if the award violated the arbitration agreement or Georgian law. LOPA *supra* note 69, art. 43. Yet, the scope of these violations remained undefined. Tkemaladze, *New Law, supra* note 73, at 666.

<sup>75</sup> *Id.* art. 44. Courts had wide discretion to determine this harm, which contributed to inconsistent practices and uncertain enforcement rights.

It had virtually no provisions for interim measures.<sup>76</sup> And finally, it had no provision for international recognition and enforcement of foreign arbitral awards.

As a result of these deficiencies, the implementation of LOPA was disastrous. Providers engaged in arbitrations even after a different provider had rendered an award to the same parties in the same dispute.<sup>77</sup> Another disturbing trend was the use of arbitration to purloin the property of third parties.<sup>78</sup> The scheme worked as follows: two parties would fabricate a dispute over the ownership of property that was actually owned by a third person. The parties would engage an arbitration provider to resolve the contrived dispute. The provider would issue an order awarding the prevailing party the property and the Enforcement Bureau would execute that order, as legally mandated. The third party would then lose the property, without notice.<sup>79</sup> The Georgian courts would, on occasion, have the opportunity to review a domestic arbitration award, but even this was a fraught process. Many criticized the procedures as too cumbersome and time consuming.<sup>80</sup> The courts also struggled because the parameters of their power to *change* an award were unclear.<sup>81</sup>

LOPA also lacked provisions for the enforcement of foreign arbitral awards. This led to confusion and inconsistency when a party attempted to enforce a foreign arbitral award in Georgia. Georgia had ratified the New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards in 1994 (New York Convention). But the courts tended to ignore it, relying instead upon the Minsk Convention<sup>82</sup> or the Georgian Law on Private International Law (PIL)<sup>83</sup> as authority for recognition and enforcement rules.<sup>84</sup> This was problematic because both the Minsk Convention and the PIL only regulated recognition and enforcement of foreign *court judgments*, not arbitral awards.<sup>85</sup>

Although LOPA has been criticized,<sup>86</sup> it should be viewed in a wider context. It was passed during a prolific period of law-making that aimed to replace the inherited Soviet laws, and there was not much time for reflection.<sup>87</sup> As well, Georgian professionals were Soviet-trained and had no experience with private property<sup>88</sup> or private dispute resolution.<sup>89</sup> There was also a dearth of Georgian-language materials on arbitration and most professionals only had access to Russian resources.<sup>90</sup> Much of the corruption can also

---

<sup>76</sup> Interim measures are urgent measures, similar to preliminary injunctive relief in the United States.

<sup>77</sup> Giorgi Tsertsvadze, Commentary, *Brief Commentary to the Georgian Arbitration Law 2009*, 18 (Universal ed., 2011) [hereinafter Tsertsvadze, Commentary]. Unfortunately, this “double arbitration” was not rare during the LOPA period. *Id.*

<sup>78</sup> *Id.* at 30.

<sup>79</sup> *Id.*

<sup>80</sup> *Id.* at 18.

<sup>81</sup> Tkemaladze, *New Law*, *supra* note 73, at 666. Courts often interpreted this power to change as including the power to set aside an award. Tsertsvadze, Commentary, *supra* note 77, at 17.

<sup>82</sup> The Minsk Convention of 1993 is an international agreement to regulate the recognition and enforcement of civil court judgments among member countries of the Commonwealth of Independent States (CIS). Minsk Convention on Legal Assistance and Legal Relations in Civil, Family and Criminal Matters, Unified Register of Legal Acts and Other Documents of the Commonwealth of Independent States, Jan. 33, 1993 [hereinafter Minsk Convention]. Georgia was a member of the CIS until August 18, 2009. *Georgia's Withdrawal from CIS*, Ministry of Foreign Affairs of Georgia, <http://georgiamfa.blogspot.com/2008/08/georgias-withdrawal-from-cis.html> (last visited Feb. 23, 2015).

<sup>83</sup> Law on Private International Law [PIL], *Official Gazette of the Parliament of Georgia* [OGPG], No. 19-20, April 29, 1998 (Georgia)[hereinafter PIL].

<sup>84</sup> See George Tsertsvadze, *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards in Georgia*, at 2-5 (Oct. 2009) (unpublished Ph.D. thesis, Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht) (on file with author).

<sup>85</sup> *Id.*

<sup>86</sup> See, e.g., Japaridze, *supra* note 67, at 231.

<sup>87</sup> Laws on entrepreneurs, monopoly and competition, consumer protection, the judiciary, and a comprehensive Civil Code and Commercial Code were all passed during this period.

<sup>88</sup> In 1998, one U.S. expert recommended for the judiciary a comprehensive training program on market economics, competition and commercial law jurisprudence. William E. Kovacic & Ben Slay, *Perilous Beginnings: The Establishment of Antimonopoly and Consumer Protection Programs in the Republic of Georgia*, 43 *Antitrust Bull.* 15, 36 (1998).

<sup>89</sup> Tsertsvadze, Commentary, *supra* note 77, at 15.

<sup>90</sup> *Id.* at 16.

be traced to the Soviet experience. Most professionals came of age under the Soviet system where *telephone justice* was commonplace and few countervailing norms or examples existed.

The lack of any lawyer licensing regime or regulatory controls also contributed to the problems. In the 1990s, almost anyone could act as a lawyer in court.<sup>91</sup> There was no body to control for qualifications, licensing or discipline.<sup>92</sup> A formal Georgian Bar Association was not established until 2005, eight years after LOPA's passage.<sup>93</sup> Moreover, there were no models of appropriate behavior, such as lawyer or arbitrator codes of ethics.

In addition to its formal shortcomings, LOPA also made it easy for lawyers to establish arbitration centers, and *required* that they be profit-making enterprises.<sup>94</sup> The centers competed for institutional clients that could insert mandatory arbitration clauses into their consumer contracts.<sup>95</sup> This created an environment that was rife with conflicts. Arbitration providers had an incentive to keep their clients happy by conducting proceedings in a manner consistent with their clients' interests. While not all lawyers or arbitration centers were unethical or incompetent, the arbitral environment was a toxic mix of opportunism, lack of education, absent ethical norms, and *laissez faire* oversight.

### C. Criminal Arbitration

LOPA also had competition from unlikely quarters: the Georgian criminal underworld. In Georgia's criminal arbitration system, an extensive network of neighborhood underworld members engaged in dispute resolution.<sup>96</sup> These *Thieves-in-Law* (TIL) and their subordinates<sup>97</sup> were respected members of Georgian society and were often called upon to help resolve neighborhood, family, and business disputes.<sup>98</sup> Their dispute resolution services were more efficient and carried the threat of more effective enforcement measures than those of the courts or arbitration institutions.<sup>99</sup>

A July 2014 decision by the European Court of Human Rights analyzed Georgia's criminal arbitration history in connection with a challenge to sections of Georgia's Criminal Code that outlawed the settlement of disputes using the authority of a TIL.<sup>100</sup> The applicant had been convicted of engaging in an illegal dispute resolution mechanism by settling a few neighborhood disputes.<sup>101</sup> As picayune as these matters may have been, they constituted criminal activity because they were evidence of the defendant's membership in a criminal network, and accordingly, he was sentenced to seven years in prison.<sup>102</sup> Upon appeal, ECHR Court upheld the conviction and found that Georgia's laws prohibiting criminal dispute resolution were not in violation of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms.<sup>103</sup>

---

<sup>91</sup> See Christopher P.M. Waters, *Who Should Regulate the Baku-Tbilisi-Ceyhan Pipeline*, 16 *Geo. Int'l Env'tl. L. Rev.* 403, 413 (2004) (citing Christopher P.M. Waters, *Counsel In the Caucasus: Professionalization and Law in Georgia* (2004)).

<sup>92</sup> *Id.*

<sup>93</sup> See Christopher Waters, *Market Control and Lawyers in the Former Soviet Union*, 8 *J. L. Soc'y* 1, 7 (2007).

<sup>94</sup> LOPA, *supra* note 69, art. 7.

<sup>95</sup> Tkemaladze, *New Law*, *supra* note 73, at 665.

<sup>96</sup> See generally Gavin Slade, *Reorganizing Crime: Mafia and Anti-Mafia in Post-Soviet Georgia*, (2013)(providing detailed history of the TIL in Georgia). In some cases, they became powerful enough to nominate judges. Avilova, *supra* note 43, at 478 n. 90.

<sup>97</sup> Subordinates were referred to as *avtoritet*. Avilova, *supra* note 42, *Id.* at 478.

<sup>98</sup> See, e.g., *Case of Ashlarba v. Georgia*, No. 45554/08, § 4, *Eur. Ct. H.R.* at 7 (2014).

<sup>99</sup> They sometimes charged a high fee for their services. Avilova, *supra* note 43, at 478.

<sup>100</sup> *Ashlarba*, *supra* note 98.

<sup>101</sup> *Id.* at 3.

<sup>102</sup> *Id.* at 2.

<sup>103</sup> *Id.* at 10-13. The Court also concluded that Georgia's criminal arbitration was a legacy of the Soviet system. *Id.* at 6-7. The TILs' practices likely affected the way clients expected lawyers to resolve legal disputes and probably impacted the evolution of Georgian arbitration.

## IV. Georgia's New Arbitration Law

In 2010, Georgia's new arbitration law, the Law of Georgia on Arbitration (LoA) went into effect.<sup>104</sup> The Georgian LoA largely follows the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration<sup>105</sup> (Model Law). As a result, Georgia's arbitration rules are, but for some interesting departures, now harmonized with almost 70 nations, including important trading partners such as Turkey, Ukraine, Armenia, Azerbaijan, Russia and Germany.<sup>106</sup>

The LoA provides the courts with a more useful and constructive role in the arbitration regime. For the first time, Georgian courts now have jurisdiction over enforcement. However, the new law limits court intervention in arbitration proceedings to those instances specifically prescribed in the Model Law.<sup>107</sup> LoA Article 9 states that a court must terminate proceedings and refer the parties to arbitration if the case includes an arbitration agreement and a party makes a timely request.<sup>108</sup> Judicial non-interference is an important arbitration principle that promotes efficiency<sup>109</sup> and the LoA strikes a reasonable balance between those goals and the need to prevent the kind of injustice that occurred under LOPA. The following subsections review the most important parts of the new law.

### A. Scope

Under the LoA, not every matter may be arbitrated. The LoA limits arbitral tribunals to hearing "property disputes of a private character which are based on an equal treatment of the parties and that parties [sic] are able to settle between themselves."<sup>110</sup> The Georgian Civil Code defines *property* as "every thing [sic], as well as any intangible property benefit, which may be possessed, used and disposed of by natural and legal persons."<sup>111</sup> The *property* requirement probably constitutes a more expansive scope than the Model Law's requirement of disputes arising from a commercial relationship.<sup>112</sup> Although the Model Law drafters mandated a wide

---

<sup>104</sup> Law of Georgia on Arbitration [LoA], No. 13, July 2, 2009, *Official Gazette of the Parliament of Georgia*, [hereinafter LoA]. According to Article 48, the law entered into effect on January 1, 2010.

<sup>105</sup> U.N. Comm'n on Int'l Trade L., UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration with Amendments as Adopted in 2006, U.N. Doc. A/40/17 (2006) [hereinafter Model Law]. All UNCITRAL documents relating to the Model Law are available at <http://www.uncitral.org/uncitral/en/index.html>. According to UNCITRAL: the Model Law is designed to assist States in reforming and modernizing their laws on arbitral procedure so as to take into account the particular features and needs of international commercial arbitration . . . It reflects worldwide consensus on key aspects of international arbitration practice having been accepted by States of all regions and the different legal or economic systems of the world. *Id.*

<sup>106</sup> For the full list of countries adopting the Model Law, see UNCITRAL website, [http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral\\_texts/arbitration/1985Model\\_arbitration\\_status.html](http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration_status.html) (last modified 2015). The Explanatory Note to the draft LoA states that it was prepared in order to better harmonize Georgia's arbitration laws with Europe. Explanatory Note to Draft of Law on Arbitration of Georgia, 1 (2009)(in Georgian, on file with author) [hereinafter LoA Explanatory Note].

<sup>107</sup> The LoA states, "[i]n matters governed by this law, no court shall intervene in any matter except in cases expressly provided for in this law." LoA, *supra* note 104, art. 6(2).

<sup>108</sup> *Id.* art. 9(1); Civ. Proc. Code of Georgia [CPC], *Official Gazette of the Parliament of Georgia*, No. 47-48, Dec. 31, 1997, arts. 186(1)(d), 272(f) (Georgia)[hereinafter Georgia Civ. Proc. C.]. Arbitration occurs unless the court finds that the agreement is null and void. The dismissal requirement is not limited to Georgian arbitrations but rather to arbitration proceedings anywhere. This article was revised in 2015 to harmonize the LoA with the Model Law. Amendments to Law of Georgia on Arbitration, *Official Gazette of the Parliament of Georgia*, No. 3218, art. 1(3), March 26, 2015 (Georgia) [hereinafter LoA Amendments]. See also Model Law, *supra* note 105, art. 8(1). In order to refer a case to arbitration, the original LoA provision required the commencement of arbitral proceedings, not the mere presence of a valid arbitration agreement. LoA, *supra* note 104, art. 9(1)-(2).

<sup>109</sup> Gary Born, *The Principle of Judicial Non-Interference in International Arbitral Proceedings*, 30 U. Pa. J. Int'l L. 999, 999 (2008-2009).

<sup>110</sup> LoA, *supra* note 104, art. 1(2).

<sup>111</sup> Civil Code of Georgia [CC], *Official Gazette of the Parliament of Georgia* [OGPG], No. 31, July 24, 1997, art. 147 (Georgia)[hereinafter Georgia Civ. C.].

<sup>112</sup> Model Law, *supra* note 105, art. 1.



interpretation of the term *commercial*,<sup>113</sup> certain matters might be considered disputes relating to *property* and yet fall outside of the Model Law's scope. One example would be claims for wages under an employment contract.<sup>114</sup> There are no reported Georgian cases defining the boundaries of *property* for purposes of the LoA, but it seems reasonable to conclude that it will be given an expansive interpretation.

A more significant restriction in the LoA's scope is that the dispute must be of a *private character*. This restriction is not found in the Model Law. Neither the LoA nor any reported cases clarify this requirement. One case affirmed the arbitrability of a dispute centered on real estate redemption rights but provided no parameters of the *private character* requirement.<sup>115</sup> Important questions remain. Is a products liability claim a dispute of *private character*? Is an employee's claim of unsafe working conditions a dispute of *private character*?<sup>116</sup> A reference to state agencies' capacity to sign arbitration agreements under this framework may limit the *private character* requirement.<sup>117</sup> If disputes involving a state agency can be considered disputes of a *private character*, then a broad interpretation may be appropriate.

This indeterminate standard may also deter international arbitration in Georgia. Courts usually decide arbitrability questions based upon their own national law, regardless of the parties' agreement.<sup>118</sup> Because the LoA provides an uncertain framework on arbitrability, foreign parties may be concerned that their disputes will end up in Georgian courts. For these reasons, it would be useful to have judicial or legislative clarification here.

## B. Form of Arbitration Agreement

The LoA expands upon the succinct LOPA requirement that an arbitration agreement be in writing. It largely follows the Model Law's rules, with an interesting modification. Both the LoA and Model Law allow for the operative writing to be in any form, including electronic.<sup>119</sup> However, the LoA mandates that if one of the parties is a natural person or an administrative agency, then the arbitration agreement must be in writing. Here, the law requires a more restrictive definition of *writing* that must include a specific instrument signed by the parties.<sup>120</sup> This restriction is for the protection of consumers and is a welcome improvement.<sup>121</sup>

During the LOPA period, Georgian courts developed a rather strict interpretation of the writing requirements. If the parties did not clearly agree in writing, following all formal requirements, the courts might find the agreement invalid.<sup>122</sup> The strict interpretation was a logical response to the perceived injustice surrounding the arbitration regime. Under the LoA, the courts continued this restrictive practice.<sup>123</sup> Part of the

---

<sup>113</sup> The term "should be given a wide interpretation so as to cover matters arising from all relationships of a commercial nature, whether contractual or not." *Id.* art. 1 n.2.

<sup>114</sup> UNICITRAL's Analytical Commentary states, in connection with the Article 1 scope of *commercial*, "[n]ot covered are, for example, labour [sic] or employment disputes and ordinary consumer claims, despite their relation to business." U.N. Secretary-General, *Analytical Commentary on Draft Text of a Model Law on International Commercial Arbitration*, 18, U.N. Doc. A/CN. 9/264 (1985) [hereinafter Model Law, Analytical Commentary].

<sup>115</sup> Tbilisi Court of Appeal Case No. 2B/---11---2011 (full number and date not available).

<sup>116</sup> Recall that employment disputes, while falling outside the scope of the Model Law, might fall inside the LoA's jurisdiction over *property* disputes. Model Law, *Analytical Commentary*, *supra* note 113.

<sup>117</sup> LoA *supra* note 104, art. 8(8).

<sup>118</sup> See Bernard Hanotiau, *What Law Governs the Issue of Arbitrability?*, 12 Arb. Int'l 391 (1996).

<sup>119</sup> Model Law, *supra* note 105, art. 7(4); LoA, *supra* note 104, art. 8(5). The LoA defines "electronic communication" in Article 2(1)(b). The arbitration agreement is considered in writing if its content is recorded in any form, "irrespective of the form of the arbitration agreement or the contract." *Id.* arts. 8(4). Contract formation requirements are subject to the Civil Code of Georgia. Georgia Civ. C., *supra* note 111, arts. 319 – 48.

<sup>120</sup> LoA, *supra* note 104, art. 8(8).

<sup>121</sup> LoA Explanatory Note, *supra* note 106, 9. The LoA also included a special rule when both parties are natural persons, but the 2015 LoA Amendments struck that rule. LoA Amendments, *supra* note 108, art. 1(2).

<sup>122</sup> Tsertsvadze, Commentary, *supra* note 77, at 55-56 (citing Tbilisi City Court Case No. 2/8139-09, April 12, 2010 (finding agreement stating "any dispute that arises out of the contract should be resolved by private arbitration" was invalid)).

<sup>123</sup> *Id.* at 56 (citing Tbilisi City Court Case No. 2/1263-11, February 28, 2011 (finding agreement invalid that read: "[an arbitration provider] chosen by the plaintiff should resolve any dispute, arising out or in connection with [the

problem may have been the LoA's requirement that agreements include a specific reference to the arbitration rules of the chosen forum.<sup>124</sup> That requirement was problematic because it allowed a party or reviewing court to claim that a clause was insufficient even if there was a written agreement clearly identifying a particular arbitration provider but no specific reference to its rules. The 2015 LoA Amendments struck this requirement,<sup>125</sup> which should lead to greater judicial acceptance of arbitration agreements.

## C. Composition and Jurisdiction of the Arbitral Tribunal

### 1. Appointment

Arbitrator appointment is one of the most important decisions in arbitration.<sup>126</sup> The appointment rules and process will greatly affect the perception of fairness among the parties and public.<sup>127</sup> Under the LoA, the parties are free to determine the number of arbitrators at the time of contracting. In the absence of agreement, the number is three.<sup>128</sup> The parties are also free to choose any selection method. In practice, parties usually follow the selection method of the chosen arbitration provider.<sup>129</sup> In the event that they do not choose a selection method, the LoA follows the Model Law's default rules and provides that each party shall appoint one arbitrator and the two arbitrators shall appoint the third. If any arbitrator appointments are not made within the required time periods, the Georgian courts will, upon request of one of the parties, make the appointment, which is not appealable.<sup>130</sup>

The LoA also follows the Model Law's prohibition on preclusion of any arbitrator by reason of nationality.<sup>131</sup> This should promote confidence in Georgia as a location for international arbitration because it allows foreigners to serve on panels in international arbitration.<sup>132</sup>

---

contract between the parties] including disputes about the validity of the contract.”). *See also* Tkemaladze, *New Law*, *supra* note 73, at 669-70 (discussing Tbilisi Court of Appeals practice of invalidating agreements on lack of clarity grounds). Interestingly, providers are willing to work with parties to re-write the arbitral agreement to improve validity. The Batumi Permanent Court of Arbitration helped parties re-draft their arbitration agreements in seventeen percent of its cases. Tsertsvadze, *Commentary*, *supra* note 77, at 61 n. 211.

<sup>124</sup> The original LoA Article 2(2) stated: “[f]or purposes of this law, the agreement of the parties shall include a reference to the rules of arbitration of the permanent arbitration institution to which the parties have referred to resolve the dispute.” LoA, *supra* note 103, art. 2(2).

<sup>125</sup> LoA Amendments, *supra* note 108, art. 1(1)(b). The original clause was replaced with language that appears to mandate that any choice of specific arbitral forum necessarily also includes the choice to use that forum's rules. *See* LoA, *supra* note 104, art. 2(2). The amended Article 2(2) also now allows for parties to engage in *ad hoc* arbitration, with their own custom-made rules. *See* Explanatory Letter on the Draft Law of Georgia Amending the Law of Georgia on Arbitration, Working Group on Procedural Law of the Private Law Reform Council, December 15, 2014, <http://parliament.ge/en/law/7666/15244> (last visited June 3, 2015) [hereinafter Explanatory Letter]. This change will be useful for business to business disputes.

<sup>126</sup> Orkun Akseli, *Appointment of Arbitrators as Specified in the Agreement to Arbitrate*, 20 J. Int'l Arb. 247, 247 (2003). Appointment is crucial because, in many cases, the arbitrator is not bound by law or precedent but rather her own sense of justice and equity. *See* David Pierce, *The Federal Arbitration Act: Conflicting Interpretations of its Scope*, 61 U. Cin. L. Rev. 623, 625 (1992).

<sup>127</sup> The ability of both parties to equally participate in the selection of the decision maker is one of the hallmarks of a fair arbitral forum. *See* 3 Ian Macneil, *Federal Arbitration Law: Agreements, Awards, and Remedies under the Federal Arbitration Act* § 27:3 (1995 & Supp. 1997).

<sup>128</sup> LoA, *supra* note 104, art. 10.

<sup>129</sup> Tsertsvadze, *Commentary*, *supra* note 77, at 104. Most Georgian arbitration center rules default to one arbitrator that is chosen by the provider. *See, e.g.*, Rules of Arbitration Proceedings, Dispute Resolution Center, Ltd. (DRC), R. 5.3, [http://www.drc-arbitration.ge/index.php?option=com\\_content&view=category&id=47&Itemid=11&lang=en](http://www.drc-arbitration.ge/index.php?option=com_content&view=category&id=47&Itemid=11&lang=en) (last visited Sep. 11, 2015) [hereinafter DRC Arbitration Rules](requiring DRC to make appointment if case has one arbitrator). The DRC is one of Georgia's largest providers, handling 1,334 arbitration cases in 2013. *Id.* (follow “About Us” hyperlink; then follow “Statistics” hyperlink).

<sup>130</sup> LoA, *supra* note 104, art. 11. In practice, court appointment is rare. Tsertsvadze, *Commentary*, *supra* note 77, at 106.

<sup>131</sup> Model Law, *supra* note 131, art. 11(1).

<sup>132</sup> Model Law, *Analytical Commentary*, *supra* note 114, at 28 1.

## 2. Challenge

Arbitrator challenge procedures are a necessary evil. Although they function as an “escape valve” to help guarantee the integrity of the arbitral process, they can also be used to sabotage or impede the progress of an arbitration proceeding.<sup>133</sup> When considering the challenge procedures, it is important to recognize that Georgia is a small country and parties and arbitrators are likely to know each other. This provides opportunities for parties to better assess their arbitrator choices, but also entails a greater risk of conflicts or impartiality. The appointment of impartial arbitrators is one of the most important policy issues for Georgian arbitration. During the LOPA period, it was commonly suspected that arbitrators were partial.

The LoA’s new challenge procedures may help mitigate this issue. Its challenge rules are similar to the Model Law’s rules with one exception. In cases with a single arbitrator, the challenging party may petition the court directly, without need to submit a challenge to the tribunal.<sup>134</sup> This is an important change from the LOPA rules, which did not allow court supervision of the challenge process.<sup>135</sup> The right of appeal should provide parties with an increased measure of confidence that the panel will be impartial.<sup>136</sup> It may also help promote judicial support for arbitration. If judges are allowed to appoint, affirm and reject arbitrators, they will become more invested in the panel’s success.

In addition, the Georgian Arbitration Association (GAA) ratified its Code of Ethics for Arbitrators in 2014. The GAA Code of Ethics<sup>137</sup> is based on the 2003 ABA/AAA Code of Ethics for Arbitrators in Commercial Disputes.<sup>138</sup> The first nine Canons of the ABA/AAA Code were largely adopted in the GAA Code.<sup>139</sup> These rules are an excellent start to the professionalization of arbitrators in Georgia and may further promote confidence in arbitration.<sup>140</sup>

## D. Jurisdiction

The LoA envisions full acceptance of the *competence-competence* doctrine found in the Model Law.<sup>141</sup> The *competence-competence* doctrine holds that an arbitral tribunal has the authority to determine whether it has jurisdiction over the dispute.<sup>142</sup> A tribunal’s power to rule on its own jurisdiction is

---

<sup>133</sup> Christopher Koch, *Standards and Procedures for Disqualifying Arbitrators*, 20 J. Int’l Arb. 325, 325 (2003).

<sup>134</sup> LoA, *supra* note 104, art. 13(3). All court decisions are final and not appealable. *Id.*; Model Law, *supra* note 105, art. 13(3); Georgia Civ. Proc. C., *supra* note 108, art. 356<sup>15</sup>(6).

<sup>135</sup> LOPA, *supra* note 68, art. 15. The arbitration provider possessed the final decision on all challenges.

<sup>136</sup> LoA Article 6 does mandate that the tribunal shall be *independent* in its activities. LoA, *supra* note 104, art. 6. Although vague, this mandate might provide parties with additional court appeal rights.

<sup>137</sup> The GAA does not maintain a website, but it does have a Facebook page, , Georgian Arbitration Association (GAA), facebook, <https://www.facebook.com/GAAtbilisi?fref=ts> (last visited Sept. 12, 2015) [hereinafter GAA Facebook Page]. The GAA Code of Ethics is available at <http://edu.gba.ge/wp-content/uploads/2014/06/Code-of-Ethics-for-Arbitrators.pdf> (last visited Sept. 12, 2015).

<sup>138</sup> Code of Ethics For arbitrators in Commercial Disputes, American Bar Association and American Arbitration Association (2003), [https://www.adr.org/aaa/ShowProperty?nodeId=/UCM/ADRSTG\\_003867](https://www.adr.org/aaa/ShowProperty?nodeId=/UCM/ADRSTG_003867) (last visited Sept. 12, 2015) [hereinafter 2003 ABA/AAA Code].

<sup>139</sup> The final ABA/AAA Canon governing exemptions for non-neutral arbitration was rejected as inapplicable. Party-appointed arbitrators on a tripartite panel in the United States were sometimes considered “non-neutrals.” Olga K. Byrne, *A New Code of Ethics for Commercial Arbitrators: The Neutrality of Party-Appointed Arbitrators on a Tripartite Panel*, 30 Fordham Urb. L.J. 1815 *passim* (2002-2003); Code of Ethics For arbitrators in Commercial Disputes, Canon VII A(1) (1977). In contrast, international arbitration ethics norms include all arbitrators acting in a fully independent and impartial manner, with no exceptions. *Id.* at 1815-16, 1825. The 2003 ABA/AAA Code attempted to move U.S. standards closer to international standards by incorporating the international norms as a default presumption, but still allowing for parties to agree to employ non-neutral arbitrators, as set forth in Canon X. Similar to most other counties, Georgia does not allow non-neutral arbitrators. Clear, unequivocal standards are the most sensible approach for Georgia.

<sup>140</sup> The GAA is not a licensing body, but rather a voluntary professional organization. Nonetheless, the GAA is committed to publicizing and enforcing these rules. Throughout 2014, the GAA, in cooperation with the Georgian Bar Association, held workshops to inform lawyers and others about the Code. See GAA Facebook page, *supra* note 137. At the time of enactment, the Code was advisory in nature. The GAA plans to make it enforceable in the future.

<sup>141</sup> LoA, *supra* note 104, art. 16; Model Law, *supra* note 105, art. 16.

<sup>142</sup> C. Ryan Reetz, *The Limits of the Competence-Competence Doctrine in the United States Courts*, 5 Disp. Resol. Int’l 5, 5 (2011).

fundamental to arbitration and is regarded as one of the pillars of the Model Law.<sup>143</sup> Without this, a party could easily thwart an arbitration proceeding by raising jurisdictional questions in the courts.<sup>144</sup>

The LoA also adopts the Model Law's all-important *separability* principle.<sup>145</sup> The *separability* principle holds that the agreement to arbitrate is actually a separate legal agreement from the underlying contract, to which it is attached. So, if the underlying agreement is found invalid, the agreement to arbitrate is not *ipso jure* invalid. The tribunal retains jurisdiction to render that decision.<sup>146</sup> Without *separability*, the arbitrator's ruling of underlying contractual invalidity would also eviscerate her power to make such a decision, resulting in a logically circular impasse.<sup>147</sup> *Separability* works together with *competence-competence* to preserve tribunal autonomy. Similar to *competence-competence*, this principle is now firmly established in international arbitration.<sup>148</sup> Georgian courts have been supportive of both principles.<sup>149</sup>

## E. Interim Measures

One of the most significant shortcomings of LOPA was the lack of provision for interim measures.<sup>150</sup> As a result, there was no clear remedy for parties in need of injunctive relief to preserve the status quo, stop an ongoing harm, or prevent asset flight. The courts had interim relief provisions,<sup>151</sup> but LOPA appeared to preclude court jurisdiction unless the parties both agreed to waive the preclusion or the arbitration

---

<sup>143</sup> Peter Binder, *International Commercial Arbitration and Conciliation in UNCITRAL Model Law Jurisdictions* 214 (3<sup>rd</sup> ed., 2010). Most international arbitration rules allow for the arbitral tribunal to decide on its own jurisdiction. *See, e.g.*, Am. Arbitration Ass'n, *Commercial Arbitration Rules and Mediation Procedures*, 13 (2013) [https://www.adr.org/aaa/ShowProperty?nodeId=/UCM/ADRSTG\\_004103](https://www.adr.org/aaa/ShowProperty?nodeId=/UCM/ADRSTG_004103) [hereinafter AAA Rules]. Eight U.S. states have adopted Article 16, *inter alia*, of the Model Law and the *competence-competence* doctrine is generally accepted in the United States. Reetz, *supra* note 142, at 6.

<sup>144</sup> Model Law Article 8(1) and LoA Article 9(1), together with Georgia Civ. Proc. C. Article 356<sup>16</sup>, allow the court to make a jurisdictional decision even if it has been notified that the matter is the subject of an arbitration agreement. While the articles mandate court dismissal unless the agreement is invalid, they also tend to contradict the spirit of *competence-competence* by appearing to shift decision-making power from tribunal to court. Georgia Civ. Proc. C., *supra* note 108, arts. 186, 272) The preclusion of courts from the initial jurisdiction decision is referred to as the Negative Effect of Competence-Competence. John J. Barcelo III, *Who Decides the Arbitrators' Jurisdiction? Separability and Competence-Competence in Transnational Perspective*, 36 *Vand. J. Transnat'l L.* 1115, 1124 (2003). French law is the best example of this Negative Effect. *Id.* at 1124-26 (citing, *inter alia*, Article 1458 of the French Code of Civil Procedure). Some jurisdictions go part of the way towards the Negative Effect by interpreting Article 8 as requiring merely *prima facie* judicial confirmation of the existence and validity of an agreement. *Id.* at 1128 n.54, 1129 n.61 (referring to Switzerland, Hong Kong and Ontario). The United States rejected the Negative Effect of Competence-Competence in *First Options of Chicago v. Kaplan*, 514 U.S. 938 (1995), but continues to recognize the basic or positive *competence-competence* doctrine. Reetz, *supra* note 142, at 6.

<sup>145</sup> LoA, *supra* note 104, art. 16(1); Model Law, *supra* note 105, art. 16(1); *Explanatory Note by the UNCITRAL Secretariat on the 1985 Model Law on International Commercial Arbitration*, 25 (2006), [http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/07-86998\\_Ebook.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/07-86998_Ebook.pdf) (last visited Feb. 23, 2015)[hereinafter Model Law *Explanatory Note*].

<sup>146</sup> *See, e.g.*, Arthur Nussbaum, *The "Separability Doctrine" in American and Foreign Arbitration*, 17 *N.Y.U. L. Q. Rev.* 609 (1939-1940)(providing an early discussion on separability doctrine).

<sup>147</sup> *See* Alan Scott Rau, *The Arbitrability Question Itself*, 10 *Am. Rev. Int'l Arb.* 287, 341 (1999); Alan Scott Rau, *Everything You Really Needed to Know About "Separability" in Seventeen Simple Propositions*, 14 *Am. Rev. Int'l Arb.* 1, 81-82 (2003).

<sup>148</sup> Kaj Hober & Annette Magnussen, *The Special Status of Agreements to Arbitrate: The Separability Doctrine; Mandatory Stay of Litigation*, 2 *Disp. Resol. Int'l* 56, 56 (2008). *But see* Model Law *Explanatory Note*, *supra* note 145, 25 ("[a]s of 2003 the concepts are not yet generally recognized"). The separability doctrine was upheld in the United States, using different terminology, in *Prima Paint Corp. v. Flood & Conklin Mfg. Co.*, 388 U.S. 395 (1967). The U.S. Supreme Court later doubled down on separability in *Rent-A-Center, West, Inc. v. Jackson*, 561 U.S. 63 (2010). David Horton, *Mass Arbitration and Democratic Legitimacy*, 85 *U. Colo. L. Rev.* 459, 487 (2014)(reviewing Margaret Jane Radin, *Boilerplate: The Fine Print, Vanishing Rights, and the Rule of Law* (2013)).

<sup>149</sup> Tsertsvadze, *Commentary*, *supra* note 77, at 96.

<sup>150</sup> Notwithstanding this absence of authority, one expert states that Georgian arbitration centers would occasionally issue interim measures prior to the constitution of the arbitration tribunal. *Id.* at 140.

<sup>151</sup> Georgia Civ. Proc. C., *supra* note 108, art. 198.

agreement was invalid.<sup>152</sup> The absence of interim relief under LOPA was another disincentive for parties to choose arbitration.

The LoA provides for interim measures, partly in line with the Model Law's 2006 version of Article 17. Interim measures during Georgian arbitration are now allowed: (i) to maintain or restore the status quo, (ii) to prevent damage to a party or the arbitral process itself,<sup>153</sup> (iii) to preserve assets out of which an award may be satisfied, or (iv) to preserve evidence.<sup>154</sup> A party may petition the tribunal at any time prior to the final award for temporary relief. The rules set a high burden on the moving party. The party must show a likelihood of harm "not adequately reparable by an award of damages" if no relief is granted and that the harm will "substantially outweigh" the harm to the counterparty.<sup>155</sup> In addition, there must be a "reasonable possibility" that the moving party will succeed on the merits of the claim.<sup>156</sup> These conditions are in line with the Model Law. The Model Law drafters felt that this high standard was necessary to make the Model Law consistent with many national judicial systems.<sup>157</sup>

The Model Law's 2006 rules also include the availability of an *ex parte* preliminary order designed to prevent the frustration of a requested interim measure.<sup>158</sup> There are sound reasons why a party might need this—such as to prevent asset flight or property destruction. The LoA does not include this rule, but parties do retain the right to obtain interim relief from a Georgian court.<sup>159</sup> Under the Georgian Civil Procedure Code, parties may obtain a variety of interim remedies,<sup>160</sup> and they may even be granted on an emergency *ex parte* basis, prior to filing the formal complaint.<sup>161</sup> Therefore, the omission of *ex parte* preliminary orders from the LoA should not cause significant problems. In fact, the controversial nature of these powers would probably harm the reputation of arbitration in Georgia.<sup>162</sup>

Interestingly, the burden required for interim relief in the Georgian courts is lower than the burden at an arbitral tribunal. The Civil Procedure Code requires that parties prove "reasonable cause" for the court to believe that its decision would be frustrated in the absence of said relief.<sup>163</sup> This is analogous to the first element under the LoA—likelihood of harm not adequately reparable by an award of damages if no relief is granted.<sup>164</sup> However, the Civil Procedure Code, unlike the LoA, has no additional requirements that the harm, if not granted, substantially outweigh the harm to the counterparty or that the moving party show a

---

<sup>152</sup> LOPA, *supra* note 68, art. 30.

<sup>153</sup> The language could be used to justify anti-suit injunctions. Model Law, *supra* note 105, art. 17(2)(b); U.N. Comm'n on Int'l Trade L., Rep. on the Work of its Thirty-Ninth Session, 92-95, U.N. Doc. A/61/17 (2006) [hereinafter 2006 UNCITRAL Report].

The language was meant to apply to the range of creative or dilatory tactics used by parties to obstruct the arbitral process. *Id.* 94.

<sup>154</sup> LoA, *supra* note 104, art. 17.

<sup>155</sup> *Id.* art. 18(1)(a)-(b).

<sup>156</sup> *Id.* art. 18(1)(c).

<sup>157</sup> 2006 UNCITRAL Report, *supra* note 153, 99. This is somewhat similar to the requirements for preliminary injunctive relief in U.S. federal courts. *See, e.g.,* Winter v. Nat. Res. Def. Council, Inc. 555 U.S. 7 (2008).

<sup>158</sup> Model Law, *supra* note 105, art. 17 B - 17 C.

<sup>159</sup> LoA, *supra* note 104, art. 23.

<sup>160</sup> Georgia Civ. Proc. C., *supra* note 111, art. 198. Remedies include, *inter alia*, the seizure of property and the enjoining of acts. *Id.* art. 198(i)(2).

<sup>161</sup> *Id.* art. 192-193. The U.S. analogy is Fed. R. Civ. P. 65a (Preliminary Injunctions) and Fed. R. Civ. P. 65b (Temporary Restraining Orders without notice). The original LoA appeared to have excluded court emergency *ex parte* relief for international arbitration. LoA, *supra* note 104, art. 23(3). While not ideal, the exclusion might have leveled the playing field in international arbitration, since it is more likely that a domestic party would resort to such *ex parte* relief from a Georgian court. The 2015 LoA Amendments struck this exclusion, thereby allowing emergency *ex parte* claims in Georgian courts. LoA Amendments, *supra* note 108, art. 1(10); Explanatory Letter, *supra* note 125, §(a)(a.c.) (the amendments "authorize the court to apply interim measures, upon a party's request, even before an arbitral lawsuit is lodged").

<sup>162</sup> *But cf.* Nikoloz Chomakhidze, *Provisional Measures in International Arbitration*, Alt. Disp. Resol. Y.B. Tbilisi St. U., 108, 128 (2013).

<sup>163</sup> Georgia Civ. Proc. C., *supra* note 108, art. 191.

<sup>164</sup> LoA, *supra* note 104, art. 18(1)(a).

reasonable possibility of success on the merits of the claim.<sup>165</sup> In addition, Georgian public agencies have been reluctant to enforce tribunals' interim measures.<sup>166</sup> Given this reluctance and the higher burden, there is a strong incentive to circumvent the arbitral tribunal and directly petition the courts for interim relief.<sup>167</sup>

The LoA follows closely the Model Law's rules relating to the recognition and enforcement of interim measures. The most important development for international parties is that the law makes clear that such measures shall have binding force and be enforced by Georgian courts, irrespective of the country in which they were issued.<sup>168</sup> This is an important aspect of the new law and, in time, may have a significant impact.

As is the case with the Model Law, parties may prevent recognition and enforcement of interim awards under only limited circumstances.<sup>169</sup> These rules track the standard rules for recognition and enforcement of final awards with a few changes.<sup>170</sup> Under the Model Law, there is no clear placement of the burden of proof, but for most claims, the LoA clearly places a burden on the party seeking refusal of recognition or enforcement.<sup>171</sup> This is a helpful pro-enforcement signal to the courts.<sup>172</sup>

## F. Arbitral Proceedings

### 1. Equal Treatment and Opportunity to Present One's Case

The LoA follows the Model Law's guarantees of two fundamental arbitration principles, equal treatment of the parties and the opportunity to present one's case.<sup>173</sup> The Model Law drafters labeled these principles the *Magna Carta of Arbitral Procedure* because they regarded them as so essential to arbitration and perhaps the most important in the Model Law.<sup>174</sup> The reasons are self-evident. Equal treatment and the opportunity to present one's case are the essence of fairness.<sup>175</sup> They represent due process and the aspirations of all dispute resolution systems. While neither principle can be unconditional in practice, they are necessary for arbitration to remain viable.<sup>176</sup> Interestingly, the LoA moved the Model Law's equal treatment clause (Model Law Article 18) to the front of the LoA where it is now LoA Article 3. The placement of this near the front of the law emphasizes its importance and its application to the entire arbitration enterprise, and not merely the arbitral proceedings.<sup>177</sup> Given LOPA's weak protections of these principles, this was a sound legislative adjustment.

---

<sup>165</sup> *Id.* art. 18(1)(b)-(c).

<sup>166</sup> Tsertsvadze, Commentary, *supra* note 77, at 141-142.

<sup>167</sup> The authority to directly petition the Georgian courts is LoA Article 23.

<sup>168</sup> LoA, *supra* note 104, *id.* art. 21.

<sup>169</sup> *Id.* art. 22.

<sup>170</sup> *Id.* arts. 22(1)(a)-22(1)(b)(b.a.).

<sup>171</sup> Model Law, *supra* note 105, art. 17 I (1); LoA, *supra* note 104, art 22(1)(a). The UNCITRAL drafters purposely left this burden question for the applicable domestic law. Binder, *supra* note 143, at 271;

U.N. Comm'n on Int'l Trade L. Working Group on Arbitration and Conciliation, Rep. on the Work of Its Forty-Second Session, 73, U.N. Doc. A/CN.9/573 (2005) [hereinafter July 2005 UNCITRAL Report].

<sup>172</sup> A few claims have no clear burden, such as those under the public policy exception, which are considered *ex officio* grounds whereby the court must undertake its own independent review. LoA, *supra* note 104, arts. 22(1)(b).

<sup>173</sup> LoA, *supra* note 104, art. 3; Model Law, *supra* note 104, arts. 18-19.

<sup>174</sup> Model Law, *Analytical Commentary*, *supra* note 114, at 44 1.

<sup>175</sup> In the United States, the Federal Arbitration Act has been interpreted as mandating basic procedural fairness. *See, e.g.,* Born, *supra* note 109, at 1021 (citing Federal Arbitration Act, 9 U.S.C. §10 (2006)).

<sup>176</sup> Reza Mohtashami, *The Requirement of Equal Treatment with Respect to the Conduct of Hearings and Hearing Preparation in International Arbitration*, 3 Disp. Resol. Int'l 124 (2009). For instance, the "full opportunity to present one's case" does not mean that the party is entitled to use dilatory tactics or advance unlimited objections or new evidence on the eve of award issuance. Model Law, *Analytical Commentary*, *supra* note 105, at 46 8.

<sup>177</sup> There was some initial concern among the Model Law drafters that the placement of the equal treatment provision in a sub-section of the Model Law's Chapter V (Conduct of Arbitral Proceedings) might create an inference that the principle was limited to certain parts of the proceedings. Binder, *supra* note 143, at 277; *Summary Records of the 322nd Meeting*, [1985] 16 Y.B. Comm'n Int'l. Trade L. 466, 468 28, U.N. Doc. A/CN.9/SER.322.; Model Law, *Analytical Commentary*, *supra* note 114, at 46 7.

## 2. Determination of Rules of Procedure

Both the Model Law and LoA provide for party autonomy in determining the rules of procedure.<sup>178</sup> This freedom of parties to select their own procedural rules is another important arbitration principle.<sup>179</sup> One of the main reasons for arbitration's success has been the ability of parties, in contrast to court litigation, to craft procedures most appropriate for their needs.<sup>180</sup> This autonomy is subject to certain limitations.<sup>181</sup> For instance, parties cannot contract away the protections concerning equal treatment among parties.<sup>182</sup>

The LoA provides that in the event there is no party agreement on procedures the “dispute shall be resolved in accordance with the rules determined by the arbitral tribunal”.<sup>183</sup> The LoA omits the Model Law's reference to the tribunal's nearly unfettered discretion to craft appropriate rules.<sup>184</sup> This is unfortunate given the practical importance of arbitrators' procedural discretion.<sup>185</sup>

## 3. Place of Arbitration

The place of arbitration under the LoA follows the provisions in the Model Law. Parties have the freedom to choose where to hold the arbitration and the tribunal may exercise its own discretion for convenience reasons, where appropriate.<sup>186</sup> In international arbitration, this can be especially important since the location determines the type of court supervision and conflicts rules.<sup>187</sup>

## 4. Representation

The LoA provides parties the right to representation at any stage of proceedings by anyone.<sup>188</sup> The law refers to “an attorney or other representation,” which presumably opens the door to any individual that the party desires. This is important from an access to justice perspective. Many individuals in Georgia cannot afford to retain an attorney and will thus benefit from having a family member or friend, for instance, as a lay representative.<sup>189</sup>

## 5. Language and Statements of Claim and Defense

The LoA and Model Law offer the parties a choice of language, consistent with the party autonomy principle. Note that the LoA does not include a default Georgian language provision, even for domestic

---

<sup>178</sup> Model Law, *supra* note 105, art. 19; LoA, *supra* note 104, arts. 24, 2(2).

<sup>179</sup> Binder, *supra* note 143, at 281.

<sup>180</sup> Born, *supra* note 109, at 1003.

<sup>181</sup> See, e.g., Michael Pryles, *Limits to Party Autonomy in Arbitral Procedure*, 24 J. Int'l Arb. 327 (2007).

<sup>182</sup> Model Law, *Analytical Commentary*, *supra* note 114, at 45 3.

<sup>183</sup> LoA *supra* note 104, art. 24 (2).

<sup>184</sup> Model Law, *supra* note 105, art 19(2).

<sup>185</sup> Born, *supra* note 109, at 1010-15. Most international conventions and national legal systems, including the United States, provide for substantial tribunal discretion over procedures in the absence of party agreement. *Id.*

<sup>186</sup> LoA, *supra* note 104, art. 25; Model Law, *supra* note 105, art. 20.

<sup>187</sup> While it is generally understood that the law of the host country is important in international commercial arbitration (see also Noah Rubins, *The Arbitral Seat is No Fiction: A Brief Reply to Tatsuya Nakamura's Commentary, The Place of Arbitration in International Arbitration-Its Fictitious Nature and Lex Arbitri*, 16 Mealey's Int. Arb. Rep. 12 (2001)), some scholars have advanced a theory called “delocalization” that considers international arbitration as its own delocalized normative regime, not subject to national laws. See Tetsuya Nakamura, *The Place of Arbitration in International Arbitration-Its Fictitious Nature and Lex Arbitri*, 15 Mealey's Int. Arb. Rep. 11 (2000); Jan Paulson, *Delocalisation of International Commercial Arbitration: When and Why It Matters*, 32 Int'l & Comp. L.Q. 53 (1983).

<sup>188</sup> Model Law, *supra* note 105, art. 28.

<sup>189</sup> A complication can arise if the dispute is moved to the Georgian courts for any reason. Any “capable representative,” not necessarily a lawyer, can appear in the Courts of First Instance, Georgia Civ. Proc. C., *supra* note 108, art. 94(d), however only licensed attorneys (*advocates*) can appear in at the appellate levels. *Id.* arts. 93–101.

arbitration.<sup>190</sup> This is encouraging given that there are some domestic communities where Georgian is not the dominant language.<sup>191</sup>

If the parties have chosen a local arbitration forum, then that forum's rules regarding statement of claim and defense will apply. In the absence of agreed rules, the LoA follows the Model Law's reasonable rules.<sup>192</sup>

## 6. Form of Proceedings and the Taking of Evidence

The international commercial arbitration process often, but not always, involves an oral hearing that resembles the trial in a common law court.<sup>193</sup> However, some international tribunals proceed with only documentary and other material records.<sup>194</sup> The LoA follows the Model Law's efforts to steer a middle ground between these common law and civil law traditions by allowing the tribunal to decide whether an oral hearing is necessary in the absence of a specific request for one.<sup>195</sup> In the event of a request, the rules mandate that an oral hearing take place.<sup>196</sup>

The LoA, like the Model Law, does not go into extensive detail on how the tribunal shall conduct hearings.<sup>197</sup> However, the LoA does go further than the Model Law in specifically authorizing some of the tribunal actions that might take place. The LoA specifically provides that the tribunal may require a party to produce evidence to another party or the tribunal.<sup>198</sup> The tribunal may also summon witnesses and require their questioning,<sup>199</sup> although this is rare in Georgia.<sup>200</sup> Most of these procedures will be left to the parties or tribunal to determine.<sup>201</sup> Parties' adoption of the International Bar Association Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration (IBA Rules) would be allowed.<sup>202</sup>

---

<sup>190</sup> LoA, *supra* note 104, art. 29; Model Law, *supra* note 105, art. 22.

<sup>191</sup> Georgia has small minority communities where Armenian or Azeri are spoken at home and Russian is often preferred outside of the home. According to the 2002 census, the following were the largest groups in Georgia: Azeri 6.5%, Armenian 5.7%, Russian 1.5%. World Facebook, *supra* note 12.

<sup>192</sup> Model Law, *supra* note 105, arts. 23, 25; LoA, *supra* note 104, arts. 30-31, 33.

<sup>193</sup> In the vast majority of international commercial arbitrations, parties request an oral hearing. Mohtashami, *supra* note 176, at 128. Although the trend is moving towards more extensive written submissions and shorter hearings. *Id.*

<sup>194</sup> In most civil law systems, documentary evidence is preferred over witness testimony. Documentary evidence is also considered paramount in international arbitration. See Nathan D. O'Malley, *The Procedural Rules Governing the Production of Documentary Evidence in International Arbitration – As Applied in Practice*, 8 Law & Prac. Int'l Cts. & Tribunals 27, 27 (2009).

<sup>195</sup> LoA, *supra* note 104, art. 32(1).

<sup>196</sup> *Id.*

<sup>197</sup> As a practical matter, most arbitration forums will have their own set of applicable procedural rules.

<sup>198</sup> *Id.* arts. 35(2)(a), (c).

<sup>199</sup> *Id.* art. 35(2)(b). This tribunal-centered approach is more consistent with the civil law tradition (Georgia included) of the court taking primary responsibility for the calling and examining witnesses. For a more detailed discussion of the general differences between the common law and civil law traditions with respect to the taking of evidence and the emergence of a common middle road in international arbitration practice, see Mohtashami, *supra* note 176; Rolf Trittman and Boris Kasolowsky, *Taking Evidence in Arbitration Proceedings Between Common Law and Civil Law Traditions – The Development of a European Hybrid Standard for Arbitration Proceedings*, 31 U.N.S.W.L.J. 330, 333 (2008).

<sup>200</sup> Tsertsvadze, Commentary, *supra* note 84, at 131.

<sup>201</sup> UNCITRAL indicates that most international arbitration rules do not specify the details of hearings, such as the witness order, examination procedures, or the availability of opening and closing statements. The UNCITRAL Notes recommend that the tribunal decide these rules in coordination with the parties early in the process. UNCITRAL, Notes on Organizing Arbitral Proceedings (2012), <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/arb-notes/arb-notes-e.pdf> (last modified 2012).

<sup>202</sup> IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration, International Bar Association (2010), <http://www.ibanet.org/Document/Default.aspx?DocumentUid=68336C49-4106-46BF-A1C6-A8F0880444DC> (last visited Feb. 23, 2015). The IBA Rules are non-binding but widely accepted. Georg von Segesser, *The IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration: Revised Version, adopted by the International Bar Association on 29 May 2010*, 28 ASA Bulletin 735 (2010); see also Trittman & Kasolowsky, *supra* note 199, at 333 (“The IBA Rules are, in our experience, referred to in almost all international arbitration proceedings”).



Under the LoA, proceedings are closed, and the arbitrator and other participants must keep all information confidential.<sup>203</sup> The law further provides that, unless otherwise agreed or provided for in law, all documents, evidence and written or oral statements shall not be published or used in other proceedings.<sup>204</sup> This is not found in the Model Law<sup>205</sup> or in the United States<sup>206</sup> Confidentiality protections may help promote settlement among the parties, foster more efficient practice, encourage more honest and comprehensive discovery production, and protect participants from the harm that may arise from public disclosure of information. Although a blanket confidentiality provision does carry some costs, such as the public's diminished access to information, these protections are, on balance, justified in Georgia.

## G. The Award

### 1. Substantive Rules

In contrast to LOPA, which provided no guidance on the rules applicable to the substance of the dispute, the LoA follows the Model Law in providing for party freedom to choose, with tribunal discretion as a default.<sup>207</sup> In the event there is no choice of law, the LoA states that the tribunal shall determine the law. Unfortunately, the LoA, in contrast to the Model Law, does not contain provision for the tribunal to decide *ex aequo et bono* or as *amiable compositeur*.<sup>208</sup> However, it does follow the Model Law's guidance that the tribunal always takes into consideration the terms of the contract and the applicable usages and practices of the trade,<sup>209</sup> even if the parties' chosen substantive law does not consider industry trade and customs.<sup>210</sup>

### 2. Decision Making and Contents of the Award

In the areas of decision-making, form, and correction of the award, the LoA largely follows the Model Law standards.<sup>211</sup> The award must be in writing, signed by the majority, stating the date and place,

---

<sup>203</sup> LoA, *supra* note 104, art. 32(4).

<sup>204</sup> *Id.* art. 32(5). *Contra* LOPA, *supra* note 68, arts. 24, 27. It has been argued that the qualifying language in this article provides courts an opening to pierce the confidentiality protections when in the public interest. Tsertsvadze, Commentary, *supra* note 84, at 126.

<sup>205</sup> Although UNCITRAL did include confidentiality protections in its model law on conciliation. UNCITRAL, Model Law on International Commercial Conciliation, art. 9 (2004), [http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-conc/03-90953\\_Ebook.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-conc/03-90953_Ebook.pdf) (last visited Feb. 23, 2015)[hereinafter Conciliation].

<sup>206</sup> Amy J. Schmitz, *Untangling the Privacy Paradox in Arbitration*, 54 U. Kan. L. Rev. 1211, 1211 (2005-2006) [hereinafter Schmitz, *Privacy*].

<sup>207</sup> LoA, *supra* note 104, art. 36; Model Law, *supra* note 105, art. 28. The Model Law uses the words *rules of law* to emphasize that parties might wish to choose rules from more than one legal system. Model Law, *Analytical Commentary*, *supra* note 114, at 61-62 4. The original LoA used the more restrictive term *law* but the 2015 LoA Amendments brought the language into conformity with the Model Law. LoA Amendments, *supra* note 108, art. 1(13); LoA, *supra* note 104, art. 36(1).

<sup>208</sup> Model Law, *supra* note 105, art. 28(3). Arbitration decisions made *ex aequo et bono* or as *amiable compositeur* are based upon general principles of equity and justice, without reference to any specific national or international legal provisions. Model Law *Explanatory Note*, *supra* note 145, 40; Leon Trakman, *Ex Aequo et Bono: Demystifying an Ancient Concept*, 14 Chi. J. Int'l L. 621 (2007-2008)(analyzing *ex aequo et bono* concept); Hong-lin Yu, *Amiable Composition—A Learning Curve*, 17 J. Int'l Arb. 79 (2000) (analyzing *amiable compositeur* concept).

<sup>209</sup> Although, in LoA arbitration, there might not be any trade practice. Recall that the jurisdiction of the LoA is more expansive than the Model Law and includes any property dispute that is private. LoA, *supra* note 104, art. 1(1).

<sup>210</sup> This is a potential area of uncertainty—there could be a conflict between the chosen substantive law and trade practice. The Model Law contains this language because it seeks to promote international commercial business. The LoA governs a wider range of cases.

<sup>211</sup> Majority rule is generally required for decisions. LoA, *supra* note 104, art. 37(1); Model Law, *supra* note 105, art. 29. Unlike the Model law, arbitrator abstentions are prohibited. *Id.* art. 37(2). This is similar to the LOPA. LOPA *supra* note 68, art. 34. Georgian judges are also not allowed to abstain. Georgia Civ. Proc. C., *supra* note 108, art. 243.

and including the reasons on which it is based, unless otherwise agreed.<sup>212</sup> Interestingly, the LoA also expressly allows for dissenting opinions.<sup>213</sup> This represents a useful nudge in the direction of reasoned decision-making and improved transparency.

### 3. Settlement

The LoA provides for the possibility of a negotiated settlement.<sup>214</sup> The LoA allows parties to settle their dispute, inform the tribunal and, at their request, convert their settlement agreement into an award.<sup>215</sup> The 2015 LoA Amendments changed this conversion procedure from a party right to an option, requiring tribunal approval.<sup>216</sup> Parties may settle at any time during the proceedings and the law ensures that the resulting award has the same force and effect as any other arbitral award.<sup>217</sup> This places a settlement on the same level as a court judgment, which the Georgian courts can enforce. Ordinarily, a negotiated or mediated settlement between two parties in Georgia constitutes nothing more than a contract, which requires a full-fledged lawsuit to enforce.<sup>218</sup>

## H. Recourse Against Awards, Recognition and Enforcement of Awards

The Model Law's specific approach to recourse against awards, and recognition and enforcement of awards is preserved in the LoA. These rules attempt to balance the judicial interest in supervision against the arbitral interest in limited court intervention.<sup>219</sup> The first section is on recourse against the award (better known as "setting aside the award" or "annulment of the award") and the next section is on recognition and enforcement of awards.

### 1. Recourse against Award

Under the LoA, the arbitration award is not appealable except in limited circumstances. Allowing a party to easily appeal an arbitration award would take away one of the main advantages of arbitration, *i.e.*, its ability to deliver fast, cost-effective dispute resolution. Consistent with this interest, the LoA provides only limited grounds for the setting aside of an arbitral award.<sup>220</sup> Most importantly, none of these grounds involve a substantive review of the merits.<sup>221</sup> The LoA provisions are a copy of the Model Law, with one interesting exception. The LoA does not declare, as the Model Law does, that this provision represents the exclusive manner in which a setting aside may be achieved.<sup>222</sup> As a result, Georgian courts are not as restrained in the setting aside of an award as they would be under the Model Law.

---

<sup>212</sup> Model Law, *supra* note 105, art. 31; LoA, *supra* note 104, art. 39.

<sup>213</sup> *Id.* This is consistent with the rules for Georgian courts. Georgia Civ. Proc. C., *supra* note 108, arts. 27, 243, 247

<sup>214</sup> This is similar to the Model Law. Model Law, *supra* note 105, art. 30.

<sup>215</sup> LoA, *supra* note 104, art. 38.

<sup>216</sup> Explanatory Letter, *supra* note 125, § (a)(a.c.). This brings the LoA into better conformity with Model Law Article 30.

<sup>217</sup> *Id.* art. 38(3).

<sup>218</sup> There is an asymmetry between settlements achieved through mediation and negotiation on the one hand, and arbitration on the other hand. Because parties settling their case after the initiation of arbitration proceedings benefit from this expedited enforcement regime, there is an incentive to engage in arbitration. The passage of a mediation law based on the UNICTRAL Model Law on International Commercial Conciliation would eliminate the incentive because that law also includes the possibility for expedited enforcement features for mediated settlements. Conciliation, *supra* note 205, art. 14 and Guide to Enactment and Use of the UNCITRAL Model Law, 55, 87 (noting reasons for expedited enforcement).

<sup>219</sup> See Binder, *supra* note 143, at 377-78.

<sup>220</sup> However, it is unclear what happens to a case when an award is set aside. Japaridze, *supra* note 67, at 240-41. Does the tribunal divest itself of jurisdiction?

<sup>221</sup> LoA, *supra* note 104, art. 42.

<sup>222</sup> Model Law, *supra* note 105, art. 34. The 2015 LoA Amendments did attempt to rectify this shortcoming by adding the following language to Article 42(1), "[w]ithin the framework of this Law, the only procedural remedy against an arbitral award is setting aside an award, which can take place in accordance with paragraphs 2 – 5 of this Article." LoA Amendments, *supra* note 108, art. 1(17)(1). The Explanatory Letter to the Amendments expresses

## 2. Recognition and Enforcement<sup>223</sup> of Awards

One of the most salient changes in the Georgian arbitration system is in the area of recognition and enforcement of awards. The old LOPA regime provided only limited guidance for courts reviewing a challenge to award enforcement.<sup>224</sup> Courts could only suspend enforcement to prevent irreparable harm, and there was no public policy empowering courts to protect the public. Moreover, there was no provision for the enforcement of foreign arbitral awards.<sup>225</sup>

The LoA brings Georgia into consonance with current international norms. It follows the Model Law almost word for word on the rules of recognition and enforcement of awards.<sup>226</sup> There are two types of grounds under which a court may refuse recognition or enforcement, those that a party must raise and those that a party or court can raise, *ex officio*. These grounds are, with one exception, the same as those found in the rules on recourse against the award. The party-dependent grounds for refusal are:

- A party to the arbitration agreement lacked legal capacity;<sup>227</sup>
- The agreement is not valid under the governing law;<sup>228</sup>
- A party was not given proper notice of the appointment of an arbitrator or of the proceedings, or for other good reason, was unable to participate;<sup>229</sup>

---

an intention to harmonize with the Model Law but then repeats the qualifying language that this article represents the exclusive remedy *within the framework of the Law on Arbitration*. Explanatory Letter, *supra* note 125, § (a)(a.c.). Although there is no obvious remedy outside the LoA, this language does not preclude an alternative. It is also noteworthy that the Model Law's applicable title states "Application for setting aside *as exclusive recourse* against arbitral award (emphasis added)," while the LoA's newly renamed Article 42 is merely entitled "Setting aside an arbitral award." Model Law, *supra* note 105, art. 34; LoA, *supra* note 104, art. 42.

<sup>223</sup> In Georgia, no distinction is made between recognition and enforcement. Tsertsvadze, Commentary, *supra* note 84, at 175. The Model Law drafters believed that the distinction was important for theoretical and practical purposes. In theory, the recognition of an award has an abstract legal effect, manifesting automatically, without a party's request. See U.N. Comm'n on Int'l Trade Law Working Group on Int'l Contract Pracs., Rep. on the Work of its Seventh Session, 146, U.N. Doc A/CN.9/246 (1984).. In practice, the recognition of an award might be useful for *res judicata* purposes in another forum, unrelated to enforcement. Model Law, *Analytical Commentary*, *supra* note 114, at 76 4. Recognition is a declarative act, while enforcement requires an executory function.

<sup>224</sup> Japaridze, *supra* note 67, at 232.

<sup>225</sup> *Id.* The Georgian Supreme Court was reluctant to apply the New York Convention prior to the passage of the LoA. From 2000 – 2007, the Court rarely referred to the Convention. Tsertsvadze, Commentary, *supra* note 84, at 181.

<sup>226</sup> Model Law, *supra* note 105, arts. 35-36.

<sup>227</sup> Full personal legal capacity is reached at 18 years or whenever a person marries. Georgia Civ. C., *supra* note 108, art. 12. In 2004, the Georgian Supreme Court considered an institutional capacity question under the similar rules of the New York Convention, Article V(1)(a). The Court allowed recognition and enforcement of a London award holding that a Georgian company agent had valid authority to enter into the agreement despite the fact that the Georgian government had a controlling interest in the company and had not signed the agreement. R.L., Ltd. v. JSC Z. Factory, case a-204-sh-43-03 (2004), [www.supremecourt.ge](http://www.supremecourt.ge) (unofficial translation available at [http://www.newyorkconvention1958.org/index.php?lvl=more\\_results&look\\_ALL=1&user\\_query=&autolevel1=1&jurisdiction=92](http://www.newyorkconvention1958.org/index.php?lvl=more_results&look_ALL=1&user_query=&autolevel1=1&jurisdiction=92)) (last visited Feb. 23, 2015).

<sup>228</sup> This clause preserves the court's right as the final arbiter of agreement validity, notwithstanding the *competence-competence* doctrine in the LoA. In 2009, the Georgian Supreme Court allowed recognition and enforcement of a Russian award, rejecting the Georgian respondent's claim that the agreement was invalid under the governing, Russian law. S.F.M., LLC v. Batumi City Hall, case a-471-sh-21-09 (2009), [www.supremecourt.ge](http://www.supremecourt.ge), (unofficial translation available at [http://www.newyorkconvention1958.org/index.php?lvl=more\\_results&look\\_ALL=1&user\\_query=&autolevel1=1&jurisdiction=92](http://www.newyorkconvention1958.org/index.php?lvl=more_results&look_ALL=1&user_query=&autolevel1=1&jurisdiction=92)) (last visited Feb. 23, 2015).

<sup>229</sup> In a Supreme Court case under the LoA, the Court held against a Georgian respondent that claimed lack of notice of a Latvian arbitration. JSC "P" v "L" LLC, case a-492-sh-11-2012 (2012), [www.supremecourt.ge](http://www.supremecourt.ge), (unofficial translation available at [http://www.newyorkconvention1958.org/index.php?lvl=more\\_results&look\\_ALL=1&user\\_query=&autolevel1=1&jurisdiction=92](http://www.newyorkconvention1958.org/index.php?lvl=more_results&look_ALL=1&user_query=&autolevel1=1&jurisdiction=92)) (last visited Feb. 23, 2015). See also S.F.M., LLC v. Batumi City Hall, *supra* note 228 (finding that the tribunal took all possible measures to ensure respondent's participation). In 2003, the Court rejected recognition and enforcement of a Ukrainian award on the basis of lack of notice and referenced the New York Convention Article V(1)(b), which uses the same language as the LoA. The Kiev [...] Institute v "M," Scientific-Industrial Technological Institute of Tbilisi, case 3a-17-02 (2003), official text available at [www.supremecourt.ge](http://www.supremecourt.ge) (unofficial translation available at <http://www.newyorkconvention1958.org/index.php?>

- The award deals with a dispute not falling within the terms or scope of the arbitration agreement,<sup>230</sup>
- The composition of the tribunal or the procedure was not in accordance with the arbitration agreement or, if no agreement, the LoA,<sup>231</sup> or
- The award has not entered into force or was set aside or was suspended by the courts of the country where the award was rendered.<sup>232</sup>

The party challenging recognition or enforcement must raise and prove these arguments.

A party or the court, *ex officio*, can raise any of the second set of grounds for refusal. There is no clear burden of proof, but if the court finds the existence of either of these conditions, the award is fatally deficient. These grounds are of fundamental importance to the institution of arbitration and the state.<sup>233</sup> the subject matter of the dispute is not capable of settlement by arbitration under the law of Georgia,<sup>234</sup> or the award is contrary to public policy.<sup>235</sup>

As with the setting aside procedure, the LoA omits the exclusivity language of the Model Law for recognition and enforcement. Again, it appears that the drafters wished to provide wider court discretion in reviewing these applications. This is understandable given Georgia's problematic arbitration history, as long as the courts do not abuse their discretion.

### 3. Confusion Between the Two Sections

The two sections above have nearly identical grounds for setting aside or refusing recognition and enforcement of awards. As a result, the setting aside section might appear superfluous.<sup>236</sup> However, an application for setting aside may only be made in the country where the award was rendered.<sup>237</sup> Setting aside allows parties to challenge the award under the law of the country in which it was rendered, regardless of where enforcement is sought.<sup>238</sup> On the other hand, an application for enforcement can be made in any country.<sup>239</sup> The Model Law was drafted specifically for international arbitration and in this context, it is logical to provide for the two separate provisions since they often take place in different countries.

---

lvl=more\_results&look\_ALL=1&user\_query=\*&autolevel1=1&jurisdiction=92) (last visited Feb. 23, 2015) (finding no documents confirming respondent was aware of proceedings).

<sup>230</sup> See JSC "P" v "L" LLC, case a-492-sh-11-2012 (2012), (holding Latvian award was enforceable and did not include any disputes beyond the scope of the arbitral agreement).

<sup>231</sup> See R.L., Ltd. v. JSC Z. Factory, case a-204-sh-43-03 (2004), (finding respondent waived right to appoint arbitrator and thus could not complain about tribunal composition).

<sup>232</sup> LoA, *supra* note 104, art. 45(a). The LoA leaves open the possibility of court discretion in enforcement proceedings where the award was set aside in the country of arbitration. The LoA language states that *if* a party proves this, then the court *may* refuse recognition and enforcement.

<sup>233</sup> Binder, *supra* note 143, at 383.

<sup>234</sup> Recall here the potential problem caused by the unclear standards for arbitrability under the LoA: is the dispute of a *private character*? LoA, *supra* note 104, art. 1(2).

<sup>235</sup> *Id.* art. 45(1)(b).

<sup>236</sup> Having both present for domestic arbitration may also lead to the *double control* problem—two opportunities for judicial review under the same grounds. See Renaud Sorieul, *The Influence of the New York Convention on the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration*, 2 Disp. Resol. Int'l 2735 (2008). For concerns about the setting aside procedure generally, see Albert Jan van den Berg, *Should the Setting Aside of the Arbitral Award be Abolished?*, 29 ICSID Review 263 (2014).

<sup>237</sup> Model Law *Explanatory Note*, *supra* note 145, 48.

<sup>238</sup> U.N. Secretary-General, *Possible Features of a Model Law on International Commercial Arbitration*, 111 (1981) U.N. Doc. A/CN.9/207 (1981) [hereinafter 1981 UNCITRAL Report].

<sup>239</sup> *Id.*; UNCITRAL Guide on the Convention on Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, Rep. of the U.N. Comm'n on Int'l Trade L. on Its Forty-Seventh Session, 15 (Oct. 2014), U.N. Doc. A/CN.9/814. This has also been confirmed in the United States. See Yusuf Ahmed Alghanim & Sons, W.L.L. v. Toys "R" Us, Inc., 126 F.3d 15 (2d Cir. 1997).

In contrast, the LoA applies to both international and domestic arbitration<sup>240</sup> and there has been some confusion as to how these two provisions relate to each other in the domestic context. There was a case in the Tbilisi Court of Appeals where the court did not find any public policy violations and enforced the award.<sup>241</sup> After enforcement, the defendants submitted an application to the same court to set aside the award. The court, in considering the set-aside application, held that the award's penalty provisions were in violation of public policy and were partially stricken.<sup>242</sup> The defendant was effectively allowed a second bite at the apple, despite the fact that the Court's first decision on recognition and enforcement was final and not appealable.<sup>243</sup> This clearly undermines the finality principle.

In response to this case and others, the 2015 LoA Amendments added a special sub-section to the setting aside provisions that instructs courts to dismiss any complaints if the requested grounds for setting aside were the same grounds rejected in an earlier claim for refusal of recognition and enforcement.<sup>244</sup> A parallel sub-section was also added to the recognition and enforcement provisions precluding unsuccessful claims made in prior setting aside proceedings.<sup>245</sup> While the *res judicata* doctrine in Georgia is beyond the scope of this article, it is perhaps indicative of the level of judicial confusion that the LoA needed to be amended to provide specific issue preclusion instructions to the courts.

#### 4. International Awards

In connection with international arbitration, the passage of the LoA has brought Georgia into full compliance with the requirements of the New York Convention.<sup>246</sup> The New York Convention provides the main international framework for the recognition and enforcement of foreign arbitral awards. It was passed under the auspices of the United Nations, prior to the creation of UNCITRAL. In Georgia, it entered into force on August 31, 1994.<sup>247</sup> Over 140 countries have ratified the agreement, including all of Georgia's main trading partners.

Under the New York Convention, Georgia must enforce foreign arbitral awards. However, until the new LoA was passed, there was no clear method of enforcement. Now that the LoA is entered into law, there is a clear legal framework for the enforcement process. As Article 44 states, "an arbitral award, irrespective of the country in which it was made, shall be recognized as binding and... shall be enforced" ...<sup>248</sup> This convention and its related international enforcement regime is one of the primary reasons why international businesses prefer arbitration to litigation.<sup>249</sup> In the event of a dispute, they can be assured that the award will be

---

<sup>240</sup> Almost half of the states that adopted the Model Law adopted it for both domestic and international arbitration. Binder, *supra* note 143, at 27.

<sup>241</sup> Tbilisi Court of Appeal Case No. 2B/1262-11 (May 4, 2011).

<sup>242</sup> Tbilisi Court of Appeal Case No. 2B/1638-11 (July 12, 2011).

<sup>243</sup> Georgia Civ. Proc. C., *supra* note 108, art. 356<sup>21</sup>(6); *see also* Japaridze, *supra* note 67, at 241-42 (discussing Georgian Supreme Court decision supporting the finality of a lower court decision on setting aside).

<sup>244</sup> LoA Amendments, *supra* note 108, art. 1(17); LoA *supra* note 104, art. 42(5). The Explanatory Letter indicates that the drafters sought to prevent the Court of Appeals from continuing to issue "mutually contradictory decisions on one and the same ground [sic]." Explanatory Letter, *supra* note 125, § (a)(a.c.).

<sup>245</sup> LoA Amendments, *supra* note 108, art. 1(20); LoA *supra* note 104, art. 45(2).

<sup>246</sup> New York Convention, *supra* note 9.

<sup>247</sup> *Id.*; Status, Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, [http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral\\_texts/arbitration/NYConvention\\_status.html](http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status.html) (last visited Feb. 23, 2015).

<sup>248</sup> LoA, *supra* note 104, art. 44.

<sup>249</sup> *See* Loukas Mistelis, *International Arbitration—Corporate Attitudes and Practices—12 Perceptions Tested: Myths, Data and Analysis Research Report*, 15 Am. Rev. Int'l Arb. 525, 538 (2004). In contrast, litigation awards remain very difficult to enforce internationally. The new Convention on Choice of Court Agreements does allow for the recognition and enforcement of choice of forum clauses and resulting judgments in commercial disputes among signatory countries. The Hague Convention on Choice of Court Agreements, Hague Conference on Private International Law, June 30, 2005, 44 I.L.M. 1294, [http://www.hcch.net/index\\_en.php?act=conventions.text&cid=98](http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.text&cid=98) (last visited Oct. 19, 2015). However, the Convention's geographic reach is limited—only Mexico and recently the EU (including EU Member States except Denmark) have ratified it, and the treaty entered into force on October 1,

enforceable almost anywhere in the world. Now that Georgia is part of this enforcement regime, international businesses should be more willing to invest in Georgia. It appears that the Georgia Supreme Court is willing to enforce foreign arbitral awards under the LoA and New York Convention, although it has added a requirement (contrary to those laws) that the moving party show proof that the award was not previously enforced in the country of arbitration.<sup>250</sup>

## 5. Public Policy

A Georgian court may set aside or refuse recognition and enforcement of an award if it is contrary to public policy,<sup>251</sup> although that term is not defined. The Model Law drafters stated that public policy covers “fundamental principles of law and justice in substantive and procedural respects”.<sup>252</sup> There is also consensus that the exception is to be employed sparingly in only the most egregious cases.<sup>253</sup>

Before the LoA, there was limited judicial experience in Georgia with public policy issues in relation to arbitration.<sup>254</sup> Today, this exception has become an important part of the Georgian arbitration landscape. Georgian courts frequently set aside or alter awards on public policy grounds. The most common public policy question in Georgia arises from contractual penalties in the form of high interest rates.<sup>255</sup> In one case, the Tbilisi Court of Appeals held that an award was contrary to public policy where it contained penalties in excess of 5-6% annually.<sup>256</sup> Instead of refusing recognition and enforcement, the court recognized and enforced part of the award, effectively reducing the penalty portion of the award by over 40%.<sup>257</sup>

---

2015. See Press Release European Union Press Release, 432/15, Council of the European Union, Justice and Home Affairs (June 11, 2015), <http://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2015/06/11-hague-convention/> (last reviewed July 8, 2015).

<sup>250</sup> See Sophie Tkemaladze & Inga Kacevska, *Procedure and Documents Under Articles III and IV of New York Convention on Recognition and Enforcement of Arbitral Awards: Comparative Practice of Latvia and Georgia*, 1 Eurasian Multidisciplinary Forum 7 (October 24-26, 2013)(citing Case No. a-548-sh-10-11 and Case No. a-3573-sh-73-2012, both available at [www.supremecourt.ge](http://www.supremecourt.ge)) [hereinafter Tkemaladze, Procedure]. This extra proof or double exequatur was abolished under the New York Convention. Albert Jan van den Berg, *The New York Convention of 1958: An Overview*, International Council for Commercial Arbitration 17, [http://www.arbitrationicca.org/media/0/12125884227980/new\\_york\\_convention\\_of\\_1958\\_overview.pdf](http://www.arbitrationicca.org/media/0/12125884227980/new_york_convention_of_1958_overview.pdf) (last visited Feb. 23, 2015). Tkemaladze believes that this practice will harm Georgia’s international reputation. *Id.* at 8.

<sup>251</sup> LoA, *supra* note 104, arts. 42(1)(b)(b.b.); 45(1)(b)(b.b.).

<sup>252</sup> U.N. Comm’n on Int’l Trade L., Rep. on the Work of its Eighteenth Session, 297, U.N. Doc. A/40/17 (1985) [hereinafter 1985 UN Report] There appears to be consensus that the public policy exception generally covers both procedural and substantive justice, following the broad civil law *ordre public* concept, rather than the narrower common law construct. *Id.* 296-97; Fernando Mantilla-Serrano, *Towards a Transnational Procedural Public Policy*, 20 Arb. Int’l 333, 334 (2004).

<sup>253</sup> The most-quoted explanation is from *Parsons & Whitmore Overseas Co., Inc. v. Societe Generale de l’Industrie du Papier RAKTA and Bank of America*, where the court held that enforcement of a foreign arbitral award may be denied due to public policy under the New York Convention “only where enforcement would violate the forum state’s most basic notions of morality and justice.” 508 F. 2d 969, 974 (2d Cir., 1974).*Id.*

<sup>254</sup> LOPA, *supra* note 68, contained no public policy exception for judicial review of arbitral awards. The Soviet system also had no real experience with judicial enforcement of arbitral awards since the Soviet enterprises voluntarily complied with most awards. See Vesselina Shaleva, *The Public Policy Exception to the Recognition and Enforcement of Arbitral Awards in the Theory and Jurisprudence of the Central and East European States and Russia*, 19 Arb. Int’l 67, 79-85 (2003).

<sup>255</sup> Tkemaladze, *New Law*, *supra* note 73, at 669.

<sup>256</sup> Tsertsvadze, Commentary, *supra* note 77, at 205 (citing Tbilisi Court of Appeals materials and Tbilisi Court of Appeals Case No. 2B/1452-11(June 22, 2011)).

<sup>257</sup> *Id.* See also Tkemaladze, *New Law*, *supra* note 73, at 669 (citing *Basis Bank v. Kapanadze*, Tbilisi Court of Appeals Case No. 2B/1604-11 (May 31, 2011)(court found penalty rate of 0.1% per day excessive and reduced award to 2% per month)). *Contra* *Inter Maritime Management SA v. Russin & Vecchi*, Bundesgericht [BGer] [Federal Supreme Court] Jan. 8, 1995, XXII Y.B. Comm. Arb. 789 (1997) (Switz.)(concluding arbitral award containing violation of Swiss law prohibiting compound interest did not necessarily constitute *public policy* violation).

In another lender penalty interest case, the Tbilisi Court of Appeals declared a high penalty contrary to public policy and proceeded to re-allocate the award among three different defendants.<sup>258</sup>

There are two problems with the above practice. The first is the failure to define Georgian public policy in connection with arbitration. The courts appear to assume, without any explanation, that any violation of Georgian law on penalty interest constitutes a public policy violation under the LoA. The second is the unauthorized remedies for a violation of that public policy. The authority for the current judicial practice of altering awards is, at best, unclear.<sup>259</sup> Under the LoA, courts are authorized to *refuse* recognition and enforcement if the award violates public policy, but not *alter* the award. One legal body has argued in favor of this kind of judicial flexibility in connection with the public policy exception.<sup>260</sup> However, there is no clear authority for this under the Model Law or the LoA.<sup>261</sup>

In the international context, the Georgian Supreme Court considered the public policy exception in connection with a petition to enforce a Latvian arbitral award. The court stated that “public policy is a fundamental principle in relations governed by the Civil Code”.<sup>262</sup> The court analyzed whether a Civil Code provision, limiting a secured creditor’s recovery to the amount realized in a sale of the debtor’s property, was violated by the Latvian award. It determined that the award did not contradict the debtor protections in the Georgian Civil Code and thus allowed recognition and enforcement.<sup>263</sup> Although the court’s dictum *was* limited, it appeared willing to accept that a violation of the Civil Code would automatically constitute a violation of Georgian public policy.

Such a stance would be contrary to international consensus that an award’s effect might be in violation of national laws of the enforcement country but *not necessarily* in violation of that country’s public policy under the New York Convention and Model Law.<sup>264</sup> Under these international norms, the court must undertake a second-level analysis to determine whether the violation of national law rose to the level of a violation of basic morality and justice.<sup>265</sup> For example, a Swiss court found that a foreign award containing a violation of Swiss law prohibiting compound interest did not necessarily constitute a public policy violation.<sup>266</sup> The Georgian Supreme Court found no violation of Georgian law in the award so it did not have to make this second-level analysis. It is possible that that particular debtor protection provision implicates Georgian public policy but that would need to be analyzed and explained. It is important that the court understand the limits of the public policy exception and use the appropriate methodology to reach the right results.

---

<sup>258</sup> Tsertsvadze, Commentary, *supra* note 77, at 206 (citing Tbilisi Court of Appeals Case No. 2B/2828-10 (Nov. 26, 2010)).

<sup>259</sup> Georgian law allows courts to reduce excess penalty interest in civil cases, but not necessarily when reviewing arbitration awards. Georgia Civ. C., *supra* note 10810, art. 420. 356.

<sup>260</sup> New Delhi Conference, Final Report on Public Policy as a Bar to Enforcement of International Arbitral Awards, Int’l Law Assoc. Rec. 1(h) (2002).

<sup>261</sup> Under LOPA, courts were allowed to change awards and this may be where the practice originates. LOPA, *supra* note 68, art. 43.

<sup>262</sup> JSC “P” v “L” LLC, case a-492-sh-11-2012, at 4, Supreme Court of Georgia (2012).

<sup>263</sup> *Id.*

<sup>264</sup> Giuditta Cordero-Moss, *International Arbitration is Not Only International*, in *International Commercial Arbitration: Different Forms and their Features* 7, 21 (Giuditta Cordero-Moss ed., 2013). In *Scherk v. Alberto-Culver Co.*, the U.S. Supreme Court recognized that there was a narrower public policy construct under the New York Convention, and enforced an international arbitral agreement acknowledging that the same such agreement, had it been domestic, would have been against the law. 417 U.S. 506 (1974). The public policy exception does not exist to ensure full compliance with the court’s legal system. Cordero-Moss at 21-22.

<sup>265</sup> See Alan Redfern, Martin Hunter, Nigel Blackby & Constantine Partasides, Redfern and Hunter on International Arbitration 11.109, 11.111-112 (2009); Dirk Otto and Omala Elwan, *Article V(2)*, in *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global commentary on the New York Convention* 365 (Herbert Kronke & Patricia Nacimiento eds., 2010).

<sup>266</sup> *Inter Maritime Management SA v. Russin & Vecchi*, [BGer][Federal Supreme Court] Jan. 8, 1995, XXII Y.B. Comm. Arb. 789 (1997)(Switz.).

## V. Statutory Recommendations

### A. Better Clarity on Scope

The LoA states that it applies to *property disputes of a private character*.<sup>267</sup> More clarity on these terms would improve predictability. Parties may be reluctant to engage in arbitration if there is the threat that a court will set aside or refuse to enforce an award on the basis of arbitrability. Even if these terms are clear to Georgian professionals, foreign parties may have reservations about engaging in arbitration in Georgia if the subject is not clearly a property dispute of a private character.

### B. Consider Ex Aequo Et Bono and Amiable Compositeur

The LoA omits the Model Law's section allowing for the parties to decide a case on the principles of *ex aequo et bono* ("according to the right and good"), or as *amiable compositeur*. Both concepts provide for decisions based upon general principles of equity and justice, without reference to any specific national or international legal provisions.<sup>268</sup> They allow for flexible and fair results that might be difficult under governing law.<sup>269</sup> For instance, *amiable compositeurs* can limit the effects of a contractual penalty clause and balance the financial interests of the parties.<sup>270</sup> Both concepts have gained acceptance internationally<sup>271</sup> and might be a useful tool for certain disputes where the parties have unequal bargaining power, such as employer-employee disputes,<sup>272</sup> or where the parties seek to preserve a relationship.<sup>273</sup> While these concepts may be foreign to Georgian practitioners, the idea of designing awards based on equity and fairness are not. The parties should have this as an option.

### C. Alter the Requirement to Consider Industry Practices in Awards

The LoA follows the Model Law in requiring the tribunal to take into account usages and practices of trade. There are obviously sound reasons for this.<sup>274</sup> It is particularly relevant for international arbitration.<sup>275</sup> However, there may be domestic cases of unequal bargaining power where usages and practices of the trade are stacked against the individual. For instance, it may be normal practice to provide limited redemption rights or impose penalty interest on borrowers. If the tribunal is not forced to consider industry practice, it may be able to provide a more equitable result for the individual.<sup>276</sup> The LoA should be amended to remove this requirement for consumer arbitration.

---

<sup>267</sup> LoA, *supra* note 104, art. 1(2).

<sup>268</sup> See Trakman, *supra* note 208; Yu, *supra* note 208; see also Laurence Kiffer, *Nature and Content of Amiable Composition*, 5 Int'l. Bus. L.J. 625 (2008).

<sup>269</sup> Kiffer, *supra* note 268, at 630-33.

<sup>270</sup> *Id.* at 631-32.

<sup>271</sup> The concept of *ex aequo et bono* has spread all over the world. See Trakman, *supra* note 208, at 631-32; Mark Hilgard & Ana Elisa Bruder, *Unauthorised Amiable Compositeur, ?* 8 Disp. Res. Int'l 51 (2014).

<sup>272</sup> Trakman, *supra* note 208, at 623 n.8.

<sup>273</sup> *Id.* at 624.

<sup>274</sup> See Christopher R. Drahozal, *Commercial Norms, Commercial Codes, and International Commercial Arbitration*, 33 Vand.J.Transnat'l L. 79 (2000).

<sup>275</sup> *Id.* at 110-32; Avery Wiener Katz, *The Relative Costs of Incorporating Trade Usage Into Domestic versus International Sales Contracts: Comments on Clayton Gillette, Institutional Design and International Usages Under the CISG*, 5 Chi. J. Int'l L. 181, 181 (2004).

<sup>276</sup> There is a school of thought that questions the appropriateness, in general, of incorporating commercial norms into commercial law. See, e.g., Lisa Bernstein, *Merchant Law in a Merchant Court: Rethinking the Code's Search for Immanent Business Norms*, 144 U. Pa. L. Rev. 1765 (1995)(arguing commercial norms for relationship preservation are inappropriate for end-game adjudication).



## D. Promote the Remission Process

Georgian courts appear to be modifying and then enforcing awards under the public policy exception. This has a dubious legal foundation and encourages tribunals to be somewhat improvident in their award construction. If the court can simply modify the award to comply with any legal infirmities, there is no real consequence for the tribunal or the arbitration provider. It would be better if the tribunal were allowed to remedy its own mistakes. A more robust remission process would improve matters because it is better to remit than to have the courts modify the offending awards themselves.

The original LoA Article 44(3) allowed for the enforcement court to suspend proceedings for up to 30 days,<sup>277</sup> but was stricken in the 2015 LoA Amendments.<sup>278</sup> This could be brought back in an expanded form that includes remission powers. Under the old Article 44(3), Georgian courts occasionally acted as though this power existed.<sup>279</sup> This proposed change would place the courts' remission practice on firmer statutory grounds. It would promote the rule of law and respect for the tribunals, lead to improved arbitral awards and preserve arbitration autonomy.

## E. Streamline Enforcement for Foreign Awards

The Georgian Supreme Court appears to have added, in practice, an extra requirement for parties seeking to enforce a foreign arbitral award. The party must show that the award was not previously enforced in the host country.<sup>280</sup> This is contrary to the intentions of the Model Law and Georgia's commitments under the New York Convention. Even the LoA has no such requirement.<sup>281</sup> Unfortunately, there is no easy remedy—one cannot lecture the Supreme Court. But an amendment to the LoA could make clear that the technical requirements for recognition and enforcement in Article 44 are exclusive and cannot be expanded.

## F. Clarify Public Policy

An effort should be made to clarify the parameters of Georgian public policy in connection with arbitration. This could be accomplished through legislative action or a special judicial task force. Although this is not easy, more clarity on public policy would promote predictability and limit judicial incursions into the arbitration regime.

## VI. Solutions to the mandatory arbitration problem

Mandatory arbitration is a large part of the Georgian arbitration system. While mandatory arbitration offers potential benefits for firms, such as faster and cheaper dispute resolution,<sup>282</sup> it also has significant drawbacks. When a consumer waives her rights to court, she may lose important procedural safeguards, such as discovery or publicly-financed legal assistance. Moreover, the individual loses the opportunity for public vindication or retribution.<sup>283</sup> In addition, arbitration privacy prevents the public from learning about

---

<sup>277</sup> LoA, *supra* note 104, art. 44(3). This is not found in the Model Law.

<sup>278</sup> LoA Amendments, *supra* note 108, art. 1(19) (“article 44(3) is deleted”).

<sup>279</sup> See Tsertsvadze, Commentary, *supra* note 77, at 113, n.407.

<sup>280</sup> See Tkemaladze, *Procedure*, *supra* note 250, at 7-8.

<sup>281</sup> Article 44(2) sets forth the technical filing requirements. LoA *supra* note 104, art. 44(2).

<sup>282</sup> Mandatory arbitration has its defenders. See, e.g., Jason Scott Johnson, *The Return of Bargain: An Economic Theory of How Standard Form Contracts Enable Cooperative Negotiation Between Businesses and Consumers*, 104 Mich. L. Rev. 857 (2006); Stephen J. Ware, *Paying the Price of Process: Judicial Regulation of Consumer Arbitration Agreements*, 2001 J. Disp. Resol. 89 (2001); Becky L. Jacobs, *Often Wrong, Never in Doubt: How Anti-Arbitration Expectancy Bias May Limit Access to Justice*, 62 Me L. Rev. 531 (2010).

<sup>283</sup> George Padis, *Arbitration Under Siege: Reforming Consumer and Employment Arbitration and Class Actions*, 91 Tex. L. Rev. 665, 685 n.131 (2013).

a party's bad actions<sup>284</sup> and reduces the likelihood of remedial regulatory action.<sup>285</sup> Arbitration privacy can limit public awareness of important social issues<sup>286</sup> and remove the deterrent effect of a public judgment on other entities.<sup>287</sup> Arbitrators themselves have limited accountability, due to the private nature of their work, immunity from judgment,<sup>288</sup> and limited court involvement.

One notable issue is the *repeat player* problem. The premise is that for-profit arbitral centers<sup>289</sup> compete with one another for the companies' repeat dispute resolution business.<sup>290</sup> Because these companies are drafting the agreements, the providers have an incentive to offer products more favorable to them.<sup>291</sup>

The products that these providers offer to their clients may intentionally or unintentionally provide an advantage to their clients. An example of intentional bias would be the marketing of arbitral providers to businesses promising a pro-business product,<sup>292</sup> and the removal of individual arbitrators from the provider's list for failure to issue business-friendly awards.<sup>293</sup> An example of unintentional bias is the natural business and social friendships that come with a long-term, ongoing business relationship between the provider and its corporate clients.<sup>294</sup> Another example is the repeated use of industry insiders as arbitrators. Although neutrals' expertise is viewed as one of arbitration's advantages, the insider may have a general bias in favor of the industry.<sup>295</sup> Moreover, the expert will want to continue to receive arbitrator appointments (from the arbitration provider or the corporate party), and may consider this in her decision making.<sup>296</sup>

The Model Law and LoA assume that parties enter into an arbitration agreement as a product of their free will.<sup>297</sup> Yet, this consent is problematic when a consumer is forced to agree to arbitration as part of a standard form contract.<sup>298</sup> The consumer has no bargaining power when a business presents the pre-dispute arbitration clause on a take-it-or-leave-it basis.<sup>299</sup> The consumer may not even be aware that she has waived her rights of access to the judicial system.<sup>300</sup> Moreover, most consumers do not think about future disputes when purchasing products. Even if they did, they would not fully understand the risks.<sup>301</sup>

---

<sup>284</sup> Schmitz, *Privacy*, *supra* note 206, at 1232.

<sup>285</sup> Michael A. Satz, *How the Payday Predator Hides Among Us: The Predatory Nature of the Payday Loan Industry and its Use of Consumer Arbitration to Further Discriminatory Lending Practices*, 20 Temp. Pol. & Civ. Rts. L. Rev. 123, 145 (2010).

<sup>286</sup> *Id.* at 146.

<sup>287</sup> Geraldine Szott Moohr, *Arbitration and the Goals of Employment Discrimination Law*, 56 Wash. & Lee L. Rev. 395, 431 (1999).

<sup>288</sup> Although, in Georgia, arbitrators are not immune from criminal liability for willful behavior. See Tsertsvadze, Commentary, *supra* note 77, at 115 (citing Article 332 of the Georgian Criminal Code).

<sup>289</sup> Miles B. Farmer, Mandatory and Fair? A Better System of Mandatory Arbitration, 121 YALE L. J. 2346, 2356 (2012); Jeff Guarrera, *Mandatory Arbitration: Inherently Unconscionable, but Immune from Unconscionability*, 40 W. St. U. L. Rev. 89, 93 (2012).

<sup>290</sup> See Jean R. Sternlight, *Creeping Mandatory Arbitration: Is It Just?*, 57 Stan. L. Rev. 1631, 1650 (2005).

<sup>291</sup> *Id.*

<sup>292</sup> Farmer, *supra* note 289, at 2359.

<sup>293</sup> *Id.*

<sup>294</sup> See e.g., Sarah Rudolph Cole, *Revising the FAA to Permit Expanded Judicial Review of Arbitration Awards*, 8 Nev. L.J. 214, 217 (2007).

<sup>295</sup> See Guarrera, *supra* note 289, at 93-94 ("Prosecutors do not get to choose judges who worked as prosecutors.").

<sup>296</sup> See Farmer, *supra* note 289, at 2357; Guarrera, *supra* note 289, at 93-94; Satz, *supra* note 285, at 143. See also Alexander O. Rodriguez, *The Arbitrary Arbitrator: The Seventh Circuit Offers a Lending Hand* [Green v. U.S. Cash Advance Ill. LLC, 724 F.3d 787 (7th Cir. 2013)], 53 Washburn L.J. 617, 636 (2014) ("Because arbitrators compete for clients, it is imperative that they develop a strong brand and reputation in certain industries").

<sup>297</sup> See 1981 UNCITRAL Report, *supra* note 238, at 78, 18.

<sup>298</sup> See Friedrich Kessler, *Contracts of Adhesion—Some Thoughts About Freedom of Contract*, 43 Colum. L. Rev. 629 (1943); Padis, *supra* note 283, at 684. See generally Alan Scott Rau, *Arbitral Jurisdiction and Dimensions of 'Consent'*, 24 Arb. Int'l 199 (2008)(discussing consent in commercial arbitration).

<sup>299</sup> Padis, *supra* note 283, at 684; Farmer, *supra* note 289, at 2359 (2012); David S. Swartz, *Enforcing Small Print to Protect Big Business: Employee and Consumer Rights Claims in an Age of Compelled Arbitration*, 1997 Wis. L. Rev. 33, 57-59. But see Steven J. Ware, *Consumer Arbitration as Exceptional Consumer Law (With a Contractualist Reply to Carrington and Haagen)*, 29 McGeorge L. Rev. 195 (1998).

<sup>300</sup> See Jean R. Sternlight, *Creeping Mandatory Arbitration: Is It Just?*, 57 Stan. L. Rev. 1631, 1648 (2005). Behavioral science studies have found that consumers are "boundedly rational" and can only take a few product attributes

The parties are also in unequal positions during the arbitration process. The repeat corporate client, unlike the one-time individual, can evaluate the relative favorability of its past arbitrators and choose accordingly.<sup>302</sup> This informational asymmetry is compounded by an experiential asymmetry. The corporation's attorneys, unlike the individual, choose the forum and rules, and gain practical experience, learning from mistakes.

These repeat player abuses were heavily publicized in July, 2009 when the National Arbitration Forum (NAF), one of the largest providers in the United States, was forced to exit the consumer arbitration business.<sup>303</sup> Three days later, the American Arbitration Association voluntarily suspended all consumer debt arbitration.<sup>304</sup> These events help promote legislative efforts to limit mandatory consumer arbitration in the United States, similar to limitations in the European Union.<sup>305</sup> Despite this, the incidence of mandatory arbitration for U.S. consumers is increasing,<sup>306</sup> and it remains prevalent in many consumer areas.<sup>307</sup> Thus far, empirical studies on mandatory arbitration for U.S. consumers have yielded mixed results.<sup>308</sup>

In Georgia, the use of mandatory arbitration in consumer contracts appears to be widespread.<sup>309</sup> Georgian consumers are no more likely to consider or understand arbitration clauses or bargain them away than

---

into account when making a decision. Since arbitration is usually not among these considered attributes, corporate drafters have an incentive to include them in their standard terms. Russell Korobkin, *Bounded Rationality, Standard Form Contracts, and Unconscionability*, 70 U. Chi. L. Rev. 1203 (2003).

<sup>301</sup> Consumers will usually assume that events of remote likelihood will not happen to them and will thus underestimate the associated risks. Michael Spence, *Consumer Misperceptions, Product Failure and Producer Liability*, 44 Rev. Econ. Stud. 561 (1977). This has been called hyperbolic discounting. Benjamin A. Malin, *Hyperbolic Discounting and Uniform Savings Floors*, 92 J. Pub. Econ. 1986 (2008).

<sup>302</sup> Schmitz, *Privacy*, *supra* note 206, at 1232; Satz, *supra* note 285, at 143.

<sup>303</sup> Rob Gordon, *Binding Pre-Dispute Agreements: Arbitration's Gordian Knot*, 43 Ariz. St. L.J. 263, 263 (2011).

<sup>304</sup> Press Release, American Arbitration Association, *The American Arbitration Association® Calls For Reform of Debt Collection Arbitration: Largest Arbitration Services Provider Will Decline to Administer Consumer Debt Arbitrations until Fairness Standards are Established* (July 23, 2009) <https://www.nclc.org/images/pdf/arbitration/testimonysept09-exhibit3.pdf> (last visited Oct. 7, 2015).

<sup>305</sup> U.S. efforts from 2007-2015 have centered on an Arbitration Fairness Act (AFA), which has yet to pass into law. For comparisons of current U.S. and EU consumer protections in this area, see Jon Fischer, *Consumer Protection in the United States and European Union: Are Protections Most Effective Before or After a Sale?*, 32 Wis. Int'l L.J. 308 (2014); Amy Schmitz, *American Exceptionalism in Consumer Arbitration*, 10 Loy. U. Chi. Int'l L. Rev. 81 (2013)[hereinafter Schmitz, *Exceptionalism*]; Tilman Niedermaier, *Arbitration Agreements Between Parties of Unequal Bargaining Power – Balancing Exercises on Either Side of the Atlantic*, 39 ZDAR 12 (2014). Some European scholars have discussed whether these arbitration provisions implicate Article 6(1) of the European Convention on Human Rights (ECHR), which guarantees the right to a fair trial by an independent and impartial tribunal. William Robinson & Boris Kasolowsky, *Will the United Kingdom's Human Rights Act Further Protect Parties to Arbitration Proceedings?*, 18 Arb. Int'l 453 (2002); *but see* Neil McDonald, *More Harm than Good? Human rights Considerations in International Commercial Arbitration*, 20 J. Int'l Arb. 523, 537 (2003). Georgia ratified the ECHR in 1999. See Georgia, Press Country Profile, European Court of Human Rights (Jan. 2015), [http://www.echr.coe.int/Documents/CP\\_Georgia\\_ENG.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/CP_Georgia_ENG.pdf) (last modified Jan. 2015).

<sup>306</sup> *Arbitration Study—Report to Congress, Pursuant to Dodd–Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act §1028(a)*, Consumer Financial Protection Bureau (March 2015), Section 2, 11-13, 15-17, 20, [http://files.consumerfinance.gov/f/201503\\_cfpb\\_arbitration-study-report-to-congress-2015.pdf](http://files.consumerfinance.gov/f/201503_cfpb_arbitration-study-report-to-congress-2015.pdf) (last visited Oct. 19, 2015) [hereinafter *Arbitration Study*]. The Consumer Financial Protection Bureau (CFPB) conducted the *Arbitration Study* pursuant to § 1028(a) of the Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act of 2010, Pub. L. No. 111-203, tit. X, 124 Stat. 1376, 1955 (2010)[hereinafter Dodd-Frank].

<sup>307</sup> *Arbitration Study*, *supra* note 306, at Section 1, 9-10.

<sup>308</sup> For examples of studies showing repeat player and other bias in mandatory consumer arbitration, see Gordon, *supra* note 303, at 273; John O'Donnell, Public Citizen, *The Arbitration Trap: How Credit Card Companies Ensnare Consumers* 15 (2007) [http://www.citizen.org/documents/Arbitration Trap.pdf](http://www.citizen.org/documents/Arbitration%20Trap.pdf) (last visited Sept. 13, 2015). For examples tending to disprove bias or argue that arbitration results are no better than litigation for consumers, see Jacobs, *supra* note 282, at 538-40 (reviewing empirical studies to date); Searle Civil Justice Inst., *Consumer Arbitration Before the American Arbitration Association* 109-13 (2009), [https://www.adr.org/aaa/ShowPDF?doc=ADRSTG\\_010205](https://www.adr.org/aaa/ShowPDF?doc=ADRSTG_010205) (last visited Sep. 13, 2015) [hereinafter Searle Study]. See also Christopher R. Drahozal & Samantha Zyontz, *An Empirical Study on AAA Consumer Arbitrations*, 25 Ohio St. J. on Disp. Resol. 843 (2010) (finding evidence of repeat player effect from better case screening of repeat players not from bias).

<sup>309</sup> For many of the providers, mandatory consumer arbitration represents the majority of their cases. Tkemaladze, *New Law*, *supra* note 73, at 668-69.

American consumers. Many of the repeat player effects may also be present. The Georgian arbitration providers are for-profit entities, competing for repeat business from corporate clients.<sup>310</sup> Some providers even offer discounted fees for corporate clients.<sup>311</sup> Most providers administer consumer arbitration with a single arbitrator, chosen by the center.<sup>312</sup> There is a limited pool of qualified Georgian arbitrators, which increases the likelihood of repeat player issues.<sup>313</sup> Most troubling, the largest numbers of cases are related to financial or insurance companies collecting debts against consumers,<sup>314</sup> the area of greatest abuse in the United States. While there is no evidence to suggest that Georgian arbitration providers or arbitrators are engaging in anything illegal, the incentives appear to be stacked against the consumer. One of the largest Georgian providers admitted to having a 100% win rate for its bank clients.<sup>315</sup> Georgian law does not provide for personal bankruptcy protection, so many of these collection awards can stay with borrowers for life.<sup>316</sup>

## A. Arbitrability

To protect weaker parties, Georgia could limit arbitrability by legislating to exclude certain groups or types of disputes from arbitration.<sup>317</sup> For instance, the legislation could exclude any disputes relating to the collection of a consumer debt in connection with a credit card or bank loan. The advantage of this approach is simplicity—the public would understand that these disputes are not arbitrable. The United States took this approach in the Dodd-Frank Act, which excludes mandatory arbitration clauses in consumer mortgage contracts,<sup>318</sup> and the Arbitration Fairness Acts, which ban pre-dispute arbitration agreements in employment, consumer, antitrust, and civil rights disputes.<sup>319</sup> France bars pre-dispute mandatory arbitration clauses in consumer contracts.<sup>320</sup> Germany prohibits disputes relating to a residential lease and employment matters.<sup>321</sup> And England bans arbitration if the amount in controversy is less than £5,000.<sup>322</sup>

---

<sup>310</sup> *Id.* at 668 (noting all providers are commercial entities).

<sup>311</sup> A highly-regarded Georgian arbitration center has this provision in its rules (its own English translation): On the base of contract concluded between DRC and corporative client (client which considers arbitration clause in contracts concluded in the range of his business and indicates DRC as line item actual arbitration), *for disputes related to corporative client may be determined different amounts of arbitration charge and different terms of their payment other than those stipulated under these Regulations*. DRC Arbitration Rules, *supra* note 129, art. 29.20 (emphasis added).

<sup>312</sup> Tsertsvadze, Commentary, *supra* note 77, at 104.

<sup>313</sup> See Satz, *supra* note 285, at 147-48 (“The limited obtainability of arbitrators makes it more likely that the available arbitrators have heard multiple cases within a given industry and also more likely that the arbitrators have heard multiple cases from the same company”).

<sup>314</sup> Michael D. Blechman, *Assessment of ADR in Georgia*, East West Management Institute at 4-6 (Oct. 2011), <http://www.ewmi-jilep.org/images/stories/books/assessment-of-adr-in-georgia.pdf>, (last visited Sept. 13, 2015).

<sup>315</sup> *Id.* at 4.

<sup>316</sup> *Id.*

<sup>317</sup> One Georgian scholar has recommended an arbitration ban for Georgian consumers. Tkemaladze, *New Law*, *supra* note 73, at 671.

<sup>318</sup> Dodd-Frank, *supra* note 306, 15 U.S.C. §1639c(e) (2010). See also Todd Zywicki, *The Consumer Financial Protection Bureau: Savior or Menace?*, 81 Geo. Wash. L. Rev. 856, 907 (2013) (“Dodd-Frank bans mandatory arbitration provisions in mortgage and home equity loan contracts.”).

<sup>319</sup> Arbitration Fairness Act of 2013, S. 878, 113<sup>th</sup> Cong. (2013-2014), C.R.S., available at <https://www.congress.gov/bill/113th-congress/senate-bill/878> (last visited Oct. 7, 2015). See generally Peter B. Rutledge, *Who Can Be Against Fairness? The Case Against the Arbitration Fairness Act*, 9 Cardozo J. Conflict. Resol. 267 (2008); Joshua T. Mandelbaum, *Stuck in a Bind: Can the Arbitration Fairness Act Solve the Problems of Mandatory Binding Arbitration in the Consumer Context?*, 94 Iowa L. Rev. 1075 (2008); Sarah Rudolph Cole, *On Babies and Bathwater: The Arbitration Fairness Act and the Supreme Court’s Recent Arbitration Jurisprudence*, 48 Hous. L. Rev. 457 (2011).

<sup>320</sup> Shelley McGill, *Consumer Arbitration Clause Enforcement: A Balanced Legislative Response*, 47 Am. Bus. L.J. 361, 391 (2010)(citing French laws); Peter B. Rutledge & Anna W. Howard, *Arbitrating Disputes Between Companies And Individuals: Lessons From Abroad*, 65 Disp. Resol. J., 30, 34 (2010)(citing French laws).

<sup>321</sup> Niedermaier, *supra* note 305, at 17 (citing Zivilprozessordnung [ZPO] [Code of Civil Procedure] Jan. 30, 1877, Reichsgesetzblatt [RGBt] 97, as amended, §§1025 *et seq.*, [http://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_zpo/englisch\\_zpo.html](http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_zpo/englisch_zpo.html) (last visited Sept. 13, 2015)).

Yet, under this approach a state loses the benefits of arbitration. Businesses will likely incur increased costs, which either reduces their profitability or is passed on to consumers in the form of higher prices.<sup>323</sup> It also foists all these disputes back on the court system, increasing case congestion and resolution time.<sup>324</sup> Instead of knowledgeable experts, generalist judges would try the disputes. Moreover, as some studies indicate, it is not clear that consumer outcomes improve in litigation.<sup>325</sup> Collection matters constitute the majority of the cases and success rates for these types of cases are generally high in courts, too.<sup>326</sup> Finally, it might deal a crippling blow to Georgian arbitration generally. It could irrevocably harm the reputation of arbitration, putting many of the providers out of business and reducing arbitration's availability in other legal matters.

## B. Form Requirements and Judicial Review

Another possible solution is to introduce form requirements in consumer contracts and allow for expanded judicial review and increased consumer awareness. For instance, German consumer arbitration agreements must be isolated in a separate document that is signed by both parties.<sup>327</sup> In the United States, this kind of requirement is not permissible in most contracts.<sup>328</sup> However, the CFPB is empowered to study consumer arbitration in financial agreements and may issue form requirements, among other regulations, in the future.<sup>329</sup> Among the clauses the CFPB is reviewing are opt-outs,<sup>330</sup> carve outs,<sup>331</sup> fees and costs allocations,<sup>332</sup> and disclosures.<sup>333</sup>

Judicial review is the natural extension of form requirements. EU Council Directive 93/13/EEC (Council Directive 93)<sup>334</sup> has played an important role in this regard. Council Directive 93 declares any mandatory arbitration clause in a consumer contract presumptively unfair.<sup>335</sup> While these clauses are not formally excluded, subsequent European Court of Justice decisions have held this to be part of public policy and must be reviewed by the EU national courts *sua sponte*, for fairness and compliance with Council Directive 93.<sup>336</sup>

One problem with form requirements, and its attendant expansion of judicial review, is increased costs. Allowing expanded judicial review in each individual case would lead to longer resolution times and undermine the important arbitration principle of finality.<sup>337</sup> Furthermore, without the common law device

---

<sup>322</sup> Schmitz, *Exceptionalism*, *supra* note 305, at 98 (English Arbitration Act of 1996 bars pre and post-dispute arbitration clauses to protect individuals' access to small claims courts).

<sup>323</sup> See Ware, *supra* note 282 (arbitration lowers business costs and competition forces businesses to pass on savings to consumers). *But see*, Arbitration Study, *supra* note 305, at section 10, 16-17 ("we did not find statistically significant evidence to support the hypothesis that companies realize and pass cost savings relating to their use of pre-dispute arbitration clauses to consumers in the form of lower prices").

<sup>324</sup> Georgian arbitration proceedings averaged one to three months compared to one year in the courts. Blechman, *supra* note 314, at 4.

<sup>325</sup> See, e.g., Searle Study, *supra* note 308. Litigation may also have some of the same repeat player biases that are found in mandatory arbitration. Marc Galanter, *Why the Haves Still Come Out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change*, 9 *Law & Soc'y Rev.* 95 (1974) (arguing litigation system benefits repeat players). See also Gordon, *supra* note 303, at 274-5 (arguing litigation has tilted playing field against consumers).

<sup>326</sup> See Gordon, *supra* note 303, at 282 (citing various empirical studies in the United States).

<sup>327</sup> Niedermaier, *supra* note 305, at 18; ZPO, *supra* note 321, §1031(5).

<sup>328</sup> See Margaret L. Moses, *Privatized "Justice,"* 36 *Loy. U. Chi. L.J.* 535, 545-47 (2005).

<sup>329</sup> See *Arbitration Study*, *supra* note 306.

<sup>330</sup> *Id.* at Section 2, 31 (consumer is given limited time to submit notice of opting out of arbitration agreement).

<sup>331</sup> *Id.* at Section 2, 32 (certain types of claims are 'carved out,' from, or not subject to, arbitration agreement).

<sup>332</sup> *Id.* at Section 2, 57 (attorney's fees and costs contractually allocated among parties).

<sup>333</sup> *Id.* at Section 2, 51 (contract discloses risks of arbitration such as limited appeals).

<sup>334</sup> Council Directive 93/13/EEC, of 5 April 1993 on Unfair Terms in Consumer Contracts, 1993 O.J. (L 095) 29-34, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31993L0013:en:HTML>.

<sup>335</sup> *Id.* art. 3(1), Annex.

<sup>336</sup> Niedermaier, *supra* note 305, at 18.

<sup>337</sup> Farmer, *supra* note 289, at 2363-64.

of *stare decisis*, there may be inconsistent results from different Georgian judges. This would lead to uncertainty and make it difficult for drafters to craft valid agreements. The Georgian judiciary is still adjusting to the LoA and its limited court intervention norms. Expanded judicial review would reverse that trend and cause confusion.

### C. The “DAL” solution

The best solution involves a combination of measures designed to improve arbitration without excluding consumers. The solution focuses on three areas: disclosure, appointment and licensing (D.A.L.).

#### 1. Disclosure

Arbitration providers should be required to disclose a limited amount of basic data regarding mandatory arbitration. Information could include: (i) the identity of the non-consumer party; (ii) the type of dispute; (iii) the identity of arbitrator(s); and (iv) the result. Ideally, providers would make this information public on websites or upon request. At a minimum, it would be submitted to the appropriate public agencies, including an Independent Appointing Authority (IAA, below). California recently enacted a similar disclosure regime<sup>338</sup> to positive effect.<sup>339</sup> Although disclosure alone will not change consumer behavior, it would promote transparency and improve tribunal behavior.<sup>340</sup> It would allow the public to assess whether there is a systemic problem with a particular provider. It might even shame some companies into avoiding a suspect provider. It would also provide information to the IAA (below) about possible impartiality and help arm individuals with better information during the appointment process.

#### 2. Appointment

The LoA follows the Model Law rules on arbitrator appointment. They are appropriate for international arbitration and domestic arbitration between commercial actors.<sup>341</sup> However, the appointment process needs to be modified for mandatory consumer arbitration where the sole arbitrator is appointed by the provider. Fairness demands that the sole arbitrator be truly neutral and impartial. The law should improve arbitrator impartiality by removing the provider from the appointment process. The LoA already provides a partial solution: when there is one arbitrator, the parties must try to agree on the appointment, and if they fail to agree, a party may request court appointment.<sup>342</sup> This is in effect unless the parties have agreed to a different process. One solution is to remove the option for parties to agree otherwise and make this the required appointment rule for consumer arbitration.<sup>343</sup> Court appointment does have drawbacks. Courts are not involved with arbitration on a regular basis and may not have the ability to choose the most suitable arbitrator.<sup>344</sup> Courts are also busy, and the wheels of justice may take a long time to effect the appointment.<sup>345</sup> Finally, according to one expert, Georgian courts have been reluctant to engage in the appointment process.<sup>346</sup>

---

<sup>338</sup> See Cal. Civ. Proc. Code §1281.96(a) (West 2015).

<sup>339</sup> It allowed for the public to better study how arbitration was working. See, e.g., Mark Fellows, *The Same Result as in Court, More Efficiently: Comparing Arbitration and Court Litigation Outcomes*, Metro. Corp. Couns. 32 (July 2006), <http://www.metrocorpocounsel.com/pdf/2006/July/32.pdf> (analyzing results of arbitration data made available due to disclosure rules).

<sup>340</sup> On the other hand, some may continue to proudly market their services as business-friendly.

<sup>341</sup> One local expert has recommended moving to joint-selection of Georgian arbitrators. Giorgi Narmania, *Party-Appointed Arbitrators: Past, Present and Future*, 2014 Alt. Disp. Resol. Y.B. Tbilisi St. U., 106, 120-21.

<sup>342</sup> LoA, *supra* note 104, art. 11(3)(b).

<sup>343</sup> Gordon, *supra* note 303, at 285 (recommending court and joint approval appointment for consumer arbitration).

<sup>344</sup> Akseli, *supra* note 126, at 252.

<sup>345</sup> *Id.*

<sup>346</sup> See Tsertsvadze, Commentary, *supra* note 77, at 105-06.

A better default solution, if the parties cannot agree, is to direct the appointment burden to an Independent Appointing Authority (IAA). The IAA could be a person or an institution, such as the President of the Georgian Bar Association or the GBA itself.<sup>347</sup> It could be the Georgian Arbitration Association or an outside organization. Or, it could be a specially trained and designated authority appointed by the Ministry of Justice. The main point is to remove the appointment authority from the compromised institutions. The 2015 LoA Amendments expanded the appointment authorities to include not only courts but also “any institution” so the law is already moving on this direction.<sup>348</sup>

In order to preserve the party autonomy principle, the list system of appointment should be employed. The American Arbitration Association and other fora use the list system.<sup>349</sup> Under the UNCITRAL Model Arbitration Rules, for instance, if the parties cannot agree on a sole arbitrator, the appointing authority provides each party with an identical list of potential arbitrators.<sup>350</sup> Each party has a limited period of time to return the list with the names it has deleted (without cause),<sup>351</sup> ranking in preference the remaining names.<sup>352</sup> The authority then makes the appointment based on the parties’ preferences.<sup>353</sup> If there are no common names from the two sides’ returned lists, the authority makes the appointment at her discretion.<sup>354</sup> Although the list system is slower than direct provider appointment, it gives the parties an opportunity to express their choice and feel part of the process—an important principle that is missing from Georgian consumer arbitration.<sup>355</sup> The list system also guards against the actual or perceived impartiality of the IAA. It mitigates the repeat player problems because providers do not control the arbitrator list and arbitrators do not have an incentive to assist the institutional parties. It will also improve public perceptions of arbitration.

There are two disadvantages to empowering an IAA. First, it will slow down the process when compared to direct provider appointment, especially if a list system is employed.<sup>356</sup> But the gains in fairness, and perceptions thereof, might be worth the increased time spent on appointment. Second, it will not be popular with the providers as they will lose control of arbitrator appointment.<sup>357</sup> On the other hand, if these institutions want to continue to receive high-volume consumer cases, this might be the only feasible way for them to continue. The alternative may be a blanket consumer arbitration prohibition. Finally, an IAA might help improve these institutions’ reputation, promoting further demand for arbitration in the future.

---

<sup>347</sup> See Alan Redfern & Martin Hunter, *Law and Practice of International Commercial Arbitration* 200 (3rd ed. 1999).

<sup>348</sup> See Explanatory Letter, *supra* note 125, §(a)(a.c.) (“another change related to rules of appointment of an arbitrator(s) specifies that arbitrators may be appointed not only by a court but also by any institution (if the parties have agreed so)”).

<sup>349</sup> See, e.g., AAA Rules, *supra* note 143, at R. 12 (2013).

<sup>350</sup> G.A. Res. 65/22, UNCITRAL Arbitration Rules, art. 8 (2010), <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/arb-rules-revised/arb-rules-revised-2010-e.pdf> (last visited Oct. 7, 2015)[hereinafter UNCITRAL Arb. Rules].

<sup>351</sup> In the United States, the striking of a name (without cause) is sometimes called a *peremptory challenge*.

<sup>352</sup> UNCITRAL Arb. Rules, *supra* note 350, art. 8(2). The number of peremptory challenges (not challenges for cause) could be limited so that there is a higher likelihood of at least one mutual name, thus reducing the chances of having the appointing authority step in to make the appointment. See, e.g., AAA *Securities Arbitration Supplementary Procedures*, R. 3(a) (2009), [https://www.adr.org/cs/groups/commercial/documents/document/dgdf/mda0/edispadrstg\\_0041071.pdf](https://www.adr.org/cs/groups/commercial/documents/document/dgdf/mda0/edispadrstg_0041071.pdf). (last visited Feb. 23, 2015).

<sup>353</sup> UNCITRAL Arb. Rules, *supra* note 350, art. 8(2).

<sup>354</sup> *Id.* art. 8(2)(d).

<sup>355</sup> MacNeil, *supra* note 127, at §27:3:6:1 (noting importance of parties’ equal participation in selection process).

<sup>356</sup> Douglas Earl McLaren, *Party-Appointed vs. List-Appointed Arbitrators: A Comparison*, 20 J. Int’l Arb. 233, 236 (2003).

<sup>357</sup> One alternative is to allow providers to manage the appointment process but mandate a list procedure, open to all licensed arbitrators, and provide a publicly-funded “consumer advocate,” who would be empowered to assist consumers with navigating the procedure. This might be more palatable to the providers, although less ideal for consumers.

### 3. Licensing

Georgia should establish an arbitrator-licensing regime. The Georgian Arbitration Association would be a natural party to administer this program, but it could be handled by the Georgian Bar Association, the National Center for Alternative Dispute Resolution (NCADR)<sup>358</sup> or another well-regarded institution. The main components of this regime would be an entrance test on skills and ethics, continuing education, adherence to strict guidelines on ethics and competence, and a disciplinary procedure. A licensing regime would promote competence and professionalism as well as public confidence.<sup>359</sup> By educating arbitrators on basic mediation skills, the LoA's settlement provision<sup>360</sup> would receive more attention and parties would have better opportunities to restructure their financial relationship in mutually beneficial fashion.<sup>361</sup>

All three components of DAL will work in synergistic fashion. For instance, access to the disclosure information would be important for the IAA to provide parties an arbitration list that is neutral. And, licensing would be an essential quality control device for the IAA arbitrator list.

DAL is designed to improve arbitration, rather than restrict it. This is consistent with the new EU Directive on Alternative Dispute Resolution for Consumer Disputes.<sup>362</sup> DAL promotes public confidence in arbitration, protects consumers from bias, and maintains arbitration's important advantages: efficiency, cost, flexibility, and finality. The solution is less disruptive than a blanket ban or complicated form requirements with unpredictable judicial review.

But DAL is not perfect. Data disclosure entails new recordkeeping costs, although they should be minimal. Disclosure will reduce confidentiality protections, although those protections mainly serve the repeating party. Data disclosure could be coupled with supervisory powers to review and punish cases of systemic bias,<sup>363</sup> however, that would add a layer of complexity to the issue and might not be worth the gains. With disclosure, arbitrators and providers will alter their behavior (to the extent necessary) to avoid the perception of bias or impartiality. Shining a light on the process will have its own tangible benefits.

Taking the appointment process out of the hands of the providers will be tough medicine, but the solution is workable and should not cause significant economic harm to the providers or arbitrators. To the extent that this solution allows mandatory consumer arbitration to survive, it is a benefit to providers when compared to the draconian alternatives.<sup>364</sup> Licensing will also entail some additional costs to administer a gatekeeping process and disciplinary regime. These costs will mostly be paid among the arbitrators so the net effect to them should be minimal. There will be some administrative costs, but they will be worth the price in better, more just arbitration.

## VII. Conclusion

Despite the country's problematic arbitration history, Georgians continue to look to arbitration to settle their disputes. This is a positive sign. With the recommended changes, the LoA should encourage inter-

---

<sup>358</sup> The NCADR is located at Tbilisi State University. Its website is available at <http://ncadr.tsu.ge/eng/2/news/52-ncadr-initiatives-for-business-law-reform> (last visited Feb. 23, 2015).

<sup>359</sup> See Blechman, *supra* note 314, at 13.

<sup>360</sup> LoA, *supra* note 104, art. 38.

<sup>361</sup> Cf. Teo Kvirikashvili, *Med-Arb / Arb-Med and Prospects of Their Development in Georgia*, 2014 Alt. Disp. Resol. Y.B. Tbilisi St. U. 51 (recommending mediation with arbitration); Hilmar Raeschke-Kessler, *The Arbitrator as Settlement Facilitator*, 21 Arb. Int'l 523 (2005)(discussing windows of settlement opportunity during arbitration).

<sup>362</sup> Directive 2013/11/EU of the European Parliament and of the Council of 21 May 2013 on Alternative Dispute Resolution for Consumer Disputes, No. 2006/2004 and Directive 209/22 EC, 2013 O.J. (L 165) 63 (requiring Member States to develop ADR mechanisms for consumer disputes).

<sup>363</sup> See Farmer, *supra* note 299, at 2369-93(recommending provider liability for systemic bias). However, systemic bias would be difficult to define and penalize. Civil liability would also achieve little for Georgian consumers. Georgian law already provides for criminal liability for arbitrators. See Tsertsvadze, Commentary, *supra* note 77, at 115.

<sup>364</sup> See Blechman, *supra* note 314, at 14-15 (recommending a ban on *for-profit* providers); Tkemaladze, *New Law*, *supra* note 73, at 671 (recommending restrictions on consumer arbitration).



national investment, promote domestic economic activity and help relieve crowded court dockets. The law represents a substantial improvement when compared to the previous arbitration regimes that Georgians endured but it remains a work in progress. The law's similarities to the UNCITRAL Model Law provide a familiar framework for many actors.

Most of the law's shortcomings can be addressed through statutory revisions. If the law provides more clarity, there will be less misunderstanding, inconsistency and abuse. Significant issues relate to the role of the courts. Because of the history, Georgian courts are suspicious of arbitral awards, especially those related to consumers. Some additional adjustments, such as aiding the remission process and clarifying public policy, will help the courts protect parties from abuse without damaging the development of arbitration. The Georgian Supreme Court has proven willing to enforce foreign arbitral awards against domestic firms. With further clarity on public policy, the court's practice could become an excellent example for other developing countries.

The primary threat to arbitration in Georgia and elsewhere is the use of mandatory consumer arbitration. While drastic solutions exist, such as banning the practice or forcing out for-profit providers, a more nuanced approach might make more sense. A solution that balances all stakeholder considerations, and attempts to address the root causes (repeat player and arbitrator appointment problems) is the most likely to be successful.

Other developing countries can learn from Georgia's experience. Arbitration can be a powerful tool that promotes efficiency and economic activity. It can also become a tool that denies individuals' fundamental rights. As Georgia is learning, important consumer safeguards need to be in place for domestic arbitration to meet social needs. Repeat player problems must be addressed at the design stage. The specific roles of courts must be clarified and monitored. Ethics rules should be promoted and enforced at the beginning. Widespread professional education and continuing training appears to be an essential ingredient. With some adjustments, Georgian arbitration can become a model for the developing world.

## არბიტრაჟის ბალარჩენა განვითარებად მსოფლიოში: საქართველოს განსაკუთრებული შემთხვევა\*\*

საქართველოში არბიტრაჟის არსებობას ხანგრძლივი და საინტერესო ისტორია აქვს. კრიმინალურ სამყაროსთან „სატელეფონო სამართლიდან“ კანონიერებამდე ქართული არბიტრაჟი გადაურჩა მრავალ იტერაციას. ამჟამად, ვინაიდან საქართველო იწყებს ევროკავშირთან გაერთიანების პროცესს, მას აქვს ახალი საარბიტრაჟო კანონი, რომელიც აერთიანებს საერთაშორისო ნორმებს. წინამდებარე სტატიაში გაანალიზებულია კანონი, არბიტრაჟის განვითარების გზა და მიმდინარე გამოწვევები. ავტორი იყენებს შეერთებული შტატების პრაქტიკულ გამოცდილებას, ასევე გამოცდილებას, რომელიც უკავშირდება სამართლებრივი რეფორმების პროგრამების დანერგვას საქართველოსა და სხვა ქვეყნებში, გვთავაზობს რამდენიმე მნიშვნელოვან ცვლილებას საქართველოს ახალ საარბიტრაჟო სამართლებრივ რეჟიმში. განსაკუთრებული პრობლემა მომხმარებლისთვის სავალდებულო არბიტრაჟის ასახვა ორგანიზაციების სტანდარტული პირობებით შედგენილ ხელშეკრულებებში. რამდენიმე შესწორებით არბიტრაჟი საქართველოში შეიძლება გახდეს მოდელი სხვა განვითარებადი ქვეყნისათვის, რაც ორგანიზაციების კომერციულ საჭიროებებს დააბალანსებს სამართლიანობასა და ქართული საზოგადოების სოციალურ საჭიროებებთან. ავტორი დაასკვნის, რომ მისი რეკომენდაციების გათვალისწინებით სხვა განვითარებადი ქვეყნები შეძლებენ, პრაქტიკულად შეისწავლონ და გამოიყენონ არბიტრაჟი ეფექტიანობისა და ინვესტიციების ზრდის მიზნით, ინდივიდების უფლებათა დაცვის შენარჩუნებით.

**საკვანძო სიტყვები:** არბიტრაჟი, სავალდებულო არბიტრაჟი, საქართველო, დავის გადაწყვეტა, რუსეთი, საბჭოთა კავშირი, UNCITRAL, მოდელური კანონი საერთაშორისო კომერციულ არბიტრაჟზე, საარბიტრაჟო ტრიბუნალი, დროებითი ღონისძიებები, დანიშვნა, საარბიტრაჟო პროცესი, საარბიტრაჟო გადაწყვეტილება, საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების ცნობა და აღსრულება.

\* სტივენ ოსტერმილერი იყო აღმოსავლეთ-დასავლეთის მართვის ინსტიტუტის (EWMI) USAID-ის მიერ მხარდაჭერილი პროგრამის – კანონის უზენაესობის მხარდაჭერა საქართველოში (PROLoG) – იურიდიული განათლების მიმართულების ხელმძღვანელი და თსუ-ის დავის ალტერნატიული გადაწყვეტის ეროვნული ცენტრის (NCADR) დირექტორთა საბჭოს წევრი საქართველოში. ოსტერმილერი ამჟამად არის საერთაშორისო განვითარების უფროსი ექსპერტი სამხრეთ კაროლინის უნივერსიტეტის პროექტი (Rule of Law Collaborative). იგი მართავს პროგრამებს, რომლებიც ეხება დავის ალტერნატიული გადაწყვეტის საშუალებებს (ADR), კომერციულ სამართალს, იურიდიულ და პროფესიულ განათლებას. იგი აგრეთვე ხელმძღვანელობდა კანონის უზენაესობის მხარდაჭერისა და რეფორმირების პროექტებს კამბოჯაში, ბოსნია და ჰერცეგოვინაში, ხორვატიასა და სხვა ქვეყნებში. პრაქტიკული მოღვაწეობის დაწყებამდე იგი იყო ჩიკაგოს Pedersen & Houpt-ის სავაჭრო იურიდიული ფირმის პარტნიორი. ოსტერმილერი არის ჩრდილოეთ-დასავლეთის უნივერსიტეტის კურსდამთავრებული (პოლიტიკურ მეცნიერებათა ბაკალავრი) და ჩრდილოეთ-დასავლეთის საუნივერსიტეტო სამართლის სკოლის კურსდამთავრებული (სამართლის დოქტორი). ამ სტატიაში გამოთქმული მოსაზრებები ეკუთვნის ავტორს და არ გამოხატავს EWMI-ის, USAID-ის, NCADR-ის, აშშ-ის სამთავრობო ან რომელიმე სხვა ორგანიზაციის შეხედულებებს. ავტორი მადლობას უხდის სოფიო ტყემალაძეს, სოფიო ფანჯიკიძეს, გიორგი ვაშაკიძეს, ლანა ჩხარტიშვილსა და ემი ოსტერმილერს მათ მიერ გაწეული დახმარებისთვის.

<sup>1</sup> ეს სტატია პირველად გამოქვეყნდა ჟურნალში: Arizona Journal of International & Comparative Law, Vol. 32, No. 3, 2015.

## I. შესავალი

არბიტრაჟი ბევრ ქვეყანაში მნიშვნელოვან როლს ასრულებს დავების გადაწყვეტაში. მას ხანგრძლივი ისტორია აქვს<sup>2</sup> – მეოცე საუკუნეში კი პირველად გამოჩნდა როგორც თანამედროვე ეკონომიკის ძირითადი მექანიზმი. განვითარებული მსოფლიოს სამართლის სპეციალისტების უმრავლესობისთვის ცნობილია მისი უამრავი უპირატესობა, როგორებიცაა: შედარებით დაბალი ხარჯები, უფრო სწრაფი გადაწყვეტა, პრეცედენტული დასრულება, საერთაშორისო ზენოლა, კონფიდენციალობა, პროცედურული მოქნილობა, არაფორმალობა და მიუკერძოებელი, მხარეების მიერ არჩეული, დამოუკიდებელი ექსპერტი. თუმცა განვითარებულ ქვეყნებში<sup>3</sup> ახლა ყველგან არის არბიტრაჟი, ბევრი სუსტად განვითარებული ქვეყანა სწორედ ახლა იწყებს არბიტრაჟის შეტანას თავიანთი დავების გადაწყვეტის პროგრამებში.<sup>4</sup> ნარმატივით განხორციელების შემთხვევაში, არბიტრაჟმა შეიძლება შეამციროს სასამართლოების დატვირთვა,<sup>5</sup> გაზარდოს უცხოური ინვესტიციები<sup>6</sup> და უცხო ქვეყნის დახმარება<sup>7</sup> მიმღები ქვეყნისთვის, ხელი შეუწყოს საერთო ეკონომიკურ განვითარებას.<sup>8</sup>

თუმცა ბევრია დანერგილი ADR-ზე (დავების ალტერნატიული გადაწყვეტაზე) განვითარებად ქვეყნებში, სამეცნიერო ლიტერატურაში მაინც არის ინფორმაციის დეფიციტი არბიტრაჟის დანერგვაზე.<sup>9</sup> საჭიროა, გამოკვლევულ იქნეს, არის არბიტრაჟი სასარგებლო ინსტრუ-

<sup>2</sup> Steven C. Bennett, *Arbitration: Essential Concepts* 9 (ALM ed., 2002).

<sup>3</sup> Katherine V.W. Stone & Richard A. Bales, *Arbitration Law* 3 (2d ed. 2010).

<sup>4</sup> *ob. Roberto Danino, The Importance of the Rule of Law and Respect for Contractual Rights in Transition Countries*, 17 Eur. Bus. L. Rev. 327, 333 (2006) (noting arbitration growth in developing and transition countries over past decade).

<sup>5</sup> Kiarie Njoroge, *Judiciary Moves to Cut Case Backlog Through Arbitrators*, Bus. Daily (July 28, 2014, 7:48 PM), <http://www.businessdailyafrica.com/Judiciary-moves-to-cut-case-backlog/-/539546/2400826/-/av3arqz/-/index.html>; *Arbitration Center in Nairobi to Reduce Case Backlog*, Standard Rep. (Sept. 30, 2014), [http://www.standardmedia.co.ke/article/2000136635/arbitration-centre-in-nairobi-to-reduce-case-backlog?articleID=2000136635&story\\_title=arbitration-centre-in-nairobi-to-reduce-case-backlog&pageNo=](http://www.standardmedia.co.ke/article/2000136635/arbitration-centre-in-nairobi-to-reduce-case-backlog?articleID=2000136635&story_title=arbitration-centre-in-nairobi-to-reduce-case-backlog&pageNo=)

<sup>6</sup> Felix O. Okpe, *Endangered Elements of ICSID Arbitral Practice: Investment Treaty Arbitration, Foreign Direct Investment, and the Promise of Economic Development and Host States*, 13 Rich. J. Global L. & Bus. 217, 249 (2014).

<sup>7</sup> საერთაშორისო საფინანსო ლიდერი ორგანიზაციების უმრავლესობა, როგორებიცაა: მსოფლიო ბანკი, ეკონომიკური თანამშრომლობისა და განვითარების ორგანიზაცია (OECD) და აზიის განვითარების ბანკი, მოითხოვს არბიტრაჟს კონტრაქტების განხორციელებისას. Position Paper on Arbitration in Thailand, Am. Chamber Com. Thail., Oct. 2009, <<http://www.amchamthailand.com/acct/asp/default.asp>>, (follow “Position Papers” hyperlink under “Resources and Archive” tab).

<sup>8</sup> Christian Buhning-Uhle, Lars Kirchhoff & Gabriele Scherer, *Arbitration and Mediation in International Business* 57-60 (2d ed. 2006).

<sup>9</sup> ლიტერატურის დიდ ნაწილში ყურადღება გამახვილებულია მედიაციასა და მის ტიპებზე. *ob. Scott Brown, et al., Alternative Dispute Resolution Practitioner’s Guide* (Ctr. for Democracy and Governance, USAID 1998), <http://www.usaid.gov/sites/default/files/documents/1868/200sbe.pdf> (last visited Sept. 13, 2015); Emily Stewart Haynes, *Mediation as an Alternative to Emerging Post-Socialist Legal Institutions in Central and Eastern Europe*, 15 Ohio St. J. Disp. Resol. 257 (1999); Nancy Erbe, *The Global Popularity and Promise of Facilitative ADR*, 18 Temp. Int’l & Comp. L.J. 343 (2004); Steven Austermler, *Mediation in Bosnia and Herzegovina: A Second Application*, 9 Yale Hum.Rts. & Dev. L.J. 132 (2006); Cynthia Alkon, *The Cookie Cutter Syndrome: Legal Reform Assistance Under Post-Communist Democratization Programs*, 2002 J. Disp. Resol. 327 (2002); Minh Day, *Alternative Dispute Resolution and Customary Law: Resolving Property Disputes in Post-Conflict Nations, A Case Study of Rwanda*, 16 Geo. Immigr. L.J. 235 (2001); William Davis & Helga Turku, *Access to Justice and Alternative Dispute Resolution*, 2011 J. Disp. Resol. 47 (2011); Amy J. Cohen, *Debating the Globalization of U.S. Mediation: Politics, Power, and Practice in Nepal*, 11 Harv. Negot. L. Rev. 295 (2006); Eduardo R. C. Capulong, *Mediation and the Neocolonial Legal Order: Access to Justice and Self-Determination in the Philippines*, 27 Ohio St. J. on Disp. Resol. 641 (2012); Nancy D. Erbe, *Appreciating Mediation’s Global Role in Promoting Good Governance*, 11 Harv. Negot. L. Rev. 355 (2006). განვითარებად ქვეყნებში არბიტრაჟის დანერგვის შესახებ მცირე რაოდენობით სტატია არსებობს. *ob. Arnoldo Wald, Patrick Schellenberg & Keith S. Rosenn, Some Controversial Aspects of the New Brazilian Arbitration Law*, 31 U. Miami Inter-Am. L. Rev. 223 (2000); Julio C. Barbosa, *Arbitration Law in Brazil: An Inevitable Reality*, 9 Sw. J. L. & Trade Am. 131 (2002); Hoda Atia, *Egypt’s New Commercial Arbitration Framework: Problems and Prospects for the Future of Foreign Investment*, 5 Int’l. Trade & Bus. L. Ann.

მენტი ეკონომიკური და სოციალური განვითარებისათვის, თუ იგი საერთაშორისო მონაწილეების მიერ შემოტანილი დასავლეთის არასასურველი ტრანსპლანტაცია.<sup>10</sup> წინამდებარე სტატია არის მცდელობა, წვლილი შეიტანოს ამ საკითხის განხილვაში განვითარებადი ქვეყნების საინტერესო შემთხვევაზე, კერძოდ, საქართველოში არბიტრაჟის მაგალითზე ყურადღების გამახვილებით. საქართველო არის პოსტკომუნისტური, ომისშემდგომი ქვეყანა, რომელმაც განახორციელა ფართო სტრუქტურული რეფორმები და ამჟამად არის ევროკავშირის წევრობის წინა ეტაპზე.

პირველი ნაწილი ეთმობა მოკლე ისტორიულ შეჯამებას; მეორე ნაწილი განიხილავს დავების გადაწყვეტის მრავალფეროვან, მაგრამ სავალალო ისტორიას. იგი იკვლევს რუსული და საბჭოთა 200-წლიანი ბატონობის შედეგებს არბიტრაჟის განვითარებაზე საქართველოში; მესამე ნაწილი დეტალურად განიხილავს ახალ ქართულ საარბიტრაჟო კანონს, რომელიც მოქმედებაში შევიდა 2010 წელს, და მის განხორციელებას ამჟამად. იგი ეფუძნება გაერთიანებული ერების ორგანიზაციის კომისიის ტიპურ კანონს საერთაშორისო ვაჭრობის სამართალზე (UNCITRAL).<sup>11</sup> მიუხედავად ნაკლოვანი მხარეებისა, იგი მაინც მნიშვნელოვნად აუმჯობესებს საქართველოს ადრეულ მცდელობებს არბიტრაჟზე; მეოთხე ნაწილში განხილულია რეკომენდაციები კანონის გასაუმჯობესებლად დებულებების გადასინჯვასა და განმარტებებზე ფოკუსირებით; მეხუთე ნაწილში საუბარია საარბიტრაჟო სისტემის ყველაზე მნიშვნელოვან ნაკლოვან მხარეზე – კლიენტისთვის სავალდებულო არბიტრაჟის გამოყენებაზე. სტატია გვთავაზობს კომპლექსურ რეკომენდაციებს ამ დეფექტებზე რეაგირებისათვის; მეექვსე ნაწილში მოცემული დასკვნის მიხედვით, არ არის ძალიან დაგვიანებული, რომ არბიტრაჟმა დადებითი ზეგავლენა მოახდინოს საქართველოში მიმდინარე პროცესებზე. მას შეუძლია, შეასრულოს როგორც ბიზნესების, ასევე კლიენტების მოთხოვნები, რამდენადაც პოლიტიკური ნებაა რეფორმების განხორციელება. თუმცა ეს დასკვნები დამოკიდებულია ქვეყნებზე: საქართველოს გამოცდილება და ეს ანალიზი, სავარაუდოდ, ერთგვარი გაკვეთილი იქნება სხვა განვითარებადი ქვეყნებისთვის.

## II. სანყისი ინფორმაცია და ისტორიული კონტექსტი

საქართველო არის პატარა ქვეყანა, დაახლოებით სამხრეთ კაროლინის სიდიდისა. იგი მდებარეობს მნიშვნელოვან გზაჯვარედინზე ევროპას, აზიასა და შუა აღმოსავლეთს შორის და არის იმ რეგიონის ერთ-ერთი ქვეყანა, რომელიც ცნობილია კავკასიის სახელით. საქართველო, რომელიც მდებარეობს შავი ზღვის აღმოსავლეთ ნაპირზე, გამოყოფს რუსეთს შუა აღმოსავლეთისაგან. მოსახლეობა შეადგენს დაახლოებით 5 მილიონს.<sup>12</sup> მისმა მეზობლებმა – თურ-

---

1 (2000); Abudllah Khaled Al-Sofani, *Theoretic Study in Light of the Jordanian Arbitration Law: The Problem of Arbitration Clauses*, 32 Bus. L. Rev. 253 (2011); Rafael T. Boza, *Caveat Arbitrator: The U.S.-Peru Trade Promotion Agreement, Peruvian Arbitration Law, and the Extension of the Arbitration Agreement to Non-Signatories – Has Peru Gone Too Far*, 17 Currents: Int'l Trade L.J. 65 (2009); Tracy S. Work, *India Satisfies its Jones for Arbitration: New Arbitration Law in India*, 10 Transnat'l Law. 217 (1997). ვრცელი ლიტერატურა არსებობს საერთაშორისო საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების აღსრულების თაობაზე ნიუ-იორკის კონვენციის მიხედვით (Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (1958), 330 U.N.T.S. 38; 21 U.S.T. 2517; 7 I.L.M. 1046 (1968), [http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral\\_texts/arbitration/NYConvention.html](http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/NYConvention.html) (last visited Feb. 23, 2015)). არსებობს აგრეთვე ბევრი მასალა, რომლებიც ეხება საინვესტიციო ხელშეკრულებებთან დაკავშირებულ დავებს განვითარებადი ქვეყნებში, მაგრამ აღნიშნული საკითხი სცდება წინამდებარე სტატიის კვლევის ფარგლებს.

<sup>10</sup> Carrie Menkel-Meadow, *Correspondences and Contradictions in International and Domestic Conflict Resolution: Lessons from General and Varied Contexts*, 2003 J. Disp. Resol. 319, 341 (2003).

<sup>11</sup> იხ. ქვემოთ, სქოლიო 105.

<sup>12</sup> Central Intelligence Agency, *World Factbook: Georgia*, 2014, <https://www.cia.gov/library/publications/the-world-factbook/geos/gg.html> (last modified Sept. 24, 2015) [შემდგომში – World Factbook].

ქეთმა, ირანმა/სპარსეთმა სამხრეთის მხრიდან და რუსეთმა ჩრდილოეთის მხრიდან – დიდი როლი შეასრულეს მის კულტურასა და ისტორიაში.

საქართველოს ისტორიისთვის დამახასიათებელია გაერთიანებებისა და დაშლის პერიოდები.<sup>13</sup> მეათე საუკუნეში მეფე ბაგრატ მესამემ გააერთიანა რამდენიმე სამთავრო და შექმნა თანამედროვე ქართული სახელმწიფო, დაიმორჩილა ტერიტორია და მოიტანა სიმდიდრე და ძალაუფლება.<sup>14</sup> ეს გაგრძელდა რამდენიმე ასეულ წელს, სანამ მონღოლების შემოსევა დაანგრევდა იმპერიას.<sup>15</sup> მეცხრამეტე საუკუნის დასაწყისში რუსეთმა განახორციელა ქართული მიწების დიდი ნაწილის ანექსია.<sup>16</sup> 1917 წლის რუსეთის თებერვლის რევოლუციის შემდეგ საქართველომ ხანმოკლე პერიოდით განიცადა დამოუკიდებლობა,<sup>17</sup> სანამ რუსული ჯარები შემოიჭრებოდა და დაიკავებდა ქვეყანას 1921 წელს.<sup>18</sup> შემდეგი 70 წლის განმავლობაში საქართველო რჩებოდა საბჭოთა კავშირის ნაწილად და მოგვცა ორი მნიშვნელოვანი ლიდერი: იოსებ სტალინი (მართავდა 1924 წლიდან 1953 წლამდე) და ედუარდ შევარდნაძე (80-იან წლებში საბჭოთა კავშირის საგარეო საქმეთა მინისტრი, რომელმაც ხელი შეუწყო ლიბერალურ პოლიტიკებს – „გლასნოსტსა“ და „პერესტროიკას“)<sup>19</sup>.

1991 წელს, როდესაც საბჭოთა კავშირმა დაიწყო დაშლა, საქართველომ გამოაცხადა დამოუკიდებლობა, რასაც მოჰყვა არამდგრადობის პერიოდი. ოპოზიციურმა ძალებმა გააძევეს პირველი პრეზიდენტი ზვიად გამსახურდია 1992 წლის დასაწყისში.<sup>20</sup> კონსტიტუციური ცვლილებების შემდეგ პრეზიდენტად აირჩიეს ედუარდ შევარდნაძე. 2003 წელს ეგრეთ წოდებული *ვარდების რევოლუციის* შედეგად იგი გადააყენეს პრეზიდენტობიდან. შემდეგი არჩევნების შედეგად პრეზიდენტი გახდა მიხეილ სააკაშვილი და სახელმწიფოს სათავეში ჩაუდგა რეფორმებზე ორიენტირებული ერთიანი ნაციონალური მოძრაობა. 2008 წლის ხელახალ არჩევნებში გამარჯვების შემდეგ სააკაშვილმა და ერთიანმა ნაციონალურმა მოძრაობამ წააგეს 2012 წლის არჩევნები კოალიცია *ქართულ ოცნებასთან*, რომელსაც ხელმძღვანელობდა მილიონერი ბიძინა ივანიშვილი. ეს იყო ქვეყნისთვის ძალაუფლების პირველი მშვიდობიანი გადაცემა.

მთელი პოსტსაბჭოთა პერიოდის განმავლობაში საქართველო იტანჯებოდა არასტაბილურობით, რაც გამოწვეული იყო აფხაზეთისა და სამხრეთ ოსეთის სეპარატისტული მოძრაობებით კონტროლირებადი რეგიონებით. პოლიტიკურმა გადატრიალებამ წარმოშვა რამდენიმე ომი,<sup>21</sup> მათ შორის 2008 წლის აგვისტოს ომი რუსეთსა და საქართველოს შორის, რამაც გამოიწვია ამ რეგიონების დაკარგვა.<sup>22</sup> ორივე რეგიონმა გამოაცხადა დამოუკიდებლობა<sup>23</sup> და ამჟამად

<sup>13</sup> იხ. ზოგადად Donald Rayfield, *Edge of Empires: A History of Georgia* (2012).

<sup>14</sup> იქვე, 74.

<sup>15</sup> იხ. Donald Rayfield *ზემოაღნიშნული სქოლიო* 13, 118-31.

<sup>16</sup> Giorgi Intskirveli, *The Constitution of Independent Georgia*, 22 Rev. Cent. & E. Eur. L. 1, 1 (1996).

<sup>17</sup> Ferdinand Feldbrugge, *The Law of the Republic of Georgia*, 18 Rev. Cent. & E. Eur. L. 367, 368-69 (1992) [შემდგომში – Feldbrugge, *Law*].

<sup>18</sup> საქართველოს კონსტიტუცია ოფიციალურად მიღებულ იქნა მხოლოდ სამი დღით ადრე, სანამ წითელი არმია დაიკავებდა თბილისს. Ferdinand Feldbrugge, *The New Constitution of Georgia*, 22 Rev. Cent. & E. Eur. L. 9, 9-10 (1996).

<sup>19</sup> რუსული ტერმინები ლიაობისა და რეკონსტრუირების მნიშვნელობით, შესაბამისად.

<sup>20</sup> Ferdinand Feldbrugge, *სამართალი, ზემოაღნიშნული სქოლიო* 177, 371.

<sup>21</sup> სამხრეთ ოსეთში იყო სამი ომი, 1991-1992, 2004 და 2008 წლებში. Charles King, *The Five-Day War*, 87 Foreign Aff. 4 (Nov.-Dec., 2008), <<http://www.foreignaffairs.com/articles/64602/charles-king/the-five-day-war>>. აფხაზეთში ომი მიმდინარეობდა 1992-1993 და 2008 წლებში. იხ., ზოგადად, David Aphrasidze & David Siroky, *Frozen Transitions and Unfrozen Conflicts, Or What Went Wrong in Georgia?*, 5 Yale J. Int'l Aff. 121 (2010).

<sup>22</sup> აფხაზეთის პროფილი, BBC-ის ახალი ამბები, <http://www.bbc.com/news/world-europe-18175030> [03.06.2014] სამხრეთ ოსეთის პროფილი, BBC-ის ახალი ამბები, <<http://www.bbc.com/news/world-europe-18269210>>. [17.10.2013].

<sup>23</sup> იქვე, Milena Sterio, *On the Right to External Self-Determination: "Selfistans", Secession, and the Great Powers' Rule*, 19 Minn. J. Int'l L. 137, 167 (2010); Christopher J. Borgen, *The Language of Law and the Practice of Politics: Great Powers and the Rhetoric of Self-Determination in the Cases of Kosovo and South Ossetia*, 10 Chi. J.

მოქმედებენ როგორც რუსეთის მიერ კონტროლირებადი ნახევრადავტონომიური სახელმწიფოები.<sup>24</sup>

ამ არამდგრადობის მიუხედავად, საქართველომ მიაღწია მნიშვნელოვან წარმატებებს. 1990-იან წლებში საქართველო იტანჯებოდა შეიარაღებული ფორმირებებისაგან, კორუფციისაგან, ენერჯის დეფიციტისაგან. 2003 წლის ვარდების რევოლუციის დროს თვით პრეზიდენტ შევარდნაძემაც აღიარა, რომ საქართველო იყო *არშემდგარი სახელმწიფო*.<sup>25</sup> ეკონომიკა დაეცა 67%-ით 1989 წლის დონიდან, ხოლო მრეწველობის მწარმოებლურობა იყო 20%.<sup>26</sup> მიუხედავად განათლების მაღალი დონისა, საქართველოს ეროვნული შემოსავალი ერთ სულ მოსახლეზე დაეცა სვაზილენდის დონეზე დაბლა.<sup>27</sup> თუმცა ვარდების რევოლუციამ დასაბამი მისცა ეკონომიკურ აღორძინებას და სტაბილურობას, რაც გრძელდება დღემდე – პრეზიდენტმა მიხეილ სააკაშვილმა<sup>28</sup> და ერთიანმა ნაციონალურმა მოძრაობამ შეძლეს კორუფციისა და კრიმინალური მდგომარეობის მნიშვნელოვნად შემცირება;<sup>29</sup> მათ გააძლიერეს სახელმწიფო მომსახურება თითოეულ თემში იუსტიციის სახლების შექმნით მოქალაქეთა საჭიროებებზე რეაგირების მიზნით;<sup>30</sup> გაამარტივეს საგადასახადო სისტემა<sup>31</sup> და განახორციელეს თავისუფალი ბაზრის რეფორმები,<sup>32</sup> რამაც ხელი შეუწყო მთლიანი შიდა პროდუქტის წლიურ ზრდას დაახლოებით

---

Int'l L. 1, 5-6 (2009-10); Ronald Thomas, *The Distinct Cases of Kosovo and South Ossetia: Deciding the Question of Independence on the Merits and International Law*, 32 *Fordham Int'l L.J.* 1990, 2023 (2008-09). სამხრეთ ოსეთისა და აფხაზეთის დამოუკიდებლობა აღიარა მხოლოდ ოთხმა ქვეყანამ: რუსეთმა, ვენესუელამ, ნიკარაგუამ და ნაურუმ. ნაურუს აღიარება უთუოდ იყო კვიპროკვო (გაუგებრობა – ერთი საგნის (პირის) მაგივრად სხვა საგნის ან (პირის) მიღება). იხ. Ellen Barry, *Abkhazia is Recognized – by Nauru*, *N.Y. Times* (Dec. 15, 2009), <[http://www.nytimes.com/2009/12/16/world/europe/16\\_georgia.html?\\_r=0](http://www.nytimes.com/2009/12/16/world/europe/16_georgia.html?_r=0)>.

<sup>24</sup> იხ. *Abkhazia Profile*, ზემოაღნიშნული სქოლიო 22; *South Ossetia Profile*, ზემოაღნიშნული სქოლიო 23.

<sup>25</sup> Rayfield, ზემოაღნიშნული სქოლიო 13, 391.

<sup>26</sup> ეს ინფორმაცია შეერთებული შტატების კონგრესს მიაწოდა მაუნტ ჰოლიოკის კოლეჯის პროფესორმა სტივენ ჯონსმა: 1997 და 2000 წლებს შორის დანახარჯი თავდაცვაზე შემცირდა 51,9 მილიონი დოლარიდან 13,6 მილიონ დოლარამდე; განათლებაზე – 35,6 მილიონი დოლარიდან 13,9 მილიონ დოლარამდე... სახელმწიფოს უუნარობამ, დააფინანსოს სოციალური დაზღვევა და დასაქმება, შეინახოს თავისი არმია, განათლება და ტრანსპორტი, ან გააძლიეროს სოფლის მეურნეობა და მრეწველობა, მიიყვანა მოსახლეობის უმრავლესობა იმ დასკვნამდე, რომ სახელმწიფო არის არასათანადო, არანარმომადგენლობითი და კორუფციული.

*The Republic of Georgia: Democracy, Human Rights and Security: Hearings before the U.S. on Security and Cooperation in Europe* 107th Cong. 2 (2002) (Statement of Stephen Jones, Mount Holyoke College).

<sup>27</sup> Charles King, *A Rose Among Thorns*, 83 *Foreign Aff.* 13, 16 (2004) [შემდგომში – King, *Rose*].

<sup>28</sup> განათლება მიიღო კოლუმბიის იურიდიულ ფაკულტეტზე, ნიუ-იორკში.

<sup>29</sup> შეერთებული შტატების სახელმწიფო დეპარტამენტის თანახმად, კრიმინალური სიტუაცია მონოტონურად კლებულობს პოლიციის ძალების პროფესიონალიზმისა და ცხოვრების დონის საერთო ზრდის გამო. *Georgia 2014 Crime and Safety Report*, U.S. Dep't of State, Bureau Diplomatic Sec., Overseas Security Advisory Council (OSAC), <https://www.osac.gov/pages/ContentReportDetails.aspx?cid=15207> (ბოლოს განახლდა 2014 წლის 24 თებერვალს). კორუფციის აღქმის საერთაშორისო გამჭვირვალობის ინდექსით საქართველო იყო ბოლოდან მეხუთე ადგილზე ანგოლასა და კამერუნთან ერთად 2003 წელს; თერთმეტი წლის შემდეგ საქართველომ წინ წაიწია და დაიკავა მეთხუთმეტე ადგილი 174 ქვეყნიდან და გაუსწრო შვიდ ევროკავშირის წევრ ქვეყანას. საერთაშორისო გამჭვირვალობა, კორუფციის აღქმის ინდექსი – 2014, <<http://www.transparency.org/cpi2014/results>>.

<sup>30</sup> Public Service Hall, <[http://psh.gov.ge/?lang\\_id=ENG](http://psh.gov.ge/?lang_id=ENG)>, [23.02.2015].

<sup>31</sup> Stephen P. Smith, *When More is Not Necessarily Better: A Corporate Governance Tale of Two Countries*, 10 *Dartmouth L.J.* 64, 83-84 (2012).

<sup>32</sup> მთავრობის არსებითი ინსტიტუციური რეფორმის ნაწილია ლიცენზირების მოთხოვნების ოთხმოცდაათი პროცენტის გაუქმება და კომპლექსური მომსახურების ორგანოს შექმნა ლიცენზიებისათვის. 2014 Investment Climate Statement – Georgia, Bureau of Econ. and Bus. Aff., Dept. State Report, 1, 3 (2014) <http://www.state.gov/documents/organization/229020.pdf> (last modified June 2014), <<http://www.state.gov/documents/organization/229020.pdf>>, (უკანასკნელად შესწორდა 2014 წლის ივნისში), (შემდგომში – სახელმწიფოს ანგარიში).

7%-ით შემდეგ ათწლეულში.<sup>33</sup> 2013 წლისთვის საქართველოს ეკავა მერვე ადგილი მენარმეობის მიხედვით, მსოფლიო ბანკის კლასიფიკაციით.<sup>34</sup> ამ წინვლაში მას ერთი მილიარდი აშშ-ის დოლარით დაეხმარა საზღვარგარეთის ქვეყნები.<sup>35</sup> 2014 წელს საქართველომ დაასრულა ევროკავშირთან ასოცირების ხელშეკრულების რატიფიკაცია და ეფექტურად გაამყარა თავისი დემოკრატიული ორიენტაცია ბაზარზე.<sup>36</sup>

ამჟამად საქართველომ მიაღწია მნიშვნელოვან ისტორიულ ეტაპს. მან მიიღო ფილოსოფიური გადაწყვეტილება, გახდეს საგარეო ვაჭრობის საერთაშორისო თანასაზოგადოების წევრი, რომლის ცენტრიც არის ევროკავშირი. იგი უნდა მოემზადოს შედეგებისთვის. გაზრდილი კომერციული აქტივობები, ვაჭრობა და ინვესტიციები<sup>37</sup> მოითხოვს დავის გადაჭრის გაუმჯობესებულ სტრუქტურებს. მიუხედავად ბოლოდროინდელი პროგრესისა, სასამართლო სისტემა მაინც მოითხოვს გაუმჯობესებას.<sup>38</sup> ქართული ბიზნესის ლიდერების გამოკითხვამ გამოავლინა, რომ „კომერციის კანონის არცოდნისა“ და სასამართლო პროცედურების სი-

<sup>33</sup> Data: GDP Growth (annual %), Table: Georgia, The World Bank <http://data.worldbank.org/indicator/NY.GDP.MKTP.KD.ZG/countries/GE?page=1&display=default> (last modified 2015). World Bank Group, *Doing Business: Economy Rankings 2014*, The World Bank <http://www.doingbusiness.org/rankings> (last modified 2015). მსოფლიო ბანკის თანახმად, 2009 წლის გარდა (რუსეთის შემოჭრისა და მსოფლიო ფინანსური კრიზისის გამო), 2004–2013 წლებში მთლიანი შიდა პროდუქტის წლიური ზრდა საშუალოდ შეადგენდა 6,91%-ს. შედარებისთვის, იმავე წლებში შეერთებული შტატებისთვის საშუალო წლიური ზრდა შეადგენდა 2,27%-ს, ხოლო ევროკავშირისთვის – 1,68%-ს.

<sup>34</sup> World Bank Group, *Doing Business: Economy Rankings 2014*, The World Bank <http://www.doingbusiness.org/rankings> (ბოლოს შესწორდა 2015 წელს). საქართველო 2006 წელს იყო მე-100 ადგილზე და 2013 წელს მიაღწია მე-8 ადგილს. შეერთებული შტატების სახელმწიფო დეპარტამენტმა აღნიშნა: „საქართველომ განახორციელა რადიკალური ეკონომიკური რეფორმები ვარდების რევოლუციიდან მოყოლებული, თითქმის არშემდგარი სახელმწიფოს მდგომარეობიდან, როგორც იყო 2003 წლისთვის, 2014 წლისთვის გადავიდა საკმარისად კარგად ფუნქციონირებად საბაზრო ეკონომიკის მდგომარეობაში“, სახელმწიფო დეპარტამენტის ანგარიში, იხ. ზემოაღნიშნული სქოლიო 32, 1.

<sup>35</sup> Georgia: *Accomplishments and Lessons Learned from Implementation of the U.S. \$1 Billion Aid Package to Georgia Six Years After the Georgia-Russia Conflict*, U.S. Embassy Tbilisi, Georgia (Unclassified Cable, August 5, 2014)(on file with author). ჩარლზ კინგის თანახმად, შეერთებულმა შტატებმა, აგრეთვე, საქართველოს გამოუყო 1 მილიარდი დოლარის დახმარება დემოკრატიისა და განვითარების მხარდასაჭერად 1991 წლიდან 2004 წლამდე, „რაც, უდავოდ, შეადგენდა ვაშინგტონის უმსხვილეს ინვესტიციას ერთ სულ მოსახლეზე ნებისმიერი საბჭოთა სამართალმონაცვლე სახელმწიფოსთვის“. King, Rose, ზემოაღნიშნული სქოლიო 27, 14.

<sup>36</sup> Geor. Int'l. Chamber of Commerce, *Deep and Comprehensive Free Trade Agreement: Threat or Opportunities for Georgian Entrepreneurs?*, ICCOMMERCE 18 (2d ed. 2014), <http://www.icc.ge/www/download/ICCOMMERCE%20edition%202.pdf> [hereinafter ICCOMMERCE] (noting that Association Agreement establishes conditions for bilateral free trade agreement with EU). ხელშეკრულების საპასუხოდ რუსეთმა გააუქმა თავისი ვაჭრობის ხელშეკრულება საქართველოსთან. *Russia Plans to Suspend its Free Trade Agreement with Georgia*, ITAR-TASS News Agency (July 30, 2014), <[http://tass.ru/en/economy/742973?utm\\_medium=rss20](http://tass.ru/en/economy/742973?utm_medium=rss20)>.

<sup>37</sup> The new free trade pact with the EU will lead to large increases in trade. ICCOMMERCE, *supra* note 35, at 19. შეერთებული შტატების სტრატეგიული პერსპექტივიდან კასპიის საბადოების ევროპასთან (რუსეთისა და უკრაინის შემოვლით) დამაკავშირებელი გაზისა და ნავთობის მილსადენები გადის საქართველოზე და მოიცავს შეერთებული შტატების კერძო სექტორის მნიშვნელოვან ინვესტიციას. *The Republic of Georgia: Democracy, Human Rights and Security: Hearings before the U.S. on Security and Cooperation in Europe* 107th Cong. 2 (2002) (Statement of Christopher H. Smith, Co-Chairman, Comm'n on Security and Cooperation in Europe).

<sup>38</sup> ეს შეფასება შეერთებული შტატების სახელმწიფო დეპარტამენტმა გააკეთა იურიდიულ კომიტეტში 2014 წელს: რეკომენდებულია, რომ კერძო პარტიებს შორის კონტრაქტები მოიცავდეს დავებზე საერთაშორისო არბიტრაჟის უზრუნველყოფას ქართულ სასამართლო სისტემაში ამჟამად მიმდინარე სამართლებრივი რეფორმების გამო. სასამართლო დავა შეიძლება მოითხოვდეს ზედმინევი დიდ დროს. საკუთრების უფლებებზე დავების შემთხვევაში ზოგჯერ არ არის ნდობა ქართული სამართალ-სისტემის მიუკერძოებლობისა და კანონის უზენაესობისადმი და, ზოგადად, საქართველოს საინვესტიციო კლიმატისადმი. სახელმწიფო დეპარტამენტის ანგარიში, ზემოაღნიშნული სქოლიო 32, 6.

ნელის“ გამო დგას სერიოზული პრობლემები.<sup>39</sup> შედეგად ბიზნესების მხოლოდ 26%-ს სურს დავის სასამართლოს გზით გადაწყვეტა.<sup>40</sup> ფართო საზოგადოების ნდობის დონე სასამართლო-სადმი არის ძალზე დაბალი.<sup>41</sup> თუ ინდივიდუალური პირები და ბიზნესები ვერ შეძლებენ სასამართლოების გამოყენებას და თავიანთი უფლებების რეალიზაციას, ეკონომიკური და სოციალური აქტივობები სავალალო მდგომარეობაში აღმოჩნდება.<sup>42</sup> ამ პრობლემების შემთხვევაში შეიძლება არბიტრაჟი იყოს სასარგებლო საშუალება. ეს სტატია ანალიზებს წინა წლების მონაცემებს არბიტრაჟზე, მის მიმდინარე სტატუსსა და მომავალს საქართველოში.

### III. არბიტრაჟის ისტორია

#### ა. რუსული/კომუნისტური არბიტრაჟი

არბიტრაჟი საქართველოში ძველი მეთოდია და საუკუნეების განმავლობაში არსებობს სხვადასხვა ფორმით. ტრადიციულად, ადგილობრივი თემის ხელმძღვანელები საარბიტრაჟო წესრიგში წყვეტდნენ მიწისა და საოჯახო საკითხებთან დაკავშირებული დავების უმრავლესობას.<sup>43</sup> როდესაც რუსეთის იმპერიამ შემოიერთა საქართველო, არბიტრაჟი ხელმისაწვდომი იყო იმ დროს არსებული იმპერიის კანონებით, სადაც ე.წ. *fora* ცნობილი იყო *ტრეტეის სასამართლოების* სახელით (რუსულად ტრეტეის გულისხმობდა მესამე მხარის სასამართლოებს).<sup>44</sup>

რუსეთის რევოლუციის შემდეგ დროებითმა საქართველოს რესპუბლიკამ შექმნა *ხელფასების საბჭო*, რომელიც, *სხვათა შორის*, უფლებამოსილი იყო, არბიტრაჟით გადაეჭრა ხელფასებთან დაკავშირებული დავები.<sup>45</sup> დაახლოებით იმ პერიოდში, როდესაც საბჭოთა კავშირმა მიიერთა მთელი საქართველო, საბჭოთაებმა წარმოადგინეს არბიტრაჟის ორი ინიციატივა:

პირველი ინიციატივა იყო *საარბიტრაჟო სასამართლოები*.<sup>46</sup> 1928 წლიდან ყველა საშინაო ეკონომიკური საქმიანობა წარმართული უნდა ყოფილიყო სახელმწიფო საწარმოებში და ნებისმიერი წამოჭრილი დავა უნდა გადაწყვეტილიყო *არბიტრაჟის* ახალი სისტემით.<sup>47</sup> უფრო მეტიც, საბჭოთა კავშირმა არბიტრაჟს დააკისრა განმკარგულებელი, ისევე როგორც დავების

<sup>39</sup> Caucasus Research Resource Centers (CRRC), *Attitudes to the Judiciary in Georgia: Assessment of General Public, Legal Professionals and Business Leaders*, 29 (May 2014), [http://www.crcc.ge/uploads/files/research\\_projects/JILEP\\_CRRC\\_Final\\_Report\\_30July2014.pdf](http://www.crcc.ge/uploads/files/research_projects/JILEP_CRRC_Final_Report_30July2014.pdf) (last visited Feb. 23, 2015) (შემდგომში – CRRC, Georgia).

<sup>40</sup> იქვე.

<sup>41</sup> საზოგადოების ნდობა სასამართლოსადმი ნაკლებია, ვიდრე რომელიმე სხვა სამთავრობო დაწესებულებისადმი, იქვე, 4-5, 36.

<sup>42</sup> გარდამავალი დემოკრატიების ერთ-ერთმა კვლევამ აღმოაჩინა, რომ სასამართლოების უნარი, დაიცვას საკუთრების უფლება, ბევრად უფრო მნიშვნელოვანია ინვესტიციებისთვის, ვიდრე თანამედროვე კანონები. Katherina Pistor, et al., *Law and Finance in Transition Economies*, 8 Econ. Transition 325, 2000, 326, <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=214648](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=214648)>, (ბოლოს განახლდა 2015 წლის 23 თებერვალს). ასეთ გარემოებებში ბიზნესები შეიძლება დაუბრუნდეს თვითდარეგულირების მექანიზმებს. შეადარეთ John McMillian & Christopher Woodruff, *Private Order Under Dysfunctional Public Order*, 98 Mich. L. Rev. 2421 (2000) (კრიტიკული ანალიზი ოფიციალური სამართლებრივი სისტემის სოციალური ქსელების ორგანიზაციებით ჩანაცვლებასა და არაოფიციალურ ჭორებზე პოსტკომუნისტურ ქვეყნებში).

<sup>43</sup> Sofia Avilova, *Attaining Democracy in Georgia: Using Mediation to Rescue Georgia's Democratic Transformation*, 17 Mich. St. U. Coll. L. J. Int'l L. 465, 478 (2008-2009).

<sup>44</sup> მაგალითად, 1649 წლის Sobornoe Ulozhenie (რუსული კანონების საერთო კოდიფიკაცია მიწის ასამბლეის მიერ) მე-5 მუხლის მე-15 ნაწილის თანახმად, მხარეებს ეძლევათ უფლება, გადაჭრან თავიანთი დავები ტრეტეის სასამართლოების საშუალებით, Yoshida, *History of International Commercial Arbitration and its Related System in Russia*, 25 Arb. Int'l 365, 2009, 368.

<sup>45</sup> Law on Wages Council, International Labour Office, art. 50, 1920 Leg. Ser. 1, at 6 (1920).

<sup>46</sup> Yoshida, ზემოაღნიშნული სქოლიო 44, 377-78.

<sup>47</sup> Alexander S. Komarov, *Arbitration in Russia, Features of the International Commercial Arbitration Court at the Chamber of Commerce and Industry of the Russian Federation*, International Commercial Arbitration: Different Forms and their Features 299 (Giuditta Cordero-Moss ed., 2013).



გადაჭრის, უფლებამოსილება.<sup>48</sup> ასეთი სასამართლოს სახელმწიფოს მიერ დაფინანსებულობის გამო იგი იყო არა არბიტრაჟის ორგანო, არამედ უფრო მეტად ემსგავსებოდა კომერციულ სასამართლოს.

ამ სასამართლოებს ჰქონდათ კომბინირებული რეპუტაცია. სისტემა განკუთვნილი იყო სახელმწიფოს სამსახურისა და არა დავის მონაწილეთათვის. განსაკუთრებით აღსანიშნავია, რომ ბევრნი აღწერდნენ საბჭოთა სისტემას, როგორც „სატელეფონო სამართალს“<sup>49</sup> და მოიხსენიებდნენ მოსამართლეს სახელმწიფო მოხელედ, რომელიც გადაწყვეტილების მიღებისას ეყრდნობოდა არა კანონებისა და ფაქტების მიხედვით მის მიერ გაკეთებულ შეფასებას, არამედ რაღაც სხვას.<sup>50</sup> სოლჟენიცინი თავის წიგნში – „გულაგის არქიპელაგი“ – ამ ვითარებას ასე აღწერდა: „გონებრივად მოსამართლე თავის კაბინეტში ყოველთვის ხედავს სიმართლის ბრჭყვიალა შავ სახეს – ტელეფონს. ეს ორაკული არასდროს არ გიმტყუნებს, ვინაიდან შენ აკეთებ იმას, რასაც იგი ამბობს“.<sup>51</sup> შეიძლება, ეს დახასიათება გადაჭარბებული მოგვეჩვენოს, თუმცა იმ დროს „სატელეფონო სამართალი“ არსებობდა მთელ საბჭოთა კავშირში. 1980 წლისთვის ოფიციალურმა გაზეთმა „იზვესტიამ“ ღიად გამოაცხადა, რომ „სატელეფონო სამართალი“ ფართოდ გავრცელებული პრობლემა იყო.<sup>52</sup>

საერთაშორისო ვაჭრობასთან დაკავშირებული დავებისთვის საბჭოეთელემბმა 1932 წელს შექმნეს საგარეო სავაჭრო საარბიტრაჟო კომისია (FTAC).<sup>53</sup> ამ კომისიის ექსკლუზიური იურისდიქცია ვრცელდებოდა საერთაშორისო დავებზე.<sup>54</sup> მის წესებს ჰქონდა არბიტრაჟის მსგავსი ზოგიერთი მახასიათებელი, როგორებიცაა: არბიტრების დანიშვნა მხარის მიერ, არავითარი აპელაციები, უცხოელი ადვოკატი და არბიტრების მოქმედების სრული თავისუფლება გადაწყვეტილების მიღებისას.<sup>55</sup> და მაინც, ის ფუნქციონირებდა პარტიის სისტემის კონტროლის ქვეშ.<sup>56</sup> საგარეო სავაჭრო საარბიტრაჟო კომისიის არბიტრებს, როგორც კომუნისტური სახელმწიფოს მიერ დასაქმებულ ჩინოვნიკებს, ენდობოდნენ საბჭოთა მოქალაქეები.<sup>57</sup> არ იყო არავითარი პოზიტიური მოვალეობა მომავალი არბიტრებისთვის იმ გარე-

<sup>48</sup> იქვე, 300. სახელმწიფო არბიტრაჟს დაკისრებული ჰქონდა ყველა ეკონომიკური სანარმოს რეგულირება და, ამავე დროს, ჰქონდა სასამართლოში საქმის განხილვის ინიცირების უფლება. Katharina Pistor, *Supply and Demand for Contract Enforcement in Russia: Courts, Arbitration, and Private Enforcement*, 22 Rev. Cent. & E. Eur. L. 55, 68 (1996). სახელმწიფო არბიტრაჟს ჰქონდა კვაზისაკანონმდებლო ძალაუფლება, როგორცაა უფლებამოსილება სპეციფიკურ საკონტრაქტო პირობებზე, იქვე, 69.

<sup>49</sup> „სატელეფონო სამართალი“ იყო საბჭოთა ეპოქის განმსაზღვრელი მახასიათებელი“. Louise I. Shelley, *Corruption in the Post-Yeltsin Era*, 9 E. Eur. Const. Rev. 70, 72 (2000). არის, აგრეთვე, სასამართლოს გადაწყვეტილებაზე სამთავრობო ზეგავლენის მაგალითები პოსტსაბჭოთა პერიოდშიც. იხ. Jeffrey Kahn, *The Search for the Rule of Law in Russia*, 37 Geo. J. Int'l L. 353, 379 (2005-2006). (აღწერელია იუსტიციის სამინისტროს ზენოლა მოსამართლეზე, რომელიც თავმჯდომარეობდა მეცხრამეტე საუკუნეში რუსეთში გამართულ ცნობილ ვერა ზასულიჩის სასამართლო პროცესს).

<sup>50</sup> Randall T. Sheppard, *Telephone Justice, Pandering, and Judges Who Speak Out of School*, 29 Fordham Urb. L.J. 811, 812 (2001-2002).

<sup>51</sup> Alexander Solzhenitsyn, *Gulag Archipelago*, Vol. III, 521 (Harper & Row ed., 1974).

<sup>52</sup> იხ. მაგალითისთვის *Measures to Strengthen Legality*, 25 Soviet Stat. & Dec. 54 (Summer 1989)(citing *Izvestia*, May 22, 1987, 3 („სატელეფონო სამართალი“ აღიარებულია საბჭოთა სასამართლო სისტემის ერთ-ერთ ნაკლოვან მხარედ)).

<sup>53</sup> იოშიდა, ზემოაღნიშნული სქოლიო 43, 381-83.

<sup>54</sup> იქვე, 383.

<sup>55</sup> იქვე, 384, 388-89.

<sup>56</sup> იხ. სენდფორდ კინგ-სმიტი, *King-Smith S.B.*, *Communist Foreign Trade Arbitration*, 10 Harv. Int'l L. J. 34, 1969, 40. (ამტკიცებს, რომ FTAC იყო დე ფაქტო ნაციონალური სასამართლო უცხო ქვეყნების შემთხვევებისთვის).

<sup>57</sup> Yoshida, ზემოაღნიშნული სქოლიო 44, 383. თუმცა ეს არ იყო გამონაკლისი, ეს მოთხოვნა არასოდეს ყოფილა ფორმალურად დაკმაყოფილებული წესად. Kaj Hober, *Arbitration in Moscow*, 3 Arb. Int'l 119, 1987, 158. FTAC-ის პრეზიდენტმა ერთხელ განმარტა: „უცხოელები შეიძლება ჩართული იყვნენ..., მაგრამ ეს იქნებოდა

მოებების გასახსნელად, რომლებიც შეიძლება მოითხოვდეს მათ მიუკერძოებლობას ან დამოუკიდებლობას განსახილველ საკითხში.<sup>58</sup> სასამართლო განხილვები მიმდინარეობდა რუსულად და ფორუმის ადგილი იყო მოსკოვი.<sup>59</sup> ამ და სხვა კონსტრუქციული მიზეზით აშკარად ჩნდებოდა ეჭვები სისტემის მიუკერძოებლობასთან დაკავშირებით.<sup>60</sup> საქმეში – *Amtorg Trading Corp. და Camden Fiber Mills, Inc.*<sup>61</sup> – ნიუ-იორკის სახელმწიფო სასამართლომ ძალადაკარგულად ცნო არბიტრაჟის ხელშეკრულება საბჭოთა ფირმასთან მიკერძოებულობის პრობლემების გამო.<sup>62</sup> ერთ-ერთმა გამოკვლევამ გააანალიზა FTAC-ის გამოქვეყნებული შემთხვევები და დაასკვნა, რომ გადაწყვეტილების მიღების დროს აშკარად არსებობდა მიკერძოებულობა.<sup>63</sup>

საბჭოთა კავშირი იყო ერთ-ერთი პირველი სახელმწიფო, რომელიც შეუერთდა ნიუ-იორკის კონვენციას.<sup>64</sup> იგი აგრეთვე წარმოადგენდა საერთაშორისო კომერციულ არბიტრაჟზე ევროპული კონვენციის (1961 წლის ჟენევის კონვენცია) ადრინდელ მხარეს, თუმცა 1988 წლამდე საბჭოთაეთლებმა ვერ გაატარეს საშინაო იმპლემენტირებული კანონმდებლობა. შედეგად არ არსებობს დოკუმენტირებული შემთხვევა, სადაც საბჭოთა კავშირმა ცნო და გაატარა უცხოური არბიტრაჟის გადაწყვეტილება – არც 1988 წლამდე და არც მის შემდეგ.<sup>65</sup>

## ბ. კერძო არბიტრაჟი

„სატელეფონო სამართლისა“ და მიკერძოებულობის მემკვიდრეობამ დიდი ხნით მიაყენა ჩრდილი პოსტსაბჭოთა ქვეყნებს, მათ შორის საქართველოსაც. შეერთებული შტატების სახელმწიფო დეპარტამენტმა 1993 წელს კონგრესის წინაშე განაცხადა, რომ სატელეფონო სამართალი კვლავ განაგრძობდა არსებობას საქართველოს სასამართლო სისტემაში.<sup>66</sup>

1997 წელს საქართველომ გააუქმა თავისი ადგილობრივი *არბიტრაჟის სასამართლოები*<sup>67</sup> და მიიღო არბიტრაჟის პირველი თანამედროვე კანონი, კანონი კერძო არბიტრაჟზე.<sup>68</sup> ეს კანონ-

---

აზრს მოკლებული, ვინაიდან (FTAC) თავის ფუნქციებს საკმაოდ კარგად ასრულებს ამჟამინდელ სიტუაციაში“. *Hines J. H., Dispute Resolution and Choice of Law in United States – Soviet Trade*, 15 *Brook. J. Int'l L.* 591, 1989, 633-34.

<sup>58</sup> Pat K. Chew, *A Procedural and Substantive Analysis of the Fairness of Chinese and Soviet Foreign Trade Arbitrations*, 21 *Tex. Int'l L.J.* 291, 304 n.73 (1985-1986).

<sup>59</sup> იქვე, 309.

<sup>60</sup> მაგალითისათვის იხ. King-Smith, *ზემოაღნიშნული სქოლიო 56*, 40; იხ. აგრეთვე, Hober, *ზემოაღნიშნული სქოლიო 57*, 154 (აღნიშნავს ბევრ დასავლური ბიზნესის პრობლემას და კომენტატორების კრიტიკას); Samuel Pissar, *Soviet Conflict of Laws in International Commercial Transactions*, 70 *Harv. L. Rev.* 593, 635 (1957). (FTAC-ის წესებს შეიძლება ჰქონდეს გავლენა საბჭოთა მატერიალური სამართლისა და სამართლებრივი ნორმების შერჩევის სასარგებლოდ).

<sup>61</sup> საქმე *Amtorg Trading Corp. და Camden Fiber Mills Inc.* შორის, 197 *Misc.* 398, 94 *N.Y.S.2d* 651 (უმაღლესი სასამართლოს ანგარიში, 1950).

<sup>62</sup> იქვე, 653. გადაწყვეტილება აპელაციაზე შეიცვალა, ვინაიდან მხარეებმა მიიღეს პირობები კონტრაქტის დადების დროს. ნიუ-იორკის საარბიტრაჟო სასამართლომ დაამატა, რომ „ეს გადაწყვეტილება ვერ შეუშლიდა ხელს კემდენს სათანადო ქმედების განხორციელებაში, თუნდაც არბიტრაჟს წაერთვა მისთვის სამართლიანი და მიუკერძოებელი გადაწყვეტილების მიღების ფუნდამენტური უფლება“. *არბიტრაჟი საქმეზე – Amtorg Trading Corp. და Camden Fiber Mills, Inc.*, შორის, 304 *N.Y.* 519, 521, 109 *N.E.2d* 606, 1952, 607.

<sup>63</sup> Chew, *ზემოაღნიშნული სქოლიო 588*, 323-30.

<sup>64</sup> ნიუ-იორკის კონვენცია, *ზემოაღნიშნული სქოლიო 9*.

<sup>65</sup> Komarov, *ზემოაღნიშნული სქოლიო 47*, 301.

<sup>66</sup> U.S. Dep't. of State, Bureau of Democracy, HR, and Lab., *Georgia Human Rights Practices*, 1993 876, 880 (1994).

<sup>67</sup> იხ. Salome Japaridze, *Interrelations Between the Annulment of the Arbitral Award and the Refusal of Recognition and Enforcement of the Arbitral Award*, 2013 *Alt. Disp. Resol. Y.B. Tbilisi St. U.*, 229, 230.

<sup>68</sup> Law On Private Arbitration [LOPA], *Official Gazette of the Parliament of Georgia [OGPG]*, No. 17-18, May 5, 1997.

ნი იძლეოდა კომერციული ორგანიზაციების შექმნის უფლებას,<sup>69</sup> რომლებიც უზრუნველყოფდნენ დავების გადაწყვეტის მომსახურებას.<sup>70</sup> კანონი კერძო არბიტრაჟზე უზრუნველყოფდა კონფიდენციალობას მხოლოდ არბიტრაჟული სასამართლოს წევრებს შორის და არა მხარეებს ან მოწმეებს შორის.<sup>71</sup> ეფექტურობის ინტერესიდან გამომდინარე, კანონი კერძო არბიტრაჟზე შეეცადა, ნება დაერთო გადაწყვეტილების მიღების ხანმოკლე პერიოდებზე, მაგრამ წესები იყო ისეთი დრაკონული, რომ მიღებულ იქნა სანინააღმდეგო შედეგი. ტრიბუნალს უნდა გამოეტანა საარბიტრაჟო გადაწყვეტილება სასამართლო პროცესების დაწყებიდან 30 დღის განმავლობაში, ან თავი მიენებებინა და მიეტოვებინა მხარეები ხელახლა დასაწყებად.<sup>72</sup>

კანონის ყველაზე საკამათო საკითხები ეხება საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების აღიარებასა და შესრულებას. საარბიტრაჟო გადაწყვეტილება შეიძლება უშუალოდ განხორციელდეს ან ეყოფილიყო სასამართლოს მხრიდან კონტროლისა და განხილვის გარეშე.<sup>73</sup> სასამართლოს მონაწილეობა იზღუდებოდა, თუ მხარე მოითხოვდა გადაწყვეტილების შეცვლას, მაგრამ წესები არ იყო გასაგები.<sup>74</sup> სასამართლოებს შეეძლოთ, აგრეთვე, შეეჩერებინათ გადაწყვეტილებები, თუ ისინი ჩათვლიდნენ, რომ გამოუსწორებელ ზიანს მოუტანდა მხარეს, მიუხედავად საქმის არსისა.<sup>75</sup> კანონს კერძო არბიტრაჟზე ჰქონდა მნიშვნელოვანი შეცდომები, მას არ გააჩნდა არავითარი უსაფრთხოების ზომები ინტერესთა კონფლიქტის საპირისპიროდ. პრაქტიკულად, არ ჰქონდა წინასწარი გადაუდებელი ღონისძიებები,<sup>76</sup> და ბოლოს, არ ითვალისწინებდა უცხოეთის საარბიტრაჟო გადაწყვეტილებების აღიარებასა და შესრულებას.

ამ ნაკლოვანი მხარეების გამო კერძო არბიტრაჟზე კანონის განხორციელებამ კატასტროფული შედეგი გამოიღო. არბიტრაჟის მომსახურებით დაკავებულ ორგანიზაციებს სხვა პროვაიდერის შემდეგაც კი საარბიტრაჟო გადაწყვეტილება ერთსა და იმავე დავაში გამოჰქონდა ერთი და იმავე მხარეების მიმართ.<sup>77</sup> კიდევ ერთი ამაღლებული ტენდენცია გამოიკვეთა – არბიტრაჟის გამოყენება მესამე მხარის ქონების მიტაცების მიზნით.<sup>78</sup> სქემა მუშაობდა შემდეგნაირად: ორი მხარე თხზავდა დავას ქონების საკუთრებაზე, რომელიც პრაქტიკულად ეკუთვნოდა მესამე მხარეს. პროვაიდერი გამოსცემდა ბრძანებას ქონების გადაცემაზე იმ მხარისთვის, რომელიც მოიგებდა საქმეს და აღსრულების ბიურო აღასრულებდა ბრძანებას, როგორც სასამართლო ბრძანებას, მესამე მხარე კი კარგავდა ქონებას, ყოველგვარი შეტყობინების გარეშე.<sup>79</sup> ქართულ სასამართლოებს ხანდახან ჰქონდათ შესაძლებლობა, გადაემონებინათ

<sup>69</sup> Registered under the Entrepreneurship Law. Law on Entrepreneurship [LE], *Official Gazette of the Parliament of Georgia* [OGPG], No. 21-22, Oct. 28, 1994.

<sup>70</sup> კანონი კერძო არბიტრაჟზე, LOPA, ზემოაღნიშნული სქოლიო 69, მე-7 მუხლი.

<sup>71</sup> იქვე, 27-ე მუხლი.

<sup>72</sup> იქვე, 31-ე მუხლი.

<sup>73</sup> იქვე, 42-ე მუხლი; იხ., აგრეთვე, Sophie Tkemaladze, *A New Law – A New Chance for Arbitration in Georgia*, in *International Scientific Conference: The Quality of Legal Acts and its Importance in Contemporary Legal Space* (U. of Latvia Press 2012) 665, 665-66 (აღწერს კერძო არბიტრაჟზე კანონის იძულებით განხორციელებას), (შემდგომში – Tkemaladze, *New Law*).

<sup>74</sup> მაგალითად, არბიტრაჟის გადაწყვეტილების შეცვლა ნებადართული იყო, თუ ეს გადაწყვეტილება არღვევდა არბიტრაჟის ხელშეკრულებას ან საქართველოს კანონს. კანონი კერძო არბიტრაჟზე, *ზემოაღნიშნული* სქოლიო 69, 43-ე მუხლი. მიუხედავად ამისა, ამ დარღვევების ფარგლები რჩებოდა განუსაზღვრელი. Tkemaladze, *New Law*, ზემოაღნიშნული სქოლიო 73, 666.

<sup>75</sup> იქვე, 44-ე მუხლი. სასამართლოებს ჰქონდათ თავისუფალი მოქმედების უფლება, განესაზღვრათ ეს ზიანი, რომელიც ხელს უწყობდა უსაფუძვლო პრაქტიკას და გაურკვეველ იძულებითი განხორციელების უფლებებს.

<sup>76</sup> დროებითი ღონისძიებები არის აუცილებელი ღონისძიებები, წინასწარი სასამართლო აკრძალვის ანალოგიური, შეერთებულ შტატებში.

<sup>77</sup> Giorgi Tsertsvadze, *Commentary, Brief Commentary to the Georgian Arbitration Law 2009*, 18 (Universal ed., 2011) (შემდგომში – Tsertsvadze, *Commentary*). სამწუხაროდ, ეს „ორმაგი არბიტრაჟი“ არ იყო იშვიათობა კერძო არბიტრაჟზე კანონის მოქმედების პერიოდში, იქვე.

<sup>78</sup> იქვე, 30.

<sup>79</sup> იქვე.

ნათ საშინაო საარბიტრაჟო გადაწყვეტილება, მაგრამ ესეც კი იყო დამძიმებული პროცესი. ბევრი აკრიტიკებდა ამ პროცესებს, როგორც ვეებერთელა და ხანგრძლივ პროცედურებს.<sup>80</sup> სასამართლოებიც აგრეთვე იბრძოდნენ, რადგანაც გაუგებარი იყო მათი უფლებამოსილების ჩარჩოები გადაწყვეტილების შესაცვლელად.<sup>81</sup>

კანონი კერძო არბიტრაჟზე ვერ უზრუნველყოფდა უცხოური საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების აღსრულებას. ეს იწვევდა დაბნეულობასა და შეუსაბამობას, როდესაც მხარე ცდილობდა უცხოური საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების აღსრულებას საქართველოში. 1994 წელს საქართველომ ხელი მოაწერა ნიუ-იორკის კონვენციას უცხოური საარბიტრაჟო გადაწყვეტილებების აღიარებასა და აღსრულებაზე (ნიუ-იორკის კონვენცია), მაგრამ სასამართლოები იგნორირებას უკეთებდნენ მას და მის ნაცვლად ეყრდნობოდნენ მინსკის კონვენციას,<sup>82</sup> ან საქართველოს კანონს კერძო საერთაშორისო კანონზე (PIL),<sup>83</sup> როგორც უფლებამოსილებას ნესების აღიარებასა და აღსრულებაზე.<sup>84</sup> ეს იყო პრობლემატური, ვინაიდან ორივე – მინსკის კონვენცია და კერძო საერთაშორისო კანონი – არეგულირებდა მხოლოდ სასამართლო და არა საარბიტრაჟო გადაწყვეტილებების აღიარებასა და აღსრულებას.<sup>85</sup>

თუმცა კანონი კერძო არბიტრაჟზე გაკრიტიკებულია<sup>86</sup> – განხილულ უნდა იქნეს უფრო ფართო კონტექსტში. იგი მიიღეს საკანონმდებლო მოღვაწეობის ნაყოფიერ პერიოდში, როცა მემკვიდრეობითი საბჭოთა კანონები უნდა ჩაენაცვლებინათ და ბევრი დრო არ იყო დასაფიქრებლად;<sup>87</sup> აგრეთვე, ქართველი პროფესიონალები იყვნენ საბჭოური მომზადებისა და არ ჰქონდათ არავითარი გამოცდილება კერძო საკუთრებასთან დაკავშირებულ საკითხებსა<sup>88</sup> თუ კერძო დავების გადაწყვეტაში;<sup>89</sup> ასევე, განიცდიდნენ ქართულად არბიტრაჟზე მასალების დეფიციტს და პროფესიონალების უმრავლესობას ხელი მიუწვდებოდა მხოლოდ რუსულ წყარო-

<sup>80</sup> Giorgi Tsertsvadze, *Commentary, Brief Commentary to the Georgian Arbitration Law 2009*, 18 (Universal ed., 2011) (შემდგომში – Tsertsvadze, *Commentary*). სამწუხაროდ, ეს „ორმაგი არბიტრაჟი“ არ იყო იშვიათობა კერძო არბიტრაჟზე კანონის მოქმედების პერიოდში, იქვე, 18.

<sup>81</sup> Tkemaladze, *New Law*, ზემოაღნიშნული სქოლიო 733, 666. სასამართლოები ხშირად ინტერპრეტირებდნენ ამ უფლებამოსილების შეცვლაზე ისეთნაირად, რომ ჰქონდათ გადაწყვეტილების გაუქმების უფლება, Tsertsvadze, *Commentary*, ზემოაღნიშნული სქოლიო 77, 17.

<sup>82</sup> მინსკის 1993 წლის კონვენცია არის საერთაშორისო ხელშეკრულება სამოქალაქო სასამართლოს გადაწყვეტილებების აღიარებისა და აღსრულების რეგულირებისათვის დამოუკიდებელ სახელმწიფოთა თანამეგობრობის წევრ ქვეყნებში (დსთ). მინსკის კონვენციამ იურიდიულ დახმარებასა და სამართლებრივ დამოკიდებულებებზე სამოქალაქო, საოჯახო და კრიმინალურ საკითხებში (Minsk Convention on Legal Assistance and Legal Relations in Civil, Family and Criminal Matters, Unified Register of Legal Acts and Other Documents of the Commonwealth of Independent States, Jan. 33, 1993) გააერთიანა დამოუკიდებელ სახელმწიფოთა თანამეგობრობის სამართლებრივი აქტები და სხვა დოკუმენტები, იანვარი, 33, 1993 (შემდგომში – მინსკის კონვენცია/Minsk Convention). საქართველო იყო დსთ-ის წევრი 2009 წლის 18 აგვისტომდე. *Georgia's Withdrawal from CIS*, Ministry of Foreign Affairs of Georgia, <http://georgiamfa.blogspot.com/2008/08/georgias-withdrawal-from-cis.html> (last visited Feb. 23, 2015).

<sup>83</sup> Law on Private International Law [PIL], *Official Gazette of the Parliament of Georgia* [OGPG], No. 19-20, April 29, 1998 (Georgia) (შემდგომში – PIL).

<sup>84</sup> იხ. George Tsertsvadze, *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards in Georgia*, at 2-5 (Oct. 2009) Max-Planck-Institut für ausländisches und Internationales Privatrecht. (გამოუქვეყნებელი საკანდიდატო დისერტაცია).

<sup>85</sup> იქვე.

<sup>86</sup> მაგალითისათვის იხ. Japaridze, ზემოაღნიშნული სქოლიო 7, 231.

<sup>87</sup> კანონები მენარმეებზე, მონოპოლიასა და კონკურენციაზე, მომხმარებლის ინტერესების დაცვაზე, სასამართლო სისტემაზე და ყოვლისმომცველი სამოქალაქო კოდექსი და სავაჭრო კოდექსი – ყველა მიღებული იყო ამ პერიოდის განმავლობაში.

<sup>88</sup> 1998 წელს შეერთებული შტატების ერთ-ერთი ექსპერტი რეკომენდაციას უწევდა სატრენინგო პროგრამას საბაზრო ეკონომიკის, კონკურენციისა და სავაჭრო კანონის იურისპრუდენციაზე. William E. Kovacic & Ben Slay, *Perilous Beginnings: The Establishment of Antimonopoly and Consumer Protection Programs in the Republic of Georgia*, 43 *Antitrust Bull.* 15, 36 (1998).

<sup>89</sup> Tsertsvadze, *Commentary*, ზემოაღნიშნული სქოლიო 77, 15.

ებზე;<sup>90</sup> საბჭოთა გამოცდილებაში უხვად შეიმჩნეოდა კორუფციაც. პროფესიონალთა უმრავლესობამ სრულწლოვანებას მიაღწია საბჭოთა სისტემის პერიოდში, როდესაც „სატელეფონო სამართალი“ ჩვეულებრივი მოვლენა იყო და თითქმის არ არსებობდა მაკომპენსირებელი ნორმები ან მაგალითები.

რეჟიმისა და წესების კონტროლზე ლიცენზიის გამცემი იურისტის არარსებობას თავისი წვლილი შეჰქონდა პრობლემების შექმნაში. 1990-იან წლებში თითქმის არავის შეეძლო ემოქმედა როგორც იურისტს.<sup>91</sup> არავინ არ იყო, რომელიც გააკონტროლებდა კვალიფიკაციებს, ლიცენზირებასა და დისციპლინას.<sup>92</sup> ოფიციალური საქართველოს ადვოკატთა ასოციაცია არ იყო ჩამოყალიბებული 2005 წლამდე, კერძო არბიტრაჟზე კანონის მიღებიდან რვა წლის შემდეგ.<sup>93</sup> უფრო მეტიც, არ იყო სათანადო ქცევის არავითარი მოდელი, როგორცაა, მაგალითად, ადვოკატის ან არბიტრის ეთიკის კოდექსი.

გარდა ამ ფორმალური დეფექტებისა, კერძო არბიტრაჟზე კანონმა (LOPA) იურისტებს გაუადვილა არბიტრაჟის ცენტრების ჩამოყალიბება და ისინი მოითხოვდნენ, რომ ეს ცენტრები ყოფილიყო კომერციული სანარმოები.<sup>94</sup> ცენტრები კონკურირებდნენ ინსტიტუციური კლიენტებისთვის, რომლებსაც შეეძლოთ, თავიანთ სამომხმარებლო ხელშეკრულებებში<sup>95</sup> შეეტანათ აუცილებელი პუნქტები არბიტრაჟზე კანონიდან. ეს ქმნიდა კონფლიქტებისათვის ჩვეულებრივ გარემოს. არბიტრაჟის მომსახურების მიმწოდებლები დაინტერესებულნი იყვნენ, რომ თავიანთი კლიენტები ბედნიერები ჰყოლოდათ სასამართლო პროცესების მათი ინტერესების შესაბამისად წარმოებით. მიუხედავად იმისა, რომ ყველა ადვოკატი ან არბიტრაჟის ცენტრი არ იყო არაეთიკური ან არაკომპეტენტური, არბიტრაჟის გარემო მაინც იყო ერთგვარი ნაზავი ოპორტუნიზმის, განათლების ნაკლებობის, ეთიკური ნორმებისა და ჩაურევლობის კონტროლის დეფიციტისა.

## გ. სისხლის სამართლის არბიტრაჟი

კერძო არბიტრაჟზე კანონს ჰქონდა კონკურენცია საექვო წრეებთან: ქართულ კრიმინალურ სამყაროსთან. საქართველოს სისხლის სამართლის არბიტრაჟში დავების გადაწყვეტაში ჩაბმული იყვნენ ამ სამყაროს წევრები.<sup>96</sup> ეს კანონიერი ქურდები და მათი ხელქვეითები<sup>97</sup> ითვლებოდნენ ქართული საზოგადოების პატივცემულ წევრებად და მათ ხშირად უხმობდნენ სამეზობლო, საოჯახო და ბიზნესთან დაკავშირებული დავების გადაწყვეტაში დასახმარებლად.<sup>98</sup> დავების გადაწყვეტაში მათ მიერ განეული მომსახურება იყო უფრო ქმედითი და ატარებდა უფრო ეფექტური აღსრულების ღონისძიებების მუქარას, ვიდრე სასამართლოების ან არბიტრაჟის დაწესებულებებისა.<sup>99</sup>

<sup>90</sup> Tsertsvadze, Commentary, ზემოაღნიშნული სქოლიო 77, 15, 16.

<sup>91</sup> იხ. Christopher P.M. Waters, *Who Should Regulate the Baku-Tbilisi-Ceyhan Pipeline*, 16 *Geo. Int'l Env'tl. L. Rev.* 403, 413 (2004) (citing Christopher P.M. Waters, Counsel In the Caucasus: Professionalization and Law in Georgia (2004)).

<sup>92</sup> იქვე.

<sup>93</sup> Christopher Waters, *Market Control and Lawyers in the Former Soviet Union*, 8 *J. L. Soc'y* 1, 7 (2007).

<sup>94</sup> კანონი კერძო არბიტრაჟზე – LOPA, ზემოაღნიშნული სქოლიო 699, Art. 7.

<sup>95</sup> Tkemaladze, *New Law*, ზემოაღნიშნული სქოლიო 733, 665.

<sup>96</sup> იხ., ზოგადად, Gavin Slade, *Reorganizing Crime: Mafia and Anti-Mafia in Post-Soviet Georgia*, (2013) (providing detailed history of the TIL in Georgia). (კანონიერი ქურდების დეტალური ისტორია საქართველოში). ზოგ შემთხვევაში, ისინი ხდებიან საკმარისად მძლავრნი ისე, რომ შეუძლიათ დანიშნონ მოსამართლეები. Avilova, ზემოაღნიშნული სქოლიო 43, 478, სქოლიო 90.

<sup>97</sup> ხელქვეითები მოხსენიებული იყვნენ ავტორიტეტებად. Avilova, ზემოაღნიშნული სქოლიო 43, იქვე, 478.

<sup>98</sup> იხ., მაგ. საქმე Case of Ashlarba v. Georgia, No. 45554/08, §4, *Eur. Ct. H.R.* at 7 (2014).

<sup>99</sup> ისინი ზოგჯერ აკისრებდნენ მაღალ გადასახადს თავიანთი მომსახურებისთვის, Avilova, ზემოაღნიშნული სქოლიო 43, 478.

ევროპული სასამართლოს 2014 წლის ივლისის გადაწყვეტილებაში დეტალურად არის გამოკვლეული საქართველოს კრიმინალური არბიტრაჟის ისტორია საქართველოს სისხლის სამართლის კოდექსის იმ ნაწილებთან კავშირში, რომლებიც დავის გადაჭრას კანონიერი ქურდების უფლებამოსილების გამოყენებით აცხადებდა კანონგარეშედ.<sup>100</sup> განმცხადებელი რამდენიმე სამეზობლო დავის გადაწყვეტით გასამართლებოდა დავის გადაწყვეტის უკანონო მექანიზმში ჩაბმისათვის.<sup>101</sup> ასეთი წვრილმანი, როგორც შეიძლება ეს საკითხები ყოფილიყო, ადგენდა კრიმინალურ აქტივობებს, ვინაიდან ისინი მოპასუხის კრიმინალურ ქსელში მონაწილეობის დამამტკიცებელ საბუთად გვევლინებოდა და, შესაბამისად, მოპასუხე იღებდა შვიდწლიანი პატიმრობის განაჩენს.<sup>102</sup> ადამიანის უფლებების ევროპული კომისიის სააპელაციო სასამართლომ დაამტკიცა დანაშაული და აღმოაჩინა, რომ საქართველოს კანონები, რომლებიც კრძალავდა დავების კრიმინალურ გადაწყვეტას, არ არღვევდა ადამიანის უფლებებისა და ფუნდამენტური თავისუფლებების დაცვის კონვენციას.<sup>103</sup>

#### IV. საქართველოს არბიტრაჟის ახალი კანონი

2010 წელს ძალაში შევიდა საქართველოს არბიტრაჟის ახალი კანონი.<sup>104</sup> საქართველოს კანონი არბიტრაჟზე მნიშვნელოვნად მისდევს შეერთებული შტატების კომისიის ტიპურ კანონს საერთაშორისო სავაჭრო არბიტრაჟზე<sup>105</sup> (ტიპური კანონი). შედეგად, საქართველოს არბიტრაჟის წესები, თუმცა რამდენიმე საყურადღებო გადახრით, ჰარმონიზებულია თითქმის 70-ამდე ერთან, მათ შორის მნიშვნელოვან სავაჭრო პარტნიორებთან, როგორებიცაა: თურქეთი, უკრაინა, სომხეთი, აზერბაიჯანი, რუსეთი და გერმანია.<sup>106</sup>

კანონი არბიტრაჟზე უზრუნველყოფს სასამართლოებს უფრო სასარგებლო და კონსტრუქციული როლით არბიტრაჟის რეჟიმში. საქართველოს სასამართლოებს ახლა პირველად აქვს აღსრულების იურისდიქცია, თუმცა ახალი კანონი ზღუდავს სასამართლოების ჩარევას არბიტრაჟის პროცესებში ინსტანციებამდე, რომლებიც სპეციფიკურად არის დადგენილი ტიპურ კანონში.<sup>107</sup> არბიტრაჟზე კანონის მე-9 მუხლი ადგენს, რომ სასამართლომ უნდა შე-

<sup>100</sup> *Ashlarba*, საქმე, ზემოაღნიშნული სქოლიო 98.

<sup>101</sup> იქვე, 3.

<sup>102</sup> იქვე, 2.

<sup>103</sup> იქვე, 10-13. სასამართლომ, აგრეთვე, დაასკვნა, რომ საქართველოს სისხლის სამართლის არბიტრაჟი იყო საბჭოთა სისტემის მემკვიდრეობა. იქვე, 6-7. კანონიერი ქურდების გამოყენების პრაქტიკა უთუოდ გავლენას ახდენდა კლიენტების მოლოდინზე, თუ როგორ გადაჭრიდნენ იურისტები სამართლებრივ დავებს და უთუოდ ზემოქმედებას ახდენდა ქართული არბიტრაჟის განვითარებაზე.

<sup>104</sup> საქართველოს კანონი არბიტრაჟის შესახებ (LoA), 13, (2.07.2009), საქართველოს პარლამენტის ოფიციალური გაზეთი (შემდგომში – LoA). 48-ე მუხლის თანახმად, კანონი ძალაში შევიდა 2010 წლის 1 იანვარს.

<sup>105</sup> U.N. Comm'n on Int'l Trade L., UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration with Amendments as Adopted in 2006, U.N. Doc. A/40/17 (2006) [შემდგომში – Model Law]. UNCITRAL-ის ყველა დოკუმენტი მოდელური კანონის შესახებ ხელმისაწვდომია: <<http://www.uncitral.org/uncitral/en/index.html>>. UNCITRAL-ის თანახმად: ტიპური კანონი განკუთვნილია შტატების დასახმარებლად არბიტრაჟის პროცედურებზე თავისი კანონების რეფორმებისა და მოდერნიზების განსახორციელებლად, რათა მხედველობაში იქნეს მიღებული საერთაშორისო სავაჭრო არბიტრაჟის განსაკუთრებული მახასიათებლები და საჭიროებები. იგი ასახავს მსოფლიო კონსენსუსს საერთაშორისო არბიტრაჟული პრაქტიკის ძირითად ასპექტებზე, რომლებიც მიღებულია ყველა რეგიონის შტატებისა და მსოფლიოს სხვადასხვა სამართლებრივი და ეკონომიკური სისტემის მიერ. იქვე.

<sup>106</sup> იმ ქვეყნების სრული ჩამონათვალისთვის, რომლებმაც მიიღეს ტიპური კანონი, იხ. UNCITRAL-ის ვებგვერდი, <[http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral\\_texts/arbitration/1985Model\\_arbitration\\_status.html](http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration_status.html)>, ბოლოს შესწორდა 2015 წელს). განმარტებითი ბარათი საქართველოს არბიტრაჟის კანონპროექტზე, რომელიც მომზადდა საქართველოს საარბიტრაჟო კანონების ევროპულთან უკეთესი ჰარმონიზებისათვის. განმარტებითი ბარათი საქართველოს არბიტრაჟის კანონპროექტზე, 2009, 1 (ქართულ ენაზე, ავტორის ფაილზე), (შემდგომში – LoA, განმარტებითი ბარათი).

<sup>107</sup> კანონი არბიტრაჟზე ადგენს: „ამ კანონით მართულ საკითხებში სასამართლო არ ჩაერევა არავითარ საკითხში, გარდა საქმეებისა, რომლებიც სპეციალურად ამ კანონით არის უზრუნველყოფილი, LoA, ზემოაღნიშნული სქოლიო 1044, მე-6(2) მუხლი.

წყვიტოს მოქმედება და მხარეები გაგზავნოს არბიტრაჟში, თუ საქმეში არის ხელშეკრულება არბიტრაჟზე და მხარე დროულად მოითხოვს მას.<sup>108</sup> სასამართლოს ჩაურევლობა არბიტრაჟის მნიშვნელოვანი პრინციპია, რომელიც ხელს უწყობს ეფექტურობას<sup>109</sup> და კანონი არბიტრაჟზე ახდენს მიზანშეწონილ ბალანსს მიზნებსა და საჭიროებებს შორის იმ უსამართლობის შესაფერხებლად, რომელიც წარმოიშვა კერძო არბიტრაჟზე კანონის მოქმედებისას. ქვემოთ მოყვანილი პუნქტები განიხილავს ახალი კანონის უმნიშვნელოვანეს ნაწილებს.

## ა. კანონის ჩარჩოები

არბიტრაჟზე კანონის მიხედვით, ყველა საკითხი შეიძლება ვერ გადაწყდეს საარბიტრაჟო წესით. კანონი არბიტრაჟზე ზღუდავს საარბიტრაჟო ტრიბუნალს „კერძო ხასიათის ქონებრივი დავებისთვის, რომლებიც ემყარება მხარეების თანაბარ უფლებებს და, რომელთა გადაჭრაც მხარეებს თვითონ შეუძლიათ“.<sup>110</sup> ქართული სამოქალაქო კოდექსი განმარტავს *საკუთრებას* როგორც „ნებისმიერ საგანს, ისევე როგორც არამატერიალურ საკუთრებას, რომელსაც შეიძლება ფლობდნენ, იყენებდნენ და იცილებდნენ ფიზიკური და იურიდიული პირები“.<sup>111</sup> *საკუთრების* მოთხოვნა, სავარაუდოდ, ადგენს უფრო ფართო ჩარჩოებს, ვიდრე ტიპური კანონის მოთხოვნა კომერციული ურთიერთობიდან წარმოშობილ დავებზე.<sup>112</sup> თუმცა ტიპური კანონის შემმუშავებლებმა ფართო ინტერპრეტაცია მისცეს ტერმინს – *კომერციული*:<sup>113</sup> კონკრეტული საკითხები შეიძლება ჩაითვალოს *საკუთრებასთან* დაკავშირებულ დავებად და მაინც მოხვდეს ტიპური კანონის ფარგლებს გარეთ. ერთ-ერთი მაგალითი იქნებოდა პრეტენზიები ხელფასებზე დასაქმების კონტრაქტით.<sup>114</sup> გადმოცემული არ არის ისეთი ქართული საქმეები, რომლებიც შეიძლება განსაზღვრავდეს *საკუთრების* საზღვრებს ტიპური კა-

<sup>108</sup> იქვე, მე-9(1) მუხლი; საქართველოს სამოქალაქო კოდექსი (CPC), საქართველოს პარლამენტის ოფიციალური გაზეთი № 47-48, 31 დეკემბერი, 1997, მუხლები: 186-ე (1) (დ), 272-ე (ვ) (საქართველო), (შემდგომში – საქართველოს სამოქალაქო საპროცესო კოდექსი). არბიტრაჟი მოქმედებს, თუ სასამართლო არ მიიჩნევს, რომ ხელშეკრულებას ძალა აქვს დაკარგული. საქმის შეწყვეტის მოთხოვნა არ იზღუდება ქართული არბიტრაჟებისთვის, მაგრამ უფრო მეტად საარბიტრაჟო გარჩევებისთვის სხვაგან ნებისმიერ ადგილას. ეს მუხლი შესწორდა 2015 წელს არბიტრაჟზე კანონის ტიპურ კანონთან პარამონიზების მიზნით. საქართველოს არბიტრაჟის კანონის შესწორებები, საქართველოს პარლამენტის ოფიციალური გაზეთი №3218, 1-ლი(3) მუხლი, 26 მარტი, 2015 (საქართველო). (შემდგომში – შესწორებები არბიტრაჟის კანონზე). იხ., აგრეთვე, Model law, ზემოაღნიშნული სქოლიო 105, მე-8 (1) მუხლი. საქმის არბიტრაჟზე მისამართავად არბიტრაჟზე კანონის საწყისი უზრუნველყოფა მოითხოვდა საარბიტრაჟო გარჩევების დანყებას და არა, უბრალოდ, სათანადო საარბიტრაჟო ხელშეკრულების არსებობას. კანონი არბიტრაჟზე, ზემოაღნიშნული სქოლიო 103, მე-9 (1)-(2) მუხლი.

<sup>109</sup> Gary Born, *The Principle of Judicial Non-Interference in International Arbitral Proceedings*, 30 U. Pa. J. Int'l L. 999, 999 (2008-2009).

<sup>110</sup> კანონი არბიტრაჟზე, ზემოაღნიშნული სქოლიო 104, 1-ლი (2) მუხლი.

<sup>111</sup> საქართველოს სამოქალაქო კოდექსი (CC), საქართველოს პარლამენტის ოფიციალური გაზეთი (OGPG), 31, 24 ივლისი, 1997, 147-ე მუხლი (საქართველო), (შემდგომში – საქართველოს სამოქალაქო კოდექსი).

<sup>112</sup> odel law, ზემოაღნიშნული სქოლიო 105, 1-ლი მუხლი.

<sup>113</sup> ტერმინს „უნდა მიეცეს ფართო ინტერპრეტაცია ისე, რომ ფარავდეს კომერციული ხასიათის ურთიერთობებიდან წარმოშობილ ყველა საკითხს, იქნება ეს კონტრაქტით თუ არა“. იქვე, 1-ლი მუხლი, სქოლიო 3.

<sup>114</sup> UNICITRAL-ის ანალიტიკური კომენტარი პირველ მუხლთან დაკავშირებით ადგენს, რომ კომერციულის ფარგლებში „არ შედის შრომითი კონფლიქტები ანუ დასაქმებასთან დაკავშირებული დავები და ჩვეულებრივი მომხმარებლის საჩივრები, მიუხედავად მათი ბიზნესთან დამოკიდებულებისა“. შეერთებული შტატების გენერალური მდივანი, ანალიტიკური კომენტარი საერთაშორისო კომერციული არბიტრაჟის შესახებ ტიპური კანონის ტექსტის პროექტზე, 18, U.N. Doc. A/CN. 1985, 9/264, (შემდგომში – ტიპური კანონი Model Law, ანალიტიკური კომენტარი).

ნონის მიზნებისთვის, მაგრამ მიზანშეწონილია დავასკვნათ, რომ მას მიეცემოდა ფართო ინტერპრეტაცია.

არბიტრაჟის კანონის ფარგლებში უფრო მნიშვნელოვანი შეზღუდვა არის ის, რომ დავა უნდა იყოს *კერძო ხასიათის*. ეს შეზღუდვა არ ჩანს ტიპურ კანონში. არც კანონი არბიტრაჟზე და არც ნებისმიერი გამოქვეყნებული სასამართლო საქმე არ განმარტავს ამ მოთხოვნას. არბიტრაჟს დაქვემდებარებული ერთ-ერთი საქმე ეხებოდა უძრავი ქონების გამოსყიდვის უფლებასთან დაკავშირებულ დავას, მაგრამ არ უზრუნველყოფდა *კერძო ხასიათის* მოთხოვნის პარამეტრებს.<sup>115</sup> კვლავ რჩება მნიშვნელოვანი კითხვები: არის პროდუქციის ხარისხზე საჩივარი *კერძო ხასიათის* დავა? არის დასაქმებულის საჩივარი სახიფათო სამუშაო პირობებზე *კერძო ხასიათის* დავა?<sup>116</sup> სახელმწიფო სააგენტოებისადმი მითითებამ, ხელი მოაწერონ არბიტრაჟის ამ ჩარჩო ხელშეკრულებებს, შეიძლება შეზღუდოს *კერძო ხასიათის* მოთხოვნა.<sup>117</sup> თუ დავები სახელმწიფო სააგენტოების ჩართულობით ჩაითვლება *კერძო ხასიათის* დავებად, მაშინ შეიძლება სათანადო იყოს ფართო ინტერპრეტაცია.

ამგვარი ბუნდოვანი სტანდარტი შეიძლება ზღუდავდეს საერთაშორისო არბიტრაჟს საქართველოში. სასამართლოები არბიტრაჟზე დაქვემდებარებასთან დაკავშირებულ საკითხებს ჩვეულებრივად წყვეტენ საკუთარ ეროვნულ კანონზე დაყრდნობით, მიუხედავად მხარეებს შორის არსებული შეთანხმებისა.<sup>118</sup> იმის გამო, რომ კანონი არბიტრაჟზე იძლევა ბუნდოვან ფარგლებს საარბიტრაჟო დაქვემდებარებასთან დაკავშირებით, უცხოური მხარეები შეიძლება წუხდნენ, რომ მათი დავები დასრულდება ქართულ სასამართლოებში. ამ მიზეზით სასარგებლო იქნებოდა აქ სასამართლო ან საკანონმდებლო განმარტების მიცემა.

## ბ. საარბიტრაჟო ხელშეკრულების ფორმა

კანონი არბიტრაჟზე აფართოებს *კერძო* არბიტრაჟის კანონის მოთხოვნას და მოითხოვს საარბიტრაჟო ხელშეკრულებას წერილობითი ფორმით. ის ზედმინვენით მისდევს ტიპური კანონის წესებს საინტერესო მოდიფიკაციით. ორივე – კანონი არბიტრაჟზე და ტიპური კანონი – იძლევა ნებართვას საარბიტრაჟო ხელშეკრულების ნებისმიერ წერილობით ფორმაზე. მათ შორის ელექტრონულზე,<sup>119</sup> თუმცა კანონი არბიტრაჟზე ნებას რთავს, რომ, თუ რომელიმე მხარე არის ფიზიკური პირი ან ადმინისტრაციული სააგენტო, საარბიტრაჟო ხელშეკრულება უნდა იყოს წერილობითი ფორმით. აქ კანონი მოითხოვს *წერილობითის* უფრო შეზღუდულ განმარტებას, რაც უნდა მოიცავდეს სპეციფიკურ ინსტრუმენტს, ხელმოწერილ მხარეების მიერ.<sup>120</sup> ეს შეზღუდვა დაწესებულია მომხმარებელთა დაცვის მიზნით და არის მისასალმებელი გაუმჯობესება.<sup>121</sup>

<sup>115</sup> თბილისის სააპელაციო სასამართლოს საქმე №2B/---11---2011 (სრული ნომერი და თარიღი არ არის ხელმისაწვდომი).

<sup>116</sup> გაიხსენეთ, რომ დასაქმებასთან დაკავშირებული დავები, რომლებიც არის ტიპური კანონის ფარგლებს გარეთ, შეიძლება მოხდეს არბიტრაჟზე კანონის იურისდიქციაში საკუთრების დავებზე. მოდელური კანონი, ანალიტიკური კომენტარი, ზემოაღნიშნული სქოლიო 114.

<sup>117</sup> კანონი არბიტრაჟზე, ზემოაღნიშნული სქოლიო 4, მე-8 (8) მუხლი.

<sup>118</sup> იხ. Bernard Hanotiau, *What Law Governs the Issue of Arbitrability?*, 12 Arb. Int'l 391 (1996).

<sup>119</sup> Model law, ზემოაღნიშნული სქოლიო 105, მე-7 (4) მუხლი; კანონი არბიტრაჟზე, ზემოაღნიშნული სქოლიო 4, მე-8 (5) მუხლი. კანონი არბიტრაჟზე განსაზღვრავს „ელექტრონულ კომუნიკაციას“ მე-2 (1) (ბ) მუხლში. საარბიტრაჟო ხელშეკრულება ითვლება წერილობითად, თუ მისი შინაარსი ჩანერილია ნებისმიერი ფორმით, „საარბიტრაჟო ხელშეკრულების ან კონტრაქტის ფორმისაგან დამოუკიდებლად“. იქვე, მე-8 (4) მუხლი. კონტრაქტის ფორმირების მოთხოვნები ექვემდებარება საქართველოს სამოქალაქო კოდექსს. საქართველოს სამოქალაქო კოდექსი, ზემოაღნიშნული სქოლიო 111, 319–348-ე მუხლები.

<sup>120</sup> კანონი არბიტრაჟზე, ზემოაღნიშნული სქოლიო 104, Art. 8 (8).

<sup>121</sup> კანონი არბიტრაჟზე, განმარტებითი ბარათი, ზემოაღნიშნული სქოლიო 106, 9. კანონი არბიტრაჟზე, აგრეთვე, მოიცავდა განსაკუთრებულ წესს, როდესაც ორივე მხარე ფიზიკური პირია, მაგრამ არ-



კერძო არბიტრაჟზე კანონის მოქმედების პერიოდში ქართულმა სასამართლოებმა ჩამოაყალიბეს წერილობითი მოთხოვნების საკმაოდ მკაცრი ინტერპრეტაცია: თუ მხარეები გასაგებად არ დასთანხმდნენ წერილობით, ყველა ოფიციალური მოთხოვნის შემდეგ სასამართლოებმა შეიძლება ხელშეკრულება ჩათვალონ დაუშვებლად.<sup>122</sup> მკაცრი ინტერპრეტაცია იყო ლოგიკური პასუხი საარბიტრაჟო რეჟიმის ირგვლივ აღმოჩენილი უსამართლობისადმი. საარბიტრაჟო კანონის შესაბამისად, სასამართლოები აგრძელებდნენ ამ შეზღუდულ პრაქტიკას.<sup>123</sup> პრობლემის ნაწილი შეიძლებოდა ყოფილიყო საარბიტრაჟო კანონის მოთხოვნა, რომ ხელშეკრულებები მოიცავდეს სპეციფიკურ მითითებას შერჩეული ფორუმის საარბიტრაჟო წესებზე.<sup>124</sup> ეს მოთხოვნა იყო პრობლემური, ვინაიდან ის საშუალებას აძლევდა მხარეს ან განმხილველ სასამართლოს, განეცხადებინა საჩივარი, რომ კლაუზულა იყო არასაკმარისი, თუნდაც ყოფილიყო არბიტრაჟის პროვაიდერის ნათლად მაიდენტიფიცირებელი წერილობითი ხელშეკრულება, მაგრამ მისი წესებისადმი სპეციფიკური მითითების გარეშე. საარბიტრაჟო კანონის 2015 წლის შესწორებებმა გააფორმა ეს მოთხოვნა,<sup>125</sup> რომელმაც უნდა შეუწყოს ხელი საარბიტრაჟო ხელშეკრულებების უფრო მნიშვნელოვან სამართლებრივ მიღებას.

## გ. საარბიტრაჟო სასამართლოს შემადგენლობა და იურისდიქცია

### 1. დანიშვნა

არბიტრის დანიშვნა ერთ-ერთი ყველაზე მნიშვნელოვანი გადაწყვეტილებაა არბიტრაჟში.<sup>126</sup> დანიშვნის წესები და პროცესი მნიშვნელოვნად იმოქმედებს მხარეებისა და საზოგადოე-

---

ბიტრაჟის კანონში 2015 წელს შეტანილი შესწორებების შედეგად ამოიღეს ეს წესი. არბიტრაჟის კანონის შესწორებები, ზემოაღნიშნული სქოლიო 108, 1-ლი (2) მუხლი.

<sup>122</sup> *Tsertsvadze, Commentary*, ზემოაღნიშნული სქოლიო 77, 55-56 (თბილისის საქალაქო სასამართლო, საქმე №2,8139-09, 12 აპრილი, 2010 წელი (ხელშეკრულება, რომელიც ადგენს, რომ „კონტრაქტიდან გამომდინარე, ნებისმიერი დავა უნდა გადაწყდეს კერძო არბიტრაჟით“, აღმოჩნდა ძალადაკარგული).

<sup>123</sup> იქვე, 56 (ციტირება თბილისის საქალაქო სასამართლო, საქმე № 2,1263-11, 28 თებერვალი, 2011 წელი. ხელშეკრულება, სადაც იკითხება: არბიტრაჟის პროვაიდერი, შერჩეული მოსარჩელის მიერ, უნდა წყვეტდეს ნებისმიერ დავას, აღძრულს ან დაკავშირებულს მხარეებს შორის კონტრაქტთან მათ შორის დავებს კონტრაქტის იურიდიული ძალის შესახებ. იხ. აგრეთვე, *Tkemaladze, New Law*, ზემოაღნიშნული სქოლიო 73, 669-670 (თბილისის სააპელაციო სასამართლოს პრაქტიკა ხელშეკრულების არაქმედიტად აღიარებაზე გაურკვევლობის საფუძველზე). აღსანიშნავია, რომ პროვაიდერები მონადინებული არიან, ხელახლა გადანერონ საარბიტრაჟო ხელშეკრულება მისი ქმედითობის გასაუმჯობესებლად. ბათუმის არბიტრაჟის პერმანენტული სასამართლო თავისი საქმეების 17%-ში დაეხმარა მხარეებს საარბიტრაჟო ხელშეკრულების გადამუშავებაში, *Tsertsvadze, Commentary*, ზემოაღნიშნული სქოლიო 777, 61 სქოლიო 211.

<sup>124</sup> არბიტრაჟზე სანციის კანონის მე-2(2) მუხლი ადგენდა: „ამ კანონის მიზნებისთვის მხარეთა შორის ხელშეკრულება უნდა მოიცავდეს მითითებას იმ პერმანენტული საარბიტრაჟო დანესებულების არბიტრაჟის წესებზე, რომელთაც მიმართეს მხარეებმა დავის გადასაწყვეტად“. კანონი არბიტრაჟზე, ზემოაღნიშნული სქოლიო 103, მე-2(2) მუხლი.

<sup>125</sup> არბიტრაჟზე კანონის შესწორებები, ზემოაღნიშნული სქოლიო 1088, მუხლი 1-ლი (1) (ბ). სანციის კლაუზულა ჩანაცვლებული იყო ფორმულირებით, რომელიც მოითხოვდა, რომ სპეციფიკური არბიტრარული ფორუმის ნებისმიერი არჩევანი აუცილებლად უნდა მოიცავდეს იმ ფორუმის წესების გამოყენების არჩევას. იხ. კანონი არბიტრაჟზე, ზემოაღნიშნული სქოლიო 104, მე-2 (2) მუხლი. ჩასწორებული მე-2 (2) მუხლი ახლა უფლებას აძლევს მხარეებს, ჩაერთონ სპეციალურ (იზოლირებულ) არბიტრაჟში თავიანთი წესებით. იხ. განმარტებითი ბარათი საქართველოს არბიტრაჟზე კანონის ჩასწორების თაობაზე კანონპროექტი, სამუშაო ვერსია კერძო კანონის რეფორმების საბჭოს პროცედურულ კანონზე, 15 დეკემბერი, 2014 წელი, <<http://parliament.ge/en/law/7666/15244>>, ბოლოს გადასინჯა 3 ივნისს, 2015 წელს (შემდგომში – განმარტებითი ბარათი). ეს ცვლილება სასარგებლო იქნება ბიზნესდავებისთვის.

<sup>126</sup> *Orkun Akseli, Appointment of Arbitrators as Specified in the Agreement to Arbitrate*, 20 *J. Int'l Arb.* 247, 247 (2003). არბიტრების დანიშვნა არის გადამწყვეტი, ვინაიდან ბევრ შემთხვევაში არბიტრი არ არის დაკავშირებული კანონთან ან პრეცედენტთან და უფრო მეტად მოქმედებს სამართლიანობისა და მიუკერძოებლობის საკუთარი გრძობით. იხ. *David Pierce, The Federal Arbitration Act: Conflicting Interpretations of its Scope*, 61 *U. Cin. L. Rev.* 623, 1992, 625.

ბის მიერ სამართლიანობის მიღებაზე.<sup>127</sup> არბიტრაჟის კანონის თანახმად, მხარეებს თავისუფლად შეუძლიათ არბიტრების რაოდენობის განსაზღვრა კონტრაქტის დადების დროს. ხელშეკრულების არარსებობისას მათი რაოდენობა არის სამი.<sup>128</sup> მხარეებს თავისუფლად შეუძლიათ აირჩიონ არბიტრების შერჩევის ნებისმიერი მეთოდი. პრაქტიკულად, მხარეები იცავენ არბიტრაჟის მიერ შერჩეული პროვაიდერის სელექციის მეთოდს.<sup>129</sup> იმ შემთხვევაში, თუ ისინი არ ირჩევენ სელექციის მეთოდს, არბიტრაჟის კანონი იცავს ტიპური კანონის სტანდარტულ წესებს და უზრუნველყოფს, რომ თითოეულმა მხარემ დანიშნოს ერთი არბიტრი, ორივე არბიტრმა კი დანიშნოს მესამე. თუ რომელიმე არბიტრი არ დაინიშნა დროის მოთხოვნილ პერიოდებში, ქართული სასამართლოები რომელიმე მხარის მოთხოვნით განახორციელებს დანიშვნას, რომელიც არ გასაჩივრდება.<sup>130</sup>

არბიტრაჟის კანონი იცავს ტიპური კანონის აკრძალვას ეროვნების მიზეზით არბიტრის დანიშვნის დაბრკოლებაზე,<sup>131</sup> რაც ხელს უნდა უწყობდეს საერთაშორისო არბიტრაჟისადმი ნდობას საქართველოში, ვინაიდან ეს უცხოელებს მისცემს საერთაშორისო არბიტრაჟში ჯგუფურად მომსახურების საშუალებას.<sup>132</sup>

## 2. აცილება

არბიტრის აცილების პროცედურები არის აუცილებელი ბოროტება, თუმცა მათ მოქმედებას „გამოსაშვები სარქველის“ ხასიათი აქვს არბიტრაჟის პროცესის ერთიანობის საგარანტიოდ; ისინი, აგრეთვე, შეიძლება გამოიყენებოდეს არბიტრაჟის პროცესის საბოტაჟად ან მისი წინსვლის შესაფერხებლად.<sup>133</sup> აცილების პროცედურების გათვალისწინებისას მნიშვნელოვანია იმის აღიარება, რომ საქართველო პატარა ქვეყანაა და მხარეები და არბიტრები, ალბათ, იცნობენ ერთმანეთს. ეს მხარეებს აძლევს თავიანთი არბიტრის არჩევანის უკეთ შეფასების შესაძლებლობებს, მაგრამ, ამავე დროს, შეიძლება ინვესტორების კონფლიქტების რისკს ან მიუკერძოებლობას. მიუკერძოებელი არბიტრების დანიშვნა ერთ-ერთი უმნიშვნელოვანესი საკითხია ქართული არბიტრაჟისთვის. კერძო არბიტრაჟზე კანონის პერიოდში იყო ეჭვი, რომ არბიტრები იყვნენ მიკერძოებულები.

არბიტრაჟის კანონის აცილების ახალმა პროცედურებმა შეიძლება ეს საკითხი შეარბილოს. მისი აცილების წესები იგივეა, რაც ტიპური კანონის წესები ერთი გამონაკლისით: ერთი არბიტრის შემთხვევაში, აცილების მომთხოვნ მხარეს შეუძლია, პეტიციით მიმართოს უშუალოდ სასამართლოს და არ არის საჭირო აცილების წარდგენა ტრიბუნალისთვის.<sup>134</sup> ეს არის

<sup>127</sup> ორივე მხარის უფლებამოსილება, თანაბარი მონაწილეობა მიიღონ გადაწყვეტილების მიმღების შერჩევაში, სამართლიანი არბიტრაჟული ფორუმის მნიშვნელოვანი მომენტია. იხ. 3 Ian Macneil, *Federal Arbitration Law: Agreements, Awards, and Remedies under the Federal Arbitration Act §27:3* (1995 & Supp. 1997).

<sup>128</sup> LoA, ზემოაღნიშნული სქოლიო 104, მე-10 მუხლი.

<sup>129</sup> *Tsertsvadze, Commentary*, ზემოაღნიშნული სქოლიო 77, 104. ქართული არბიტრაჟის ცენტრების უმეტესობის წესები უბრუნდება ერთი არბიტრის შერჩევას პროვაიდერის მიერ. იხ., მაგ., *Rules of Arbitration Proceedings, Dispute Resolution Center, Ltd. (DRC)*, R. 5.3, <[http://www.drc-arbitration.ge/index.php?option=com\\_content&view=category&id=47&Itemid=11&lang=en](http://www.drc-arbitration.ge/index.php?option=com_content&view=category&id=47&Itemid=11&lang=en)> (ბოლოს განხილული 11 სექტემბერს, 2015 წელს), (შემდგომში – DRC არბიტრაჟის წესები), (requiring DRC დანიშვნის განსახორციელებლად, თუ საქმეს ჰყავს ერთი არბიტრი). DRC საქართველოს ერთ-ერთი უმსხვილესი პროვაიდერია, რომელიც მართავდა 1334 საარბიტრაჟო საქმეს 2013 წელს. იქვე (ჰიპერკავშირი „ჩვენ შესახებ“, შემდეგ ჰიპერკავშირი „სტატისტიკა“).

<sup>130</sup> კანონი არბიტრაჟზე, ზემოაღნიშნული სქოლიო 104, მე-11 მუხლი. პრაქტიკულად სასამართლოს დანიშვნა არის იშვიათი. *Tsertsvadze, Commentary*, ზემოაღნიშნული სქოლიო 777, 106.

<sup>131</sup> Model law, ზემოაღნიშნული სქოლიო 1311, მე-11 (1) მუხლი.

<sup>132</sup> Model law, ანალიტიკური კომენტარი, ზემოაღნიშნული სქოლიო 114, at 28, 1.

<sup>133</sup> Christopher Koch, *Standards and Procedures for Disqualifying Arbitrators*, 20 J. Int'l Arb. 325, 325 (2003).

<sup>134</sup> კანონი არბიტრაჟზე, ზემოაღნიშნული სქოლიო 1044, მე-13 (3) მუხლი. სასამართლოს ყველა გადაწყვეტილება არის საბოლოო და არ ექვემდებარება გასაჩივრებას. იქვე; Model law, ზემოაღნიშნული

მნიშვნელოვანი ცვლილება კერძო არბიტრაჟზე კანონის წესებში, რომლებიც სასამართლოს არ აძლევდა აცილების პროცესზე ზედამხედველობის ნებას.<sup>135</sup> აპელაციის უფლება მხარეებს უნდა აძლევდეს მეტ დამაჯერებლობას, რომ ნაფიც მსაჯულთა ჟიური იქნება მიუკერძოებელი.<sup>136</sup> მან შეიძლება, გააძლიეროს სამართლებრივი მხარდაჭერა არბიტრაჟისთვის. თუ მოსამართლეებს ექნებათ არბიტრების დანიშვნის, დამტკიცებისა და აცილების ნება, ისინი უფრო მეტად შეიტანენ წვლილს ნაფიც მსაჯულთა ჟიურის წარმატებაში.

ამის გარდა, საქართველოს არბიტრაჟის ასოციაციამ (GAA) 2014 წელს დაამტკიცა არბიტრების ეთიკის კოდექსი. GAA-ის ეთიკის კოდექსი<sup>137</sup> დაფუძნებულია 2003 წლის ABA/AAA (ამერიკის ადვოკატთა ასოციაცია/ამერიკის არბიტრაჟის ასოციაცია) ეთიკის კოდექსზე არბიტრებისთვის კომერციულ დავებში.<sup>138</sup> ABA/AAA კოდექსის პირველი ცხრა კანონი თითქმის მთლიანად მიღწეულ იქნა საქართველოს არბიტრაჟის ასოციაციის კოდექსში.<sup>139</sup> ეს წესები არის ბრწყინვალე დასაწყისი არბიტრების პროფესიონალიზაციისთვის საქართველოში და შეიძლება ხელი შეუწყოს ნდობის განმტკიცებას არბიტრაჟში.<sup>140</sup>

---

სქოლიო 1055, მე-13(3) მუხლი; საქართველოს სამოქალაქო საპროცესო კოდექსი, ზემოაღნიშნული სქოლიო 108, 356-ე<sup>15</sup>(6) მუხლი.

<sup>135</sup> კანონი კერძო არბიტრაჟზე, ზემოაღნიშნული სქოლიო 68, მე-15 მუხლი. არბიტრაჟის პროვადერი ფლობდა საბოლოო გადაწყვეტილებას ყველა აცილებაზე.

<sup>136</sup> არბიტრაჟზე კანონის (LoA) მე-6 მუხლი მოითხოვს, რომ ტრიბუნალი იყოს დამოუკიდებელი თავის ქმედებებში. LoA, ზემოაღნიშნული სქოლიო 104, მე-6 მუხლი. თუმცა გაურკვეველად, ეს მანდატი მაინც შეიძლება უზრუნველყოფდეს მხარეებს სასამართლოში გასაჩივრების დამატებითი უფლებებით.

<sup>137</sup> საქართველოს არბიტრაჟის ასოციაციის (GAA) არა აქვს ვებგვერდი, აქვს ფეისბუქის გვერდი, Georgian Arbitration Association (GAA), facebook, <<https://www.facebook.com/GAAtbilisi?fref=ts>>, (უკანასკნელად განხილულ იქნა 12 სექტემბერს, 2015 წელს), (შემდგომში მოხსენიებული იქნება როგორც GAA ფეისბუქგვერდი). GAA ეთიკის კოდექსი ხელმისაწვდომია: <<http://edu.gba.ge/wp-content/uploads/2014/06/Code-of-Ethics-for-Arbitrators.pdf>>, (უკანასკნელად განხილულ იქნა 12 სექტემბერს, 2015 წელს).

<sup>138</sup> Code of Ethics For arbitrators in Commercial Disputes, American Bar Association and American Arbitration Association (2003), <[https://www.adr.org/aaa/ShowProperty?nodeId=/UCM/ADRSTG\\_003867](https://www.adr.org/aaa/ShowProperty?nodeId=/UCM/ADRSTG_003867) (last visited Sept. 12, 2015)>, (უკანასკნელად განხილულ იქნა 12 სექტემბერს, 2015 წელს) (შემდგომში დ 2003 /კოდექსი).

<sup>139</sup> საბოლოოდ ABA/AAA Cannon, რომელიც განსაზღვრავს გამონაკლისებს არანეიტრალური არბიტრაჟისათვის, იყო უარყოფილი, როგორც შეუსაბამო. მხარის მიერ დანიშნული არბიტრები სამმხრივ კომისიაზე შეერთებულ შტატებში ზოგჯერ ითვლებოდნენ როგორც „არანეიტრალები“. Olga K. Byrne, *A New Code of Ethics for Commercial Arbitrators: The Neutrality of Party-Appointed Arbitrators on a Tripartite Panel*, 30 Fordham Urb. L.J. 1815 *passim* (2002-2003); Code of Ethics For arbitrators in Commercial Disputes, Canon VII A(1) (1977). საპირისპიროდ, საერთაშორისო არბიტრაჟის ეთიკის ნორმები მოიცავს ყველა არბიტრს, რომლებიც მოქმედებენ სრულიად დამოუკიდებლად და მიუკერძოებლად, გამონაკლისების გარეშე. იქვე, 1815-1816, 1825. 2003 ABA/AAA კოდექსი შეეცადა შეერთებული შტატების სტანდარტების მიახლოებას საერთაშორისო სტანდარტებთან საერთაშორისო ნორმების, როგორც პრეზუმფციის დარღვევის, ჩართვის გზით, მაგრამ მხარეებს მაინც აძლევდა საშუალებას, დასთანხმდებოდნენ არანეიტრალური არბიტრების დასაქმებას, როგორც მოცემულია X კანონში. სხვა ქვეყნების მსგავსად, საქართველო არ აღიარებს არანეიტრალურ არბიტრებს. ამკარა, არაორაზროვანი სტანდარტები არის ყველაზე მიზანშეწონილი საქართველოსათვის.

<sup>140</sup> საქართველოს საარბიტრაჟო ასოციაცია (GAA) არის არა ლიცენზიის გაცემის უფლების ორგანოს, არამედ ნებაყოფლობითი პროფესიონალური ორგანიზაცია. მიუხედავად ამისა, GAA დაინტერესებულია ამ წესების გავრცელებით და აღსრულებით. მთელი 2014 წლის განმავლობაში GAA-მ საქართველოს ადვოკატთა ასოციაციასთან თანამშრომლობით მოახწო სემინარები ადვოკატებისა და სხვა პირების კოდექსზე ინფორმირების მიზნით. იხ. GAA-ს ფეისბუქგვერდი, ზემოაღნიშნული სქოლიო 137. კანონის ძალაში შესვლისას კოდექსი იყო კონსულტაციური ხასიათის. GAA გეგმავს მის გადაქცევას განხორციელებადად მომავალში.

## დ. იურისდიქცია

კანონი არბიტრაჟზე ითვალისწინებს ტიპურ კანონში არსებული *კომპეტენცია-კომპეტენცია* დოქტრინის სრულ აღიარებას.<sup>141</sup> *კომპეტენცია-კომპეტენცია* დოქტრინის თანახმად, არბიტრაჟის ტრიბუნალი უფლებამოსილია, განსაზღვროს, აქვს თუ არა იურისდიქცია არსებულ დავაზე.<sup>142</sup> ტრიბუნალის საკუთარი იურისდიქციით დადგენილების გამოტანის უფლებამოსილება ფუნდამენტური საკითხია არბიტრაჟისათვის და იგი ითვლება ტიპური კანონის ერთ-ერთ საყრდენად.<sup>143</sup> ამის გარეშე არბიტრაჟის პროცესი ადვილად შეფერხდებოდა მხარისათვის იურისდიქციული საკითხების სასამართლოში წამოჭრით.<sup>144</sup>

არბიტრაჟზე კანონი აგრეთვე იღებს ტიპური კანონის ზედმინევიტ მნიშვნელოვან *გამოყოფადობის* პრინციპს.<sup>145</sup> *გამოყოფადობის* პრინციპი ადგენს, რომ ხელშეკრულება საკითხის არბიტრაჟზე დასაყენებლად, ფაქტობრივად, ცალკეული სამართლებრივი ხელშეკრულებაა, გამომდინარე ძირითადი კონტრაქტიდან, რომელსაც იგი ერთვის. ამრიგად, თუ ძირითადი ხელშეკრულება აღმოჩნდება იურიდიულად ძალადაკარგული, ხელშეკრულება საკითხის არბიტრაჟზე დასაყენებლად *კანონის ძალით* არ იქნება იურიდიულად ძალადაკარგული. ტრიბუნალი ინარჩუნებს იურისდიქციას ასეთი გადანყვეტილების გამოსატანად.<sup>146</sup> გამოყოფადობის გარეშე იურიდიული ძალის

<sup>141</sup> კანონი არბიტრაჟზე, ზემოაღნიშნული სქოლიო 104, მე-16 მუხლი; Model law, ზემოაღნიშნული სქოლიო 1055, მე-16 მუხლი.

<sup>142</sup> C. Ryan Reetz, *The Limits of the Competence-Competence Doctrine in the United States Courts*, 5 Disp. Resol. Int'l 5, 5 (2011).

<sup>143</sup> Peter Binder, *International Commercial Arbitration and Conciliation in UNCITRAL Model Law Jurisdictions* 214 (3<sup>rd</sup> ed., 2010). საერთაშორისო არბიტრაჟის წესების უმრავლესობა არბიტრაჟულ ტრიბუნალს აძლევს საკუთარი იურისდიქციით დადგენილების გამოტანის საშუალებას. იხ. მაგალითად, Am. Arbitration Ass'n, *Commercial Arbitration Rules and Mediation Procedures*, 13 (2013) <[https://www.adr.org/aaa/ShowProperty?nodeId=UCM/ADRSTG\\_004103](https://www.adr.org/aaa/ShowProperty?nodeId=UCM/ADRSTG_004103)>, (შემდგომში – წესები). შეერთებული შტატების რვა შტატს, სხვათა შორის, მიღებული აქვს ტიპური კანონის მე-16 მუხლი, ხოლო *კომპეტენცია-კომპეტენცია* დოქტრინა, საზოგადოდ, მიღებულია შეერთებულ შტატებში. რიცი, ზემოაღნიშნული სქოლიო 142, 6.

<sup>144</sup> ტიპური კანონის მე-8 (1) მუხლი და არბიტრაჟზე კანონის მე-9 (1) მუხლი საქართველოს სამოქალაქო საპროცესო კოდექსის 356-ე<sup>16</sup> მუხლთან ერთად სასამართლოს აძლევს იურისდიქციური გადანყვეტილების ვაკეების უფლებას მაშინაც კი, როდესაც საკითხი ნოტიფიცირებულია როგორც საარბიტრაჟო ხელშეკრულების საგანი. მაშინ, როდესაც მუხლები სასამართლოსგან მოითხოვს აცილებას, თუ ხელშეკრულება არ არის ძალადაკარგული, ისინი, ამავე დროს, ეწინააღმდეგებიან *კომპეტენცია-კომპეტენციის* ძირითად იდეას გადანყვეტილების გამოტანის უფლებამოსილების ტრიბუნალიდან სასამართლოზე გადაცემით. საქართველოს სამოქალაქო საპროცესო კოდექსი, *ზემოაღნიშნული* სქოლიო 108, 186-ე, 272-ე მუხლები. სასამართლოების დაბრკოლება საწყისი იურისდიქციით გადანყვეტილების გამოტანის განხორციელებაში მითითებულია როგორც *კომპეტენცია-კომპეტენციის* ნეგატიური ზემოქმედება. John J. Barcelo III, *Who Decides the Arbitrators' Jurisdiction? Separability and Competence-Competence in Transnational Perspective*, 36 Vand. J. Transnat'l L. 1115, 1124 (2003). ამ ნეგატიური ზემოქმედების საუკეთესო შედეგი არის ფრანგული კანონი. იქვე, 1124-1126 (ციტირება: სამოქალაქო პროცესების ფრანგული კოდექსის 1458-ე მუხლი). ზოგი იურისდიქცია ნაწილობრივ მიმართულია ნეგატიური ზემოქმედებისკენ, როცა მე-8 მუხლს განმარტავენ როგორც მუხლს, რომელიც, უპირველეს ყოვლისა, უზრუნველყოფს ხელშეკრულების არსებობისა და მისი კანონიერების სამართლებრივ დადასტურებას. იქვე, 1128, სქოლიო 55, 1129, სქოლიო 62 (მითითება შვეიცარიაზე, ჰონკონგსა და ონტარიოზე). შეერთებულმა შტატებმა უარყო *კომპეტენცია-კომპეტენციის* დოქტრინის ნეგატიური ეფექტი ჩიკაგო – კაპლანის საქმის პირველ ოფციონში, 514, აშშ, 938 (1995), მაგრამ, ამავე დროს, აგრძელებს *კომპეტენცია-კომპეტენციის* დოქტრინის ძირითადი ანუ დადებითი ეფექტის აღიარებას. რიცი, ზემოაღნიშნული სქოლიო 142, 6.

<sup>145</sup> კანონი არბიტრაჟზე, ზემოაღნიშნული სქოლიო 1044, 16-ე(1) მუხლი; Model law, ზემოაღნიშნული სქოლიო 1055, მე-16 (1) მუხლი; *Explanatory Note by the UNCITRAL Secretariat on the 1985 Model Law on International Commercial Arbitration*, 25 (2006), <[http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/07-86998\\_Ebook.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/07-86998_Ebook.pdf)> (შემდგომში ტიპური კანონის განმარტებითი შენიშვნა).

<sup>146</sup> იხ. Arthur Nussbaum, *The "Separability Doctrine" in American and Foreign Arbitration*, 17 N.Y.U. L. Q. Rev. 609 (1939-1940) (providing an early discussion on separability doctrine). (უზრუნველყოფს ადრეულ დისკუსიას გამოყოფადობის დოქტრინაზე).

არმქონე კონტრაქტის მართვა არბიტრის მიერ დაასუსტებდა მის უფლებამოსილებას, გამოეტანა გადაწყვეტილება, რომლის შედეგიც ლოგიკურად ჩიხში შევიდოდა.<sup>147</sup> გამოყოფადობა მუშაობს კომპეტენცია-კომპეტენციასთან ერთად ტრიბუნალის ავტონომიის შესანარჩუნებლად. კომპეტენცია-კომპეტენციის ანალოგიურად ეს პრინციპი ამჟამად მტკიცედ არის დამკვიდრებული საერთაშორისო არბიტრაჟში.<sup>148</sup> ქართული სასამართლოები მხარს უჭერენ ორივე პრინციპს.<sup>149</sup>

## ე. დროებითი ღონისძიებები

კერძო არბიტრაჟზე კანონის ერთ-ერთი უმნიშვნელოვანესი ნაკლია დროებითი ღონისძიებების არარსებობა.<sup>150</sup> შედეგად, მხარეებისთვის არ იყო არავითარი იურიდიული დაცვის საშუალება სასამართლო აკრძალვის შემთხვევაში არსებული მდგომარეობის შესანარჩუნებლად ან განუწყვეტელი ზიანის შესაჩერებლად, ან აქტივების შესანარჩუნებლად. სასამართლოებს ჰქონდათ დროებითი შემწეობის პირობები,<sup>151</sup> მაგრამ, როგორც ჩანდა, კანონი კერძო არბიტრაჟზე თავიდან არიდებდა სასამართლოს იურისდიქციას, თუ ორივე მხარე არ თანხმდებოდა უარის გამოცხადებაზე ან არბიტრაჟზე ხელშეკრულება არ იყო ძალადაკარგული.<sup>152</sup> დროებითი შემწეობის არარსებობა კერძო არბიტრაჟზე კანონით მხარეებისთვის იყო კიდევ ერთი დაბრკოლება არბიტრაჟის არჩევაში.

კანონი არბიტრაჟზე უზრუნველყოფს დროებით ღონისძიებებს, ნაწილობრივ ტიპური კანონის 2006 წლის ვერსიის მე-17 მუხლის შესაბამისად. საქართველოს არბიტრაჟის არსებობის განმავლობაში დროებითი ღონისძიებები ამჟამად ნებადართულია: (1) არსებული მდგომარეობის შესანარჩუნებლად ან აღსადგენად, (2) მხარისათვის ან თვით არბიტრაჟის პროცესისათვის ზიანის პრევენციისთვის,<sup>153</sup> (3) რესურსების შესანარჩუნებლად, რომლისგანაც შეიძლება შესრულდეს არბიტრაჟის გადაწყვეტილება ან (4) მტკიცებულების შესანარჩუნებლად.<sup>154</sup> მხარემ შეიძლება მიმართოს ტრიბუნალს ნებისმიერ დროს საბოლოო გადაწყვეტილების გამოტანამდე დროებითი შემწეობის თაობაზე. წესები დიდი ტვირთია განმცხადებელი მხარისთვის. მხარემ უნდა აჩვენოს „დამაჯერებლობა, რომ ზიანი ადეკვატურად ვერ გამოსწორდება სასამართლოს გადაწყვეტილებით ზარალის ანაზღაურებაზე, თუ არ იქნება მიცემული სამართლებრივი დაცვის საშუალება და რომ ზიანი „მნიშვნელოვნად გადანონის“ ზიანს მონინალმდე-

<sup>147</sup> Alan Scott Rau, *The Arbitrability Question Itself*, 10 Am. Rev. Int'l Arb. 287, 341 (1999); Alan Scott Rau, *Everything You Really Needed to Know About "Separability" in Seventeen Simple Propositions*, 14 Am. Rev. Int'l Arb. 1, 81-82 (2003).

<sup>148</sup> Kaj Hober & Annette Magnussen, *The Special Status of Agreements to Arbitrate: The Separability Doctrine; Mandatory Stay of Litigation*, 2 Disp. Resol. Int'l 56, 56 (2008). *But ob.* Model Law Explanatory Note, *supra* note 145, 25 („ვინაიდან 2003 წლის კონცეფციები ჯერ კიდევ არ არის აღიარებული“). გამოყოფადობის დოქტრინა დამტკიცებული იყო შეერთებულ შტატებში სხვადასხვა ტერმინოლოგიის გამოყენებით. *Prima Paint Corp. v. Flood & Conklin Mfg. Co.*, 388 U.S. 1967, 395. The U.S. Supreme Court later doubled down on separability in *Rent-A-Center, West, Inc. v. Jackson*, 561 U.S. 2010, 63. *Horton D.*, *Mass Arbitration and Democratic Legitimacy*, 85 U. Colo. L. Rev. 459, 2014, 487, (reviewing Margaret Jane Radin, *Boilerplate: The Fine Print, Vanishing Rights, and the Rule of Law*, 2013).

<sup>149</sup> *Tsertsvadze, Commentary*, ზემოაღნიშნული სქოლიო 77, 96.

<sup>150</sup> მიუხედავად უფლებამოსილების არარსებობისა, ერთ-ერთი ექსპერტი ამტკიცებს, რომ ქართული არბიტრაჟის ცენტრები ზოგჯერ გამოსცემდნენ დროებით ღონისძიებებს არბიტრაჟის ტრიბუნალის კონსტიტუციამდე, იქვე, 140.

<sup>151</sup> საქართველოს სამოქალაქო საპროცესო კოდექსი, ზემოაღნიშნული სქოლიო 108, 198-ე მუხლი.

<sup>152</sup> კანონი კერძო არბიტრაჟზე, ზემოაღნიშნული სქოლიო 688, 30-ე მუხლი.

<sup>153</sup> ტექსტი შეიძლება გამოყენებული ყოფილიყო სასამართლო პროცესის აკრძალვის გასამართლებლად, Model law, ზემოაღნიშნული სქოლიო 105, მე-17 (2) (ბ) მუხლი; U.N. Comm'n on Int'l Trade L., *Rep. on the Work of its Thirty-Ninth Session*, 92-95, U.N. Doc. A/61/17 (2006) (შემდგომში – 2006 UNCITRAL-ის მოხსენება). ენა ნაგულისხმევი იყო მხარეების მიერ კრეატიული ან შემაფერხებელი ტაქტიკისათვის გამოსაყენებლად არბიტრალური პროცესის დაბრკოლების მიზნით, იქვე, 94.

<sup>154</sup> კანონი არბიტრაჟზე, ზემოაღნიშნული სქოლიო 104, მე-17 მუხლი.

გე მხარისადმი.<sup>155</sup> ამასთანავე, უნდა იყოს „მიზანშეწონილი შესაძლებლობა“, რომ განმცხადებელი მხარე წარმატებული იქნება საჩივრის არსთან დაკავშირებით.<sup>156</sup> ეს პირობები შეესაბამება ტიპურ კანონს. ტიპური კანონის შემმუშავებლები თვლიდნენ, რომ ეს მაღალი სტანდარტი აუცილებელი იყო, რათა ტიპური კანონი შესაბამისობაში ყოფილიყო ბევრ ეროვნულ იურიდიულ სისტემასთან.<sup>157</sup>

ტიპური კანონის 2006 წლის წესები აგრეთვე მოიცავს ცალმხრივ ხელმისაწვდომობას სასამართლოს წინასწარ ბრძანებაზე, რომლის მიზანია, თავიდან იქნეს აცილებული იმედგაცრუება მოთხოვნილ დროებით შემწეობაზე.<sup>158</sup> იმისათვის, თუ რატომ შეიძლება მხარეს დასჭირდეს ეს, არსებობს მნიშვნელოვანი საფუძვლები, როგორებიცაა, მაგალითად, სახსრების გადინების ან ქონების განადგურების პრევენცია. არბიტრაჟზე კანონი ამ წესს არ შეიცავს, მაგრამ მხარეები ინარჩუნებენ ქართული სასამართლოსგან დროებითი დაცვის საშუალების მიღების უფლებას.<sup>159</sup> საქართველოს სამოქალაქო საპროცესო კოდექსის თანახმად, მხარეებმა შეიძლება მიიღონ დროებითი სამართლებრივი დაცვის სხვადასხვა საშუალება,<sup>160</sup> ცალმხრივად განსაკუთრებულ გადაუდებელ შემთხვევებშიც კი, ოფიციალური სარჩელის შეტანამდე.<sup>161</sup> ამის გამო ცალმხრივი წინასწარი სასამართლო ბრძანების არარსებობა არბიტრაჟის კანონში არ უნდა იწვევდეს მნიშვნელოვან პრობლემებს. ფაქტობრივად, ამ უფლებამოსილებების წინააღმდეგობრივი ბუნება, ალბათ, უარყოფითად იმოქმედებდა არბიტრაჟის რეპუტაციაზე საქართველოში.<sup>162</sup>

საინტერესოა აღვნიშნოთ, რომ დროებითი დაცვის მოთხოვნის სიმძიმე ქართულ სასამართლოებში უფრო ნაკლებია, ვიდრე არბიტრაჟულ ტრიბუნალში. სამოქალაქო საპროცესო კოდექსი მოითხოვს, მხარეებმა დაამტკიცონ „გონივრული საფუძველი“, რათა სასამართლომ დაიჯეროს, რომ მისი გადანყვეტილება იქნებოდა უშედეგო ამ სასამართლო დაცვის გარეშე.<sup>163</sup> არის არბიტრაჟზე კანონის პირველი ელემენტის ანალოგიური – ზიანი ადეკვატურად ვერ გამოსწორდება სასამართლოს გადანყვეტილებით ზარალის ანაზღაურებაზე, თუ არ იქნება მიცემული სამართლებრივი დაცვის საშუალება,<sup>164</sup> თუმცა სამოქალაქო საპროცესო კოდექსს, განსხვავებით არბიტრაჟზე კანონისაგან, არა აქვს დამატებითი მოთხოვნა, რომ, თუ არ იქნება მიცემული სამართლებრივი დაცვის საშუალება, ზიანი „მნიშვნელოვნად გადანონის“ ზიანს

<sup>155</sup> იქვე, მე-18 (1) (ა)-(ბ) მუხლი.

<sup>156</sup> იქვე, მე-18 (1) (გ) მუხლი.

<sup>157</sup> 2006 წლის UNCITRAL-ის ანგარიში, ზემოაღნიშნული სქოლიო 153, 99; ეს ერთგვარად ანალოგიურია წინასწარი სამართლებრივი დაცვის მოთხოვნებისა შეერთებული შტატების ფედერალურ სასამართლოებში. იხ., მაგალითად, *Winter v. Nat. Res. Def. Council, Inc.* 555 U.S. 7 (2008).

<sup>158</sup> Model law, ზემოაღნიშნული სქოლიო 105, მე-17 მუხლის ბ და გ პუნქტები.

<sup>159</sup> კანონი არბიტრაჟზე, ზემოაღნიშნული სქოლიო 104, 23-ე მუხლი.

<sup>160</sup> Georgia Civ. Proc. C., ზემოაღნიშნული სქოლიო 111, 198-ე მუხლი. დაცვის საშუალებები, სხვათა შორის, მოიცავს ქონების კონფისკაციას ან ქმედებების აკრძალვას; იქვე, 198-ე (i)(2) მუხლი.

<sup>161</sup> იქვე, 192-ე-193-ე მუხლები. შეერთებული შტატების ანალოგია არის სამოქალაქო პროცესების ფედერალური წესები, 65(ა) (წინასწარი სასამართლო აკრძალვა) და სამოქალაქო პროცესების ფედერალური წესები, 65(ბ) (დროებითი სასამართლო აკრძალვა შეწყობინების გარეშე). არბიტრაჟზე კანონის საწყისი რედაქციით, როგორც ჩანს, საერთაშორისო არბიტრაჟისთვის გამორიცხულია ცალმხრივად დაცვა განსაკუთრებულ შემთხვევებში. კანონი არბიტრაჟზე, ზემოაღნიშნული სქოლიო 104, 23-ე (3) მუხლი. მიუხედავად იმისა, რომ ეს არ არის იდეალური, გამორიცხვას შეიძლება, გაეთანაბრებინა თამაშის წესები საერთაშორისო არბიტრაჟში, ვინაიდან უფრო მეტია ალბათობა, რომ შიდასახელმწიფოებრივი მხარე მიმართავდა სწორედ ასეთ ცალმხრივ დაცვას ქართული სასამართლოდან. არბიტრაჟის კანონზე 2015 წლის შესწორებებით ნებადართულია საგანგებო მდგომარეობისას ცალმხრივი სარჩელები ქართულ სასამართლოებში. არბიტრაჟზე კანონის შესწორებები, ზემოაღნიშნული სქოლიო 108, 1-ლი (10) მუხლი; განმარტებითი ბარათი, ზემოაღნიშნული სქოლიო 125, § (ა) (ბ.გ.); (შესწორება: „მიეცეს სასამართლოს უფლებამოსილება, მიმართოს დროებით ღონისძიებებს მხარის მოთხოვნისას სარჩელის შეტანამდეც კი“).

<sup>162</sup> Nikoloz Chomakhidze, *Provisional Measures in International Arbitration*, Alt. Disp. Resol. Y.B. Tbilisi St. U., 108, 128 (2013).

<sup>163</sup> საქართველოს სამოქალაქო საპროცესო კოდექსი, ზემოაღნიშნული სქოლიო 108, 191-ე მუხლი.

<sup>164</sup> კანონი არბიტრაჟზე, ზემოაღნიშნული სქოლიო 104, მე-18 (1) (ა) მუხლი.

მონინალმდევე მხარისადმი, ან, რომ განმცხადებელმა მხარემ უნდა აჩვენოს წარმატების მიზანშეწონილი შესაძლებლობა საჩივრის არსთან დაკავშირებით. ამასთანავე, ქართული სახელმწიფო ორგანოები არ არიან მონდომებულები ტრიბუნალების დროებითი ღონისძიებების აღსრულებისათვის. ამ არმოსურნეობისა და მძიმე დატვირთვის პირობები იწვევს არბიტრაჟული ტრიბუნალის დაბნეულობას და სარჩელის შეტანას სასამართლოში დროებითი დაცვის საშუალების მიღებაზე. არბიტრაჟზე კანონი ზუსტად მისდევს ტიპური კანონის წესებს დროებითი ღონისძიებების აღიარებასა და აღსრულებასთან დაკავშირებით. ყველაზე მნიშვნელოვანი სიტუაციაა საერთაშორისო მხარეებისთვის, როდესაც კანონი ნათლად აჩვენებს, რომ ასეთ ღონისძიებებს ექნება სავალდებულო ძალა და აღსრულება ქართული სასამართლოების მიერ, მიუხედავად იმისა, თუ რომელ ქვეყანაში გამოიტანეს გადაწყვეტილება.<sup>165</sup> ეს არის ახალი კანონის მნიშვნელოვანი ასპექტი და დროთა განმავლობაში მან შეიძლება, დიდი გავლენა მოახდინოს.

მსგავსად ტიპური მოდელის შემთხვევისა, მხარეები შეიძლება აფერხებდნენ მხოლოდ შეზღუდულ საშუალებო გადაწყვეტილებების აღიარებასა და აღსრულებას მხოლოდ შეზღუდულ გარემოებებში.<sup>166</sup> ეს წესები ემთხვევა საბოლოო გადაწყვეტილებების აღიარებისა და აღსრულების სტანდარტულ წესებს მცირეოდენი ცვლილებებით.<sup>167</sup> ტიპური კანონი არ აწესებს მტკიცებულების ტვირთს, მაგრამ სარჩელების უმრავლესობისთვის კანონი არბიტრაჟზე აწესებს მტკიცებულების ტვირთს იმ მხარეზე, რომელიც ცდილობს, უარი თქვას გადაწყვეტილების აღიარებაზე ან აღსრულებაზე.<sup>168</sup> ეს არის მნიშვნელოვანი აღსრულებისწინა ნიშანი სასამართლოებისთვის.<sup>169</sup>

### ვ. საარბიტრაჟო პროცესები

#### 1. თანაბარი მიდგომა მხარეებისადმი და შესაძლებლობები საქმის წარსადგენად

არბიტრაჟზე კანონი შეესაბამება ტიპურ კანონში არბიტრაჟის ორი ფუნდამენტური პრინციპის გარანტიებს – მხარეებისადმი თანაბარ მიდგომასა და არგუმენტების მოყვანის შესაძლებლობას.<sup>170</sup> ტიპური კანონის შემმუშავებლებმა ამ პრინციპებს უწოდეს *არბიტრაჟის პროცედურის თავისუფლების დიდი ქარტია*, ვინაიდან მათ თვლიდნენ არსებითად არბიტრაჟისთვის და, ალბათ, ყველაზე მნიშვნელოვნად ტიპურ კანონში.<sup>171</sup> მიზეზები არის აშკარა. თანაბარი მიდგომა და არგუმენტაციის მოყვანა, როგორც მიუკერძოებლობის არსი,<sup>172</sup> სათანადო

<sup>165</sup> კანონი არბიტრაჟზე, ზემოაღნიშნული სქოლიო 104, იქვე, 21-ე მუხლი.

<sup>166</sup> იქვე, 22-ე მუხლი .

<sup>167</sup> იქვე, 22-ე(1)(ა)-22-ე (1)(ბ)(ბ.ა.) მუხლები.

<sup>168</sup> Model law, ზემოაღნიშნული სქოლიო 105, მე-171 (1) მუხლი; კანონი არბიტრაჟზე, ზემოაღნიშნული სქოლიო 104, 22-ე (1)(ა) მუხლი; UNCITRAL-ის შემმუშავებლებმა სპეციალურად დატოვეს მტკიცებულების ტვირთის საკითხი შიდასახელმწიფოებრივი შესაბამისი კანონისთვის. ბინდერი, ზემოაღნიშნული სქოლიო 143, 271;

U.N. Comm'n on Int'l Trade L. Working Group on Arbitration and Conciliation, Rep. on the Work of Its Forty-Second Session, 73, U.N. Doc. A/CN 9/573 (2005) (შემდგომში – 2005 წლის ივლისი, UNCITRAL-ის საანგარიშო მოხსენება).

<sup>169</sup> რამდენიმე სარჩელზე არ არის მკაფიო დატვირთვა: მაგალითად, სარჩელებს საჯარო წესრიგის თაობაზე, რომლებიც ითვლება დაკავებული თანამდებობის საფუძვლად, სასამართლომ თვითონ დამოუკიდებლად უნდა გადახედოს, კანონი არბიტრაჟზე, ზემოაღნიშნული სქოლიო 104, 22-ე(1)(ბ) მუხლი.

<sup>170</sup> კანონი არბიტრაჟზე, ზემოაღნიშნული სქოლიო 104, მე-3 მუხლი; Model law, ზემოაღნიშნული სქოლიო 105, Arts. 18-19.

<sup>171</sup> Model law, ანალიტიკური კომენტარი, ზემოაღნიშნული სქოლიო 114, 44, 1.

<sup>172</sup> შეერთებულ შტატებში ფედერალური კანონი არბიტრაჟზე ინტერპრეტირებულია როგორც კანონი, რომელიც მოითხოვს ძირითად პროცესუალურ მიუკერძოებლობას; იხ., მაგ., ბორნი, ზემოაღნიშნული სქოლიო 109, 1021 (ფედერალური არბიტრაჟის კანონის ციტირება, შეერთებული შტატების კოდექსი, §10, 2006).

სამართლებრივი პროცედურა და მისწრაფებაა დავების გადანყვეტის ყველანაირი სისტემისათვის. თუმცა პრაქტიკულად შეიძლება არცერთი პრინციპი იყოს უპირობო, ისინი აუცილებელია იმისათვის, რომ არბიტრაჟი დარჩეს სიცოცხლისუნარიანი.<sup>173</sup> მნიშვნელოვანია აღინიშნოს, რომ არბიტრაჟზე კანონმა გადაანაცვლა ტიპური კანონის თანაბარი მიდგომის პუნქტი (ტიპური კანონის მე-18 მუხლი) არბიტრაჟზე კანონის წინა ნაწილისკენ, სადაც იგი ამჟამად არის – არბიტრაჟზე კანონის მე-3 მუხლი, რომლის განთავსება კანონის დასაწყისში ხაზს უსვამს მისი გამოყენების მნიშვნელობას მთელი საარბიტრაჟო ორგანიზაციისა და არა, უბრალოდ, საარბიტრაჟო პროცესებისთვის.<sup>174</sup> კერძო არბიტრაჟზე კანონით ამ პრინციპების სუსტი დაცვის პირობებში ეს საიმედო სამართლებრივი რეგულირებაა.

## 2. პროცესუალური ნორმების განსაზღვრა

ორივე – ტიპური კანონი და კანონი არბიტრაჟზე – უზრუნველყოფს მხარის დამოუკიდებლობას პროცესუალური ნორმების განსაზღვრისას.<sup>175</sup> მხარეების მიერ საკუთარი პროცესუალური ნორმების თავისუფლად შერჩევა საარბიტრაჟო პროცესის კიდევ ერთი მნიშვნელოვანი პრინციპია.<sup>176</sup> არბიტრაჟის წარმატების ერთ-ერთი მთავარი მიზეზი, სასამართლო პროცესის საპირისპიროდ, არის მხარეების შესაძლებლობა, მიმართონ პროცედურები თავიანთი საჭიროებების შესაბამისად.<sup>177</sup> ამგვარი უფლებამოსილება არის კონკრეტული შეზღუდვების საგანი.<sup>178</sup> მაგალითად, მხარეებს არ შეუძლიათ, დაავალონ მხარეებისადმი თანაბარი მიდგომის დაცვა.<sup>179</sup>

არბიტრაჟზე კანონის თანახმად, იმ შემთხვევაში, როდესაც არ არსებობს მხარის ხელშეკრულება პროცედურებზე, „დავები გადანყვეტა არბიტრაჟული ტრიბუნალის მიერ განსაზღვრული ნორმების შესაბამისად.“<sup>180</sup> არბიტრაჟზე კანონში გამოტოვებულია ტიპური კანონის მითითება ტრიბუნალის თითქმის შეუზღუდავ თავისუფლებაზე სათანადო ნორმების შემუშავებასთან დაკავშირებით.<sup>181</sup> ეს, სამწუხაროდ, პრაქტიკულ მნიშვნელობას ანიჭებს არბიტრების თავისუფლად მოქმედების უფლებას.<sup>182</sup>

<sup>173</sup> Reza Mohtashami, *The Requirement of Equal Treatment with Respect to the Conduct of Hearings and Hearing Preparation in International Arbitration*, 3 Disp. Resol. Int'l 124 (2009). მაგალითად, „არგუმენტების მოყვანის სრული შესაძლებლობა“ არ ნიშნავს, რომ მხარეს უფლება აქვს, გამოიყენოს გაჭიანურების ტაქტიკა, წამოაყენოს შეუზღუდავი წინააღმდეგობები ან ახალი მტკიცებულება საარბიტრაჟო გადანყვეტილების გამოშვების წინა დღეს. Model law, ანალიტიკური კომენტარი, ზემოაღნიშნული სქოლიო 105, 46, 8.

<sup>174</sup> ტიპური კანონის კანონპროექტის შემმუშავებლებს დასაწყისში ანუხებდათ, რომ თანაბარი მიდგომის შესახებ პუნქტის მოთავსებას ტიპური კანონის V თავის (არბიტრალური პროცესების წარმართვა) ქვეპუნქტში შეიძლებოდა, შეექმნა ვარაუდი, რომ ეს პრინციპი იზღუდებოდა კონკრეტული პროცესებისთვის. ბინდერი, ზემოაღნიშნული სქოლიო 1433, 277; *Summary Records of the 322nd Meeting*, [1985] 16 Y.B. Comm'n Int'l. Trade L. 466, 468, 28, U.N. Doc. A/CN.9/SER.322.; Model law, ანალიტიკური კომენტარი, ზემოაღნიშნული სქოლიო 1144, 46, 7.

<sup>175</sup> Model law, ზემოაღნიშნული სქოლიო 1055, მე-19 მუხლი; კანონი არბიტრაჟზე, ზემოაღნიშნული სქოლიო 104, 24-ე, 2(2) მუხლი.

<sup>176</sup> ბინდერი, ზემოაღნიშნული სქოლიო 143, 281.

<sup>177</sup> ბორნი, ზემოაღნიშნული სქოლიო 109, 1003.

<sup>178</sup> იხ. Michael Pryles, *Limits to Party Autonomy in Arbitral Procedure*, 24 J. Int'l Arb. 327 (2007).

<sup>179</sup> Model law, ანალიტიკური კომენტარი, ზემოაღნიშნული სქოლიო 114, 45, 3.

<sup>180</sup> კანონი არბიტრაჟზე, ზემოაღნიშნული სქოლიო 104, 24-ე (2) მუხლი.

<sup>181</sup> Model law, ზემოაღნიშნული სქოლიო 105, მე-19(2) მუხლი.

<sup>182</sup> ბორნი, ზემოაღნიშნული სქოლიო 109, 1010-1015. საერთაშორისო კონვენციებისა და ეროვნული სამართლებრივი სისტემების უმრავლესობა, მათ შორის შეერთებული შტატების, უზრუნველყოფს ტრიბუნალის დისკრეციულ უფლებას პროცედურებზე მხარის ხელშეკრულების არარსებობისას. იქვე.



### 3. არბიტრაჟის ადგილის შერჩევა

არბიტრაჟის ადგილის განსაზღვრა გამომდინარეობს ტიპური კანონის პირობებიდან. მხარეები უფლებამოსილი არიან, აირჩიონ ადგილი, სადაც გაიმართება არბიტრაჟი, ხოლო ტრიბუნალმა შეიძლება გამოსცადოს თავისი დისკრეციული უფლება იქ, სადაც, შესაბამისად, მისთვის იქნება მოხერხებული.<sup>183</sup> საერთაშორისო არბიტრაჟში ეს შეიძლება განსაკუთრებულად მნიშვნელოვანი იყოს, ვინაიდან არბიტრაჟის ადგილი განსაზღვრავს სასამართლოს მეთვალყურეობის ტიპსა და კოლიზიურ ნორმებს.<sup>184</sup>

### 4. ფაქტების წარდგენა

კანონი არბიტრაჟზე უზრუნველყოფს მხარეებს ნებისმიერი პირის მიერ ფაქტების წარდგენის უფლებით სასამართლო პროცედურის ნებისმიერ ეტაპზე.<sup>185</sup> კანონით მითითებული იქნება „რწმუნებული ან სხვა წარმომადგენლობა“, რომელიც, სავარაუდოდ, კარს გაუღებს ნებისმიერ ინდივიდუალურ პირს, რომელსაც მხარე მოისურვებს. ეს მნიშვნელოვანია სამართლიანობაზე ხელმისაწვდომობის თვალსაზრისით. საქართველოში ბევრს არ შეუძლია, დაიქირავოს ადვოკატი და ამიტომ ისარგებლებს ოჯახის წევრით ან მეგობრით, როგორც არაიურისტი წარმომადგენლით.<sup>186</sup>

### 5. სასარჩელო განცხადებებისა და დაცვის ენა

კანონი არბიტრაჟზე და ტიპური კანონი მხარეებს სთავაზობს ენის არჩევანის უფლებას, მხარის დამოუკიდებლობის პრინციპის შესაბამისად. როგორც ხედავთ, კანონი არბიტრაჟზე არ მოიცავს გაუმართავი ქართული ენის გამოყენებლობის პირობას, თუნდაც შიდა არბიტრაჟისთვის.<sup>187</sup> ეს არის სტიმულის მიმცემი იმასთან დაკავშირებით, რომ საქართველოში არის თემები, სადაც ქართული ენა არ დომინირებს.<sup>188</sup>

<sup>183</sup> კანონი არბიტრაჟზე, ზემოაღნიშნული სქოლიო 1044, 25-ე მუხლი; Model law, ზემოაღნიშნული სქოლიო 105, მე-20 მუხლი.

<sup>184</sup> თუმცა, ზოგადად, გასაგებია, რომ საერთაშორისო სავაჭრო არბიტრაჟში მნიშვნელოვანია მასპინძელი ქვეყნის კანონი (იხ. While it is generally understood that the law of the host country is important in international commercial arbitration (იხ. Noah Rubins, *The Arbitral Seat is No Fiction: A Brief Reply to Tatsuya Nakamura's Commentary, The Place of Arbitration in International Arbitration-Its Fictitious Nature and Lex Arbitri*, 16 Mealey's Int. Arb. Rep. 12 (2001), ზოგიერთმა მეცნიერმა წამოაყენა ე.წ. „დელოკალიზაციის“ თეორია, რომელიც საერთაშორისო არბიტრაჟს განიხილავს როგორც საკუთარ დელოკალიზებულ ნორმატიულ რეჟიმს, რომელიც არ ექვემდებარება ეროვნულ კანონებს. იხ. Tetsuya Nakamura, *The Place of Arbitration in International Arbitration-Its Fictitious Nature and Lex Arbitri*, 15 Mealey's Int. Arb. Rep. 11 (2000); Jan Paulson, *Delocalisation of International Commercial Arbitration: When and Why It Matters*, 32 Int'l & Comp. L.Q. 53 (1983).

<sup>185</sup> Model law, ზემოაღნიშნული სქოლიო 105, 28-ე მუხლი.

<sup>186</sup> სირთულე წამოიჭრება, როდესაც დავა რაიმე მიზეზით გადადის ქართულ სასამართლოებში. ნებისმიერ „მცოდნე წარმომადგენელს“, არა აუცილებლად იურისკონსულტს, შეუძლია, მონაწილეობა მიიღოს პირველი ინსტანციის სასამართლოებში. საქართველოს სამოქალაქო საპროცესო კოდექსი, ზემოაღნიშნული სქოლიო 108, 94-ე(დ) მუხლი, მაგრამ აპელაციის დონეზე დაიშვებიან მხოლოდ ლიცენზირებული უფლებამოსილი ადვოკატები, იქვე, 93-ე-101-ე მუხლები.

<sup>187</sup> კანონი არბიტრაჟზე, ზემოაღნიშნული სქოლიო 104, 29-ე მუხლი; Model law, ზემოაღნიშნული სქოლიო 1055, 22-ე მუხლი.

<sup>188</sup> საქართველოს ჰყავს მცირე რაოდენობის თემები, სადაც ლაპარაკობენ სომხურად და აზერბაიჯანულად სახლში, ხოლო რუსულად ლაპარაკს ამჯობინებენ სახლის გარეთ. 2002 წლის აღწერის თა-

თუ მხარეები აირჩევენ ადგილობრივი არბიტრაჟის იურისდიქციას, მაშინ გამოიყენება ამ იურისდიქციის წესები სასარჩელო განცხადებასა და დაცვასთან დაკავშირებით. შეთანხმებული წესების არარსებობის შემთხვევაში კანონი არბიტრაჟზე იცავს ტიპური კანონის მიზანშეწონილ წესებს.<sup>189</sup>

## 6. სამართალწარმოების ფორმა და მტკიცებულებების მიღება

საერთაშორისო სავაჭრო არბიტრაჟის პროცესი ხშირად, მაგრამ არა ყოველთვის, მოიცავს ზეპირ მოსმენას, რომელიც წააგავს საქმის გარჩევას ზოგადი სამართლის სასამართლოებში,<sup>190</sup> თუმცა ზოგი საერთაშორისო ტრიბუნალი კვლავ აგრძელებს დოკუმენტური და სხვა მასალების ჩანაწერების გაკეთებას.<sup>191</sup> კანონი არბიტრაჟზე ტიპური კანონის ანალოგიურად ცდილობს, მართოს საშუალოდ მდგომარეობა ამ ზოგადი სამართლისა და სამოქალაქო სამართლის ტრადიციებს შორის და ტრიბუნალს აძლევს უფლებას, გადაწყვიტოს, არის თუ არა საჭირო ზეპირი მოსმენა, როდესაც მასზე არ არის განსაკუთრებული მოთხოვნა.<sup>192</sup> მოთხოვნის არსებობის შემთხვევაში, წესები ავალდებულებენ, რომ ჩატარდეს მოსმენა.<sup>193</sup>

კანონი არბიტრაჟზე, ტიპური კანონის მსგავსად, ღრმად კი არ შედის დეტალებში, როგორ ჩატარდეს ტრიბუნალი მოსმენებს,<sup>194</sup> არამედ უფრო შორს მიდის, ვიდრე ამა თუ იმ შემთხვევაში ტიპური კანონი უფლებამოსილების მინიჭებით ზოგიერთი სასამართლო საქმისადმი. კანონი არბიტრაჟზე, ამასთანავე, ადგენს, რომ ტრიბუნალმა შეიძლება მოსთხოვოს მხარეს, წარუდგინოს მტკიცებულება მეორე მხარეს ან ტრიბუნალს.<sup>195</sup> ტრიბუნალმა, აგრეთვე, შეიძლება მოიხმოს მოწმეები და მოითხოვოს მათი დაკითხვა,<sup>196</sup> თუმცა ეს იშვიათად ხდება საქართველოში.<sup>197</sup> ამ პროცედურების უმრავლესობა მხარეების ან ტრიბუნალის მიერ არის გადასაწყვეტი.<sup>198</sup> მხარეებს შეეძლებოდა საერთაშორისო ადვოკატთა ასოციაციის წესების (IBA-ის წესები) მიღება მტკიცებულებების აღებაზე საერთაშორისო არბიტრაჟში.<sup>199</sup>

---

ნახმად, ყველაზე დიდი ჯგუფები საქართველოში არის შემდეგი: აზერბაიჯანელების – 6,5%, სომხების – 5,7% და რუსების – 1,5%. მსოფლიო ცნობარი, ზემოაღნიშნული სქოლიო 12.

<sup>189</sup> Model law, ზემოაღნიშნული სქოლიო 105, 23-ე, 25-ე მუხლები; LoA, supra note 104, Arts. 30-31, 33.

<sup>190</sup> საერთაშორისო კომერციული არბიტრაჟების უმრავლესობაში მხარეები მოითხოვენ დავების ზეპირ გარჩევას. მოტაშამი, ზემოაღნიშნული სქოლიო 176, 128. თუმცა ტენდენცია ინაცვლებს ფართო წერილობითი წარდგენებისაკენ და მოკლე მოსმენებისაკენ. იქვე.

<sup>191</sup> სამოქალაქო სამართლის სისტემების უმრავლესობაში უპირატესობას უფრო მეტად აძლევენ დოკუმენტურ მტკიცებულებას, ვიდრე მოწმეთა ჩვენებებს. იხ. Nathan D. O'Malley, *The Procedural Rules Governing the Production of Documentary Evidence in International Arbitration – As Applied in Practice*, 8 Law & Prac. Int'l Cts. & Tribunals 27, 27 (2009).

<sup>192</sup> კანონი არბიტრაჟზე, ზემოაღნიშნული სქოლიო 104, 32-ე(1) მუხლი.

<sup>193</sup> იქვე.

<sup>194</sup> როგორც პრაქტიკული საკითხი, საარბიტრაჟო ფორუმების უმრავლესობას ექნება საკუთარი გამოყენებადი პროცესუალური ნორმები.

<sup>195</sup> იქვე, 35-ე(2)(ა), (გ.) მუხლი.

<sup>196</sup> იქვე, 35-ე(2)(ბ) მუხლი. ეს ტრიბუნალზე ორიენტირებული მიდგომა უფრო მეტად შეესაბამება სამოქალაქო სამართლის ტრადიციას (საქართველოს ჩათვლით), როდესაც სასამართლო პირველი იღებს პასუხისმგებლობას მოწმეების მოწვევასა და დაკითხვაზე. უფრო დეტალური ინფორმაციის მისაღებად ზოგადი სამართლისა და სამოქალაქო სამართლის ტრადიციებს შორის არსებულ განსხვავებებზე, მტკიცებულების მიღებისა და საერთაშორისო არბიტრაჟის პრაქტიკაში საშუალოდ გზის გამოწვინების გათვალისწინებით, იხ. მოტაშამი, ზემოაღნიშნული სქოლიო 176; Rolf Trittman and Boris Kasolowsky, *Taking Evidence in Arbitration Proceedings Between Common Law and Civil Law Traditions – The Development of a European Hybrid Standard for Arbitration Proceedings*, 31 U.N.S.W.L.J. 330, 333 (2008).

<sup>197</sup> Tsertsvadze, *Commentary*, ზემოაღნიშნული სქოლიო 844, 131.

<sup>198</sup> UNCITRAL – გაერთიანებული ერების ორგანიზაციის საერთაშორისო სავაჭრო კანონის თაობაზე შექმნილი კომისია აჩვენებს, რომ საერთაშორისო არბიტრაჟის ნორმების უმრავლესობა სპეციალურად არ მიუთითებს მოსმენის დეტალებზე, როგორებიცაა: ბრძანება მოწმის გამოძახებაზე, და-

არბიტრაჟზე კანონის თანახმად, პროცესუალური მოქმედების დახურვისას არბიტრი და სხვა მონაწილეები უნდა ინახავდნენ ინფორმაციას კონფიდენციალურად.<sup>200</sup> შემდეგ კანონია გარანტი, თუ სხვაგვარად არ არის შეთანხმებული ან გათვალისწინებული კანონში, რომ ყველა დოკუმენტი, მტკიცებულება და წერილობითი ან ზეპირი განცხადებები არ იქნეს გამოქვეყნებული ან გამოყენებული სხვა სასამართლო პროცესში.<sup>201</sup> ეს არ არის ტიპურ კანონში,<sup>202</sup> ანუ შეერთებულ შტატებში<sup>203</sup> კონფიდენციალობის დაცვამ შეიძლება ხელი შეუწყოს მხარეებს შორის არსებული დავის მოგვარებას, უფრო ეფექტურ პრაქტიკას, სტიმული მისცეს დოკუმენტების უფრო კეთილსინდისიერად და სრულყოფილად წარდგენას და დაიცვას მონაწილეები ზიანისაგან, რაც შეიძლება გამონეულ იქნეს ინფორმაციის გასაჯაროებით. თუმცა კონფიდენციალობის დაცვა დაკავშირებულია ერთგვარ ხარჯებთან, როგორცაა საზოგადოებრიობის შეზღუდული ხელმისაწვდომობა ინფორმაციაზე. ეს დაცვა, საბოლოო ჯამში, გამართლებულია საქართველოში.

## ზ. საარბიტრაჟო გადაწყვეტილება

### 1. მატერიალურსამართლებრივი ნორმები

განსხვავებით კერძო არბიტრაჟზე კანონისაგან, რომელიც არ იძლეოდა არავითარ რეკომენდაციას დავის არსისათვის გამოყენებად წესებზე, კანონი არბიტრაჟზე მოქმედებს ტიპური კანონის შესაბამისად გადაწყვეტილების მისაღებად, მხარისათვის თავისუფლების მინიჭების გათვალისწინებით, ხოლო ტრიბუნალის მოქმედების თავისუფლება ითვლება ვალდებულებების შეუსრულებლობად.<sup>204</sup> გამოყენებადი სამართლის არარსებობის შემთხვევაში, კანონი

---

კითხვის პროცესები ან აქტები მოსმენის დაწყებასა და დასრულებაზე. UNCITRAL-ის შენიშვნების რეკომენდაციით ამ წესებს წყვეტს ტრიბუნალი მხარეებთან შეთანხმებით პროცესის ადრეულ ეტაპზე. UNCITRAL, Notes on Organizing Arbitral Proceedings (2012), 2012, <<http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/arb-notes/arb-notes-e.pdf>>, (ბოლოს შესწორდა 2012 წელს).

<sup>199</sup> IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration, International Bar Association (2010), <<http://www.ibanet.org/Document/Default.aspx?DocumentUid=68336C49-4106-46BF-A1C6-A8F0880444DC>>, (ბოლოს შესწორდა 2015 წლის 23 თებერვალს). IBA არ არის სავალდებულო, თუმცა ფართოდაა მიღებული. Georg von Segesser, *The IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration: Revised Version, adopted by the International Bar Association on 29 May 2010*, 28 ASA Bulletin 735 (2010); იხ. აგრეთვე ტრიტმანი და კასოლოვსკი, ზემოაღნიშნული სქოლიო 199, 333 („IBA-ს წესები, ჩვენი გამოცდილებით, ეკუთვნოდა თითქმის ყველა საერთაშორისო საარბიტრაჟო პროცესს“).

<sup>200</sup> კანონი არბიტრაჟზე, ზემოაღნიშნული სქოლიო 104, 32-ე (4) მუხლი.

<sup>201</sup> იქვე, 32-ე (5) მუხლი. კერძო არბიტრაჟზე კანონის საპირისპიროდ, ზემოაღნიშნული სქოლიო 68, 24-ე, 27-ე მუხლები. ამ მუხლში არგუმენტირებულია, რომ სპეციალური ტექსტით სასამართლოებს ეძლევათ განცხადების გაკეთების უფლება კონფიდენციალობის დაცვაზე, როდესაც არის საზოგადოებრიობის ინტერესი. ცერცვაძე, კომენტარი, ზემოაღნიშნული სქოლიო 84, 126.

<sup>202</sup> თუმცა თავის ტიპურ კანონში შერიგებაზე UNCITRAL-მა შეიტანა კონფიდენციალობის დაცვა. UNCITRAL, Model Law on International Commercial Conciliation, art. 9 (2004), <[http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-conc/03-90953\\_Ebook.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-conc/03-90953_Ebook.pdf)>, (ბოლოს შესწორდა 2015 წლის 23 თებერვალს), (შემდგომში – შერიგება).

<sup>203</sup> Amy J. Schmitz, *Untangling the Privacy Paradox in Arbitration*, 54 U. Kan. L. Rev. 1211, 1211 (2005-2006) (შემდგომში – შმიტცი, კონფიდენციალობა).

<sup>204</sup> კანონი არბიტრაჟზე, ზემოაღნიშნული სქოლიო 104, 36-ე მუხლი; Model law, ზემოაღნიშნული სქოლიო 105, 28-ე მუხლი. ტიპური კანონი იყენებს სიტყვებს, – სამართლებრივი ნორმები, – რითაც ხაზგასმით აღნიშნავს, რომ მხარეებმა შეიძლება მოისურვონ ნორმების შერჩევა ერთზე მეტი სამართლებრივი სისტემიდან. Model law, ანალიტიკური კომენტარი, ზემოაღნიშნული სქოლიო 114, 61-62, 4. საარბიტრაჟო კანონი თავდაპირველი რედაქციით იყენებდა უფრო შეზღუდულ ტერმინს – კანონი, – მაგრამ არბიტრაჟზე კანონის 2015 წლის შესწორებებმა ეს ტერმინი შესაბამისობაში მოიყვანა ტიპურ კანონთან. არბიტრაჟზე კანონის შესწორებები, ზემოაღნიშნული სქოლიო 108, 1-ლი (13) მუხლი; კანონი არბიტრაჟზე, ზემოაღნიშნული სქოლიო 1044, 36-ე(1) მუხლი.

არბიტრაჟზე ადგენს, რომ სამართალი განისაზღვრება ტრიბუნალის მიერ. სამწუხაროდ, ტიპური კანონისაგან განსხვავებით, კანონი არბიტრაჟზე არ მიუთითებს ტრიბუნალს, გადაწყვეტოს სინდისიერად და სამართლიანად (*ex aequo et bono*) ან მეგობრული შუამავლობით (*amiable compositeur*),<sup>205</sup> თუმცა მიჰყვება ტიპური კანონის მითითებას, რომ ტრიბუნალი ყოველთვის ითვალისწინებს კონტრაქტის პირობებს და შესაბამის სავაჭრო წესრიგსა და პრაქტიკას,<sup>206</sup> მაშინაც კი, როდესაც მხარეების მიერ შერჩეული მატერიალურსამართლებრივი კანონი არ ითვალისწინებს სამრეწველო ვაჭრობას და საბაჟო სამართალს.<sup>207</sup>

## 2. საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების მიღება და შინაარსი

საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების მიღების, ფორმისა და შესწორების საკითხში კანონი არბიტრაჟზე სავსებით იცავს ტიპური კანონის სტანდარტებს.<sup>208</sup> საარბიტრაჟო გადაწყვეტილება უნდა იყოს წერილობითი ფორმით, ხელმოწერილი უმრავლესობის მიერ, თარიღისა და ადგილის აღნიშვნით და უნდა მოიცავდეს მიზეზებს, რომელთაც ეფუძნება, თუ სხვაგვარად არ არის შეთანხმებული.<sup>209</sup> საინტერესოა აღინიშნოს, რომ კანონს არბიტრაჟზე გარკვევით შეაქვს შესწორება განსხვავებულ მოსაზრებებზე.<sup>210</sup> ეს არის სასარგებლო ბიძგი საფუძვლიანი გადაწყვეტილების მიღებისა და გაუმჯობესებული გამჭვირვალობის მიმართულებით.

## 3. საკითხის მოგვარება

კანონი არბიტრაჟზე იძლევა საკითხის მოლაპარაკებებით დარეგულირების შესაძლებლობას.<sup>211</sup> კანონი არბიტრაჟზე საშუალებას აძლევს მხარეებს, მოაგვარონ თავიანთი დავები, ინფორმაცია მიანოდონ ტრიბუნალს და მათი მოთხოვნისას დარეგულირების ხელშეკრულება გარდაქმნან გადაწყვეტილებად.<sup>212</sup> არბიტრაჟის კანონის 2015 წლის შესწორებებმა შეცვალა კონვენსიის ეს პროცედურა მხარის უფლებიდან ვერსიით, რომელიც მოითხოვს ტრიბუნალის

<sup>205</sup> Model law, ზემოაღნიშნული სქოლიო 105, 28-ე(3) მუხლი. არბიტრაჟის გადაწყვეტილებები, მიღებული სინდისიერად და სამართლებრივად, ან მეგობრული შუამავლობით, ემყარება მიუკერძოებლობისა და სამართლიანობის ზოგად პრინციპებს, ეროვნულ თუ საერთაშორისოსამართლებრივ ნორმებზე ყოველგვარი მითითებების გარეშე. Model law, განმარტებითი ბარათი, ზემოაღნიშნული სქოლიო 145, 40; Leon Trakman, *Ex Aequo et Bono: Demystifying an Ancient Concept*, 14 Chi. J. Int'l L. 621 (2007-2008) (analyzing ex aequo et bono concept); Hong-lin Yu, *Amiable Composition—A Learning Curve*, 17 J. Int'l Arb. 79 (2000) (analyzing amiable compositeur concept).

<sup>206</sup> თუმცა არბიტრაჟზე კანონში შეიძლება არ იყოს სავაჭრო პრაქტიკა. გავიხსენოთ, რომ არბიტრაჟზე კანონის იურისდიქცია არის უფრო ფართო, ვიდრე ტიპური კანონისა და მოიცავს დავას ნებისმიერი კერძო საკუთრების უფლებაზე. კანონი არბიტრაჟზე, ზემოაღნიშნული სქოლიო 104, 1-ლი(1) მუხლი.

<sup>207</sup> ეს არის გაურკვეველობის პოტენციური არე – შეიძლება კონფლიქტი არსებობდეს შერჩეულ მატერიალურსამართლებრივ კანონსა და სავაჭრო პრაქტიკას შორის. ტიპური კანონი მოიცავს ამ ფორმულირებას, ვინაიდან ის მოითხოვს ხელშეწყობას საერთაშორისო კომერციული ბიზნესისთვის. კანონი არბიტრაჟზე მართავს უფრო ფართო დიაპაზონის საქმეებს.

<sup>208</sup> გადაწყვეტილებებისათვის, საზოგადოდ, მოითხოვება მაჟორიტარული სისტემა. კანონი არბიტრაჟზე, ზემოაღნიშნული სქოლიო 1044, 37-ე (1) მუხლი; Model law, ზემოაღნიშნული სქოლიო 1055, 29-ე მუხლი. ტიპური კანონისაგან განსხვავებით, არბიტრის მხრიდან იკრძალება თავის შეკავება. იქვე, 37-ე(2) მუხლი. ეს არის კერძო არბიტრაჟზე კანონის ანალოგიური. ზემოაღნიშნული სქოლიო 688, 34-ე მუხლი. ქართველ მოსამართლეებს არა აქვთ თავის შეკავების უფლება; საქართველოს სამოქალაქო საპროცესო კოდექსი, ზემოაღნიშნული სქოლიო 108, 243-ე მუხლი.

<sup>209</sup> Model law, ზემოაღნიშნული სქოლიო 1055, 31-ე მუხლი; კანონი არბიტრაჟზე, ზემოაღნიშნული სქოლიო 104, 39-ე მუხლი.

<sup>210</sup> იქვე, ეს შეესაბამება სამართლებრივ ნორმებს ქართული სასამართლოებისათვის. საქართველოს სამოქალაქო საპროცესო კოდექსი, ზემოაღნიშნული სქოლიო 108, 27-ე, 243-ე, 247-ე მუხლები.

<sup>211</sup> ეს არის ტიპური კანონის ანალოგიური. Model law, ზემოაღნიშნული სქოლიო 105, 30-ე მუხლი.

<sup>212</sup> კანონი არბიტრაჟზე, ზემოაღნიშნული სქოლიო 1044, 38-ე მუხლი.

დამონმებას.<sup>213</sup> მხარეებს შეუძლიათ საკითხის მოგვარება ნებისმიერ დროს სასამართლო პროცესების განმავლობაში და კანონი იძლევა გარანტიას, რომ შედეგად მიღებულ გადაწყვეტილებას ჰქონდეს ძალა და ეფექტი, როგორც ნებისმიერ სხვა საარბიტრაჟო გადაწყვეტილებას.<sup>214</sup> ეს ამ გადაწყვეტილებას აყენებს სასამართლო ვერდიქტის დონეზე, რომლის აღსრულებაც შეუძლიათ ქართულ სასამართლოებს. ჩვეულებრივად, ორ მხარეს შორის მოლაპარაკებებით ან მედიაციით მიღწეული გადაწყვეტილება საქართველოში არის მხოლოდ და მხოლოდ კონტრაქტი, რომელიც მოითხოვს სრულმასშტაბიან სასამართლო პროცესს.<sup>215</sup>

## თ. რეგრესული მოთხოვნა საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების, აღიარებისა და აღსრულების მიმართ

ტიპური კანონის სპეციფიკური მიდგომა რეგრესული მოთხოვნისადმი გადაწყვეტილებების მიმართ, ასევე აღიარებისა და აღსრულების მიმართ დაცულია საარბიტრაჟო კანონში. ეს ნებსები ცდილობს, დააბალანსოს სამართლებრივი ინტერესი ზედამხედველობაში არბიტრალური ინტერესის მიმართ შეზღუდულ სასამართლო ჩარევაში.<sup>216</sup> პირველი ნაწილი არის რეგრესული მოთხოვნა გადაწყვეტილების მიმართ (უფრო მეტად ცნობილია როგორც „გადაწყვეტილების გაუქმება“ ან „გადაწყვეტილების ანულირება“), ხოლო შემდეგი ნაწილი ეთმობა გადაწყვეტილებების აღიარებასა და აღსრულებას.

### 1. რეგრესი გადაწყვეტილების წინააღმდეგ

არბიტრაჟზე კანონის თანახმად, საარბიტრაჟო გადაწყვეტილება არ არის გასაჩივრებადი, გარდა შეზღუდული გარემოებებისა. მხარისათვის ნების დართვა, ადვილად გაასაჩივროს საარბიტრაჟო გადაწყვეტილება, არბიტრაჟს წაართმევდა ერთ-ერთ მთავარ უპირატესობას, ანუ დავების სწრაფი და ეკონომიკური გადაწყვეტის საშუალებას. ამის შესაბამისად, არბიტრაჟის კანონი ითვალისწინებს მხოლოდ შეზღუდულ საფუძვლებს საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების გასაუქმებლად.<sup>217</sup> ყველაზე მნიშვნელოვანია ის, რომ არცერთ ამ საფუძველში არ არის განხილული საქმის არსი.<sup>218</sup> არბიტრაჟის კანონის პირობები ტიპური კანონის კოპირებაა ერთი საინტერესო გამონაკლისით: არბიტრაჟის კანონი, ტიპური კანონისაგან განსხვავებით, არ მიუთითებს, რომ ეს პირობა გამონაკლისი წესია, რომლის მიხედვითაც შეიძლება მიიღწეს გაუქ-

<sup>213</sup> განმარტებითი ბარათი, ზემოაღნიშნული სქოლიო 125, §(ა)(ა.გ.). ამით კანონი არბიტრაჟზე უკეთეს შესაბამისობაში მოდის ტიპური კანონის 30-ე მუხლთან.

<sup>214</sup> იქვე, 38-ე(3) მუხლი.

<sup>215</sup> ერთგვარი ასიმეტრია არსებობს, ერთი მხრივ, მედიაციითა და მოლაპარაკებებით და, მეორე მხრივ, არბიტრაჟით მიღწეულ გადაწყვეტილებებს შორის. ვინაიდან მხარეები, რომლებიც თავიანთ საქმეებს წყვეტენ საარბიტრაჟო პროცესის ინიცირების შემდეგ, სარგებელს იღებენ ამ დაჩქარებული აღსრულების სამართლებრივი რეჟიმიდან, არსებობს არბიტრაჟში ჩართვის სტიმული. UNICTRAL-ის ტიპურ კანონზე დამყარებული მედიაციის კანონი გამორიცხავდა საერთაშორისო კომერციული შერიგების სტიმულს, ვინაიდან კანონი აგრეთვე მოიცავს დაჩქარებული აღსრულების შესაძლებლობას შუამავლობით მიღწეული გადაწყვეტილებისათვის. შერიგება, ზემოაღნიშნული სქოლიო 205, მე-14 მუხლი და UNCITRAL-ის ტიპური კანონის მიღება და გამოყენება, 55, 87 (შენიშნეთ დაჩქარებული აღსრულების მიზეზები).

<sup>216</sup> იხ. ბინდერი, ზემოაღნიშნული სქოლიო 143, 377-378.

<sup>217</sup> გაუგებარია, რა ხდება საქმესთან დაკავშირებით, როდესაც საარბიტრაჟო გადაწყვეტილება უქმდება. *ჯაფარიძე*, ზემოაღნიშნული სქოლიო 677, 240-241. თავიდან იცილებს ტრიბუნალი იურისდიქციას?

<sup>218</sup> კანონი არბიტრაჟზე, ზემოაღნიშნული სქოლიო 104, 42-ე მუხლი.

მება.<sup>219</sup> შედეგად, ქართული სასამართლოები არ არიან შეზღუდულები საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების გაუქმებაში ისე, როგორც იქნებოდნენ ტიპური კანონის მიხედვით.

## 2. გადაწყვეტილების აღიარება და აღსრულება<sup>220</sup>

ერთ-ერთი ყველაზე მნიშვნელოვანი ცვლილება საქართველოს საარბიტრაჟო სისტემაში არის გადაწყვეტილების აღიარებისა და აღსრულების სფეროში. კერძო არბიტრაჟზე კანონის (LOPA) ძველი წესრიგი უზრუნველყოფდა მხოლოდ შეზღუდულ მითითებას სასამართლოებისთვის, რომლებიც განიხილავდნენ პრეტენზიებს გადაწყვეტილების აღსრულებაზე.<sup>221</sup> სასამართლოებს შეეძლოთ აღსრულების შეჩერება მხოლოდ გამოუსწორებელი ზიანის შესაფერხებლად და არ არსებობდა არავითარი სახელმწიფო პოლიტიკა, რომელიც სასამართლოებს მისცემდა უფლებამოსილებას საზოგადოების ინტერესების დასაცავად. უფრო მეტიც, არ იყო არავითარი პირობა უცხოური საარბიტრაჟო გადაწყვეტილებების აღსრულებისათვის.<sup>222</sup>

არბიტრაჟის კანონით საქართველო ეთანხმება მიმდინარე საერთაშორისო ნორმებს. გადაწყვეტილებების აღიარებისა და აღსრულების წესებთან დაკავშირებით ის თითქმის სიტყვასიტყვით მისდევს ტიპურ კანონს.<sup>223</sup> აქ არის ორი ტიპის საფუძველი, რის მიხედვითაც სასამართლომ შეიძლება უარი თქვას აღიარებაზე ან აღსრულებაზე – ერთი, რომელიც მხარემ უნდა წამოჭრას და მეორე, რომელიც შეიძლება მხარემ ან სასამართლომ წამოჭრას, *ex officio* (თანამდებობისაგან დამოუკიდებლად). ეს საფუძვლები, ერთი გამონაკლისით, იგივეა, რაც რეგრესის წესებში გადაწყვეტილების მიმართ. მხარეზე დამოკიდებული საფუძვლები უარისთვის არის შემდეგი:

<sup>219</sup> Model law, ზემოაღნიშნული სქოლიო 105, 34-ე მუხლი. არბიტრაჟის კანონზე 2015 წლის შესწორებებით შეეცადნენ, გამოესწორებინათ ეს ნაკლი შემდეგი ტექსტის დამატებით 42-ე(1) მუხლისადმი: „ამ კანონის ფარგლებში ერთადერთი პროცესუალური საშუალებაა არბიტრაჟის გადაწყვეტილების წინააღმდეგ გადაწყვეტილების გაუქმება, რასაც შეიძლება ადგილი ჰქონდეს ამ მუხლის მე-2-მე-5 პუნქტების შესაბამისად“. არბიტრაჟზე კანონის შესწორებები, ზემოაღნიშნული სქოლიო 108108, 1-ლი(17)(1) მუხლი. შესწორებების განმარტებითი ბარათი გამოხატავს ტიპურ კანონთან ჰარმონირების ტენდენციას, მაგრამ შემდეგ იმეორებს სპეციალურ ტექსტს, რომ ეს მუხლი არის ექსკლუზიური საშუალება არბიტრაჟის კანონის ფარგლებში. განმარტებითი ბარათი, ზემოაღნიშნული სქოლიო 125, §(ა)(ა.გ.). თუმცა არბიტრაჟის კანონის ფარგლებს გარეთ არ არის არავითარი აშკარა საშუალება, ეს ტექსტი არ აფერხებს ალტერნატივას. აღსანიშნავია, აგრეთვე, რომ ტიპური კანონის გამოყენებადი სათაური ადგენს: „განცხადებას გაუქმებაზე, როგორც ექსკლუზიური მოთხოვნის უფლებაზე საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების წინააღმდეგ (დამატებულია ხაზგასმა)“, მაშინ, როდესაც არბიტრაჟზე კანონის 42-ე მუხლის გადარქმეული სათაურია, უბრალოდ, შემდეგი: „საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების გაუქმება“. Model law, ზემოაღნიშნული სქოლიო 105, 34-ე მუხლი; კანონი არბიტრაჟზე, ზემოაღნიშნული სქოლიო 104, 42-ე მუხლი.

<sup>220</sup> საქართველოში არ განასხვავებენ აღიარებასა და აღსრულებას. ცერცვაძე, კომენტარი, ზემოაღნიშნული სქოლიო 84, 175. ტიპური კანონის შემმუშავებლებს სჯეროდათ, რომ განსხვავება მნიშვნელოვანი იყო თეორიული და პრაქტიკული მიზნებისათვის. თეორიულად საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების აღიარებას აქვს აბსტრაქტული სამართლებრივი შედეგი, რადგან ჩნდება ავტომატურად, მხარის მოთხოვნის გარეშე. იხ. U.N. Comm'n on Int'l Trade Law Working Group on Int'l Contract Pracs., Rep. on the Work of its Seventh Session, 146, U.N. Doc A/CN.9/246 (1984). პრაქტიკულად, საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების აღიარება შეიძლება სასარგებლო იყოს „რეს-იუდიკატასთვის“ (გადაწყვეტილი საქმის განმეორებით განხილვაზე მიუღებლობის პრინციპი) სხვა ფორუმში, რომელიც არ უკავშირდება აღსრულებას. Model law, ანალიტიკური კომენტარი, ზემოაღნიშნული სქოლიო 114 at 76 4. აღიარება არის დეკლარაციული აქტი, მაშინ, როდესაც აღსრულება მოითხოვს შესრულების ფუნქციას.

<sup>221</sup> ჯაფარიძე, ზემოაღნიშნული სქოლიო 67, 232.

<sup>222</sup> იქვე, საქართველოს უზენაეს სასამართლოს არ სურდა ნიუ-იორკის კონვენციის გამოყენება, სანამ მიიღებდა კანონს არბიტრაჟზე. 2000–2007 წლებიდან იშვიათად მიუთითებდა კონვენციაზე. *Tsertsvadze, Commentary*, ზემოაღნიშნული სქოლიო 84, 181.

<sup>223</sup> Model law, ზემოაღნიშნული სქოლიო 105, 35-ე-36-ე მუხლები.

- მხარეს საარბიტრაჟო შეთანხმებაზე აკლდა უფლებამოსილება და უნარიანობა;<sup>224</sup>
- ხელშეკრულება არ არის იურიდიული ძალის მქონე მარეგულირებელი კანონის მიხედვით;<sup>225</sup>
  - მხარეს არ მიენოდა სათანადო ინფორმაცია არბიტრის ან სასამართლო პროცესის დანიშნაზე, ან სხვა საპატიო მიზეზით მხარემ ვერ შეძლო მონაწილეობის მიღება;<sup>226</sup>
  - საარბიტრაჟო გადაწყვეტილება აგვარებს დავას, მაგრამ არა საარბიტრაჟო ხელშეკრულების პირობებში ან ფარგლებში;<sup>227</sup>
  - ტრიბუნალის შემადგენლობა ან პროცესი არ შეესაბამებოდა საარბიტრაჟო ხელშეკრულებას ან კანონს არბიტრაჟზე ხელშეკრულების არარსებობის შემთხვევაში;<sup>228</sup> ან
  - გადაწყვეტილება არ შევიდა ძალაში ან გაუქმდა, ან შეჩერდა იმ ქვეყნის სასამართლოების მიერ, სადაც იყო იგი გამოტანილი.<sup>229</sup>

<sup>224</sup> სრული პერსონალური უფლებამოსილება და უნარიანობა მიიღწევა 18 წლის ასაკში, ანუ, როდესაც პირი ქორწინდება. საქართველოს სამოქალაქო კოდექსი, ზემოაღნიშნული სქოლიო 111, მე-12 მუხლი. 2004 წელს საქართველოს უზენაესმა სასამართლომ განიხილა ინსტიტუციური პოტენციალის საკითხი ნიუ-იორკის კონვენციის ანალოგიური ნესების მიხედვით, V (1)(ა) მუხლი. სასამართლომ ნება დართო ლონდონის საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების აღიარებას და აღსრულებას, რაც ადგენდა, რომ ქართული კომპანიის წარმომადგენელს ჰქონდა იურიდიული უფლებამოსილება ხელშეკრულების დადებაზე, მიუხედავად იმისა, რომ საქართველოს მთავრობა ფლობდა საკონტროლო პაკეტს კომპანიაში და არ ჰქონდა ხელმოწერა ხელშეკრულებაზე. R.L., Ltd. v. JSC Z. Factory, case a-204-sh-43-03 (2004), <[www.supremecourt.ge](http://www.supremecourt.ge)>, (არაოფიციალური თარგმანი ხელმისაწვდომია: <[http://www.newyorkconvention1958.org/index.php?lvl=more\\_results&look\\_ALL=1&user\\_query=\\*&autolevel1=1&jurisdiction=92](http://www.newyorkconvention1958.org/index.php?lvl=more_results&look_ALL=1&user_query=*&autolevel1=1&jurisdiction=92)>) (ბოლოს ნანახია 2015 წლის 23 თებერვალს).

<sup>225</sup> ეს პუნქტი იცავს სასამართლოს, როგორც ხელშეკრულების საფუძვლიანობის უკანასკნელი არბიტრის, უფლებას, მიუხედავად არბიტრაჟზე კანონის *კომპეტენცია-კომპეტენციის* დოქტრინისა. 2009 წელს საქართველოს უზენაესმა სასამართლომ ნება დართო რუსეთის საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების აღიარებასა და აღსრულებას, რომლის მიხედვით უარყოფილი იყო ქართველი რესპონდენტის პრეტენზია, რომ ხელშეკრულება არ იყო იურიდიული ძალის მქონე რუსული კანონის თანახმად. S.F.M., LLC v. ბათუმის მერია, საქმე a-471-sh-21-09 (2009), <[www.supremecourt.ge](http://www.supremecourt.ge)>, (არაოფიციალური თარგმანი ხელმისაწვდომია: [http://www.newyorkconvention1958.org/index.php?lvl=more\\_results&look\\_ALL=1&user\\_query=\\*&autolevel1=1&jurisdiction=92](http://www.newyorkconvention1958.org/index.php?lvl=more_results&look_ALL=1&user_query=*&autolevel1=1&jurisdiction=92)) (ბოლოს ნანახია 2015 წლის 23 თებერვალს).

<sup>226</sup> უზენაეს სასამართლოში საარბიტრაჟო კანონის მიხედვით სასამართლო საქმე იყო ქართველი რესპონდენტის წინააღმდეგ, რომელიც აცხადებდა პრეტენზიას ლატვიის არბიტრაჟის შეტყობინების მიუღებლობის გამო. JSC “P” v “L” LLC, case a-492-sh-11-2012 (2012), <[www.supremecourt.ge](http://www.supremecourt.ge)>, <[http://www.newyorkconvention1958.org/index.php?lvl=more\\_results&look\\_ALL=1&user\\_query=\\*&autolevel1=1&jurisdiction=92](http://www.newyorkconvention1958.org/index.php?lvl=more_results&look_ALL=1&user_query=*&autolevel1=1&jurisdiction=92)> (ბოლოს ნანახია 2015 წლის 23 თებერვალს). იხ., აგრეთვე, S.F.M., LLC v. ბათუმის მერია, ზემოაღნიშნული სქოლიო 228228 (სადაც ჩანს, რომ ტრიბუნალმა გაატარა ყველა შესაძლო ღონისძიება რესპონდენტის მონაწილეობის მიღების საგარანტიოდ). 2003 წელს სასამართლომ უარყო უკრაინის საარბიტრაჟო გადაწყვეტილება შეტყობინების მიუღებლობის მიზეზით და მიუთითა ნიუ-იორკის კონვენციის V(1)(ბ) მუხლზე, რომელიც იყენებს იმავე ტექსტს, რასაც კანონი არბიტრაჟზე. კიევის (...) ინსტიტუტი v „M“, თბილისის სამრეწველო-ტექნოლოგიური ინსტიტუტი, საქმე 3a-17-02, 2003, იხ. <[www.supremecourt.ge](http://www.supremecourt.ge)> (არაოფიციალური თარგმანი ხელმისაწვდომია: <[http://www.newyorkconvention1958.org/index.php?lvl=more\\_results&look\\_ALL=1&user\\_query=\\*&autolevel1=1&jurisdiction=92](http://www.newyorkconvention1958.org/index.php?lvl=more_results&look_ALL=1&user_query=*&autolevel1=1&jurisdiction=92)> (ბოლოს ნანახია 2015 წლის 23 თებერვალს) (არ მოიპოვებოდა დოკუმენტი, რომელიც ადასტურებს, რომ რესპონდენტი ინფორმირებული იყო პროცესებზე).

<sup>227</sup> იხ. JSC “P” v “L” LLC, საქმე a-492-sh-11-2012 (2012), (რომელიც ადგენს, რომ ლატვიის გადაწყვეტილება იყო განხორციელებადი და არ მოიცავდა დავებს საარბიტრაჟო ხელშეკრულების ფარგლებს გარეთ.)

<sup>228</sup> იხ. R.L., Ltd. v. JSC Z. Factory, საქმე a-204-sh-43-03 (2004), (სადაც ჩანს, რომ რესპონდენტმა უარი განაცხადა არბიტრის დანიშვნის უფლებაზე და ამიტომ არ შეეძლო სარჩელის შეტანა ტრიბუნალის შემადგენლობის თაობაზე).

<sup>229</sup> კანონი არბიტრაჟზე, ზემოაღნიშნული სქოლიო 104 45(ა) მუხლი. კანონი არბიტრაჟზე ღიად ტოვებს სასამართლოს მოქმედების თავისუფლების შესაძლებლობას კანონის აღსრულების პროცედურაში, სადაც გადაწყვეტილება იყო გაუქმებული არბიტრაჟის ქვეყანაში. არბიტრაჟზე კანონის ტექსტი ადგენს, რომ, თუ მხარე ამას დაამტკიცებს, მაშინ სასამართლომ შეიძლება უარი თქვას გადაწყვეტილების აღიარებასა და აღსრულებაზე.

მხარემ, რომელიც დავობს აღიარებასა და აღსრულებაზე, უნდა წამოჭრას და დაამტკიცოს ეს არგუმენტები.

მხარეს ან სასამართლოს, თანამდებობისაგან დამოუკიდებლად, შეუძლია წამოაყენოს განმეორებით ნებისმიერი საფუძველი უარისათვის. აქ არ არის მკაფიო მტკიცებულების ტვირთი, მაგრამ თუ ამ პირობებიდან სასამართლო აღმოაჩენს რომელიმე მათგანს, გადანყვეტილება აუცილებლად იქნება არასრულყოფილი. ეს საფუძველები მნიშვნელოვანია არბიტრაჟის დაწესებულებისა და სახელმწიფოსათვის:<sup>230</sup> დავის ძირითადი საკითხი საქართველოს არბიტრაჟის კანონით ვერ გვარდება,<sup>231</sup> ან გადანყვეტილება ეწინააღმდეგება სახელმწიფოებრივ პოლიტიკას.<sup>232</sup>

ისევე, როგორც გაუქმების პროცედურის შემთხვევაში, არბიტრაჟის კანონში გამოტოვებულია ტიპური კანონის განსაკუთრებული ტექსტი აღიარებისა და აღსრულებისათვის. კვლავაც ჩანს, რომ კანონის შემმუშავებლებს სურდათ, სასამართლოსთვის მიეცათ მოქმედების უფრო ფართო თავისუფლება ამ განცხადებების გადახედვაში. ეს გასაგებია საქართველოს პრობლემური არბიტრაჟის ისტორიის პირობებში, რამდენადაც სასამართლოები არასწორად იყენებენ მოქმედების თავისუფლებას.

### 3. გაურკვევლობა ორ ნაწილს შორის

ზემოაღნიშნულ ორ ნაწილს აქვს თითქმის იდენტური საფუძველები საარბიტრაჟო გადანყვეტილებების გაუქმებისათვის ან მათ აღიარებასა და აღსრულებაზე უარის თქმისთვის. შედეგად, გადანყვეტილების გაუქმების ნაწილი შეიძლება მოგვეჩვენოს გადაჭარბებულად,<sup>233</sup> მაგრამ განცხადება გაუქმებაზე შეიძლება გაკეთდეს მხოლოდ იმ ქვეყანაში, სადაც საარბიტრაჟო გადანყვეტილება იყო გამოტანილი.<sup>234</sup> გადანყვეტილების გაუქმება საშუალებას აძლევს მხარეებს, პრეტენზია განაცხადონ გადანყვეტილებაზე იმ ქვეყნის კანონის თანახმად, სადაც იყო იგი მიღებული, მიუხედავად იმ ადგილისა, სადაც მისი აღსრულება განსაზღვრულია;<sup>235</sup> მეორე მხრივ, განცხადება აღსრულებაზე შეიძლება გაკეთდეს ნებისმიერ ქვეყანაში.<sup>236</sup> ტიპური კანონი დაპროექტებული იყო სპეციფიკურად საერთაშორისო არბიტრაჟისათვის და ამ კონტექსტში ლოგიკურია ორი განცალკევებული პირობის გათვალისწინება, რამდენადაც ისინი ხშირად გვხვდება სხვადასხვა ქვეყანაში.

საპირისპიროდ, არბიტრაჟის კანონი ვრცელდება ორივე – შიდა და საერთაშორისო – არბიტრაჟზე<sup>237</sup> და ერთგვარი გაურკვევლობაა იმის თაობაზე, თუ როგორ უკავშირდება ერთმა-

<sup>230</sup> ბინდერი, ზემოაღნიშნული სქოლიო 143, 383.

<sup>231</sup> გაიხსენეთ საკითხის საარბიტრაჟო წესით განხილვისათვის არბიტრაჟის კანონში არსებული გაურკვეველი სტანდარტებით გამოწვეული პოტენციური პრობლემა: არის დავა კერძო ხასიათის? კანონი არბიტრაჟზე, ზემოაღნიშნული სქოლიო 1044, 1-ლი(2) მუხლი.

<sup>232</sup> იქვე, 45-ე(1) (ბ) მუხლი.

<sup>233</sup> ორივეს ერთდროულად არსებობამ შიდასახელმწიფოებრივი არბიტრაჟისთვის შეიძლება გამოიწვიოს ორმაგი კონტროლის პრობლემა – ორი შესაძლებლობა – სამართლებრივი განხილვის ორი შესაძლებლობა ერთსა და იმავე საფუძველზე. იხ. Renaud Sorieul, *The Influence of the New York Convention on the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration*, 2 Disp. Resol. Int'l 2735 (2008). ზოგადად, საკითხებისათვის პროცედურის გაუქმების შესახებ იხ. Albert Jan van den Berg, *Should the Setting Aside of the Arbitral Award be Abolished?*, 29 ICSID Review 2014, 263 .

<sup>234</sup> Model law, განმარტებითი შენიშვნა, ზემოაღნიშნული სქოლიო 145, 48.

<sup>235</sup> U.N. Secretary-General, *Possible Features of a Model Law on International Commercial Arbitration*, ¶ 111 (1981) U.N. Doc. A/CN.9/207 (1981) (შემდგომში – 1981 UNCITRAL-ის ანგარიში).

<sup>236</sup> იქვე, UNCITRAL Guide on the Convention on Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, Rep. of the U.N. Comm'n on Int'l Trade L. on Its Forty-Seventh Session, 15 (Oct. 2014), U.N. Doc. A/CN.9/814.

ეს აგრეთვე დადასტურებულია შეერთებულ შტატებში. იხ. *Alghanim Y.A., Sons, W.L.L. v. Toys "R" Us, Inc.*, 126 F.3d 15 (2d Cir. 1997).

<sup>237</sup> სახელმწიფოების რაოდენობის თითქმის ნახევარმა ტიპური კანონი მიიღო როგორც შიდა, ისე საერთაშორისო არბიტრაჟისათვის. ბინდერი, ზემოაღნიშნული შენიშვნა №143, 27.



ნეთს ეს ორი პირობა შიდასახელმწიფოებრივ კონტექსტში. თბილისის სააპელაციო სასამართლოში იყო საქმე, სადაც სასამართლომ ვერ აღმოაჩინა საჯარო წესრიგის რაიმე დარღვევა და აღასრულა გადაწყვეტილება.<sup>238</sup> აღსრულების შემდეგ მოპასუხებმა წარადგინეს განცხადება გადაწყვეტილების გაუქმებაზე იმავე სასამართლოში. სასამართლომ განიხილა განცხადება გაუქმებაზე და დაადგინა, რომ გადაწყვეტილების საჯარიმო სანქციით დარღვეული იყო საჯარო წესრიგი და ნაწილობრივ შეიცვალა იგი.<sup>239</sup> მოპასუხეს რეალურად მიეცა მეორე შანსი, მიუხედავად იმისა, რომ სასამართლოს პირველი გადაწყვეტილება აღიარებასა და აღსრულებაზე იყო საბოლოო და არ ექვემდებარებოდა გასაჩივრებას.<sup>240</sup> ეს ამკარად ძირს უთხრის დასრულებულობის პრინციპს.

ამ და სხვა საქმეებისადმი საპასუხოდ არბიტრაჟის კანონს 2015 წლის შესწორებებში გაუქმების პირობებთან დაკავშირებით დაემატა ქვეპუნქტი, რომელიც სასამართლოებს მიუთითებს, უარი თქვან სარჩელზე, თუ გაუქმებისათვის მოთხოვნილი საფუძვლები იქნება იგივე, რაც უარყოფილი იყო ადრეულ სარჩელში აღიარებასა და აღსრულებაზე უარისთვის.<sup>241</sup> პარალელურად, აღიარებისა და აღსრულების პირობებზე დამატებული იყო ქვეპუნქტი, რომელიც გამორიცხავდა წარუმატებელ სარჩელებს, გაკეთებულს სასამართლო პროცესების გაუქმების წინ.<sup>242</sup> თუმცა *Res judicata* (ძალაში შესული სასამართლო გადაწყვეტილება) სცილდება ამ სტატიის ფარგლებს, იგი შეიძლება მიუთითებდეს იურიდიულ გაურკვევლობაზე, რომ არბიტრაჟზე კანონი მოითხოვს შესწორებას, რათა სასამართლოებისთვის იქნეს გათვალისწინებული სპეციფიკური გამორიცხვების საკითხი.

#### 4. საერთაშორისო არბიტრაჟის გადაწყვეტილებები

საერთაშორისო არბიტრაჟთან დაკავშირებით არბიტრაჟზე კანონის მიღებამ საქართველო სრულ შესაბამისობაში მოიყვანა ნიუ-იორკის კონვენციის მოთხოვნებთან.<sup>243</sup> ნიუ-იორკის კონვენცია უზრუნველყოფს მთავარ საერთაშორისო სისტემას უცხო ქვეყნების არბიტრაჟის გადაწყვეტილებების აღქმისა და აღსრულებისათვის. ეს კონვენცია მიღებული იყო გაერთიანებული ერების მფარველობის ქვეშ, სანამ შეიქმნებოდა UNCITRAL. საქართველოში იგი ძალაში შევიდა 1994 წლის 31 აგვისტოს.<sup>244</sup> 140-ზე მეტმა ქვეყანამ მოახდინა ხელშეკრულების რატიფიცირება, მათ შორის საქართველოს ყველა მთავარმა სავაჭრო პარტნიორმა.

ნიუ-იორკის კონვენციის თანახმად, საქართველომ უნდა აღასრულოს უცხოეთის საარბიტრაჟო გადაწყვეტილებები, მაგრამ სანამ მიიღებდნენ ახალ კანონს არბიტრაჟზე, არ არსებობდა აღსრულების არავითარი სრულყოფილი მეთოდი. ახლა, როდესაც კანონი არბიტრაჟზე შევიდა ძალაში, უკვე არსებობს სამართლებრივი სისტემა აღსრულების პროცესისთვის. რო-

<sup>238</sup> თბილისის სააპელაციო სასამართლოს საქმე № 2B/1262-11, (4.05.2011).

<sup>239</sup> თბილისის სააპელაციო სასამართლოს საქმე № 2B/1638-11, (12.07.2011).

<sup>240</sup> საქართველოს სამოქალაქო საპროცესო კოდექსი, ზემოაღნიშნული სქოლიო 108, 356-ე<sup>21</sup>(6) მუხლი; იხ., აგრეთვე, *ჯაფარიძე ს.*, ზემოაღნიშნული სქოლიო 677, 241-42 (განიხილავს საქართველოს უზენაესი სასამართლოს გადაწყვეტილებას, რომელიც მხარს უჭერს სასამართლოს ქვედა ინსტანციის მიერ გაუქმებაზე მიღებული გადაწყვეტილების საბოლოო ანუ დასკვნით ხასიათს).

<sup>241</sup> არბიტრაჟზე კანონის შესწორებები, ზემოაღნიშნული სქოლიო 108, 1-ლი (17) მუხლი; კანონი არბიტრაჟზე, ზემოაღნიშნული სქოლიო 104, 42-ე(5) მუხლი. განმარტებითი ბარათი მიუთითებს, რომ კანონის შემმუშავებლები ცდილობდნენ, ხელი შეეშალათ სააპელაციო სასამართლოებისთვის, რომ აღარ გაეგრძელებინათ „ურთიერთსაწინააღმდეგო გადაწყვეტილებების მიღება ერთსა და იმავე საფუძველზე“. განმარტებითი ბარათი, ზემოაღნიშნული სქოლიო 125, §(ა) (ა.გ.).

<sup>242</sup> არბიტრაჟზე კანონის შესწორებები, ზემოაღნიშნული სქოლიო 107108, 1-ლი (20) მუხლი; კანონი არბიტრაჟზე, ზემოაღნიშნული სქოლიო 104104, 45-ე (2) მუხლი.

<sup>243</sup> ნიუ-იორკის კონვენცია, ზემოაღნიშნული სქოლიო 9.

<sup>244</sup> იქვე, სტატუსი, კონვენცია უცხოური საარბიტრაჟო გადაწყვეტილებების აღიარებასა და აღსრულებაზე, <[http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral\\_texts/arbitration/NYConvention\\_status.html](http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status.html)> (ბოლოს ნანახია 2015 წლის 23 თებერვალს).

გორც 44-ე მუხლი ადგენს, „არბიტრაჟის გადანყვეტილება, მიუხედავად იმისა, თუ რომელ ქვეყანაშია იგი მიღებული, აღიარებულ იქნება როგორც სავალდებულო ძალის მქონე და ... აღსრულებაში იქნება მოყვანილი“...<sup>245</sup> ეს კონვენცია და მასთან დაკავშირებული საერთაშორისო აღსრულების რეჟიმი არის ერთ-ერთი მთავარი მიზეზი, თუ რატომ აძლევს საერთაშორისო ბიზნესები უპირატესობას არბიტრაჟს სამოქალაქო სასამართლო პროცესთან შედარებით.<sup>246</sup> დავების შემთხვევაში, ისინი შეიძლება გარანტირებული იყვნენ, რომ გადანყვეტილება აღსრულება თითქმის მსოფლიოს ნებისმიერ ადგილას. ახლა, როდესაც საქართველო ამ აღსრულების სისტემის ნაწილია, საერთაშორისო ბიზნესები უფრო მოინადინებენ ინვესტიციების განხორციელებას საქართველოში. ირკვევა, რომ საქართველოს უზენაეს სასამართლოს სურს, აღასრულოს უცხოური საარბიტრაჟო გადანყვეტილებები არბიტრაჟზე კანონისა და ნიუ-იორკის კონვენციის მიხედვით, თუმცა მან დაამატა მოთხოვნა (იმ კანონების საპირისპიროდ): განმცხადებელმა მხარემ უნდა წარმოადგინოს მტკიცებულება, რომ გადანყვეტილება არ იყო წინასწარ აღსრულებული ქვეყანაში, სადაც ჩატარდა არბიტრაჟი.<sup>247</sup>

## 5. საჯარო წესრიგი

ქართულმა სასამართლომ შეიძლება გააუქმოს ან უარი თქვას გადანყვეტილების ცნობასა და აღსრულებაზე, თუ იგი ეწინააღმდეგება საჯარო წესრიგს,<sup>248</sup> თუმცა ეს ტერმინი არ არის განსაზღვრული. ტიპური კანონის შემმუშავებლებმა დაადგინეს, რომ საზოგადოებრივი წესრიგი ფარავს „კანონისა და სამართლის ფუნდამენტურ პრინციპებს მატერიალური და პროცედურული მიმართულებით.“<sup>249</sup> არის აგრეთვე კონსენსუსი, რომ დამატებითი შენიშვნები უნდა გაკეთდეს ეკონომიკურად ყველაზე გამოუსწორებელ შემთხვევებში.<sup>250</sup>

<sup>245</sup> კანონი არბიტრაჟზე, ზემოაღნიშნული სქოლიო 104104, 44-ე მუხლი.

<sup>246</sup> იხ. Loukas Mistelis, *International Arbitration – Corporate Attitudes and Practices–12 Perceptions Tested: Myths, Data and Analysis Research Report*, 15 Am. Rev. Int'l Arb. 525, 538 (2004). (საპირისპიროდ, სასამართლო პროცესის გადანყვეტილებების აღსრულება საერთაშორისო არენაზე ძალზე რთულია. ახალი კონვენცია სასამართლო ხელშეკრულებების არჩევანზე ითვალისწინებს დამატებითი შენიშვნების არჩევანის ცნობასა და აღსრულებას, და შედეგიან გადანყვეტილებებს ხელმომწერი ქვეყნების კომერციულ დავებში. The Hague Convention on Choice of Court Agreements, Hague Conference on Private International Law, June 30, 2005, 44 I.L.M. 1294, <[http://www.hcch.net/index\\_en.php?act=conventions.text&cid=98](http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.text&cid=98)> (ბოლოს ნანახია 2015 წლის 19 ოქტომბერს). მაგრამ კონვენციის მოქმედების არეალი არის შეზღუდული – მხოლოდ მექსიკამ და ამ ბოლო დროს ევროკავშირმა (ევროკავშირის წევრმა ქვეყნებმა, დანიის გამოკლებით) მოახდინეს მისი რატიფიცირება და იგი ძალაში შევიდა 2015 წლის 1 ოქტომბერს. იხ. Press Release European Union Press Release, 432/15, Council of the European Union, Justice and Home Affairs (June 11, 2015), <<http://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2015/06/11-hague-convention/>> (ბოლოს შესწორდა 2015 წლის 8 ივლისს).

<sup>247</sup> იხ. Sophie Tkemaladze & Inga Kacevska, *Procedure and Documents Under Articles III and IV of New York Convention on Recognition and Enforcement of Arbitral Awards: Comparative Practice of Latvia and Georgia*, 1 Eurasian Multidisciplinary Forum 7 (ციტირებულია: საქმე №-548-სპ-10-11 და საქმე №-3573-სპ-73-2012. ორივე საქმე ხელმისაწვდომია: [www.supremecourt.ge](http://www.supremecourt.ge)), (შემდგომში – ტყემალაძე ს., პროცედურა). ეს დამატებითი მტკიცება ან ორმაგი ნებართვა უცხოური სასამართლოს გადანყვეტილების შესრულებაზე გაუქმდა ნიუ-იორკის კონვენციით. Albert Jan van den Berg, *The New York Convention of 1958: An Overview*, International Council for Commercial Arbitration 17, <[http://www.arbitrationicca.org/media/0/12125884227980/new\\_york\\_convention\\_of\\_1958\\_overview.pdf](http://www.arbitrationicca.org/media/0/12125884227980/new_york_convention_of_1958_overview.pdf)> (ბოლოს ნანახია 2015 წლის 23 თებერვალს). ტყემალაძე თვლის, რომ ეს პრაქტიკა უარყოფითად იმოქმედებს საქართველოს საერთაშორისო რეპუტაციაზე, იქვე, 8.

<sup>248</sup> კანონი არბიტრაჟზე, ზემოაღნიშნული სქოლიო 104, 42-ე(1) (ბ) (ბ.ბ.); 45-ე(1) (ბ) (ბ.ბ.) მუხლები.

<sup>249</sup> U.N. Comm'n on Int'l Trade L., Rep. on the Work of its Eighteenth Session, 297, U.N. Doc. A/40/17 (1985) (შემდგომში – გაეროს 1985 წლის მოხსენება). აქ ჩანს კონსენსუსი, რომ გამორიცხვა საჯარო წესრიგის საფუძველზე ვრცელდება ორივეზე – პროცესუალურ და მატერიალურ სამართალზე, რაც გამომდინარეობს ფართო სამოქალაქო კანონის საჯარო წესრიგის კონცეფციიდან და არა უფრო ვინ-

არბიტრაჟზე კანონმდებელი საქართველოში სამართლებრივი პრაქტიკა არბიტრაჟთან მიმართებით იზღუდებოდა საჯარო წესრიგის საკითხებით.<sup>251</sup> დღეს ეს დამატებითი შენიშვნა გახდა ქართული საარბიტრაჟო ლანდშაფტის მნიშვნელოვანი ნაწილი. ქართული სასამართლოები ხშირად აუქმებენ ან ცვლიან გადაწყვეტილებებს საჯარო წესრიგის საფუძვლებზე. საჯარო წესრიგის ყველაზე გავრცელებული საკითხი საქართველოში წამოიჭრება სახელშეკრულებო ჯარიმებიდან მაღალი საპროცენტო განაკვეთის ფორმით.<sup>252</sup> ერთ შემთხვევაში თბილისის სააპელაციო სასამართლომ დაადგინა, რომ გადაწყვეტილება ეწინააღმდეგებოდა საჯარო წესრიგს, სადაც ის შეიცავდა ჯარიმების 5-6%-ზე მეტს წლიურად.<sup>253</sup> ცნობასა და აღსრულებაზე უარის თქმის ნაცვლად სასამართლომ ცნო და აღასრულა გადაწყვეტილების ნაწილი, შეამცირა რა საჯარიმო სანქცია 40%-ით.<sup>254</sup> სხვა კრედიტორის საჯარიმო პროცენტის შემთხვევაში თბილისის სააპელაციო სასამართლომ დაანება დიდი ჯარიმა საჯარო წესრიგის საპირისპიროდ და გადაწყვეტილება გადაანაწილა სამ სხვადასხვა მოპასუხეს შორის.<sup>255</sup>

ამ პრაქტიკასთან დაკავშირებით ორი პრობლემაა: პირველი – ვერ ხერხდება ქართული საჯარო წესრიგის განსაზღვრა არბიტრაჟთან დაკავშირებით. ყოველგვარი ახსნა-განმარტების გარეშე სასამართლოები თვლიან, რომ საჯარიმო პროცენტზე საქართველოს კანონის ნებისმიერი დარღვევა არის საჯარო წესრიგის დარღვევა არბიტრაჟზე კანონის მიხედვით; მეორე პრობლემა არაუფლებამოსილი სასამართლო დაცვა საჯარო წესრიგის დარღვევისას. უკეთეს შემთხვევაში გაუგებარია გადაწყვეტილების შეცვლაზე უფლებამოსილება მიმდინარე სასამართლო პრაქტიკაში.<sup>256</sup> არბიტრაჟზე კანონის თანახმად, სასამართლოები უფლებამოსილი არიან, უარი თქვან გადაწყვეტილების ცნობასა და აღსრულებაზე, თუ გადაწყვეტილებით ირღვევა საჯარო წესრიგი, მაგრამ არა აქვთ უფლება, შეცვალონ იგი. ამ სამართლებრივი მოქნილობის სასარგებლოდ ერთ-ერთი სამართლებრივი ორგანიზაცია ამტკიცებდა სა-

---

რო საერთო სამართლიდან. იქვე, 296-297; Fernando Mantilla-Serrano, *Towards a Transnational Procedural Public Policy*, 20 *Arb. Int'l* 333, 334 (2004).

<sup>250</sup> ყველაზე მეტად კოტირებული ახსნა არის საქმიდან: *Parsons & Whittmore Overseas Co., Inc. v. Societe Generale de l'Industrie du Papier RAKTA and Bank of America*, სადაც სასამართლომ დაადგინა, რომ, ნიუ-იორკის კონვენციის თანახმად, უცხოური საარბიტრაჟო გადაწყვეტილება საჯარო წესრიგის გამო შეიძლება უარყოფილ იქნეს „მხოლოდ იქ, სადაც მისი აღსრულება დაარღვევდა იმ შტატის (სახელმწიფოს) მორალისა და სამართლიანობის ყველაზე ძირითად ცნებებს, სადაც მდებარეობს სასამართლო“. 508 F. 2d 969, 974 (2d Cir., 1974). იქვე.

<sup>251</sup> საარბიტრაჟო გადაწყვეტილებების სასამართლო პრაქტიკის მიმოხილვისათვის კანონი კერძო არბიტრაჟზე (ზემოაღნიშნული სქოლიო 68) არ შეიცავდა შესწორებას საჯარო წესრიგზე. საბჭოთა სისტემას ასევე არ ჰქონდა საარბიტრაჟო გადაწყვეტილებების აღსრულების რეალური გამოცდილება, ვინაიდან საბჭოთა სანარმოები ნებაყოფლობით ასრულებდნენ გადაწყვეტილებების უმრავლესობას. იხ. *Vesselina Shaleva, The Public Policy Exception to the Recognition and Enforcement of Arbitral Awards in the Theory and Jurisprudence of the Central and East European States and Russia*, 19 *Arb. Int'l* 67, 79-85 (2003).

<sup>252</sup> *Tkemaladze, New Law*, ზემოაღნიშნული სქოლიო 733, 669.

<sup>253</sup> *Tsertsvadze, Commentary*, ზემოაღნიშნული სქოლიო 7777, 205 (ციტირებულია: თბილისის სააპელაციო სასამართლოს მასალები და თბილისის სააპელაციო სასამართლოს საქმე № 2B/1452-11 (22.06.2011)).

<sup>254</sup> იქვე, იხ. აგრეთვე *Tkemaladze, New Law*, ზემოაღნიშნული სქოლიო 73, 669 (ციტირებულია: *ბაზისბანკი კაპანაძის წინააღმდეგ*, თბილისის სააპელაციო სასამართლოს საქმე №2B/1604-11 (31.05.2011)). (სასამართლომ ჯარიმის განაკვეთი დღეში 0,1% გადაჭარბებულად ჩათვალა და შეამცირა 2%-ამდე თვეში). სანააღმდეგო საქმე *Contra Inter Maritime Management SA v. Russin & Vecchi*, *Bundesgericht [BGer][Federal Supreme Court]* Jan. 8, 1995, XXII Y.B. Comm. Arb. 789 (1997)(Switz). მისი დასკვნით, არ არის აუცილებელი, საარბიტრაჟო გადაწყვეტილება, რომლითაც ითვლება, რომ დარღვეულია შვეიცარიის კანონი კომპოზიციური პროცენტების აკრძალვაზე, მოიცავდეს საჯარო წესრიგის დარღვევას.

<sup>255</sup> *Tsertsvadze, Commentary*, ზემოაღნიშნული სქოლიო 77, 206 (ციტირება თბილისის სააპელაციო სასამართლოს საქმის № 2B/2828-10 (26.11.2010)).

<sup>256</sup> საქართველოს კანონი სამოქალაქო საქმეებში ნებას რთავს ქართულ სასამართლოებს, შეამცირონ გადაჭარბებული საჯარიმო პროცენტი, მაგრამ არა აუცილებლად საარბიტრაჟო გადაწყვეტილებების მიმოხილვისას. საქართველოს სამოქალაქო კოდექსი, ზემოაღნიშნული სქოლიო 111, 420-ე მუხლი, 356.

ჯარო წესრიგის გამონაკლისთან მიმართებით.<sup>257</sup> თუმცა ამისთვის ტიპური კანონით ან არბიტრაჟის კანონით არ არის ნათლად გამოხატული უფლებამოსილება.<sup>258</sup>

საერთაშორისო კონტექსტში საქართველოს უზენაესმა სასამართლომ გაითვალისწინა საზოგადოებრივი წესრიგის გამონაკლისობა ლატვიის საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების აღსრულებაზე პეტიციასთან დაკავშირებით. სასამართლომ დაადგინა, რომ „საჯარო წესრიგი ფუნდამენტური პრინციპია სამოქალაქო კოდექსით მართულ ურთიერთობებში“.<sup>259</sup> სასამართლომ გაანალიზა, ლატვიის გადაწყვეტილებით ირღვეოდა თუ არა სამოქალაქო კოდექსის პირობა, რომელიც ზღუდავს კრედიტორის იმ თანხის გარანტირებულ ანაზღაურებას, რომელიც რეალიზებულია მევალის ქონების გაყიდვაში. მან დაადგინა, რომ გადაწყვეტილება არ ეწინააღმდეგებოდა მევალის დაცვას საქართველოს სამოქალაქო კოდექსით და ამიტომ რთავდა ცნობისა და აღსრულების ნებას.<sup>260</sup> თუმცა სასამართლოს არაოფიციალური განცხადება იყო შეზღუდული: იგი გამოხატავდა ნებას, რომ სამოქალაქო კოდექსის დარღვევა ავტომატურად იქნებოდა საჯარო წესრიგის დარღვევა.

ასეთი პოზიცია იქნებოდა საპირისპირო საერთაშორისო კონსენსუსისა, რომ საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების შედეგი შეიძლება იყოს აღმასრულებელი ქვეყნის ეროვნული კანონების დარღვევა, მაგრამ არა აუცილებლად იმ ქვეყნის საჯარო წესრიგისა ნიუ-იორკის კონვენციისა და ტიპური კანონის მიხედვით.<sup>261</sup> ამ საერთაშორისო ნორმებით სასამართლომ უნდა ჩაატაროს მეორე დონის ანალიზი იმის დასადგენად, ეროვნული კანონის დარღვევა იყო თუ არა ძირითადი მორალისა და სამართლიანობის დარღვევის დონისა.<sup>262</sup> მაგალითად, შვეიცარიის სასამართლომ დაადგინა, რომ უცხოური საარბიტრაჟო გადაწყვეტილება, რომელიც მოიცავდა კომპოზიციური პროცენტის აკრძალვაზე შვეიცარიის კანონის დარღვევას, აუცილებლად არ იყო საჯარო წესრიგის დარღვევა.<sup>263</sup> საქართველოს უზენაესმა სასამართლომ დაადგინა, რომ გადაწყვეტილებაში არ ირღვეოდა საქართველოს კანონი, ამიტომ მას არ მოუწია მეორე დონის ანალიზის ჩატარება. შესაძლებელია, რომ იმ განსაკუთრებული მევალის დაცვის პირობა მოიცავდეს საქართველოს საჯარო წესრიგს, მაგრამ ამას დასჭირდებოდა გაანალიზება და ახსნა. მნიშვნელოვანია, რომ სასამართლო აანალიზებს საჯარო წესრიგის გამონაკლისობის საზღვრებს და საჭირო შედეგების მისაღებად იყენებს შესაბამის მეთოდოლოგიას.

<sup>257</sup> New Delhi Conference, Final Report on Public Policy as a Bar to Enforcement of International Arbitral Awards, Int'l Law Assoc. Rec. 1(h) (2002).

<sup>258</sup> კერძო არბიტრაჟზე კანონის მიხედვით, სასამართლოებს შეეძლოთ, შეეცვალათ გადაწყვეტილებები და ეს შეიძლება იყოს პრაქტიკის დასაწყისი. კანონი კერძო არბიტრაჟზე, ზემოაღნიშნული სქოლიო 6868, 43-ე მუხლი.

<sup>259</sup> JSC “P” v “L” LLC, საქმე a-492-sh-11-2012, 2012,4, საქართველოს უზენაესი სასამართლო.

<sup>260</sup> იქვე.

<sup>261</sup> Giuditta Cordero-Moss, *International Arbitration is Not Only International*, in *International Commercial Arbitration: Different Forms and their Features* 7, 21 (Giuditta Cordero-Moss ed., 2013). Scherk v. Alberto-Culver Co.-ით შეერთებული შტატების უზენაესმა სასამართლომ აღიარა, რომ, ნიუ-იორკის კონვენციით, საჯარო წესრიგის კომპონენტი იყო უფრო მცირე და სისრულეში მოიყვანა საერთაშორისო საარბიტრაჟო გადაწყვეტილება იმის დადასტურებით, რომ ანალოგიური ხელშეკრულება თუ იქნებოდა შიდასახელმწიფოებრივი, ის აღმოჩნდებოდა კანონსაწინააღმდეგო. 417 U.S. 1974, 506. საჯარო წესრიგის გამონაკლისობა არ არის სასამართლოს სამართლებრივ სისტემასთან სრული შესაბამისობის გარანტია. კორდერო-მოსი, 21-22.

<sup>262</sup> იხ. Alan Redfern, Martin Hunter, Nigel Blackby & Constantine Partasides, Redfern and Hunter on International Arbitration 11.109, 11.111-112 (2009); Dirk Otto and Omala Elwan, *Article V(2)*, in *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global commentary on the New York Convention* 365 (Herbert Kronke & Patricia Nacimiento eds., 2010).

<sup>263</sup> *Inter Maritime Management SA v. Russin & Vecchi*, [BGer][Federal Supreme Court] Jan. 8, 1995, XXII Y.B. Comm. Arb. 789 (1997)(Switz.).

## V. კანონის ძალის მქონე რეკომენდაციები

### ა. ფარგლების უკეთესი გარკვეულობა

არბიტრაჟზე კანონი ადგენს, რომ ის იყენებს *კერძო ხასიათის ქონებრივ დავებს*.<sup>264</sup> ამ პირობების უკეთესი გარკვეულობა გააუმჯობესებდა შედეგების პროგნოზირებას. მხარეებმა შეიძლება არ მოისურვონ არბიტრაჟში ჩართვა, თუ იქნება იმის საფრთხე, რომ სასამართლო გააუქმებს ან უარს იტყვის არბიტრაჟის გადწყვეტილების აღსრულებაზე. მაშინაც კი, როდესაც ეს პირობები ნათელია ქართველი პროფესიონალებისთვის, უცხოურ მხარეებს შეიძლება ჰქონდეთ არბიტრაჟში ჩართვის პირობა საქართველოში, თუ საკითხი ნამდვილად არ არის კერძო ხასიათის ქონებრივი დავა.

### ბ. *Ex Aequo Et Bono* (სინდისით და სამართლიანად)-სა და *Amiable Compositeur* (მშვიდობიანი შუამავალი)-ის პრინციპები

არბიტრაჟზე კანონში გამოტოვებულია ტიპური კანონის ნაწილი, რომელიც მხარეებს აძლევს უფლებას, გადანყვიტონ საქმე *ex aequo et bono* (სინდისით და სამართლიანად)-ს ან *amiable compositeur* (მშვიდობიანი შუამავლის)-ის პრინციპებზე დაყრდნობით. ორივე ცნება ითვალისწინებს გადწყვეტილებების მიღებას მიუკერძოებლობისა და სამართლიანობის ზოგად პრინციპებზე დაყრდნობით, რაიმე განსაკუთრებულ ეროვნულ და საერთაშორისო სამართლებრივ ნორმებზე მითითების გარეშე.<sup>265</sup> ეს პრინციპები საშუალებას იძლევა, მივიღოთ მოქნილი და სამართლიანი შედეგები, რომელთა მიღება შეიძლება გაძნელებულიყო მარეგულირებელი სამართლით.<sup>266</sup> მაგალითად, *amiable compositeurs*-მა შეიძლება შეზღუდოს პუნქტი ხელშეკრულების პირობების შეუსრულებლობისთვის ჯარიმების შესახებ და დააბალანსოს მხარეების მატერიალური დაინტერესება.<sup>267</sup> ორივე ცნება გავრცელებულია საერთაშორისო არენაზე<sup>268</sup> და შეიძლება იყოს ხელსაყრელი ინსტრუმენტი კონკრეტული დავების გადასაწყვეტად, როდესაც მხარეებს აქვთ არათანაბარი საბაზრო ძალაუფლება, როგორცაა, მაგალითად, დავები დამსაქმებელსა და დასაქმებულს შორის,<sup>269</sup> ან, როდესაც მხარეები ცდილობენ ურთიერთობების შენარჩუნებას.<sup>270</sup> თუმცა ეს ცნებები შეიძლება უცხო იყოს ქართველი პრაქტიკოსებისთვის, მაგრამ არ იქნება უცხო მიუკერძოებლობასა და სამართლიანობაზე დაყრდნობით გადწყვეტილებების გამოტანის იდეა. ეს მხარეებს უნდა ჰქონდეთ როგორც ალტერნატივა.

<sup>264</sup> კანონი არბიტრაჟზე, სქოლიო 104104, 1-ლი (2) მუხლი.

<sup>265</sup> იხ. *ტრეკმენი*, ზემოაღნიშნული სქოლიო 208208; იუ, ზემოაღნიშნული სქოლიო 208208; იხ., აგრეთვე, *also Laurence Kiffer, Nature and Content of Amiable Composition*, 5 Int'l. Bus. L.J. 625 (2008).

<sup>266</sup> *კიფერი ლ.*, ზემოაღნიშნული სქოლიო 268268, 630-33.

<sup>267</sup> იქვე, 631-32.

<sup>268</sup> ცნება *ex aequo et bono* (სინდისიერად და სამართლიანად) ფართოდაა გავრცელებული მთელ მსოფლიოში. იხ. *ტრეკმენი ლ.*, ზემოაღნიშნული სქოლიო 20808, 631-32; Mark Hilgard & Ana Elisa Bruder, *Unauthorised Amiable Compositeur?*, 8 Disp. Res. Int'l 51 (2014).

<sup>269</sup> იხ. *ტრეკმენი ლ.*, ზემოაღნიშნული სქოლიო 208, 623, სქოლიო 9.

<sup>270</sup> იქვე, 624.

## გ. მოთხოვნის შეცვლა სამრეწველო პრაქტიკის გასათვალისწინებლად გადაწყვეტილებებში

კანონი არბიტრაჟზე მიჰყვება ტიპურ კანონს და ტრიბუნალისაგან მოითხოვს, გაითვალისწინოს ვაჭრობის წესები და პრაქტიკა. ამისთვის არსებობს საფუძვლიანი მიზეზები.<sup>271</sup> ის განსაკუთრებით შეესაბამება საერთაშორისო არბიტრაჟს.<sup>272</sup> თუმცა შეიძლება იყოს არათანაბარი საბაზრო შიდა საქმეები, სადაც ვაჭრობის წესები და პრაქტიკა ინდივიდუალური პირის სანინალმდეგოა. მაგალითად, ნორმალურმა პრაქტიკამ შეიძლება უზრუნველყოს გამოსყიდვის შეზღუდული უფლებები ან მსესხებლებს დააკისროს საჯარიმო პროცენტი. თუ ტრიბუნალი არ არის იძულებული, გაითვალისწინოს სამრეწველო პრაქტიკა, მან შეიძლება, უზრუნველყოს უფრო სამართლიანი შედეგი ინდივიდუალური პირისთვის.<sup>273</sup> კანონი არბიტრაჟზე უნდა შესწორდეს, რათა მოიხსნას ეს მოთხოვნა მომხმარებლის არბიტრაჟისთვის.

## დ. რემისიის პროცესის ხელშეწყობა

როგორც ჩანს, ქართული სასამართლოები ცვლიან და შემდეგ აღასრულებენ გადაწყვეტილებებს საჯარო წესრიგის საფუძველზე გამორიცხვით. ამას აქვს საექვო სამართლებრივი საფუძველი, რის გამოც ტრიბუნალები წინდაუხედაობას იჩენენ თავიანთი გადაწყვეტილებების მიღებისას. თუ სასამართლოს შეუძლია, მარტივად შეცვალოს გადაწყვეტილება რომელიმე სამართლებრივი არასრულყოფილების შესაბამისად, არავითარი რეალური შედეგი არ იქნება ტრიბუნალისთვის ან არბიტრაჟის პროვადერისთვის. უკეთესი იქნებოდა, თუ ტრიბუნალს მიეცემოდა საკუთარი შეცდომების გამოსწორების საშუალება. უფრო მკაცრი რემისიის პროცესი გააუმჯობესებდა საქმეებს, ვინაიდან უმჯობესია საქმის სხვა ინსტანციაში გადაგზავნა, ვიდრე სასამართლოებმა თვითონ შეცვალონ გადაწყვეტილება.

არბიტრაჟზე სანყისი კანონის 44-ე (3) მუხლი აღსრულებისათვის სასამართლოს რთავდა ნებას, შეეჩერებინა სასამართლო პროცესი 30 დღემდე,<sup>274</sup> მაგრამ შეტანილ იქნა არბიტრაჟზე კანონის 2015 წლის შესწორებებში.<sup>275</sup> ეს შეიძლება დაბრუნდეს გაფართოებული სახით, რომელიც მოიცავს რემისიის ძალაუფლებას. ძველი 44-ე(3) მუხლის მიხედვით, ქართული სასამართლოები ზოგჯერ მოქმედებდნენ, თითქოს ეს ძალაუფლება არსებობდა.<sup>276</sup> ეს შემოთავაზებული ცვლილება სასამართლოების პრაქტიკას დააყენებდა უფრო მტკიცე კანონიერ საფუძველზე, ხელს შეუწყობდა სამართლებრივ ნორმებს და ტრიბუნალების პატივისცემას, სრულყოფილი საარბიტრაჟო გადაწყვეტილებების მიღებას და არბიტრაჟის დამოუკიდებლობას.

<sup>271</sup> იხ. Christopher R. Drahozal, *Commercial Norms, Commercial Codes, and International Commercial Arbitration*, 33 Vand.J. Transnat'l L. 79 (2000).

<sup>272</sup> იქვე, 110-32; Avery Wiener Katz, *The Relative Costs of Incorporating Trade Usage Into Domestic versus International Sales Contracts: Comments on Clayton Gillette, Institutional Design and International Usages Under the CISG*, 5 Chi. J. Int'l L. 181, 181 (2004).

<sup>273</sup> არსებობს თვალსაზრისი, რომელიც კითხვის ნიშნის ქვეშ აყენებს კომერციული ნორმების შესაბამისობის გაერთიანებას ზოგადად კომერციის კანონში. იხ. Lisa Bernstein, *Merchant Law in a Merchant Court: Rethinking the Code's Search for Immanent Business Norms*, 144 U. Pa. L. Rev. 1765 (1995) (კომერციული ნორმები არ შეესაბამება სასამართლო გადაწყვეტილების საბოლოო ფაზას).

<sup>274</sup> კანონი არბიტრაჟზე, ზემოაღნიშნული სქოლიო 104, 44-ე(3) მუხლი. ეს არ ჩანს მოდელურ კანონში.

<sup>275</sup> შესწორებები არბიტრაჟის კანონზე, ზემოაღნიშნული სქოლიო 108, Art. 1(19) („მუხლი 44(3) ამოღებული“).

<sup>276</sup> იხ. Tsertsvadze, *Commentary*, ზემოაღნიშნული სქოლიო 77, 113, სქოლიო 408.

## ე. უცხოური გადაწყვეტილებების დარქარებული აღსრულება

როგორც ჩანს, საქართველოს უზენაესმა სასამართლომ პრაქტიკულად დაამატა მოთხოვნა მხარეებისთვის, რომლებიც მიისწრაფვიან უცხოური საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების აღსრულებისაკენ. მხარემ უნდა აჩვენოს, რომ გადაწყვეტილება არ იყო აღსრულებული ადრე მიმღებ ქვეყანაში.<sup>277</sup> ეს ეწინააღმდეგება ტიპური კანონის გეგმებს და საქართველოს ვალდებულებებს ნიუ-იორკის კონვენციის მიხედვით. თვით არბიტრაჟზე კანონსაც კი არა აქვს ასეთი მოთხოვნა.<sup>278</sup> სამწუხაროდ, არ არის სასამართლო დაცვის არანაირი ადვილი საშუალება, რომელიც შეიძლება მიეთითოს უზენაეს სასამართლოს, მაგრამ არბიტრაჟზე კანონის შესწორებით შეიძლება ნათელი გახდეს, რომ 44-ე მუხლის ტექნიკური მოთხოვნები გადაწყვეტილების ცნობასა და აღიარებაზე არის ექსკლუზიური და ვერ გაფართოვდება.

## ვ. საჯარო წესრიგის გაშუქება

დიდი ძალისხმევაა საჭირო საქართველოს საჯარო წესრიგის პარამეტრების ნათლად დასაზუსტებლად არბიტრაჟთან კავშირში. ეს შეიძლება განხორციელდეს სამართლებრივი ქმედებით ან სპეციალური სამართლებრივი ჯგუფის მიერ. თუმცა ეს არ არის ადვილი – უფრო მეტი სინათლის მოფენა საჯარო წესრიგის საკითხზე გააუმჯობესებდა პროგნოზირებადობას და შეზღუდავდა სასამართლოს შეღწევას საარბიტრაჟო პროცესში.

## VI. სავალდებულო არბიტრაჟის პრობლემის გადაჭრა

სავალდებულო არბიტრაჟი საქართველოს საარბიტრაჟო სისტემის მნიშვნელოვანი ნაწილია. თუმცა სავალდებულო არბიტრაჟი გვთავაზობს პოტენციურ სარგებელს ფირმებისთვის, როგორცაა, მაგალითად, დავის გადაწყვეტა უფრო სწრაფად და შედარებით ნაკლები ხარჯებით.<sup>279</sup> მას მაინც აქვს მნიშვნელოვანი ნაკლოვანი მხარეები. როდესაც მომხმარებელი უარს ამბობს თავის უფლებებზე სასამართლოში, მან შეიძლება, დაკარგოს მნიშვნელოვანი პროცესუალური გარანტიები, როგორცაა, მაგალითად, სასამართლოსთვის დოკუმენტების წარდგენა ან სახელმწიფოს მიერ დაფინანსებული იურიდიული დახმარება. უფრო მეტიც, ინდივიდუალური პირი კარგავს საჯარო ვინდიკაციის ან დამსახურებული სასჯელის მიღების შესაძლებლობას.<sup>280</sup> ამასთანავე, არბიტრაჟის კონფიდენციალობა ხელს უშლის საზოგადოებას, შეიტყოს მხარის ცუდი ქმედებების შესახებ<sup>281</sup> და ამცირებს სასამართლო დაცვის რეგულაციური აქციის აღბათობას.<sup>282</sup> არბიტრაჟის კონფიდენციალობამ შეიძლება შეზღუდოს მოსახლეობის ინფორმირება მნიშვნელოვან სოციალურ საკითხებზე<sup>283</sup> და გამორიცხოს მოსახ-

<sup>277</sup> იხ. *ტყემალაძე ს.*, პროცედურა, ზემოაღნიშნული სქოლიო 250, 7-8.

<sup>278</sup> 44-ე (2) მუხლი ადგენს ტექნიკურ მოთხოვნებს განაცხადის რეგისტრაციასა და შენახვაზე. კანონი არბიტრაჟზე, ზემოაღნიშნული სქოლიო 10404, 44-ე(2) მუხლი.

<sup>279</sup> იმპერატიულ არბიტრაჟს ჰყავს თავისი დამცველები. იხ. მაგ., Jason Scott Johnson, *The Return of Bargain: An Economic Theory of How Standard Form Contracts Enable Cooperative Negotiation Between Businesses and Consumers*, 104 Mich. L. Rev. 857 (2006); Stephen J. Ware, *Paying the Price of Process: Judicial Regulation of Consumer Arbitration Agreements*, 2001 J. Disp. Resol. 89 (2001); Becky L. Jacobs, *Often Wrong, Never in Doubt: How Anti-Arbitration Expectancy Bias May Limit Access to Justice*, 62 Me L. Rev. 531 (2010).

<sup>280</sup> George Padis, *Arbitration Under Siege: Reforming Consumer and Employment Arbitration and Class Actions*, 91 Tex. L. Rev. 665, 685 n.131 (2013).

<sup>281</sup> Schmitz, *Privacy*, *supra* note 206, at 1232.

<sup>282</sup> Michael A. Satz, *How the Payday Predator Hides Among Us: The Predatory Nature of the Payday Loan Industry and its Use of Consumer Arbitration to Further Discriminatory Lending Practices*, 20 Temp. Pol. & Civ. Rts. L. Rev. 123, 145 (2010).

<sup>283</sup> იქვე, 146.

ლეობის სხვა ორგანიზაციებზე მსჯელობის შემკავებელი ეფექტი.<sup>284</sup> თვით არბიტრებს აქვთ შეზღუდული პასუხისმგებლობა, განპირობებული მათი სამუშაოს კერძო ხასიათით, გადანყვეტილებების<sup>285</sup> ხელშეუხებლობით და სასამართლოს შეზღუდული მონაწილეობით.

ერთ-ერთი აღსანიშნავი საკითხი არის *repeat player* (*მოთამაშის განმეორების*) პრობლემა. წინაპირობა ისაა, რომ არაკომერციული საარბიტრაჟო ცენტრები<sup>286</sup> ერთმანეთს უწევენ კონკურენციას, რათა კომპანიებმა გაიმეორონ საქმიანობა დავის გადასაჭრელად.<sup>287</sup> იმის გამო, რომ ეს კომპანიები ადგენენ ხელშეკრულებებს, პროვაიდერებს აქვთ სტიმული, შესთავაზონ მათ უფრო ხელსაყრელი პროდუქტი.<sup>288</sup>

პროდუქტები, რომლებსაც ეს პროვაიდერები სთავაზობენ თავიანთ კლიენტებს, შეიძლება გამიზნულად ან უნებლიეთ აძლევდეს სარგებელს მათ კლიენტებს. გამიზნული ტენდენციის მაგალითია საარბიტრაჟო მომსახურების პროვაიდერების მარკეტინგი ბიზნესებზე, რომლებიც ჰპირდება ბიზნესისთვის პერსპექტიულ პროდუქტს<sup>289</sup> და ინდივიდუალური არბიტრების ამოღებას პროვაიდერის სიიდან, ბიზნესისთვის ხელსაყრელი საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების მიუღებლობის გამო.<sup>290</sup> არანინასნარ გამიზნული ტენდენციის მაგალითია ჩვეულებრივი ბიზნესი და სოციალური მეგობრობა, რომელიც არის გრძელვადიანი მოქმედი ბიზნესურთიერთობა პროვაიდერსა და მის კორპორატიულ კლიენტებს შორის;<sup>291</sup> მეორე მაგალითია მრეწველობის ინსაიდერების განმეორებითი გამოყენება არბიტრებად. თუმცა ნეიტრალუბის ექსპერტიზა ითვლება არბიტრაჟის ერთ-ერთ უპირატესობად, ინსაიდერს შეიძლება ჰქონდეს საერთო ტენდენცია მრეწველობის სასარგებლოდ.<sup>292</sup> უფრო მეტიც, ექსპერტი მოისურვებს, გააგრძელოს არბიტრების დანიშვნების მიღება (არბიტრაჟის პროვაიდერისაგან ან კორპორატიული მხარისაგან) და შეიძლება ეს გაითვალისწინოს გადაწყვეტილების მიღებისას.<sup>293</sup>

ტიპური კანონისა და არბიტრაჟზე კანონის მიხედვით ითვლება, რომ მხარეები ნებაყოფლობით დებენ საარბიტრაჟო ხელშეკრულებას.<sup>294</sup> მაინც ეს თანხმობა პრობლემურია, როდესაც მომხმარებელი იძულებულია, დაეთანხმოს არბიტრაჟს, როგორც კონტრაქტის სტანდარტული ფორმის ნაწილს.<sup>295</sup> მომხმარებელს არა აქვს არავითარი საბაზრო ძალაუფლება, როდესაც

<sup>284</sup> Geraldine Szott Moohr, *Arbitration and the Goals of Employment Discrimination Law*, 56 Wash. & Lee L. Rev. 395, 431 (1999).

<sup>285</sup> თუმცა საქართველოში არბიტრები არ არიან დაცულნი სისხლის სამართლის პასუხისმგებლობისაგან თვითნებური ქცევისათვის. *Tsertsvadze, Commentary*, ზემოაღნიშნული სქოლიო 77, 115 (ციტირებულია: საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის 332-ე მუხლი).

<sup>286</sup> Miles B. Farmer, *Mandatory and Fair? A Better System of Mandatory Arbitration*, 121 YALE L. J. 2346, 2356 (2012); Jeff Guarrera, *Mandatory Arbitration: Inherently Unconscionable, but Immune from Unconscionability*, 40 W. St. U. L. Rev. 89, 93 (2012).

<sup>287</sup> იხ. Jean R. Sternlight, *Creeping Mandatory Arbitration: Is It Just?*, 57 Stan. L. Rev. 1631, 1650 (2005).

<sup>288</sup> იქვე.

<sup>289</sup> *ფერმერი მ.ბ.*, ზემოაღნიშნული სქოლიო 289, 2359.

<sup>290</sup> იქვე.

<sup>291</sup> იხ. Sarah Rudolph Cole, *Revising the FAA to Permit Expanded Judicial Review of Arbitration Awards*, 8 Nev. L.J. 214, 217 (2007).

<sup>292</sup> იხ. ზემოაღნიშნული სქოლიო 289, 93-94 (Guarrera “Prosecutors do not get to choose judges who worked as prosecutors.”).

<sup>293</sup> იხ. Farmer, *supra* note 289, at 2357; Guarrera, *supra* note 289, at 93-94; Satz, *supra* note 285, at 143. Alexander O. Rodriguez, *The Arbitrary Arbitrator: The Seventh Circuit Offers a Lending Hand* [Green v. U.S. Cash Advance III. LLC, 724 F.3d 787 (7th Cir. 2013)], 53 Washburn L.J. 617, 636 (2014) („ვინაიდან არბიტრები მეტოქეობას უწევენ ერთმანეთს კლიენტებისთვის, ისინი ავლენენ ძლიერ სავაჭრო მარკას და რეპუტაციას მრეწველობის კონკრეტულ დარგებში“).

<sup>294</sup> იხ. 1981 UNCITRAL Report, *supra* note 238, at 78, 18.

<sup>295</sup> იხ. Friedrich Kessler, *Contracts of Adhesion—Some Thoughts About Freedom of Contract*, 43 Colum. L. Rev. 629 (1943); Padis, *supra* note 283, at 684. იხ. ზოგადად, Alan Scott Rau, *Arbitral Jurisdiction and Dimensions of “Cons”*, 24 Arb. Int'l 199 (2008)(discussing consent in commercial arbitration).



საც „აილე ან ნადი“<sup>296</sup> პრინციპის საფუძველზე ბიზნესი წარადგენს პუნქტს მომავალი დავების საარბიტრაჟო წესით გადაწყვეტაზე. მომხმარებელი შეიძლება არც კი იცოს ინფორმირებული, რომ მას უარი აქვს ნათქვამი სასამართლო სისტემისადმი ხელმისაწვდომობის უფლებაზე.<sup>297</sup> ამასთანავე, მომხმარებელთა უმეტესობა პროდუქტების შეძენისას არ ფიქრობს მომავალ დავებზე. თუნდაც რომ ფიქრობდნენ ამაზე, მაინც სრულყოფილად ვერ გაიგებდნენ რისკებს.<sup>298</sup>

საარბიტრაჟო პროცესის განმავლობაში მხარეები არიან აგრეთვე არათანაბარ მდგომარეობებში. კორპორაციის მუდმივ კლიენტს, ერთჯერადი ინდივიდუალური კლიენტისაგან განსხვავებით, შეუძლია, შეაფასოს თავისი წარსული და გააკეთოს შესაბამისი არჩევანი.<sup>299</sup> ის ინფორმაციული ასიმეტრია შედგენილია პრაქტიკული ასიმეტრიით. კორპორაციის რწმუნებულები, ინდივიდუალურისაგან განსხვავებით, ირჩევენ სასამართლოს და წესებს, და იღებენ პრაქტიკულ გამოცდილებას, სწავლობენ რა შეცდომებზე.

მუდმივი მოთამაშის ეს ბოროტად გამოყენებები ინტენსიურად იყო გასაჯაროებული 2009 წლის ივლისში, როდესაც შეერთებული შტატების ერთ-ერთი უმსხვილესი პროვაიდერი, ეროვნული საარბიტრაჟო ფორუმი (NAF), იძულებული იყო, გაეყვანა მომხმარებელი საარბიტრაჟო საქმიდან.<sup>300</sup> სამი დღის შემდეგ ამერიკის საარბიტრაჟო ასოციაციამ ნებაყოფლობით შეაჩერა არბიტრაჟი ყველა მომხმარებლის ვალებზე.<sup>301</sup> ამ შემთხვევებმა ხელი შეუწყო საკანონმდებლო მცდელობებს, შეეზღუდათ მომხმარებლის სავალდებულო არბიტრაჟი შეერთებულ შტატებში, მსგავსად შეზღუდვებისა ევროკავშირში.<sup>302</sup> მიუხედავად ამისა, იზრდება სა-

<sup>296</sup> Padis, *supra* note 283, at 684; Farmer, *supra* note 289, at 2359 (2012); David S. Swartz, *Enforcing Small Print to Protect Big Business: Employee and Consumer Rights Claims in an Age of Compelled Arbitration*, 1997 Wis. L. Rev. 33, 57-59. იხ. Steven J. Ware, *Consumer Arbitration as Exceptional Consumer Law (With a Contractualist Reply to Carrington and Haagen)*, 29 McGeorge L. Rev. 195 (1998).

<sup>297</sup> იხ. *Sternlight J.R.*, *Creeping Mandatory Arbitration: Is It Just?*, 57 Stan. L. Rev. 1631, 2005, 1648. ქცევების მეცნიერულმა კვლევებმა დაადგინა, რომ მომხმარებლები „შეზღუდულად რაციონალურები“ არიან და გადაწყვეტილების მიღებისას მხედველობაში იღებენ პროდუქტის მხოლოდ რამდენიმე ატრიბუტს. რამდენადაც არბიტრაჟი, ჩვეულებისამებრ, არ მოიაზრება ამ გათვალისწინებულ ატრიბუტებში, შემუშავებლების ჯგუფი მოტივირებულია, შეიტანოს იგი თავის სტანდარტულ პირობებში. Russell Korobkin, *Bounded Rationality, Standard Form Contracts, and Unconscionability*, 70 U. Chi. L. Rev. 1203 (2003).

<sup>298</sup> მომხმარებლებს მიაჩნიათ, რომ მათ არ შეეხებათ შორეული მოსალოდნელი შემთხვევები და ამიტომ სათანადოდ ვერ აფასებენ მათთან დაკავშირებულ რისკებს. Michael Spence, *Consumer Misperceptions, Product Failure and Producer Liability*, 44 Rev. Econ. Stud. 561 (1977). ამას ეწოდა ჰიპერბოლური ფასდაკლება. Benjamin A. Malin, *Hyperbolic Discounting and Uniform Savings Floors*, 92 J. Pub. Econ. 1986 (2008).

<sup>299</sup> Schmitz, *Privacy*, *სქოლიო* 206, at 1232; Satz, *supra* note 285, at 143.

<sup>300</sup> Rob Gordon, *Binding Pre-Dispute Agreements: Arbitration's Gordian Knot*, 43 Ariz. St. L.J. 263, 263 (2011).

<sup>301</sup> Press Release, American Arbitration Association, *The American Arbitration Association® Calls For Reform of Debt Collection Arbitration: Largest Arbitration Services Provider Will Decline to Administer Consumer Debt Arbitrations until Fairness Standards are Established* (July 23, 2009) <<https://www.nclc.org/images/pdf/arbitration/testimonysept09-exhibit3.pdf>> (ბოლოს შესწორდა 2015 წლის 7 ოქტომბერს).

<sup>302</sup> შეერთებული შტატების მცდელობები 2007-2015 წლებში ფოკუსირებული იყო არბიტრაჟის სამართლიანობის აქტზე, რომელიც უნდა გადავიდეს კანონში. შესაძარებლად იხ. შეერთებული შტატებისა და ევროკავშირის მომხმარებელთა უფლებების დაცვა ამ სფეროში: Fischer J., *Consumer Protection in the United States and European Union: Are Protections Most Effective Before or After a Sale?*, 32 Wis. Int'l L.J. 2014, 308; Schmitz A.J., *American Exceptionalism in Consumer Arbitration*, 10 Loy. U. Chi. Int'l L. Rev. 2013, 81, შემდგომში – Schmitz A.J., *Exceptionalism*; Niedermaier T., *Arbitration Agreements Between Parties of Unequal Bargaining Power – Balancing Exercises on Either Side of the Atlantic*, 39 ZDAR 2014, 12. რამდენიმე ევროპელმა სპეციალისტმა განიხილა საკითხი იმასთან დაკავშირებით, გამოხატავდა თუ არა არბიტრაჟის ეს პირობები ადამიანის უფლებების დაცვაზე ევროპული კონვენციის მე-6 (1) მუხლს (ECHR), რომელიც არის გარანტია უფლებისა სამართლიან სასამართლოზე დამოუკიდებელი და მიუკერძოებელი ტრიბუნალის მიერ. Robinson W., *Kasolowsky B.*, *Will the United Kingdom's Human Rights Act Further Protect Parties to Arbitration Proceedings?*, 18 Arb. Int'l 2002, 453; but იხ. Neil McDonald, *More Harm than Good? Human rights Considerations in International Commercial Arbitration*, 20 J. Int'l Arb. 523,

ვალდებულო არბიტრაჟის სიხშირე შეერთებული შტატების მომხმარებლებისათვის,<sup>303</sup> და იგი კვლავ დომინირებს მომხმარებელთა ბევრ რაიონში.<sup>304</sup> ჯერჯერობით, ამ დროისათვის, შეერთებული შტატების მომხმარებლებისათვის სავალდებულო არბიტრაჟის ემპირიულმა კვლევებმა მოგვცა შერეული შედეგები.<sup>305</sup>

საქართველოში, კი, როგორც ჩანს, სავალდებულო არბიტრაჟი მომხმარებელთა კონტრაქტებში ფართოდ არის გავრცელებული.<sup>306</sup> ქართველი მომხმარებლები, ალბათ, უფრო მეტად არ ითვალისწინებენ ან არ ხვდებიან, ან ვერ თანხმდებიან არბიტრაჟის პუნქტებზე, ვიდრე ამერიკელი მომხმარებლები და იღებენ განმეორებითი მოთამაშის შედეგებს. ქართული არბიტრაჟის პროვაიდერები არიან კომერციული ორგანიზაციები, რომლებიც ეჯიბრებიან ერთმანეთს განმეორებითი ბიზნესოპერაციებისთვის კორპორაციის კლიენტებისაგან.<sup>307</sup> ზოგი მათგანი თავისი კლიენტებისთვის სთავაზობს ფასდაკლებას საკომისიოებზე.<sup>308</sup> პროვაიდერების უმრავლესობა მომხმარებლის არბიტრაჟს ატარებს ერთი არბიტრით, რომელსაც ირჩევს ცენტრი.<sup>309</sup> საქართველოში კვალიფიცირებული არბიტრები შეზღუდული რაოდენობით არიან, რაც ზრდის განმეორებითი მოთამაშის პრობლემის ალბათობას.<sup>310</sup> ყველაზე დიდი პრობლემა ისაა, რომ საქმეების

---

2003, 537. საქართველომ მოახდინა ECHR-ის რატიფიცირება 1999 წელს. იხ. საქართველო, ქვეყნის პროფილი, ევროპული სასამართლო ადამიანის უფლებების დაცვაზე (იანვარი, 2015 წელი), [http://www.echr.coe.int/Documents/CP\\_Georgia\\_ENG.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/CP_Georgia_ENG.pdf) (ბოლოს შესწორდა 2015 წლის იანვარში).

<sup>303</sup> არბიტრაჟის შესწავლა – საანგარიშო მოხსენება კონგრესზე – უოლ სტრიტის რეფორმირებისა და მომხმარებელთა დაცვის დოდ-ფრენკის კანონის § 1028(a)-ის თანახმად, მომხმარებელთა ფინანსური დაცვის ბიურო (მარტი, 2015 წელი), ნაწილი 2, 11-13, 15-17, 20), <[http://files.consumerfinance.gov/f/201503\\_cfpb\\_arbitration-study-report-to-congress-2015.pdf](http://files.consumerfinance.gov/f/201503_cfpb_arbitration-study-report-to-congress-2015.pdf)> (ბოლოს შესწორდა 2015 წლის 19 ოქტომბერს (შემდგომში – არბიტრაჟის შესწავლა)). მომხმარებელთა ფინანსური დაცვის ბიურომ (CFPB) ჩაატარა არბიტრაჟის შესწავლა უოლ-სტრიტის რეფორმირებისა და მომხმარებელთა დაცვის დოდ-ფრენკის კანონის §1028(a)-ის თანახმად, საჯარო კანონი, 2010, Pub. L. No. 111-203, tit. X, 124 Stat. 1376, 2010, 1955, (შემდგომში – დოდ-ფრენკი).

<sup>304</sup> არბიტრაჟის შესწავლა, ზემოაღნიშნული სქოლიო 306, 1-ლი ნაწილი, 9-10.

<sup>305</sup> კვლევების მაგალითებისათვის, რომლებიც აჩვენებს განმეორებით ხმის მიცემას და სხვა მიკერძოებულ დამოკიდებულებას მომხმარებელთა სავალდებულო არბიტრაჟში. იხ. გორდონი, ზემოაღნიშნული სქოლიო 304, 273; O'Donnell J., Public Citizen, The Arbitration Trap: How Credit Card Companies Ensnare Consumers 2007, 15, <<http://www.citizen.org/documents/Arbitration Trap.pdf>> (ბოლოს შესწორდა 2015 წლის სექტემბერში). მაგალითებისთვის, რომლებშიც ჩანს ტენდენციურობის უარყოფა ან იმის მტკიცება, რომ არბიტრაჟის შედეგები მომხმარებლებისთვის არ არის უკეთესი, ვიდრე სასამართლო პროცესისა, იხ. *აკობსი*, ზემოაღნიშნული სქოლიო 2822, 538-540 (რომელიც მიმოიხილავს დღემდე არსებულ ემპირიულ შესწავლებას); Searle Civil Justice Inst., Consumer Arbitration Before the American Arbitration Association 2009, 109-13, <[https://www.adr.org/aaa/ShowPDF?doc=ADRSTG\\_010205](https://www.adr.org/aaa/ShowPDF?doc=ADRSTG_010205)>, (13.09.2015), (შემდგომში Searle Study). იხ. *Dražozal Ch.R., Zyontz S., An Empirical Study on AAA Consumer Arbitrations*, 25 Ohio St. J. on Disp. Resol. 2010, 843.

<sup>306</sup> ბევრი პროვაიდერისთვის მომხმარებელთა სავალდებულო არბიტრაჟი წარმოადგენს მათი საქმეების უმრავლესობას. *Tkemaladze, New Law*, ზემოაღნიშნული სქოლიო 733, 668-669.

<sup>307</sup> იქვე, 668 (ყველა პროვაიდერი არის კომერციული ორგანიზაცია).

<sup>308</sup> მაღალკვალიფიციურ ქართულ საარბიტრაჟო ცენტრს ეს პირობა აქვს თავის ნორმებში (მისი საკუთარი ინგლისური თარგმანი): DRC-სა და კორპორატიულ კლიენტს (კლიენტი, რომელიც თვლის, რომ არბიტრაჟის პუნქტი კონტრაქტებში დადებულია მისი ბიზნესის სფეროში; DRC გამოსახავს ფაქტობრივი არბიტრაჟის ცალკეულ პოზიციას) შორის დადებული კონტრაქტის საფუძველზე კორპორატიულ კლიენტთან დაკავშირებული დავებისთვის შეიძლება სხვადასხვა იყოს არბიტრაჟის გადასახადის რაოდენობა და მათი გადახდის პირობები განსხვავდებოდეს ამ რეგულაციებით გათვალისწინებული პირობებისგან.

DRC არბიტრაჟის ნორმები, ზემოაღნიშნული სქოლიო 130, 29-ე მუხლი, 20 (გამოყოფილია ჩვენ მიერ).

<sup>309</sup> *Tsertsvadze, Commentary*, ზემოაღნიშნული სქოლიო 778, 104.

<sup>310</sup> იხ. სატცი, ზემოაღნიშნული სქოლიო 2855, 147-148 („არბიტრების შეზღუდული რაოდენობით მიღების გამო დაშვებულ არბიტრებს უფრო მეტად მოსმენილი აქვთ მრავალი საქმე მრეწველობის ერთსა და იმავე კონკრეტულ სფეროში და უფრო მეტია ალბათობა, რომ მოსმენილი აქვთ მრავალი საქმე ერთი და იმავე კომპანიიდან“).

უმრავლესობა დაკავშირებულია საფინანსო ან სადაზღვევო კომპანიებთან, რომლებიც მომხმარებლების საპირისპიროდ აგროვებენ ვალებს,<sup>311</sup> რაც ყველაზე დიდი დარღვევების სფეროა შეერთებულ შტატებში. თუმცა არ არსებობს მტკიცებულება, რომ ქართული არბიტრაჟის პროვაიდერები ანუ არბიტრები ჩაბმულნი არიან რაიმე არაკანონიერში, აქტივობები ჩანს მომხმარებლის საწინააღმდეგოდ. ერთ-ერთმა უმსხვილესმა ქართულმა პროვაიდერმა აღიარა, რომ ჰქონდა 100%-იანი მოგება თავისი ბანკის კლიენტებისთვის.<sup>312</sup> საქართველოს კანონი არ ითვალისწინებს პერსონალურ დაცვას გაკოტრებისას, ამრიგად, ვალების დაგროვებაზე ბევრი ეს გადაწყვეტილება რჩება სესხის ამლებებთან მთელი სიცოცხლის განმავლობაში.<sup>313</sup>

## ა. დავის არბიტრაჟის წესით გადაწყვეტის შესაძლებლობა

სუსტი მხარეების დაცვის მიზნით საქართველომ შეიძლება შეზღუდოს დავის არბიტრაჟის წესით გადაწყვეტის შესაძლებლობა დავების კონკრეტული ჯგუფების არბიტრაჟიდან გამორიცხვის დაკანონებით.<sup>314</sup> მაგალითად, კანონმდებლობას შეუძლია, გამორიცხოს ნებისმიერი დავა, რომელიც ეხება მომხმარებლის დაგროვილ ვალს საკრედიტო ბარათთან ან საბანკო სესხთან დაკავშირებით. ამ მიდგომის უპირატესობა არის სიმარტივე – მოსახლეობა მიხვდება, რომ ეს დავები არ ექვემდებარება საარბიტრაჟო წესით განხილვას. შეერთებულმა შტატებმა ასეთი მიდგომა შეიტანა: დოდ-ფრენკის კანონში (კანონი აშშ-ის საფინანსო სექტორის რეფორმაზე), რომელიც გამორიცხავს მომხმარებელთა უძრავი ქონების კონტრაქტებში არსებულ სავალდებულო არბიტრაჟის პუნქტებს,<sup>315</sup> და არბიტრაჟის მიუკერძოებლობის კანონებში, რომლებიც კრძალავენ დავამდე საარბიტრაჟო ხელშეკრულებებს დასაქმებაში, მომხმარებლის, ანტიტრესტულ და მოქალაქის უფლებებთან დაკავშირებულ დავებში.<sup>316</sup> საფრანგეთი კრძალავს დავებამდე სავალდებულო არბიტრაჟის პუნქტებს მომხმარებელთა კონტრაქტებში.<sup>317</sup> გერმანია კრძალავს საცხოვრებელ იჯარასა და დასაქმებასთან დაკავშირებული დავების საკითხებს,<sup>318</sup> ხოლო ინგლისი კრძალავს არბიტრაჟს, თუ სარჩელის თანხა არის 5 000 ევროზე ნაკლები.<sup>319</sup> ამ მიდგომით სახელმწიფო მაინც კარგავს არბიტრაჟის სარგებელს. ბიზნესები, სავარაუდოდ, გამოინ-

<sup>311</sup> Michael D. Blechman, *Assessment of ADR in Georgia*, East West Management Institute at 4-6 (Oct. 2011), <http://www.ewmi-jilep.org/images/stories/books/assessment-of-adr-in-georgia.pdf>, (last visited Sept. 13, 2015).

<sup>312</sup> იქვე, 4.

<sup>313</sup> იქვე.

<sup>314</sup> ერთ-ერთი ქართველი სპეციალისტი იძლევა არბიტრაჟის აკრძალვას ქართველი მომხმარებლები-სათვის. *Tkemaladze, New Law*, ზემოაღნიშნული სქოლიო 733, 671.

<sup>315</sup> დოდ-ფრენკი, ზემოაღნიშნული სქოლიო 306, 15 U.S.C. §1639c(e) 2010. იხ., აგრეთვე, Todd Zywicki, *The Consumer Financial Protection Bureau: Savior or Menace?*, 81 *Geo. Wash. L. Rev.* 856, 2013, 907, („დოდ-ფრენკი კრძალავს არბიტრაჟის სავალდებულო ნორმებს იპოთეკურ ხელშეკრულებაში და საკუთარი კაპიტალის სასესხო კონტრაქტებში.“).

<sup>316</sup> არბიტრაჟის სამართლიანობის აქტი, 2013, S. 878, 113-ე კონგრესი (2013-2014), C.R.S., ხელმისაწვდომია: at <<https://www.congress.gov/bill/113th-congress/senate-bill/878>> (7.10.2015). იხ. ზოგადად, Peter B. Rutledge, *Who Can Be Against Fairness? The Case Against the Arbitration Fairness Act*, 9 *Cardozo J. Conflict. Resol.* 2008, 267; *Mandelbaum J.T.*, *Stuck in a Bind: Can the Arbitration Fairness Act Solve the Problems of Mandatory Binding Arbitration in the Consumer Context?*, 94 *Iowa L. Rev.* 2008, 1075; Sarah Rudolph Cole, *On Babies and Bathwater: The Arbitration Fairness Act and the Supreme Court's Recent Arbitration Jurisprudence*, 48 *Hous. L. Rev.* 2011, 457.

<sup>317</sup> Shelley McGill, *Consumer Arbitration Clause Enforcement: A Balanced Legislative Response*, 47 *Am. Bus. L.J.* 361, 391 (2010)(citing French laws); Peter B. Rutledge & Anna W. Howard, *Arbitrating Disputes Between Companies And Individuals: Lessons From Abroad*, 65 *Disp. Resol. J.*, 30, 34 (2010)(citing French laws).

<sup>318</sup> Niedermaier, ზემოაღნიშნული სქოლიო 305, 17 (ციტირებულია: *Zivilproziessordnung (ZPO)*, სამოქალაქო პროცესის კოდექსი, 30 იანვარი, 1877, *Reichsgesetzblatt (RGBt)* 97, შესწორებული, §§ 1025 et seq., <[http://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_zpo/englisch\\_zpo.html](http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_zpo/englisch_zpo.html)>(ბოლოს შესწორდა 13 სექტემბერს, 2015).

<sup>319</sup> *Schmitz A.J.*, *Exceptionalism*, ზემოაღნიშნული სქოლიო 305, 98 (ინგლისის 1996 წლის არბიტრაჟის კანონი კრძალავს დავამდე და დავის შემდეგ არბიტრაჟის პუნქტებს, რათა დაიცვას ცალკეული პირების ხელმისაწვდომობა წვრილმანი დავების სასამართლოებზე).

ვევს გაზრდილ ხარჯებს, რაც ან შეამცირებს მათ მოგებიანობას, ან ის გადავა მომხმარებელზე უფრო მაღალი ფასების სახით.<sup>320</sup> ის ყველა ამ დავას მიაღებინებს სასამართლო სისტემას, რაც გაზრდის საქმეებით გადატვირთვას და დავის გადანეგებისათვის საჭირო დროს.<sup>321</sup> ნაცვლად მცოდნე სპეციალისტებისა, ფართო პროფილის მოსამართლეები შეეცდებიან დავების განხილვას. უფრო მეტიც, როგორც რამდენიმე კვლევა აჩვენებს, არ არის ნათელი, რომ მომხმარებლის შედეგები უმჯობესდება სასამართლო პროცესში.<sup>322</sup> საქმეების უმრავლესობას შეადგენს ვალების დაგროვებასთან დაკავშირებული დავების საკითხები და ასეთი ტიპის საქმეების წარმატებით დასრულების ხარისხი სასამართლოებში, საზოგადოდ, არის აგრეთვე მაღალი.<sup>323</sup> საბოლოოდ, ამან შეიძლება დარტყმა მიაყენოს ქართულ არბიტრაჟს ზოგადად, ზიანი მიაყენოს არბიტრაჟის რეპუტაციას, ბევრი პროვადერი ჩამოაშოროს ბიზნესს და შეამციროს არბიტრაჟის ხელმისაწვდომობა სხვა სამართლებრივ საკითხებში.

## ბ. მოთხოვნების ფორმა და სასამართლო კონტროლი

დავის გადაჭრის მეორე შესაძლო გზა არის ფორმის სავალდებულობის დანესება სა-მომხმარებლო კონტრაქტებისთვის, სასამართლოს მიერ ფართო ინტერპრეტაციის შესაძლებლობის გათვალისწინება და მომხმარებლის ინფორმირებულობის გაზრდა. მაგალითად, გერმანიის მომხმარებლის საარბიტრაჟო ხელშეკრულებები უნდა იყოს გამოყოფილი ცალკეულ დოკუმენტად და ხელმოწერილი ორივე მხარის მიერ.<sup>324</sup> შეერთებულ შტატებში ასეთი ტიპის მოთხოვნა დაუშვებელია კონტრაქტების უმრავლესობაში.<sup>325</sup> თუმცა CFPB (მომხმარებლის ფინანსური დაცვის ბიურო) უფლებამოსილია, შეისწავლოს მომხმარებელთა არბიტრაჟი ფინანსურ ხელშეკრულებებში და მომავალში სხვა რეგულაციებთან ერთად გამოსცეს მოთხოვნების ფორმა.<sup>326</sup> პუნქტებში, რომლებსაც CFPB განიხილავს, არის ხელშეკრულებიდან გამოსვლება,<sup>327</sup> გამოყოფები,<sup>328</sup> გადასახადებისა და ხარჯების განაწილება<sup>329</sup> და გასაჯაროება.<sup>330</sup>

<sup>320</sup> იხ. Ware, ზემოაღნიშნული სქოლიო 282 (არბიტრაჟი ამცირებს ბიზნესის ხარჯებს და კონკურენცია იძულებულს ხდის ბიზნესებს, გადავიდეს დაზოგვებზე მომხმარებლების მიმართ). მაგ. იხ. არბიტრაჟის კვლევა, ზემოაღნიშნული სქოლიო 306, მე-10 ნაწილი, 16-17 („ჩვენ ვერ აღმოვაჩინეთ სტატისტიკურად მნიშვნელოვანი მტკიცებულება იმ ჰიპოთეზის დასადასტურებლად, რომ კომპანიები აცნობიერებენ და მომხმარებლების მიმართ ფასების დანევის ფორმით ატარებენ ხარჯების დაზოგვებს, რაც უკავშირდება მათ მიერ დავამდე არბიტრაჟის გამოყენების პუნქტებს“).

<sup>321</sup> ქართული საარბიტრაჟო გარჩევის პროცესი საშუალოდ გრძელდება ერთიდან სამ თვემდე, ხოლო სასამართლო გარჩევის პროცესი ერთ წლამდე. *Blechman M.D.*, ზემოაღნიშნული სქოლიო 314, 4.

<sup>322</sup> იხ. მაგ., Searle Study, ზემოაღნიშნული სქოლიო 308. სასამართლო პროცესშიც შეიძლება იყოს განმეორებით მოთამაშესთან დაკავშირებული იგივე გადახრები, რაც სავალდებულო არბიტრაჟში. Marc Galanter, *Why the Haves Still Come Out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change*, 9 *Law & Soc'y Rev.* 95 (1974), (განიხილავს სასამართლო სისტემის დადებით შედეგებს განმეორებით მოთამაშესთან დაკავშირებით). იხ., აგრეთვე, გორდონი, ზემოაღნიშნული სქოლიო 3033, 274-275 (სასამართლო პროცესმა ვითარება შეატრიალა მომხმარებლების საწინააღმდეგოდ).

<sup>323</sup> იხ. Gordon, ზემოაღნიშნული სქოლიო 3033, 282-იდან (ციტირებულია: რამდენიმე ემპირიული შესწავლა შეერთებულ შტატებში).

<sup>324</sup> Niedermaier, ზემოაღნიშნული სქოლიო 305, 18; ZPO, ზემოაღნიშნული სქოლიო 321, § 1031(5).

<sup>325</sup> იხ. Margaret L. Moses, *Privatized "Justice,"* 36 *Loy. U. Chi. L.J.* 535, 545-47 (2005).

<sup>326</sup> იხ. არბიტრაჟის შესწავლა, ზემოაღნიშნული სქოლიო 306.

<sup>327</sup> იქვე, მე-2 ნაწილი, 31 (მომხმარებელს ეძლევა შეზღუდული დრო საარბიტრაჟო ხელშეკრულებიდან გამოსვლაზე განცხადების წარსადგენად).

<sup>328</sup> იქვე, მე-2 ნაწილი, 32 (კონკრეტული ტიპის საჩივრები „გამოყოფილია“ საარბიტრაჟო ხელშეკრულებიდან, ანუ არ ექვემდებარება საარბიტრაჟო წესით განხილვას).

<sup>329</sup> იქვე, მე-2 ნაწილი, 57 (რწმუნებულის ჰონორარი და ხარჯები კონტრაქტის საფუძველზე ნაწილდება მხარეებს შორის).

<sup>330</sup> იქვე, მე-2 ნაწილი, 51 (კონტრაქტი ასაჯაროებს არბიტრაჟის რისკებს, როგორებიცაა შეზღუდული გასაჩივრებები).

სასამართლო განხილვა ფორმის სავალდებულობის მოთხოვნის ბუნებრივი გაძლიერებაა. ამ კუთხით მნიშვნელოვანი როლი შეასრულა ევროკავშირის საბჭოს დირექტივამ 93/13/EEC (საბჭოს დირექტივა 93)<sup>331</sup>. საბჭოს დირექტივა 93 აცხადებს, რომ ნებისმიერი სავალდებულო საარბიტრაჟო შესწორება, სავარაუდოდ, არ არის სამართლიანი.<sup>332</sup> რამდენადაც ეს შესწორებები ოფიციალურად არ არის გამორიცხული, ევროპული თანამეგობრობის სასამართლოს შემდგომ გადაწყვეტილებებში ისინი ფიგურირებენ როგორც საჯარო წესრიგის ნაწილი და განხილული უნდა იქნეს ევროკავშირის ეროვნული სასამართლოების მიერ *sua sponte* (ნებაყოფლობით) მიუკერძოებლობისთვის და საბჭოს 93-ე დირექტივის შესაბამისად.<sup>333</sup>

ერთ-ერთი პრობლემა მოთხოვნის ფორმულირებისა და მასთან დაკავშირებული სასამართლო კონტროლის გაფართოებისას არის გაზრდილი ხარჯები. გაფართოებული სასამართლო მიმოხილვა თითოეულ ინდივიდუალურ საქმეში გაახანგრძლივებდა დავის გადაწყვეტისათვის საჭირო დროს და ძირს გამოუთხრიდა არბიტრაჟის დასრულებულობის მნიშვნელოვან პრინციპს.<sup>334</sup> უფრო მეტიც, ზოგადი სამართლის პრინციპის – *stare decisis* („გადაწყვეტილზე დგომა“) გარეშე სხვადასხვა ქართველი მოსამართლის შედეგები შეიძლება ყოფილიყო ურთიერთსაწინააღმდეგო. ეს გამოიწვევდა დაბნეულობას და ხელშეკრულების შემუშავებლებს გაუძნელებოდათ მართებული ხელშეკრულებების ჩამოყალიბება. ქართული სასამართლო სისტემა ისევ ეწყობა კანონს არბიტრაჟზე და მის ნორმებს სასამართლოს შეზღუდულ ჩარევასთან დაკავშირებით. გაფართოებული სასამართლო კონტროლი საწინააღმდეგოდ მოაბრუნებდა ამ ტენდენციას და გამოიწვევდა დაბნეულობას.

## გ. საკითხის გადაწყვეტა „L“-ის („გასაჯაროება, არბიტრის დანიშვნა, ლიცენზირება“) ღონისძიებებით

არბიტრაჟის საკითხის გადაჭრის საუკეთესო საშუალებები აერთიანებს ღონისძიებებს, რომლებიც განკუთვნილია არბიტრაჟის პროცესის სრულყოფისათვის, მომხმარებლების გამორიცხვის გარეშე. გადაჭრა ფოკუსირდება სამ საკითხზე: გასაჯაროება, არბიტრის დანიშვნა და ლიცენზირება.

### 1. გასაჯაროება

არბიტრაჟის პროვაიდერებს უნდა მოეთხოვებოდეს სავალდებულო არბიტრაჟთან დაკავშირებული საბაზისო მონაცემების შეზღუდული რაოდენობის გასაჯაროება. ინფორმაცია შეიძლება მოიცავდეს: (I) არამომხმარებელი მხარის იდენტიფიკაციას; (II) დავის ტიპს; (III) არბიტრ(ებ)ის იდენტიფიკაციას; და (IV) შედეგს. იდეალურ შემთხვევაში პროვაიდერებმა ეს ინფორმაცია უნდა გახადონ საჯარო ვებგვერდებზე ან მოთხოვნისამებრ. როგორც მინიმუმ, ის უნდა მიეწოდოს სათანადო სახელმწიფო ორგანოებს, მათ შორის თანამდებობაზე დანიშვნის უფლების მქონე დამოუკიდებელ ინსტანციას (IAA, ქვემოთ). კალიფორნიამ ამ ბოლო დროს დაადგინა ანალოგიური გასაჯაროების რეჟიმი<sup>335</sup> დადებითი შედეგების მისაღებად.<sup>336</sup> თუმცა მხოლოდ გასაჯაროება ვერ შეცვლის მომხმარებლის ქცევას, ის ხელს შეუწყობდა გამჭვირვალობას და გააუმჯობესებდა ტრიბუნალის ქმე-

<sup>331</sup> საბჭოს დირექტივა 93/13/EEC, 5 აპრილი, 1993, არასამართლიან პირობებზე მომხმარებელთა კონტრაქტებში, 1993 O.J. (L 095) 29-34, <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31993L0013:en:HTML>>.

<sup>332</sup> მე-3(1) მუხლი, დანართი.

<sup>333</sup> ნიდერმეიერი, ზემოაღნიშნული სქოლიო 3055, 18.

<sup>334</sup> ფერმერი, ზემოაღნიშნული სქოლიო 2899, 2363-2364.

<sup>335</sup> იხ. კალიფორნიის სამოქალაქო პროცესულური კოდექსი §1281.96(ა) (დასავლეთი, 2015).

<sup>336</sup> იგი საშუალებას აძლევდა საზოგადოებას, უკეთ შეესწავლა არბიტრაჟის მუშაობა. იხ. *Fellows M., The Same Result as in Court, More Efficiently: Comparing Arbitration and Court Litigation Outcomes*, Metro. Corp. Couns. 2006, 32 <<http://www.metrocorpocounsel.com/pdf/2006/July/32.pdf>>. (არბიტრაჟის მონაცემების გაანალიზების შესაძლებლობა განპირობებული იყო წესების გასაჯაროებით.)

დებას,<sup>337</sup> საშუალებას მისცემდა ხალხს, შეეფასებინა, სისტემატური პრობლემა იყო თუ არა კონკრეტულ პროვაიდერთან. მას შეიძლება, იძულებული გაეხადა კიდევ ზოგი კომპანია, თავიდან მოეცილებინა საექვო პროვაიდერი. I-ს, აგრეთვე, მიაწვდიდა ინფორმაციას IAA-ს (ქვემოთ) მოსალოდნელ მიუკერძოებლობაზე და ინდივიდუალურ პირებს მოამარაგებდა უკეთესი ინფორმაციით პროვაიდერის დანიშვნის პროცესში.

## 2. არბიტრის დანიშვნა

კანონი არბიტრაჟზე იცავს ტიპური კანონის წესებს არბიტრის დანიშვნაზე. ეს წესები არის სათანადო საერთაშორისო არბიტრაჟისთვის და შიდასახელმწიფოებრივი არბიტრაჟისათვის კომერციულ მონაწილეებს შორის,<sup>338</sup> მაგრამ დანიშვნის პროცესი საჭიროებს მოდიფიცირებას სავალდებულო სამომხმარებლო არბიტრაჟისათვის, სადაც ცალკეული არბიტრი ინიშნება პროვაიდერის მიერ. მიუკერძოებლობა მოითხოვს, რომ ცალკეული არბიტრი იყოს ნამდვილად ნეიტრალური და ობიექტური. კანონი უნდა აუზღოვებდეს არბიტრის მიუკერძოებლობას პროვაიდერის ჩამოშორებით დანიშვნის პროცესიდან. კანონი არბიტრაჟზე უკვე უზრუნველყოფს პრობლემის ნაწილობრივ გადაჭრას: როდესაც არის ერთი არბიტრი, მხარეები უნდა ეცადონ, დასთანხმდნენ მის დანიშვნას, მაგრამ თუ შეთანხმება ვერ ხერხდება, მხარემ შეიძლება მოითხოვოს სასამართლოს დანიშვნა.<sup>339</sup> ეს ძალაში იქნება, თუ მხარეები არ თანხმდებიან სხვადასხვა პროცესზე. პრობლემის ერთი გადაწყვეტა არის მხარეებისთვის არჩევანის შესაძლებლობის ჩამორთმევა სხვაგვარად შესათანხმებლად და ეს უნდა გახდეს წესი, რომელიც მოითხოვება სამომხმარებლო არბიტრაჟის დასანიშნავად.<sup>340</sup> სასამართლოს დანიშვნას აქვს ხარვეზები. სასამართლოები არ არიან ჩართულნი არბიტრაჟში რეგულარულად და შეიძლება არ გააჩნდეთ შესაბამისი არბიტრაჟის არჩევის უნარი.<sup>341</sup> სასამართლოები არიან აგრეთვე დაკავებული და მართლმსაჯულების „ბორბალს“ დიდი დრო სჭირდება, რომ იმოქმედოს დანიშვნაზე.<sup>342</sup> საბოლოოდ, ერთ-ერთი სპეციალისტის თანახმად, საქართველოს სასამართლოები არ არიან მონდომებულები დანიშვნის პროცესში მონაწილეობის მისაღებად.<sup>343</sup>

თუ მხარეები ვერ თანხმდებიან, უკეთესი გადაწყვეტა არის დანიშვნის სიმძიმის გადატანა IAA-ზე (თანამდებობაზე დანიშვნის დამოუკიდებელ ინსტანციაზე). IAA შეიძლება იყოს პიროვნება ან ინსტიტუტი, როგორცაა, მაგალითად, საქართველოს ადვოკატთა ასოციაციის (GBA) პრეზიდენტი ან თვით GBA.<sup>344</sup> ის შეიძლება იყოს საქართველოს საარბიტრაჟო ასოციაცია ან გარე ორგანიზაცია; აგრეთვე, შეიძლება იყოს სპეციალურად მომზადებული და სპეციალური უფლებამოსილებით აღჭურვილი ორგანო, დანიშნული იუსტიციის სამინისტროს მიერ. მთავარია არბიტრების დანიშვნის უფლებამოსილების ჩამორთმევა დისკრედიტებული ინსტიტუტებისთვის. არბიტრაჟის კანონის 2015 წლის შესწორებებმა გააფართოვა დანიშვნის უფლებამოსილებები და სასამართლოებთან ერთად უფლება მიეცა „ნებისმიერ ინსტიტუტს“. ასე რომ, კანონი ამ მიმართულებით ხორციელდება.<sup>345</sup>

<sup>337</sup> მეორე მხრივ, ზოგი შეიძლება ამაყად აგრძელებდეს ფასიან მომსახურებას, როგორც დაკავშირებული საქმიან მოღვაწეობასთან.

<sup>338</sup> ერთ-ერთი ადგილობრივი სპეციალისტი რეკომენდაციას უწევდა ქართველი არბიტრების ერთობლივ შერჩევას. Giorgi Narmania, *Party-Appointed Arbitrators: Past, Present and Future*, 2014 Alt. Disp. Resol. Y.B. Tbilisi St. U., 106, 120-21.

<sup>339</sup> კანონი არბიტრაჟზე, ზემოაღნიშნული სქოლიო 104, მე-11(3) (ბ) მუხლი.

<sup>340</sup> *გორდონი*, ზემოაღნიშნული სქოლიო 3033, 285 (სამომხმარებლო არბიტრაჟის დანიშვნისათვის რეკომენდირებს სასამართლოს მხრიდან და ერთობლივ დადასტურებას).

<sup>341</sup> Akseli, ზემოაღნიშნული სქოლიო, 126, 252.

<sup>342</sup> იქვე.

<sup>343</sup> იხ. *Tsertsvadze, Commentary*, ზემოაღნიშნული სქოლიო 77, 105-06.

<sup>344</sup> იხ. *Redfern A., Hunter M., Law and Practice of International Commercial Arbitration* 3<sup>rd</sup> ed., 1999, 200.

<sup>345</sup> იხ. განმარტებითი ბარათი, ზემოაღნიშნული სქოლიო 125, §(ა) (ა.გ.) („არბიტრ(ებ)ის დანიშვნის წესებთან დაკავშირებული მეორე ცვლილება კონკრეტულად ადგენს, რომ არბიტრები შეიძლება ინიშნებოდნენ“).

მხარის ავტონომიის პრინციპის შესანარჩუნებლად გამოყენებული უნდა იქნეს სიების სისტემა. ამერიკის საარბიტრაჟო ასოციაცია და სხვა გაერთიანებები იყენებენ სიების სისტემას.<sup>346</sup> UNCITRAL-ის არბიტრაჟის მოდელური წესებით, მაგალითად, თუ მხარეები ვერ თანხმდებიან ცალკეულ არბიტრზე, დანიშვნის უფლების მქონე დამოუკიდებელი ორგანიზაცია თითოეულ მხარეს გადასცემს პოტენციური არბიტრების იდენტიურ სიას.<sup>347</sup> თითოეულ მხარეს ეძლევა დროის შეზღუდული პერიოდი, რა დროშიც უნდა დააბრუნოს სია, საიდანაც ამოღებული ექნება გვარები (მიზეზის გარეშე),<sup>348</sup> დარჩენილი გვარები რანჟირებული იქნება უპირატესობის მინიჭებით.<sup>349</sup> შემდეგ ეს დამოუკიდებელი უფლებამოსილი ორგანიზაცია მხარეების უპირატესობებზე დაყრდნობით ნიშნავს არბიტრს.<sup>350</sup> თუ საერთო გვარები არ ფიგურირებს ორივე მხარის მიერ დაბრუნებულ სიებში, უფლებამოსილი ორგანიზაცია საკუთარი ნებით ნიშნავს არბიტრს.<sup>351</sup> თუმცა სიით დანიშვნის სისტემა უფრო ნელია, ვიდრე უშუალოდ პროვაიდერის დანიშვნა. მხარეებს საშუალება ეძლევა, გამოხატონ საკუთარი არჩევანი და თავი იგრძნონ პროცესის ნაწილად, რაც მნიშვნელოვანი პრინციპია, რომელიც გამოტოვებულია ქართულ სამომხმარებლო არბიტრაჟში.<sup>352</sup> სიების სისტემა მხარეებს იცავს აგრეთვე IAA-ს გამოვლენილი მიუკერძოებლობისაგან. ის არბილებს განმეორებითი მოთამაშის პრობლემას, ვინაიდან პროვაიდერები არ აკონტროლებენ არბიტრების სიას და არბიტრებს არ გააჩნიათ სტიმული, დახმარება გაუწიონ ინსტიტუციურ მხარეებს. ის, აგრეთვე, გააუმჯობესებს არბიტრაჟის აღქმებს მოსახლეობაში.

IAA-სთვის ძალაუფლების მინიჭებას აქვს ორი ნაკლი: პირველი – ის შეანელებს პროცესს, როდესაც შევადარებთ უშუალოდ პროვაიდერის დანიშვნას, განსაკუთრებით, სიების სისტემის გამოყენებისას.<sup>353</sup> მაგრამ სამართლიანობის ზრდა და მისი აღქმა შეიძლება ღირდეს იმ გაზრდილ დროდ, რომელიც იხარჯება დანიშვნაზე; მეორე – ის არ იქნება პოპულარული პროვაიდერებში, ვინაიდან ისინი დაკარგავენ კონტროლს არბიტრის დანიშვნაზე.<sup>354</sup> ამავე დროს, თუ ამ ინსტიტუტებს სურთ, განაგრძონ მსხვილმასშტაბიანი სამომხმარებლო საქმიანობის მიღება, ეს შეიძლება მათთვის იყოს ერთადერთი განხორციელებადი გზა გასაგრძელებლად. ალტერნატივა შეიძლება იყოს ბლანკეტური სამომხმარებლო არბიტრაჟის აკრძალვა.

---

ნებოდეს არა მხოლოდ სასამართლოს მიერ, არამედ ნებისმიერი დაწესებულების მიერ (თუ მხარეები არიან ამაზე შეთანხმებული)“).

<sup>346</sup> იხ., აგრეთვე, AAA-ს წესები, ზემოაღნიშნული სქოლიო 143, at R. 2013, 12.

<sup>347</sup> G.A. Res. 65/22, UNCITRAL-ის არბიტრაჟის წესები, 2010-ე მუხლი, 8, <<http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/arb-rules-revised/arb-rules-revised-2010-e.pdf>>, (ბოლოს ნანახია 7 ოქტომბერს, 2015), (შემდგომში – UNCITRAL-ის არბიტრაჟის წესები).

<sup>348</sup> შეერთებულ შტატებში გვარის ამოღებას (მიზეზის გარეშე) ზოგჯერ უწოდებენ არამოტივირებულ აცილებას.

<sup>349</sup> UNCITRAL-ის არბიტრაჟის წესები, ზემოაღნიშნული სქოლიო 350, მე-8 (2) მუხლი. არამოტივირებული აცილებების (არა აცილებები კონკრეტული მიზეზით) რაოდენობა შეიძლება შემცირდეს, რათა იყოს უფრო მაღალი ალბათობა, რომ დასახელდება მინიმუმ ერთი სათანადო პიროვნება და, ამრიგად, შემცირდება არბიტრის დანიშვნის შესაძლებლობები. იხ. მაგ., AAA Securities Arbitration Supplementary Procedures, R. 2009, 3(a), <[https://www.adr.org/cs/groups/commercial/documents/document/dgdf/mda0/~edisp/adrstg\\_004107~1.pdf](https://www.adr.org/cs/groups/commercial/documents/document/dgdf/mda0/~edisp/adrstg_004107~1.pdf)>. (ბოლოს ნანახია 23 თებერვალს, 2015).

<sup>350</sup> UNCITRAL-ის არბიტრაჟის ნორმები, ზემოაღნიშნული სქოლიო 350, მე-8(2) მუხლი.

<sup>351</sup> იქვე, მე-8 (2) (d) მუხლი.

<sup>352</sup> MacNeil, ზემოაღნიშნული სქოლიო 127, §27:3:6:1 (რომელიც აღნიშნავს მხარეთა თანაბარი მონაწილეობის მნიშვნელობას შერჩევის პროცესში).

<sup>353</sup> Douglas Earl McLaren, *Party-Appointed vs. List-Appointed Arbitrators: A Comparison*, 20 J. Int'l Arb. 233, 236 (2003).

<sup>354</sup> ერთ-ერთი ალტერნატივაა, მიეცეს პროვაიდერებს შესაძლებლობა, მართონ არბიტრის დანიშვნის პროცესი, მაგრამ გამოიყენონ სიების პროცედურა, რომელიც ღია იქნებოდა ყველა ლიცენზირებული არბიტრისა და მომხმარებლისთვის, გამოეყოთ საჯარო ხარჯებით დაფინანსებული ადვოკატი, რომელიც უფლებამოსილი იქნებოდა, დახმარებოდა მომხმარებლებს პროცედურის წარმართვაში. ეს შეიძლება, უფრო მეტად სასიამოვნო იყოს პროვაიდერებისთვის, თუმცა ნაკლებად იდეალური მომხმარებლებისთვის.

საბოლოოდ, IAA შეიძლება დაეხმაროს ამ ინსტიტუტებს რეპუტაციის ამაღლებაში, არბიტრაჟზე შემდგომი მოთხოვნის სტიმულირებით მომავალში.

### 3. ლიცენზირება

საქართველომ უნდა ჩამოაყალიბოს არბიტრის ლიცენზირების რეჟიმი. საქართველოს საარბიტრაჟო ასოციაცია იქნებოდა ბუნებრივი მხარე ამ პროგრამის დასაწესებლად, მაგრამ ის შეიძლება იმართებოდეს საქართველოს ადვოკატთა ასოციაციის, დავების ალტერნატიული გადაწყვეტის ეროვნული ცენტრის (NCADR)<sup>355</sup> ან სხვა პრესტიჟული ინსტიტუტის მიერ. ამ რეჟიმის მთავარი კომპონენტები იქნებოდა: შესასვლელი ტესტი უნარებსა და ეთიკაში, უწყვეტი განათლება, მკაცრი სახელმძღვანელო პრინციპების დაცვა ეთიკასა და კომპეტენციაში, და დისციპლინური პროცედურა. ლიცენზირების რეჟიმი ხელს შეუწყობდა კომპეტენციასა და პროფესიონალიზმს, ისევე როგორც საზოგადოებრივ ნდობას.<sup>356</sup> არბიტრების მომზადებით ძირითად სამედიატორო უნარებში არბიტრაჟის კანონის განხორციელების პირობას<sup>357</sup> მეტი ყურადღება მიექცეოდა და მხარეებს ექნებოდა უკეთესი შესაძლებლობები თავიანთი ფინანსური ურთიერთობების ურთიერთმოგებიანად მოსაწესრიგებლად.<sup>358</sup>

DAL-ის (გასაჯაროება, არბიტრის დანიშვნა და ლიცენზირება) სამივე კომპონენტი ერთმანეთს აძლიერებს. მაგალითად, ინფორმაციის გასაჯაროება მნიშვნელოვანი იქნებოდა IAA-სთვის მხარეების უზრუნველსაყოფად საარბიტრაჟო ნეიტრალური სიით, ხოლო ლიცენზირება იქნებოდა IAA-ს არბიტრთა სიის ხარისხის ძირითადი საკონტროლო მექანიზმი.

DAL განკუთვნილია არბიტრაჟის გასაუმჯობესებლად და არა მის შესაზღუდავად. ეს შესაბამეა ევროკავშირის ახალ დირექტივას დავების ალტერნატიულ გადაწყვეტაზე სამომხმარებლო დავებისათვის.<sup>359</sup> DAL ხელს უწყობს საზოგადოებრივ ნდობას არბიტრაჟისადმი, იცავს მომხმარებლებს ტენდენციურობისაგან და ინარჩუნებს არბიტრაჟის მნიშვნელოვან უპირატესობებს: ეფექტურობას, ღირებულებას, მოქნილობასა და პროცესის დასრულებულობას. გადაწყვეტილება ნაკლებად მავნებლური იყო, ვიდრე სრული აკრძალვა ან მოთხოვნების რთული ფორმა არაპროგნოზირებადი სასამართლო გადახედვით.

მაგრამ DAL არ არის სრულყოფილი. მონაცემების გასაჯაროება ინვესტს ახალი აღრიცხვების ხარჯებს, თუმცა ისინი უნდა იყოს მინიმალური. გასაჯაროება შეამცირებს კონფიდენციალობის დაცვას, თუმცა დაცვები, ძირითადად, ემსახურება განმეორებით მხარეს. მონაცემების გასაჯაროება შეიძლება გაერთიანდეს საკონტროლო უფლებამოსილებასთან, სისტემატური შეცდომების შემთხვევების გადახედვისა და დასჯის მიზნით,<sup>360</sup> თუმცა ეს უფრო გაართულებდა საკითხს და შეიძლება, არც კი ღირდეს მიღებული მოგება. გასაჯაროებით არბიტრები და პროვაიდერები შეცვლიან თავიანთ ქმედებებს (საჭირო დონემდე) შეცდომების ან მიუკერძოებლობის აღქმის თავიდან ასაცილებლად. ამ საკითხის ნათელყოფა საგრძნობ სარგებელს მოიტანს.

<sup>355</sup> The NCADR is located at Tbilisi State University. Its website is available at <<http://ncadr.tsu.ge/eng/2/news/52-ncadr-initiatives-for-business-law-reform>> (ბოლოს ნანახია 2015 წლის 23 თებერვალს).

<sup>356</sup> იხ. *Blechman M.D.*, ზემოაღნიშნული სქოლიო 314, 13.

<sup>357</sup> კანონი არბიტრაჟზე, ზემოაღნიშნული სქოლიო 104, 38-ე მუხლი.

<sup>358</sup> Teo Kvirikashvili, *Med-Arb / Arb-Med and Prospects of Their Development in Georgia*, 2014 *Alt. Disp. Resol. Y.B. Tbilisi St. U.* 51; *Raeschke-Kessler H.*, *The Arbitrator as Settlement Facilitator*, 21 *Arb. Int'l* 2005, 523, (discussing windows of settlement opportunity during arbitration).

<sup>359</sup> ევროპარლამენტის დირექტივა 2013/11/EU და საბჭოს 2013 წლის 21 მაისის დავების ალტერნატიული გადაწყვეტა მომხმარებელთა დავებისათვის, №2006/2004 და დირექტივა 209/22 EC, 2013 O.J. (L 165) 63 (წვერი სახელმწიფოებისგან მოითხოვს ADR-ის (დავების ალტერნატიული გადაწყვეტა) მექანიზმების განვითარებას მომხმარებელთა კონფლიქტებისთვის).

<sup>360</sup> იხ. *Farmer*, *supra* note 299, at 2369-93 (recommending provider liability for systemic bias). However, systemic bias would be difficult to define and penalize. Civil liability would also achieve little for Georgian consumers. Georgian law already provides for criminal liability for arbitrators. იხ. *Tsertsvadze*, *Commentary*, *supra* note 77, at 115.



დანიშვნის პროცესის ჩამორთმევა პროვაიდერებისთვის იქნება მკაცრი საშუალება, მაგრამ გადაწყვეტილება არის განხორციელებადი და არ უნდა გამოიწვიოს ეკონომიკური ზარალი პროვაიდერებისთვის ან არბიტრებისთვის. რამდენადაც ეს გადაწყვეტილება იძლევა სავალდებულო სამომხმარებლო არბიტრაჟის გადარჩენის საშუალებას, იგი არის სარგებლის მომტანი პროვაიდერებისთვის დრაკონულ ალტერნატივებთან შედარებით.<sup>361</sup> ლიცენზირება, აგრეთვე, გამოიწვევს კონტროლისა და დისციპლინური რეჟიმის შემოტანასთან დაკავშირებულ დამატებით ხარჯებს, რასაც გადაიხდიან არბიტრები ისე, რომ ჯამური შედეგი მათ მიმართ იყოს მინიმალური; ასევე იქნება ადმინისტრაციული ხარჯებიც, მიმართული არბიტრაჟის დახვეწისაკენ.

## VII. დასკვნა

მიუხედავად ქვეყნის არბიტრაჟის პრობლემური ისტორიისა, ქართველები მაინც მიმართავენ არბიტრაჟს დავების გადასაწყვეტად. ეს კარგი ნიშანია. რეკომენდებული ცვლილებებით არბიტრაჟის კანონმა უნდა წაახალისოს საერთაშორისო ინვესტიციები, ხელი შეუწყოს ქვეყნის შიდა ეკონომიკურ აქტივობას და შეამსუბუქოს განსახილველი საქმეებით გადატვირთული სასამართლოები. კანონი არსებითად გაუმჯობესებულია წინა არბიტრაჟის სისტემასთან შედარებით, მაგრამ იგი კვალავ განვითარების პროცესშია. კანონის მსგავსებები UN-CITRAL-ის ტიპურ კანონთან ადგენს ნაცნობ სტრუქტურას ბევრი მონაწილისათვის.

კანონის ნაკლოვან მხარეებზე რეაგირება შეიძლება კანონიერი შესწორებებით. თუ კანონი იძლევა უფრო მეტ სიცხადეს, ნაკლები იქნება გაუგებრობა, შეუსაბამობა და მისი არასწორად გამოყენება. მნიშვნელოვანი საკითხები უკავშირდება სასამართლოების როლს. ისტორიის მიხედვით, ქართული სასამართლოები ეჭვით უყურებენ საარბიტრაჟო გადაწყვეტილებებს, განსაკუთრებით მომხმარებლებთან დაკავშირებულთ. რამდენიმე დამატებითი შესწორება, როგორცაა, მაგალითად, რემისიის პროცესისა და საჯარო წესრიგის განმარტების დამატება, დაეხმარება სასამართლოებს, დაიცვას მხარეები კანონის არასწორად გამოყენებისაგან, არბიტრაჟის განვითარებისათვის ზიანის მიუყენებლად. საქართველოს უზენაესმა სასამართლომ დაამტკიცა მზაობა უცხოური საარბიტრაჟო გადაწყვეტილებების აღსრულებაზე საშინაო ფირმების მიმართ. საჯარო წესრიგზე შემდგომი სიცხადის შემოტანით სასამართლო პრაქტიკა გახდება ბრწყინვალე მაგალითი სხვა განვითარებადი ქვეყნებისთვის.

არბიტრაჟისათვის ძირითადი მუქარა საქართველოში და სადმე სხვაგანაც არის სავალდებულო სამომხმარებლო არბიტრაჟის გამოყენება. თუმცა არსებობს მკაცრი გადაწყვეტილებები, როგორცაა სარგებლის მიღების მიზნით მოქმედი პროვაიდერების აკრძალვა ან გამორიცხვა, უფრო დაზუსტებულ მიდგომას შეიძლება ჰქონოდა უფრო მეტი აზრი. ყველაზე დიდი ალბათობით წარმატებული იქნებოდა გადაწყვეტილება, რომელიც დააბალანსებდა ყველა დაინტერესებული მხარის გათვალისწინებებს და ძირეულ მიზეზებზე (განმეორებითი მოთამაშისა და არბიტრის დანიშვნის პრობლემები) რეაგირების მცდელობებს.

სხვა განვითარებადმა ქვეყნებმა შეიძლება ისწავლონ საქართველოს გამოცდილებიდან. არბიტრაჟი იქნება მძლავრი ინსტრუმენტი, რომელიც ხელს შეუწყობს ეფექტურობასა და ეკონომიკურ აქტივობას. ის შეიძლება, აგრეთვე, გახდეს იარაღი, რომელიც უარყოფს ინდივიდუალური პირების ფუნდამენტურ უფლებებს. როგორც საქართველო სწავლობს, მომხმარებელთა მნიშვნელოვანი დაცვა უნდა დადგეს საშინაო არბიტრაჟში სოციალური საჭიროებების დასაკმაყოფილებლად. განმეორებითი მოთამაშის პრობლემებზე რეაგირება უნდა ხდებოდეს პროექტირების ეტაპზე. განმარტებული და კონტროლირებადი უნდა იყოს სასამართლოების განსაკუთრებული როლი. ეთიკის ნორმები მიღებული და აღსრულებული უნდა იყოს დასაწყისიდანვე. ფართო პროფესიონალური განათლება და მუდმივი გადამზადება იქნება მთავარი ინგრედიენტი. გარკვეული შესწორებებით საქართველოს არბიტრაჟი შეიძლება გახდეს მოდეული განვითარებადი მსოფლიოსთვის.

<sup>361</sup> იხ. *Blechman M.D.*, ზემოაღნიშნული სქოლიო 314, 14-15 (რეკომენდირებს იმ პროვაიდერების აკრძალვის შესახებ, რომლებიც მოქმედებენ მოგების მიზნით); *ტყემალაძე ს.*, ახალი კანონი, ზემოაღნიშნული სქოლიო 733, 671 (რეკომენდირებს სამომხმარებლო არბიტრაჟის შეზღუდვის შესახებ).

## აღმოკაბის როლი სამოქალაქო სამართლებრივი დავების მედიაციის პროცესში

სტატიაში განხილულია ქართულ სამართალში სამოქალაქო სამართლებრივი დავების მედიაციის პროცესში ადვოკატთა წარმომადგენლობით უფლებამოსილებასთან დაკავშირებული საკითხები. ნაშრომში მნიშვნელოვანი ადგილი დაეთმო მედიაციის პროცესში ადვოკატის მონაწილეობის მიზანშეწონილობის შეფასებას; აგრეთვე განხილულია ადვოკატის მიერ მედიაციის, როგორც დავის გადაწყვეტის ალტერნატიული ფორმის, ინიცირების საკითხი; განისაზღვრა ადვოკატის მიერ კლიენტის საუკეთესო ინტერესების გამოკვლევის შედეგად საკუთარი სამოქმედო სტრატეგიისა და ტაქტიკის შემუშავების მეთოდოლოგია; ნაშრომში აგრეთვე განისაზღვრა ადვოკატის მიერ საქმისა და კლიენტის მომზადებისათვის განსახორციელებელი პროცედურები. საბოლოოდ, მსჯელობის შედეგად ჩამოყალიბდა საკანონმდებლო რეკომენდაციები.

**საკანონო სიტყვები:** მედიაცია, ადვოკატი, საკანონმდებლო რეგულირება, ეთიკა.

### 1. შესავალი

მედიაცია დავის გადაწყვეტის ერთ-ერთი არაფორმალური საშუალებაა. „ეს არის მხარეთა თავისუფალ ნებაზე დამყარებული პროცედურა, რომლის დროსაც დავის საბოლოოდ გადაწყვეტის უფლების არქონე მედიატორი სისტემატურად უწყობს ხელს მხარეთა შორის კომუნიკაციას, რათა შესაძლებელი გახადოს მოდავეთა თვითპასუხისმგებლობაზე დამყარებული შეთანხმების მიღწევა“.<sup>1</sup> საერთაშორისო მედიაციის პრაქტიკას უფრო ხანგრძლივი ისტორია აქვს, ვიდრე თეორიულს.<sup>2</sup> მეოცე საუკუნის 70-80-იანი წლებში ეს ინსტიტუტი სწრაფად განვითარდა ისეთ ქვეყნებში, როგორებიცაა: აშშ, ავსტრალია, კანადა, ინგლისი და უელსი.<sup>3</sup>

საქართველოში მედიაციის ინსტიტუტი საკანონმდებლო ცვლილებების შედეგად დამკვიდრდა. საქართველოს სამოქალაქო საპროცესო კოდექსი (შემდგომში – სსსკ) განსაზღვრავს სავალდებულო სასამართლო მედიაციის საშუალებით განსახილველ დავებს, თუმცა შეთანხმების არსებობის შემთხვევაში, სასამართლო მედიაცია ნებისმიერ კერძო სამართლებრივ დავას განიხილავს.<sup>4</sup>

\* სამართლის მაგისტრი, თსუ-ის იურიდიული ფაკულტეტი.

<sup>1</sup> Hopt K. J., Steffek F., Mediation: Rechtsvergleich, Regelungsmodelle, Grundsatzprobleme, in: Hopt K. J., Steffek F., Mediation, Rechtstatsachen. Rechtsvergleich, Regelungen, “Mohr Siebeck”, Tübingen, 2008, 12. ციტირებულია: ცერცვაძე გ., დავის გადაწყვეტის ალტერნატიული ფორმა – მედიაცია (ზოგადი მიმოხილვა), დავის გადაწყვეტის ალტერნატიული მეთოდების სამეცნიერო-კვლევითი ინსტიტუტი, თბ., 2010, 37, <[http://d252441.u-telcom.net/books/Full\\_Version/sajaro/mediacia.pdf](http://d252441.u-telcom.net/books/Full_Version/sajaro/mediacia.pdf)>.

<sup>2</sup> Kleiboer M., Understanding Success and Failure of International Mediation, Journal of Conflict Resolution, VOL. 40. No. 2, 1996, 360, <<http://www.engagingconflict.it/ec/wp-content/uploads/2012/06/Kleiboer-understanding-Success-and-Failure-of-International-Mediation.pdf>>.

<sup>3</sup> Alexander N.M., Global Trends in Mediation: Riding the Third Wave, Centrale für Mediation, Otto Schmidt Verlag DE, 2003, 7.

<sup>4</sup> აქვე უნდა აღინიშნოს, სსსკ-ის 187<sup>3</sup>-ე მუხლის 1-ლი ნაწილით შეზღუდულია სასამართლო მედიაციის კომპეტენცია და განსაზღვრულია, რომ სასამართლო მედიაციის ფარგლებში შესაძლებელია განიხილებოდეს საოჯახო სამართლიდან წარმოშობილი დავები, გარდა შვილად აყვანისა, შვილად აყვანის ბათილად ცნობისა, მშობლის უფლების შეზღუდვისა და მშობლის უფლების ჩამორთმევისა. სასამართლო მედიაცია უფლებამოსილია, განიხილოს სამეზობლო და სამემკვიდრეო სამართლიდან წარ-

მედიაციის საშუალებით დავის გადაწყვეტა გამართლებულია, თუკი ამ გზით ხერხდება მხარეთა საუკეთესო ინტერესების დაკმაყოფილება და პროცესი არ იქცევა ფინანსური და დროის რესურსის კლიენტის ინტერესთა საწინააღმდეგოდ ფლანგვად. ამის მიღწევა ბევრად არის დამოკიდებული პროცესში ადვოკატთა მონაწილეობაზე.

ადამიანები, რომლებიც ფრთხილად ემზადებიან მედიაციისათვის, როგორც წესი, აღწევენ უკეთეს შედეგებს, ვიდრე ისინი, ვინც ამას არ აკეთებენ.<sup>5</sup> ამდენად, გასაოცარია, თუ რატომ იწყებენ ადამიანები მოლაპარაკებას სათანადო მომზადების გარეშე.<sup>6</sup> ამ ეტაპზე ადვოკატის სწორად განხორციელებული ქმედებები განსაზღვრავს არა მხოლოდ კონკრეტული კლიენტის ინტერესების განხორციელებას, არამედ საზოგადოების მხრიდან მედიაციისადმი ნდობის დამკვიდრებას, ინსტიტუტის განვითარებას.

„ჯერჯერობით ქართველი კანონმდებელი მხოლოდ ეპიზოდური რეგულირებით შემოიფარგლება“<sup>7</sup> და მედიაციის რეგულირებასთან დაკავშირებული დისკუსია საქართველოში მხოლოდ ახლა იწყება.<sup>8</sup> შესაბამისად, სამოქალაქოსამართლებრივი დავების მოსამზადებელ ეტაპზე ადვოკატთა როლის საკითხიც უპასუხოდაა დარჩენილი, სახეზეა კანონმდებლობის ხარვეზი. ეს ზრდის საკითხის კვლევის მნიშვნელობას, საქართველოს კანონმდებლობაში შემდგომში განსახორციელებელი ცვლილებების წარმოჩენის მიზნით“.

ნაშრომის მიზანია ქართულ სამართალში სამოქალაქოსამართლებრივი დავების მედიაციის მოსამზადებელ ეტაპზე ადვოკატთა წარმომადგენლობით უფლებამოსილებასთან დაკავშირებული საკითხების კვლევა, ადვოკატთა მიმართ ვალდებულებათა, მოთხოვნათა დადგენა. შემუშავდება კანონმდებლობის სრულყოფის რეკომენდაციები.

მიზანი მიიღწევა კვლევის ანალიტიკური, ისტორიული, შედარებითსამართლებრივი მეთოდების გამოყენებით. გაანალიზდება აღნიშნულ საკითხთან მიმართებით მნიშვნელოვნად მიჩნეული რეგულაციები.

შესავლის შემდგომ, ნაშრომის მეორე თავი დაეთმობა მედიაციის პროცესში ადვოკატის მონაწილეობის მიზანშეწონილობის შეფასებას; მესამე თავში განიხილება ადვოკატის მიერ მედიაციის, როგორც დავის გადაწყვეტის ალტერნატიული ფორმის, ინიცირების საკითხი; მეოთხე თავი განსაზღვრავს ადვოკატის მიერ კლიენტის საუკეთესო ინტერესების გამოკვლევის შედეგად საკუთარი სამოქმედო სტრატეგიისა და ტაქტიკის შემუშავებას; მეხუთე თავი შეეხე-

---

მოშობილი 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-ის 187<sup>3</sup> 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 სხვ. განსახილველი დავის საგნები თითოეულ შემთხვევაში კანონმდებლობით ცალკეულად არის განსაზღვრული. სანოტარო მედიაციით განსახილველი დავები დადგენილია ნოტარიატის შესახებ საქართველოს კანონის 38<sup>1</sup>-ე მუხლის 1-ლი ნაწილით. ამ შემთხვევაში სანოტარო მედიაცია უფრო შეზღუდულია და ამ მედიაციის საშუალებით 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 მე-80 დადგენილების მე-2 მუხლის ე) პუნქტით განისაზღვრება სამედიცინო მედიაციით განსახილველი დავა. სსმ, 29.02.2012; საქართველოს ორგანული კანონი შრომის კოდექსის 48<sup>1</sup>-ე მუხლი 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, მე-12<sup>1</sup> მუხლი, 02.06.2011, [ცვლილების რედაქცია: სსმ, 21623, 20.05.2013].

<sup>5</sup> Lewicki & Hiam, 2006, 41-70, ციტირებულია: Craver C. B., *Effective Legal Negotiation and Settlement*, Sixth edition, 2009, 46.

<sup>6</sup> Craver C. B., *Effective Legal Negotiation and Settlement*, Sixth Edition, 2009, 46.

<sup>7</sup> *ცერცვაძე გ.*, მედიაციის სამართლებრივი რეგულირების პერსპექტივები საქართველოში, ივ. 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].

<sup>8</sup> იქვე.

ბა ადვოკატის მიერ საქმის შესაბამის მომზადებას; მეექვსე თავში განიხილება კლიენტის მომზადება პროცესისათვის; დასკვნაში ჩამოყალიბდება კვლევის შედეგად მიღებული რეკომენდაციები.

## 2. მედიაციის პროცესში ადვოკატის ჩართვის მიზანშეწონილობის შეფასება

სტატისტიკის თანახმად, სამოქალაქოსამართლებრივი დავების უმრავლესობა გადაიჭრება მედიაციის საშუალებით.<sup>9</sup> მედიაციის სტანდარტულ შემთხვევებში მოიაზრება პროცესის მიმდინარეობა მხოლოდ მხარეთა მონაწილეობით, თუმცა წარმომადგენელთა, ადვოკატთა ჩართულობას მედიაციის პროცესში ითვალისწინებს *Uniform Mediation Act*.<sup>10</sup> კერძოდ, ამ აქტის მე-10 მუხლის თანახმად, „ადვოკატს ან სხვა ინდივიდს, რომელსაც აქვს მინიჭებული უფლება-მოსილება, არის დანიშნული მხარის მიერ, შეუძლია, მხარესთან ერთად მიიღოს მონაწილეობა მედიაციის პროცესში“.<sup>11</sup> აქტი მხარეებს ანიჭებს არჩევანის თავისუფლებას. არ არის დადგენილი მოთხოვნა, რომ წარმომადგენელი ჩაერთოს პროცესში, თუმცა ეს შესაძლებელია.

დღესდღეობით, ზოგიერთ სახელმწიფოში, მედიაციის პროცესზე ადვოკატისა და კლიენტის ერთობლივი დასწრება ნორმად ითვლება. ასეთ დროს მოლაპარაკებებს, ძირითადად, ადვოკატი აწარმოებს (მაგალითად, განქორწინების საკითხთან დაკავშირებული მედიაციისას). ის, თუ როგორ გადაწყდება ეს საკითხი, მიიჩნევა ადგილობრივი კულტურის, ასევე დავის ალტერნატიული გადაწყვეტის საშუალებათა გაერთიანებების გავლენის შედეგად.<sup>12</sup> თუმცა ფაქტია, რომ 21-ე საუკუნის სამოქალაქოსამართლებრივი დავების მედიაციის პროცესში დომინირებენ ადვოკატები, რომლებიც სხვა სახის პროცესებში წარმომადგენლობას „გაურბიან“.<sup>13</sup>

იურიდიულ ლიტერატურაში გავრცელებული შეხედულების თანახმად, მხარეთა წარმომადგენლები ადვოკატები არიან, და ისინი, ალტერნატიული განსაკუთრებული უფლებამოსილებებით, იცავენ მარწმუნებელთა კანონიერ ინტერესებს. სამოქალაქო სამართლის თეორიაში დღეს აღიარებულია შეხედულება, რომ გარიგებას დებს წარმომადგენლის პიროვნება, ხოლო შედეგები წარმოდგენილი პირის მიმართ დგება. ის, რომ წარმომადგენლის მეშვეობით გარიგების შედეგები წარმოდგენილ პირს ეხება, ემყარება მოქმედი პირების ნებას და კანონს, რომელიც აღიარებს ამ პირთა ნებას.<sup>14</sup>

„საქართველოს სამოქალაქო საპროცესო კოდექსი სასამართლო მედიაციის თავში არაფერს ამბობს მხარეთა წარმომადგენლებზე (ადვოკატებზე), თუმცა კანონის სიტყვასიტყვითი განმარტებიდან თუ ამოვალთ, გამოდის, რომ სიტყვა „მხარეში“ იგულისხმება როგორც უშუალოდ დავის მონაწილე პირი, ასევე მისი წარმომადგენელიც. შესაბამისად, რაიმე განსაკუთრებული ხაზგასმა ადვოკატის მონაწილეობის შესახებ მედიაციის პროცესში ცალკე საკანონმდებლო ნორმის სახით საჭირო არ არის. აქედან გამომდინარე, შეიძლება ითქვას, რომ მედიაციის პროცესში თავისუფლად შესაძლებელია ადვოკატების მონაწილეობა“.<sup>15</sup>

<sup>9</sup> *Melnick J. D.*, Lost Opportunities in Mediation, *Westlaw Journal Securities Litigation and Regulation*, Vol. 19, issue 4, 2013, 1, <<http://www.jamsadr.com/files/Uploads/Documents/Articles/Melnick-Opportunities-Mediation-2013-06-25.pdf>>.

<sup>10</sup> აღნიშნული აქტი მიღებულ იქნა 2001 წელს.

<sup>11</sup> *Uniform Mediation Act*, მუხლი 1, <<http://www.mediate.com/articles/umafinalstyled.cfm>>.

<sup>12</sup> *Coltri L. S.*, *Alternative Dispute Resolution a Conflict Diagnosis Approach*, 2nd Edition, University of Maryland, University College, 2010, 78.

<sup>13</sup> *Rubin M. A.*, *Spector B. F.*, Ethical Conundrums For the 21<sup>st</sup> Century Lawyer/Mediator “Toto I’ve got a Feeling We’re Not in Kansas Any More”, *American Journal of Mediation*, Vol. 2, 2008, 75.

<sup>14</sup> *ჭანტურია ლ.*, სამოქალაქო სამართლის ზოგადი ნაწილი, სახელმძღვანელო, თბ., 2011, 422.

<sup>15</sup> *ცერცვაძე გ.*, მედიაციის სამართლებრივი რეგულირების პერსპექტივები საქართველოში, ივ. ჯავახიშვილის სახელობის თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტის დავის ალტერნატიული გადაწყვეტის ნაციონალური ცენტრი, თბ., 2013, 238, <<http://ncadr.tsu.ge/admin/upload/7706Edited-Final-Version-final.pdf>, [05.07.2013].

საქართველოში საადვოკატო საქმიანობასთან დაკავშირებულ საკითხებს აწესრიგებს „საქართველოს კანონი ადვოკატთა შესახებ.“ „ადვოკატს უფლება აქვს, წარმოადგინოს და დაიცვას კლიენტი, მისი უფლებები და თავისუფლებები საკონსტიტუციო, უზენაეს და საერთო სასამართლოებში, არბიტრაჟში და გამოძიების ორგანოებში, სხვა ფიზიკურ და იურიდიულ პირებთან“.<sup>16</sup> ამ ნორმითაც უშუალოდ მედიაციის პროცესში ადვოკატის მონაწილეობა არ არის გათვალისწინებული, თუმცა, ვინაიდან დაშვებულია კლიენტის წარდგენა „სხვა ფიზიკურ და იურიდიულ პირებთან“, დგინდება, რომ ადვოკატს აქვს უფლება, იყოს წარმომადგენელი მედიაციის პროცესში.

*Model Rules of Professional Conduct*<sup>17</sup> განსაზღვრავს შემთხვევებს, როდესაც ადვოკატმა არ უნდა წარმოადგინოს კლიენტი, ხოლო როდესაც ურთიერთობა უკვე არსებობს, შეწყვიტოს იგი.<sup>18</sup> აქედან გამომდინარე, დგინდება, რომ საქმეში წარმომადგენლად დანიშვნამდე, მოსამზადებელ ეტაპზე, ადვოკატი ვალდებულია, გამოიკვლიოს მისი წარმომადგენლად ჩართვის მიზანშეწონილობა, არსებობს თუ არა წარმომადგენლობაზე უარის თქმის საფუძველი. თუ პასუხი აღმოჩნდება დადებითი, შემდგომი ნაბიჯები უნდა იყოს ამ გარემოების შესაბამისი. აღნიშნული მოთხოვნის გაუთვალისწინებლობა უარყოფითი შედეგების მომტანი იქნება კლიენტისათვის, ვინაიდან იგი უშედეგოდ დაკარგავს დროსა და ფინანსურ რესურსს.

როგორც აღინიშნა, მანამ, სანამ განისაზღვრება მედიაციის პროცესში ადვოკატის წარმომადგენლობის საკითხი, აუცილებელია დადგინდეს, რამდენად მიზანშეწონილია ეს. რა მოიზარება „მიზანშეწონილობის“ ცნებაში? ამის განსაზღვრისას გასათვალისწინებელია კონკრეტული ფაქტორები. კერძოდ: ის დადებითი თუ უარყოფითი შედეგები, რაც ზოგადად არის დამახასიათებელი მედიაციის პროცესში ადვოკატის ჩართულობისათვის; ყოველი კონკრეტული საქმის გარემოებები, სპეციფიკა; იმ ადვოკატის პიროვნული თუ საკვალიფიკაციო მახასიათებლები, რომელიც წარმომადგენლად მოიზარება.

აღნიშნული ფაქტორების გათვალისწინება აუცილებელია, ვინაიდან მხარეთა წარმომადგენლების მოქმედება, როგორც წესი, მნიშვნელოვნად განსაზღვრავს პროცესის შედეგებს.

## 2.1. მედიაციის პროცესში ადვოკატის მონაწილეობის შესაძლო დადებითი შედეგები

ადვოკატთა უმთავრესი როლი მედიაციის პროცესში გამოიხატება მხარეთათვის (წარმოდგენილ პირთათვის) რჩევა-დარიგების მიცემით, მხარეთა ინფორმირებით განსახილველ საკითხთან დაკავშირებით.<sup>19</sup> ადვოკატებს შეუძლიათ, აუხსნან კლიენტს მედიაციის პროცესის არსი და ამ პროცესის დადებითი მხარეები; მოამზადონ კლიენტი თანამშრომლობითი მოლაპარაკებისათვის; ეფექტურ ადვოკატს შეუძლია, დაეხმაროს კლიენტს სანდო მედიატორის მოძიებაში, რომელიც თავს გაართმევს დავის საგანს.<sup>20</sup> ეთიკური თვალსაზრისით, მედიატორს ეკრძალება მედიაციის პროცესის მიმდინარეობისას სამართლებრივი რჩევების გაცემა.<sup>21</sup> ე.ი. ადვოკატთა ჩართულობა საჭიროა იმისათვის, რათა განუმარტონ მხარეებს მათი სამართლებრივი მდგომარეობა, რაც მათ დაეხმარება საკუთარი ინტერესების უკეთ გაცნობიერებაში.<sup>22</sup> გარდა ამისა, წარმომადგენლები ვალდებული არიან, მხარეებს მიაწოდონ ინფორმაცია პროცე-

<sup>16</sup> საქართველოს კანონი ადვოკატთა შესახებ, მე-4 მუხლი, 1-ლი ნაწილი. № 976 20.06.2001.

<sup>17</sup> The ABA Model Rules of Professional Conduct მიღებული 1983 წელს. ეს აქტი წარმოადგენს ეთიკურ წესებს. მან ჩაანაცვლა 1969 მიღებული აქტი “Model Code of Professional Responsibility”.

<sup>18</sup> ABA Model Rules of Professional Conduct, 1.16 მუხლი.

<sup>19</sup> ცერცვაძე ვ., მედიაციის სამართლებრივი რეგულირების პერსპექტივები საქართველოში, ივ. ჯავახიშვილის სახელობის თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტის დავის ალტერნატიული გადაწყვეტის ნაციონალური ცენტრი, თბ., 2013, 236, <<http://ncadr.tsu.ge/admin/upload/7706Edited-Final-Version-final.pdf>>[05.07.2013].

<sup>20</sup> Coltri L.S., Alternative Dispute Resolution a Conflict Diagnosis Approach, Second edition, University of Maryland, University College, 2010, 79.

<sup>21</sup> იქვე, 80.

<sup>22</sup> იქვე, 79.

სის მიმდინარეობის შესახებ.<sup>23</sup> ამის გათვალისწინებით, დგინდება, რომ კლიენტის სამართლებრივი დაცულობისა და პროცესის მიმდინარეობის შესახებ ინფორმირებულობის უზრუნველყოფის მიზნით, სასურველია ადვოკატის ჩართულობა.

უნდა აღინიშნოს, მედიაციის პროცესში ადვოკატთა მონაწილეობის ერთ-ერთ საუკეთესო შედეგად მოიაზრება ის, რომ ადვოკატის დახმარებით, ინტერესთა ანალიზისა და მომზადების საფუძველზე, მარტივად ხდება ურთიერთობის შედეგად მიღწეული შეთანხმების საუკეთესო ალტერნატივის (შემდგომში – BATNA) ნათელყოფა. იურისტი ეხმარება კლიენტს, გამოარკვიოს მისი ქვეცნობიერი ინტერესი, ღირებულებები, საჭიროებები და პრინციპები.<sup>24</sup>

იურისტს შეუძლია, დაამშვიდოს აღელვებული და შეშინებული კლიენტი. იმ შემთხვევაში, თუკი გამოიყენება შეფასებითი მედიაცია,<sup>25</sup> წარმომადგენელი კიდევ უფრო მეტად მუშაობს კლიენტთან იმისათვის, რათა დაარეგულიროს მისი არაკეთილგონივრული მოლოდინები.<sup>26</sup>

მედიაციის პროცესში ადვოკატის ჩართულობის კიდევ ერთი დადებითი შედეგი არის ის, რომ ეს გარემოება აბალანსებს მხარეთა უთანასწორობას. ნარჩუნდება „ნეიტრალურობა“<sup>27</sup> პროცესში.<sup>28</sup>

ყოველივე ზემოაღნიშნულის შესაბამისად, ხაზგასმული დადებითი ფაქტორების გათვალისწინებით დგინდება, რომ, იმისათვის, რათა საზოგადოებამ მიიღოს მაქსიმალური სარგებელი მედიაციისაგან, საჭიროა პროცესში წარმომადგენელთა ჩართვა, თუმცა ფრთხილად.<sup>29</sup> პირები, რომლებიც პროცესში არ სარგებლობენ ადვოკატის წარმომადგენლობით, სავარაუდოდ, ვერ მოემზადებიან და ვერ მოახერხებენ საკუთარი პოზიციების ეფექტურ წარმოჩენას.<sup>30</sup>

## 2.2. მედიაციის პროცესში ადვოკატის მონაწილეობის შესაძლო უარყოფითი შედეგები

ზოგიერთი ინდივიდის მხრიდან ადვოკატის წარმომადგენლობა მედიაციის პროცესში უარყოფით შედეგებს იმსახურებს.<sup>31</sup> ასეთი დამოკიდებულების საფუძველად რიგი ქვემოთ განხილული გარემოებებისა სახელდება:

<sup>23</sup> *ცერცვაძე გ.*, მედიაციის სამართლებრივი რეგულირების პერსპექტივები საქართველოში, ივ. ჯავახიშვილის სახელობის თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტის დავის ალტერნატიული გადაწყვეტის ნაციონალური ცენტრი, თბ., 2013, 236, <<http://ncadr.tsu.ge/admin/upload/7706Edited-Final-Version-final.pdf>, [05.07.2013].

<sup>24</sup> *Coltri L. S.* Alternative Dispute Resolution a Conflict Diagnosis Approach, 2<sup>nd</sup> Edition, University of Maryland, University College, 2010, 80.

<sup>25</sup> თეორიაში განასხვავებენ სამი ძირითადი სახის მედიაციას. ესენია: შეფასებითი (evaluative), ხელისშემწყობი (facilitative) და ტრანსფორმაციული (transformative). ხელისშემწყობი მედიაციის დროს მედიატორი აადვილებს მხარეთა შორის ურთიერთობებს. მას შეუძლია, დასვას შეკითხვები, უზრუნველყოს პროცესის მიმდინარეობა. იგი თავს იკავებს შენიშვნებისა და რეკომენდაციების გაცემისაგან და მხარეებს საშუალებას აძლევს, თავად მიიღონ გადაწყვეტილება. მედიატორის ძირითადი მიზანია მხარეთა ინტერესების გამოკვეთა. ტრანსფორმაციული მედიაციის მეთოდის გამოყენებით მხარეებს საშუალება ეძლევათ, ორიენტირებული იყვნენ არა მხოლოდ მათთვის სასარგებლო გადაწყვეტილებაზე, არამედ გაითვალისწინონ მეორე მხარის მოთხოვნები. მედიატორი საშუალებას აძლევს მხარეებს, გაიგონ დაპირისპირებული მხარის საჭიროებები. რაც შეეხება შემაჯამებელ მედიაციას, ამ დროს მედიატორი აფასებს არსებულ ვითარებას, აძლევს რჩევებს მხარეებს, სთავაზობს დავის გადაწყვეტის გზებს, აქტიურ გავლენას ახდენს საბოლოო გადაწყვეტილების შინაარსის ჩამოყალიბებაზე.

<sup>26</sup> *Coltri L. S.*, Alternative dispute resolution a Conflict Diagnosis Approach, Second edition, University of Maryland, University College, 2010, 80.

<sup>27</sup> ნეიტრალურობა მიიჩნევა მედიაციის პროცესის ერთ-ერთ ფუნდამენტურ პრინციპად.

<sup>28</sup> *Helm B., Scott S.*, Advocacy in Mediation, ციტირებულია: *Kestner P.B.* Education and Mediation: Exploring the Alternatives, American Bar Association, 1988, 382.

<sup>29</sup> *Riskin L.L.*, Mediation and lawyers, Ohio State Law Journal, Vol. 43:29, 1982, 41, <<http://Heinonline.org>>.

<sup>30</sup> *Folberg J., Rosenberg J., Barret R.*, Use of ADR in California Courts: Findings & Proposals, University of San Francisco law review, Vol. 26, 1992, 394.

<sup>31</sup> *Clark B.*, Lawyers and mediation, United Kingdom, 2012, 105.

ზოგჯერ მედიაციის პროცესში მონაწილეობა ადვოკატებმა შესაძლებელია, ბოროტად გამოიყენონ და, არაკეთილსინდისიერების შემთხვევაში, დავა, გარკვეული მატერიალური სარგებლის მიღების მიზნით შეგნებულად განელონ დროში.<sup>32</sup> ამასთან, ზოგიერთი იურისტი, ანგარების ან იურისტთა სტანდარტული მსოფლმხედველობის გამო შესაძლებელია, შეეცადოს კლიენტის ყურადღების გადატანას დავის გადანყვეტის წინააღმდეგობრივ მეთოდზე.<sup>33</sup> იურისტს შეუძლია, მედიაცია აქციოს დაპირისპირებულ მდგომარეობად, რომელიც მოლაპარაკებას გადაიყვანს შეჯიბრებით და მწვავე კონფლიქტში.<sup>34</sup> აგრეთვე, ადვოკატებს შესაძლებელია, გაუჭირდეთ მედიაციის პროცესში წარმომადგენლის როლთან ადაპტაცია.<sup>35</sup>

ადვოკატის ჩართულობის ერთ-ერთ უარყოფით შედეგად აგრეთვე მიიჩნევა ის, რომ კლიენტი, პრობლემისათვის თვალის გასწორების ნაცვლად, შესაძლებელია, დამოკიდებული გახდეს ადვოკატზე. მოლაპარაკებას აწარმოებდეს მხოლოდ იურისტი, და არა მხარე.<sup>36</sup>

აგრეთვე, ადვოკატს შეუძლია, მედიაცია გამოიყენოს როგორც მონაწილემდეგე მხარის კონფიდენციალური ინფორმაციის მიღების საშუალება.<sup>37</sup>

ხსენებულ მიზეზთა გამო, ზოგიერთ შემთხვევაში მედიატორი შეგნებულად ცდილობს, შეამციროს ან გამორიცხოს იურისტთა მონაწილეობა პროცესში. ასეთი შემთხვევები განსაკუთრებით ხშირია გაყრის, ბავშვის მეურვეობის და სხვა ოჯახური დავების მედიაციის დროს.<sup>38</sup>

### **2.3. ადვოკატის მიერ მედიაციის საშუალებით დავის გადანყვეტის გონივრულობის შეფასება, როგორც აუცილებლობა, ყოველი კონკრეტული საქმის გარემოებების გათვალისწინებით**

ზოგადად, კონფლიქტის არსებობის შემთხვევაში, მხარეებს აქვთ საკითხის გადანყვეტის სამი შესაძლო ალტერნატივა: 1. დავისათვის თავის შეგნებულად არიდება, კონფლიქტის არსებობის იგნორირება; 2. თავდასხმითი რეაგირება, რაც მოიცავს სამართლებრივ დავას, ფიზიკურ ან სიტყვიერ კამათს, დაშინებას; 3. შემრიგებლური რეაგირება, რაც მოიაზრებს მოლაპარაკების წარმოებას, მედიაციას.<sup>39</sup>

ე.ი. მოლაპარაკების წარმოება ყოველთვის არ არის საუკეთესო არჩევანი. ზოგიერთ შემთხვევაში, მხარეთა ინტერესების დაკმაყოფილებისათვის, საუკეთესო გადანყვეტა შესაძლებელია იყოს არა მორიგება, არამედ მათი დავის მესამე პირის (მოსამართლის ან არბიტრის) მიერ გადანყვეტა.<sup>40</sup>

ამ საკითხის გადასაწყვეტად – არის თუ არა მედიაცია კონკრეტულ შემთხვევაში დავის გადაჭრის შესაბამისი საშუალება, აუცილებელია ყოველი მოცემული მდგომარეობის მახასიათებლების გათვალისწინება.<sup>41</sup>

<sup>32</sup> *ცერცვაძე გ.*, მედიაციის სამართლებრივი რეგულირების პერსპექტივები საქართველოში, ივ. ჯავახიშვილის სახელობის თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტის დავის ალტერნატიული გადანყვეტის ნაციონალური ცენტრი, თბ., 2013, 240, <<http://ncadr.tsu.ge/admin/upload/7706Edited-Final-Version-final.pdf>>, [05.07.2013].

<sup>33</sup> *Coltri L. S.*, *Alternative Dispute Resolution a Conflict Diagnosis Approach*, Second edition, University of Maryland, University College, 2010, 80.

<sup>34</sup> იქვე, 81.

<sup>35</sup> *Clark B.*, *Lawyers and mediation*, United Kingdom, 2012, 106.

<sup>36</sup> *Coltri L. S.*, *Alternative Dispute Resolution a Conflict Diagnosis Approach*, Second edition, University of Maryland, University College, 2010, 80.

<sup>37</sup> იქვე, 81.

<sup>38</sup> *Ware S. J.*, *Principles of Alternative Dispute Resolution*, Second edition, Printed in the United States of America, 2003, 274.

<sup>39</sup> *Jernigan M., Lord R. B.*, *The Mediator's Role in the Family Business*, *American Journal of mediation*, Vol. 2, 2008, 53, <[Heinonline.org](http://Heinonline.org)>.

<sup>40</sup> *Glick T.*, *Creative Mediation*, North Charleston, 2012, 99.

<sup>41</sup> *Hames D. S.*, *Negotiation Closing Deals, Settling disputes and Making Team Decisions*, Printed in the United States of America, 2012, 11.

შემდეგი გარემოებების არსებობის შემთხვევაში, მედიაციის წარმატების ალბათობა მატულობს: მოდავე მხარეთა შორის უკვე არსებობს ურთიერთანამშრომლობის სხვა შემთხვევა; დავა არ გრძელდებოდა ხანგრძლივად; არსებობს მორიგების „იძულების“ გარე ფაქტორები, ზენოლა; დავა არის დაბალი ან საშუალო სიმწვავის;<sup>42</sup> მხარეებს აქვთ გაცნობიერებული საკუთარი მიზნები;<sup>43</sup> არსებობს იმის შესაძლებლობა, რომ კლიენტი მედიაციის საშუალებით მიიღებს უფრო ფასეულ შედეგებს, ვიდრე ეს მოხდება კონფლიქტის გაგრძელების შემთხვევაში; მხარეთათვის ძნელია ან შეუძლებელი პირდაპირი მოლაპარაკების<sup>44</sup> წარმოება.<sup>45</sup> მოლაპარაკება აგრეთვე მაშინაა მიზანშეწონილი, თუკი ორივე მხარეს სურს ერთმანეთისაგან რაიმეს მიღება.<sup>46</sup> ასევე გამართლებულია მაშინ, როდესაც: მხარეთა შორის არსებობს კომუნიკაციის პრობლემა; სახეზეა მათ კულტურათა შორის არსებითი სხვაობა; ამავე საქმეზე დავის გადაწყვეტის სხვა საშუალება აღმოჩნდა წარუმატებელი.<sup>47</sup>

საყურადღებოა, რომ მედიაციის საშუალებით დავის გადაწყვეტა არ არის შესაფერისი იმ კლიენტისათვის, რომლის ინტერესთა დაკმაყოფილებაც მხოლოდ სასამართლოსათვის მიმართვის გზითაა შესაძლებელი.<sup>48</sup> მედიაცია ვერ იქნება წარმატებული ვერც არათანასწორი მხარეების დავის შემთხვევაში.<sup>49</sup>

როგორც ზემოთაც აღინიშნა, ადვოკატს, კლიენტთან კონსულტაციების გავლის შემდგომ, ყოველი კონკრეტული საქმის სპეციფიკისა და დეტალების გათვალისწინებით, უნდა ჰქონდეს ამ საკითხის სწორად გადაწყვეტის უნარი.<sup>50</sup> გადაწყვეტილების მიღების პროცესში ადვოკატი უნდა მოქმედებდეს კლიენტის საუკეთესო ინტერესებიდან გამომდინარე.<sup>51</sup>

## 2.4. მედიაციის მიმართ ადვოკატის დამოკიდებულების შეფასების აუცილებლობა, როგორც მისი წარმომადგენლად დანიშვნის წინაპირობა

იურისტთა უმრავლესობას არც ესმის მედიაცია და არც აქვთ ამის სურვილი. როგორც მინიმუმ, არსებობს ამის სამი მიზეზი: იურისტთა მსოფლმხედველობა სამყაროს მიმართ, ეკონომიკური ფაქტორები და თანამედროვე სამართლის პრაქტიკის სტრუქტურა, მედიაციის სფეროში ტრენინგების სიმცირე.<sup>52</sup>

სტატისტიკურად არსებობს დაახლოებით 85%-იანი შანსი იმისა, რომ მედიაციის საშუალებით დავა მოგვარდება. ამის გათვალისწინებით, ადვოკატი აღნიშნულ ინსტიტუტს უნდა აღიქვამდეს როგორც დავის განხილვის საბოლოო ინსტანციას, და კლიენტიც შესაბამისად უნდა მოამზადოს.<sup>53</sup>

<sup>42</sup> *Domenici K., Littlejohn S.W.*, Mediation Empowerment in Conflict Management, Printed in the United States of America, 2<sup>nd</sup> ed., 2001, 41.

<sup>43</sup> იქვე, 42.

<sup>44</sup> აქვე უნდა აღინიშნოს, რომ ძირითადი მახასიათებელი, რაც განასხვავებს მედიაციასა და პირდაპირ მოლაპარაკებებს, არის მედიატორის ჩართულობა.

<sup>45</sup> *Folberg G.*, Mediation The Roles of Advocate and Neutral, Second edition, Printed in the United States of America, 2011, 242.

<sup>46</sup> *Hames D. S.*, Negotiation, Closing Deals, Settling Disputes, and Making Team Decisions, Printed in the United States of America, 2012, 11.

<sup>47</sup> *Folberg J., Rosenberg J., Barrett R.*, Use of ADR in California Courts: Findings & Proposals, University of San Francisco Law Review, Vol 26, 1992, 410.

<sup>48</sup> *Ware S.J.*, Principles of Alternative Dispute Resolution, Second edition, Printed in the United States of America, 2003, 311.

<sup>49</sup> *Leviton S. C., Greenstone J. L.*, Elements of Mediation, Printed in the United States of America. 2004, 38.

<sup>50</sup> *Berman L.J.*, Mediations's Evolution in Social: Where it has been and where it is going, Published in Advocate Magazine, 2012, 2, <<http://www.mediationtools.com/articles/EvolutionMediationSoCal.html>>.

<sup>51</sup> *Garner B.*, (Editor), Black's Law Dictionary, 2<sup>nd</sup> ed., Thomson West, 2004, 1315.

<sup>52</sup> *Riskin L.L.*, Mediation and Lawyers, Ohio State Law Journal, Vol. 43:29, 1982,43, <<http://Heilonline.org>>.

<sup>53</sup> *Mann V. J.*, The Mediation Paradox: Collaborative Combat, 2011, 10, <<http://www.jamsadr.com/files/Uploads/Documents/Articles/Mann-Mediation-Paradox-2011.pdf>>.



ABA Model Rules of Professional Conduct-ის 1.1 მუხლი ადგენს, რომ ადვოკატი უნდა ფლობდეს შესაბამის „უნარებს“ იმისათვის, რათა გახდეს წარმომადგენელი მედიაციის პროცესში. აქვე ისმის კითხვა: რა მოიაზრება „უნარების“ ცნებაში? განმარტება არის შემდეგი: იმისათვის, რათა ადვოკატმა ჯეროვნად განახორციელოს საკუთარი წარმომადგენლობითი ხასიათის უფლებამოსილება მედიაციის პროცესში, საკმარისი არ არის მხოლოდ სამართლის ცოდნა, პრაქტიკა, და ის ჩვევები, რაც დავის გადაწყვეტის სხვა საშუალებების გამოყენებისას არის საჭირო; არც ისაა საკმარისი, რომ დავის გადაწყვეტა შინაარსობრივად გადაწყვეტადი იყოს მედიაციის საშუალებით.

ადვოკატი ვალდებულია, იცნობდეს მედიაციის სპეციფიკას, აცნობიერებდეს მისი გამოყენების თანმდევ შესაძლო დადებით თუ უარყოფით შედეგებს; ჰქონდეს პიროვნული თუ პროფესიული მახასიათებლები, რაც მედიაციის პროცესში წარმომადგენლობის წინაპირობად მიიჩნევა; თავად იყოს მედიაციის პროცესის მიმართ ნდობით განწყობილი.

ე.ი. ადვოკატებს, მედიაციის პროცესში წარმომადგენლობის შემთხვევაში, გარდა მათ მიმართ ზოგადად დადგენილი მოთხოვნებისა, უნდა დაეკისროთ დამატებითი ვალდებულება, რაც გამოიხატება მათი პიროვნული დამოკიდებულების შეფასებით მედიაციის მიმართ.

აქვე აღსანიშნავია, რომ ადვოკატთა ახალ თაობას ბოლო დროს მეტი ცოდნა აქვს დავის ალტერნატიული გადაწყვეტის შესახებ.<sup>54</sup> კვლევების თანახმად, ისინი მედიაციას იმიტომ ირჩევენ, რომ სჯერათ ამ ინსტიტუტისა და ამას არ აკეთებენ ფინანსური სარგებლის მიღების მიზნით.<sup>55</sup> სწორედ ასეთი უნდა იყოს ადვოკატის პიროვნული დამოკიდებულება მედიაციის პროცესისადმი, რათა შეითავსოს და ჯეროვნად განახორციელოს ამ პროცესში წარმომადგენლის ფუნქცია.

### 3. მედიაციის საშუალებით დავის გადაწყვეტის ინიცირება ადვოკატის მიერ

ზოგადად, მედიაციის საშუალებით დავის გადაწყვეტის ინიცირება შესაძლებელია შემდეგი საშუალებებით:

1. მხარეთა მოთხოვნით.
2. ადვოკატის (წარმომადგენლის) ინიციატივით.
3. სხვა, იმ პირთა ინიციატივით, რომელთაც მხარეებთან საქმიანი ურთიერთობა აკავშირებთ.
4. სასამართლოს რეკომენდაციით.
5. კონტრაქტში გათვალისწინებული პირობით.<sup>56</sup>

ე.ი., შესაძლებელია, კლიენტები თავად ფლობდნენ ინფორმაციას დავის ალტერნატიული გადაწყვეტის საშუალებების შესახებ, ზოგიერთ სახელმწიფოში კი სასამართლო ერევა ამ საკითხში,<sup>57</sup> თუმცა ნაშრომში განსახილველი თემატიკის გათვალისწინებით, ამ ეტაპზე ინტერესის საგანია ადვოკატის მიერ მედიაციის საშუალებით დავის გადაწყვეტის ინიცირება. იმ შემთხვევაში, როდესაც კლიენტი სარგებლობს ადვოკატის მომსახურებით, სწორედ ადვოკატი არის შესაბამისი ფიგურა, რომელიც უნდა დაეხმაროს კლიენტს დავის გადაწყვეტის მეთოდების არჩევასა და შეფასებაში; თუ აღნიშნულ ფუნქციას სხვა პირი შეითავსებს, ეს შესაძლებელია ჩაითვალოს ადვოკატისა და კლიენტის ურთიერთობაში ჩარევად.<sup>58</sup> უდავოა, რომ სამართლებრივი კონსულტაციის განევისას ადვოკატებს ეძლევათ საშუალება, მხარეს შესთავაზონ

<sup>54</sup> Love L.P., Galton E., Stories Mediators Tell: The Editors' Reflections, Cardozo Law Review, Vol. 34, 2013, 2412, <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2351004](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2351004)>.

<sup>55</sup> Clark B., Lawyers and mediation, United Kingdom, 2012, 81.

<sup>56</sup> Leviton S. C., Greenstone J. L., Elements of Mediation, Printed in the United States of America. 2004, 10.

<sup>57</sup> Kovach K. K., Mediation Principles and Practice, Third edition, Printed in the United States of America, 2004, 128.

<sup>58</sup> Folberg J., Rosenberg J., Barrett R., Use of ADR in California Courts: Findings & Proposals, University of San Francisco law review, Vol. 26, 1992, 382.

მისი გადაჭრის რამდენიმე ალტერნატივა;<sup>59</sup> თუკი ადვოკატი მიიჩნევს, რომ სასამართლო წესით დავა ნებისმიერ შემთხვევაში არის ერთადერთი არჩევანი, მისი მხრიდან ასეთი დამოკიდებულება შეფასდება როგორც დაუდევრობა, უყურადღებობა.<sup>60</sup>

აქვე მნიშვნელოვანია აღინიშნოს, რომ მედიაციის პროცესში ადვოკატის ჩართულობასთან მიმართებით არსებობს ე.წ. *Two-track Representation* მიდგომა. ეს მოიაზრებს იმას, რომ ადვოკატებს შეუძლიათ, პარალელურ რეჟიმში განახორციელონ შემდეგი ქმედებები: წარმოადგინონ კლიენტი დავის პროცესში და ამავდროულად აწარმოონ მოლაპარაკება მისი სახელით. ერთი ადვოკატი შეითავსებს ერთ, ხოლო მეორე მეორე ფუნქციას.<sup>61</sup>

მნიშვნელოვანია შეთავაზების შესაბამისი ფორმის ჩამოყალიბება: მხარეთათვის მედიაციის საშუალებით დავის გადაწყვეტის შეთავაზებისას ადვოკატმა უნდა წარმოაჩინოს და ხაზი გაუსვას იმას, რომ ამ გზით მხარეები მოახერხებენ იმის მიღებას, რისი სურვილიც აქვთ დარის საჭიროებასაც განიცდიან. ინიცირებისას აუცილებელი არ არის მედიაციის ინსტიტუტის შესახებ ზოგადი საუბარი.<sup>62</sup>

### 3.1. კლიენტთან შეთანხმება მედიაციის საშუალებით დავის გადაწყვეტის შესახებ

იმ მოთხოვნის არსებობა, რომლის თანახმადაც იურისტები ვალდებული არიან, ურჩიონ კლიენტს მედიაციის საშუალებით დავის გადაწყვეტა, არის იმის გარანტი, რომ დავის ალტერნატიული გადაწყვეტის საშუალებებთან მიმართებით ამაღლება მოსახლეობის ცნობიერება, გაიზრდება ამ ინსტიტუტის გამოყენების სიხშირე. მიუხედავად იმისა, რომ ადვოკატთა მიმართ დადგენილი ამ ვალდებულების არსებობა დავის საგანია და საკითხისადმი არ არის ჩამოყალიბებული ერთგვაროვანი მიდგომა, ამ ვალდებულებას ითვალისწინებს *ABA Model Rule of Professional Conduct*-ის 1.4. მუხლი.<sup>63</sup>

საყურადღებოა ამ თვალსაზრისით აშშ-ში არსებული პრაქტიკა: ამერიკელ კლიენტთა უმრავლესობა დავის დაწყებამდე კონსულტაციას იღებს ადვოკატისაგან. იურისტებს შეუძლიათ, მათ გაუნიონ დახმარება მოლაპარაკებასა და დავას შორის არჩევანის გაკეთებაში. შტატების უმრავლესობა ავალდებულებს ადვოკატებს, რომ უზრუნველყოს კლიენტი ინფორმაციით დავის გადაჭრის ალტერნატიული საშუალებების შესახებ,<sup>64</sup> მათ შორის ერთ-ერთია მინესოტა.<sup>65</sup> ჯორჯიის შტატში კი მოქმედებს მოთხოვნა, რომლის თანახმად, ადვოკატთა გაერთიანების ყველა წევრს უნდა ჰქონდეს განათლება დავის ალტერნატიული გადაწყვეტის კუთხით.<sup>66</sup> ზოგადად, კანონმდებლობების რაოდენობა, რომელიც ადვოკატს ავალდებულებს დავის ალტერნატიული გადაწყვეტის საშუალებების გამოყენების შეთავაზებას, იზრდება.<sup>67</sup>

ბუნებრივია, რომ მედიაციის საშუალებით დავის გადაწყვეტის შეთავაზება არ ხდება წინაპირობების გარეშე. არსებობს რამდენიმე ფაქტორი, რომელიც ადვოკატმა მხედველობაში უნდა მიიღოს მედიაციის გამოყენების ინიცირებისას. ესენია: კლიენტის მხრიდან მორიგების

<sup>59</sup> *Rosenbaum J. M.*, How Lawyers Benefit From Early Neutral Evaluation, 2013, 1, <<http://www.law360.com/articles/426737/how-lawyers-benefit-from-early-neutral-evaluation>>.

<sup>60</sup> *Ware S. J.*, Principles of Alternative Dispute Resolution, Second edition, Printed in the United States of America, 2003, 13.

<sup>61</sup> *Kovach K.K.*, Mediation Principles and Practice, Third edition, Printed in the United States of America, 2004, 135.

<sup>62</sup> *Beer J. E., Packard C. C.*, The Mediator's Handbook, Printed in Canada, 4<sup>th</sup> ed., 2012, 19.

<sup>63</sup> *Kovach K. K.*, Mediation in a Nut Shell, Second edition, Thomson west, Printed in the United States of America, 2010, 121.

<sup>64</sup> *Nolan-Haley J.M.*, Alternative Dispute Resolution in a Nut Shell, Printed in the United States of America, Thomson West, 3<sup>rd</sup> ed., 2008, 112-113.

<sup>65</sup> *Kovach K.K.*, Mediation Principles and Practice, 3<sup>rd</sup> ed., Printed in the United States of America, 2004, 128.

<sup>66</sup> See Ga. R. ADR rule VIII (1999) ციტირებულია: *Kovach K.K.*, Mediation Principles and Practice, Third edition, Printed in the United States of America, 2004, 128.

<sup>67</sup> *Folberg G.*, Mediation The Roles of Advocate and Neutral, Second edition, Printed in the United States of America, 2011, 54.

სურვილი; მხარეთა შორის არსებული ურთიერთობის ბუნება; კლიენტის ფინანსური მდგომარეობა; დროის ფაქტორი; მხარეთა პოზიციები.<sup>68</sup>

ამას გარდა, შესაძლებელია, შეთავაზების ინიცირებისას ადვოკატს ჰქონდეს პროფესიული ვალდებულება, მიაწოდოს კლიენტს ინფორმაცია იმის შესახებ, თუ რა დადებითი და უარყოფითი მხარეებით ხასიათდება მედიაცია ან დავის გადაწყვეტის სხვა პროცესი.<sup>69</sup> საუკეთესო მიდგომაა საუბრის მედიაციის დადებითი მხარეების აღნიშვნით დაწყება.<sup>70</sup> ეს იქნება იმის გარანტი, რომ კლიენტი, როგორც მინიმუმ, ყურადღებით მოეკიდება შეთავაზებას, დაინახავს, რომ პროცესის არსი მიმართულია მისი ინტერესების დაკმაყოფილებისაკენ.

მედიაციის დადებითი მხარეების გაცნობის შემდეგ სასურველია პროცესის მიმდინარეობის ახსნა.<sup>71</sup> გასათვალისწინებელია ისიც, რომ დავის გადაჭრის შეთავაზება არასოდეს არ არის გვიან, თუნდაც სასამართლო დავის მიმდინარეობის პერიოდში, ან პროცესის წინა დღეს.<sup>72</sup>

### 3.2. ოპონენტთან შეთანხმება მედიაციის საშუალებით დავის გადაწყვეტის შესახებ

ზოგიერთ შემთხვევაში, ერთი მხარის მცდელობა, აწარმოოს მოლაპარაკება, შესაძლებელია, დასრულდეს უშედეგოდ, თუკი მოწინააღმდეგე მხარე არ არის ამით დაინტერესებული, ვერ ხედავს აზრს მოლაპარაკებაში.<sup>73</sup> ორივე მხარის მხრიდან ნების გამოვლენა კი არის მედიაციის წარმატებით დასრულების საწინდარი.<sup>74</sup>

ამის მიუხედავად, როგორც წესი, ადვოკატებს არ აქვთ იმის სურვილი, რომ ოპონენტის ადვოკატს შესთავაზონ მედიაციის საშუალებით დავის გადაწყვეტა. იმის კითხვა: თუკი მხარეს აქვს ძლიერი პოზიცია, რატომ უნდა სურდეს სასამართლო განხილვის თავიდან აცილება?<sup>75</sup> რეალურად, მოწინააღმდეგე მხარისათვის მედიაციის საშუალებით დავის გადაწყვეტის შეთავაზება არ ნიშნავს სისუსტის გამოვლენას. შესაძლებელია, ეს ქმედება ამგვარად აღიქმებოდა ჯერ კიდევ 10 წლის წინ, თუმცა ამჟამად ასე არ არის.<sup>76</sup> ესე იგი, აუცილებელია, ადვოკატებმა გააცნობიერონ, რომ მედიაციის საშუალებით დავის გადაწყვეტა არ ნიშნავს საკუთარი პოზიციის სისუსტის დადასტურებას. ამის გაცნობიერება თავისთავად გახდება ზემოაღნიშნული პრობლემის გადაჭრის წინაპირობა.

იმის მისაღწევად, რომ მხარე დასთანხმდეს მოლაპარაკების პროცესის დაწყებას, არსებობს შემდეგი გზები: დადგინდეს მისი საჭიროებები; განისაზღვროს მოლაპარაკების არარსებობის შედეგები; მნიშვნელოვანია მხარისათვის მხარდაჭერის შეპირება.<sup>77</sup> თავდაპირველად ადვოკატი უნდა შეეცადოს ოპონენტის რეალური საჭიროებებისა და ინტერესების გაგებას. მისი პოზიციის გაგება არ წარმოადგენს მასზე თანხმობას. თუმცა ეს გააადვილებს საკუთარი

<sup>68</sup> *Nolan-Haley J. M.*, *Alternative Dispute Resolution in a Nut Shell*, Printed in the United States of America, Thomson West, 3<sup>rd</sup> ed., 2008, 112-113.

<sup>69</sup> *Abramson H. I.*, *Mediation Representation Advocating as a Problem-solver in any Country or Culture*, 2<sup>nd</sup> ed., Printed in the United States of America, 2010, 129.

<sup>70</sup> *Murray O.R.*, *The Mediation Handbook: Effective Strategies For Litigators*, Revised ed., Bradford publishing company, Colorado, 2010, 44.

<sup>71</sup> იქვე, 46.

<sup>72</sup> *Berman L. J.*, *The Funnel of Conflict Resolution-Part one: The Stages of Conflict and Opportunities for Resolution*, Published by Mediate.Com, 2011, 2, <<http://www.mediate.com/articles/bermanfunnel.cfm>>.

<sup>73</sup> *Luecke R.*, *Harvard Business Essentials Your Mentor and Guide to Doing Business Effectively Negotiation*, Printed in the United States of America, 2003, 46.

<sup>74</sup> *Pel M.*, *Referral to Mediation a Practical Guide for an Effective Mediation Proposal*, The Hague, 2008, 71.

<sup>75</sup> *Abramson H. I.*, *Mediation Representation Advocating as a Problem-solver in any Country or Culture*, 2<sup>nd</sup> ed., Printed in the United States of America, 2010, 156.

<sup>76</sup> *Berman L. J.*, *Mediation's Evolution in Social: Where it Has Been and Where It Is Going*, Published in Advocate Magazine, 2012, 2, <<http://www.mediationtools.com/articles/EvolutionMediationSoCal.html>>.

<sup>77</sup> *Luecke R.*, *Harvard Business Essentials Your Mentor and Guide to Doing Business Effectively Negotiation*, Printed in the United States of America, 2003, 47.

პოზიციისათვის გადახედვას.<sup>78</sup> ამ ინფორმაციის ცოდნა გაამარტივებს ისეთი წინადადებების შეთავაზებას, რომლებიც ორივე მოდავე მხარისათვის იქნებოდა მოგებიანი.<sup>79</sup> შესაბამისად, დგინდება, რომ ოპონენტი მხარის ინტერესების გარკვევა აუცილებელია: აღნიშნული ინფორმაციის საფუძველზე ადვოკატს ეძლევა შესაძლებლობა, მისთვის მისაღები ფორმით მოახდინოს მედიაციის საშუალებით დავის გადაწყვეტის ინიცირება.

ყოველივე ზემოაღნიშნულის გათვალისწინება აუცილებელია მედიაციის მოსამზადებელ ეტაპზე, მედიაციის საშუალებით დავის გადაწყვეტის ოპონენტი მხარისათვის შეთავაზებისას.

#### **4. ადვოკატის მიერ, კლიენტის მოტივისა და საუკეთესო ინტერესების შესაბამისად, საკუთარი მოქმედების სტრატეგიის/ტაქტიკის განსაზღვრა**

იმ შემთხვევაში, თუ მედიაციის გამოყენებით დავის გადაჭრისას ადვოკატი იმოქმედებს დავის გადაჭრის სხვა საშუალებების გამოყენების შემთხვევაში მიღებული მიდგომით, პროცესი იქნება უშედეგო.

„როდესაც მედიაცია არის შესაბამისი გზა, ზოგადი მიდგომები არ არის მისაღები. პრობლემა ის, რომ, იურისტების აზრით, ასეთი მიდგომები მართებულია ნებისმიერ შემთხვევაში, სადაც ისინი მონაწილეობენ როგორც იურისტები“.<sup>80</sup> იურიდიული პრაქტიკა გაჯერებულია შეჯიბრებითობის ელემენტებით, დაწყებული კლიენტების მოპოვებით და შენარჩუნებით, დამთავრებული თავად შეჯიბრებითობის პროცესით. სტუდენტები ამის შესწავლას თავიდანვე იწყებენ სამართლის სკოლაში.<sup>81</sup>

ის ქმედებები, რომელთაც ადვოკატი ახორციელებს დავის წარმოების დროს, არ არის მისაღები კონფლიქტისათვის ოპტიმალური გადაჭრის გზის ძიებისას. ეს არ ნიშნავს იმას, რომ ყველა გზა, რომელიც დავისას გამოიყენება, არასაჭიროა, თუმცა მათ შორის ბევრი მართლაც შესაძლოა იყოს ასეთი.<sup>82</sup> უამრავი პრაქტიკოსი იურისტის აზრით, ადვოკატებმა უნდა ისწავლონ განსხვავებული სტრატეგიები და ტაქტიკა მედიაციის პროცესში გამოსაყენებლად, თუმცა ეს ჯერ კიდევ პრობლემატური საკითხია. ბევრ პრაქტიკოსს იურისტს არ უჩნდება ინტერესი, შეისწავლოს ადვოკატის პრაქტიკის ახალი და ინოვაციური მიდგომები, სანამ არ ექნება საკმარისი მოტივაცია, შეგრძნება, რომ არსებობს ამის მოთხოვნა და შემოსავალი იზრდება. მეტიც, ადვოკატთა საზოგადოება ხშირად ენერგიულად ეწინააღმდეგება ყოველგვარ ცვლილებას.<sup>83</sup>

აქვე აღსანიშნავია, რომ საქართველოს ადვოკატთა პროფესიული ეთიკის კოდექსი ადგენს კლიენტის ინტერესების უპირატესობის პრინციპს. კერძოდ, დადგენილია, რომ: „ადვოკატმა ყოველთვის უნდა იმოქმედოს კლიენტის ინტერესებიდან გამომდინარე და დააყენოს ისინი პირადი და სხვა პირების ინტერესებზე მაღლა, თუმცა კლიენტის ინტერესების დასაცავად ადვოკატის მოქმედებები უნდა შეესაბამებოდეს კანონმდებლობას და პროფესიული ეთიკის კოდექსს“.<sup>84</sup> ეს იძლევა იმ დასკვნის საფუძველს, რომ ადვოკატებს აქვთ ვალდებულება, საკუთარი სტრატეგია კლიენტის საუკეთესო ინტერესების შესაბამისად განსაზღვრონ. შესაბამისად, დგინდება, რომ აუცილებელია, ადვოკატმა განსაზღვროს საკუთარი სამოქმედო ტაქტიკა/სტრატეგია, მისი განსაზღვრისას კი უნდა გაითვალისწინოს კლიენტის მიერ დავის წამოწყების რეალური ინტერესი და მიზანი, რომლის მიღწევასაც იგი ცდილობს.

<sup>78</sup> *Jacobs-May J.*, The Psychology of Mediation, Edition of “The recorder” 2011, 1, <<http://www.jamsadr.com/files/Uploads/Documents/Articles/Jacobs-May-Recorder-04-04-11.pdf>>.

<sup>79</sup> *Craver C. B.*, Effective Legal Negotiation and Settlement, Sixth edition, 2009, 52.

<sup>80</sup> *Riskin L.L.*, Mediation and Lawyers, Ohio State Law Journal, Vol. 43:29, 1982, 45, <[Heinonline.org](http://Heinonline.org)>.

<sup>81</sup> *Kovach K.K.*, Lawyer Ethics in Mediation: Time for a Requirement of Good Faith, Alternative Dispute Resolution Yearbook, Tbilisi University Press, 148, <[http://www.library.court.ge/upload/lib\\_ADR.pdf](http://www.library.court.ge/upload/lib_ADR.pdf)>.

<sup>82</sup> *Murray O. R.*, The Mediation Handbook: Effective Strategies for Litigators, Revised ed., Bradford Publishing Company, Colorado, 2010, 41.

<sup>83</sup> *Kovach K.K.*, Lawyer Ethics in Mediation: Time For a Requirement of Good Faith, Alternative Dispute Resolution Yearbook, Tbilisi State University Press, 147, <[http://www.library.court.ge/upload/lib\\_ADR.pdf](http://www.library.court.ge/upload/lib_ADR.pdf)>.

<sup>84</sup> საქართველოს ადვოკატთა ეთიკის კოდექსი, მე-5 მუხლი.

კლიენტის საუკეთესო ინტერესების განსაზღვრისას გასათვალისწინებელია, რომ პიროვნების პოზიციებსა და ინტერესებს შორის არსებული განსხვავება გადამწყვეტია.<sup>85</sup> სწორედ კლიენტის ინტერესი<sup>86</sup> უნდა იყოს ადვოკატის ქმედებების განმსაზღვრელი ფაქტორი.

ამის უზრუნველსაყოფად ერთ-ერთი გამოსავალი იქნება ერთიანი სპეციალიზებული ეთიკური კოდექსის შემუშავება მათთვის, ვინც წარმოადგენს კლიენტებს მედიაციაში. შესაძლებელია, ალტერნატივად აგრეთვე მოიაზრებოდეს კომენტარების დამატება არსებულ კანონებში.<sup>87</sup>

ინტერესებთან მიმართებით საუბრისას აღსანიშნავია ისიც, რომ მოგვიანებით, პროცესის მიმდინარეობისას, მედიატორიც შეეცდება მათ დადგენას.<sup>88</sup> ამ გზით მედიატორს ექნება შესაძლებლობა, გაზარდოს მორიგების შესაძლო ალტერნატივათა რაოდენობა.<sup>89</sup> ადვოკატის მიერ მედიაციის მოსამზადებელ ეტაპზე ამ საკითხის სრული ნათელყოფა შემდგომში კლიენტს გაუმარტივებს მედიატორის შესაბამის კითხვებზე პასუხს.

#### 4.1. კლიენტის გამოკითხვა დავის წამოწყების რეალური მოტივისა და მისი ინტერესების თაობაზე

მანამ, სანამ პრობლემა გადაიჭრება, აუცილებელია დადგინდეს, თუ რა სახისაა იგი. თუმცა პრაქტიკა ნათელყოფს, რომ ზოგიერთ შემთხვევაში ადვოკატები მხედველობაში არ იღებენ კლიენტთა რეალურ ინტერესებს.<sup>90</sup> კლიენტებიც, თავის მხრივ, ხშირად არ ავლენენ მისწრაფებებს, როდესაც მათ, უბრალოდ, გამოკითხავენ ამის შესახებ.<sup>91</sup> ეს ხდება იმის მიუხედავად, რომ, რეალურად, სწორედ ინტერესები არის იმის მაჩვენებელი, თუ რა მიმართულებითაა საჭირო მუშაობა.<sup>92</sup>

ადვოკატს მოეთხოვება, რომ იყოს კარგი მსმენელი.<sup>93</sup> მან უნდა ჰკითხოს კლიენტს, თუ რა არის მისთვის მნიშვნელოვანი და რატომ? ეს შეკითხვა იძლევა საშუალებას, განსაზღვროს მორიგების სხვადასხვა ვარიანტი.<sup>94</sup> მხარეთა „პოზიციები“, როგორც წესი, არის ურთიერთგამომრიცხავი, შეუთავსებადი, მაშინ, როდესაც „ინტერესები“ არის შეთავსებადი და ზოგ შემთხვევაში იდენტურიც კი.<sup>95</sup> ამის გაკეთება ასევე საჭიროა იმისათვის, რათა მომზადდეს მედიაციის გეგმა.<sup>96</sup>

თუმცა კლიენტის ინტერესთა ნათელყოფა შესაძლებელია იყოს უფრო რთული, ვიდრე ეს ადვოკატს ან თავად კლიენტს წარმოუდგენია. „ინტერესის“ ცნება არის განსაზღვრული და ითვლება, რომ ეს არის „ის, რაც მოტივაციას აძლევს ხალხს“, „რამაც განაპირობა საკითხის ამგვარად გადანყვეტა“. ხოლო „პოზიცია“ არის პირის გადანყვეტილების შედეგი.<sup>97</sup> სხვაგვარად

<sup>85</sup> Fisher R., Uri W., Getting to Yes Negotiating Agreement Without Giving, 2<sup>nd</sup> ed., Printed in the United States of America, 1991, 23.

<sup>86</sup> ხშირია შემთხვევა, როდესაც ადვოკატი არ ცდილობს კლიენტის ინტერესის გარკვევას. ორიენტირებულია მხოლოდ მეტი სარგებლის მიღებაზე, არ უშვებს, რომ კლიენტს შესაძლოა, სხვა სურვილი ამოძრავებდეს. გამომდინარე იქიდან, რომ მედიაციის პროცესი, ძირითადი პრინციპების გათვალისწინებით, ხელს უწყობს მხარეთა შორის კომუნიკაციას, არსებობს მეტი ალბათობა, დადგინდეს მხარეთა რეალური ინტერესები.

<sup>87</sup> Kovach K.K., Lawyer Ethics in Mediation: Time for a Requirement of Good Faith, Alternative Dispute Resolution Yearbook, Tbilisi State University Press, 151, <[http://www.library.court.ge/upload/lib\\_ADR.pdf](http://www.library.court.ge/upload/lib_ADR.pdf)>.

<sup>88</sup> Kovach K.K., Mediation Principles and Practice, 3<sup>rd</sup> ed., Printed in the United States of America, 2004, 188.

<sup>89</sup> იქვე, 189.

<sup>90</sup> Glick T., Creative Mediation, North Charleston, 2012, 71.

<sup>91</sup> Craver C. B., Effective Legal Negotiation and Settlement, 6<sup>th</sup> ed., 2009, 46.

<sup>92</sup> Golann F., Lawyer Negotiation, Theory, Practice and Law, Printed in the United States of America, 2006, 107.

<sup>93</sup> Glick T., Creative Mediation, North Charleston, 2012, 61.

<sup>94</sup> Thorpe, R.W., Final Report of the ABA Section of Dispute Resolution Task Force on Improving Mediation Quality, American Journal of Mediation, Vol.2, 2008, 14, <[Heinonline.org](http://Heinonline.org)>.

<sup>95</sup> Pel M., Referral to Mediation a Practical Guide for an Effective Mediation Proposal, The Hague, 2008, 103.

<sup>96</sup> Murray O.R., The Mediation Handbook: Effective Strategies for Litigators, Revised edition, Bradford Publishing company, Colorado, 2010, 42.

<sup>97</sup> Abramson H. I., Mediation Representation Advocating as a Problem-solver in any Country or Culture, 2<sup>nd</sup> ed., Printed in the United States of America, 2010, 132.

რად რომ ითქვას, პოზიცია არის შედეგი, ხოლო ინტერესი არის მოტივატორი, რაც განსაზღვრავს პოზიციის გარკვეული ფორმით ჩამოყალიბებას.<sup>98</sup> ზოგიერთ შემთხვევაში შეუძლებელია პოზიციის მიღწევა, მაშინ, როდესაც შესაძლებელია ინტერესის დაკმაყოფილება.<sup>99</sup> განსხვავდება ინტერესების ორი სახე: არსებითი, სუბსტანციური ინტერესები და პროცესუალური ინტერესები. მათ შორის განსხვავების დანახვა, ხშირად, ძნელად აღქმადია, ვინაიდან შესაძლებელია მათი დამთხვევა. თანხვედრა ხდება იმიტომ, რომ შესაბამისი პროცესის ჩატარების საშუალებით კლიენტის არსებითი ინტერესებიც კმაყოფილდება.<sup>100</sup> პროცესუალური ინტერესის ერთ-ერთი მაგალითია იმის შესაძლებლობა, რომ კლიენტმა თავად აკონტროლოს დავის შედეგი, დაამკვიდროს პრეცედენტი ან თავი აარიდოს უკვე გამოყენებულის გავლენას.<sup>101</sup>

ამგვარად, იმისათვის, რათა მოიძებნოს მორიგების ოპტიმალური გზები, საჭიროა ინფორმაციის მოძიება კლიენტის მიზნების, მოტივაციის, საჭიროებების შესახებ და არა მხოლოდ მათი მხრიდან განცდილი ზარალისა და კანონიერი უფლებების შესახებ.<sup>102</sup> მშრალი ფაქტების ცოდნა არ არის საკმარისი, მიუხედავად მათი შესაბამისობისა რეალობასთან.

ამ საკითხთან მიმართებით აღსანიშნავია, რომ მხარის ინტერესთა შორის შესაძლებელია იყოს, უბრალოდ, მოთხოვნილება, მოუსმინონ და გაუგონ, მიიღოს სამართლიანი მოპყრობა.<sup>103</sup> ადვოკატი უნდა იყოს მზად ისეთი ინტერესების მიღებისათვის, რომლებიც მისთვის უცხო ან უცნაური. უცხო ინტერესები შესაძლებელია, იყოს თავისებურად დამახასიათებელი უცხო კულტურისათვის. შესაბამისად, იმ შემთხვევაში, როდესაც კლიენტი მიეკუთვნება განსხვავებულ კულტურას, ადვოკატმა მას მეტად ყურადღებით უნდა გამოჰკითხოს ამ საკითხის თაობაზე.<sup>104</sup> ადვოკატი უნდა მოერიდოს კლიენტისათვის საკუთარი აზრის თავს მოხვევას.

წარმომადგენელთა უმრავლესობა, ფორმალურად თუ არაფორმალურად, კლიენტის ინტერესებს სამ კატეგორიად ყოფს: 1. აუცილებელი, 2. მნიშვნელოვანი, 3. სასურველი. „აუცილებელი“ მოიცავს მისწრაფებებს, რომელთაც კლიენტი მიიღებს იმ შემთხვევაში, თუკი შეთანხმება წარმატებით შედგება. მნიშვნელოვანია ის, რისი მიღებაც კლიენტს სურს, თუმცა რომელზეც უარის თქმა შესაძლებელია იმ შემთხვევაში, თუკი „აუცილებელი“ მიზნები იქნებოდა მიღწეული. „სასურველი“ მოიცავს ისეთ პუნქტებს, რომელთა მიღწევაც კლიენტს უნდა, თუმცა დათმობდა უფრო მნიშვნელოვანი პირობის სანაცვლოდ.<sup>105</sup>

ხაზი უნდა გაესვას იმ გარემოებას, რომ კლიენტის ინტერესის განსაზღვრისას ადვოკატმა აუცილებლად უნდა განახორციელოს შემდეგი ქმედებები: დარწმუნდეს იმაში, რომ შემუშავებული მიზნების არსებობა არის გამართლებული და გამყარებული არგუმენტებით; სასურველია იმის წარმოდგენა, თუ რა შედეგების მომტანი იქნებოდა მათი რეალურად განხორციელება. ამასთან, ფსიქოლოგთა და მარკეტინგის სპეციალისტთა აზრით, სასურველია ინტერესების, მიზნების წერილობით ჩამოყალიბება.<sup>106</sup> ეს ხელს შეუწყობს პრაქტიკაში მათ რეალიზებას.

ყოველივე აღნიშნულის ანალიზის შემდგომ ადვოკატმა უნდა გამოჰკითხოს კლიენტს იმის შესახებ, თუ რა შეიძლება იყოს, მისი აზრით, მონიშნულმდეგე მხარის ინტერესი.<sup>107</sup> ე.ი., სა-

<sup>98</sup> Hames D. S., Negotiation Closing Deals, Settling Disputes, and Making Team Decisions, Printed in the United States of America, 2012, 31.

<sup>99</sup> Ury W., Getting Past No Negotiating your Way from Confrontation to Cooperation, Printed in the United States of America, 1991, 19.

<sup>100</sup> Abramson H. I., Mediation Representation Advocating as a Problem-solver in any Country or Culture, 2<sup>nd</sup> ed., Printed in the United States of America, 2010, 136.

<sup>101</sup> იქვე, 135.

<sup>102</sup> Murray O. R., The Mediation Handbook: Effective Strategies for Litigators, Revised ed., Bradford publishing company, Colorado, 2010, 41.

<sup>103</sup> Epstein J., Hobbs K. S., Individualized Mediation Design, 2007, 3, <<http://crs-adr.com/articles/EpsteinHobbs.pdf>>.

<sup>104</sup> Abramson H. I., Mediation Representation Advocating as a Problem-solver in any Country or Culture, 2<sup>nd</sup> ed., Printed in the United States of America, 2010, 133.

<sup>105</sup> Craver C. B., Effective legal Negotiation and settlement, sixth edition, 2009, 47.

<sup>106</sup> Golann F., Lawyer Negotiation, Theory, practice and law, Printed in the United States of America, 2006, 109.

<sup>107</sup> Abramson H. I., Mediation Representation Advocating as a Problem-solver in any Country or Culture, 2<sup>nd</sup> ed., Printed in the United States of America, 2010, 312.

მოქმედო სტრატეგიის/ტაქტიკის განსაზღვრა მნიშვნელოვანია, თუმცა მანამდე სასურველია დადგინდეს სანინააღმდეგო მხარის ინტერესები, საჭიროებები და მოტივაცია.<sup>108</sup> თუკი იქნება ამის შესაძლებლობა, აქვე უნდა განისაზღვროს იმ ინტერესთა ნუსხა, რომლებიც ორივე მხარისათვის საერთოა.<sup>109</sup> ე.ი., ორივე მხარის ინტერესების დადგენის მიზანია ისეთი შესაძლო პირობების განსაზღვრა, რაც ორივე მათგანს დააკმაყოფილებდა.<sup>110</sup>

ამ პროცესის მიმდინარეობისას ადვოკატმა უნდა დასვას დაწვრილებითი შეკითხვები, გამოიყენოს მოსმენის ყურადღებიანი და აქტიური მეთოდი.<sup>111</sup> აქვე ხაზი უნდა გაესვას იმას, რომ კლიენტის გამოკითხვა აუცილებელია არა მხოლოდ ერთხელ, არამედ პირველი გამოკითხვიდან გარკვეული პერიოდის გასვლის შემდგომაც. დროთა განმავლობაში შესაძლებელია გამოიკვეთოს ახალი ინფორმაცია. გამოკითხვის ტექნიკა, რომლითაც ადვოკატი ხელმძღვანელობს, უნდა იყოს ისეთივე, როგორც პირველი ინტერვიუს დროს.<sup>112</sup>

## 4.2. ადვოკატის მოქმედების სტრატეგიის/ტაქტიკის განსაზღვრა

მას შემდეგ, რაც დადგინდება, თუ რა განსაზღვრავს თითოეული მხარის ქმედებებს კონფლიქტში, ადვოკატს შეუძლია დაიწყოს მუშაობა პრობლემათა გადაჭრის გზებზე და თითოეული მხარის ინტერესთა დაკმაყოფილებაზე.<sup>113</sup> ამის წინაპირობაა მოლაპარაკება. ნებისმიერი მოლაპარაკების წარმოება კი მოითხოვს სტრატეგიას, ტაქტიკას.<sup>114</sup> მნიშვნელოვანია, განისაზღვროს ხსენებული ცნებები: „სტრატეგია“ არის გეგმა ან პროცესი, რომლის მეშვეობითაც მხარეები ცდილობენ, განახორციელონ საკუთარი მიზნები; ხოლო ტაქტიკა არის სპეციფიკური, მოკლევადიანი მოქმედებები, რომელთა მეშვეობითაც ხორციელდება სტრატეგია.<sup>115</sup>

მხარეთა და ადვოკატთა თანადროული ჩართულობა მედიაციაში შესაძლოა გახდეს დაძაბულობის მიზეზი. მედიატორები ღიზიანდებიან იმ შემთხვევაში, თუკი ადვოკატი იქცევა ისე, როგორც სასამართლოში, არ აძლევს კლიენტს საუბრის საშუალებას.<sup>116</sup> ასეთი ან მსგავსი უარყოფითი შედეგების თავიდან აცილების მიზნით, ადვოკატის სტრატეგია უნდა გამოიხატოს შემდეგში: მან უნდა მოამზადოს კლიენტი და საკუთარი თავი იმისათვის, რათა იმუშაოს მედიატორთან; აგრეთვე, თავი უნდა შეიკავოს ტრადიციული მიდგომებისაგან მედიაციაში წარმომადგენლობისას.

ზოგადად, მიიჩნევა, რომ არსებობს მოლაპარაკების ორი სტილი: მტკიცე და რბილი. ადამიანთა უმრავლესობა ვერ ხედავს სხვა არჩევანს, გარდა ამ ორისა.<sup>117</sup> თუმცა იმ შემთხვევაში, თუკი პირს არ მოსწონს ეს ორი უკიდურესი მიდგომა, წესების შეცვლა შესაძლებელია.<sup>118</sup> მას

<sup>108</sup> Murray O. R., The Mediation Handbook: Effective Strategies for Litigators, Revised ed., Bradford Publishing Company, Colorado, 2010, 42.

<sup>109</sup> Kovach K. K., Mediation Principles and Practice, Printed in the United States of America, 2004, 153.

<sup>110</sup> Ury W., Getting Past No, Negotiating Your Way from Confrontation to Cooperation, Printed in the United States of America, 1991, 19.

<sup>111</sup> Abramson H. I., Mediation Representation Advocating as a Problem-solver in any Country or Culture, 2<sup>nd</sup> ed., Printed in the United States of America, 2010, 131.

<sup>112</sup> იქვე, 311.

<sup>113</sup> Murray O. R., The Mediation Handbook: Effective Strategies for Litigators, Revised ed., Bradford Publishing Company, Colorado, 2010, 43.

<sup>114</sup> Carbone M. P., Mediation Strategies: A Lawyer's Guide to Successful Negotiation, 2004, 1, <<http://www.mediate.com/articles/carbone7.cfm?nl=56>>.

<sup>115</sup> Hames D. S., Negotiation Closing Deals, Settling Disputes, and Making Team Decisions, Printed in the United States of America, 2012, 30.

<sup>116</sup> Thorpe R.W., Final Report of the ABA Section of Dispute Resolution Task Force on Improving Mediation Quality, American Journal of Mediation, Vol.2, 2008, <[Heinonline.org](http://Heinonline.org)>.

<sup>117</sup> Fisher R., Ury W., Getting to Yes Negotiating Agreement Without Giving, 2<sup>nd</sup> ed., Printed in the United States of America, 1991, 9.

<sup>118</sup> იქვე, 10.

შეუძლია, შეარჩოს საშუალო, ნეიტრალური სტილი, რაც, როგორც წესი, კლიენტის ინტერესების დაკმაყოფილებისათვის საუკეთესოა.

სტრატეგიის განსაზღვრისას ადვოკატმა უნდა გაითვალისწინოს შემდეგი რეკომენდაციები:

1. განსხვავდეს პიროვნებები და პრობლემები ერთმანეთისაგან;
2. ყურადღება გამახვილდეს მხარეთა ინტერესებზე, და არა პოზიციებზე.
3. შემუშავდეს საკითხის ისეთი გადაწყვეტა, რომელიც იქნება ორივე მხარისათვის სასარგებლო.

4. საკითხის გადაწყვეტისას გამოიყენებოდეს ობიექტური კრიტერიუმები.<sup>119</sup>

იმ შემთხვევაში, როდესაც მხარის პრიორიტეტია საკუთარი მიზნების მიღწევა, შესაძლებელია შეჯიბრებითი სტრატეგიის გამოყენება; ხოლო იმ შემთხვევაში, როდესაც სასურველია საერთო სარგებლის მიღება, უნდა გამოიყენებოდეს თანამშრომლობითი სტრატეგია.<sup>120</sup> ადვოკატმა აგრეთვე უნდა გაითვალისწინოს, რომ ულტიმატუმი მხოლოდ იმ შემთხვევაში გამოიყენოს, როდესაც ერთ ან ორივე მხარეს სურს მოლაპარაკების დასრულება.<sup>121</sup>

გასათვალისწინებელია, რომ სამოქმედო სტრატეგია/ტაქტიკა უნდა შეესაბამებოდეს მედიატორის ტიპს.<sup>122</sup> იგი უნდა მოიაზრებდეს, პროცესში კლიენტისა და ადვოკატის თანადროული მონაწილეობისას, თუ როგორ გაინაწილებენ ისინი შესავალ სიტყვას, სესიებში მონაწილეობას.<sup>123</sup>

ე.ი. განვითარებული ანალიზის საფუძველზე დგინდება, რომ ადვოკატმა, კლიენტის ინტერესთა განსაზღვრის შემდეგ, აუცილებელია, შეიმუშაოს სამოქმედო სტრატეგია. მისი შემუშავების დროს გასათვალისწინებელი გარემოებები ზემოთ ჩამოყალიბდა.

## 5. ადვოკატის მიერ საქმის მომზადება

მედიაციისათვის წარმატებული მოლაპარაკების საიდუმლო მარტივია: მომზადება, მომზადება და მომზადება. რაც უფრო რთულია მოლაპარაკების წარმოება, მით უფრო მეტად ინტენსიური უნდა იყოს ეს პროცესი. პრაქტიკაში, იმ შემთხვევაში, თუკი ამ პროცესზე ადამიანები დახარჯავდნენ მეტ დროს, ვიდრე უშუალოდ შეხვედრებზე, მოლაპარაკებები იქნებოდა ბევრად უფრო ეფექტური.<sup>124</sup> *The ABA Model Rules of Professional Conduct*-ის 1.1 მუხლი ადგენს, რომ წარმომადგენლობის აუცილებელი პირობაა „საფუძვლიანობა და მომზადება“, ეს მოთხოვნა მედიაციის მოსამზადებელ ეტაპზე საქმის მომზადებისას ხდება საყურადღებო და, ფაქტობრივად, უმთავრესია. ამ ეტაპის დასრულებისას ადვოკატს უნდა ჰქონდეს განხორციელებული რიგი ქმედებებისა. ეს ყოველივე უნდა შესრულდეს სათანადო საფუძვლიანობით. საფუძვლიანობა და მომზადება მოიაზრებს სხვადასხვა სახის ქვემოთ განხილულ ფაქტორებს. სწორედ მათი განხორციელებისას არის გასათვალისწინებელი ეს ორი უმნიშვნელოვანესი სტანდარტი.

მომზადების მნიშვნელობას ადასტურებს შემდეგი ფაქტი: 2006 წელს *ABA*-ს მიერ ჩატარდა კვლევა. გამოიკვლიეს იმ სამოქალაქოსამართლებრივი დავების მიმდინარეობა, რომლებშიც მხარეები სარგებლობდნენ წარმომადგენლობით. მონაწილეებმა მოახდინეს მედიაციის ხა-

<sup>119</sup> Fisher R., Uri W., *Getting to Yes Negotiating Agreement Without Giving*, 2<sup>nd</sup> ed., Printed in the United States of America, 1991, 13.

<sup>120</sup> Hames D. S., *Negotiation, Closing Deals, Settling Disputes, and Making Team Decisions*, Printed in the United States of America, 2012, 30.

<sup>121</sup> Sawicki S. C., *Mediation: The Dance and the Deal American Journal of Mediation*, Vol. 2, 2008, 34, ხელმისაწვდომია: Heinonline.org.

<sup>122</sup> Abramson H. I., *Mediation Representation Advocating as a Problem-solver in any Country or Culture*, 2<sup>nd</sup> ed., Printed in the United States of America, 2010, 194.

<sup>123</sup> იქვე, 194-195.

<sup>124</sup> Ury W., *Getting Past No, Negotiating your Way from Confrontation to Cooperation*, Printed in the United States of America, 1991, 16.



რისხის განმსაზღვრელი ოთხი ძირითადი ფაქტორის იდენტიფიცირება. დადგინდა, რომ მედიაციის პროცესის წარმატების განმსაზღვრელი ოთხი ფაქტორიდან<sup>125</sup> ერთ-ერთია მედიატორის, მხარეთა და ადვოკატთა მომზადების ხარისხი.<sup>126</sup> ე.ი., იმ შემთხვევაში, თუკი მომზადების ხარისხი არის მაღალი, მოლაპარაკება იქნება წარმატებული. მომზადების არარსებობის შემთხვევაში კი, სავარაუდოდ, იგი იქნება წარუმატებელი.<sup>127</sup> ეს გარემოება ცალსახად უდიდეს მნიშვნელობას სძენს მედიაციის მოსამზადებელ ეტაპს.

ამასთან, მედიაციის პროცესისთვის საქმის მომზადებისას ადვოკატმა უნდა მოამზადოს წერილობითი გეგმა.<sup>128</sup> ეს აუცილებელია, იმის მიუხედავად, მიიჩნევა თუ არა აღნიშნული ქმედება პრაქტიკულად.<sup>129</sup>

## 5.1. საქმის ფაქტობრივი გარემოებების შესწავლა და სამართლებრივი შეფასება

*The ABA Model Rules of Professional Conduct*-ის 1.1 მუხლი ადგენს, რომ: ადვოკატმა უნდა უზრუნველყოს კლიენტი კომპეტენტური წარმომადგენლობით. კომპეტენტური წარმომადგენლობა კი ერთ-ერთ კომპონენტად მოიაზრებს „სამართლის ცოდნას“.<sup>130</sup> მედიაციის მოსამზადებელ ეტაპზე ადვოკატმა უნდა შეაფასოს, რამდენად აქვს მას ცოდნა ამ საკითხში. იმ შემთხვევაში, თუ იგი არ არის გაცნობიერებული, ეს თავიდანვე უნდა გახდეს პასუხისმგებლობის აღებაზე უარის თქმის საფუძველი. ცოდნა მნიშვნელოვანია, ვინაიდან მედიაციის მოსამზადებელ ეტაპზევე ადვოკატი საქმეს ამზადებს პროცესისათვის. ეს ითვალისწინებს ისეთ ქმედებებს, როგორებიცაა: საქმის ფაქტობრივი გარემოებების შესწავლა და მათი სამართლებრივი შეფასება; იმ შემთხვევაში, თუ ადვოკატი არ შეისწავლის საქმის გარემოებებს და ვერ მოახდენს მათ სამართლებრივ შეფასებას, ეს ჩაითვლება ადვოკატის ვალდებულებების უხეშ დარღვევად.

ამავე აქტის თანახმად, განსაზღვრულია რომ: „ადვოკატმა უნდა აცნობოს კლიენტს, ჰქონია თუ არა მას პრაქტიკა სამართლის კონკრეტული მიმართულებით“.<sup>131</sup> ეს დათქმაც მსგავს მოთხოვნას აწესებს – ადვოკატს ჰქონდეს სათანადო პრაქტიკა, რათა უზრუნველყოს მედიაციის პროცესის წარმატება. პრაქტიკა ხომ უშუალოდ არის დაკავშირებული ცოდნასთან. როგორც ითქვა, მედიაცია საქართველოსათვის ახალი ინსტიტუტია და ადვოკატთა მხოლოდ მცირე ნაწილს თუ ექნება ამ პროცესში წარმომადგენლობის გამოცდილება. ამასთან, ცხადია, რომ კლიენტს უნდა ჰქონდეს უფლება, ჰყავდეს კვალიფიციური ადვოკატი, რომელიც აცნობიერებს მედიაციის არსს, შეძლებს საქმის სრულყოფილ მომზადებას.

ზემოაღნიშნული ნორმების მედიაციის მოსამზადებელ პროცესთან მიმართებით განხილვას მეტ მნიშვნელობას ანიჭებს ისიც, რომ, ვინაიდან მედიაციის არსი თეორიულად არ ითვალისწინებს მოგება-ნაგებას, ბევრის აზრით, კანონმდებლობა ამ პროცესში არავითარ როლს არ ასრულებს, ან ასრულებს მხოლოდ მცირეს.<sup>132</sup> აღნიშნული კი არის მყარი არგუმენტი, რომელიც ადასტურებს ადვოკატის ვალდებულებას, ჰქონდეს ადეკვატური ცოდნა და გამოცდილება მედიაციის პროცესში წარმომადგენლობისათვის.

<sup>125</sup> მედიაციის წარმატების განმსაზღვრელ დანარჩენ ფაქტორებად დასახელდა: მედიაციის პროცესის კლიენტის მოთხოვნილებებზე მორგება; მედიატორის მხრიდან ანალიტიკური მხარდაჭერა; მედიატორის გამძლეობა, სიმტკიცე.

<sup>126</sup> *Thorpe R.W.*, Final Report of the ABA Section of Dispute Resolution Task Force on Improving Mediation Quality, *American Journal of Mediation*, Vol.2, 2008, 2, <Heinonline.org>.

<sup>127</sup> *Hames D. S.*, Negotiation, Closing deals, Settling Disputes, and Making Team Decisions, Printed in the United States of America, 2012, 3.

<sup>128</sup> *Murray O. R.*, The Mediation Handbook: Effective Strategies for Litigators, Revised ed., Bradford Publishing Company, Colorado, 2010, 58.

<sup>129</sup> *Abramson H. I.*, Mediation Representation Advocating as a Problem-solver in any Country or Culture, 2<sup>nd</sup> ed., Printed in the United States of America, 2010, 195.

<sup>130</sup> The ABA Model Rules of Professional Conduct, 1.1 მუხლი.

<sup>131</sup> იქვე, 7.4 მუხლი.

<sup>132</sup> *Kovach K.K.*, Mediation in a Nut Shell, 2<sup>nd</sup> ed., Thomson West, Printed in the United States of America, 2010, 179.

ადვოკატმა უნდა შეისწავლოს არსებული კანონმდებლობა. მისი მიზანი უნდა იყოს, რაც შეიძლება, მეტი თავდაცვითი მექანიზმის აღმოჩენა.<sup>133</sup> საქმეში სრული გათვითცნობიერების შემდეგ მან კლიენტს უნდა მიაწოდოს ინფორმაცია ამ საკითხის (საქმის ძლიერი და სუსტი მხარეების) შესახებ.<sup>134</sup>

ე.ი., საბოლოოდ, დგინდება, რომ მოსამზადებელ ეტაპზე მხარეებმა უნდა განავითარონ სამართლებრივი თეორიები, რომლებიც უზრუნველყოფს საკუთარი პოზიციების განმტკიცებას. მათ უნდა განჭვრიტონ ის არგუმენტებიც, რომელთაც, სავარაუდოდ, დაეყრდნობა მონინაალმდევე მხარე.<sup>135</sup> ოპონენტის არგუმენტების განჭვრეტა ხომ თავისთავად არის მათი გაბათილების გამარტივების წინაპირობა.

## 5.2. მედიაციის პროცესისათვის მტკიცებულებათა მოპოვება

ერთ-ერთი ქმედება, რომელიც ადვოკატმა მედიაციის მოსამზადებელ ეტაპზე უნდა განახორციელოს, არის ფაქტობრივი საკითხების გამოკვლევა, იმისათვის, რათა მოხდეს კლიენტის პოზიციის ძლიერი და სუსტი მხარეების განსაზღვრა.<sup>136</sup> ზოგიერთ შემთხვევაში, პირის საჩივარი შესაძლებელია ეფუძნებოდეს მხოლოდ მის რწმენას ან ეჭვებს.<sup>137</sup> იმ შემთხვევაში, თუკი მედიაციის პროცესი წამოწყებულია სასამართლო ან სხვა სახის განხილვამდე, ადვოკატმა უნდა განიხილოს საქმესთან კავშირში მყოფი ყველა მნიშვნელოვანი დოკუმენტი, დაკითხოს მნიშვნელოვანი მოწმეები.<sup>138</sup> გასათვალისწინებელია, რომ მტკიცებულებები, სქემები და მოწმეები შესაძლებელია, სასარგებლო იყოს მედიაციისათვის, თუმცა მხოლოდ იმ შემთხვევაში, თუკი ისინი ლეგიტიმურს ხდიან დავის საგანს ან მხარის პოზიციას. მტკიცებულებები, რომლებიც მხოლოდ ერთ-ერთი მხარის სიმცდარეს ადასტურებენ, არ უნდა გამოიყენებოდეს.<sup>139</sup> ამ თვალსაზრისით, საჭიროა, ყურადღების გამახვილება დროის ფაქტორზეც: სასურველია, მხარემ ყველა საჭირო დოკუმენტის მოძიება და პროცესის სხვა მონაწილეთათვის (მედიატორისა და ოპონენტის ადვოკატისათვის) გადაცემა მედიაციის დაწყებამდე 30 დღით ადრე მოახერხოს.<sup>140</sup>

*The ABA Model Rules of Professional Conduct*-ის თანახმად, წარმომადგენლობის შემთხვევაში, ადვოკატმა შეგნებულად არ უნდა განახორციელოს შემდეგი ქმედებები: 1. წარადგინოს არასწორი ფაქტები ან კანონი; 2. წარადგინოს მტკიცებულება, რომელიც მისი წინასწარი ინფორმაციითვე არის არასწორი. იმ შემთხვევაშიც კი, თუ უკანონო მტკიცებულების წარდგენა იყო კლიენტის ან მოწმის აზრი, ადვოკატმა უნდა მიიღოს შესაბამისი სამართლებრივი ზომები.<sup>141</sup> ეს დათქმა მედიაციის მოსამზადებელ ეტაპზე იძენს აქტუალობას, რადგან, როგორც უკვე აღინიშნა, ამ ეტაპზე ადვოკატი ახდენს საქმის სრულ მომზადებას, რაც მოიცავს მტკიცებულებების მოპოვებას, რომელთაც ან მედიაციის პროცესში გამოიყენებს, ან იმ შემთხვევაში, თუკი სასამართლო განხილვა გარდაუვალი გახდება. შესაბამისად, ეს სწორედ ის ეტაპია, როდესაც ადვოკატმა უნდა გაითვალისწინოს ზემოაღნიშნული დათქმა.

<sup>133</sup> *Silverman P. R.*, *The Clients Guide to Mediation and Arbitration, The Strategy for Winning*, ABA Publishing, Chicago, Illinois, 2008, 47.

<sup>134</sup> *Abramson H. I.*, *Mediation Representation Advocating as a Problem-solver in any Country or Culture*, 2<sup>nd</sup> ed., Printed in the United States of America, 2010, 313.

<sup>135</sup> *Craver C. B.*, *Effective Legal Negotiation and Settlement*, 6<sup>th</sup> ed., 2009, 50.

<sup>136</sup> *Silverman P. R.*, *The Clients Guide to Mediation and Arbitration, The Strategy for Winning*, ABA publishing, Chicago, Illinois, 2008, 45.

<sup>137</sup> *Walsh M. C.*, *Whether and When to Mediate Employment Disputes*, 2013, 1, <<http://www.insidecounsel.com/2013/05/27/labor-whether-and-when-to-mediate-employment-dispu>>.

<sup>138</sup> *Silverman P. R.*, *The Clients Guide to Mediation and Arbitration, The Strategy for Winning*, ABA publishing, Chicago, Illinois, 2008, 45.

<sup>139</sup> *Murray O. R.*, *The Mediation Handbook: Effective Strategies for Litigators*, Revised edition, Bradford Publishing Company, Colorado, 2010, 59.

<sup>140</sup> *Epstein J.*, *Data Dumping and Other Problems in Mediation*, Colorado Trial Lawyers Association, 2013, 1, <[http://www.crs-adr.com/articles/Data\\_Dumping.pdf](http://www.crs-adr.com/articles/Data_Dumping.pdf)>.

<sup>141</sup> ABA Model Rules of Professional Conduct, 3.3 მუხლი.

აქვე მნიშვნელოვანია იმ ტენდენციის აღნიშვნა, რაც პრაქტიკაში იკვეთება: იურისტმა შესაძლებელია, იცოდეს, რომ კონკრეტული მტკიცებულების წარმოდგენა შეასუსტებდა ოპონენტის პოზიციას, თუმცა მედიაციის პროცესში გამოყენების ნაცვლად იგი მას ინახავს სასამართლო განხილვის შემთხვევისათვის.<sup>142</sup>

### 5.3. მედიატორის შერჩევა და მასთან ურთიერთობის მეთოდის შემუშავება

ადვოკატთა (წარმომადგენელთა) უმრავლესობა ხშირად ვერ იღებს მედიაციის პროცესისაგან იმ მაქსიმუმს, რისი შეთავაზებაც მედიატორს შეუძლია, და რისთვისაც კლიენტი იხდის.<sup>143</sup> მედიაცია რომ ნაყოფიერი აღმოჩნდეს, აუცილებელია შესაბამისი მედიატორის შერჩევა – მედიაციის პროცესის წარმატება თუ წარუმატებლობა ხშირად სწორედ ამ ფაქტორზეა დამოკიდებული.<sup>144</sup> მხარეთა წარმომადგენელთათვის ხშირად ძნელია გარკვეული უხილავი ბარიერების შემჩნევა და დაძლევა. კვალიფიციურ მედიატორს კი შეუძლია ამის მიღწევა.<sup>145</sup> თუმცა ყველას არ აქვს ისეთი საქმის წარმართვის უნარი, სადაც ურთიერთობები დაძაბულია.<sup>146</sup> შესაბამისად, მოქმედებს წესი, რომლის თანახმადაც, ნებაყოფლობითი მედიაცია არ შედგება ადვოკატისა და კლიენტის თანხმობის გარეშე, იმის თაობაზე, რომ კონკრეტული პირი იყოს მედიატორი.<sup>147</sup>

რა ქმნის კარგ მედიატორს? ამ კითხვაზე იმდენი პასუხია შესაძლებელი, რამდენიც მედიატორი.<sup>148</sup> და მაინც, არსებობს გარკვეული კრიტერიუმები. გასათვალისწინებელია, რომ ყოველ კონკრეტულ შემთხვევაში, თავდაპირველად, უნდა გადაწყდეს, თუ როგორი სტილის მედიატორის არჩევა სურთ მხარეებს, „შეფასებითი“ თუ „ხელის შემწყობი“, ექნება მას მკაცრი თუ რბილი მიდგომა.<sup>149</sup> ასევე უდავოა, რომ ადვოკატმა უნდა მოიძიოს ინფორმაცია მედიატორის ცოდნისა და კვალიფიკაციის შესახებ. არის თუ არა იგი ექსპერტი განსახილველ საკითხთან მიმართებით, დაიცავს თუ არა ისეთ მნიშვნელოვან პრინციპს, როგორიცაა კონფიდენციალობა, და სხვ.<sup>150</sup>

ადვოკატს პროფესიონალი მედიატორის პროცესში მონაწილეობა შეუძლია სასიკეთოდ გამოიყენოს. მაგალითად, ამის გაკეთება შესაძლებელია შემდეგ შემთხვევებში: თუკი ადვოკატს სურს რაიმე საკითხის განხილვა და, ამავდროულად, არ სურს ამ საკითხის თავად წამოჭრა; თუკი კონკრეტული საკითხის განხილვა გამოინვევდა კლიენტის უარყოფით რეაქციას, შესაძლებელია მედიატორისათვის თხოვნა, რომ ეს დისკუსია შეწყდეს.<sup>151</sup>

მედიატორს აუცილებლად უნდა ჰქონდეს გარკვეული უნარები იმისათვის, რომ წარმართოს მედიაციის პროცესი. კონკრეტული საქმის ფაქტების ცოდნა არის მეორეხარისხოვანი.<sup>152</sup> მათი შეჯერებისას დგინდება, რომ მედიატორის შერჩევისას ყურადღება უნდა მიექცეს შემდეგ გარემოებებს: 1. მისი ტრენინგები და კვალიფიკაცია, მათ შორის სერტიფიცირების არსებობა; 2. კონკრეტულ სპეციფიკურ საკითხებზე მუშაობის გამოცდილება; 3. მედიაციის სტილი,

<sup>142</sup> Roth B. J., *Litigation Tactics in Mediation: Are They Ethical?* 2005, 3, <<http://rothadr.com/pages/publications/ethics%20reprint.pdf>>.

<sup>143</sup> Berman L.J., *12 Ways to Make Mediator Work Hard*, Published in *Advocate Magazine*, 2009. 1., <<http://www.mediationtools.com/articles/12ways.html>>.

<sup>144</sup> Carbone M. P., *Mediation Strategies: A Lawyer's Guide To Successful Negotiation*, 2004, 1, <<http://www.mediate.com/articles/carbone7.cfm?nl=56>>.

<sup>145</sup> Picker B. C., *Navigating Relationships: The Invisible Barriers to Resolution*, *American Journal of Mediation*, Vol. 2, 2008, 46, <[Heinonline.com](http://Heinonline.com)>.

<sup>146</sup> Abramson H. I., *Mediation Representation Advocating as a Problem-solver in any Country or Culture*, Second edition, Printed in the United States of America, 2010, 231.

<sup>147</sup> Ware S. J., *Principles of Alternative Dispute Resolution*, Second edition, Printed in the United States of America, 2003, 313.

<sup>148</sup> Smith A.L., Smock D.R., *Managing a Mediation Process*, Printed in the United States of America, 2008, 22.

<sup>149</sup> Silverman P. R., *The Clients Guide to Mediation and Arbitration, The Strategy for Winning*, ABA publishing, Chicago, Illinois, 2008, 44.

<sup>150</sup> Ware S. J., *Principles of Alternative Dispute Resolution*, Second edition, Printed in the United States of America, 2003, 313.

<sup>151</sup> Folberg G., *Mediation The Roles of Advocate and Neutral*, 2<sup>nd</sup> ed., Printed in the United States of America, 2011, 271.

<sup>152</sup> Glick T., *Creative Mediation*, North Charleston, 2012, 107.

რომელსაც იგი იყენებს; 4. გადასახადის ოდენობა, რომელსაც იგი მოითხოვს; 5. გამოსადეგობა; 6. კულტურა, ენაში განაფულობა.<sup>153</sup> მედიაციის პროცესისათვის აგრეთვე დადებითი შედეგების მომტანია, თუკი მედიატორი ერკვევა დავის „ბუნებაში“.<sup>154</sup>

მედიატორის შერჩევისას, აგრეთვე, გასათვალისწინებელია, თუ რამდენად აქვს განვითარებული მას შემდეგი უნარები: სიტუაციებისა და ალტერნატივების ანალიზის უნარი; ადამიანების დარწმუნების უნარი, აქტიური მოსმენის უნარი; ღია შეკითხვების დასმის საფუძველზე ინფორმაციის შეგროვების უნარი; ეფექტური მხარდაჭერის უნარი; უნარი იმისა, რომ შეეძლოს საკითხების წამოჭრა მედიდური ტონის გამოყენების გარეშე; შეეძლოს მორიგების სხვადასხვა სახის ვარიანტების განსაზღვრა; ჰქონდეს თანადროულად რამდენიმე სტრატეგიისა და ტაქტიკის შემუშავების უნარი.<sup>155</sup> აქვე აღსანიშნავია, რომ ეფექტური კომუნიკაციის უნარი მედიატორის ფუნქციების წარმატებით განხორციელების საწინდარია. მისი გამოყენებით მედიატორი შეძლებს, ჩასწვდეს დავის არსს და, იმავდროულად, მხარეთა შორის ინფორმაციის ურთიერთგაცვლას შეუწყოს ხელი.<sup>156</sup> ასევე, უნდა ჰქონდეს უნარი, განასხვავოს მხარეთა პოზიციები და ინტერესები ერთმანეთისაგან.<sup>157</sup> გამოცდილ მედიატორებს გავლილი აქვთ არაერთი მოსამზადებელი კურსი მოლაპარაკების სტრატეგიაში.<sup>158</sup>

სასურველია, იგი იყოს პატივცემული საკუთარი კოლეგების მხრიდან და უნდა ჰქონდეს მედიაციის სფეროში გამოცდილება, ისევე როგორც კონფლიქტის გადაწყვეტის სხვა სახის პროცესის წარმოებისა.<sup>159</sup>

ბოლო დროს იკვეთება ტენდენცია, რომ მედიატორთა არჩევა ხდება პროვაიდერი კომპანიების საშუალებით. მაგალითად, სამხრეთ კალიფორნიაში ფუნქციონირებს ორი ძირითადი ნაციონალური პროვაიდერი. ესენია: *AAA* და *JAMS*, ასევე სამი კარგად ცნობილი რეგიონალური პროვაიდერი: *ADR Services*, *ARC* და *Judicate West*.<sup>160</sup>

აქვე, ზემოხსენებულ მედიატორთა სერტიფიცირების საკითხთან მიმართებით აღსანიშნავია, რომ *NMI*-მა, *Det Norske Veritas* ინსტიტუტთან ერთად შეიმუშავა მედიატორთა სერტიფიცირების სისტემა. სერტიფიცირების პირობებია: შესაბამისი ტრენინგკურსის გავლა; ცოდნის შემოწმების მიზნით გამოცდის ჩაბარება; გამოცდაში სასურველი შეფასებების მიღება; ყოველწლიურად გარკვეული რაოდენობის მედიაციის პროცესების ჩატარება; უწყვეტი პროფესიული განათლების მიღება; თანატოლებთან განხილვაში აქტივობა.<sup>161</sup>

საბოლოოდ, მნიშვნელოვანია აღინიშნოს, რომ დღესდღეობით ადვოკატთა შორის პოპულარულია მიდგომა, რომლის თანახმადაც, მედიატორის არჩევის უფლების დათმობა ხდება ოპონენტი მხარისათვის.<sup>162</sup> გასათვალისწინებელია, რომ, თუკი მედიატორის ვინაობას დაასახელებს ოპონენტი მხარე, კლიენტმა და ადვოკატმა უნდა მიიღონ ეს შეთავაზება, იმ შემთხვევაში, თუკი სხვა ფაქტორების საფუძველზე არ არის აუცილებელი სხვაგვარი გადანყვეტილების მიღება.<sup>163</sup> ე.ი., თუკი ოპონენტის მიერ შემოთავაზებული კანდიდატი არ არის ცალსახად

<sup>153</sup> *Pel M.*, Referral to Mediation a Practical Guide for an Effective Mediation Proposal, The Hague, 2008, 83.

<sup>154</sup> *Bouille L.J., Colatrella M. T., Picchioni A. P.*, Mediation Skills and Techniques, San Francisco, 2008, 27.

<sup>155</sup> *Beer J. E., Packard C. C.*, The Mediator's Handbook, 4<sup>th</sup> ed., Printed in Canada, 2012, 35.

<sup>156</sup> *Cooley J. W.*, The Mediator's Handbook: Advanced Practice Guide for Civil Litigation, National Institute for Trial Advocacy (U.S.), 2006, 59-61.

<sup>157</sup> *Smith A.L., Smock D.R.*, Managing a Mediation Process, Printed in the United States of America, 2008, 11.

<sup>158</sup> *Berman L. J.*, 12 Ways to Make Mediator Work Hard, Published in Advocate Magazine, 2009, 1, <<http://www.mediationtools.com/articles/12ways.html>>.

<sup>159</sup> *Jernigan M., Lord R. B.*, The Mediators Role In The Family Business, American Journal of Mediation, Vol. 2, 2008, 54, <[Heinonline.org](http://Heinonline.org)>.

<sup>160</sup> *Berman L. J.*, Mediations's Evolution in Social: Where It Has Been and Where It Is Going, Published in Advocate Magazine, 2012, 4, <<http://www.mediationtools.com/articles/EvolutionMediationSoCal.html>>.

<sup>161</sup> *Pel M.*, Referral to Mediation A Practical Guide For An Effective Mediation Proposal, The Hague, 2008, 133.

<sup>162</sup> *Berman L. J.*, Mediators' Opening Statements Offer Insights For Successful Results, Published in the "mediation strategies" California's Legal Newspaper, 2003,1, <<http://www.americaninstituteofmediation.com/pg66.cfm>>.

<sup>163</sup> *Mosten F. S.*, Representing Clients In Mediation Effectively Setting Up a Mediation, 3113, <[http://www.mosten-mediation.com/books/articles/Representing\\_Your\\_Clients\\_In\\_Mediation.pdf](http://www.mosten-mediation.com/books/articles/Representing_Your_Clients_In_Mediation.pdf)>.

არაკომპეტენტური, არაკვალიფიციური და მიკერძოებული, მხარე უნდა დასთანხმდეს ამ არჩევანს.<sup>164</sup> მსგავსი ქმედება ხელს შეუწყობს მედიაციის მიზნების მიღწევას და იქნება პროცესის ძირითადი პრინციპების შესაბამისი.

გასათვალისწინებელია, რომ ზემოხსენებული იმ ინფორმაციის მოძიება, რომელსაც მნიშვნელობა უნდა მიენიჭოს მედიატორის შერჩევას, შესაძლებელია მედიატორისათვის პირდაპირი კითხვების დასმის გზით, ისევე როგორც იმ მხარეებისა და ადვოკატების გამოკითხვით, რომელთაც ადრე უსარგებლიათ ამ კონკრეტული მედიატორის მომსახურებით.<sup>165</sup>

#### 5.4. მედიაციის მონაწილე პირთა წრის განსაზღვრა

საოცარია იმ პროცესთა რაოდენობა, რომლებიც წარუმატებლობით მთავრდება მხოლოდ იმიტომ, რომ პროცესზე არ არიან წარმოდგენილი შესაბამისი პირები.<sup>166</sup> ამის მიზეზად შესაძლებელია იმის დასახელება, რომ იმ მხარისათვის, ვინც უშუალოდ არ დასწრებია მედიაციის პროცესს, მეტად მარტივია შეთავაზებაზე უარის თქმა.

თავად ცნება „მონაწილე“ მოიცავს მხარეებს, ისევე როგორც ნებისმიერ პირს, რომლის დასწრებაც არის აუცილებელი რჩევისათვის, რაიმე სახის წვლილის ან, თუნდაც, ფსიქოლოგიური მხარდაჭერისათვის.<sup>167</sup>

ზოგჯერ მონაწილე პირთა შერჩევა უფრო მნიშვნელოვანიც კია, ვიდრე მედიატორის.<sup>168</sup> ე.ი., შეთანხმების მიღწევა ბევრად არის დამოკიდებული იმაზე, იმყოფებიან თუ არა მოლაპარაკების ოთახში შესაბამისი ადამიანები.<sup>169</sup>

აგრეთვე, იმის განსაზღვრა, თუ ვინ არ უნდა მიიღოს მონაწილეობა პროცესში, არანაკლებ მნიშვნელოვანია, ვიდრე იმისა, თუ ვინ უნდა მიიღოს.<sup>170</sup> გასათვალისწინებელია, რომ, რაც უფრო მეტი ადამიანია ჩართული მოლაპარაკებაში, მით მეტია სერიოზული ხელისშემშლელი ფაქტორები.<sup>171</sup> კონფიდენციალობის<sup>172</sup> დაცვის მიზნითაც სასურველია მხოლოდ მხარეთა მონაწილეობა.<sup>173</sup>

და მაინც, რა კრიტერიუმები უნდა გაითვალისწინებოდეს იმის განსაზღვრისას, თუ ვინ იქნება მედიაციის პროცესის მონაწილე მხარეთა და მათი ადვოკატების გარდა? გადამწყვეტი ფაქტორი უნდა იყოს ის, თუ ვის შეუძლია, წვლილი შეიტანოს კონფლიქტის გადაწყვეტაში. ეს

<sup>164</sup> იქვე, 3123.

<sup>165</sup> Ware S. J., Principles of Alternative Dispute Resolution, 2<sup>nd</sup> ed., Printed in the United States of America, 2003, 313.

<sup>166</sup> Claiborne Z.G., Three Things to Know About Mediating Licensing Disputes, 2013, 1, <<http://www.mediate.com/articles/ClaiborneZbl20130503.cfm>>.

<sup>167</sup> Boule L.J., Colatrella M. T., Picchioni A. P., Mediation Skills and Techniques, San Francisco, 2008, 27.

<sup>168</sup> Folberg G., Mediation The Roles of Advocate and Neutral, 2<sup>nd</sup> ed., Printed in the United States of America, 2011, 248.

<sup>169</sup> Amend J. M., Implications For Mediation of Patent Infringement Suits From Investors in Patentees Case, 2014, 1, <<http://jamsadrblog.com/2014/03/19/implications-for-mediation-of-patent-infringement-suits-from-investors-in-patentees-case/>>.

<sup>170</sup> McCorkle S., Reese M.J., Mediation Theory and Practice, Printed in the United States of America, 2005, 81.

<sup>171</sup> Fisher R., Uri W., Getting to Yes Negotiating Agreement Without Giving, in, 2<sup>nd</sup> ed., Printed in the United States of America, 1991, 9.

<sup>172</sup> კონფიდენციალობა – 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 დაიცვას ეს ინფორმაცია, რომელიც საჯაროდ არ არის ცნობილი. საინტერესოა ის ფაქტიც, რომ ვალდებულება გულისხმობს, დაცულ იქნეს სიმართლე და არა ყალბი ინფორმაცია, რამდენადაც არავითარი მიზანი არ ემსახურება არასწორი ინფორმაციის დაცვას. ამ პრინციპის არსებობა განაპირობებს მხარეების ნდობას პროცესის მიმართ და არის კლიენტთა მოზიდვის ერთ-ერთი საშუალება. ამ პრინციპთან მიმართებით, მნიშვნელოვანია აღინიშნოს, რომ California evidence code უზრუნველყოფს მედიაციის პროცესის კონფიდენციალობას. მხარეებს აქვთ საშუალება ნებისმიერი საკითხის განხილვისა, ისე, რომ შემდგომში ეს ინფორმაცია მათ წინააღმდეგ სასამართლოში არ იქნეს გამოყენებული.

<sup>173</sup> Glick T., Creative Mediation, North Charleston, 2012, 91.

არის სტრატეგიული და, ამასთანავე, პრაქტიკული საკითხი.<sup>174</sup> შესაძლებელია, კლიენტი განიცდიდეს იმის საჭიროებას, რომ პროცესს დაესწრონ პირები, რომელთაც შეუძლიათ რჩევების მიცემა. ამ პირებს შეიძლება ჰქონდეთ რაიმე სახის ინფორმაცია, შეეძლოთ ფსიქოლოგიური მხარდაჭერის აღმოჩენა, ან ფლობდნენ შეთანხმების მიღწევის რესურსს.<sup>175</sup>

## 5.5. შეთანხმების პირობების განსაზღვრა

მედიაციის მოსამზადებელ ეტაპზე აუცილებელია განისაზღვროს შეთანხმების პირობები. პირველ რიგში, განისაზღვრება საუკეთესო ალტერნატივა ურთიერთობის შედეგად მიღწეული შეთანხმებისა (შემდგომში – *BATNA*). ამის შემდგომ ჩამოყალიბდება შეთანხმების სხვა ალტერნატივები. გასათვალისწინებელია, რომ მათი განსაზღვრისას ადვოკატმა მხედველობაში უნდა მიიღოს ის დანახარჯები, რაც მედიაციის პროცესის წარუმატებლობით დასრულებას და დავის არბიტრაჟის ან სასამართლოს გზით გადაწყვეტას მოჰყვება.<sup>176</sup>

### 5.5.1. საუკეთესო ალტერნატივა ურთიერთობის შედეგად მიღწეული შეთანხმებისა (ე.წ. *BATNA*)

*BATNA* არის წარმოდგენა, რომელიც შექმნეს როჯერ ფიშერმა და უილიამ ურიმ<sup>177</sup> და არის შემოკლება ფრაზისა: „მოლაპარაკებელი შეთანხმების საუკეთესო ალტერნატივა“.<sup>178</sup> *BATNA*-ს გასაგებად საჭიროა შემთხვევის ეფექტური შეფასება. თავის მხრივ კი, მისი განსაზღვრა მოლაპარაკების ეფექტურობის წინაპირობაა.<sup>179</sup>

*BATNA*-ს განსაზღვრა ნიშნავს იმის ცოდნას, თუ რა მოხდება მოლაპარაკების წარუმატებლად დასრულების შემთხვევაში. მისი შემუშავება მოითხოვს სამი ძირითადი მოქმედების განხორციელებას: 1. განისაზღვროს ის ქმედებები, რომლებიც განხორციელდება იმ შემთხვევაში, თუკი შეთანხმება არ მიიღწევა; 2. იდეების დახვეწა და მათი მეტად პრაქტიკულ ალტერნატივად გარდაქმნა; 3. იმ ერთი ვარიანტის შერჩევა, რომელიც ყველაზე მიმზიდველ ალტერნატივად გამოიყურება.<sup>180</sup>

*BATNA* შედგება ორი განსხვავებული კომპონენტისაგან: საჯარო და კერძო კომპონენტებისაგან. ადვოკატი ვალდებულია, გამოიკვლიოს საჯარო კომპონენტი საქმის სამართლებრივი შეფასების, ფაქტობრივი ინფორმაციის შეკრების საფუძველზე. რაც შეეხება პერსონალურს, მისი დადგენა მიიღწევა უშუალოდ კლიენტის გამოკითხვით, ვინაიდან აუცილებელია ისეთი საკითხების წარმოჩენა, როგორებიცაა, მაგალითად, პიროვნების ღირებულებები და დავის შედეგად მიღწეული სარგებელი.<sup>181</sup> მას შემდეგ, რაც მოხდება პერსონალური *BATNA*-სა და საჯარო *BATNA*-ს შეჯამება, გამოიკვეთება კლიენტის სრული *BATNA*.<sup>182</sup>

<sup>174</sup> Boule L.J., Colatrella M. T., Picchioni A. P., Mediation Skills and Techniques, San Francisco, 2008, 27.

<sup>175</sup> Abramson H. I., Mediation Representation Advocating as a Problem-solver in any Country or Culture, 2<sup>nd</sup> ed., Printed in the United States of America, 2010, 241.

<sup>176</sup> Silverman P. R., The Clients Guide to Mediation and Arbitration The Strategy for Winning, ABA publishing, Chicago, Illinois, 2008,3.

<sup>177</sup> Roger Fisher, William Ury.

<sup>178</sup> Luecke R., Harvard Business Essentials Your Mentor and Guide to Doing Business Effectively Negotiation, Printed in the United States of America, 2003, 15.

<sup>179</sup> Coltri L. S., Alternative Dispute Resolution a Conflict Diagnosis Approach, 2<sup>nd</sup> ed., University of Maryland, University College, 2010, 80.

<sup>180</sup> Fisher R., Uri W., Getting to Yes Negotiating Agreement Without Giving in, 2<sup>nd</sup> ed., Printed in the United States of America, 1991, 53.

<sup>181</sup> Abramson H. I., Mediation Representation Advocating as a Problem-solver in any Country or Culture, 2<sup>nd</sup> ed., Printed in the United States of America, 2010, 234.

<sup>182</sup> იქვე, 237.

*BATNA*-ს განსაზღვრისას გასათვალისწინებელია სამი ფაქტორი: 1. რა ქმედების განხორციელება შეუძლია პირს იმისათვის, რათა უზრუნველყოს საკუთარი ინტერესების განხორციელება? 2. როგორ შეიძლება მოიპოვოს ოპონენტის მხრიდან მისი ინტერესების პატივისცემა? 3. რა გზით მიიწევა მესამე პირის (მედიატორის) მხრიდან დახმარების მიღება?<sup>183</sup>

მნიშვნელოვანია დროის ფაქტორიც: *BATNA*-ს განსაზღვრა აუცილებელია მანამ, სანამ დაიწყება უშუალოდ მოლაპარაკების პროცესი. ადამიანები, რომლებიც მოლაპარაკებას იწყებენ მისი განსაზღვრის გარეშე, საკუთარ თავს იგდებენ ცუდ მდგომარეობაში.<sup>184</sup>

ამასთანავე, საჭიროა იმაზე ფიქრი, თუ რა სახის შეთანხმება იქნება მისაღები მონინაალ-მდევე მხარისათვის. რაც უფრო მეტი ინფორმაცია იქნება ცნობილი აღნიშნულის შესახებ, მით უფრო მაღალი იქნება მომზადების ხარისხი. იმ შემთხვევაში, თუკი ოპონენტის *BATNA* ცალსახა წინააღმდეგობაში იქნება კლიენტის შემუშავებულ *BATNA*-სთან, სასურველი იქნება მათი მოლოდინების შეცვლა.<sup>185</sup>

### 5.5.2. მორიგების სხვა შესაძლო ალტერნატივების განსაზღვრა

ზოგიერთ შემთხვევაში, ადამიანები მოლაპარაკების შესაძლო ალტერნატივებს მხოლოდ მას შემდეგ განსაზღვრავენ, რაც საუკეთესო შედეგები ვერ მიიღწევა. ეს შეცდომის კლასიკური მაგალითია. სხვა შესაძლო ალტერნატივების განსაზღვრა შესაძლებელია გახდეს ინტერესთა დაკმაყოფილების წინაპირობა.<sup>186</sup> ე.ი., მოსამზადებელ ეტაპზე, დავის გადაჭრის გზების ჩამოყალიბების შემდეგ, უნდა დაიწყოს მათი შეფასება და მათთვის პრიორიტეტების მინიჭება.<sup>187</sup> სხვაგვარად რომ ითქვას, ერთ-ერთი საკითხი, რომელიც მედიაციის მოსამზადებელ ეტაპზე უნდა გადაწყდეს, არის ის მისაღები ალტერნატივები, რომლებიც გამოიყენება იმ შემთხვევაში, თუკი მორიგების საუკეთესო ვარიანტი ვერ მიიღწევა.<sup>188</sup>

მორიგების ალტერნატივებზე საუბრისას აუცილებელია, განისაზღვროს ისეთი ცნების არსი, როგორცაა: „შესაძლო შეთანხმების ზონა“ (შემდგომში – *ZOPA*). შინაარსობრივად, ეს არის არეალი, რომლის ფარგლებშიც შესაძლებელია მიიღწეს ორივე მხარისათვის დამაკმაყოფილებელი შეთანხმება. ეს არის შეთანხმება, რომელიც პოტენციურად დააკმაყოფილებს ორივე მხარეს.<sup>189</sup>

აქვე უნდა განისაზღვროს ისეთი ცნებაც, როგორცაა „*Bottom Line*“. ეს არის ის მინიმუმი, რომელიც კლიენტმა აუცილებლად უნდა მიიღოს მანამ, სანამ დასთანხმდება რაიმეს ხელმოწერას.<sup>190</sup> თუმცა ხაზი უნდა გაესვას იმას, რომ მორიგების ეს შესაძლებლობა უნდა განისაზღვროს არა მედიაციის მოსამზადებელ ეტაპზე, არამედ მაშინ, როდესაც სახეზე იქნება კრიტიკული მდგომარეობა – მოლაპარაკება შევა ჩიხში.<sup>191</sup> მეტიც, *Bottom line* არ შეიძლება განისაზღვროს მე-

<sup>183</sup> *Ury W.*, *Getting Past No, Negotiating your Way from Confrontation to Cooperation*, Printed in the United States of America, 1991, 22.

<sup>184</sup> *Luecke R.*, *Negotiation*, Harvard Business School Publishing Corporation, Printed in the United States of America, 2003, 15.

<sup>185</sup> *Fisher R., Ury W.*, *Getting to Yes Negotiating Agreement Without Giving in*, 2<sup>nd</sup> ed., Printed in the United States of America, 1991, 53.

<sup>186</sup> *Ury W.*, *Getting Past No, Negotiating Your Way from Confrontation to Cooperation*, Printed in the United States of America, 1991, 21.

<sup>187</sup> *Murray O.R.*, *The Mediation Handbook: Effective Strategies for Litigators*, Revised ed., Bradford Publishing Company, Colorado, 2010, 53.

<sup>188</sup> *Hames D.S.*, *Negotiation Closing Deals, Settling Disputes and Making Team Decisions*, Printed in the United States of America, 2012, 25.

<sup>189</sup> *Luecke R.*, *Negotiation*, Harvard Business School Publishing Corporation, Printed in the United States of America, 2003, 24.

<sup>190</sup> *Abramson H. I.*, *Mediation Representation Advocating as a Problem-solver in any Country or Culture*, Second edition, Printed in the United States of America, 2010, 338.

<sup>191</sup> იქვე, 139.

დიაციის პროცესის დასრულებამდე.<sup>192</sup> კლიენტმა შესაძლებელია, ზოგ შემთხვევაში შეცვალოს თავისი Bottom Line, რაც დამოკიდებული იქნება ახალი ინფორმაციის მიღებაზე.<sup>193</sup>

## 6. ადვოკატის მიერ კლიენტის მომზადება მედიაციის პროცესისათვის

კლიენტები, რომელთაც აქვთ იმის შეგრძნება, რომ ადვოკატმა ისინი საფუძვლიანად მოამზადა მედიაციის პროცესისათვის, არიან კმაყოფილნი მომსახურებით, ხოლო ისინი, ვინც ფიქრობენ, რომ არ მოამზადეს ადეკვატურად, არ არიან კმაყოფილნი ადვოკატით.<sup>194</sup> ე.ი., მედიაციის მოსამზადებელ ეტაპზე ადვოკატის ერთ-ერთი ფუნქციაა კლიენტის მომზადება მედიაციის პროცესში მონაწილეობისათვის.<sup>195</sup>

ზოგადად, არსებობს მოსაზრება, რომლის თანახმადაც: „პროცესის მიმდინარეობისას ადვოკატები დომინირებენ იმ შემთხვევაში, როდესაც კლიენტი არის ხელმოკლე ან გამოუცდელი; ძლიერი, მდიდარი და თავდაჯერებული კლიენტები კი მართავენ ადვოკატს“. ამ მოსაზრების მიუხედავად, აუცილებელია, მედიაციის მოსამზადებელ ეტაპზე ყველა კლიენტისადმი გამოვლინდეს ერთგვარი მიდგომა და ყველა მათგანის მომზადება მოხდეს ერთგვაროვნად.<sup>196</sup>

მიუხედავად იმისა, რომ ადვოკატის მიერ კლიენტის მომზადება განსხვავდება სასამართლო პროცესისათვის მომზადებისაგან, მაინც არსებობს ნაწილობრივი თანხვედრა.<sup>197</sup>

იმ საკითხს, თუ როგორ მომზადდება კლიენტი, მნიშვნელოვნად განსაზღვრავს ის, თუ რა სახის მიდგომა აქვს მედიატორს კლიენტის მონაწილეობასთან მიმართებით. იმ შემთხვევაში, თუკი მედიატორი გაითვალისწინებს პროცესში კლიენტის აქტიურ ჩართულობას, ადვოკატი მას მოამზადებს იმისათვის, რომ უპასუხოს შეკითხვებს, რომელთა დასმაც მოსალოდნელია მედიატორის, ოპონენტის, ან ოპონენტის ადვოკატის მხრიდან. იმ შემთხვევაში, თუ მედიატორი აპირებს კლიენტის მონაწილეობის შეზღუდვას, მისი მომზადება მაინც აუცილებელია, იმის გათვალისწინებით, თუ როგორ განსაზღვრავს ადვოკატი მის ჩართულობას.<sup>198</sup>

### 6.1. კლიენტისათვის მედიაციის არსისა და ძირითადი პრინციპების განმარტება

ერთ-ერთი საკითხი, რომელიც ადვოკატმა კლიენტს მედიაციის მოსამზადებელ ეტაპზე უნდა განუმარტოს, არის ფორმატი, თუ რით განსხვავდება მედიაცია ჩვეულებრივი მოლაპარაკებებისაგან.<sup>199</sup>

მოსამზადებელი პერიოდის განმავლობაში ადვოკატმა კლიენტს არ უნდა შეუქმნას არასწორი წარმოდგენები. მისთვის ცნობილი უნდა იყოს, რომ: მედიაცია რეალურად არ არის ახალი ინსტიტუტი, ეს არის ფიქრის ახალი მიმართულება,<sup>200</sup> გადაწყვეტილების მიღების პროცესი, როდესაც მხარეები მუშაობენ ერთობლივად, იმისათვის, რათა მიიღონ ორივე მხარისათვის

<sup>192</sup> Roth B. J., *Litigation Tactics in Mediation: Are They Ethical?* Published by the Boston Bar Association, 2004, 9, <<http://rothadr.com/pages/publications/ethics%20reprint.pdf>>.

<sup>193</sup> Abramson H. I., *Mediation Representation Advocating as a Problem-Solver in any Country or Culture*, 2<sup>nd</sup> ed., Printed in the United States of America, 2010, 340.

<sup>194</sup> Thorpe, R.W., *Final Report of the ABA Section of Dispute Resolution Task Force on Improving Mediation Quality*, *American Journal of Mediation*, Vol.2, 2008, 2, <[Heinonline.org](http://Heinonline.org)>.

<sup>195</sup> Boulle L.J., Colatrella M. T., Picchioni A. P., *Mediation Skills and Techniques*, San Francisco, 2008, 345.

<sup>196</sup> Handler J., 1970, 25. მითითებულია ნაშრომში: Clark B., *Lawyers and Mediation*, United Kingdom, 2012, 38.

<sup>197</sup> Thorpe R.W., *Final Report of the ABA Section of Dispute Resolution Task Force on Improving Mediation Quality*, *American Journal of Mediation*, Vol.2, 2008, 13, <[Heinonline.org](http://Heinonline.org)>.

<sup>198</sup> Abramson H. I., *Mediation Representation Advocating as a Problem-solver in any Country or Culture*, 2<sup>nd</sup> ed., Printed in the United States of America, 2010, 206-207.

<sup>199</sup> Golann D., *Mediating Legal Disputes Effective strategies for Neutrals and Advocates*, Printed in the United States of America, 2009, 267.

<sup>200</sup> Erickson S. K., Mcknight M.S., *The Practitioner's Guide to Mediation A Client-Centered Approach*, Printed in the United States of America, 2001, 3.



დამაკმაყოფილებელი გადაწყვეტილება.<sup>201</sup> მხარეს უნდა განემარტოს, რომ მედიაციის პროცესი არის მოლაპარაკების ერთგვარი გაგრძელება.<sup>202</sup> შესაბამისად, ისინი უნდა იყვნენ მზად იმისთვის, რომ მოუსმინონ პროცესის სხვა მონაწილეთა აზრს.<sup>203</sup>

კლიენტს უნდა განემარტოს მედიაციის დადებითი შედეგები, რაც, ძირითადად, შემდეგში გამოიხატება: 1. მხარეთა კონტროლი პროცესის მიმდინარეობასა და მიღებულ გადაწყვეტილებაზე; 2. ურთიერთობების შენარჩუნების მეტი ალბათობა; 3. კრეატიული და ადაპტირებადი გადაწყვეტილების მიღების მიღწევადობა; 4. პრობლემის შედარებით სწრაფი გადაწყვეტა; 5. ნაკლები ხარჯები; 6. სასამართლოს რესურსის დაზოგვა.<sup>204</sup> ე.ი. მედიაცია არ არის დაპირისპირებული პროცესი. საჭიროა მხარეთა თანამშრომლობა, გამოსავლის ძიება.<sup>205</sup> მასში მონაწილეობა არის ნებაყოფლობითი და ნებისმიერ მხარეს ნებისმიერ დროს შეუძლია შეწყვიტოს პროცესი.<sup>206</sup> ამასთან, მხარეებმა უნდა იცოდნენ, რომ ისინი მიჰყვებიან მედიატორის ინსტრუქციებს.<sup>207</sup>

ადვოკატმა კლიენტი უნდა გააფრთხილოს იმის თაობაზე, რომ იგი არ უნდა შეეცადოს პროცესის „მოგებას“.<sup>208</sup> ასეთი ქმედება ხომ სრულ წინააღმდეგობაში იქნებოდა მედიაციის პრინციპებთან. მედიაციის მიზანია, გამარტივდეს მხარეთა შორის კომუნიკაცია, მოხდეს ურთიერთგაგების ხელშეწყობა, ორიენტაცია მოხდეს ინტერესებზე და პრობლემის გადაწყვეტის კრეატიული გზების ძიებაზე. ერთ-ერთი უმთავრესი გარემოება, რომლის შესახებ ინფორმაციასაც უნდა ფლობდეს კლიენტი, არის ის, თუ ვინ იღებს გადაწყვეტილებას პროცესში.<sup>209</sup> ეს საჭიროა იმისათვის, რათა მხარეებმა თავად შეძლონ შეთანხმების მიღწევა.<sup>210</sup> კლიენტმა აგრეთვე უნდა იცოდეს, რომ ამ პროცესში არავინ არ აპირებს იმის ფაქტობრივ გამოკვლევას, თუ ვინ არის მართალი და ვინ არა.<sup>211</sup> დავის პროცესი შესაძლოა მისთვის იყოს გამანადგურებელი, შეთანხმება კი სწრაფი და უმტკივნეულო.<sup>212</sup>

აღიარებულია, რომ მედიაცია თავისი არსით არის პროცესი, რომელიც უზრუნველყოფს იმ საკითხებს, რაც ადამიანებისათვის არის მნიშვნელოვანი, ესენია: ურთიერთობები, სამართლიანობის დამკვიდრება, ემოციები, ურთიერთპატივისცემა, ჩართულობა, პრობლემის გადაჭრა. ადამიანებს აქვთ საშუალება, გაუზიარონ ერთმანეთს გულისტკივილი, გამოთქვან აზრი, ისაუბრონ საკუთარი საჭიროებების შესახებ. მათ აგრეთვე შეუძლიათ, შეეხონ მათთვის საინტერესო ნებისმიერ თემას, არ არიან შეზღუდულნი ამ თვალსაზრისით.<sup>213</sup>

<sup>201</sup> მედიაციის მოსამზადებელ ეტაპთან მიმართებით მნიშვნელოვანია ამავე აქტის დათქმა, რომლის თანახმადაც, „ადვოკატი ვალდებულია, კლიენტს გაუწიოს კონსულტაცია საკუთარი ქცევების შეზღუდვათა შესახებ, მაშინ, როდესაც კლიენტი ელის ქმედებებს, რომლებიც არ არის ნებადართული კანონითა და პროფესიული ქცევის წესებით“.<sup>201</sup> ამ მოთხოვნის არსებობა გამართლებულია შემდეგი მიზეზის გამო: ხშირად, შესაძლებელია, კლიენტს არასწორი შეხედულება ჰქონდეს ადვოკატის საქმიანობასა თუ კომპეტენციაზე. შესაბამისად, მედიაციის შემდგომ ეტაპზე გაუგებრობის თავიდან ასაცილებლად აუცილებელია ამ საკითხის მედიაციის მოსამზადებელ ეტაპზე ნათელყოფა.

<sup>202</sup> *Abramson H. I., Mediation Representation Advocating as a Problem-solver in any Country or Culture, 2<sup>nd</sup> ed., Printed in the United States of America, 2010, 309.*

<sup>203</sup> *Kovach K. K., Mediation Principles and Practice, 3<sup>rd</sup> ed., Printed in the United States of America, 2004, 154.*

<sup>204</sup> *Boulle L.J., Colatrella M. T., Picchioni A. P., Mediation Skills and Yechniques, San Francisco, 2008, 3.*

<sup>205</sup> *Abramson H. I., Mediation Representation Advocating as a Problem-solver in any Country or Culture, 2<sup>nd</sup> ed., Printed in the United States of America, 2010, 310.*

<sup>206</sup> *Greenwood M., How to Mediate Like a Pro, 42 Rules for Mediating Disputes, Printed in the United States of America, 2008, 13.*

<sup>207</sup> *Mosten F.S., Representing Clients In Mediation Effectively Setting up a Mediation, 3132, <[http://www.mosten-mediation.com/books/articles/Representing\\_Your\\_Clients\\_In\\_Mediation.pdf](http://www.mosten-mediation.com/books/articles/Representing_Your_Clients_In_Mediation.pdf)>.*

<sup>208</sup> *Folberg G., Mediation the Roles of Advocate and Neutral, 2<sup>nd</sup> ed., Printed in the United States of America, 2011, 262.*

<sup>209</sup> *Kovach K. K., Mediation Principles and Practice, 2<sup>nd</sup> ed., Printed in the United States of America, 2004, 152.*

<sup>210</sup> *Gibbons L. J., Kennedy J. M., Gibbs J. M., Cyber-Mediation: Computer-mediated Communications Medium Messaging the Message, New Mexico Law Review, 2002, 9. მითითებულია: John Feerich et al., Standards of Professional Conduct in Alternative Dispute Resolution, J. Disp. Resol. 95, 123 1995.*

<sup>211</sup> *Kovach K. K., Mediation Principles and Practice, 2<sup>nd</sup> ed., Printed in the United States of America, 2004, 152.*

<sup>212</sup> *Ware S. J., Principles of Alternative Dispute Resolution, 2<sup>nd</sup> ed., Printed in the United States of America, 2003, 158.*

<sup>213</sup> *Beer J. E., Packard C. C., The Mediator's Handbook, 2<sup>nd</sup> ed., Printed in Canada, 2012, 5.*

ეს ყოველივე კლიენტს უნდა განემარტოს მედიაციის მოსამზადებელ ეტაპზე. წინააღმდეგ შემთხვევაში, მედიაციის არსისა და ძირითადი პრინციპების არცოდნის გამო შესაძლებელია, პროცესის მიმდინარეობისას წარმოიშვას რიგი გაუთვალისწინებელი პრობლემებისა.

## 6.2. კლიენტის სამართლებრივი კუთხით ინფორმირება

წინასამედიაციო ეტაპზე მნიშვნელოვანია ადვოკატთა როლი მხარეთა ინფორმირებულობისა და სამართლებრივი საკითხების გარკვევისათვის, რათა მედიაციის პროცესში წარმოჩენილი იყოს ზუსტად ის საკითხები, რომლებიც მხარეთათვის უპირატესი ინტერესის მქონეა და რომლებიც არ შეენიანაღმდეგება მოქმედ საკანონმდებლო ნორმებს.<sup>214</sup> აღნიშნულში მოიაზრება ის, რომ ადვოკატმა უნდა წარუდგინოს კლიენტს ინფორმაცია იმის შესახებ, თუ რისი მიღწევა არის შესაძლებელი და რისი არა მოქმედი საკანონმდებლო ნორმების გათვალისწინებით.<sup>215</sup>

ე.ი., ადვოკატებმა მხარეებს უნდა მიანოდონ ინფორმაცია და რჩევები დავის სამართლებრივ ასპექტებზე, თუმცა ეს ცალსახად არ ნიშნავს იმას, რომ მხარეები აუცილებლად გამოიყენებენ მედიაციის პროცესში ამ რჩევებს.<sup>216</sup> ხაზგასასმელია ადვოკატის ვალდებულება, რომ კლიენტს გაუწიოს მართებული კონსულტაცია, მისი რჩევა უნდა შეესაბამებოდეს არსებულ რეალობას, რაოდენ რთულად მოსასმენიც არ უნდა იყოს იგი.<sup>217</sup> მან არ უნდა ჩაუწეროს კლიენტს არარეალური მოლოდინები.<sup>218</sup> რაც არ უნდა რთული იყოს კონკრეტულ საკითხებთან დაკავშირებით გულწრფელი საუბარი, ადვოკატმა მაინც უნდა გაართვას თავი ამ ვალდებულებას. ამ გზით მხარის ძლიერი და სუსტი მხარეების ნათლად წარმოჩენით ადვოკატები მეტად შეძლებენ კლიენტის საჭიროებების დაკმაყოფილებას.<sup>219</sup>

## 6.3. კლიენტისათვის მედიაციის პროცესის გეგმის გაცნობა

„წარმომადგენლები ვალდებულნი არიან, მიანოდონ ინფორმაცია მხარეებს მედიაციის პროცესის შესახებ“.<sup>220</sup> ადვოკატმა ეს უნდა მოახერხოს წინასწარ, ადრეულ სტადიაზე.<sup>221</sup> ე.ი., დგინდება, რომ ადვოკატმა მოსამზადებელ ეტაპზე უნდა შეიმუშაოს წარმომადგენლობის გეგმა. ეს საკითხი არის მნიშვნელოვანი იმდენად, რამდენადაც გეგმა განსაზღვრავს იმას, თუ რა

<sup>214</sup> *ცერცვაძე გ.*, მედიაციის სამართლებრივი რეგულირების პერსპექტივები საქართველოში, ივ. ჯავახიშვილის სახელობის თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტის დავის ალტერნატიული გადაწყვეტის ნაციონალური ცენტრი, თბ., 2013, 240, <<http://ncadr.tsu.ge/admin/upload/7706Edited-Final-Version-final.pdf>>, [05.07.2013].

<sup>215</sup> *Pel M.*, Referral to Mediation a Practical Guide for an Effective Mediation Proposal, The Hague, 2008, 126.

<sup>216</sup> *ცერცვაძე გ.*, მედიაციის სამართლებრივი რეგულირების პერსპექტივები საქართველოში, ივ. ჯავახიშვილის სახელობის თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტის დავის ალტერნატიული გადაწყვეტის ნაციონალური ცენტრი, თბ., 2013, 239, <<http://ncadr.tsu.ge/admin/upload/7706Edited-Final-Version-final.pdf>>, [05.07.2013].

<sup>217</sup> *Foster R. V., Kavan J.O., Greebel E.L., Zimmern W. H.*, Strategies for Negotiating Mergers and Acquisitions, Printed in the United States of America, 2011, 13.

<sup>218</sup> *Thorpe, R.W.*, Final Report of the ABA Section of Dispute Resolution Task Force on Improving Mediation Quality, American Journal of Mediation, Vol.2, 2008, 14, <[Heinonline.org](http://Heinonline.org)>.

<sup>219</sup> *Picker B. C.*, Navigating Relationships: The Invisible Barriers to Resolution, American Journal of Mediation, Vol. 2, 2008, 44, <[Heinonline.org](http://Heinonline.org)>.

<sup>220</sup> *Riskin L. L., Westbrook J. E., Guthrie C., Reuben R. C., Robbenolt J. K., Welsh N. A.*, Dispute Resolution and Lawyers, Printed in the United States of America, 4<sup>th</sup> ed., 2009, 446. ციტირებულია: *ცერცვაძე გ.* მედიაციის სამართლებრივი რეგულირების პერსპექტივები საქართველოში, ივ. ჯავახიშვილის სახელობის თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტის დავის ალტერნატიული გადაწყვეტის ნაციონალური ცენტრი, თბ., 2013, 240, <<http://ncadr.tsu.ge/admin/upload/7706Edited-Final-Version-final.pdf>> [05.07.2013].

<sup>221</sup> *Duryee L.*, Make the Most of Your Mediation: Early Preparation, 2014, 2, <<http://www.law.com/sites/lynnduryee/2014/04/28/make-the-most-of-your-mediation-early-preparation/>>.

ქმედებებს განახორციელებენ კლიენტი და ადვოკატი პროცესის მიმდინარეობისას.<sup>222</sup> გასათვალისწინებელია, რომ, ზოგადად, ადვოკატის ახსნა-განმარტება იმის თაობაზე, თუ როგორ წარიმართება პროცესი დავის გადაწყვეტის სხვადასხვა სახის საშუალების გამოყენების დროს, იქნება განსხვავებული.<sup>223</sup>

მედიაციის პროცესი, როგორც წესი, მიმდინარეობს შემდეგი თანმიმდევრობის დაცვით: 1. პირველ რიგში, ადამიანები გამოხატავენ საკუთარ მოსაზრებებსა და ემოციებს, ხშირად, ხმამაღლა; 2. ისინი ერთმანეთს უზიარებენ და ნათელყოფენ ინფორმაციას; 3. ემოციური დაძაბულობის მოხსნის შემთხვევაში გადასვლა ხდება პრობლემის გადაჭრის ეტაპზე. მხარეები საუბრობენ იმის შესახებ, თუ რისი შეცვლა სურთ, განიხილავენ მორიგების შესაძლებლობებს, წყვეტენ საკითხებს; 4. საბოლოოდ, ისინი ხელს აწერენ მიღებულ შეთანხმებას.<sup>224</sup>

კლიენტმა უნდა იცოდეს, თუ რა მოხდება მედიაციის პირველ შეხვედრაზე; ასევე, უნდა განასხვავებდეს საერთო და დახურულ შეხვედრებს; იცოდეს მედიატორთა მიერ გამოყენებული ძირითადი ტექნიკები; ამასთან, უნდა ფლობდეს ინფორმაციას კონფიდენციალობის პრინციპთან დაკავშირებით; ადვოკატმა კლიენტი უნდა გააფრთხილოს, რათა პროცესის მიმდინარეობისას გამოიჩინოს მოთმინება და გონიერება; ამასთან, იცოდეს, რომ იმ შემთხვევაშიც კი, თუ დავა სრულად არ გადაწყდება, მედიაციის საშუალებით შესაძლებელია გადაწყდეს გარკვეული საკითხები და, როგორც მინიმუმ, სადავო საკითხების რაოდენობა შემცირდეს.<sup>225</sup>

კლიენტს უნდა განემარტოს, რომ პროცესში აქტიური ჩართვისაგან თავშეკავების შედეგი შესაძლებელია აღმოჩნდეს დაკარგული შესაძლებლობები და შესაძლებელია, ამ ფაქტორმა ნეგატიური გავლენა მოახდინოს საქმის საბოლოო გადაწყვეტაზე.<sup>226</sup>

სწორედ ესენია ის ძირითადი პროცესუალური საკითხები, რომელთა განმარტებაც ადვოკატმა მედიაციის მოსამზადებელ ეტაპზე უნდა მოახდინოს.

## 6.4. კლიენტისათვის მედიაციის მონაწილეთა როლის განმარტება მედიაციის პროცესში

მოსამზადებელ ეტაპზე ადვოკატმა არა მხოლოდ საკუთარი უფლებების ფარგლები უნდა განუმარტოს კლიენტს, არამედ უნდა მიაწოდოს ინფორმაცია მედიატორისა და მისი როლის შესახებაც. ეს უნდა ჩაითვალოს მოსამზადებელი ეტაპის განუყოფელ ნაწილად.

### 6.4.1. მედიატორის როლის განმარტება

ადვოკატმა უნდა აუხსნას კლიენტს მედიატორის შერჩევის მნიშვნელობა,<sup>227</sup> რაც თავისთავად მოიცავს მედიატორის როლის განმარტებას.

მედიატორი<sup>228</sup> არის მომლაპარაკებელი. იგი არის პროცესის ნამყვანი ფიგურა, რის გამოც მას ხშირად უწოდებენ „პროცესის მენეჯერს“. <sup>229</sup> მისი როლი შეიძლება განიმარტოს რო-

<sup>222</sup> *Abramson H. I.*, *Mediation Representation Advocating as a Problem-Solver in any Country or Culture*, 2<sup>nd</sup> ed., Printed in the United States of America, 2010, 194.

<sup>223</sup> *Thorpe, R.W.*, *Final Report of the ABA Section of Dispute Resolution Task Force on Improving Mediation Quality*, *American Journal of Mediation*, Vol.2, 2008,13, <[Heinonline.org](http://Heinonline.org)>.

<sup>224</sup> *Beer J. E., Packard C. C.*, *The Mediator's Handbook*, Printed in Canada, 4<sup>nd</sup> ed., 2012, 7.

<sup>225</sup> *Abramson H. I.*, *Mediation Representation Advocating as a Problem-Solver in any Country or Culture*, 2<sup>nd</sup> ed., Printed in the United States of America, 2010, 310.

<sup>226</sup> *Melnick J. D.*, *Lost Opportunities in Mediation*, *Westlaw Journal Securities Litigation and Regulation*, Vol. 13, Issue 4, 2013, 1, <<http://www.jamsadr.com/files/Uploads/Documents/Articles/Melnick-Opportunities-Mediation-2013-06-25.pdf>>.

<sup>227</sup> *Mosten F. S.*, *Representing Clients in Mediation Effectively Setting up a Mediation*, 3113, <[http://www.mosten-mediation.com/books/articles/Representing\\_Your\\_Clients\\_In\\_Mediation.pdf](http://www.mosten-mediation.com/books/articles/Representing_Your_Clients_In_Mediation.pdf)>.

<sup>228</sup> „მედიატორი“ არის ლათინური წარმოშობის სიტყვა და ნიშნავს შუამავალს.

გორც მოდავე მხარეების დამხმარე.<sup>230</sup> მედიატორი მხარეებს ეხმარება დავის გადაჭრაში. იგი არ ადგენს წესებს, არ გასცემს სამართლებრივ კონსულტაციას.<sup>231</sup>

მედიატორს შეაქვს წვლილი იმის გადაწყვეტაში, თუ ვინ მიიღებს მონაწილეობას მედიატორში, რა სახით ჩამოყალიბდება პროცესის გეგმა.<sup>232</sup> იგი არის მეთოდისტი, რომელიც უზრუნველყოფს მხარეთა ინფორმირებას და ხსნის პროცესს. აკეთებს ყველაფერს, რაც არის საჭირო იმისათვის, რათა მიიღწეს შეთანხმება. ეკონტაქტება მხარეებს, ნიშნავს შეხვედრებს, ამზადებს მედიაციის სხდომებს. ის აგრეთვე განსაზღვრავს შესვენებების დროს.<sup>233</sup>

მედიატორი ახდენს მონაწილეთა ინფორმირებას კონფიდენციალობის წესის დაცვის თაობაზე.<sup>234</sup> იგი ხსნის პროცესს კლიენტისათვის დავის არსის გამოკითხვით, თუმცა ამ საკითხის ნათელყოფა შესაძლებელია დასრულდეს მედიაციის მოსამზადებელ ეტაპზე შეხვედრების დროსაც.<sup>235</sup> იმისათვის, რათა შედგეს ეფექტური მოლაპარაკება, მედიატორი შეისწავლის საქმის ისტორიასა და პრობლემის არსს.<sup>236</sup>

მედიატორის როლი არის ვითარების შემსუბუქება. მას არ შეუძლია მხარეთა იძულება ან პროცესზე უხეში ზეგავლენის მოხდენა. მედიატორმა შესაძლებელია, იფიქროს, რომ მან იპოვა საკითხის შესაბამისი გადაწყვეტა, თუმცა, თუკი იგი ამ გადაწყვეტას მხარეებს თავს მოახვევს, ეს იქნება მედიატორის ეთიკის უხეში დარღვევა.<sup>237</sup> მედიატორი ვერც იმ შემთხვევაში მოახდენს მხარის გადაწყვეტილებაზე გავლენას, თუკი მას სურს პროცესის შეწყვეტა.<sup>238</sup> მედიატორი ადგენს მხოლოდ იმას, თუ რომელი საკითხების ირგვლივ იქნება შესაძლებელი შეთანხმების მიღწევა, რომელი მათგანი მოგვარდება უფრო სწრაფად.<sup>239</sup> მხარეებს სთავაზობს არგუმენტებულ, კომპრომისული ხასიათის შეთანხმებებს.<sup>240</sup>

მედიატორი უნდა იყოს ერთგვარი მოდელი მხარეთათვის. იგი ადგენს საუბრის ტონს, თუ როგორ უნდა ისაუბრონ და როგორ მოუსმინონ ერთმანეთს.<sup>241</sup>

საკითხის შეჯერებისას დგინდება, რომ მედიატორის როლის განმარტება მედიაციის პროცესში შესაძლებელია, შემდეგი სახით ჩამოყალიბდეს: 1. უზრუნველყოფს პროცესების მიმდინარეობას იმისათვის, რათა მოხდეს პრობლემის გადაჭრა, შედგეს კომუნიკაცია მხარეთა შორის, გადაწყდეს პრობლემა; 2. ხელს უწყობს მხარეთა ურთიერთგაგებას; 3. პროცესის მონაწილეებს აძლევს რჩევებს იმის თაობაზე, თუ როგორ გაზარდონ მოლაპარაკების ეფექტურობა; 4. იკვლევს მხარეთა მოსაზრებებისა და პოზიციების დასაბუთებულობას; 5. ეხმარება მხარეებს განსხვავებული ინტერესების აღქმაში, ცდილობს მტრობის, სიმწვავის შემცირებას, ნდობის დამკვიდრებას; 6. ეხმარება მხარეებს პრობლემის გადაწყვეტის გეგმის მომზადება-

<sup>229</sup> *Domenici K., Littlejohn S.W.*, Mediation Empowerment in Conflict Management, Printed in the United States of America, 2<sup>nd</sup> ed., Illinois, 2001, 33.

<sup>230</sup> *Moffitt M.*, The Four Ways to Assure Mediator Quality, 2008, 17, <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1117765](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1117765)>.

<sup>231</sup> *Greenwood M.*, How to Mediate Like a Pro, 42 Rules for Mediating Disputes, Printed in the United States of America, 2008, 11.

<sup>232</sup> *Jernigan M., Lord R. B.*, The Mediator's Role in the Family Business, American Journal of mediation, Vol. 2, 2008, 55.

<sup>233</sup> *Greenwood M.*, How to Mediate Like a Pro 42 Rules for Mediating Disputes, Printed in the United States of America, 2008, 3.

<sup>234</sup> *Rubin M. A., Spector B. F.*, Ethical Conundrums For the 21<sup>st</sup> Century Lawyer/Mediator "Toto I've got a Feeling We're Not in Kansas Any More", American Journal of Mediation, Vol. 2, 2008, 82.

<sup>235</sup> *Jernigan M., Lord R. B.*, The Mediator's Role in the Family Business, American Journal of Mediation, Vol. 2, 2008, 55.

<sup>236</sup> *Smith A.L., Smock D.R.*, Managing a Mediation Process, Printed in the United States of America, 2008, 10.

<sup>237</sup> *Greenwood M.*, How to Mediate Like a Pro, 42 Rules for Mediating Disputes, Printed in the United States of America, 2008, 12.

<sup>238</sup> იქვე, 13.

<sup>239</sup> *Stepp J. A.*, How Does the Mediation Process Work? 2003, 4, <<http://www.mediate.com/articles/steppj.cfm>>.

<sup>240</sup> *Riskin L. L.*, Alternatives to the High Cost of Litigation, Center for Public Resources, Vol. 12, Issue 9, 1994, 112.

<sup>241</sup> *Domenici K., Littlejohn S.W.*, Mediation Empowerment in Conflict Management, Printed in the United States of America, 2<sup>nd</sup> ed., 2001, 36.

ში.<sup>242</sup> მას უნდა შეეძლოს სათქმელის მოკლედ გამოხატვა; უნდა იცავდეს დისტანციას მხარეებთან;<sup>243</sup> ჰქონდეს კარგად განვითარებული მოთმინების უნარი – უნდა შეეძლოს ხანგრძლივი ლოდინი. ნათელია, რომ მედიატორის როლი არ შემოიფარგლება კონკრეტული უნარებისა და ხერხების ფლობით – მისი პიროვნება, ჰუმანურობა და ცხოვრებისეული გამოცდილება, აგრეთვე, არის მისი როლის ნაწილი.<sup>244</sup>

ადვოკატმა ყოველივე ზემოხსენებული ინფორმაცია აუცილებლად უნდა მიანოდოს კლიენტს მედიაციის მოსამზადებელ ეტაპზე.

#### 6.4.2. კლიენტის როლის განმარტება

მედიაციის პროცესში გადაწყვეტილებას იღებენ მხარეები და არა მედიატორი.<sup>245</sup> გადაწყვეტილება ეფუძნება მათ პასუხისმგებლობას, ისინი მედიატორისაგან ვერ მიიღებენ რჩევას, მიაღწიონ თუ არა კონკრეტულ შეთანხმებას.<sup>246</sup> მართალია, ტრადიციულად, მედიაციის პროცესის მიმდინარეობას მედიატორი უძღვება, თუმცა შეთანხმება კონტროლდება მხარეთა მიერ.<sup>247</sup> აქვე უნდა აღინიშნოს, რომ გადაწყვეტილებას, რომელთაც მხარეები თავად იღებენ, აქვს აღსრულების მეტი პოტენციალი, არის მეტად მდგრადი.<sup>248</sup> ეს გარემოება მიიჩნევა მედიაციის პროცესის ერთ-ერთ დადებით მხარედ და, თავისთავად, ზრდის კლიენტის ჩართულობის მნიშვნელობას.

გარდა გარკვეული გამონაკლისი შემთხვევებისა, რაც უშუალოდ კლიენტის პიროვნების პრობლემა შეიძლება იყოს, სწორედ იგი უნდა იყოს პროცესის ეპიცენტრში.<sup>249</sup> მას, აგრეთვე, შესაძლებელია, მოუწიოს კერძო ხასიათის შეხვედრები ოპონენტთან.<sup>250</sup> თავად უნდა გადაწყვიტოს, საერთოდ სურს თუ არა დავის გადაწყვეტის ამ მეთოდის გამოყენება და შემდგომშიც მიიღებს თუ არა შეთანხმების იმ პირობებს, რომელთა მიღებაც პროცესის მიმდინარეობისას გახდება შესაძლებელი.<sup>251</sup>

#### 6.4.3. ადვოკატის როლისა და უფლებების განმარტება

მედიაციის მოსამზადებელ ეტაპთან მიმართებით მნიშვნელოვანია *The ABA Model Rules of Professional Conduct*-ის დათქმა, რომლის თანახმადაც, „ადვოკატი ვალდებულია, კლიენტს გაუწიოს კონსულტაცია საკუთარი ქცევების შეზღუდვათა შესახებ, მაშინ, როდესაც კლიენტი ელის ქმედებებს, რომლებიც არ არის ნებადართული კანონითა და პროფესიული ქცევის წესე-

<sup>242</sup> *Jernigan M., Lord R. B., The Mediator's Role in the Family Business, American Journal of mediation, Vol. 2, 2008, 54.*

<sup>243</sup> *Centre for Conflict Resolution, Advanced Mediation Skills-Course Book Course C, 2000, 8, <unesdoc.unesco.orimagesg/0013/001333/133319e.pdf>.*

<sup>244</sup> *Erickson S. K., Mcknight M.S., The Practitioner's Guide to Mediation a Client-Centered Approach, Printed in the United States of America, 2001, 60.*

<sup>245</sup> *Greenwood M., How to Mediate Like a Pro, 42 Rules for Mediating Disputes, Printed in the United States of America, 2008, 12.*

<sup>246</sup> *Domenici K., Littlejohn S.W., Mediation Empowerment in Conflict Management, Printed in the United States of America, 2<sup>nd</sup> ed., 2001, 135.*

<sup>247</sup> *Thorpe R.W., Final Report of the ABA Section of Dispute Resolution Task Force on Improving Mediation Quality, American Journal of Mediation, Vol.2, 2008, 9.*

<sup>248</sup> *Fel M., Referral to Mediation a Practical Guide for an Effective Mediation Proposal, The Hague, 2008, 103.*

<sup>249</sup> *Folberg G., Mediation the Roles of Advocate and Neutral, 2<sup>nd</sup> ed., Printed in the United States of America, 2011, 237.*

<sup>250</sup> *Golann D. Mediating Legal Disputes Effective Strategies for Neutrals and Advocates, Printed in the United States of America, 2009, 268.*

<sup>251</sup> *Sherrill J. A., Ethics for Lawyers Representing Clients in Mediation, 3, <<http://www.americanjournalofmediation.com/docs/JOHN%20SHERRILL%20-Ethics%20for%20Lawyers%20Representing%20Clients%20in%20Mediation.pdf>>.*

ბით“.<sup>252</sup> ამ მოთხოვნის არსებობა გამართლებულია შემდეგი მიზეზით: ხშირ შემთხვევაში, შესაძლებელია, კლიენტს არასწორი შეხედულება ჰქონდეს ადვოკატის საქმიანობასა თუ კომპეტენციაზე. შესაბამისად, მედიაციის შემდგომ ეტაპებზე გაუგებრობის თავიდან ასაცილებლად, აუცილებელია ამ საკითხის მედიაციის მოსამზადებელ ეტაპზე ნათელყოფა.

პრაქტიკაში, როგორც წესი, საუბრობენ „ადვოკატირებაზე“ მედიაციის პროცესში, თუმცა მედიაცია ხომ, ძირითადად, მოლაპარაკებას მოიცავს.<sup>253</sup> რეალურად, ადვოკატის როლი მედიაციის პროცესში არის მოლაპარაკების ხელშეწყობა, კლიენტის პოზიციის დაცვა და იმის უზრუნველყოფა, რომ მხარეთა საბოლოო შეთანხმება აისახოს შედეგზე. იმისათვის, რათა ეს მოხდეს, აუცილებელია, კლიენტის მიზნების გაგება, ოპონენტის მიზნების ამოცნობა და იმის დადგენა, თუ რით გამოიხატება მათი არსებითი განსხვავება.<sup>254</sup> მედიაციაში წარმომადგენლობისათვის ადვოკატს არსებითად განსხვავებული უნარების გამოყენება სჭირდება, რაც განსაკუთრებულად გამოიხატება მეორე მხარესთან თანამშრომლობითა და კონსტრუქციული საუბრით.<sup>255</sup> ადვოკატის გულისხმიერების ვალდებულება მედიაციის პროცესში წარმომადგენლობის შემთხვევაში სხვაგვარად განიმარტება, ვიდრე სასამართლო დარბაზში.<sup>256</sup> კლიენტმა უნდა იცოდეს, რომ ადვოკატი შეასრულებს თანამშრომლობით, პრობლემათა გადამჭრელის როლს ამ პროცესში, ნაცვლად სტანდარტული როლისა.<sup>257</sup> ე.ი., უდავოა, რომ, მედიაციის პროცესში წარმომადგენლობის შემთხვევაში, ადვოკატის როლი არის სხვაგვარი – ნაცვლად „მოგებისა“, ადვოკატი ეხმარება კლიენტს, გადაჭრას პრობლემა და ამის მისაღწევად ახდენს მისი ინტერესებს ნათელყოფას, საქმის სუსტი მხარეების წარმოჩენას, პრობლემათა გადაჭრის გზების მოძიებას.

ადვოკატმა კლიენტს უნდა განუმარტოს ისიც, რომ, მართალია, იურისტის მთავარი როლი არის საკითხის სამართლებრივი შეფასება, ეს ფაქტორი არ ამცირებს კონფლიქტის არასამართლებრივ ასპექტებში მონაწილეობის მიღებას.<sup>258</sup> საბოლოო ჯამში, ადვოკატის ძირითადი როლი – მიიღოს საუკეთესო შესაძლო შედეგი, უცვლელია, თუმცა სამოქმედო გეგმა იქნება განსხვავებული.<sup>259</sup>

## 6.5. კლიენტის მომზადება მოსალოდნელ კითხვებზე პასუხის გასაცემად

მედიაციასთან დაკავშირებულ პროცესუალურ საკითხებს შორის ერთ-ერთი აქტუალურია იმის გადანყვეტა, უნდა ისაუბროს თუ არა კლიენტმა მედიაციის მიმდინარეობისას. ის, თუ რა ფორმით გადანყვეტა აღნიშნული საკითხი, მნიშვნელოვნადაა დამოკიდებული ყოველი კონკრეტული კლიენტის შესაძლებლობებზე. ზოგიერთ მედიატორს არ სურს კლიენტის მოსმენა, განსაკუთრებით იმ შემთხვევაში, თუკი იგი სათქმელს ვერ გამოხატავს ლაკონურად და დამაჯერებლად.<sup>260</sup>

<sup>252</sup> The ABA Model Rules of Professional Conduct, 1.4. მუხლი.

<sup>253</sup> *Golann D.*, *Mediating Legal Disputes Effective Strategies for Neutrals and Advocates*, Printed in the United States of America, 2009, 264.

<sup>254</sup> *Foster R. V.*, *Effective Negotiation Strategies and Approaches for MA Lawyers and Their Clients*, 2011, 8.

<sup>255</sup> *ირემაშვილი ქ.*, მედიაციის ინტეგრირება სამართლის სკოლის სასწავლო პროგრამაში, დავის ალტერნატიული გადანყვეტის ეროვნული ცენტრი, თბ., 2012, 8 <[http://www.library.court.ge/upload/lib\\_ADR.pdf](http://www.library.court.ge/upload/lib_ADR.pdf)>.

<sup>256</sup> *Kovach K. K.*, *Mediation Principles and Practice*, 3<sup>rd</sup> ed., Printed in the United States of America, 2004, 424.

<sup>257</sup> *Abramson H. I.*, *Mediation Representation Advocating as a Problem-Solver in any Country or Culture*, 2<sup>nd</sup> ed., Printed in the United States of America, 2010, 311.

<sup>258</sup> *Coltri L. S.*, *Alternative Dispute Resolution a Conflict Diagnosis Approach*, Second edition, University of Maryland, University College, 2010, 80.

<sup>259</sup> *Golann D.* *Mediating Legal Disputes Effective Strategies for Neutrals and Advocates*, Printed in the United States of America, 2009, 268.

<sup>260</sup> *Berman L. J.*, *Mediator's Opening Statements Offer Insights for Successful Results*, Published in the “Mediation Strategies”, California's Legal Newspaper, 2003, 2-3, <<http://www.americaninstituteofmediation.com/pg66.cfm>>.

ნებისმიერ შემთხვევაში, შესაძლებელია, მედიატორი მხარეებს ესაუბროს ცალ-ცალკე, რათა განსაზღვროს მათი რეალური ინტერესები,<sup>261</sup> მხარეს დაუსვას ღია კითხვები, რათა მიიღოს ინფორმაცია ფარული ემოციების შესახებ.<sup>262</sup> შესაბამისად, ადვოკატმა კლიენტთან ერთად უნდა განიხილოს ის სავარაუდო კითხვები, რომელთაც მას დაუსვამენ მედიატორი ან პროცესის მონაწილე სხვა პირები.

ეს კლიენტს მისცემს საშუალებას, მოამზადოს შესაბამისი, პროდუქტული პასუხები.<sup>263</sup> აგრეთვე, ადვოკატი უნდა დაეხმაროს კლიენტს საკუთარი ინტერესების სიტყვიერად გამოხატვაში.<sup>264</sup>

სავარაუდო თემატიკა, რომელზეც პასუხის გაცემა, შესაძლებელია, კლიენტს მოუწიოს, არის შემდეგი: რა მოხდა? რა სახის დოკუმენტები აქვს საკუთარი პოზიციის მტკიცებისათვის? რომელი მოწმე დაადასტურებს მის პოზიციას? რა მიზნები და ინტერესი ამოძრავებს? რა არის ოპონენტი მხარის ინტერესი? რა მოელის მედიაციის პროცესისაგან? აქვს თუ არა მოსაზრებები იმასთან დაკავშირებით, თუ როგორ შეიძლება გადაწყდეს დავა? რა შედეგები მიიღწევა სასამართლოსთვის მიმართვის შემთხვევაში? რა დრო დასჭირდება საქმის სასამართლო განხილვისათვის მომზადებას? დაახლოებით რამდენს შეადგენს სასამართლოს დანახარჯები? რა ქმედებებს განახორციელებს იმ შემთხვევაში, თუკი შეთანხმება არ მიიღწევა?<sup>265</sup> რა ბარიერებმა შეუშალა ხელი პირდაპირი მოლაპარაკების წარმოებას?<sup>266</sup>

კლიენტს ადვოკატმა უნდა ურჩიოს, რომ მან ოპონენტი მხარის ადვოკატის შეკითხვებს უპასუხოს პატიოსნად, ფრთხილად და სწორად. თუმცა მან ასევე უნდა იცოდეს, თუ რომელი შეკითხვების პასუხზე უნდა განაცხადოს უარი. ზოგიერთი ადვოკატი მედიაციას იყენებს ინფორმაციის მოძიების საშუალებად, შესაბამისად, აუცილებელი არ არის ოპონენტისათვის ყველა დეტალის თაობაზე ინფორმაციის მიწოდება.<sup>267</sup>

## **6.6. კლიენტის ინფორმირება მის და ადვოკატის მიერ შეთანხმებული პოზიციის დაფიქსირების აუცილებლობისა და ურთიერთგამომრიცხავი პოზიციების გამოთქმის დაუშვებლობის შესახებ**

ადვოკატმა და კლიენტმა მედიაციის მოსამზადებელ ეტაპზე უნდა გადაინანილონ პასუხისმგებლობები.<sup>268</sup> საკითხის გარკვეული სახით გადაწყვეტა ხშირად წარმოშობს შეთანხმებას ადვოკატსა და კლიენტს შორის.<sup>269</sup> შესაბამისად, არსებობს შემთხვევები, როდესაც მათი ინტერესები არ ემთხვევა.<sup>270</sup> როდესაც სახეზეა მსგავსი ფაქტი, ადვოკატმა პროფესიული ეთიკის გათვალისწინებით, უნდა დაუთმოს კლიენტს. ეს ამგვარად უნდა გადაწყდეს, იმის მიუხედავად, არის თუ არა კლიენტის გადაწყვეტილება ადვოკატის ინტერესების საწინააღმდეგო.<sup>271</sup>

<sup>261</sup> *Jernigan M., Lord R. B.*, The Mediator's Role in the Family Business, *American Journal of Mediation*, Vol. 2, 2008, 56.

<sup>262</sup> *Stepp J. A.*, How Does The Mediation process work? 2003, 5, <<http://www.mediate.com/articles/steppj.cfm>>.

<sup>263</sup> *Abramson H. I.*, Mediation Representation Advocating as a Problem-solver in any Country or Culture, 2<sup>nd</sup> ed., Printed in the United States of America, 2010, 315.

<sup>264</sup> *Pel M.*, Referral to Mediation a Practical Guide for an Effective Mediation Proposal, The Hague, 2008, 126.

<sup>265</sup> *Abramson H. I.*, Mediation Representation Advocating as a Problem-solver in any Country or Culture, 2<sup>nd</sup> ed., Printed in the United States of America, 2010, 315-316.

<sup>266</sup> *Golann D.* Mediationg Legal Disputes Effective strategies for Neutrals and Advocates, Printed in the United States of America, 2009, 266.

<sup>267</sup> *Folberg G.*, Mediation The Roles of Advocate and Neutral, 2<sup>nd</sup> ed., Printed in the United States of America, 2011, 263.

<sup>268</sup> *Abramson H. I.*, Mediation Representation Advocating as a Problem-Solver in any Country or Culture, 2<sup>nd</sup> ed., Printed in the United States of America, 2010, 241.

<sup>269</sup> *Ware S. J.*, Principles of Alternative Dispute Resolution, 2<sup>nd</sup> ed., Printed in the United States of America, 2003, 169.

<sup>270</sup> *Glick T.*, Creative Mediation, North Charleston, 2012, 37.

<sup>271</sup> *Ware S. J.*, Principles of Alternative Dispute Resolution, 2<sup>nd</sup> ed., Printed in the United States of America, 2003, 174.

## 7. დასკვნა

ყოველივე ზემოაღნიშნულის გათვალისწინებით, დგინდება, რომ მედიაციასთან დაკავშირებულ საკითხთა საკანონმდებლო რეგულაცია აუცილებელია. შესაბამისად, კვლევის შედეგად მიღებული დასკვნა შემდეგი სახით ჩამოყალიბდება:

- საკანონმდებლო დონეზე უნდა მოხდეს მედიაციის პროცესის რეგულირება. მათ შორის პროცესის დეფინიციის განსაზღვრა. იგი უნდა მოიცავდეს პერიოდს, რომელიც იწყება მედიაციის საშუალებით დავის განხილვაზე მხარეთა და წარმომადგენელთა შეთანხმებით. მოსამზადებელი ეტაპი უნდა ჩაითვალოს მედიაციის პროცესის განუყოფელ ნაწილად. შედეგად, ადვოკატთა ვალდებულებები მედიაციის მოსამზადებელ ეტაპზე უფრო მეტად იქნებოდა ანგარიშგასაწევი ადრესატთა მხრიდან.

- საკანონმდებლო დონეზე უნდა განისაზღვროს, რომ ყველა ის ვალდებულება, რომელთა დაცვა ეკისრებათ ადვოკატებს, ვრცელდება მედიაციის პროცესში წარმომადგენლობის დროსაც (იმის მიუხედავად, არის მოთხოვნა შიდასახელმწიფოებრივი კანონით დადგენილი თუ საერთაშორისოდ აღიარებული). უნდა დაკონკრეტდეს, რომ მათ ეს ვალდებულებები დაეკისრებათ მედიაციის მოსამზადებელი ეტაპიდანვე.

- გარდა იმ ვალდებულებებისა, რომლებიც ადვოკატებს ეკისრებათ დავის გადანყვეტის სხვა საშუალებების გამოყენებისას, საჭიროა, განისაზღვროს ის ვალდებულებები, რომლებიც ადვოკატებს დაეკისრებათ კონკრეტულად მედიაციის პროცესში წარმომადგენლობის შემთხვევაში.

- მედიაციის მოსამზადებელ ეტაპზე ადვოკატმა უნდა შეაფასოს, თუ რამდენად მიზანშეწონილია დავის გადანყვეტის ამ საშუალების გამოყენება. გადანყვეტილების მიღების პროცესში მან უნდა გაითვალისწინოს ყოველი კონკრეტული საქმის თითოეული დეტალი. ზოგადი მიდგომები არ არის საკმარისი.

- რელევანტურია ის საკითხი, თუ რომელი კონკრეტული ადვოკატი შეითავსებს მედიაციის პროცესში წარმომადგენლის როლს. ადვოკატის პროფესიონალიზმი და სამართლის ცოდნა არ შეიძლება ჩაითვალოს დამაკმაყოფილებელ პირობად. იმისათვის, რათა პირი გახდეს მედიაციის პროცესში წარმომადგენელი, აუცილებელია მისი პიროვნული უნარები, თვისებები იყოს შესაბამისი სტანდარტისა. მეტიც, შეფასების საგანი უნდა იყოს მისი დამოკიდებულება მედიაციის ინსტიტუტის მიმართ.

- მნიშვნელოვანია იმის განსაზღვრა, თუ რა ფორმით მოხდება ადვოკატის მხრიდან მედიაციის საშუალებით დავის გადანყვეტის ინიცირება. გასათვალისწინებელია არა მხოლოდ ის საკითხი, თუ როგორ მოხდება კლიენტისათვის შეთავაზება, არამედ ოპონენტის მხარისთვისაც.

- მედიაციის მოსამზადებელ ეტაპზე ადვოკატმა უნდა განსაზღვროს საკუთარი სამოქმედო სტრატეგია/ტაქტიკა. ის საკითხი, თუ კონკრეტულად რა ფორმით ჩამოყალიბდება სტრატეგია, სრულად არის დამოკიდებული კლიენტის რეალურ ინტერესებსა და იმ წინაპირობებზე, რომლებმაც გამოიწვია დავის წარმოშობა. ე.ი., მანამ, სანამ განისაზღვრება სტრატეგია, ადვოკატმა დეტალურად უნდა გამოიკვლიოს ეს ფაქტორები.

- ადვოკატმა მედიაციის მოსამზადებელ ეტაპზე სრულად უნდა მოამზადოს საქმე. ეს მოიცავს კონკრეტული ქმედებების განხორციელების აუცილებლობას. მათ შორის: საქმის ფაქტობრივი გარემოებების შესწავლა, სამართლებრივი შეფასება; პროცესისათვის მტკიცებულებათა მოპოვება; მედიატორის შერჩევა; მედიაციის მონაწილე პირთა წრის განსაზღვრა.

- საქმის მომზადება აგრეთვე მოიაზრებს შეთანხმების პირობების განსაზღვრას. როგორც ჩატარებული კვლევების საფუძველზე დგინდება, უნდა მოხდეს მორიგების არა ერთი, არამედ რამდენიმე ალტერნატივის შემუშავება, ხოლო შემდეგ მათთვის პრიორიტეტების მინიჭება.



- მედიაციის მოსამზადებელ ეტაპზე საქმის მომზადებაზე არანაკლებ მნიშვნელოვანია კლიენტის მომზადება, რაც მოიაზრებს კონკრეტულ ქმედებებს: თავდაპირველად უნდა მოხდეს კლიენტისათვის მედიაციის არსისა და ძირითადი პრინციპების განმარტება. ეს არის საბაზისო მოთხოვნა. ამის შემდგომ აუცილებელია მისი სამართლებრივი კუთხით ინფორმირება და პროცესის გეგმის გაცნობა.

- ადვოკატმა კლიენტს უნდა განუმარტოს პროცესის თითოეული მონაწილის როლი, რათა მათი მიდგომები, ქცევის სტილი (რაც, ცხადია, განსხვავებული იქნება სხვა სახის პროცესებში მონაწილეობისგან) შემდგომში არ აღმოჩნდეს კლიენტის გაკვირვებისა თუ უკმაყოფილების საფუძველი. ამ თვალსაზრისით, განსაკუთრებული აქტუალობის მქონეა ადვოკატის როლის განმარტება. ასეთი გადანყვების საფუძველს იძლევა ის გარემოება, რომ მედიაციის პროცესში ადვოკატის ქცევის ტაქტიკა, სტრატეგია თუ დამოკიდებულება პროცესის მონაწილეთა მიმართ რადიკალურად განსხვავდება მათი ტრადიციული მიდგომებისაგან, იმ ქცევებისაგან, რაც მათი ტრადიციული მსოფლმხედველობისათვის არის დამახასიათებელი.

- ადვოკატის ერთ-ერთი ძირითადი ვალდებულება კლიენტის მომზადების თვალსაზრისით, აგრეთვე არის მისი მომზადება მედიაციის პროცესში მოსალოდნელ კითხვებზე პასუხის გასაცემად.

- მნიშვნელოვანია, რომ ადვოკატის ქცევები მედიაციის პროცესში (ისევე როგორც სხვა პროცესებში) წარმომადგენლობისას უნდა იყოს კლიენტის საუკეთესო ინტერესების შესაბამისი. ამის გათვალისწინებით, დგინდება, რომ იმ შემთხვევაშიც კი, თუ, ადვოკატის აზრით, კლიენტის ქმედება არის გაუმართლებელი, ან ჰქონდა უკეთესი არჩევანის გაკეთების ალტერნატივა, მან საკუთარი პოზიცია უკანა პლანზე უნდა გადაწიოს.

- ამ ყველაფრის უზრუნველსაყოფად, სასურველია, მხარეთათვის და მათი ადვოკატებისათვის შედგეს ამომწურავი ხასიათის მედიაციის სახელმძღვანელოები.<sup>272</sup>

ყოველივე აღნიშნულის გათვალისწინებით, აუცილებელია საქართველოს კანონმდებლობაში ცვლილებების განხორციელება.

---

<sup>272</sup> *Thorpe R.W.*, Final Report of the ABA Section of Dispute Resolution Task Force on Improving Mediation Quality, American Journal of Mediation, Vol.2, 2008, 5.

## Advocate Role in the Mediation Process of Civil Legal Disputes

*The issues, related to the representational authorities of lawyers in the process of mediation of civil law disputes in Georgian law are considered in the article. In the paper, significant place is given to the assessment of expedience of lawyer's participation in mediation process; the issue of initiation by lawyer of mediation, as alternative form of dispute resolution, is also considered; the methodology of development of the lawyer's own action strategy and tactics as a result of investigation by lawyer of the best interests of the client is determined; the procedures to be implemented by the lawyer for preparation of the case and the client are also considered in the paper. Finally, legislative recommendations are formulated as a result of judgment.*

**Key words:** Mediation, lawyer, legislative regulation, ethics.

### 1. Introduction

Mediation is one of the informal means of dispute resolution. "It is a procedure based on a free will of parties, during which a mediator, who does not have the right to settle the dispute finally systematically supports communication between the parties in order to reach an agreement based on responsibilities of".<sup>1</sup> International mediation has a longer history, than theoretical.<sup>2</sup> In 70-80s of the XX century this institute developed fast in such countries, as the USA, Australia, Canada, England and Wales.<sup>3</sup>

Mediation in Georgia was established as a result of legislative changes. The Civil Procedures Code of Georgia (hereinafter – CPCG) defines disputes to be examined by compulsory court mediation, though in case of the existence of an agreement court mediation will examine any private legal dispute.<sup>4</sup>

---

\* Master of Law, TSU Faculty of Law, PhD Candidate at the Caucasian International University, Faculty of Law, Lawyer.

<sup>1</sup> Hopt K.J., Steffek F., Mediation: Rechtsvergleich, Regelungsmodelle, Grundsatzprobleme, in: Hopt K.J., Steffek F., Mediation, Rechtstatsachen. Rechtsvergleich, Regelungen, Mohr Siebeck, Tübingen, 2008, 12. Cited: Tser-tsvadze G., Mediation as an Alternative Form of Dispute Resolution (General Review), Scientific-Research Institute of Alternative Methods of Dispute Resolution, Tbilisi, 2010, 37, <[http://d252441.u-telcom.net/books/Full\\_Version/sajaro/mediacia.pdf](http://d252441.u-telcom.net/books/Full_Version/sajaro/mediacia.pdf)>.

<sup>2</sup> Kleiboer M., Understanding Success and Failure of International Mediation, Journal of Conflict Resolution, Vol. 40, № 2, 1996, 360, <<http://www.engagingconflict.it/ec/wp-content/uploads/2012/06/Kleiboer-understanding-Success-and-Failure-of-International-Mediation.pdf>>.

<sup>3</sup> Alexander N.M., Global Trends in Mediation: Riding the Third Wave, Centrale für Mediation, Otto Schmidt Verlag DE, 2003, 7.

<sup>4</sup> Here should be noted that by Part I of Article 187<sup>3</sup> of Civil Procedure Code of Georgia the competence of court mediation is confined and it is determined that within the scopes of court mediation can be examined disputes arising from family law, with the exception of adoption of child, invalidation of adoption of child, restriction and forfeiture of parent's right. Court mediation is entitled to examine disputes arising from neighbor law, hereditary law and any other dispute in case of agreement of the parties. Legislative Herald of Georgia (hereinafter GLH), № 1106-Is, 14.11.1997, [Amendment: GLH, №5550-rs, 20.12.2011]; CPCG 187<sup>3</sup> Article, GLH, № 1106-Is, 14.11.1997, [Amendment: GLH, № 5550-rs, 20.12.2011]; A legislator also envisages other kinds of mediation, such as notary, medical, tax and others. A subject of dispute in individual cases is defined separately. Litigations under notary mediation are stated by Part I of Article 38<sup>1</sup> of Georgian Law on Notaries. In this case notary mediation is more limited and by this mediation is not examined the dispute, on which a special rule of mediation is established. GLH, 04.12.2009, №2283-II [Amendment: GLH, № 5851-Is, 16.03.2012]; Disputes under medical mediation are defined by paragraph "e" of Article 2 of № 80 statement of the Georgian government about taking

Resolution of disputes by means of mediation is justified, if it is arranged to satisfy the best interests of the parties by this way and the process is not wasting financial and time resources against a client's interests. Accomplishment of this objective greatly depends on the participation of advocates. Persons, who are carefully preparing for mediation, are getting better results than those who don't do it.<sup>5</sup> Considering this it is surprising why people are starting negotiations without the proper preparation.<sup>6</sup> At this stage actions done by the advocate properly determines not only fulfillment of a concrete client's interests, but also the establishment of the confidence of the society to mediation, the development of the mediation institute.

"A Georgian legislator has been confided only with episodic regulation so far"<sup>7</sup> and a discussion connected with the regulation of mediation in Georgia is starting only now"<sup>8</sup>. Accordingly at the preparatory stage of civil legal disputes an issue of advocates' role is left unanswerable, it is a legislation deficiency. It increases the importance of the issue for the purpose of revealing further changes which should be done in Georgian legislation".

The objective of the work is studying the issues connected with representative authority of advocates at the preparation stage of mediation of civil legal disputes in Georgian law, establishment of obligations and requirements to advocates, recommendations will be worked up for the improvement of legislation.

The objective will be reached by using analytical, historic and comparative legal methods and regulations important in relation to the mentioned issue will be analyzed.

After introduction in Chapter two the advisability of advocate's participation in the mediation process is estimated; in Chapter three an issue of initiation of mediation, as an alternative form of dispute resolution by an advocate, is discussed; Chapter four defines advocate's own action strategy and tactics worked up as a result of studying the client's best interests by the advocate; Chapter five concerns the preparation of the case by an advocate; in Chapter six client's preparation for the process is discussed; In conclusion are represented recommendations received as a result of research.

## 2. Estimation of Advisability of Involvement of an Advocate in the Mediation Process

According to statistics most of civil legal disputes are resolved by mediation.<sup>9</sup> In standard cases of mediation the course of the process is meant only with participation of parties, though involvement of advocates in the mediation process is foreseen by the Uniform Mediation Act.<sup>10</sup> Particularly according to Article 10 of the mentioned act "an advocate or other individual person, to whom is granted authority, is appointed by the party, can participate in the mediation process together with the party"<sup>11</sup>. The act gives the parties free choice. The involvement of the representative in the process is not demanded, though it is possible.

In some countries the joint attendance of an advocate and a client at the mediation process is thought to be a norm. In such a case negotiations are basically done by the advocate (for example, in mediation connected with the issue of divorce). Settlement of this issue is considered to be a result of the influence of the

---

measures of medical mediation. GLH, 29.02.2012; organic law of Georgia of labor code 48<sup>1</sup> envisages handling of collective dispute by mediation, GLH, #4113-rs, 17.12.2010, [Amendment: GLH, № № 729-IIs, 12.06.2013]; tax mediation is defined by № 2742, Article 12<sup>1</sup>, 02.06.2011, [Amendment: GLH, № 21623, 20.05.2013] order of the officer in charge of a legal entity of public law – Revenue Service – about structural units.

<sup>5</sup> *Lewicki & Hiam*, 2006, 41-70, cited: *Craver C.B.*, *Effective Legal Negotiation and Settlement*, 6<sup>th</sup> ed., 2009, 46.

<sup>6</sup> *Craver C.B.*, *Effective Legal Negotiation and Settlement*, 6<sup>th</sup> ed., 2009, 46.

<sup>7</sup> *Tsertsvadze G.*, *Perspectives of Legal Regulation of Mediation in Georgia*, Ivane Javakhishvili Tbilisi State University, National Center of Alternative Resolution of Disputes, Tbilisi, 2013, 18, <<http://ncadr.tsu.ge/admin/upload/7706Edited-Final-Version-final.pdf>>, [05.07.2013].

<sup>8</sup> *Ibid.*

<sup>9</sup> *Melnick J.D.*, *Lost Opportunities in Mediation*, *Westlaw Journal Securities Litigation and Regulation*, Vol. 19, Issue 4, 2013, 1, <<http://www.jamsadr.com/files/Uploads/Documents/Articles/Melnick-Opportunities-Mediation-2013-06-25.pdf>>.

<sup>10</sup> This Act was Accepted in 2001.

<sup>11</sup> Uniform Mediation Act, Article 1, <<http://www.mediate.com/articles/umafinalstyled.cfm>>.

combination of local culture and alternative dispute resolution means.<sup>12</sup> Though it is a fact that in the mediation process of civil-legal disputes of the XXI century are dominating the advocates, which “are averting” representation in other kinds of processes.<sup>13</sup>

According to the opinion spread in juridical literature the representatives of the parties are advocates with special authority, which serve convincing lawful interests. Today in the theory of civil law is recognized the opinion that dealing is carried out in the representative’s personality, but the results in relation to the representee. The fact that the results of dealing concern the represented person is based on a will of acting persons and a law recognizing these persons’ will.<sup>14</sup>

“The Civil Procedure Code of Georgia in the chapter of court mediation does not say anything about te parties’ representatives (advocates), though from the literal point of view the word “party” means as a participator of a dispute directly, as well as the participator’s representative. Accordingly it is not necessary to emphasize the advocate’s participation in the mediation process as an individual legislative norm. So it can be said that advocates can freely participate in the mediation process“.<sup>15</sup>

In Georgia questions connected with advocate activities are regulated by the “Law of Georgia on Advocates”. “An advocate has the right to represent and protect a client, his/her rights and freedoms in constitutional, Supreme and general courts, arbitration and investigative bodies, with other physical and juridical persons”.<sup>16</sup> Participation of an advocate directly in the mediation process is not foreseen by this norm either, though it is admitted the client’s representation “with other physical and juridical persons”, it is stated that an advocate has the right to be a representative in the mediation process.

*ABA Model Rules of Professional Conduct*<sup>17</sup> defines cases when an advocate must not represent a client and when the relation already exists to terminate it.<sup>18</sup> Hence it can be stated that an advocate before being appointed as a representative in the case at the preparatory stage is obliged to investigate the reasonability of appointing him as a representative, whether there is a basis of waiving the representation. If the answer is positive there must be taken the roper measures. Not considering the mentioned demand will cause negative results for the client, as he/she will waste time and financial resources without any results.

As it was already mentioned before stating the reasonability of the advocate’s representation it must be defined to what extent it is reasonable. What is implied in the concept of “reasonability”? For an answer to this question concrete factors must be taken into account, namely: those positive and negative results, which generally characterize the involvement of an advocate in the mediation process; circumstances of each concrete case, specifics; personal and job description of the advocate, which is thought to be a representative.

The mentioned factors must be inevitably taken into account, because as a rule, the action of the parties’ representatives substantially defines the results of the process.

---

<sup>12</sup> Coltri L.S., *Alternative Dispute Resolution a Conflict Diagnosis Approach*, 2<sup>nd</sup> ed., University of Maryland, University College, 2010, 78.

<sup>13</sup> Rubin M.A., Spector B.F., *Ethical Conundrums For the 21<sup>st</sup> Century Lawyer/Mediator* Toto I’ve got a Feeling We’re Not in Kansas Any More, *American Journal of Mediation*, Vol. 2, 2008, 75.

<sup>14</sup> Chanturia L., *General Part of Civil Law, Guideline*, Tbilisi, 2011, 422.

<sup>15</sup> Tsertsvadze G., *Perspectives of Legal Regulation of Mediation in Georgia*, Ivane Javakhishvili Tbilisi State University, National Center for Alternative Dispute Resolution, Tbilisi, 2013, 238, <<http://ncadr.tsu.ge/admin/upload/7706Edited-Final-Version-final.pdf>>, [05.07.2013].

<sup>16</sup> The Law of Georgia on Advocates, Article 4, Part I, № 976 20.06.2001.

<sup>17</sup> The ABA Model Rules of Professional Conduct Adopted in 1983. The Mentioned Act is Ethical Rules, which Replaced the Act Adopted in 1969 Model Code of Professional Responsibility.

<sup>18</sup> ABA Model Rules of Professional Conduct, Article 1.16.

## 2.1. Possible Positive Results of an Advocate's Participation in the Mediation Process

The main role of advocates in the mediation process is giving advice and provision of the parties (representees) with information connected with a question under review.<sup>19</sup> Advocates can explain a client the point of the mediation process and positive sides of this process; can prepare a client for cooperative negotiations; an effective advocate can assist a client to find a reliable mediator, which will be able to deal with a subject of dispute.<sup>20</sup> From the ethical point of view a mediator is prohibited to give legal advice during the mediation process.<sup>21</sup> I.e. the involvement of advocates is necessary to explain the parties their legal status that will help them to comprehend their own interests.<sup>22</sup> Besides representatives are obliged to give parties information about the course of the process.<sup>23</sup> Considering this it is stated that for provision of information awareness about the legal protection of the client and the course of the process the involvement of the advocate is desirable.

It should be remarked that one of the best results of the participation of advocates in the mediation process is that by the assistance of the advocate basing on the analysis of interests it is easy and simple to reach the best alternative of the agreement (hereinafter BATNA). A lawyer helps a client to clear up his/her subconscious interest, values, necessities and principles.<sup>24</sup>

A lawyer can calm the excited and frightened client. In case of using evaluative mediation,<sup>25</sup> a representative will work harder with the client in order to regulate his/her unreasonable expectations.<sup>26</sup>

Another positive result of the involvement of an advocate in the mediation process is that this circumstance is balancing inequality of the parties. "Neutrality"<sup>27</sup> is maintained in the process.<sup>28</sup>

According to the above mentioned considering the emphasized positive factors it is stated that for maximal profit for society from mediation the involvement of representatives in the process, though very carefully, is necessary.<sup>29</sup> Persons, which don't use the representation of advocate, presumably will not be prepared and will not be able to show own positions effectively.<sup>30</sup>

---

<sup>19</sup> *Tsertsvadze G.*, Perspectives of Legal Regulation of Mediation in Georgia, Ivane Javakhishvili Tbilisi State University, National Center of Alternative Resolution of Disputes, Tbilisi, 2013, 236, <<http://ncadr.tsu.ge/admin/upload/7706Edited-Final-Version-final.pdf>>, [05.07.2013].

<sup>20</sup> *Coltri L.S.*, Alternative Dispute Resolution a Conflict Diagnosis Approach, 2<sup>nd</sup> ed., University of Maryland, University College, 2010, 79.

<sup>21</sup> *Ibid*, 80.

<sup>22</sup> *Ibid*, 79.

<sup>23</sup> *Tsertsvadze G.*, Perspectives of Legal Regulation of Mediation in Georgia, Ivane Javakhishvili Tbilisi State University, National Center for Alternative Disputes Resolution, Tbilisi, 2013, 236 <<http://ncadr.tsu.ge/admin/upload/7706Edited-Final-Version-final.pdf>>, [05.07.2013].

<sup>24</sup> *Coltri L.S.*, Alternative Dispute Resolution a Conflict Diagnosis Approach, 2<sup>nd</sup> ed., University of Maryland, University College, 2010, 80.

<sup>25</sup> In the theory three main kinds of mediation are distinguished: evaluative, facilitative and transformative. In the process of facilitative mediation a mediator simplifies relations between the parties. He/she can ask questions; provide the course of the process. He/she refrains from giving remarks and recommendations and enables the client to take his/her decision himself/herself. The main objective of a mediator is to clear up the parties' interests. By using transformative mediation the parties are oriented not only on taking useful for them decision, but to foresee the demands of the second parties. A mediator enables the parties to find out necessities of the opposed party. As for evaluative mediation a mediator estimates the situation, gives advice to the parties, offers ways for dispute resolution and has active influence on formation of the contents of the final decision.

<sup>26</sup> *Coltri L.S.*, Alternative Dispute Resolution a Conflict Diagnosis Approach, 2<sup>nd</sup> ed., University of Maryland, University College, 2010, 80.

<sup>27</sup> Neutrality is one of the fundamental principles of the mediation process.

<sup>28</sup> *Helm B., Scott S.*, Advocacy in Mediation, Cited: *Kestner P.B.*(ed.), Education and Mediation: Exploring the Alternatives, American Bar Association, 1988, 382.

<sup>29</sup> *Riskin L.L.*, Mediation and Lawyers, Ohio State Law Journal, Vol. 43:29, 1982, 41.

<sup>30</sup> *Folberg J., Rosenberg J., Barret R.*, Use of ADR in California Courts: Findings & Proposals, University of San Francisco Law Rev., Vol. 26, 1992, 394.

## 2.2. Possible Negative Results of an Advocate's Participation in the Mediation Process

In the opinion of some people representation of an advocate in the mediation process is estimated negatively.<sup>31</sup> Such attitude is caused by the following reasons:

Sometimes advocates might abuse of participation in the mediation process and in case of dishonesty for getting a certain material profit might linger the dispute in time on purpose.<sup>32</sup> Some lawyers because of self-interest or the standard ideology of lawyers might try to distract attention of the client onto the opposite method of dispute resolving.<sup>33</sup> A lawyer might turn mediation into the opposite situation, which will transfer the negotiation to competitive and acute conflict.<sup>34</sup> Also advocates might have difficulty in adapting to a representative's role in the mediation process.<sup>35</sup>

One of the negative results of the advocate's involvement in the mediation is that a client instead of envisaging the problem might become depended on the advocate, negotiation might be only conducted by the lawyer, not the party.<sup>36</sup> Also an advocate might use mediation as a source of getting confidential information of the opposite party.<sup>37</sup>

Because of the mentioned reasons in some cases some mediators are consciously trying to increase or exclude the participation of lawyers in the process. Such cases are especially frequent in mediation when disputes concern divorce, custody over child and family relations.<sup>38</sup>

## 2.3. Estimation by an Advocate of Reasonableness of Dispute Resolution by Means of Mediation as the Necessity Considering Circumstances of All Concrete Cases

Generally in case of a conflict parties have three possible alternatives of dispute resolution: 1. envision of a dispute purposely, ignoring the existence of a conflict, 2. assaulting, which includes legal dispute, physical or verbal arguing and 3. conciliating reaction, which implies conducting negotiations, mediation.<sup>39</sup>

So negotiations are not always the best choice. In some cases for satisfaction of the parties' interests the best solution might be not conciliation, but the solution of the dispute by the third person (judge or arbiter).<sup>40</sup>

In order to decide whether mediation is a proper means of dispute resolution in a concrete case it is necessary to take into account characteristics of each concrete situation.<sup>41</sup>

The probability of success of mediation is increasing in the case of the following circumstances: between the disputing parties there is already other case of cooperation; the dispute was not continuing long; there are external factors of conciliation "compulsion", pressure; a dispute is of low or moderate acuteness;<sup>42</sup> The parties have been aware of their own objectives;<sup>43</sup> There is the possibility that by means of

---

<sup>31</sup> Clark B., *Lawyers and Mediation*, United Kingdom, 2012, 105.

<sup>32</sup> Tsertsvadze G., *Pespectives of Legal Regulation of Mediation in Georgia*, Ivane Javakhishvili Tbilisi State University, National Center for Alternative Dispute Resolution, Tbilisi, 2013, 240, <<http://ncadr.tsu.ge/admin/upload/7706Edited-Final-Version-final.pdf>>, [05.07.2013].

<sup>33</sup> Coltri L.S., *Alternative Dispute Resolution a Conflict Diagnosis Approach*, 2<sup>nd</sup> ed., University of Maryland, University College, 2010, 80.

<sup>34</sup> Ibid, 81.

<sup>35</sup> Clark B., *Lawyers and Mediation*, United Kingdom, 2012, 106.

<sup>36</sup> Coltri L.S., *Alternative Dispute Resolution a Conflict Diagnosis Approach*, 2<sup>nd</sup> ed., University of Maryland, University College, 2010, 80.

<sup>37</sup> Ibid, 81.

<sup>38</sup> Ware S.J., *Principles of Alternative Dispute Resolution*, 2<sup>nd</sup> ed., Printed in the United States of America, 2003, 274.

<sup>39</sup> Jernigan M., Lord R.B., *The Mediator's Role in the Family Business*, *American Journal of Mediation*, Vol. 2, 2008, 53.

<sup>40</sup> Glick T., *Creative Mediation*, North Charleston, 2012, 99.

<sup>41</sup> Hames D.S., *Negotiation Closing Deals, Settling Disputes, and Making Team Decisions*, Printed in the United States of America, 2012, 11.

<sup>42</sup> Domenici K., Littlejohn S.W., *Mediation Empowerment in Conflict Management*, Printed in the United States of America, 2<sup>nd</sup> ed., 2001, 41.

mediation a client will get more valuable results than it will happen if a conflict continues; For the parties it is hard or impossible<sup>44</sup> to conduct direct negotiations.<sup>45</sup> Negotiations are reasonable when both parties want to get something from each other.<sup>46</sup> It is also justified when: between the parties is a communication problem; there is observed the difference between their culture; other way of dispute solution on this case was unsuccessful.<sup>47</sup>

It is important that dispute solution by mediation is not suitable for the client, whose interests can be satisfied only by applying to court.<sup>48</sup> Mediation can't be successful even in case of a dispute between unequal parties.<sup>49</sup>

As it was mentioned before an advocate after having done consulting service with a client considering specifics and details of each concrete case must have the ability of solving this issue correctly.<sup>50</sup> In the process of taking decision an advocate must be acting considering the best interest of the client<sup>51</sup>.

#### **2.4. The Necessity of Estimation of the Attitude of an Advocate to Mediation, as a Precondition of Appointing him as a Representative**

Most lawyers don't understand mediation and don't even want to. There are at least three reasons of it: ideology of lawyers in relation to the universe, economic factors and structure of contemporary law practice, lack of training in mediation sphere.<sup>52</sup>

Statistically there is about 85% of chance that a dispute will be settled by mediation. Considering this an advocate must perceive this institute as a final instance of dispute resolution and must prepare a client accordingly.<sup>53</sup>

Article 1.1 of ABA Model Rules of Professional Conduct states that an advocate must have appropriate "skills" in order to become a representative in the mediation process. There arises a question: What does the concept "skills" mean? The answer is the following: For an advocate to carry out properly his own authority of representative character in mediation, it is not enough the knowledge of law, practice and those skills, which are necessary for resolution of disputes by other means. It is not enough either dispute resolution to be meaningfully resolvable by mediation.

An advocate is obliged to know specifics of mediation, to be aware of expected positive or negative results of using it, to have personal and professional characteristics, which are preconditions of representation in the mediation process; to have confidence to the mediation process.

Except the generally stated requirements in case of representation in the mediation process advocates must be charged additional obligations, which is expressed by estimation of their personal attitude to mediation.

---

<sup>43</sup> *Domenici K., Littlejohn S.W.*, Mediation Empowerment in Conflict Management, Printed in the United States of America, 2<sup>nd</sup> ed., 2001, 42.

<sup>44</sup> Here it should be mentioned that the main characteristic which differentiates mediation and direct negotiations is the Involvement of Mediator.

<sup>45</sup> *Folberg G.*, Mediation the Roles of Advocate and Neutral, 2<sup>nd</sup> ed., Printed in the United States of America, 2011, 242.

<sup>46</sup> *Hames D.S.*, Negotiation, Closing Deals, Settling Disputes and Making Team Decisions, Printed in the United States of America, 2012, 11.

<sup>47</sup> *Folberg J., Rosenberg J., Barrett R.*, Use of ADR in California Courts: Findings & Proposals, University of San Francisco Law Rev., Vol. 26, 1992, 410.

<sup>48</sup> *Ware S.J.*, Principles of Alternative Dispute Resolution, 2<sup>nd</sup> ed., Printed in the United States of America, 2003, 311.

<sup>49</sup> *Leviton S.C., Greenstone J.L.*, Elements of Mediation, Printed in the United States of America, 2004, 38.

<sup>50</sup> *Berman L.J.*, Mediations' Evolution in Social: where it has been and where it is going, Published in Advocate Magazine, 2012, 2, <<http://www.mediationtools.com/articles/EvolutionMediationSoCal.html>>.

<sup>51</sup> *Garner B.* (ed.), Black's Law Dictionary, 8<sup>th</sup> ed., Thomson West, 2004, 1315.

<sup>52</sup> *Riskin L.L.*, Mediation and Lawyers, Ohio State Law Journal, Vol. 43:29, 1982, 43.

<sup>53</sup> *Mann V. J.*, The Mediation Paradox: Collaborative Combat, 2011, 10, <<http://www.jamsadr.com/files/Uploads/Documents/Articles/Mann-Mediation-Paradox-2011.pdf>>.

It should be noted that new generation of advocates have more knowledge about alternative dispute resolution.<sup>54</sup> According to researches they are choosing this institute because they believe in it and are not doing it for the purpose of getting financial profit.<sup>55</sup> Just such must be the advocate's personal attitude to the mediation process in order to combine and perform a representative's function properly in this process.

### 3. Dispute Resolution by Means of Mediation Initiated by an Advocate

Generally initiation of dispute resolution by mediation is possible by the following ways:

6. By the parties demand;
7. By the advocate's (representative) initiation;
8. On the initiative of other persons, which have business relations with the parties;
9. By court recommendation
10. As a result of the condition foreseen in the contract.<sup>56</sup>

It might be possible that clients themselves have information about alternative means of dispute resolution, in some countries court intervenes in this issue.<sup>57</sup> Though considering the theme of the present work at this stage a subject of interest is dispute resolution by means of mediation initiated by an advocate. When a client is using advocate service, the proper figure is just an advocate, which must help the client in choosing and estimating methods of dispute resolution. If other person takes this function, it will be considered as intervention in the client and advocate's relations.<sup>58</sup> It is certain that in conducting a legal consultation advocates can offer the party several alternatives for dispute resolution.<sup>59</sup> If an advocate admits that dispute by court rule in any case is a single choice, such attitude of the advocate will be estimated as carelessness, inattention.<sup>60</sup>

Here should be mentioned that in relation to the advocate's involvement in the mediation process there is so called Two-track Representation approach. It implies that advocates are able to perform the following actions in parallel regime: to represent a client in the dispute and at the same time to conduct negotiation in the client's name. One advocate will combine one function, the other one – the second function.<sup>61</sup>

It is important to establish a proper form of offer: in offering mediation for dispute resolution an advocate must emphasize that by this means the parties will be able to get what they want and need. On initiating it is not necessary to talk generally about the mediation institute.<sup>62</sup>

#### 3.1. Agreement with a Client on Dispute Resolution by Mediation

The existence of a demand, according to which lawyers are obliged to advise a client to resolve a dispute resolution by mediation is a guarantee that in relation to alternative means of dispute resolution the awareness of population will be increased, the mediation institute will be used frequently. Despite that the existence of this obligation stated in relation to advocates is a subject of dispute and an approach to this issue is not uniform, this obligation is foreseen by Article 1.4 of ABA Model Rule of Professional Conduct.<sup>63</sup>

---

<sup>54</sup> Love L.P., Galton E., Stories Mediators Tell: The Editors' Reflections, *Cardzo Law Rev.*, Vol. 34, 2013, 2412, <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2351004](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2351004)>.

<sup>55</sup> Clark B., *Lawyers and Mediation*, United Kingdom, 2012, 81.

<sup>56</sup> Leviton S.C., Greenstone J.L., *Elements of Mediation*, Printed in the United States of America, 2004, 10.

<sup>57</sup> Kovach K.K., *Mediation Principles and Practice*, 3<sup>rd</sup> ed., Printed in the United States of America, 2004, 128.

<sup>58</sup> Folberg J., Rosenberg J., Barrett R., *Use of AD R and what they need in California Courts: Findings & Proposals*, *University of San Francisco Law Rev.*, Vol. 26, 1992, 382.

<sup>59</sup> Rosenbaum J.M., *How Lawyers Benefit from Early Neutral Evaluation*, 2013, 1, <<http://www.law360.com/articles/426737/how-lawyers-benefit-from-early-neutral-evaluation>>.

<sup>60</sup> Ware S.J., *Principles of Alternative Dispute Resolution*, 2<sup>nd</sup> ed., Printed in the United States of America, 2003, 13.

<sup>61</sup> Kovach K.K., *Mediation Principles and Practice*, 3<sup>rd</sup> ed., Printed in the United States of America, 2004, 135.

<sup>62</sup> Beer J.E., Packard C.C., *The Mediator's Handbook*, Printed in Canada, 4<sup>th</sup> ed., 2012, 19.

<sup>63</sup> Kovach K.K., *Mediation in a Nut Shell*, 2<sup>nd</sup> ed., Thomson west, Printed in the United States of America, 2010, 121.



From this point of view the practice existed in the USA is important. Most American clients before starting a dispute gets consultation from an advocate. Lawyers can assist them in making a choice between a negotiation and a dispute. Most states are obliging advocates to provide a client with information about alternative ways of dispute resolution.<sup>64</sup> One of them is Minnesota.<sup>65</sup> In the state of Georgia there is a demand, according to which each member of the advocates association must have education connected with an issue of the alternative dispute resolution.<sup>66</sup> Generally a number of legislators obliging advocates to offer using alternative means of dispute resolution are growing.<sup>67</sup>

It is natural that offering the dispute resolution by mediation is not done without preconditions. There are several factors to be taken into account by an advocate on initiating the usage of mediation. These are: a conciliation desire from the client; the nature of relation between the parties; time factor; the parties' positions;<sup>68</sup>

Besides on initiating offer an advocate might have a professional obligation to inform a client about positive and negative sides of mediation or any other process of dispute resolution.<sup>69</sup> The best approach is to start with positive sides.<sup>70</sup> It will be a guarantee that a client at least will be attentively to the offer and see that the process is directed to satisfy his/her interests.

After informing about positive sides it is desirable to explain the process of mediation.<sup>71</sup> It should be also foreseen that offering dispute resolution is never late, even in the period of the court dispute process or the day before the process.<sup>72</sup>

### **3.2. Agreement with an Opponent about Dispute Resolution by Mediation**

In many cases an attempt of one of the parties to negotiate might be finished with no result, if the other party is not interested in it, cannot see any point in the negotiations.<sup>73</sup> The success of the mediation process depends on the will of both parties.<sup>74</sup>

Regardless of this, as a rule, advocates don't wish to offer the opponent's advocate to resolve a dispute by mediation. There is a question: if the party has a strong position, why does it want to avoid court proceeding?<sup>75</sup> Really offering the opponent party dispute resolution by mediation does not mean revealing of weakness. This action was perceived in such a way 10 years ago, but now it is not so.<sup>76</sup> I.e. advocates must recognize that dispute resolution by mediation does not mean the confirmation of own position weakness. Recognition of this will become the precondition of the above mentioned problem.

---

<sup>64</sup> *Nolan-Haley J.M.*, *Alternative Dispute Resolution in a Nut Shell*, Printed in the United States of America, Thomson West, 3<sup>rd</sup> ed., 2008, 112-113.

<sup>65</sup> *Kovac K.K.*, *Mediation Principles and Practice*, 3<sup>rd</sup> ed., Printed in the United States of America, 2004, 128.

<sup>66</sup> See Ga. R. ADR rule VIII, 1999, cited: *Kovach K.K.*, *Mediation Principles and Practice*, 3<sup>rd</sup> ed., Printed in the United States of America, 2004, 128.

<sup>67</sup> *Folberg G.*, *Mediation the Roles of Advocate and Neutral*, 2<sup>nd</sup> ed., Printed in the United States of America, 2011, 54.

<sup>68</sup> *Nolan-Haley J.M.*, *Alternative Dispute Resolution in a Nutshell*, Printed in the United States of America, Thomson West, 3<sup>rd</sup> ed., 2008, 112-113.

<sup>69</sup> *Abramson H.I.*, *Mediation Representation Advocating as a Problem-Solver in any Country or Culture*, 2<sup>nd</sup> ed., Printed in the United States of America, 2010, 129.

<sup>70</sup> *Murray O.R.*, *The Mediation Handbook: Effective Strategies For Litigators*, Revised ed., Bradford Publishing Company, Colorado, 2010, 44.

<sup>71</sup> *Ibid*, 46.

<sup>72</sup> *Berman L.J.*, *The Funnel of Conflict Resolution, Part one: The Stages of Conflict and Opportunities for Resolution*, Published by Mediate. Com, 2011, 2, <<http://www.mediate.com/articles/bermanfunnel.cfm>>.

<sup>73</sup> *Luecke R.*, *Harvard Business Essentials Your Mentor and Guide to Doing Business Effectively Negotiation*, Printed in the United States of America, 2003, 46.

<sup>74</sup> *Pel M.*, *Referral to Mediation a Practical Guide for an Effective Mediation Proposal*, The Hague, 2008, 71.

<sup>75</sup> *Abramson H.I.*, *Mediation Representation Advocating as a Problem-Solver in any Country or Culture*, 2<sup>nd</sup> ed., Printed in the United States of America, 2010, 156.

<sup>76</sup> *Berman L.J.*, *Mediation's Evolution in Social: Where it has been and where it is going*, Published in Advocate Magazine, 2012, 2, <<http://www.mediationtools.com/articles/EvolutionMediationSoCal.html>>.

In order to reach the agreement of the party to start negotiation process are the following ways: to state the necessity of it; to define results without conducting negotiations; it is also important to promise support to the party.<sup>77</sup> First of all an advocate must try to understand real needs and interests of the opponent. Understanding its position does not mean agreement on it, though it will facilitate to review own position.<sup>78</sup> Knowledge of this information will facilitate offering such proposals, which will be profitable for both parties.<sup>79</sup> Accordingly it is stated it is necessary by all means to clear up the interest of the opposite party: On the basis of the mentioned information the advocate will be able to initiate dispute resolution by mediation in the form admissible to him.

All the above mentioned facts must be foreseen at the preparatory stage of mediation on offering the dispute resolution by mediation to the opponent party.

#### **4. Define by an Advocate the Strategy/Tactics of Own actions in Accordance with a Client's Motive and Best Interests**

If in resolving a dispute by mediation an advocate acts using the approach received in the case of using other means of dispute resolution, the process will have no result.

“When “mediation is a relevant way, general approaches are not acceptable. The problem is that in the opinion of lawyers such approaches are right in any cases, where they are participating as lawyers”.<sup>80</sup> Juridical practice is saturated with competitiveness elements, starting with finding and maintaining clients and ending with competitiveness process itself. Students begin to study it from the very start in a law school.<sup>81</sup>

Those actions, which an advocate is carrying out in resolving a dispute, are not admissible in searching for optimal ways of conflicts resolution. It does not mean that not all the ways used in resolving disputes are necessary, though many of them might be necessary.<sup>82</sup> In the opinion of many practical lawyers should learn different strategies and tactics for using in the mediation process, though it is still a problematic issue. Many practical lawyers will not have any interest to learn new and innovative approaches of the advocate practice, before they have enough motivation, the sense that such a demand exists and the profit increases. Moreover most advocates are often against all kinds of changes.<sup>83</sup> A

It should be also noted here that the Advocates Professional Ethics Code of Georgia states the priority principle of client's interests, namely it is stated that: “An advocate must always act based on client's interests and putting them before personal and other persons' interests, though in order to protect the client's interests the advocate's actions must correspond to legislation and the Professional Ethics Code.”<sup>84</sup> It allows us to conclude that advocates are obliged to define their own strategy according to the best interests of a client. Accordingly it is stated that it is necessary for an advocate to define his/her own strategy/tactics and on defining it must foresee the client's real interest of commencing a dispute and the objective he/she is trying to reach.

---

<sup>77</sup> *Luecke R.*, Harvard Business Essentials Your Mentor and Guide to Doing Business Effectively Negotiation, Printed in the United States of America, 2003, 47.

<sup>78</sup> *Jacobs-May J.*, The Psychology of Mediation, Edition of the Recorder 2011, 1, <<http://www.jamsadr.com/files/Uploads/Documents/Articles/Jacobs-May-Recorder-04-04-11.pdf>>.

<sup>79</sup> *Craver C.B.*, Effective Legal Negotiation and Settlement, 6<sup>th</sup> ed., 2009, 52.

<sup>80</sup> *Riskin L.L.*, Mediation and Lawyers, Ohio State Law Journal, Vol. 43:29, 1982, 45.

<sup>81</sup> *Kovach K.K.*, Lawyer Ethics in Mediation: Time for a Requirement of Good Faith, Alternative Dispute Resolution Yearbook, Tbilisi State University Press, 148, <[http://www.library.court.ge/upload/lib\\_ADR.pdf](http://www.library.court.ge/upload/lib_ADR.pdf)>.

<sup>82</sup> *Murray O.R.*, The Mediation Handbook: Effective Strategies for Litigators, Revised ed., Bradford Publishing Company, Colorado, 2010, 41.

<sup>83</sup> *Kovach K.K.*, Lawyer Ethics in Mediation: Time for a Requirement of Good Faith, Alternative Dispute Resolution Yearbook, Tbilisi State University Press, 147, <[http://www.library.court.ge/upload/lib\\_ADR.pdf](http://www.library.court.ge/upload/lib_ADR.pdf)>.

<sup>84</sup> Code of Ethics for Advocates of Georgia, Article 5.

When defining the best interests of the client it should be foreseen that the difference between a person's positions and interests is decisive.<sup>85</sup> Just the client's interest<sup>86</sup> must be a defining factor of the advocate's actions.

For provision of this one of the ways will be working up the united specialized ethic code for those who are clients in mediation. It might be possible that the addition of comments to the existed laws might be thought to be an alternative.<sup>87</sup>

On talking about interests it should be also noted that later in the course of the process a mediator will be trying to define them too.<sup>88</sup> By this way the mediator will be able to increase a number of possible alternatives of conciliation.<sup>89</sup> At the preparatory stage the full elucidation of this issue by the advocate will simplify for the client to answer the mediator's relevant questions.

#### **4.1. Questioning of a Client about the Real Motivation of the Commencement of a Dispute and Interests**

Before solving a problem it is necessary the point of it,<sup>90</sup> though practice shows that in many cases advocates do not take into account clients' real interests.<sup>91</sup> Clients often do not show their intentions, when being questioned about it.<sup>92</sup> It is happening regardless of the fact that really just these interests show in which direction it is necessary to conduct work.<sup>93</sup>

An advocate is requested to be a good listener.<sup>94</sup> He must ask a client what is important for him/her and why. This question allows defining different versions of conciliation.<sup>95</sup> As a rule, the parties' "positions" are mutually exclusive, incompatible, while "interests" are compatible and in some cases identical too.<sup>96</sup> This is necessary in order to prepare a mediation plan.<sup>97</sup>

Though clearing up the client's interests might be more difficult than a client or an advocate can imagine himself/herself. A concept of "interest" is defined and it is considered to be "what gives people motivation", "what conditioned solution of the issue in this way", whereas "position" is a result of a person's decision.<sup>98</sup> In other words a position is a result but an interest – motivator, which defines formation of position in a certain form.<sup>99</sup> In many cases it is impossible to reach the position, while it is possible to

---

<sup>85</sup> *Fisher R., Uri W.*, Getting to Yes Negotiating Agreement Without Giving, 2<sup>nd</sup> ed., Printed in the United States of America, 1991, 23.

<sup>86</sup> There are often cases when an advocate is not trying to clear up a client's interests, is oriented on getting more profit, and does not admit that the client might have other wish. Resulting from the fact that the mediation process favors communication between the parties, there is more probability that the real interests of the parties must be stated.

<sup>87</sup> *Kovach K.K.*, Lawyer Ethics in Mediation: Time for a Requirement of Good Faith, Alternative Dispute Resolution Yearbook, Tbilisi University Press, 151, <[http://www.library.court.ge/upload/lib\\_ADR.pdf](http://www.library.court.ge/upload/lib_ADR.pdf)>.

<sup>88</sup> *Kovach K.K.*, Mediation Principles and Practice, 3<sup>rd</sup> ed., Printed in the United States of America, 2004, 188.

<sup>89</sup> *Ibid*, 189.

<sup>90</sup> *Jacobs-May J.*, The Psychology of Mediation, Edition of the Recorder 2011, 1, <<http://www.jamsadr.com/files/Uploads/Documents/Articles/Jacobs-May-Recorder-04-04-11.pdf>>.

<sup>91</sup> *Glick T.*, Creative Mediation, North Charleston, 2012, 71.

<sup>92</sup> *Craver C.B.*, Effective Legal Negotiation and Settlement, 6<sup>th</sup> ed., 2009, 46.

<sup>93</sup> *Golann F.*, Lawyer Negotiation, Theory, Practice and Law, Printed in the United States of America, 2006, 107.

<sup>94</sup> *Glick T.*, Creative Mediation, North Charleston, 2012, 61.

<sup>95</sup> *Thorpe R.W.*, Final Report of the ABA Section of Dispute Resolution Task Force on Improving Mediation Quality, American Journal of Mediation, Vol.2, 2008, 14.

<sup>96</sup> *Pel M.*, Referral to Mediation a Practical Guide for an Effective Mediation Proposal, The Hague, 2008, 103.

<sup>97</sup> *Murray O.R.*, The Mediation Handbook: Effective Strategies for Litigators, Revised ed., Bradford Publishing Company, Colorado, 2010, 42.

<sup>98</sup> *Abramson H.I.*, Mediation Representation Advocating as a Problem-Solver in any Country or Culture, 2<sup>nd</sup> ed, Printed in the United States of America, 2010, 132.

<sup>99</sup> *Hames D.S.*, Negotiation Closing Deals, Settling Disputes, and Making Team Decisions, Printed in the United States of America, 2012, 31.

satisfy interests.<sup>100</sup> There are two types of interests: essential, substantial interests and procedural interests. Often the difference between them is hard to perceive, because there might be coincidence of them. The reason of this coincidence is that by conducting the relevant process the client's basic interests are satisfied.<sup>101</sup> One of the examples of procedural interest is the opportunity for a client to control the dispute result himself/herself, establish a precedent or avoid the influence of the used one.<sup>102</sup>

So to find optimal ways of conciliation it is necessary to search for the information about the client's objectives, motivation, necessities and not only about the loss experienced by them and the lawful rights.<sup>103</sup> Knowledge of only facts is not enough, in spite of their conformity with reality.

In relation to this issue among the interests of the party might be merely a demand to be listened to him and to get a fair treatment.<sup>104</sup> An advocate must be ready to accept such interests, which are strange or queer to him. Strange interests might be peculiarly characteristic for foreign culture. Accordingly when a client belongs to different culture, an advocate should ask him this issue more attentively.<sup>105</sup> An advocate must avoid dictating the client his own will.

Most of representatives formally or informally divide clients' interests into three categories: compulsory, important and desirable. "Compulsory" interest includes strivings, which a client will get, if the agreement is made successfully. "Important" interest is what a client wants, though which can be refused, if the "compulsory" aims are reached. "Desirable" includes such aims, which a client wants to get, though would concede it instead of the more important condition.<sup>106</sup>

It must be emphasized that on defining a client's interest an advocate must carry the following actions: to make sure that the existence of the worked up objectives are justified and strengthened by arguments; it is desirable to imagine what kind of results their real implementation would give. Besides according to psychologists and marketing specialists it is desirable to establish interests, objectives in written form.<sup>107</sup> It will favor to realize them in practice.

After the analysis of the above mentioned an advocate must ask the client what might be the opponent's interest in his/her opinion.<sup>108</sup> I.e. it is important to define action strategy/tactics, though in the first place it is desirable to define interests, necessities and motivation.<sup>109</sup> If it is possible there should be defined a list of common interests of both parties.<sup>110</sup> So the aim of defining of both parties' interests is to find such possible conditions, which would satisfy both of them.<sup>111</sup>

In the course of this process an advocate must put detailed questions and use an attentive and active method of listening.<sup>112</sup> Here must be emphasized that questioning of the client must be done not only once,

---

<sup>100</sup> *Ury W.*, *Getting Past No Negotiating your Way from Confrontation to Cooperation*, Printed in the United States of America, 1991, 19.

<sup>101</sup> *Abramson H.I.*, *Mediation Representation Advocating as a Problem-Solver in any Country or Culture*, 2<sup>nd</sup> ed., Printed in the United States of America, 2010,136.

<sup>102</sup> *Abramson H.I.*, *Mediation Representation Advocating as a Problem-Solver in any Country or Culture*, 2<sup>nd</sup> ed., Printed in the United States of America, 2010, 135.

<sup>103</sup> *Murray O.R.*, *The Mediation Handbook: Effective Strategies for Litigators*, Revised ed., Bradford Publishing Company, Colorado, 2010, 41.

<sup>104</sup> *Epstein J., Hobbs K. S.*, *Individualized Mediation Design*, 2007, 3, <<http://crs-adr.com/articles/EpsteinHobbs.pdf>>.

<sup>105</sup> *Abramson H.I.*, *Mediation Representation Advocating as a Problem-solver in any Country or Culture*, 2<sup>nd</sup> ed., Printed in the United States of America, 2010,133.

<sup>106</sup> *Craver C.B.*, *Effective Legal Negotiation and Settlement*, 6<sup>th</sup> ed., 2009, 47.

<sup>107</sup> *Golann F.*, *Lawyer Negotiation, Theory, Practice and Law*, Printed in the United States of America, 2006, 109.

<sup>108</sup> *Abramson H.I.*, *Mediation Representation Advocating as a Problem-Solver in any Country or Culture*, 2<sup>nd</sup> ed., Printed in the United States of America, 2010, 312.

<sup>109</sup> *Murray O.R.*, *The Mediation Handbook: Effective Strategies for Litigators*, Revised ed., Bradford Publishing Company, Colorado, 2010, 42.

<sup>110</sup> *Kovach K.K.*, *Mediation Principles and Practice*, 3<sup>rd</sup> ed., Printed in the United States of America, 2004,153.

<sup>111</sup> *Ury W.*, *Getting Past No, Negotiating Your Way from Confrontation to cooperation*, Printed in the United States of America, 1991, 19.

<sup>112</sup> *Abramson H.I.*, *Mediation Representation Advocating as a Problem-Solver in any Country or Culture*, 2<sup>nd</sup> ed., Printed in the United States of America, 2010, 131.

but after a certain period from the first questioning. In the course of time some new information might be emerged. The method of questioning should be the same as on the first interview.<sup>113</sup>

## 4.2. Defining Advocate's Action Strategy/Tactics

After stating what defines actions of each party in the conflict, an advocate can begin work on finding of problems settling ways and satisfying interests of each party.<sup>114</sup> The precondition is negotiations. Any negotiation requires strategy, tactics.<sup>115</sup> It is important to define the mentioned concepts: "strategy" is a plan or a process, by means of which parties are trying to implement their own objectives. Tactics is specific, short-time actions, by means of which the strategy is carried out.<sup>116</sup> The simultaneous involvement of parties and advocates in mediation might become a reason of strain. Mediators felt fretted, if an advocate behaves as he does in court, does not allow the client to talk.<sup>117</sup> In order to avoid such or analogous negative results an advocate's strategy must be the following: he must prepare a client and must get himself/herself prepared for working with a mediator. He must restrain himself from using traditional approaches on being represented in mediation.

Generally there are two styles of negotiations: firm and soft. Most people can't see other choices except these two ones,<sup>118</sup> though if a person does not like these two extreme approaches, rules can be changed.<sup>119</sup> He can choose a moderate, neutral style, which is best for satisfying the client's interests.

On defining strategy, an advocate must foresee the following recommendations:

1. Persons and problems must be distinguished from each other;
2. Attention must be focused on interests of parties and not on their positions.
3. The solution of the issue must be found such, which will be useful for both parties.
4. On settling the issue objective criteria must be used.<sup>120</sup>

When the priority of the party is the attainment of own objectives competitive strategy might be used, but when it is desirable to get common advantage, cooperative strategy must be used.<sup>121</sup> An advocate must also foresee to use ultimatum only when one or both parties want to finish negotiations.<sup>122</sup>

It must be foreseen that the action strategy/tactics must be in conformity with a mediator type.<sup>123</sup> He must think over how a client and an advocate will distribute introductory speech on simultaneous participating in the process, in general terms.<sup>124</sup>

I.e. on the basis of the developed analysis it is stated that an advocate after having defined the client's interests must work out strategy. The circumstances to be foreseen in working out the strategy have been established above.

---

<sup>113</sup> *Abramson H.I.*, *Mediation Representation Advocating as a Problem-Solver in any Country or Culture*, 2<sup>nd</sup> ed., Printed in the United States of America, 2010, 311.

<sup>114</sup> *Murray O.R.*, *The Mediation Handbook: Effective Strategies for Litigators*, Revised edition, Bradford Publishing Company, Colorado, 2010, 43.

<sup>115</sup> *Carbone M. P.*, *Mediation Strategies: A Lawyer's Guide to Successful Negotiation*, 2004, 1, <<http://www.mediate.com/articles/carbone7.cfm?nl=56>>.

<sup>116</sup> *Hames D.S.*, *Negotiation Closing Deals, Settling Disputes, and Making Team Decisions*, Printed in the United States of America, 2012, 30.

<sup>117</sup> *Thorpe R.W.*, *Final Report of the ABA Section of Dispute Resolution Task Force on Improving Mediation Quality*, *American Journal of Mediation*, Vol.2, 2008.

<sup>118</sup> *Fisher R., Uri W.*, *Getting to Yes Negotiating Agreement Without Giving*, 2<sup>nd</sup> ed., Printed in the United States of America, 1991, 9.

<sup>119</sup> *Ibid*, 10.

<sup>120</sup> *Ibid*, 13.

<sup>121</sup> *Hames D.S.*, *Negotiation, Closing Deals, Settling Disputes, and Making Team Decisions*, Printed in the United States of America, 2012, 30.

<sup>122</sup> *Sawicki S.C.*, *Mediation: The Dance and the Deal* *American Journal of Mediation*, Vol. 2, 2008, 34.

<sup>123</sup> *Abramson H.I.*, *Mediation Representation Advocating as a Problem-Solver in any Country or Culture*, 2<sup>nd</sup> ed., Printed in the United States of America, 2010, 194.

<sup>124</sup> *Ibid*, 194-195.

## 5. Preparing of the Case for Mediation by an Advocate

The secret of the successful negotiation is simple: making preparation. The more difficult is conducting the negotiation, the more intensive must be this process. In practice if people spent more time on this process, than directly at the meetings, negotiations would be much more effective.<sup>125</sup> According to Article 1.1 of the ABA Model Rules of Professional Conduct the necessary condition for the representation is “foundation and preparation”. This requirement becomes important at the preparatory stage and factually it is a main demand. On completing this stage an advocate must have lots of actions carried out. These must be performed with relevant foundation. Foundation and preparation imply different kinds of factors and just on realizing them these two most significant standards must be foreseen.

The importance of preparation is confirmed by the following fact: in 2006 by ABA was conducted research of those civil legal processes of disputes, where parties were using representation. The participants identified four main factors defining mediation rate. It was stated that from these four main factors<sup>126</sup> defining the success of mediation is the preparation rate of mediators, parties and advocates.<sup>127</sup> It means that if the preparation rate is high, the negotiation will be successful, but without preparation it will be presumably unsuccessful.<sup>128</sup> This condition is very significant for the preparatory stage of mediation.

Besides for preparing the case for the mediation process an advocate must prepare a written plan.<sup>129</sup> It is necessary despite this action being practical or not.<sup>130</sup>

### 5.1. Study of Factual Circumstances and Legal Estimation

According to Article 1.1 of the ABA Model Rules of Professional Conduct an advocate must provide a client with the competent representation. One of the components of competent representation is “knowledge of Law”.<sup>131</sup> At the preparatory stage of mediation an advocate has to estimate his knowledge in relation of this issue. If he is not aware of this issue, he must decline responsibility. Knowledge is significant, as at the preparatory stage of mediation an advocate is preparing the case for the process. It envisages such action as: studying of factual circumstances of the case and their legal estimation. If an advocate does not study circumstances of the case and fails to perform legal estimation of them, it will be considered as gross violation of the advocate’s obligations.

According to this act: “An advocate must inform a client whether he has practice in a concrete sphere of Law”.<sup>132</sup> This condition is setting an analogous requirement – an advocate must have proper practice in order to provide successful mediation. Practice is directly connected with knowledge. As it was said mediation is a new institute for Georgia and very few advocates have the representation experience. In addition a client must have the right to have a qualified advocate, which is aware of the essence of mediation and will be able to prepare the case perfectly.

---

<sup>125</sup> Ury W., *Getting Past No, Negotiating your Way from Confrontation to Cooperation*, Printed in the United States of America, 1991, 16.

<sup>126</sup> Among other Factors Defining the Success of Mediation are the Following: Fitting of the Mediation Process on a Client’s Demands; Analytical Support from the Mediator; Mediator’s Hardiness, Firmness.

<sup>127</sup> Thorpe R.W., *Final Report of the ABA Section of Dispute Resolution Task Force on Improving Mediation Quality*, American Journal of Mediation, Vol.2, 2008, 2.

<sup>128</sup> Hames D.S., *Negotiation, Closing Deals, Settling Disputes, and Making Team Decisions*, Printed in the United States of America, 2012, 3.

<sup>129</sup> Murray O. R., *The Mediation Handbook: Effective Strategies for Litigators*, Revised ed., Bradford Publishing Company, Colorado, 2010, 58.

<sup>130</sup> Abramson H.I., *Mediation Representation Advocating as a Problem-Solver in any Country or Culture*, 2<sup>nd</sup> ed., Printed in the United States of America, 2010, 195.

<sup>131</sup> The ABA Model Rules of Professional Conduct Article 1.1.

<sup>132</sup> *Ibid*, Article 7.4.

The discussion of the above mentioned norms in relation to the preparatory process of mediation is becoming more important by the fact that as the essence of mediation does not envisage profit-loss in the theory, many think that legislation does not play any role in this process or plays a very little role.<sup>133</sup> This is a solid argument confirming the advocate's obligation to have adequate knowledge and experience for representation in the mediation process.

An advocate must study current legislation. His/her objective must be to find maximal defensive mechanisms.<sup>134</sup> Having been completely aware of the case he/she must inform a client about the positive and negative sides of the case.<sup>135</sup>

So it is finally stated that at the preparatory stage the parties must develop legal theories, which provide strengthening their own positions. They must foresee those arguments, on which the opposite party will be presumably based.<sup>136</sup> The foresight of the opponent's arguments is a precondition for facilitation of their abrogation.

## 5.2. Finding Evidences for the Mediation Process

One of the actions to be done by an advocate at the preparatory stage is investigate factual issues in order to define strong and weak sides of the client's position.<sup>137</sup> In many cases a person's claim might be based on his belief or doubts.<sup>138</sup> If mediation is conducted before court proceeding or some other examination, an advocate must examine all important documents connected with the case and investigate important witnesses.<sup>139</sup> It should be foreseen that evidences, schemes and witnesses might be useful for mediation, though only if they make legitimate a subject of the dispute or position of the party. Evidences, which confirm only wrongness of one party, must not be used.<sup>140</sup> From this point of view it is necessary to accentuate a time factor: it is desirable for the party to find all necessary documents and transfer them to other participants of the process (to a mediator and the opponent's advocate) 30 days before starting the mediation process.<sup>141</sup>

According to the ABA Model Rules of Professional Conduct an advocate must not perform consciously the following actions: 1. to produce wrong facts or laws; 2. to submit evidence which by his preliminary information is not right. Even if submission of the wrong evidence is a client's or a witness' idea the advocate must take adequate legal measures.<sup>142</sup> This condition is very actual at the preparatory stage of mediation, because as it was already mentioned at this stage an advocate is making complete preparation of the case. It includes finding evidences which he will use in the mediation process or in case when court proceeding becomes inevitable. Accordingly it is just the stage when an advocate must foresee the above mentioned condition.

---

<sup>133</sup> *Kovach K.K.*, *Mediation in a Nut Shell*, 2<sup>nd</sup> ed., Thomson West, Printed in the United States of America, 2010, 179.

<sup>134</sup> *Silverman P.R.*, *The Clients Guide to Mediation and Arbitration, The Strategy for Winning*, ABA Publishing, Chicago, Illinois, 2008, 47.

<sup>135</sup> *Abramson H.I.*, *Mediation Representation Advocating as a Problem-Solver in any Country or Culture*, 2<sup>nd</sup> ed., Printed in the United States of America, 2010, 313.

<sup>136</sup> *Craver C.B.*, *Effective Legal Negotiation and Settlement*, 6<sup>th</sup> ed., 2009, 50.

<sup>137</sup> *Silverman P.R.*, *The Clients Guide to Mediation and Arbitration, The Strategy for Winning*, ABA Publishing, Chicago, Illinois, 2008, 45.

<sup>138</sup> *Walsh M. C.*, *Whether and When to Mediate Employment Disputes*, 2013, 1, <<http://www.insidecounsel.com/2013/05/27/labor-whether-and-when-to-mediate-employment-dispu>>.

<sup>139</sup> *Silverman P.R.*, *The Clients Guide to Mediation and Arbitration, The Strategy for Winning*, ABA Publishing, Chicago, Illinois, 2008, 45.

<sup>140</sup> *Murray O.R.*, *The Mediation Handbook: Effective Strategies for Litigators*, Revised ed., Bradford Publishing company, Colorado, 2010, 59.

<sup>141</sup> *Epstein J.*, *Data Dumping and Other Problems in Mediation*, Colorado Trial Lawyers Association, 2013, 1, <[http://www.crs-adr.com/articles/Data\\_Dumping.pdf](http://www.crs-adr.com/articles/Data_Dumping.pdf)>.

<sup>142</sup> ABA Model Rules of Professional Conduct, Article 3.3.

Here it is important to note tendencies observed in practice: a lawyer might know that submission of concrete evidence would weaken the opponent's position, though instead of using it in the mediation process he/she is keeping it for court proceeding.<sup>143</sup>

### 5.3.Choosing a Mediator and Working out a Method for Communication with Him

Most advocates (representatives) are not often able to get from the mediation process the maximum, which a mediator can offer and for which a client pays.<sup>144</sup> For fruitful mediation it is necessary to choose a proper mediator. The success or failure of the mediation process often depends just on this factor.<sup>145</sup> It is often hard for representatives to notice and overcome certain invisible barriers. A qualified mediator can achieve this,<sup>146</sup> though not everybody is able to deal with the case, where relations are strained.<sup>147</sup> Accordingly there is a rule according to which a voluntary mediation will not be made without the agreement of a client and an advocate, about a concrete person being a mediator.<sup>148</sup> A

What creates a good mediator? Answers to this question might be as many, as a number of mediators.<sup>149</sup> And still there are certain criteria. It should be taken into account that in each concrete case it must be decided what kind of mediator the parties want to choose, "evaluative" or "facilitative", whether he will have strict or mild approach.<sup>150</sup> It is also indisputable that an advocate must find information about the mediator's knowledge and qualification, is he an expert or not in the issue under review, whether he will observe such an important principle, as confidentiality and others.<sup>151</sup>

An advocate can use the participation in the process of a professional mediator for the good. For example, it can be done in the following cases: if an advocate wants to discuss some issue but at the same time does not want to raise it himself. If discussion of a concrete issue caused a negative reaction of a client, it would be possible to ask the mediator to cease this discussion.<sup>152</sup>

A mediator must have certain skills to conduct the mediation process. The knowledge of facts of a concrete case is of minor importance.<sup>153</sup> By saturating them it is stated that when choosing a mediator there should be paid attention to the following circumstances: 1.His trainings and qualification, including certification; 2. work experience on specific issues; 3. a mediation style, which he uses; 4. amount of payment, which he demands; 5. his availability; 6. culture, proficient in language.<sup>154</sup> For the positive results of mediation is if a mediator can comprehend the dispute "nature".<sup>155</sup>

On choosing a mediator it should be taken into account to what extent are his following skills developed: skills of analyzing situations and alternatives; skill of persuading of people, active listening skill; skill of collecting information basing on asking open questions; skill of effective support; the ability of rising issues without haughty tone; the ability of defining different versions of conciliation; to have ability

<sup>143</sup> Roth B. J., *Litigation Tactics in Mediation: Are They Ethical?* 2005, 3, <<http://rothadr.com/pages/publications/ethics%20reprint.pdf>>.

<sup>144</sup> Berman L.J., *12 Ways to Make Mediator Work Hard*, Published in *Advocate Magazine*, 2009. 1, <<http://www.mediationtools.com/articles/12ways.html>>.

<sup>145</sup> Carbone M.P., *Mediation Strategies: A Lawyer's Guide To Successful Negotiation*, 2004, 1, <<http://www.mediate.com/articles/carbone7.cfm?nl=56>>.

<sup>146</sup> Picker B.C., *Navigating Relationships: The Invisible Barriers to Resolution*, *American Journal of Mediation*, Vol. 2, 2008, 46.

<sup>147</sup> Abramson H.I., *Mediation Representation Advocating as a Problem-Solver in any Country or Culture*, 2<sup>nd</sup> ed., Printed in the United States of America, 2010,231.

<sup>148</sup> Ware S.J., *Principles of Alternative Dispute Resolution*, 2<sup>nd</sup> ed., Printed in the United States of America, 2003, 313.

<sup>149</sup> Smith A.L., *Smock D.R.*, *Managing a Mediation Process*, Printed in the United States of America, 2008, 22.

<sup>150</sup> Silverman P.R., *The Clients Guide to Mediation and Arbitration, The Strategy for Winning*, ABA Publishing, Chicago, Illinois, 2008, 44.

<sup>151</sup> Ware S.J., *Principles of Alternative Dispute Resolution*, 2<sup>nd</sup> ed., Printed in the United States of America, 2003, 313.

<sup>152</sup> Folberg G., *Mediation The Roles of Advocate and Neutral*, 2<sup>nd</sup> ed., Printed in the United States of America, 2011, 271.

<sup>153</sup> Glick T., *Creative Mediation*, North Charleston, 2012, 107.

<sup>154</sup> Pel M., *Referral to Mediation a Practical Guide for an Effective Mediation Proposal*, The Hague, 2008, 83.

<sup>155</sup> Boule L.J., *Colatrella M.T., Picchioni A.P.*, *Mediation Skills and Techniques*, San Francisco, 2008, 27.



of working out several strategies and tactics simultaneously.<sup>156</sup> It should be noted that an effective communication skill is a precondition of carrying out mediator's functions successfully. By using it a mediator will be able to comprehend the essence of the dispute and at the same time to support exchange the information between the parties.<sup>157</sup> He/she must have the ability to distinguish positions and interests of the parties from each other.<sup>158</sup> Experienced mediators have passed several preparatory courses in negotiations strategy.<sup>159</sup>

He/she is desirable to be respected by own colleagues and to be having experience in mediation as well as in conducting the other process of conflict resolution.<sup>160</sup>

Lately there has been emerged the tendency of choosing of mediators by provider companies. For example, in South California two main national providers are functioning. They are: AAA and JAMS, also three well known regional providers: ADR Services, ARC and Judicate West.<sup>161</sup>

In relation to the issue of mediators' certification it should be mentioned that NMI together with Det Norske Veritas Institute worked out a certification system of mediators. The certification conditions are: passing a relevant training course; to take an exam for knowledge estimation; receiving desirable results in the exam; to conduct a certain number of mediation processes every year; to get continuous professional education; activity in discussion with peers;<sup>162</sup>

Finally it is important to note that according to a popular approach spread among advocates the right of choosing a mediator is conceded to the opponent party.<sup>163</sup> It should be foreseen that if the opponent party names a mediator, a client and an advocate must accept this offer, if basing on other factors it is not necessary to take the other resolution.<sup>164</sup> I. e. if a candidate offered by the opponent, is not incompetent, unqualified and impartial, the party must agree on this choice.<sup>165</sup> The analogous action will favor the accomplishment of mediation objectives and will be corresponding to the main principles of the process.

It must be noted that the information, which will be important for choosing a mediator, can be found by means of asking direct questions to the mediator, as well as by questioning of those parties and advocates, which have used service of this concrete mediator before.<sup>166</sup>

#### 5.4. Defining a Circle of Persons Participating in Mediation

A number of processes, which are finished with failure only because at the process are not represented appropriate persons, is very strange.<sup>167</sup> It is because for the party, which has not directly attended the mediation process, it is very simple to decline the offer.

A concept "participant" includes parties, as well as any person, whose presence is necessary for advice, for any kind of contribution or even for psychological support.<sup>168</sup>

<sup>156</sup> Beer J.E., Packard C. C., *The Mediator's Handbook*, 4<sup>th</sup> ed., Printed in Canada, 2012, 35.

<sup>157</sup> Cooley J.W., *The Mediator's Handbook: Advanced Practice Guide for Civil Litigation*, National Institute for Trial Advocacy (U.S.), 2006, 59-61.

<sup>158</sup> Smith A.L., Smock D.R., *Managing a Mediation Process*, Printed in the United States of America, 2008, 11.

<sup>159</sup> Berman L.J., 12 Ways to Make Mediator Work Hard, Published in *Advocate Magazine*, 2009, 1, <[http:// www. mediationtools.com/articles/12ways.html](http://www.mediationtools.com/articles/12ways.html)>.

<sup>160</sup> Jernigan M., Lord R.B., *The Mediators Role In The Family Business*, *American Journal of Mediation*, Vol. 2, 2008, 54.

<sup>161</sup> Berman L.J., *Mediations's Evolution in Social: Where It Has Been and Where It Is Going*, Published in *Advocate Magazine*, 2012, 4, <<http://www.mediationtools.com/articles/EvolutionMediationSoCal.html>>.

<sup>162</sup> Pel M., *Referral to Mediation A Practical Guide For An Effective Mediation Proposal*, The Hague, 2008, 133.

<sup>163</sup> Berman L.J., *Mediators' Opening Statements Offer Insights For Successful Results*, Published in the *Mediation Strategies California's Legal Newspaper*, 2003, 1, <<http://www.americaninstituteofmediation.com/pg66.cfm>>.

<sup>164</sup> Mosten F.S., *Representing Clients in Mediation Effectively Setting up a Mediation*, 3113, <[http:// www. mosten-mediation.com/books/articles/Representing\\_Your\\_Clients\\_In\\_Mediation.pdf](http://www.mosten-mediation.com/books/articles/Representing_Your_Clients_In_Mediation.pdf)>.

<sup>165</sup> Ibid, 3123.

<sup>166</sup> Ware S.J., *Principles of Alternative Dispute Resolution*, 2<sup>nd</sup> ed., Printed in the United States of America, 2003, 313.

<sup>167</sup> Claiborne Z.G., *Three Things to Know About Mediating Licensing Disputes*, 2013, 1, <[http://www. mediate. com/ articles/ClaiborneZbl20130503.cfm](http://www.mediate.com/articles/ClaiborneZbl20130503.cfm)>.

Sometimes choosing of participants is more significant than choosing of a mediator.<sup>169</sup> I.e. reaching an agreement greatly depends whether there are corresponding persons in the negotiation room.<sup>170</sup>

To define who must not participate in the process is of no less importance than to define those who must participate.<sup>171</sup> It must be taken into account that the more people are involved in the negotiation, the more serious hindering factors will be.<sup>172</sup> For defending confidentiality<sup>173</sup> it is desirable only participation of parties.<sup>174</sup>

And yet what kind of criteria should be foreseen in defining participants of the mediation process except the parties and their advocates. The crucial factor will be who can contribute in solving a conflict. It is a strategic and a practical question too.<sup>175</sup> It is possible that a client needs the attendance of some persons at the process, who can give advice. These persons might have some kind of information, can give psychological support or have a resource for reaching agreement.<sup>176</sup>

## 5.5. Defining of Agreement Conditions

At the preparatory stage of mediation it is inevitable to define agreement conditions. First the best alternative to a negotiated agreement (hereinafter BATNA) will be defined. After that other alternatives of the agreement will be developed. In defining them an advocate must take into consideration the expenses, which follow the failure of the mediation process and solution of a dispute by arbitration or court.<sup>177</sup>

### 5.5.1. The Best Alternative to a Negotiated Agreement (BATNA)

QBATNA is a concept created by Roger Fisher and William Ury and is an abbreviation of the following phrase: “the Best Alternative to a Negotiated Agreement”.<sup>178</sup> For understanding BATNA it is necessary to estimate the effectiveness of the event. Defining it on its own is a precondition of effectiveness of the negotiations.<sup>179</sup>

Defining BATNA means to know what will happen in case of failure of the negotiation. Working out of it requires carrying out three main actions: 1. to define those actions, which will be carried out, if the

---

<sup>168</sup> *Boulle L.J., Colatrella M.T., Picchioni A.P.*, Mediation Skills and Techniques, San Francisco, 2008, 27.

<sup>169</sup> *Folberg G.*, Mediation The Roles of Advocate and Neutral, 2<sup>nd</sup> ed., Printed in the United States of America, 2011, 248.

<sup>170</sup> *Amend J.M.*, Implications for Mediation of Patent Infringement Suits from Investors in Patentees Case, Published by Law.com, 2014, 1, <<http://jamsadrblog.com/2014/03/19/implications-for-mediation-of-patent-infringement-suits-from-investors-in-patentees-case/>>.

<sup>171</sup> *McCorkle S., Reese M.J.*, Mediation Theory and Practice, Printed in the United States of America, 2005, 81.

<sup>172</sup> *Fisher R., Uri W.*, Getting to Yes Negotiating Agreement Without Giving, 2<sup>nd</sup> ed., Printed in the United States of America, 1991, 9.

<sup>173</sup> Confidentiality is Keeping Information Safely and Controlling over its Disclosure. As an ethical concept it means an obligation of the party to use or disseminate the information only by the agreement with proper persons and protect this information, which is not known publicly. It is also interesting that obligation implies to protect the truth and not the false information, as no objective serves protection of the wrong information. The existence of these principles is precondition of the confidence of the parties to the process and it is one of the means of attracting clients. In relation to this principle it is important to remark that California evidence code provides confidentiality of the mediation process. The parties have possibility of discussing any issue so that this information will not be used against them later in court.

<sup>174</sup> *Glick T.*, Creative Mediation, North Charleston, 2012, 91.

<sup>175</sup> *Boulle L.J., Colatrella M.T., Picchioni A.P.*, Mediation Skills and Techniques, San Francisco, 2008, 27.

<sup>176</sup> *Abramson H.I.*, Mediation Representation Advocating as a Problem-Solver in any Country or Culture, 2<sup>nd</sup> ed., Printed in the United States of America, 2010, 241.

<sup>177</sup> *Silverman P.R.*, The Clients Guide to Mediation and Arbitration The Strategy for Winning, ABA Publishing, Chicago, Illinois, 2008, 3.

<sup>178</sup> *Luecke R.*, Harvard Business Essentials Your Mentor and Guide to Doing Business Effectively Negotiation, Printed in the United States of America, 2003, 15.

<sup>179</sup> *Coltri L.S.*, Alternative Dispute Resolution a Conflict Diagnosis Approach, 2<sup>nd</sup> ed., University of Maryland, University College, 2010, 80.

agreement is not reached; 2. refinement of ideas and transforming them into practical alternative and 3. to select the alternative, which will be the most attractive alternative.<sup>180</sup>

BATNA consists of two components: public and private components. An advocate is obliged to study a public component on the basis of legal assessment of the case, the collected factual information. As for personal component it can be stated by questioning of the client, because it is inevitable to raise such questions, as personal values and the profit gained as a result of the dispute.<sup>181</sup> After summing up personal BATNA and public BATNA a client's whole BATNA will be received.<sup>182</sup>

In defining BATNA three factors must be foreseen: 1. What kind of action can a person perform to realize his own interests? 2. How can a person manage his interests being respected by his opponent? 3. By what way the assistance from the third person (mediator) may be reached?<sup>183</sup>

Time factor is also important: defining of BATNA is necessary before starting a direct process of negotiation. People, who start negotiation without defining it, will be in bad situation.<sup>184</sup>

Besides it must be thought of what kind of agreement will be acceptable for the opponent. The more information will be known about the above mentioned, the higher will be the preparation rate. If the opponent's BATNA is opposite to the BATNA worked out by the client, it will be desirable to change their expectations.<sup>185</sup>

### 5.5.2. Defining Other Alternatives of Conciliation

In some cases people are defining possible alternatives of negotiation only when the best results cannot be reached. It is a classical example of mistake. Defining of other possible alternatives might become a precondition of satisfaction of interests.<sup>186</sup> I.e. at the preparatory stage after forming dispute resolution ways there must be started estimation and granting them priorities.<sup>187</sup> In other words one of the issues to be solved at the preparatory stage of mediation is those acceptable alternatives, which are used when the best alternative of conciliation can't be reached.<sup>188</sup>

On talking of conciliation alternatives it is necessary to define the essence of such a concept, as: "zone of possible agreement (hereinafter – ZOPA). It implies areal, within the scope of which it will be possible to reach an agreement satisfying both parties. It is an agreement, which potentially will satisfy both parties."<sup>189</sup>

Here should be defined such a concept, as "Bottom Line". It is the minimum, which a client must get inevitably before he agrees to sign.<sup>190</sup> It must be emphasized that this opportunity of conciliation must be

---

<sup>180</sup> Fisher R., Uri W., *Getting to Yes Negotiating Agreement Without Giving*, 2<sup>nd</sup> ed., Printed in the United States of America, 1991, 53.

<sup>181</sup> Abramson H.I., *Mediation Representation Advocating as a Problem-Solver in any Country or Culture*, 2<sup>nd</sup> ed., Printed in the United States of America, 2010, 234.

<sup>182</sup> Ibid, 237.

<sup>183</sup> Ury W., *Getting Past No, Negotiating your Way from Confrontation to Cooperation*, Printed in the United States of America, 1991, 22.

<sup>184</sup> Luecke R., *Negotiation*, Harvard Business School Publishing Corporation, Printed in the United States of America, 2003, 15.

<sup>185</sup> Fisher R., Uri W., *Getting to Yes Negotiating Agreement without Giving*, 2<sup>nd</sup> ed., Printed in the United States of America, 1991, 53.

<sup>186</sup> Ury W., *Getting Past No, Negotiating your Way from Confrontation to Cooperation*, Printed in the United States of America, 1991, 21.

<sup>187</sup> Murray O.R., *The Mediation Handbook: Effective Strategies for Litigators*, Revised edition, Bradford Publishing Company, Colorado, 2010, 53.

<sup>188</sup> Hames D.S., *Negotiation Closing Deals, Settling Disputes, and Making Team Decisions*, Printed in the United States of America, 2012, 25.

<sup>189</sup> Luecke R., *Negotiation*, Harvard Business School Publishing Corporation, Printed in the United States of America, 2003, 24.

<sup>190</sup> Abramson H.I., *Mediation Representation Advocating as a Problem-Solver in any Country or Culture*, 2<sup>nd</sup> ed., Printed in the United States of America, 2010, 338.

defined not at the preparatory stage of mediation but in critical situation, when there is impasse in negotiations.<sup>191</sup> Moreover, Bottom line must not be defined before finishing the mediation process.<sup>192</sup> In many cases a client might change his Bottom Line depending on new information.<sup>193</sup>

## 6. Preparation of a Client for the Mediation Process by an Advocate

Clients, who think that they are thoroughly prepared for the mediation process by an advocate, are content with service but those who think that are not prepared adequately, are not satisfied by the advocate.<sup>194</sup> So at the preparatory stage of mediation one of the mediator's function is preparation of a client for participation in the mediation process.<sup>195</sup>

Generally there is an opinion, according to which: "In the course of the process advocates are dominating, when a client is poor, but strong, rich and confident clients are governing an advocate themselves". Despite this opinion at the preparatory stage of mediation it is mandatory to develop similar approach to all clients and prepare them uniformly.<sup>196</sup>

In spite of the fact that the preparation of a client by an advocate differs from the preparation for the court process, there is still some partial coincidence.<sup>197</sup>

The issue concerning how a client is prepared is considerably defined by the approach of a mediator in relation to a client's participation. If a mediator foresees the active involvement of a client in the process, an advocate will prepare the client so that he will be able to answer to expected questions from a mediator, opponent or from the opponent's advocate. If a mediator is going to confine the client's participation, the preparation of the client is still inevitable by taking into account how the advocate defines the client's involvement.<sup>198</sup>

### 6.1. Explanation of the Essence and Basic Principles of Mediation for a Client

One of the issues to be explained by an advocate to a client is a format, what is the difference between mediation and ordinary negotiation.<sup>199</sup>

During the preparatory period an advocate must not create wrong imaginations for a client. He must know that mediation is not really a new institute; it is a new direction of thinking,<sup>200</sup> a process of taking decision, when parties are working jointly to take a satisfactory decision for both parties.<sup>201</sup> The party must

---

<sup>191</sup> Ibid, 139.

<sup>192</sup> Roth B.J., *Litigation Tactics in Mediation: Are they Ethical?* Published by the Boston Bar Association, 2004, 9, <<http://rothadr.com/pages/publications/ethics%20reprint.pdf>>.

<sup>193</sup> Abramson H.I., *Mediation Representation Advocating as a Problem-Solver in any Country or Culture*, 2<sup>nd</sup> ed., Printed in the United States of America, 2010, 340.

<sup>194</sup> Thorpe R.W., *Final Report of the ABA Section of Dispute Resolution Task Force on Improving Mediation Quality*, American Journal of Mediation, Vol.2, 2008, 2.

<sup>195</sup> Bouille L.J., Colatrella M.T., Picchioni A.P., *Mediation Skills and Techniques*, San Francisco, 2008, 345.

<sup>196</sup> Handler J., 1970, 25. Is Referred in: Clark B., *Lawyers and Mediation*, United Kingdom, 2012, 38.

<sup>197</sup> Thorpe R.W., *Final Report of the ABA Section of Dispute Resolution Task Force on Improving Mediation Quality*, American Journal of Mediation, Vol.2, 2008, 13.

<sup>198</sup> Abramson H.I., *Mediation Representation Advocating as a Problem-Solver in any Country or Culture*, 2<sup>nd</sup> ed., Printed in the United States of America, 2010, 206-207.

<sup>199</sup> Golann D., *Mediating Legal Disputes Effective strategies for Neutrals and Advocates*, Printed in the United States of America, 2009, 267.

<sup>200</sup> Erickson S.K., Mcknight M.S., *The Practitioner's Guide to Mediation A Client-Centered Approach*, Printed in the United States of America, 2001, 3.

<sup>201</sup> In connection with the preparatory stage of mediation it is important to note the act, according to which an advocate is obliged to give consultation to a client about restriction of own behaviors, while client's actions are not permitted by law and rules of professional behavior. The existence of this demand is justified for the following reason: it is possible that a client has the wrong opinion on the advocate's activity or competence. Accordingly on the further stages of mediation in order to avoid misunderstanding it is inevitable to elucidate this issue at the preparatory stage of mediation.

be explained that mediation is some continuation of the negotiation.<sup>202</sup> Accordingly they must be ready for listening to the other participators of the process.<sup>203</sup>

A client must be explained positive results of mediation, which are mainly expressed by the following: 1. Parties' control over the course of the process and taken decision; 2. More probability of maintenance of relations; 3. Attaining creative and adaptive decisions; 4. Comparatively fast resolution of a problem; 5. Less expenses; 6. Economy of court resources.<sup>204</sup> So mediation is not an opposing process, it is necessary for parties to cooperate and find the way out.<sup>205</sup> Participation in it is voluntary and any party can terminate the process at any time.<sup>206</sup> Besides the parties must know that they are observing the mediator's instructions.<sup>207</sup>

An advocate must warn a client not to try "to win" the process.<sup>208</sup> Such action would be in complete contradiction with the mediation principles. The goal of mediation is to facilitate communication between the parties, to favor mutual understanding; it must be oriented on interests and finding creative ways of settling of problems. One of the main circumstances the information about which must be possessed by a client is who is taking decision in the process.<sup>209</sup> It is needed so that the parties will be able to reach agreement themselves.<sup>210</sup> A client must also know that in this process nobody is going to investigate factually who is right and who is not.<sup>211</sup> The dispute process might be devastating to him but the agreement – fast and painless.<sup>212</sup>

It is recognized that mediation substantively is a process providing issues, which are important for people: these are relations, establishment of fairness, emotions, mutual respect, involvement, settling of problems. People have opportunity to share their sorrows, to express their opinion, to talk about their needs; they can also touch themes interesting to them. They are not confined from this point of view.<sup>213</sup>

This all must be explained to a client at the preparatory stage of mediation, otherwise because of the unawareness of the mediation essence and main principles unforeseen problems might be emerged in the course of the process.

## 6.2. Informing a Client from Legal Point of View

At a preparatory stage of mediation advocates play a significant role for awareness of parties and elucidation of legal issues in order to show just those issues, which are preferentially interesting for parties and don't resist current legislative norms.<sup>214</sup> This implies that an advocate must give a client the information about what can be reached considering current legislative norms.<sup>215</sup>

---

<sup>202</sup> *Abramson H.I.*, *Mediation Representation Advocating as a Problem-Solver in any Country or Culture*, 2<sup>nd</sup> ed., Printed in the United States of America, 2010, 309.

<sup>203</sup> *Kovach K.K.*, *Mediation Principles and Practice*, 3<sup>rd</sup> ed., Printed in the United States of America, 2004, 154.

<sup>204</sup> *Boulle L.J., Colatrella M.T., Picchioni A.P.*, *Mediation Skills and Yechniques*, San Francisco, 2008, 3.

<sup>205</sup> *Abramson H.I.*, *Mediation Representation Advocating as a Problem-Solver in any Country or Culture*, 2<sup>nd</sup> ed., Printed in the United States of America, 2010, 310.

<sup>206</sup> *Greenwood M.*, *How to Mediate Like a Pro, 42 Rules for Mediating Disputes*, Printed in the United States of America, 2008, 13.

<sup>207</sup> *Mosten F.S.*, *Representing Clients in Mediation Effectively Setting up a Mediation*, 3132, <[http://www.mosten-mediation.com/books/articles/Representing\\_Your\\_Clients\\_In\\_Mediation.pdf](http://www.mosten-mediation.com/books/articles/Representing_Your_Clients_In_Mediation.pdf)>.

<sup>208</sup> *Folberg G.*, *Mediation The Roles of Advocate and Neutral*, 2<sup>nd</sup> ed., Printed in the United States of America, 2011, 262.

<sup>209</sup> *Kovach K.K.*, *Mediation Principles and Practice*, 3<sup>rd</sup> ed., Printed in the United States of America, 2004, 152.

<sup>210</sup> *Gibbons L.J., Kennedy J.M., Gibbs J.M.*, *Cyber-Mediation: Computer-mediated Communications Medium Messaging the Message*, *New Mexico Law Rev.*, 2002, 9. Referred to: *John Feerich et al.*, *Standards of Professional Conduct in Alternative Dispute Resolution*, 1995 *J. Disp. Resol.* 95, 123.

<sup>211</sup> *Kovach K.K.*, *Mediation Principles and Practice*, 3<sup>rd</sup> ed., Printed in the United States of America, 2004, 152.

<sup>212</sup> *Ware S.J.*, *Principles of Alternative Dispute Resolution*, 2<sup>nd</sup> ed., Printed in the United States of America, 2003, 158.

<sup>213</sup> *Beer J.E., Packard C.C.*, *The Mediator's Handbook*, 4<sup>th</sup> ed., Printed in Canada, 2012, 5.

<sup>214</sup> *Tsertsvadze G.*, *Pespectives of Legal Regulation of Mediation in Georgia*, *Ivane Javakhishvili Tbilisi State University, National Center of Alternative Resolution of Disputes*, Tbilisi, 2013, 240, <<http://ncadr.tsu.ge/admin/upload/7706Edited-Final-Version-final.pdf>>, [05.07. 2013].

<sup>215</sup> *Pel M.*, *Referral to Mediation a Practical Guide for an Effective Mediation Proposal*, The Hague, 2008, 126.

So advocates must provide the parties with information and advice about legal aspects of dispute, though it does not mean that parties will use these pieces of advice in the mediation process by all means.<sup>216</sup> It should be emphasized that an advocate is obliged to give the client the right consultation; his advice must be in conformity with reality, no matter how hard it will be to listen to.<sup>217</sup> He must not give the client unreal expectations.<sup>218</sup> No matter how hard a sincere talk might be about concrete issues, an advocate must deal with this obligation. In this way by revealing strong and weak sides of the party advocates will be able to satisfy the client's needs.<sup>219</sup>

### 6.3. Informing a Client on a Plan of the Mediation Process

“The representatives are obliged to give parties the information about the mediation process”.<sup>220</sup> It must be done by an advocate in advance at an earlier stage.<sup>221</sup> So an advocate at the preparatory stage must work out a plan of representation. It is important because a plan defines which actions must be performed by a client and advocate in the course of the process.<sup>222</sup> It must be foreseen that generally advocate's explanations about conducting the process using different means of dispute resolution will be different.<sup>223</sup>

The mediation process, as a rule, is conducted in the following order: 1. first of all people are expressing own opinions and emotions, often loudly; 2. they are sharing and elucidating the information; 3. in case of relaxation of tension the talk is about a stage of dispute resolution. The parties are talking about what they want to change, are discussing conciliation opportunities, are deciding issues; 4. Finally they are signing the received agreement.<sup>224</sup>

A client must know what will happen at the first meeting of mediation, must differentiate open and closed meetings, must know main techniques usable by mediators and the information connected with confidentiality principle. An advocate must warn a client to show patience and consciousness in the course of process. He must know that even in case a dispute is not settled completely, certain issues might be settled by mediation and at least a number of disputes will be decreased.<sup>225</sup>

A client must be explained that a result of restraining from active involvement might be lost opportunities and this factor might have a negative influence on a final decision of the case.<sup>226</sup>

These are just those procedural issues, which must be explained at the preparatory stage of mediation.

---

<sup>216</sup> *Tsertsvadze G.*, Perspectives of Legal Regulation of Mediation in Georgia, Ivane Javakhishvili Tbilisi State University, National Center of Alternative Resolution of Disputes, Tbilisi, 2013, 239, <<http://ncadr.tsu.ge/admin/upload/7706Edited-Final-Version-final.pdf>>, [05.07.2013].

<sup>217</sup> *Foster R.V., Kavan J.O., Greebel E.L., Zimmern W. H.*, Strategies for Negotiating Mergers and Acquisitions, Printed in the United States of America, 2011, 13.

<sup>218</sup> *Thorpe R.W.*, Final Report of the ABA Section of Dispute Resolution Task Force on Improving Mediation Quality, American Journal of Mediation, Vol.2, 2008, 14.

<sup>219</sup> *Picker B.C.*, Navigating Relationships: The Invisible Barriers to Resolution, American Journal of Mediation, Vol. 2, 2008, 44.

<sup>220</sup> *Riskin L.L., Westbrook J.E., Guthrie C., Reuben R.C., Robbenolt J.K., Welsh N.A.*, Dispute Resolution and Lawyers, Printed in the United States of America, 4<sup>th</sup> ed., 2009, 446. Cited: *Tsertsvadze G.*, Perspectives of Legal Regulation of Mediation in Georgia, Ivane Javakhishvili Tbilisi State University, National Center for Alternative Dispute Resolution Tbilisi, 2013, 240, <<http://ncadr.tsu.ge/admin/upload/7706Edited-Final-Version-final.pdf>>, [05.07.2013].

<sup>221</sup> *Duryee L.*, Make the Most of Your Mediation: Early Preparation, 2014, 2, <<http://www.law.com/sites/lynnduryee/2014/04/28/make-the-most-of-your-mediation-early-preparation/>>.

<sup>222</sup> *Abramson H.I.*, Mediation Representation Advocating as a Problem-Solver in any Country or Culture, 2<sup>nd</sup> ed., Printed in the United States of America, 2010, 194.

<sup>223</sup> *Thorpe R.W.*, Final Report of the ABA Section of Dispute Resolution Task Force on Improving Mediation Quality, American Journal of Mediation, Vol. 2, 2008, 13.

<sup>224</sup> *Beer J.E., Packard C.C.*, The Mediator's Handbook, Printed in Canada, 5<sup>th</sup> ed., 2012, 7.

<sup>225</sup> *Abramson H.I.*, Mediation Representation Advocating as a Problem-Solver in any Country or Culture, 2<sup>nd</sup> ed., Printed in the United States of America, 2010, 310.

<sup>226</sup> *Melnick J.D.*, Lost Opportunities in Mediation, Westlaw Journal Securities Litigation and Regulation, Vol. 13, Issue 4, 2013, 1, <<http://www.jamsadr.com/files/Uploads/Documents/Articles/Melnick-Opportunities-Mediation-2013-06-25.pdf>>.

## 6.4. Explanation to a Client a Role of Mediation Participants in the Mediation

At preparatory stages an advocate must not only explain a client scopes of own rights, but also give the information about a mediator and his role. It must be thought to be an integral part of the preparatory stage.

### 6.4.1. A Role of Mediator

An advocate must explain to a client the significance of choosing a mediator.<sup>227</sup> It itself includes definition of a role of mediator.

Mediator<sup>228</sup> is a negotiator. He is a leading figure of the process and is often called “process managers”.<sup>229</sup> His role may be interpreted as a helper of disputing parties.<sup>230</sup> A mediator helps parties in resolving disputes, he does not establish rules, does not give a legal consultation.<sup>231</sup>

A mediator contributes in deciding who will participate in mediation and how a plan of mediation will be formed.<sup>232</sup> He is a facilitator, providing information awareness of the parties, opens a process, does everything needed for reaching an agreement, comes into contact with the parties, fixes meetings, prepares mediation meetings and defines adjournment time.<sup>233</sup>

A mediator provides information awareness of participants on keeping the confidentiality rule.<sup>234</sup> He opens the process with questioning a client about the point of the dispute, though clarification of this issue might be completed at the meetings at the preparatory stage of mediation.<sup>235</sup> In order to conduct effective negotiation a mediator will study the history and essence of the problem.<sup>236</sup>

A mediator’s role is facilitation of the circumstance. He cannot force the parties or have rough influence on the process. A mediator might think that he found a proper solution of the issue, though if he presses this solution on the parties, it will be gross violation of mediator’s ethics.<sup>237</sup> A mediator will not have influence on the party’s decision either even if he wants to terminate the process.<sup>238</sup> A mediator only states the issues, around which an agreement might be reached, which of them will be settled faster.<sup>239</sup> He offers the parties agreements of argumentative, compromised character.<sup>240</sup>

A mediator must be a kind of model for the parties. He states a tone of talking, how to talk and how to listen to each other.<sup>241</sup>

---

<sup>227</sup> *Mosten F.S.*, Representing Clients in Mediation Effectively Setting up a Mediation, 3113, <[http:// www. mosten-mediation.com/books/articles/Representing\\_Your\\_Clients\\_In\\_Mediation.pdf](http://www.mosten-mediation.com/books/articles/Representing_Your_Clients_In_Mediation.pdf)>.

<sup>228</sup> Mediator – is a Latin word and Means Intermediate Party.

<sup>229</sup> *Domenici K., Littlejohn S.W.*, Mediation Empowerment in Conflict Management, Printed in the United States of America, 2<sup>nd</sup> ed., Illinois, 2001, 33.

<sup>230</sup> *Moffitt M.*, The Four Ways to Assure Mediator Quality, 2008, 17, <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1117765](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1117765)>.

<sup>231</sup> *Greenwood M.*, How to Mediate Like a Pro 42 Rules for Mediating Disputes, Printed in the United States of America, 2008, 11.

<sup>232</sup> *Jernigan M., Lord R.B.*, The Mediator’s Role in the Family Business, American Journal of Mediation, Vol. 2, 2008, 55, [xelmisawvdomia: Heinonline.org](http://xelmisawvdomia:Heinonline.org).

<sup>233</sup> *Greenwood M.*, How to Mediate Like a Pro 42, Rules for Mediating Disputes, Printed in the United States of America, 2008, 3.

<sup>234</sup> *Rubin M.A., Spector B.F.*, Ethical Conundrums For the 21<sup>st</sup> Century Lawyer/Mediator Toto I’ve got a Feeling We’re not in Kansas any More, American Journal of Mediation, Vol. 2, 2008, 82.

<sup>235</sup> *Jernigan M., Lord R.B.*, The Mediator’s Role in the Family Business, American Journal of Mediation, Vol. 2, 2008, 55.

<sup>236</sup> *Smith A.L., Smock D.R.*, Managing a Mediation Process, Printed in the United States of America, 2008, 10.

<sup>237</sup> *Greenwood M.*, How to Mediate Like a Pro 42 Rules for Mediating Disputes, Printed in the United States of America, 2008,12.

<sup>238</sup> *Ibid*, 13.

<sup>239</sup> *Stepp J.A.*, How does the Mediation Process Work? 2003, 4, <<http://www.mediate.com/articles/steppj.cfm>>.

<sup>240</sup> *Riskin L.L.*, Alternatives to the High Cost of Litigation, Center for Public Resources, Vol. 12, Issue 9, 1994, 112.

<sup>241</sup> *Domenici K., Littlejohn S.W.*, Mediation Empowerment in Conflict Management, Printed in the United States of America, 2<sup>nd</sup> ed., 2001, 36.

By summing up this issue it is stated that the definition of a role of mediator in the mediation process can be formulated in the following way: 1. he provides conducting processes in order to solve a problem, to make communication between the parties for solving the problem; 2. he favors mutual understanding of the parties; 3. he gives the parties pieces of advice about increasing the effectiveness of negotiations; 4. he is studying relevancy of the parties' opinions and positions; 5. assists the parties in perceiving distinguished interests, trying to decrease hostility and poignancy and establish confidence; 6. assists the parties to prepare a plan of dispute resolution.<sup>242</sup> He must be able to express his opinion in short; must keep a distance with the parties;<sup>243</sup> He must have a good developed patience ability – must be able to wait long. Of course a mediator's role is not confined with possession of certain skills and means. His personality, humanity and life experience are parts of his role as well.<sup>244</sup>

All the above mentioned information must be given to a client by the advocate at the preparatory stage of mediation.

#### 6.4.2. Definition of a Client's Role

In the mediation process the decision is taken by the parties, not by the mediator.<sup>245</sup> The decision is based on their responsibilities; they will not receive advice from the mediator to reach a concrete agreement or not.<sup>246</sup> Although traditionally the mediation process is led by a mediator, the agreement is controlled by the parties.<sup>247</sup> Here should be noted that the decision taken by the parties themselves has more execution potential and is more stable.<sup>248</sup> This is one of the positive sides of the mediation process and heightens itself the importance of the client's involvement.

With the exception of certain concrete cases, which might be directly a personality problem of a client just it must be in the epicenter of the process.<sup>249</sup> He might have to have private meetings with the opponent.<sup>250</sup> He must decide himself he wants or not to use this or that method of dispute resolution and afterwards to accept or not the conditions of the agreement, the acceptance of which became possible in the course of the process.<sup>251</sup>

#### 6.4.3. Definition of Advocate's Role and Rights

In relation to the preparatory stage of mediation it is important the condition of The ABA Model Rules of Professional Conduct, according to which "An advocate is obliged to give a client consultation about restriction of own behaviors when a client is expecting actions, which are not permitted by law and according to the rules of professional behavior".<sup>252</sup> The existence of this demand is justified because of the

---

<sup>242</sup> *Jernigan M., Lord R.B.*, The Mediator's Role in the Family Business, American Journal of mediation, Vol. 2, 2008, 54.

<sup>243</sup> Centre for Conflict Resolution, Advanced Mediation Skills–Course Book Course C, 2000, 8, <unesdoc.unesco.org/images/0013/001333/133319e.pdf>.

<sup>244</sup> *Erickson S.K., Mcknight M.S.*, The Practitioner's Guide to Mediation A Client-Centered Approach, Printed in the United States of America, 2001, 60.

<sup>245</sup> *Greenwood M.*, How to Mediate Like a Pro 42, Rules for Mediating Disputes, Printed in the United States of America, 2008, 12.

<sup>246</sup> *Domenici K., Littlejohn S.W.*, Mediation Empowerment in Conflict Management, Printed in the United States of America, 2<sup>nd</sup> ed., 2001, 135,

<sup>247</sup> *Thorpe R.W.*, Final Report of the ABA Section of Dispute Resolution Task Force on Improving Mediation Quality, American Journal of Mediation, Vol.2, 2008, 9.

<sup>248</sup> *Fel M.*, Referral to Mediation a Practical Guide for an Effective Mediation Proposal, The Hague, 2008, 103.

<sup>249</sup> *Folberg G.*, Mediation the Roles of Advocate and Neutral, 2<sup>nd</sup> ed., Printed in the United States of America, 2011, 237.

<sup>250</sup> *Golann D.*, Mediating Legal Disputes Effective Strategies for Neutrals and Advocates, Printed in the United States of America, 2009, 268.

<sup>251</sup> *Sherrill J. A.*, Ethics for Lawyers Representing Clients in Mediation, 3, <<http://www.americanjournalofmediation.com/docs/JOHN%20SHERRILL%20-Ethics%20for%20Lawyers%20Representing%20Clients%20in%20Mediation.pdf>>.

<sup>252</sup> The ABA Model Rules of Professional Conduct, Article 1, 4.



following reasons: often it is possible that a client might have the wrong opinion on the advocate's opinion or competence. Accordingly at the further stages of mediation in order to avoid misunderstanding it is inevitable to clarify this issue at the preparatory stage of mediation.

In practice, as a rule, the talk is about "advocacy" in the mediation process, though mediation itself mainly includes negotiation.<sup>253</sup> In fact an advocate's role in the mediation process is to assist with negotiation, defend a client's position and provision of the final agreement between the parties to be reflected on the result. In order to reach this, it is inevitable to find out a client's objectives and guess the opponent's objectives and to state the main difference between them.<sup>254</sup> For the representation in mediation an advocate needs essentially distinguished skills, which is especially reflected in cooperation and constructive talk with the other party.<sup>255</sup> The advocate's sensitiveness obligation in case of representation in the mediation process is defined differently from the obligation in the court room.<sup>256</sup> A client must know that an advocate instead of a standard role will play a cooperative, problem solving role.<sup>257</sup> It is indisputable that the advocate's role in case of representation in the mediation process is different. Instead of "winning" an advocate helps the client to solve the problem and in order to reach it, is clarifying his interests, showing weak sides of the case, searching ways of solving problems.

An advocate must explain to the client that in spite of the fact that the main role of a lawyer is a judicial estimation of the issue, this factor does not diminish taking part in nonjudicial aspects of conflict.<sup>258</sup> Finally the main role of an advocate – getting the best possible result is unchanged, though an action plan is different.<sup>259</sup>

### 6.5. repairing a Client to Answer Unexpected Questions

One of the actual procedural issues connected with mediation is to decide whether a client has to talk during the process of mediation or not. The form how this issue will be decided is greatly depended on each client's capability. Some mediators don't want to listen to a client, especially when the latter does not talk concisely and convincingly.<sup>260</sup>

In any case a mediator can talk with the parties separately so that to define their real interests,<sup>261</sup> put open questions to the party in order to get information about hidden emotions.<sup>262</sup> Accordingly an advocate must discuss with a client presumable questions, which might be given to the client by a mediator or other participants of the process.

It enables the client to prepare relevant productive answers.<sup>263</sup> An advocate must assist the client to express his own interests verbally.<sup>264</sup>

---

<sup>253</sup> *Golann D.*, *Mediating Legal Disputes Effective Strategies for Neutrals and Advocates*, Printed in the United States of America, 2009, 264.

<sup>254</sup> *Foster R.V.*, *Effective Negotiation Strategies and Approaches for MA lawyers and their Clients*, 2011, 8.

<sup>255</sup> *Iremashvili K.*, *Integration of Mediation with the Curriculum of Law School*, the National Center of Disputes Resolution, Tbilisi, 2012, 8, <[http://www.library.court.ge/upload/lib\\_ADR.pdf](http://www.library.court.ge/upload/lib_ADR.pdf)>.

<sup>256</sup> *Kovach K.K.*, *Mediation Principles and Practice*, 3<sup>rd</sup> ed., Printed in the United States of America, 2004, 424.

<sup>257</sup> *Abramson H.I.*, *Mediation Representation Advocating as a Problem-Solver in any Country or Culture*, 2<sup>nd</sup> ed., Printed in the United States of America, 2010, 311.

<sup>258</sup> *Coltri L.S.* *Alternative Dispute Resolution a Conflict Diagnosis Approach*, 2<sup>nd</sup> ed., University of Maryland, University College, 2010, 80.

<sup>259</sup> *Golann D.*, *Mediating Legal Disputes Effective Strategies for Neutrals and Advocates*, Printed in the United States of America, 2009, 268.

<sup>260</sup> *Berman L.J.*, *Mediator's Opening Statements Offer Insights for Successful Results*, Published in the *Mediation Strategies*, California's Legal Newspaper, 2003, 2-3, <<http://www.americaninstituteofmediation.com/pg66.cfm>>.

<sup>261</sup> *Jernigan M., Lord R.B.*, *The Mediator's Role in the Family Business*, *American Journal of mediation*, Vol. 2, 2008, 56.

<sup>262</sup> *Stepp J.A.*, *How does the Mediation Process Work?* 2003, 5, <<http://www.mediate.com/articles/steppj.cfm>>.

<sup>263</sup> *Abramson H.I.*, *Mediation Representation Advocating as a Problem-Solver in any Country or Culture*, 2<sup>nd</sup> ed., Printed in the United States of America, 2010, 315.

<sup>264</sup> *Pel M.*, *Referral to Mediation a Practical Guide for an Effective Mediation Proposal*, The Hague, 2008, 126.

Presumable questions, to which a client will have to answer, are the following: What happened? What kind of documents does he have to prove own position? Which witness will confirm his position? What are his objectives and interest? What is the opponent party's interest? What expectation has he from the mediation process? Has he any opinions connected with the resolution of the dispute? What results will be reached in case of applying to court? How long will it take court proceeding to prepare case? How much are approximately court expenses? What kind of actions will he perform, if the agreement can't be reached?<sup>265</sup> What barriers hampered him to conduct direct negotiation?<sup>266</sup>

An advocate must advise a client to answer the opponent party's questions honestly, carefully and correctly. He must also know which questions he must not answer. Some advocates uses mediation as a source of finding information. Accordingly it is not necessary to give the opponent information about all the details.<sup>267</sup>

### **6.6. Information Awareness of a Client About the Necessity of Fixing the Agreed Position from Him and an Advocate and Inadmissibility of Expressing Mutual Exclusive Expressions**

An advocate and a client must distribute responsibility among each other at the preparatory stage of mediation.<sup>268</sup> A concrete resolution of the issue often causes disagreement between the advocate and the client.<sup>269</sup> Accordingly there are cases when their interests don't coincide.<sup>270</sup> In such cases an advocate considering professional ethics must make concession to the client. It must be solved in this way in spite of the client's decision is against the advocate's interests or not.<sup>271</sup>

## **7. Conclusion**

Considering all the above mentioned it is stated that legislative regulation of issues connected with mediation is inevitable. Accordingly the conclusion received as a result of research will be following:

- Regulation of the mediation process must be done at a legislative level, including the definition of the process. It s a period, which starts with an agreement between parties and representatives on adjudication by means of mediation. The preparatory stage must be considered as an integral part of the mediation process. As a result advocates' obligations at the preparatory stage of mediation would be more reckoned with from the addressees' side.

- At a legislative level must be defined that all the obligations, which are imposed on advocates are also spread during representation in the mediation process (regardless of this demand is stated by state law or internationally recognized). It must be defined concretely that these obligations will be imposed on them from the preparatory stage of the mediation process.

- In addition to the obligations imposed on advocates when they are using other means of dispute resolution it is necessary to define those obligations, which will be imposed on advocates concretely in case of representation in the mediation process.

- At the preparatory stage of mediation an advocate must estimate how much reasonable is using of this means of dispute resolution. In the process of taking decision he must foresee each detail of each concrete case. General approaches are not enough.

---

<sup>265</sup> *Abramson H.I.*, Mediation Representation Advocating as a Problem-Solver in any Country or Culture, 2<sup>nd</sup> ed., Printed in the United States of America, 2010, 315-316.

<sup>266</sup> *Golann D.*, Mediating Legal Disputes Effective strategies for Neutrals and Advocates, Printed in the United States of America, 2009, 266.

<sup>267</sup> *Folberg G.*, Mediation The Roles of Advocate and Neutral, 2<sup>nd</sup> ed., Printed in the United States of America, 2011, 263.

<sup>268</sup> *Abramson H.I.*, Mediation Representation Advocating as a Problem-Solver in any Country or Culture, 2<sup>nd</sup> ed., Printed in the United States of America, 2010, 241.

<sup>269</sup> *Ware S.J.*, Principles of Alternative Dispute Resolution, 2<sup>nd</sup> ed., Printed in the United States of America, 2003, 169.

<sup>270</sup> *Glick T.*, Creative Mediation, North Charleston, 2012, 37.

<sup>271</sup> *Ware S.J.*, Principles of Alternative Dispute Resolution, 2<sup>nd</sup> ed., Printed in the United States of America, 2003, 174.

- Relevant is an issue concerning which concrete advocate will combine with the role of a representative in the mediation process. Advocate's professionalism and the knowledge of Law cannot be considered to be a sufficient condition. For a person to be a representative in the mediation process it is mandatory that his personal capacity, properties and skills must comply with requirements of standard. Moreover a subject of estimation must be his attitude to mediation institute.

- It is important to define a form of initiation of dispute resolution by means of mediation from the advocate's side. It should be foreseen not only how an offer will be made for a client, but for the opponent party too.

- At the preparatory stage of mediation an advocate must arrange to define own action strategy/ tactics. Concretely in which form the strategy will be formed completely depends on a client's real interests and those preconditions, which caused the dispute. So before defining the strategy an advocate must study these factors in detail.

- At the preparatory stage of mediation an advocate must completely prepare the case, which includes the necessity of performing concrete actions, including studying factual circumstances, legal estimation; finding evidences for the process; choosing of a mediator; defining of a circle of persons participating in mediation.

- Preparation of the case also implies defining agreement conditions. As it is stated on the basis of the conducted research there must be worked out several alternatives of conciliation and define priorities to them.

- At the preparatory stage of mediation it is also important to prepare a client. It implies concrete actions: first of all the essence and basic principles of mediation must be explained to a client. It is a basic requirement. After this it is necessary to inform a client from a legal aspect and a plan of the process.

- An advocate must explain to a client each participant's role in the process in order not to become a base of a client's astonishment or dissatisfaction their approaches, conduct style (which of course will be different from participation in other kinds of process). From this point of view especially actual is the definition of an advocate's role. Such decision is caused by the fact that in the mediation process an advocate's action tactics, strategy or attitude to the participants of the process are radically different from their traditional approaches, from those conducts, which are characteristic for their traditional ideology.

- From the point of view of a client's preparation one of the main obligations of an advocate is the preparation of a client for answering to presumable questions.

- It is important that an advocate's conduct on representation in the mediation process (as well as in other processes) must be conformable to the client's best interests. Taking it into account it is stated that even in the case when in the opinion of the advocate a client's action is not justified, or had an alternative of a better choice, he must recede his own position into the background.

- In order to provide all these it is desirable for the parties and their advocates to compile exhaustive guides of mediation.<sup>272</sup>

- Considering of all the above mentioned it is inevitable to make changes in Georgian legislation.

---

<sup>272</sup> *Thorpe R.W.*, Final Report of the ABA Section of Dispute Resolution Task Force on Improving Mediation Quality, *American Journal of Mediation*, Vol.2, 2008, 5.

## არასრულწლოვანთა განრიდებისა და მედიაციის პროგრამის ვიზიონი

თანამედროვე მსოფლიოში აღდგენითი მართლმსაჯულების კონცეფციის საჭიროებასა და აქტუალურობას დღითიდღე უფრო და უფრო მეტი ქვეყანა ხედავს. ამ საკითხში არც საქართველოა გამონაკლისი. ამის მაგალითი 2010 წელს დანერგილი არასრულწლოვანთა განრიდებისა და მედიაციის პროგრამაა, რომლის შედეგებითაც არაერთი ქვეყანა დაინტერესდა. ამ ნაშრომის ფარგლებში მკითხველი გაეცნობა საქართველოში განრიდებისა და მედიაციის პროგრამის განვითარების ისტორიას, სტატიაში განხილული იქნება პროგრამის პრინციპები, მისი სამართლებრივი რეგულირების საკითხები და მოცემული იქნება დეტალური სტატისტიკა. აღნიშნული საკითხები განსაკუთრებულ აქტუალობას იძენს 2016 წლის 1 იანვარს ამოქმედებული არასრულწლოვანთა მართლმსაჯულების კოდექსის ფონზე.

**საკვანძო სიტყვები:** არასრულწლოვანთა მართლმსაჯულება, განრიდება, სისხლის სამართლის მედიაცია, მედიაცია დაზარალებულსა და დამნაშავეს შორის, აღდგენითი მართლმსაჯულება.

### 1. შესავალი

არასრულწლოვანთა განრიდებისა და მედიაციის პროგრამა ეფუძნება საერთაშორისო გამოცდილებასა და აღდგენითი მართლმსაჯულების<sup>1</sup> პრინციპებს. პროგრამის ამოსავალი წერტილია არასრულწლოვნის განრიდება ფორმალური მართლმსაჯულების პროცესისაგან და მისთვის იმგვარი გარემოს შექმნა, რომელიც თავიდან აგვაცილებს არასრულწლოვნის დამნაშავედ ჩამოყალიბებას. განრიდება არის არასრულწლოვნის სისხლისსამართლებრივი პასუხისმგებლობისაგან გათავისუფლების მექანიზმი, რომლის უმთავრეს მიზანი არის განმეორებითი დანაშაულის თავიდან აცილება და დაზარალებულის ჩართვა სამართლიანობის აღდგენის პროცესში. პროფესიონალები, რომლებიც ამ პროგრამაზე მუშაობენ, იღვნიან ძირითადი მიზნისაკენ – საზოგადოებას დაუბრუნდეს სრულყოფილი მოქალაქე, რომელიც აღარ ჩაიდენს დანაშაულს. სწორედ ამიტომ ენიჭება პროგრამაში უდიდესი მნიშვნელობა არასრულწლოვნის რეაბილიტაციასა და სოციალურ რეინტეგრაციას.

### 2. პროგრამის განვითარების ისტორია

საქართველოში თანამედროვე სისხლის სამართლის მედიაციის ისტორია 2010 წლიდან, არასრულწლოვანთა განრიდებისა და მედიაციის პროგრამის ამოქმედებიდან, იწყება. არასრულწლოვანთა განრიდებისა და მედიაციის პროგრამა დღეისათვის საერთაშორისო გამოც-

\* თსუ-ის იურიდიული ფაკულტეტის მაგისტრი. განრიდების/განრიდებისა და მედიაციის პროგრამის მენეჯერი. საქართველოს იუსტიციის სამინისტროს სსიპ – დანაშაულის პრევენციის ცენტრი.

<sup>1</sup> აღდგენითი მართლმსაჯულების (Restorative Justice) მიზანია დარღვეული ურთიერთობების აღდგენა. ეს არის პროცესი, რომელიც მიმართულია დანაშაულის ჩამდენი პირის, დაზარალებულის და საზოგადოების საჭიროებების გამოკვეთასა და მათი დაკმაყოფილებისაკენ. აღდგენითი მართლმსაჯულების პროგრამების განხორციელებისას განსაკუთრებული ყურადღება ექცევა ზიანს, როგორც მორალურს, ასევე მატერიალურს, მხარეების ჩართულობას პროცესში და დანაშაულის ჩამდენი პირის მიერ ქმედების გააზრებას, მის მიერ ვალდებულებების აღებას საკუთარ თავზე (ავტორის განმარტება, ლ.ჯ.).

დიღებასა და აღდგენითი მართლმსაჯულების ძირითად პრინციპებს ეფუძნება. სამართლიანად უნდა აღინიშნოს, რომ სისხლის სამართლის მედიაცია ჩვენს ქვეყანაში ცალკე, როგორც პროგრამა, დანერგული არაა. იგი, როგორც განრიდების ინსტრუმენტი და ძირითადი პროგრამის შემადგენელი ნაწილი, ისე გამოიყენება, თუმცა, 2015 წელს მიღებული და 2016 წლის 1 იანვარს ამოქმედებული არასრულწლოვანთა მართლმსაჯულების კოდექსის 67-ე მუხლის მე-4 ნაწილი უკვე იძლევა საშუალებას, აღდგენითი მართლმსაჯულების ღონისძიებები და, შესაბამისად, მედიაციაც, მოსამართლის გადაწყვეტილებით, განაჩენით, სასჯელთან ერთად დაენიშნოს არასრულწლოვანს.

საერთაშორისო სტანდარტებისა და მიდგომების თანახმად, განრიდებისა და მედიაციის პროგრამის ამოსავალი წერტილია არასრულწლოვნის განრიდება ფორმალური მართლმსაჯულების სისტემიდან და მისთვის იმგვარი გარემოს შექმნა, რომელიც ხელს შეუწყობს არასრულწლოვნის მიერ განმეორებითი დანაშაულის ჩადენის თავიდან აცილებას. განრიდება არის არასრულწლოვნის სისხლისსამართლებრივი პასუხისმგებლობისაგან გათავისუფლების მექანიზმი, რომლის უმთავრესი მიზანია განმეორებითი დანაშაულის თავიდან აცილება, არასრულწლოვნის, როგორც სრულყოფილი მოქალაქის, საზოგადოებაში დაბრუნება და დაზარალებულის სამართლიანობის აღდგენის პროცესში ჩართვა. სწორედ ამიტომ ენიჭება პროგრამაში უდიდესი მნიშვნელობა არასრულწლოვნის რეაბილიტაციასა და სოციალურ რეინტეგრაციას. სწორედ ამავ მიზანს ემსახურება ამ პროგრამაში მედიაციის კომპონენტიც. რა თქმა უნდა, მედიაციის ერთ-ერთი უმნიშვნელოვანესი მიზანი დაზარალებულის საჭიროებებისა და მოთხოვნების დაკმაყოფილებაა.

არასრულწლოვანთა განრიდებისა და მედიაციის პროგრამა საქართველოში 2010 წელს, სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსში შესული ცვლილებების საფუძველზე ამოქმედდა.<sup>2</sup> სწორედ ამ ცვლილებების საფუძველზე 2010 წლის 19 ნოემბერს პირველად მოენერა ხელი განრიდებისა და მედიაციის ხელშეკრულებას. ამ დროს პროგრამა მხოლოდ საქართველოს 4 ქალაქში მოქმედებდა.<sup>3</sup> „განრიდებისა და მედიაციის პროგრამის მიზანია, ის არასრულწლოვანი, რომელმაც პირველად ჩაიდინა ნაკლებად მძიმე დანაშაული, ბოდიში მოუხადა დაზარალებულს, მზად არის აანაზღაუროს მიყენებული ზარალი, გათავისუფლდეს სისხლისსამართლებრივი პასუხისმგებლობისაგან. ახალი პროგრამა, ერთი მხრივ, განარიდებს არასრულწლოვანს სისხლის სამართლის სისტემისა და ნასამართლობისაგან, მეორე მხრივ, ხელს უწყობს სამართლიანობის აღდგენას, რეციდივის თავიდან აცილებას და მოზარდის კანონმორჩილ პიროვნებად ჩამოყალიბებას“.<sup>4</sup> 2010 წლის შემდეგ პროგრამა გაფართოვდა, 2013 წლის აგვისტოს თვეში დასრულდა საპილოტე რეჟიმი, ხოლო 2014 წლის ნოემბერში, მისი ამოქმედებიდან 4 წლის შემდეგ, დაიწყო განრიდებისა და მედიაციის პროგრამის რეფორმა. გაანალიზდა საპილოტე პერიოდში არსებული მდგომარეობა, მოხდა შეცდომებისა და ხარვეზების იდენტიფიცირება, შესწორდა ბევრი რამ და, რაც ყველაზე მთავარია, პროგრამა ახალ ეტაპზე გადავიდა.<sup>5</sup>

2014 წელს გატარებული რეფორმის ფარგლებში არაერთი მნიშვნელოვანი ცვლილება განხორციელდა. უპირველეს ყოვლისა, უნდა აღინიშნოს იუსტიციის მინისტრის 2010 წლის 216-ე ბრძანების 1-ლი მუხლის „ა“ პუნქტში არსებული მითითება, რომლის თანახმადაც, პროგრამა ვრცელდებოდა მხოლოდ ნაკლებად მძიმე დანაშაულებსა და ისეთ დანაშაულზე, რომელიც „ჯგუფურობის“ (როგორც დამამძიმებელი გარემოების) გამო ხვდებოდა მძიმე დანაშაულთა კატეგორიაში. 2014 წელს, ბრძანებაში შესული ცვლილებების თანახმად კი, პროგ-

<sup>2</sup> საქართველოს კანონი საქართველოს სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსში დამატებებისა და ცვლილებების შეტანის შესახებ, 3616, საქართველოს საკანონმდებლო მაცნე, 24.09.2010.

<sup>3</sup> სსიპ „დანაშაულის პრევენციის ცენტრის“ ანგარიში განრიდების/განრიდებისა და მედიაციის პროგრამის შესახებ, 2015, 1. იხ. <[http://ganrideba.ge/res/files/52/Diversion%20Report\\_2015.pdf](http://ganrideba.ge/res/files/52/Diversion%20Report_2015.pdf)> [30.06.2016].

<sup>4</sup> შალიკაშვილი მ., არასრულწლოვანთა განრიდებისა და მედიაციის პროგრამის სისხლისსამართლებრივი, კრიმინოლოგიური და ფსიქოლოგიური ასპექტები, თბ., 2013, 4.

<sup>5</sup> სსიპ „დანაშაულის პრევენციის ცენტრის“ ანგარიში განრიდების/განრიდებისა და მედიაციის პროგრამის შესახებ, 2015, 1. იხ. <[http://ganrideba.ge/res/files/52/Diversion%20Report\\_2015.pdf](http://ganrideba.ge/res/files/52/Diversion%20Report_2015.pdf)> [30.06.2016].

რამა გავრცელდა უკვე მძიმე დანაშაულებზეც. ამ ცვლილებებამდე იუსტიციის მინისტრის ბრძანება, გარკვეულწილად, ეწინააღმდეგებოდა საქართველოს სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსის 105-ე მუხლს, რომელიც განრიდების შესაძლებლობას იძლეოდა როგორც ნაკლებად მძიმე, ასევე მძიმე დანაშაულებზეც, იუსტიციის მინისტრის ბრძანება კი ზღუდავდა ამ შესაძლებლობას.

მნიშვნელოვან ცვლილებად შეიძლება ჩაითვალოს იუსტიციის მინისტრის 2010 წლის 216-ე ბრძანებაში მითითებული პირველად ჩადენილი დანაშაულის ცნების გაუქმება. აღნიშნული დათქმის არსებობა ტოვებდა ფართო განმარტების საშუალებას და ასევე ეწინააღმდეგებოდა თავად ამავე ბრძანების სხვა მუხლებს, კერძოდ, დანაშაულთა ერთობლიობის დროს განრიდების დაშვებას. დანაშაულთა ერთობლიობისას, უმეტეს შემთხვევაში, დანაშაულთა ჩადენის დრო ერთმანეთისაგან განსხვავდება. შესაბამისად, შეუძლებელი ხდება მეორე დანაშაულისათვის განრიდება, რამდენადაც ის პირველად ჩადენილ დანაშაულად ვეღარ ჩაითვლება. ცვლილების შემდეგ კი პროგრამა გავრცელდა პირებზე, რომლებიც არ ყოფილან ნასამართლევნი განრიდების გადაწყვეტილების მიღებამდე.

მედიაციის მიმართულებით მნიშვნელოვან ცვლილებად შეიძლება ჩაითვალოს განრიდების გადაწყვეტილების მიღების სავალდებულო წინაპირობის გაუქმება არასრულწლოვნის მზადყოფნის შესახებ, დაზარალებულისათვის ბოდიშის მოხდისა და ზიანის ანაზღაურებისათვის მზადყოფნის თაობაზე.

მნიშვნელოვან ცვლილებებად შეიძლება ჩაითვალოს პროცედურების დახვეწა და პროფესიონალთათვის სამოქმედო ვადების დანესება. 2014 წლის ცვლილებებამდე პროგრამაში ჩართული პროფესიონალებისათვის არ არსებობდა დეტალურად განწერილი სამოქმედო ვადები. ამის გამო, პრაქტიკაზე დაფუძნებით შეიძლება ითქვას, რომ ყოფილა შემთხვევები, როდესაც განრიდების ან/და მედიაციის ხელშეკრულება გაფორმებულა დანაშაულის ჩადენიდან რამდენიმე თვის ან წლის შემდეგაც კი. თავისთავად ცხადია, ეს გარემოება როგორც განრიდებას, ასევე მედიაციას მნიშვნელობასა და არსს აკარგვინებდა. აღნიშნული ვითარება არასრულწლოვანს ხელს უშლიდა დანაშაულის გაცნობიერებაში; ხელს უშლიდა იმასაც, რომ დაზარალებულს არ ჰქონოდა უსამართლობის შეგრძნება. გარდა ამისა, ვადების არარსებობის გამო მომხდარა ისეც, რომ განხორციელებულა ფორმალური, არაფრისმომცემი მედიაცია.

2014 წელს ერთ-ერთ უმნიშვნელოვანეს ცვლილებად შეიძლება ჩაითვალოს პროგრამაში მედიატორის როლის გაზრდა. იუსტიციის მინისტრის 2010 წლის 216-ე ბრძანების ცვლილების მიხედვით, მედიატორი 2014 წლის ნოემბრიდან უკვე ადრეულ ეტაპზევე ერთვება განრიდებისა და მედიაციის პროცესში. მანამდე არსებული რედაქციით, მედიაციის პროცესში დაზარალებულის მონაწილეობის თაობაზე თანხმობას ან უარს იღებდა პროკურორი, ცვლილებების შემდეგ კი ყველა საქმეში, სადაც დაზარალებული არსებობს, ერთვება მედიატორი. იგი თავად უხსნის პროგრამის არსს, მიზნებს და ამის შემდეგ იღებს დაზარალებულის ინფორმირებულ თანხმობას ან უარს მედიაციის პროცესში მონაწილეობასთან დაკავშირებით. „პრაქტიკამ აჩვენა, რომ პროკურორები ხშირად ვერ ახერხებენ საჭირო დონეზე დაზარალებულთან კომუნიკაციას, დროის უქონლობისა და სხვა მიზეზების გამო უჭირთ დაზარალებულისათვის პროგრამის მიზნებისა და არსის ახსნა და მათი დათანხმება მედიაციის პროცესში ჩართვაზე“.<sup>6</sup> ეს ცვლილება უდავოდ დადებით მოვლენად უნდა ჩაითვალოს. ამას სსიპ – დანაშაულის პრევენციის ცენტრის მიერ გამოქვეყნებული მაჩვენებლებიც ადასტურებს. 2015 წლის მონაცემებით, პროგრამაში გაზრდილია მედიაციის კომპონენტის გამოყენება, 2015 წელს წარმატებით დასრულებული მედიაციის<sup>7</sup> მაჩვენებელმა შეადგინა 51%, რაც წინა წლების მაჩვენებლებთან შე-

<sup>6</sup> სსიპ „დანაშაულის პრევენციის ცენტრის“ ანგარიში არასრულწლოვანთა განრიდებისა და მედიაციის პროგრამის შესახებ, 2014, 2-3. იხ. <<http://diversion.ge/res/files/52/Diversion%20Report%202014.pdf>> [30.06.2016].

<sup>7</sup> მედიაციის პროცესი, რომელზეც შედგა მედიაციის კონფერენცია და რომელიც დასრულდა განრიდებისა და მედიაციის ხელშეკრულებით გაფორმებით (ავტორის განმარტება, ლ.ჯ.).

დარებით თითქმის გასამმაგებელია: 2014 წლის ამავე პერიოდში წარმატებული მედიაციის მაჩვენებელი იყო 18%, 2013 წელს – 25%. წარმატებას ცხადყოფს მედიაციის კონფერენციების რაოდენობაც: 2015 წელს ჩატარდა 114 მედიაციის კონფერენცია, მაშინ, როდესაც წინა წლის ანალოგიურ პერიოდში ჩატარებული იყო 28, ხოლო 2013 წლის ანალოგიურ პერიოდში 34 მედიაციის კონფერენცია შედგა.<sup>8</sup>

### 3. პროგრამის პრინციპები

საქართველოს იუსტიციის მინისტრის 2016 წლის 1 თებერვლის 120-ე ბრძანება „არასრულწლოვნის მიმართ განრიდების/განრიდებისა და მედიაციის პროგრამის გამოყენების წესისა და მხარეებს შორის გასაფორმებელი ხელშეკრულების ძირითადი პირობების დამტკიცების შესახებ“ აწესებს არასრულწლოვანთა განრიდების/განრიდებისა და მედიაციის პროგრამის შემდეგ პრინციპებს: ალტერნატიული მექანიზმების გამოყენების მაქსიმალური ხელშეწყობა; ნებაყოფლობითობა; პროპორციულობა; კონფიდენციალურობა; სტიგმატიზაციის დაუშვებლობა; არასრულწლოვნის საუკეთესო ინტერესების გათვალისწინება. განვიხილოთ თითოეული მათგანი ცალ-ცალკე.

**ალტერნატიული მექანიზმების გამოყენების მაქსიმალური ხელშეწყობის** პრინციპის ქართულ რეალობაში შემოტანა და დამკვიდრება ძალზე მნიშვნელოვანი და სასარგებლო საქმისათვის. მ. შალიკაშვილი თავის ნაშრომში აღნიშნავს, რომ ეს პრინციპი საქართველოს რეალობაში ახალია და ასეთ რამეს აქამდე არ იცნობდა მის მიერ დამუშავებული ლიტერატურა.<sup>9</sup> უნდა აღინიშნოს, რომ ქართული რეალობისაგან განსხვავებით, ზემოაღნიშნულ პრინციპს იცნობს და აწესებს ისეთი მნიშვნელოვანი საერთაშორისო აქტები, როგორებიცაა: ბავშვის უფლებათა კონვენცია<sup>10</sup> და გაერთიანებული ერების ორგანიზაციის სტანდარტული მინიმალური წესები არასრულწლოვანთა სისხლის სამართლის ადმინისტრაციის შესახებ (შემდგომში – „პეკინის წესები“).<sup>11</sup> გაეროს ბავშვის უფლებათა კონვენციის მე-40 მუხლის მე-3 პუნქტის „ბ“ ქვეპუნქტი სახელმწიფოებს ავალდებულებს, კანონთან კონფლიქტში მყოფი ბავშვებისათვის მიიღოს ზომები სასამართლო განხილვის გარეშე, ადამიანის უფლებათა და სამართლებრივი გარანტიების სრული დაცვით. გარდა ამისა, „პეკინის წესების“ მე-6 და მე-11 წესები ცალსახად აწესებენ ალტერნატიული ღონისძიებების გამოყენების უპირატესობას სისხლის სამართლის პროცესის დროს. სწორედ ამ საერთაშორისო ნორმების შესატყვისი ნორმები იქნა ასახული ქართულ სისხლის სამართალში, რაც, ცალსახად შეიძლება ითქვას, რომ მეტად მნიშვნელოვანი მოვლენაა. ეს პრინციპი კიდევ უფრო გამყარებულია არასრულწლოვანთა მართლმსაჯულების კოდექსის მიერ,<sup>12</sup> რაც საგრძნობლად წინ გადადგმული ნაბიჯია ქართული სისხლის სამართლისა და არასრულწლოვანთა მართლმსაჯულებისათვის.

იუსტიციის მინისტრის 120-ე ბრძანების თანახმად, განრიდების/განრიდებისა და მედიაციის პროცესში მონაწილეობა არის **ნებაყოფლობითი** გადაწყვეტილება, როდესაც არასრულწლოვანი აღიარებს დანაშაულს. მათი პროცესში მონაწილეობის უზრუნველყოფის მიზნით მხარეებზე ზეგავლენა დაუშვებელია. მხარეები უფლებამოსილი არიან, ნებისმიერ ეტაპზე თქვან უარი განრიდების/მედიაციის პროცესში მონაწილეობაზე. ზემოხსენებული პრინციპი

<sup>8</sup> სსიპ „დანაშაულის პრევენციის ცენტრის“ ანგარიში განრიდების/განრიდებისა და მედიაციის პროგრამის შესახებ, 2015, 5. იხ. <[http://ganrideba.ge/res/files/52/Diversion%20Report\\_2015.pdf](http://ganrideba.ge/res/files/52/Diversion%20Report_2015.pdf)> [30. 06.2016].

<sup>9</sup> შალიკაშვილი მ., არასრულწლოვანთა განრიდებისა და მედიაციის პროგრამის სისხლისსამართლებრივი, კრიმინოლოგიური და ფსიქოლოგიური ასპექტები, თბ., 2013, 32-33.

<sup>10</sup> Convention on the Rights of the Child (მიღებული 1989 წლის 20 ნოემბერს, ძალაში შევიდა 1990 წლის 2 სექტემბერს).

<sup>11</sup> United Nations Standard Minimum Rules for the Administration of Juvenile Justice ("The Beijing Rules"), (მიღებული 1985 წლის 29 ნოემბერს).

<sup>12</sup> არასრულწლოვანთა მართლმსაჯულების კოდექსის მე-8 მუხლი, 3708-II ს, საქართველოს საკანონმდებლო მაცნე, 24.06.2015.

განრიდებისა და მედიაციის პროგრამის ერთ-ერთი ფუძემდებლურ პრინციპია. ნებაყოფლობითობის გარეშე შეუძლებელი იქნება იმ მიზნების მიღწევა, რომლებსაც პროგრამა გულისხმობს. განსაკუთრებით მნიშვნელოვანია, რომ პროცესის ყველა მონაწილეს ნებისმიერ დროს შეუძლია, უარი განაცხადოს პროგრამაში მონაწილეობაზე; აღნიშნული იქნება მოსამზადებელი, პრეკონფერენციისა თუ მედიაციის კონფერენციის ეტაპი. ეს პრინციპი კიდევ უფრო ამყარებს პროგრამით გათვალისწინებულ გარანტიებს. სხვაგვარად, პროცესში მისი ნებაყოფლობითი მონაწილეობის გარეშე შეუძლებელი იქნებოდა არასრულწლოვნის მიერ დანაშაულის გაცნობიერება.

აქვე უნდა აღინიშნოს ისიც, რომ განსარიდებელ არასრულწლოვანს არა აქვს უფლება, უარი განაცხადოს მხოლოდ მედიაციის კომპონენტზე – იგი, როდესაც თანხმობას აცხადებს განრიდებაზე, ავტომატურად აცხადებს თანხმობას მედიაციაში მონაწილეობაზეც. მეტად მნიშვნელოვანია დაზარალებულის გაცნობიერებული თანხმობა მედიაციის პროცესში მონაწილეობაზე. სწორედ ამ მიზეზით გახდა საჭირო მედიატორის როლისა და ჩართულობის გაზრდა განრიდებისა და მედიაციის პროგრამაში. დღეისათვის, პრაქტიკაზე დაყრდნობით, შეიძლება ითქვას, რომ მედიატორები მუშაობის პროცესში დიდ დროსა და ძალისხმევას უთმობენ დაზარალებულის მიერ მისი როლისა და ფუნქციის გაცნობიერებას. დაზარალებულის ჩართულობა, გარდა იმისა, რომ იგი იღებს როგორც მატერიალური, ისე მორალური ზიანის ანაზღაურებას, ძალზე მნიშვნელოვანია არასრულწლოვნის მიერ ჩადენილი დანაშაულის გაცნობიერებისთვისაც.

**პროპორციულობის პრინციპის** თანახმად, არასრულწლოვნისათვის დაკისრებული ვალდებულებები ჩადენილი ქმედების პროპორციული უნდა იყოს. იუსტიციის მინისტრის 120-ე ბრძანების მიხედვით, ღონისძიებების განსაზღვრისას აუცილებელია, გათვალისწინებულ იქნეს არასრულწლოვნის ასაკი, მისი პირადი მახასიათებლები, დანაშაულის ბუნება, სიმძიმე, მიყენებული ზიანი და დანაშაულის გავლენა საზოგადოებზე. ზემოთქმული პრინციპი უზრუნველყოფს იმას, რომ არასრულწლოვანს არ დაეკისროს სასჯელზე უფრო მკაცრი ღონისძიება და მისთვის შერჩეული პირობები არ იყოს იმაზე მკაცრი, ვიდრე ის ჩადენილი ქმედებით იმსახურებს. პრაქტიკოსი პროფესიონალების მიერ მოწოდებული ინფორმაციით, განრიდების ხელშეკრულების პირობების შერჩევა ყველა შემთხვევაში ინდივიდუალურად ხდება პრობაციის ეროვნული სააგენტოს სოციალური მუშაკის მიერ შედგენილი ინდივიდუალური შეფასების ანგარიშის საფუძველზე. ასეთ პირობებზე პირველ ეტაპზე აუცილებლად უნდა შეთანხმდნენ პროკურორი, სოციალური მუშაკი და მედიატორი, შემდეგ კი მხარეები.

**კონფიდენციალურობა** არასრულწლოვანთა განრიდებისა და მედიაციის პროგრამის ერთ-ერთი უმნიშვნელოვანესი პრინციპია. კონფიდენციალურობის დაცვის გარეშე შეუძლებელი იქნებოდა პროგრამის მიზნების მიღწევა და პროფესიონალების მიერ განუხლები შრომაც ნყალში ჩაყრილი აღმოჩნდებოდა. იგი ერთ-ერთი საფუძველია იმისა, რომ არ მოხდეს არასრულწლოვნის სტიგმატიზაცია. სწორედ კონფიდენციალურობის დაცვისა და **სტიგმატიზაციის დაუშვებლობის პრინციპებია** ის უმთავრესი და ფუძემდებლური პრინციპები, რომლებიც იცავენ არასრულწლოვანს და ასეთ დიდი მნიშვნელობას სძენენ არასრულწლოვანთა განრიდებისა და მედიაციის პროგრამას. „განრიდების და/ან მედიაციის პროცესში მონაწილე სახელმწიფოსა და საზოგადოებრივ ინსტიტუტებზეა დამოკიდებული ის, რომ არ მოხდეს მოზარდის დამნაშავედ სტიგმატიზაცია (ეტიკეტირება) და შემდგომ მის მიერ საკუთარ პიროვნებაში დამნაშავის ძებნა. განრიდების და/ან მედიაციის პროცესში მონაწილე პირების სათუთი და ინდივიდუალური დამოკიდებულება დამნაშავე მოზარდისადმი უნდა ეყრდნობოდეს მოქალაქეთა პირადი ინფორმაციის კონფიდენციალობას და ხელს უნდა უშლიდეს მოზარდის კრიმინალად სტიგმატიზაციას და მისი კრიმინალური „კარიერის“ ჩამოყალიბებას“.<sup>13</sup>

<sup>13</sup> შალიკაშვილი მ., არასრულწლოვანთა განრიდებისა და მედიაციის პროგრამის სისხლისსამართლებრივი, კრიმინოლოგიური და ფსიქოლოგიური ასპექტები, თბ., 2013, 41.



**არასრულწლოვნის საუკეთესო ინტერესის** ზუსტ დეფინიციას არ იძლევა კვლევაში განალიზებული არცერთი საერთაშორისო თუ ადგილობრივი დოკუმენტი. ამ დოკუმენტებზე დაყრდნობით არასრულწლოვნის საუკეთესო ინტერესი ყველა კონკრეტულ შემთხვევაში ინდივიდუალურად უნდა დადგინდეს. ბავშვის საუკეთესო ინტერესი სისხლის სამართლის მართლმსაჯულების სფეროში უნდა განმარტოთ როგორც მისი უფლება: იყოს დაცული, ჰქონდეს უსაფრთხოებისა და კეთილდღეობის განცდა; ასევე უნდა იყოს დაცული მისი ჯანმრთელობის, განათლებისა და განვითარების უფლებები; უმთავრესი ამოსავალი წერტილი კი უნდა იყოს ბავშვის რესოციალიზაცია-რეაბილიტაცია და საზოგადოებაში მისი სრულფასოვან წევრად დაბრუნება.<sup>14</sup> ყველა ზემოაღნიშნულის დაცვა კი უნდა მოხდეს თავად ბავშვის მოსმენით. ამ უფლების დეფინიციას ცალკე გვაძლევს ბავშვის უფლებათა კონვენციის მე-12 მუხლი.<sup>15</sup> ბავშვის საუკეთესო ინტერესის დეფინიცია აღწერილია ისეთ საერთაშორისო დოკუმენტში, როგორცაა „პეკინის წესები“ და გაეროს ბავშვის უფლებათა კომიტეტის ზოგადი კომენტარი №10. ამ უკანასკნელში ნათქვამია: „არასრულწლოვანთა მართლმსაჯულების აღსრულების პროცესში ნებისმიერი გადაწყვეტილება უნდა ითვალისწინებდეს ბავშვის ჭეშმარიტ ინტერესს. ბავშვებს უფროსებისგან ფიზიკური და ფსიქოლოგიური განვითარება, აგრეთვე ემოციური და საგანმანათლებლო საჭიროებები განსხვავებას. სწორედ ეს განსხვავებებია კანონთან კონფლიქტში მყოფი ბავშვებისათვის შედარებით მსუბუქი პასუხისმგებლობის დაკისრების საფუძველი. ეს განსხვავებები წარმოშობს არასრულწლოვანთა მართლმსაჯულების სისტემის განცალკევებისა და ბავშვების მიმართ განსხვავებული მოპყრობის საჭიროებას. ბავშვის ჭეშმარიტი ინტერესების დაცვა კანონდამრღვევი ბავშვების მიმართ გულისხმობს სისხლის სამართლის ისეთი ტრადიციული ამოცანის ჩანაცვლებას, როგორცაა რეპრესია/დასჯა რეაბილიტაციითა და აღდგენითი მართლმსაჯულებით. ყოველივე აუცილებელია განხორციელდეს საზოგადოების უსაფრთხოების საკითხის გათვალისწინებით“.<sup>16</sup>

#### **4. პროგრამის სამართლებრივი რეგულირება**

დღეისათვის არასრულწლოვანთა განრიდებისა და მედიაციის პროგრამა რეგულირდება შემდეგი აქტებით: საქართველოს კანონი „არასრულწლოვანთა მართლმსაჯულების კოდექსი“; საქართველოს იუსტიციის მინისტრის 2016 წლის 1 თებერვლის ბრძანება „არასრულწლოვნის მიმართ განრიდების/განრიდებისა და მედიაციის პროგრამის გამოყენების წესისა და მხარეებს შორის გასაფორმებელი ხელშეკრულების ძირითადი პირობების დამტკიცების შესახებ“; საქართველოს იუსტიციის მინისტრის, საქართველოს შინაგან საქმეთა მინისტრისა და საქართველოს სასჯელაღსრულებისა და პრობაციის მინისტრების 2016 წლის 15 მარტის ერთობლივი №132/ზ95/ზ23 ბრძანება და სსიპ – დანაშაულის პრევენციის ცენტრის დირექტორის ბრძანება „არასრულწლოვანთა განრიდებისა და მედიაციის პროგრამაში ჩართული მედიატორების საქმიანობის წესისა და სამუშაო დოკუმენტაციის დამტკიცების შესახებ“.

2016 წლის პირველ იანვარს ამოქმედებული არასრულწლოვანთა მართლმსაჯულების კოდექსით ბევრი ცვლილება შევიდა განრიდების/განრიდებისა და მედიაციის პროგრამის რეგულაციების საკითხებში. მათ შორის, მნიშვნელოვანი ცვლილებები იყო პროგრამის გავრცობა 18-იდან 21 წლამდე პირებზე, განრიდების უფლებამოსილების მინიჭება სასამართლოსათვის, ახალი ღონისძიებების შემოტანა და სხვ.

მოქმედი რეგულაციების მიხედვით, 21 წელს მიუღწეველი პირის განრიდების უფლებამოსილებას პროკურორს წინასასამართლო სხდომამდე საქართველოს არასრულწლოვანთა

<sup>14</sup> არასრულწლოვანთა მართლმსაჯულების კოდექსის განმარტებითი ბარათი, 59-60. იხ. <<http://www.parliament.ge/ge/law/8688/18832>>[30.06.2016].

<sup>15</sup> Convention on the Rights of the Child (მიღებული 1989 წლის 20 ნოემბერს, ძალაში შევიდა 1990 წლის 2 სექტემბერს).

<sup>16</sup> General Comment №10, Children's rights in juvenile justice, UN, [2007].

მართლმსაჯულების კოდექსის 39-ე მუხლის 1-ლი ნაწილი ანიჭებს, ხოლო ამავე მუხლის მე-2 ნაწილის თანახმად, განრიდების უფლებამოსილება ასევე აქვს მოსამართლესაც, რომელსაც სწორედ არასრულწლოვანთა კოდექსმა მიანიჭა უფლება – საქმე დაუბრუნოს პროკურორს პირის განრიდების მიზნით. ხოლო პროკურორი უკვე ვალდებულია, განარიდოს 21 წელს მიუღწეველი პირი. მოსამართლეს არასრულწლოვანთა მართლმსაჯულების კოდექსის მიხედვით, განრიდების გადაწყვეტილების მიღების უფლება აქვს როგორც საკუთარი ინიციატივით, ასევე მხარის დასაბუთებული შუამდგომლობის საფუძველზეც. ძალზე მნიშვნელოვანია, რომ პრაქტიკაში მოსამართლეები გადაწყვეტილებას იღებენ არა მხოლოდ მხარის შუამდგომლობის საფუძველზე, ასევე პრობაციის ეროვნული სააგენტოსაგან ითხოვენ განსარიდებელი პირის ინდივიდუალური შეფასების ანგარიშს, რაც ძალზე მნიშვნელოვან როლს ასრულებს განრიდების გადაწყვეტილების მიღებისას.

მოსამართლისათვის განრიდების უფლებამოსილების მინიჭება ძალზე დადებით მოვლენად უნდა ჩაითვალოს, თუმცა ამ დრომდე არსებული სტატისტიკა ცხადყოფს, რომ სასამართლოდან დაბრუნებული განრიდების მაჩვენებელი საერთო მაჩვენებელთან შედარებით საკმაოდ დაბალია. საქართველოს პროკურატურის ინფორმაციით, 2016 წლის 5 თვის განმავლობაში სასამართლოდან დაბრუნდა 15 ოცდაერთ წელს მიუღწეველი პირის საქმე, საერთო ჯამში კი განრიდდა 200-ამდე პირი. თუმცა აღნიშნული ფაქტორი გარკვეული ფილტრია პროკურორისთვისაც, რომ მან დროულად მიიღოს სწორი გადაწყვეტილება განრიდების თაობაზე.

ასევე ძალზე მნიშვნელოვან ფაქტორად უნდა ჩაითვალოს არასრულწლოვანთა მართლმსაჯულების კოდექსის მე-8 მუხლის მე-2 ნაწილის ჩანაწერი, რომლის მიხედვითაც, არასრულწლოვანთა საქმეებზე, პირველ რიგში, უნდა მოხდეს განრიდების შესაძლებლობის განხილვა და უნდა შეფასდეს სისხლისსამართლებრივი პასუხისმგებლობის დაკისრებასა და სასჯელის გამოყენებაზე უკეთ უზრუნველყოფს თუ არა განრიდება არასრულწლოვნის რესოციალიზაცია-რეაბილიტაციას და დანაშაულის თავიდან აცილებას. ყოველივე ზემოაღნიშნული ქმნის მაღალ სტანდარტს როგორც პროკურორისათვის, ასევე მოსამართლისათვის – შესაბამისი წინაპირობების არსებობის შემთხვევაში დაასაბუთოს, რატომ არ იყენებს განრიდებას და რატომ თვლის სისხლისსამართლებრივ პასუხისმგებლობას უფრო მნიშვნელოვნად ყოველ კონკრეტულ საქმეში.

განვიხილოთ განრიდების პროცედურები ზემოაღნიშნული დოკუმენტებისა და პრაქტიკის საფუძველზე. პირველ ეტაპზე, მას შემდეგ, რაც პროკურორი მიიღებს განრიდების წინასწარ გადაწყვეტილებას, იგი ხვდება არასრულწლოვანს და მის კანონიერ წარმომადგენელს (ადვოკატის ყოლის შემთხვევაში ადვოკატსაც); უხსნის მათ განრიდების პროგრამის არსს, სამაგალითო პირობებს და აწვდის ყველა საჭირო ინფორმაციას. თანხმობის მიღების შემთხვევაში იგი ხვდება დაზარალებულსაც, მასაც აწვდის განრიდების გადაწყვეტილების მიღების შესახებ ინფორმაციას და აფორმებს დაზარალებულთან კონსულტაციის ოქმს; ამის შემდეგ კი უხსნის, რომ მას დაუკავშირდება მედიატორი და აწვდის მოკლე ინფორმაციას მისი საქმიანობის შესახებ. მომდევნო ეტაპზე პროკურორს გამოაქვს დადგენილება განრიდების პროცესის დაწყების შესახებ, რის შემდეგაც იგი მიმართავს აგზავნის 3 სამუშაო დღის განმავლობაში პრობაციის ეროვნული სააგენტოს შესაბამის ტერიტორიულ ერთეულში სოციალური მუშაკის გამოყოფის მოთხოვნით. პარალელურად იგი აგზავნის მიმართავს იუსტიციის სამინისტროს სსიპ – დანაშაულის პრევენციის ცენტრში მედიატორის გამოყოფის მოთხოვნით. პრობაციის ბიუროს უფროსი და განრიდებისა და მედიაციის პროგრამის მენეჯერი ვალდებული არიან, 2 სამუშაო დღის განმავლობაში საქმე დაანერონ სოციალურ მუშაკს და მედიატორს. თითოეული მათგანი მხოლოდ ამის შემდეგ იწყებს მუშაობას.

სოციალურ მუშაკს აქვს 10 სამუშაო დღის ვადა იმისათვის, რომ მან შეაფასოს არასრულწლოვანი და მისი სოციალური გარემო; შეაფასოს განსარიდებლის ბიოლოგიური, ფსიქოლოგიური და სოციალური ფაქტორები და მოამზადოს ინდივიდუალური შეფასების ანგარიში, რომელშიც დაფიქსირებული იქნება ყველა ზემოაღნიშნული ფაქტორი და ასევე შესთავაზოს პროკურორს და, მედიაციის შემთხვევაში, მედიატორსაც სარეკომენდაციო პირობები განრი-

დებისათვის, ამასთან ერთად, უნდა შეფასდეს განმეორებითი დანაშაულის რისკიც. სოციალური მუშაკის პარალელურად, 10 სამუშაო დღის განმავლობაში დაზარალებულთან მუშაობს მედიატორიც. ამ ვადაში იგი ვალდებულია, შეხვედეს დაზარალებულს, გააცნოს მას განრიდების პროგრამა, მიანოდოს ინფორმაცია მედიაციის შესახებ და მიიღოს მისგან მედიაციაში ჩართვაზე გაცნობიერებული თანხმობა ან უარი. აქვე უნდა დავძინოთ, რომ მედიატორს აქვს უფლებამოსილება, თავად განაცხადოს უარი დაზარალებულის მედიაციის პროცესში ჩართვაზე. ეს გარემოება შესაძლებელია, სხვადასხვა მიზეზით იყოს განპირობებული, მაგალითად: დაზარალებულის აგრესიულობით, მისი ცხოვრებისეული დამოკიდებულებით ან სხვა ფაქტორებით. ზემოხსენებულ 10 დღის ვადაში მედიატორი ვალდებულია, დაზარალებულის უარის ან მის (მედიატორის) მიერ დაზარალებულის პროცესში ჩართვაზე უარის შემთხვევაში, შესაბამისი ოქმი გადაუგზავნოს პროკურორს, განრიდებისა და მედიაციის პროგრამის მენეჯერს, და, აგრეთვე, შეატყობინოს სოციალურ მუშაკს. სწორედ ამ ეტაპზე წყდება, განრიდება გაგრძელება მედიაციით თუ მედიაციის გარეშე.

პრაქტიკაზე დაყრდნობით და პრაქტიკოსი მედიატორების ინფორმაციით, მათ ყველაზე დიდი შრომის განევა დაზარალებულის მედიაციაში მონაწილეობაზე დასათანხმებლად უწევთ. ამ დროს ისინი დაზარალებულთან მუშაობენ მოტივაციის ამაღლების მიზნით, რადგან დაზარალებულების მოტივაცია, უმეტეს შემთხვევაში, ძალიან დაბალია. უმეტესობა მათგანი ვერ აცნობიერებს მედიაციის დადებით როლს როგორც მისთვის, ასევე არასრულწლოვნისათვის. ხშირად მოქალაქეებს არც სმენიათ მედიაციის შესახებ და, ბუნებრივია, არც პროგრამას იცნობენ. მედიატორებს დიდი ძალისხმევის განევა უწევთ პროგრამის არსის, მიზნების, პრინციპების ახსნისათვის და დაზარალებულების მოტივაციის ამაღლებისათვის. თუმცა სსიპ – დანაშაულის პრევენციის ცენტრის გამოქვეყნებული სტატისტიკის თანახმად, დაზარალებულების დიდი ნაწილი თანხმდება მედიაციას.<sup>17</sup> უმეტეს შემთხვევაში, მათი უარი მოუცლელითა და ზიანის სიმცირითაა განპირობებული. პრაქტიკაში არის შემთხვევები, როდესაც თავად მედიატორი აფორმებს უარის ოქმს. ამის მიზეზი შეიძლება სხვადასხვა იყოს, მაგალითად: დანაშაულის შემდეგ გასული დიდი დრო, არასრულწლოვნის ფსიქოლოგიური მდგომარეობა ან, თუნდაც, დაზარალებულის უარი მედიატორთან პირველ შეხვედრაზეც კი.

იმ შემთხვევაში, თუ განრიდება გრძელდება მედიაციის გარეშე, სოციალური მუშაკის მიერ მომზადებული ინდივიდუალური შეფასების ანგარიშის მიღებიდან 10 სამუშაო დღის ვადა ეძლევა პროკურორს, იმისათვის, რომ უზრუნველყოს განრიდების ხელშეკრულების გაფორმება. ამ ვადაში შედის ასევე ხუთი სამუშაო დღე, რომლის განმავლობაშიც სოციალური მუშაკი და პროკურორი ვალდებული არიან, შეთანხმდნენ ხელშეკრულების პირობებზე. მედიაციის გარეშე განრიდების წარმართვის შემთხვევაში, პრაქტიკაში ხელშეკრულება ფორმდება პროკურატურის შენობაში, სადაც მას ხელს აწერენ: არასრულწლოვანი, მისი კანონიერი წარმომადგენელი, პროკურორი და სოციალური მუშაკი. იმ შემთხვევაში, თუ არასრულწლოვანს ჰყავს ადვოკატი, ხელშეკრულებას ხელს აწერს ისიც; ასევე შესაძლებელია, საჭირო იყოს თარჯიმნის ან სხვა პირის დასწრება, რომლებიც ხელმოწერით ადასტურებენ ხელშეკრულებას.

იმ შემთხვევაში, თუ განრიდება წარმართება მედიაციით, სოციალური მუშაკის მიერ მომზადებული ინდივიდუალური შეფასების ანგარიშის მიღებიდან 10 სამუშაო დღის ვადა აქვს მედიატორს იმისათვის, რომ უზრუნველყოს მხარეებთან მედიაციის მოსამზადებელი შეხვედრებისა და მედიაციის კონფერენციის წარმართვა. ამ 10 სამუშაო დღის განმავლობაში მედიატორი ვალდებულია, ხელშეკრულების პირობები შეათანხმოს პროკურორთან და სოციალურ მუშაკთან, შემდეგ კი, სულ მცირე, ერთხელ, შეხვედეს არასრულწლოვანს და დაზარალებულს, მოამზადოს ისინი მედიაციის კონფერენციისათვის და შემდეგ ჩაატაროს მედიაციის კონფერენცია. ზემოაღნიშნული შეხვედრა იმართება აუცილებლად ნეიტრალურ ტერიტორიაზე. დანაშაულის პრევენციის ცენტრის დირექტორის ბრძანების თანახმად, თბილისში მედიაციის მო-

<sup>17</sup> სსიპ „დანაშაულის პრევენციის ცენტრის“ ანგარიში განრიდების/განრიდებისა და მედიაციის პროგრამის შესახებ, 2015, 5. იხ. <[http://ganrideba.ge/res/files/52/Diversion%20Report\\_2015.pdf](http://ganrideba.ge/res/files/52/Diversion%20Report_2015.pdf)>, [30. 06.2016].

სამზადებელი და საერთო შეხვედრები ტარდება „მედიაციის სახლში“, რომელიც 2014 წელს გაიხსნა და არის სპეციალურად მონყობილი სივრცე მედიაციისათვის; უზრუნველყოფილია კომფორტული ოთახები მოსამზადებელი შეხვედრებისა და მედიაციის კონფერენციისთვის. რაც შეეხება კონფერენციის მიმდინარეობას, მას წარმართავს მედიატორი. შეხვედრას ესწრებიან არასრულწლოვანი, მისი კანონიერი წარმომადგენელი, ადვოკატი (ასეთის არსებობის შემთხვევაში) და დაზარალებული. მედიაციის კონფერენციას, ასევე სურვილის შემთხვევაში, შესაძლოა, დაესწროს პროკურორი და სოციალური მუშაკიც. რაც ასევე მნიშვნელოვან ცვლილებად შეიძლება ჩაითვალოს არასრულწლოვანთა მართლმსაჯულების კოდექსის ამოქმედების შემდეგ. პრაქტიკოსი მედიატორების ინფორმაციით, მედიაციის პროცესს საკმაოდ ართულებდა პროკურორისა და სოციალური მუშაკის დასწრება, რაც, უმეტეს შემთხვევაში, მათი დროის უქონლობითა და მოუცლევლობით გამოიხატებოდა და რთულდებოდა კონფერენციის ყველასათვის მისაღები დროის ჩანიშვნა. ეს პრაქტიკაში სირთულეებს ქმნიდა. უნდა აღინიშნოს ისიც, რომ დანაშაულის პრევენციის ცენტრის დირექტორის ბრძანებით, განსაზღვრულია, რომ შეხვედრას ასევე შეიძლება დაესწრონ მხარეთა მხარდამჭერები. მხარდამჭერი შეიძლება იყოს ნებისმიერი პირი, ვის დასწრებასაც მხარე მოისურვებს. მედიატორი ასეთ შემთხვევაში ვალდებულია, წინასწარ შეათანხმოს მეორე მხარესთან და მხოლოდ მათი თანხმობის მიღების შემდეგ ჩართოს ეს პირი მედიაციის პროცესში.

მედიაციის კონფერენციის დროს ყველა დამსწრე პირს რიგრიგობით ეძლევა სიტყვის წარმოთქმის საშუალება. რიგითობას წინასწარ განსაზღვრავს მედიატორი. პრაქტიკოსი მედიატორების თქმით, ძალზე მნიშვნელოვანია, აგრეთვე, მონაწილეების განლაგება კონფერენციის მსვლელობისას: არასრულწლოვანი და დაზარალებული უნდა ისხდნენ პირისპირ მედიატორის მარჯვნივ და მარცხნივ; არასრულწლოვანის გვერდით უნდა იჯდეს მისი კანონიერი წარმომადგენელი და სოციალური მუშაკი; დაზარალებულის გვერდით კი – პროკურორი. კონფერენციის დროს მონაწილეები გულწრფელად საუბრობენ მომხდარი ფაქტის შესახებ, გამოხატავენ ემოციებს და მოსაზრებებს. მედიაციის საერთო შეხვედრაზე დაუშვებელია არასრულწლოვანის პიროვნების გაკიცხვა. ამ დროს საუბარი ეხება მხოლოდ ქმედებას და არა თავად არასრულწლოვანის პიროვნებას. ასევე დაუშვებელია აგრესიული და დირექტიული ტონით საუბარი. სიტუაციის დაძაბვის შემთხვევაში, მედიატორი უფლებამოსილია, გამოაცხადოს შესვენება და მხარეები გაიყვანოს ცალ-ცალკე ოთახებში, შემდეგ ისევ დააბრუნოს და გააგრძელოს მედიაციის კონფერენცია. საერთო შეხვედრის დასასრულია ხელშეკრულების ხელმოწერა, რომელსაც ხელს აწერს ყველა დამსწრე პირი.

აღდგენით მართლმსაჯულებაში, განსაკუთრებით კი სისხლის სამართლის მედიაციაში, საკამათო, თუმცა მნიშვნელოვან, თეორიად მიიჩნევა ე.წ. „რეინტეგრაციული შერცხვენის“ თეორია, რომელიც აღწერილია ჯონ ბრაიტვაიტის ნაშრომში: „დანაშაული, სირცხვილი და რეინტეგრაცია“<sup>18</sup>. ავტორი ნაშრომში მსჯელობს, რომ როგორც განმეორებითი დანაშაულის თავიდან აცილების ერთი-ერთი გზა, ერთმანეთისაგან უნდა გაიმიჯნოს შერცხვენა, რომელიც ამცირებს პირს, შეურაცხყოფას აყენებს მას, სტიგმატიზაციას ახდენს და რეინტეგრაციული შერცხვენა, როდესაც მნიშვნელოვანი ადამიანები, სწორი გზით გამობენ დანაშაულს, მაგრამ არა დამნაშავის პიროვნებას, რაც, თავის მხრივ, აძლევს ამ ადამიანს სირცხვილისგან გათავისუფლების საშუალებას და თავიდან გვარიდებს განმეორებით დანაშაულს. რეინტეგრაციული შერცხვენის თეორიის მიხედვით, დანაშაულის შედეგების განხილვა დაზარალებულის (დამნაშავის ოჯახის) თანდასწრებით, აყალიბებს კონფერენციაზე სირცხვილის განცდის პროცესს; ამ პროცესში იმ ადამიანებისაგან დახმარება, ვისაც განსაკუთრებული პატივისცემა, სიყვარული და მჭიდრო ურთიერთობა აქვთ დანაშაულის ჩამდენ პირთან, რეინტეგრაციის მიზნების მიღწევას უწყობს ხელს და ამ პროცესს რიტუალად აქცევს. ეს არ არის პოლიციის, მოსამართლის ან საგაზეთო სტატიის მეშვეობით განცდილი სირცხვილის გრძნობა, რომელსაც დანა-

<sup>18</sup> Braithwaite J., *Crime, Shame and Reintegration*, Cambridge, UK, 1989.

შაულის ჩამდენი პირი დიდი ალბათობით ყურადღებას არ მიაქცევს; ეს არის სირცხვილის განცდა იმათი თვალთახედვიდან, ვისაც დიდ პატივს ვცემთ და ვენდობით.<sup>19</sup>

რაც შეეხება, განრიდებისა და მედიაციის ხელშეკრულებას, ეს არის სამოქალაქო ტიპის ხელშეკრულება, რომლის ხანგრძლივობის ვადა შეიძლება იყოს 12 თვე. მასში ასახულია მხარეთა ვალდებულებები, განსაკუთრებით გამოსაყოფია ის ნაწილი, რომელიც ეხება არასრულწლოვანს და პირობითად შეგვიძლია დავყოთ 2 ნაწილად – სერვისები და ვალდებულებები. პირველი ნაწილი მოიცავს სხვადასხვა სერვისს არასრულწლოვნის რეაბილიტაციისა და რესოციალიზაციისათვის; რაც შეეხება ვალდებულებების ნაწილს, ისიც ასევე პირობითად შეიძლება 2 ნაწილად დავყოთ – ვალდებულებები დაზარალებულის წინაშე და ვალდებულებები საზოგადოების წინაშე. პრაქტიკაში მომუშავე პროფესიონალებზე დაყრდნობით, შეიძლება ითქვას, რომ მედიატორებიც და სხვა პროფესიონალებიც, უმეტეს შემთხვევაში, ცდილობენ, არასრულწლოვანმა ზიანი საკუთარი ქმედებით, და არა თანხით, აანაზღაუროს. აქ იგულისხმება დაზარალებულის წინაშე ვალდებულებების დაკისრება. მათი თქმით, მსგავსი პირობის შემუშავება შედარებით მარტივია, როდესაც საქმე გვაქვს იურიდიულ პირთან. პრაქტიკის ანალიზის შედეგად, შეიძლება ითქვას, რომ ხშირია შემთხვევა სუპერმარკეტებში, მაღაზიებსა და სხვა დაწესებულებებში არასრულწლოვნის ხელფასის გარეშე დასაქმებისა, რითიც იგი მის მიერ მიყენებულ ზარალს ანაზღაურებს. რაც შეეხება საზოგადოების წინაშე ვალდებულებების ნაწილს, იგი ემსახურება არასრულწლოვნის მიერ დანაშაულის გაცნობიერებას, საზოგადოებისათვის მიყენებული ზიანის გამოსწორებას და სხვ. ასეთ შემთხვევებში, პრაქტიკული გამოცდილებიდან გამომდინარე, ხშირია ისეთი პირობებით სარგებლობა, როგორებიცაა მოხუცებულთა თავშესაფრებში ან უფასო სასადილოებში პერსონალისათვის დახმარების განწვევა, გამწვანებისა და დასუფთავების აქციებში მონაწილეობა და სხვ.<sup>20</sup>

საილუსტრაციოდ შეგვიძლია მოვიყვანოთ ხელშეკრულებით გათვალისწინებული რამდენიმე პირობის მაგალითი, რომელიც მედიაციის პროცესში შეირჩა:

- დაეხმაროს დაზარალებულს სასოფლო-სამეურნეო საქმიანობაში;
- დაეხმაროს დაზარალებულს საკუთარ მაღაზიაში სურსათის აღრიცხვა-დალაგებაში;
- აანაზღაუროს დაზარალებულის მაღაზიისთვის მიყენებული ზიანი;
- დაეხმაროს წყალმომარაგების სამსახურის თანამშრომლებს სამსახურის კუთვნილი მიწების მონიტორინგისა და შეკეთების საქმეში;
- დაეხმაროს საცურაო აუზის ხელმძღვანელობას ეზოს მოწესრიგებაში.<sup>21</sup>

აღნიშნული და სხვა პირობების საფუძველზე შესაძლებელია ითქვას, რომ დაზარალებულის ჩართულობას მედიაციის პროცესში, განსაკუთრებით კი პირობების შერჩევისას, დიდი მნიშვნელობა აქვს. მსგავსი პირობების უმთავრესი დანიშნულება არასრულწლოვნის მიერ ჩადენილი ქმედებისა და მიყენებული ზიანის გაანალიზებაა. სწორედ ამიტომაც ძალზე მნიშვნელოვანია დაზარალებულთა ჩართულობა და მათ მიერ საკუთარი პირობების წამოყენება. გარდა იმისა, რომ ამით არასრულწლოვანს ვეხმარებით დანაშაულებრივი ქმედების და მისი შედეგის გააზრებაში, ასევე ვზრუნავთ დაზარალებული პირისათვის როგორც მატერიალური ზიანის ანაზღაურებაზე, ისე მორალური ზიანის შემცირებაზე.

განრიდების/განრიდებისა და მედიაციის ხელშეკრულების გაფორმების შემდეგ ხელშეკრულებით განსაზღვრული პირობების არასრულწლოვნის მიერ შესრულების მონიტორინგს ახორციელებს სოციალური მუშაკი, რომელიც ხვდება მას გარკვეული პერიოდულობით, ესაუბრება მომხდარი ფაქტის შესახებ და მუშაობს მასთან დანაშაულის გაცნობიერებაზე. იგი ასევე ამონმებს ხელშეკრულების პირობების შესრულების მიმდინარეობას. ზემოაღნიშნულის თაობაზე წერს ყოველთვიურ ანგარიშს, რომელიც ეგზავნება პროკურორს. თავად პროკურო-

<sup>19</sup> Annual Report for 2003 and Resource Material Series No. 63, Unafei, Fuchu, Tokyo, 2004.

<sup>20</sup> სსიპ „დანაშაულის პრევენციის ცენტრის“ ანგარიში განრიდების/განრიდებისა და მედიაციის პროგრამის შესახებ, 2015, 5. იხ. <[http://ganrideba.ge/res/files/52/Diversion%20Report\\_2015.pdf](http://ganrideba.ge/res/files/52/Diversion%20Report_2015.pdf)>[30. 06.2016].

<sup>21</sup> იქვე.

რი კი ვალდებულია, სულ მცირე, 3 თვეში ერთხელ შეხვედეს არასრულწლოვანს. არსებობს ალბათობა, რომ არასრულწლოვანმა არ გამოიყენოს მიცემული შანსი და დაარღვიოს ხელშეკრულების პირობა. ასეთ შემთხვევაში, თუ პირობა უხეშადაა დარღვეული, პროკურორი არასრულწლოვანთან და მის კანონიერ წარმომადგენელთან გასაუბრების შემდეგ ყველა გარემოების გათვალისწინებით უფლებამოსილია, შეწყვიტოს განრიდების/განრიდებისა და მედიაციის ხელშეკრულება და საქმე წარმართოს სასამართლოში ტრადიციული მართლმსაჯულების გზით. მსგავსი შემთხვევების რაოდენობა საკმაოდ მცირეა – 2015 წელს ეს მაჩვენებელი მხოლოდ 2%-ს შეადგენდა.<sup>22</sup>

## 5. სტატისტიკა<sup>23</sup>

2010 წლიდან 2014 წლამდე პერიოდი საკმაოდ დროა იმისათვის, რომ გამოვლენილიყო ხარვეზები და გაანალიზებულიყო სტატისტიკა. სწორედ ამაზეა დაფუძნებული 2014 წლის ბოლოს განხორციელებული ცვლილებები. მეტად მნიშვნელოვანია, რომ განრიდების მაჩვენებელი 2015 წლის განმავლობაში გაზრდილია. განსაკუთრებულ ყურადღებას იქცევს წარმატებით დასრულებული მედიაციის<sup>24</sup> მაჩვენებელი – იგი 2015 წელს გასულ წელთან შედარებით გასამმაგდა. ესეც 2014 წლის ბოლოს განხორციელებული ცვლილებების შედეგია.

საერთო ჯამში 2015 წლის განმავლობაში განრიდებულ იქნა 296 არასრულწლოვანი. აქედან 143 არასრულწლოვნის მიმართ გამოყენებულ იქნა მედიაცია და შედგა 114 მედიაციის საერთო შეხვედრა.

2010 წლიდან 2015 წლის 31 დეკემბრის ჩათვლით საერთო ჯამში განრიდებულ იქნა 1038 არასრულწლოვანი.

1. წარმატებით დასრულებული მედიაციის მაჩვენებელი არასრულწლოვანთა რაოდენობის მიხედვით (საქმეებში, სადაც კონკრეტული დაზარალებული არსებობდა)

	2013 წელი	2014 წელი	2015 წელი
წარმატებით დასრულდა	25%	18%	51%

2. წარმატებით დასრულებული მედიაციის კონფერენციები

	2013 წელი	2014 წელი	2015 წელი
წარმატებით დასრულდა	34 მედიაციის კონფერენცია	28 მედიაციის კონფერენცია	114 მედიაციის კონფერენცია

3. მედიაციის ჩაშლის მიზეზები 2015 წელს

მიზეზი	რაოდენობა	პროცენტული მაჩვენებელი
დაზარალებული არ არსებობდა	7	2%
მედიაციაზე უარი განაცხადა მედიატორმა	71	24%
მედიაციაზე უარი განაცხადა დაზარალებულმა	67	23%
სხვა	8	3%
მედიაცია წარმატებით დასრულდა	143	48%
სულ	296	

<sup>22</sup> საქართველოს მთავარი პროკურატურის ანგარიში „არასრულწლოვანთა განრიდება“, 2015, 19.

<sup>23</sup> სსიპ „დანაშაულის პრევენციის ცენტრის“ ანგარიში განრიდების/განრიდებისა და მედიაციის პროგრამის შესახებ, 2015, 5. იხ. <[http://ganrideba.ge/res/files/52/Diversion%20Report\\_2015.pdf](http://ganrideba.ge/res/files/52/Diversion%20Report_2015.pdf)> [30.06.2016].

<sup>24</sup> მედიაციის პროცესი, რომელზეც შედგა მედიაციის კონფერენცია და რომელიც დასრულდა განრიდებისა და მედიაციის ხელშეკრულების გაფორმებით (ავტორის განმარტება, ლ.ჯ.).

4. 2013-2015 წლების მონაცემები

	2013 წელი	2014 წელი	2015 წელი
განრიდებისა და მედიაციის პროგრამაში ჩართული არასრულწლოვნები	332 საქმე	204 საქმე	296 საქმე
აქედან კონკრეტული დაზარალებული არსებობდა	203 საქმე	197 საქმე	282 საქმე
სხვა			7 საქმე
მედიაცია შედგა	51 საქმე	36 საქმე	143 საქმე
პროცენტული მაჩვენებელი	25%	18%	51%

5. 2015 წლის სტატისტიკური მონაცემები რეგიონების მიხედვით

რეგიონი	რაოდენობა	პროცენტული მაჩვენებელი
იმერეთი	16	5%
რაჭა	0	0%
კახეთი	28	9%
სამცხე-ჯავახეთი	15	5%
სამეგრელო-ზემო სვანეთი	27	9%
შიდა ქართლი	19	6%
მცხეთა-მთიანეთი	8	3%
ქვემო ქართლი	22	7%
აჭარა	29	10%
გურია	17	6%
თბილისის პროკურატურები	104	35%
მთავარი პროკურატურა/საოლქო პროკურატურები	11	4%
სულ	296	

6. 2015 წლის სტატისტიკური მონაცემები თვეების მიხედვით

თვე	რაოდენობა	პროცენტული მაჩვენებელი
იანვარი	14	5%
თებერვალი	16	5%
მარტი	29	10%
აპრილი	27	9%
მაისი	28	9%
ივნისი	32	11%
ივლისი	27	9%
აგვისტო	25	8%
სექტემბერი	14	5%
ოქტომბერი	21	7%
ნოემბერი	15	5%
დეკემბერი	48	16%
სულ	296	

7. 2015 წლის სტატისტიკური მონაცემები სქესის მიხედვით

სქესი	საქმეების რაოდენობა	პროცენტული მაჩვენებელი
მდედრობით	26	9%
მამრობითი	270	91%
სულ	296	

8. განრიდებულთა მონაცემები დანაშაულის ჩადენის დროს ასაკის მიხედვით

ასაკი	საქმეების რაოდენობა	პროცენტული მაჩვენებელი
14 წლის	52	18%
15 წლის	61	21%
16 წლის	75	25%
17 წლის	108	36%
სულ	296	

9. 2015 წლის სტატისტიკური მონაცემები დანაშაულთა კატეგორიის მიხედვით

კატეგორია	საქმეების რაოდენობა	პროცენტული მაჩვენებელი
მძიმე	95	32%
ნაკლებად მძიმე	201	68%
სულ	296	

10. 2015 წლის სტატისტიკური მონაცემები ხელშეკრულების ხანგრძლივობის მიხედვით

ხანგრძლივობა	საქმეების რაოდენობა	პროცენტული მაჩვენებელი
1 თვე	19	6%
1,5 თვე	1	0%
2 თვე	129	44%
2,5 თვე	4	1%
3 თვე	93	31%
4 თვე	35	12%
5 თვე	6	2%
6 თვე	9	3%
7 თვე	-	0%
8 თვე	-	0%
9 თვე	-	0%
10 თვე	-	0%
11 თვე	-	0%
12 თვე	-	0%
სულ	296	



1. 2010-2015 წლების სტატისტიკური მონაცემები რეგიონების მიხედვით

რეგიონი	რაოდენობა	პროცენტული მაჩვენებელი
იმერეთი	104	10%
რაჭა	1	0%
კახეთი	67	6%
სამცხე-ჯავახეთი	49	5%
სამეგრელო-ზემო სვანეთი	64	6%
შიდა ქართლი	68	7%
მცხეთა-მთიანეთი	33	3%
ქვემო ქართლი	102	10%
აჭარა	88	8%
გურია	35	3%
თბილისის პროკურატურები	412	40%
მთავარი პროკურატურა/საოლქო პროკურატურები	15	1%
სულ	1038	

11. 2010-2015 წლების სტატისტიკური მონაცემები სქესის მიხედვით

სქესი	საქმეების რაოდენობა	პროცენტული მაჩვენებელი
მდედრობით	96	9%
მამრობითი	942	91%
სულ	1038	

## 6. დასკვნა

დასკვნის სახით შეიძლება ითქვას, რომ 2010 წლიდან დღემდე არასრულწლოვანთა განრიდებისა და მედიაციის პროგრამა მუდმივ განახლებას განიცდის: ყოველ წელს ეტაპობრივად ემატებოდა ქალაქები და იზრდებოდა სამოქმედო არეალი; 2014 წელს გაიზარდა დანაშაულების კატეგორია, რომელზეც განრიდება ვრცელდება და პროგრამა გავრცელდა მძიმე კატეგორიის დანაშაულებზეც; შეიცვალა პროცედურები; დაწესდა პროფესიონალთა სამოქმედო ვადები; რეფორმის ამავე ტალღის დროს გაიზარდა მედიატორის როლი; აღმოიფხვრა პროგრამის განვლილი პერიოდის ანალიზის შედეგად გამოვლენილი პრობლემები; არასრულწლოვანთა მართლმსაჯულების კოდექსის მიხედვით, არასრულწლოვანთა განრიდების პროგრამა 2016 წლიდან გავრცელდება ასევე 18-21 წლამდე ახალგაზრდებზეც; მოსამართლეს მიენიჭა განრიდების მიზნით პროკურორისათვის საქმის დაბრუნების უფლება, რაც პროკურორისათვის შესასრულებლად სავალდებულოა; შეიქმნა განრიდების ახალი ღონისძიებები; განრიდებისა და მედიაციის პროგრამა გახდა უპირველესი განსახილველი ზომა მართლმსაჯულების სისტემაში მომუშავე პროფესიონალებისათვის და განხორციელდა სხვა მნიშვნელოვანი ცვლილებები.

## Overview of the Juvenile Diversion and Mediation Program

*More and more countries encounter necessity and relevance of restorative justice concept in the modern world. Georgia is no exception in this regards. The clear example of this tendency is Juvenile Diversion and Mediation Program included in Georgia in 2010, the results of which appear of utmost interest of various countries. The hereby work provides history of development of diversion and mediation program in Georgia. The article also considers the principles of the program, legal regulation issues. We will also find the detailed statistics of the program. The hereof issues obtain particular relevancy against the background of juvenile justice code, enacted on January 1, 2016.*

**Key words:** Juvenile Justice, diversion, mediation in criminal justice, victim offender mediation (VOM), Restorative Justice.

### 1. Introduction

The Juvenile Diversion and Mediation Program is based on international practice and the principles of restorative justice.<sup>25</sup> The starting point of the program is diversion of a juvenile from the process of formal justice and provision of an environment for him/her to prevent formation of a juvenile as a criminal. Diversion is a mechanism to exempt a juvenile from a formal justice system the primary objective of which is to avert the repeated crime and to involve the victim of an offense into the process of restoration of justice. The professionals developing the hereof program, aspire to the main goal – to provide formation of a juvenile into a full-fledged citizen for a society, abstaining from committing a crime henceforth. Hence, the greatest importance within the program is attached to rehabilitation and social reintegration of a juvenile.

### 2. History of Development of a Program

The history of a modern mediation in criminal justice in Georgia starts in 2010, with the enactment of the Juvenile Diversion and Mediation Program. Currently, the Juvenile Diversion and Mediation Program is based on an international practice and the basic principles of the restorative justice. It is fairly noteworthy that the victim offender mediation is not inculcated as an independent program in Georgia. It is applied in capacity of the diversion instrument and an integral part of a main program. However, the part 4 of the Article 67 of the Juvenile Justice Code, adopted in 2015 and enacted on January 1, 2016 already allows application of the restorative justice remedies and correspondingly mediation on the basis of the Order of the Judge under the judgment to the juvenile in combination with the sentence.

---

\* Master of Law, TSU Faculty of Law. The Diversion/Diversion and Mediation Program Manager, The LEPL “Center for Crime Prevention” Under the Ministry of Justice of Georgia.

<sup>25</sup> Restorative Justice Aims at restoration of Broken Relationships. This is the Process Directed to Outline and Satisfy the Needs of an Offender, a Victim and a Society. Upon Implementation of the Programs of Restorative Justice, the Particular Attention is Attached to the Damage – as Moral so Material, Involvement of the Parties into the Process and Acknowledgement of Actions Committed by an Offender, Assuming Obligations (clarification by an author – L.J.).

In compliance with the international standards and approaches, the starting point of the Diversion and Mediation Program is diversion of a juvenile from the formal justice system and provision of environment to facilitate the prevention of a juvenile from committing a repeated crime.

Diversion is the mechanism for exemption of a juvenile from criminal responsibility the primary objective of which is to prevent repeated crime, to facilitate the juvenile to reintegrate into the society as a full-fledged citizen and to involve the victim of an offense into the process of restoration of justice. That is why rehabilitation and social reintegration of a juvenile is of utmost importance in the program and thus, the component of mediation serves for the hereof goal within the program. Naturally, one of the most important objectives of mediation is to satisfy the needs and requirements of a victim as well.

The Juvenile Diversion and Mediation Program was enacted in 2010 on the basis of the Changes introduced to the Criminal Code of Practice of Georgia.<sup>26</sup> On the hereof basis, on November 19, 2010 the Diversion and Mediation Agreement was signed for the first time. It was a time when the program was valid only in four cities of Georgia.<sup>27</sup> “The Diversion and Mediation Program aims to exempt the juvenile, committing a less grave crime for the first time, who apologized to the victim and is committed to compensate the inflicted damage, from the criminal responsibility. On the one hand, the new program diverts a juvenile from the criminal system and conviction and on the other hand, facilitates to restoration of justice, to prevention of relapse and to form a juvenile into a law-abiding person”.<sup>28</sup> Since 2010, the program has been extended and in August, 2013 the pilot mode has been accomplished. In November, 2014, 4 years after enactment of the program, the diversion and mediation program reform has started. The pilot period situation has been analyzed, allowing identification of the gaps and shortcomings and correction of numerous aspects. Most importantly, the program has forwarded to a new stage.<sup>29</sup>

Within the framework of the reforms undertaken in 2014, numerous important changes have been implemented. First of all, it is noteworthy that the indication into the paragraph “a” of the Article 1 of the Decree of the Minister of Justice of Georgia of 2010 N216 envisages application of the program to the less grave crime and the crime, attributed to the category of a grave crime due to its “group” character (as due to the aggravating circumstances). According to the changes introduced to the Decree in 2014, the program has further applied to the grave crimes as well. Prior to the hereof changes, the Decree of the Minister was to some extent in contradiction with the Article 105 of the Criminal Code of Practice of Georgia, allowing diversion both for less grave or grave crimes, while the Decree of the Minister provided restriction of the hereof possibility.

The repeal of the concept of the first committed crime, provided in the Decree of the Minister of Justice of Georgia of 2010 N216 is to be considered as an important change, Existence of the hereof reservation implied the possibility of wider elucidations and contradicted with other Articles of the hereof Decree, namely with admission of diversion upon aggregate of crimes. In most cases upon aggregate of crimes, time of commitment of crime differs. Correspondingly, diversion from the second crime becomes impossible as the second crime cannot be considered as the crime committed first. After introduction of changes, the program further applies to the persons without previous crime records before decision on diversion.

Annulment of the mandatory pre-condition of decision-making on diversion on commitment of a juvenile to apologize to the victim and compensate the damage can be considered as the most important change in terms of mediation.

---

<sup>26</sup> The Law of Georgia on Amendments and Changes to the Criminal Code of Practice, № 3616, the Legislative Herald of Georgia, 24, 09, 2010.

<sup>27</sup> The Report by the LEPL Center for Crime Prevention on the Diversion and Mediation Program, 2015, 1, <[http://ganrideba.ge/res/files/52/Diversion%20Report\\_2015.pdf](http://ganrideba.ge/res/files/52/Diversion%20Report_2015.pdf)>, [30.06.2016].

<sup>28</sup> *Shalikhshvili M.*, the Legal, Criminological and Psychological Aspects of the Juvenile Diversion and Mediation Program, Tbilisi, 2013, 4.

<sup>29</sup> The Report by the LEPL Center for Crime Prevention on the Diversion and Mediation Program, 2015, 1, <[http://ganrideba.ge/res/files/52/Diversion%20Report\\_2015.pdf](http://ganrideba.ge/res/files/52/Diversion%20Report_2015.pdf)>, [30.06.2016].

Another significant change was to improve the procedures and establish the action terms for the professionals. Prior to the changes of 2014, the professionals engaged in the program had no detailed action terms outlined. Hence, based on the practice we may state that there were cases when the mediation and/or diversion agreement has been signed sundry months or even one year after commitment of crime. Naturally, it entailed loss of meaning of mediation and diversion. The hereof circumstance hindered a juvenile in acknowledgment of the crime committed thereby; it was the basis for the victim to have the sense of injustice. Besides, absence of terms even entailed formal vain mediation.

One of the most important changes of 2014 was increase of the role of the mediator in the program. On the basis of the change introduced to the Decree of the Minister of Justice of Georgia of 2010 N216, the mediator enjoys the right to be engaged into the diversion and mediation process on the early stage starting in November, 2014. According to the previous edition, the prosecutor was to receive approval or rejection of participation of the victim in the process. The change envisages involvement of the mediator in all the cases with participation of the victim. He/she elucidates the essence and objective of the program and then receives informed approval or rejection of the victim on participation in mediation process. "Practice revealed that the prosecutors often fail to provide communication with the victim on the extent necessary due to lack of time or other grounds. They fail to elucidate the essence and the objectives of the program for the victims, thus gaining their approval on participation in the mediation process".<sup>30</sup>

Therefore, change undoubtedly is one of the positive steps, evidenced with the indices published by the LEPL "Center for Crime Prevention". According to data for 2015, application of the mediation component is increased in the program. The index of the successfully accomplished mediation<sup>31</sup> for 2015 constituted 51%, which is higher than the index of the preceding years almost three times. The index of successful mediation for 2014 constituted 18% and for 2013 – 25%. Success of mediation is as well evidenced with the number of mediation conferences: 114 mediation conferences have been held in 2015 while the number of the conferences constituted 28 for the similar period in 2014, and 34 conferences in 2013.<sup>32</sup>

### 3.Principles of the Program

The Decree of the Minister of Justice of Georgia of February 1, 2016 N120 on "Rules of Application of the Juvenile Diversion/Diversion and Mediation Program and Approval of the Basic Conditions of the Agreement to be signed between the Parties" establishes the following principles of juvenile diversion/diversion and mediation program: maximal facilitation to application of alternative mechanisms; voluntarism; proportionality; confidentiality; inadmissibility of stigmatism; consideration of the best interests of juveniles. Below, we will consider each of the principles severally.

**Maximal Facilitation to Application of Alternative Mechanisms.** Introduction and establishment of the hereof principle into Georgian reality is very important and useful. M. Shalikashvili, in his work, notes that the hereof principle is new for Georgian reality and the material<sup>33</sup> processed thereby had no indication thereto. It is noteworthy that unlike Georgian reality, the said principle is provided in and established under the important international acts, such are: Convention on the Rights of the Child<sup>34</sup> and

---

<sup>30</sup> The Report by the LEPL Center for Crime Prevention on Juvenile Diversion and Mediation Program, 2014, 2-3, <<http://diversion.ge/res/files/52/Diversion%20Report%202014.pdf>>, [30.06.2016].

<sup>31</sup> Mediation process served as the topic for the conference, accomplished with conclusion of the Agreement on Diversion and Mediation ,clarification by the author – L.J.

<sup>32</sup> The Report by the LEPL Center for Crime Prevention on Diversion/Diversion and Mediation Program, 2015, 5, <[http://ganrideba.ge/res/files/52/Diversion%20Report\\_2015.pdf](http://ganrideba.ge/res/files/52/Diversion%20Report_2015.pdf)>, [30.06.2016].

<sup>33</sup> *Shalikashvili M.*, The Legal, Criminological and Psychological Aspects of Juvenile Diversion and Mediation Program, Tbilisi, 2013, 32-22.

<sup>34</sup> Convention on the Rights of the Child , adopted on November 20, 1989, enacted on September 2, 1990.

UN Standard Minimum Rules for Administration of Juvenile Justice (hereafter referred to as the “Beijing Rules”).<sup>35</sup>

The sub-paragraph “b” of the paragraph 3 of the UN Convention on Rights of the Child abides the States to undertake the remedies or the children in conflict with the law without court proceedings and with full observance of human rights and legal guarantees. Besides, the 6<sup>th</sup> and the 11<sup>th</sup> norms of the “Beijing Rules” uniquely establish preference of application of alternative remedies upon criminal proceedings. The norms, consistent with the hereof international norms, shall be introduced into the Criminal Code of Georgia, which undoubtedly can be considered as an event of utmost importance. The above-mentioned process is even further enhanced with the Juvenile Justice Code<sup>36</sup> which is a significant step forward for Georgian Criminal Law and Juvenile Justice.

In line with the Decree of the Minister of Justice of Georgia N120, participation in the Diversion/ Diversion and Mediation process is a **voluntary** decision when the juvenile admits the crime committed. Any kind of pressure on the parties in view of their participation in the process is inadmissible. The parties are entitled, at any stage, to refuse participation in diversion/mediation process. The hereof principle is one of the constituent principles of diversion and mediation program. Without voluntarism, the goals envisaged under the program could not be achieved. It is particularly important that all the participants of the process are empowered, at any stage – pre-conference or mediation conference, to refuse participation in the program. The hereof principle further enhances the guarantees envisaged under the program. Otherwise, without participation thereof in the process, juveniles would fail to acknowledge the crimes committed thereby.

It is as well noteworthy that the juvenile subject to be diverted shall not refuse the mediation component solely when he/she agrees on diversion. Her/his consent on diversion implies automatic consent on participation in mediation. This is the very reason entailing increased role and involvement of the mediator in diversion and mediation program. Currently, based on practice, we can state that the mediators spend much time and efforts to ensure acknowledgement by the victim of his/her role and function. Involvement of the victim is very important for a juvenile to acknowledge his/her own crime as well besides the benefit of compensation of the moral and material damage for the victim.

According to the **principle of proportionality**, the obligations imposed on a juvenile shall be pro rata to the offenses committed thereby. In line with the Decree of the Minister of Justice of Georgia N120, it is important to take the age of juvenile, his/her personal characteristics, the nature and gravity of the crime, inflicted damage and impact of the crime on the society into account upon definition of the remedies.

The said principle prevents imposition of the severer punishment on a juvenile for his/her offenses and prevents the remedies selected therefore to be severer than the crime committed. According to the information provided by the practitioner professionals, selection of the terms for the agreement on diversion shall be individual in any case on the basis of the individual estimation report composed by the social worker of the National Probation Agency.

**Confidentiality** is one of the most important principles of juvenile diversion and mediation program. Without confidentiality, the objectives of the program could not be achieved, entailing vanity of the efforts of the professionals. The said fact is one of the bases to prevent stigmatization of a juvenile. The principles of privacy protection and inadmissibility of stigmatization are the most important and fundamental, protecting a juvenile and granting such an importance to the juvenile diversion and mediation program. “It is up to the participatory state in the diversion and/or mediation process and the public institutions to prevent stigmatization of a juvenile as guilty (labeling) entailing him/her to seek an offender in his/her personality. Tender and individual attitude of the parties of the diversion and/or mediation process towards the juvenile

---

<sup>35</sup> United Nations Standard Minimum Rules for the Administration of Juvenile Justice, The Beijing Rules, adopted on November 29, 1985.

<sup>36</sup> Juvenile Justice Code, Article 8, №3708-IIR, the Legislative Herald of Georgia, 24.06. 2015.

shall be based on privacy of personal information of the citizens and shall prevent stigmatization of an adult as a criminal and formation of his/her criminal career”.<sup>37</sup>

None of the international or local documents analyzed by me give an exact definition of the **best interests of a juvenile**. Based on these documents, the best interest of a juvenile in every particular case shall be identified in individual manner. The best interest of a child within the criminal justice sphere shall be elucidated as his/her right to: be protected, have the sense of safety and welfare; have the rights on health, education and development protected; and the primary starting point shall imply resocialization-rehabilitation of a child and his/her reintegration in society in capacity of a full-fledged citizen.<sup>38</sup> All the hereof aspects shall be observed on the basis of communication with the child, listening if he/she has something to say. The hereof right is severally defined under the Article 12 of the Convention on the Right of the Child.<sup>39</sup> Definition of the best interest of a child is provided in the international document, such is the “Beijing Rules” and the General Comment N10 of the UN Committee on the Right of the Child, stating: “In all decisions taken within the context of the administration of juvenile justice, the best interests of the child should be a primary consideration. Children differ from adults in their physical and psychological development, and their emotional and educational needs.

Such differences constitute the basis for the lesser culpability of children in conflict with the law. These and other differences are the reasons for a separate juvenile justice system and require a different treatment for children. The protection of the best interests of the child means, for instance, that the traditional objectives of criminal justice, such as repression/retribution, must give way to rehabilitation and restorative justice objectives in dealing with child offenders. This can be done in concert with attention to effective public safety”.<sup>40</sup>

#### 4. Legal Regulation of the Program

Currently, the Juvenile Diversion and Mediation Program is regulated under the acts as follows: the Law of Georgia on “Juvenile Justice Code”; the Decree of the Minister of Justice of Georgia of February 1, 2016 on “Ratification of the Basic Conditions of the Agreement on Juvenile Diversion/Diversion and Mediation Program to be signed between the Parties”; the joint Decree of the Minister of Justice, the Minister of Internal Affairs and the Minister of Corrections of Georgia of March 15, 2016 N132/N95/N23 and the Decree of the Director of the LEPL “Center for Crime Prevention” on “Rule of Activity of the Mediators engaged in the Juvenile Diversion and Mediation Program and Ratification of the Draft Documents”. The Juvenile Justice Code enacted on January 1, 2016 entailed introduction of lots of changes to the issues of regulation of diversion/diversion and mediation program, including the most important changes envisaging extended application of the program to the persons of the age of 18-21, granting the authority of diversion to the Court, establishment of new remedies etc.

According to the current regulation, the authority of diversion of the person under 21 shall be granted to the Prosecutor prior to the pre-court session under the part one of the Article 39 of the Juvenile Justice Code of Georgia and in line with the part two of the hereof Article, the Judge as well enjoys the authority of diversion, granted under the Juvenile Justice Code – to return the case to the Prosecutor in view of diversion of a person. It entails liability of the Prosecutor to divert the person under 21. In line with the Juvenile Justice Code, the Judge is entitled to make the decision on diversion as with own initiative so on the basis of the substantiated mediation of the party. It is as well important that the Judges in practice make decisions not only on the basis of the mediation of the party but require from the National Probation Agency to

---

<sup>37</sup> *Shalikhshvili M.*, The Legal, Criminological and Psychological Aspects of the Juvenile Diversion and Mediation Program, Tbilisi, 2013, 41.

<sup>38</sup> The Explanatory Note to the Juvenile Justice Code, 59-60, <<http://www.parliament.ge/ge/law/8688/18832>>, [30.06.2016].

<sup>39</sup> Convention on the Rights of the Child, adopted on November 20, 1989, enacted on September 2, 1990.

<sup>40</sup> General Comment №.10, Children’s Rights in Juvenile Justice, UN, 2007.

deliver the individual estimation report of the person subject to be diverted, which plays an important role upon decision-making on diversion.

The authority of diversion granted to the Judge can be considered as a positive action, though the statistical data so far evidences that the index of diversion returned from the Court compared to the common index, is quite low. According to the information by the Prosecutor's Office of Georgia, in 2015 during five months 15 cases of persons under 21 have been returned from the Court, constituting 200 persons in total diverted. However, hereof factor serves as the filter at some extent for the Prosecutor as well to timely make correct decision on diversion.

The record provided in the part two of the Article 8 of the Juvenile Justice Code can be considered as the most important factor as well, envisaging consideration of possibility of diversion on the juvenile cases first of all and estimation of the degree of resocialization-rehabilitation of a juvenile and prevention of crime against the criminal responsibility and application of penalty. All these factors set high standards both for the Prosecutor and the Judge – in case of availability of the respective pre-conditions to argument non-application of diversion and preference of criminal responsibility as more important in every concrete case.

Let us consider the diversion procedures on the basis of the hereof documents and practice. On the first stage, after the Prosecutor makes the preliminary decision on diversion, he/she meets the juvenile and his/her legal representative (in case if the juvenile uses the services of a lawyer, with the lawyer as well); elucidates the essence of the diversion program, the model terms and provides all necessary information. In case if the consent is granted, the Prosecutor meets the victim to provide the information about the decision on diversion and concludes the protocol of consultation with the victim; henceforth, the Prosecutor elucidates that the victim will be contacted by the mediator and provides the brief information about the activity of the mediator. At the second stage, the Prosecutor adopts the resolution on onset of the diversion process and submits the address within the term of three business days to the respective territorial unit of the National Probation Agency appealing assignment of a social worker. Simultaneously, he/she submits the address to the LEPL "Center for Crime Prevention" of the Ministry of Justice of Georgia appealing for assignment of the mediator. The Head of the Probation Bureau and the Manager of the Diversion and Mediation Program shall, within the term of two business days, assign the social worker and the mediator with the case. Each of them then is entitled to start their activity.

The social worker has the term of 10 business days to estimate the juvenile and his/her social environment; to estimate the biological, psychological and social factors of the juvenile subject to be diverted and to prepare the individual estimation report providing all hereof factors and to offer the terms of reference for diversion to the Prosecutor and in case of mediation, to the mediator. At that, he/she shall estimate the risk of repeated crime. Simultaneously, the mediator, within the similar term of 10 business days, shall work with the victim. Within the hereof term, he/she shall meet the victim, introduce the diversion program, provide the information on mediation and obtain consent or refusal on involvement in the mediation. Besides, the mediator is authorized to declare refusal on involvement of the victim in the mediation process. The above-mentioned circumstance can be conditioned on various basis, for instance with aggressive behavior of the victim, his/her ideology or other factors. The mediator, within the term of 10 days, in case of the refusal of the victim or his/her (mediator) personal refusal on involvement of the victim in mediation process, shall submit the respective protocol to the Prosecutor, the Diversion and Mediation Program Manager and notify the social worker as well. At this very stage the decision is made either on further continuation of mediation or termination of the process.

Based on practice and according to the information of the practitioner mediators, the greatest efforts they have to direct to convince the victim to participate in mediation. In this case, the mediators strive to increase the motivation of the victim as mostly their motivation is quite low. Most of them fail to acknowledge the positive role of mediation as for him/her so for the juvenile. Often, the citizens are not even aware of mediation and naturally know nothing about the program. The mediators strive to elucidate the essence, objectives and principles of the program to the victims and to increase their motivation. However, ac-

According to the statistic data by the LEPL “Center for Crime Prevention”, the greater part of the victims agrees on mediation.<sup>41</sup> Mostly, their refusal is conditioned with the lack of time and minimal degree of damage. There are the cases in practice when the mediator himself/herself concludes the protocol of refusal due to various reasons, for instance due to the long period after commitment of crime, psychological state of the juvenile, or even due to refusal of the victim to meet the mediator at all.

In the event if diversion continues without mediation, within the term of 10 business days upon receipt of the individual estimation report developed by the social worker, the Prosecutor shall provide conclusion of the Diversion Agreement. The hereof term covers as well five business days, given to the social worker and the Prosecutor to communicate the Agreement terms. In case of diversion without mediation, the agreement in practice is signed in the Prosecutor’s Office by: juvenile, his/her legal representative, Prosecutor and the social worker. In the event if the juvenile uses the services of the lawyer, the lawyer shall as well sign the agreement; the translator or other person may as well be attending the signing process, certifying the agreement with their signatures.

In the event if diversion is accompanied with mediation, within the term of 10 days upon receipt of the individual estimation report developed by the social worker, the mediator shall provide the preparatory meetings for mediation between the parties and organize the mediation conference.

Within the term of 10 days, the mediator shall communicate the agreement terms with the Prosecutor and the social worker and then at least once meet the juvenile and the victim to prepare them for the mediation conference subject to be held by the mediator. The hereof meeting shall necessarily be held on the neutral territory. In compliance with the Ordinance of the Director of the Center for Crime Prevention, the preparatory and general meetings in Tbilisi shall be held in “Mediation House” established in 2014 purposed to serve the special venue for mediation; the “Mediation House” provides the comfortable rooms for the preparatory meetings and mediation conference. As to the process of the conference, it is held by the mediator. The meeting is attended by the juvenile, his/her legal representative, lawyer (if such) and the victim. In case of will, the mediation conference can as well be attended by the Prosecutor and the social worker. It can be considered as another important change after enactment of the Juvenile Justice Code. According to the practitioner mediators, the mediation process was at significant extent complicated with presence of the Prosecutor and the social worker, which mostly was expressed in lack of time or busy schedule, entailing difficulty of establishment of the conference time to be acceptable for all the parties. It was causing difficulties in practice. It is as well noteworthy that on the basis of the Ordinance of the Director of the Center for Crime Prevention, the meeting can as well be attended by the supporters of the parties. The supporter can be any person attending the meeting with the will of the party. The mediator, in this event, shall preliminarily communicate the hereof fact with another party and only upon consent of another party, shall allow involvement of the supporter in mediation process.

During the mediation conference, all the parties are given the floor. The sequence of the speeches shall be defined by the mediator. According to the practitioner mediator, it is as well important to ensure layout of the participants upon the conference. The juvenile and the victim shall be seated face to face on the right and the left side of the mediator. The legal representative of the juvenile and the social worker shall seat next to him/her and the Prosecutor shall seat next to the victim. During the conference, the participants frankly speak about the occurred fact, express their emotions and opinions. At the general meeting of mediation, the juvenile shall not be rebuked. The parties shall speak about the action committed instead of personality of the juvenile. Aggressive and directive speeches are as well inadmissible. In case of the tension, the mediator is entitled to declare the break and lead the parties to the separate rooms to later gather them at the mediation conference again. The general meeting shall be accomplished with signing of the agreement by all the attendees.

---

<sup>41</sup> The Report by the LEPL Center for Crime Prevention on Diversion/Diversion and Mediation Program, 2015, 5, <[http://ganrideba.ge/res/files/52/Diversion%20Report\\_2015.pdf](http://ganrideba.ge/res/files/52/Diversion%20Report_2015.pdf)>, [30.06.2016].



In restorative justice, especially in the victim offender mediation, so-called “reintegration shame” theory is considered as a disputable but important theory, described in the work by John Braithwaite<sup>42</sup> “Crime, Shame and Reintegration”. The author discusses that shame, especially as one of the methods of prevention of repeated crime, shall be dissociated as the shame, humiliating a person, insulting him/her and entailing stigmatization, from the reintegration shame, when important people do correctly condemn the crime but not the personality of the offender, which allows the offender to be released from shame and prevents repeated crime. According to the reintegration shame theory, consideration of the crime consequences in presence of the victim (family members of the offender) creates the sense of shame at the conference; in this process, support of the people beloved and respected by the offender, facilitates to achievement of reintegration goals, converting the process into the ritual. It is not the shame felt by means of police, Judge or an article in the newspaper, to which the offender most likely would not pay attention; it is the feeling of shame from the point of view of the people he/she loves and respects.<sup>43</sup>

As to the Agreement on Diversion and Mediation, it is the agreement of a civil type with the possible validity period of 12 months. It reflects the obligations of the parties. We shall attach particular attention to the part of the agreement concerning the juvenile and it can be conditionally divided into two parts – services and obligations. The first part covers various services for rehabilitation and resocialization of the juvenile; as to the obligation part, it can as well be sub-divided into two parts – obligations towards the victim and obligations towards the society. Based on the information by the practitioner professionals, we can state that the mediators and other professionals mostly try to ensure compensation of the damage by the offender not with his/her actions but by monetary means. It means imposition of obligations towards the victim. As the mediators state, development of such conditions is relatively simple when we deal with the legal entity. Based on practice analysis we can state that there are frequent cases of employment of juveniles in the supermarkets, stores and other facilities without been paid which serves for compensation of the damage inflicted by the juvenile. As to the part of the obligations towards the society, it is purposed for the juvenile to acknowledge the crime committed by him/her, elucidation of the damage inflicted to the society etc. In such cases, deriving from the practice, conditions such are assistance rendered to the personnel in the nursing homes and canteens, participation in greening and cleaning actions etc. are frequently applied.<sup>44</sup>To illustrate the above-said, below we provide the examples of sundry conditions envisaged under the agreement, selected in the mediation process:

- help to the victim in agricultural activity;
- help to the victim in stock-taking and cleaning of the store owned by the victim;
- compensation of the damage inflicted to the store owned by the victim;
- help to the water supply service employees in mending and monitoring the pipes;
- help to the top management of the pool in cleaning the yard.<sup>45</sup>

On the basis of the hereof and other conditions we can state that involvement of the victim in mediation process especially upon selection of the conditions is of utmost importance. The primary purpose of such conditions is analysis of the action committed and damage inflicted by the juvenile. That is why involvement of the victim putting forward his/her conditions is so important. Besides, it may serve as a trigger for the juvenile to realize his/her culpable action and consequences thereof. Thus, we strive to provide compensation of the material damage and reduction of the moral damage inflicted to the victim.

After signing the Diversion/Diversion and Mediation Agreement, implementation by the juvenile of the terms envisaged under the Agreement shall be monitored by the social worker, organizing intermittent meetings with him/her to speak about the occurred fact and to let him/her realize the crime committed. The

---

<sup>42</sup> Braithwaite J., *Crime, Shame and Reintegration*, Cambridge, UK, 1989.

<sup>43</sup> Annual Report for 2003 and Resource Material Series № 63. UNAFEIFuchu, Tokyo, 2004.

<sup>44</sup> The Report by the LEPL Center for Crime Prevention on Diversion/Diversion and Mediation Program, 2015, 5, <[http://ganrideba.ge/res/files/52/Diversion%20Report\\_2015.pdf](http://ganrideba.ge/res/files/52/Diversion%20Report_2015.pdf)>, [30.06.2016].

<sup>45</sup> Ibid.

social worker also inspects the course of implementation of the agreement terms and develops the monthly report to be submitted to the Prosecutor. The Prosecutor, in his/her turn, shall at least once per three months meet the juvenile. There exists probability that the juvenile will not use the chance and will breach the agreement term. In this case, if the breach is gross, the Prosecutor, after interviewing the juvenile and his/her legal representative and taking all the circumstances into account, is entitled to terminate the Diversion/Diversion and Mediation Agreement and process the case to the Court by means of traditional jurisdiction. The number of similar cases is few – in 2015 the index constituted only 2%.<sup>46</sup>

## 5. Statistics<sup>47</sup>

The period of 2010-2014 is sufficient to detect the shortcomings and analyze the statistics. It serves as basis for the changes introduced in the end of 2014. It is crucial that the index of diversion has remained unchanged in 2015. Particular attention shall be attached to the index of successful mediation<sup>48</sup>, increased three times compared to 2015. It also is a result of the changes introduced in the end of 2014.

All in all, 296 juveniles in total were diverted in 2015. 143 juveniles out of 296 were subordinated to mediation and 114 mediation general meetings were held.

Starting from 2010 till December 31, 2015 inclusive, 1038 juveniles in total were diverted.

1. The index of successful mediation according to the number of juveniles (in re cases with the concrete victim):

	2013	2014	2015
Successfully accomplished	25%	18%	51%

2. The index of Successful Mediation Conferences:

	2013	2014	2015
Successfully accomplished	34 mediation conferences	28 mediation conferences	114 mediation conferences

3. Reasons of Failed Mediations in 2015:

Reason	Quantity	Percentage
Refusal of the victim	7	2%
The mediator refusing mediation	71	24%
The victim refusing mediation	67	23%
Other	8	3%
Successful mediation	143	48%
Total	296	

4. Data for 2013-2015:

	2013	2014	2015
Juveniles involved in diversion and mediation program	332 cases	204 cases	296 cases
Concrete victims in cases	203 cases	197 cases	282 cases
Other			7 cases
Mediation held	51 cases	36 cases	143 cases
Percentage	25%	18%	51%

<sup>46</sup> The Report of the Prosecutor General of Georgia on Juvenile Diversion, 2015, 19.

<sup>47</sup> The Report by the LEPL Center for Crime Prevention on Diversion/Diversion and Mediation Program, 2015, 5, <[http://ganrideba.ge/res/files/52/Diversion%20Report\\_2015.pdf](http://ganrideba.ge/res/files/52/Diversion%20Report_2015.pdf)>, [30.06.2016].

<sup>48</sup> The Process of Mediation, Serving as the Topic for the Mediation Conference, Ending with Conclusion of the Diversion and Mediation Agreement (clarification by the author – L.J.).

5. The Statistic Data of 2015 According to the Regions:

Region	Quantity	Percentage
Imereti	16	5%
Racha	0	0%
Kakheti	28	9%
Samtskhe-Javakheti	15	5%
Samegrelo-Zemo Svaneti	27	9%
Shida Kartli	19	6%
Mtsketa-Mtianeti	8	3%
Kvemo Kartli	22	7%
Adjara	29	10%
Guria	17	6%
Prosecutor's Offices in Tbilisi	104	35%
The Prosecutor's Office/District Prosecutor's Offices	11	35%
Total	296	

6. The Statistic Data for 2015 According to Months:

Month	Quantity	Percentage
January	14	5%
February	16	5%
March	29	10%
April	27	9%
May	28	9%
June	32	11%
July	27	9%
August	25	8%
September	14	5%
October	21	7%
November	15	5%
December	48	16%
Total	296	

7. The Statistic Data According to Gender:

Gender	Quantity of cases	Percentage
Female	26	9%
Male	270	91%
Total	296	

8. Diversion data According to the Age upon Committing a Crime:

Age	Quantity of cases	Percentage
14 years old	52	18%
15 years old	61	21%
16 years old	75	25%
17 years old	108	36%
Total	296	

9. The Statistic Data for 2015 According to the Categories of Crimes:

Validity term	Quantity of cases	Percentage
1 month	19	6%
1,5 months	1	0%
2 months	129	44%
2,5 months	4	1%
3 months	93	31%
4 months	35	12%
5 months	6	2%
6 months	9	3%
7 months	-	0%
8 months	-	0%
9 months	-	0%
10 months	-	0%
11 months	-	0%
12 months	-	0%
Total	296	

10. The Statistic Data for 2015 According to Validity Term of the Agreement:

Category	Quantity of cases	Percentage
Grave	95	32%
Less grave	201	68%
Total	296	

11. The Statistic Data for 2010-2015 According to the Regions:

Region	Quantity	Percentage
Imereti	104	10%
Racha	1	0%
Kakheti	67	6%
Samtskhe-Javakheti	49	5%
Samegrelo-ZemoSvaneti	64	6%
ShidaKartli	68	7%
Mtskheta-Mtianeti	33	3%
Kvemo Kartli	102	10%
Adjara	88	8%
Guria	35	3%
Prosecutor's Offices in Tbilisi	412	40%
Prosecutor's Office/District Prosecutor's Offices	15	1%
Total	1038	

12. The Statistic Data for 2010-2015 According to Gender:

Gender	Quantity of cases	Percentage
Female	96	9%
Male	942	91%
Total	1038	

## **6. Conclusion**

Hence, we may conclude that starting since 2010 up-today, the Juvenile Diversion and Mediation Program has constantly been updated: year after year the program coverage has been extending to include more cities and enlarge application area; in 2014 the category of crimes has been enlarged to which diversion applies and the program coverage extended to the crimes of grave category; the procedures have changed; the action terms for the professionals have been established; upon the hereby wave of the reform, the role of the mediator has been enhanced; the problems revealed as a result of analysis of the past period of the program have been eliminated; in line with the Juvenile Justice Code, the Juvenile Diversion Program shall as well apply to the adults of 18-21 years old since 2016; the Judge has been granted the authority to return the case to the Prosecutor in view of diversion, which will be mandatory for the Prosecutor; new diversion remedies have been established; the Diversion and Mediation Program became the primary considerable remedy for the professionals in the justice system and other significant changes have been implemented.

**Catherine Green Burnett\***  
**Tasha Willis\*\***

## **Mediation**

### **(Training Manual\*\*\*)**

### **Introduction**

This Manual\*\*\*\* represents a compilation of material used in decades of mediation training.<sup>1</sup> It draws from a variety of academic disciplines, including:

- Law
- Psychology
- Communication Theory
- Game Theory
- Conflict Theory
- Sociology
- Cultural Anthropology

The principles upon which it is based transcend state and national boundaries. This is not a text about mediation theory. Rather, it is a platform for mediation skills development. It is intended to provide the background and context necessary for a rigorous experiential learning model. It is written in a simple, straight forward style that seeks to avoid excessive footnotes and jargon.

This Manual takes an interest-based, problem-solving approach to conflict resolution. It is neither wholly “facilitative” nor “evaluative” in orientation. While these training materials are relevant to mediation in any context, they often focuses on a “compulsory” mediation paradigm – whether the result of contractual agreement or litigation-based court referrals.

The heart of mediation skills training remains learning by doing. A Manual can never replace the learning cycle of seeing-doing-critiquing-re-doing, and this Manual is no exception. What a Manual can do is help inform that cycle.

---

\* Vice President and Associate Dean, Professor at South Texas College of Law, Mediation Expert, Frank Evans Center for Conflict Resolution.

\*\* University of Houston Law Center Faculty, ADR Director, Profes0sor.

\*\*\* Creation of the manual 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.

\*\*\*\* Creation of this manual is enabled through USAID Sponsored Joint Project of East West Management Institute Judicial Independence Legal Empowerment Project (EWMI JILEP), Ivane Javakhishvili Tbilisi State University National Center for Alternative Dispute Resolution (TSU NCADR) and South Texas College of Law (STCL).

<sup>1</sup> We wish to thank our training colleagues for their many contributions through the years to the Frank Evans Center for Conflict Resolution at South Texas College of Law that lead to the creation of the various Training Manuals and materials on which this project is based. We are particularly grateful to the late Professor Hans Lawton, Judges Bruce Wettman and John Coselli, and the host of volunteer facilitators. We dedicate this Manual to the People of Georgia, with gratitude for the honor of sharing their efforts to incorporate mediation as one method of civil society dispute resolution.

Mediation training has become a core competency for many advocates and practitioners, even those who never intend to serve as mediators. A thorough, working knowledge of the process allows counsel to better serve their clients – whether crafting transactional documents that must consider the possibility and consequences of non-compliance, advising clients of potential recourses available in a pre-litigation environment, or participating in court-referred mediation as their client’s representative.

Training faculty may supplement this Manual with exercises, role plays, work sheets, and samples. For those wishing to study further, or to research underlying theories and assumptions, the faculty can point to a wealth of resources, both print and e-based.

## **I. Mediation Basics**

### **1. The Nature of Mediation**

#### **1.1. Overview**

Mediation<sup>2</sup> gives parties a relatively inexpensive way to resolve their conflicts at an early stage. It offers them an opportunity to avoid some of the time, expense and stress involved in litigation or other formal grievance procedures. In some cases it may help the parties maintain valuable business and personal relationships. The hallmark of mediation is that it allows people to retain decision-making power and to craft solutions limited only by their own imagination.

Conflict is an inevitable part of life. It appears in many forms: within a person, between people, between a person and an institution, between a person and government, between institutions, between societies, between cultures, between nations.

Conflicts have many root causes. Mediation is not intended to “solve” the complex psychology, cultural, and social underpinnings of conflict. Similarly, it is not designed to determine the existence of historic facts that may have led to the conflict or proclaim the “truth” of the conflict narrative.

In some instances conflict proves to be a positive impetus for growth or change. In other instances, it mires the participants, sometimes impacting areas of life beyond the immediate scope of the conflict. In the vast majority of life’s conflicts, the people involved are able to navigate their own end to the conflict. But that is not true in every instance. Mediation is intended to assist those experiencing conflict to reach a resolution that they craft and that allows them to move beyond the conflict.

In this training, the goal is not to eradicate conflict. It is to develop tools that allow parties in conflict to each “win” or, at a minimum, to be able to walk away from the conflict with a mutually acceptable solution which they can each live.

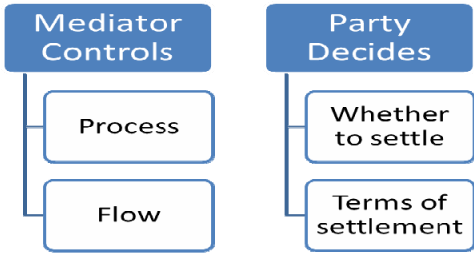
Mediation is essentially a form of assisted negotiation. In mediation, a neutral third person helps the parties to:

- identify issues and interests,
- vent anger and frustration,
- negotiate effectively, and
- find creative solutions to their problems.

---

<sup>2</sup> In some systems, “mediation” may be known as “conciliation” although the term “conciliation” has other meanings as well. An example of mediation/conciliation in commercial disputes is found in UNCITRAL’s 1980 Conciliation Rules. The conciliator’s role is identical to that of the mediator, he “assists the parties in an independent and impartial manner in their attempt to reach an amicable settlement of their dispute.” The UNICTRAL Rules “cover all aspects of the conciliation process, providing a model conciliation clause, defining when conciliation is deemed to have commenced and terminated and addressing procedural aspects relating to the appointment and role of conciliators and the general conduct of proceedings. The Rules also address issues such as confidentiality, admissibility of evidence in other proceedings and limits to the right of parties to undertake judicial or arbitral proceedings whilst the conciliation is in progress”, <[http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral\\_texts/arbitration/1980Conciliation\\_rules.html](http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/1980Conciliation_rules.html)>.

Mediation differs from litigation or arbitration in that the parties themselves “own the results”. That means it is the parties who have the power to decide whether and when to compromise, and under what terms. While the mediator’s role is to direct the course of the process, the parties themselves maintain control over the content and any settlement.



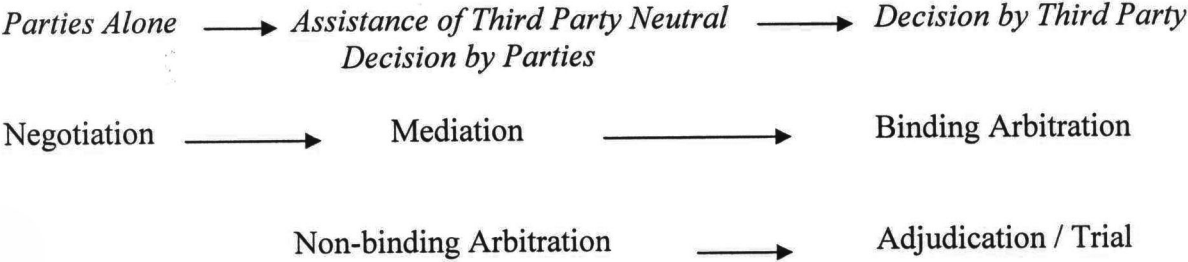
There are many different definitions of mediation, but generally, they involve an explanation of the mediator’s role as a facilitator who assists people in conflict to arrive at a mutually agreeable solution. The mediator’s role is not one of decision maker; instead, the mediator works with the parties to promote reconciliation, settlement, or understanding.

Generally speaking, mediation offers a private, confidential process in which an impartial third party encourages and helps disputing parties to communicate effectively with one another. It provides a somewhat structured, but still flexible, negotiation environment in which the parties may talk confidentially with one another.

Parties may come to mediation via different routes:

- pre-dispute agreement to submit to ADR process (frequently contractual)<sup>3</sup>
- post-dispute, ad hoc agreement to submit to ADR process
- mandatory referral (often court or agency-based).

**A. Mediation’s Role in the Continuum of Dispute Resolution Processes**



<sup>3</sup> For example, the International Centre for Dispute Resolution (ICDR) [the international division of the American Arbitration Association (AAA)] provides the following mediation clause examples: If the parties want to adopt mediation as a part of their contractual dispute settlement procedure, they can insert the following mediation clause into their contract in conjunction with a standard arbitration provision: *If a dispute arises out of or relates to this contract, or the breach thereof, and if the dispute cannot be settled through negotiation, the parties agree first to try in good faith to settle the dispute by mediation in accordance with the International Mediation Rules of the International Centre for Dispute Resolution before resorting to arbitration, litigation or some other dispute resolution procedure.* If the parties want to use a mediator to resolve an existing dispute, they can enter into the following submission: *The parties hereby submit the following dispute to mediation administered by the International Centre for Dispute Resolution in accordance with its International Mediation Rules. (The clause may also provide for the qualifications of the mediator(s), method of payment, locale of meetings and any other item of concern to the parties.)* See <<https://www.adr.org/aaa/faces/rules>>.



The far left of this flow chart represents how a majority of “disputes” are resolved in daily life – the parties to the dispute reach a solution on their own, without the intervention of third parties.

The far right represents the opposite extreme, in which the dispute is decided by someone other than the parties to it. The middle block, where mediation is found, represents the insertion of a third party not connected to the dispute to help, while still leaving the ultimate decisions about whether and how a dispute is resolved to the parties themselves.

### 1.3. The Mediation Format

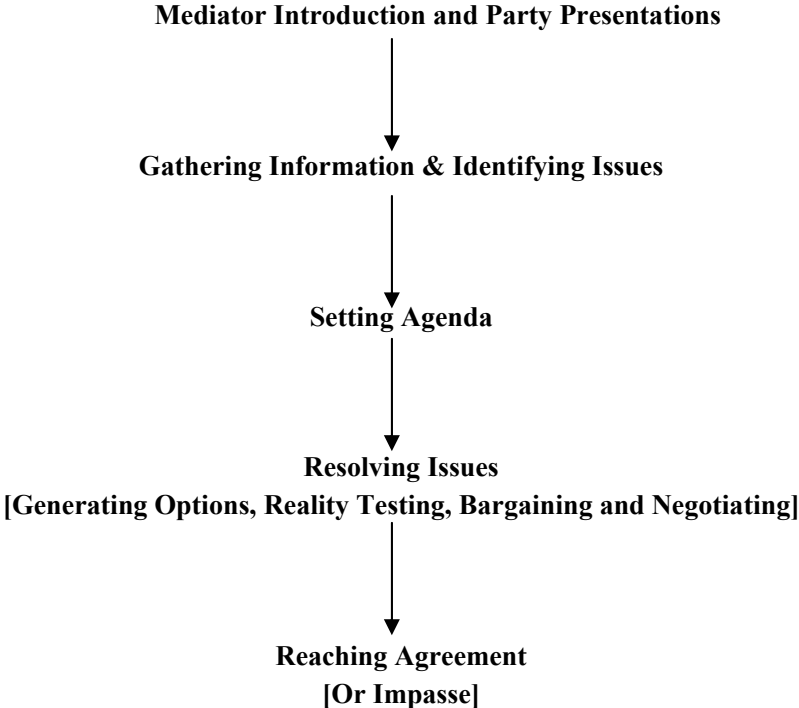
Mediation is normally conducted in a more relaxed and informal manner than formal court proceedings. Because the process involves individuals, it can be adapted to meet their particular needs. The details concerning how a particular mediation is conducted may vary according to an individual mediator’s preferences and style, the relationship between the parties, and information and needs that become known during the course of the mediation. Nevertheless, there is a general template, or process, that is often followed.

#### Overview

The mediation session often begins with party presentations, where the participants are encouraged to give their respective versions of the dispute. This may include the parties venting their anger and frustration. During these discussions, the mediator seeks to identify the parties’ underlying interests and to determine the “why” behind the stated position. Next, the mediator assists the parties in settlement discussions by setting a discussion agenda, reframing their communications in neutral language and focusing their attention on possible solutions. The mediator will often help the parties “reality test” their proposed solutions. If the parties reach an accord, they usually execute a written agreement that may be enforced as any other contract.

#### Stages

The mediation process has five basic stages<sup>4</sup>:



<sup>4</sup> Some trainers separate the process into nine distinct stages, with four additional optional components.

Within this structure, the participants may repeat individual stages as often as necessary. The process is not a linear one.

## 2. The Mediator's Role

The mediator's primary function is to assist the parties in their communication with one another. The mediator conducts the process, controls the flow of information, helps clarify issues, and brokers the parties' negotiations.

What the mediator does NOT do:

- Adjudicate
- Make evidentiary rulings
- Advocate for a particular outcome
- State opinions
- Serve as judge or jury
- Render a verdict or binding resolution
- Coerce the parties into settlement

During the course of the mediation, the mediator will try to focus the parties' attention on the real issues in dispute and help them generate problem-solving options. Sometimes the mediator serves as a facilitator of communications by actively supervising the parties' negotiations; at other times, the mediator functions as a teacher, helping the parties understand the dynamics of their conflict and how to make effective use of the mediation process.

Often, the mediator performs the role of a devil's advocate, encouraging each party to look at the dispute from the other party's point of view and to make a realistic evaluation of the other side's position. The mediator, however, NEVER performs the function of a judge or jury. This means the mediator should refrain from making decisions or advocating a particular outcome of the case. The mediator's sole obligation is to assist the parties in reaching a *voluntary* settlement. The mediator should never coerce the parties to enter into an agreement against their wishes. Although the mediator ethically may make suggestions regarding settlement options, all settlement *decisions* must be left to the parties.

Good, effective mediators share critical characteristics including:

- Neutrality [relationship of mediator to parties – not aligned with either side]
- Impartiality [committed to aid all parties; unbiased]
- Flexibility [able to respond in real time to the dynamics present in the mediation]
- Good listening and communication skills [comfortable using a range of questioning and reframing styles]
- Creativity [able to generate options when needed or help parties do so]

## 3. The Mediation Environment

Parties to a dispute often come to mediation with preconceived notions about the merits of the controversy and with definite ideas about how it should be resolved. It is not unusual for the parties to feel anger toward the opposite side and they may also be apprehensive about the mediation process. Additionally, this may be the first time the parties have encountered one another since the conflict began. Because of this tension, the mediator must conduct the process in an environment that is neutral, comfortable, and calming.

In setting the stage for mediation, the mediator should consider the following items:

- *A Neutral Site*

If possible, the mediation should be conducted at a neutral site. This might be the mediator's office, a hotel conference room, commercial mediation conference space for rent, or unused space at the courthouse.

ONLY when no other location is available, should the mediation be conducted in the offices of one of the parties or their counsel.

- *Space and Seating*

Parties often come to mediation with a high degree of emotion, anxiety, and even hostility. The mediator should try to create an environment that encourages cooperative interaction. The mediator must be aware that even the seating arrangement and the distance between the parties may be important considerations.

Different cultures have established norms regarding the acceptable distance between people in various situations.<sup>5</sup> People become uncomfortable when the space between them does not fit their cultural expectations.

The mediation rooms need ample space for the participants to move freely. Room temperatures should be maintained at a comfortable level. The rooms should be soundproof so as to preserve confidentiality. Some studies have shown that parties reach agreement more easily in rooms that have windows.

Ideally the facility should have enough space for a joint meeting room, with smaller conference rooms [“caucus rooms”] available for the participants if it becomes necessary to move from a joint session into private meetings. When possible, a “caucus room” should also be provided for *each* party to the mediation. This is space separate and apart from the central conference room, so that each side may meet privately with the mediator. However, a mediator may find themselves conducting a mediation where space is limited. In these instances, the mediator may have to ask one party to step out of the room so they may caucus with the other party and vice versa.

- *Food and Other Considerations*

Typically, the mediator will supply beverages and food for the disputants. If the mediation lasts a full day, the mediator should make suitable arrangements for lunch. These meals should be scheduled so that they enhance, rather than disrupt, the natural rhythm of the parties’ negotiations.

If possible, each caucus room should be equipped with a telephone, drawing board, and writing pads and utensils. In some instances a DVD player, computer or touch pad, and monitor will assist the process.

- *Party Advisors*

Sometimes a party will arrive at the mediation session accompanied by an accountant, financial planner, or friend who has no individual or professional interest in the dispute. The mediator should try to ascertain, before the mediation begins, if possible, the exact role such non-party intends to play in the process and whether the opposing party objects to his or her attendance. The mediator must then decide whether the third party will be permitted to attend the mediation process. Generally, it is advisable to try to keep the number of participants roughly the same on both sides.

## **4. The Mediation Atmosphere / Attitude**

### **4.1. The Mediator’s Responsibility**

An important part of the mediation environment is its “atmosphere.” The goal is to create an environment conducive to reaching a mutually satisfactory resolution and to avoid elements and attitudes that place the parties in opposition to one another or that heighten an adversarial posture.

The mediator directs, or choreographs, the process. To create a positive mediation atmosphere, the mediator must remain sensitive to the needs of the parties and demonstrate continuing concern about their

---

<sup>5</sup> Christopher W. Moore, *The Mediation Process: Practical Strategies for Resolving Conflict* at 149-150 (1989). For example, in the United States people comfortably engage in personal relationship communication on a 1 to 2 foot range. In contrast, working relationships and formal social interactions in the United States are normally conducted within a four to seven feet range.

comfort and well-being. This covers more than their physical comforts. Although the mediator always maintains neutrality and impartiality, the mediator is also serving as the primary proponent of successful resolution. Much of the mediator’s activities will center on moving the process forward in a positive manner and recognizing when advances to settlement have been made. Even while asking the parties difficult questions and reality testing proposals, the mediator is an advocate for resolution.

### 4.2. Mediator Styles

Mediators may have very different mediation styles. This may be a function of personal preference or their initial mediation training. Generally, mediators tend toward either an *evaluative* or *facilitative* approach.

One way to categorize a mediator’s style is to ask:

1. How narrowly or broadly does the mediator tend to define the problem/ issue?
2. Does the mediator view her responsibility to include making assessments, offering prediction, or generating options and proposals?

At the risk of gross generalization, a mediator with an evaluative style can be thought of as one who tends to be more comfortable assessing parties’ claims and options and more appear slightly more aggressive in her interactions. In contrast, the mediator with a facilitative style is one who tends to take a more passive problem-solving approach. Most mediators have a preference for one style over the other, but should be able to move smoothly between evaluative and facilitative techniques as the need arises. Many mediators have developed a style somewhere between those two extremes.

<b>Facilitative</b>	<b>Evaluative</b>
<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
<input type="checkbox"/> Primary role: clarify communication	<input type="checkbox"/> Primary role: evaluate and assess (Mediator will have subject matter expertise in area of dispute)
<input type="checkbox"/> Expect to see: parties together at table rather than separated into private caucus	<input type="checkbox"/> Expect to see: heavy reliance on private sessions
<input type="checkbox"/> Emphasis: Help parties understand issues and interests, expand "the pie"	<input type="checkbox"/> Emphasis: Push parties to accept settlement, only discuss main issue of dispute (frequently money)

Some markets place a premium on mediators who are much more evaluative than facilitative. Mediators practicing in these environments have responded to market demands by developing the technique of “living in the question”. The phrase describes a process used by evaluative mediators that has the parties constantly evaluating their case in an effort to reach settlement. Instead of the mediator stating what might be a fair and reasonable settlement, the mediator engages in sets of logical questions designed to bring the parties around to the same line of thinking. When used in caucus sessions, the questions have the party examine the strengths and weaknesses of both positions to analyze what a court might do.

Some mediators may begin a particular mediation with a more facilitative approach but in later stages move to a more evaluative stance. These shifts in approach should always be the result of a strategic choice by the mediator based on how the session is proceeding.

### 4.3. The Parties’ Responsibility

A successful resolution often requires more than just a good mediator. The parties themselves will play the most important role in determining whether there is resolution.

The parties must be educated about why settling the dispute in mediation is in their best interest regardless of how they came to be at the mediation table. Concomitantly, both sides to the dispute must ha-

ve the necessary information, capability, and motivation in order to arrive at a realistic appraisal of their position. A party's settlement efforts may be futile if it does not have a realistic view of the dispute.

In addition, the true decision-makers must either be present at the mediation or give their representative full authority to negotiate and agree to a settlement on their behalf. When a party's representative lacks adequate settlement authority, attempts at settlement can be severely hampered. However, if the person with true settlement authority can be reached *during* the mediation (taking advantage of the many technology resources of the 21<sup>st</sup> Century), then their actual physical presence may not be necessary. Some mediators and mediation centers may insist on the presence of settlement authority as a precondition for beginning mediation.

The mediator, if possible, will have had some communication with the parties before the session formally begins. Through these communications, the mediator begins to build trust and confidence and may help alleviate some anxieties and concerns. The mediator may also start the task of gathering information about the parties and their dispute. Often this is accomplished when counsel submits a one or two page submission statement.<sup>6</sup>

If parties are mentally prepared for and committed to the mediation process before coming to the mediation session, they will more likely be willing to engage in good faith settlement negotiation.

## 5. Benefits of Mediation

How valuable mediation may in any given dispute will be a function of the nature of the dispute, the stage in the dispute at which mediation occurs, the personalities of the disputants and possibly their representatives, and the underlying interests at issue.

Generally, mediation is thought to provide the following positives:

- Saves time
- Saves money
- Is confidential
- Fosters party self-determination
- Allows for creative settlement options and tailored solutions
- Reaches agreements that are more likely to be upheld.

Although mediation provides many positive benefits, there may be situations in which this confidential process is not as appropriate as other methods of resolving disputes. Consider:

- Cases affecting important constitutional or human rights,
- Cases presenting issues that need public airing and resolution for societal reasons,
- Cases involving high animosities and power imbalances between the parties, such as domestic violence.

In some instances, a party's advocate may have little choice concerning mediation or another ADR process. There may be contractual provisions requiring ADR as a predicate to litigation, or even in lieu of court-based proceedings. In other instances, although litigation has begun, mediation may be court-ordered or court-referred.

Assuming, however, that the parties will have a choice, factors that an advocate may consider, and which echo factors that a mediator may later find relevant, include:

- What type of solution does the party need:
  - Quick fix
  - Temporary or permanent
  - Precedent, public or confidential

---

<sup>6</sup> The mediator is not reviewing pleadings, discovery transcripts, or court documents. Nor is the mediator conducting independent legal research into the strength of a party's position or the merits of their claim.

- Modifiable
- How do the parties interact:
  - Long term relationship
    - Interested in maintaining
    - Want to terminate
  - One-time event
- What are the client's emotional or psychological interests:
  - Vindicating position
  - Avoiding stress of unresolved issue
  - Avoiding stress of litigation or similar proceeding
  - Maintaining relationship
- What are the client's financial interests:
  - Securing speedy recovery
  - Containing or limiting risk
  - Containing or limiting costs

## II. Conducting the Mediation

### Overview

Mediation, as with all dispute resolution processes, consists of a series of stages. Although these stages may overlap, they usually will include five identifiable steps. Each step has its own activities, and each step presents goals and objectives from the mediator's perspective:

#### **Mediator's Introduction**

*Activity:* Mediator makes a presentation to disputants

*Objectives:*

- Establish rapport with disputants
- Explain process, roles, and format
- Develop guidelines for the process
- Obtain commitments from parties

#### **Party Presentations**

*Activity:* Parties relate their view of events, desired outcomes

*Objectives:*

- Preliminarily identify issues underlying the dispute
- Preliminarily identify parties' positions on the issues
- Recognize problems that might occur during this mediation, including: roadblocks to communication, potential power imbalances, likelihood that parties might work together to craft creative solutions

#### **Information Gathering/Issue Identification**

*Activity:* Mediator follows up with questions [sometimes, also, parties respond to what they heard from one another]

*Objectives:*

- Clarify
- Develop list of parties issues
- Frame issues in neutral language
- Set agenda

### **Settlement Options/Negotiation**

*Activity:* Can occur in joint session or private meetings (caucus)

*Objectives:*

- Brainstorm
- Help generate new proposals
- Explore ways for parties to share information with one another
- Reality test

### **Closing**

*Activity:* Obtain written agreement (whether complete or partial)

*Alternative Activity:* Set date for further communications

*Objective:*

- Memorialize parties commitments to one another
- Provide framework for later settlement document

### **Mediator's Introduction**

The mediator's introduction is one of the most important stages of the mediation session because it sets the tone for the parties' negotiations. Before beginning the mediation/negotiation, the mediator should make appropriate disclosures to the participants, explain the format, and confirm that the parties are willing to go forward.

### **Basic Mediator Introductory Checklist**

Introduce mediator, parties, and representatives

Explain mediator's credentials; make disclosures; confirm neutrality and confidentiality

Obtain parties' commitments [Might include signed agreement to mediate]

Explain mediation process and mediator's role

E. Explain mediation format:

Parties' presentations

Joint or separate meetings

Discuss questions or concerns regarding any aspects of the process, neutrality or confidentiality

Express confidence and encouragement

### **Disclosures and Explanations**

The mediator should fully disclose any known relationships with the parties or their counsel that might affect or give the appearance of affecting the mediator's neutrality. It is appropriate for a mediator to withdraw if either party expresses dissatisfaction with the mediator's neutrality or impartiality.

The mediator should fully inform the parties about: (1) his or her experience and qualifications; (2) any existing or prior relationships that might raise question about the mediator's neutrality and impartiality; and (3) the mediator's fees and other costs charged to the mediation.<sup>7</sup>

### **Commitments About Time and Settlement Authority**

Before convening the mediation, the mediator should ascertain that all parties (or their designated representatives) have adequate authority to negotiate a settlement and have set aside sufficient time for the mediation.

---

<sup>7</sup> Normally issues of fees and costs will have been decided well in advance of the Mediation.

### **Issues Impacting the *Pro Se* Party**

The mediator should refuse to proceed with the mediation if, in his opinion, a *pro se* party does not fully understand that the mediator will not provide legal advice. The mediator should also explain to a *pro se* party there might be risks in proceeding without independent counsel or professional advisors.

### **Commitment to Negotiate in Good Faith**

Next, the mediator should obtain the parties' commitments they will abide by the rules and procedures established by the mediator and will engage in good-faith negotiations to try to reach a compromise of their dispute. At the end of the mediator's introductory statement, the parties should fully understand the mediation process and be mentally committed to try to settle the dispute. The mediator should then give the parties another opportunity to ask questions and make comments.

## **Mediator Opening: Sample One**

Good Morning!

I appreciate your coming here today. I hope you are comfortable and relaxed. We have water, coffee, and cookies on the table; if you need anything else, please let me (us) know. The restrooms are right down the hall.

We have some important tasks to accomplish today, but I think you will find this to be a rewarding process. If we all work together, I am confident we can reach a good result and that you will appreciate having taken part in this cooperative effort.

First, I would like for each of us to introduce ourselves, and I will begin. My name, again, is \_\_\_\_\_, and my role is to assist you and your counsel in resolving this dispute. (Continue around the table with introductions).

Now, before we hear the parties' presentations, let me take a minute to further explain my background and experience and to be sure you are satisfied with my qualifications and neutrality as the mediator. (Mediator offers further explanation about credentials, if necessary; makes any required disclosures; and confirms the parties' desire that he/she continue to serve as the mediator). It is very important that you are comfortable with my serving as your mediator today. If anything occurs during the mediation that seems unusual or inappropriate to you, please do not hesitate to bring it to my attention so we can discuss it. Unless you have confidence in my ability, in my neutrality and in the mediation process, we will not be able to make the most effective use of the mediation process and everyone's time today. However, if you have confidence in me and the mediation process, and if we work together as we have committed to do, I think we have an excellent chance of resolving this matter today. Now, here is the mediation agreement that represents what we have agreed. I have previously sent a copy of it to your counsel, but I would like you to briefly review it and let me know if you do not understand something in it. If it is agreeable to you, please sign in the appropriate place and return it to me. Everyone will receive a signed copy.

All right, now let's review the mediation process and decide what our roles are here today. First, as I am sure you understand, this is not a court function (even though the court may have referred this dispute to mediation), so there are no court rules to be concerned with. I will not function as a judge or jury. I will not enter a judgment, make a ruling, or render a verdict. My sole function is to serve you, as a neutral person, and to assist you in your settlement negotiations. So, please keep in mind that no one is going to try to make you settle your case, and it will be entirely up to you and your counsel whether or not you decide to settle. If you do decide to settle your case today, you will likely save yourselves considerable time, cost and stress, and you certainly will be able to get on with your lives without worrying about this case. I will discuss these and other considerations with you in greater detail.

Next, I would like to briefly cover what we will be doing today and see if the format is agreeable to you. I have had some discussions with your counsel (if represented by counsel), so I think I have their



general guidance on the format of today's session. First, we will hear brief presentations from each side (what will constitute "brief" will depend upon the facts of each case). This means that each party's counsel (or the party if not represented by counsel) will address some brief remarks to the opposite party, giving their client's understanding of the dispute and stating what they would like to see happen as a result of today's efforts. I have an understanding with counsel that: (1) their remarks will be as brief as possible; (2) they will explain their client's claims in a non-accusatory manner; and (3) that we will not interrupt one another and will address each other civilly and with respect. At the conclusion of each counsel's opening remarks, I will invite each party and their representatives to add their statements to those given by your counsel, and particularly, to tell us what you hope to see accomplished here today. It is not imperative that you or your representatives say anything at that time, and each of you will have ample opportunity to talk throughout the day. However, if you feel inclined to say something, and your counsel does not object to your doing so, please feel free to say whatever you would like. In this respect, I would like to emphasize the importance of a free and open exchange of information and ideas in developing options for the resolution of this dispute.

At the conclusion of the parties' presentations, we will take short break. (Here describe logistics, including location of rooms, etc). Then, I think it may be best to move one side of our table to the far conference room, so that I will have an opportunity to personally visit with each of you and so we can more easily exchange information that may be confidential to you (this portion to be used when the plan is to caucus right after initial party presentations). During these visits, I will discuss the issues with you and your counsel in an effort to bring a more objective focus on the matters in dispute. In these discussions, my duty is to raise questions about the relative strength and weakness of particular arguments, and on occasion, it may seem that I am more inclined toward the position taken by the opposing side. But, in reality, that is not the case, and you may be assured that I am performing an identical "devil's advocate" task when I am in the other conference room visiting with the opposing side. If, in our discussions, I seem to be "way off course" in my questions or comments, please don't hesitate to tell me about it. We are here to reach a consensus of thought, and that will not happen if we are afraid to talk openly with one another during our confidential discussions.

On the issue of confidentiality, I want to assure you that any confidential information given to me during our private discussions will stay with me and will not be released to the opposite party unless and until you tell me to do so. Therefore, I hope you will tell me anything that bears on the dispute and which could help us reach a settlement, knowing that I will respect the confidential nature of the information. To be sure that I understand what information should not be disclosed without your permission, please try to tell me what information you consider to be confidential so that I can "flag" that information in my notes.

Now, sometimes I will have to stay longer talking with one room than another, and I can seldom predict when that will occur. So, while I will try to keep you apprised of my whereabouts, please know that, when I am not with you, I am working hard with the other side. In this respect, when I am not in the room with you, I would appreciate your continuing to work with your counsel, so that you may continue to analyze your position and perhaps keep a step or so ahead of me (if not represented by counsel it is still a good idea to leave the party with something to work on).

We have a lot of ground to cover today. However, I know we have a good chance for settlement if we all work hard and keep at it. Please let me know if at any point you feel you need to take a break. Otherwise, I hope you will try to stay close by so we can find you if we need your guidance or decision on a particular matter. (For those of you that smoke, you will need to go outside the building, please let your colleagues know where you are heading so they may find you).

All right, if there are no questions about anything I have said, let's get to work.

## **Mediator Introduction:Sample Two [Caucus Format]<sup>8</sup>**

My name is \_\_\_\_\_. Thank you very much for agreeing to participate in today's mediation. I presume everyone knows each other; however, before we get started today, let us all take the opportunity to introduce ourselves and to let everyone know how we would like to be addressed. You may all call me \_\_\_\_\_.

As you probably know, mediation is a forum in which an impartial person, the mediator/neutral – me in this instance – facilitates communication between the parties to a dispute – today that is all of you – to promote reconciliation, settlement, or understanding among the parties – you all.

If handled properly this can be a rewarding and/or useful process. It is my job to encourage and to assist you all in reaching a settlement of your dispute; however, I am not here to compel you to settle. This is not a Court of law and I am not here to judge the merits of your case (dispute if no suit pending) or to make a determination of the outcome. It is up to you all and you all alone to decide whether it is in each of your best interests to resolve your dispute today.

The beauty of mediation is that all mediation sessions are private, confidential and privileged from discovery (if a lawsuit or potential lawsuit is involved). I am not required to disclose any information revealed to me unless you all authorize me to do so, and I will not disclose any confidential information unless you ask me to do so. Likewise, each of you has agreed not to make any effort to compel any testimony whatsoever of the mediator regarding any communication, written or oral, made in connection with the mediation.

That said, it is important that you feel comfortable with my qualifications to mediate this matter and with my impartiality in this matter. (Discuss your qualifications and disclose any relationships that may cause concern with respect to your impartiality/neutrality). If everyone is comfortable with me conducting this mediation for you, I would like to go over the mediation agreement that will bind us through the mediation process. (If the parties are represented by counsel)... I have previously sent a copy to your counsel, but always like to go over our agreement again in case you all have any questions or concerns.

On that note, if at any time you think something unusual or inappropriate to you has occurred, please bring it to my attention so that we can correct the situation and have you comfortable with completing the mediation process. Likewise, if at any time during the day, you believe I have lost my impartiality or neutrality, please bring that to my attention as well. Although at times I may be tough on you in our private sessions in order to facilitate meaningful discussions, I am probably being equally as tough on the other side and that does not mean that I have lost my impartiality or neutrality or that I believe in one outcome over another. Please keep this in mind as we go through the process.

Now that you know what mediation is, what my role is and who I am, let me explain the “process” in further detail.

As I mentioned earlier, the mediation process is not a court function and your dispute will not be judged by any third party (either by a judge or a jury). Accordingly there are no court rules to deal with; however, to maximize the process and the potential for settling your dispute today, I have a couple of rules that I need you all to agree to follow: 1) I ask that everyone is polite and respectful of all parties and their counsel; 2) I ask that you allow me to determine when the parties, you, have reached an impasse and that no other work will be constructive in resolving your dispute. On that note, I ask that you not leave until I have called an impasse or otherwise determined that further discussions will not be productive at this time. If you follow these rules, I believe there is a very good chance that our hard work and constructive effort will result in your dispute being resolved today. Which, of course, is a good thing as it will eliminate the need for you all to spend any additional time or money in the future and it will prevent you from having to rely on a judge and/or unknown stranger on a jury to decide this dispute for you.

---

<sup>8</sup> This is a less common model.

I like to conduct caucus format mediations. This means that I like to separate the parties into their own room and conduct “shuttle diplomacy” between the rooms in order to facilitate candid and open discussion on the various issues and possible solutions to you all’s dispute.

First, we will here brief opening remarks from each of your counsel, and if your counsel and/or you desire from each of you as well. This means that each side will address, in a courteous and non-argumentative fashion, the other side and explain their respective understanding of the dispute and how they would like to see this matter resolved. Although I would prefer that each side make opening remarks, it is not imperative that either you or your counsel to say anything at this point. You will have more than ample time to state your position throughout the caucus sessions. However, I do think it is helpful to set a framework for the discussion and would encourage you to at least make some introductory comments.

After the opening remarks, we may take a brief break and then, as I mentioned before, I will split the parties up in different rooms and meet with each side individually. During these “visits” I will discuss the interests and issues with you and your counsel in an effort to bring a more objective focus on the issues in dispute. My duty is to raise questions about the relative strengths and weaknesses of particular arguments raised by each side. Sometimes, it may appear as if I am more inclined toward the position taken by the opposing side. This is not the case. It is important for the mediator – me – to play the “devil’s advocate” when helping you to become more focused on possible resolutions and/or solutions to your dispute. It may also seem as if I am spending more time with one side or the other; however, you should not take this as me taking “sides” in the dispute or playing favorites. It often and routinely happens that some caucuses take longer than others in facilitating a resolution to a dispute. It is important for you all to remember that what we discuss in the private caucus is confidential. If anything is said in those discussions that you do not want me to relay to the other side you simply need to let me know so that I can make a note of what you do not want me to discuss.

Finally, we will continue with the caucus with the caucus sessions until you all have reached an agreement or until I have determined that the mediation has reached an impasse. If you reach a resolution today, and I am confident with hard constructive work you can reach a resolution through the mediation process, I will work with you in drafting a Mediated Settlement Agreement that will memorialize your agreements and become the “contract” by which you all have resolved your dispute.

Before we get started I just want to let you know that we have snacks and drinks in the kitchen and the restrooms are down the hall. For you smokers, we have a smoking area outside, but please do not wander to far afield without letting me know where you are.

So, if there are no questions about anything I have said, I would like to begin with the opening remarks.

### **Written Agreement to Mediate**

At some point during the opening, often after receiving a commitment to negotiate in good faith, some mediators may then ask the parties to sign a written Agreement to Mediate that confirms these disclosures and explanations.

Such an agreement might provide the following language:

The undersigned parties and their counsel have agreed to submit this matter for mediation before \_\_\_\_\_ . For the purpose of this mediation, the undersigned agree:

1. That the parties are satisfied with the qualifications and neutrality of the mediator, and no conflict of interest prevents his serving that capacity.
2. That the parties will cooperate with each other and with the mediator in making a good faith effort to negotiate a prompt and reasonable settlement of this dispute.
3. That the parties and their representatives will remain in attendance at the mediation session until an agreement is reached or the mediator and parties decide that the session should be postponed or terminated.
4. That the parties will continue settlement negotiations following the mediation session if so requested by the mediator.

5. That the mediation will be considered a compromise negotiation as that term is used in rules of evidence. No stenographic, visual, or audio record will be made of the proceeding. All conduct, statements, promises, offers, views and options, whether verbal or written, made in the course of the mediation by any party, their agents, employees, representatives, or other invitees, or by the mediator, will constitute privileged communications, and will be deemed confidential and protected. Subject to the rule that evidence otherwise discoverable cannot be insulated from discovery by disclosure in a mediation, all such conduct, statements, promises, offers, views and opinions, whether oral or written, will not be discoverable or admissible for any purposes, including impeachment, in any litigation or other proceedings involving the parties, and the same shall not be disclosed to anyone, including a referring court.

6. No service of any subpoena, process, summons, complaint, citation or writ will be made or attempted on any person at or near the site of the mediation, or who may be entering, attending or leaving the session. The mediator will never be subpoenaed or called as a witness by any party to such a proceeding.

Executed this \_\_\_\_\_ day of \_\_\_\_\_, 20\_\_ in \_\_\_\_\_.

\_\_\_\_\_

### **Practical Suggestions for Mediator's Opening Statement**

Since this is the mediator's opportunity to set the tone and build rapport, there are some forensic techniques that can help achieve those goals:

- Be formal, but not too formal.
- Personalize your opening and make it "your own", not something prepared by someone else and delivered by rote.
- "Tell" your opening, do not read it.
- Maintain eye contact (equally) with the parties.
- Keep the introduction the appropriate length. It should be long enough to signal a break from the act of getting situated in the room to actually beginning the process but not so long that that parties lose focus. Many mediators find that an opening of five to seven minutes achieves that transition.

### **Party Presentations**

At the conclusion of the introduction phase, the mediator invites the parties to make brief oral presentations regarding their positions and asks them to state what they hope to accomplish in the mediation.

In many cases the party's attorney will make the introductory presentation on behalf of the client. In other mediations, both the attorney/advocate and the party will make preliminary remarks. Regardless of the format, during this party presentation the speaker [attorney, client or both] should be educating the mediator and other parties about:

- the party's version of the facts,
- underlying issues,
- an initial idea of what they are asking for and/or willing to do to compensate the other side (if anything).

An experienced mediator usually will encourage the parties to listen attentively to this exchange of information, because it often represents the first meaningful communication since the inception of the conflict. Although the format of this exchange is informal and relaxed, the mediator maintains careful control over the process so that each side has an uninterrupted opportunity to speak and be heard.

It is not unusual for legal and factual issues can become muddled and distorted during the parties' presentations. The parties' presentations tend to set the tone for the negotiations, and they may have considerable impact in motivating the other side to accept a reasonable settlement.

#### *Mediator's Analysis*

After both sides have made their presentations, the mediator should have a reasonably good idea of the issues underlying the dispute and the parties' positions on those issues. The mediator should also have some preliminary notions about problems that may occur during the mediation, including the potential of a power imbalance and whether the parties may work together in developing creative solutions to the problem.

At the end of the party presentations, the mediator may have remaining questions about the dispute, the parties positions, their relationship with one another, or the state of negotiations leading up to the mediation. It is appropriate for the mediator to ask questions and seek clarification. In doing so, the mediator should stay aware of these guidelines:

- Some questions are more appropriately asked in a confidential setting.
- The mediator's role is not to resolve contested facts.
- Mediation is a forward-looking process rather than a quest to assess responsibility or blame.
- The mediator's questions at the phase should never resemble "cross-examination" of a party.

### **Issue Identification and Agenda Setting**

In the opening presentations, the parties will usually tell the mediator which "issues" they feel are most important. Indeed, most parties are eager to advise the mediator about the "problem" in order to achieve an acceptable settlement. The "position" of the party is typically very clear and explicit. The underlying "interest", or reason a particular position is important, is less so.

As a result, even though the parties may have defined the relevant legal issues to be addressed, those issues may not be the key to resolving the dispute. The mediator may need to go further to explore issues. Often the mediator is able to identify these special needs and interests through confidential discussions with the parties. Even though that probing will take place later in the process, the stage for that conversation can be set in this preliminary identification of issues and agenda setting phase.

#### *Identifying the Issues*

The mediator will begin developing a list of the party's issues, making an effort to reframe those issues in neutral language that both removes their partisan and inflammatory rhetoric and shifts perceptions in order to facilitate later negotiation. This "issues list" will serve as the "menu" or template of the negotiation dialogue that follows.

#### Reframing Examples:

Party Statement: "I refuse to work with him any longer!"

Mediator Reframe [i.e., what's listed on board]: "Supervision arrangements"

As the list is being developed, the mediator continues to review it with the parties to check for its accuracy and completeness.

Helpful techniques that the mediator should consider employing include:

- Writing the issues on a flip chart or board so that nothing is overlooked.
- Confirming with the parties that nothing is missing and stressing that list can always be expanded.
- Avoiding having a "single" issue list.

#### *Setting the Agenda*

Once the issues after been determined, the mediator's next task is to determine the order in which to discuss them. This is a strategic task and will involve re-ordering the items on the issues list rather than merely addressing them in random order as they appear.

Mediators employ a variety of strategies to set the agenda, including:

- Asking the parties which issues they would like to discuss first [their view of the order of importance]
- Having the parties alternate in picking the order of issues to address
- Beginning with the “easy” issue on the theory that resolution of a simple issue will be the first “victory” in reaching agreement and set the stage for larger settlement
- Beginning with the most difficult issue on the theory that if there is no possible resolution there, then a series of small agreements are meaningless
- Dividing issues by subject matter groupings, and then within each group moving from easy to hard [or vice versa]
- Identifying “building blocks” to a larger resolution

## **Parties’ Negotiations**

### *Joint and Separate Conferences*

Following the parties’ presentations, issue identification, and agenda setting, the mediator must decide whether to continue with the joint meeting or whether the parties should be separated for private, confidential meetings with the mediator.

These separate meetings, known as caucuses, are frequently used where:

- there is some animosity between the parties,
- where one or both parties request one,
- where each party needs a separate room to discuss negotiation bids and settlement options
- where the mediator needs to meet individually with one or both sides to seek clarity on an issue identified during the party presentations.

The caucus model provides an opportunity for parties to confer privately in developing their negotiating bids and make responses. It also allows the parties to vent feelings of anger or frustration in a private session with just the mediator present. During the caucus session, the mediator may translate into “neutral language” the parties’ bargaining bids and responses and offer encouragement for their continued negotiations. If an impasse should develop during this bargaining stage, the mediator may call the parties together in a joint meeting for the purpose of discussing their next course of action.

### *Gathering Information*

During the course of the negotiating process, the mediator continues to gather and analyze information. This information gathering is important, because most parties, during their opening presentations, will have concentrated only on the information they believed to be important. In subsequent conversations, the mediator should review the information received in the opening presentations and explore with the parties whether there are additional facts bearing consideration. In this way, the mediator begins to identify and bring to the surface other issues and interests which may motivate the parties in their efforts to reach an acceptable settlement.

### *Restating and Analyzing Positions*

In the course of gathering this additional information, the mediator may restate the parties’ positional statements in neutral language and help them analyze the merits of their positions. This reframing [restatement] process serves several purposes: it is an active listening technique that shows the parties they are being heard and someone understands their point of view while defining the issues and interests from a perspective that aids the parties in making an objective evaluation of their respective positions, expectations and demands.

### *Obtaining and Transmitting Settlement Offers*

After the parties have been given ample opportunity to express themselves, the mediator may encourage them to begin settlement negotiations. Usually, these negotiations are distributive in nature, so that one party, usually the claimant, makes a demand for money or other thing of value for the purpose of eliciting a responsive bid from the other party.

During these negotiations, the mediator serves both as a neutral messenger and as a neutral advisor. As a neutral advisor, the mediator may offer objective advice about the progress of the negotiations. The mediator also provides helpful information regarding the productivity of the bargaining process. In giving this advice, however, the mediator must maintain complete neutrality and respect the confidentiality of the parties' private communications. As the negotiations progress, the mediator may encourage the parties to explore new settlement possibilities, but the mediator should avoid recommending one particular option over another. The mediator's role at this stage is simply to encourage the parties to continue their negotiations and to help them decide which settlement option is to their best advantage.

### *Creating Settlement Options*

In many cases, the parties will be able to resolve their dispute by negotiating a payment of money.

Some cases, however, may only be resolved through creative settlement agreements. In these cases, the mediator must work with the parties in brainstorming ideas about ways in which the dispute might be resolved. The parties should be encouraged to suggest a variety of ideas, no matter how ridiculous they might seem. If the mediator is able to establish a creative and collaborative atmosphere for the problem-solving effort, the parties themselves usually will find their own solutions. The term often used when referring to this kind of problem solving is "*thinking outside of the box.*" The mediator should serve as the facilitator and motivator for the process, but should avoid suggesting specific options too early in the brainstorming process. What may appear to the mediator to be a most reasonable and viable solution may not seem appealing to one or both of the parties.

In this brainstorming process, the mediator should encourage the parties to think "laterally" and "*outside the box*" so their creativity is not limited by the apparent parameters of the dispute. In appropriate circumstances, the mediator may ask questions to solicit additional options that may have been overlooked. Throughout the problem-solving exercise, the parties should be challenged so that they cooperatively look for mutually advantageous solutions.

Brainstorming techniques include an environment in which the participants are told:

- There should be no criticism, either of your own suggestion or someone else's.
- All ideas are worth thinking about, even if they seem unusual.
- Talking about an idea is not the same as adopting it.
- It is permissible to build on someone else's suggestion but not to edit or modify it.
- The decision-making process will come later.

### *Testing Settlement Options*

Whenever one party suggests a particular solution, the mediator should help that party analyze, test, and evaluate the option. By asking questions, the mediator should help the parties decide whether the suggested solution is realistic. These questions should be open-ended as opposed to directive in nature in the beginning. Once it is apparent the parties begin to see realistic value in a given solution, the questions may become more narrow and directive. When a mediator assists the parties in analyzing their options through a series of open-ended questions, this process is referred to as "*living in the question.*" Only after this initial

testing and evaluation should the mediator propose the option (in neutral terms) to the other side in the form of a question. Once the parties have tentatively agreed that a particular option is acceptable, the mediator should return to the option again and discuss its pros and cons in detail with both sides. At this point, if all parties agree, the mediator is ready to help the parties close their agreement.

### **Closing the Agreement**

#### *When Agreement is Reached*

If the parties' negotiations result in a settlement, the mediator will assist them in reducing their agreement to writing. Sometimes, the complexity of the dispute will require further documentation. If that is the case, the mediator should encourage the parties to reduce the terms of their agreement to a "memorandum of understanding", which will serve as a benchmark for their continuing discussions.

A Memorandum of Understanding should be viewed as an initial draft of a more formal document – the Mediated Settlement Agreement. A Memorandum of Understanding is often drafted by one of the parties' lawyers or by the mediator before the end of the mediation session. At a minimum, the Memorandum of Understanding should:

- cover essential parts of agreement,
- ensure the parties understand the agreement,
- demonstrate the parties agreement that it is to be binding and enforceable, and
- be signed during the mediation session.

Since a Memorandum of Understanding sets out the basis for the final agreement, it should ensure that all relevant terms are incorporated. The goal is to ensure that the ultimate agreement does not result in another dispute.

The mediator may assist the parties in assuring a concise Memorandum of Understanding by addressing the following issues:

1. The basic terms of the settlement
2. Promises to perform or not perform certain actions
3. Specific provisions regarding the payment of money
4. The actions required to carry out the agreement
5. Designation of the persons responsible for carrying out each action
6. A schedule for implementing actions
7. Criteria for measuring the effectiveness of compliance
8. Future relationship, if any, between the parties
9. Identifying any special conditions required for final approval
10. Specific representations relied upon as material inducements to the settlement
11. Confidentiality
12. Release Terms
13. Dismissal
14. Enforcement procedures
15. Procedures for resolving remaining issues
16. Mechanism for resolving disputes that arise in drafting or carrying out the settlement agreement

Unlike an arbitrator, the mediator will never render an award or bind the parties to any agreement, but should assist the parties in outlining their points of resolution in a Memorandum of Understanding that will ultimately become a Mediated Settlement Agreement. If the parties to mediation reach a settlement, they may be bound by the terms to which they have agreed.

#### *If an Agreement is Not Reached*



If the parties do not reach a settlement, but the mediator feels that further negotiations will be productive, the mediator may direct the parties to:

- (1) continue their settlement discussions and maintain contact with the mediator;
- (2) resume the mediation at some later date;
- (3) gather further information or engage in an evaluative exercise; or
- (4) consider some other ADR process such as binding arbitration.

#### VI. Post-Mediation Communications

If the parties do not reach an agreement at the initial mediation session, the mediator should try to encourage the parties to engage in future negotiations. Because the parties will likely have a variety of settlement options yet available to them, it is probable they will be able to negotiate a settlement at some future date. A patient and persistent mediator is often rewarded by the passage of time.

Many complex mediations do not involve only one session with a mediator. The process may span several months. This is true for both domestic and international disputes.<sup>9</sup>

### III. Communications

Good communication skills are the most effective tool that a mediator brings to the facilitated negotiation. Critical communication skills include more than the effective use of questioning, it also includes listening.

#### 1. Types of Communication

##### 1.1. Non-Verbal

Eye contact, hand gestures, facial expressions, body positioning, vocal tone, and pitch all convey messages to the receiver. These non-verbal communications are often more telling of a person's true feelings than verbal exchanges.

Communication theorists suggest that a speaker's words comprise only 7% of the message communicated to the listener. The bulk of a speaker's message, some 93%, is expressed in non-verbal communications:

- 38% is conveyed by tone of voice and facial expressions, while
- 55% is conveyed by the speaker's body language.

Because such a large part of people's communication is non-verbal, mediators must pay close attention to their own and to the parties' tone of voice, facial expressions, and body language.

By paying attention to non-verbal communications, mediators can ascertain both the substantive *content* as well as the *effect* of the speaker's message, thereby gaining a better understanding of the nuances underlying the dispute.

##### 1.2. Verbal

Verbal communication has two equally important components – speaking and listening. An effective mediator must cultivate both skills sets.

---

<sup>9</sup> For example, the International Chamber of Commerce [ICC] explains this process as: If no agreement is reached at the end of the mediation session(s), the mediator may, with the agreement of the parties, continue to work with them over the following days or weeks to assist them with their continuing negotiations. This further assistance may be provided in any way that is convenient and practical, for example through follow up telephone discussions, emails, videoconferences or meetings. <http://www.iccwbo.org/Products-and-Services/Arbitration-and-ADR/Mediation/Rules/Mediation-Guidance-Notes/>

## 2. Listening Skills

The mediator's active listening technique not only assures the parties they have been heard and encourages them to give additional information, it provides valuable feedback to the parties and serves as a model for them to follow in their negotiations with one another.

The mastery of active listening requires practice and concentrated effort. Even experienced mediators sometimes are distracted by thoughts of their next moves. Effective mediators must be able to clear their mind of these distractions and listen actively to the party's verbal and non-verbal communications.

### 2.1. Non-Verbal Active Listening

In active listening, the listener's *demeanor* tends to encourage the speaker to keep talking. By a simple nod of the head, the listener can show active interest and urge the speaker to continue. Traditional non-verbal aspects of active listening include:

- Silence: providing the space for a party to collect thoughts, respond to questions
- Body language: typically an open and relaxed posture
- Eye contact
- Gestures of support: for example, nodding, leaning forward rather than pulling back
- Facial expressions

Listening for details is also a part of the active listening process. Therefore, the mediator must balance the importance of taking notes with the need to maintain eye contact verbal communications with the speaker.

### 2.2. Verbal Components of Active Listening

Active listening can serve as a "mirroring" process, which plays back the speaker's message and feelings in a neutral, non-judgmental manner. By paraphrasing and summarizing the speaker's words, the mediator can show the speaker his or her message was understood and accurately interpreted. This "play-back" in turn encourages the speaker to elaborate and clarify his or her position. This, together with reframing, can aid a party to begin to understand how the dispute might be perceived by an objective, neutral party.

It is important to remember that:

- Mirroring is not the same as agreeing.
- Empathy is not agreement.
- Active listening should not damage the party's perception of the mediator's neutrality and impartiality.

The verbal activities found in active listening can be grouped into four areas:

- Paraphrasing
- Summarizing
- Reframing
- Questioning

#### **Paraphrasing**

Paraphrasing involves repeating what a party has said without adding or subtracting information. It is not the same as "parroting" back the same wording. Instead, it uses language similar to the speaker's words and often seeks to reflect back emotional content as well.

Example: "I can't believe they violated the terms of our agreement"!

Parroting: "~~You can't believe they violated the terms of your agreement.~~"

Paraphrasing: "You are angry about their conduct and feel disappointed".

## 1. Summarizing

This technique is typically used at the beginning or end of a major section. It is similar to paraphrasing. The mediator is attempting to condense and capture the essence of the information.

## 2. Reframing

Reframing is a restatement of what a party has said that seeks to:

- Temper partisan statements, by removing negativity
- Translate into neutral wording
- Show understanding of / empathy with the speaker's perspective
- Shift perspective

The mediator always wants to reframe for a purpose, but that purpose may vary. Consider the following example:

Original Statement:

Party, who is a bank representative, says, "They're complaining about our practices but they have no clue about what really happens in our industry!"

Purpose – Reframe to take out toxic [negative] words:

"You do not think their view accurately reflects industry practices."

Purpose – Reframe to show empathy: "You are frustrated because you do not think their view is accurate."

Purpose – Reframe to shift perspective:

"You want a fair proposal that is responsive to current banking practices."

## D. Asking Questions

During the information-gathering stage of the mediation and throughout the negotiations, the mediator will ask questions encouraging the parties to provide information about themselves and the dispute. In the initial phases of the process, the mediator should resist any temptation to immediately narrow the focus of the dispute. In early sessions, the mediator should ask questions that are "open-ended" and call for clarification rather than "Yes" or "No" answers. For example, the mediator may ask:

- What do you think?
- How did you feel when...?
- Tell me more about....
- Could you explain...?

These and other open-ended questions usually elicit the broadest types of answers. The mediator may employ other types of questions to elicit specific information. Using the right type of question at the right time is something mediators learn through practice.

Often a mediator needs to ask parties to clarify their statements. Some questions tend to invoke more focused response:

- Help me to understand why the automobile is not worth \$2,000.
- What, specifically, about your health is your main concern?

To the extent possible, the mediator should avoid asking leading questions that suggest an answer. For example, the mediator should avoid closed-end questions such as:

- You've had back trouble before, haven't you?
- The red car was going over 70 mph, correct?

The use of closed-ended questions may sometimes be required to confirm a party's wishes regarding a particular matter or to elicit specific, factual information. For example:

- Tell me again, why do you want to continue working at the plant?
- How many years did you work for Tbilisi Power Company?

But a mediator should usually avoid asking compound questions such as:

- Should the government spend more on education and less on scientific research?
- How satisfied are you with your job and compensation?
- Is the software going to be interesting and useful?

### **3. Changing Perceptions**

#### **3.1. Cultural Perceptions**

People of one culture often make broad generalizations or assumptions about people of other cultures. These assumptions can be based on a wide variety of factors, ranging from obvious differences such as age, gender, race, nationality, and ethnicity to more subtle factors such as personal values, education, economic or social status, and sexual orientation.

Mediators should be aware of the impact that such cultural stereotyping can have on the mediation process. There is a wealth of social science literature to help mediators become attuned to possible cultural differences that might arise during the mediation process.

#### **Cultural Differences**

#### **3.2. International Differences**

People from diverse cultural background often ascribe different meanings to non-verbal communications. For example, the American "okay" signal (index finger and thumb in a circle, with remaining fingers pointing up) might be considered

- vulgar or obscene in Brazil and Germany,
- impolite in Greece and Russia,
- as a sign for "money" in Japan,
- as a sign for "worthless" in France.

Pointing with the index finger may be considered impolite in some Middle and Far Eastern countries where pointing is often done with the open hand.

Personal space customs may also become relevant. In America, people tend to remain an arm's length apart, whereas in some other cultures a distance of eight to twelve inches may be the norm.

Similarly, people from different countries have various negotiation styles. In some countries, slight pauses simply allow time for thought and do not indicate either rejection or assent. In some countries, punctuality is considered a sign of respect; in others it may be acceptable to arrive at a meeting 30 to 45 minutes late. In some cultures, negotiators may use the terms such as "We will see" to actually mean "No." In other countries, negotiators may make implausible excuses or pretend not to understand English rather than having to say "No."

Cultural differences can impact a party's assumptions about a wide range of behavior and communication styles, such as:

- When is the proper time for expressiveness and reserve?
- What is the role of "apology" in interactions?
- How much socializing is appropriate before "getting down to business?"
- How should males and females properly interact?

- Where is the line drawn between appropriate concern or interest and unwarranted intrusion?
- What problem-solving style is dominant: cooperative or competitive?

### **Ender Differences**

Even among people with a shared racial or ethnic cultural heritage, the issue of gender may play a significant role in negotiation. This may be manifested in nonverbal communications such as different way men and women may arrange seating at the mediation table.

Sociolinguists suggest that men may use conversation as a tool for status preservation. In contrast, women view talking as a tool for relationship building<sup>10</sup>

### **Socio-Economic Differences**

It is sometimes difficult for people from disparate socio-economic backgrounds to understand the other party's hopes and fears. These cultural differences may affect the mediation process and the mediator must seek to lessen any degree of discomfort felt by one party or the other. The mediator should take sufficient time to establish a rapport with all parties participating in the mediation and be sensitive to any effort to project one party's personal norms onto people from another culture. The mediator's role in reality checking and clearly defining the terms of any agreement should be given heightened importance when negotiating across cultural norms.

## **IV. Creative Caucus / Private Session**

### **1. Nature of the Caucus**

A caucus is a private session between the mediator and one of the parties to the dispute. It provides a venue in which parties may speak openly because the discussions remain confidential under the party expressly wants the mediator to relate something to the other side.

### **2. Determining When to Call a Caucus**

A private session/private meeting/caucus can be called by the mediator or requested by any of the parties. If the mediator is calling for a caucus, that decision should be based on a reason stemming from the mediation itself.

Once a caucus has been called, there is no prohibition to the mediator's reconvening the parties in joint session.

There are advantages to caucus that span the range from building trust in the process to confronting deadlock, they include:

- Providing a venue in which a party can open up and be more comfortable discussing certain aspects of the dispute itself or factors impacting possible resolution.

- Allowing the parties to "cool down" following a high level of emotional venting or in reaction to an initial low/high settlement offer.

- Presenting offers.

Similarly, there are potential drawbacks to using caucus, including:

- Damaging settlement momentum if the parties are communicating effectively with one another

- Shifting the emphasis from the parties to the mediator.

---

<sup>10</sup> Deborah Tannen, *You Just Don't Understand: Women and Men in Conversation* (1990).

### 3. Mediator's Activities During Caucus

- Asks for more information

*Technique:* "What will this mean to you if this settles? If it doesn't?"

- Probes about sensitive information that party may not initially wish to share in joint session

*Technique:* "Is there anything else you think I should know now that we're meeting in private?"

- Provides an opportunity for a party to "cool off", or, conversely, an opportunity to vent emotions privately

*Technique:* "Help me understand what's involved here from your point of view".

*Technique:* "Was there anything you heard in the joint session that surprised you?"

- Restates what was heard in joint session to confirm mediator's understanding

*Technique:* "If I understood what you said correctly, you believe/want/think/feel"...

*Technique:* Ask the party to restate what they just heard the other party say in the joint session.

- Reality tests the strengths and weaknesses of the party's position

*Technique:* "What do you think will happen if this goes to Court?" "What do you see as your biggest obstacles if this goes to Court?"

*Technique:* "What do you think they see as their best strength?" "If they say X at trial, how would you respond?"

- Gives honest feedback

*Technique:* Discuss with each party their Best Alternative to a Negotiated Agreement.

*Technique:* Discuss how party arrived at an "anchor" figure or offer. For example, how was the number developed, what research was conducted, what objective criteria was used, and what assumptions were relied upon by the party.

*Technique:* "If you were in her shoes, how would you respond"?

- Helps generate new proposals

*Technique:* If negotiations have stalled, ask party why they think they are at an impasse.

*Technique:* Explore cognitive barriers to settlement such as risk aversion, selective perception, overconfidence bias, and reactive devaluation.

*Technique:* Reframe. For example, discuss "settlement" as a gain rather than a compromise.

*Technique:* "Expand the pie"

*Technique:* Brainstorm

*Technique:* Bracket offers to identify a range in which the parties could settle the dispute

*Technique:* "How have others resolved issues like this?"

*Technique:* "Are there independent standards that are commonly used in this situation"?

### 4. Process Considerations

Regardless of who requests the private session [mediator or a party], there are standard steps the mediator should follow:

- Always begin the first caucus with each party with a discussion of the confidentiality of the process. For example: "Nothing you say to me during this meeting will be shared with the other side unless you give me permission to do so".

- Always end with an express summary of the points [if any] that the party is prepared to share with the other side.

Additionally, there are some mediator techniques that can increase the effectiveness of private sessions:

- If meeting privately with one party, then meet privately with the other party as well. This promotes the appearance of neutrality because the mediator has mirrored the identical process for each disputant.

- Stay aware of how much time is spent with each party. If it is getting to be a lengthy session, the mediator should take a break and check in with the other party to advise them of next steps.
- Give the party with whom the mediator is not meeting an “assignment” relating to the dispute for them to be considering while the mediator is meeting with the other party. For example, “While I am meeting with X, I’d like you to consider what is likely to happen next if we don’t reach a settlement today”.

## **V. Confronting Impasse**

### **1. Impasse Happens**

No matter how skillful the mediator, occasionally one party will reject the other party’s last offer and decline to make a responsive offer. When this occurs, the parties have reached an apparent *impasse* in their negotiations. This impasse does not mean, however, that further negotiations will fail; it means only one or both of the parties are unwilling to make any further negotiation bid *at that time*.

An impasse is a common occurrence in mediations, and the mediator should not be discouraged when one occurs. Indeed, the mediator should simply accept the fact the parties are then unwilling to proceed further with their negotiations and analyze whether further negotiations are advisable. Usually, the parties do want to settle their dispute and are frustrated with their inability to reach a settlement. It is the mediator’s job to encourage further communications and to help the parties overcome the communication blocks that led to the impasse.

#### **1.1. A Impasse Avoidance**

Often, the mediator may help the parties avoid the negative aspects of impasse by *teaching* them, at the beginning of the mediation, how to deal with barriers to their settlement negotiations. By educating the parties about the dynamics of the negotiation process, the mediator may prepare them for the potential of impasse so they do not overreact if one should occur. Thus, the mediator, when obtaining the parties’ commitment to negotiate in good faith, should ask for their commitment to continue their communication even in the face of an apparent impasse.

#### **1.2. When Impasse Occurs**

If the parties do find themselves in an impasse, the mediator should look for new and creative ways to help them overcome their communication barriers. Sometimes the mediator may simply encourage the parties and their counsel to search harder for possible solutions. Frequently, the parties and their lawyers will come forward with solutions the mediator has overlooked. Moreover, when parties have reached an impasse, they often become more attuned to the consequences of not reaching resolution. Thus, in the face of such consequences, the parties may be more inclined to give consideration to issues of risk, time, cost, and emotional stress. In essence, they may be more willing to consider their BATNA, weighing the consequences of not settling against what they consider to be an undesirable settlement. The mediator should also remind the parties that their decision to litigate removes them from the position of being able to decide their own destiny and that a judge or jury whom they have never met will make the ultimate decision in their dispute.

Sometimes, the parties are unable to distance their emotions from the business aspects of the dispute. In such a situation, the mediator should give the parties another opportunity to vent their emotional frustrations, and then try to persuade them to look at the dispute from a business perspective. The mediator may also ask the parties to restate their respective positions, so the issues may be rephrased in a different way. This sometimes enables the parties to move away from their previous “stonewall” position and to change their bargaining stance without appearing to “give in.”

Finally, the mediator may decide to re-examine areas possibly revealing interests not previously discussed. This may be especially useful if the parties have not fully discussed their interests and, instead, continue to argue the facts and the law. This exercise goes hand in hand with the process of discovering the parties' real motivations and getting past their emotionalism.

## 2. Specific Barriers to Settlement

In today's litigation environment, the mediator faces a number of barriers to settlement which are inherent in the adversarial process. Below are some specific barriers and some possible ways a mediator may avoid or overcome them.

### 2.1. Lack of Adequate Settlement Authority

An impasse may occur if one of the party's representatives appears at the mediation without adequate and ultimate decision-making authority. When a party's representative is given only limited settlement authority, this limitation tends to "anchor" the representative's negotiation ability and destroy the flexibility of the bargaining process. Once the parties perceive their position as being inflexible, their negotiations often result in a stalemate.

**Solution:** The mediator should determine, in advance of the mediation if possible, all parties and make sure their representatives have adequate authority to settle. The mediator need not obtain a commitment of settlement authority for the full amount of the other party's demand; however, the mediator should be sure settlement authority exists within the *framework* of the demand. If an ultimate decision-maker cannot attend the scheduled mediation, the mediator may elect to postpone the mediation until the person is available. However, if both sides want to go forward with the mediation, the mediator may decide to proceed on the assurance that the ultimate decision-maker: (1) will be available by telephone, and (2) usually will follow the party representative's recommendations in deciding whether a particular settlement is advisable.

### 2.2. The Party Advisor

Sometimes a party will arrive at mediation with an *advisor*, such as a spouse, a son or daughter, a boy-friend or girlfriend, or simply an interested acquaintance. In cases where there is insurance coverage, an in-house adjuster or an adjuster often accompanies the defendant from a separate firm. A corporate defendant or claimant may arrive with a plethora of people who are supposedly knowledgeable or needed in the decision-making process. Depending on the personality and role of the party advisor, their participation may either help or undermine the mediation process.

**Solution:** The mediator should carefully consider whether the party will be a help or hindrance to the mediation process. Mediation is a confidential process, and only those persons having some legal connection to the dispute are entitled to attend. Therefore, unless the mediator is persuaded that a party's "friend" or "advisor" will contribute to the mediation process, the mediator may decide not to allow the advisor to participate. In such a case, the mediator may simply advise the parties that only those persons having some direct interest in the dispute will be permitted to attend the mediation.

### 2.3. Economic Problems

Mediators have expressed concern about the increasing difficulties of settling civil litigation. With costs of litigation steadily increasing, what action may a mediator take to encourage obstinate parties to engage in good faith settlement negotiations?

**Solution:** The mediator may first explain to the parties the practical advantage of a settlement. Instead of describing mediation as a "procedural alternative," the mediator may explain how it is an "eco-



conomic opportunity.” For example, in the opening statement, the mediator may emphasize the money savings aspects of mediation and focus the parties’ attention on their pocket books. Throughout the mediation, the mediator may continue to stress the economics of litigation, discuss the present dollar value of cases heard by recent juries, consider the length of time it will take to get the case to trial, and make a list of all the expenses involved. The mediator should also explain there is an economic reality to everything, including a civil trial. While conducting these discussions, the mediator should concentrate his or her attention on the persons who likely will be the decision-makers in the case.

#### 2.4. The Secret Weapon

During private sessions with the mediator, it is not unusual for one or both of the parties’ counsel to tell the mediator about some dramatic evidence capable of destroying the other party’s case. Generally, this “smoking gun” evidence exists only in the unbriefed recesses of the lawyer’s mind and seldom has the explosive impact described to the mediator.

**Solution:** To meet and counteract such “hidden evidence” arguments, the mediator should encourage the parties to exchange all evidence and legal authority relevant to the mediation session. This gives opposing counsel an opportunity to challenge and respond to the legal or evidentiary arguments. In addition, the mediator may stress the uncertainty of litigation and point out the opposing counsel has not yet tested the issue. In these discussions, the mediator should encourage the parties to engage in realistic, deductive reasoning to test and evaluate their respective positions.

#### 2.5. The Time Problem

Sometimes a party or the party’s counsel may use the “bottom line” negotiation ploy: “I don’t have any more time,” or “My last offer is my bottom line. I’m out of here.” The mediator should usually disregard such expressions, because the passage of time is an essential part of mediation process. After the parties are given a sufficient amount of time to express their hurt, anger and frustration, they are much more apt to start thinking realistically about money and how they may reduce their losses. So the parties will have adequate time to “process” their dispute, the mediator should avoid imposing arbitrary time limitations on their negotiations.

**Solution:** Arbitrary time barriers generally arise at some point after a settlement offer has been made by one of the parties. To neutralize the impact of a time barrier, the mediator may often distract the party asserting the barrier by asking questions that do not relate to the settlement amount. These questions generally help the mediator prolong the mediation and focus the parties’ attention on realistic settlement options. Some types of distractive questions are:

- How much discovery remains to be done before trial?
- Do you plan to use an expert?
- What do you estimate will be the remaining cost of discovery?
- What will the expert charge?
- What will have to be submitted to the jury for you to prevail?
- Who are the witnesses you intend to use?
- What amount of recovery in cases like this have you experienced in the past?
- What is the worst case scenario?
- What about the discount factor in not getting your money now but several years from now?

If the mediation process is being conducted pursuant to a court order, the mediator may also advise the parties the court expects the parties to remain in attendance until the mediator has declared an impasse or a settlement has been reached.

## 2.6. Matter of Principle

It is not unusual for a party or their representative to become inflexible in their negotiation position, because of a “matter of principle”. For instance, an insurance adjustor may say that, “I have been handling these cases for 30 years and I’ve never paid as much as \$20,000 for a soft tissue injury.” Or, a corporate executive may state: “If we pay this one, we’ll have everybody suing us.” These “matter-of-principle” positions present serious problems for the mediator, because the decision-makers are often so emotionally tied to the position that rational thinking is very difficult.

**Solution:** Perhaps the best way to deal with this problem is with the formula: “Tenacity + Time + Doubt = Settlement.” The mediator should try to persuade the parties to undertake realistic risk evaluations and should focus the parties’ attention on the economic advantages of settlement as opposed to the cost and risk of litigation.

## 2.7. Multi-Party Problems

The mediator will likely have special difficulty trying to resolve multi-party cases, particularly those where various parties are denying responsibility or trying to shift blame to other defendants. Such cases usually involve complicated legal theories, and in many such cases, counsels’ discovery battles seriously drain the parties’ coffers and challenge the court’s patience. What may the mediator do to bring the parties and their counsel toward a realistic settlement?

**Solution:** Again, the mediator must try to focus the parties’ attention on the economic realities of the case. Also, the mediator should ask the parties to give their “worst case” scenarios about what a judge or jury would likely do regarding the law and equities of the case. This kind of discussion will often give the mediator valuable information about the parties’ views regarding the value of their case.

## 2.8. Angry Parties

Often one or both of the parties are so angry and frustrated that their anger prevents any rational consideration of the problem. In a contested divorce, for example, both parties may be very angry and upset, and they may also be very afraid, because the divorce jeopardizes their economic stability. Quite often, these angry parties simply want the mediator to transfer their hurt and angry feelings to the other side. This, of course, is beyond the scope and purpose of the mediator’s role.

**Solution:** The mediator should try to direct questions in an encouraging manner so that the angry party has an opportunity to vent. As the venting progresses, the mediator may explain how anger can be a barrier to resolution, typically resulting in increased party costs. The mediator can then reality test, asking which is more important to the angry party: (1) holding on to the anger and keeping the dispute alive and a financial and emotional drain, or (2) ending the matter now and being free from the economic and emotional burden. It is very important that the mediator be a good listener, because an angry party usually wants someone in an official capacity to hear their opinion about the dispute and about the other party.

## 2.9. The Law Argument

A mediator is often faced with issues of law in which the two counsel are diametrically opposed, each relying solely on his or her own undeveloped interpretation of the law. The legal issue may be quite simple or it may relate to some obscure and unsettled field of law. Regardless of the complexity of the issue, both sides often will contend their position is *clearly* right as a matter of law. What should the mediator do to help the parties resolve their legal dilemma?

**Solution:** A stalemate over a legal position often continues until the parties begin to doubt the strength of their positions. This doubt may be created in one of various ways.

- ❑ The mediator may recess the mediation until some future date so that counsel may brief the law or submit the matter to a neutral case evaluation process;

- ❑ The mediator may suggest the parties research the issue while the mediation continues in progress;

- ❑ The mediator may try to neutralize the problem by focusing the parties' attention on the equities. Questions such as, "Is it your opinion that even though your client entered into a written agreement to perform these services, and the plaintiff paid the full amount of the money provided by the contract, your client may convince a judge, as a matter of law, the agreement is legally enforceable? Are you basing your whole case on this position?"

- ❑ The mediator may stress that if both sides have reasonably strong legal arguments, the court's decision is essentially unknown and the parties should consider the certainty of settlement.

Using these methods, the mediation can encourage the parties to think more realistically and objectively about their positions. The mediator could also stress the point that a party does not always win a lawsuit simply because of their confidence in the merits of their position.

### **2.10. The Rambo Personality**

The mediator occasionally will be faced with a party or a lawyer who knows only how to succeed through intimidation. In such a case, the mediator must be firm and even-handed. From the very beginning of the mediation, the mediator must caution the parties and their counsel the mediation rules prohibit any form of disrespect or brow beating, and each and every participant must address the other in a civil manner.

**Solution:** If one side begins to intimidate the other, the mediator should bring the mediation to a halt with a courteous but firm admonition: "Please remember we are here to try to settle this matter, and name-calling will not help us reach our goal." If necessary, the mediator should take the party or the attorney aside and speak to them apart from the other side.

### **2.11. The Economic Disparity**

What should the mediator do when the damages are high but a party cannot pay? Even if liability is demonstrated, and damages are clear, the targeted party may have little or no financial ability to respond to damages.

**Solution:** In this situation, the mediator must reach into his or her "bag of tricks," and try to inject some new ideas for the parties to consider. The mediator might ask the parties if they have considered an installment payout represented by a note, or perhaps a structured settlement. Or, the mediator could ask if the doctors and chiropractor might be willing to discount some of the medical expenses. In some instances, the mediator might suggest the possibility of a bank loan, or finally, a consent judgment for an amount equal to or in excess of the settlement. Often the claimant does not believe the defendant is really insolvent, and sometimes a financial statement or audit will be necessary to convince the other party of that fact. Hence, the mediator's job is to encourage the parties to exchange enough information that they develop trust in one another's positions.

### **2.12. The Unfit Parent**

One of the most difficult areas of mediation involves the custody of children. The mediator seldom will have an "easy" custody dispute, and many custody cases will be settled only through litigation. Frequently, neither parent feels the other is a fit parent, and one party may have deeply bruised the ego of the other. Thus, a custody suit may not really be about children but about "getting even." Sometimes, custody cases are resolved by the passage of time, because of changes in the parties' lives. Intervening factors such

as job changes, financial problems, one or both of the spouses' involvement with a third party, children getting older, and other such life changes may cause the parties to rethink their intractable positions. But what may a mediator do to help the parties expedite this rethinking process?

**Solution:** The mediator must endeavor, by lengthy and specific questions, often in private caucuses, to remove the parties from the "here and now" of the dispute. The mediator should encourage the parties to look into the future and try to predict how the continued stress between them may affect the children's lives. The mediator may also point out to the parents that the children need both of them. Using economics as a driver, the mediator should explain how devastated both parties will be if they pursue their vendetta against one another. Sometimes getting the attorneys alone may help. The laundry list of the reality factors the mediator may stress includes:

- Economics – the parties cannot afford extended litigation;
- Bitterness will destroy them and the children;
- Look toward the future, toward new horizons;
- "Time" is what life is made of and it is being wasted;
- Consider the needs and desires of the children;
- Joint custody is not so awful;
- Both sides simply cannot win;
- Children need both parents.

Custody cases are difficult for everyone, and the mediator will need a full measure of imagination and patience to bring settlement to fruition.

### **3. Conclusion**

There is not one simple solution for every kind of settlement barrier. Most such barriers simply represent a "mind set" on the part of one or both parties. Generally, the mediator should continue to stress the economics of the case, focus the parties' attention on the equities, and try to get them to recognize there is always some doubt about the outcome of litigation.

As soon as the mediator perceives the existence of an impasse, the situation should be acknowledged in the presence of the parties, who should be asked to assist in finding ways to renew the settlement negotiations. In most instances, the parties and their counsel will respond affirmatively to such a request and will assume some of the responsibility for finding solutions. Once the parties begin to look upon the impasse as a common problem and to focus their collaborative energies on it solution, their cooperative actions often yield a solution.

Finally, the mediator must realize that some cases simply are not going to be resolved by mediation. The mediator must not feel personally responsible for the failure of the parties to resolve their problem if he or she has given the time and attention it deserves. However, the mediator must be tenacious, and the mediator should never give up just because a dispute is not ripe for resolution on a particular day. Impasse should not be viewed as a failed mediation. Rather, impasse may simply mean a case was not yet ready to settle.

## **VI. Representation in Mediation**

### **1. The Rationale of negotiation**

Most disputes, whether civil or criminal, are resolved by negotiation. Mediation itself is the process of inserting a neutral third party into the negotiation, not to decide the dispute, but rather to assist the parties in what up to that point has been a failed negotiation. In order to be an effective advocate in mediation, the parties and their representatives need to know basic negotiation's concepts. So too, an

effective mediator must be able to recognize, respond to, and use negotiation techniques in her efforts to help the parties resolve their dispute.

### **1.1. Value of Negotiation Skills**

We are all negotiators. In our personal and professional relationships, we negotiate almost daily. We negotiate with strangers, with our colleagues, and with our family and friends. Our negotiations range from bargaining with an automobile salesman over the price of a new car to a conversation with our spouse about where to go for dinner. Although these negotiations are important to us, most of us simply rely on intuition and personal experience when we negotiate. To become more effective as negotiators, we need to understand the conceptual theories of negotiation and learn how to apply these theories in our everyday practice.

### **1.2. The Negotiation Game/“Game Theory”**

Negotiation is sometimes referred to as a *people game*. Because negotiation is motivated by both psychological and sociological influences, each negotiation is a unique experience. An effective negotiator will seek to adapt his or her negotiation strategies to fit the particular circumstances. Often, the key to a successful negotiation is the ability to be patient and persistent, allowing the negotiation process to unfold within the game’s parameters.

Modern “game theory” refers to the study of strategic decision making. It is a method of applied mathematics, and is frequently encountered in economics, political science, psychology and logic. Its application to negotiation strategy is obvious: knowing the basis upon which decisions are made suggests that some negotiation approaches are preferable to others. One of the first applications of game theory was to the now famous concept of “zero-sum games” which are built on the model that one person’s gains exactly equal the net losses of the other participants.

Negotiations are conducted in every conceivable format. Negotiations occur at home among family members, at the workplace, in courts and administrative agencies, and in public bodies and institutions. Although negotiation practices may differ widely according to the forum, there is little difference in the basic nature of the process.

## **2. Methods of Negotiation**

### **2.1. Competitive Negotiation**

One traditional negotiation concept has been termed *competitive, distributive, or positional bargaining*. This negotiation method assumes the negotiating parties are motivated by egocentric self-interests and that there are limited resources to be distributed. In a competitive negotiation, it is assumed that one side’s gain necessarily results in the other side’s loss. Thus, the competitive negotiator’s primary goal is to maximize personal resources and satisfaction. The competitive negotiator is not particularly concerned about the potential impact of the negotiation on the parties’ future relationship.

The stereotype of a *competitive (or hard)* negotiator is one who is tough, demanding, dominating, forceful, and unyielding. The hard negotiator has a strong need to win and tends to see any conflict as a contest of wills. Often taking extreme positions, the hard negotiator tries to hold out longer than the adversary.

Sometimes this “hard” approach is successful, and the competitive negotiator “wins.” In that case, the other party will take less of the “pie” than if both parties had engaged in more cooperative negotiations. However, a competitive negotiation may not always be in the clients’ best interest. Hard strategies can backfire, causing resentment and animosity, as well as heightened commitment of the other side to win the adversarial contest. Moreover, such tactics tend to create barriers to future settlement discussions, and when carried too far, such strategies may put an end to meaningful negotiations.

## 2.2. Cooperative Negotiation

Another method of negotiation, sometimes called *cooperative or collaborative negotiation*, assumes that all participants have certain interests in common and that these interests may be advanced by collaborative negotiations. Here, the negotiators seek to identify the parties' *underlying interests*, and having done so, work to develop solutions that will satisfy both parties' needs. If the parties' claims seem to exceed available resources, the cooperative negotiators look for ways to expand the size, amount, or value of the subject to be distributed.

The stereotype of a *cooperative (or soft)* negotiator is one who seeks to avoid personal conflict at practically any cost. The soft negotiator tends to value an amicable settlement over receiving a fair share of the item in dispute. Thus, a soft negotiator may make substantial concessions just to reach a peaceful agreement. Unfortunately, once a settlement has been reached, the soft negotiator may feel inept, exploited, and bitter about the negotiation process.

It is difficult to say which negotiation theory, *competitive* or *cooperative* will produce the best results in a given case. Studies have shown that each negotiation method has its advantages and disadvantages. Negotiators must be aware of the different approaches and be able to recognize and respond to the different negotiating styles.

## 2.3. The Principled Approach

Another negotiation method, the *principled* approach, incorporates some aspects of both the competitive and cooperative theories.<sup>11</sup> In this type of negotiation, the negotiators look for areas of mutual interest, and if those interests conflict, they try to agree upon the value of their respective positions according to some fair and objective standards. It has obvious advantages even where one negotiator has adopted a competitive approach.

In a principled negotiation, the negotiators work side by side, attacking the problem (and not each other); they focus on interests (not positions); they generate options to create mutual gains; and they test the viability of those options by some objective criteria.

To be effective in a principled negotiation, the negotiator must act rationally; try to understand the position of the other side; communicate effectively; and behave in a reliable and ethical manner. In essence, the negotiator must seek to establish mutual trust by accepting the legitimacy of the other party's motivation.

## 2.4. The Negotiation Style

Negotiators tend to adopt a negotiation style that is comfortably aligned to their individual personalities. However, negotiators should be versatile in their approach to negotiation and try to adapt their style to meet the needs of a particular situation. Thus, an effective negotiator will seek to develop negotiation strategies that protect the client's interests, while discouraging the opponent from engaging in unproductive gamesmanship.

Consider adding: Counsel's obligation to check with client and involve in decision

When a negotiator fights hard on a substantive issue, it often tends to increase the pressure for an effective solution. However, being firm in a position does not mean being closed-minded to the other party's point of view. Indeed, many successful settlements may be attributed to the ability of negotiators to maintain a firm position on the issues and an open mind on the arguments of the other party. When negotiators are *firm* and *cooperative*, they likely will be successful in their efforts.

---

<sup>11</sup> Roger Fisher, William Ury and Bruce Patton, *Getting to Yes: Negotiating Agreement Without Giving In* (2011). The four basic principles focus on: 1. Separating the People from the Problem 2. Focusing on Interests, not Positions 3. Inventing Options for Mutual Gains 4. Insisting on Using Objective Criteria

### 3. Stepping Into the Other Party's Shoes

The role of a negotiator is not to make it hard on the other party to come to an agreement. Indeed, it is exactly the opposite. An effective negotiator will try to generate options that will be perceived by the other party as clear, appealing, and consistent with that party's needs and interests. How does the negotiator create such desirable alternatives? By gathering accurate information regarding the other party's needs and wants, and by placing himself or herself in the other person's shoes. Thus, an effective negotiator must work diligently to understand and appreciate the other party's meet those needs.

#### 3.1. Different Perceptions

People tend to see the world from their own standpoint. When faced with complex information, they tend to emphasize facts that confirm their prior perceptions and to disregard facts that are contrary to their views. In view of this tendency, it is not surprising that a party to a dispute sees the conflict solely from his or her own perspective and refuses even to acknowledge the possibility that the other party's position may have merit.

An effective negotiator must be able to see the dispute as the other side sees it. In essence, the negotiator must try to *understand* the opposition's viewpoint, even if it does not appear to have much merit. Once the negotiator can examine the dispute from the opposing party's perspective, he or she is in a much better position to define the parameters of the conflict and to develop appropriate negotiation strategies.

#### 3.2. Restating Positions

A negotiator should generally be willing to engage in frank discussions with the opposing side and to give objective recognition to the strength of the other party's position. The negotiator need not agree with the opposing viewpoint, but he or she should actively listen to and acknowledge an understanding of that viewpoint.

Some negotiators, as a matter of strategy, consistently ignore or refuse to concede any validity in the other side's viewpoint. Other negotiators, however, often do just the reverse and openly give recognition to the other point of view. Sometimes, the negotiator even restates the other party's position to show that their viewpoint has been heard and understood. After restating the other side's case in its strongest light, the negotiator may refute it with a reasonable analysis. This bold strategy tends to give credence to the negotiator's own position, making his or her case seem even stronger, and helps the other side better understand the relative strengths and weaknesses of their case.

#### 3.3. Identifying Mutual Interests

An effective negotiator must look beyond the other party's stated position and try to identify any underlying interests. When two people disagree and take opposite sides of an issue, they often assume that their interests are opposed as well. For example, a landlord seeking to raise a tenant's rent may assume he has nothing in common with the tenant, who wants to maintain the rent at its existing level. Such an assumption is usually incorrect. One common interest of both parties is stability. The landlord wants a stable tenant; the tenant wants a permanent address. Both want to see the apartment well maintained. Both are interested in a good relationship with each other. The landlord wants the rent paid on time; the tenant wants the premises kept in good condition.

Thus, even when parties have dissimilar interests, they share certain basic *human* needs:

- a need for security
- a need for economic well-being

- a need for a sense of belonging
- a need for recognition of their value
- a need to control their own destiny.<sup>12</sup>

These needs are always present even in disputes ostensibly about money. The negotiator's task is to identify which of these needs, in addition to or in lieu of money, are most important to the other party. If the parties may negotiate a compromise on the basis of shared interests, they may usually reach a mutually acceptable compromise. For example, the landlord might be willing to extend the term of the lease in return for an increase in rent, which in turn will enable him to refurbish the apartment units.

One-way to identify the other party's underlying interests is to ask questions. *Why does the landlord want a higher rental? Simply for more money? Or, does he want a higher rental to refurbish the apartment units?* Getting the answers to such questions helps the negotiator understand the landlord's demands and responds to them more intelligently.

## **4. Investing in the Outcome**

### **4.1. Collaborative Problem Solving**

When people seek to persuade others of the merits of their position, they may choose one of two paths: They may either invite the other party to participate in the problem-solving exercise or they may decide the outcome they want to achieve and try to persuade the other party of its merit. Too often, people choose the latter course of action.

Unless both parties participate in the problem-solving process, one may reject any proposal made by the other. Thus, no matter how meritorious the proposal appears, the other party's resistance may usually be expected. Experienced negotiators are aware of the need to have both parties involved in the problem-solving effort so they both will feel they have designed the outcome.

People involved in a dispute are often loath to look at alternative solutions. Convinced that they are "right", they seek only solutions that tend to vindicate their positions. In most disputes, the parties are reluctant to consider alternative solutions, because they:

- have a strong mind-set that tells them their position is the correct one;
- seek only a single answer to the problem;
- assume there is a fixed "pie" of finite proportions;
- think solving *their* problem will solve the *only* problem.

The last reason may need some further explanation. People tend to focus on their own problems, not those of their adversaries. Therefore, in negotiating a compromise, people tend to look only to their own self-interest and are slow to recognize the need for a settlement that will serve the interests of both parties. An effective negotiator will try to elevate the negotiations above such self-serving influences and will look for settlement options that meet the needs of both parties.

### **4.2. Best Alternative to Negotiated Settlement**

During negotiations, the negotiator will seek to further identify underlying interests and to clarify erroneous perceptions. The negotiator will also participate in the invention, testing and selection of viable settlement options. During this stage in the negotiations, an effective negotiator will continuously re-assess his or her "Best Alternatives To A Negotiated Agreement" (BATNA).

---

<sup>12</sup> Consider Maslow's hierarchy of needs: *Physiological* [e.g., breathing, food, water, sex, sleep]; *Security* [e.g. employment, family, health, property]; *Love/Belonging* [e.g. friendship, family, intimacy]; *Esteem* [e.g. self-esteem, respect by others, achievement] and *Self-Actualization* [e.g., the realization of full potential]. Abraham Maslow, *A Theory of Human Motivation* (1943).



This BATNA simply represents the negotiator's ultimate "fallback" position, requiring the negotiator to continuously ask himself the question: "What will be the consequence if I refuse to negotiate further?" By continuously making this BATNA re-assessment, the negotiator may determine whether and when to accept or reject the other side's proposals. The BATNA will change during the course of the negotiations as the negotiator gains additional information and insight.

The BATNA should include all relevant factors such as:

- risk evaluation,
- transactional and emotional costs, and
- time expenditure.

## **VII. Confidentiality**

It is critical to the mediation process that parties have faith in the process, as well as in the neutral facilitator. Absent such confidence, it is often difficult, if not impossible, for the mediator to obtain the candid, confidential information needed for meaningful settlement negotiations. Because disputing parties often fear their disclosures may later be used against them, they frequently are reluctant to divulge confidential information to the mediator. Thus, the mediator must try to establish a confidential environment that will encourage the parties to be candid and make proper use of the caucus sessions.

The parameters of confidentiality in any given mediation may be shaped by external protections such as those imposed by domestic law or the rules of an institutional ADR service provider, or they may be the result of a contractual agreement between the parties.

### **1. Statutory or Institutional Protections**

#### **1.1. UNCITRAL**

##### Article 8. Disclosure of information

When the conciliator receives information concerning the dispute from a party, the conciliator may disclose the substance of that information to any other party to the conciliation. However, when a party gives any information to the conciliator, subject to a specific condition that it be kept confidential, that information shall not be disclosed to any other party to the conciliation.

##### Article 9. Confidentiality

Unless otherwise agreed by the parties, all information relating to the conciliation proceedings shall be kept confidential, except where disclosure is required under the law or for the purposes of implementation or enforcement of a settlement agreement.<sup>13</sup>

#### **1.2. International Chamber of Commerce [ICC] Example**

The ICC's Mediation Rules have express provisions addressing the issue of confidentiality both as to disclosure of settlement and use as evidence in subsequent proceedings. These rules represent the default position of the ICC and parties wishing to craft less restrictive confidentiality requirements must do so by agreement.

##### Article 9 Confidentiality

1. In the absence of any agreement of the parties to the contrary and unless prohibited by applicable law:  
a) the Proceedings, but not the fact that they are taking place, have taken place or will take place, are private and confidential;

---

<sup>13</sup> See *Steven Austermiller, Delaine Swenson, Alternative Dispute Resolution: Georgia, Tbilisi, 2014.*

b) any settlement agreement between the parties shall be kept confidential, except that a party shall have the right to disclose it to the extent that such disclosure is required by applicable law or necessary for purposes of its implementation or enforcement.

2. Unless required to do so by applicable law and in the absence of any agreement of the parties to the contrary, a party shall not in any manner produce as evidence in any judicial, arbitral or similar proceedings:

a) any documents, statements or communications which are submitted by another party or by the Mediator in or for the Proceedings, unless they can be obtained independently by the party seeking to produce them in the judicial, arbitral or similar proceedings;

b) any views expressed or suggestions made by any party within the Proceedings with regard to the dispute or the possible settlement of the dispute;

c) any admissions made by another party within the Proceedings;

d) any views or proposals put forward by the Mediator within the Proceedings;

e) the fact that any party indicated within the Proceedings that it was ready to accept a proposal for a settlement.<sup>14</sup>

### **1.3. United States - Texas Example**

Texas adopted a strong public policy supporting the confidentiality of communications transmitted during an ADR process. The Texas ADR Procedures Act is considered one of the broadest confidentiality protections in the United States.

In essence, the Texas ADR Act provides statutory protection of confidentiality

- to both voluntary and court-referred mediations,
- whether before or after the institution of formal court proceedings.

The Texas ADR Procedures Act provides that, subject to certain exceptions:

- all communications and documents relating to an ADR process will be deemed confidential,
- not subject to disclosure, and
- inadmissible as evidence in any judicial or administrative proceeding.

As a result, generally the parties and the mediator may not be compelled to testify about matters relating to the dispute. Additionally, records used in the procedure are also considered confidential.

## **2. Contractual Protection**

Parties to a mediation may also execute a confidentiality agreement which contains protections extending beyond the scope of the statutory language. The parties may create their own provisions relating to disclosure of information regarding the process, the negotiations and the terms of the settlement. Assuming that the parties enter such an agreement knowingly and voluntarily, the agreement will be enforceable to the extent that its provisions are not inconsistent with the statutory provisions. Such an agreement may deter the parties to the mediation from violating their confidentiality understanding and also deter parties from seeking confidential information. If a confidentiality agreement is incorporated into the settlement agreement, a breach of confidentiality is subject to a breach of contract suit just as any other term in the agreement.

## **3. Duties to Disclose**

Communications protected under the confidentiality provisions of a statute may have to be disclosed if there is a conflict between the applicable ADR Act and some overriding law that requires disclosure. For

---

<sup>14</sup> See <<http://www.iccwbo.org/products-and-services/arbitration-and-adr/mediation/rules/>>

example, there may exist a statutory duty to disclose information relating to abuse [such as towards a child] or threats of imminent violence.

If such a conflict occurs, the typical mediator response is to present the issue of confidentiality to a reviewing court to determine whether the facts, circumstances, and context of the communications or materials sought to be disclosed warrant a protective order or whether the communications or materials are subject to disclosure.

Similarly, a mediator may be confronted with the dilemma of a public policy statute or ethical guideline requiring disclosure of professional misconduct by licensed professionals. Or, the mediator might receive information regarding criminal acts, threats of imminent harm, or illegal behavior. In such circumstances, the mediator may be compelled to present the issue of disclosure to an appropriate court for guidance as to the duty to disclose.

## **VII. Ethics, Qualifications and Standards**

### **1. International Examples**

#### **1.1. International Centre for Dispute Resolution (ICDR) [the international division of the American Arbitration Association (AAA)]**

##### **5. Mediator's Impartiality and Duty to Disclose**

ICDR mediators are required to abide by the Model Standards of Conduct for Mediators in effect at the time a mediator is appointed to a case. Where there is a conflict between the Model Standards and any provision of these Mediation Rules, these Mediation Rules shall govern. The Standards require mediators to (i) decline a mediation if the mediator cannot conduct it in an impartial manner, and (ii) disclose, as soon as practicable, all actual and potential conflicts of interest that are reasonably known to the mediator and could reasonably be seen as raising a question about the mediator's impartiality.

Prior to accepting an appointment, ICDR mediators are required to make a reasonable inquiry to determine whether there are any facts that a reasonable individual would consider likely to create a potential or actual conflict of interest for the mediator. ICDR mediators are required to disclose any circumstance likely to create a presumption of bias or prevent a resolution of the parties' dispute within the time frame desired by the parties. Upon receipt of such disclosures, the ICDR shall immediately communicate the disclosures to the parties for their comments.

The parties may, upon receiving disclosure of actual or potential conflicts of interest of the mediator, waive such conflicts and proceed with the mediation. In the event that a party disagrees as to whether the mediator shall serve, or in the event that the mediator's conflict of interest might reasonably be viewed as undermining the integrity of the mediation, the mediator shall be replaced.\*\*\*

##### **7. Duties and Responsibilities of the Mediator**

a. The mediator shall conduct the mediation based on the principle of party self-determination. Self-determination is the act of coming to a voluntary, uncoerced decision in which each party makes free and informed choices as to process and outcome.

b. The mediator is authorized to conduct separate or ex parte meetings and other communications with the parties and/or their representatives, before, during, and after any scheduled mediation conference. Such communications may be conducted via telephone, in writing, via email, online, in person or otherwise.

c. The parties are encouraged to exchange all documents pertinent to the relief requested. The mediator may request the exchange of memoranda on issues, including the underlying interests and the history of the parties' negotiations. Information that a party wishes to keep confidential may be sent to the mediator, as necessary, in a separate communication with the mediator.

d. The mediator does not have the authority to impose a settlement on the parties but will attempt to help them reach a satisfactory resolution of their dispute. Subject to the discretion of the mediator, the

mediator may make oral or written recommendations for settlement to a party privately or, if the parties agree, to all parties jointly.

e. In the event that a complete settlement of all or some issues in dispute is not achieved within the scheduled mediation conference(s), the mediator may continue to communicate with the parties, for a period of time, in an ongoing effort to facilitate a complete settlement.

f. The mediator is not a legal representative of any party and has no fiduciary duty to any party.<sup>15</sup>

### **1.2. International Chamber of Commerce (ICC)<sup>16</sup>**

In its definition of mediation, the ICC explicitly recognizes the central tenet of party self-determination. It is the parties, not the mediator, who decide whether or not to settle and under what terms:

**Mediation** – Under the ICC Mediation Rules, mediation proceedings are administered by the ICC International Centre for ADR. . . . Mediation is a flexible settlement technique, conducted privately and confidentially, in which a mediator acts as a neutral facilitator to help the parties arrive at a negotiated settlement of their dispute. The parties have control over both the decision to settle and the terms of any settlement agreement. Where successful, Mediation results in an agreement that is contractually binding but cannot itself be enforced internationally like an arbitral tribunal award.

A mediator's qualifications, together with his responsibilities concerning conflicts of interests, are covered by the ICC's mediator selection rules:

#### **Article 5 Selection of the Mediator**

\*\*\*

3

Before appointment or confirmation, a prospective Mediator shall sign a statement of acceptance, availability, impartiality and independence. The prospective Mediator shall disclose in writing to the Centre any facts or circumstances which might be of such a nature as to call into question the Mediator's independence in the eyes of the parties, as well as any circumstances that could give rise to reasonable doubts as to the Mediator's impartiality. The Centre shall provide such information to the parties in writing and shall fix a time limit for any comments from them.

4

When confirming or appointing a Mediator, the Centre shall consider the prospective Mediator's attributes, including but not limited to nationality, language skills, training, qualifications and experience, and the prospective Mediator's availability and ability to conduct the mediation in accordance with the Rules.<sup>17</sup>

The ICC addresses mediator impartiality in its rules concerning the mediation process:

#### **Article 7 Conduct of the Mediation<sup>18</sup>**

1

The Mediator and the parties shall promptly discuss the manner in which the mediation shall be conducted.

2

After such discussion, the Mediator shall promptly provide the parties with a written note informing them of the manner in which the mediation shall be conducted. Each party, by agreeing to refer a dispute to the Rules, agrees to participate in the Proceedings at least until receipt of such note from the Mediator or earlier termination of the Proceedings pursuant to Article 8(1) of the Rules.

3

In establishing and conducting the mediation, the Mediator shall be guided by the wishes of the parties and shall treat them with fairness and impartiality.

4

Each party shall act in good faith throughout the mediation

---

<sup>15</sup> See <<https://www.adr.org/aaa/faces/rules>>.

<sup>16</sup> See <<http://www.iccwbo.org/about-icc/organization/dispute-resolution-services/>>.

<sup>17</sup> See <[http://www.iccwbo.org/products-and-services/arbitration-and-adr/mediation/rules/#Article\\_5](http://www.iccwbo.org/products-and-services/arbitration-and-adr/mediation/rules/#Article_5)>.

<sup>18</sup> See <[http://www.iccwbo.org/products-and-services/arbitration-and-adr/mediation/rules/#Article\\_7](http://www.iccwbo.org/products-and-services/arbitration-and-adr/mediation/rules/#Article_7)>.

## **2. European Example**

European Code of Conduct for Mediators

### **1. COMPETENCE, APPOINTMENT AND FEES OF MEDIATORS AND PROMOTION OF THEIR SERVICES**

#### **1.1.**

##### **Competence**

Mediators must be competent and knowledgeable in the process of mediation. Relevant factors include proper training and continuous updating of their education and practice in mediation skills, having regard to any relevant standards or accreditation schemes.

#### **1.2.**

##### **Appointment**

Mediators must confer with the parties regarding suitable dates on which the mediation may take place. Mediators must verify that they have the appropriate background and competence to conduct mediation in a given case before accepting the appointment. Upon request, they must disclose information concerning their background and experience to the parties.

#### **1.3.**

##### **Fees**

Where not already provided, mediators must always supply the parties with complete information as to the mode of remuneration which they intend to apply. They must not agree to act in a mediation before the principles of their remuneration have been accepted by all parties concerned.

#### **1.4.**

##### **Promotion of mediators' services**

Mediators may promote their practice provided that they do so in a professional, truthful and dignified way.

### **2. INDEPENDENCE AND IMPARTIALITY**

#### **2.1. Independence**

If there are any circumstances that may, or may be seen to, affect a mediator's independence or give rise to a conflict of interests, the mediator must disclose those circumstances to the parties before acting or continuing to act.

Such circumstances include: any personal or business relationship with one or more of the parties; any financial or other interest, direct or indirect, in the outcome of the mediation; the mediator, or a member of his firm, having acted in any capacity other than mediator for one or more of the parties.

In such cases the mediator may only agree to act or continue to act if he is certain of being able to carry out the mediation in full independence in order to ensure complete impartiality and the parties explicitly consent. The duty to disclose is a continuing obligation throughout the process of mediation.

#### **2.2. Impartiality**

Mediators must at all times act, and endeavour to be seen to act, with impartiality towards the parties and be committed to serve all parties equally with respect to the process of mediation.

### **3. THE MEDIATION AGREEMENT, PROCESS AND SETTLEMENT**

#### **3.1. Procedure**

The mediator must ensure that the parties to the mediation understand the characteristics of the mediation process and the role of the mediator and the parties in it. The mediator must in particular ensure that

prior to commencement of the mediation the parties have understood and expressly agreed the terms and conditions of the mediation agreement including any applicable provisions relating to obligations of confidentiality on the mediator and on the parties. The mediation agreement may, upon request of the parties, be drawn up in writing.

The mediator must conduct the proceedings in an appropriate manner, taking into account the circumstances of the case, including possible imbalances of power and any wishes the parties may express, the rule of law and the need for a prompt settlement of the dispute. The parties may agree with the mediator on the manner in which the mediation is to be conducted, by re

ference to a set of rules or otherwise. The mediator may hear the parties separately, if he deems it useful.

### 3.2. Fairness of the process

The mediator must ensure that all parties have adequate opportunities to be involved in the process. The mediator must inform the parties, and may terminate the mediation, if:

- a settlement is being reached that for the mediator appears unenforceable or illegal, having regard to the circumstances of the case and the competence of the mediator for making such an assessment, or
- the mediator considers that continuing the mediation is unlikely to result in a settlement.

### 2.3. The end of the process

The mediator must take all appropriate measures to ensure that any agreement is reached by all parties through knowing and informed consent, and that all parties understand the terms of the agreement. The parties may withdraw from the mediation at any time without giving any justification. The mediator must, upon request of the parties and within the limits of his competence, inform the parties as to how they may formalise the agreement and the possibilities for making the agreement enforceable.

### 4 Confidentiality

The mediator must keep confidential all information arising out of or in connection with the mediation, including the fact that the mediation is to take place or has taken place, unless compelled by law or grounds of public policy to disclose it. Any information disclosed in confidence to mediators by one of the parties must not be disclosed to the other parties without permission, unless compelled by law.

## 3. United States Example

In 1994, the American Arbitration Association, American Bar Association and the Association for Conflict Resolution produced model standards for mediators. These Standards were revised in 2005 and serve as the model for mediations for many jurisdictions.

### Preamble

Mediation is used to resolve a broad range of conflicts within a variety of settings. These Standards are designed to serve as fundamental ethical guidelines for persons mediating in all practice contexts. They serve three primary goals: to guide the conduct of mediators; to inform the mediating parties; and to promote public confidence in mediation as a process for resolving disputes.

Mediation is a process in which an impartial third party facilitates communication and negotiation and promotes voluntary decision making by the parties to the dispute.

Mediation serves various purposes, including providing the opportunity for parties to define and clarify issues, understand different perspectives, identify interests, explore and assess possible solutions, and reach mutually satisfactory agreements, when desired.

## STANDARD I. SELF-DETERMINATION

A. A mediator shall conduct a mediation based on the principle of party self-determination. Self-determination is the act of coming to a voluntary, un-coerced decision in which each party makes free and informed choices as to process and outcome. Parties may exercise self-determination at any stage of mediation, including mediator selection, process design, participation in or withdrawal from the process, and outcomes.

1. Although party self-determination for process design is a fundamental principle of mediation practice, a mediator may need to balance such party self-determination with a mediator's duty to conduct a quality process in accordance with these Standards.

2. A mediator cannot personally ensure that each party has made free and informed choices to reach particular decisions, but, where appropriate, a mediator should make the parties aware of the importance of consulting other professionals to help them make informed choices.

B. A mediator shall not undermine party self-determination by any party for reasons such as higher settlement rates, egos, increased fees, or outside pressures from court personnel, program administrators, provider organizations, the media or others.

## STANDARD II. IMPARTIALITY

A. A mediator shall decline a mediation if the mediator cannot conduct it in an impartial manner. Impartiality means freedom from favoritism, bias or prejudice.

B. A mediator shall conduct a mediation in an impartial manner and avoid conduct that gives the appearance of partiality.

1. A mediator should not act with partiality or prejudice based on any participant's personal characteristics, background, values and beliefs, or performance at a mediation, or any other reason.

2. A mediator should neither give nor accept a gift, favor, loan or other item of value that raises a question as to the mediator's actual or perceived impartiality.

3. A mediator may accept or give de minimis gifts or incidental items or services that are provided to facilitate a mediation or respect cultural norms so long as such practices do not raise questions as to a mediator's actual or perceived impartiality.

C. If at any time a mediator is unable to conduct a mediation in an impartial manner, the mediator shall withdraw.

## STANDARD III. CONFLICTS OF INTEREST

A. A mediator shall avoid a conflict of interest or the appearance of a conflict of interest during and after a mediation. A conflict of interest can arise from involvement by a mediator with the subject matter of the dispute or from any relationship between a mediator and any mediation participant, whether past or present, personal or professional, that reasonably raises a question of a mediator's impartiality.

B. A mediator shall make a reasonable inquiry to determine whether there are any facts that a reasonable individual would consider likely to create a potential or actual conflict of interest for a mediator. A mediator's actions necessary to accomplish a reasonable inquiry into potential conflicts of interest may vary based on practice context.

C. A mediator shall disclose, as soon as practicable, all actual and potential conflicts of interest that are reasonably known to the mediator and could reasonably be seen as raising a question about the mediator's impartiality. After disclosure, if all parties agree, the mediator may proceed with the mediation.

D. If a mediator learns any fact after accepting a mediation that raises a question with respect to that mediator's service creating a potential or actual conflict of interest, the mediator shall disclose it as quickly as practicable. After disclosure, if all parties agree, the mediator may proceed with the mediation.

E. If a mediator's conflict of interest might reasonably be viewed as undermining the integrity of the mediation, a mediator shall withdraw from or decline to proceed with the mediation regardless of the expressed desire or agreement of the parties to the contrary.

F. Subsequent to a mediation, a mediator shall not establish another relationship with any of the participants in any matter that would raise questions about the integrity of the mediation. When a mediator develops personal or professional relationships with parties, other individuals or organizations following a mediation in which they were involved, the mediator should consider factors such as time elapsed following the mediation, the nature of the relationships established, and services offered when determining whether the relationships might create a perceived or actual conflict of interest.

#### STANDARD IV. COMPETENCE

A. A mediator shall mediate only when the mediator has the necessary competence to satisfy the reasonable expectations of the parties.

1. Any person may be selected as a mediator, provided that the parties are satisfied with the mediator's competence and qualifications. Training, experience in mediation, skills, cultural understandings and other qualities are often necessary for mediator competence. A person who offers to serve as a mediator creates the expectation that the person is competent to mediate effectively.

2. A mediator should attend educational programs and related activities to maintain and enhance the mediator's knowledge and skills related to mediation.

3. A mediator should have available for the parties' information relevant to the mediator's training, education, experience and approach to conducting a mediation.

B. If a mediator, during the course of a mediation determines that the mediator cannot conduct the mediation competently, the mediator shall discuss that determination with the parties as soon as is practicable and take appropriate steps to address the situation, including, but not limited to, withdrawing or requesting appropriate assistance.

C. If a mediator's ability to conduct a mediation is impaired by drugs, alcohol, medication or otherwise, the mediator shall not conduct the mediation.

#### STANDARD V. CONFIDENTIALITY

A. A mediator shall maintain the confidentiality of all information obtained by the mediator in mediation, unless otherwise agreed to by the parties or required by applicable law.

1. If the parties to a mediation agree that the mediator may disclose information obtained during the mediation, the mediator may do so.

2. A mediator should not communicate to any non-participant information about how the parties acted in the mediation. A mediator may report, if required, whether parties appeared at a scheduled mediation and whether or not the parties reached a resolution.

3. If a mediator participates in teaching, research or evaluation of mediation, the mediator should protect the anonymity of the parties and abide by their reasonable expectations regarding confidentiality.

B. A mediator who meets with any persons in private session during a mediation shall not convey directly or indirectly to any other person, any information that was obtained during that private session without the consent of the disclosing person.

C. A mediator shall promote understanding among the parties of the extent to which the parties will maintain confidentiality of information they obtain in a mediation.

D. Depending on the circumstance of a mediation, the parties may have varying expectations regarding confidentiality that a mediator should address. The parties may make their own rules with respect to confidentiality, or the accepted practice of an individual mediator or institution may dictate a particular set of expectations.



## STANDARD VI. QUALITY OF THE PROCESS

A. A mediator shall conduct a mediation in accordance with these Standards and in a manner that promotes diligence, timeliness, safety, presence of the appropriate participants, party participation, procedural fairness, party competency and mutual respect among all participants.

1. A mediator should agree to mediate only when the mediator is prepared to commit the attention essential to an effective mediation.

2. A mediator should only accept cases when the mediator can satisfy the reasonable expectation of the parties concerning the timing of a mediation.

3. The presence or absence of persons at a mediation depends on the agreement of the parties and the mediator. The parties and mediator may agree that others may be excluded from particular sessions or from all sessions.

4. A mediator should promote honesty and candor between and among all participants, and a mediator shall not knowingly misrepresent any material fact or circumstance in the course of a mediation.

5. The role of a mediator differs substantially from other professional roles. Mixing the role of a mediator and the role of another profession is problematic and thus, a mediator should distinguish between the roles. A mediator may provide information that the mediator is qualified by training or experience to provide, only if the mediator can do so consistent with these Standards.

6. A mediator shall not conduct a dispute resolution procedure other than mediation but label it mediation in an effort to gain the protection of rules, statutes, or other governing authorities pertaining to mediation.

7. A mediator may recommend, when appropriate, that parties consider resolving their dispute through arbitration, counseling, neutral evaluation or other processes.

8. A mediator shall not undertake an additional dispute resolution role in the same matter without the consent of the parties. Before providing such service, a mediator shall inform the parties of the implications of the change in process and obtain their consent to the change. A mediator who undertakes such role assumes different duties and responsibilities that may be governed by other standards.

9. If a mediation is being used to further criminal conduct, a mediator should take appropriate steps including, if necessary, postponing, and withdrawing from or terminating the mediation.

10. If a party appears to have difficulty comprehending the process, issues, or settlement options, or difficulty participating in a mediation, the mediator should explore the circumstances and potential accommodations, modifications or adjustments that would make possible the party's capacity to comprehend, participate and exercise self-determination.

B. If a mediator is made aware of domestic abuse or violence among the parties, the mediator shall take appropriate steps including, if necessary, postponing, withdrawing from or terminating the mediation.

C. If a mediator believes that participant conduct, including that of the mediator, jeopardizes conducting a mediation consistent with these Standards, a mediator shall take appropriate steps including, if necessary, postponing, withdrawing from or terminating the mediation.

## მედიანია

### (ტრენინგის სახელმძღვანელო\*\*\*)

#### წინასიტყვაობა

#### შესავალი

წინამდებარე სახელმძღვანელო\*\*\*\* შედგება მასალების ერთობლიობისაგან, რომელიც მედიაციის ტრენინგებისთვის ათწლეულების განმავლობაში გამოიყენებოდა<sup>1</sup>. ის სხვადასხვა აკადემიური გამოცდილების საფუძველზეა შემუშავებული და მოიცავს:

- სამართალს
- ფსიქოლოგიას
- კომუნიკაციის თეორიას
- თამაშის თეორიას
- სოციოლოგიას
- კულტურულ ანთროპოლოგიას

პრინციპები, რომლებზეც ნაშრომია დაფუძნებული, სცდება სახელმწიფო და ეროვნულ საზღვრებს. ეს არ არის კვლევა მედიაციის თეორიების შესახებ – ესაა პლატფორმა მედიაციის უნარ-ჩვევების გასავითარებლად. ნაშრომის მიზანია, წარმოადგინოს საბაზისო ინფორმაცია და კონტექსტი, რაც მდგრადი სასწავლო მოდელისთვის აუცილებელი პირობაა. ტექსტი დანერგულია მარტივი სტილით, გადატვირთული დანართებისა და ჟარგონების გარეშე.

სახელმძღვანელო საინტერესო, პრობლემის გადაწყვეტაზე მიმართული ტექნიკური ხერხებითაა გამდიდრებული და მიმართულია კონფლიქტური სიტუაციის გადაწყვეტაზე. იგი

\* სამხრეთ ტეხასის სამართლის სკოლის ვიცეპრეზიდენტი, ასოცირებული დეკანი, სამართლის პროფესორი, მედიაციის ექსპერტი, ფრანკ ევანსის დავის გადაწყვეტის ცენტრი.

\*\* ჰიუსტონის უნივერსიტეტის დავის ალტერნატიული გადაწყვეტის ცენტრის დირექტორი, პროფესორი.

\*\*\* ტრენინგის სახელმძღვანელოს შექმნა ამერიკელი ხალხის გულისხმიერების შედეგად და ამერიკის შეერთებული შტატების საერთაშორისო განვითარების სააგენტოს (USAID) მხარდაჭერით გახდა შესაძლებელი. სახელმძღვანელოში გამოთქმული შეხედულებები ეკუთვნის ავტორებს და, შესაძლოა, არ გამოხატავდეს USAID-ისა და აშშ-ის მთავრობის შეხედულებებს.

\*\*\*\* აღნიშნული სახელმძღვანელო შეიქმნა ამერიკის შეერთებული შტატების საერთაშორისო განვითარების სააგენტოს მიერ მხარდაჭერილი ერთობლივი პროექტის ფარგლებში, რომელიც განხორციელდა აღმოსავლეთ-დასავლეთის მართვის ინსტიტუტის მართლმსაჯულების დამოუკიდებლობისა და სამართლებრივი გაძლიერების პროექტის, ივანე ჯავახიშვილის სახელობის თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტის დავის ალტერნატიული გადაწყვეტის ეროვნული ცენტრისა და სამხრეთ ტეხასის სამართლის სკოლის მიერ.

<sup>1</sup> მადლობას ვუხდით ჩვენს პარტნიორებს წლების განმავლობაში ფრენკ ევანსის ცენტრის (სამხრეთ ტეხასის სამართლის კოლეჯი) მიმართ განეული ღვაწლისთვის, რაც სხვადასხვა ტრენინგსახელმძღვანელოს შემუშავებითა და ისეთი მასალების შედგენით გამოიხატა და რაზეც ეს პროექტია დაფუძნებული; განსაკუთრებულ მადლობას ვუხდით პროფესორ ჰანს ლოუტონს, მოსამართლეებს: ბრიუს ვეთმანსა და ჯონ ქოსელის მოხალისე ფასილიტატორებს. ამ სახელმძღვანელოს ვუძღვნით საქართველოს მოსახლეობას და მადლობას ვუხდით იმ ძალისხმევისათვის, რომელიც მან მედიაციის დანერგვისათვის გასწია.

არაა მთლიანად „ფასილიტატორული“ ხასიათის, არც „შეფასებითი“ გახლავთ. იმდენად, რამდენადაც ტრენინგის მასალები, მათი ზოგადი კონტექსტის გათვალისწინებით, ნებისმიერი მედიაციის შინაარსის შესაბამისია, აქ ყურადღება, ხშირ შემთხვევაში, მედიაციის ძირითად პარადიგმაზე მახვილდება – იქნება ეს სახელშეკრულებო შეთანხმებასა თუ სასამართლო დავაზე დაფუძნებული მედიაცია.

მედიაციის უნარ-ჩვევების ბირთვია სწავლება კეთებით (სწავლა მოქმედებაში). სახელმძღვანელო ვერასოდეს ჩაანაცვლებს სასწავლო ციკლს, რომელიც კვლევის, „კეთების“, კრიტიკული ხედვისა და კვლავ გადაკეთების პროცესს გულისხმობს და, ამგვარად, არც ეს სახელმძღვანელოა გამონაკლისი – იგი მხოლოდ ამ ციკლს აღწერს.

მედიაციის ტრენინგი გახდა ერთ-ერთი ძირითადი კომპეტენცია მრავალი ადვოკატისა თუ პრაქტიკოსისთვის, მათ შორის მათთვის, ვისაც არასოდეს უფიქრია მედიატორად მუშაობაზე. პროცესის ამომწურავი ცოდნა საშუალებას იძლევა, ადვოკატი საკუთარ კლიენტებს უკეთ მოემსახუროს – ეს იქნება „ტრანზაქციული“ დოკუმენტის მომზადება, რომელიც სახელშეკრულებო პირობების შეუსრულებლობასა და მის შედეგებს განიხილავს; ასევე კლიენტისათვის დავის ფარგლებში მედიაციის შესახებ ინფორმირება თუ კლიენტის მედიაციის პროცესში წარმომადგენლობა.

სახელმძღვანელო სავარჯიშოებით, როლური თამაშებით, სამუშაო დავალებებითა და მაგალითებითაა დატვირთული. მათთვის, რომელთაც სწავლის გაგრძელება სურთ, ან აინტერესებთ სიღრმისეული თეორიების შესწავლა, ფაკულტეტი როგორც ელ. ფოსტით, ისევე ბეჭდური ფორმით დამატებით მასალას უზრუნველყოფს.

## I. მედიაციის საფუძვლები

### 1. მედიაციის ბუნება

#### 1.1. მიმოხილვა

მედიაცია<sup>2</sup> მხარეებს შედარებით იაფიან საშუალებას სთავაზობს კონფლიქტის დასაწყის სტადიაზე მოსაგვარებლად. კერძოდ, მედიაცია მათ სთავაზობს შესაძლებლობას, აირიდონ თავიდან დროის დანახარჯი, სტრესი და ფინანსური ხარჯები, რომლებიც სამართლებრივი დავისა და ფორმალური სამართალწარმოების პროცესებს ახლავს თან. ზოგიერთ შემთხვევაში, ის საშუალებას ანიჭებს მხარეებს, ღირებული ბიზნეს- და პიროვნებათმორისი ურთიერთობები შეინარჩუნონ. მედიაციის მთელი ხიბლი ისაა, რომ ის ადამიანებს საშუალებას ანიჭებს, თავიდან აირიდონ სამართლებრივი მექანიზმების გამოყენება და საკითხი გადანყვიტონ მხოლოდ მხარეების მიერ შემუშავებული და შერჩეული გზით.

კონფლიქტი ცხოვრების გარდაუვალი ნაწილია. ის მრავალი ფორმით ვლინდება: ადამიანში, ადამიანებს შორის, ადამიანსა და ინსტიტუციას შორის, ადამიანსა და მთავრობას შორის,

<sup>2</sup> ზოგიერთ სისტემაში „მედიაცია“ შეიძლება მომრიგებლობით პროცესად იქნეს მოხსენიებული, თუმცა მომრიგებლობა სხვა მნიშვნელობებსაც ატარებს. მედიაციის მომრიგებლობითი პროცესი კომერციულ საკითხებში „უნსიტრალის“ 1980 წლის მომრიგებლობითი წესებშიც შეგვიძლია ამოვიკითხოთ. მომრიგებლის როლი მედიატორის როლის მსგავსია. იმ მხარეებს დამოუკიდებელი და მიუკერძოებელი სახით ეხმარება და დავის პროცესში კეთილსინდისიერი შეთანხმების მიღწევაში ხელშემწყობ პირს წარმოადგენს. „უნსიტრალის“ წესების მიხედვით (UNCITRAL), ის მომრიგებლობითი პროცესის ყველა ასპექტს მოიცავს, მომრიგებლობითი მოდელის მაგალითის წარმოდგენით საზღვრავს, თუ როდის უნდა ჩატარდეს პროცესი და როდის დასრულდეს, ეხება პროცედურულ ასპექტებს (მომრიგებლების დანიშნავსთან დაკავშირებით) და პროცედურებს ზოგად ქცევებზე. ეს წესები, ასევე, ეხება ისეთ საკითხებს, როგორებიცაა: კონფიდენციალობა, მტკიცებულების ხელმისაწვდომობა სხვა პროცესებისთვის და შეზღუდვებს, მხარეებმა საქმისწარმოება სასამართლოში ან სხვა დაწესებულებებში გაიტანონ იმ დროს, როცა მედიაციის პროცესი მსვლელობაშია. იხ. <[http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral\\_texts/arbitration/1980\\_Conciliation\\_rules.html](http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/1980_Conciliation_rules.html)>.

თვითონ ინსტიტუციებს შორის, კულტურებსა და ერებს შორის. კონფლიქტებს სხვადასხვა მიზეზი აქვს. მედიაცია არ არის შექმნილი იმისთვის, რომ კომპლექსური „ფსიქოლოგიის“ მიზანი შეასრულოს და კონფლიქტის კულტურული თუ სოციალური მხარეები გადაჭრას; მედიაცია ასევე არ არის შექმნილი იმისთვის, რომ განსაზღვროს ისტორიული ფაქტების არსებობა, რომელთაც შესაძლოა, კონფლიქტი გამოიწვიოს და მისი მიზანი არც ობიექტური „სიმართლის“ დადგენაა.

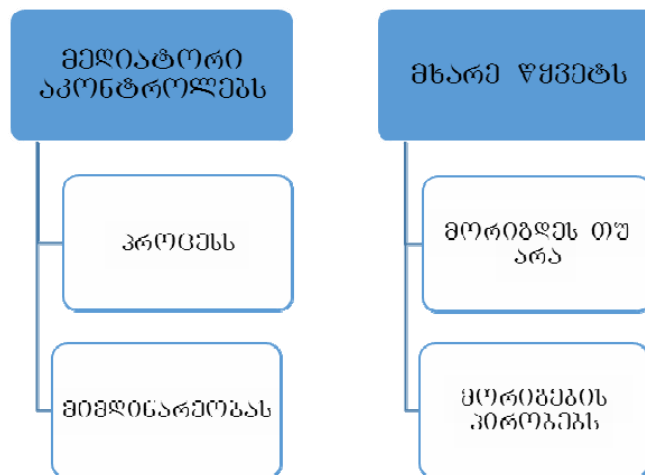
ზოგიერთ შემთხვევაში, კონფლიქტი ზრდისა და ცვლილებისათვის საკმაოდ პოზიტიური სიგნალია; სხვა შემთხვევებში, ის მონანილებებს ცუდ კონტექსტში წარმოაჩენს და ცხოვრების ისეთ ასპექტსაც მოიცავს, რომელიც მიმდინარე კონფლიქტის პრობლემატიკას სცდება. ცხოვრებაში, დავის უმეტეს შემთხვევაში, ადამიანები ფლობენ შესაძლებლობას, მიმდინარე კონფლიქტური სიტუაციის პროცესში საკუთარი გზები დასახონ, თუმცა ყოველთვის ეს არ ამართლებს. მედიაცია შექმნილია იმისთვის, რომ დაეხმაროს მათ, ვინც კონფლიქტურ სიტუაციებში სასარგებლო გამოსავლის ძიებას შეეცდება, რათა საბოლოოდ დააღწიონ თავი კონფლიქტებს.

ამ ტრენინგის ფარგლებში ჩვენი მიზანი კონფლიქტის აღმოფხვრა არ გახლავთ. მიზანია, შევიმუშაოთ ისეთი იარაღები, რომლებიც მხარეებს საშუალებას მისცემს, საკუთარ „გამარჯვებას“ მიაღწიონ, ან, სულ მცირე, განერიდონ კონფლიქტს ერთობლივი გადანყვეტილებების მიღებით, რომელთაც შემდგომში დასჯერდებიან.

მედიაცია, არსებითად, დამხმარე მოლაპარაკების ფორმაა. მედიაციის დროს მესამე პირი მხარეებს ეხმარება, რომ მათ:

- მოახდინონ საკუთარი ინტერესებისა და საკითხების იდენტიფიცირება;
- გათავისუფლდნენ აგრესიისა და ბრაზისგან;
- აწარმოონ ეფექტური მოლაპარაკება;
- იპოვონ კრეატიული გამოსავალი საკუთარი პრობლემების მოსაგვარებლად.

მედიაცია განსხვავდება სასამართლო დავისგან ან არბიტრაჟისგან იმით, რომ აქ მხარეები თვითონ მართავენ საკუთარ შედეგს, რაც ნიშნავს იმას, რომ აქ არიან ის მხარეები, რომლებიც ფლობენ შესაძლებლობას, თავად განსაზღვრონ, როდის წავიდნენ, ან არ წავიდნენ კომპრომისზე და რა პირობების გათვალისწინებით. მაშინ, როცა მედიატორის როლია, გაუძღვეს პროცესს, მხარეები ინარჩუნებენ კონტროლს თავიანთი მოლაპარაკების შინაარსსა და შედეგზე.



მედიატორი აკონტროლებს პროცესს და მის მიმდინარეობას, მხარეები კი თავად განსაზღვრავენ, მიიღონ თუ არა გადანყვეტილება და მის პირობებს იხილავენ.

მედიაციის არაერთი განსაზღვრება არსებობს, მაგრამ, ზოგადად, ისინი მედიაციის, როგორც ფასილიტატორის, როლის განსაზღვრით შემოიფარგლებიან, რომელიც ეხმარება ადამიანებს, კონფლიქტურ სიტუაციაში მიაგნონ ერთობლივ შეთანხმებულ გადანყვეტილებას. მედიატორის როლი არაა მოსამართლის მსგავსი, იგი მუშაობს მოდავე მხარეებთან ერთად იმის-

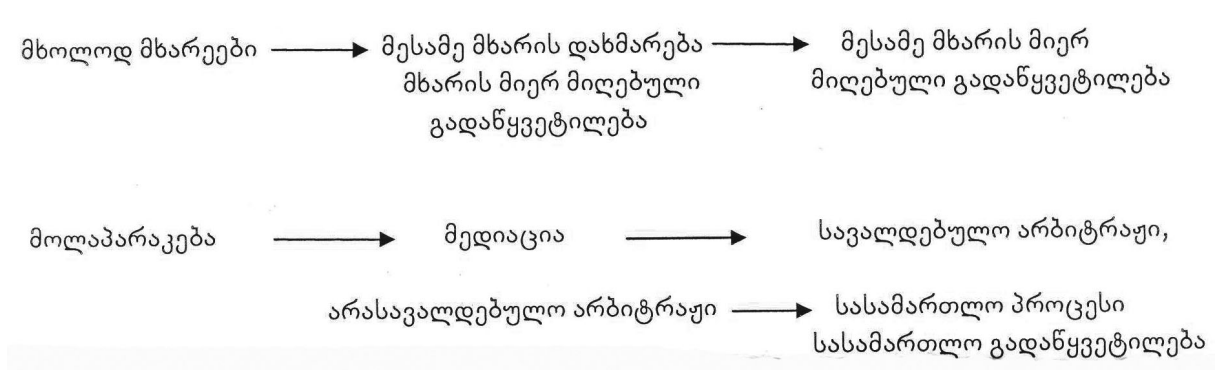
თვის, რომ მოლაპარაკების წახალისება მოახდინოს და მათ შორის ურთიერთთანხმობისა და გადაწყვეტილების მიღების მზაობა შექმნას.

ზოგადად რომ ვთქვათ, მედიაცია სთავაზობს პირად, კონფიდენციალურ პროცესს, რომელშიც მიუკერძოებელი მესამე მხარე წახალისებს და ეხმარება მოდავე მხარეებს ეფექტურ კომუნიკაციაში. იგი, გარკვეულწილად, სტრუქტურულიზებული, თუმცა მოქნილ, მოლაპარაკებისთვის გამიზნულ გარემოს ქმნის, რომელშიც მხარეებს კონფიდენციალური მოლაპარაკების საშუალება ეძლევათ.

მხარეები მედიაციაში სხვადასხვა საშუალებით მოდიან, ესენია:

- შეთანხმება ADR-ის გამოყენების თაობაზე დავის წარმოშობის შემთხვევაში (ხშირად, სახელშეკრულებო ხასიათის<sup>3</sup>);
- შეთანხმება ADR-ის გამოყენების თაობაზე დავის წარმოშობის შემდეგ სასამართლოს ან ამისათვის უფლებამოსილი ორგანოს მიერ საქმის მედიაციისათვის გადაგზავნის საფუძველზე.

## 1.2. მედიაციის როლი დავის მოგვარების პროცესების ჯაჭვში



დიაგრამაზე უკიდურეს მარცხენა მხარეს წარმოდგენილია, თუ როგორ წყდება დავების უმეტესი ნაწილი ყოველდღიურ ცხოვრებაში – მხარეები დავის პროცესში გადაწყვეტილებებამდე თვითონ მიდიან, მესამე მხარის ჩარევის გარეშე; უკიდურესი მარჯვენა ნაწილი კი საპირისპირო მაგალითს გთავაზობთ, რომელშიც დავა მესამე პირის მიერ წყდება; ხოლო შუაში, სადაც მედიაციის შესაძლებლობას ამჩნევთ, შემოდის მესამე მხარე, რომელიც არა დავის გადასაწყვეტადაა წარმოდგენილი, არამედ იძლევა რეკომენდაციებს, თუ როგორ უნდა წარიმართოს დავა და როგორ უნდა გადაწყდეს იგი მხარეების სასარგებლოდ.

<sup>3</sup> მაგალითად, დავების გადაწყვეტის საერთაშორისო ცენტრი (ამერიკული საარბიტრაჟო ასოციაციის საერთაშორისო განყოფილება) შემდეგ ამონარიდს გვთავაზობს: თუ მხარეებს სურვილი აქვთ, მედიაცია სახელშეკრულებო პირობებში განერონ (დავის გადაწყვეტის ერთ-ერთი საშუალების სახე), მაშინ მათ მედიაციასთან დაკავშირებული პირობის ჩართვა შეუძლიათ, რაც საარბიტრაჟო პირობის სტანდარტული ნაწილი გახდება, კერძოდ: „თუ ამ ხელშეკრულების ფარგლებში დავა წარმოიქმნება და მოლაპარაკების გზით მისი მოგვარება შეუძლებელია, მხარეები თანხმდებიან, პირველ რიგში, იგი მედიაციის გზით მოაგვარონ საერთაშორისო მედიაციის ცენტრის რეგლამენტის თანახმად, მანამ, სანამ პრობლემის განხილვა არბიტრაჟს, ზოგადად სასამართლოს ან სხვა დავის გადამწყვეტ ინსტიტუტს გადაეცემა“. თუ მხარეებს სურთ, საკუთარი დავის გადასაწყვეტად მედიაციას მიმართონ, მათ ამ პირობის შესრულება მოუწევთ: „ამით მხარეები თანხმდებიან, დავის საგანი მედიატორის მიერ განხილვას დაუქვემდებარონ, რაც საერთაშორისო მედიაციის ცენტრის მიერ ინარჩუნება საერთაშორისო მედიაციასთან დაკავშირებული წესების თანახმად“. (პუნქტში ასევე შეასძლებელია, მედიატორის კვალიფიკაციის, მეთოდის, ანაზღაურების, ადგილისა თუ სხვა საკითხის შესახებ ინფორმაცია იყოს მოცემული, რაც მხარეებისთვის აქტუალური გახლავთ). ხელმისაწვდომია: <<https://www.adr.org/aaa/faces/rules>>.

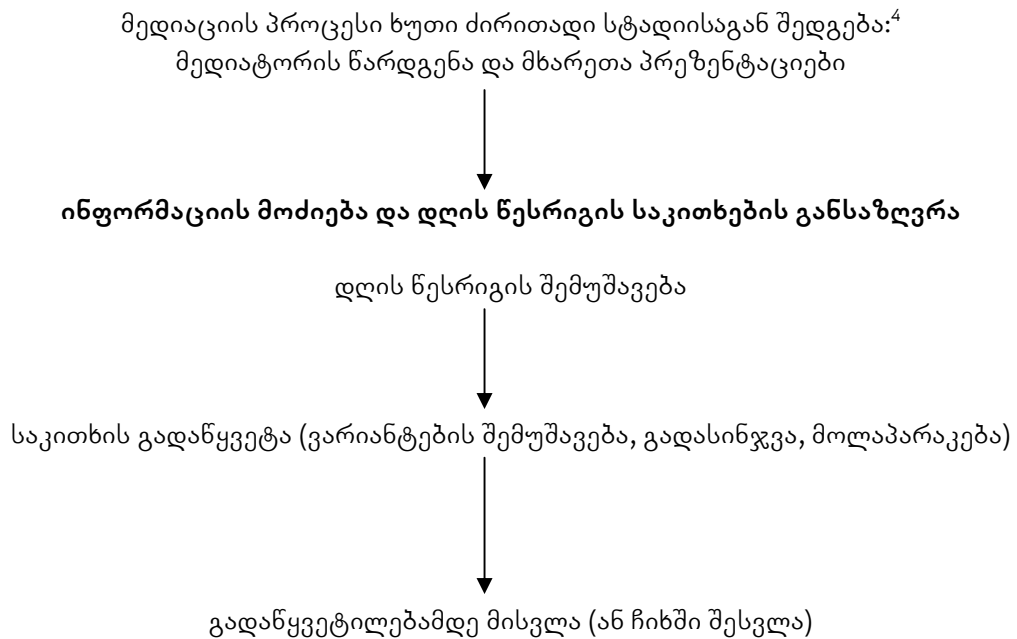
### 1.3. მედიაციის ფორმატი

მედიაცია, ჩვეულებისამებრ, სასამართლო პროცესთან შედარებით მეტწილად თავისუფალ, არაფორმალურ გარემოში მიმდინარეობს. იმდენად, რამდენადაც ეს პროცესი ინდივიდების ჩართულობას გულისხმობს, ის მათი საჭიროებების ადაპტირებისაკენ უნდა იყოს მიმართული. თუ როგორ უნდა წარიმართოს მედიაციის პროცესი, განისაზღვრება მედიატორის გემოვნებითა და სტილით, ასევე ურთიერთობებით მხარეებს შორის, იმ ინფორმაციისა და საჭიროებების მიხედვით, რაც ხდება ცნობილი მედიაციის პროცესის განმავლობაში. ყოველი შემთხვევისთვის, არსებობს ზოგადი შაბლონი (პროცესი), რომელიც, ხშირად, აპრობირებულია.

#### მიმოხილვა

მედიაციის სესია ხშირად იწყება მხარეების პრეზენტაციებით, სადაც პროცესში მონაწილე პირები დავის საკუთარ ვერსიას წარმოადგენენ. ამ დროს მხარეებმა შესაძლებელია, გამოხატონ ბრაზი, დაიცალონ ემოციებისაგან. ამ დისკუსიების განმავლობაში მედიატორი ცდილობს, ამოიცნოს მხარეების ინტერესები და გამოკვეთოს, თუ რატომ, რა მიზეზებია მხარეთა მიერ გაცხადებული პოზიციების უკან. შემდეგ ეტაპზე მედიატორი მხარეებთან ერთად შეიმუშავებს დღის წესრიგს. ამ პროცესში მხარეთა შორის კომუნიკაცია ნაკლებად ემოციურია და მათი ყურადღების მიმართვა შესაძლოა გადაწყვეტისკენ ხდება. მედიატორი ხშირად ეხმარება მხარეებს, გადასინჯონ საკუთარი გადაწყვეტილებები. თუ მხარეები მიაღწევენ შეთანხმებას, ისინი წერილობით შეთანხმებას ადასრულებენ, რომელსაც, მეორე მხრივ, ხელშეკრულების ძალაც აქვს.

#### ეტაპები



<sup>4</sup> ზოგიერთი ტრენერი პროცესს ცხრა კატეგორიად ყოფს, რასაც ოთხი დამატებითი შესარჩევი კომპონენტი ემატება.

ამ სტრუქტურის ფარგლებში მონაწილეები იმეორებენ ცალკეულ საფეხურებს იმდენჯერ, რამდენჯერაც საჭიროა. პროცესი და მისი სტადიები არ არის მკაცრ ჩარჩოებში მოქცეული, ხისტი.

## 2. მედიატორის როლი

მედიატორის ძირითადი ფუნქციაა, დაეხმაროს მხარეებს კომუნიკაციის პროცესში. მედიატორი წარმართავს პროცესს, აკონტროლებს ინფორმაციულ ნაკადს, ეხმარება მხარეებს, გაერკვნენ საკითხში და მივიდნენ გადაწყვეტამდე.

მედიატორმა არ უნდა გააკეთოს შემდეგი:

- განსაჯოს;
- მიიღოს მტკიცებულებითი გადაწყვეტილებები;
- უზიძგოს ცალმხრივი გადაწყვეტისკენ;
- ჩამოაყალიბოს პოზიციები (მოსაზრებები);
- შეასრულოს მსაჯულის ან მოსამართლის როლი;
- გამოიტანოს განაჩენი ან მავალდებულებელი გადაწყვეტილება;
- დააძალოს მხარეებს, მიიღონ გადაწყვეტილება.

მედიატორის პროცესში მედიატორი უნდა შეეცადოს, ყურადღება გაამახვილოს მხარეების დაინტერესებაზე დავის პროცესში არსებული საკითხების მიმართ და დაეხმაროს მათ, თავად გამოკვეთონ დავის მოგვარების შესაძლო ალტერნატივები. ზოგჯერ მედიატორი ფასილიტატორის სახით გამოდის, როცა აქტიურად მონაწილეობს (ზედამხედველობს) მხარეების მიერ წარმოებულ მოლაპარაკების პროცესში; ზოგჯერ მედიატორი მასწავლებლის როლსაც კი ასრულებს, როცა ეხმარება მხარეებს, უკეთ ჩასწვდნენ საკუთარი კონფლიქტის დინამიკას და მედიატორის პროცესი ეფექტურად გამოიყენონ;

ხშირად მედიატორი „ემშაკის ადვოკატის“ როლსაც კი ასრულებს – ახალისებს თითოეულ მხარეს, შეხედონ კონფლიქტს რომელიმე სხვა თვალსაზრისიდან და მოახდინონ მეორე მხარის შეხედულებათა რეალური შეფასება. თავად მედიატორი კი არასოდეს ასრულებს მოსამართლის ფუნქციას. ეს ნიშნავს იმას, რომ მან თავი უნდა შეიკავოს გადაწყვეტილებების მიღებისა და რომელიმე მხარის ადვოკატირებისაგან. მედიატორის ძირითადი მოვალეობაა, მოეხმაროს მხარეებს, ნებაყოფლობით გადაწყვეტილებამდე მივიდნენ. ის არასოდეს აიძულებს მათ, მიიღონ გადაწყვეტილება საკუთარი სურვილის წინააღმდეგ. მართალია, მედიატორს შეუძლია, შემოთავაზებული ვარიანტების ჩამონათვალზე გარკვეული მინიშნება გააკეთოს, თუმცა თავად გადაწყვეტილებასთან დაკავშირებული ბოლო სიტყვა ყოველთვის მხარეების პრეროგატივად რჩება.

კეთილსინდისიერი, ეფექტური მედიატორები შემდეგ ძირითად თვისებებს იზიარებენ, კერძოდ:

- ნეიტრალობა (ურთიერთობა მედიატორსა და მხარეებს შორის);
- მიუკერძოებლობა (მიუკერძოებელი და ორივე მხარისადმი თანაბარი);
- მოქნილობა (აქვს უნარი, მოერგოს რეალურ საჭიროებებს მიმდინარე პროცესის დინამიკის გათვალისწინებით);
- კარგი მოსმენისა და კომუნიკაციის უნარი (თავისუფლად იყენებს შეკითხვის დასმის ტექნიკას და სხვა უნარებს);
- კრეატიულობა (შეუძლია, წამოაყენოს გადაწყვეტის ესა თუ ის ვარიანტი მაშინ, როცა ეს მხარეების დასახმარებლად საჭიროა).

### 3. მედიაციის გარემო

დავაში მონაწილე მხარეები ხშირად მოლაპარაკების მაგიდას დაპირისპირებული ადამიანის სულისკვეთებით მიუსხდებიან, საკითხის გადაწყვეტის წინასწარ შემუშავებული პოზიციებით. არ არის უჩვეულო, მხარეებმა ერთმანეთის მიმართ ბრაზი გამოთქვან, თავად მედიაციის პროცესსაც, შესაძლებელია, ეჭვის თვალით შეხედონ. გარდა ამისა, ეს შესაძლოა, მათი შეხვედრის პირველი ადგილი (და დრო) აღმოჩნდეს მას მერე, რაც მათ შორის კონფლიქტი წარმოიშვა. ამ დაძაბულობის გამო მედიატორმა პროცესი ნეიტრალურ, კომფორტულ და მშვიდ გარემოში უნდა წარმართოს.

მედიაციის პროცესის მომზადებისას მედიატორმა შემდეგი რამ უნდა გაითვალისწინოს:

- ნეიტრალური ადგილი

თუკი შესაძლებელია, მედიაცია ნეიტრალურ ადგილზე უნდა შედგეს. ეს შესაძლოა იყოს მედიატორის ოთახი, სასტუმროს საკონფერენციო დარბაზი, ქირით აღებული სავაჭრო საკონფერენციო მისაღები ან სასამართლოში თავისუფალი სივრცე. მხოლოდ იმ შემთხვევაში (ხაზგასმით), თუ სხვა ადგილის შერჩევის საშუალება არ არსებობს, შესაძლებელია, მედიაციის პროცესი ერთ-ერთი მხარის ოფისში გაიმართოს.

- სივრცე და ადგილი

ხშირად მედიაციის დაწყებისას მხარეები მეტისმეტად დაძაბულები მოდიან, შფოთავენ და მტრული განწყობებითაც კი გამოირჩევიან. მედიატორი უნდა შეეცადოს, შექმნას ისეთი გარემო, რომელიც თანამშრომლობით დიალოგს შეუწყობს ხელს. მედიატორმა უნდა იცოდეს, რომ ადგილი (იგულისხმება სკამების განლაგება) და მხარეებს შორის დისტანცია ასევე მნიშვნელოვანი ასპექტია.

სხვადასხვა კულტურებში ადამიანებს შორის არსებული დისტანციის შესახებ სხვადასხვა დამოკიდებულება არსებობს.<sup>5</sup> თუ ეს სივრცე მათ კულტურულ აღქმას არ შეესაბამება, მხარეებმა შესაძლოა, თავი არაკომფორტულად იგრძნონ. მედიაციის ოთახებში აუცილებელია, არსებობდეს საკმარისი სივრცე იმისთვის, რომ მხარეებმა თავისუფლად იმოძრაონ. ოთახის ტემპერატურა უნდა შენარჩუნდეს სასურველ დონეზე. ოთახები უნდა იყოს ხმაგაუმტარი, ისე, რომ კონფიდენციალობა იყოს დაცული. ზოგიერთმა კვლევამ აჩვენა, რომ მხარეები შეთანხმებას უფრო მარტივად აღწევენ იმ ოთახებში, სადაც მეტი ფანჯრებია.

იდეალურ შემთხვევაში, შენობას უნდა ჰქონდეს საკმარისი სივრცე ერთობლივი შეხვედრის ოთახებისთვის მცირე საკონფერენციო დარბაზებით („განცალკევების ოთახები“) იმ პირობით, რომ აუცილებლობისას მონაწილეებმა საჯარო სივრციდან პერსონალურ გარემოში გადაინაცვლონ. როცა ამის შესაძლებლობა არსებობს, ეს ოთახები თითოეულ მხარეს ცალკე უნდა დაეთმოს. ეს არის სივრცე, რომელიც საკონფერენციო დარბაზისგან ცალკეა წარმოდგენილი იმ მიზნით, რომ თითოეულმა მხარემ მედიატორთან ერთად პირადად განცალკევებით ისაუბროს, თუმცა მედიატორმა პროცესი იქაც უნდა წარმართოს, სადაც სივრცე შეზღუდულია. ასეთ შემთხვევებში მედიატორმა შესაძლოა სთხოვოს ერთ მხარეს, გავიდეს ოთახიდან, რათა მან ჯერ ერთ მხარესთან შეძლოს კონფიდენციალურად საუბარი, შემდეგ კი მეორესთან.

- საკვები და სხვ.

როგორც წესი, მედიატორი მხარეებს სასმელითა და საკვებით უზრუნველყოფს. თუ მოლაპარაკება მთელ დღეს გასტანს, სასურველია, მედიატორმა მხარეები ლანჩით უზრუნველყოს. ეს კერძები განრიგის მიხედვით უნდა გაიწეროს, ისე, რომ მათ მოლაპარაკების რიტმს შეუწყონ ხელი და არ შეწყვიტონ იგი. თუკი შესაძლებელია, თითოეული ასეთი განცალკევებული შეხვედრის ოთახი უნდა აღიჭურვოს ტელეფონით, სანერი დაფითა და სხვა სანერი

<sup>5</sup> Christopher W. Moore, *The Mediation Process: Practical Strategies for Resolving Conflict* at 149-150 (1989). მაგალითად, ამერიკელი ხალხი კომუნიკაციაში დიდი სიამოვნებით ერთვება 1-2 ფუტის მანძილზე. სამუშაო პირობებში, ასევე ფორმალური სოციალური ინტერაქციების დროს ურთიერთობა, ძირითადად, 4-7 ფუტის ზღვარზე მიმდინარეობს.



საშუალებებით. ზოგ შემთხვევაში, DVD Player-ი, კომპიუტერი, პლანშეტი, მონიტორი და ა. შ. ასევე პროცესს შეუწყობდა ხელს.

## მრჩევლები

ზოგჯერ შესაძლებელია, მხარეს შეხვედრაზე საკუთარი ბუღალტერი, ფინანსური მენეჯერი ან მეგობარი ახლდეს, რომელსაც დავაში კერძო ან პროფესიული ინტერესი არ გააჩნია. მედიატორმა, სანამ მოლაპარაკება დაიწყება, წინასწარ უნდა განსაზღვროს, თუ რა როლის შესასრულებლადაა ეს მხარე წარმოდგენილი და ეწინააღმდეგება თუ არა საპირისპირო მხარე ამ პირის მონაწილეობას მოლაპარაკების პროცესში. მედიატორი შემდეგ თავად გადანყვეტს, მიეცეს თუ არა ხსენებულ მესამე მხარეს პროცესზე დასწრების უფლება. ზოგადად, სასურველია, მოდავე მხარეთაგან მონაწილეები დაახლოებით თანაბარი რაოდენობით იყვნენ წარმოდგენილები.

## 4. მედიაციის ატმოსფერო/დამოკიდებულება

### 4.1. მედიატორის პასუხისმგებლობა

მედიაციის ერთ-ერთი უმნიშვნელოვანესი ასპექტია „ატმოსფერო“. აუცილებელია, შეიქმნას ისეთი ატმოსფერო, რომელიც ორივე მხარისთვის მისაღები იქნება გადანყვეტილების მიღების ჭრილში და ისეთი ელემენტებისა თუ დამოკიდებულებების თავიდან არიდებას შეუწყობს ხელს, რომლებიც მხარეებს ერთმანეთის ოპონენტებად წარმოადგენს და დაპირისპირებულ, მტრულ პოზიციებს გაამძაფრებს.

მედიატორი პროცესს უძღვება (ერთგვარი ქორეოგრაფია). იმისთვის, რომ მედიაციისთვის დადებითი ატმოსფერო შეიქმნას, მედიატორმა მხარეების საჭიროებები უნდა გაითვალისწინოს და მათი კომფორტისა და კეთილგანწყობის შესაქმნელად აშკარა მზაობა გამოხატოს. მიუხედავად იმისა, რომ მედიატორი ყოველთვის მიუკერძოებლობასა და ნეიტრალურობას ინარჩუნებს, ის ასევე დადებითი – წარმატებული – გადანყვეტილების გულშემატკივარია. მედიატორის ძირითადი ფუნქცია პროცესის დადებით კალაპოტში მოქცევაზეა მიმართული. მაშინაც კი, როცა მხარე რთულ შეკითხვას უსვამს და შემოთავაზებული ინიციატივების მისაღებობას ამონმებს, მედიატორი საბოლოო შედეგის დამცველად გვევლინება.

### 4.2. მედიატორის სტილი

შესაძლებელია, მედიატორს სხვადასხვა სტილი ჰქონდეს და იყოს ეს პირადი არჩევანით განპირობებული, ან მედიაციაში მიღებულ გამოცდილებას ასახავდეს. ნებისმიერ შემთხვევაში, მედიატორები ან შეფასებითი, ან ფასილიტატორული მიდგომებისკენ იხრებიან. მედიატორის სტილის განსაზღვრავად საკმარისია ვიკითხოთ:

1. რამდენად ფართოდ თუ ვიწროდ განსაზღვრავს მედიატორი მის წინაშე დასმულ პრობლემას (საკითხს)?

2. მედიატორი საკუთარ ფუნქციას ხედავს შეფასებებისა და ვარაუდების შეთავაზებაში თუ ვარიანტებისა და რეკომენდაციების შემუშავებაში?

მედიატორი, რომელიც შეფასებითი სტილით გამოირჩევა, შეიძლება ჩაითვალოს ერთ-ერთ ისეთი პირად, რომელიც თავს კომფორტულად მხარეების მოთხოვნებისა და ვარიანტების შეფასებისას გრძნობს და ინტერაქციულ პროცესში ოდნავ აგრესიულობას ამჟღავნებს. მედიატორების უმრავლესობას სხვადასხვა სტილისადმი საკუთარი უპირატესობები აქვს, თუმცა მათ უნდა შეეძლოთ ერთი სტილიდან მეორეზე გადასვლა (შეფასებითიდან ფასილიტატორულზე), თუკი ამის აუცილებლობა წარმოიქმნება. ბევრი მედიატორი ამ ორ მიდგომას შორის არსებულ ცენტრისტულ სტილსაც კი ავიტარებს.

### **ფასილიტატორული**

1. ძირითადი როლი: განსაზღვრე და ნათელი მოჰფინე კომუნიკაციას;
2. დაინახე: მხარეები ერთ მაგიდასთან სხედან (ვიდრე ცალ-ცალკე ოთახებში განცალკევებულად);
3. აქცენტი: დაეხმარე მხარეებს, ჩასწვდნენ საკითხსა და ინტერესებს, მოიყვანე ინტერესთა მდიდარი პალიტრა.

### **შეფასებითი**

1. ძირითადი როლი: შეაფასე (მედიატორი დავის საკითხში სპეციალური კომპეტენციით გამოირჩევა);
2. დაინახე: მთავარი საყრდენია კერძო შეხვედრები მედიაციაში მონაწილე მხარეებთან;
3. აქცენტი: უბიძგეთ მხარეებს, მიიღონ გადაწყვეტილება, განიხილეთ მხოლოდ დავის ძირითადი საკითხი (უმეტეს შემთხვევაში, ეს ფულია).

ზოგიერთ ბაზარზე უპირატესობა ენიჭება უფრო შეფასებით, ვიდრე ფასილიტატორ მედიატორებს. მედიატორები ამ გარემოში უფრო ბაზრის მოთხოვნებს პასუხობენ და „*living in the question*“ ტექნიკას ავითარებენ. ფრაზა ეხება პროცესს, რომელიც შემფასებელ მედიატორებს აღწერს, რომლებიც, თავის მხრივ, ხელს უწყობენ მხარეებს, რომ საერთო გადაწყვეტილებამდე მისვლისას საკუთარი ხედვა დავასთან მიმართებით ჯეროვნად გადააფასონ. იმის ნაცვლად, რომ მედიატორმა განაცხადოს, თუ რა იქნებოდა ყველაზე სამართლიანი და კეთილგონივრული გადაწყვეტა, იგი ლოგიკური შეკითხვების სერიაში ერთვება, რაც მიზნად ისახავს, მოდავე მხარეები ამ აზრობრივ კალაპოტში ჩართოს. დახურული შეხვედრებისას ასეთი შეკითხვები საშუალებას აძლევს მოდავე მხარეს, გადააფასოს საკუთარი არგუმენტის ძლიერი და სუსტი მხარე, ასევე განიხილოს საპირისპირო მხარის პოზიციისა და შემდგომში სასამართლო გადაწყვეტილების შესაძლო შედეგებიც.

ზოგიერთი მედიატორი კონკრეტულ მედიაციას უფრო მეტად ფასილიტატორული მიდგომით იწყებს, თუმცა მომდევნო სტადიაზე უფრო შეფასებით ტექნიკაზე გადადის. ეს გადასვლა მუდმივად სტრატეგიულ არჩევანზე მიუთითებს, რომელსაც ფასილიტატორი სესიის მიმდინარეობის მიხედვით ირჩევს.

## **4.3. მხარეთა პასუხისმგებლობა**

წარმატებული გადაწყვეტილება ხშირად ერთზე მეტ მედიატორს საჭიროებს. თავად მხარეები გადაწყვეტილების მიღების პროცესში გადამწყვეტ როლს ასრულებენ. მხარეებს უნდა ჰქონდეთ სრული ინფორმაცია, თუ რატომაა მათსავე საუკეთესო ინტერესში კონფლიქტის მედიაციის გზით გადაწყვეტა – არ აქვს მნიშვნელობა, როგორი განწყობით მიუსხდებიან ისინი მოლაპარაკების მაგიდას. მუდმივად დავაში ჩართული მხარეები, იმისთვის, რომ ერთობლივ გადაწყვეტილებამდე მისვლა შეძლონ, აუცილებელ ინფორმაციას, შესაძლებლობებსა და მოტივაციას უნდა ფლობდნენ. მხარის მცდელობა, მიაღწიოს კონსენსუსს, ვერ იქნება შედეგიანი, თუკი მას დავის პროცესში საკითხისადმი რეალისტური ხედვა არ გააჩნია.

გარდა ამისა, გადაწყვეტილების მიმღები პირები ან უნდა ესწრებოდნენ მედიაციის პროცესს, ან გამოაგზავნონ საკუთარი წარმომადგენელი, სრულუფლებიანი პირი, იმისთვის, რომ მათი მხრიდან მოლაპარაკების პროცესი წარმატებით წარიმართოს. როცა მხარის წარმომადგენელი უფლებამოსილი პირი არ არის, ეს ფაქტი მოლაპარაკებების პროცესს სერიოზულად აფერხებს. თუმცა, თუ პიროვნება, რომელიც ჯეროვან უფლებამოსილებას ფლობს, დავის განმავლობაში ხელმისაწვდომი ხდება (21-ე საუკუნეში სხვადასხვა საკომუნიკაციო ტექნოლოგიის გამოყენებით), მაშინ მათი უშუალო ფიზიკური დასწრება შეიძლება არც იყოს იმდენად აუცილებელი; ზოგიერთი მედიატორი და მედიაციის ცენტრი კი შესაძლოა, დაჟინებით ითხოვ-

დეს, რომ უფლებამოსილი პირები უშუალოდ პროცესს დაესწრონ, რასაც ისინი მედიაციის დაწყების უცილობელ პირობად მიიჩნევენ.

მედიატორი, თუკი შესაძლებელია, სესიის დაწყებამდე მხარეებთან არაფორმალურ დიალოგს გამართავს. ამ კომუნიკაციით მედიატორი ნდობის მოპოვებას ეცდება, რამაც შესაძლოა, გარკვეული შფოთვა ან მღელვარება მოხსნას. მედიატორმა შესაძლებელია, ჩართულ მხარეებზე ან მათი დავის საგანზე ინფორმაცია მოიძიოს. ხშირ შემთხვევაში, მხარეთა ეჭვი ქრება, როდესაც მედიატორი ერთ ან ორგვერდიან მოხსენებას გააკეთებს.<sup>6</sup>

თუ მხარეები გონებრივად უკვე მზად არიან მედიაციის პროცესისთვის (სანამ მედიაციის სესია დაიწყება), ასეთ პირობებში მათ ექნებათ მეტი მზაობა, ჩაერთონ სასარგებლო, წარმატებული შეთანხმებისკენ მიმართულ პროცესში.

## 5. მედიაციის უპირატესობა

მედიაციის სარგებლიანობა კონკრეტულ პროცესში დამოკიდებულია დავის ბუნებაზე, დავის რომელ ეტაპზე ხორციელდება მედიაციისადმი მიმართვა, ასევე მოდავეებსა და მათ წარმომადგენლებზე, დავაში არსებულ ინტერესებზე.

როგორც ცნობილია, მედიაცია უზრუნველყოფს შემდეგს:

- ზოგავს დროს;
- ზოგავს ფულს;
- არის კონფიდენციალური;
- მხარეთა ინტერესების თვითგამორკვევას უწყობს ხელს;
- იძლევა კრეატიული გადაწყვეტილებების მიღებისა და გამოსავლის პოვნის საშუალებას ;
- იძლევა ისეთი შეთანხმების მიღების საშუალებას, რომლის შესრულება ყველაზე სავარაუდოა.

მიუხედავად იმისა, რომ მედიაცია უამრავ პოზიტივს გვთავაზობს, შესაძლებელია, არსებობდეს ისეთი სიტუაციები, სადაც კონფიდენციალური პროცესი არც ისეთი მიზანშეწონილია, როგორც, მაგალითად, დავის გადაწყვეტის სხვა საშუალებები. გაითვალისწინეთ:

- საქმეები, რომლებიც მნიშვნელოვან კონსტიტუციურ და ადამიანის საბაზისო უფლებებს მოიცავს;
- საქმეები, რომლებიც საზოგადოების ჩართულობასა და საჯარო განხილვას მოითხოვს;
- საქმეები, სადაც მტრული განწყობის მაღალი ხარისხია და მოდავე მხარეებს შორის ძალთა ბალანსი არ არსებობს – მაგალითად, ოჯახური ძალადობის შემთხვევები.

გარკვეულ შემთხვევებში, მხარის ადვოკატს მედიაციასთან ან დავის გადაწყვეტის სხვა პროცესთან დაკავშირებით დიდი არჩევანის გაკეთების საშუალება არ რჩება (ან რაიმე სხვა მომრიგებლობითი პროცესის მიმართ). მაგალითად, მედიაციის პროცესისადმი მიმართვა, როგორც სასამართლოსათვის დავის გადაცემის წინაპირობა, ხშირად მხარეთა სახელშეკრულებო დათქმებითაა განსაზღვრული; სხვა შემთხვევებში, მიუხედავად იმისა, რომ სასამართლო განხილვა უკვე დაიწყო, მედიაცია შეიძლება თავად სასამართლოს მიერ იყოს ინიცირებული.

თუ გავითვალისწინებთ, რომ მხარეებს არჩევანის საშუალება მიეცემათ, ფაქტორი, რომლის გათვალისწინება ადვოკატის საქმეა, მათ შორის ფაქტორები, რომლებსაც მოგვიანებით მედიატორი რელევანტურად ჩათვლის, შემდეგია:

- რა ტიპის გადაწყვეტილება სჭირდება მოდავე მხარეს: სწრაფი, დროებითი თუ მუდმივი, პრეცედენტული, საჯარო თუ კონფიდენციალური, მოდიფიცირებადი;

<sup>6</sup> მედიატორი მოთხოვნებს არ განიხილავს, ამოღებულ ჩანაწერებს ან სასამართლო დოკუმენტაციას არ აფასებს. მედიატორი არც დამოუკიდებელ სასამართლო მოკვლევას ატარებს იმისთვის, რომ რომელიმე მხარის პოზიციური „სიძლიერე“ ან მოთხოვნის სამართლიანობა განსაზღვროს.

- როგორ მოელაპარაკებიან ერთმანეთს მხარეები: გრძელვადიანი ურთიერთობების გათვალისწინებით (აინტერესებთ ურთიერთობების შენარჩუნება, თუ მისი შეწყვეტა სურთ), თუ მიმდინარე საკითხით შემოიფარგლებიან;

- რომელია კლიენტის ემოციურ-ფსიქოლოგიური ინტერესი: ბრალმდებლის პოზიცია, გაექცეს სტრესს გადაუწყვეტელი საქმის შესახებ; გაურბის სტრესს სასამართლო დავის კონტექსტში; ცდილობს, შეინარჩუნოს ურთიერთობები;

- რა ფინანსური დაინტერესება აქვთ: სურთ, მიაღწიონ სწრაფ კომპენსაციას, მოახდინონ რისკების ლოკალიზება ან შეზღუდვა, თუ შეამცირონ ან არ გაზარდონ ხარჯები.

## **II. მედიაციის ჩატარება**

### **მიმოხილვა**

მედიაცია, ისევე როგორც დავის გადაწყვეტის ნებისმიერი სხვა პროცესი, შედგება ეტაპების სერიისგან. მიუხედავად იმისა, რომ ეს ეტაპები ერთმანეთს ზოგჯერ გადაფარავს, აქ ხუთი ნაბიჯი იკვეთება. თითოეული ნაბიჯი საკუთარი აქტივობებით ხასიათდება და საკუთარ მიზნებსა და ამოცანებს წარმოაჩენს (მედიატორის პერსპექტივით):

### **2. მედიატორის წინასიტყვაობა**

აქტივობა: მედიატორი მოდავე მხარეებთან პრეზენტაციით წარდგება.

ამოცანები:

- მოდავეებს შორის კეთილგანწყობილი გარემო ჩამოყალიბდეს;
- განმარტოს პროცესი, როლები და ფორმატი;
- განავითაროს პროცესის მიმდინარეობის სტრატეგია;
- მხარეებს შორის თანამშრომლობით მზაობას მიაღწიოს.

### **მხარეთა პრეზენტაცია**

აქტივობა: მხარეები საკუთარ ვერსიასა და გადაწყვეტის შესახებ ხედვას წარმოადგენენ.

ამოცანები:

- დავის არსის იდენტიფიცირება;
- პოზიციების განსაზღვრა;
- იდენტიფიცირება პრობლემებისა, რომლებიც მედიაციის დროს, სავარაუდოდ, იჩენენ თავს, მათ შორისაა: კომუნიკაციის პროცესში ბარიერები, პოტენციური ძალთა დისპროპორცია, ეჭვი, რომ მხარეებმა ერთმანეთთან კრეატიული გადაწყვეტის გზას მიაგნონ.

### **ინფორმაციის მოძიება/საკითხის იდენტიფიცირება**

აქტივობა: მედიატორი სვამს შეკითხვებს (მხარეები პასუხობენ იმის მიხედვით, თუ რა მოსმინეს ერთმანეთისგან).

ამოცანები:

- პოზიციების ნათლად წარმოჩენა;
- მხარეთა მიერ ჩამოყალიბებული საკითხების განსაზღვრა;
- ნეიტრალურ ენაზე საკითხების ნუსხის შემუშავება;
- დღის წესრიგის მიღება.

## **შეთანხმების ალტერნატივები/მოლაპარაკება**

აქტივობა: შესაძლებელია მოხდეს ერთობლივი სესიების დროს ან პირად შეხვედრებზე.

ამოცანები:

- „გონებრივი იერიში“ (იდეების სპონტანურად თავმოყრა);
- ახალი წინადადებების შემუშავება;
- მხარეთა შორის აზრთა ურთიერთგაცვლის ხელშეწყობა;
- „რეალობის ტესტი“.

## **დახურვა**

აქტივობა: წერილობითი შეთანხმების მიღება (შეიძლება იყოს სრული ან ნაწილობრივი).  
ალტერნატიული აქტივობა: დაინიშნოს თარიღი დამატებითი კომუნიკაციისთვის.

ამოცანები:

- შეახსენოთ მხარეებს მათი მზაობის შესახებ, ითანამშრომლონ ერთმანეთთან;
- მოამზადონ შემდგომი თანხმობის დოკუმენტისათვის აუცილებელი ჩარჩო.

## **მედიატორის წინასიტყვაობა**

მედიატორის გახსნითი სიტყვა არის ერთ-ერთი ყველაზე მნიშვნელოვანი ეტაპი მედიაციის პროცესში, რადგან ის განსაზღვრავს მოლაპარაკების ტონს. დაწყების წინ მედიატორი მხარეებს ამომწურავ ინფორმაციას აწვდის, უხსნის მათ პროცესის ფორმატს და მხარეთა მზაობას უზრუნველყოფს, ადგენს, რომ მხარეებს მოლაპარაკების გაგრძელება სურთ.

საბაზისო წინასიტყვაობის შემადგენელი ეტაპები:

- მედიატორის, მხარეებისა და წარმომადგენელთა გაცნობა (წარდგენა);
- მედიატორის უფლება-მოვალეობების გაცნობა, ინფორმაციის გაცნობა, ნეიტრალობის დადასტურება და კონფიდენციალობის უზრუნველყოფა;
- მხარეთა შორის თანამშრომლობისათვის მზაობის უზრუნველყოფა (შეიძლება წერილობით დოკუმენტშიც გამოისახოს);
- მედიაციის პროცესისა და მედიატორის როლის განმარტება;
- მედიაციის ფორმატის განმარტება: მხარეთა პრეზენტაცია, ერთობლივი ან კერძო შეხვედრები;
- პროცესთან დაკავშირებული ნებისმიერი საკითხის განმარტება, ნეიტრალიტეტისა და კონფიდენციალობის დაცვა;
- ნდობისა და ნახალისების გამოხატვა.

## **ინფორმაციის მიწოდება და განმარტება**

მედიატორმა სრულად უნდა განმარტოს და წარმოაჩინოს ისეთი ინფორმაცია მხარეებსა თუ მათ წარმომადგენლებთან დაკავშირებით, რომელმაც შეიძლება, რაიმე სახის გავლენა მოახდინოს მის ნეიტრალობაზე. თუ მედიატორის მიმართ რაიმე ეჭვი გაჩნდება (რომელიმე მოდავე მხარის მხრიდან), მიზანშეწონილია, იგი პროცესს ჩამოშორდეს.

მედიატორმა მხარეებს სრულად უნდა ამცნოს: თავისი გამოცდილებისა და კვალიფიკაციის შესახებ; ნებისმიერი მანამდე თუ ამჟამინდელი ურთიერთობის შესახებ, რომელიც მისი

ნეიტრალობის მიმართ რაიმე სახის შეკითხვას გააჩენს და იმ დანახარჯების შესახებ, რომლებიც მედიატორის მომსახურებას მოჰყვება.<sup>7</sup>

### **დროისა და შეთანხმების მიმღები პირების მზაობა**

სანამ მედიაციის უშუალო პროცესზე გადაერთვებიან, მედიატორი უნდა დარწმუნდეს, რომ ყველა მხარე, ან მათ მიერ დანიშნული წარმომადგენლები, ადეკვატურად უფლებამოსილი პირები არიან, შეუძლიათ, მივიდნენ ერთობლივ გადაწყვეტილებამდე და მედიაციას საკმარის დროს დაუთმობენ.

### **საკითხები, რომლებიც უშუალოდ მოდავე მხარეს ეხება**

მედიატორმა მედიაციაზე უარი უნდა განაცხადოს, თუ, მისი აზრით, მოდავე მხარე ვერ ხვდება, რომ მედიატორი არანაირი სამართლებრივი ინიციატივითა თუ რჩევით არ გამოდის. მედიატორმა ასევე მხარეს უნდა აუხსნას, რომ ნამდვილად შესაძლოა არსებობდეს გარკვეული რისკი, თუ მედიაცია მხოლოდ დამოუკიდებელი მედიატორის მონაწილეობით და პროფესიონალური მრჩევლების გარეშე წარიმართება.

### **კეთილსინდისიერი თანამშრომლობისადმი მზაობა**

შემდეგ აუცილებელია, მედიატორმა მონაწილე მხარეებს შორის კეთილსინდისიერი თანამშრომლობისადმი მზაობას მიაღწიოს. მზაობა გულისხმობს, რომ მხარეები უნდა დამორჩილდნენ წესებსა და პროცედურებს, რომლებიც მედიატორის მიერ განისაზღვრება და ისინი შემდგომი კომპრომისის მისაღწევად კეთილსინდისიერი თანამშრომლობით უნდა გამოირჩეოდნენ. მედიატორის წინასიტყვაობის მეორე მხარეები სრულად ჩასწვდებიან მედიაციის პროცესს და გააზრებულად იქნებიან მზად, გადაწყვიტონ საკუთარი დავა. მედიატორი შემდგომში მხარეებს კიდევ ერთ შესაძლებლობას სთავაზობს – დაუსვან ერთმანეთს შეკითხვები და კომენტარი გააკეთონ.

### **მედიატორის წინასიტყვაობა: პირველი მაგალითი**

დილა მშვიდობისა! ვაფასებ, რომ მოზრდნით დღეს. იმედი მაქვს, თავს კომფორტულად და მშვიდად გრძნობთ. გვაქვს წყალი, ყავა და ნამცხვარი (მაგიდაზე); თუ რაიმე დამატებით გჭირდებათ, გთხოვთ, მაცნობოთ. საპირფარეშო ქვემოთაა, ჰოლში, ხელმარცხნივ.

დღეს რამდენიმე მნიშვნელოვანი საკითხის განხილვა გველის, იმედი მაქვს, თქვენთვის ეს წარმატების მომტანი პროცესი იქნება. თუ ყველამ ერთად ვიმუშავებთ, დარწმუნებული ვარ, შევძლებთ კარგი შედეგების მიღწევას და თქვენც ამ თანამშრომლობითა და პროცესში მონაწილეობის მიღებით კმაყოფილები დარჩებით.

პირველ რიგში, მსურს, თითოეულმა ჩვენგანმა წარმოადგინოს საკუთარი თავი. დავიწყებ: მე მქვია (ალექსანდრე ალექსანდრია) და ჩემი როლია, მოგეხმაროთ თქვენ, გადაწყვიტოთ მიმდინარე დავა (ურთიერთწარდგენა გრძელდება მაგიდის გარშემო მსხდომთა მხრიდან).

ახლა კი, სანამ მხარეთა ვერსიებს მოვისმენთ, ნება მომეცით, ორიოდ ნუთით მოგიყვებო ჩემი განათლებისა და გამოცდილების შესახებ, რათა დავრწმუნდეთ, რომ თქვენ ჩემი კვალიფიკაციითა და გამოცდილებით (როგორც თქვენი მედიატორის) კმაყოფილი ხართ (მედიატორი საკუთარი კვალიფიკაციისა თუ გამოცდილების დამადასტურებელ ცნობებს წარმოადგენს – თუკი აუცილებელია – და დარწმუნდება, რომ მხარეებს სურთ, სწორედ ის იყოს მიმდინარე დავის მედიატორი). ფრიად მნიშვნელოვანია, თქვენ ჩემი სამუშაოთი კმაყოფილები დარჩეთ. თუ

<sup>7</sup> როგორც წესი, გადასახადის შესახებ საკითხი მედიაციის დაწყების წინ არის ხოლმე შეთანხმებული.

მედიაციის დროს რაიმე პრობლემა იჩენს თავს, რაც თქვენთვის არასასურველი ან მიუღებელი იქნება, დაუყოვნებლივ მაცნობეთ ამის შესახებ, რათა ერთობლივად განვიხილოთ. თუ თქვენ არ იქნებით დარწმუნებული ჩემს შესაძლებლობებსა და მიუკერძოებლობაში და საკუთრივ მედიაციის პროცესში, მედიაციის პროცესი, ისევე როგორც ჩვენ მიერ განეული დროის დანახარჯი, ვერცერთი ჩვენგანისთვის სარგებლის მომტანი ვერ გახდება დღეს. თუმცა, თუკი გჯერათ ჩემი და მედიაციის პროცესისა, და ამ რწმენით ერთმანეთთან ვითანამშრომლებთ, ასეთ შემთხვევაში გვექნება არაჩვეულებრივი შანსი, ეს საკითხი დღესვე გადავწყვიტოთ. ახლა აქვეა მედიაციის ხელშეკრულება, რომელიც ასახავს იმას, თუ რაზე შევთანხმდით აქამდე. ერთ-ერთი ასლი გავგზავნე თქვენს წარმომადგენელთან, მაგრამ მინდა, მოკლედ მიმოიხილოთ იგი და მაცნობოთ, თუ რამეს ვერ გაიგებთ. თუკი ის თქვენთვის მისაღებია, მოანერეთ ხელი მინიმუმ ნებულ ადგილზე და დამიბრუნეთ. ყველა მიიღებს ხელმოწერილ ეგზემპლარს.

კეთილი, ახლა ნება მომეცით, მიმოვიხილო მედიაციის პროცესი და გადავწყვიტო, თუ როგორი იქნება დღეს ჩვენი როლი: პირველი, როგორც უკვე ცნობილია თქვენთვის, ეს არ არის სასამართლო განხილვა (იმის მიუხედავად, რომ სასამართლომ თავად შეიძლება დანიშნოს იგი). ასე რომ, არ არსებობს სასამართლო წესები; მე არ ვარ მოსამართლე ან არბიტრი; მე არ განვსჯი, არ მივიღებ გადაწყვეტილებას.

ჩემი ძირითადი ფუნქციაა, მოგემსახუროთ როგორც მიუკერძოებელი პირი და მოგეხმაროთ შეთანხმების მიღწევაში. თუ თქვენი სურვილი იქნება, დღესვე გადავწყვიტოთ თქვენი დავა, მნიშვნელოვან დროსა და ხარჯებს დაზოგავთ და აირიდებთ სტრესს, ასევე გააგრძელებთ ცხოვრებას ამ საზრუნავის გარეშე. ამის შესახებ უფრო დეტალურად დამატებით დაგელაპარაკებით.

შემდეგ, მინდა ასევე ვახსენო, თუ რას გავაკეთებ დღის განმავლობაში თქვენთან ერთად და, ვნახოთ, მისაღებია თუ არა თქვენთვის სამუშაო ფორმატი. უკვე ვიმსჯელებთ თქვენი ორგანიზაციის ხელმძღვანელობასთან (თუ ასეთი არსებობს), ასე რომ, მგონია, დღეს მათი მხარდაჭერა ფორმატთან დაკავშირებით უკვე მაქვს. პირველ რიგში, მოვისმენთ მოკლე პრეზენტაციებს თითოეული თქვენგანის მხრიდან („მოკლე“ – დამოკიდებულია ფაქტების ოდენობაზე თითოეულ საქმეში). ეს ნიშნავს იმას, რომ თითოეული მხარე გააკეთებს მოკლე პრეზენტაციას, წარმოადგენს დავის მისეულ ხედვას და გავაცნობს დღევანდელი სამუშაო სესიის შედეგად მოსალოდნელ მიზნებს (მოლოდინს). თქვენი პრეზენტაციები იქნება, რაც შეიძლება, მოკლე; ისინი უნდა გამოხატავდნენ კლიენტის მოთხოვნას არაბრალდების სახით. ჩვენ ერთმანეთს არ გავანწყვტინებთ, ერთმანეთსაც ცივილიზებულად და ურთიერთპატივისცემით მოვეკიდებით. თითოეული გახსნილი სიტყვის ბოლოს მოვიწვევ თითოეულ მხარეს და მათ წარმომადგენლებს, რომ მათი პოზიციით დაასრულონ და (კერძოდ) გვაუწყონ, თუ რას მოელიან დღევანდელი შეხვედრისგან. არ არის სავალდებულო, რომ თქვენ ან თქვენმა წარმომადგენლებმა რაიმე მოსაზრება გამოთქვან ამ დროის განმავლობაში; თითოეულ თქვენგანს მოგეცემათ სრული საშუალება, ისაუბროთ დღის განმავლობაში. თუმცა, თუ თვლით, რომ სურვილი გაქვთ, გამოთქვათ რამე, და არც თქვენი კლიენტია წინააღმდეგი, გთხოვთ, თქვათ თქვენი აზრი. ამ მხრივ, მინდა, ხაზი გავუსვა თავისუფალი და ღია ინფორმაციული ურთიერთგაცვლის მნიშვნელობას და სხვადასხვა ვარიანტის განხილვის სარგებლიანობას მიმდინარე დავის დაწყების გზაზე.

მხარეთა პრეზენტაციის ბოლოს მცირე დროით შევისვენებთ (აქ შეგიძლიათ, ისაუბროთ ლოჯისტიკურ ნაწილზე, აღწეროთ ოთახები, განლაგება და სხვ.). შემდეგ, მგონი, უმჯობესი იქნება, თუ ჩვენი მაგიდიდან კერძო საკონფერენციო დარბაზში გადავინაცვლებთ, რათა პირადად საშუალება მომეცეს, თითოეულ თქვენგანთან მივიდე და გამიზიაროთ კონფიდენციალური ინფორმაცია (თუკი ასეთი მოგეპოვებათ – ეს უნდა ახსენოთ მაშინ, როცა ზუსტად პრეზენტაციის დასრულებისას დადგება აუცილებლობა დამოუკიდებელ ოთახებში განცალკევების). ამ ვიზიტების დროს თქვენთან ან თქვენი კოლეგის წარმომადგენლობასთან ერთად განვიხილავ თქვენთვის საჭირობოროტო საკითხებს ისე, რომ მიმდინარე დავის დეტალებზე მეტად გა-

ვამახვილოთ ყურადღება. ამ დისკუსიების დროს ჩემი მოვალეობაა, კონკრეტული არგუმენტის ძლიერ ან სუსტ მხარეს გავუსვა ხაზი და, შეძლებისდაგვარად, ჩანდეს, თითქოს მე უფრო მონიშნააღმდეგე მხარის პოზიციას ვემხრობი, მაგრამ, სინამდვილეში, ეს ასე არ არის. თქვენ შეიძლება, სამართლიანად დაასკვნათ, რომ მაშინ, როცა მეორე საკონფერენციო დარბაზში მონიშნააღმდეგე მხარეს ველაპარაკები, მასთან „ემშაკის ადვოკატის“ ფუნქციას ვასრულებ. თუ ჩვენს დისკუსიებში შეამჩნიეთ, რომ „თემას გადავუხვიე“ – დავუშვათ, ჩემი კომენტარებით თუ შეკითხვებით, დაუყოვნებლივ მაცნობეთ ამის შესახებ. აქ იმისთვის ვართ, რომ შევთანხმდეთ და ეს ვერ მოხერხდება, თუ კონფიდენციალური დისკუსიების დროს ერთმანეთს ღიად არ ვესაუბრეთ.

რაც შეეხება კონფიდენციალობის საკითხს, მინდა დაგარწმუნოთ, რომ ნებისმიერი კონფიდენციალური ინფორმაცია, რომელსაც გამიზიარებთ კერძო საუბრების დროს, ჩემთან ერთად დარჩება და არ გაენდობა მონიშნააღმდეგე მხარეს, სანამ თქვენ თავად არ მთხოვთ ამის შესახებ. შესაბამისად, იმედი მაქვს, მაცნობებთ ყველაფერს, რაც დავას უკავშირდება და რაც საშუალებას მომცემს, შეთანხმებას მივალწიოთ, იმის გათვალისწინებით, რომ კონფიდენციალური ინფორმაციის ბუნებას პატივისცემით ვეკიდები. რომ დარწმუნდეთ, მე სწორად მესმის თუ არა, რა ინფორმაცია არ უნდა გავცე თქვენი ნებართვის გარეშე, მაცნობეთ, რაც, თქვენი აზრით, არის კონფიდენციალური, რათა მას ჩემს ჩანაწერებში განსაკუთრებული სტატუსი მივანიჭო.

ახლა უნდა აღვნიშნო ისიც, რომ შეიძლება, ოთახში ერთ-ერთ მხარესთან მეტი ვისაუბრო, ვიდრე მეორესთან, თან მიჭირს, ვივარაუდო, როდის შეიძლება ეს მოხდეს. ასე რომ, მანამ, სანამ ჩემ შესახებ ინფორმაციას მოგანვლით, გთხოვთ, გაითვალისწინოთ, რომ, როცა თქვენ გვერდით არ ვიმყოფები, მეორე მხარესთან ინტენსიურად ვმუშაობ. ასე რომ, როცა თქვენთან ერთად ოთახში არ ვიქნები, შევაფასებ თქვენს აქტიურ მუშაობას თქვენსავე ადვოკატთან, ისე, რომ შეძლოთ გააანალიზოთ თქვენი პოზიცია და ერთი ნაბიჯით მეც კი გამასწოროთ (თუ ადვოკატი სახეზე არ არის, მაინც კარგი იქნება, თუ მხარეს რაიმე სახის სამუშაოს დავუტოვებთ).

დღეს ბევრი საქმე გველოდება, თუმცა ვიცი, რომ გვაქვს შანსი, მივალწიოთ შეთანხმებას, თუ ყველანი კარგად ვიმუშავებთ. გთხოვთ, გამაგებინოთ, თუკი დაგჭირდათ შესვენების გამოცხადება; სხვა შემთხვევაში, იმედი მაქვს, შეეცდებით, დარჩეთ ახლოს ჩვენთან, რათა ადვილად გიპოვოთ, თუკი თქვენგან რჩევა ან სხვა სახის მხარდაჭერა დაგჭირდა (მათ, ვინც ეწევა, ვისაც დაგჭირდებათ შენობის გარეთ გასვლა, აცნობეთ კოლეგებს, კერძოდ, თუ სად იქნებით, ისე, რომ საჭირო მომენტში თქვენი მოხმობა შევძლოთ).

კეთილი, თუ არ გაქვთ რაიმე შეკითხვები იმის შესახებ, რაზეც ვილაპარაკე, შევეუდგეთ საქმეს.

## **მედიატორის წინასიტყვაობა:**

### **მეორე მაგალითი – კერძო შეხვედრის ფორმატი<sup>8</sup>**

ჩემი სახელია..., დიდი მადლობა, რომ თანხმობა გამოთქვით დღევანდელ მედიაციაში მონაწილეობაზე. ვივარაუდებ, რომ თითოეული თქვენგანი ერთმანეთს იცნობს. თუმცა, სანამ დავინწყებდეთ, ვისარგებლოთ შემთხვევით და ერთმანეთს თავი წარვუდგინოთ. შეგიძლიათ მინოდლოთ...

როგორც უკვე იცით, მედიაცია არის პროცესი, სადაც მიუკერძოებელი პირი, მედიატორი, ამ შემთხვევაში მე, მოდავე მხარეებს შორის კომუნიკაციის ფასილიტაციას ახდენს – მორიგების, თანხმობისა და ურთიერთგაგების გარემოს ქმნის ყოველი თქვენგანის ჩართვით.

თუკი საქმეს ჯეროვნად მოვეკიდებით, ეს პროცესი შეიძლება წარმატებით დაგვირგვინდეს. ჩემი როლია, მოგეხმაროთ და წაგახალისოთ იმაში, რომ ამ დავაში თანხმობას მიაღწიოთ; თუმცა აქ არ ვარ იმისთვის, რომ შეთანხმებამდე მისვლა გაიძულოთ. ეს არ გახლავთ სასამარ-

<sup>8</sup> ეს ნაკლებად გავრცელებული მოდელია.



თლო დარბაზი და მეც აქ არ ვარ იმისთვის, რომ თქვენი საქმის შედეგი განვსაზღვრო, ან კიდევ გამოსავალი დავსახო. ეს თქვენზეა დამოკიდებული და მხოლოდ თქვენ უნდა გადაწყვიტოთ, არის თუ არა მიმდინარე დავის გადაწყვეტა თითოეული თქვენგანის ინტერესში.

მედიაციის ხიბლი სწორედ ისაა, რომ მისი ყოველი სესია პირად ხასიათს ატარებს, კონფიდენციალურია და უსაფრთხო (თუ სასამართლო, ან პოტენციურად სასამართლო, განხილვა მოსალოდნელია). მე არ განვაცხადებ ჩემთვის განდობილ ინფორმაციას, სანამ ამ ინფორმაციის განდობის ნებართვას თავად არ მომცემთ. ამავდროულად, თითოეული თქვენგანიც თანხმდება იმაზე, რომ ამ პროცესში რაიმე სახის ზეგავლენას არ მოახდენთ მეორე მხარეზე წერილობითი ან ზეპირი მტკიცებულების მოპოვების მიზნით.

აქვე მნიშვნელოვანია აღინიშნოს ის, რომ თქვენ ჩემს გამოცდილებასა და კვალიფიკაციასთან მიმართებით თავი უსაფრთხოდ უნდა იგრძნოთ და უნდა დარწმუნდეთ, რომ მედიაციის პროცესი ჩემი ჩართულობით სრულიად მიუკერძოებლად წარიმართება (შეგიძლიათ, ისაუბროთ თქვენი კვალიფიკაციის შესახებ და ნათლად ისაუბროთ ნებისმიერ ისეთ გარემოებაზე, რომელიც საქმესთან დაკავშირებით თქვენს მიუკერძოებლობაში რაიმე ეჭვს ბადებს). თუ ჩემი მონაწილეობა მისაღებია თქვენთვის, დავუბრუნდები მედიატორთან დაკავშირებულ შეთანხმებას, რომელიც მედიაციის პროცესში ჩვენს ურთიერთობას განსაზღვრავს: (თუ მხარეები წარმოდგენილები არიან მათი ადვოკატებით...) უკვე გავუგზავნე ერთი ასლი თქვენს ადვოკატებს, მაგრამ მაინც სურვილი მაქვს, კიდევ ერთხელ მიმოვიხილო ხელშეკრულების დოკუმენტი, რათა დავრწმუნდე, რომ შეკითხვები ამასთან დაკავშირებით ამოიწურა.

ასე და ამგვარად, თუ თვლით, რომ თავს უხერხულ ან საეჭვო მდგომარეობაში გრძნობთ, მაცნობეთ ამის შესახებ, ისე, რომ ყველაფერი დასაწყისშივე გამოვასწოროთ და მედიაციის პროცესი თქვენთვის კომფორტულ სიტუაციაში წავიყვანოთ. ამავდროულად, თუ დღის განმავლობაში ჩათვალთ, რომ მე მიუკერძოებლობა დავკარგე, დაუყოვნებლივ მაცნობეთ ამის შესახებ. დროდადრო, კერძო შეხვედრებისას, შეიძლება, ერთ ან მეორე მხარესთან სიმკაცრე გამოვიჩინო, რათა მიზანშეწონილი დისკუსია უზრუნველვყო, თუმცა ეს არ ნიშნავს, რომ მიუკერძოებელი გავხდი ან რომელიმე მხარის უფრო მჯერა. გთხოვთ, გახსოვდეთ ამის შესახებ ჩვენი განხილვის პროცესში.

ახლა, როცა იცით, თუ რა არის მედიაცია, როგორია ჩემი როლი და ვინ ვარ მე, ნება მომეცით, უფრო დეტალურად განგიმარტოთ პროცესი.

როგორც უკვე გითხარით, მედიაციის პროცესი არ არის სასამართლო განხილვა და თქვენი დავა არ შეფასდება რომელიმე მესამე მხარის მიერ (მოსამართლის მხრიდან). შესაბამისად, არ არსებობს სასამართლოსთვის დამახასიათებელი წესები.

იმისთვის, რომ მოხდეს პროცესის მაქსიმალიზაცია და თქვენი დავის გადასაჭრელად მეტი ძალისხმევის მობილიზება, მაქვს რამდენიმე წესი, რაზეც მსურს ყველანი შევთანხმდეთ: 1. გთხოვთ, ვიყოთ თავაზიანები და ერთმანეთს პატივისცემით მოვეკიდოთ; 2. გთხოვთ, ნება დამართოთ, თავად გადავწყვიტო, თუ როდის მოვექცეით ჩიხში და როდის კარგავს განხილვა ყველანაირ აზრს. თუ ამ წესებს დაემორჩილებით, მჯერა, გვექნება კარგი შესაძლებლობა, რომ ჩვენმა რთულმა სამუშაომ შედეგი გამოიღოს დღეს, რაც, დამეთანხმებით, კარგი იქნებოდა, რადგან ეს დაზოგავს თქვენს დროსა და ენერჯიას; ასევე, თავიდან აგარიდებთ სასამართლო განხილვებს და რომელიმე უცნობი, მესამე მხარის მიერ თქვენი დავის გადაჭრის რისკს.

ამავდროულად, მსურს, ჩავერთო კერძო დისკუსიებში. ეს ნიშნავს, რომ მსურს, დაგამორიშოროთ ცალკე ოთახებში და ოთახებს შორის „მიმოსვლითი დიპლომატიის“ წესით ვიმოქმედო, რათა სხვადასხვა საკითხზე ღია და გულახდილი დისკუსია გავმართოთ და ამით დავის გადაჭრის საუკეთესო გზა დავინახოთ.

პირველ რიგში, დავინყებთ თითოეული თქვენგანის მოკლე პრეზენტაციებით. ეს ნიშნავს, რომ თითოეული მხარე, თავაზიანობის დაცვით, მიმართავს მეორე მხარეს, განმარტავს მათ მიერ დანახულ ვერსიას მიმდინარე დავის შესახებ და შემოგვთავაზებს მათ მიერ წარმოდგენილ გადაწყვეტის გზებს. მიუხედავად იმისა, რომ სურვილი მაქვს, თითოეულმა მხარემ წარმოთქვას გახსნილი სიტყვა, ეს არ არის აუცილებელი და არც თქვენ და არც თქვენს ადვოკატ-

ტებს ეს არ მოგეთხოვებათ. გექნებათ საკმარისზე მეტი დრო იმისთვის, რომ ცალკე რეჟიმში თქვენი პოზიცია კიდევ ერთხელ დააფიქსიროთ. თუმცა მაინც მგონია, კარგი იქნება, თუ ჩვენ დისკუსიისთვის შევიმუშავებთ ჩარჩოს და მე წაგახალისებდით, რომ მაინც რაიმე სახის, თუნდაც მოკლე, სიტყვა წარმოთქვათ.

საერთო შეხვედრაზე საჯარო გამოსვლის შემდეგ ცოტას შევისვენებთ და შემდეგ, როგორც მანამდე გითხარით, მხარეებს დავაშორიშორებ სხვადასხვა ოთახში და თითოეულ მათგანს ცალ-ცალკე შევხვდები. ამ ვიზიტების დროს თქვენ თქვენი ინტერესებისა და აქტუალური საკითხების შესახებ იმსჯელებთ, ისე, რომ დავასთან დაკავშირებით მეტ ობიექტურობას მივალწიოთ. ჩემი მიზანია, წამოვწიო ისეთი საკითხები, რომლებიც თქვენი არგუმენტების ძლიერ და სუსტ მხარეებს გაუსვამს ხაზს. ზოგჯერ შეიძლება, ისეც ჩანდეს, თითქოს რომელიმე მხარის პოზიციისკენ უფრო ვიხრები, თუმცა ეს ასე არ არის. ჩემთვის მნიშვნელოვანია „ემ-მაკის ადვოკატის“ როლი ვითამაშო, რათა მოახერხოთ შესაძლო გადანყევების შესაძლებლობებზე ყურადღების გამახვილება; შეიძლება, ასევე ჩანდეს, თითქოს რომელიმე მხარესთან მეტ დროს ვხარჯავ, თუმცა ეს არ უნდა მიიღოთ ჩემ მიერ რომელიმე მხარის მხარდაჭერად; ხშირად ხდება, რომ დავის დროს რომელიმე განცალკევებულ მხარესთან მუშაობას (და თანხმობის მიღწევას) მეტი დრო სჭირდება. მნიშვნელოვანია, ყველას გახსოვდეთ, რომ ის, რასაც ამ ოთახებში ვიხილავთ, კონფიდენციალური ინფორმაციაა. თუ, ამავდროულად, ამ განხილვების დროს ერთმანეთს ისეთი რამ გავუზიარეთ, რაც არ გსურთ, რომ მეორე მოდავე მხარეს ეცნობოს, უბრალოდ, მაცნობეთ ამის შესახებ, რათა ჩავინიშნო და ვიცოდე, რომ არ გსურთ ამ საკითხის მეორე მხარისათვის გამჟღავნება.

და ბოლოს, გავაგრძელებთ მუშაობას განცალკევებული სესიებით, სანამ ყველანი შეთანხმებას არ მივალწევთ, ან სანამ არ გადავწყვეტთ, რომ მედიაცია ჩიხში შევიდა. თუ დღეს შეთანხმებას მივალწევთ და მჯერა, რომ კონსტრუქციული მუშაობით ეს შესაძლებელია, თქვენთან ერთად შეთანხმების ხელშეკრულების შედგენას შევუდგებით. ის თქვენი შეთანხმების შინაარსს განსაზღვრავს და ხელშეკრულების ფუნქციას შეასრულებს, რომლითაც თქვენ დავის გადაჭრისას იხელმძღვანელებთ.

სანამ დავიწყებდეთ, მსურს, უბრალოდ, გითხრათ, რომ გვაქვს, იცით, წასახემსებელი და სასმელები სამზარეულოში. საპირფარეოო ქვემოთ, ჰოლშია. მწველთათვის გარეთ მოსანევი სივრცე გვაქვს დათმობილი, მაგრამ ძალიან შორსაც ნუ გახვალთ, რათა საჭირო მომენტში დროულად მოვახერხო თქვენი მოხმობა.

მაშ ასე, თუ არ დაგვრჩა რაიმე შეკითხვა იმასთან დაკავშირებით, რაზეც აქამდე ვისაუბრე, დავიწყებ...

## **მედიაციასთან დაკავშირებული წერილობითი შეთანხმება**

გახსნითი სიტყვის დროს, მას შემდეგ, რაც გამოიკვეთება პროცესის კეთილსინდისიერად წარმართვის საერთო მზაობა და მოტივაცია, ზოგიერთი მედიატორი მხარეებს სთხოვს, ხელი მოაწერონ მედიაციის შესახებ წერილობით ხელშეკრულებას, რომელიც შეთანხმებულ პირობებსა და განმარტებებს განამტკიცებს.

ეს ხელშეკრულება შეიძლება შეიცავდეს შემდეგ ტექსტს:

ხელმომწერი მხარეები (და მათი ადვოკატები) თანხმდებიან, რომ აღნიშნული დავის საგანი გადაეცემა მედიაციის პროცესს მანამ, სანამ...

აღნიშნული მედიაციის მიზნით, ხელმომწერი მხარეები თანხმდებიან, რომ:

- მედიატორი წარმოადგენს მიუკერძოებელ მხარეს და არ არსებობს ინტერესთა შეუთავსებლობა, რაც მედიატორს თავისი ფუნქციის განხორციელებაში ხელს შეუშლის;
- მხარეები ითანამშრომლებენ ერთმანეთთან ისევე, როგორც მედიატორთან, რათა დავის პროცესში კეთილსინდისიერი მუშაობის შედეგად ჯეროვანი გამოსავალი გამოინახოს;

• მხარეები და მათი წარმომადგენლები იქნებიან მედიაციის პროცესში ჩართულნი მანამ, სანამ არ მიაღწევენ შესაბამის შეთანხმებას, ან თავად მედიატორი, ან რომელიმე მხარე არ ჩათვლის, რომ სესია უნდა გადაიდოს, ან საერთოდ გაუქმდეს;

• მედიატორის თხოვნით, მხარეები გააგრძელებენ მოლაპარაკებებს მედიაციის სესიებზე;

• პროცესის განმავლობაში არანაირი სტენოგრაფიული, ვიზუალური თუ აუდიოჩანაწერი არ გაკეთდება. ნებისმიერ ქცევა, განცხადება, მიმართვა, დაპირება, აზრი, შეხედულება – ზეპირი თუ წერილობითი, რომელიც მოლაპარაკებების დროს გაკეთდება – მედიატორის, მხარეებისა თუ მათი წარმომადგენლების მხრიდან, პრივილეგირებული კომუნიკაციის წყაროა და კონფიდენციალურად გამოცხადდება, რომელსაც ხელშეკრულებაში გათვალისწინებული პირობა დაიცავს და არ გამჟღავნდება მხოლოდ იმ შემთხვევაში, თუკი მისი გაუმჟღავნებლობა შესაბამისი შეთანხმების პირობაა. ეს შეიძლება იყოს ნებისმიერი ისეთი ქცევა, განცხადება, დაპირება და ა. შ., რომლის გამჟღავნება დაუშვებელია, გარკვეული მიზნებიდან გამომდინარე. აქ შეიძლება, მოიაზრებოდეს ნებისმიერი სახის ღონისძიება, რომელიც მხარეების ჩართულობას გულისხმობს თვით სასამართლოს ჩათვლით და ინფორმაციის გაუმჟღავნებლობას განაპირობებს.

• მედიაციის პროცესის მიმდინარეობაში დაუშვებელია მუქარა სასამართლოს ჩარევით, ჩივილითა თუ სხვა რაიმე სამართლებრივი ღონისძიებების გამოყენებით – ეს ეხება ნებისმიერ ადამიანს, რომელიც პროცესში მონაწილეობს ან მისი თანმხლებია. იგივე ეხება მედიატორს, რომელიც არასოდეს წარდგება მონაწილის სახით სასამართლოში რომელიმე მხარის მოთხოვნით ან თხოვნით მიმდინარე დავასთან დაკავშირებით.

აღსრულებაში მოვიდეს ----- დღე ----- თვე ----- წელი -----

## პრაქტიკული შენიშვნები მედიატორის წინასიტყვაობის შესახებ

რადგან გახსნილი სიტყვა (წინასიტყვაობა) არის მედიატორის შანსი, შექმნას შესაბამისი (დადებითი) გარემო, არსებობს გარკვეული ტექნიკა, რომელიც ამ კეთილგანწყობის მისაღწევად ხელშემწყობია ხოლმე:

• იყავით ფორმალურები, მაგრამ არა მეტისმეტად;

• მოახდინეთ თქვენი აზრის პერსონალიზაცია, არა ვინმეს მიერ მომზადებული, არამედ მხოლოდ თქვენ მიერ გახმოვანებული სიტყვით;

• თხრობითი სახით წარმოსთქვით თქვენი შესავალი, ნუ წაიკითხავთ მას;

• შეინარჩუნეთ მხარეებთან თანაბარი კონტაქტი;

• წინასიტყვაობას დაუთმეთ საკმარისი დრო. ის უნდა იყოს საკმარისად ვრცელი, ამავედროულად იყოს გარკვეულად დაბალანსებული მყისიერად საქმის დაწყებასა და მეტისმეტად გაჭიანურებას შორის, როცა შეიძლება გაიფანტოს მსმენელთა ყურადღება. ზოგადი გამოცდილებით, 4 – 7 წუთი სრულიად საკმარისია.

## მხარეთა პრეზენტაცია

წინასიტყვაობის დასრულებისას მედიატორი სთხოვს მხარეებს, გააკეთონ მოკლე შესავალი, რითაც საკუთარ ხედვას გამოხატავენ, მერე სთხოვს მათ, განაცხადონ საკუთარი მოლოდინის შესახებ.

ზოგიერთ შემთხვევაში, მხარის ადვოკატი თავად გაახმოვანებს ხოლმე საკუთარი დამკვეთის პოზიციას; სხვა შემთხვევებში, მხარე და ადვოკატი ერთობლივად გამოდიან სიტყვით.

ფორმატის მიუხედავად, პრეზენტაციის დროს სპიკერი (მომხსენებელი) – იქნება ეს ადვოკატი, კლიენტი თუ ორივე, მედიატორსა და მოდავე მხარეს აწვდიან შემდეგი სახის ინფორმაციას:

- მხარის ხედვას ფაქტების გათვალისწინებით;
- ქვესაკითხებს;
- რას ითხოვენ და რა სურთ კომპენსაციის სახით (თუკი ასეთი რამ არსებობს).

გამოცდილი მედიატორი მხარეებს მოუწოდებს, მოუსმინონ ერთმანეთს, რადგან თავად მოსმენისა და ყურადღების ფაქტი უკვე დავის განხილვის დასაწყისში ეფექტური კომუნიკაციის ნიშანია. მიუხედავად იმისა, რომ ინფორმაციული ურთიერთგაცვლის ფორმატი არაფორმალურია და მოქნილი, მედიატორი პროცესს ფრთხილად აკონტროლებს, ისე, რომ მოხსენების პროცესში არც ერთ მხარეს სიტყვა არ შეაწყვეტინოს.

სამართლებრივი ან ფაქტობრივი მსვლელობა საკითხისა შეიძლება აღნიშნული პრეზენტაციების დროს გარკვეულწილად დამახინჯდეს. მხარეთა წარმომადგენლები უნდა ცდილობდნენ ურთიერთგაგებასა და შეთანხმებაზე ორიენტირებული განწყობის შექმნას და, ამრიგად, საპირისპირო მხარის მხრიდან თანხმობის სურვილის (მოტივაციის) გაღვივებას.

## მედიატორის ანალიზი

მას შემდეგ, რაც ორივე მხარე შესავალ სიტყვას დაასრულებს, მედიატორს უკვე შექმნილი აქვს მოსაზრება დავის უმთავრესი საკითხებისა და მხარეთა პოზიციების შესახებ. მედიატორმა ასევე უნდა განსაზღვროს ის საკითხები, რომლებიც შესაძლოა, მედიაციის პროცესში წარმოიქმნას – ეს შეიძლება ძალთა ბალანსის არარსებობის გამო წარმოიშვას ან მხარეების მიერ კრეატიული გადაწყვეტილების მოძიების სურვილის არარსებობამ განაპირობოს.

პრეზენტაციების ბოლოს მედიატორს შესაძლოა, გაუჩნდეს დამატებითი კითხვები დავის საგნისა და მხარეთა პოზიციების, ასევე ერთმანეთთან დამოკიდებულების შესახებ, ან მოლაპარაკებების იმ სტადიისა და შინაარსის შესახებ, რომლებმაც მედიაციისადმი მიმართვა განაპირობა. სრულიად დასაშვებია ის, რომ მედიატორმა დასვას შეკითხვა და შეეცადოს, მოიძიოს პასუხები. თუმცა აქვე მედიატორმა უნდა იცოდეს, რომ:

- ზოგიერთი შეკითხვის დასმა კონფიდენციალურ გარემოში ხდება;
- მედიატორის როლი არ არის არსებული ურთიერთსაინანაღმდეგო ფაქტების დალაგება;
- მედიაცია პერსპექტივაზე ორიენტირებული პროცესია და არა პასუხისმგებლობის შეფასების მცდელობა ან ბრალეულობის განსაზღვრა;
- მედიატორის შეკითხვები მედიაციის არცერთ ნაწილში დაკითხვის ასოციაციას არ უნდა იწვევდეს.

## საკითხის იდენტიფიცირება და დღის წესრიგის განსაზღვრა

გახსნითი პრეზენტაციების დროს მხარეები მედიატორს, ჩვეულებისამებრ, ყველაზე მნიშვნელოვანი ასპექტების შესახებ აცნობებენ. მართლაც, მხარეთა უმრავლესობა ცდილობს, მოახსენოს მედიატორს პრობლემის არსი, იმისათვის, რომ შეთანხმებამდე მივიდნენ. მხარის პოზიცია, ჩვეულებისამებრ, ნათელი და გასაგებია ხოლმე. მთავარი „ინტერესი“ ანუ საფუძველი კონკრეტულ დავაში ძალიან მნიშვნელოვანია, თუმცა ნაკლებად თვალსაჩინოა ხოლმე.

შედეგად, მიუხედავად იმისა, რომ მხარეები შესაბამისი სამართლებრივი საკითხის განსაზღვრას ახდენენ ხოლმე, ისინი დავის საგნის გადამწყვეტაში ნაკლებ დახმარებას უწევენ მედიატორს. მედიატორს, შესაძლებელია, საქმის უფრო სიღრმისეული შესწავლა დასჭირდეს. ხშირად ხდება, რომ, კონფიდენციალური საუბრებიდან გამომდინარე, მედიატორი სწორედ საჭირო საშუალებებს სწვდება. მიუხედავად იმისა, რომ ამის ძირეული შემომწმება განხილვის

პროცესში წარმოებს, საამისოდ ნიადაგის მომზადება საკითხის იდენტიფიცირებისა და დღის განრიგის განსაზღვრის ადრეულ ფაზაში ხდება.

### **საკითხის იდენტიფიცირება**

მედიატორი საკითხების ნუსხას შეიმუშავებს, თან ეცდება, ნეიტრალური სიტყვებით ისეთი საკითხები გამოკვეთოს, რომლებიც იმპულსურ და დამატებით მსჯელობას გამოორიცხავს და პროცესს მოლაპარაკების ფასილიტაციისკენ მომართავს.

ეს „სია“ არის ერთგვარი „მენიუ“ ანუ შაბლონი, რომელიც დიალოგში შემდეგნაირად აისახება:

მაგალითი:

მხარის განცხადება: „უარს ვაცხადებ მასთან თანამშრომლობაზე!“

მედიატორის ხელახალი ფორმულირება: (რაც არის ჩამონათვალში): „კონტროლის მექანიზმები“.

იმდენად, რამდენადაც სია იზრდება, მედიატორი განაგრძობს მის შესწორებას მხარეთა ჩართულობის პროცესში მეტი აკურატულობის მისაღწევად.

მედიატორისთვის სასარგებლო მიდგომები, რასაც ის უნდა ითვალისწინებდეს, არის შემდეგი:

- საკითხის მითითება დაფაზე, ისე, რომ არაფერი გამორჩეს;
- მხარეებთან ერთად გადაამოწმოს, ხომ არაფერი გამორჩა, ასევე გაუსვას ხაზი, რომ ნუსხა შეიძლება განახლდეს;
- ნუსხა არ უნდა მოიცავდეს მხოლოდ ერთ საკითხს.

### **დღის წესრიგის შემუშავება**

როგორც კი საკითხები სიაში განისაზღვრება, მედიატორის შემდეგი მიზანია, განსაზღვროს მათი განხილვის თანმიმდევრობა. ეს არის სტრატეგიული დავალება და შესაძლოა, სიაში პუნქტების გადანაცვლებაც მოითხოვოს – რათა სპონტანურად, თავდაპირველად მითითებული თანმიმდევრობით არ მოხდეს მათი განხილვა.

მედიატორები დღის წესრიგის განსაზღვრავად არაერთ სტრატეგიას მიმართავენ, რაც მოიცავს:

- თხოვნას მხარეების მიმართ, შეთანხმდნენ, რომელი საკითხის განხილვა ურჩევნიათ პირველ რიგში (რიგის მათეული ხედვა);
- განსახილველი პუნქტების ალტერნატიული ვარიანტის შემუშავება;
- მარტივი საკითხებით დაწყება იმ მიზნით, რომ თავდაპირველ, მარტივ საკითხებზე შეთანხმებამ საერთო თანხმობისათვის სასურველი განწყობა შექმნას;
- უფრო რთული საკითხებით დაწყება იმ მოსაზრებით, რომ, თუ ამ ნაწილში შეთანხმების მიღწევა ვერ მოხერხდა, წვრილმანების განხილვა დროის კარგვა იქნება;
- საკითხების დაყოფა, რთული და მარტივი საკითხების გამოკვეთა და შემდეგ გრადაციის წესით მარტივიდან რთულზე გადასვლა (ან პირიქით);
- გადაწყვეტის შესაბამისი ალტერნატიული საშუალებების განსაზღვრა.

### **მხარეთა მოლაპარაკებები**

ერთობლივი და ცალკეული შეხვედრები

მხარეთა პრეზენტაციების, საკითხის იდენტიფიცირებისა და დღის წესრიგის განსაზღვრის შემდგომ მედიატორმა უნდა გადაწყვიტოს, განაგრძოს თუ არა პროცესის წაყვანა ერთობლივი თუ ცალკეული შეხვედრებით (მედიატორთან კონფიდენციალური შეხვედრებით).

ეს ცალკეული შეხვედრები ხშირად გამოიყენება იქ, სადაც:

- მხარეებს შორის მტრული დამოკიდებულება არსებობს;
- სადაც ერთი ან ორივე მხარე ამას ითხოვს;
- სადაც თითოეული მხარე მოლაპარაკებებისთვის ცალკეულ ოთახს საჭიროებს, რათა საკითხის შესახებ, რომელიც მხარეებმა პრეზენტაციებისას გააჟღერეს, მეტი გარკვეულობა იქნეს უზრუნველყოფილი.

კერძო შეხვედრების მოდელი მხარეებისთვის პირადი საუბრების შესაძლებლობას უზრუნველყოფს, ისე, რომ მათ საკუთარი მოთხოვნები და პოზიციები განავითარონ. ასევე მხარეებს შესაძლებლობა ეძლევათ, დაიცვალონ ბრაზისგან მხოლოდ მედიატორის თანხლებით. მედიატორი ამ პოზიციებს ნეიტრალურ ენაზე გადაიყვანს და შემდგომი მოლაპარაკების ნახალისებას მოახდენს. თუ ამ დროს მოლაპარაკებები ჩიხში მოექცა, მედიატორს შეუძლია, მოიწვიოს მეორე მხარე და მომდევნო ნაბიჯის განსასაზღვრავად გაერთიანებული სხდომა ჩაატაროს.

### **ინფორმაციის მოძიება**

მოლაპარაკების პროცესში მედიატორი ინფორმაციის მოძიებასა და შესწავლას განაგრძობს. ინფორმაციის მოძიება მნიშვნელოვანია, რადგან მხარეების უმრავლესობა შესავალი პრეზენტაციების დროს მხოლოდ საკუთარ ვერსიაზე ამახვილებს ყურადღებას. მომდევნო საუბრებში მედიატორმა უნდა განიხილოს მიღებული ინფორმაცია და შესაძლო დამატებითი ფაქტების არსებობის შესახებ მხარეებთან განიხილოს. ამრიგად, მედიატორმა უნდა დაინყოს იმ საკითხებისა და ინტერესების იდენტიფიცირება (და წამოწევა), რომლებიც მხარეებს შორის შეთანხმების მიღწევას შეუწყობს ხელს.

### **პოზიციების გამეორება და გაანალიზება**

დამატებითი ინფორმაციის მიღების პროცესში მედიატორს შეუძლია, მხარეების მიერ გაცხადებული პოზიციები ნეიტრალური სიტყვებით გაიმეოროს და დაეხმაროს მათ თავიანთი ძლიერი მხარეების უკეთ გათავისებაში. ეს ხელახლა ფორმულირება რამდენიმე მიზანს ემსახურება: ხაზს უსვამს აქტიური მოსმენის ტექნიკას და უდასტურებს მხარეებს, რომ მათი პოზიცია მოსმენილი და აღქმულია; რომ ადამიანს მათი კარგად ესმის და, იმავდროულად, ცდილობს, საკითხი ისეთი პერსპექტივით დაინახოს, რომელიც ამავე პოზიციების, მოლოდინისა და მოთხოვნების ობიექტური შეფასებისკენ იქნება მიმართული.

### **შეთანხმების სხვადასხვა ვარიანტის მიღწევა-შეთავაზება**

მას მერე, რაც მხარეებს მიეცათ სრული შესაძლებლობა, საკუთარი პოზიციები გამოეხატათ, მედიატორი მათ შეთანხმების ვარიანტების დამუშავებისკენ მოუწოდებს. როგორც წესი, ეს მოლაპარაკებები თავისი ბუნებით გამანაწილებელია: ერთი მხარე, როგორც წესი, მოსარჩელე, მოითხოვს ფულად ანაზღაურებას ან შესაბამისი ღირებულების ობიექტს, იმის გათვალისწინებით, რომ მეორეც შემხვედრ მოთხოვნას წამოაყენებს.

ამ მოლაპარაკების დროს მედიატორი ნეიტრალური კურიერის როლს ასრულებს (ისევე როგორც მიუკერძოებელი მრჩევლის). როგორც ნეიტრალური მრჩეველი, მედიატორი მოლაპარაკების წინ წასაწევად გონივრულ ინიციატივას წამოაყენებს. ის, იმავდროულად, მომრიგებლობითი პროცესის უპირატესობას უსვამს ხაზს, თუმცა სრულ მიუკერძოებლობას ინარჩუნებს, ისევე როგორც მხარეთა მიმართ პატივისცემასა და კონფიდენციალური ინფორმაციის გაუმჟღავნებლობის პრინციპს იცავს. მოლაპარაკების მიმდინარეობის პროცესში მედიატორმა შესაძლებელია, მხარეები წახალისოს, რამეთუ მათ ალტერნატიული შეთანხმების ირგვლივ არსებული შესაძლებლობებიც განიხილონ, თუმცა ერთი რომელიმე ვერსიის შეთავაზებისგან თავს იკავებს. მედიატორის როლი ამ ეტაპზე არის მხოლოდ მხარეების წახალისება,

ისე, რომ მათ მოლაპარაკება განაგრძონ და დაეხმაროს, გადანყვიტონ, შეთანხმების მისაღწევად რომელი იქნებოდა ყველაზე სასურველი ვარიანტი, რაზეც ისინი შეთანხმდებოდნენ.

## ვარიანტების მოძიება

ზოგიერთი საქმე მხოლოდ კრეატიული ალტერნატივების შემუშავებით წყდება. ამ შემთხვევებში, მედიატორმა მხარეებთან უნდა ითანამშრომლოს, ისე, რომ ყველა „ნედლი“ ვარიანტი შემუშავდეს. მხარეებმა ვერსიების ფართო არჩევანი უნდა მოიტანონ – არ აქვს მნიშვნელობა, თავიდან რამდენად სასაცილოდაც არ უნდა ჩანდეს ზოგიერთი მათგანი. თუ მედიატორი მოახერხებს პრობლემის გადანყვიტის გზაზე კრეატიული და თანამშრომლობითი განწყობის ჩამოყალიბებას, მხარეები ერთობლივად ყველაზე ოპტიმალურ ვარიანტს მიაგნებენ. ამას ხშირად „ჩარჩოს მიღმა“ აზროვნებას უწოდებენ (*Out of Box Thinking*). მედიატორი პროცესში მოტივატორისა და ფასილიტატორის როლს შეასრულებს, თუმცა „გონებრივი იერიშის“ ადრეულ ეტაპზე კონკრეტული ვარიანტების შეთავაზებისაგან თავს შეიკავებს, რადგან ის, რაც შეიძლება, მისთვის ყველაზე კეთილგონივრულ გადანყვიტად ჩანდეს, შესაძლებელია, რომელიმე მხარისთვის ნაკლებად მიმზიდველი აღმოჩნდეს.

„გონებრივი იერიშის“ პროცესში მედიატორი უნდა შეეცადოს, წახალისოს მხარეები იმისკენ, რომ საკითხს „გვერდიდან“ შეხედონ და გასცდნენ ნაცად გზებს, ისე, რომ დავის შემთხვევაში მათი კრეატიულობა გაცვეთილი პარამეტრებით არ შეიზღუდოს. ხელსაყრელი პირობებისას მედიატორმა შესაძლებელია, დასვას ისეთი კითხვები, რომლებიც დამატებითი ოფციების (შეთავაზებების) მოსაძიებლად იქნება მიმართული (რაც, შესაძლოა, მხარეებს გამოჩნდეს). გამოსავლის ძიების პროცესში მხარეებმა გარკვეული გამოწვევები უნდა მიიღონ, რათა შემდგომში ორივესთვის ხელსაყრელ შეთანხმებამდე მივიდნენ.

გონებრივი იერიშის ტექნიკა გულისხმობს ისეთი გარემოს, რომელშიც მონაწილეებს სთხოვენ:

- თავი შეიკავონ კრიტიკისაგან, როგორც საკუთარი, ასევე სხვისი წინადადების მიმართ;
- ყველა იდეა ყურადღების ღირსია, როგორი უჩვეულოც არ უნდა ჩანდეს ის;
- იდეის შესახებ საუბარი არ უდრის მის მიღებას;
- დასაშვებია, დავეყრდნოთ სხვის აზრს, მაგრამ არა შევცვალოთ ან გადავაკეთოთ იგი;
- რაც შეეხება გადანყვიტების მიღებას, ეს შემდგომი ეტაპია.

## ოფციების შემოწმება

მაშინ, როცა რომელიმე მხარე კონკრეტული გადანყვიტით გამოვა, მედიატორმა დახმარება უნდა გაუწიოს მას, გააანალიზოს, გადასინჯოს და შეაფასოს იგი. შეკითხვების დასმით მედიატორმა დახმარება უნდა გაუწიოს მხარეებს, თავად განსაზღვრონ, რამდენად რეალისტურია მათი წინადადებები. ეს უნდა იყოს ღია კითხვები – რაც დასაწყისში კატეგორიულ შეკითხვებს გამოირიცხავს. როგორც კი ნათელი გახდება, რომ მხარეების მიერ განხილულ საკითხში რეალური სურათი იკვეთება, შეკითხვებიც სულ უფრო „ვინრო“ და კონკრეტული გახდება. მას მერე, რაც მედიატორი ღია შეკითხვებით მხარეებს საკუთარი ვერსიების შეფასებაში მოეხმარება, ეს პროცესი „შეკითხვაში“ გამოიკვეთება. მხოლოდ ამ თავდაპირველი დატესტვისა და შეფასების მერე მედიატორმა უნდა გააჟღეროს თავისი ვარიანტი (ნეიტრალური სახით), ისიც შეკითხვის ფორმით. მას შემდეგ, რაც მხარეები შეთანხმდებიან ალტერნატიულ ვარიანტზე, მედიატორი კვლავ მიუბრუნდება მას და ორივე მხარესთან მის ძლიერ თუ სუსტ მხარეებზე იმსჯელებს. ამ ეტაპზე, თუ ყველანი თანხმდებიან, მედიატორი არის მზად, დაეხმაროს მხარეებს, საბოლოო ვარიანტზე შეჯერდნენ.

## შეთანხმების შეჯერება, როცა შეთანხმება მიღწეულია

თუკი მოლაპარაკების პროცესი შეთანხმებით დასრულდა, მედიატორი ეხმარება მხარეებს, მის წერილობითი ფორმით ჩამოყალიბებაში; ზოგჯერ, დავის სირთულიდან გამომდინარე, შეთანხმების დამატებითი დოკუმენტირებაა საჭირო. თუ ასეა, მედიატორმა უნდა წაახალისოს მხარეები, „თანხმობის მემორანდუმი“ პუნქტებად განერონ, რაც მომდევნო განხილვებისთვის ერთგვარი საზომი და სახელმძღვანელო გახდება.

ურთიერთგაგების მემორანდუმი ითვალისწინებს პირველად მონახაზს, რომელიც შედარებით უფრო ფორმალური ტიპის დოკუმენტია – საშუამავლო შეთანხმებაა. ეს მემორანდუმი ხშირად ერთ-ერთი მხარის იურისტის ან თავად მედიატორის მიერ დგება – სესიის დამთავრებამდე. ურთიერთგაგების (თანხმობის) მემორანდუმმა უნდა მოიცვას შეთანხმების არსებითი პუნქტები და იმის დადასტურება, რომ მხარეებმა მიღწეული შეთანხმება გაითავისეს; ასახოს მხარეების შეთანხმება, როგორც მავალდებულებელი დოკუმენტისა. მემორანდუმს ხელი უნდა მოეწეროს მედიაციის სესიების განმავლობაში.

იმდენად, რამდენადაც თანხმობის მემორანდუმი საბოლოო შეთანხმების საფუძველია, ის ყველა პირობას უნდა მოიცავდეს. მიზანი ისაა, რომ საბოლოო შეთანხმება არ გახდეს მომდევნო დავის საგანი.

მედიატორს შეუძლია, ხელი შეუწყოს მხარეებს, მემორანდუმის შემუშავებისას შეთანხმონ შემდეგი საკითხები:

- შეთანხმების ძირითადი პირობები;
- პირობები, რომლებიც ექვემდებარება ან არ ექვემდებარება შესრულებას;
- სპეციალური პირობები თანხის გადახდასთან დაკავშირებით;
- პირობები, რომლებიც შეთანხმების აღსრულებას ითვალისწინებს;
- იმ პირების განსაზღვრა, რომლებმაც თითოეული პირობა უნდა აღასრულონ;
- განსახორციელებელი ქმედებების ნუსხა;
- პირობების შესრულების ხარისხის განმსაზღვრელი კრიტერიუმები;
- სამომავლო ურთიერთობები მხარეებს შორის (თუკი ეს შესაძლებელია);
- ისეთი სპეციალური პირობების იდენტიფიცირება, რომლებიც საბოლოო დადასტურებას საჭიროებს;
- სპეციალური წარმომადგენლები, რომლებიც შეთანხმების მოტივატორებად გვევლინებიან;
- კონფიდენციალობა;
- (ინფორმაციის) გამჟღავნების პირობები;
- შეწყვეტა (შეჩერება);
- აღსრულების პროცედურები;
- დარჩენილი საკითხების გადაწყვეტის პროცედურები;
- იმ დავის გადაწყვეტის მექანიზმები, რომლებიც საბოლოო შეთანხმების დადების მომენტში წარმოიქმნება.

არბიტრისგან განსხვავებით, მედიატორი არასოდეს მოახდენს მხარეების იძულებას რაიმე სახის შეთანხმების მიღების გზაზე, მაგრამ მან ხელი უნდა შეუწყოს მხარეებს, თანხმობის მემორანდუმში საკუთარი შეთანხმების პუნქტები ნათლად განერონ, რაც, საბოლოოდ, სამედიაციო ხელშეკრულებით დაგვირგვინდება. თუ მხარეები მიაღწევენ შეთანხმებას, ისინი იმ პირობებით იქნებიან ურთიერთვალდებულები, რომელთაც თავად დადებენ.



თუ შეთანხმების მიღწევა ვერ მოხერხდა, თუ მხარეები ვერ აღწევენ შეთანხმებას, მაგრამ მედიატორს სჯერა, რომ დამატებითი მოლაპარაკებები უფრო პროდუქტული იქნება, ასეთ შემთხვევაში მედიატორი მხარეებს ურჩევს:

- განაგრძონ მოლაპარაკებები და მასთან კონტაქტი შეინარჩუნონ;
- მიუბრუნდნენ მოლაპარაკების საგანს გარკვეულ დროს, მომავალში;
- მოაგროვონ დამატებითი ინფორმაცია ან მოახდინონ მისი შესწავლა-შეფასება;
- ან ჩაერთონ სხვა პროცესში, როგორცაა, მაგალითად, სავალდებულო არბიტრაჟი.

### **მედიაციის შემდგომი კომუნიკაცია**

თუ მხარეებმა შეთანხმება ვერ მიაღწიეს თავდაპირველი სესიის დროს, მედიატორი წაახალისებს მათ, მონაწილეობა შემდეგ სესიაში მიიღონ. იმდენად, რამდენადაც მხარეებს უკვე რამდენიმე შეთავაზება აქვთ ხელთ, შესაძლებელია, სხვა დროს მათ თანხმობის მიღწევა მოახერხონ. მომთმენი და თანმიმდევრული მედიატორი ხშირად თავისი მოთმინებისთვის ჯილდოვდება.

როგორც წესი, მრავალი კომპლექსური მედიაცია მხოლოდ ერთი სესიით არ შემოიფარგლება. პროცესმა შესაძლებელია, რამდენიმე თვეც კი მოიცვას. ასე ხდება როგორც შიდა, ისე საერთაშორისო ხასიათის დავების შემთხვევებშიც.<sup>9</sup>

## **III. კომუნიკაცია**

კარგი კომუნიკაციის უნარები მედიატორის ხელში საუკეთესო იარაღია, რითაც იგი მოლაპარაკების ხელშეწყობას ახდენს. კრიტიკული კომუნიკაციის უნარ-ჩვევები გულისხმობენ უფრო მეტს, ვიდრე შეკითხვების ეფექტურად დასმის უნარს. ის, აგრეთვე, აქტიური მოსმენის უნარს გულისხმობს.

### **1. კომუნიკაციის ტიპები**

#### **1.1. არავერბალური**

თვალისმიერი კონტაქტი, ხელების ჟესტები, სახის გამომეტყველება, სხეულის პოზა, ხმის ტონი, ტემბრი... ეს არავერბალური კომუნიკაცია ხშირად უფრო მრავლისმთქმელია ადამიანის რეალური გრძობების შესახებ, ვიდრე ვერბალური კომუნიკაცია.

კომუნიკაციის თეორიის სპეციალისტები გვიმარტავენ, რომ მოსაუბრის სიტყვები მსმენელისადმი მიმართული ინფორმაციის მხოლოდ 7%-ია; 93% არავერბალური კომუნიკაციის საშუალებით გადაიცემა, კერძოდ:

- 38% ხმის ტემბრით და სახის გამომეტყველებით;
- 55% მოსაუბრის სხეულის ენით.

სწორედ იმიტომ, რომ საუბრის შინაარსის გადმოცემის ესოდენ დიდი წილი არავერბალურია, მედიატორმა დიდი ყურადღება უნდა მიაანიჭოს როგორც საკუთარ, ისევე მხარეების ტონს, სახის გამომეტყველებასა და სხეულის ენას.

<sup>9</sup> მაგალითად, ვაჭრობის საერთაშორისო პალატა ამ პროცესს შემდეგნაირად განმარტავს: თუ მედიაციის პროცესის ბოლოსთვის შეთანხმების მიღწევა ვერ მოხერხდა, მედიატორს შეუძლია, მხარეებთან შეთანხმების საფუძველზე, მათთან თანამშრომლობა მომდევნო დღეებსა თუ კვრაში განაგრძოს, რათა დაეხმაროს მათ დავის პროცესში შეთანხმების მისაღწევად. ეს მხარდაჭერა არის მოქნილი და პრაქტიკული, მათ შორის ტელეფონით ან ელ. ფოსტით კომუნიკაციის საშუალებითაც, ვიდურონფერენციებისა თუ უშუალო შეხვედრების გამოყენებით. <http://www.iccwbo.org/Products-and-Services/Arbitration-and-ADR/Mediation/Rules/Mediation-Guidance-Notes/>.

არავერბალური კომუნიკაციის დროს გამახვილებული ყურადღების გათვალისწინებით, მედიატორი შესაძლებელია, ჩასწვდეს მოსაუბრის გზავნილის არსებით შინაარსს, შესაბამისად, უკეთ დაინახოს მიმდინარე დავის ნიუანსებიც.

## 1.2. ვერბალური კომუნიკაცია

ვერბალური კომუნიკაცია ასევე ორი მნიშვნელოვანი კომპონენტისგან შედგება – მოსმენა და ლაპარაკი. ეფექტურმა მედიატორმა ორივე უნარ-ჩვევა უნდა გამოიმუშაოს.

## 2. მოსმენის (უნარი)

მედიატორის მოსმენის კულტურა არა მხოლოდ არწმუნებს მხარეებს, რომ მათ მოუსმინეს, არამედ ახალისებს მათ, გასცენ დამატებითი ინფორმაცია, უზრუნველყოფს ფასეულ უკუკავშირს მხარეებისათვის და ერთმანეთთან ურთიერთობაში საჩვენებელ მაგალითს იძლევა.

აქტიური მოსმენის ხელოვნება გულისხმობს პრაქტიკულ მეცადინეობასა და კონცენტრაციის გამოჩენას. გამოცდილ მედიატორებსაც კი ზოგჯერ ყურადღება ეფანტებათ. ეფექტურმა მედიატორებმა „ძირითადი ხაზი“ არ უნდა დაკარგონ და მხარეების როგორც ვერბალურ, ასევე არავერბალურ კომუნიკაციას ყურადღებით მოეკიდონ.

### 2.1. აქტიური მოსმენის უნარი როგორც არავერბალური კომუნიკაცია

აქტიური მოსმენის დროს მსმენელის ქცევა უბიძგებს მოსაუბრეს, მეტი ილაპარაკოს. თავის დაქნევით მსმენელმა შეიძლება აქტიური ინტერესი გამოავლინოს და წაახალისოს მოსაუბრე, განგრძოს საუბარი. ტრადიციულად არავერბალური აქტიური მოსმენის ნიშნები შემდეგია:

- სიჩუმე: დრო, რომელიც მოსაუბრეს საშუალებას აძლევს, დაფიქრდეს და შეკითხვას უპასუხოს;
- სხეულის ენა: როგორც წესი, ღია და მოშვებული მდგომარეობა;
- თვალისმიერი კონტაქტი;
- მხარდაჭერის ჟესტები: მაგალითად, თავის დაქნევა, წინ გადაწევა (და არა, მაგალითად, უკან გადახრა);
- სახისმიერი გამომეტყველება.

აქტიური მოსმენითი პროცესის დამახასიათებელი ნიშანია დეტალებისადმი ყურადღების გამახვილება. შესაბამისად, მედიატორმა უნდა დააბალანსოს შენიშვნების გაკეთების მნიშვნელობა თვალისმიერი კონტაქტისა და ვერბალური კომუნიკაციის ერთობლიობის აუცილებლობასთან.

### 2.2. აქტიური მოსმენის ვერბალური კომპონენტები

აქტიური მოსმენა „სარკის ეფექტის“ მსგავსია, რაც მოსაუბრის გზავნილსა და გრძნობებს ბუნებრივ, არაგანმსჯელ კალაპოტში მოაქცევს. მოსაუბრის სიტყვების პერიფრაზისას მედიატორი აჩვენებს მოსაუბრეს, რომ მისი სიტყვები გაგებულია და ზედმინვნითი სიზუსტით ინტერპრეტირებული. ეს „გადათამაშება“, თავის მხრივ, უბიძგებს მოსაუბრეს, საკუთარი პოზიცია საუბარში კიდევ უფრო დახვეწოს, რაც, შესაბამისი მონიშვნების ჩათვლით, მხარეს ეხმარება, ჩასწვდეს იმას, თუ რამდენად ნათლადაა აღქმული დავის საგანი მესამე, ნეიტრალური მხარის მიერ.

მნიშვნელოვანია, გვახსოვდეს, რომ:

- „რეფლექცია“ (გამოხმაურება) არ ნიშნავს თანხმობას;
- ემპათია არ ნიშნავს თანხმობას;
- აქტიური მოსმენის ფორმა არ უნდა იწვევდეს ეჭვს მედიატორის მიუკერძოებლობაში. ვერბალური აქტივობანი, რაც აქტიურ მოსმენაში იკვეთება, ოთხ კატეგორიად იყოფა:
- პერიფრაზირება,
- შეჯამება,
- ხელახლა ფორმულირება,
- შეკითხვის დასმა.

### **პერიფრაზირება**

პერიფრაზირება გულისხმობს მხოლოდ იმის გამეორებას, რაც მოსაუბრემ ეს-ესაა წარმოთქვა, ან კიდევ ინფორმაციის მოკლე ფორმით შეჯამებას. ეს არ ნიშნავს თუთიყუშივით მე-სიჯის გამეორებას იმავე სიტყვებით. ნაცვლად ამისა, ის იყენებს ენას, რომელიც მოსაუბრის სიტყვების მსგავსია და ხშირად ემოციურ გამოხმაურებასაც მოიცავს.

მაგალითად: „არ მჯერა, რომ მათ ხელშეკრულების პირობები დაარღვიეს!“

პერიფრაზირება: „გაბრაზებული ხარ მათი ქცევის გამო და თავს განზილებულად გრძნობ.“

### **შეჯამება**

ეს ტექნიკა, ძირითადად, მთავარი ეპიზოდის თავში ან ბოლოში გამოიყენება. ის პერიფრაზირებას ჰგავს. მედიატორი ცდილობს, ინფორმაციის ძირითადი ლაიტმოტივის ამოკითხვა და შეჯამება შეძლოს.

### **ხელახლა ფორმულირება**

ხელახლა ფორმულირება გულისხმობს განსხვავებული სიტყვებით იმის გამეორებას, რაც განაცხადა მხარემ. კერძოდ:

- მიკერძოებული განაცხადის გაუვნებლყოფას ნეგატიური ასპექტების ამოღებით;
- განაცხადის ნეიტრალური ენით გადმოცემას;
- გაგების (ემპათიის) დემონსტრირებას მოსაუბრის პერსპექტივით;
- პერსპექტივის შეცვლას.

მედიატორს მუდამ სურს მიზნის გამოკვეთა, თუმცა ეს მიზანიც შეიძლება განსხვავებულ სახეს იძენდეს. განვიხილოთ შემდეგი მაგალითი:

პირველადი განაცხადი:

მხარე, რომელიც ბანკს წარმოადგენს, აცხადებს: „ისინი ჩივიან ჩვენი პრაქტიკის შესახებ, მაგრამ მათ წარმოადგენა არ აქვთ, თუ რა ხდება ჩვენს სფეროში!“

მიზანი – განაცხადის ისეთი პერიფრაზირება, სადაც „ტოქსიკური“ სიტყვები აღარ იქნება: „თქვენ არ გგონიათ, რომ მათი ხედვა თქვენი საქმიანობის აკურატულ ცოდნას წარმოაჩენს“?

მიზანი: პერიფრაზი ისეთი სახით, რომელიც უფრო ემპათიურ მხარეს გაუსვამს ხაზს: „გალიზიანებული ბრძანდებით, რადგან არ გგონიათ, რომ მათი ხედვა ზუსტია“.

მიზანი – პერიფრაზირება ხედვის გამოსახატავად: „გსურთ სამართლიანი წინადადება, რომელიც ბანკში მიმდინარე საქმიანობის ადეკვატური იქნება“?

## 2.3. შეკითხვების დასმა

ინფორმაციის მოძიების სტადიაზე მედიაციის პროცესში მედიატორი დასვამს ისეთ შეკითხვებს, რომლებიც დავისა და მხარეთა შესახებ მას მეტ ინფორმაციას მიაწვდის. პროცესის დასაწყისში მედიატორმა დავის ფოკუსის შევნიშვნისაგან თავი უნდა შეიკავოს. ადრეული სესიებისას მედიატორმა ღია შეკითხვები უნდა დასვას და უფრო განმარტებისკენ ისწრაფოდეს, ვიდრე მხოლოდ დახურული (დიახ, არა) პასუხები მიიღოს.

მაგალითად, მედიატორმა შესაძლოა იკითხოს:

რას ფიქრობთ?

მითხარით მეტი ამის შესახებ...

რა გაიფიქრეთ, როცა...

შეგიძლიათ ამიხსნათ...

ეს და სხვა ღია ტიპის შეკითხვები, როგორც წესი, უფრო ფართო ტიპის პასუხებს გულისხმობს და ინფორმაციის მიღებას ისახავს მიზნად.

ზოგიერთი შეკითხვა უფრო ვიწრო, ფოკუსირებულ პასუხს მოითხოვს, მაგალითად:

- მომეხმარეთ გავერკვე, რატომ არ ღირს ეს ავტომობილი 2000-ზე მეტი?

- უფრო ზუსტად, რა პრობლემა არსებობს ჯანმრთელობის მდგომარეობასთან დაკავშირებით:

შესაძლებლობების ფარგლებში მედიატორი უნდა მოერიდოს „მიმართულების მიმცემი“ შეკითხვების დასმას, რომლებიც „დახურულ“ პასუხს მოითხოვს, მაგალითად:

- მანამდე ზურგი განუხებდათ, არა?

- წითელი მანქანა საათში 70 კმ-ზე მეტი სიჩქარით მოძრაობდა, ხომ ასეა?

ზოგჯერ დახურული შეკითხვის დასმა საჭიროა, რათა დადასტურდეს მხარის სურვილი კონკრეტული საკითხის მიმართ ან კონკრეტული, ფაქტობრივი ინფორმაციის მოძიებისთვის. მაგალითად:

- მითხარით კიდევ ერთხელ, რატომ გსურთ, გააგრძელოთ მუშაობა ამ ქარხანაში?

- რამდენი ხანი მუშაობდით თბილისის ენერჯოკომპანიაში?

თუმცა მედიატორმა, ჩვეულებისამებრ, თავი უნდა აარიდოს შედგენილი კითხვების დასმას, მაგალითად:

- მთავრობამ მეტი უნდა დახარჯოს განათლებაზე და ნაკლები სამეცნიერო კვლევებზე?

- რამდენად კმაყოფილი ხართ თქვენი სამსახურით და ანაზღაურებით?

- პროგრამული უზრუნველყოფა საინტერესო და სასარგებლო იქნება?

## 3. წარმოდგენების შეცვლა

### 3.1. კულტურული მსოფლმხედველობა

ერთი კულტურის ადამიანები ხშირად ზოგად წარმოდგენას იქმნიან ადამიანების შესახებ, რომლებიც სხვა კულტურას წარმოადგენენ. ეს წარმოდგენები შეიძლება ეფუძნებოდეს სხვადასხვა ფაქტორს, რაც შესაძლებელია, აშკარა სხვაობას გულისხმობდეს (ასაკი, სქესი, ეროვნება და ეთნიკურობა), ასევე უფრო ნიუანსურ ფაქტორებს, როგორებიცაა: პირადი ფასეულობები, განათლება, სოციალური სტატუსი, სექსუალური ორიენტაცია.

მედიატორებმა უნდა იცოდნენ აღნიშნული კულტურული სტერეოტიპების გავლენის შესახებ, კერძოდ, თუ რა გავლენის მოხდენა შეუძლიათ მათ მედიაციის დროს. არსებობს საზოგადოებრივი მეცნიერების შესახებ მდიდარი ლიტერატურა, რომელიც დაეხმარება მედიატორებს, შეძლებისდაგვარად კულტურულ სხვადასხვაობას მოერგონ, რამაც დავის განხილვის პროცესში შეიძლება იჩინოს თავი.

## 3.2. კულტურული განსხვავებანი

### საერთაშორისო ტიპის სხვაობა

სხვადასხვა კულტურული დონის ადამიანები არავერბალური კომუნიკაციის ნიშნებს სხვადასხვა მნიშვნელობას ანიჭებენ. მაგალითად, ამერიკული „ok.“ ნიშანი (მოხრილი საჩვენებელი თითი და ცერა ერთიანდება, დარჩენილი თითები კი ზეანეულია) შეიძლება ნიშნავდეს:

- ვულგარულ ჟესტს ბრაზილიასა და გერმანიაში;
- არათავაზიან ჟესტს საბერძნეთსა და რუსეთში;
- ფულის ნიშანს იაპონიაში;
- „ღირსეულობის“ მანიშნებელს საფრანგეთში.

საჩვენებელი თითით მითითება ახლო თუ შორეული აღმოსავლეთის ზოგიერთ ქვეყანაში არათავაზიანობის ჟესტად აღიქმება – ამ ქვეყნებში რაიმეზე მითითება, ძირითადად, გაშლილი ხელით ხორციელდება.

ასევე შესაძლებელია, მნიშვნელოვანი იყოს პირადი სივრცის საკითხიც. ამერიკაში ადამიანები ერთმანეთთან მკლავის სიგრძის ტოლ მანძილს ინარჩუნებენ, მაშინ, როცა სხვა ქვეყნებში 8-12 ინჩისოდენა მანძილი ნორმად მიიჩნევა.

შესაბამისად, სხვადასხვა კულტურის წარმომადგენელი ადამიანები მოლაპარაკების სხვადასხვა სტილით გამოირჩევიან; ზოგიერთ ქვეყანაში მცირეოდენი პაუზები იძლევა საშუალებას მოფიქრებისთვის დროის გამოსაყოფად და არ გულისხმობს თანხმობას ან უარყოფას; ზოგან პუნქტუალურობა პატივისცემის ნიშანია, ზოგან კი დასაშვებია შეხვედრაზე 30 ან 45 წუთითაც დაგვიანება; ზოგიერთ ქვეყანაში მომლაპარაკებლები შეიძლება იყენებდნენ ისეთ ტერმინებს, როგორებიცაა: „ვნახოთ“, ვიდრე პირდაპირ თქვან „არა“; ზოგან შეიძლება, საექვოდ მოიბოდიშონ, ან თავი ისე გაჩვენონ, თითქოს ინგლისური არ ესმით, ვიდრე პირდაპირ გიპასუხონ „არა“.

კულტურული სხვაობები შეიძლება გავლენას ახდენდნენ მხარის წარმოდგენაზე კომუნიკაციის სტილისა და ქცევის ფართო სპექტრის შესახებ, მაგალითად:

- როდისაა ექსპრესიულობისა და თავშეკავებულობის გამოვლენის ზუსტი მომენტი?
- ურთიერთობის პროცესში რა არის მობოდიშების როლი?
- სოციალიზაციის რა დონეა აუცილებელი, რომ „საქმეს“ შეუდგეთ?
- როგორ უნდა იურთიერთონ ქალებმა და მამაკაცებმა?
- სად გადის ზღვარი სათანადო დაინტერესებასა და არამისასაღმებელ ჩარევას შორის?
- პრობლემის გადაჭრის რომელი სტილია გავრცელებული: თანამშრომლობითი თუ შეჯიბრებითი?

### გენდერული სხვაობა

იმ ადამიანებს შორისაც კი, ვისაც საერთო რასა და კულტურული მემკვიდრეობა აერთიანებთ, გენდერის საკითხი მოლაპარაკებისას მნიშვნელოვან როლს ასრულებს. ეს შეიძლება, გამოიხატებოდეს არავერბალური კომუნიკაციით, როგორცაა, მაგალითად, მაგიდასთან სხდომის წესი ქალებისა და მამაკაცებისათვის. სოციოლინგვისტიკები გვაუწყებენ, რომ მამაკაცებმა შეიძლება მიმართონ საუბარს სტატუსის ხაზგასასმელად. ქალები კი, პირიქით, საუბარს ურთიერთობების დასამყარებელ საშუალებად განიხილავენ.<sup>10</sup>

<sup>10</sup> Deborah Tannen, *You Just Don't Understand: Women and Men in Conversation* (1990).

## გ. სოციოეკონომიკური სხვაობანი

ზოგჯერ რთულია სხვადასხვა სოციოეკონომიკური ფონის მქონე ადამიანებისათვის, ჩასწვდენენ მეორე მხარის იმედებსა თუ შიშებს. ეს კულტურული სხვაობანი მედიაციის პროცესზე გავლენის მომხდენია და მედიატორი უნდა ცდილობდეს, მხარეებს შორის ამით გამონვეული დისკომფორტის შეგრძნება მაქსიმალურად შეამციროს. მედიატორმა საკმარისი დრო უნდა გამოყოს იმისთვის, რომ მხარეებს შორის კეთილგანწყობილი გარემო შეიქმნას, ასევე საკმაოდ სენსიტიური დამოკიდებულებით უნდა განეწყოს ერთი მხარის მიერ გამოვლენილი მცდელობის მიმართ, საკუთარი პირადკულტურული ნორმები მეორე მხარეზე განავრცოს. მედიატორის როლი ნებისმიერი შეთანხმების პირობების განსაზღვრისა და საქმის მოსალოდნელი შედეგების შეფასების ეტაპზე უნდა იყოს პრიორიტეტული, როცა საუბარია მოლაპარაკების პროცესზე კულტურული სხვაობების კონტექსტში.

### IV. კრეატიული განცალკევება/კერძო სესია

#### 1. კერძო სესიის (განცალკევების) ბუნება

მედიაციის კერძო სესია არის დახურული შეხვედრა მედიატორს, ერთ-ერთ მხარესა და მის წარმომადგენელს შორის. ამ შეხვედრის ფარგლებში მხარეებს შეუძლიათ, ღიად ისაუბრონ, რადგან დისკუსია ინარჩუნებს კონფიდენციალურ ხასიათს, გარდა იმ შემთხვევისა, თუ ერთ-ერთმა მხარემ არ მოისურვა, რომ მედიატორმა მეორეს რაიმე გაანდოს.

#### 2. განცალკევებული შეხვედრის დროის განსაზღვრა

განცალკევებული/პრივატული სესია შეიძლება მედიატორის ან ერთ-ერთი მხარის მოთხოვნის საფუძველზე გაიმართოს. თუ მას მედიატორი მოითხოვს, იგი უშუალოდ მედიატორის მიერ მოყვანილ მიზეზს უნდა ეფუძნებოდეს.

თუ განცალკევებული სესია უკვე მოწვეულია, მედიატორს ხელს არაფერი შეუშლის, კვლავ გააერთიანოს მხარეები. განცალკევებული სესიების დადებითი მხარე გულისხმობს ნდობის მოპოვებისა და გამოუვალი მდგომარეობიდან გამოსავლის პოვნის მეტ შესაძლებლობას.

კერძო შეხვედრისათვის უნდა განხორციელდეს:

- ადგილის გამოყოფა, სადაც მხარე შეიძლება, ღიად ისაუბროს დავის ზოგიერთ ასპექტთან დაკავშირებით და (გადანწყვეტილების მიღებისათვის მნიშვნელოვან ფაქტებზე თავისუფლად იმსჯელოს);

- მხარეთათვის შესაძლებლობის მინიჭება, განიმუხტონ უარყოფითი ემოციისგან და თავისუფლდნენ მეტისმეტად მაღალი (ან დაბალი) ღირებულების მქონე ოფციის მიმართ გამოვლენილი რეაქციისგან;

- შესაძლებლობის მიცემა, წარმოადგინონ თავიანთი შეთავაზებები.

ამავდროულად, არსებობს კერძო შეხვედრების უარყოფითი მხარეებიც, მაგალითად:

- შეთანხმების მომენტის გაშვება, თუ მხარეები მეტისმეტად ეფექტურად ურთიერთობენ;
- ყურადღების გადატანა მხარეებიდან მედიატორზე.

#### 3. მედიატორის აქტივობა განცალკევებული შეხვედრების დროს

##### მედიატორი

- ითხოვს მეტ ინფორმაციას (ტექნიკა: „რას ნიშნავს ეს შენთვის, თუ საკითხი ასე მოგვარდა? და თუ ვერ?“);

- ამონებებს სენსიტიურ ინფორმაციას, რომელსაც მხარე თავდაპირველ ერთობლივ შეხვედრაზე არ გაახმოვანებდა (ტექნიკა: „არსებობს რაიმე, რასაც, თქვენი აზრით, გამაცნობდით ახლა, ამ კერძო შეხვედრისას“?);

- ანიჭებს მხარეს შესაძლებლობას, „განიმუხტოს“ ან, სხვაგვარად რომ ვთქვათ, „გათავისუფლდეს“ ემოციისგან (ტექნიკა: „მომეხმარეთ, გავიგო, როგორია თქვენი ხედვა“? ან კიდევ: „რა მოისმინეთ ერთობლივი შეხვედრის დროს, რამაც გაგაოცათ“?);

- გაიმეორებს იმას, რაც ითქვა გაერთიანებული სესიის დროს, რომ დარწმუნდეს, რამდენად სწორად გაიგო. (ტექნიკა – „თუ სწორად გავიგე, თქვენ გჯერათ/გსურთ/ფიქრობთ/გრძნობთ...“; ტექნიკა: სთხოვეთ მხარეს, გაიმეოროს ის, რაც ეს-ესაა მოისმინეს მეორე მხარისგან გაერთიანებული სესიის დროს);

- რეალობის ტესტი, მხარის პოზიციის ძლიერი და სუსტი მხარე (ტექნიკა: „როგორ ფიქრობთ, რა მოხდება, თუ ეს საკითხი სასამართლოში გადაინაცვლებს“? „როგორ ხედავთ, რა შეიძლება იყოს ყველაზე მეტად დამაბრკოლებელი, თუ საქმე სასამართლოში მოხვდება“? „როგორ ფიქრობთ, რას მიიჩნევენ ისინი თქვენს ყველაზე ძლიერ მხარედ“? „თუ სასამართლო პროცესზე ამას გააუფერებენ, რა იქნება თქვენი რეაქცია“?);

- იძლევა გულახდილ უკუკავშირს (შეფასებას) (ტექნიკა: განიხილეთ თითოეულ მხარესთან საუკეთესო ალტერნატიული ვარიანტი შეთანხმების მისაღწევად; ტექნიკა: განიხილეთ ის, თუ როგორ შეიძლება მხარემ მიაღწიოს პრინციპულ შეთავაზებასა თუ არჩევანს. მაგალითად, როგორ მოხდა ოდენობის, ციფრის გამოთვლა, გამოანგარიშება, რა კვლევა ჩატარდა, რა ობიექტური კრიტერიუმები შეირჩა და რა წარმოდგენები არსებობდა ამა თუ იმ მხარის მიმართ; ტექნიკა: „რომ ყოფილიყავით მათ ადგილზე, როგორ უპასუხებდით“?);

- გვეხმარება ახალი ინიციატივების შემუშავებაში (ტექნიკა: თუ მოლაპარაკება ჩიხში შევიდა, სთხოვეთ მხარეს, დაფიქრდეს, რატომ მოექცნენ ჩიხში; გამოიკვლიეთ კოგნიტიური ბარიერები, როგორებიცაა: რისკის არიდება, სელექციური მსოფლალქმა, ზედმეტი თავდაჯერებულობა, საპასუხო დევალუაცია; „*expand the pie*“<sup>11</sup>; გონებრივი იერიში; მონიშნეთ ის საკითხები, სადაც შესაძლებელია, მხარეებმა შეთანხმებას მიაღწიონ. „სხვებმა როგორ გადანყვიტეს ეს დავა“? „არსებობს დამოუკიდებელი სტანდარტები, რომლებიც ასეთი სიტუაციისთვის ჩვეულებრივ გამოიყენება?“

#### 4. კერძო შეხვედრის პროცესში სახელმძღვანელო პრინციპები

მიუხედავად იმისა, თუ ვინ მოითხოვს კერძო სესიის ჩატარებას (იქნება ეს მედიატორი თუ რომელიმე მხარე), არსებობს სტანდარტი, რომელსაც მედიატორი უნდა დაექვემდებაროს, კერძოდ:

- ყოველთვის, როცა მხარესთან კერძო შეხვედრის გამართვას იწყებს, კონფიდენციალობას გაუსვას ხაზი. მაგალითად: „არაფერი, რასაც ამ შეხვედრაზე ბრძანებთ (გამანდობთ), მეორე მხარეს არ ეცნობება, სანამ ამის ნებართვას არ მომცემთ“;

- განსაზღვრეთ საკითხების ის ჩამონათვალი (თუკი ასეთი იქნება), რომელსაც მხარე მეორე მომლაპარაკებელს გაუზიარებს (ან საამისოდ მზადაა);

გარდა ამისა, არსებობს გარკვეული მედიატორული ტექნიკა, რამაც შესაძლოა, კონფიდენციალური შეხვედრის ეფექტურობა გაზარდოს. მაგალითად:

- თუ ერთ-ერთ მხარეს კერძოდ ხვდებით, მაშინ აუცილებლად შეხვდით მეორე მხარესაც. ეს ნეიტრალობის მაჩვენებელია, რადგან მედიატორი ერთსა და იმავე პროცესს თანაბრად ორივე მხარისთვის წარმართავს;

- აკონტროლეთ დრო, რომელსაც ორივე მხარესთან დახარჯავთ. თუ ხედავთ, რომ სესიამ შესაძლოა დიდი დრო წაიღოს, მედიატორმა უნდა დაისვენოს და მხარეებთან მომდევნო ნაბიჯებზე კონსულტაციები გამართოს;

<sup>11</sup> გასანაწილებელი ინტერესებისა და შესაძლებლობების განვრცობა.

• იმ მხარეს, რომელსაც მედიატორი კერძო შეხვედრის დროს დროებით ცალკე დატოვებს, რაიმე „დავალება“ უნდა მისცეს. მაგალითად: „სანამ „ალექსანდრეს“ შეხვედები, გთხოვთ, მოიფიქროთ ჩვენი შემდეგი ნაბიჯების შესახებ, თუ დღეს შეთანხმებას ვერ მივაღწიეთ“.

## **V. ჩიხის წინააღმდეგ**

### **1. ჩიხი შესაძლებელია**

არ აქვს მნიშვნელობა, რამდენად გამოცდილია მედიატორი, დროდადრო ერთ-ერთი მხარე მეორე მხარის მიერ შემოთავაზებულ პირობას არ მიიღებს, რათა თვითონ გააკეთოს საპასუხო შეთავაზება. როდესაც ეს ხდება, მხარეები მოლაპარაკებისას აშკარა ჩიხში შედიან. თუმცა ეს არ ნიშნავს, რომ მომავალი მოლაპარაკებები აზრს მოკლებულია. ეს ნიშნავს მხოლოდ იმას, რომ ერთ-ერთ მხარეს დროის ამ მონაკვეთში მოლაპარაკების გაგრძელება არ სურს.

მედიაციის დროს ჩიხი ჩვეულებრივი მოვლენაა და მედიატორი ამით არ უნდა განზიდეს. მან უნდა გააცნობიეროს ის ფაქტი, რომ მხარეებს არ სურთ პროცესის გაგრძელება და გააანალიზოს, რამდენად მიზანშეწონილი იქნება პროცესის სამომავლოდ დაგეგმვა. ჩვეულებისამებრ, მხარეებს არ აქვთ სურვილი, გადაწყვიტონ თავიანთი დავა და გადაწყვეტის მიუღწევლობის გამოც გარკვეულ გაღიზიანებას გამოხატავენ. სწორედ ეს არის მედიატორის როლი – წახალისოს მხარეები სამომავლო კომუნიკაციისაკენ და დაეხმაროს მათ, დაძლიონ ის კრიზისი, რომელსაც ისინი ჩიხში შეჰყავს.

### **1. 1. ჩიხის თავიდან არიდება**

ხშირად მედიატორს შეუძლია, დახმარება გაუწიოს მხარეებს, რომ ისინი ჩიხში არ მოექცნენ, მაგალითად, მედიაციის დასაწყისში აუხსნას, თუ როგორ მოეკიდონ შესაძლო ბარიერებს მოლაპარაკების პროცესში. მედიაციის პროცესის დინამიკურობის ახსნის შედეგად მედიატორს შეუძლია, მოამზადოს მხარეები იმისთვის, რომ მათ შესაძლო ჩიხი თავიდან აირიდონ, და თუ მაინცდამაინც ასეთი იჩენს თავს, გადაჭარბებული რეაქცია არ გამოიჩინონ. ამგვარად, მედიატორი, როდესაც მზადაა, გულახდილად გააკეთოს თავისი საქმე, სთხოვს მხარეებს, გულმოდგინედ გააგრძელონ კომუნიკაციის პროცესი მაშინაც კი, როცა მოლაპარაკება კრიზისის ფაზაშია.

### **1. 2. ჩიხის დროს**

თუ მხარეები ჩიხში მოექცნენ, მედიატორმა კრეატიული გამოსავლის გზები უნდა მოიძიოს. ზოგჯერ შეიძლება მხარეებსა თუ მათ ადვოკატებს ურჩიოს, მეტი ძალისხმევა გამოიჩინონ ასეთი გზების მოსაძიებლად. ხშირად, მხარეები და მათი ადვოკატები ისეთ გადაწყვეტილებამდე მივლენ, რომელიც მედიატორს გამორჩა მხედველობიდან. გარდა ამისა, როცა მხარეები ჩიხში აღმოჩნდებიან, ისინი შესაბამისი „ჩიხური“ გავლენის ქვეშ ექცევიან. ამგვარად, ასეთი შედეგების გათვალისწინებით, მხარეები რისკის, დროისა და ემოციების დანახარჯებისა და სტრესის წინაშე დგებიან. არსებითად, მათ შესაძლოა, დაიწყონ ფიქრი, თუ რა იქნება საუკეთესო გამოსავალი მედიაციის პროცესის მიღმა და აწონ-დაწონონ შეთანხმების მიუღწევლობისა და არასასურველი შეთანხმების შედეგები. ამ შემთხვევაში მედიატორმა უნდა შეახსენოს მხარეებს, რომ სასამართლოში საქმის გადატანისას ისინი კარგავენ შესაძლებლობას, თვითონ განკარგონ საკუთარი საქმის ბედი და რომ მოსამართლე, რომელსაც ისინი არასდროს შეხვედრიან, გადაწყვეტს მათი საქმის შედეგს.

ზოგჯერ მხარეები ვერ ახერხებენ საქმის ემოციების გარეშე წარმართვას. ასეთი სიტუაციებისას მედიატორმა მათ უნდა მისცეს კიდევ ერთი შესაძლებლობა, განიმუხტონ ემოციე-



ბისგან და საქმეს პასუხისმგებლობით შეუდგნენ. მედიატორმა შესაძლოა, სთხოვოს მხარეებს, ჩამოაყალიბონ თავიანთი პოზიციები ისე, რომ საქმის პერიფრაზირება სხვაგვარად მოხერხდეს. ზოგჯერ ეს მათ საშუალებას ანიჭებს, დაიძრან „გაყინული“ პოზიციებიდან და მათი შეცვლა დათმობების გარეშე შეძლონ.

და ბოლოს, მედიატორი უნდა ცდილობდეს, საქმის ის ასპექტებიც წარმოაჩინოს, რომლებიც მანამდე არ განხილულა. ეს შეიძლება, საკმაოდ სასარგებლოც კი იყოს იმ შემთხვევაში, როდესაც მხარეებმა საკუთარი ინტერესები სრულად არ განიხილეს და, ნაცვლად, ცალკეულ ფაქტებზე კამათს განაგრძობენ. ეს პრაქტიკა მხარეების რეალური მოტივაციების აღმოჩენისა და მათი ემოციური განმუხტვის წინაპირობაა.

## **2. სპეციფიკური ბარიერები**

მედიაციის პროცესში მხარეთა მიერ შეთანხმების მიღწევის გზაზე მედიატორს ხვდება მთელი რიგი ბარიერებისა, რაც, განსაკუთრებით, შეჯიბრებითი მედიაციისთვის არის დამახასიათებელი. ქვემოთ მოყვანილია ზოგიერთი ასეთი წინააღმდეგობის თავიდან არიდებისა თუ გადაჭრის რამდენიმე გზა.

### **2. 1. შეთანხმების მიღწევის პროცესში შესაბამისი ავტორიზაციის ნაკლებობა**

შეიძლება, ჩიხი იმ შემთხვევაშიც მივიღოთ, თუ ერთ-ერთი მხარე დავის დროს წარმოდგენილია ისეთი წარმომადგენლით, რომელსაც გადანყვეტილების მიღების უფლებამოსილება არ გააჩნია. როდესაც ამ წარმომადგენელს შეზღუდული უფლება-მოვალეობანი აქვს, ეს მის მომრიგებლობით შესაძლებლობებს ამუხრუჭებს და პროცესის მოქნილობას აფერხებს. როგორც კი პროცესში მოქნილობა დაიკარგება, მათი მოლაპარაკება ჩიხში მოექცევა.

გადაწყვეტა: თუ შესაძლებელია, წინასწარ მედიატორმა უნდა განსაზღვროს, რომ მხარეები ნამდვილად შესაბამისი ავტორიზაციით არიან წარმოდგენილები. არ არის აუცილებელი, მედიატორმა რომელიმე მხარის მოთხოვნით მეორე მხარის პროცესზე დასწრება სრულად უზრუნველყოს; თუმცა მედიატორი უნდა დარწმუნდეს, რომ ავტორიზაცია არსებული მოთხოვნის ჩარჩოებში უზრუნველყოფილია. თუ გადანყვეტილების მიმღები ვერ ესწრება პროცესს, მედიატორს შეუძლია, დააყოვნოს საქმის მსვლელობა მის გამოჩენამდე. თუმცა, თუ ორივე მხარეს სურს, საქმე განაგრძოს, მედიატორი უნდა დარწმუნდეს, რომ გადანყვეტილების მიმღები ტელეფონით ხელმისაწვდომია და მხარის წარმომადგენლის რეკომენდაციებს მიჰყვება ამა თუ იმ ვარიანტის მიზანშეწონილობის საკითხში.

### **2. 2. მხარის მრჩეველი**

ზოგჯერ მხარე მედიაციას საკუთარ მრჩეველთან ერთად ესწრება – ეს შეიძლება იყოს მეუღლე, ვაჟი, ქალიშვილი, მეგობარი ან, უბრალოდ, დაინტერესებული ახლობელი. მაგალითად, იქ, სადაც დაზღვევის საკითხი განიხილება, სადაზღვევო აგენტი (შესაბამისი ფირმიდან) დაცვის მხარესთან ერთად გამოდის. კორპორაციული მოპასუხე ან მოსარჩელე შეიძლება გამოჩნდეს თავისი „მხლებლებითაც“ კი, რომლებიც საქმის ცოდნას იჩემებენ, ან მზად არიან, გადანყვეტილების პროცესში მონაწილეობა მიიღონ. პიროვნებისა და მისი მრჩეველის როლიდან გამომდინარე, მისი ჩართულობა პროცესში შეიძლება საქმისთვის როგორც მოგებიანი, ასევე სავალალოც კი აღმოჩნდეს.

გადაწყვეტა: მედიატორმა კარგად უნდა შეაფასოს ასეთი წარმომადგენლის ზეგავლენის შედეგები – დაეხმარება თუ შეაფერხებს მისი მონაწილეობა საქმის მსვლელობას. მედიაცია კონფიდენციალური პროცესია და მხოლოდ ის ადამიანები ესწრებიან მათ, რომელთაც გარ-

კვეული სამართლებრივი კავშირი აქვთ საქმესთან. შესაბამისად, სანამ მედიატორი არ დარწმუნდება, რომ მხარის „მეგობარი“ ან მრჩეველი მედიაციის პროცესს ხელს არ შეუშლის, მანამდე მას აქვს უფლება, ასეთი პირი სესიებზე არ დაუშვას. ასეთ შემთხვევაში, მედიატორს შეუძლია, ურჩიოს მხარეებს, რომ საქმეს მხოლოდ ის ადამიანები დაესწრებიან, რომელთაც მასთან პირდაპირი ინტერესი აკავშირებთ.

### **2. 3. ეკონომიკური პრობლემები**

მედიატორები გამოხატავენ შეშფოთებას სამოქალაქო დავების გადაწყვეტისას მზარდი ბარიერების მიმართ. იმ დროს, როცა სამართლებრივი დავის ხარჯები მუდმივად იზრდება, რა შეუძლია მოიმოქმედოს მედიატორმა, რომ ჯიუტი მხარეები სასარგებლო, კეთილსინდისიერი მოლაპარაკების პროცესში ჩართოს?

გადაწყვეტა: პირველ რიგში, მედიატორმა შეიძლება, შეთანხმების პრაქტიკული უპირატესობა განმარტოს. იმის ნაცვლად, რომ მედიაცია, როგორც „პროცედურული ალტერნატივა“ წარმოადგინოს, მას შეუძლია, მედიაციის ეკონომიკური სარგებელიც კი მოიყვანოს. მაგალითად, გახსნით სიტყვაში მედიატორს შეუძლია, ხაზი გაუსვას მედიაციის ფინანსური სარგებლიანობის ასპექტს თანხის დაზოგვის კუთხით და მხარეების ყურადღება სწორედ ამაზე გაამახვილოს. მედიაციის დროს მედიატორს შეუძლია, ეკონომიკური საკითხი მოიშველიოს და სასამართლო დანახარჯების შემთხვევებიც მოიყვანოს, დროის დანახარჯი და მათი საერთო სიაც კი წარმოადგინოს. მედიატორმა შეიძლება, ისიც განმარტოს, რომ ეკონომიკური საფუძველი ყველაფერშია – სამოქალაქო საქმის სამართლებრივ ასპექტშიც კი. ამ დისკუსიების გამართვის დროს მედიატორმა ყურადღება იმ ადამიანებზე უნდა გაამახვილოს, რომლებიც ამ პროცესში გადაწყვეტილების მიმღები პირები არიან.

### **2. 4. საიდუმლო იარაღი**

მედიატორთან კერძო სესიების დროს სრულიად შესაძლებელია, მხარეთა ადვოკატებმა მედიატორს იმ დრამატული მტკიცებულებების შესახებ აუწყონ, რაც მეორე მხარის საქმეს სრულიად სხვა მიმართულებას მისცემდა. ზოგადად, ეს მტკიცებულებები ადვოკატის სათაღარიგო არსენალშია ხოლმე და მედიატორისათვის გაზიარებისას ნაკლებად „გამანადგურებელი“ ძალით გამოირჩევა.

გადაწყვეტა: იმისათვის, რომ ასეთი ფარული არგუმენტები განეიტრალდეს, მედიატორმა უნდა წაახალისოს ორივე მხარე, სრულად გაცვალონ მტკიცებულებები, რაც მედიაციის სესიებისას რელევანტური იქნება. ეს მეორე მხარეს საშუალებას აძლევს, მათ უპასუხოს. გარდა ამისა, მედიატორს შეუძლია, სამართლებრივი დავის ნაკლებად პროგნოზირებად შედეგებს გაუსვას ხაზი, რამეთუ მოსარჩელე მხარეს ჯერჯერობით მისი გამოყენება არ უცდია. ამ დისკუსიების დროს მედიატორმა უნდა წაახალისოს ორივე მხარე, ჩაერთონ რეალურ, დედუქციურ მსჯელობაში, რომ შესაბამისი საპირისპირო პოზიციები დაიტესტოს და შეფასდეს.

### **2. 5. დროის პრობლემა**

ზოგჯერ მხარე ან მისი ადვოკატი ექსტრემალურ ხერხს მიმართავს: „მეტი დრო არ მაქვს“, ან კიდევ: „ჩემი ბოლო შემოთავაზება არის საბოლოო. აქედან გავდივარ!“ მედიატორმა ასეთი შენიშვნები გულთან ახლოს არ უნდა მიიტანოს, რადგან მედიაციის პროცესში დრო უმნიშვნელოვანესი „მკურნალია“. მას მერე, რაც მხარეებს საკმარისი დრო დაეთმობათ იმისთვის, რომ საკუთარი ნუხილი, ბრაზი ან იმედგაცრუება გამოხატონ, მათ გაცილებით მეტი საშუალება ეძლევათ, საქმეს რეალისტურად შეხედონ – ეს იქნება ფინანსური მხარე და საკითხი,

თუ რამდენის დაზოგვას შეძლებენ. ასე რომ, მხარეებს ადეკვატური დრო დაეთმობათ საკუთარი დავის „პროცესირებისათვის“; აქვე მედიატორმა მოლაპარაკების პროცესში თავი უნდა შეიკავოს დროის არბიტრალური შეზღუდვებისგან.

გადანწყვეტა: დროის არბიტრალური ბარიერები, როგორც წესი, მას შემდეგ წამოიჭრება, როდესაც მოდავეთაგან ერთ-ერთი მხარე შეთანხმების ინიციატივით გამოდის. იმისთვის, რომ დროის ბარიერის განეიტრალება მოხერხდეს, მედიატორს შეუძლია, ერთ-ერთი მხარის მიერ დაწესებული ბარიერისგან ყურადღება სხვა რამეზე გადაიტანოს – მაგალითად, ისეთი შეკითხვების დასმით, რომლებიც, ვთქვათ, ამ შეთანხმების შინაარსს არ ეხება. ეს შეკითხვები ეხმარება მედიატორს, განელოს დრო და მხარეების ყურადღება რეალურ საკითხებზე გადაიტანოს. ასეთი „გამბნევი“ შეკითხვა შეიძლება იყოს შემდეგი:

- სასამართლო პროცესის დაწყების წინ რამდენი მტკიცებულების აღმოჩენაა შესაძლებელი?

- მიმართავთ ექსპერტს?

- როგორ ფიქრობთ, დამატებითი მტკიცებულებების მოგროვების ხარჯი რა იქნება?

- რა არის ექსპერტის მომსახურების საფასური?

- რა უნდა გადასცეთ ნაფიც მსაჯულებს იმისთვის, რომ თქვენს პოზიციას უპირატესობა მიენიჭოს?

- ვინ იქნებიან თქვენი მოწმეები?

- რამდენი ასეთი საქმე მოგიგიათ მანამდე?

- რა არის ყველაზე უარესი ვარიანტი?

- რამდენად შემცირდება შემოსავალი, თუ თანხას დღეის ნაცვლად რამდენიმე წლის შემდეგ მიიღებთ? თუ მედიაციის პროცესის მიხედვით, ნათელი გახდა, რომ აუცილებელია სასამართლო ჩარევა, მედიატორს შეუძლია, სასამართლო ექსპერტებს სთხოვოს, დარჩნენ მედიაციის პროცესში, სანამ საბოლოო შეთანხმება ან შეთანხმების მიუღწევლობა არ გამოიკვეთება.

## 2. 6. პრინციპის საკითხი

ზოგჯერ ერთ-ერთი მხარე მოლაპარაკების დროს მოქნილობით არ გამოიჩინებდა, რადგან ის „პრინციპებით“ ხელმძღვანელობს. მაგალითად, სადაზღვევო აგენტმა შეიძლება განაცხადოს: „ასეთ საქმეებს 30 წელია, ვანარმოებ და ოცი ათასი აშშ-ის დოლარი ასეთი უმნიშვნელო დაზიანებისთვის არასოდეს გადამიხდია“; ან კიდევ: კორპორაციულმა აღმასრულებელმა შეიძლება ბრძანოს: „თუ ამას გადავიხდით, მაშინ ყველა გვიჩივლებს“. ეს „პრინციპული“ საკითხები საკმაოდ სერიოზული პრობლემაა მედიატორისთვის, რადგან გადანწყვეტილების მიმღები პირი ზოგჯერ ემოციურად ისე ეჯაჭვება საკუთარ პოზიციებს, რომ რაციონალური ხედვის შესაძლებლობა აქ ნაკლებია.

გადანწყვეტა: იქნებ ყველას ჯობდეს, ფორმულას მივმართოთ: მცდელობას + დრო + ეჭვი = შეთანხმებას. მედიატორი უნდა ეცადოს, დაარწმუნოს მხარეები, რისკები რეალურად შეაფასონ და ყურადღება მხარეების მიერ დანახულ ეკონომიკურ სარგებელზე გაამახვილონ, ნაცვლად სასამართლო ხარჯებისა და რისკის ხაზგასმისა.

## 2. 7. მრავალმხრივი ჩართულობის პრობლემა

მედიატორი შეიძლება, განსაკუთრებულ სირთულეს მაშინ წააწყდეს, როდესაც შეეცდება, თავი მრავალმხრივ საქმეს გაართვას – განსაკუთრებით ისეთს, სადაც მხარეები საკუთარ პასუხისმგებლობას უარყოფენ და ცდილობენ, ბრალეულობა ერთმანეთზე გადაიტანონ. ასეთი საქმეები ხშირად რთულ სამართლებრივ თეორიებს მოიაზრებს, უკავშირდება სერიოზულ ფინანსურ დანახარჯებსა და გამონვევას სასამართლოს მოთმინებისადმი. რა შეიძლება გააკე-

თოს მედიატორმა იმისთვის, რომ ასეთ საქმეში რეალური თანხმობის მიღწევა შესაძლებელი გახდეს?

გამოსავალი: კიდევ ერთხელ მედიატორმა მხარეებს ყურადღება ეკონომიკურ სარგებელზე უნდა გაამახვილებინოს. აგრეთვე, მედიატორმა უნდა სთხოვოს მხარეებს, წარმოადგინონ „უარესი“ სცენარის მათეული ხედვა – რას გააკეთებდნენ მოსამართლე ან ნაფიც მსაჯულები მიმდინარე საქმის განხილვისას კანონის გათვალისწინებით. ასეთი ტიპის დისკუსიები მედიატორს საშუალებას მისცემს, გაეცნოს ფასეულ ინფორმაციას, თუ როგორ აფასებენ მხარეები საკუთარ საქმეს.

## 2. 8. გაბრაზებული მხარეები

ზოგჯერ ერთ-ერთი ან ორივე მხარე იმდენად გაბრაზებულია, რომ ეს ემოცია მათ საშუალებას არ აძლევს, საქმის არსს რაციონალურად ჩასწვდნენ. ამ დროს მედიატორს შეუძლია, ახსნას, თუ როგორ უშლის ხელს ბრაზი, საქმე სწორად გადაწყდეს, რაც მეტ დანახარჯებთანაა დაკავშირებული. მედიატორს შეუძლია, რეალობის ტესტირება მოახდინოს – დასვას კითხვა – რა არის უფრო მნიშვნელოვანი გაბრაზებული მხარისთვის: 1. განაგრძოს მიმდინარე რეჟიმში, ხარჯავდეს ამით დროსა და რესურსებს, თუ 2. დაასრულოს საქმე და ამგვარად გათავისუფლდეს დამატებითი დანახარჯებისაგან.

განსაკუთრებით მნიშვნელოვანია, მედიატორი კარგი მსმენელი იყოს, რადგან გაბრაზებულ მხარეს ხშირად სჭირდება, რომ რომელიმე, ვისაც ამისი ოფიციალური უფლებამოსილება აქვს, მათ აზრს მოუსმინოს, მათ შორის, მეორე მხარის მიმართ გამოთქმული მოსაზრების ჩათვლით.

## 2. 9. სამართლებრივი არგუმენტი

ხშირად მედიატორი ისეთი სამართლებრივი საკითხების წინაშე დგას, რომელთა მიმართ ორივე მხარეს დიამეტრულად განსხვავებული პოზიცია და კანონის მათეული, არასრული ინტერპრეტაცია აქვთ. სამართლებრივი საკითხი შეიძლება იყოს საკმაოდ მარტივი, ან შეეხებოდეს სამართლის კომპლექსურ, ჩახლართულ სფეროს. საქმის სირთულის მიუხედავად, ორივე მხარე საკუთარ პოზიციას იმგვარად დაიცავს, რომ სამართლებრივი თვალსაზრისით იგი ნათელი იყოს. რა შეიძლება გააკეთოს მედიატორმა ამ დილემის გადასაწყვეტად?

გამოსავალი: სამართლებრივ საკითხთან დაკავშირებით მიღებული ჩიხი წარჩუნდება მანამდე, სანამ თვითონ მხარეები საკუთარ პოზიციებში ეჭვს არ შეიტანენ. ეს ეჭვი შეიძლება წარმოიქმნას:

- მედიატორი მუშაობას წყვეტს გარკვეულ დრომდე და მომავლისთვის გადადებს საქმეს, ისე, რომ ადვოკატებს საშუალება მიეცეთ, გადახედონ კანონს ან საქმე ნეიტრალურ შემფასებელს გადასცენ;

- მედიატორმა შეიძლება მხარეებს ურჩიოს, გამოიკვლიონ განსახილველი საკითხი მედიაციის პროცესის განახლებამდე. მედიატორი შეეცდება, მოახდინოს პრობლემის ნეიტრალიზაცია ფინანსურ საკითხზე ყურადღების გადატანით, მაგალითად, დასვას შეკითხვა: „თუ მიგაჩნიათ, მიუხედავად იმისა, თქვენმა კლიენტმა წერილობითი ხელშეკრულებით აღნიშნული მომსახურების შესრულება იკისრა, და მოსარჩელემ, კონტრაქტის შესაბამისად, თანხის სრული ოდენობა გადაიხადა, თქვენს კლიენტს შეუძლია დაარწმუნოს მოსამართლე, რომ, კანონის შესაბამისად, ეს ხელშეკრულება ძალაშია? ამაზე ამყარებთ მთელ საქმეს?“

- მედიატორს შეუძლია, გაუსვას ხაზი, რომ, ვინაიდან ორივე მხარეს ძლიერი სამართლებრივი საფუძველი აქვს, სასამართლო გადაწყვეტილება ვერ იქნება წინასწარ განჭვრეტლი და, ამგვარად, მხარეებმა შეთანხმების რეალურობაზე უნდა იმსჯელონ.

ამ მეთოდების გამოყენებით, მედიატორი მხარეებს იმისკენ უბიძგებს, რომ საქმეს უფრო რეალისტურად მოეკიდონ და საკუთარი პოზიციები უფრო ობიექტურად წარმოადგინონ. მე-

დიატორს ასევე შეუძლია, ხაზი გაუსვას იმას, რომ მხარე ყოველთვის არ იმარჯვებს სასამართლოში მხოლოდ იმიტომ, რომ საკუთარ არგუმენტებში დარწმუნებულია.

## 2. 10. აგრესიული პირი

შეიძლება, მედიაციის პროცესში გამოიკვეთოს ისეთი მხარე ან იურისტი, რომელიც წარმატებას დაშინებით ახდენს. ასეთ შემთხვევაში, მედიატორმა პრინციპული და სამართლიანი პოზიცია უნდა დაიჭიროს. მედიაციის დასაწყისშივე, მედიატორმა მხარეები უნდა გააფრთხილოს, რომ მედიაციის წესები ყოველგვარ უპატივცემლობასა და „წარბშეჭმუხვნილობას“ გამორიცხავს და თითოეული მონაწილე ერთმანეთს ცივილიზებული ფორმით უნდა მიმართავდეს.

გამოსავალი: თუ ერთ-ერთი მხარე მეორეს დააშინებს, მედიატორი პროცესს შეწყვეტს თავაზიანი, მაგრამ მკაცრი მითითებით: „გთხოვთ, გახსოვდეთ, რომ აქ ვართ საქმის გადასაწყვეტად, ხოლო ერთმანეთის ლანძღვა დასახულ მიზნამდე ვერ მიგვიყვანს“. თუ საჭირო გახდა, მედიატორს შეუძლია, გაიყვანოს მხარე ან იურისტი და მათ ცალკე გაესაუბროს.

## 2. 11. ეკონომიკური უთანაბრობა

რა უნდა მოიმოქმედოს მედიატორმა, როცა ზარალი დიდია და მხარეს მისი ანაზღაურება არ შეუძლია? მაშინაც კი, როცა ვალდებულება სახეზეა, ნათელია ზარალის ოდენობაც, ბრალდებულ მხარეს შეიძლება, არ ჰქონდეს საკმარისი ფინანსური შესაძლებლობები მის ასანაზღაურებლად.

გამოსავალი: ასეთ შემთხვევაში, მედიატორი საკუთარ სტრატეგიას მიმართავს და შეეცდება, მხარეებს საკუთარი იდეები მიანდოს. მედიატორმა შესაძლოა, სთხოვოს მხარეებს, ხელმოწერილი დოკუმენტის შედეგად ზარალი განვადების წესით დაიფაროს, ან შეთანხმდნენ მისი რესტრუქტურისაციის შესახებ; შესაძლებელია, ექიმებმა ან ქიროპრაქტიკოსებმა გარკვეული ფასდაკლება გააკეთონ (სამედიცინო მომსახურების მხრივ); ზოგიერთი შემთხვევისას მედიატორმა საბანკო სესხის შესაძლებლობაც უნდა განიხილოს; ან, ბოლოს, შესაძლოა, მოსალოდნელი სასამართლო გადაწყვეტილება შეთანხმების პირობების თანახმად თანხის ზუსტი ან ჭარბი ანაზღაურების შესახებ. ხშირად მოსარჩელეს არ სჯერა, რომ მოპასუხე გადახდისუნარიან და ზოგჯერ აუცილებელია ფინანსური ექსპერტიზის ან აუდიტის ჩატარება მეორე მხარის დასარწმუნებლად. შესაბამისად, მედიატორის საქმეა, წაახალისოს მხარეები, გაცვალონ აუცილებელი ინფორმაცია იმისთვის, რომ ურთიერთპოზიციების მიმართ ნდობა განავითარონ.

## 2. 12. უღირსი მშობელი

მედიაციის ერთ-ერთი ყველაზე რთული სფეროა ბავშვებზე მეურვეობის საკითხი. ხშირად მედიატორი იოლ მეურვეობასთან დაკავშირებულ საქმეებს აწყდება, რომელთაგან ბევრი სასამართლო გზით წყდება ხოლმე. ხშირად, ორივე მშობელი მიიჩნევს, რომ მეორე „უღირსია“, აქედან ერთ-ერთმა შეიძლება მეორის „ეგო“ დაამციროს. ასე რომ, მეურვეობის საქმე არა მხოლოდ ბავშვებზე მეურვეობის საკითხის გადაჭრას გულისხმობს, არამედ თანასწორობის დაცვის პრინციპსაც. ზოგჯერ მეურვეობის საკითხი დროის გასვლის შედეგად წყდება; ეს ზოგჯერ მშობლების ცხოვრებაში არსებული ცვლილებების შედეგად გვარდება. ისეთი გარე ფაქტორები, როგორებიცაა: სამსახურის შეცვლა, ფინანსური პრობლემები, ერთ-ერთი ან ორივე მშობლის კავშირი მესამე პირთან, ბავშვების ასაკი და სხვა ამდაგვარი მშობლების თავდაპირველ ურყევ პოზიციას შესაძლოა ცვლიდეს. მაგრამ რა უნდა გააკეთოს მედიატორმა, რომ ეს პროცესი დააჩქაროს?

გამოსავალი: მედიატორი უნდა შეეცადოს, ჯაჭვური და სპეციფიკური კითხვებით, ხშირად კერძო შეხვედრების დროს, მოდავე მხარეთა კატეგორიულობა შეამციროს. მედიატორმა უნდა წაახალისოს მშობლები, რომ დაფიქრდნენ, რამდენად უარყოფითად იმოქმედებს მათ შორის არსებული დაძაბულობა (სტრესი) მათ შვილებზე. შეიძლება, მედიატორმა ხაზი გაუსვას იმასაც, რომ მათ შვილებს ორივე მშობელი სჭირდებათ. ეკონომიკური ასპექტის გამოყენებით მედიატორმა უნდა განმარტოს, რაოდენ დიდ ზარალს მიაყენებენ ისინი ერთმანეთს, თუ შურისძიების რეჟიმში იმოქმედებენ. ზოგჯერ ადვოკატების აყვანით საქმე გვარდება. მედიატორმა შეიძლება რეალური ფაქტორების სიაც კი შეიმუშაოს. ესენია:

- ეკონომიკური მხარე – მხარეები გაჭიანურებულ სამართლებრივ დავას ვერ გასწვდებიან;
- დავის ფსიქოლოგიური წნეხი, რომელიც მათსა და მათ შვილებს გაანადგურებს;
- მომავლისაკენ ყურება, ახალი ჰორიზონტის დანახვა;
- დრო, რომელიც იკარგება;
- ერთობლივი მეურვეობა არც ისეთი საშინელებაა;
- ორივე მხარე გამარჯვებული ვერ დარჩება;
- ბავშვებს ორივე მშობელი სჭირდება.

მეურვეობასთან დაკავშირებული საქმეები ყველასათვის რთულია და მედიატორს დასჭირდება წარმოსახვის მოშველიება, ისევე როგორც პრაქტიკული გამოცდილების, რომ როგორმე შეთანხმება მოამწიფოს.

### 3. დასკვნა

შეთანხმების გზაზე წარმოქმნილი ბარიერების წინააღმდეგ ერთიანი გადაწყვეტის გზა არ არსებობს. ხშირად ამ ბარიერებს მოდავეთა შეხედულებები ქმნის. ზოგადად, მედიატორმა უნდა განაგრძოს ეკონომიკური ასპექტის მოშველიება, მოდავეების ყურადღების ფინანსურ მხარეზე გადატანა და მათი დარწმუნება, რომ სასამართლო გადაწყვეტილების წინასწარი განსაზღვრა ყოველთვის სათუო საქმეა.

როგორც კი მედიატორი ჩიხის მოახლოებას იგრძნობს, ამის აღიარება იმ მხარეების თანდასწრებით უნდა გაცხადდეს, ვისაც მოლაპარაკების დაწყებისა და სიტუაციის ჩიხიდან გამოყვანის შესაძლებლობა აქვს. ხშირ შემთხვევაში მხარეები და მათი წარმომადგენლები ამას დადებითად შეხვდებიან და შეთანხმების მოსაძიებლად პირად პასუხისმგებლობას მოიხმობენ. როგორც კი ორივე მხარე ჩიხს ერთობლივ პრობლემად აღიარებს და გამოსავლის საძიებლად თანამშრომლობით ძალისხმევას მიმართავს, მათი ერთობლივი ძალები მხარეებს აუცილებლად შეთანხმებამდე მიიყვანს.

და ბოლოს, მედიატორმა უნდა გააცნობიეროს, რომ ზოგიერთი საქმე მხოლოდ მედიაციის გზით ვერ გადაწყდება. მედიატორმა ამ მხრივ პირადი პასუხისმგებლობა არ უნდა აილოს, თუკი მან საქმის მსვლელობისას ყველაფერი გააკეთა. მაგრამ, ამავედროულად, მედიატორი სისტემური და თანმიმდევრული უნდა გახდეს და არ დანებდეს, როდესაც საქმე შეთანხმებით ვერ დაგვირგვინდა მხოლოდ იმიტომ, რომ საამისოდ ვერ მომწიფდა ვითარება ამა თუ იმ კონკრეტულ დღეს. ჩიხი წარუმატებელი მედიაციის შედეგად არ უნდა მოინათლოს. შეიძლება, ჩიხი მხოლოდ იმას ნიშნავდეს, რომ საქმე გადასაწყვეტად მზად ჯერ არ არის.

## VI. წარმომადგენლობა მედიაციის პროცესში

### 1. მოლაპარაკების კეთილგონიერება

დავების უმრავლესობა, იქნება ეს სამოქალაქო თუ სისხლისსამართლებრივი, მოლაპარაკების გზით წყდება. მოლაპარაკება გულისხმობს მესამე მხარის ჩართვას, არა დავის გადანაცვებისთვის, არამედ მხარეების დასახმარებლად განაგრძონ მოლაპარაკება სწორედ იმ მომენტიდან, რა მომენტშიც იგი შეწყდა ან დაბრკოლდა. იმისთვის, რომ მოლაპარაკების ეფექტური ადვოკატები გახდნენ, მხარეებმა და მათმა წარმომადგენლებმა უნდა იცოდნენ მოლაპარაკების ძირითადი პრინციპები და კონცეფციები. აგრეთვე, მედიატორიც უნდა იცნობდეს და მართავდეს მოლაპარაკების ეფექტურ ხერხებს იმისთვის, რომ მხარეებმა საკუთარი დავა გადაწყვიტონ.

#### 1. 1. მომრიგებლური უნარ-ჩვევების ფასი

ჩვენ ყველანი მოლაპარაკების უნარ-ჩვევებს ვფლობთ. პირად და პროფესიულ პრაქტიკაში თითქმის ყოველ დღე მოლაპარაკებებს ვაწარმოებთ. ვურიგდებით უცხო ადამიანებს, კოლეგებს, მეგობრებსა თუ ოჯახის წევრებს. ჩვენი მოლაპარაკებები ავტოდილერებთან მოლაპარაკებით იწყება (ფასსა თუ ახალ მანქანასთან დაკავშირებით) და მთავრდება თვით მეუღლის ჩათვლით, თუ სად ვისადილოთ იმ დღეს. მიუხედავად იმისა, რომ ეს მოლაპარაკება ჩვენთვის მნიშვნელოვანია, უმრავლესობა მოლაპარაკების პროცესში საკუთარ ინტუიციასა და გამოცდილებას ეყრდნობა. იმისთვის, რომ უკეთესი მოლაპარაკებლები გავხდეთ, მოლაპარაკების კონცეპტუალურ პრინციპებს უნდა ჩავწვდეთ და ისინი ჩვენს ყოველდღიურ ცხოვრებაში სწორად გამოვიყენოთ.

#### 1. 2. მოლაპარაკების თამაში/„თამაშის თეორია“

ზოგჯერ მოლაპარაკება ადამიანებს შორის თამაშს უტოლდება. იმდენად, რამდენადაც მოლაპარაკება ადამიანებზე ფსიქოლოგიურ და ფიზიოლოგიურ ზემოქმედებას გულისხმობს, თითოეული მოლაპარაკება უნიკალური შემთხვევაა. ეფექტური მოლაპარაკებელი საკუთარ მომრიგებლობით სტრატეგიას მიმდინარე სიტუაციას მოარგებს. ხშირად წარმატებული მოლაპარაკების გასაღებიც ნიშნავს მოთმინებისა და დაჟინების გამოჩენას, რაც თამაშის ფარგლებისა და პარამეტრების გაშლას შეუწყობს ხელს.

თანამედროვე „თამაშის თეორია“ სტრატეგიული გადაწყვეტილების სწავლებას ეთმობა. ეს არის გამოყენებითი მათემატიკის მეთოდი, რომელიც ხშირად ეკონომიკაში, პოლიტიკურ მეცნიერებებში, ფსიქოლოგიაში და ლოგიკაში გვხვდება. მისი გამოყენება მოლაპარაკების სტრატეგიაში ნათელია: იმ საფუძვლის ცოდნა, რაზეც გადაწყვეტილებები მიიღება, ნიშნავს იმას, რომ ზოგიერთი მოლაპარაკების ხერხები უპირატესია. თამაშის თეორიის ერთ-ერთი გამოყენების წესი იყო ე. წ. „ნულოვანი ჯამის“ თამაშები, რომლებიც დაფუძნებულია ისეთ მოდელზე, სადაც ერთი ადამიანის მოგება სხვა მონაწილეების ზარალის ტოლფასია.

მოლაპარაკება სხვადასხვა ფორმატში მიმდინარეობს. ის წარმოებს ოჯახის წევრებს შორის, სამუშაო ადგილას, სასამართლოში, ადმინისტრაციულ სააგენტოებში და სხვა საჯარო უწყებებსა თუ ინსტიტუტებში. მიუხედავად იმისა, რომ მოლაპარაკების პრაქტიკა ფრიად განსხვავებულია ფორმატის მიხედვით, პროცესის საფუძველი ყველგან მსგავსია.

## 2. მოლაპარაკების მეთოდები

### 2. 1. კონკურენტული მოლაპარაკება

მოლაპარაკების ერთ-ერთი ტრადიციული კონცეფცია კონკურენტული, დისტრიბუციული ან პოზიციური მოლაპარაკების სახელწოდებითაა ცნობილი. მოლაპარაკების ეს მეთოდი გულისხმობს ეგოცენტრულ მოტივაციას ჩართული მხარეებისას, რომლებსაც ვინც ინტერესები ამოძრავებთ, ხოლო გასანაწილებელი რესურსები შეზღუდულია. მოპაექრე (კონკურენტული) მოლაპარაკების რეჟიმში ცნობილია, რომ ერთი მხარის მოგება აუცილებლად გულისხმობს მეორე მხარის დანაკარგს შესაბამისი პროპორციით. ამგვარად, კონკურენტული მოლაპარაკების მონაწილე მხარის მიზანია პირადი რესურსებისა და სარგებლის მაქსიმალიზაცია. მოპაექრე მოლაპარაკებელი არაა მაინცდამაინც დაინტერესებული იმით, თუ რა ასახვას პოვნებს მიღებული შედეგი მხარეთა სამომავლო ურთიერთობებზე.

კონკურენტული, ანუ მტკიცე მოლაპარაკების სტერეოტიპი შეიძლება მივაკუთვნოთ ისეთ მოლაპარაკებელს, რომელიც მტკიცეა, მომთხოვნი, დომინირებადი, ძალმომრეობითი და არა დამთმობი. ასეთი მოლაპარაკებელი გამოირჩევა მოლაპარაკებისას გამარჯვების ძლიერი წყურვილით და ნებისმიერი ტიპის დავას პირადი ნების კონფლიქტად განიხილავს. იგი იკავებს უკიდურეს პოზიციას და მისი მიზანია, პაექრობისას მეორე მხარეს „ამტანობაში“ აჯობოს. ზოგჯერ ეს მიდგომა წარმატებულიც არის, და ასეთი მოლაპარაკებელი იმარჯვებს კიდევ. ასეთ შემთხვევაში მეორე მხარე ნაკლებს იგებს, ვიდრე იმ შემთხვევაში, ორივეს რომ თანამშრომლობითი გზა აერჩია. თუმცა კონკურენტული მოლაპარაკების სტილი შესაძლოა, ყოველთვის არ შედიოდეს მხარეთა ინტერესებში.

ხისტი სტრატეგია ზოგჯერ იმავე საპასუხო სტრატეგიას აწყდება, რაც მტრულ დამოკიდებულებასა და განზილებას იწვევს, ისევე როგორც რომელიმე მხარის სურვილს, „გაიმარჯვოს“ ნებისმიერ ფასად. გარდა ამისა, ასეთი ტიპის ტაქტიკა სამომავლო მოლაპარაკებისას ბარიერებს ქმნის და თუ ასეთი რეჟიმით წარიმართა პროცესი, იგი კეთილგონიერი შეთანხმების პერსპექტივით არ ხასიათდება.

### 2. 2. კოოპერატიული მოლაპარაკება

მოლაპარაკების მეორე მეთოდი (ტიპი), ზოგჯერ კოოპერატიულ მეთოდად წოდებული, გულისხმობს ყველა მონაწილის ინტერესების ჩართვას და თანამშრომლობითი მოლაპარაკებით მათ გათვალისწინებას. აქ მხარეები ცდილობენ, განსაზღვრონ, ამოიცნონ ერთმანეთის უმთავრესი, ძირითადი ინტერესები, და როგორც კი მხარეები მათ იდენტიფიცირებას შეძლებენ, ისინი ორმხრივი ინტერესებისათვის სასარგებლო გადაწყვეტილების მიღებას შეეცდებიან. თუ მხარეთა მოთხოვნები არსებულ, ხელმისაწვდომ რესურსებს აღემატება, კოოპერატიული მოლაპარაკებლები ეცდებიან, გამოძებნონ ისეთი გზები, რომლებიც სადავო საგნის ზომის, ოდენობისა თუ ფასეულობის ჯეროვან განაწილებას ემსახურება.

კოოპერატიული (რბილი) მოლაპარაკებელი არის ადამიანი (მხარე), რომელიც კონფლიქტურ სიტუაციებს გაურბის თითქმის ნებისმიერ ფასად. რბილმა მოლაპარაკებელმა კეთილგანწყობილი შეთანხმების მიღებისათვის შესაძლებელია, დათმოს დავიდან გამომდინარე მისი სამართლიანი წილი, ისე, რომ რბილი მოლაპარაკებელი შესაძლოა, დავის პროცესში მნიშვნელოვან დათმობებზეც კი წავიდეს, რათა მშვიდობიან შეთანხმებას მიაღწიოს. სამწუხაროდ, როგორც კი მოლაპარაკება მიიღწევა, შესაძლოა, რბილმა მოლაპარაკებელმა თავი გაცრუებულად, გამოყენებულად ან განზილებულად იგრძნოს.

რთულია ვამტკიცოთ, თუ რომელი მოლაპარაკების თეორია – იქნება ეს კონკურენტული თუ თანამშრომლობითი, – განაპირობებს უკეთეს შედეგებს კონკრეტულ შემთხვევაში. კვლევებმა აჩვენა, რომ თითოეული მეთოდი ნაკლოვანებებითა და უპირატესობებით ხასიათდება. მოლაპარაკებლებმა უნდა იცოდნენ სხვადასხვა მიდგომის შესახებ და ჰქონდეთ უნარი, მო-



ლაპარაკების სხვადასხვა სტილი გამოიცნონ და, შესაბამისად, გამოიყენონ ისინი კონკრეტული საჭიროების მიხედვით.

### 2. 3. პრინციპული მიდგომა

კიდევ ერთი მოლაპარაკების მეთოდი – პრინციპული მიდგომა როგორც კონკურენტული, ისევე კოოპერაციული მოლაპარაკების ნიშნებს მოიცავს.<sup>12</sup> მოლაპარაკების ამ ტიპის გათვალისწინებით, მომლაპარაკებელი საერთო ინტერესის არეალს ეძებს, და თუ მოლაპარაკებისას კონფლიქტური ინტერესები გამოიკვეთა, მხარეები ეცდებიან, საერთო ფასეულობებზე დაყრდნობით სამართლიანი და ობიექტური სტანდარტებიდან გამომდინარე საკუთარი პოზიციები შეათანხმონ. მას აშკარა უპირატესობები აქვს, იქაც კი, სადაც ერთ-ერთმა მომლაპარაკებელმა კონკურენტული მოლაპარაკების სტილი აირჩია.

პრინციპული მოლაპარაკების პერიოდში მომლაპარაკებლები გვერდიგვერდ მუშაობენ იმ მიზნით, რომ პრობლემა ეფექტურად გადაჭრან (და არა ერთმანეთს დაუპირისპირდნენ); ისინი პოზიციების ნაცვლად საერთო ინტერესებზე არიან ორიენტირებულნი; გამოდიან სხვადასხვა შეთავაზებით იმისთვის, რომ საერთო სარგებელი მიიღონ და გარკვეული ობიექტური კრიტერიუმებით აფასებენ ამ შეთავაზებების ვალიდურობას.

პრინციპული მოლაპარაკების დროს ეფექტურობის ხარისხის მისაღწევად მედიატორმა რაციონალურად უნდა იმოქმედოს; შეეცადოს, გაიგოს მეორის პოზიცია, დაამყაროს ეფექტური კომუნიკაცია და სანდო და ეთიკური სახით იმოქმედოს. ზოგადად, მომლაპარაკებელი უნდა ცდილობდეს, დაამყაროს ერთობლივი ნდობის ატმოსფერო მეორე მხარის არგუმენტების ლეგიტიმურობის აღიარებით.

### 2. 4. მოლაპარაკების სტილი

მოლაპარაკების დროს მხარეები ცდილობენ, ისეთი სტილი აირჩიონ, რომელიც პიროვნულ, ინდივიდუალურ თვისებებს ყველაზე უკეთ შეესაბამება. თუმცა მომლაპარაკებლები უნდა იყვნენ კრეატიულები საკუთარი მიდგომებით და აგრეთვე ცდილობდნენ, მოლაპარაკების ისეთი სტილი შეარჩიონ, რომელიც არსებული ვითარების მოთხოვნებს ყველაზე უკეთ შეესაბამება. ასე რომ, ეფექტური მომლაპარაკებელი მოლაპარაკების ისეთ სტრატეგიებს ეძებს, რომლებიც მის ინტერესებს დაიცავს და, ამავდროულად, საპირისპირო მხარეს არაპროდუქტული პაექრობისკენ არ უბიძგებს.

დაამატეთ: ადვოკატების ვალდებულება – დამკვეთთან შეთანხმებით გადანყვეტილების მიღების პროცესში ჩაერთონ.

როცა მომლაპარაკებელი ძირითად საკითხზე მყარად დგას, ის ეფექტური გადანყვეტილების აუცილებლობას კიდევ უფრო მნიშვნელოვანს ხდის ხოლმე. თუმცა პოზიციის დაცვისას სიმტკიცის გამოჩენა არ ნიშნავს მეორე მხარის ხედვისადმი თვალის დახუჭვას. მართლაც, არაერთი წარმატებული შეთანხმება სწორედ მხარეების უნარზეა დამოკიდებული – გამოიჩინონ ხისტი პოზიცია, მაგრამ, ამავდროულად, ყურად იღონ მეორე მხარის არგუმენტები. როცა მომლაპარაკებლები იჩენენ სიმტკიცეს და თანამშრომლობით უნარს, ისინი საკუთარი ძალისხმევით წარმატებას მიაღწევენ.

<sup>12</sup> Roger Fisher, William Ury and Bruce Patton, GETTING TO YES: NEGOTIATING AGREEMENT WITHOUT GIVING IN (2011). ეს ოთხი ძირითადი პრინციპია: ადამიანებისა და პრობლემების ერთმანეთისგან გამიჯნვა; ყურადღების ინტერესებსა და არა პოზიციებზე გამახვილება; ერთობლივი სარგებლისათვის ოფციების (შეთავაზებების) შემუშავება; ობიექტური კრიტერიუმების გამოყენების აუცილებლობის ხაზგასმა.

### **3. ოპონენტის თვალბით**

მომლაპარაკებლის როლი არ ითვალისწინებს, რომ მეორე მხარეს თანხმობა იძულების რეჟიმში მიაღებინოს. მართლაც, ეს სრულიად სანინაალმდეგოს მოიაზრებს. ეფექტური მომლაპარაკებელი შეეცდება, ისეთი ვარიანტები გამოძებნოს, რაც მეორე მხარის მიერ ნათელი, მოსაწონი და მის ინტერესებსა და საჭიროებებთან მისადაგებული შესაძლებლობების სახით იქნება აღქმული. როგორ შეძლებს ერთ-ერთი მხარე ასეთი სასურველი ალტერნატივების შექმნას? ეს მხოლოდ მეორე მხარის საჭიროებებისა და ინტერესების შესახებ ზუსტი ინფორმაციის მოძიებითა და საქმის მეორე მხარის პერსპექტივიდან დანახვით არის შესაძლებელი. ასე რომ, ეფექტურმა მომლაპარაკებელმა გულდასმით უნდა იმუშაოს, რათა მეორე მხარის საჭიროებები ამოიცნოს და შეაფასოს.

#### **3. 1. სხვადასხვა წარმოდგენა**

ადამიანები, როგორც წესი, სამყაროს სუბიექტურად აღიქვამენ. როდესაც კომპლექსურ ინფორმაციას აწყდებიან, ისინი იმ ფაქტების ხაზგასმას ახდენენ, რომლებიც ყველაზე მეტად მათ წარმოდგენებს შეესატყვისება, ხოლო იმ ფაქტებს, რომლებიც მათ თვალსაწიერთან შეთანხმებაში არ მოდის, არ ითვალისწინებენ. ამ ტენდენციის რეჟიმში გასაკვირი არაა, რომ მხარე მიმდინარე დავის პირობებში კონფლიქტს მხოლოდ საკუთარი ინტერესების ვიწრო პერსპექტივით განიხილავს და იმის აღიარებასაც კი არ ცდილობს, რომ ოპონენტის პოზიცია შეიძლება ღირსეულ ასპექტს შეიცავდეს.

ეფექტურმა მომლაპარაკებელმა დავას ოპონენტის თვალბითაც უნდა შეხედოს. ზოგადად, მომლაპარაკებელმა უნდა გაიგოს (ან შეეცადოს, რომ გაიგოს) ოპონენტის ხედვა მაშინაც კი, როცა ის მაინცდამაინც ღირსეულად არ გამოიყურება. როგორც კი მომლაპარაკებელი ოპონენტის გადმოსახედიდან დავის საგნის დანახვას შეძლებს, ის ბევრად უკეთეს მდგომარეობაში აღმოჩნდება, რათა კონფლიქტის პარამეტრებს ჩასწვდეს და მოლაპარაკებისთვის შესაბამისი სტრატეგიები შეიმუშაოს.

#### **3. 2. პოზიციების განმეორებით გაცხადება**

მომლაპარაკებელს უნდა შეეძლოს, ჩაერთოს გულახდილ დისკუსიებში მეორე მხარესთან და მისი ძლიერი არგუმენტისა თუ პოზიციის აღიარებაც მოახერხოს. მომლაპარაკებელს არ მოეთხოვება, ოპონენტის პოზიციას დაეთანხმოს, მაგრამ მან ამ პოზიციის კარგად მოსმენა და გაანალიზება უნდა შეძლოს.

ზოგიერთი მომლაპარაკებელი (ასეთი სტრატეგია აქვთ), ოპონენტის პოზიციის ვალიდურობას უგულბებლყოფს ან არ აღიარებს. სხვები კი პირიქით იქცევიან და მას შესაბამის აღიარებას ანიჭებენ. ზოგჯერ ისინი ოპონენტის პოზიციის ხელახალ დეკლარირებას ახდენენ, რათა მიანიშნონ მათ, რომ მათი პოზიცია მოსმენილ-გაგებულა. ამის შემდეგ მომლაპარაკებელს შეუძლია, უარყოს იგი კეთილგონიერი არგუმენტის მოშველიებით. ეს მიდგომა მომლაპარაკებელს საკუთარი პოზიციის სიმტკიცეში აჯერებს, რადგან მას ხდის უფრო დამაჯერებელს და, ამავდროულად, ეხმარება მეორე მხარეს, თავისი პოზიციის ფარდობითი – როგორც ძლიერი, ისე სუსტი – მხარეები უკეთ დაინახოს.

#### **3. 3. საერთო ინტერესების გამოხატვა**

ეფექტური მომლაპარაკებელი ოპონენტის პოზიციას უნდა ჩასწვდეს და უმთავრესი ინტერესების იდენტიფიცირება შეძლოს. როდესაც ორი ადამიანი ვერ თანხმდება და საპირისპირო პოზიციებს იკავებს, ისინი ასევე აცხადებენ, რომ მათი ინტერესებიც განსხვავდება. მაგა-

ლითად, გამქირავებელი, რომელიც მდგმურებისთვის (ვისაც ფასის მუდმივად ერთ დონეზე შენარჩუნება სურთ) გადასახადების გაზრდას ცდილობს, შეიძლება აცხადებდეს, რომ მათთან საერთო არაფერი აქვს. როგორც წესი, ასეთი მიდგომა არასწორია: ორივე მხარის საერთო ინტერესია სტაბილურობა – გამქირავებელს სტაბილური მდგმურები სჭირდება, მდგმურებს კი მუდმივი მისამართი ესაჭიროებათ; ორივეს სურს, ბინა კარგ მდგომარეობაში შენარჩუნდეს და ერთმანეთთან კარგი ურთიერთობები ჰქონდეთ; გამქირავებელს სურს, ქირა დროზე მიიღოს, მდგმურს კი სურს, გარემო კარგ მდგომარეობაში შენარჩუნდეს.

ასე რომ, მაშინაც კი, როცა მხარეებს განსხვავებული ინტერესები აქვთ, ისინი ელემენტარულ, საბაზისო საჭიროებებს ინანილებენ:

- უსაფრთხოებას;
- ეკონომიკურ კეთილდღეობას;
- სოციალურ კუთვნილებას;
- საკუთარი ღირებულებების აღიარებას;
- საკუთარი ცხოვრების განკარგვას.<sup>13</sup>

ეს საჭიროებები ყოველთვის იჩენს თავს, განსაკუთრებით ფულადი დავეების დროს. მომლაპარაკებლის ამოცანაა, დაინახოს, ფულის გარშემო ან გამო, რომელია ამ საჭიროებათაგან ყველაზე აქტუალური მეორე მხარისთვის. თუ მხარეები საერთო ინტერესებზე დაყრდნობით კომპრომისის გამონახვას შეძლებენ, ისინი მოგებიან კომპრომისს მიაღწევენ. მაგალითად, გამქირავებელს შეიძლება სურდეს ქირავნობის ვადის გახანგრძლივება, თუ ქირის საფასური აიწევს, რაც, თავის მხრივ, მას საშუალებას მისცემს, გაზრდილი სხვაობა ბინის კეთილმონყობას მოახმაროს.

მეორე მხარის საჭიროების შესახებ ცნობის მიღება გულისხმობს შეკითხვების დასმას: რატომ სჭირდება გამქირავებელს ქირის საფასურის გაზრდა? მხოლოდ იმისთვის, რომ მეტი ფული აიღოს? იქნებ ეს ბინის პირობების გასაუმჯობესებლად არის მნიშვნელოვანი? – ასეთ შეკითხვებზე პასუხის მიღება მომლაპარაკებელს ეხმარება, გამქირავებლის მოთხოვნებს ჩასწვდეს და მათ მეტი კეთილგონიერებით უპასუხოს.

## 4. შედეგებისთვის დანახარჯის განევა

### 4. 1. დავის კოლაბორაციული (თანამშრომლობითი) გადაწყვეტა

მაშინ, როდესაც ადამიანები ცდილობენ, ერთმანეთი საკუთარი პოზიციების ღირსეულობაში დაარწმუნონ, მათ ორიდან ერთ-ერთი გზის არჩევა შეუძლიათ: მოიწვიონ და ჩართონ მეორე მხარე საკითხის გადაჭრის საქმეში, ან თავად, ცალმხრივად გადაწყვიტონ, რა გამოსავალსაც ელიან, შემდეგ კი დაარწმუნონ მეორე მხარე მის მართებულობაში. ძალიან ხშირად ადამიანები ამ უკანასკნელ გზას ირჩევენ ხოლმე.

სანამ ორივე მხარე პრობლემის გადაჭრის პროცესში უშუალო მონაწილეობას არ მიიღებს, ერთ-ერთმა შესაძლებელია, მეორე მხარის არგუმენტები არ გაიზიაროს. ასე რომ, არ აქვს მნიშვნელობა იმას, თუ რამდენად ღირსეულია მხარის არგუმენტი, ყოველთვის მოსალოდნელია მეორე მხარის კონტრინადადება მხოლოდ პრინციპული მიდგომის შენარჩუნების გამო. გამოცდილმა მომლაპარაკებლებმა გადაწყვეტის ძიების საკითხში ორივე მხარის ჩართულობის აუცილებლობის ფასი კარგად იციან – ამდენად, ორივეს უნდა ჰქონდეს განცდა, რომ სასურველი გადაწყვეტის მიღების დროს მათ ერთობლივი ძალისხმევა გაიღეს.

<sup>13</sup> გაიხსენეთ მასლოუს „მოთხოვნილებების პირამიდა“: ფიზიოლოგიური მოთხოვნილებები (სუნთქვა, წყალი, სექსი, ძილი და ა.შ.); სიყვარული/სოციალური კუთვნილება (მეგობრობა, ოჯახი, სიახლოვე); დაფასება (თვითშეფასება, პატივისცემა სხვების მიმართ, მიღწევები) და თვითაქტუალიზაცია (სრული პოტენციალის გაანალიზება). *Abraham Maslow, A Theory of Human Motivation (1943).*

ხშირად დავაში მონაწილე ადამიანები უთანხმოების მოგვარების ალტერნატიულ ვარიანტებს არ განიხილავენ. თუკი სჯერათ, რომ „მართლები“ არიან, ისინი მხოლოდ ისეთ გადანყვეტებს ეძებენ, რომლებიც მათ თავდაპირველ პოზიციებს გაამყარებს. უმრავლეს შემთხვევაში, მხარეები ალტერნატიულ გადანყვეტილებებს არ განიხილავენ, რადგან:

- აქვთ მტკიცე რწმენა, რომელიც მათ საკუთარი პოზიციების სისწორეში არწმუნებთ;
- ცდილობენ, პრობლემას მხოლოდ ერთი პასუხი მოუძებნონ;
- ფიქრობენ, რომ სასრული პროპორციების მქონე განსაზღვრული წილი არსებობს;
- ფიქრობენ, რომ მხოლოდ მათი პრობლემის მოგვარება საკმარისია ზოგადად პრობლემის გადასაჭრელად.

ბოლო არგუმენტს შედარებით მეტი განხილვა სჭირდება. ადამიანები მხოლოდ საკუთარ პრობლემებზე ფოკუსირდებიან, და არა იმავდროულად საკუთარი ოპონენტების. შესაბამისად, კომპრომისის მოძიებისას ადამიანები მხოლოდ საკუთარი ინტერესებიდან გამოდიან და უჭირთ ისეთი შეთანხმების მიღება, რომელიც ორივე მხარის ინტერესებს მოემსახურება. ეფექტურმა მომლაპარაკებელმა მოლაპარაკების ასეთი გავლენისაგან თავის დაცვა უნდა შეძლოს და შეთანხმების ისეთ ვარიანტებს მიაგნოს, რომლებიც ორივე მხარის საჭიროებებს შეესატყვისება.

## 4. 2. საუკეთესო ალტერნატივა შეთანხმების მისაღწევად

მოლაპარაკების დროს მხარემ ძირითადი, უმთავრესი ინტერესების იდენტიფიცირება და მცდარი შეხედულებების გამოკვეთა უნდა შეძლოს. ის აგრეთვე მონაწილეობას მიიღებს რეალური შეთანხმების სხვადასხვა ვარიანტის ძიებაში, შერჩევასა და გადამონმებაში. მოლაპარაკების ამ ეტაპზე ეფექტური მომლაპარაკებელი ყოველთვის გადააფასებს საკუთარ ე.წ. „საუკეთესო ალტერნატივებს“ მოლაპარაკების შედეგად მისაღწევი შეთანხმების გზაზე.

ეს ალტერნატივა არის მომლაპარაკებლის სათადარიგო პოზიცია, რითაც იგი თავს მუდმივად ასეთ შეკითხვას დაუსვამს: რა იქნება შედეგი იმისა, თუ დამატებით მოლაპარაკებაზე უარს ვიტყვი? ამ ალტერნატივების მუდმივი გადაფასებით, მომლაპარაკებელს შეუძლია, განსაზღვროს, როდის მიიღოს ან უარყოს მეორე მხარის წინადადება. ალტერნატიული ვარიანტი მოლაპარაკების პროცესში შინაარსობრივად მუდმივად იცვლება, როდესაც მომლაპარაკებელი დამატებით ინფორმაციას მიიღებს და იმ საკითხში წვდომას გაიღრმავებს.

დამატებითი (სარეზერვო) ალტერნატივა შემდეგ ფაქტორებს შეიცავს:

- რისკის შეფასებას;
- ტრანზაქციულ და ემოციურ ხარჯებს;
- დროის ხარჯს.

## VII. კონფიდენციალობა

მედიაციის პროცესისთვის კრიტიკულად აუცილებელი მხარეების მხრიდან პროცესისადმი ნდობის არსებობაა – ისევე, როგორც პროცესის ფასილიტატორის ნეიტრალური პოზიცია. ასეთი ნდობის გარეშე მედიატორისთვის რთულია და ხშირად შეუძლებელი, მიაღწიოს მხარეებისაგან გულახდილი, კონფიდენციალური ინფორმაციის მისთვის გაზიარებას, რაც კეთილგონივრული შეთანხმების მისაღწევად ასე აუცილებელია. მოდავე მხარეებს აშინებთ ის გარემოება, რომ გამხელილი ინფორმაცია შეიძლება ისევე მათ წინააღმდეგ იქნეს გამოყენებული, ამიტომაც ისინი მედიატორისთვის მის გაზიარებას არ ჩქარობენ. ასე რომ, მედიატორი უნდა ცდილობდეს, სანდო გარემო შექმნას, რაც მხარეებში გულწრფელობის სურვილს გამოიწვევს და განცალკევებული (კერძო) სესიების ეფექტურობას უზრუნველყოფს.

კონფიდენციალობის პარამეტრები შეიძლება ისეთი დამცავი მექანიზმებით დადგინდეს, როგორებიცაა შიდა რეგულაცია ან ინსტიტუციური სერვისპროვაიდერის განაწესი, ან, შესაძლოა, ისინი მხარეთა შორის სახელშეკრულებო შეთანხმების საფუძველშიც იდოს.

## **1. რეგლამენტებული – ინსტიტუციური დაცვითი მექანიზმები**

### **1. 1. „უნსიტრალი“**

#### **მერვე პარაგრაფი – ინფორმაციის გამხელა**

თუ მედიატორი მიიღებს ინფორმაციას დავის ერთ-ერთი მხარის შესახებ, მედიაციის პროცესში მისი გამჟღავნება რომელიმე მხარისთვის დაუშვებელია, რადგან ინფორმაცია, როგორც წესი, კონფიდენციალურ ხასიათს ატარებს.

#### **მეცხრე პარაგრაფი – კონფიდენციალობა**

თუ მხარეები სხვაგვარად არ შეთანხმდნენ, ნებისმიერი ინფორმაცია, რომელიც მომრიგებლობით პროცესში გაზიარდა, კონფიდენციალურად მიიჩნევა, გარდა იმ შემთხვევისა, როცა მისი გამხელა მართლზომიერია ან შეთანხმების დაცვითაა განპირობებული.<sup>14</sup>

### **1. 2. საერთაშორისო სავაჭრო პალატის მაგალითი**

საერთაშორისო სავაჭრო პალატის მედიაციის წესები გამოხატავენ პირობებს, რომლებიც კონფიდენციალობის საკითხს, როგორც შეთანხმების გამხელის, ისე მიმდინარე პროცესში, ინფორმაციის მტკიცებულებად გამოყენების ქრილში ეხება. ეს წესები ასახავენ სავაჭრო პალატის დამოკიდებულებას საკითხისადმი და, თუ მხარეებს სურთ, ნაკლებად შემზღვეველი კონფიდენციალობის მოთხოვნები შეიმუშაონ, ეს ხელშეკრულებით უნდა განამტკიცონ.

#### **მეცხრე პარაგრაფი: კონფიდენციალობა**

- თუ მხარეთა შორის არ არსებობს განსხვავებული შეთანხმება, პირადი და კონფიდენციალურია პროცედურები და განხილვის შინაარსი, და არა ფაქტი, რომ საქმე მედიაციის მსვლელობაშია ან მსვლელობა მიეცა ან მიეცემა;

- ნებისმიერ შეთანხმებას მხარეები კონფიდენციალურ რეჟიმში შეინახავენ, გარდა შემთხვევისა, როდესაც მხარეს ინფორმაციის გაზიარების უფლება ექნება იმ პირობით, თუ მის გაზიარებას სამართლებრივი აუცილებლობა განაპირობებს ან შეთანხმების პირობების განხორციელება იძულებითი დაცვის მიზნებს მოემსახურება.

- თუ ამას შესაბამისი კანონმდებლობა არ მოითხოვს და არც შესაბამისი შეთანხმება არსებობს, მხარე მტკიცებულების სახით სასამართლოში, არბიტრაჟსა თუ რაიმე მსგავს პროცედურულ პირობებში არ წარმოადგენს: არავითარ დოკუმენტაციას, განცხადებას ან კომუნიკაციის ჩანაწერს, რომელიც მედიატორს ან მხარეს გაანდეს, თუ, რა თქმა უნდა, იგივე მტკიცებულება უშუალოდ პირველწყაროს მიერ არ იქნა მონოდებული ამავე პროცედურების გათვალისწინებით; ნებისმიერ აზრსა თუ მითითებებს, რომლებიც მედიაციის პროცესში რომელიმე მხარის მიერ გამოითქვა მიმდინარე დავის საკითხთან ან შესაძლო შეთანხმებასთან დაკავშირებით; ნებისმიერ დაშვებას, რომელიც მეორე მხარის მიერ გაკეთდა; ნებისმიერ აზრსა თუ წინადადებას, რომელიც მედიაციის პროცესში მედიატორის მიერ იქნა წამოყენებული ან იმ

<sup>14</sup> სტივ ოსტერმილერი, დილენ სვენსონი, დავის ალტერნატიული გადაწყვეტა საქართველოში, თბ., 2014.

მტკიცებულებებს, რომელთა მიხედვით დადასტურდებოდა ერთ-ერთი (ან რომელიმე) მხარის მზადყოფნა შეთანხმებაზე.<sup>15</sup>

### 1. 3. აშშ, ტეხასის მაგალითი

ტეხასის შტატში მედიაციის პროცესში ინფორმაციის კონფიდენციალობასთან დაკავშირებით მკაცრი საჯარო პოლიტიკა შემუშავდა. დავის ალტერნატიული გადაწყვეტის პროცედურების მარეგულირებელი აქტის საფუძველზე დადგენილი კონფიდენციალობის დაცვის მექანიზმები უმკაცრეს ნორმებად არის აღიარებული მთელ აშშ-ში. არსებითად, დავის ალტერნატიული გადაწყვეტის პროცედურების მარეგულირებელი აქტი კონფიდენციალობის საკანონმდებლო დაცვის დებულებებს ასახავს იმისთვის, რომ მათი მოქმედება გავრცელდეს:

- როგორც სასამართლო, ასევე ნებაყოფლობითი მედიაციის პროცესზე;
- როგორც სასამართლო განხილვამდე დავაზე, ასევე განხილვის შემდეგ.

ტეხასის კონფიდენციალობის აქტი აცხადებს, რომ, გარკვეული გამონაკლისების გარდა:

- ნებისმიერი დოკუმენტაცია თუ კომუნიკაცია, რომელიც მედიაციის პროცესს შეეხება, კონფიდენციალურად ჩაითვლება; არ შეიძლება მისი გამხელა, გასაჯაროება“ სასამართლოსა თუ სხვა ადმინისტრაციულ პროცესში მტკიცებულების სახით წარმოდგენა.

შედეგად, როგორც წესი, მხარეებსა თუ მედიატორს კონფიდენციალური მასალის მტკიცებულების სახით მოწოდებას ვერაფერს აიძულებს. გარდა ამისა, ის ჩანანერები, რომლებიც მედიაციის დროს სრულდება, ასევე კონფიდენციალურ მასალად ითვლება.

### 2. ხელშეკრულებით განწერილი დაცვის მექანიზმები

მედიაციის პროცესში წარმოდგენილმა მხარეებმა ასევე შესაძლოა, კონფიდენციალობის საკითხი ხელშეკრულებაშიც განწერონ, რაც რეგლამენტში განწერილ საბაზისო დაცვის პრინციპებს სცილდება. მხარეებს, ამრიგად, საკუთარი, სპეციალური და უპირატესად გამოსაყენებელი პირობების დადგენა შეუძლიათ, რაც პროცესში ინფორმაციის კონფიდენციალობას, მათ შორის მოლაპარაკებისა და შეთანხმების დადგენის პირობებს, განსაზღვრავს. თუ მხარეები ასეთ შეთანხმებას ნებაყოფლობით და გააზრებულად დებენ და მისი რომელიმე პუნქტი ხსენებული რეგლამენტის პირობებს არ არღვევს, ხელშეკრულება სამართლებრივად ნამდვილად ჩაითვლება. ასეთი შეთანხმება მხარეებს კონფიდენციალობის პრინციპის დარღვევას აარიდებს, მათ შორის შეზღუდავს მათ მისწრაფებას, გასაიდუმლოებული მასალა მედიატორისაგან დამალონ. თუ კონფიდენციალობასთან დაკავშირებული შეთანხმება მედიაციის შეთანხმების ხელშეკრულებაში ჩაერთვება, მაშინ მისი დარღვევა, ზოგადად, ხელშეკრულების დარღვევით განპირობებული სამართალწარმოების საფუძველი შეიძლება გახდეს და ზოგადი დაცვითი სტანდარტების ამოქმედების საფუძველი გახდება.

### 3. ინფორმაციის გამხელის ვალდებულებანი

ის კომუნიკაცია, რომელიც გასაიდუმლოებული ინფორმაციის რეგლამენტიტაა დაცული, შესაძლებელია, გამხელილ იქნეს, თუკი კონფიდენციალურ აქტსა და სხვა ზემდგომ სამართლებრივ ნორმას შორის რაიმე სახის წინააღმდეგობა არსებობს. მაგალითად, შესაძლებელია, არსებობდეს რეგლამენტის მიერ გათვალისწინებული კონფიდენციალური ინფორმაციის გამხელის წესი, რომელიც, ვთქვათ, ბავშვების მიმართ ძალადობას შეეხება ან უშუალო ძალადობის საფრთხეს შეიცავს.

<sup>15</sup> იხ. <<http://www.iccwbo.org/products-and-services/arbitration-and-adr/mediation/rules/>>.

თუკი ასეთი ტიპის კონფლიქტი წარმოიქმნება, მედიატორის პასუხი არის ამ საკითხის სასამართლოსთვის გადაცემა, რომელიც თავად განსაზღვრავს, გასამხელია თუ არა ეს ინფორმაცია მასში მოცემული კონტექსტის, პირობებისა და ფაქტების გათვალისწინებით, ან შეიძლება თუ არა, დარჩეს გასაიდუმლოებულ ინფორმაციად. იმავე წესით, მედიატორი შესაძლოა, საჯარო პოლიტიკის რეგლამენტით ან ეთიკური ნორმების მიერ წარმოქმნილი დილემის წინაშე აღმოჩნდეს, რაც ლიცენზირებული პროფესიონალის მიერ პროფესიისთვის შეუფერებელი ქცევის ჩადენისა და გასაიდუმლოებული ინფორმაციის გამხელის შესაძლებლობას გულისხმობს. ასევე შესაძლებელია, მედიატორმა მიიღოს ინფორმაცია, რომელიც კრიმინალურ ქმედებას, უშუალო ზარალის მომტან მუქარას ან არამართლზომიერ ქცევას ეხება. ასეთ პირობებში მედიატორს შეუძლია, საქმე გასამხელად სასამართლოს წარუდგინოს, რათა ამ საკითხზე მან თავად იმსჯელოს.

## VIII. ეთიკა, კვალიფიკაცია და სტანდარტები

### 1. საერთაშორისო მაგალითები

#### 1. 1. დავის მოგვარების საერთაშორისო ცენტრი (International Centre for Dispute Resolution (ICDR)), ამერიკის საარბიტრაჟო ასოციაციის საერთაშორისო განყოფილება (The International Division of the American Arbitration Association (AAA))

##### 1. 1. 1. მედიატორის მიუკერძოებლობა და ინფორმაციის გამხელის მოვალეობა

საერთაშორისო ცენტრის მედიატორებს მოეთხოვებათ მედიატორთა ქცევის მოდელური სტანდარტების დაცვა იმ შემთხვევაში და იმ დროს, როდესაც ისინი მედიატორის სტატუსით ერთვებიან საქმეში. თუკი მოდელურ სტანდარტებსა და მედიაციის რეგლამენტს შორის რაიმე სახის წინააღმდეგობა წარმოიქმნება, მედიაციის რეგლამენტით განსაზღვრული წესები იქნება სახელმძღვანელო. სტანდარტების მიხედვით, მედიატორებმა პროცესზე უარი უნდა განაცხადონ, თუკი მისი წაყვანა მიუკერძოებელი გზით არ შეუძლიათ და არსებობს ინტერესთა კონფლიქტი ან სხვა ისეთი გარემოება, რომელიც მედიატორის მიუკერძოებლობას ეჭვის ქვეშ აყენებს.

სანამ პროცესი დაიწყება, მედიატორმა უნდა დასვას შეკითხვა, არსებობს თუ არა რაიმე ისეთი ფაქტი, რომლის საფუძველზე მის მიმართ ინტერესთა კონფლიქტის შესახებ რაიმე სახის ეჭვი შეიძლება წარმოიქმნას. მედიატორებმა ნებისმიერი ასეთი პირობის შესახებ უნდა განაცხადონ, რომლის მიხედვით, მათი მიუკერძოებლობა ეჭვქვეშ დადგება ან ერთობლივ გადაწყვეტამდე მისვლას რაიმე შეუშლის ხელს. ასეთი ფაქტების არსებობის შემთხვევაში, ცენტრის მედიატორებმა ამის შესახებ მხარეებს დაუყოვნებლივ უნდა აცნობონ და დაელოდონ მათ შეფასებებსა და გადაწყვეტილებას აცილების საკითხთან დაკავშირებით.

ასეთი ფაქტების შესახებ ინფორმაციის მიღების შემდეგ (ინტერესთა კონფლიქტი) მხარეებმა შესაძლებელია, მედიაციაში ჩართულობა მაინც განაგრძონ. მაგრამ იმ შემთხვევაში, როცა ერთ-ერთი მხარე უარს ამბობს მედიატორის მომსახურებაზე, ან, სადაც არსებობს დასაბუთებული ეჭვი, რომ ასეთი მედიატორის ჩართულობა მედიაციის პროცესს პრობლემას შეუქმნის, მედიატორი უნდა შეიცვალოს.

##### 1. 1. 2. მედიატორის უფლება-მოვალეობები

- მედიატორმა პროცესი მხარეების თვითგამორკვევის პრინციპზე უნდა დააფუძნოს. თვითგამორკვევის პროცესი არის ნებაყოფლობითი აქტი, რომელიც არაძალდატანებითი გადაწყვეტილების მიღებას გულისხმობს, რომელშიც თითოეული მხარე თავისუფალ, ინფორმირებულ არჩევანს აკეთებს, რაც პროცესსა და შედეგზე აისახება.

- მედიატორი უფლებამოსილია, ჩაატაროს განცალკევებული, კერძო შეხვედრები მხარეებთან, ისევე როგორც სხვა ტიპის კომუნიკაცია მხარეებსა თუ მათ წარმომადგენლებთან – მედიაციის პროცესის დასაწყისში, თუ მას მერე. კომუნიკაცია შეიძლება ტელეფონით, წერილობით, ელ. ფოსტით, ინტერნეტით, პირისპირ შეკრების გზით ან სხვა საშუალებით ჩატარდეს.

- მედიატორს შეუძლია, მხარეებს სთხოვოს, საქმესთან დაკავშირებული ყოველგვარი დოკუმენტაცია გაცვალოს. მედიატორმა შეიძლება, საქმის შესახებ არსებული ანალიზი მოითხოვოს, სადაც ძირითადი ინტერესები და მხარეთა მოლაპარაკების ისტორია ინახება. თუ მხარეს ინფორმაციის საიდუმლოდ შენახვა სურს, ასეთი ტიპის ინფორმაცია შესაძლებელია, მედიატორს ცალკე საკომუნიკაციო საშუალებით გადაეგზავნოს.



- მედიატორს არ აქვს უფლება, მხარეებს შეთანხმების რაიმე ფორმა თავს მოახვიოს, თუმცა შეეცდება, მოეხმაროს მათ, რომ დავაში სასურველი გადაწყვეტილების შეთანხმება მოხდეს. მედიატორს, შეხედულებისამებრ, ერთ-ერთი მხარისთვის ცალკე რეჟიმში, ან ორივე მხარისათვის ერთობლივი შეთანხმების საფუძველზე როგორც ზეპირი, ისე წერილობითი რეკომენდაციების განევა შეუძლია.

- იმ შემთხვევაში, თუ შეთანხმების მიღწევა დათქმულ ვადებში ვერ მოხერხდა, მედიატორს მხარეებთან კომუნიკაციის გაგრძელება შეუძლია გარკვეული დროის განმავლობაში შეთანხმების უზრუნველყოფის მიზნით.

- მედიატორი არ გახლავთ რომელიმე მხარის წარმომადგენელი და მას არც ფიდეუციური მოვალეობა აქვს რომელიმე მხარის მიმართ.<sup>16</sup>

## 1. 2. საერთაშორისო სავაჭრო პალატა<sup>17</sup>

მედიაციის ამ განმარტებით, საერთაშორისო სავაჭრო პალატა მხარის თვითგამორკვევის ცენტრალურ პრინციპს აღიარებს. სწორედ მხარეები და არა მედიატორი გადაწყვეტს, მოგვარდეს თუ არა დავა და რა პირობებით:

საერთაშორისო სავაჭრო პალატის წესების მიხედვით, მედიაციის პროცედურები საერთაშორისო სავაჭრო პალატის დავის ალტერნატიული გადაწყვეტის ცენტრის მიერ ადმინისტრირდება. მედიაცია არის მოქნილი შეთანხმების ტექნიკა, რომელსაც კერძო და კონფიდენციალურ რეჟიმში ჩაატარებენ, სადაც მედიატორი ნეიტრალური ფასილიტატორის როლს ასრულებს, რათა მხარეებს საკუთარი დავის გადაწყვეტისა და შეთანხმების მიღწევის პროცესში დაეხმაროს. მხარეები საკუთარი გადაწყვეტილებების პროცესს მართავენ, ისევე როგორც მართავენ მისალწევი შეთანხმების პირობებს. წარმატებული მედიაციის პროცესის შემთხვევაში, მედიაციის შეთანხმებას სახელშეკრულებო ბოჭვის ძალა აქვს, მაგრამ, საარბიტრაჟო გადაწყვეტილებებისგან განსხვავებით, არ ექვემდებარება აღსრულებას საერთაშორისო დონეზე.

მედიატორის უფლებამოსილება, მისი პასუხისმგებლობა ინტერესთა კონფლიქტთან დაკავშირებით, საერთაშორისო სავაჭრო პალატის მედიატორის შესარჩევი წესებითაა განერილი.

## მუხლი 5. მედიატორის შერჩევა

- დანიშნამდე მედიატორი ხელმისაწვდომობის, მიუკერძოებლობისა და დამოუკიდებლობის შესახებ ფორმას აწერს ხელს. მომავალმა მედიატორმა წერილობითი ფორმით ცენტრს ნებისმიერი ფაქტისა თუ გარემოების შესახებ უნდა აცნობოს, რომელიც მედიატორის დამოუკიდებლობას მხარეების თვალთახედვიდან რამენაირად დაჩრდილავს ან მის მიუკერძოებლობაში რაიმე ეჭვის საფუძველი გახდება. ცენტრი მხარეებს წერილობითი სახით შეატყობინებს ამ ინფორმაციას და მათგან შეფასების მიღებისათვის დაანესებს დროს.

- მედიატორის დანიშვნის შესახებ გადაწყვეტილების მიღებისას ცენტრი მედიატორის მახასიათებლებსა და კომპეტენციას გაითვალისწინებს, რაც გულისხმობს (თუმცა არ იზღუდება) ეროვნებას, ლინგვისტურ უნარ-ჩვევებს, ტრენინგს, კვალიფიკაციასა და გამოცდილებას, ასევე მის უნარს, მედიაცია წესების მიხედვით ჩაატაროს და საჭირო მომენტში მუდმივი ხელმისაწვდომობა უზრუნველყოს.<sup>18</sup>

საერთაშორისო სავაჭრო პალატა მედიატორის მიუკერძოებლობას საკუთარ წესებში განმარტავს

<sup>16</sup> აღნიშნულ საკითხებთან დაკავშირებით დაწვრილებით იხ. <<https://www.adr.org/aaa/faces/rules>>.

<sup>17</sup> იხ. ბმული <<http://www.iccwbo.org/about-icc/organization/dispute-resolution-services/>>

<sup>18</sup> აღნიშნულ საკითხებთან დაკავშირებით იხ. <[http://www.iccwbo.org/products-and-services/arbitration-and-adr/mediation/rules/#Article\\_5](http://www.iccwbo.org/products-and-services/arbitration-and-adr/mediation/rules/#Article_5)>.

## მუხლი 7. მედიაციის სესიის წარმართვა<sup>19</sup>

1. მედიატორი და მხარეები მედიაციის ჩატარების ფორმატზე მოითხოვნიან;
2. ასეთი დისკუსიების შემდეგ მედიატორმა მხარეებს წერილობით მედიაციის ჩატარების წესისა და ფორმატის შესახებ უნდა აცნობოს. თითოეული მხარე, საერთაშორისო სავაჭრო პალატის წესების მიმართ თანხმობის დაფიქსირებით, თანახმაა პროცესში მონაწილეობის მიღებაზე, სანამ მედიაციის პროცესის შეჩერება-გაუქმების შესახებ ცნობას არ მიიღებს, საერთაშორისო სავაჭრო პალატის წესების მე-8(1) პუნქტის შესაბამისად.
3. მედიაციის ჩატარებისას მედიატორი მონაწილე მხარეების ინტერესებით უნდა ხელმძღვანელობდეს და მათ სამართლიანად და მიუკერძოებლად ექცეოდეს.
4. თითოეულ მხარეს ეკისრება კეთილსინდისიერად ქცევის ვალდებულება მედიაციის პროცესში.

### 2. ევროპული მაგალითი

მედიატორის ქცევის ევროპული კოდექსით დადგენილია:

**მუხლი 1. კომპეტენტურობა, დანიშვნა, გადასახადი, მედიატორული მომსახურების რეკლამირება, პოპულარიზაცია:**

#### მუხლი 1. კომპეტენტურობა

მედიატორები კომპეტენტური და მედიაციის პროცესის მცოდნე პირებს უნდა წარმოადგენდნენ. ამ თვალსაზრისით რელევანტური ფაქტორებია ჯეროვანი ტრენინგები და ცოდნისა და უნარ-ჩვევების მუდმივი განახლება თეორიული და პრაქტიკული თვალსაზრისით, შესაბამისი სტანდარტებისა და სააკრედიტაციო სქემების გათვალისწინებით.

#### მუხლი 2. დანიშვნა

მედიატორები მედიაციის ჩატარების შესახებ მხარეებთან ვადების საკითხს შეათანხმებენ. მედიატორებმა უნდა აჩვენონ, რომ მათ შესაბამისი გამოცდილება და ცოდნა აქვთ მედიაციის პროცესის ჩასატარებლად (მოცემულ საქმეზე) მანამ, სანამ საქმის შესრულებას შეუდგებიან. მოთხოვნისამებრ, მათ ამ ინფორმაციის მხარეთათვის სრული წარდგენა უნდა შეძლონ.

#### მუხლი 1.3. გადასახადები

მედიატორებმა მხარეებს ანაზღაურების (ჰონორარის) შესახებ სრული ინფორმაცია უნდა მიანოდონ, რომელსაც მომსახურებისთვის აიღებენ. სანამ ეს საკითხი ყველა მხარესთან შეთანხმებული არ იქნება, ისინი საქმის განხილვას არ შეუდგებიან.

#### მუხლი 1.4. მედიატორული მომსახურების რეკლამირება, პოპულარიზაცია

მედიატორებს საკუთარი მომსახურების რეკლამირება შეუძლიათ იმ შემთხვევაში, თუკი ისინი ამას პროფესიულად, კეთილსინდისიერად და ღირსეულად წარმართავენ.

<sup>19</sup> იხ. ბმული <[http://www.iccwbo.org/products-and-services/arbitration-and-adr/mediation/rules/#Article\\_7](http://www.iccwbo.org/products-and-services/arbitration-and-adr/mediation/rules/#Article_7)>.

## **მუხლი 2. დამოუკიდებლობა და მიუკერძოებლობა**

### **მუხლი 2.1. დამოუკიდებლობა**

თუ არსებობს რაიმე ისეთი გარემოება, რომელმაც შესაძლებელია, მედიატორის დამოუკიდებელი მუშაობის წესზე რაიმე გავლენა მოახდინოს ან ინტერესთა კონფლიქტის წარმოქმნას შეუწყოს ხელი, მედიატორმა ეს ინფორმაცია მხარეებს საქმის დაწყების წინ ან ფაქტის გამოვლენიდან პროცესის კვლავ გაგრძელებამდე უნდა მოახსენოს.

ასეთი გარემოებები გულისხმობენ: ნებისმიერ პირად ან ბიზნესურთიერთობებს ერთ-ერთ რომელიმე მხარესთან, ნებისმიერ ფინანსურ ან სხვა ინსტერესს, პირდაპირსა და არაპირდაპირს, ინტერესს მედიატორის შედეგთან მიმართებით, მედიატორის ან მისი ფირმის რომელიმე წევრის მიერ რაიმე მომსახურების გაწევის ფაქტს რომელიმე მხარისათვის.

ასეთ პირობებში მედიატორს, მხარეთა ორმხრივი თანხმობის არსებობის შემთხვევაშიც, საქმისწარმოებას მხოლოდ იმ დათქმით შეუძლია დასთანხმდეს, თუ იგი დარწმუნებულია, რომ მედიატორის აბსოლუტურად დამოუკიდებლად ჩაატარებს, ისე, რომ იგი მიუკერძოებელ და მხარეთა ინტერესების თანხმებულ პროცესს წარმოადგენდეს. ასეთი გარანტიების არარსებობის შემთხვევაში, მედიატორის ვალდებულებაა, პროცესის მიმდინარეობის ნებისმიერ ეტაპზე მისი ყოველგვარი შესაძლო ზემოაღნიშნული ინტერესი გაამხილოს მხარეთა წინაშე.

### **მუხლი 2.2. მიუკერძოებლობა**

მედიატორებმა ყოველთვის მიუკერძოებლად და მედიატორის პროცესის პრინციპების დაცვით უნდა იმოქმედონ, ისინი უნდა ცდილობდნენ ამის წარმოჩენას, ხოლო მხარეებს უნდა მოეკიდონ სამართლიანად.

## **მუხლი 3. მედიატორის შეთანხმება, პროცესი და ხელშეკრულება**

### **მუხლი 3.1. პროცედურა**

მედიატორი უნდა დარწმუნდეს, რომ მხარეები მედიატორის პროცესის თავისებურებებს იცნობენ, კარგად აცნობიერებენ როგორც მედიატორის, ასევე თავიანთ როლს. პროცესის დაწყების წინ მედიატორი უნდა დარწმუნდეს, რომ მხარეები მედიატორის პირობებს ჩასწვდნენ და გამოხატეს თანხმობა მედიატორისა და მხარეების მიმართ მოქმედ კონფიდენციალობის პირობასთან დაკავშირებით. მედიატორის შეთანხმება შესაძლოა, მხარეთა მოთხოვნის საფუძველზე, წერილობითი სახით ჩამოყალიბდეს. მედიატორმა პროცესი საქმის სპეციფიკის გათვალისწინებით უნდა წარმართოს, რაც შესაძლოა ძალთა უთანასწორობის ან მხარეების განსხვავებული სურვილების, მათ შორის, კანონის უზენაესობისა და დავის სწრაფად გადაწყვეტის აუცილებლობის გააზრებას გულისხმობს. მხარეები შესაძლოა, მედიატორთან მედიატორის ჩატარების წესზეც შეთანხმდნენ – არსებულ რეგლამენტზე ან სხვა განაწესზე დაყრდნობით. მედიატორმა შესაძლოა, მხარეებს ცალ-ცალკე მოუსმინოს, თუკი ამას საჭიროდ ჩათვლის.

### **მუხლი 3.2. პროცესის სამართლიანობა**

მედიატორი უნდა დარწმუნდეს, რომ ყველა მხარეს პროცესში ჩართვის ადეკვატური შესაძლებლობები ენიჭება. მედიატორი მხარეებს აცყობინებს და მას მედიატორის შეწყვეტის უფლებაც აქვს, თუ:

- მიღწეულ იქნა შეთანხმება, რომელიც არის უკანონო, ან არ ხასიათდება აღსრულების პერსპექტივით, ნაძალადევად ან მართლსაწინააღმდეგო წესით არის მიღებული (აქ მედიატორის კომპეტენცია არსებული საქმის სპეციფიკითაა გათვალისწინებული)

- მედიატორს მიაჩნია, რომ მედიაციის გაგრძელება შეთანხმების მიღწევით არ დასრულდება.

### **მუხლი 2.3. პროცესის დასასრული**

მედიატორმა ყველანაირი ზომა უნდა მიიღოს იმისათვის, რათა დარწმუნდეს, რომ ნებისმიერი შეთანხმება, რომელიც მხარეებს შორის იყო მიღწეული, ინფორმირებული თანხმობის საფუძველზე დაიდო და ყველა მხარე შეთანხმების პირობებს ნათლად აცნობიერებს. მხარეებს უფლება აქვთ, მედიაციის პროცესს ნებისმიერ დროს გამოეთიშონ, ყოველგვარი დასაბუთების გარეშე. მედიატორმა, მოთხოვნისამებრ და საკუთარი კომპეტენციის ფარგლებში, მხარეებს ხელშეკრულების ფორმალიზაციისა და მისი სამართლებრივი აღსრულების შესახებ უნდა აცნობოს.

### **მუხლი 4. კონფიდენციალობა**

მედიატორმა ნებისმიერი ინფორმაცია, რომელიც მედიაციის პროცესში გამოვლინდება, მედიაციის ჩატარების ფაქტის ჩათვლით, საიდუმლოდ უნდა შეინახოს, თუკი მის გამჟღავნებას მედიატორს კანონი ან საჯარო წესრიგი არ ავალდებულებს. ნებისმიერი ინფორმაცია, რომელიც ერთ-ერთი მხარის მიერ კონფიდენციალურ რეჟიმში მედიატორს გაენდობა, მეორე მხარისთვის არ უნდა იყოს გამხელელი შესაბამისი ნებართვის გარეშე, თუ, რა თქმა უნდა, ამის აუცილებლობას კანონი არ მოითხოვს.

იხილეთ სტივ ოსტერმილერი, დილენ სვენსონი, დავის ალტერნატიული გადაწყვეტა საქართველოში, თბ, 2014.

## **3. აშშ-ის მაგალითი**

1994 წელს ამერიკის არბიტრთა ასოციაციამ, ამერიკის ადვოკატთა ასოციაციამ და კონფლიქტების მარეგულირებელმა ასოციაციამ ჩამოაყალიბეს მედიაციის სამოდელო სტანდარტები. ეს სტანდარტები 2005 წელს გადამუშავდა და მრავალ იურისდიქციაში მედიატორთა სახელმძღვანელო მოდელია.

### **პრეამბულა**

მედიაცია კონფლიქტების მოგვარების ფართო სპექტრს ემსახურება. ეს სტანდარტები შეიქმნა იმისთვის, რომ მედიაციის თითქმის ნებისმიერ პრაქტიკულ კონტექსტში მოღვაწე ადამიანებისთვის ფუნდამენტური ეთიკური განაწესი ჩამოყალიბებულიყო. ისინი სამ ძირითად მიზანს ემსახურებიან: მედიატორების ქცევის განსაზღვრას; მედიაციაში ჩართული მხარეების გათვითცნობიერებას და მედიაციის, როგორც დავის მოგვარების პროცესის, მიმართ ნდობის გაძლიერებას.

მედიაცია არის პროცესი, რომელშიც მიუკერძოებელი მესამე მხარე კომუნიკაციისა და მოლაპარაკების ფასილიტაციას ახდენს და მოდავე მხარეების მხრიდან ნებაყოფლობითი გადაწყვეტილების მოძიებას ახალისებს. მედიაცია სხვადასხვა მიზანს ემსახურება, რაც მხარეების მხრიდან მიზნების განსაზღვრასა და ნათლად ჩამოყალიბებას, ასევე სხვადასხვა პერსპექტივის გაგებასა და ინტერესების იდენტიფიცირებას, გადაწყვეტილების შესაძლო ალტერნატივების მოტანა-შეთავაზებასა და ერთობლივი, მოგებიანი გადაწყვეტილების მიღებას გულისხმობს საამისო სურვილის არსებობის პირობებში.

## **პირველი სტანდარტი – თვითგამორკვევა**

მედიატორი მედიაციას მხარეების თვითგამორკვევის პრინციპის საფუძველზე წარმართავს. თვითგამორკვევა არის აქტი, რომელიც გადანყვეტილების შეთანხმებულ, არაძალადობრივ მიღებას გულისხმობს, რომელშიც თითოეული მხარე მონაწილეობს და შედეგის მართვას ინფორმირებული, თავისუფალი არჩევანით ახორციელებს. მხარეებმა შესაძლოა, თვითგამორკვევა მედიაციის ნებისმიერ ეტაპზე სცადონ, მედიატორის შერჩევის, პროცესის დაგეგმვის, პროცესიდან გამოსვლისა და შედეგების მართვის ჩათვლით.

1. მიუხედავად იმისა, რომ მედიაციის პრაქტიკაში პროცესის დაგეგმარებისათვის მხარეთა თვითგამორკვევა მედიაციის საბაზისო პრინციპია, მედიატორს შეიძლება რომელიმე მხარის თვითგამორკვევის უფლების დარღვევები მოუწიოს, ისევე ამ სტანდარტების შესაბამისად პროცესის ხარისხიანად ჩატარების უზრუნველსაყოფად.

2. თავად მედიატორი პირადად ვერ უზრუნველყოფს, თითოეულმა მხარემ თავისუფალი, ინფორმირებული არჩევანი გააკეთოს, რათა კონკრეტული გადანყვეტილებები მიიღოს, მაგრამ იქ, სადაც დასაშვებია, მედიატორმა მხარეებს სხვა პროფესიონალებთან კონსულტაციის მნიშვნელობა უნდა განუმარტოს და ურჩიოს, რომ მათ ინფორმირებული გადანყვეტილებები მიიღონ.

მედიატორი არ უნდა ეცადოს, რაიმე ისეთი მიზეზით, როგორებიცაა შეთანხმების მაღალი საფასური, ეგოცენტრიზმი, ან სხვა გარე ზეწოლის გავლენით (ეს იქნება პროგრამული ადმინისტრატორები, სასამართლო პერსონალი, პროვაიდერი ორგანიზაციები, მედია ან სხვა), მხარეებს თვითგამორკვევის პროცესი ჩააშლევინოს.

## **მეორე სტანდარტი – მიუკერძოებლობა**

მედიატორმა მედიაციის პროცესზე უარი უნდა განაცხადოს, თუკი მის ჩატარებას მიუკერძოებელი გზით ვერ ახერხებს. მიუკერძოებლობა ნიშნავს ფავორიტიზმის არარსებობას, ცრურწმენისა და მიუკერძოებლობის დაუშვებლობას.

მედიატორმა მედიაციის პროცესი მიუკერძოებელი სახით უნდა ჩაატაროს და ისეთი ტიპის ქცევას მოერიდოს, რომელიც მიკერძოებულობის რაიმე ნიშანს წარმოაჩენს:

1. მედიატორმა არ უნდა იმოქმედოს მიკერძოებულად ან რაიმე ცრურწმენებით, მედიაციის მონაწილის რაიმე პიროვნული ნიშან-თვისების, ისტორიის, ღირებულებებისა და რწმენის ან მედიაციის დროს გამოვლენილი ქცევისა თუ რაიმე სხვა მიზეზის საფუძველზე.

2. მედიატორმა არ უნდა გასცეს და არც მიიღოს არავითარი სახის საჩუქარი – პირმოთნეობა, სესხი ან რაიმე ფასეული საჩუქარი, რომელიც მედიატორისთვის სავალდებულო მიუკერძოებლობაში ეჭვს გააჩენს.

3. მედიატორმა შეიძლება მიიღოს ან გასცეს მინიმალური საჩუქარი ან შემთხვევითი საგნები, ან მომსახურება, რომელიც მედიაციის პროცესის საწარმოებლად საჭირო, ან კულტურული ნორმების მხარდასაჭერად არის გამიზნული, ისე, რომ არ გაჩნდეს რაიმე ეჭვი მედიატორის მიუკერძოებლობასთან დაკავშირებით.

4. თუ მედიაციის რომელიმე ნაწილში მედიატორი პროცესის მიუკერძოებელი წესით ჩატარებას ვერ ახერხებს, მან მუშაობა უნდა შეწყვიტოს.

## **მესამე სტანდარტი – ინტერესთა კონფლიქტი**

1. მედიატორი ინტერესთა კონფლიქტს უნდა მოერიდოს. ინტერესთა კონფლიქტმა თავი შესაძლოა, მედიატორის ჩარევით ან რაიმე სხვა ურთიერთობის საფუძველზე იჩინოს, რაც მედიატორისა და რომელიმე მხარის ურთიერთობით იქნება გამონვეული – იქნება ეს ურთიერ-

თობა წარსულსა თუ აწმყოში, პირადი თუ პროფესიული სახის, რაც ბუნებრივად მედიატორის მიუკერძოებლობასთან დაკავშირებით შეკითხვას ბადებს.

2. მედიატორმა უნდა გამოიკვლიოს იმ ფაქტების არსებობა, რომლებიც ნებისმიერი გონიერი პირისათვის ინტერესთა კონფლიქტის არსებობის ეჭვს წარმოშობს. ზემოაღნიშნული ფაქტებისა და ინფორმაციის მოკვლევის უზრუნველსაყოფად აუცილებელი მოქმედებები, რომლებიც მედიატორმა უნდა განახორციელოს, შესაძლებელია, განსხვავდებოდეს კონკრეტული საქმის კონტექსტით.

3. მედიატორმა, რაც შეიძლება მალე, ნებისმიერი სახის პოტენციური ინტერესთა კონფლიქტი უნდა გამოავლინოს, რომელიც მისთვის ცნობილი იქნება და მის მიუკერძოებლობაში რაიმე ეჭვს შეიტანს. ასეთი ქმედების შემდგომ, თუ ყველა მხარე შეთანხმდა, მედიატორი პროცესის წარმართვას განაგრძობს.

4. თუ მედიატორმა მედიაციის საქმის მიღების შემდეგ რაიმე ისეთი ფაქტის შესახებ შეიტყუო, რომელიც მისი მხრიდან ინტერესთა კონფლიქტის წარმოქმნის შესაძლებლობას არ გამორიცხავს, მედიატორი მას უმალ გაამხელს. აღნიშნულის შემდეგ, მხარეთა შეთანხმების საფუძველზე, მას პროცესის გაგრძელება შეეძლება.

5. თუ მედიატორის ჩარევით წარმოქმნილი ინტერესთა კონფლიქტი მედიაციის კეთილსინდისიერად წარმართვის პრინციპისათვის რეალურ საფრთხედ იქცევა, მედიატორმა ასეთ შემთხვევაში საქმეზე მუშაობა უნდა შეწყვიტოს და მასზე უარი თქვას იმ შემთხვევაშიც კი, თუ მხარეები საწინააღმდეგო სურვილს აცხადებენ.

6. მედიაციის პროცესის დასრულების შემდგომ მედიატორმა რომელიმე მხარესთან ისეთი ურთიერთობები არ უნდა დაამყაროს, რასაც არ უნდა ეხებოდეს იგი, რაც მის კეთილსინდისიერებაში რაიმე ეჭვის საფუძველი გახდება. მედიაციის პროცესის მხარეებთან, მასთან დაკავშირებულ ინდივიდებთან ან ორგანიზაციებთან პირადი თუ პროფესიული ურთიერთობების დამყარებამდე გასათვალისწინებელია ის დრო, რომელიც მედიაციის დასრულების შემდგომ გავიდა და ურთიერთობის ხასიათი, რომელიც არ უნდა ქმნიდეს პოტენციური ან რეალური ინტერესთა კონფლიქტის შესაძლებლობას.

## **მეოთხე სტანდარტი – კომპეტენტურობა**

მედიატორი საქმეს მხოლოდ იმ შემთხვევაში შეუდგება, თუ მას მხარეთა მოლოდინის გასამართლებლად საკმარისი კომპეტენცია აქვს.

1. მედიატორად ნებისმიერი პირის შერჩევა შეიძლება იმ პირობით, თუ მხარეები მის კვალიფიკაციასა და კომპეტენტურობაზე შეთანხმდებიან. ტრენინგი, გამოცდილება, უნარ-ჩვევები, კულტურული გათვითცნობიერებულობა და სხვა თვისებები ხშირად მედიატორის კომპეტენციისათვის აუცილებელი წინაპირობებია. პირი, რომელიც ამ მომსახურებას გვთავაზობს, წარმოქმნის მოლოდინს, რომ იგი კომპეტენტურია და მედიაციის ეფექტურად წარმართვის უნარი შესწევს.

2. მედიატორი უნდა ესწრებოდეს საგანმანათლებლო ან მსგავს პროგრამებს, რათა საკუთარი ცოდნისა და უნარების გაუმჯობესება შეძლოს.

3. მედიატორის ტრენინგპროგრამების, განათლების, გამოცდილებისა და მიდგომების შესახებ ინფორმაცია მხარეებისთვის ხელმისაწვდომი უნდა გახდეს.

4. თუ მედიაციის პროცესში მედიატორი ამჩნევს, რომ მას მედიაციის წაყვანა ჯეროვნად არ შეუძლია, იგი კონკრეტული სირთულის შესახებ მხარეებთან მოითხოვს და მის გადასაწყვეტად კონკრეტულ ნაბიჯებს გადადგამს, რაც გულისხმობს (თუმცა არ ამოიწურება) პროცესიდან გასვლას ან სათანადო დახმარების მოთხოვნას.

5. თუ მედიატორის უნარი, წაიყვანოს მედიაციის პროცესი, შელახულია ნამლებით, ალკოჰოლით ან სხვა მიზეზების გამო, მედიატორმა არ უნდა ჩაატაროს იგი.

## მეხუთე სტანდარტი – კონფიდენციალობა

მედიატორმა მედიაციის პროცესში მიღებული ნებისმიერი ინფორმაციის კონფიდენციალობა უნდა უზრუნველყოს – თუ მისი გამხელა ისევ მხარეების მიერ არ იქნება შეთანხმებული ან სამართლებრივი ნორმის მიერ არ იქნება განსაზღვრული:

1. თუ მხარეები მედიაციის პროცესში თანხმდებიან, რომ მედიატორი მიღებულ ინფორმაციას გააცხადებს, შესაბამისად, მას ამის უფლება მიეცემა.

2. მედიატორს არ აქვს უფლება, მედიაციის პროცესში თითოეული მხარის მონაწილეობისა და მათი ქცევის შესახებ მედიაციის პროცესისგან დამოუკიდებელ პირებს გაანდოს. თუმცა მედიატორს შეუძლია, ანგარიშის სახით წარმოადგინოს ინფორმაცია მხარის მედიაციის პროცესზე გამოცხადებისა და შეთანხმების მიღწევა/მიუღწევლობის შესახებ, თუ ეს ინფორმაცია სავალდებულო წესით მოთხოვნილია შესაბამისი ორგანოს მიერ.

3. თუ მედიატორი ჩართული იყო მედიაციის სწავლების, კვლევისა და შეფასების პროცესში, მისი მოვალეობაა მხარეების ანონიმურობის დაცვა და კონფიდენციალობის მოლოდინების გამართლება მხარეთა მხრიდან. მედიატორმა, რომელიც კერძო სესიებისას მხარეებს ხვდება, რომელიმე პირისთვის ინფორმაცია პირდაპირი და არაპირდაპირი გზით არ უნდა გააზიაროს, თუ საამისოდ არ არსებობს ინფორმაციის გამნდობი მხარის თანხმობა.

მედიატორის მოვალეობაა, მედიაციის პროცესში ჩართული მხარეებისთვის ინფორმაციის კონფიდენციალობას გაუსვას ხაზი.

მედიაციის პირობებიდან გამომდინარე, მხარეებს შესაძლოა კონფიდენციალობასთან დაკავშირებით განსხვავებული მოლოდინი ჰქონდეთ, რასაც მედიატორი ყურადღებით უნდა მოეკიდოს. მხარეებმა კონფიდენციალობასთან დაკავშირებით შესაძლოა საკუთარი პირობები შეიმუშაონ, ან კიდევ კერძო მედიატორისა თუ ინსტიტუტის მიერ დანესებული წესები გაიზიარონ.

## სტანდარტი მეექვსე – პროცესის ხარისხი

მედიატორმა პროცესი აღნიშნულ სტანდარტებთან შესაბამისად უნდა წარმართოს, ასევე იმ საკითხების გათვალისწინებით, რაც პუნქტუალობას, წესების დაცვას, დასწრებას, უსაფრთხოებას, ჩართულობას, პროცედურულ სამართლიანობას, კომპეტენტურობასა და ურთიერთპატივისცემას გულისხმობს.

1. მედიატორი თანახმაა, მუშაობას მხოლოდ იმ შემთხვევაში შეუდგეს, როდესაც იგი ეფექტური პროცესის ჩასატარებლად მზად არის;

2. მედიატორი მედიაციის პროცესში მხოლოდ მაშინ ჩაერთვება, როდესაც იგი მედიაციის პროცესის განრიგსა და დროის საკითხთან მიმართებით ყველა ჩართული მხარის მოლოდინს დააკმაყოფილებს.

3. მედიაციის პროცესში ადამიანების დასწრება თუ არდასწრება დამოკიდებულია მედიატორისა და მხარეების შეთანხმებაზე. მხარეები და მედიატორი შეთანხმდებიან, შესაძლებელია თუ არა ამა თუ იმ პირის (თუ პირების) პროცესისგან შემდგომი გამოთიშვა;

4. მედიატორმა მონაწილეთა შორის კეთილსინდისიერებისა და გულახდილობის აუცილებლობას უნდა გაუსვას ხაზი და მედიაციის პროცესში რაიმე სახის ფაქტების დამახინჯებისგან თავი შეიკავოს.

5. მედიატორის როლი სხვა პროფესიული როლებისგან არსებითად განსხვავდება. მედიატორის როლის არევა სხვა როლებთან პრობლემური საკითხია, ამგვარად, მან ფუნქციების მკაფიოდ გამიჯვნა უნდა მოახერხოს. მედიატორს შეუძლია ისეთი ინფორმაციის უზრუნველყოფა მხარეებისთვის, რომელიც მის კვალიფიციურობასა და გამოცდილებაზე მიუთითებს. ეს, აღნიშნული სტანდარტების შესაბამისად, ნებადართულია.

6. მედიატორმა დავის გადაწყვეტის სხვა ფორმატში არ უნდა მიიღოს მონაწილეობა, გარდა მედიაციისა. ამასთან, მან დავის მედიაციისადმი მიკუთვნება უნდა წარმოაჩინოს, რათა

შესაბამისი რეგლამენტით განერილი წესებითა და დამცავი მექანიზმებით სარგებლობის, ასევე სხვა უფლებამოსილი ორგანოების მხარდაჭერა მოიპოვოს.

7. მედიატორს, საჭიროების მიხედვით, შეუძლია, მხარეებს დავის არბიტრაჟის წესით მორიგების, ნეიტრალური, სასამართლომდე შეფასებისა თუ სხვა ალტერნატიული საშუალებებით გადაჭრა ურჩიოს.

8. მედიატორი ერთსა და იმავე დავაზე სხვადასხვა როლს არ იკისრებს, თუკი საამისოდ მხარეებისგან მიღებული შეთანხმება არ არსებობს. ასეთი შემთხვევის დროს მედიატორმა პროცესის ტიპის ცვლილების შესახებ მხარეებს კიდევ ერთხელ უნდა აცნობოს და მათგან მხარდაჭერა მოიპოვოს. ამავდროულად, მედიატორმა უნდა გაითვალისწინოს, რომ, თუკი მას პროცესის ცვლილების საშუალება მიეცა და დამატებითი ფუნქციების შესრულება დაეკისრა, იგი განსხვავებული სტანდარტებისა თუ რეგლამენტის სივრცეში შეიძლება მოექცეს.

9. თუ მედიატორი კრიმინალური ქცევის ხელშემწყობ პროცესად გადაიქცა, მედიატორმა დაუყოვნებლივი ზომები უნდა მიიღოს, და თუ საჭირო გახდა, შეაფერხოს ან საერთოდ შეწყვიტოს პროცესი.

10. თუკი რომელიმე მხარე საქმის ვითარებას ვერ ჩასწვდა, ეს იქნება მედიატორში მონაწილეობის საკითხი, შეთანხმების ვარიანტები ან სხვა მედიატორის პროცესთან დაკავშირებული სირთულე, მედიატორმა პირობები კვლავინდებურად უნდა ახსნას და იმ მოდიფიკაციებზე (ცვლილებებზე) უნდა იფიქროს, რაც ჩართული მხარისთვის საკითხის გაცნობას გააადვილებს და თვითგამორკვევის პროცესს უზრუნველყოფს.

თუ მედიატორს ოჯახური ან მხარეთა შორის არსებული რაიმე ძალადობის შესახებ ეცნობა, მან შესაბამის ზომებს უნდა მიმართოს და, საჭიროების შემთხვევაში, მედიატორი ან დროებით შეწყვიტოს, ან საერთოდ გამოეთიშოს მას.

თუ მედიატორს სჯერა, რომ მონაწილის ქცევა (საკუთარი ქცევის ჩათვლით) მედიატორის პროცესზე აღნიშნული სტანდარტების საწინააღმდეგო ზეგავლენას იწვევს, მაშინ მან აუცილებელი ზომები უნდა მიიღოს მედიატორის პროცესის შეჩერების ან შეწყვეტის ჩათვლით.



გამომცემლობის  
რედაქტორი

თამარ გაბელაია

გარეკანის  
დიზაინერი  
დამკაბადონებელი

მარიამ ებრალიძე

ეკატერინე თეთრაშვილი

ISSN 1987-9199



9 771987 919005