

თანამედროვე სამართლის ჟურნალი
CONTEMPORARY LAW JOURNAL

Volume 1 | Issue 1 | 2019

თანამედროვე სამართლის ჟურნალი
CONTEMPORARY LAW JOURNAL

1

2019

ISSN 2587-5051, e-ISSN 2587-5140
UDC (შპკ) 34+070(479.22)
01-295

თანამედროვე სამართლის ჟურნალი

ტომი 1, გამოცემა 1, 2019 წ.

შავი ზღვის საერთაშორისო უნივერსიტეტი,
სამართლის ფაკულტეტი

შ8სუ
2019

რედაქტორები

| | |
|--------------------|---|
| ანდრეა ბორონი | კამპანიის უნივერსიტეტი, ლუიჯი ვანვიტელი, შედარებითი და კომერციული სამართალი |
| ეკატერინე ბაკარაძე | შავი ზღვის საერთაშორისო უნივერსიტეტი, საჯარო სამართალი, ინგლისური ენა |
| ვახტანგ ზაალიშვილი | შავი ზღვის საერთაშორისო უნივერსიტეტი, კერძო სამართალი |

სარედაქციო კოლეგია

| | |
|--|---|
| ზურაბ ჭყელაშვილი თამარ ლაკერბაია ზურაბ ჭიბლაშვილი | შავი ზღვის საერთაშორისო უნივერსიტეტი, კერძო სამართალი შავი ზღვის საერთაშორისო უნივერსიტეტი, კერძო სამართალი შავი ზღვის საერთაშორისო უნივერსიტეტი, საკონსტიტუციო სამართალი |
| დავით გეფერიძე | შავი ზღვის საერთაშორისო უნივერსიტეტი, საერთაშორისო საჯარო სამართალი |
| მალხაზ ჩახნაშვილი გიორგი ლორია | შავი ზღვის საერთაშორისო უნივერსიტეტი, საჯარო სამართალი შავი ზღვის საერთაშორისო უნივერსიტეტი, სამართლის მეთოდები, სამართლის ფილოსოფია |
| ალექსანდრე გიორგიძე | შავი ზღვის საერთაშორისო უნივერსიტეტი; კავკასიის საერთაშორისო უნივერსიტეტი, სისხლის სამართალი კრიმინოლოგია |
| ბესარიონ მეურმიშვილი | შავი ზღვის საერთაშორისო უნივერსიტეტი, სისხლის სამართალი, პროცესი |
| რიჩარდ ბეილსი | ჩრდილოეთ ოჰაიოს უნივერსიტეტი, შრომის სამართალი, დავის, გადანაცვების ალტერნატიული მეთოდები |
| ანდრეა რუსო | კამპანიის უნივერსიტეტი, ლუიჯი ვანვიტელი, შედარებითი და დამღვევის სამართალი |
| მარკო სეგესიო, ჯოვანა კარუნო | მილანის უნივერსიტეტი, შედარებითი და ევროპული სამართალი რომის უნივერსიტეტი, საავტორო უფლებები და გართობის სამართალი |
| ვალენტინა რიტა სკოტი ფრანჩესკო ბაკინი გაბრიელე კრესპი რეგიზი | ქოჩის უნივერსიტეტი, შედარებითი საჯარო სამართალი მილანის ბიკოკას უნივერსიტეტი, შრომის სამართალი სანკტ. პეტერბურგის უნივერსიტეტი, შედარებითი სამართალი და არბიტრაჟი |

მთარგმნელი: თეონა გაჩეჩილაძე

**შავი ზღვის საერთაშორისო უნივერსიტეტი
სამართლის ფაკულტეტი**

დავით აღმაშენებლის ხეივანი, მე-13 კილომეტრი, №2,
0131, თბილისი, საქართველო
ტელ.: +995 322 595005
ფაქსი: +995 322 595008

ე-ფოსტა: lawfaculty@ibsu.edu.ge,
contact@ibsu.edu.ge

ვებ-გვერდი: <https://law.ibsu.edu.ge/journal-of-law/>
<https://journal.ibsu.edu.ge/>

თანამედროვე სამართლის ჟურნალი და მისი რედაქტორები არ არიან
პასუხისმგებელი გამოცემის ავტორთა მიერ ინდივიდუალურად გამოთქმულ
შეხედულებებზე.

ჟურნალი ქვეყნდება ყოველწლიურად და ფინანსდება შავი ზღვის საერთაშორისო
უნივერსიტეტის მიერ

© 2019. საავტორო უფლებები დაცულია.

Contemporary Law Journal

Vol. 1, Issue 1, 2019

**International Black Sea University,
Faculty of Law**

**IBSU
2019**

Editors

| | |
|--|---|
| Andrea Borroni | University of Campania, Luigi Vanvitelli, Comparative and Commercial Law |
| Ekaterine Bakaradze, Vakhtang Zaalishvili | International Black Sea University, Public Law, English Language International Black Sea University, Private Law |

Editorial Board

| | |
|---------------------------------|--|
| Zurab Chechelashvili | International Black Sea University, Private Law |
| Tamar Lakerbaia | International Black Sea University, Private Law |
| Zurab Jibgashvili | International Black Sea University, Constitutional Law |
| David Geperidze | International Black Sea University, Public International Law |
| Malkhaz Chakhnashvili | International Black Sea University, Public Law |
| Giorgi Loria | International Black Sea University, Legal Methods, Philosophy of Law |
| Aleksandre Giorgidze | International Black Sea University, Caucasus International University, Criminal Law, Criminology |
| Besarion Meurmishvili | International Black Sea University, Criminal Law, Criminal Procedures |
| Richard Bales | Ohio Northern University, Labour Law, Alternative Dispute Resolution |
| Andrea Russo | University of Campania, Luigi Vanvitelli, Comparative and Insurance Law |
| Marco Seghesio | University of Milan, Comparative and European Law |
| Giovanna Carugno | University of Rome, Foro Italico, Copyright and Entertainment Law |
| Valentina Rita Scotti | Koç University, Comparative Public Law |
| Francesco Bacchini | University of Milan-Bicocca, Labour Law |
| Gabriele Crespi Reghizzi | University of St. Petersburg, Comparative Law and Arbitration |

Translated by **Teona Gachechiladze**

**International Black Sea University
Faculty of Law**

2, David Agmashenebeli Alley 13th km
0131, Tbilisi, Georgia
Tel: +995 322 595005
Fax: +995 322 595008

Email: lawfaculty@ibsu.edu.ge,
contact@ibsu.edu.ge

Web: <https://law.ibsu.edu.ge/journal-of-law/>
<https://journal.ibsu.edu.ge/>

Contemporary Law Journal (CLJ) and its editors assume no responsibility for the views expressed by individual authors contributed to the issue.

Journal is published annually and funded by International Black Sea University.
© 2019. All rights are reserved.

შინაარსი

Contents

| | |
|--|-----|
| ადგილობრივი ტურისტული სისტემები ესპანეთში | 9 |
| Local Tourist Systems in Spain | 16 |
| <i>Iura novit arbiter</i> საერთაშორისო დავებში: როგორ ავიცილოთ თავიდან განუჭვრეტადი სამართლებრივი დასკვნები | 22 |
| <i>Iura novit arbiter</i> in International Disputes: How to Prevent Unforeseeable Legal Findings | 39 |
| სავალდებულო ინფორმაციის ავტომატური გაცვლა საგადასახადო სფეროში შესატყობინებელ სასაზღვრო ღონისძიებებთან დაკავშირებით. ევროპული კავშირის 6804/18 დირექტივის ანალიზი..... | 54 |
| Mandatory Automatic Exchange of Information in the Field of Taxation in Relation to Reportable Cross-Border Arrangements. Analysis of the EU Directive 6804/18 | 71 |
| მოთხოვნაზე დამყარებული ეკონომიკის ზრდა და სამართლებრივი გამოხმაურებები საქართველოსა და ამერიკის შეერთებულ შტატებში | 86 |
| Legal Responses to the Rise of the On-Demand Economy in Georgia and the United States..... | 100 |
| კოლექტიური მოლაპარაკება..... | 112 |
| Collective Bargaining | 139 |
| საერთაშორისო სამართლის ორი ძირითადი პრინციპის - სახელმწიფოს ტერიტორიული მთლიანობისა და ერთა თვითგამორკვევის შედარებითი ანალიზი კოსოვოსა და აფხაზეთის მაგალითზე | 162 |
| Comparative Analysis of Two Basic Principles of International Law - Territorial Integrity of State and Self-determination of Nations on Example of Kosovo and Abkhazia | 185 |
| პრეცედენტები..... | 204 |
| Case Law..... | 204 |
| შეცდომა, წასყიდობა, მომხმარებელთა უფლებები | 205 |
| Mistake, Sales, Consumer Law | 215 |
| შრომის სამართალი - შეწყვეტა, ორგანიზაციული ცვლილებები | 223 |
| Employment Law -Termination, Organizational Changes..... | 229 |
| შრომის სამართალი - ჯარიმა გადახდის დაყოვნებისთვის | 234 |
| Empoyment Law - Penalty for Payment Delay | 238 |

სტატიები
Articles

ადგილობრივი ტურისტული სისტემები ესპანეთში

აბსტრაქტი

ამ ათასწლეულში და, მეორე მხრივ, საერთაშორისო კონკურენციის გარიჟრაჟზე, ტურიზმის, როგორც ეკონომიკური სექტორის, უდიდესი პოტენციალი, რაც თან სდევს ტურიზმის გლობალიზაციას და პროდუქციის სეგმენტაციის ფორმას, ნიშნავს, რომ ევროპული კავშირი ტურიზმს მნიშვნელოვან როლს ანიჭებს ლისაბონში შემუშავებული საერთო ევროპული ეკონომიკისა და სოციალური მოდელის რეალიზაციაში და ეს აშკარად აჩვენებს, რომ საერთაშორისო კონკურენცია მზარდად მოქმედებს თავისი კომპლექსურობით ერთიანი მომსახურების შეთავაზების შესაძლებლობაზე. სხვადასხვა ფორმის სახელმწიფოთა პანორამაში ესპანეთი დღესდღეობით წარმოადგენს ერთეულ შემთხვევას.

ესპანური სისტემის, პრიორიტეტული ამოცანა, როგორც სისტემის სრულყოფის საშუალება, ადგილობრივი ტურიზმის სისტემის ღირებულების გაზრდაა, რაც გულისხმობს ტერიტორიაზე ინტეგრირებული ყველა საქმიანობის აქტორთა უდიდესი რაოდენობასთან კოორდინირებასა და ჩართულობას. მეორე მხრივ ესაა, ტურისტული შეთავაზების გაფართოება, რომელიც შედგება რიგი ტურისტული პროდუქტებისაგან ან, უფრო სწორად, საქონლისაგან, მომსახურებისაგან, სოციალური, კულტურული, და ეკონომიკური ფაქტორების შემცველი ერთიანი ტურისტული პროდუქტის სხვადასხვა ნაწილებისაგან, რასაც შეუძლია, დააკმაყოფილოს ტურისტის მოთხოვნა გლობალურ ტურსა და ტურისტულ ვიზიტებზე. ესპანეთში ტურიზმის პოლიტიკის ადგილობრივ განზომილებაზე მითითება მჭიდროდ დაკავშირებულია მდგრადი განვითარების პარადიგმის პროგრესირებად დადასტურებასთან.

წინამდებარე ნაშრომში გააზრებულია ის, თუ როგორ შეიტანა იტალიამ და ესპანეთმა, განსაკუთრებით კი ტურისტებმა, საკუთარი წვლილი ადგილობრივი, პროდუქტიული თუ მესამე დონის სისტემის წამოწყების, მხარდაჭერისა და გაძლიერების საქმეში. ორივე ადგილობრივი სისტემა ძლიერი და შემაკავშირებელია, ხასიათდება სამეწარმეო შემოქმედებითი, ინოვაციების ყოველდღიურობით და ადგილობრივი საზოგადოებების წვლილით, სადაც ტერიტორიული სტრუქტურა დიდი ხანი დასწრებული იყო ტექსტურებით, ქსელებითა და ასოციაციებით ტრადიციული სოციალური ქცევით, ენდოგენური განვითარების ლოგიკის შესაბამისად.

ეს ხდება მაშინაც კი, როცა იტალიაში მეტად, ვიდრე ესპანეთში, სახეზეა სისტემის სირთულეები, სადაც ნარჩუნდება საგადასახადო და [სხვა] შენატანების გადაჭარბებული წნეხი სასწავლო სქემებსა და ინფრასტრუქტურულ ქსელებში, ფართოდ გავრცელებულ შეყოვნებებთან ერთად.

იმ ფენომენის ეროვნულ მასშტაბში მართვის სირთულე, რომელსაც, ცალკეულ სახელმწიფოს საზღვრებში, ტრადიციულად ეფექტიანია ინსტრუმენტების მეშვეობით უმკლავდებიან და რომელიც სწრაფად ვრცელდება გლობალურ დონეზე, ცხადყოფს დინამიკას, რომლითაც რეგიონები ვითარდებიან თანამედროვე ეპოქაში. განვითარების

¹ *ლუიჯი ვანვიტელის* კამპანიის უნივერსიტეტის *ჟან მონეს* პოლიტიკურ მეცნიერებათა დეპარტამენტის შედარებითი კერძო სამართლის პროფესორი.

ბუნებრივი პროცესი, რომელიც მიზნად ისახავს, შეინარჩუნოს ეროვნულ ეკონომიკურ სისტემათა ურთიერთქმედებაზე კონტროლი და რაც რეგიონულ ინსტრუმენტებში ითარგმნება, რისთვისაც იყენებენ ძალაუფლებასა და მარეგულირებელ რესურსს, იმ ადგილობრივი და რეგიონული პრობლემების გამკლავებისაკენ არის მოწოდებული, რომლებიც ნაკლებად თუ არის საკმარისად ცნობილი ადგილობრივი საზოგადოებებისათვის.²

არსებობს მნიშვნელოვანი შეთანხმება ტერიტორიებისა და ადგილობრივი სპეციფიკის როლზე გლობალურ კონკურენციაში. ტურიზმის, როგორც ეკონომიკური სექტორის, უზარმაზარი პოტენციალი ამ ათასწლეულში და, მეორე მხრივ, საერთაშორისო კონკურენციის დასაწყისი, რომელიც თან ახლავს ტურიზმის გლობალიზაციას და პროდუქტის სეგმენტაციის ფორმებს, ნიშნავს, რომ ევროპული კავშირი ამ მიმართულებას ანიჭებს მნიშვნელოვან როლს ლისაბონში შემუშავებული საერთო ევროპული ეკონომიკური და სოციალური მოდელის რეალიზაციაში და ეს ნათლად აჩვენებს, რომ გლობალური კონკურენციას მზარდი გავლენა აქვს კომპლექსურად ერთიანი სერვისის შეთავაზების შესაძლებლობაზე.³

რეალურად, გლობალიზაციამ მეტად მნიშვნელოვანი როლი ითამაშა ეროვნულთან შედარებით რეგიონული მასშტაბის გაძლიერებაში, ნაცვლად იმისა, რომ შესაბამისობაში მოეყვანა განსხვავებული გეოგრაფიული სეგმენტები. აქედან გამომდინარე, ბაზრის გლობალიზაციის დაფუძნება ლოკალურ განზომილებებში არ ავლენს კონტრასტს: გეოგრაფიულ რეალობაში გლობალურ ფენომენს აქვს ტერიტორიაზე გამყარების პრაგმატული საჭიროება, უფრო ზუსტად, გეოგრაფიულ სისტემებს, რაც უფრო ძლიერია ისინი, მით უფრო მეტად შეიძლება განიმარტოს სისტემურ არეალებად, სპეციალიზებულ (მაგალითად, ინდუსტრიულ) რაიონებად მაშინ, როდესაც სუსტი ადგილობრივი სისტემები ან გეოგრაფიულად და ეკონომიკურად ფრაგმენტულ არეალებს გადარიბებისა და მზარდი მარგინალიზების საფრთხე აქვთ. სახელმწიფოთა სხვადასხვა ფორმების პანორამაში, ესპანეთი დღეს განსაკუთრებული შემთხვევაა. კონსტიტუციონალისტები განმარტავენ ესპანეთის სახელმწიფოს ბუნებას როგორც *tertium genus*-ს ცენტრალიზმსა და ფედერალიზმს შორის, და განსაზღვრავენ მას ტერმინით „ავტონომიური სახელმწიფო“ და „ავტონომია“.⁴

ესპანეთი ტრადიციულად მიიჩნევა რეგიონალიზმზე დაფუძნებული სახელმწიფოს მოდელად 1978 წლის კონსტიტუციით, დემოკრატიის დაბრუნებიდან მოყოლებული. იგი წარმოადგენს კომპლექსურ სახელმწიფო ორგანიზაციას, დაყოფილს მუნიციპალიტეტებად, პროვინციებად და ავტონომიურ თემებად. ამ წარმონაქმნებთან დაკავშირებით, ესპანეთის კონსტიტუცია („ეკ“) ცნობს ავტონომიას ადგილობრივი ინტერესების მართვაში (ეკ-ის 137-ე მუხლი).⁵

„ფრანშიზის კრიზისის“ შემდეგ, ესპანეთმა აირჩია დეცენტრალიზებული და დეცენტრალიზებულ ორგანიზაციული მოდელი, რომელიც ეფუძნება პოლიტიკური ძალაუფლების დანაწილებას სხვადასხვა ტერიტორიული საზოგადოებრივ გაერთიანებებს და მათა ავტონომია აღქმულია, როგორც მარეგულირებელი უფლებამოსილება, ადგილობრივი ინტერესების პოლიტიკური და ადმინისტრაციული მმართველობა.

² Barca, F., McCann, P., Rodríguez-Pose, A., The Case for Regional Development Intervention: Place-based versus place-neutral approach, *Journal of Regional Science*, 2013, 134-152, 2006.

³ Lizza, G., Europe between regionalization and globalization, Lizza, G. (ed.), *Geography of the New Europe*, Turin, Utet, 1999.

⁴ De Matteis, G., For a Geography of Territorial Activity and Territorial Values, Bonora, G., (ed.), *SloT notebook 1*, Bologna, Baskerville, 2001, 11-30.

⁵ *Geography of Tourism*, Bencardino, F., Prezioso, M. (eds.), Milan, McGraw-Hill, 2007, 194-218.

1978 წლის კონსტიტუციით დაფუძნებული რეგიონალიზმის მოდელის მახასიათებლები გამოყოფილია მის VIII თავში, რომლითაც დარეგულირებულია სახელმწიფოს ტერიტორიული მოწყობა. იგი მიჩნეულია ადგილობრივი ხელისუფლების ძირითად ელემენტად უტოვებს კანონმდებელს თავისუფლებას ადგილობრივი მოწყობის კონკრეტული მოდელის განსაზღვრისთვის.

საკონსტიტუციო სასამართლომ 84/1982 და 170/1989 გადაწყვეტილებებში განმარტა, რომ ადგილობრივი ხელისუფლება იმ სახით, როგორც ამას ცნობს ეკ-ის 137-ე და 140-ე მუხლები, აღჭურვილია მინიმალური შინაარსის ინსტიტუციური გარანტიით, რომელთან შესაბამისობის უზრუნველყოფაც ევალება კანონმდებელს. ეს გარანტია გულისხმობს ადგილობრივი თემების უფლებას, საკუთარი ორგანოების საშუალებით, მიიღონ მონაწილეობა მმართველობაში და მასთან დაკავშირებული ყველა საკითხის ადმინისტრირებაში, ასეთი ჩართულობის ინტენსივობის თანდათანობითი ზრდით - ლოკალური და ზე-ლოკალური ინტერესების ურთიერთ ბალანსის საკითხებთან მიმართებით ადგილობრივი დონის საშინაო საკითხებზე.

ავტონომიის კონკრეტულობისათვის უარყოფილია ცენტრალურ სახელმწიფოს, ავტონომიურ თემსა და ადგილობრივ ტურიზმის სააგენტოებს შორის იერარქიული დამოკიდებულება, ამიტომაც ურთიერთობები მმართველობის ამ დონეებს შორის მოწყობილია თანასწორობის გეგმაზე დაყრდნობით.⁶

ავტონომიური თემები, პროვინციები, მუნიციპალიტეტები და ლოკალური ტურიზმის ორგანოები ასევე ქმნიან ესპანური სისტემას და დამოუკიდებელი ერთეულებია. კონსტიტუციით გათვალისწინებულ და გარანტირებულ ავტონომიურ თემებს აქვს ავტონომიური სტატუტები, რომლებიც გაძლიერებული (ორგანული) კანონებით და წარმოადგენს „კონსტიტუციური ჩარჩოს“ („constitutional blockade“) ნაწილს. ეს უკანასკნელი არის წესთა კრებული სახელმწიფოსა და ავტონომიურ თემებს შორის კომპეტენციების განაწილებაზე. ეს სტატუტები მოქმედებს როგორც განმსაზღვრელი პარამეტრები უფლებამოსილებების მიკუთვნებასთან დაკავშირებულ გადაწყვეტილებებისათვის. სტატუტები თანხმდება სახელმწიფოსა და ავტონომიურ თემს შორის; შესაბამისად, თითოეულ თემს შეიძლება, ჰქონდეს კომპეტენციის თავისებური ნაკრები და განსხვავებული ორგანიზაცია.⁷

პროვინციას უკავია განსაკუთრებული პოზიცია ესპანურ ადგილობრივ წესწყობილებაში: 1833 წლის 30 ნოემბრის დეკრეტებით, წარდგენილი ტერიტორიული არჩევითი ორგანო სახელმწიფო ამოცანების განსახორციელებლად, მოგვიანებით, გადაიქცა ადგილობრივი ხელისუფლების ორგანოდ, რაც დამტკიცდა 1925 წლის სტატუტით.

ესპანეთის 1978 წლის კონსტიტუციით სამართალსუბიექტობამინიჭებული ადგილობრივი ხელისუფლების ორგანოები შედგება მუნიციპალიტეტთა დაჯგუფებისაგან და საკონსტიტუციო სასამართლომ ისინი ცნო ადგილობრივ სავალდებულო ტრინინგის [კვალიფიკაციის ამაღლების] განმსახორციელებელ ორგანოდ (training body).

მაშინ, როდესაც ბასკეთი დაყოფილია სამ პროვინციად (Territorios Historios), ზოგ საკითხებში ექსკლუზიური კომპეტენციით და მნიშვნელოვანი ფუნქციებით

⁶ Tourism between Economics and Geography, *Dallari, F. E., Grandi (eds.)*, Bologna, Pàtron, 2005; Tourism between local development and interregional cooperation, *Dallari, F. E., Mariotti, A. (ed.)*, Bologna, Pàtron, 2006.

⁷ ეკ-ის 137-ე მუხლის მიხედვით, „სახელმწიფო ტერიტორიულად ორგანიზებულია კომუნებად, პროვინციებად და თვითმმართველ თემებად. ეს ყველა წარმონაქმნი სარგებლობს ავტონომიით საკუთარი ინტერესების მართვაში“. 137-ე მუხლში ჩამოთვლილი ტერიტორიული ელემენტები, საკონსტიტუციო სასამართლოს მიხედვით, არის „კონსტიტუციური წესრიგის არქიტექტურული და შეუცვლელი ელემენტები“ (2.02.1981).

საგადასახადო სფეროში, კატალონიამ შექმნა გარკვეული ანტი-პროვინციალიზმი და რაიონებს (Comarcas) მიანიჭა პრივილეგია (შემოგარენის მომსახურების მენეჯმენტის ფუნქცია), რითაც პროვინციებს ჩამოშორდა მნიშვნელოვანი ამოცანები. ზოგიერთი სტატუტი ითვალისწინებს, რომ პროვინცია და კომუნა არის ადგილობრივი ხელისუფლების ორგანოები, რომლებშიც რეგიონული ტერიტორია დაყოფილია (არაგონა, კასტილია-ლა მანჩა); სხვა რეგიონები ინარჩუნებენ პროვინციას როგორც სახელმწიფოს მოვალეობების შესასრულებელ დანაყოფს (გალისია, ანდალუსია).⁸

82-ე ძირითადი კანონის მე-11 მუხლში მუნიციპალიტეტი განმარტებულია, როგორც „სახელმწიფოს ტერიტორიული ორგანიზების ადგილობრივი ორგანო“, რომელსაც აქვს თავისი შემადგენელი ელემენტები „ტერიტორია, მოსახლეობა და ორგანიზაცია“ (მუხლი 11.2, ძირითადი კანონი). ძირითადი კანონის მე-20 მუხლი ყოფს მუნიციპალიტეტის სტრუქტურებს აუცილებელ და დამხმარე ორგანოებად. ეს უკანასკნელნი შეიძლება იმართებოდეს ავტონომიური კანონმდებლობით და შესაბამისი კომუნების მეშვეობით ორგანული რეგულაციების მიხედვით.⁹

იმავე ძირითადი კანონის მე-3 მუხლით, გამოყოფილია ადგილობრივი ტურიზმის ორგანოების ორ დონე: პირველი მოიცავს მუნიციპალიტეტებს, პროვინციებს და ასევე კუნძულებს, ხოლო მეორე დონის ორგანოები - ნაკლებად მნიშვნელოვანია პირველთან შედარებით. ისინიც შექმნილი და აღიარებულია ავტონომიური თემების მიერ: რეგიონები (საერთო ინტერესებით ან გეოგრაფიული მახასიათებლებით განსაზღვრული საერთო კრება), მეტროპოლიური არეალი და მუნიციპალური ასოციაციები (Mancomunidades). პირველი კონსტიტუციითაა გათვალისწინებული და ვრცელდება მთელს ტერიტორიაზე, როცა უკანასკნელს, მიუხედავად იმისა, რომ აღიარებულია კონსტიტუციურ დონეზე (მუხლი 141.3), მაინც არასავალდებულო ხასიათი აქვს. ძირითადი კანონი აწესრიგებს ამ ასოციაციური ორგანოების შექმნისთვის საჭირო პროცედურას.¹⁰

არც კონსტიტუციით და არც სტატუტებით არ არის აღიარებული მეტროპოლიის ქალაქები. 7/1985 კანონის 43.2-ე მუხლით, განსაზღვრულია მეტროპოლიური არეალი როგორც: “Entidades locales integradas por los Municipios de grandes aglomeraciones urbanas, entre cuyos nucleo de población existes vinculaciones economicas y sociales, que hagan necesaria the planningification conjunta y coordinacion de determinados servicios y obras” [მსხვილი ურბანული აგლომერაციების მუნიციპალიტეტების მიერ დაფუძნებული ადგილობრივი ორგანოები, რომელთა შორისაც არსებობს მოსახლეობის ბირთვი, არსებობს ეკონომიკური და სოციალური კავშირები, რომლებიც საჭიროებს გარკვეული მომსახურებისა და სამუშაოების ერთობლივ დაგეგმვასა და კოორდინაციას].

⁸ *Dallari, F., Territorial Development and Reconstruction: Local Systems and Tourism, Savelli, A. (ed.), Tourism, Territory, Identity. Research and Experiences in the Mediterranean Area, Milan, Franco Angeli, 2004, 285-306.*

⁹ *Del Rio Iglesia, E., Tourism Organization and Tourism Policy in Spain, Barucci (ed.), Tourism Policy and Organization in Italy and Europe, Coll. Center of tourist studies, No. 3, 1977.*

¹⁰ რაიონი (Comarca) არის წარმონაქმნი შექმნილი, რათა დაეხმაროს მუნიციპალიტეტებს საკუთარი ამოცანების შესრულებაში, თუმცა იგი არ ანაცვლებს მათ. ფაქტობრივად, მუნიციპალიტეტები, რომლებიც დაჯგუფებულია, ვერ დაკარგავენ კომპეტენციას „მინიმალური მომსახურების“ მისაწოდებლად ან ძირითადი კანონის 25-ე მუხლით გათვალისწინებულ საკითხებზე. მუნიციპალური ასოციაციები (Mancomunidades de municipio) მოწესრიგებულია ძირითადი კანონის მე-3 მუხლით, რომელიც, ასევე ითვალისწინებს ინსტიტუციური ბუნების ადგილობრივი ინსტიტუტების შექმნას. ნებაყოფლობითი მუნიციპალური ასოციაციები იქმნება სამუშაოთა შესრულებისა და მომსახურებათა გაწევის გასაუმჯობესებლად. ისინი არ საჭიროებს სამართლებრივ აღიარებას. ამ ინსტიტუტთა მიზანია ბევრი პატარა მუნიციპალიტეტის პრობლემების გადაჭრა, განსაკუთრებით, სასოფლო მუნიციპალიტეტების. მეტროპოლიური არეალები არის 40-50-იან წლებში ქალაქის დაგეგმარებისა და საერთო სერვისების მენეჯმენტისათვის შექმნილი ადგილობრივი წარმონაქმნი. მათი შექმნა, ცვლილება და გაუქმება რეგიონების პასუხისმგებლობაა, სახელმწიფო ადმინისტრაციის მოსაზრების დაფიქსირების შემდეგ, ისევე, როგორც კომუნებისა და პროვინციული საბჭოებისა, რომლებშიც მონაწილეობა ავტონომიური სტატუტების დებულებების შესაბამისადაა შესაძლებელი.

მეტროპოლიური არეალების შექმნა განახლდა ავტონომიური თემების შესახებ კანონებით. კონსტიტუციით ნაწილდება ადგილობრივი ხელისუფლების პასუხისმგებლობა სახელმწიფო და ავტონომიურ თემებს, ადგილობრივ ორგანოებს და ადგილობრივ ტურისტულ სააგენტოებს შორის, მაგრამ იგი არ ითვალისწინებს კონკრეტულ სიას საკითხებისა, რომელზედაც უფლებამოსილებათა დელეგირება უნდა მოხდეს. სახელმწიფოს საკანონმდებლო ორგანოს უფლებამოსილებაა, ადგილობრივ სახელისუფლებო ორგანოებს მიაწოდოს კომპეტენციები, უფლებამოსილებათა დანაწილების სისტემის გარდაქმნის გარეშე, რომელიც გათვალისწინებულია კონსტიტუციითა და ავტონომიის თაობაზე სტატუტებით.

ამ მიზეზით, სახელმწიფო არეგულირებს ადგილობრივი ტურიზმის ორგანოთა სამართლებრივ რეჟიმებს შეზღუდულ ფარგლებში და თავად განმარტავს მხოლოდ იმ მინიმალურ ძირითად კომპეტენციებს, რომლებიც აუცილებელია კონსტიტუციით მუნიციპალიტეტებისა და პროვინციებისათვის მინიჭებული ავტონომიის უზრუნველსაყოფად. სახელმწიფო ან რეგიონული დონის აქტების ფარგლებში ხდება ადგილობრივი უფლებამოსილების თაობაზე ზოგადი აქტის შინაარსის შევსება.¹¹

რაც შეეხება ადგილობრივ ტურისტულ ორგანოებს, კონსტიტუციის 137-ე და 142-ე მუხლებიდან გამომდინარეობს დასკვნა, რომ მუნიციპალიტეტებმა და პროვინციებმა უნდა მართონ საკუთარი ინტერესები ავტონომიურად და ამ მიზნებისათვის „ადგილობრივი ტურისტულ ორგანოებს უნდა ჰქონდეს საკმარისი ფინანსები და საშუალებები, რათა კანონით მათი შესაბამისი ორგანოებისთვის მინიჭებული ფუნქციები შეასრულონ და უზრუნველყონ სახელმწიფოსა და ავტონომიური თემების ჩართულობა“.

ესპანურ სამართალში ეს თემატიკა მჭიდროდაა დაკავშირებული ადგილობრივი ტურიზმის ორგანოების ტრადიციულ ხედვასთან. ფაქტობრივად, სახელმწიფო ცნობს მათ საზოგადოების საჭიროებათა დასაკმაყოფილებელ თვით შექმნილ წარმონაქმნებად და სტრუქტურებად, რომლებიც პასუხისმგებელია საკუთარ ინტერესების განხორციელებაზე, რომელთა დასაკმაყოფილებლად აუცილებელია ექსკლუზიურ უფლებამოსილებათა მინიჭება.

მიუხედავად ამისა, კონსტიტუციურ სამართალწარმოებაში ხაზი ესმება ექსკლუზიურ ადგილობრივ ინტერესთა იდენტიფიცირების სირთულეს და თვალნათელია, რომ ეკ-ის 137-ე მუხლი შეეხება აუცილებლობას, მიენიჭოს მცირე ტურიზმის ტერიტორიულ წარმონაქმნებს მინიმალური უფლებამოსილებათა პაკეტი, რომელიც უზრუნველყოფს ამ ორგანოთათვის ინსტიტუციურ გარანტიას; ამიტომაც, უფლებამოსილებების მინიჭება ხდება არა არა ექსკლუზიურ ინტერესის მიხედვით, არამედ ყოველ კონკრეტულ შემთხვევაში შეფასების საფუძველზე, იმისდა მიხედვით თუ რომელ წარმონაქმნს აქვს უპირატესი ინტერესი. რამდენადაც ეს, ხშირად, ინტერესთა კონკურენციის საკითხია, საჭიროა მოხდეს ორივე, როგორც მართებული პროცედურული რეგულირება, ისე კომპოზიტიური ორგანოების განსაზღვრა. ავტონომია ითარგმნება პატარა ტურისტული ტერიტორიული წარმონაქმნების უფლებაში, მონაწილეობა მიიღონ მმართველობაში და მათთან დაკავშირებული საკითხების ადმინისტრირება განახორციელონ.

სახელმწიფო და რეგიონულ კანონმდებელს შეუძლია მიაწოდოს ფუნქციები ადგილობრივ ტურისტულ ორგანოებს (კომპეტენციების დანაწილების მიხედვით, კონსტიტუციითა და სტატუტებით გათვალისწინებულ საკითხებზე), რაც ტერიტორიული გაერთიანების ახალი ფორმაა, რომელსაც შეუძლია პროფესიათა, ღირსშესანიშნაობათა, [ზოგადად] სერვისთა და ტურისტულ სერვისთა შეკავშირება და ზრდა, კავშირებზე, კერძო და საჯარო აქტიორებს ასოცირებაზე დაფუძნებით. ეს არის განსაზღვრული სივრცე (ადგილი, არეალი), რომელსაც შეუძლია, შესთავაზოს ვიზიტორს ნათლად ფორმულირებული და ინტეგრირებული წინადადება, რომელთაც სპეციალური

¹¹ ადგილობრივი მმართველობის შესახებ ძირითადი კანონი 1985 წლის 2 აპრილის №7 ადგილობრივი მმართველობის მარეგულირებელი კანონი (LRBRL), რომელშიც შესწორებები იქნა შეტანილი 1999 წლის 21 აპრილის №11 კანონით და შესწორდა და [შემდგომად] შეიცვალა რამდენჯერმე (უკანასკნელად 2003 წლის 16 დეკემბრის №57 კანონით) ადგილობრივი ხელისუფლების მოდერნიზაციის ღონისძიებების შესახებ).

და გამორჩეული ტურისტული სტუმართმოყვარეობის რეალიზაცია მოხდება, რითაც გაძლიერდება ადგილობრივ რესურსები და ხელი შეეწყობა კულტურას.

ამ მიმართულებით, ყურადღება მახვილდება არსებითი განზომილებების გამოკვეთაზე როგორც ეკონომიკური პროცესების მთავარ ორიენტირებზე და იმ ფარგლებზე, რომელშიც მოთხოვნილი იქნება ტურიზმის ინდუსტრიის განვითარებაზე ორიენტირებული ადგილობრივი უფლებამოსილებანი.

მიუხედავად იმისა, რომ პოტენციური ელემენტები და ესპანური ტურიზმის სისტემის სამეწარმეო შესაძლებლობები ძალიან მნიშვნელოვანია, მათ შეძლეს, შეუწყოთ ძლიერი ადგილობრივი ტურისტული სისტემების მხოლოდ შეზღუდული რაოდენობის აყვავებისათვის და ნაკლებად მაკრო-ტერიტორიული განვითარების პროცესებისათვის.

ესპანური სისტემის პრიორიტეტული მიზანია ადგილობრივი ტურიზმის ღირებულების გაზრდა, როგორც სისტემის გასაუმჯობესებელი ინსტრუმენტისა, რაც მიცავს ტერიტორიაზე ინტეგრირებულ ყველა საქმიანობას კოორდინაციისა და ტერიტორიაზე წარმოდგენილი მსხვილი აქტივების დიდი რაოდენობის ჩართულობას; მეორე მხრივ, მიზანია ტურისტული შეთავაზების გაფართოება, რომელიც შედგება ტურისტული პროდუქტების განსაზღვრული ასორტიმენტისაგან ან ერთიანი ტურისტული პროდუქტის სხვადასხვა ნაწილებისგან - საქონელი, მომსახურება, სოციალური, კულტურული და ეკონომიკურ ფაქტორები, რომელთაც ძალუძს ფეხი აუწყოს გლობალური ტურისა და ტურისტთა დეკლარირებულ მოთხოვნას.

ესპანეთში ტურიზმის პოლიტიკის ადგილობრივ განზომილებებზე მითითება მჭიდროდაა კავშირშია მდგრადი განვითარების პარადიგმის დადასტურებასთან. მჭიდრო კავშირი ტურიზმის კონკურენტუნარიანობასა და თვითმყოფადობას/ადგილობრივი კულტურული მემკვიდრეობის პატივისცემას შორის მუდმივად იძლევა მდგრადობის პრინციპების სრულად დანერგვისაკენ ბიძგს. სახელდობრ, ამ პარადიგმის რეალიზება მოითხოვს, რომ განვითარების პროცესი განხორციელდეს ქვემოდან ადგილობრივი იმ პროფესიების შინაარსის გადაფასებით, რომლებიც პატივს სცემს ბუნებრივი გარემოს ერთიანობას, ყველა დაინტერესებული პირის მაქსიმალური ჩართულობას კონკრეტულ პროექტებში, შემოქმედებითი შესაძლებლობების გაზრდით; ევროპული სუბსიდიარობის პრინციპის სრულად რეალიზაციით ინსტიტუციური თვალთახედვიდან.¹²

ამკარაა, რომ ტურიზმი შეიძლება, ასევე იყოს სტრატეგიული ელემენტი ადგილობრივ და რეგიონულ განზომილებებში ტერიტორიის შენებისა და გარდაქმნის პროცესში ყოველთვის და ყველა შემთხვევაში, გლობალიზაციისა და გლობალური კონკურენციის ფონზე, ტურიზმის ახალი მზარდი მოთხოვნის დასაკმაყოფილებლად.

ორივემ, იტალიამ და ესპანეთმაც განსხვავებული ნაბიჯები გადადგა, რათა წამოეწყო, მხარი დაეჭირა და გაეძლიერებინა პროდუქტიული თუ მესამე რიგის სისტემები, განსაკუთრებით კი ტურისტები.¹³ ორივე ქვეყანაში ადგილობრივი სისტემები ძლიერი და შეკრულია; ისინი ხასიათდება სამეწარმეო კრეატიულობით, მუდმივი განახლების შესაძლებლობითა და ადგილობრივი თემის მუშაობით, სადაც ტერიტორიული ქსოვილი უკვე დიდი ხანია შეწუხებულია ადგილობრივი ტექსტურით, ქსელებითა და ასოციაციებით, ტრადიციული „სოციალური“ ქცევით, რასაც საფუძვლად ენდოგენური განვითარების ლოგიკა აქვს.¹⁴

¹² Gemmiti, R., Conti Puorger, A., The territorial bases of sustainable tourism development, *Madau, C.* (ed.), Cultural Resources and Local Development, Acts of the Convent, Rome, Geographic Society of Italy, 2004, 397-410.

¹³ *Becheri, E.*, Changes in Tourism: The Internationalization of the Markets and the Main Figures of the Offer. The Problems of Italy, Ministry of Tourism and Entertainment, Third Report on Italian Tourism, Rome, 1998, 12-56.

¹⁴ *Vecchio, B.*, Enhancement and Territorial Innovation: Reflections on the Case of Italian Tourist Areas, *Leone, U.* (ed.), Enhancement and Territorial Development in Italy, Franco Angeli, Milan, 1988; *Basile, R., Donati, C., Pittiglio, R., Savarese, M.*, 2015 Employment dynamics and Local Production Structure in Italy, *Italian Journal of Regional Science*, 142: 33-68.

იტალიაში მეტად, ვიდრე ესპანეთში, თუმცა ამას მაინც ადგილი აქვს, როდესაც სახეზეა სისტემის სირთულეები, როდესაც გადაჭარბებული საგადასახადო და შენატანების ტვირთი ნარჩუნდება გადამზადების რგოლის განახლებაზე ნელი რეაგირებისა და ინფრასტრუქტურულ დაბრკოლებების ფონზე.¹⁵

ბიბლიოგრაფია

1. *Barca, F., McCann, P., Rodríguez-Pose, A.*, The Case for Regional Development Intervention: Place-based versus place-neutral approach, *Journal of Regional Science*, 2013.
2. *Basile, R., Donati, C., Pittiglio, R., Savarese, M.*, Employment Dynamics and Local Production Structure in Italy, *Italian Journal of Regional Science*, 2015.
3. *Becheri, E.*, Changes in Tourism: The Internationalization of the Markets and the Main Figures of the Offer. The Problems of Italy, Ministry of Tourism and Entertainment, Third Report on Italian Tourism, Rome, 1998.
4. *Dallari, F.* Territorial Development and Reconstruction: Local Systems and Tourism, *Savelli, A.* (ed.), *Tourism, Territory, Identity. Research and Experiences in the Mediterranean Area*, Milan, Franco Angeli, 2004.
5. *De Matteis, G.*, For a Geography of Territorial Activity and Territorial Values, *G. Bonora, P.* (eds.), *SloT notebook 1*, Bologna, Baskerville, 2001.
6. *Del Rio Iglesia, E.*, Tourism Organization and Tourism Policy in Spain, *Barucci, P.* (ed.), *Tourism Policy and Organization in Italy and Europe*, Coll. Center of Tourist Studies No. 3, 1977.
7. *Della Corte, V.*, Managing local tourist resorts, Cedam, Padua, 2000.
8. *Gemmiti, R., Conti Puorger, A.*, The Territorial Bases of Sustainable Tourism Development, *Madau, C.* (ed.), *Cultural Resources and Local Development*, Acts of the Convent, Rome, Geographic Society of Italy, 2004.
9. *Geography of Tourism*, Bencardino, *F., Prezioso, M.* (eds.), Milan, McGraw-Hill, 2007.
10. *Lizza, G.*, Europe between Regionalization and Globalization, *Lizza G.* (ed.), *Geography of the New Europe*, Turin, Utet, 1999.
11. *Tourism between Economics and Geography*, *Dallari, F. E., Grandi* (eds.), Bologna, Pàtron, 2005;
12. *Tourism between Local Development and Interregional Cooperation*, *Dallari, F. E., Mariotti, A.* (ed.), Bologna, Pàtron, 2006.
13. *Vecchio, B.*, Enhancement and Territorial Innovation: Reflections on the Case of Italian Tourist Areas, *Leone, U.* (ed.), *Enhancement and Territorial Development in Italy*, Franco Angeli, Milan, 1988;

¹⁵ *Della Corte, V.*, Managing Local Tourist Resorts, Cedam, Padua, 2000.

Local Tourist Systems in Spain

Abstract

The enormous potential of tourism as the economic sector in this millennium and, on the other hand, the onset of the international competition that accompanies the globalization of tourism and its forms of product segmentation, mean that the EU grants tourism an important role in the realization of that all-European economic and social model drawn to Lisbon. This clearly shows that global competition is increasingly playing on the ability to offer a single service in its complexity. In the panorama of the different forms of state, Spain is today a singular case.

The priority objective of the Spanish system is to increase the value of the local tourism system as a tool for enhancing the system, i.e. all the activities integrated into the territory, with the coordination and involvement of the largest number of actors present in the territory. On the other hand, the expansion of the tourist's offer, consisting of the range of tourist products, or rather the different parts of a single tourism product, consisting of goods, services, social, cultural and economic factors capable of meeting demand Global tour and tourist visit expressed by the tourist. The reference to the local dimension of tourism policies in Spain is strongly linked to the progressive affirmation of the paradigm of sustainable development.

In this paper we understand how both Italy and Spain are, have made a different commitment to start, support and strengthen local, productive or tertiary systems, in particular tourists. Both local systems are strong, cohesive and characterized by entrepreneurial creativity, the daily capacity to innovate and the workings of local communities, where the territorial fabric has long been plagued by textures, networks, and associations, with a traditional "social" behavior, according to the logic of endogenous development.

This happens even if in Italy more than in Spain are the difficulties of the system, where excessive tax and contribution pressure persists along with the widespread delays in training circuits and infrastructural networks.

The difficulty of managing on a national scale a phenomenon that moves with great fluidity on a global scale, through tools that traditionally are effective within the individual borders of the state, explains the strength with which the regions move in this era. A natural process of refinement aimed at maintaining control over the growing interaction between national economies, which translates into regional aggregates to which powers and regulatory capacity are used to meet local and regional instances and to handle not far from the well-known problems heard by local communities².

There is a substantial agreement on the role that territory and local specificities play in global competition. The enormous potential of tourism as the economic sector in this millennium and, on the other hand, the onset of the international competition that accompanies the globalization of tourism and its forms of product segmentation, mean that the EU grants tourism an important role in the realization of that all-European economic and social model drawn to Lisbon and which

¹ Prof. of Private comparative law - *Luigi Vanvitelli* University of Campania, *Jean Monnet* Department of political Sciences

² *Barca, F., McCann, P., Rodríguez-Pose, A.*, The Case for Regional Development Intervention: Place-based versus place-neutral approach, *Journal of Regional Science*, 2013, 2006.

clearly shows that global competition is increasingly playing on the ability to offer a single service in its complexity³.

In reality, globalization has played an important role in strengthening the regional scale compared to the national one, rather than making the different geographical situations conform. It follows that the affirmation of globalization of the market with the local dimension does not express a contrast: in the geographic reality, global phenomena have a pragmatic need to anchor on the territory, or rather to geographic systems, the stronger they are, the more they can be interpreted as system areas, specialized districts, such as industrial zones, while weak local systems or geographically fragmented geographically and economically fragmented areas become increasingly marginal and poor. In the panorama of the different forms of state, Spain is today a singular case. Constitutionalist identify the nature of the Spanish state as a sort of tertium genus between centralism and federalism, and to define it using the term "autonomous state" or "autonomy"⁴.

Spain, traditionally considered a regional state model, has, with the Constitution of 1978, since the return to democracy, a complex state organization, divided into Municipalities, Provinces and Autonomous Communities. To these entities, the Spanish Constitution (EC) recognizes autonomy for the management of their interests (Art. 137 EC)⁵.

After the franchise crisis, Spain opted for a decentralized and decentralized organizational model, which is based on the distribution of political power between the various territorial public entities and the autonomy of these, understood as the regulatory power, political and administrative management of Local interests. The characteristics of the regional model established by the Constitution of 1978 are outlined in Title VIII of the same, which, by regulating the territorial model of the State, places it as a core element of the local authorities, leaving the legislature free to determine the concrete model Local regime.

In its judgments 84/1982 and 170/1989, the Constitutional Court clarified that local autonomy, as recognized in art.137 and 140 Constitution, enjoys an institutional guarantee with a minimum content that the legislator is required to comply with. This guarantee implies the right of the local community to take part, through its bodies, on the government and administration of all matters relating to it, with a gradual intensity of such participation according to the relationship between local and supra-local interests at the local level internal issues.

For this autonomy to be concrete it is denied the existence of links of hierarchical dependency between the central state, the autonomous community, and the local tourist agencies, so that relations between these levels of government are framed on an equality plan⁶.

Autonomous communities, provinces, municipalities, and local tourism authorities are also involved in the delineation of the Spanish system and are interdependent. The autonomous Communities, envisaged and guaranteed by the Constitution, are endowed with autonomous statutes endorsed by reinforced (organic) laws that form part of the "constitutional blockade", that is, the set of rules on the allocation of competences between the State and the Autonomous Communities, they act as parameters in judgments about attribution conflicts. The statutes are

³ *Lizza, G.*, Europe Between Regionalization and globalization, *Lizza, G.* (ed.), Geography of the New Europe, Turin, Utet, 1999.

⁴ *De Matteis, G.*, For a Geography of Territorial Activity and Territorial Values, *Bonora, G.* (eds.), SloT notebook 1, Bologna, Baskerville, 2001.

⁵ Geography of Tourism, Milan, *Bencardino, F., Prezioso, M.* (eds.), McGraw-Hill, 2007, 194-218.

⁶ Tourism between Economics and Geography, *Dallari, F., Grandi, E.* (eds.), Bologna, Pàtron, 2005; Tourism Between Local Development and Interregional Cooperation, *Dallari, F. E., Mariotti, A.* (ed.), Bologna, Pàtron, 2006.

contracted between the state and the autonomous community, so each community can have a peculiar accumulation of competence and a different organization⁷.

The province assumes a peculiar position in the local Spanish order: introduced with the decrees of 30.11.1833 as a territorial constituency for the exercise of state tasks, it was later transformed into a local government with the approval of the Statute of 1925. Declared by the Spanish Constitution of '78 (art.141) a local government entity with its own legal personality constituted by a grouping of municipalities, the Constitutional Court then recognized it as a compulsory local training body.

While the Basque Country is divided into three provinces (Territorios Historios) with exclusive competence in some subjects and important functions in the tax field, Catalonia has established a certain antiprovincialism that has privileged the Comarcas (surrounding service management function) Expropriating substantial tasks in the provinces. Some statutes provide that the Province and the Commune are the local authorities in which the regional territory is divided (Aragona, Castile-La Mancha), other regions safeguard the province as a division for the exercise of state duties (Galicia, Andalucia)⁸.

The municipality is defined by art.11 of the 82nd Basic Law as "the local body of the territorial organization of the State", which has as its constituent elements - "the territory, the population and the organization" (Art.11.2 Basic Law). Article 20 of the basic law distinguish the organs of the municipality between necessary and auxiliary. The latter may be governed by the autonomy legislation and by the respective communes in the organic regulations⁹.

The same basic law in art 3 classifies local tourism authorities on two levels: on the first level, municipalities, provinces and islands are also included, on a second level local authorities of lesser importance than the first, created or Recognized by autonomous communities: the Comarcas (common meetings determined by common interests or geographical features), the metropolitan areas and the Mancomundidades of municipalities (community associations). While the former is constitutionally foreseen and extend throughout the territory, the latter, although recognized at the constitutional level (Article 141.3), have an optional character. The basic law governs the procedure needed to introduce these associative bodies¹⁰.

⁷ Article 137 EC states: "The State is organized territorially in Communes and Provinces and in the self-constituting communities that are constituted. All these entities enjoy autonomy in the management of their own interests. The territorial elements enumerated in art. 137 are, according to the Constitutional Court, "architectural and indispensable elements of the constitutional order" (Trib.cost. 2.02.1981).

⁸ *Dallari, F.*, Territorial Development and Reconstruction: Local Systems and Tourism, *Savelli, A.* (ed.), Tourism, Territory, Identity. Research and Experiences in the Mediterranean Area, Milan, Franco Angeli, 2004, 285-306.

⁹ *Del Rio Iglesia, E.*, Tourism Organization and Tourism Policy in Spain, *Barucci* (ed.), Tourism Policy and Organization in Italy and Europe, Coll. Center of Tourist Studies No. 3, 1977.

¹⁰ The Comarca is an entity designed to help municipalities unable to perform their tasks, but it does not replace them, in fact, the municipalities that are grouped, can not lose the competence to provide "minimum services" or lose their competence in the subjects contemplated in art. 25 of the Basic Law. The Mancomundidades de municipio are governed by art.3 of the Basic Law, which also envisages the creation of local institutions of an institutional nature. Which voluntary associations of municipalities are created to improve the performance of works and services, they do not need to be legally recognized. The purpose of these institutions is to solve the problems of many small municipalities, especially for rural ones. Metropolitan areas are local entities formed in the forties and fifties for the management of urban planning and common services. Their creation, modification and deletion is the responsibility of the regions after the opinion of the state administration, of the communes and provincial councils participating in them, according to the provisions of the autonomous statutes.

Neither the Constitution nor statutes provide for the recognition of metropolitan cities. Art. 43.2 of the Law of 7/1985 defines the metropolitan area as: "Entidades locales integras por los Municipios de grandes aglomeraciones urbanas, entre cuyos nucleo de poblaci3n existes vinculaciones economicas y sociales, que hagan necesaria the planningification conjunta y coordinacion de determinados servicios y obras ".

The creation of metropolitan areas is restored to the laws of the Autonomous Communities. The Constitution distributes local authority responsibilities to the state and the autonomous communities, local authorities and local tourist agencies, but does not provide a concrete list of subjects on which competencies must or should be exercised. It is up to the state legislature to attribute competencies to local authorities, without altering the system of allocation of competences provided by the constitution and the statutes of autonomy.

For this reason, the State in regulating the legal regime of local tourism bodies has limited itself to defining only the minimum core of competencies necessary to ensure the autonomy constitutionally guaranteed to municipalities and provinces. It is up to state or regional laws to supplement the content of the general law on local law¹¹.

As far as the local tourist authorities are concerned, from the constitutional reading of art.137 and 142 it is concluded that Municipalities and Provinces have to manage their interests autonomously and that for these purposes "the finances of local tourist agencies must have sufficient means to fulfill the functions assigned by the law to their respective bodies, tributes and participation in those of the State and Autonomous Communities ".

This discipline is closely linked to the traditional vision of local tourist authorities in Spanish law. In fact, the State recognizes them as self-created entities to meet the needs of the community and as such, responsible for the care of their own interests, for the satisfaction of which it is necessary to attribute exclusive powers.

However, constitutional jurisprudence, emphasizing the difficulty of identifying exclusively local interests, has made it clear that art. 137 (EC) refers to the need to attribute to a smaller tourist territorial entity a minimum body of powers that protects the institutional guarantee of such bodies. Therefore, the powers are assigned not to an exclusive interest, but to assess, on a case by case basis, which entity has a predominant interest. Since it is often a matter of competing interests, there is a need to identify both procedural fittings and composite organs. Autonomy translates into the right for smaller touristic territorial entities to participate in government and administer issues that concern them.

It is the state and regional legislator to assign functions to local tourist authorities (according to the division of competence for the matter provided by the Constitution and the Statutes), that is to all those new forms of territorial aggregation potentially capable of coagulating and enhancing vocations, attractions, amenities and tourist services set up in a given area, based on processes of unions and associations between private and public actors. This is a defined space (a site, a place, an area) that can offer the visitor an articulated and integrated offer, realizing a specific and distinctive tourist hospitality system that enhances local resources and culture.

¹¹ The basic law on local government is No.7 of 02 April 1985 "Local Governance Regulatory Law" (LRBRL) amended by Law No.11 of 21 April 1999, amended and modified several times (lastly by Law No.57 of 16 December 2003-Ley de medidas para la modernizaci3n del local gobierno).

In this direction, the attention is given to the emergence of the subnational dimension as the main reference point of the economic processes and the scope for claiming the powers related to the promotion of development, involves the tourism industry in large measure. However, even if the potential elements and entrepreneurial abilities of the Spanish tourism system are really important, they have contributed to the flowering of a limited number of strong local tourist systems and little to macroscale territorial redeployment processes.

The priority objective of the Spanish system is to increase the value of the local tourism system as a tool for enhancing the system, i.e. all the activities integrated in the territory, with the coordination and involvement of the largest number of actors present in the territory; On the other hand, the expansion of the tourist offer, consisting of the range of tourist products, or rather the different parts of a single tourism product, consisting of goods, services, social, cultural and economic factors capable of meeting demand Global tour and tourist visit expressed by the tourist.

The reference to the local dimension of tourism policies in Spain is strongly linked to the progressive affirmation of the paradigm of sustainable development. The close link between tourism competitiveness and integrity/respect for local heritage is constantly pushing for the full implementation of the principles of sustainability. Precisely the realization of this paradigm demands that the process of development takes place from the bottom through: the valorisation of the local vocations, respecting the integrity of the natural environment; maximum involvement of all stakeholders by enhancing creative abilities around specific projects; the full realization, from an institutional point of view, of the European subsidiarity principle¹².

It is so obvious that tourism can also be a strategic element in the processes of building or re-designing the territory in the local and regional dimension, always and in any case in globalization and global competition scenario, to meet the growing demand of new tourism.

Both Italy and Spain have made a different commitment to start, support and strengthen local, productive or tertiary systems, in particular tourists¹³. Both local systems are strong, cohesive and characterized by entrepreneurial creativity, the daily capacity to innovate and the workings of local communities, where the territorial fabric has long been plagued by textures, networks, and associations, with a traditional "social" behavior, according to logic of endogenous development¹⁴.

This happens even if in Italy more than in Spain are the difficulties of the system, where excessive tax and contribution pressure persists along with the widespread delays in training circuits and infrastructural networks¹⁵.

Bibliography

1. *Barca, F., McCann, P., Rodríguez-Pose, A.*, The Case for Regional Development Intervention: Place-based versus place-neutral approach, in *Journal of Regional Science*, 2013.
2. *Basile, R., Donati, C., Pittiglio, R., Savarese, M.*, 2015. Employment Dynamics and Local Production Structure in Italy, *Italian Journal of Regional Science*.

¹² *Gemmiti R., Conti Puorger A.*, The territorial bases of sustainable tourism development, *Madau, C.* (ed), *Cultural Resources and Local Development*, Acts of the Convent, Rome, Geographic Society of Italy, 2004, 397-410.

¹³ *Becheri E.*, Changes in Tourism: The Internationalization of the Markets and the Main Figures of the Offer. The Problems of Italy, Ministry of Tourism and Entertainment, Third Report on Italian Tourism, Rome, 1998, 12-56.

¹⁴ *Vecchio, B.*, Enhancement and Territorial Innovation: Reflections on the Case of Italian Tourist Areas, *Leone, U.* (ed.), *Enhancement and Territorial Development in Italy*, Franco Angeli, Milan, 1988; *Basile R., Donati C., Pittiglio R., Savarese M.*, 2015. Employment dynamics and local production structure in Italy, *Italian Journal of Regional Science*, 142: 33-68.

¹⁵ *Della Corte V.*, *Managing local tourist resorts*, Cedam, Padua, 2000.

3. Becheri, E., Changes in Tourism: The Internationalization of the Markets and the Main Figures of the Offer. The Problems of Italy, Ministry of Tourism and Entertainment, Third Report on Italian Tourism, Rome, 1998.
4. *Dallari, F.*, Territorial Development and Reconstruction: Local Systems and Tourism, in *Savelli, A.* (ed.), Tourism, Territory, Identity. Research and Experiences in the Mediterranean Area, Milan, Franco Angeli, 2004.
5. *De Matteis, G.*, For a Geography of Territorial Activity and Territorial Values, in *G. Bonora, P.* (eds.), SloT notebook 1, Bologna, Baskerville, 2001.
6. *Del Rio Iglesia, E.*, Tourism Organization and Tourism Policy in Spain, in *Barucci, P.* (ed.), Tourism Policy and Organization in Italy and Europe, Coll. Center of Tourist Studies No. 3, 1977.
7. *Della Corte, V.*, Managing local tourist resorts, Cedam, Padua, 2000.
8. *Gemmiti, R., Conti Puorger, A.*, The Territorial Bases of Sustainable Tourism Development, in *Madau, C.* (ed), Cultural Resources and Local Development, Acts of the Convent, Rome, Geographic Society of Italy, 2004.
9. Geography of Tourism, Bencardino, *F., Prezioso, M.* (eds.), Milan, McGraw-Hill, 2007.
10. *Lizza, G.*, Europe between Regionalization and Globalization, in *Lizza G.* (ed.), Geography of the New Europe, Turin, Utet, 1999.
11. Tourism between Economics and Geography, *Dallari, F. E., Grandi* (eds.), Bologna, Pàtron, 2005;
12. Tourism between Local Development and Interregional Cooperation, *Dallari. F. E, Mariotti, A.* (ed.), Bologna, Pàtron, 2006.
13. *Vecchio, B.*, Enhancement and Territorial Innovation: Reflections on the Case of Italian Tourist Areas, *Leone, U.* (ed.), Enhancement and Territorial Development in Italy, Franco Angeli, Milan, 1988;

Iura novit arbiter საერთაშორისო დავებში: როგორ ავიცილოთ თავიდან განუჭვრეტადი სამართლებრივი დასკვნები

აბსტრაქტი

თუ ოდესმე გლობალიზებული სამყარო არსებობდა, იგი, სწორედ, ჩვენს თვალწინ არის! ამ მეტად ურთიერთდამოკიდებულ და დაჩქარებულ სამყაროში, კომპანიებისა და ბიზნესმენების მთავარი მიზანი საკუთარი საქმიანობის გაგრძელებაა.

ასეთ კონტექსტში, სადაც „ბიზნესი ჩვეულებისამებრ“ მმართველ პოზიციაშია, არბიტრაჟი დავის მოგვარების სულ უფრო და უფრო ნაკლებად ტრადიციულ გზად, ხოლო შემდეგ კი - იდეალურ კომფორტულ ნეიტრალურ ოთახად ისახება მოთამაშეებისათვის სხვადასხვა ქვეყნებიდან და განსხვავებული წარსულით.

მიუხედავად ამისა, მისი მიმზიდველი კერძო ხასიათის პროცესი უნდა შეერწყას სამართლებრივ ფუნქციებს, რომლებიც არბიტრებმა უნდა განახორციელონ ნებისმიერ შემთხვევაში.

ბალანსი ამ ორ ფაქტორს შორის (კერძოდ, საარბიტრაჟო პროცესის არსებითად კერძო ხასიათი და არბიტრების იურისდიქციული როლი) გამოიწვევს მხარეთა მიერ გაკეთებული არჩევანის პოზიტიურ თუ ნეგატიურ შედეგებს.

ამ მიზეზების გამო, მათ უნდა გამოიმუშაონ ყველა აუცილებელი უნარი იმისთვის, რომ იურისტების ძვირი მხარდაჭერით, შექმნან ღირებული პროდუქტი.

ეს მოკლე ნაშრომი მიზნად ისახავს გამოყოს *iura novit curia*-ს პრინციპის მნიშვნელობა თანამედროვე საერთაშორისო არბიტრაჟში, რადგანაც გამოსაყენებელი სამართლის არჩევა, ასევე მისი შინაარსის დადგენა, არის ორი ყველაზე რთული ამოცანა არბიტრთათვის, რათა გასწიონ დამაკმაყოფილებელი მომსახურება.

I. შესავალი

Iura novit curia პრინციპი სიტყვა-სიტყვით ნიშნავს „მოსამართლემ იცის სამართალი“.²

რა თქმა უნდა, ეს კონცეფცია განვითარდა სხვა და უფრო ძველი წესიდან, რომლის მიხედვითაც მოსამართლემ *ex officio* უნდა გამოიყენოს კანონი: *da mihi facta dabo tibi ius*³.

qinios მიხედვით, გამონათქვამი *iura novit curia* შემთხვევით ჩაისახა გალიაში, როდესაც მოსამართლე დაიღალა ადვოკატთა ხანგრძლივი იურიდიული დისკუსიით და წამოიძახა: *"venite ad factum, curia novit ius!"*.⁴

თანამედროვე პროცესუალურ კონტექსტში, გამოთქმა *iura novit curia* საყოველთაოდ აღიარებულია *lex fori*-სთან მიმართებით.

¹ სამოქალაქო სამართლის იურისტი იტალიაში. იგი მუშაობდა ევროპულ კომისიისა და რამდენიმე ამერიკული, ევროპული და აფრიკული არასამთავრობო ორგანიზაციის იურიდიული მრჩეველად. იგი სწავლობდა სამართალს პავიას უნივერსიტეტში და მიიღო მაგისტრის ხარისხი საერთაშორისო თანამშრომლობაში საერთაშორისო პოლიტიკური კვლევების ინსტიტუტში (ISPI), მილანში.

² როგორც ამას ქვემოთ დავინახავთ, „ამ ფორმულას დიდი აზრი აქვს, როდესაც იგი ეხება შიდა კანონმდებლობას. ეს შეიძლება ნაკლებად იყოს აშკარა, როდესაც ფორმულა ეხება უცხოურ სამართალს. ეს ძალიან მგრძობიარე საკითხია საერთაშორისო არბიტრისთვის, რომელსაც *lex fori* არ გააჩნია“; *Rubino Sammartano, M., International Arbitration Law and Practice, third edition, 2014, 684.*

³ რაც შეიძლება პერფერაზირდეს, როგორც „მომეცი ფაქტები [მომთხოვე (ლიტ. თარგმანი)] და მოგცემ სამართალს“, ავტორის თარგმანით.

⁴ *Melendo, S. S., El Juez y el Derecho, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1957.* მიუხედავად ამის, ეს ავტორი იძლევა გაფრთხილებას მოსამართლეზე, რომელიც ადვოკატებს აწყვეტინებს: ეს შეიძლება ფანტაზიის გარდა არაფერი იყოს, რადგან იურიდიული პრინციპები არ დაბადებულა წამში, არამედ ისინი წელი გააზრების შედეგია.

იურისტ-მეცნიერთა მიხედვით,⁵ დღესდღეობით, მოსამართლე უნდა იყოს ერუდირებული, რადგან მისი მოვალეობა, იცოდეს კანონი და ეს განუყოფელია დავის გადაწყვეტის ფუნქციისაგან.

დისკუსიის თემა აუცილებლად გადაინაცვლებს *novisse-noscere* ღერძზე, კერძოდ კი, კითხვაზე - უნდა იცოდეს თუ არა მოსამართლემ ყოველთვის კანონი ან შედის თუ არა მის მოვალეობაში ამ ცოდნის მიღება?

ეფექტიან კანონ-გამოყენებით პრაქტიკაში ეს კითხვა ჩნდება ყოველ ჯერზე, როდესაც მოსამართლე აღმოაჩენს, რომ საქმე აქვს მისთვის უცნობ ნორმათა ერთობლიობასთან - ეს არცთუ იშვიათი შემთხვევაა.

ამ დროს სამართლის განმმართველმა, ისტორიკოსის მსგავსად, უნდა გამოიყენოს ყველა ხელმისაწვდომი საშუალება კანონის შინაარსის დასადგენად.⁶

რა თქმა უნდა, ყველა სამართლის სისტემა თავისებურად აწესრიგებს მოსამართლის მიერ დავის გადაწყვეტ იმ წესთა ერთობლიობის თაობაზე ცოდნის შეძენის საშუალებებს.

მიუხედავად ამისა, შიდა კანონმდებლობის მიმართ *iura novit curia*-ს მივყავართ დასკვნამდე, რომ მოსამართლე თავისუფალია და უნდა შეეცადოს კანონის შინაარსის დადგენას, მაშინაც კი, თუ მას არ გააჩნია დავის გადასაწყვეტად საჭირო შესაბამისი წესების კონკრეტული შემეცნება.

II. სამოქალაქო (ცივილური) სამართალი და საერთო სამართალი: ორი განსხვავებული მიდგომა უცხოური სამართლის მიმართ

სიტუაცია მეტად ჰეტეროგენურია, თუ დავა მოიცავს სხვა სამართლებრივ სისტემასთან დამაკავშირებელი რაიმე ფაქტორს და, ე.წ. საკოლიზიო სამართლის წესების გამო, ვიღებთ უცხოური კანონმდებლობის გამოყენების აუცილებლობას.⁷

მართლაც, იმის გამო, რომ სამართლებრივი სისტემები, რომლებიც, ტრადიციულად, განსხვავებულ მიდგომებს იყენებენ, მაგალითად, სამოქალაქო სამართლისა და საერთო სამართლის ქვეყნები, როგორც წესი, სხვადასხვაგვარად პასუხობენ კითხვებზე, შეუძლია მოსამართლეს ან ვალდებული არის თუ არა იგი, განსაზღვროს შინაარსი და *ex officio* გამოიყენოს უცხოური სამართალი.

სამოქალაქო სამართლის სისტემის მიხედვით, სასამართლოებს გააჩნია უფლებამოსილება, განსაზღვრონ უცხო ქვეყნის წესთა ერთობლიობის შინაარსი და გამოიყენონ იგი *motu proprio*, მიუხედავად მხარეთა ინიციატივისა; საერთო სამართლის ტრადიციის ფარგლებში კი, საჭიროა მხარეთა მიერ პირველი ნაბიჯის გადადგმა და, ამდენად, მათ მოუწევთ, აგრეთვე, უცხოური სამართლის შინაარსის თაობაზე მტკიცებულებათა წარდგენა, ზუსტად ისევე, როგორც უნდა ამტკიცონ ფაქტი.

სხვა სიტყვებით რომ ვთქვათ, სამოქალაქო სამართლის ტრადიციით მიიჩნევა, რომ საკოლიზიო სამართლის წესები, რომლებიც მიუთითებს უცხო ქვეყნის რეგულაციებზე, შესაძლებელია, ინტეგრირებულ იქნას ადგილობრივი სამართლის სისტემაში; ამის ნაცვლად, მეორე მხრივ, საერთო სამართლის ტრადიციით, უცხოური სამართლის იდენტიფიცირება განიხილება როგორც უბრალოდ *quaestio facti*.⁸

⁵ Franchi, G., La Perizia Civile, Padova, 1959, 107.

⁶ Calamandrei, P., Il giudice e lo storico, Studi sul processo civile, 33. ამ ავტორის მიხედვით, *iura novit curia* პრინციპი არა მარტო იმას ნიშნავს, რომ მოსამართლე, როგორც საჯარო მოხელე, ვალდებულია, იცოდეს კანონი, მაშინაც კი, თუ მხარეები არ აქცევენ მას ყურადღებას ან არასწორად აღიქვამენ, არამედ ისიც, რომ მას აქვს, ნებისმიერი მოქალაქის მსგავსად, სამართალწარმოების ფარგლებს მიღმა კი, უფლებამოსილება გამოიყენოს კვლევის ყველა საშუალება, რომელსაც მეცნიერმა შეიძლება, მიმართოს მოქმედი კანონის თაობაზე ცოდნის მისაღებად.

⁷ Wiśniewski, C., Zielińska, A., Who should Know the Law: The Arbitrators or the Parties? Kluwer Arbitration Blog, 3 October 2016.

⁸ Mosconi, F., Campiglio, C., Diritto Internazionale Privato, 2006, Utet Giuridica, 173.

მართლაც, მოკლე შედარებითი ანალიზის მეშვეობით, ადვილად დგინდება, რომ მაგალითად, გერმანიაში, როგორც სამართლებრივ ლიტერატურაში, ისე პრეცედენტულ სამართალში თანხმდებიან უცხოური სამართლის მიჩნევაზე *quaestio iuris*-ად: გერმანიის სამოქალაქო საპროცესო კოდექსის 293-ე მუხლი⁹ გულისხმობს *iura novit curia*-ს პრინციპის სრულ გამოყენებას და, შესაბამისად, სასამართლოს ვალდებულებას, დაადგინოს უცხოური სამართლის შინაარსი *sua sponte*.

გამოსაყენებელი უცხოური სამართლის „მოქმედ სამართლად“¹⁰ შეფასების მიზნისათვის, გერმანიის [სამოქალაქო საპროცესო] კოდექსის 293-ე მუხლით, უცხოურ სამართალი და უბრალო ფაქტები აშკარად განსხვავდება.

შვეიცარიაში საერთაშორისო კერძო სამართლის შესახებ კანონის მე-16 მუხლი ცხადყოფს, რომ *iura novit curia* პრინციპი სრულად გამოსაყენებელია.¹¹

იტალიაში, უცხოური სამართლის მიმართ, საერთაშორისო კერძო სამართლის შესახებ კანონის¹² მე-14 მუხლით, *iura novit curia*-ს პრინციპი მოქმედია; შესაბამისად, სასამართლოები ვალდებულია, გამოკვეთონ და გამოიყენონ შესაბამისი უცხოური წესი ზუსტად ისე, როგორც ეროვნული ნორმა და ამიტომაც იგი არ კარგავს საკუთარ ბუნებას როგორც სამართლის საკითხი.¹³

საერთო სამართლის ტრადიციის ფარგლებში სიტუაცია შეზღუდულია და უცხოური სამართალი არის მხარეთა მიერ დასადასტურებელი ფაქტის საკითხი.¹⁴ სხვა სიტყვებით რომ ვთქვათ, *iura novit curia* არ მოიცავს უცხო ქვეყნის სამართალს¹⁵ და თუ ერთ-ერთი მხარე თავის პოზიციას უცხოურ წესთა ერთობლიობაზე ამყარებს, მას, ასევე ეკისრება მტკიცების ტვირთი ისევე, როგორც ნებისმიერი სხვა ფაქტის დადგენის მიმართ.¹⁶

აქედან გამომდინარე, შეიძლება ითქვას, რომ საერთო სამართლის ტრადიციებში უცხოური სამართალი უფრო სასამართლოს შეფასების საგნად განიხილება, ვიდრე სამართლის. სხვა სიტყვებით რომ ვთქვათ, იგი მიჩნეულია ფაქტად, რომლის დადგენა აუცილებელია მხოლოდ კონკრეტული დავის გადასაწყვეტად კონკრეტულ მოდავე მხარეებს შორის.¹⁷

III. *iura novit curia*-დან *iura novit arbiter*-მდე

ამ მოკლე ნაშრომის არესზე რომ გადავიდეთ, დასმული კითხვაა: შეუძლია თუ არა *iura novit curia*-ს, შეასრულოს თავისი როლი საერთაშორისო კომერციული საარბიტრაჟო

⁹ გერმანიის სამოქალაქო კოდექსის (ZPO) 293-ე მუხლის მიხედვით „სხვა სახელმწიფოში მოქმედი კანონმდებლობა, ჩვეულებითი სამართალი და სხვა დებულებები უნდა დადასტურდეს მხოლოდ იმდენად, რამდენადაც სასამართლოსათვის მათ შესახებ უცნობია. ამ წესების შესახებ გამოკითხვის წარმოებისას სასამართლო არ არის შეზღუდული მხარეთა მიერ დამხმარე დოკუმენტების სახით წარმოდგენილი მტკიცებულებებით; მას აქვს სამართლებრივი ინფორმაციის წყაროებიც ისევე, როგორც მათი გამოყენებისათვის საჭირო ბრძანებებისგამოცემის უფლებამოსილება“.

¹⁰ სიტყვა-სიტყვით: *rechtsnormen*.

¹¹ შვეიცარიის საერთაშორისო კერძო სამართლის მე-16 მუხლის მიხედვით, „უცხოური კანონმდებლობის შინაარსი უნდა დადგინდეს საკუთარი ინიციატივით. ამ მიზნით, შეიძლება საჭირო გახდეს მხარეთა თანამშრომლობა. ეკონომიკური ინტერესების გათვალისწინებით, უცხოური სამართლის დადგენის საქმე შეიძლება გადაეცეს მხარეებს.“ იხ., ასევე *Bryant, A. C., Foreign Law as Legislative Fact in Constitutional Cases*, *BYU L. Rev.* 1005 2011.

¹² Law No. 218 of 31 May 1995.

¹³ *Mosconi, F., Campiglio, C.*, დასახ. წყარო, მე-7 სქ., 174.

¹⁴ *Waincymer, J.*, *International Arbitration and the Duty to Know the Law*, *Journal of International Arbitration*, 2011, vol. 28, issue 3.

¹⁵ *De Ly, F., Friedman, M. W., Di Brozolo, L. G. R.*, *Ascertaining the Contents of the Applicable Law in International Commercial Arbitration*, *International Law Association, Committee on International Commercial Arbitration, Report for the Biennial Conference in Rio de Janeiro, 2008*, 17, ხელმისაწვდომია *Arbitration International*, vol. 26, issue 2, 1 June 2010.

¹⁶ ამ წესის ისტორიული მიმოხილვისათვის იხ. *Sommerich, O. C., Busch, B.*, *The Expert Witness and the Proof of Foreign Law*, 38 *Cornell L.Q.* 125, (1953), 127-128.

¹⁷ *Rotem, Y.*, *Foreign law as a distinctive fact – To Whom Should the Burden of Proof be Assigned*, *Chicago Journal of International Law*, 2014, vol. 14, No. 2, article 8, 629. იხ., ასევე *Born, G.*, *International Commercial Arbitration – Commentary and Materials*, New York, 2006.

სცენარის ფარგლებში? და თუ ეს ასეა, რა შეიძლება იყოს *iura novit arbiter*-ს გამოყენების ფარგლები?

პირველ რიგში, ჩვენ უნდა გვახსოვდეს, რომ კანონის არსი არბიტრისათვის შეიძლება, ძალიან განსხვავდებოდეს იმისაგან, რაც არის იგი მოსამართლისათვის¹⁸: ეროვნული სამართლის წესები გამოსაყენებელი სამართლის განსაზღვრის შესახებ შეიძლება არ იყოს გამოსადეგი საერთაშორისო არბიტრაჟისათვის და ეს დასკვნა გამომდინარეობს არბიტრების პოზიციის განსხვავებებიდან მოსამართლეთა პოზიციებისაგან.¹⁹

უპირველეს ყოვლისა, არბიტრის მიერ გადაწყვეტილების მიღების უფლებამოსილება არის ნამდვილი *iudex privatus*, გამომდინარეობს მიღწეული კონკრეტული კონსენსუსიდან მხარეებს შორის, რომლებმაც გადაწყვიტეს გადაეცათ (მომავალი) დავა არბიტრაჟისათვის და არა ეროვნული სასამართლოებისათვის.²⁰

უფრო მეტიც, (საერთაშორისო კომერციული) არბიტრაჟის ბუნება ხაზს უსვამს მხარეთა ავტონომიას; მეორე მხრივ, საარბიტრაჟო დათქმა შეიძლება, განისაზღვროს როგორც ხელშეკრულება ხელშეკრულებაში და, რა თქმა უნდა, აქ არ არის აუცილებელი მხარეების სახელშეკრულებო ავტონომიის ხსენება.²¹

ამ ფართო ავტონომიის გამო, მხარეები ასევე თავისუფალნი არიან, აირჩიონ იმავე ხელშეკრულებისადმი გამოსაყენებელი სამართალი.

თუმცა, რა ხდება მაშინ, თუ მხარეები არ აპირებენ ან დაავიწყდებათ არჩევანის გაკეთება (არცთუ იშვიათი შემთხვევა)?

მათი მოსაზრება, ვინც გამოირიგა *iura novit curia*-ს რელევანტურობა საერთაშორისო არბიტრაჟში²², ნაკლებადაა მხარდაჭერილი დღესდღეობით. ორივე, იურიდიული მეცნიერებაც და სასამართლო პრაქტიკაც იხრება საერთაშორისო არბიტრაჟის კონტექსტშიც ამ პრინციპის რელევანტურობისაკენ.

მეორეც, ეროვნულ სასამართლოებს აქვთ ზუსტი ნორმები გამოსაყენებელ წესთა ერთობლიობის იდენტიფიცირებისა და მისი შინაარსის დადგენისათვის; მოსამართლე შებოჭილია საკუთარი [ქვეყნის] საერთაშორისო კერძო სამართლის სისტემით, მხარეთა მიერ არჩევანისას ან ასეთი არჩევანის არარსებობის შემთხვევაშიც.

პირიქით, საერთაშორისო არბიტრაჟის სფეროში, ხშირ შემთხვევაში, არბიტრებს, სხვადასხვა ქვეყნის სამართალთა კონკურენციის პირობებში, აქვთ გამოსაყენებელი სამართლის არჩევის ამოცანა. გარდა ამისა, საერთაშორისო არბიტრებს, ხშირად, უწევთ გამოიყენონ სამართალი, რომელიც უცხოა მათი პროფესიული კვალიფიკაციისა და ჩვეულებრივი პრაქტიკისაგან.²³

¹⁸ Mayer, P., Reflections on the International Arbitrator's Duty to Apply the Law, LCIA Arbitration International, 2001, vol. 17, No. 3, 236.

¹⁹De Ly, F., Friedman, M. W., Di Brozolo, L. G. R., დასახ. ნაშრომი, მე-14 სქ.

²⁰საერთაშორისო ვაჭრობის სფეროში, საყოველთაოდ აღიარებულია, რომ არბიტრაჟს აქვს მნიშვნელოვანი დადებითი მხარეები, როგორებიცაა, მაგალითად, სისწრაფე, მოქნილობა, ფართო ავტონომია, კონფიდენციალურობა.

²¹ხელშეკრულების და მხარეთა ავტონომიის პატივისცემის შესახებ იხ. *Borroni, A.*, Neo-Contractualism and Comparative Law, published for the Essays in Honor of Saul Litvinoff's, ed. Moreteau, Romanach, Zuppi, 2008, 431. ავტორის აზრით, უკვე „კლასიკური ხელშეკრულების თეორია შეიქმნა ნების თეორიის ირგვლივ, რომელმაც დაადგინა, რომ ხელშეკრულება არის ხელშეკრული მხარეების ნების გამოხატულება და, ამ მიზეზით, მას პატივი უნდა სცენ და იგი უნდა აღსრულდეს“; ისევე, როგორც საქმიანი ურთიერთობების მოდელების ევოლუციის შემდგომ, ხელშეკრულების ნეოკლასიკური თეორიითაც, მხარეებს შორის შეთანხმება იმსახურებს იმავე პატივისცემას.

²²იხ. *Derains, Y.*, Observations, Revue de l'arbitrage, 1998, 711: "l'adage iura novit curia n'a pas de place en matière d'arbitrage et surtout en matière d'arbitrage international".

²³ „როდესაც ვიხსენებ საქმეებს, რომლებშიც მე ვიყავი ჩართული როგორც არბიტრი და, რა თქმა უნდა, ზოგიერთი მათგანი დამავიწყდა კიდევ, ვხვდები, რომ გადაწყვიტე დავები გერმანული, ფრანგული, პოლონური, უნგრული, პორტუგალიური, ბერძნული, თურქული, ლიბანური, ეგვიპტური, ტუნისური, მაროკოული, სუდანური, ლიბერიული, კორეული, ტაილანდური, არგენტინული, კოლუმბიური, ვენესუელური, ილინოისის, ნიუ იორკის ... და შვეიცარიული სამართალით. ვიცი მე ეს მართლწესრიგები?

შესაძლებელი იქნებოდა იმის მტკიცება, რომ არბიტრები ასევე შებოჭილი არიან მხარეთა მიერ სამართლის არჩევანის შემთხვევაში გამოსაყენებელი სამართლის დადგენასთან დაკავშირებით.

მიუხედავად ამისა, იმ შემთხვევებშიც კი, როდესაც მათ წინაშეა გამოსაყენებელი სამართლის შესახებ შეთანხმება, არბიტრები ყოველთვის ინარჩუნებენ გარკვეული ხარისხის თავისუფლებას ამ დათქმის ნამდვილობის შესაფასებლად.²⁴

მესამე, არბიტრებს არ გააჩნიათ *lex fori* (სულ ცოტა მატერიალური სამართალი) და ეს იწვევს ალტერნატიულ გადაწყვეტებს, როცა გამოსაყენებელი სამართლის შინაარსი არ არის ადვილად განსაზღვრადი.²⁵

IV. არბიტრაჟი როგორც საერთაშორისო იურისდიქცია

საერთაშორისო არბიტრაჟში არ არსებობს რეალური კომპეტენტური ფორუმის აღიარებისათვის სივრცე და, მართლაც, ის უნდა ჩაითვალოს შიდა სამართლებრივ ინსტრუმენტად. ამ პირობას აქვს დაუყოვნებლივი შედეგი: ის გულისხმობს ეროვნული კანონმდებლობის იდენტიფიცირების შეუძლებლობას, რომელსაც ძალუმს გამორიცხოს ყველა სხვა, რაც უნდა განისაზღვროს უცხოური კანონებით, როგორც ეს ხდება ჩვეულებრივი იურისდიქციის ფარგლებში.

ამასთანავე, უნდა აღინიშნოს, რომ, საპროცესო კანონმდებლობიდან გამომდინარე, არ არსებობს არბიტრების მხოლოდ *lex fori*, მოსამართლისგან განსხვავებით. შესაბამისად, ხაზგასმით უნდა აღინიშნოს, რომ მხარეებს არ უშლის ხელს ის, რომ საარბიტრაჟო დავა დარეგულირდეს ნაწილობრივ განსაზღვრული საპროცესო სამართლით და ნაწილობრივ, - სხვა საპროცესო სამართლით.²⁶

არბიტრმა ბატონმა ფიტონმა, ერთი მხრივ, მიიჩნია, რომ გამოსაყენებელი იყო მხარეთა მიერ შეთანხმებული საპროცესო სამართალი და, მეორე მხრივ, გამოიყენა შვეიცარიის სამოქალაქო საპროცესო კანონმდებლობა, როგორც "*loi du lieu du siège de l'arbitrage*" (არბიტრაჟის ადგილსამყოფელი სამართალი).²⁷

ამგვარი ეროვნული პროცედურული წესების სიმრავლე, თავისთავად, უნდა აძლევდეს არბიტრაჟს საერთაშორისო ხასიათს, სახელდობრ, საპროცესო თვალსაზრისით; და არბიტრაჟის საერთაშორისო ხასიათი შენარჩუნებულია *a fortiori*, თუ მხარეებს არ აურჩევიათ რაიმე კონკრეტული პროცედურული სისტემა, მაგრამ შემოიფარგლნენ გამოსაყენებლად საარბიტრაჟო წესების არჩევით.

გარდა ნიუ-იორკის სამართლისა, რომელიც ვისწავლე მრავალი წლის წინ და, არ მოვიკატუნებ თავს, რომ ახლაც მახსოვს და შვეიცარული სამართლისა, რომელშიც ვახორციელებ პრაქტიკას, მიუხედავად იმისა, რომ იშვიათად, როგორც ხედავთ, პასუხი აშკარად არის - არა. თუმცა, როგორ ვიყენებდი ჩემთვის უცნობ სამართალს? მისი იგნორირებით? ფაქტებზე ფოკუსირებით სამართლიანად და სრულად? როგორ გავხდი მე სამართალში განსწავლული? როგორ მასწავლა ადვოკატმა?“, *Kaufmann-Kohler, G., The Arbitrator and the Law: Does he/she Know it? Apply it? How? And a Few More Questions, Arbitration International, 2005, vol. 21, No. 4, 631.*

²⁴საარბიტრაჟო შეთანხმების ავტონომია, მიუხედავად იმისა, რომ ნიუ-იორკის კონვენციაში არ გაწერილა, ახლა თითქმის საყოველთაოდ აღიარებულია საერთაშორისო არბიტრაჟში. იხ., მაგალითად, გაეროს საერთაშორისო სავაჭრო სამართლის კომისიის (UNICTRAL) მოდელური კანონის მე-16 მუხლის 1-ლი პუნქტი: „საარბიტრაჟო ტრიბუნალს შეუძლია, განსაჯოს საკუთარი იურისდიქცია, მათ შორის, ნებისმიერი საჩივარი საარბიტრაჟო შეთანხმების არსებობასა თუ ნამდვილობასთან დაკავშირებით. ამ მიზნით, საარბიტრაჟო დათქმა, რომელიც ხელშეკრულების ნაწილია, განიხილება როგორც ხელშეკრულების სხვა პირობებისგან დამოუკიდებელი შეთანხმება. საარბიტრაჟო ტრიბუნალის გადაწყვეტილება, რომ ხელშეკრულება ბათილია, *ipso iure* არ იწვევს საარბიტრაჟო შეთანხმების ბათილობას“.

²⁵ *De Ly, F., Friedman, M. W., Di Brozolo, L. G. R.*, დასახ. ნაშრომი მე-14 სქ.

²⁶ *Rubino Sammartano, M., L'arbitrato Internazionale, 1989, 70.*

²⁷ *Asling Trading Co. v. Gracia, 1954; ნახსენებია, ასევე საქმეში B.P. Exploration Company (Libia) v. Government of the Arabic Republic of Libya, Copenhagen 10.10.1973, Revue de l'Arbitrage, 1980, 119.*

საერთაშორისო სავაჭრო პალატის (ICC) წესებსა და ეროვნული საპროცესო კანონმდებლობასთან კავშირის არარსებობა დადასტურდა იმ საარბიტრაჟო გადაწყვეტილებაში, სადაც საარბიტრაჟო კოლეგიას თავმჯდომარეობდა ბატონი ჯ. დე არეჩაგა, რომელმაც უპასუხა საპროცესო კანონმდებლობასთან წესების შეუსაბამობის თაობაზე დაყენებულ შუამდგომლობას პირველისათვის უპირატესობის მინიჭებით. მან მიუთითა, რომ ბრაზილიის სამოქალაქო საპროცესო კოდექსის ზოგიერთ წესსა და ICC-ის წესებს შორის გარკვეული პროცედურული საკითხების თაობაზე შეუსაბამობის არსებობის ფონზე, ბრაზილიური ნორმები განკუთვნილი იყო მხოლოდ შიდა არბიტრაჟებისათვის.²⁸

კანონმდებლები, სხვადასხვა დროს, საერთაშორისო არბიტრაჟის ამგვარი ხასიათით იბოჭებოდნენ.²⁹

1985 წელს ამერიკის შეერთებული შტატების უზენაესმა სასამართლომ აღნიშნა³⁰, რომ საარბიტრაჟო ტრიბუნალი არ არის რა შებოჭილი კონკრეტული ეროვნული საპროცესო სამართლის გამოყენების მოვალეობით, არ გააჩნია ვალდებულება, გაამართლოს საკუთარი წესების გამოყენება.

არბიტრაჟის შესახებ კანონმდებლობის ნაწილებით არ კონკრეტდება, თუ როგორ უნდა განსაზღვროს არბიტრებმა გამოსაყენებელი სამართლის შინაარსი, მაგრამ არსებობს გარკვეული გამონაკლისები ამ საკანონმდებლო დუმილიდან.

ერთ-ერთი მათგანი წარმოდგენილია ნიდერლანდების სამოქალაქო საპროცესო კოდექსის 1044-ე მუხლით,³¹ რომელიც ითვალისწინებს საარბიტრაჟო ტრიბუნალის მიერ უცხოურ სამართალზე ინფორმაციის შესახებ 1968 წლის ევროპული კონვენციით გათვალისწინებული უცხოური კანონის დადგენის მექანიზმების გამოყენებას.

კიდევ ერთი მათგანია დანიის საარბიტრაჟო აქტის 27-ე მუხლის მე-2 პუნქტი³² და მესამეა - ინგლისის 1996 წლის საარბიტრაჟო აქტის 34-ე მუხლის 1-ლი პუნქტი და მე-2 ზ) ქვეპუნქტი.³³

²⁸ICC-ის საქმეში №4695/84 (Yearbook Commercial Arbitration, 1986, 149), საარბიტრაჟო ტრიბუნალმა დაწერა, რომ „ICC-ის წესების კონკრეტული და მკაფიო არჩევანი პროცედურული საკითხებისა, რომლებიც ეხება საარბიტრაჟო ტრიბუნალის შემადგენლობას და საქმის წარმოების დაწყებას, უცილობლად, გამორიცხავს, საერთაშორისო კომერციულ შეთანხმებასთან დაკავშირებით, ბრაზილიის სამოქალაქო საპროცესო კოდექსის 1073-ე და 1074-ე მუხლების პროცედურული მოთხოვნების გამოყენებას, რომლებიც არ შეესაბამება ICC-ის წესებს და, ამკარად, შექმნილია მხოლოდ წმინდა ბრაზილიური ან შიდა არბიტრაჟების მიერ გამოსაყენებლად“.

²⁹ Von Mehren, A. T., International Commercial Arbitration and the Conflict of Laws, The American Review of International Arbitration, 1992, vol. 3, 60. გარდა ამისა, საერთაშორისო კომერციული არბიტრაჟი, სულ უფრო მეტად, გამოირჩევა თავისი დამოუკიდებლობით ყველა ეროვნული სამართლებრივი სისტემისაგან. შედეგად, წარმოიშვა ცალკე დისციპლინა “selon une démarche caractéristique de la représentation de l'arbitrage admettant l'existence d'un ordre arbitral autonome“. იხ. Gaillard, E., Aspects Philosophiques du Droit de l'arbitrage International, Recueil des Cours, 2008.

³⁰ საქმეში - Mitsubishi Motors Corporation (Japan) v. Soler Chrysler-Plymouth Inc. (U.S.), U.S. Supreme Court, 2 July 1985, (Yearbook Commercial Arbitration, 1986, vol. 11, 555): „საერთაშორისო საარბიტრაჟო ტრიბუნალი ვალდებულია არ არის მიემხროს კონკრეტული ქვეყნების სამართლებრივი ნორმების გამოყენებას; აქედან გამომდინარე, მას არ გააჩნია პირდაპირი ვალდებულება, გაამართლოს თავისივე წესების გამოყენების აუცილებლობა“.

³¹ნიდერლანდების სამოქალაქო საპროცესო კოდექსის 1044-ე მუხლით, „მოთხოვნა უცხოეთის კანონმდებლობის შესახებ: 1. საარბიტრაჟო ტრიბუნალს უფლება აქვს, ჰააგის რაიონული სასამართლოს თავმჯდომარის ინტერვენციის მეშვეობით, მოითხოვოს ინფორმაცია, როგორც ეს არის 1968 წლის 7 ივნისის ლონდონში დადებული უცხოური სამართალზე ინფორმაციის შესახებ ევროპული კონვენციის მე-3 მუხლში აღნიშნული. თავჯდომარე, გარდა იმ შემთხვევისა, როდესაც იგი მიიჩნევს მოთხოვნას უსაფუძვლოდ, თხოვნას დაუყოვნებლივ უგზავნის ამ კონვენციის მე-2 მუხლში მითითებულ სააგენტოს და ამის შესახებ აცხადებს საარბიტრაჟო ტრიბუნალს. 2. საარბიტრაჟო ტრიბუნალს შეუძლია, შეაჩეროს სამართალწარმოება იმ დღემდე, სანამ მიიღებს პასუხს ინფორმაციის თაობაზე საკუთარი მოთხოვნის შესახებ“.

³²დანიის საარბიტრაჟო აქტის 27-ე ნაწილის მე-2 პარაგრაფის მიხედვით: „თუ საარბიტრაჟო ტრიბუნალი მიიჩნევს, რომ ევროპული კავშირის კანონმდებლობის საკითხზე გადაწყვეტილების მიღება აუცილებელია, რათა მას მიეცეს საშუალება გადაწყვიტოს საარბიტრაჟო დავა, საარბიტრაჟო ტრიბუნალს შეუძლია,

ეროვნული კანონმდებლობის მსგავსად, ამ საკითხს საარბიტრაჟო წესები არ ეხება. თუმცა, ზოგიერთი გამოწვევის წარმოდგენილია, მაგალითად, ლონდონის საერთაშორისო საარბიტრაჟო სასამართლოს (LCIA) წესების 22-ე მუხლის 1-ელ (iii) ქვე-პუნქტში,³⁴ სტოკჰოლმის სავაჭრო პალატის საარბიტრაჟო ინსტიტუტის 27-ე მუხლის 1-ლ პუნქტში³⁵ და ICC-ის წესების 21-ე მუხლში.³⁶

ყოველ შემთხვევაში, კონკრეტული მითითებების ნაკლებობა შეიძლება, ჩანაცვლდეს მხარეთა აქტივობით. თუ, ერთი მხრივ, ძალზედ იშვიათია, რომ მხარეებმა ხელშეკრულებაში შეიტანეს ნებისმიერი ინსტრუქცია საარბიტრაჟო ტრიბუნალის მიერ გამოსაყენებელი კანონმდებლობის შინაარსის განსაზღვრის განხორციელების შესახებ, მეორე მხრივ, შეიძლება მოხდეს ისე, რომ საარბიტრაჟო განხილვის დროს მხარეებმა შეთანხმებას მიაღწიონ, სავარაუდოდ, საარბიტრაჟო კოლეგიის დახმარებით და მასთან თანამშრომლობით.³⁷

თუმცა, ბევრად უფრო მოსალოდნელია, რომ არბიტრებმა გადაწყვიტონ, თუ როგორ დაადგინონ გამოსაყენებელი კანონმდებლობის შინაარსი რაიმე მითითების ან საკანონმდებლო და /ან მარეგულირებელი დახმარების გარეშე.

არბიტრებისათვის მინიჭებული ფართო თავისუფლება ხაზს უსვამს იმას, რომ კანონის გამოყენებისას ხარვეზი არ შეიძლება, ჩათვალოს საკმარის საფუძვლად, რომ ნიუ-იორკის კონვენციის თანახმად, მოხდეს საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების ცნობაზე ან

მოსთხოვოს სასამართლოს, რომ მან მოითხოვოს ევროპული კავშირის სასამართლოსაგან ამის შესახებ განჩინების გამოტანა“.

³³ინგლისის 1996 წლის საარბიტრაჟო აქტის 34-ე მუხლით [1-ლი პუნქტი], საარბიტრაჟო ტრიბუნალმა უნდა გადაწყვიტოს ყველა პროცედურული და მტკიცებითი საკითხი, რომ მხარეებს აქვთ უფლება შეთანხმდნენ ნებისმიერ საკითხზე. [პარ. 2] პროცედურულ და მტკიცებით საკითხებში შედის [(ზ) ქვე-პარ.] შეიძლება თუ არა და რამდენად დასაშვებია ტრიბუნალმა თავად აიღოს ინიციატივა ფაქტებისა და კანონის დასადგენად“.

³⁴LCIA-ის წესების 22-ე მუხლი: „[პარ. 1] საარბიტრაჟო სასამართლოს აქვს უფლებამოსილება, ნებისმიერი მხარის მოთხოვნით, ან საკუთარი ინიციატივით, მაგრამ ორივე შემთხვევაში მხოლოდ მხარეებისათვის მოსაზრებების დაფიქსირების გონივრული შესაძლებლობის მიცემის შემდეგ [...], გადაწყვიტოს [ქვე-პარ. (გ)], განხორციელოს ისეთი გამოკვლევები, რომლებიც საარბიტრაჟო სასამართლოს მიერ შეიძლება მიჩნეული იქნეს აუცილებლად ან მიზანშეწონილად, მათ შორის, შეუძლია თუ არა და რა ფარგლებში საარბიტრაჟო სასამართლოს, რომ, თავისი ინიციატივით, გამოარკვიოს რელევანტური საკითხები და ფაქტები და კანონი(ებ)ი ან სამართლის ნორმები, რომლებიც გამოსაყენებელია საარბიტრაჟო შეთანხმებისადმი, საარბიტრაჟო წარმოებისადმი და მხარეთა შორის დავის არსისადმი“.

³⁵სტოკჰოლმის სავაჭრო პალატის საარბიტრაჟო ინსტიტუტის 27-ე მუხლი: „საარბიტრაჟო ტრიბუნალმა უნდა გადაწყვიტოს საქმის არსებითი მხარე კანონ(ებ)ით ან მხარეთა შეთანხმებით დადგენილი წესებით. ამგვარი შეთანხმების არარსებობის შემთხვევაში, საარბიტრაჟო ტრიბუნალი გამოიყენებს კანონს ან სამართლის ნორმას, რომელსაც ის ყველაზე შესაფერისად მიიჩნევს“.

³⁶ICC-ის წესების 21-ე მუხლის მიხედვით: „[პარ. 1] მხარეები თავისუფალნი არიან, შეთანხმდნენ საარბიტრაჟო ტრიბუნალის მიერ დავის არსებითად გადასაწყვეტად გამოსაყენებელი სამართლის ნორმები შესახებ. ამგვარი შეთანხმების არარსებობის შემთხვევაში, საარბიტრაჟო ტრიბუნალი გამოიყენებს სამართლის ნორმას, რომელსაც შესაფერისად მიიჩნევს. [პარ. 2] საარბიტრაჟო ტრიბუნალი ითვალისწინებს მხარეებს შორის შეთანხმებული ხელშეკრულების დებულებებს მათი არსებობისას და ნებისმიერ რელევანტურ სავაჭრო ჩვეულებებს“.

³⁷*Kaufmann-Kohler, G.*, დასახ. ნაშრომი 22-ე სქ., ავტორი გვთავაზობს: „მხარეებმა უნდა დაადგინონ დავის არსისადმი გამოსაყენებელი სამართლის შინაარსი. საარბიტრაჟო ტრიბუნალს აქვს უფლებამოსილება, მაგრამ არა ვალდებულება, განხორციელოს საკუთარი კვლევა ასეთი შინაარსის დასადგენად. თუ ტრიბუნალი ამ უფლებამოსილებას გამოიყენებს, მაშინ მან უნდა მისცეს მხარეებს შესაძლებლობა, გააკეთონ კომენტარი ტრიბუნალის მიერ განხორციელებული მოკვლევის შედეგებზე. თუ კონკრეტულ საკითხთან დაკავშირებით გამოსაყენებელი სამართლის შინაარსი ვერ დგინდება, საარბიტრაჟო ტრიბუნალს უფლება აქვს, გამოიყენოს ასეთი საკითხისადმი ნებისმიერი სამართლის ნორმა, რომელსაც იგი ჩათვლის სათანადოდ“. უფრო მეტიც, ყოველთვის შეიძლება, რომ მხარეებმა, გამოსაყენებელი სამართლის შინაარსის დადგენის გართულებისას, გადაწყვიტონ თავიანთი შეთანხმების გადახედვა.

აღსრულებაზე უარის თქმა.³⁸ აქედან გამომდინარე, გადაწყვეტილება კითხვის ნიშნის ქვეშ ნაკლებად დადგება უბრალოდ იმ საფუძველით, რომ საარბიტრაჟო კოლეგია შეცდა გამოსაყენებელი კანონის შინაარსის დასადგენად.

აქედან გამომდინარე, რომ შევეცადოთ პასუხის გაცემას კითხვაზე - განმხილველმა ორგანომ უნდა იცოდეს თუ არა კანონი (ან "*iura novit arbiter?*"), მხედველობაში უნდა იქნეს მიღებული, რომ არბიტრებს აქვთ უფლება და მოვალეობა, მოახდინონ გამოსაყენებელი კანონის შინაარსის დადგენა, უფრო მეტიც, როგორც ჩანს, მაგალითად, ეს დადასტურებულია იმავე დებულებებით სახელშეკრულებო ვალდებულებების მიმართ გამოსაყენებელი სამართლის თაობაზე (ანუ Rome I) რეგლამენტში 593/2008 (EC), თუმცა იმ საზღვრებში, რაც მითითებულია 1-ლი მუხლის მე-3 პუნქტში.

პროცედურის ლოგიკისა და საარბიტრაჟო სილოგიზმის სტრუქტურის გათვალისწინებით, გამორიცხულია, რომ კანონის შინაარსი გაუთანაბრდეს ფაქტობრივ საკითხს.³⁹

გარდა ამისა, უკანასკნელ ათწლეულებში ჩვენ მოწმენი გავხდით ძლიერი ჰარმონიზაციის ტალღისა სხვადასხვა ქვეყნებში, რომელიც შეიძლება აღიწეროს როგორც „საარბიტრაჟო გლობალიზაცია“.⁴⁰ იგი ვითარდება ნიუ-იორკის კონვენციით და მიჰყვება UNCITRAL-ის საარბიტრაჟო წესებს, მოდელურ კანონს, მრავალი საარბიტრაჟო ინსტიტუტის წესდებებსა და სხვადასხვა შესაბამის ეროვნულ კანონებს.

დისციპლინების ამ დაახლოებამ დადასტურა, რომ ღირებული საშუალებაა სტანდარტული ან, უკეთესი, საერთაშორისო არბიტრაჟის პროცედურის გაჩენისათვის.⁴¹ ეს „გლობალიზაცია“ არ უნდა იყოს სიურპრიზი: საერთაშორისო არბიტრაჟი წარმოადგენს იმ ადგილს, სადაც აქტიორები განსხვავებული წარსულიდან ხვდებიან და მუშაობენ დავის გადაწყვეტის საერთო მიზნით.

ამ თვალსაზრისით, აუცილებელია საერთაშორისო კომერციული არბიტრაჟის შემდგომი თავისებურებების გამოყოფა: საარბიტრაჟო კოლეგიებმა უნდა გაითვალისწინონ, რომ ისინი საერთაშორისო დავებთან დაკავშირებულ საკითხებს განიხილავენ და ახდენენ კანონის ნორმათა ინტერპრეტაციას საერთაშორისო პრაქტიკის თვალთახედვიდან და, უპირველეს ყოვლისა, უნდა მიანიჭონ მხარეთა ნებას მაქსიმალური გავლენა. ზოგჯერ, არბიტრების თავისუფლება - და, შესაბამისად, საარბიტრაჟო მოქნილობა - კიდევ უფრო შორს მიდის. მართლაც, თუ მხარეები მიმართავენ საერთო საერთაშორისო კომერციულ პრაქტიკას, არბიტრებს შეუძლიათ ან უნდა გადაწყვიტონ ე.წ. *lex mercatoria*-თი მოცული წესების გამოყენება.⁴²

კიდევ ერთი ხაზგასასმელი ასპექტია, რომ „არბიტრებმა გამოსაყენებელი კანონმდებლობის შინაარსის დადგენის მცდელობისას უნდა გაითვალისწინონ, რომ ეროვნული სასამართლოების მიერ კანონის შინაარსის დადგენის წესები არ არის

³⁸The New York Arbitration Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, New York, 10 June 1958, ხელმისაწვდომია ვებ-გვერდზე: <<http://www.newyorkconvention.org/>>. უკანასკნელად გადამოწმებულია 16.06.2018.

³⁹Carbone, S. M., *Iura novit curia e arbitrato commerciale internazionale*, Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale, 2010, No. 2, 353.

⁴⁰Kaufmann-Kohler, G., *Globalization of Arbitral Procedure*, Vanderbilt Journal of Transnational Law, 2003, vol. 36.2, 1331.

⁴¹ამ საკითხზე უფრო კონკრეტულად იხ. Baum, A., *Reconciling Anglo-Saxon and Civil Law procedure: the Path to a Procedural lex arbitrationis*, Law of International Business and Dispute Settlement in the 21st Century, *Liber amicorum* Karl-Heinz Backstiegel, Köln, 2001, 21; Boris, C., *The Reconciliation of Conflicts Between Common Law and Civil Law Principles in the Arbitration Process*, Frommel, S. N., Rider, B. A. K., *Conflicting Legal Cultures in Commercial Arbitration*, The Hague, 1999, 1; Caldwell, S., *Arbitration Procedures: Harmonisation of Basic Notions: Differing Approaches, Globalization and Harmonization of the Basic Notions in International Arbitration*, IFCIAI Conference, Honk Kong International Arbitration Centre, 1996, 101.

⁴²*Lex mercatoria*-ს შესახებ იხ. Gaillard, E., *Thirty Years of lex mercatoria: Towards the Selective Application of Transnational rules*, ICSID Review – Foreign Investment Law Journal, October 1995, Vol. 10, issue 2, 208.

სავალდებულოდ შესაფერისი არბიტრაჟისთვის [...] კერძოდ, არბიტრები არ უნდა დაეყრდნონ გამოუხატავ პრეზუმპციებს⁴³.

მათ შორის, მაგალითად, თუ შეუძლებელი იყო გამოსაყენებელი კანონმდებლობის შინაარსის დადგენა, მაშინ არბიტრაჟზე შინაარსის *lex fori*-სთან იდენტურობის პრეზუმფცია არ გავრცელდება: და ეს ხდება იმ საკვანძო მიზეზის გამო, რომ, როგორც უკვე აღინიშნა, საერთაშორისო სავაჭრო არბიტრაჟში არ არსებობს უცხოური სამართალი და არ არსებობს რეალური და ეფექტიანი იურისდიქცია, რომელიც გამორიცხავს ეროვნულ სამართლებრივ სისტემასთან ნებისმიერ შესაძლო კავშირს.⁴⁴

ასეთ შემთხვევებში, დევიზი *iura novit arbiter* საშუალებას აძლევს არბიტრებს გამოიყენონ *ex officio* პრინციპები და წესები, რომლებიც, როგორც წესი, *lex mercatoria*-ს წიაღში იბადება "selon une démarche caractéristique de la représentation de l'arbitrage admettant l'existence d'un ordre arbitral autonome".⁴⁵

V. გამოსაყენებელ სამართალსა და არბიტრების მიერ *motu proprio* გაკეთებულ სამართლებრივ დასკვნებს შორის ბალანსი

მიუხედავად იმისა, რომ გამოსაყენებელი კანონმდებლობის შინაარსის განსაზღვრისათვის არბიტრებს დიდი დისკრეცია აქვთ მინიჭებული, უნდა აღინიშნოს, რომ ეს უფლებამოსილება შესაძლებელია, გაძლიერდეს ან შეიზღუდოს მხარეების ნათელი და ზუსტი შეთანხმებით.

თუმცა, როგორც საერთაშორისო სამართლის ასოციაციის კონფერენციის⁴⁶ მსვლელობისას უკვე ზემოთ აღინიშნა, მხარეები ნაკლებად მიდრეკილნი არიან შეთანხმებით მოიცვან ზუსტი რეკომენდაციები და ინსტრუქციები იმის შესახებ, თუ როგორ უნდა დაადგინოს საარბიტრაჟო კოლეგიამ კონკრეტულად დავისადმი გამოსაყენებელი წესების და/ან დისციპლინის შინაარსი.⁴⁷

მართლაც, ბიზნესმენების ინტერესი, როგორც წესი, უფრო მკაცრად ეკონომიკურ შინაარსზეა ორიენტირებული, მაგალითად, როგორცაა ფასი, რაოდენობა, ხარისხი და საქონლის მიწოდება, ვიდრე იურიდიულ ელემენტებზე.⁴⁸

მიუხედავად ამისა, მხარეთა მიერ (ზუსტად) განხორციელებული *electio iuris*-ის შემთხვევაშიც კი, *iura novit arbiter* პრინციპის მოქმედება ვერ ჩაითვლება სრულად შეზღუდვებისაგან თავისუფლად.

მართლაც, არბიტრთა ფართო დისკრეცია უნდა დაბალანსდეს ჯეროვანი სამართლებრივი პროცედურის ზოგად პრინციპით ისევე, როგორც უზრუნველყოფილ უნდა იქნეს მოულოდნელობების შეზღუდვა.

ქენევის კონვენციის მე-9.1 მუხლის (ბ) ქვეპუნქტი⁴⁹ უზრუნველყოფს მხარეებისათვის შესაძლებლობას თავიანთი პოზიცია (ანუ დაასაბუთონ თავიანთი არგუმენტებით)

⁴³Recommendation No. 4, Resolution No. 6/2008, Conference of the International Law Association in Rio de Janeiro, 2008, იხ. მე-14 სქ.

⁴⁴ Carbone, S. M., დასახ. ნაშრომი, 38-ე სქ.

⁴⁵Ex pluribus, Lew, J. D. M., Achieving the dream: Autonomous Arbitration, Arbitration International, 2006, 179.

⁴⁶De Ly, F., Friedman, M. W., Di Brozolo, L. G. R., დასახ. ნაშრომი მე-14 სქ.

⁴⁷Carbone, S. M., დასახ. ნაშრომი, 38-ე სქ., 360.

⁴⁸Borroni, A., დასახ. ნაშრომი, მე-20 სქ.

⁴⁹ ქენევის კონვენციის მე-9.1 მუხლის (ბ) ქვეპუნქტი: „[...] განხილვის გადადებაზე შუამდგომლობის დაყენებენ მხარეს [...] სხვაგვარად არ შეეძლო თავისი პოზიციის წარდგენა“; მსგავსია საერთაშორისო კომერციული არბიტრაჟის შესახებ UNCITRAL-ის მოდელური კანონის მე-18 მუხლი: „მხარეებს თანასწორად უნდა მოეპყრან და თითოეულ მხარეს უნდა მიეცეს თავისი პოზიციის წარმოდგენის სრული შესაძლებლობა“; ასევე ICC-ის წესების 22-ე მუხლის მე-4 პუნქტი: „ნებისმიერ შემთხვევაში, საარბიტრაჟო ტრიბუნალმა უნდა იმოქმედოს სამართლიანად და მიუკერძოებლად და უზრუნველყოს, რომ თითოეულ მხარეს ჰქონდეს გონივრული შესაძლებლობა, წარმოადგინოს თავისი პოზიცია“.

წარადგინონ საარბიტრაჟო განხილვისას: სხვა სიტყვებით რომ ვთქვათ, საარბიტრაჟო კოლეგიამ არ უნდა გააოცოს მხარე (ან მხარეებს) *ex officio* იმ დებულების გამოყენებით, რომელიც მხარეებს არ უხსენებიათ, ან, საერთოდ, არაპროგნოზირებადი და გაუთვალისწინებელი იყო მათთვის.

აქედან გამომდინარე, თუ საარბიტრაჟო ტრიბუნალი მიიჩნევს, რომ დავა უნდა გადაწყდეს სამართლებრივი დასკვნებისა ან/და წესების გამოყენებით, რომლებიც განსხვავდება მხარეების მიერ მითითებულისაგან, მაშინ მან უნდა აცნობოს ეს მხარეებს, რათა თავიდან აცილებულ იქნას მოულოდნელობა მათთვის.⁵⁰

ასეთი სიტუაციები შეიძლება წარმოიშვას, მაგალითად, თუ არბიტრები მიიჩნევენ, რომ დავა არ უნდა გადაწყდეს ხელშეკრულების დებულებების ან მხარეთა მიერ არჩეული სამართლის შესაბამისად, არამედ სრულიად განსხვავებული წესების ერთობლიობის საფუძველზე: ჯეროვანი სამართლებრივი პროცედურის (due process) პრინციპი მოითხოვს, რომ საარბიტრაჟო ტრიბუნალმა აცნობოს [ამის შესახებ] მხარეებს და მისცეს მათ სრული შესაძლებლობა წარმოადგინონ თავიანთი დასაბუთება.

ანალოგიურად, შეიძლება, რომ საერთაშორისო არბიტრაჟის ფარგლებში *iura novit curia*-ს თავისებურების გამო, არბიტრებმა *lex mercatoria* მიიჩნიონ გამოსაყენებელ სამართლად, თუნდაც ეს არ იყოს პირდაპირ არც ნახსენები, არც არჩეული მხარეების მხრიდან: კვლავ საარბიტრაჟო ტრიბუნალმა უნდა შეატყობინოს მხარეებს, რათა მათ მიეცეთ საშუალება თავიანთი დასაბუთება წარმოადგინონ ამ უკიდურესად დელიკატურ საკითხზე.

VI. ინფორმირების მოვალეობა თუ დისკრეცია: მოკლე შედარებითი ანალიზი

მიუხედავ ყველაფრისა, საარბიტრაჟო სასამართლოები ყოველთვის არ ემორჩილებიან „ინფორმირების მოვალეობას“ და მისი შედეგები შეიძლება, განსხვავებული იყოს სხვადასხვა იურისდიქციებში და ეს, როგორც ჩანს, ჯერ კიდევ კანონმდებლობებს ისევე, როგორც საარბიტრაჟო წესებს შორის ჰარმონიზაციის მიუღწევლობის გამოა.

2016 წელს პარიზის სააპელაციო სასამართლომ გააუქმა ICC-ის (2014 წლის 29 აგვისტოს) გადაწყვეტილება საქმეზე Republic of Madagascar v. De Sutter P. et al, რადგან საარბიტრაჟო ტრიბუნალმა თავისი გადაწყვეტილება დააფუძნა სამართლებრივ დასკვნებს, რომელიც არ იყო წარმოდგენილი მხარეების მიერ და მათ არ მიეცათ შესაძლებლობა, წარმოედგინათ თავიანთი შეხედულებები.⁵¹

ამ გადაწყვეტილებას არ გადაუხვევია საფრანგეთის სასამართლოების მიერ მანამდე მიღებული სხვა გადაწყვეტილებებისგან, რომლებიც, ფაქტობრივად, კიდევ უფრო შორს მიდიოდნენ *iura novit arbiter*-ის პრინციპის შეზღუდვასა და ჯეროვანი სამართლებრივი პროცედურის ინტენსიურად დაცვაში: პარიზის სააპელაციო სასამართლომ საქმეში Gouvernement de la République Arabe d'Égypte et al. v. Malicorp Ltd.⁵² და საფრანგეთის უზენაესმა სასამართლომ საქმეში Overseas Mining Investment Ltd. v. Commercial Caribbean Niquel, მაქსიმალურად მხარი დაუჭირა შეჯიბრებითობის პრინციპის მაშინაც კი, როდესაც საარბიტრაჟო ტრიბუნალის მიერ *motu proprio* წამოჭრილი სამართლებრივი საკითხები არ იყო რეალურად განუჭვრეტელი, რადგან "si les arbitres n'ont effectivement pas l'obligation de

⁵⁰ Tunik, D. E., Default Proceedings in International Commercial Arbitration, International Arbitration Law Review, vol. I, issue 2, 1998, 90.

⁵¹Cour d'Appel de Paris, Pôle 1 – Chambre 1, Arrêt du 15 mars 2016, R.G. No. 14/19164, ხელმისაწვდომია ვებ-გვერდზე: <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7208.pdf>>. უკანასკნელად გადამოწმდა: 16.06.2018.

⁵²Cour d'Appel de Paris, Arrêt du 19 juin 2008, R.G. No. 06/17901 ხელმისაწვდომია ვებ-გვერდზე: <<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000019225667>>. უკანასკნელად გადამოწმდა: 16.06.2018.

soumettre au préalable leur motivation à une discussion contradictoire, ils doivent cependant respecter le principe de la contradiction".⁵³

შვეიცარიაში, ფედერალურმა სასამართლომ არაერთხელ უარყო საჩივრები, იმ საარბიტრაჟო გადაწყვეტილებაზე წარდგენილი, რომლებიც გამოტანილ იქნა სამართლებრივი საკითხების შესახებ სრული დისკუსიის არარსებობის პირობებში, მრავალთა შორის, Tvornica-ს ცნობილი საქმეში: „შვეიცარიაში უფლება, მოისმინონ შენი პოზიცია, ეხება განსაზღვრულ ფაქტობრივ გარემოებებს. მხარეთა უფლება, გამოხატონ პოზიციები სამართლებრივ საკითხებზე, აღიარებულია მხოლოდ შეზღუდული მასშტაბით. ზოგადად, *iura novit curia*-ს პრინციპის მიხედვით, სახელმწიფო ან საარბიტრაჟო ტრიბუნალები თავისუფალია ფაქტობრივი გარემოებების სამართლებრივი რელევანტურობის შეფასებაში და მათ შეუძლიათ, მიიღონ გადაწყვეტილებები მხარეთა მიერ წარმოდგენილ განსხვავებულ სამართლებრივ საფუძვლებზე დაყრდნობით“.⁵⁴

ეს პოზიცია გაზიარებულია იტალიელი კანონმდებლის მიერაც: იტალიის სამოქალაქო საპროცესო კოდექსის 112-ე და 113-ე მუხლების შესაბამისად, "nel pronunciare sulla causa, il giudice deve seguire le norme del diritto". დებულება ზოგადად ეხება ყველა „სამართალს“ და არა მხოლოდ იმ წესებს, რაზეც მხარეებმა მიუთითეს.

აქედან გამომდინარე, სასამართლომ (ეროვნულმა თუ საარბიტრაჟომ) შეიძლება გამოიყენოს ყველაზე შესაფერისი „სამართლის ნაწილი“ ისევე, როგორც მხარეთა ინიციატივისაგან დამოუკიდებლად შეუფარდოს [შემადგენლობას] *nomen iuris*.⁵⁵

იტალიის სამოქალაქო საპროცესო კოდექსის 101-ე მუხლის მე-2 პუნქტის⁵⁶ თანახმად, რომელიც, რა თქმა უნდა, 183-ე მუხლის მეოთხე პუნქტთან⁵⁷ ერთად უნდა იქნეს გამოყენებული, რათა თავიდან იქნას აცილებული ე.წ. *sentenze della terza via*, თუ გადამწყვეტი საკითხი იქნა წამოჭრილი *ex officio*, სასამართლო ახლა იძულებულია, მოიწვიოს მხარეები მათი მოსაზრებების წარმოსადგენად.

ტრადიციულ მიდგომაში იტალიის უზენაეს სასამართლოს მხოლოდ ნაწილობრივ შეაქვს ნოვაციები და იგი საკმაოდ მყარად დგას აზრზე, რომ მოსამართლემ მხარი უნდა დაუჭიროს მხარეებს შორის შეჯიბრობითობის საფუძველზე წარმართულ პროცესს მხოლოდ იმ შემთხვევაში, თუ საკითხი (წამოჭრილი *ex officio*) ეხება ფაქტობრივ დასკვნებს ან შერეულ - ფაქტობრივ და სამართლებრივ - დასკვნებს.⁵⁸

ეს მიდგომა, რა თქმა უნდა, გამოსაყენებელია არბიტრაჟის მიმართაც: იტალიაში, სამოქალაქო საპროცესო კოდექსის 822-ე მუხლის თანახმად, არბიტრი ასევე „წყვეტს [საკითხს] სამართლის ნორმის მიხედვით“, გარდა იმ შემთხვევისა, როცა მხარეებმა არბიტრი აირჩიეს როგორც მომრიგებელი შუამავალი (*amiable compositeur*).

შესაბამისად, შეიძლება ითქვას, რომ საერთაშორისო საარბიტრაჟო პრაქტიკაში, თუ არბიტრი დავის დასარეგულირებლად იყენებს, როგორც მან ეს უნდა გააკეთოს, მხარეთა

⁵³Cour de Cassation, I chambre civile, Arrêt No. 785 du 29 juin 2011, R.G. No. 10/23321, ხელმისაწვდომია ვებ-გვერდზე: <https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/premiere_chambre_civile_568/785_29_20477.html>. უკანასკნელად გადამოწმდა: 16.06.2018.

⁵⁴ციტირებულია *Geradin, D. – Villano, E. P., Iura Novit Curia Stealing the Limelight (Again)*, Kluwer Arbitration Blog, 22 April 2016, ხელმისაწვდომია ვებ-გვერდზე: <<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2016/04/22/iura-novit-curia-stealing-the-limelight-again/>>. უკანასკნელად გადამოწმდა: 16.06.2018.

⁵⁵ იბილეთ, Cassazione Civile, Sez. II, judgment No. 17075 of 24.08.2015, ხელმისაწვდომია ვებ-გვერდზე: <<http://www.eclegal.it/iura-novit-curia-non-contestazione-in-appello-contraddittorio/>>. უკანასკნელად გადამოწმდა: 16.06.2018.

⁵⁶იტალიის სამოქალაქო საპროცესო კოდექსის 101-ე მუხლის მე-2 პუნქტი: “Se ritiene di porre a fondamento della decisione una questione rilevata d'ufficio, il giudice riserva la decisione, assegnando alle parti, a pena di nullità, un termine, non inferiore a venti e non superiore a quaranta giorni dalla comunicazione, per il deposito in cancelleria di memorie contenenti osservazioni sulla medesima questione”. ეს პუნქტი დამატებულ იქნა 2009 წლის 18 ივნისის № 69 კანონით.

⁵⁷ იტალიის სამოქალაქო საპროცესო კოდექსის 183-ე მუხლის მე-4 პუნქტი: “Nell'udienza di trattazione ovvero in quella eventualmente fissata ai sensi del terzo comma, il giudice richiede alle parti, sulla base dei fatti allegati, i chiarimenti necessari e indica le questioni rilevabili d'ufficio delle quali ritiene opportuna la trattazione”.

⁵⁸ იხ. *ex multis* Cassazione civile no. 2984/2016, conf. No. 8936/2013, ციტირებული Codice di Procedura Civile Studium, a cura di *Luigi Tramontano*, La Tribuna, 2018.

მითითებულის გარდა, რაიმე სხვა კანონმდებლობას, ამ საფუძვლით საარბიტრაჟო გადაწყვეტილება არ გაუქმდება.⁵⁹

მიუხედავად ამისა, უნდა აღინიშნოს შვეიცარიის ფედერალური ტრიბუნალის *dictum*, რომელმაც, თავდაპირველად, გააუქმა საარბიტრაჟო გადაწყვეტილება, მიუხედავად გამონათქვამისა *iura novit curia*.⁶⁰

ამ შემთხვევაში ფედერალურმა ტრიბუნალმა, მართლაც, მოუძებნა არბიტრებს ხარვეზი, რადგან ისინი დაეყრდნენ სახელშეკრულებო დებულებას, რომელზეც მხარეები არ უთითებდნენ. ამრიგად, ეს ნამდვილად არ არის მატერიალური სამართლის საკითხი, მაგრამ კანონის გამოყენება ხდება მხარეებისადმი შესაძლებლობის მიცემის გარეშე, რომ თავიანთი წარდგინება გააკეთონ ამ მატერიალურ სამართალზე.⁶¹

საბოლოო ჯამში, აქედან გამომდინარე, შეიძლება ითქვას, რომ საერთაშორისო კომერციული არბიტრაჟის სფეროში არ არსებობს საერთო, ყველა შემთხვევისადმი მისასადაგებელი გადაწყვეტა *iura novit arbiter*-ის პრინციპთან დაკავშირებით. საარბიტრაჟო ტრიბუნალები ფრთხილად უნდა იყვნენ მისი დადებითი და უარყოფითი მხარეების დაბალანსებისას, რათა უზრუნველყონ ჯეროვანი სამართლებრივი პროცედურა და გამოიტანონ აღსრულებადი გადაწყვეტილება.

ამ მიზნების მისაღწევად, საერთაშორისო საარბიტრაჟო პრაქტიკა, როგორც ჩანს, არბიტრაჟებს სთავაზობს, რომ არ დააფუძნონ თავიანთი გადაწყვეტილებები სამართლებრივ არგუმენტებზე, რომლებიც სრულიად განუჭვრეტელი და გაუთვალისწინებელია მხარეებისათვის.

კიდევ ერთხელ, ILA-ს რეკომენდაციები შეიძლება, სასარგებლო იყოს, რადგან ისინი მხარს უჭერს საარბიტრაჟო კოლეგიის პრო-აქტიურ დამოკიდებულებას, რომელმაც უნდა წახალისოს მხარეთა შორის დისკუსია, ყველაფერთან ერთად, *ex officio* დაყენებული სამართლებრივი საკითხების შესახებ, მათთვის განცხადებების წარდგენის გონივრული შესაძლებლობის მიცემით.⁶²

პოლონეთის სავაჭრო პალატასთან არსებული საარბიტრაჟო სასამართლოს უახლესი საარბიტრაჟო წესები (იგივე PCC წესები) შეიცავს, ალბათ, ყველაზე გამბედავ და ამბიციურ დებულებას ამ საკითხთან დაკავშირებით: „საარბიტრაჟო გადაწყვეტილება არ შეიძლება დაეფუძნოს ისეთ სამართლებრივ საფუძველს, რომელიც რომელიმე მხარეს არ მიუთითებია, თუ საარბიტრაჟო ტრიბუნალი წინასწარ არ აცნობებს მხარეებს და არ მისცემს შესაძლებლობას დააფიქსირონ თავიანთი პოზიცია ამგვარი სამართლებრივი საფუძვლის შესახებ“.⁶³

⁵⁹ Lévy, L., *Iura novit curia? The Arbitrator's Discretion in the application of the Governing Law*, Kluwer Arbitration Blog, 20 March 2009.

⁶⁰ Swiss Federal Tribunal, Judgment of 9 February 2009, Case reference No. 4A_400/2008, ხელმისაწვდომია ვებ-გვერდზე: <www.bger.ch>. უკანასკნელად გადამოწმდა: 16.06.2018.

⁶¹ Lévy, L., დასახ. ნაშრომი 59-ე სქ.

⁶² ILA-ს რეკომენდაცია №6-7-8: „6. ზოგადად [...] არბიტრებმა არ უნდა მიუთითონ სამართლებრივ საკითხებზე - სამართლებრივ შინაარსზე, რომლებიც მხარეებს არ წარმოუდგენიათ და რომელთაც შეიძლება გავლენა ჰქონდეთ დავის შედეგებზე; 7. არბიტრაჟები არ არიან შეზღუდული მხარეთა არგუმენტაციით გამოსაყენებელი სამართლის შინაარსის შესახებ. [...] არბიტრებმა შეიძლება, კითხვები დაუსვან მხარეებს სამართლებრივ საკითხებზე, რომლებიც მხარეებმა წამოაყენეს და მათი წარდგინებების შესახებ, ასევე მტკიცებულებებზე გამოსაყენებელი სამართლის შინაარსის შესახებ; შეუძლიათ, განიხილონ ის წყაროები, რომლებიც მხარეებს არ მოუხმიათ, მაგრამ დაკავშირებულია სამართლებრივ საკითხებთან და შეიძლება, გამჭვირვალე ფორმით, დაეყრდნონ საკუთარ ცოდნას როგორც გამოსაყენებელ სამართალს, რამდენადაც იგი ეხება ამ სამართლებრივ საკითხებს; 8. დასკვნების მიღებამდე და გადაწყვეტილების გამოტანამდე, არბიტრებმა უნდა მისცენ მხარეებს გონივრული შესაძლებლობა, დააფიქსირონ თავიანთი პოზიციები სამართლებრივ საკითხებზე, რაც შეიძლება რელევანტური იყოს საქმის განსახილველად. მათ არ უნდა მიიღონ გადაწყვეტილებები, რომლებიც, სავარაუდოდ, გააოცებს მხარეებს ან რომელიმე მათგანს, ან რომლებიც დაფუძნებულია მხარეთა მიერ წამოუჭრელ სამართლებრივ საფუძველებზე“.

⁶³ Chapter II, General provisions, § 6, No. 2, ხელმისაწვდომია ვებ-გვერდზე: <www.sakig.pl>. უკანასკნელად გადამოწმდა: 16.06.2018.

ამასთან, ნაკლებად ამბიციური მილანის სავაჭრო პალატის რეგულაცია ითვალისწინებს ამ საკითხს მაშინაც კი, თუ იგი შეზღუდულია სამართალწარმოების მიმართ გამოსაყენებელი სამართლით: „ნებისმიერ შემთხვევაში, ჯეროვანი სამართლებრივი პროცედურის პრინციპები და მხარეების მიმართ თანაბარი მოპყრობა უნდა იქნეს დაცული“.⁶⁴

Iura novit arbiter-ის სპეციფიკური პროფილისადმი მწირი საკანონმდებლო და ნორმატიული რეგულირების მიუხედავად და, შედეგად, პროცედურული ჰარმონიზაციის ნაკლებად მოსალოდნელობისა, ერთი მხრივ, კვლავ არ არსებობს იმის საფუძველი, რომ მხარეების მიმართ არ განხორციელდეს სათანადო გაფრთხილება და მათ არ მიეცეთ სრული შესაძლებლობა, გააკეთონ თავიანთი წარდგინებები და, მეორე მხრივ, მიზანშეწონილია ტრიბუნალისთვის, რომ მან თავის თავს მიანიჭოს უფლებამოსილება, განსაზღვროს გამოსაყენებელი სამართალი მხარეთა მიერ შეთანხმებული ნებისმიერი პირობების მიხედვით.⁶⁵

უკიდურეს შემთხვევაში, პრაქტიკული თვალსაზრისით, მხარეებმა უნდა მიაღწიონ შეთანხმებას, რაც შეიძლება სწრაფად, შესაძლოა, პირველივე მოსმენაზე. ფორმულირების მოდელი შეიძლება, იყოს შემდეგი: „საარბიტრაჟო ტრიბუნალმა უნდა გადაწყვიტოს ყველა ფაქტობრივი და სამართლებრივი საკითხი, რომლებიც წარმოიშობა მხარეთა მიერ სათანადოდ წარდგენილ სარჩელებიდან, შეგებებული სარჩელებიდან და შესაგებელიდან, სხვა საკითხთა შორის, თუმცა შეზღუდვად, შემდეგი ისეთი საკითხებით, როგორებიცაა დამატებითი ფაქტობრივი და სამართლებრივი საკითხები, რომლებიც საარბიტრაჟო ტრიბუნალმა, თავისი შეხედულებისამებრ, შეიძლება, გადასაწყვეტად ჩათვალოს მიმდინარე საარბიტრაჟო წარმოების ფარგლებში ნებისმიერი საარბიტრაჟო გადაწყვეტილების გამოტანის მიზნით.“⁶⁶

VII. *Iura novit arbiter* საინვესტიციო ხელშეკრულების არბიტრაჟში

Iura novit arbiter-ის პრინციპის შესაბამისი მახასიათებლების მოკლე ანალიზი, ასევე შეიძლება, გამოსადეგი იყოს საინვესტიციო ხელშეკრულებისადმი.

პირველ რიგში, რადგან საინვესტიციო ხელშეკრულებისას ყოველთვის მიმართავენ საარბიტრაჟო პროცესს, უნდა აღინიშნოს, რომ არ არსებობს არსებითი განსხვავებები მხარეთა ავტონომიასთან დაკავშირებით, კერძოდ, არბიტრაჟისათვის გამოსაყენებელი სამართლის ქვაკუთხედთან დაკავშირებით. ეს არჩევანი, მართლაც, საინვესტიციო ხელშეკრულების არბიტრაჟშიც კი, ბოჭავს მხარეებს.⁶⁷

გამოსაყენებელი სამართლის იდენტიფიცირებასთან დაკავშირებით, აუცილებელია კიდევ რამდენიმე სიტყვის თქმა და გარკვეული განმარტების გაკეთება, რადგან ამან შეიძლება, იქონიოს პრაქტიკული შედეგები.

საინვესტიციო ხელშეკრულებისას, არბიტრაჟში, ხელშეკრულების მხარეები განსხვავდებიან [სხვა] საარბიტრაჟო პროცესის მხარეებისაგან. მართლაც, პირველში არიან ხელშემკვრელი სახელმწიფოები, ხოლო უკანასკნელში ერთ-ერთი ხელშემკვრელი არის სახელმწიფო და ინვესტორი სხვა ხელშემკვრელი სახელმწიფოდან.

აქედან გამომდინარე, საინვესტიციო ხელშეკრულებაში შემავალი საარბიტრაჟო შეთანხმება ისევე, როგორც შესაბამისი სამართლის არჩევანის თაობაზე დებულება, ითვლება საკუთარი ინვესტორების სასარგებლოდ შეთანხმებულად ხელშემკვრელი სახელმწიფოების მიერ.⁶⁸

⁶⁴ მე-2 მუხლი, მე-3 პარ., ხელმისაწვდომია ვებ გვერდზე: <www.camera-arbitrale.it>. უკანასკნელად გადამოწმდა: 16.06.2018.

⁶⁵ *Waincymer, J.*, დასახ. ნაშრომი, მე-14 სქ.

⁶⁶ *Carter, J. H.*, Right and Obligations of the Arbitrator, *Dispute Resolution Journal*, 1997, Vol. 52, No. 1.

⁶⁷ მაგალითად, ICSID კონვენციის 1-ლი პარაგრაფის 42-ე მუხლის 1-ლი ნაწილის მიხედვით, „ტრიბუნალმა უნდა გადაწყვიტოს დავა ისეთი წესების შესაბამისად, როგორზეც შეიძლება მხარეები შეთანხმებულიყვნენ“.

⁶⁸ ეს სიტუაცია ნავარაუდები იყო 1965 წლის ვაშინგტონის კონვენციის მოლაპარაკებების დროს: „თავმჯდომარემ აღნიშნა, რომ [...] მხარეებს, ასევე ჰქონდათ მინიჭებული უფლება გაეწერათ დავისადმი

ამრიგად, საარბიტრაჟო შეთანხმებაში ნებისმიერი შეთანხმებული მექანიზმი, მათ შორის, დავისადმი გამოსაყენებელი სამართალი, ითვლება მხარეების მიერ პირდაპირ არჩეულად. ეს მოსაზრება სხვა არაფერია, თუ არა საინვესტიციო ხელშეკრულებისას არბიტრაჟის შემთხვევაში არბიტრაჟზე თანხმობის ბუნების განხორცილება: მიუხედავად იმისა, რომ არბიტრაჟზე თანხმობა განცალკევებულია დროში, საარბიტრაჟო წარმოების მხარეების მიმართ კვლავ ივარაუდება, რომ მათ განაცხადეს საერთო თანხმობა არბიტრაჟზე, როდესაც ინვესტორმა მიიღო მასპინძელი სახელმწიფოს ზოგადი თანხმობა საარბიტრაჟო განაცხადის შეტანის გზით.⁶⁹

საინვესტიციო ხელშეკრულებისას არბიტრაჟის ეს თავისებური მექანიზმი, დღეს, კარგად არის დანერგილი. საქმეში *Goetz v. Burundi*, საარბიტრაჟო ტრიბუნალმა, *ex multis*, აღნიშნა, რომ „უდავოდ, მკაცრად რომ ვთქვათ, ის, რაც აქ არ არის განსაზღვრული ამ არბიტრაჟის მხარეების მიერ (Burundi და ინვესტორები), წარმოდგენილია ორმხრივი შეთანხმებაში ამ მხარეებს შორის (Burundi და ბელგია). მხარეების [კლასიკური] თანხმობის მსგავსად, ტრიბუნალმა მიიჩნია, რომ Burundi-ს მიერთებით გამოხატულ იქნა თანხმობა გამოსაყენებელ სამართალზე, რაც განისაზღვრებოდა ზემოხსენებული ორმხრივი შეთანხმებაში და რომ მოსარჩელებმა იგივე გააკეთეს, ამ შეთანხმებაზე დაყრდნობით, საარბიტრაჟო განაცხადის შეტანით“.⁷⁰

თუმცა, თუ, ერთი მხრივ, მხარეები ხშირად ვერ ახერხებენ გამოსაყენებელი სამართლის განსაზღვრას, მეორე მხრივ, საქმეების დიდ უმრავლესობაში საინვესტიციო ხელშეკრულებებშიც კი არ არის ნათლად გამოხატული სამართლის არჩევანი.⁷¹

აქედან გამომდინარე, ყურადღება უნდა მიექცეს შესაძლო სცენარებს, რომლებიც განვითარებადია გამოსაყენებელი სამართლის დადგენასთან დაკავშირებით, მხარეთა შეთანხმების არარსებობისას, საინვესტიციო ხელშეკრულების არბიტრაჟის ფარგლებშიც. სხვა სიტყვებით რომ ვთქვათ, როგორც ადრე, კითხვა შემდეგია: არის თუ არა (და რამდენად) *iura novit arbiter*-ის პრინციპი გამოსადეგი საინვესტიციო ხელშეკრულებისას არბიტრაჟისათვის არბიტრაჟებისათვის.

ჯერ კიდევ 1979 წელს, საქმეში *BP Exploration Co. (Lybia) v. The Government of the Libyan Arab Republic*, ტრიბუნალმა სრულად აღიარა *iura novit arbiter*-ის წესი და განაცხადა, რომ „არბიტრი უფლებამოსილი და ასევე ვალდებულია, მის მიერ რელევანტურად მიჩნეული სამართლებრივი საკითხის დამოუკიდებელი კვლევა და შეისწავლოს [სამართლებრივი საფუძვლის] საკითხი მოსარჩელის მიერ წარმოდგენილი მასალების ფარგლებს მიღმაც“.⁷²

პირიქით, საქმეში *MINE v. Republic of Guinea*⁷³ [სპეციალურმა] *ad hoc* კომიტეტმა (annulment committee) გამოავლინა ტრიბუნალის მიერ უფლებამოსილების ამკარა გადამეტება და, შესაბამისად, შეზღუდა *iura novit arbiter*-ის პრინციპი საინვესტიციო

გამოსაყენებელი სამართალი. ნებისმიერი პირობა შეიძლება, ჩართულ იქნეს ინვესტორთან შეთანხმებაში, სხვა სახელმწიფოსთან ორმხრივ ხელშეკრულებაში, ან ყველა ინვესტორისადმი ცალმხრივ შეთავაზებაშიც კი, როგორც ეს შეიძლება, გაკეთდეს საინვესტიციო კანონმდებლობის საშუალებით“. იხ. Summary record of proceedings, Addis Ababa Consultative Meetings of Legal Experts, December 16-20, 1963, II Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States, Documents Concerning the Origin and the Formulation of the Convention, ICSID Publication 1968, Vol. II, part. 1, 267, ხელმისაწვდომია ვებ-გვერდზე: <<https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/History%20of%20ICSID%20Convention%20-%20VOLUME%20II-1.pdf>>. უკანასკნელად გადამოწმდა: 16.06.2018.

⁶⁹ *Banifatemi, Y.*, The Law Applicable in Investment Treaty Arbitration, Arbitration under International Investment Agreements: a Guide to the Key Issues, chapter 9, *Yannaca-Small, K.* (ed.), Oxford University Press, 2010.

⁷⁰ ICSID Case No. ARB/95/3, *Antoine Goetz and others v. Republic of Burundi*, award of 10 February 1999, ხელმისაწვდომია ვებ-გვერდზე: <http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C151/DC537_Fr.pdf>. უკანასკნელად გადამოწმდა: 16.06.2018.

⁷¹ საინტერესო სტატისტიკისათვის იხ. *Parra, A.*, Applicable Law in Investor-State Arbitration, Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation, The Fordham Papers 2007, 2008.

⁷² Sole arbitrator Mr. *Lagergren*, 53 ILR 297.

⁷³ ICSID Case No. ARB/84/4, ICSID Review – Foreign Investment Law Journal, ხელმისაწვდომია ვებ-გვერდზე: <http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C136/DC674_En.pdf>, უკანასკნელად გადამოწმდა: 16.06.2018.

ხელშეკრულებისას არბიტრაჟის სფეროში, როდესაც საარბიტრაჟო კოლეგია იყენებს სამართლებრივ დასაბუთებას დავისადმი გამოსაყენებელი სამართლის ფარგლებს მიღმა.⁷⁴

2006 წელს კიდევ ერთმა სპეციალურმა *ad hoc* კომიტეტმა, კვლავ, გააფართოვა საინვესტიციო ხელშეკრულების არბიტრაჟში *iura novit arbiter*-ის პრინციპის პოტენციური გამოყენების სფერო: „[საარბიტრაჟო ტრიბუნალი], მკაცრად რომ ითქვას, არ არის ვალდებული გამოიყენოს რომელიმე მის წინაშე წარდგენილი მართლწესრიგი, ეს მისთვის მხოლოდ ვარიანტია [...]“.⁷⁵

აქედან გამომდინარე, სამწუხაროდ, როგორც ჩანს, საინვესტიციო ხელშეკრულებისას საარბიტრაჟო გადაწყვეტილებებში *iura novit curia*-ს თაობაზე საკითხს, პირდაპირ ან ირიბად, წყდება ხოლმე ზედაპირულად მცირედი ანალიზსა და არასაკმარის დასაბუთების გარეშე.⁷⁶

ნებისმიერ შემთხვევაში, წესი, რომელიც მიზნად ისახავს გაუთვალისწინებელი გადაწყვეტილების თავიდან აცილებას (არა მოულოდნელობას) სულ უფრო ძლიერდება საინვესტიციო ხელშეკრულებისას არბიტრაჟის ფარგლებშიც. მაგალითად, საქმეში - Bogdanov v. Moldova, ერთპიროვნულმა არბიტრმა განაცხადა, რომ საარბიტრაჟო ტრიბუნალებმა უნდა თავიდან აიცილონ მხარეები „გაოცება გადაწყვეტილებით ისეთ სამართლებრივი საკითხებზე, რომლებიც არ იყო განხილული სამართალწარმოების განმავლობაში“.⁷⁷

VIII. დასკვნები: საუკეთესო პრაქტიკის ჰარმონიზების მნიშვნელობა მოულოდნელი გადაწყვეტილებების თავიდან ასაცილებლად

ორივე სფეროში - საერთაშორისო კომერციულ არბიტრაჟსა და საინვესტიციო ხელშეკრულებისას ნებისმიერ შემთხვევაში, არბიტრაჟშიც პერსპექტიულობის უდავო წინამძღვარია მხარეთა მიერ საარბიტრაჟო დათქმაზე შეთანხმება.

როგორც უკვე ნაჩვენებია წინა მსჯელობებიდან, მხარეების დაცვა (უპირველეს ყოვლისა, ყველაზე სუსტების) გულისხმობს არაპროგნოზირებადი გადაწყვეტილების რისკისაგან დაცვას. აქედან გამომდინარე, რამდენადაც ჯერ კიდევ არ არის დაბალანსებული *iura novit arbiter*-ის გამოყენება, მიზანშეწონილია, ამ საკითხის წინასწარი განხილვა საარბიტრაჟო დათქმის შესახებ მოლაპარაკებებისას.

იურისტს, უკეთესია თუ იგი იქნება შედარებითი სამართლის იურისტი, მართლაც, შეუძლია შეასრულოს, ერთგვარად, არქიტექტორის როლი, რათა დაეხმაროს მხარეებს სათანადო და უსაფრთხო სახელშეკრულებო გზის შემუშავებაში, კერძოდ, ბიზნესპროექტისა, რომელშიც თავმოყრილია ბიზნესმენების მიერ იშვიათად გათვალისწინებული ყველა სამართლებრივი ელემენტი.

ასეთ შემთხვევაში, საარბიტრაჟო დათქმის ფარგლებში, სასარგებლო იქნებოდა მხარეებისათვის იმ შესაძლებლობის უზრუნველყოფა, რომ წარმოადგინონ თავიანთი

⁷⁴კომიტეტმა დაადგინა: „ამრიგად, შეთანხმებული სამართლის უგულვებლყოფა ტრიბუნალის მიერ იქნებოდა მიმართვის პირობებიდან გადახვევა, რომლის ფარგლებშიც არის ტრიბუნალი უფლებამოსილი შეასრულოს ფუნქცია. ასეთი გადახვევის მაგალითები მოიცავს სხვა სამართლის ნორმის გამოყენებას, გარდა მხარეების მიერ შეთანხმებულისა, ან გადაწყვეტილება, რომელიც არ არის დაფუძნებული რომელიმე სამართალზე, გარდა იმ შემთხვევისა, როცა მხარეები დათანხმდნენ *ex aequo et bono* გადაწყვეტილების გამოტანას“.

⁷⁵ICSID Case No. ARB/99/7, Mr. Patrick Mitchell v. The Democratic Republic of Congo. ხელმისაწვდომია ვებ-გვერდზე: <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0537.pdf>>.

მსგავსად, ამისა საქმეში CME Czech Republic B.V. v. Czech Republic: „ეს არ ნიშნავს იმას, რომ ტრიბუნალი ვალდებულია შეისწავლოს, მოიძიოს და გამოიყენოს ეროვნული კანონმდებლობა, რომელიც არ ყოფილა მხარეთა მიერ შეცვლილი ან მოხსენიებული, იდენტიფიცირებული მხარეების და ტრიბუნალის მიერ როგორც არსებითი ტრიბუნალის მიერ გადაწყვეტილების გამოსატანად“, Stockholm, Sweden, UNCITRAL Arbitration Proceedings, ხელმისაწვდომია ვებ-გვერდზე: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0180.pdf>, უკანასკნელად გადამოწმდა: 16.06.2018.

⁷⁶Bigge, D.M., *iura novit curia* in Investment Treaty Arbitration: May? Must?, Kluwer Arbitration Blog, 29 December 2011.

⁷⁷Bogdanov v. Moldova, Stockholm Chamber of Commerce, SCC Case No. 93/2004, ციტირებული Bigge, D.M., დასახ. ნაშრომი 75-ე სქ.

მითითებანი განსაზღვრული პერიოდის განმავლობაში; ან შესაძლებლობა (თუმცა ასევე, ტვირთი) წარმოადგინონ თავიანთი მითითებანი ზეპირად მომდევნო პირველივე მოსმენაზე.

დასკვნისათვის, ავტორის აზრით, დამტკიცებულია, რომ არბიტრაჟი არის მომსახურების სფერო, რომლის შემდგომი განვითარება დამოკიდებულია მისი მომხმარებლების ნდობასა და თანხმობაზე. მათთვის, მეტად სავარაუდოდ, მისაღები იქნება საარბიტრაჟო ტრიბუნალის გადაწყვეტილება, თუ შეეძლებათ მიჰყვნენ დასაბუთებას და არ აღმოჩნდნენ გაცეხულნი სამართლებრივი შეფასებებით, რომლებიც ეფუძნება, საქმის განხილვისას, მათ მიერ მიუთითებელ სამართლებრივ საფუძვლებს.⁷⁸

ბიბლიოგრაფია

1. *Banifatemi, Y.*, The Law Applicable in Investment Treaty Arbitration, Arbitration under International Investment Agreements: A Guide to the Key Issues, chapter 9, *Yannaca-Small, K.* (ed.), Oxford University Press, 2010.
2. *Baum, A.*, Reconciling Anglo-Saxon and Civil Law procedure: The Path to a Procedural *lex arbitratoris*, Law of International Business and Dispute Settlement in the 21st Century, Liber amicorum Karl-Heinz Backstiegel, Koln, 2001.
3. *Bigge, D.M.*, *Iura novit curia* in Investment Treaty Arbitration: May? Must? Kluwer Arbitration Blog, 29 December 2011.
4. *Boris, C.*, The Reconciliation of Conflicts Between Common Law and Civil Law Principles in the Arbitration Process, *Frommel, S. N.* and *Rider, B. A. K.*, Conflicting Legal Cultures in Commercial Arbitration, The Hague, 1999.
5. Born, G., International Commercial Arbitration – Commentary and Materials, New York, 2006.
6. *Borroni, A.*, Neo-Contractualism and Comparative Law, published for the Essays in Honor of *Saul Litvinoff's*, ed. Moreteau, Romanach, Zuppi, 2008.
7. *Bryant, A. C.*, Foreign Law as Legislative Fact in Constitutional Cases, in 2011 BYU L. Rev.
8. *Calamandrei, P.*, Il giudice e lo storico, in Studi sul processo civile.
9. *Caldwell, P. S.*, Arbitration Procedures: Harmonisation of Basic Notions: Differing Approaches, Globalization and Harmonization of the Basic Notions in International Arbitration, IFCAI Conference, Honk Kong International Arbitration Centre, 1996.
10. *Carbone, S. M.*, *Iura novit curia* e arbitrato commerciale internazionale, in Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale, 2010, No. 2.
11. *Carter, J. H.*, Right and Obligations of the Arbitrator, Dispute Resolution Journal, 1997, Vol. 52, No. 1.
12. *De Ly, F.*, *Friedman, M. W.*, *Di Brozolo, L. G. R.*, Ascertaining the Contents of the Applicable Law in International Commercial Arbitration", International Law Association, Committee on International Commercial Arbitration, Report for the Biennial Conference in Rio de Janeiro, 2008, 17, Arbitration International, vol. 26, issue 2, 1 June 2010.
13. *Derains, Y.*, Observations, in Revue de l'arbitrage, 1998,
14. *Franchi, G.*, La Perizia Civile, Padova, 1957/9.
15. *Gaillard, E.*, Aspects Philosophiques du Droit de l'arbitrage International, in Recueil des Cours, 2008.
16. *Gaillard, E.*, Thirty Years of *lex mercatoria*: Towards the Selective Application of Transnational rules, ICSID Review – Foreign Investment Law Journal, October 1995, Vol. 10, issue 2.

⁷⁸ *Wiśniewski C., Zielińska, A.*, Who Should Know the Law: The Arbitrators or the Parties? Kluwer Arbitration Blog, 3 October 2016.

17. *Geradin, D. –Villano, E.P., Iura Novit Curia Stealing the Limelight (Again)*, Kluwer Arbitration Blog, 22 april 2016.
18. *Kaufmann-Kohler, G., Globalization of Arbitral Procedure*, Vanderbilt Journal of Transnational Law, 2003, vol. 36.2.
19. *Kaufmann-Kohler, G., The Arbitrator and the Law: Does he/she Know it? Apply it? How? And a Few More Questions*, in *Arbitration International*, 2005, vol. 21, No. 4.
20. *Lévy, L., Iura novit curia? The Arbitrator's Discretion in the application of the Governing Law*", Kluwer Arbitration Blog, 20 March 2009.
21. *Lew, J. D. M., Achieving the dream: Autonomous Arbitration*, *Arbitration International*, 2006.
22. *Mayer, P., Reflections on the International Arbitrator's Duty to Apply the Law*, in *LCIA Arbitration International*, 2001, vol. 17, No. 3.
23. *Melendo, S. S., El Juez y el Derecho*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1957.
24. *Mosconi, F., Campiglio, C., Diritto Internazionale Privato*, Utet Giuridica, 2006.
25. *Parra, A., Applicable Law in Investor-State Arbitration*, *Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation, The Fordham Papers 2007, 2008*.
26. *Rotem, Y., Foreign law as a distinctive fact – To Whom Should the Burden of Proof be Assigned*, in *Chicago Journal of International Law*, 2014, vol. 14, No. 2.
27. *Rubino Sammartano, M., International Arbitration Law and Practice*, third edition, 2014.
28. *Rubino Sammartano, M., L'arbitrato Internazionale*, 198/79.
29. *Sommerich, O. C., Busch, B., The Expert Witness and the Proof of Foreign Law*, in 38 *Cornell L.Q.* 125, 1953.
30. Summary record of proceedings, Addis Ababa Consultative Meetings of Legal Experts, December 16-20, 1963, II Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States, Documents Concerning the Origin and the Formulation of the Convention, ICSID Publication 1968, Vol. II, part. 1.
31. *Tunik, D. E., Default Proceedings in International Commercial Arbitration*, in *International Arbitration Law Review*, vol. I, issue 2, 1998.
32. *Von Mehren, A. T., International Commercial Arbitration and the Conflict of Laws*, in *The American Review of International Arbitration*, 1992, vol. 3.
33. *Waincymer, J., International Arbitration and the Duty to Know the Law*, in *Journal of International Arbitration*, 2011, vol. 28, issue 3.
34. *Wiśniewski, C., Zielińska, A., Who should Know the Law: The Arbitrators or the Parties?* in *Kluwer Arbitration Blog*, 3 October 2016.

***Iura novit arbiter* in International Disputes: How to Prevent Unforeseeable Legal Findings**

Abstract

If ever there was a globalized world, we are experiencing it! In this fervently interconnected and accelerated world, the main purpose of companies and businessmen is to continue their business.

In such a context, ruled by the “business as usual”, arbitration increasingly appears to be a certainly less traumatic way of resolving a dispute and then an ideal comfort neutral room for players from different countries and with distant backgrounds.

However, its attractive nature of the private process must be combined with the jurisdictional functions that the arbitrators have to accomplish anyhow.

The balance between these two factors (namely, the substantially private nature of the arbitral process and the jurisdictional role of the arbitrators) will lead to the result, positive or negative, of this choice made by the parties.

For these reasons, they should have all the skills to build, with the precious support of their lawyers, a valuable product.

This short article aims at highlighting the role of the principle “*iura novit curia*” in the modern international arbitration, since the election of the applicable law, as well as its ascertainment, are two of the most challenging tasks for the arbitrators to deliver a satisfactory service.

I. Introduction

The principle *iura novit curia* literally means "the judge knows the law".² Certainly, this concept evolves from another and more ancient rule according to which the judge must apply the law *ex officio*: “*da mihi facta dabo tibi ius*”.³

According to *Vinnio*, the expression *iura novit curia* was born accidentally in Gaul, when a judge, tired of a lawyers' long legal disquisition, exclaimed: “*venite ad factum, curia novit ius!*”.⁴

In the modern processual context, the adage *iura novit curia* is universally recognized concerning the *lex fori*.

According to legal scholars⁵, today the judge should be erudite, since his duty to know the law is inherent to the function of deciding a dispute.

¹ Edoardo Gandini is a civil lawyer in Italy. He worked as legal advisor for the European Commission and for some American, European and African NGOs. He graduated in Law at the University of Pavia and earned a Master in International Cooperation at ISPI, Milan.

²As it will be observed infra “This formula makes a lot of sense when it concerns domestic law. It might be less obvious when the formula refers to foreign law. This is a very sensitive issue for the international arbitrator who has no *lex fori*”. *Rubino Sammartano, M.*, International Arbitration Law and Practice, third edition, 2014, 684.

³Which could be rephrased as “give me the facts and I will give you the law”, translation of this author.

⁴*Melendo, S. S.*, El Juez y el Derecho, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1957. The author, however, warns about the judge who interrupts the lawyers: it could be nothing more than a fantasy, as the legal principles were not born in a moment but were expressions of slower processing.

⁵ *Franchi, G.*, La Perizia Civile, Padova, 1959, 107.

The topic of the discussion inevitably moves to the axis *novisse-noscere*, namely wondering if the judge always must know the law or if his duty consists also in reaching this knowledge.

In the effective law-in-action practice, this question arises whenever the judge finds himself dealing with a body of rules unknown to him – not an infrequent situation.

In these cases, the legal interpreter, like a historian, should make use of all available means to ascertain the content of the law.⁶

Certainly, every legal system disciplines, in its way, how the judge may acquire the knowledge of the body of rules that should govern the case.

However, concerning domestic legislation, the *iura novit curia* leads to the conclusion that the judge is free to and should endeavor to ascertain the content of the law, even if he does not have the concrete cognition of the relevant rules required to resolve the dispute.

II. Civil law and Common law: two distinct approaches concerning foreign law

The situation is more heterogeneous if a dispute includes any connecting factor with another legal system and this, due to so-called conflict of laws rules, leads to the application of foreign law.⁷

Indeed, the legal systems, that traditionally imply different approaches, like, for example, the distinction between civil law and common law Countries, usually arrive at different answers to the question of whether the judge could or even should ascertain the content and so apply the foreign law *ex officio*.

From the civil law perspective, the Courts have the power to determine the content of the foreign body of rules and to apply it *motu proprio*, regardless of the initiative of the parties; while within the common law tradition, the first step of the parties is required and, thus, they will have to give evidence also of the content of the alien legislation exactly as they should prove the fact.

In other words, the *civil law* tradition deems that the rules of conflict which refer to foreign regulations are able to integrate them within its own legal system; instead, on the other hand, the common law tradition considers the identification of the law of a foreign country as a mere *quaestio facti*.⁸

Indeed, through a short comparative analysis, it is easy to determine, for example, that in Germany both legal literature and Courts' decisions agreed upon considering the foreign law as a *quaestio iuris*. Article 293 of the German Code of civil procedure⁹ implies the full application of the *iura novit curia* and, consequently, the duty for the Court to determine the content of the foreign law *sua sponte*.

⁶ Calamandrei, P., Il giudice e lo storico, Studi sul processo civile, 33. According to the Author, the principle *iura novit curia* does not only mean that the judge, as public officer, has the duty to know the law even if the parties ignore or misunderstand it, but also means that he has, like any private citizen, the power to implement, even outside the proceedings, all the means of research that a scholar may use to reach the knowledge of the law in force.

⁷ Wiśniewski, C., Zielińska, A., Who should Know the Law: The Arbitrators or the Parties? Kluwer Arbitration Blog, 3 October 2016.

⁸ Mosconi, F., Campiglio, C., Diritto Internazionale Privato, 2006, Utet Giuridica, 173.

⁹ Section 293 of German ZPO states that: "The laws applicable in another state, customary laws, and the statutes must be proven only insofar as the court is not aware of them. In making inquiries as regards these rules of law, the court is not restricted to the proof produced by the parties in the form of supporting documents; it has the authority to use sources of reference as well, and to issue the required orders for such use".

Assessing the applicable foreign law as a “rule of law”¹⁰, Article 293 of the German Code shows a clear distinction between the foreign law and the simple facts of the dispute.

In Switzerland, Article 16 of private international Law reveals that the principle *iura novit curia* is fully applicable.¹¹

In Italy, with respect to the foreign law, it is Article 14 of the Private International Law¹² that gives legal force to the *iura novit curia*: hence, the Courts are compelled to point out and to apply the applicable foreign rule exactly as it was a national one, and, therefore, it does not lose its own nature of a matter of law.¹³

Within the *common law* tradition the situation is reversed and the foreign law is a question of fact to be proven by the parties.¹⁴ In other words, the *iura novit curia* does not encompass foreign law¹⁵ and if one of the parties bases its thesis on an alien body of rules, it also has the burden of proof as any other fact-finding issue.¹⁶

Therefore, it is possible to state that in the common law tradition, the foreign law is treated as an adjudicative rather than legislative fact. In other words, it is considered as a fact, the ascertainment of which is necessary for the adjudication of only the particular dispute between the litigating parties.¹⁷

III. From *iura novit curia* to *iura novit arbiter*

Moving now to the heart of this short essay, the questions that arise are: is the rule *iura novit curia* suitable to play its role within the scenario of international commercial arbitration? And, if yes, to what may be the extent of *iura novit arbiter*?

First, we ought to bear in mind that what the law represents for the arbitrator may be very different than what it represents for the judge¹⁸: domestic rules about the determination of the applicable law are not necessarily suitable for international arbitration and this is inferable by analysing some of the main differences between the positions of the arbitrators and those of the judges.¹⁹

¹⁰ Literally: rechtsnormen.

¹¹ Article 16 of Swiss Private International Law [Code] says: “The contents of the foreign law shall be established by the authority of its own motion. For this purpose, the cooperation of the parties may be requested. In matters involving an economic interest, the task of establishing foreign law may be assigned to the parties“. See also *Bryant, A. C.*, Foreign Law as Legislative Fact in Constitutional Cases, *BYU L. Rev.* 1005 2011.

¹² Law No. 218 of 31 May 1995.

¹³ *Mosconi, F., Campiglio, C.*, supra note 7, 174.

¹⁴ *Waincymer, J.*, International Arbitration and the Duty to Know the Law, *Journal of International Arbitration*, 2011, vol. 28, issue 3.

¹⁵ *De Ly, F., Friedman, M. W., Di Brozolo, L. G. R.*, Ascertaining the Contents of the Applicable Law in International Commercial Arbitration", *International Law Association, Committee on International Commercial Arbitration, Report for the Biennial Conference in Rio de Janeiro, 2008*, 17. Available in *Arbitration International*, vol. 26, issue 2, 1 June 2010.

¹⁶ For a historical review of this rule, see *Sommerich, O. C., Busch, B.*, The Expert Witness and the Proof of Foreign Law, 38 *Cornell L.Q.* 125, 1953, 127-128.

¹⁷ *Rotem, Y.*, Foreign Law as a Distinctive Fact – To Whom Should the Burden of Proof be Assigned, *Chicago Journal of International Law*, vol. 14, No. 2, 2014, article 8, 629. See also *Born, G.*, *International Commercial Arbitration – Commentary and Materials*, New York, 2006.

¹⁸ *Mayer, P.*, Reflections on the International Arbitrator's Duty to Apply the Law, *LCIA Arbitration International*, 2001, vol. 17, No. 3, 236.

¹⁹ *De Ly, F., Friedman, M. W., Di Brozolo, L. G. R.*, supra note 14.

First of all, the decision-making power of the arbitrator, a real *iudex privatus*, stems from a specific consensus among the parties who choose to devolve the (future) dispute to arbitration rather than to national courts.²⁰

Moreover, the nature of (international commercial) arbitration strongly emphasizes the autonomy of the parties; on the other hand, the arbitration clause may be pinpointed as a contract in the contract and, certainly, herein it is not necessary to refer to the discipline of the contractual autonomy of the parties.²¹

Due to this wide autonomy, the contractual parties are also free to choose the applicable law to the same contract.

But what happens if, not an uncommon case, the parties do not intend to make – or fail in the attempt – a choice?

The opinion of those who excluded the relevance of the *iura novit curia* in international arbitration²² nowadays is less supported and both legal scholars and jurisprudence are inclined to considering this principle functioning also in the international arbitration context.

Secondly, State courts have precise rules concerning the identification of the applicable body of rules and the ascertainment of its content; the judge is bound by his own system of private international law, either in case of choice made by the parties or in case of no choice.

Conversely, in the sphere of international arbitration, in many cases arbitrators have the task of electing the applicable law within a number of different ones in competition with each other. Besides, international arbitrators are often called upon to apply laws different than the one in which they are professionally qualified and usually practice.²³

It would be possible to argue that arbitrators are also bound, in case of choice made by the parties, for what concerns the identification of the applicable law.

However, even in the cases in which they face an electing applicable law clause, arbitrators always preserve a certain amount of freedom to assess the validity of that clause.²⁴

²⁰In the ambit of international trade, it is widely recognized that arbitration presents significant pros such as, for example: speed, flexibility, wide autonomy, confidentiality.

²¹About the contract and the due respect for the autonomy of the parties, see *Borroni, A.*, Neo-Contractualism and Comparative Law, published for the Essays in Honor of *Saul Litvinoff's*, (ed.), Moreteau, Romanach, Zuppi, 2008, 431. In the opinion of the Author, already the “classical contract theory was organised around the will theory of contract, which held that a contract represents an expression of the will of the contracting parties and for that reason should be respected and enforced” as well as, after the evolution of the patterns of business relationships, also with the neoclassical theory of contract, the agreement between the parties deserves the same respect.

²²See *Derains, Y.*, Observations, *Revue de l'arbitrage*, 1998, 711: “l'adage *iura novit curia* n'a pas de place en matière d'arbitrage et surtout en matière d'arbitrage international”.

²³“Reflecting back on the cases in which I have been involved as an arbitrator, and certainly forgetting some of them, I realized that I have resolved disputes under German, French, Polish, Hungarian, Portuguese, Greek, Turkish, Lebanese, Egyptian, Tunisia, Moroccan, Sudanese, Liberian, Korean, Thai, Argentinean, Colombian, Venezuelan, Illinois, New York... and Swiss law. Do I know these laws? Except for New York law, which I learned many years ago and would not pretend to know now, and Swiss law, which I practise, although not often as you see, the answer is clearly no. So how did I apply a law unknown to me? By ignoring it? By focusing on the facts and the equities? How did I become educated in law? How did counsel teach me?”: *Kaufmann-Kohler, G.*, The Arbitrator and the Law: Does he/she Know it? Apply it? How? And a Few More Questions, *Arbitration International*, 2005, vol. 21, No. 4, 631.

²⁴The autonomy of the arbitration clause, even if it was not implemented in the New York Convention, is now almost universally recognized in international arbitration. See, for example, Article 16, par. 1, of *Uncitral Model Law*: “The arbitral tribunal may rule on its own jurisdiction, including any objections with respect to the existence or validity of the arbitration agreement. For that purpose, an arbitration clause which forms part of a contract shall be treated as an agreement independent of the other terms of the contract. A decision by the arbitral tribunal that the contract is null and void shall not entail ipso iure the invalidity of the arbitration clause”.

Thirdly, arbitrators do not have a *lex fori* (at least regarding the substantive law) and this leads to alternative solutions if the content of the applicable law is not easily ascertainable.²⁵

IV. The arbitration as an international jurisdiction

Within the international arbitration there is no room for recognizing a real competent forum and, indeed, it is to be considered an a-domestic instrument. This condition has an immediate consequence: it implies the impossibility of identifying a national law able to exclude all the other ones, which should be defined as foreign laws as it happens within the ordinary jurisdiction.

Furthermore, it also should be noted that, even concerning the procedural law, there is no a *lex fori* that binds the arbitrators like the judge. Hence, it should be emphasized that there is nothing to prevent the parties from deciding that the arbitration is governed partly by a certain procedural law and partly by another procedural law.²⁶

Arbitrator Mr. Phyton, on the one hand, considered to be applicable the procedural law agreed upon by the parties, and, on the other, applied the Swiss civil procedure law because "loi du lieu du siège de l'arbitrage".²⁷

Such a multiplicity of applicable national procedural rules should, in itself, confer internationality to arbitration, precisely from the procedural perspective. And the international nature of arbitration subsists, *a fortiori*, if the parties have not referred to any particular procedural system, but have restricted to electing as applicable an arbitral regulation.

The non-linking of the ICC Regulation to a national procedural law has been affirmed in the award in which the chairman of the arbitration panel Mr. J. De Aréchaga, responding to the plea of non-compliance of the Regulation with the national procedural law, raised with the aim of making the second one prevailing, he argued that, since there is an incompatibility between some of the rules of the Brazilian Code of civil procedure and the ICC Regulation concerning some procedural issues, the Brazilian provisions were intended exclusively for domestic arbitrations.²⁸

Legislators have, at different times, embraced this nature of international arbitration.²⁹

In 1985 the Supreme Court of the United States pointed out³⁰ that an arbitral tribunal, having no particular duties binding it to the application of a specific national procedural law, has no obligation to justify the application of its own regulation.

The pieces of legislation about arbitration do not specify how the arbitrators should ascertain the content of the applicable law, but there are some exceptions to this legislative silence.

²⁵ De Ly, F., Friedman, M. W., Di Brozolo, L. G. R., supra note 14.

²⁶ Sammartano, R. M., L'arbitrato Internazionale, 198/79, 70.

²⁷ Asling Trading Co. v. Gracia, 1954; mentioned also in the award B.P. Exploration Company (Libia) v. Government of the Arabic Republic of Libya, Copenhagen 10.10.1973, Revue de l'Arbitrage, 1980, 119.

²⁸ In the case ICC No. 4695/84, Yearbook Commercial Arbitration, 1986, 149, the arbitral tribunal wrote that "The specific and the explicit choice of the ICC Rules in respect of those procedural matters which concern the constitution of the arbitral tribunal and the initiation of proceedings, necessarily excludes, in respect of an international commercial contract, the application of certain procedural requirements contained in arts. 1073 and 1074 of the Brazilian Code of Civil Procedure, which are incompatible with the ICC Rules and were obviously designed to apply only to purely Brazilian or domestic arbitrations".

²⁹ Von Mehren, A. T., International Commercial Arbitration and the Conflict of Laws, The American Review of International Arbitration, 1992, vol. 3, 60. Furthermore, international commercial arbitration has become increasingly distinguished by its independence from every national legal systems. Consequently, the existence of its own discipline emerged "selon une démarche caractéristique de la représentation de l'arbitrage admettant l'existence d'un ordre arbitral autonome". See Gaillard, E., Aspects Philosophiques du Droit de l'arbitrage International, Recueil des Cours, 2008.

³⁰ In the case Mitsubishi Motors Corporation (Japan) v. Soler Chrysler-Plymouth Inc. (U.S.), U.S. Supreme Court, 2 July 1985, (Yearbook Commercial Arbitration, 1986, vol. 11, 555): "The international arbitration tribunal owes no prior allegiance to the legal norms of particular states; hence, it has no direct obligation to vindicate their statutory dictates".

One of these is represented by Article 1044 of the Dutch Code of Civil Procedure³¹ which envisages the recourse by the arbitral tribunal to the mechanisms for ascertaining the foreign law provided for by the European Convention on Information on Foreign Law of 1968.

Another one is Section 27, par. 2, of the Danish Arbitration Act³² and a third is Article 34, par. 1 and 2. lett. (g), of the 1996 English Arbitration Act.³³

Like national laws, also arbitral regulations do not dwell on this issue. However, some exceptions are represented, for example, by Article 22, par. 1, (iii), of LCIA Rules³⁴, by Article 27, par. 1, of the Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce³⁵ and by Article 21 of ICC Rules³⁶.

Anyway, the lack of specific indications may be replaced by the activity of the parties. If, on the one hand, it is highly infrequent that the parties include in the contract any instructions about how the arbitral tribunal will have to proceed with the determination of the content of the applicable law, on the other, it may happen that the parties come to an agreement during the arbitration proceedings, perhaps with the help and cooperation of the arbitral panel.³⁷

However, it is much more likely that the arbitrators decide how to ascertain the content of the applicable law without any indication or legislative and/or regulatory aid.

The wide freedom granted to arbitrators highlights that a fault in the application of the law might not be deemed a sufficient reason to deny recognition or enforcement of an award according to

³¹Article 1044 of the Dutch Code of Civil Procedure states that: "Request for information on foreign law: 1. The arbitral tribunal may, through the intervention of the President of the District Court at The Hague, ask for information as mentioned in article 3 of the European Convention on Information on Foreign Law, concluded in London, 7 June 1968. The President shall unless he considers the request to be without merit, send the request without delay to the agency mentioned in article 2 of said Convention and notify the arbitral tribunal thereof. 2. The arbitral tribunal may suspend the proceedings until the day on which it has received the answer to its request for information".

³²Section 27, par. 2, of the Danish Arbitration Act says: "If the arbitral tribunal considers that a decision on a question of European Union law is necessary to enable it to make an award, the arbitral tribunal may request the courts to request the Court of Justice of the European Communities to give a ruling thereon".

³³Article 34 of the 1996 English Arbitration Act states that: "[par. 1] It shall be for the tribunal to decide all procedural and evidential matters, subject to the right of the parties to agree any matter. [par. 2] Procedural and evidential matters include [lett. (g)] whether and to what extent the tribunal should itself take the initiative in ascertaining the facts and the law".

³⁴Article 22 of LCIA Rules: "[par. 1] The arbitral tribunal shall have the power, upon the application of any party or upon its own initiative, but in either case only after giving the parties a reasonable opportunity to state their views [...] the arbitral tribunal may decide [lett. (c)] to conduct such enquiries as may appear to the arbitral tribunal to be necessary or expedient, including whether and to what extent the arbitral tribunal should itself take the initiative in identifying relevant issues and ascertaining relevant facts and the law(s) or rules of law applicable to the arbitration agreement, the arbitration and the merits of the parties' dispute".

³⁵Article 27 of the Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce: "The arbitral tribunal shall decide the merits of the dispute on the basis of the law(s) or rules of law agreed upon by the parties. In the absence of such agreement, the arbitral tribunal shall apply the law or rules of law that it considers most appropriate".

³⁶Article 21 of ICC Rules says: "[par. 1] The parties shall be free to agree upon the rules of law to be applied by the arbitral tribunal to the merits of the dispute. In the absence of any such agreement, the arbitral tribunal shall apply the rules of law which it determines to be appropriate. [par. 2] The arbitral tribunal shall take into account of the provisions of the contract, if any, between the parties and of any relevant trade usages".

³⁷*Kaufmann-Kohler, G.*, supra note 22, Author suggests: "The parties shall establish the content of the law applicable to the merits. The arbitral tribunal shall have the power, but not the obligation, to conduct its own research to establish such content. If it makes use of such power, the tribunal shall give the parties an opportunity to comment on the results of the tribunal's research. If the content of the applicable law is not established with respect to a specific issue, the arbitral tribunal is empowered to apply to such issue any rule of law it deems appropriate". Furthermore, it may always happen that the parties, when ascertaining the content of the applicable law is difficult, decide to adjust their agreement.

the New York Convention.³⁸ Hence, an award will be hardly questionable simply because the arbitral panel erred in ascertaining the contents of the applicable law.

Therefore, trying to answer if the referee should know the law (or, "*iura novit arbiter?*"), it should be considered that the arbitrators are entrusted with the power-duty to ascertain the contents of the applicable law, as, moreover, it seems, for example, confirmed by the same provisions regarding the applicable law to contractual obligations (i.e., Rome I) albeit within the limits referred to in Article 1, paragraph 3, of Regulation (EC) no. 593/2008.

Whence, considering the logic of the procedure and the structure of the arbitration syllogism, it is excluded that the content of the law may be equated with a factual issue.³⁹

Besides, in recent decades we have witnessed a powerful harmonizing wave in different Countries, describable as "globalization of arbitration".⁴⁰ It evolves with the New York Convention and went ahead with UNCITRAL Arbitration Rules, the Model Law, the regulation of many arbitration institutions and various relevant national laws.

This convergence of disciplines has proved to be a valuable tool for the appearance of a standard or, better, an international arbitration procedure.⁴¹ This "globalization" should not surprise: international arbitration represents a place where actors with distant backgrounds meet and work with the common purpose of resolving a dispute.

From this perspective, highlighting a further peculiarity of international commercial arbitration is required: arbitration panels ought to bear in mind that they are dealing with international disputes and interpret the rule of law also in light of international practice and, above all, give the maximum possible effect to the intentions of the parties. Sometimes, the freedom of arbitrators – and, consequently, the flexibility of arbitration – goes even further. Indeed, if the parties have referred to the common international commercial practice, the arbitrators may or should also decide to apply the rules included in the so-called *lex mercatoria*.⁴²

Another aspect to be underlined is that "arbitrators attempting to ascertain the contents of applicable law should bear in mind that the rules governing the ascertainment of the contents of law by national courts are not necessarily suitable for arbitration [...] in particular, arbitrators should not rely on unexpressed presumption[s]".⁴³

Among these, for example, if it was not possible to ascertain the content of the applicable law, then it will not be extended to the arbitration the presumption of identity of such content with those of the

³⁸The New York Arbitration Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, New York, 10 June 1958, available at <<http://www.newyorkconvention.org/>>. Last visited: 16.06.2018.

³⁹*Carbone, S. M., Iura novit curia e arbitrato commerciale internazionale, Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, 2010, No. 2, 353.

⁴⁰*Kaufmann-Kohler, G., Globalization of Arbitral Procedure, Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 2003, vol. 36.2, 1331.

⁴¹On this topic, in particular, see: *Baum, A., Reconciling Anglo-Saxon and Civil Law procedure: the Path to a Procedural lex arbitrationis, Law of International Business and Dispute Settlement in the 21st Century, Liber amicorum Karl-Heinz Backstiegel, Koln*, 2001, 21; *Boris, C., The Reconciliation of Conflicts Between Common Law and Civil Law Principles in the Arbitration Process, Frommel, S. N, Rider, B. A. K., Conflicting Legal Cultures in Commercial Arbitration, The Hague*, 1999, 1; *Caldwell, S., Arbitration Procedures: Harmonisation of Basic Notions: Differing Approaches, Globalization and Harmonization of the Basic Notions in International Arbitration, IFCIAI Conference, Honk Kong International Arbitration Centre*, 1996, 101.

⁴²About *lex mercatoria*, see *Gaillard, E., Thirty Years of lex mercatoria: Towards the Selective Application of Transnational rules, ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, October 1995, Vol. 10, issue 2, 208.

⁴³Recommendation No. 4, Resolution No. 6/2008, Conference of the International Law Association in Rio de Janeiro, 2008, see *supra* footnote no. 14.

lex fori: and this is due to the crucial reason that, as already mentioned, in international commercial arbitration there is no foreign law and there is no a real and effective jurisdiction able to exclude any possible connection with a national legal system.⁴⁴

In those cases, the motto *iura novit arbiter* allows the arbitrators to apply *ex officio* the principles and rules usually arisen in the ambit of the *lex mercatoria* "selon une démarche caractéristique de la représentation de l'arbitrage admettant l'existence d'un ordre arbitral autonome".⁴⁵

V. The balance between the applicable law and legal findings raised *motu proprio* by the arbitrators

Even though great flexibility is granted to the arbitrators for the determination of the content of the applicable law, it is to be remarked that this power could be strengthened or circumscribed with a clear and precise agreement of the parties.

However, as already mentioned and as noted during the International Law Association Conference⁴⁶, the parties are hardly inclined to include precise recommendations and instructions about how the arbitration panel will have to ascertain the content of the specific rules and/or the discipline concretely applicable to the dispute.⁴⁷

Indeed, the attitude of businessmen is usually more focused on the strictly economic clauses, such as, for example, the price, the quantity, quality and delivery of goods, rather than on the legal elements.⁴⁸

Nevertheless, even without an (accurate) *electio iuris* made by the parties, the effects of the principle *iura novit arbiter* cannot be considered to be entirely devoid of limits.

Indeed, the arbitrators' wide discretion should be balanced with the general principle of *due process*, as well as the ensuing limit of *no surprise*.

Article 9.1, lett. (b), of the Geneva Convention⁴⁹ guarantees the parties the opportunity to present their own cases (i.e., to support their reasons) within the arbitral proceedings: in other words, the arbitration panel should not surprise a party (or the parties) by applying *ex officio* a provision to which the parties have not referred to or, anyway, unpredictable and unforeseeable.

Therefore, if the arbitral tribunal considers that the dispute should be decided through legal findings and/or by applying rules different than those invoked by the parties, then it ought to inform the parties to avoid surprising them.⁵⁰

These situations may arise, for example, when and if the arbitrators deem that the dispute should not be decided in accordance with the provisions of the contract or with the law chosen by the parties, but on the basis of a totally different body of rules: the principle of due process requires that the arbitral tribunal notify the parties and give them full chance to present their reasons. Similarly, it could happen that, due to the peculiar perspective of *iura novit curia* within the international arbitration, the arbitrators consider *lex mercatoria* as applicable law even if this is

⁴⁴ Carbone, S. M., supra note 38.

⁴⁵ *Ex pluribus*, Lew, J. D. M., Achieving the dream: Autonomous Arbitration, Arbitration International, 2006, 179.

⁴⁶ De Ly, F., Friedman, M. W., Di Brozolo, L. G. R., supra note 14.

⁴⁷ Carbone, S. M., supra note 38, 360.

⁴⁸ Borroni, A., supra note 20.

⁴⁹ Article 9.1, lett. (b), of the Geneva Convention: "[...] the party requesting the setting aside of the award [...] was otherwise unable to present his case"; similarly, Article 18 of Uncitral Model Law on International Commercial Arbitration: "The parties shall be treated with equality and each part shall be given a full opportunity of presenting his case" and Article 22, par. 4, of ICC Rules: "In all cases, the arbitral tribunal shall act fairly and impartially and ensure that each party has a reasonable opportunity to present its case".

⁵⁰ Tunik, D. E., Default Proceedings in International Commercial Arbitration, International Arbitration Law Review, vol. I, issue 2, 1998, 90.

not expressly mentioned, nor elected by the parties: again, the arbitral tribunal should inform the parties in order to give them a chance to present their reasons on this extremely delicate point.

VI. Duty of information or discretion of information: a short comparative analysis

However, arbitration courts do not always abide by this "duty of information" and its consequences may be different among various jurisdictions and this seems to be due to a still far-reaching harmonization between legislation as well as between arbitration rules.

In 2016 the Court of Appeal of Paris, in the case *Republic of Madagascar v. De Sutter P. et al.* quashed an ICC award (of 29 August 2014) because the arbitral tribunal had based its decision on legal findings which were not invoked by the parties and without giving them the opportunity of exposing their views.⁵¹

This decision did not distance from other prior judgments of the French courts which, actually, had gone even further in limiting the rule *iura novit arbiter* and in recognizing a more intense defense of the due process: the Court of Appeal of Paris, in the case *Gouvernement de la République Arabe d'Égypte et al. v. Malicorp Ltd.*⁵², and the French Supreme Court, in the case *Overseas Mining Investment Ltd. v. Commercial Carribean Niquel*, ruled by giving maximum extent to the adversarial principle even when the legal issues raised *motu proprio* by the arbitral tribunal were not really unpredictable because even "si les arbitres n'ont effectivement pas l'obligation de soumettre au préalable leur motivation à une discussion contradictoire, ils doivent cependant respecter le principe de la contradiction".⁵³

In Switzerland, however, the Swiss Federal Court, on several occasions, has rejected challenges against awards rendered in the absence of a full discussion on the legal issues as, among others, in the well-known *Tvornica* case: "In Switzerland, the right to be heard concerns particularly, factual findings. The parties' right to be invited to express their position on legal issues is recognized only to a limited extent. Generally, accordingly to the principle *iura novit curia*, state or arbitral tribunals are free to assess the legal relevance of factual findings and they may adjudicate based on different legal grounds from those submitted by the parties".⁵⁴

This position has been shared by the Italian legislator: according to articles 112 and 113 of the Italian Code of civil procedure, "nel pronunciare sulla causa, il giudice deve seguire le norme del diritto". This provision generically refers to all "the law" and not only to those rules invoked by the parties.

Therefore, the Court (either national or arbitral) may apply the most suitable "piece of law" as well as adjust the *nomen iuris* independently of parties' initiatives.⁵⁵

With the new second paragraph of article 101 of the Italian Code of civil procedure⁵⁶, which certainly has to be combined with the fourth paragraph of article 183⁵⁷, to avoid the so-called "sentenze della

⁵¹Cour d'Appel de Paris, Pôle 1 – Chambre 1, Arrêt du 15 mars 2016, R.G. No. 14/19164. Available at <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7208.pdf>>. Last visited 16.06.2018.

⁵²Cour d'Appel de Paris, Arrêt du 19 juin 2008, R.G. No. 06/17901. Available at <<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000019225667>>. Last visited 16.06.2018.

⁵³Cour de Cassation, I chambre civile, Arrêt No. 785 du 29 juin 2011, R.G. No. 10/23321. Available at <https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/premiere_chambre_civile_568/785_29_20477.html>. Last visited 16.06.2018.

⁵⁴ Quoted in *Geradin, D., Villano, E. P.*, "Iura Novit Curia Stealing the Limelight (Again)", *Kluwer Arbitration Blog*, 22 april 2016. Available at <<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2016/04/22/iura-novit-curia-stealing-the-limelight-again/>>. Last visited 16.06.2018.

⁵⁵ See, Cassazione Civile, Sez. II, judgment no. 17075 of 24.08.2015. Available at <<http://www.eclegal.it/iura-novit-curia-non-contestazione-in-appello-contraddittorio/>>. Last visited 16.06.2018.

⁵⁶Article 101, paragraph 2, of the Italian Code of civil procedure: "Se ritiene di porre a fondamento della decisione una questione rilevata d'ufficio, il giudice riserva la decisione, assegnando alle parti, a pena di nullità, un termine, non inferiore a venti e non superiore a quaranta giorni dalla comunicazione, per il deposito in cancelleria di memorie contenenti osservazioni sulla medesima questione", paragraph added with the Law No. 69 of 18 June 2009.

terza via", if a crucial question has been raised *ex officio*, the Court is now forced to invite the parties to present their observations.

By only partially innovating concerning the traditional approach, the Italian Supreme Court is rather constant in considering that the judge ought to incite the adversarial discussion between the parties only if the issue (raised *ex officio*) concerns factual findings or mixed factual and legal findings.⁵⁸

This approach is certainly applicable also to arbitration: in Italy, *ex* article 822 of the Code of civil procedure, also the arbitrator "decides according to the rules of law", unless the parties have opted for an arbitrator acting as amiable compositeur.

Consequently, it could be assumed that, in international arbitration practice, if an arbitrator applies, as he must, the governing law, beyond the submissions of the parties, there will be no case for an annulment of the award.⁵⁹

However, it should be mentioned a *dictum* of the Swiss Federal Tribunal which, for the first time, quashed an award despite the adage *iura novit curia*.⁶⁰

In this case, the Federal Tribunal, indeed, found fault with the arbitrators, as they relied on a contractual clause which the parties had not discussed. Thus, it is not a matter of substantive law but that the law is being applied without the parties' being able to make their submission on that substantive law.⁶¹

Summing up, therefore, it is possible to argue that in the field of international commercial arbitration, there is not a shared one-size-fits-all solution concerning the principle *iura novit arbiter* and arbitral tribunals still need to carefully balance the pros and cons of dealing with it in order to ensure due process and to render an enforceable award.

To achieve these goals, the international arbitration practice seems to suggest to the arbitrators not to base their awards on legal issues completely unpredictable and unforeseeable for the parties.

Again, ILA Recommendations could be useful since they support a proactive attitude of the arbitration panel that should encourage the discussion between the parties also about legal issues raised *ex officio* by giving them a reasonable opportunity to present their submissions.⁶²

The recent Arbitration Rules of the Court of Arbitration at the Polish Chamber of Commerce (i.e., PCC Rules), contains, probably the most courageous and ambitious provision on this point: "An

⁵⁷ Article 183, paragraph 4, of the Italian Code of Civil Procedure: "Nell'udienza di trattazione ovvero in quella eventualmente fissata ai sensi del terzo comma, il giudice richiede alle parti, sulla base dei fatti allegati, i chiarimenti necessari e indica le questioni rilevabili d'ufficio delle quali ritiene opportuna la trattazione".

⁵⁸ See, *ex multis* Cassazione civile No. 2984/2016, conf. No. 8936/2013, quoted in Codice di Procedura Civile Studium, a cura di Luigi Tramontano, La Tribuna, 2018.

⁵⁹ Lévy, L., *Iura novit curia?* The Arbitrator's Discretion in the application of the Governing Law, Kluwer Arbitration Blog, 20 March 2009.

⁶⁰ Swiss Federal Tribunal, Judgment of 9 February 2009, Case reference No. 4A_400/2008, available at <www.bger.ch>, last visited 16.06.2018.

⁶¹ Lévy, L., *supra* note 59.

⁶² ILA Recommendations No. 6-7-8: "6. In general, [...] arbitrators should not introduce legal issues – propositions of law that may bear on the outcome of the dispute – that the parties have not raised; 7. Arbitrators are not confined to the parties' submissions about the content of applicable law. [...] arbitrators may question the parties about legal issues the parties have raised and about their submissions and evidence on the contents of the applicable law, may review sources not invoked by the parties relating to those legal issues and may, in a transparent manner rely, on their own knowledge as to the applicable law as it relates to those legal issues; 8. Before reaching their conclusions and rendering a decision or an award, arbitrators should give parties a reasonable opportunity to be heard on legal issues that may be relevant to the disposition of the case. They should not give decisions that might reasonably be expected to surprise the parties, or any of them, or that are based on legal issues not raised by or with the parties".

award may not be based on legal grounds different from those relied on by either of the parties, unless the Arbitral Tribunal notifies the parties in advance and gives them an opportunity to be heard concerning such legal grounds".⁶³

Less ambitious, also the regulation of the Milan Chamber of Commerce considers this issue, even if limited to the law applicable to the proceedings: "In any case, the principles of due process and equal treatment of the parties shall apply".⁶⁴

In spite of the poor legislative and regulatory production on this specific profile of the *iura novit arbiter* and, consequently, the unlikelihood of identifying a procedural harmonization, on the one hand, there is again no reason to fail to give appropriate warning to the parties and give them a full opportunity to make their own submissions and, on the other hand, it is advisable for a tribunal to grant itself the power to decide on the applicable law through any terms of reference agreed to with the parties.⁶⁵

From an extremely practical point of view, the parties should reach an agreement as early as possible, maybe already at the first hearing. A model of wording could be the following: "The arbitral tribunal is to resolve all issues of fact and law that shall arise from the claims and counterclaims and pleadings as duly submitted by the parties, including, but not limited to, the following issues, as well as any additional issues of fact or law which the arbitral tribunal, in its own discretion, may deem necessary to decide upon rendering an arbitral award in the present arbitration".⁶⁶

VII. *Iura novit arbiter* in investment treaty arbitration

A short analysis of the relevant features of the principle *iura novit arbiter* also within the ambit of the investment treaty arbitrations might be useful.

First of all, since an investment treaty arbitration is always an arbitral process, it should be stressed that there are no substantial differences concerning the autonomy of the parties, namely the cornerstone of the discipline of the law applicable to the arbitration. This choice, indeed, even in the investment treaty arbitration, is referred to as the parties.⁶⁷

Concerning the identification of the applicable law, it is necessary to spend a few more words and to give some clarification because there might be practical consequences that should be considered.

In the investment treaty arbitration, the parties to the treaty are to be distinguished from the parties of the arbitral process. Indeed, the first are the contracting States, while the latter is one of the contracting state and an investor from the other contracting State.

Therefore, the arbitration agreement contained in an investment treaty, as well as the relevant choice-of-law clause, are deemed to be stipulated by the contracting States for the benefit of their investors.⁶⁸

⁶³ Chapter II "General provisions", § 6, No. 2. Available at <www.sakig.pl>. Last visited 16.06.2018.

⁶⁴ Article 2, par. 3, available at <www.camera-arbitrale.it>. Last visited 16.06.2018.

⁶⁵ *Waincymer, J.*, supra note 14.

⁶⁶ *Carter, J. H.*, Right and Obligations of the Arbitrator, *Dispute Resolution Journal*, 1997, Vol. 52, No. 1.

⁶⁷ For example, the first part of Article 42, par. 1, of ICSID Convention states that: "The tribunal shall decide a dispute in accordance with such rules of law as may be agreed by the parties".

⁶⁸ This situations was supposed during the negotiations of the Washington Convention of 1965: "The Chairman remarked that [...] it was likewise open to the parties to prescribe the law applicable to the dispute. Either stipulation could be included in an agreement with an investor, in a bilateral agreement with another State, or even in a unilateral offer to all investors, such as might be made through investment legislation". See Summary record of proceedings, Addis

Hence, any agreed mechanism in the arbitration agreement, including the law applicable to the dispute, is deemed to be chosen directly by the parties to the arbitration. This assumption is nothing more than the implementation of the dissociated nature of consent to arbitration in investment treaty arbitration: although the consent to arbitration is dissociated in time, the parties to the arbitration are still presumed to have given their common consent to arbitration at the time the investor accepts the host State's general consent by filing the request for arbitration.⁶⁹

This peculiar mechanism of the investment treaty arbitration is today well established. Ex multis, in the case *Goetz v. Burundi*, the arbitral tribunal remarked that: “[u]ndoubtedly, has not been determined here, strictly speaking, by the parties to this arbitration (Burundi and the investors), but rather by the parties to the Bilateral Treaty (Burundi and Belgium). As was the case with the consent of the parties, the Tribunal deems nevertheless that Burundi accepted the applicable law as determined in the above provision of the Bilateral Treaty by becoming a party to this Treaty, and that claimants did the same by filing their request for arbitration based on the Treaty”.⁷⁰

However, if, on the one hand, the parties often fail in determining the applicable law, on the other hand, in the vast majority of cases, even in investment treaties there is not a clear choice of law.⁷¹

Therefore, the spotlight is to be turned on possible scenarios related to the ascertainment of the applicable law in the absence of the parties' agreement also within an investment treaty arbitration. In other words, as before, the question is whether (and to what extent) the principle *iura novit arbiter* is suitable for investment treaty arbitrations.

Already in 1979 in the case *BP Exploration Co. (Lybia) v. The Government of the Libyan Arab Republic*, the tribunal, fully recognizing the rule *iura novit arbiter*, stated that “an arbitrator is both entitled and compelled to undertake an independent examination of the legal issue deemed relevant by it, and to engage in considerable legal research going beyond the confines of the materials relied upon by the claimant”.⁷²

Conversely, in the case *MINE v. Republic of Guinea*⁷³, the *ad hoc* annulment committee identified a manifest excess of the power of the tribunal and, consequently, a limitation to the *iura novit arbiter* in the ambit of investment treaty arbitration, when the arbitration panel applies legal issues outside the law applicable to the dispute.⁷⁴

In 2006 another *ad hoc* annulment committee again re-extended the potential application of the principle *iura novit arbiter* in investment treaty arbitration: “[the arbitral tribunal], strictly

Ababa Consultative meetings of legal experts, December 16-20, 1963, II Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States, Documents concerning the origin and the formulation of the Convention, ICSID Publication 1968, Vol. II, part. 1, 267. Available at <<https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/History%20of%20ICSID%20Convention%20-%20VOLUME%20II-1.pdf>>. Last visited 16.06.2018.

⁶⁹ *Baniġatemi, Y.*, *The Law Applicable in Investment Treaty Arbitration, Arbitration under International Investment Agreements: a Guide to the Key Issues*, chapter 9, *Yannaca-Small, K.* (ed.), Oxford University Press, 2010.

⁷⁰ ICSID Case No ARB/95/3, *Antoine Goetz and others v. Republic of Burundi*, award of 10 February 1999, available at http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C151/DC537_Fr.pdf, last visited 16.06.2018.

⁷¹ For an interesting statistics, see Parra, A., *Applicable Law in Investor-State Arbitration*, *Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation*, The Fordham Papers 2007, 2008.

⁷² Sole arbitrator Mr. *Lagergren*, 53 ILR 297.

⁷³ ICSID Case no. ARB/84/4, *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, available at <http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C136/DC674_En.pdf>. Last visited 16.06.2018.

⁷⁴ The committee found: “Thus, a tribunal's disregard of the agreed rules of law would constitute a derogation from the terms of reference within which the tribunal has been authorized to functio. Examples of such a derogation include the application of rules of law other than the ones agreed by the parties, or a decision not based on any law unless the parties had agreed on a decision *ex aequo et bono*”.

speaking, is not subject to any obligation to apply a rule of law that has not been adduced, this is but an option [...]”.⁷⁵

Hence, unfortunately, it appears that the investment treaty arbitral decisions expressly or implicitly addressing *iura novit curia* deal with the issue cursorily, providing little analysis and scant support.⁷⁶

Anyhow, the rule that aims at preventing unforeseeable decision (i.e., no surprise) emerges like an everstronger requirement also in the ambit of the investment treaty arbitration. For example, in the case *Bogdanov v. Moldova*, the sole arbitrator states that arbitral tribunals should avoid that parties be “surprised by the consideration of legal issues that were not taken into consideration in the proceedings”.⁷⁷

VIII. Conclusions: the importance of harmonized best practices to prevent surprising decisions

Both in the field of international commercial arbitration and in that of investment treaty arbitration, undeniable reasons of opportunity, in any case, suggest to the parties to agree on an arbitral clause.

As it has already shown in the previous pages, the protection of the parties (above all the weaker ones) implies the safeguard from the risk of unpredictable decisions. Therefore, since the not yet balanced functioning of the principle *iura novit arbiter*, it is advisable to take care of this issue from the negotiations of the arbitration clause.

A lawyer, better if a comparative one⁷⁸, indeed, may play the role of a sort of architect able to help the parties in designing an appropriate and safe contractual path, namely a business project complete with all those legal elements rarely considered by the businessmen.

Then, it would be useful to provide, within the arbitration clause, the opportunity for the parties to present their submissions within a defined period; or the opportunity (but also the burden) to present their submissions orally within the first subsequent hearing.

To conclude, in the opinion of this author, it is endorsable the consideration that arbitration is a service industry the further development of which is dependent on the trust and consent of its users. They are more likely to accept an arbitral tribunal's decision if they can follow the rationale and are not surprised by a justification on legal grounds that they have not raised.⁷⁹

⁷⁵ ICSID Case no. ARB/99/7, *Mr. Patrick Mitchell v. The Democratic Republic of Congo*. Available at <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0537.pdf>>. Similarly, in the case *CME Czech Republic B.V. v. Czech Republic*: “this does not mean that a tribunal is bound to research, find and apply national law which has not been argued or referred to by the parties and has not been identified by the parties and the Tribunal to be essential to the Tribunal's decision“, issued in Stockholm, Swede, in the *Uncitral Arbitration Proceedings*. Available at <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0180.pdf>>. Last visited 16.06.2018.

⁷⁶ *Bigge, D. M.*, *Iura novit curia in Investment Treaty Arbitration: May? Must?*“, *Kluwer Arbitration Blog*, 29 December 2011.

⁷⁷ *Bogdanov v. Moldova*, *Stockholm Chamber of Commerce, SCC Case No. 93/2004*, quoted in *Bigge, D.M.*, *supra* note 75.

⁷⁸ As noted by *Borroni, A.*, “*Neo-Contractualism and Comparative Law*“, *supra* footnote 20, in the growing high specialization of law firms, “academic comparative lawyers emerged as specialists [...] for [their] attitude to understand a legal system and to be able to make the international or transnational collaboration possible“.

⁷⁹ *Wiśniewski C., Zielińska, A.*, *Who Should Know the Law: The Arbitrators or the Parties?* *Kluwer Arbitration Blog*, 3 October 2016.

Bibliography

1. *Banifatemi, Y.*, The Law Applicable in Investment Treaty Arbitration, Arbitration under International Investment Agreements: A Guide to the Key Issues, chapter 9, *Yannaca-Small, K.* (ed.), Oxford University Press, 2010.
2. *Baum, A.*, Reconciling Anglo-Saxon and Civil Law procedure: The Path to a Procedural *lex arbitrationis*, Law of International Business and Dispute Settlement in the 21st Century, Liber amicorum Karl-Heinz Backstiegel, Koln, 2001.
3. *Bigge, D.M.*, *Iura novit curia* in Investment Treaty Arbitration: May? Must? Kluwer Arbitration Blog, 29 December 2011.
4. *Boris, C.*, The Reconciliation of Conflicts Between Common Law and Civil Law Principles in the Arbitration Process, *Frommel, S. N.* and *Rider, B. A. K.*, Conflicting Legal Cultures in Commercial Arbitration, The Hague, 1999.
5. *Born, G.*, International Commercial Arbitration – Commentary and Materials, New York, 2006.
6. *Borroni, A.*, Neo-Contractualism and Comparative Law, published for the Essays in Honor of *Saul Litvinoff's*, ed. Moreteau, Romanach, Zuppi, 2008.
7. *Bryant, A. C.*, Foreign Law as Legislative Fact in Constitutional Cases, in 2011 BYU L. Rev.
8. *Calamandrei, P.*, Il giudice e lo storico, in Studi sul processo civile.
9. *Caldwell, P. S.*, Arbitration Procedures: Harmonisation of Basic Notions: Differing Approaches, Globalization and Harmonization of the Basic Notions in International Arbitration, IFCAI Conference, Honk Kong International Arbitration Centre, 1996.
10. *Carbone, S. M.*, *Iura novit curia* e arbitrato commerciale internazionale, in Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale, 2010, No.2.
11. *Carter, J. H.*, Right and Obligations of the Arbitrator, Dispute Resolution Journal, 1997, Vol. 52, No. 1.
12. *De Ly, F., Friedman, M. W., Di Brozolo, L. G. R.*, Ascertaining the Contents of the Applicable Law in International Commercial Arbitration", International Law Association, Committee on International Commercial Arbitration, Report for the Biennial Conference in Rio de Janeiro, 2008, 17, Arbitration International, vol. 26, issue 2, 1 June 2010.
13. *Derains, Y.*, Observations, in Revue de l'arbitrage, 1998,
14. *Franchi, G.*, La Perizia Civile, Padova, 1957/9.
15. *Gaillard, E.*, Aspects Philosophiques du Droit de l'arbitrage International, in Recueil des Cours, 2008.
16. *Gaillard, E.*, Thirty Years of *lex mercatoria*: Towards the Selective Application of Transnational rules, ICSID Review – Foreign Investment Law Journal, October 1995, Vol. 10, issue 2.
17. *Geradin, D. Villano, E.P.*, *Iura Novit Curia* Stealing the Limelight (Again), Kluwer Arbitration Blog, 22 april 2016.
18. *Kaufmann-Kohler, G.*, Globalization of Arbitral Procedure, Vanderbilt Journal of Transnational Law, 2003, vol. 36.2.
19. *Kaufmann-Kohler, G.*, The Arbitrator and the Law: Does he/she Know it? Apply it? How? And a Few More Questions, in Arbitration International, 2005, vol. 21, No. 4.
20. *Lévy, L.*, *Iura novit curia*? The Arbitrator's Discretion in the application of the Governing Law", Kluwer Arbitration Blog, 20 March 2009.
21. *Lew, J. D. M.*, Achieving the dream: Autonomous Arbitration, Arbitration International, 2006.
22. *Mayer, P.*, Reflections on the International Arbitrator's Duty to Apply the Law, in LCIA Arbitration International, 2001, vol. 17, No. 3.
23. *Melendo, S. S.*, El Juez y el Derecho, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1957.
24. *Mosconi, F., Campiglio, C.*, Diritto Internazionale Privato, Utet Giuridica, 2006.
25. *Parra, A.*, Applicable Law in Investor-State Arbitration, Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation, The Fordham Papers 2007, 2008.
26. *Rotem, Y.*, Foreign law as a distinctive fact – To Whom Should the Burden of Proof be Assigned, in Chigago Journal of International Law, 2014, vol. 14, No. 2.

-
27. *Rubino Sammartano, M.*, International Arbitration Law and Practice, third edition, 2014.
 28. *Rubino Sammartano, M.*, L'arbitrato Internazionale, 198/79.
 29. *Sommerich, O. C., Busch, B.*, The Expert Witness and the Proof of Foreign Law, in 38 Cornell L.Q. 125, 1953.
 30. Summary record of proceedings, Addis Ababa Consultative Meetings of Legal Experts, December 16-20, 1963, II Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States, Documents Concerning the Origin and the Formulation of the Convention, ICSID Publication 1968, Vol. II, part. 1.
 31. *Tunik, D. E.*, Default Proceedings in International Commercial Arbitration, in International Arbitration Law Review, vol. I, issue 2, 1998.
 32. *Von Mehren, A. T.*, International Commercial Arbitration and the Conflict of Laws, in The American Review of International Arbitration, 1992, vol. 3.
 33. *Waincymer, J.*, International Arbitration and the Duty to Know the Law, in Journal of International Arbitration, 2011, vol. 28, issue 3.
 34. *Wiśniewski, C., Zielińska, A.*, Who should Know the Law: The Arbitrators or the Parties? in Kluwer Arbitration Blog, 3 October 2016.

სავალდებულო ინფორმაციის ავტომატური გაცვლა საგადასახადო სფეროში შესატყობინებელ სასაზღვრო ღონისძიებებთან დაკავშირებით. ევროპული კავშირის 6804/18 დირექტივის ანალიზი

აბსტრაქტი

განსაკუთრებით, ბოლოდროინდელი სკანდალების შედეგად, რომლებმაც გამოკვეთა გადასახადებისათვის თავის არიდების/გადასახადების თავიდან აცილების ფენომენი, კერძოდ, „პანამის დოკუმენტები“ (Panama Papers) და „სამოთხის დოკუმენტები“ (Paradise Papers), საერთაშორისო დონეზე, საკმაოდ საგრძნობია საკუთარი კლიენტებისათვის სასაზღვრო სქემების დამპროექტებელი შუამავლების მიერ ოფშორულ კომპანიებს შორის ან მათი მეშვეობით აქტივების დანაწილების შესახებ [ინფორმაციას] სავალდებულო გამჟღავნების ვალდებულების აუცილებლობა. ეს კომპლექსური სასაზღვრო სქემები ხელს უწყობს გადასახადებისაგან თავის არიდებას, საგადასახადო თაღლითობას და ფულის გათეთრებას, რადგან თითოეული საგადასახადო იურისდიქციის ფარგლებში ფასდება სისტემის ნაწილი.

ამ სცენარის გათვალისწინებით, გადასახადების თავიდან აცილების/გადასახადებისათვის თავის არიდების საწინააღმდეგოდ და ევროპული კავშირის წევრი სახელმწიფოების ორგანოებს შორის ინფორმაციის გაცვლასთან დაკავშირებით გამჭვირვალობის ხარისხის ამაღლებისათვის წესთა ერთობლიობის დასადგენად წარდგენილ იქნა ევროპული კავშირის 6804/18 დირექტივა. მისი ძალაში შესვლის მომენტიდან არსებობს იმ შუამავლების ვალდებულება, რომლებიც კლიენტებს სთავაზობენ და ახდენენ ტრანსნაციონალური ფინანსური სქემები კომერციალიზაციას გადასახადებისათვის თავის არიდების მიზნით, რომ შეატყობინონ ასეთი მექანიზმების არსებობა იმ წევრი სახელმწიფოს საგადასახადო ორგანოებს, რომლებსაც ისინი განეკუთვნებიან. თავის მხრივ, ზემოხსენებული წევრი სახელმწიფოების ორგანოები, დირექტივის მიხედვით, იქნებიან ვალდებული, გაცვალონ ეს ინფორმაცია ერთმანეთში, რათა გაზარდონ კონსულტანტთა და საგადასახადო დამგეგმავთა საქმიანობაზე კონტროლი, მიუხედავად რისკის გარდაუვალობისა.

1. შესავალი

გადასახადებისათვის თავის არიდების/გადასახადების თავიდან აცილების წინააღმდეგ ბრძოლა არის საკითხი, რომელიც დამოუკიდებლად ვერ მოახდენს გავლენას მხოლოდ ცალკეულ სახელმწიფოებზე. ეს არის გლობალური ფენომენი და მას უნდა მივუდგეთ მკაცრი წესების გამოყენებით საერთაშორისო და რეგიონულ დონეზე.

უფრო კონკრეტულად, საინტერესოა, რა გაკეთდა ამ საკითხზე ევროპული კავშირის მიერ. ამ კონტექსტში, გადასახადებისათვის თავის არიდების/გადასახადების თავიდან აცილების² ფენომენის საწინააღმდეგო ზომების მიღებისაკენ მიმავალი ბილიკი, საკმაოდ გრძელია და ბევრი სირთულეზე გადის.

¹ *ლოჯი ვანვიტელის* სახ. კამპანიის უნივერსიტეტის, *ჟან მონეს* პოლიტიკურ მეცნიერებათა განყოფილების დოქტორანტი შედარებით კერძო სამართალში.

² *Saxunova, D., Sulikova R., Szarkova, R., Tax Management Hierarchy – Tax Fraud and a Fraudster, Management International Conference, 2017, 633-644.* ეკონომიკური თანამშრომლობისა და განვითარების ორგანიზაციის (OECD) დეფინიციის მიხედვით, თავის არიდება არის კანონსაწინააღმდეგო ქვევა, შემდგარი ყველა იმ უკანონო მეთოდისაგან, რომლებიც მიზნად ისახავს გადასახადებისა და დაბეგვრის შემცირებას ან აღმოფხვრას. ეს ხდება ისეთ შემთხვევებში, როდესაც გადასახადის გადამხდელი მთლიანად ან ნაწილობრივ იკლებს საგადასახო ვალდებულებას დასაბეგრი თანხის დაფარვით ან გადასახადის [სახეობის] კისრებით

ამ საკითხის გადასაწყვეტად, საკანონმდებლო წინადადება მოთხოვნილ იქნა ევროპული კავშირის პარლამენტის 2016 წლის 6 ივლისის რეზოლუციით საგადასახადო დადგენილებებისა და სხვა მსგავსი ბუნებისა და ზემოქმედების მქონე ზომების შესახებ.³ კერძოდ, ამ რეზოლუციის მიზანი იყო, წარმოედგინა საკანონმდებლო წინადადება, რომლითაც მოხდებოდა შუამავლებისათვის⁴ მოთხოვნა კომპლექსური მექანიზმებისა და სპეციალურ მომსახურებების სავალდებულო გამჟღავნების მოთხოვნა, რამდენადაც ისინი ეხება ევროპული კავშირის საგადასახადო თავშესაფრების სიაში შემავალ კონკრეტულ სახელმწიფოებს და არა-თანამშრომლურ იურისდიქციებს⁵ და რომლებიც შექმნილია კლიენტებისათვის და მათ მიერ გამოიყენება გადასახადებისათვის თავის არიდების, საგადასახადო თაღლითობის, ფულის გათეთრებისა და ტერორისტების დაფინანსების ხელშესაწყობად.

მომდევნო ნაბიჯი გადაიდგა 2017 წლის 21 ივნისს, როდესაც ევროპულმა კომისიამ მიიღო ადმინისტრაციულ თანამშრომლობაში ცვლილებების შემტანი დირექტივის წინადადება.

მიუხედავად ამისა, 2011/16/EU⁶ დირექტივა იყო პირველი ნაბიჯი საგადასახადო სფეროში სავალდებულო ინფორმაციის გაცვლასთან დაკავშირებით შესატყობინებელი სასაზღვრო შეთანხმებების შესახებ. კონკრეტულად, შეთავაზებულ წინადადებაში მოცემული დებულებები მიმართულია იმისკენ, რომ უზრუნველყოს, საგადასახადო შუამავლების ან გადასახადის გადამხდელთა მიერ შექმნილი სასაზღვრო ზომების შესახებ ვალდებულების დადგენით, ადრეული ინფორმირება ასეთი სქემების შეტყობინების თაობაზე შუამავლებთან დაკავშირებით და შეგროვებული ინფორმაციის შეყვანით ევროპული კავშირის საგადასახადო ორგანოებს შორის ინფორმაციის ავტომატური გაცვლის სისტემაში.⁷

2018 წლის 13 მარტს ეკონომიკურ და ფინანსურ საკითხთა საბჭომ დასახა გზა მისი მიღებისათვის. ევროპული კავშირის ეკონომიკურ და ფინანსურ საკითხთა მინისტრებმა მიაღწიეს ამ შეთანხმებას, რომელიც, გამჭვირვალობის მიზნებისათვის, იწყებოდა ევროპული კომისიის შეთავაზებიდან იმ ინფორმაციის გაცვლის თაობაზე ახალი მარეგულირებელი ჩარჩო მექანიზმების შექმნის შესახებ, რაც გამოყენებული უნდა ყოფილიყო

(assumption of the tax). თავის არიდება საგადასახადო ბაზასთან მიმართებით მიიღწევა დასაბეგრი შემოსავლის მთლიანად ან ნაწილობრივ დეკლარირებისგან თავის შეკავებით ან შემოსავლიდან გამოსაქვითი ხარჯების ფიქტიურად გაზრდით (ფიქტიური პასუხისმგებლობის სიმულაცია). ამის საპირისპიროდ, გადასახადების თავიდან აცილება არის ქმედება, რომელიც შესაბამეა ამ უკანასკნელს, მაგრამ არა საგადასახადო დებულებების არსს. ის ხორციელდება ერთმანეთთან ურთიერთდაკავშირებული საშუალებებით ნამდვილი ეკონომიკური მიზნის გარეშე, რათა გვერდი აუაროს საგადასახადო სისტემით გათვალისწინებულ ვალდებულებებს ან აკრძალვებს და მიღწეულ იქნას გადასახადის შემცირება ან ანაზღაურება, რაც სხვაგვარად იქნებოდა შესაძლებელი.

³ Official Journal of the European Union, European Parliament Resolution of 6 July 2016 on Tax rulings and Other Measures Similar in Nature or Effect, (2016/2038(INI)), 2016. ხელმისაწვდომია ვებ-გვერდზე: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52016IP0310>>. უკანასკნელად გადამოწმდა: 05/06/2018.

⁴ OECD-ის მიერ მოცემული დეფინიციის მიხედვით, არსებობს საგადასახადო შუამავლების ორი ძირითადი ჯგუფი: საგადასახადო მრჩეველები და ბანკები და სხვა ფინანსური ინსტიტუტები.

(i) საგადასახადო მრჩეველები არიან იურიდიული, ბუღალტრული და სხვა პროფესიული ფირმები, რომლებიც იძლევიან ურთულეს საგადასახადო რჩევებს და სწევენ სხვა მომსახურებას. საგადასახადო მრჩეველების მიერ განხორციელებული საქმიანობა შეეხება საგადასახადო კანონმდებლობის დაცვას, საგადასახადო აღრიცხვას, ყოველდღიურ კონსულტაციებს, ბიზნესისა და საგადასახადო დაგეგმვას და დავების გადაწყვეტას.

(ii) ბანკები და სხვა ფინანსური ინსტიტუტები, რომლებიც ხელს უწყობენ და ამარტივებენ ფინანსურ ინსტრუმენტებს და სხვა მექანიზმებს, რომლებიც იძლევა საშუალებას გადასახადების თავიდან აცილებისა, მათ შორის ისეთებს, რომლებიც აგრესიულ საგადასახადო დაგეგმვადაა მიჩნეული.

⁵ European Commission, Common EU list of third country jurisdictions for tax purposes, Taxation and Customs Union. ხელმისაწვდომია ვებ-გვერდზე: <https://ec.europa.eu/taxation_customs/tax-common-eu-list_en>. უკანასკნელად გადამოწმდა: 05/06/2018.

⁶ Council of the EU, Directive 2011/16/EU on Administrative cooperation in the field of taxation and repealing Directive 77/799/EEC, Official Journal of the European Union, 15 February 2011, ხელმისაწვდომია ვებ-გვერდზე: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32011L0016&from=EN>>. უკანასკნელად გადამოწმდა: 01/06/2018.

⁷ <<http://www.europarl.europa.eu/legislative-train/theme-deeper-and-fairer-internal-market-with-a-strengthened-industrial-base-taxation/file-tax-transparency-for-intermediaries>>. უკანასკნელად გადამოწმდა: 05/06/2018.

გადასახადებისათვის შესაძლო თავის არიდების/გადასახადების თავიდან აცილების წინააღმდეგ.

ევროპული კავშირის 6804/18⁸ დირექტივა შესატყობინებელ სასაზღვრო ზომებთან დაკავშირებით ინფორმაციის სავალდებულო ავტომატური გაცვლის შესახებ უზრუნველყოფს საერთო მარეგულირებელი ჩარჩოს შემოღებას საგადასახადო ინფორმაციის ავტომატური და სავალდებულო გაცვლისათვის. ეს ვალდებულება შეეხება სხვადასხვა წევრი სახელმწიფოების კომპეტენტური ეროვნული ორგანოების წინაშე პოტენციურად უკანონო საქმიანობას, რომლის შეთავაზებულია შუამავლების მიერ გადასახადებისათვის თავის არიდების ფენომენტთან დაკავშირებით, იმ თავისებურებით, რომ მათ უნდა ჰქონდეთ, სულ ცოტა, ერთი ან მეტი ტრანს-სასაზღვრო ელემენტი.⁹

ევროპული კავშირის 6804/18 დირექტივის სფეროში საგადასახადო შუამავლების როლი შეიძლება გამოხატოს კლიენტებისათვის საგადასახადო დაგეგმვასთან დაკავშირებულ ინფორმაციის გაცვლაში. კერძოდ, ინფორმაცია შუამავლების მიერ დაუყოვნებლივ უნდა გადაეცეს ეროვნულ საგადასახადო ორგანოებს, რათა უზრუნველყოფილი იქნეს ამ ინფორმაციის ავტომატური ეფექტიანი გაცვლა ევროპული კავშირის წევრი სახელმწიფოების საგადასახადო ორგანოებს შორის.¹⁰

საგადასახადო შუამავლების მიერ შეთავაზებული მექანიზმები განიმარტება როგორც აგრესიული ტრანს-სასაზღვრო საგადასახადო დაგეგმვა და მათ აქვთ გარკვეული მახასიათებელი, რომელიც, ზოგიერთი ხრიკით, გადასახადებისათვის თავის არიდების/გადასახადების თავიდან აცილების საშუალებას იძლევა. მათში, კერძოდ, შედის ის სქემები, რომლებიც შეიცავს ტრანს-სასაზღვრო დანაკარგებს საგადასახადო პასუხისმგებლობის შეზღუდვის მიზნით,¹¹ შეღავათიანი საგადასახადო რეჟიმების გამოყენებას, რომლებიც მიიჩნევა უკეთესად გამორჩეული თვისობრიობისა და მათი წარმომშობი საგადასახადო მოწესრიგებისათვის, ან სხვა ქვეყნებთან დადებული შეთანხმებები, რომლებიც არ იცავენ საერთაშორისოდ დამკვიდრებულ გარკვეულ საკანონმდებლო სტანდარტებს.¹²

მოყვანილი წანამდღვრების გათვალისწინებით, ამ სტატიის მიზანია, გაანალიზოს ევროპული კავშირის 6804/18 დირექტივით შემოღებული სიახლეები ტრანს-სასაზღვრო საგადასახადო დაგეგმვის მექანიზმებთან დაკავშირებით ინფორმაციის ავტომატური და სავალდებულო გაცვლის შესახებ, პანამისა და სამოთხის დოკუმენტების უკანასკნელი საქმეებისა და OECD-ის „საფუძველი შემცირებისა და მოგების გადატანის“ (Base Erosion and Profit Shifting (BEPS)) გათვალისწინებით.

2. გადასახადებისათვის თავის არიდების/გადასახადების თავიდან აცილების შინაარსი ორი კონკრეტული საქმის ანალიზით: პანამისა და სამოთხის დოკუმენტები

გადასახადებისათვის თავის არიდების/გადასახადების თავიდან აცილების ფენომენტთან ბრძოლის აუცილებლობა ძალიან მგრძობიარე საკითხია მსოფლიო დონეზე,¹³ განსაკუთრებით, თუ მხედველობაში მივიღებთ უკანასკნელ საქმეებს, საიდანაც აღმოცენდა გადასახადებისაგან „თავის დაღწევის“ სიტუაცია გარკვეული სქემების საშუალებით, რომლებიც შეთავაზებულია საგადასახადო შუამავლების მიერ და რაც აძლევს საშუალებას მათ კლიენტებს, გადაიტანონ თავიანთი კაპიტალი ქვეყნებში, სადაც

⁸ EU Directive 6804/18, Mandatory automatic exchange of information in the field of taxation in relation to reportable cross-border arrangements, Council of the European Union, Attached I (2), Brussels, 2018. ხელმისაწვდომია ვებ-გვერდზე: <<http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-6804-2018-INIT/en/pdf>>. უკანასკნელად გადამოწმდა: 29/05/2018.

⁹ *Oberson, X.*, International Exchange of Information in Tax Matters. Towards Global Transparency, Elgar, 2015, 80-143.

¹⁰ *Kerzner, D. S., Chodikoff, D. W.*, International Tax Evasion in the Global Information Age, Palgrave Macmillan, Irwin Law Inc., 2016, 33-39.

¹¹ *Borroni, A.*, A Comparative Survey on International Corporate Taxation Systems: The American Model, Digital Properties and Digital Consumers: Nuovi Diritti e Nuove Tutele, *Piccinelli, G., Mazzei G., Tisci, A.* Edizioni Scientifiche Italiane, Seconda Università degli studi di Napoli - Facoltà di Studi Politici e per l'Alta Formazione Europea e Mediterranea *Jean Monnet*, 2011, 246-251.

¹² *Prosser, K. J., Murray, R.*, Tax Avoidance, Sweet and Maxwell, Thomson Reuters, 2012, 2-6.

¹³ *Borroni, A.*, დასახ. ნაშრომი, მე-11 სქ., 283.

საგადასახადო იურისდიქცია მიიჩნევა ბევრად უფრო „ლმობიერად“ - ე.წ. „საგადასახადო სამოთხეები“ (Tax Heaven).¹⁴

კერძოდ, ყურადღება გამახვილდება ორ ბოლოდროინდელ სკანდალზე ამ საკითხთან დაკავშირებით: „პანამის დოკუმენტები“ და „სამოთხის დოკუმენტები“. ეს არის ორი კონფიდენციალური დოკუმენტების დოსიე, რომლებიც საგამომიებო ჟურნალისტთა საერთაშორისო კონსორციუმმა (ICIJ) გამოიტანა სააშკარაოზე.

ორივე კვლევა ავლენს ინფორმაციულ ვარაუდებს ოფშორული ანგარიშებზე, რომლებიც ეკუთვნის კომპანიებსა და პიროვნებებს მსოფლიო პოლიტიკიდან, ეკონომიკიდან, სპორტიდან, კინოდან და გართობის სფეროდან და რომლებიც შეეცადნენ გადასახადებისათვის თავის არიდებას თავიანთი სიმდიდრის გადამალვით საგადასახადო სამოთხეებში.¹⁵

უფრო კონკრეტულად, პანამის დოკუმენტები პირველად გამოქვეყნდა 2016 წლის აპრილში; ამ გამოძიების სახელი წარმოდგება, სახელდობრ, პანამაში დაფუძნებული იურიდიული ფირმა Mossack Fonseca-დან.¹⁶ ეს საქმე შეეხება არსებით დოსიეს, 11 მილიონზე მეტი დოკუმენტით, რომლებიც შეიცავენ 200 ათასზე მეტ ოფშორულ კომპანიასა და ორგანიზებულ სქემას. გამოძიებამ მიგვიყვანა 1970 წლიდან 2016 წლამდე პერიოდის 11.5 მილიონი საიდუმლო ფაილის აღმოჩენასა და ანალიზამდე. დოკუმენტებმა გამოკვეთა მექანიზმები, რომელთა წყალობითაც ფიზიკური და იურიდიული პირები ბრუნვაში უშვებდნენ ფულსა და იხდიდნენ გადასახადებს დიდი ფულადი მასიდან. ამ გამოძიებით გამოწვეულმა ჯაჭვურმა რეაქციამ მოიცვა ბანკები და იურიდიული ფირმები, რომლებიც, სკანდალში ჩართული კლიენტთა დახმარებისას, არ იცავდნენ ფულის გათეთრების საწინააღმდეგო კანონმდებლობას და ამიტომაც არ ჰქონდათ იდენტიფიცირებული დამკვეთთა წარმომავლობა და ადეკვატური შემოწმება.¹⁷

სამოთხის დოკუმენტებთან დაკავშირებით უნდა ითქვას, რომ ისინი გამოქვეყნდა 2017 წლის ნოემბერში, რითაც გამოაშკარავდა, მთელი მსოფლიოდან, საგადასახადო თავშესაფრებში პოლიტიკოსების, მეწარმეთა, სამეფო ოჯახების წევრთა და მსოფლიოში ცნობილ მუსიკოს ვარსკვლავთა ინვესტიციები. პანამის დოკუმენტების შემდეგ, ინფორმაციის ახალი უზარმაზარი გაჟონვა საფარველს ხდის ადამიანების ვრცელ სიას, რომლებმაც ინვესტიციები ჩადეს ოფშორულ კომპანიებში.¹⁸ დოსიე 13 მილიონზე მეტი კონფიდენციალური დოკუმენტის შემცველ მონაცემთა ბაზისგან შედგება, რომელიც მომდინარეობს ოფშორულ კომპანიების მომმარაგებელი და მმართველი ორი საერთაშორისო პროფესიული ფირმიდან. ესენია, სახელდობრ, ბერმუდშია დაფუძნებული, სხვადასხვა საგადასახადო სამოთხეში, ცხრა ფილიალის მქონე Appleby და მეორე - Asiatic Trust სათაო

¹⁴ იხ. ვებ-გვერდი: <<http://www.oecd.org/ctp/glossaryoftaxterms.htm>>. „საგადასახადო სამოთხე „კლასიკური“ გაგებით აღნიშნავს ქვეყანას, სადაც საერთოდ არ არის დაწესებული ან დაწესებულია დაბალი გადასახადი. იგი გამოიყენება კორპორაციების მიერ იმ გადასახადების თავიდან აცილებისათვის, რომლებიც სხვაგვარად იქნებოდა გადასახდელი მაღალი გადასახადის მქონე ქვეყანაში. OECD-ს ანგარიშის მიხედვით, საგადასახადო სამოთხეებს აქვს შემდეგი საკვანძო მახასიათებლები:

(i) არ არის გადასახადები ან ისინი ნომინალურია;
 (ii) ინფორმაციის ეფექტიანი გაცვლის ნაკლებობა;
 (iii) საკანონმდებლო, სამართლებრივი და ადმინისტრაციული დებულებების მოქმედებაში გამჭვირვალობის ნაკლებობა.

ამ საკითხზე იხილეთ ასევე: *Gravelle, J. G.*, Tax Havens: International Tax Avoidance and Evasion, Congressional Research Service, 2010, 3-6.

¹⁵ *Müller-Knospe, B.*, From Panama to Paradise. An insight into secret financial dealings in the world of multinational corporations through the “Panama Papers” and the “Paradise Papers”, GRIN Economy, 2017, 2-5.

¹⁶ *Obermayer, B., Obermaier, F.*, The Panama Papers: Breaking the Story of How the Rich and Powerful Hide Their Money, Oneworld Publications, 2017.

¹⁷ *Della Rovere, A., Vincenti, F.*, Dai Panama Papers ai Paradise Papers: la nuova inchiesta sui paradisi fiscali, Valente Associati GEB Partners, IPSOA, 2017. ხელმისაწვდომია ვებ-გვერდზე: <<http://www.ipsoa.it/documents/fisco/fiscalita-internazionale/quotidiano/2017/11/07/dai-panama-papers-ai-paradise-papers-la-nuova-inchiesta-sui-paradisi-fiscali>>. უკანასკნელად გადამოწმდა: 11/06/2018.

¹⁸ *Montalban, P.*, Paradise Papers: Offshore Investments of the Rich and Powerful, Lulu Press Inc, 1st Ed., 2017.

ოფისით სინგაპურში, 7 სხვა ლოკაციით ისეთ ქვეყნებში, როგორცაა კუკის კუნძულები, ჰონგ-კონგი, პანამა და სამოა.

ეს გამოძიებები მნიშვნელოვანია დირექტივის ანალიზისათვის, რადგან ხაზს უსვამს საგადასახადო სამოთხეთა როლს საიდუმლოების უზრუნველყოფის მიზნით ყველასათვის, ვინც გადაწყვეტს ინვესტირებას. კერძოდ, საიდუმლოება ფარავს ინვესტორებს, ინვესტიციების ოდენობა და ინვესტიციების მეთოდებს.

ნებისმიერ შემთხვევაში, პანამის დოკუმენტებსა და სამოთხის დოკუმენტებს შორის მნიშვნელოვანი განსხვავებაა. სამოთხის დოკუმენტები მიჩნეულია უფრო მეტად საგადასახადო ოპტიმიზაციის მსგავსად, ვიდრე თაღლითობისა, რომელიც უფრო დაუფასებელია დაინტერესებული კომპანიების მიერ, ვიდრე ამ სკანდალის დემონსტრაციის განმარტოვებელი მედიისათვის. პანამის დოკუმენტებისაგან განსხვავებით, სამოთხის დოკუმენტები შეიძლება, მეტნაკლებად, მიჩნეულ იქნას ფულის გათეთრებად, რომელიც მომდინარეობს საგადასახადო თაღლითობის და სხვა უკანონო საქმიანობისაგან; იგი უფრო, ზოგიერთ სამართლებრივი სისტემის გათვალისწინებით, ექსპერტთა ჯგუფის მიერ შექმნილი საგადასახადო ოპტიმიზაციის სქემაა. სხვა სიტყვებით რომ ვთქვათ, ამ მექანიზმთა უდიდესი ნაწილი ამჟამად თაღლითურად ვერ დაკვალიფიცირდება.¹⁹

3. ამერიიდან 6804/18 დირექტივის დებულებები

დირექტივის მიზანია, შექმნას ახალი წესები გამჭვირვალების შესახებ საგადასახადო შუამავლებისათვის, რაც მნიშვნელოვანი წინ გადადგმული ნაბიჯია, უპირველეს ყოვლისა, იმისათვის რომ მისცეს შესაძლებლობა კომპეტენტურ საგადასახადო ორგანოებს ყოველთვის იყვნენ საქმის კურსში მათ ტერიტორიაზე რეზიდენტი კომპანიებისა და ფიზიკური პირების ნებისმიერი საქმიანობის შესახებ.²⁰

წევრი სახელმწიფოების საგადასახადო ორგანოებს შორის ავტომატური ინფორმაციის გაცვლა არის მნიშვნელოვანი ინსტრუმენტი, რათა უზრუნველყოფილ იქნას კომპანიების ისევე, როგორც ფიზიკურ პირების მიერ გადასახადების არსებითად შემცირების საშუალების მიძემი საგადასახადო დაგეგმვის მექანიზმების უფრო ეფექტიანი ამოცნობა. დირექტივის სიახლე შეეხება ნებისმიერ ინსტიტუციას, კომპანიასა თუ ფიზიკურ პირს, ვისი საქმიანობაცაა საგადასახადო რჩევების გაცემა, რაც შეიძლება აისახოს გადასახადებისათვის თავის არიდებაში/გადასახადების თავიდან აცილებაში.²¹

ამიტომაც, კლიენტისადმი ტრანს-სასაზღვრო საგადასახადო დაგეგმვის მექანიზმების შემთავაზებელ ნებისმიერ შუამავალს (ამ უკანასკნელის მახასიათებელი ელემენტები გაანალიზდება მომდევნო პარაგრაფებში) აქვს გარდაუვალი ვალდებულება, შეატყობინოს ასეთი სქემების არსებობის თაობაზე წევრი სახელმწიფოს საგადასახადო ორგანოებს რეზიდენტობის მიხედვით.²²

ზოგადად, სასაზღვრო საგადასახადო დაგეგმვის შეთანხმება არის მექანიზმი, რომლის შედეგებიც შეეხება ერთზე მეტ იურისდიქციას ევროპული კავშირის ფარგლებში - ან მესამე ქვეყნებთან არსებული შეთანხმებებსაც კი.²³ დირექტივების დებულებების შესაბამისად, ფიზიკური და იურიდიული პირების სასარგებლოდ საგადასახადო დაგეგმვის შემუშავებასა და შემდგომ განხორციელებაში ჩართულმა ნებისმიერმა შუამავალმა

¹⁹ Eicke, R., Tax Planning with Holding Companies - Repatriation of US Profits from Europe, Eurotax, Wolters Kluwer Law and Business, 2009, 32-34.

²⁰ OECD, Tax Transparency 2017: Report on Progress, Global Forum on Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes, Global Cooperation on Tax Transparency and Exchange of Information, 2017, 43-47.

²¹ Petrucci, R., Spies, K., Tax Policy Challenges in the 21st Century, Series on International Tax Law, Lang, M., Ed., Linde Verlag, 2014, 77-78.

²² Platteuw, C., Quick Reference to European VAT Compliance, Deloitte European Compliance Centre, Wolters Kluwer Law and Business, 2011, Ch. 6, 9-10.

²³ Schreiber, U., International Company Taxation: An Introduction to the Legal and Economic Principles, Springer Texts in Business and Economics, University of Mannheim, 2013, 46-48.

აუცილებლად უნდა მიაწოდოს ინფორმაცია ამის შესახებ კომპეტენტურ საგადასახადო ორგანოებს.²⁴

კერძოდ, საგადასახადო ორგანოებისადმი შეტყობინების ვალდებულების წარმომშობი ფინანსური მექანიზმების ძირითადი მახასიათებლებია:²⁵

- გადასახადებისაგან თავისუფალი იურისდიქციები: სპეციფიკური იურისდიქციების გამოყენება, რომლებიც არ აწესებს რაიმე გადასახადს ფიზიკური თუ იურიდიული პირებისათვის, ან აწესებს ძალიან დაბალ გადასახადებს, ან შედის ევროპული კავშირის „არა-თანამშრომლური“ იურისდიქციების სიაში;²⁶
- ევროპული კავშირის იურისდიქციის გარეთ არსებული კომპანიები: როდესაც კომპანიები და ინსტიტუციები, რომლებიც არ ექვევა ევროპული კავშირის რეგულაციების მოქმედების სფეროში, გამოიყენება საგადასახადო საკითხებზე ინფორმაციის ავტომატური გაცვლისათვის;
- ინფორმაციის ავტომატურ გაცვლაზე არა-ვალდებული იურისდიქციები: შემოსავლის ნაწილის ან კაპიტალის გადაცემა იურისდიქციების გამოყენებით, რომლებიც არ არის შეზღუდული ინფორმაციის ავტომატური გაცვლის მექანიზმებით გადასახადის გადამხდელი რეზიდენტობის სახელმწიფოსთან;²⁷
- სპეციალური დანიშნულების ადგილი გადასახადების „აცილებული“ ნაწილისათვის: საქმე, რომელშიც ფიქსირებული პროცენტული წილი ერიცხება სუბიექტს საკომისიოს სახით - შუამავლის სასარგებლოდ დაკავებული ანაზღაურება გაწეული მომსახურებებისათვის;²⁸
- ფულის გათეთრების საწინააღმდეგო არაადეკვატური წესები: როდესაც საქმე ეხება იურისდიქციებს, რომელთა ფულის გათეთრების საწინააღმდეგო რეგულაციები არაადეკვატური ან ზედმეტად „რბილი“ აღმოჩნდება;
- ზარალი, რომელიც ამცირებს საგადასახადო პასუხისმგებლობას;²⁹ შეთანხმებაში გამოხატული დებულება, რომელიც იყენებს ზარალს გარკვეული პირობების არსებობისას საგადასახადო პასუხისმგებლობის შესამცირებლად;³⁰
- გადასახადებისაგან გათავისუფლებული ანაზღაურება: როცა ანაზღაურება მოსალოდნელია სპეციალური შეთანხმებით, რომელიც იძლევა გადასახადისაგან გათავისუფლების გარანტიას იმ იურისდიქციაში, სადაც იგი უნდა დაიბეგროს;³¹
- სტანდარტული დაგეგმვის მექანიზმები: ამ შემთხვევაში საგადასახადო დაგეგმვის თაობაზე შუამავლის მიერ შეთავაზებული რჩევა ვრცელდება თანაბრად ერთზე მეტ გადასახადის გადამხდელზე *ad hoc* მექანიზმების გათვალისწინების გარეშე;³²
- „რთულად შესაფასებელი“ არამატერიალური აქტივების გადაცემასთან დაკავშირებული შეთანხმება: აქტივების გადაცემა, რომელთა შინაარსის განმარტება და კლასიფიცირება რთულია;³³
- აქტივების ნაწილის კონვერსია: ნაწილი შემოსავალი ან კლიენტის კაპიტალი კონვერტირდება პროდუქციასა თუ გადასახადებში, რომლებიც არ ექვემდებარება ინფორმაციის ავტომატურ გაცვლას.

²⁴ EU Directive 6804/18, Mandatory automatic exchange, 2.

²⁵ ამ საკითხთან დაკავშირებით იხ. დირექტივის პროექტის საპრეზიდენტო კომპრომისული ტექსტის (the compromise text of the Presidency of the draft directive) დანართი IV, პრეამბულა და ნაწილი C, პუნქტი 1.

²⁶ *Weimar, M. R.*, Identifying and Quantifying Rates of State Motor Fuel Tax Evasion, National Cooperative Highway Research Program, Transportation Research Board of the National Academies, 2008, 37-38.

²⁷ ამ საკითხზე იხ. OECD, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project Country-by-Country Reporting - Compilation of Peer Review Reports, Inclusive Framework on BEPS Action 13, OECD Publishing, Paris, 2018.

²⁸ იხ., ასევე *Hugh, J. A., Brian, J. A.*, Comparative Income Taxation: A Structural Analysis, Aspen Publishers, 2004, 357.

²⁹ *Borroni, A.*, დასახ. ნაშრომი, მე-11 სქ., 246-251.

³⁰ *Crundwell, F.*, Finance for Engineers: Evaluation and Funding of Capital Projects, Springer, Library of Congress Cataloging in Publication Data, 2008, 253-254.

³¹ *Blazek, J.*, Tax Planning and Compliance for Tax-Exempt Organizations: Rules, Checklists, Procedures, Wiley NonProfit Authority, fifth Ed., 1993.

³² *Panayi, C. H. J. I.*, Advanced Issues in International and European Tax Law, Bloomsbury, Hart, 2015.

³³ *Contractor, F. J.*, Valuation of Intangible Assets in Global Operations, Library of Congress Cataloging in Publication Data, 2001, 347-348.

ეს არის, ზოგადად, ძირითადი მახასიათებლები, რომლებიც პოტენციურად ხელსაყრელი გადასახადებისათვის თავის არიდებისათვის/გადასახადების თავიდან აცილებისათვის კონკრეტული საგადასახადო დაგეგმვის მექანიზმის კლასიფიცირების საშუალებას იძლევა.³⁴

თუმცა, როგორც უკვე ითქვა წინა პარაგრაფებში, მხოლოდ ამ ელემენტების არსებობა პირდაპირ არ უკავშირდება რისკებს. ფაქტობრივად, ისინი, თავისი არსით, ინდიკატორებია, რომ გააფრთხილონ ეროვნული კომპეტენტური ორგანოები პოტენციურად აგრესიულ საგადასახადო დაგეგმვის მექანიზმებზე.

4. დირექტივის შინაარსის ანალიზი

დირექტივის მთავარი მიზანია გააძლიეროს საგადასახადო გამჭვირვალობა და დაუპირისპირდეს აგრესიულ საგადასახადო დაგეგმვას საგადასახადო სფეროში ადმინისტრაციული თანამშრომლობის შესახებ ამჟამინდელ 2011/16/EU დირექტივაში ახალი დებულებების შეტანით.

ამ საკანონმდებლო წინადადებით წამოწეული საკითხები რელევანტურია ევროპული კავშირისათვის და ფართო საერთაშორისო დღის წესრიგისათვისაც. ევროპული კავშირის საბჭომ გარე საგადასახადო სტრატეგიისა და საგადასახადო შეთანხმების დარღვევის საწინააღმდეგო ზომების შესახებ მის 2016 წლის დასკვნაში მოუწოდა ევროპულ კომისიას განეხილა საკანონმდებლო ინიციატივები სავალდებულო გამჟღავნების წესების შესახებ, რომელიც ეფუძნებოდა OECD-ს საფუძვლის შემცირებისა და მოგების გადატანის (BEPS) პროექტის ქმედება 12-ს,³⁵ რათა შექმნილიყო უფრო ეფექტიანი შემაკავებელ [მექანიზმი] შუამავალთა წინააღმდეგ, რომლებიც ახორციელებდნენ კლიენტებისათვის გადასახადებისათვის თავის არიდების/გადასახადების თავიდან აცილების გეგმებს.

დირექტივის მიხედვით, ფინანსურ მრჩევლებს, ვინც ქმნიან კლიენტებისათვის მექანიზმებს, რომლებიც საჭიროებენ ზემოხსენებული ერთი ან მეტი განმასხვავებელი ელემენტის არსებობას, ექნებათ შეტყობინების ვალდებულება თავიანთი ქვეყნის კომპეტენტურ საგადასახადო ორგანოებს. კერძოდ, ეს მოვალეობა ვრცელდება იმ საქმეებზეც კი, რომლებშიც სქემის გამოყენება ჯერ არ მომხდარა და მიუხედავად შესაძლებლობისა, რომ გადასახადებისათვის თავის არიდების/გადასახადების თავიდან აცილების რისკები კონკრეტული და გარდაუვალი გახდეს.³⁶

სახელმწიფოთა ვალდებულების მიმართ, დირექტივა აწესებს რეჟიმს, რომ ისინი ავტომატურად უშვებენ საგადასახადო დაგეგმვის სქემებზე ფინანსური შუამავლებისაგან მიღებული ინფორმაციას მიმოქცევაში ცენტრალიზებული მონაცემთა ბაზის მეშვეობით. ამ გზით, ევროპული კავშირის წევრი სახელმწიფოების ყველა ორგანოს შეეძლება დროული გაფრთხილების გარანტირება [გადასახადებისაგან] გვერდის ავლის ახალი პოტენციური რისკების შესახებ და, რაც მთავარია, სახელმწიფოებს მიეცემათ შესაძლებლობა, მოახდინონ რეაგირება სწრაფად იმ შემთხვევებში, როცა აუცილებელია სათანადო ღონისძიებების გატარება ნებისმიერი „სარისკო“ სიტუაციის დასაბლოკად, რათა შესაბამისი შემოწმებები უფრო ეფექტიანად განხორციელდეს.³⁷

აქედან გამომდინარე, პრაქტიკული თვალთახედვით, აღნიშნულის გათვალისწინებით, კონკრეტული სახელმწიფოს მოვალეობა მიუთითოს კონკრეტულ

³⁴ European Commission, Tax Transparency for Intermediaries, Fair Taxation, 2017, <https://ec.europa.eu/taxation_customs/sites/taxation/files/factsheet_intermediaries_proposal_06-2017.pdf>.

უკანასკნელად გადამოწმდა: 24/04/2018.

³⁵ Mandatory Disclosure Rules, ქმედება 12 მოიცავს რეკომენდაციებს სავალდებულო ინფორმაციის გამჟღავნების წესების შექმნისათვის აგრესიული საგადასახადო დაგეგმარების სქემებისათვის, საგადასახადო ადმინისტრატორების და ბიზნესის ადმინისტრაციული ხარჯების გათვალისწინებით და მიუთითებს ასეთი წესების მქონე მხარდი რიცხვის ქვეყანათა გამოცდილებაზე. ხელმისაწვდომია ვებ-გვერდზე: <<http://www.oecd.org/ctp/beeps-actions.htm>>. უკანასკნელად გადამოწმდა: 01/06/2018.

³⁶ Kerzner, D. S., Chodikoff, D. W., დასახ. ნაშრომი, მე-10 სქ., 35-36.

³⁷ Weimar, M. R., დასახ. ნაშრომი, 26-ე სქ., 35-36.

რეჟიმზე, არ გულისხმობს პირდაპირ მის რისკიანობას.³⁸ არსებითად, მთავარი ელემენტი „პოტენციური რისკის გამოსაკვეთად, არის ხაზგასმა მხოლოდ კომპეტენტური საგადასახადო ორგანოების მიერ შუამავლების მიერ შეთავაზებული მექანიზმის შემოწმების აუცილებლობისა.

უფრო მეტიც, წევრმა სახელმწიფოებმა სათანადოდ მიიჩნიეს გამჭვირვალების ღონისძიებებისადმი დაუმორჩილებელი კომპანიების წინააღმდეგ ეფექტიანი და დამაბრკოლებელი სანქციების გამოყენება. ამგვარად, მიზანია, შეიქმნას ერთგვარი შემაკავებელი მექანიზმი გადასახადების თავიდან აცილებისა თუ გადასახადებისათვის თავის არიდების შესაძლებლობების ხელშემწყობი და დამხმარე შუამავლებისათვის.³⁹

აღნიშნულის თემების გათვალისწინებით, დირექტივა მიზნად ისახავს ევროპული კავშირის პოზიციის გაძლიერებას საგადასახადო გამჭვირვალებასთან დაკავშირებით. მომავალში შუამავლებს ექნებათ ვალდებულება, კლიენტებისათვის შემუშავებული სქემები გაუზიარონ თავიანთი ადგილსამყოფელი სახელმწიფოს საგადასახადო ადმინისტრაციებს.⁴⁰

საგადასახადო ადმინისტრაციებს, თავის მხრივ, ყველა საჭირო ინფორმაციაზე ექნებათ წვდომა აგრესიული საგადასახადო დაგეგმვის მექანიზმებთან საბრძოლველად, რისი მეშვეობითაც საგადასახადო ბაზების კონტროლია არის შესაძლებელი.⁴¹

ეს შეთანხმება კიდევ ერთი ნაბიჯია ევროპულ კავშირში უფრო მეტი ღიაობისაკენ და უფრო ეფექტიანი თანამშრომლობისაკენ, რაც ხელს უწყობს ევროპული კავშირის ყველა ქვეყანაში დაბეგვრის უფრო მეტ სამართლიანობასა და ეფექტიანობას.

ამ ხაზის გაგრძელებით, მომდევნო ქვეთავებში გაანალიზებულია დირექტივით დანერგული მთავარი სიახლეები.

4.1. პოზიტიური ასპექტები, რომლებიც არ საჭიროებენ მეტ გაუმჯობესებას

დირექტივით დანერგული ზოგიერთი სიახლის მხედველობაში მიღებით, მათ შეიძლება ჰქონდეთ პოზიტიური ზეგავლენა გადასახადებისათვის თავის არიდების ფენომენისადმი კონკრეტულ და ეფექტიან დაპირისპირებაზე

ფაქტობრივად, პოტენციურ რისკებზე ინფორმაციის მიმოქცევის პროგნოზირების წყალობით, ფაქტობრივად, შემდგომში გადასახადებისათვის თავის არიდების დამოუკიდებლად, შესაძლებელია ფისკალური დაგეგმვის მექანიზმებზე კონტროლის შენარჩუნება. შუამავლების ამოცანაა ნებისმიერი ტრანსნაციონალური შეთანხმების მითითება, რომლის ფარგლებშიც წინა ქვეთავებში ნახსენები ერთი ან მეტი ელემენტი არის გათვალისწინებული, რაც შეიძლება მიანიშნებდეს შესაძლებლობაზე, რომ შემდგარია სპეციალური შეთანხმება გადასახადების გადახდის თავიდან აცილების წინააღმდეგ.⁴²

ამ თვალსაზრისით, ინფორმაციის ეფექტური გაცვლა წარმოადგენს სუვერენული სახელმწიფოების ურთიერთდახმარების ფუნდამენტურ საშუალებას საგადასახადო საკითხებში და აფუძნებს საერთო საერთაშორისო საგადასახადო რისკების მართვას.⁴³

³⁸ *Lai Lan Mo, P.*, Tax Avoidance and Anti-Avoidance Measures in Major Developing Economies, Praeger, Westport Connecticut, London, 2003, 2-3.

³⁹ *Hokamp, S., Gulyás, L., Koehler M., Wijesinghe, S.*, Agent-based Modeling of Tax Evasion: Theoretical Aspects and Computational Simulations, Wiley Series in Computational and Quantitative Social Science, Wiley, 2018, 6-8.

⁴⁰ *Gravelle, J. G.*, დასახ. ნაშრომი, მე-14 სქ., 5-6.

⁴¹ *Brown, K. B.*, A Comparative Look at Regulation of Corporate Tax Avoidance, Springer, George Washington University Law School, 2012, 3-24.

⁴² *Blazek, J.*, დასახ. ნაშრომი, 31-ე სქ.

⁴³ *Seer, R.*, Overview of Legislation Practices Regarding Exchange of Information Between National Tax Administration in Tax Matters, European Parliament, Directorate-General for Internal Policy, Economic and Monetary Affairs, 2015.

დირექტივა ადგენს საერთო სტანდარტს ყველა წევრი სახელმწიფოსათვის ევროპული კავშირის ფარგლებში ფინანსური ანგარიშების შესახებ ინფორმაციის გაცვლის თაობაზე. სტანდარტიზაციის წესი მიზნად ისახავს რეალური ნორმატიული და ტექნიკური მოთხოვნების დაარსებას. მართლაც, OECD-ის ფარგლებში დადგენილი სტანდარტი⁴⁴ უზრუნველყოფს ინფორმაციის გაცვლას და ქმნის ჩარჩოს ამგვარი გაცვლისათვის ევროპის გარე დონეზე.⁴⁵ ეს კავშირი ევროპული კავშირის დირექტივაში გადმოცემულსა და OECD-ის დებულებებს შორის არის მნიშვნელოვანი ნაბიჯი, რათა უზრუნველყოფილ იქნეს უფრო ფართო ჩარჩო როგორც ევროპული კავშირის შიგნით, ისე მის გარეთ.

ინფორმაციის გაცვლა ხორციელდება წევრი სახელმწიფოების მიერ სისტემატურ საფუძვლებზე რეგულარულად, წინასწარ დადგენილი ინტერვალით და წინასწარი მოთხოვნის გარეშე.⁴⁶

ინფორმაციის ეფექტური „ცირკულაციამ“ პოტენციურად აგრესიულ სასაზღვრო საგადასახადო დაგეგმვის მექანიზმებთან დაკავშირებით შეიძლება იქონიოს მნიშვნელოვანი შედეგი თანაბარი საგადასახადო სტანდარტების შექმნის ხელშეწყობისათვის სხვადასხვა ქვეყნების შიდა ბაზარზე. გარდა ამისა, კიდევ უფრო დადებითი ასპექტი შეეხება შესაძლებლობას, რომ წევრი სახელმწიფოების საგადასახადო ორგანოებს შეეძლოთ ინფორმაციის გაზიარება გამჭვირვალედ და ავტომატურად თავიანთ კოლეგებთან სხვა სახელმწიფოებიდან, სპეციალური მექანიზმების გავლისა თუ წინასწარი ავტორიზაციის გარეშე.⁴⁷

გარდა ამისა, იმის გათვალისწინებით, რომ შუამავლების მიერ შეთავაზებული საგადასახადო დაგეგმვის სქემების დიდ ნაწილს შეუძლია „მოძრაობა“ რამდენიმე იურისდიქციას შორის, ინფორმაციის ეფექტური და დროული კომუნიკაცია ამ მექანიზმებთან დაკავშირებით, მისცემს შესაძლებლობას წევრი სახელმწიფოების ორგანოებს ჰქონდეთ წვდომა პოტენციურად შესამოწმებელ პრობლემაზე დაუყოვნებელი რეაგირების გარანტირებისათვის საჭირო ყველა ინფორმაციაზე, ანუ იმოქმედონ სწრაფად სადაც აგრესიული საგადასახადო პრაქტიკა გამოიქვანდება.⁴⁸

ინფორმაციის ავტომატური გაცვლის ხელშეწყობისა და რესურსების გამოყენების ოპტიმიზაციისათვის, გაცვლა უნდა განხორციელდეს კავშირის მიერ მომზადებული საერთო ქსელის (CCN) საშუალებით - ერთგვარი ცენტრალური მონაცემთა ბაზა, რომელშიც შესულია და დროულად მიმოიცივლება.⁴⁹ ეს ექვემდებარება არის უდიდესი მნიშვნელობის ელემენტი იმ ფაქტის გათვალისწინებით, რომ ამ საერთო ქსელის მეშვეობით ინფორმაცია მყისიერად იქნება ხელმისაწვდომი.⁵⁰

ამ დებულების მიზანია უზრუნველყოს უსაფრთხო ცენტრალური რეესტრი საგადასახადო სფეროში ადმინისტრაციულ თანამშრომლობასთან დაკავშირებით; კერძოდ, მისი შევსების მიზნით წევრი სახელმწიფოები იღებენ რიგ პრაქტიკულ ღონისძიებებს - ყველა საჭირო ინფორმაციის კომუნიკაციის სტანდარტიზებისათვის ყველა ზომის შესახებ.

⁴⁴ OECD, Automatic Exchange of Information, Implementation Report, 2017. ხელმისაწვდომია ვებ-გვერდზე: <<https://www.oecd.org/tax/transparency/reporting-on-the-implementation-of-the-AEOI-standard.pdf>>. უკანასკნელად გადამოწმდა: 24/05/2018.

⁴⁵ OECD, Standard for Automatic Exchange of Financial Account Information in Tax Matters, OECD Publishing, 2014.

⁴⁶ დირექტივის 8 (1) მუხლის მიხედვით, ხელმისაწვდომი ინფორმაცია ნიშნავს ინფორმაციას, რომელიც მოცულია წევრი სახელმწიფოს საგადასახადო ჩანაწერებში, რომელიც გადასცემს ინფორმაციის და შეიძლება მისი გაცნობა ინფორმაციის შეგროვებისა და გადამუშავების პროცედურების შესაბამისად შესაბამის წევრ სახელმწიფოში.

⁴⁷ OECD, Study into the Role of Tax Intermediaries, OECD Publishing, 2008, 30-31.

⁴⁸ EU Directive 6804/18, Annex I (3).

⁴⁹ Ivi, Annex I (13).

⁵⁰ Kerzner, D. S., Chodikoff, D. W., დასახ. ნაშრომი, მე-10 სქ., 296-297.

უფრო მეტიც, დირექტივა ასევე იძლევა განმარტებებს ინფორმაციის გაცვლის სისტემაში გამოსაყენებელი ენის შესახებ. ფაქტობრივად, გაუგებრობების ან ინფორმაციის გადათარგმნიდან წარმოქმნილი პოტენციური შეუსაბამობების თავიდან ასაცილებლად, სემანტიკური თვალსაზრისით, ერთიანობის პროგნოზი უდავოდ ფუნდამენტური ელემენტია. ეს ასპექტი ხელს შეუწყობს სიცხადისა და გამჭვირვალობის მაღალ დონეს, მიუხედავად ამისა, უნდა ითქვას, რომ დირექტივა ითვალისწინებს ზოგიერთ შემთხვევას, როდესაც სხვადასხვა ენის გამოყენება შესაძლებელი.⁵¹

სასურველი იქნება, როგორც დირექტივითაა შეთავაზებული, ამ საერთო სტანდარტების შექმნის უზრუნველყოფა მომდინარეობდეს კომისიიდან, რათა არსებობდეს *super partes* ორგანო მინიმალური საერთო ელემენტების შესაქმნელად.

4.2. ელემენტები, რომლებიც საჭიროებს მეტ დახვეწას

დირექტივით დანერგილი სიახლეები მნიშვნელოვანია გადასახადებისაგან თავის არიდების ფენომენთან საბრძოლველად და, უპირველეს ყოვლისა, აუმჯობესებს გამჭვირვალობის ხარისხსა და აძლიერებს თანამშრომლობას ევროპული კავშირის წევრი სხვადასხვა სახელმწიფოს საგადასახადო ორგანოების მხრიდან.

თუმცადა, ზოგიერთი ამონარიდი დირექტივიდან არ არის ნათელი ან, სულ მცირე, აქვს ნაკლოვანება და საჭიროებს განვრცობას. ეს საკითხები მომდევნო ნაწილებშია გაანალიზებული და ნაკლოვან მუხლების განვრცობის შესაძლებლობებზეა მსჯელობა.

ერთ-ერთი ელემენტი, რომელსაც სჭირდება გაუმჯობესება, შეეხება ე.წ. „ძირითად სარგებლის ტესტს“.⁵² ეს პრინციპი სრულდება საქმეებში, სადაც ერთ-ერთ მთავარ სარგებელი საგადასახადო უპირატესობის მოპოვებაა, ხოლო მიღწევის მექანიზმი ექვემდებარება შეტყობინების ვალდებულებას.⁵³

რამდენიმე სახელმწიფოს დელეგაციათა პოზიციები გაიყო ამასთან დაკავშირებით. ზოგიერთი მათგანი მიიჩნევს, რომ ინფორმაციის ავტომატური გაცვლა უნდა წარმოებდეს მხოლოდ იმ შემთხვევებში, როცა სახეზეა მექანიზმი, რომელიც ატარებს ძირითადი უპირატესობის ნიშნებს, წევრი სახელმწიფოებისა და დაკავშირებული საგადასახადო ორგანოების საქმიანობის ინფორმაციით გადატვირთვით გართულების თავიდან ასაცილებლად. მეორე მხრივ, ქვეყნებმა გამოხატეს მისწრაფება ძირითადი უპირატესობის კრიტერიუმის, შეძლებისდაგვარად, გაფართოებისაკენ მასში შესაძლო ინფორმაციის მაქსიმალური რაოდენობით შესატანად, ფაქტობრივად, კრიტერიუმის საერთოდ არსებობისაგან დამოუკიდებლად. განზრახვა, რა თქმა უნდა, ამ შემთხვევაში იყო ინფორმაციის სრული და ეფექტური გაცვლის გარანტირება, რითაც ამ ორგანოებს ამოცანად დარჩებოდა ტრანს-სასაზღვრო საგადასახადო დაგეგმვის მექანიზმების არსებობა-არარსებობის დადგენა.⁵⁴

სასურველი იქნებოდა და, შესაძლოა, უფრო მეტად ეფექტურიც, ამ კრიტერიუმის შინაარსის აღქმა, შეძლებისდაგვარად ფართოდ. ეს, ერთი მხრივ, კომპეტენტური საგადასახადო ორგანოებს მისცემდა უფრო მეტი რაოდენობის სამუშაოს, თუმცადა, მეორე მხრივ, არ დარჩებოდა გაურკვეველი სიტუაციები, რამდენადაც გაანალიზდებოდა შუამავლების მიერ კლიენტებისათვის შეთავაზებული ყველა საგადასახადო მექანიზმი.⁵⁵

⁵¹ *De Broe, L., International Tax Planning and Prevention of Abuse, A Study under Domestic Tax Law, Tax Treaties and EC Law in relation to Conduit and Base Companies, Doctoral Series, Academic Council, 2008, 339.*

⁵² EU Directive 6804/18, Annex I (13).

⁵³ *Prosser, K. J., Murray, R.,* დასახ. ნაშრომი, მე-12 სქ., 147.

⁵⁴ *Hugh, J. A., Brian, J. A.,* დასახ. ნაშრომი, 28-ე სქ., 17-19.

⁵⁵ *Prosser, K. J., Murray, R.,* დასახ. ნაშრომი, მე-12 სქ., 147-149.

ამ თვალსაზრისით, ეფექტიანობის წონა გაიზრდებოდა, საგადასახადო ორგანოების სამუშაო დატვირთვისთან შედარებით. ფაქტობრივად, გაცხადებულია, რომ აუცილებელია კომისიისათვის ინფორმაციის საკმარის რაოდენობაზე წვდომის მინიჭება, რათა მან შეემოს დირექტივის სათანადოდ აღსრულების მონიტორინგი.⁵⁶

დირექტივის კიდევ ერთი დებულება, რომელიც საჭიროებს გაუმჯობესებას, უკეთესი განმარტების უზრუნველსაყოფად, ზოგადად, არის მე-8 მუხლი. კერძოდ, ესაა პუნქტი, რომელიც შეეხება „შეტყობინების მოთხოვნას დაქვემდებარებულ სასაზღვრო მექანიზმების შესახებ ინფორმაციის სავალდებულო ავტომატური გაცვლის მოცულობასა და პირობებს“.⁵⁷ კონკრეტულად, ამ მუხლით ჩანს, რომ წევრი სახელმწიფოს პასუხისმგებლობაა, მიიღოს აუცილებელი ზომების მიღება, რათა დაავალდებულოს შუამავლები გადასცენ ინფორმაცია კომპეტენტურ ორგანოებს შეტყობინების ვალდებულებას დაქვემდებარებულ ტრანს-სასაზღვრო მექანიზმებზე.⁵⁸

ამასთან დაკავშირებით, მთავარი გაურკვევლობა შეეხება ევროპული კავშირის მასშტაბით მწყობრი და გაზიარებული ნორმატიული ბაზის ნაკლებობას. კერძოდ, დირექტივის მე-8 მუხლის დებულება შეიძლება, ჩაითვალოს პრობლემად იმ ფაქტის მხედველობაში მიღებით, რაც აძლევს თვითრეგულირების უფლებას სახელმწიფოებს, მოწესრიგების ურთიერთ შეუთავსებლობის თანმდევი რისკის წარმოქმნის შედეგით.

უფრო მეტიც, მე-8 მუხლი შეეხება სავალდებულო შეტყობინებისაგან გათავისუფლების უფლებას ზოგიერთ სპეციფიკურ შემთხვევაში. მაგალითად, შეტყობინების მოთხოვნას დაქვემდებარებული ტრანს-სასაზღვრო მექანიზმების შესახებ ინფორმაციის გამჟღავნებისაგან გათავისუფლება შეიძლება იმ შემთხვევებში, როდესაც ეს ვალდებულება არღვევს იურისტის (შუამავლის) პროფესიული საიდუმლოს შენახვის პრინციპს წევრი სახელმწიფოების შიდა წესების საფუძველზე.⁵⁹ უდავოდ, ეს შეიძლება, იყოს საორჭოფო ელემენტი, ან მეტად ზღუდავდეს დირექტივის შინაარსს; ამ თვალსაზრისით, ეს ზოგიერთ შემთხვევაში ტოვებს ინფორმაციის გადაცემის თავიდან აცილების რამდენიმე შესაძლებლობას.⁶⁰

ეს არის მხოლოდ მაგალითი, მაგრამ აშკარაა, რომ ამ სახის სიტუაციებს შეიძლება ჰქონდეს ნეგატიური შედეგები დირექტივის ეფექტიანად გამოყენებაზე, იმ ფაქტის გათვალისწინებით, რომ ის აძლევს ფართო დისკრეციას ორივეს - როგორც სახელმწიფოებს, ასევე შუამავლებს.

ამ მიზეზით, უკეთესი იქნებოდა სპეციალური მარეგულირებელი ჩარჩოს უზრუნველყოფა, რომელიც საერთო იქნებოდა ყველა წევრი სახელმწიფოსათვის იმგვარად, რომ არ დატოვებდა განსხვავებული ინტერპრეტაციების შესაძლებლობას.

იგივე პრობლემა იკვეთება, ასევე შუამავლების მიმართ გამოსაყენებელ სანქციებთან მიმართებითაც. ამ სპეციფიკურ საკითხზე, ფაქტობრივად, დირექტივაში მოცემულია, რომ „ეფექტიანობის პერსპექტივის გასაუმჯობესებლად, წევრმა სახელმწიფოებმა უნდა დააწესონ სანქციები ამ დირექტივის საიმპლემენტაციო ეროვნული დებულებების დარღვევის საწინააღმდეგოდ და უზრუნველყონ, რომ ეს სანქციები იყოს ეფექტიანად გამოყენებული პრაქტიკაში, პროპორციული და შემაკავებელი ეფექტით.“⁶¹

ამასთან, ამ შემთხვევაში შეიძლება, არსებობდეს განსხვავებები სანქციებს შორის. ზოგიერთ სახელმწიფოში ისინი ითვლება ძალიან „რბილად“, რაიმე შემაკავებელი ძალის

⁵⁶ EU Directive 6804/18, Annex I (6).

⁵⁷ ამ საკითხთან დაკავშირებით იხ. *Seiler, M.*, GAARs and Judicial Anti-Avoidance in Germany, the UK and the EU, Series on International Tax Law, Lang, M. Ed., Linde Verlag, 2014.

⁵⁸ EU Directive 6804/18, Annex I, art. 8aaa, 22.

⁵⁹ *Monsenego, J.*, Taxation of Foreign Business Income Within the European Internal Market: An Analysis of the Conflict between the Objective of Achievement of the European Internal Market and the Principles of Territoriality and Worldwide Taxation, IBFD Doctoral Series, Vol. 22, 2012, 204-205.

⁶⁰ *Campbell, D.*, International Taxation of Low-Tax Transactions, Low Tax Jurisdiction II, Yorkhill Law Publishing, 2009, Double Taxation Treaties (DTT), 17-18.

⁶¹ EU Directive 6804/18, Annex I, art. 25 bis.

არმქონედ, როცა, საპირისპიროდ, სხვა შემთხვევებში, ისინი ძალიან მკაცრად შეიძლება ჩაითვალოს.⁶²

გარდა ამისა, სანქციებთან მიმართებით, დირექტივამ უნდა უზრუნველყოს საერთო სტრუქტურა სხვადასხვა წევრ სახელმწიფოში. ამის მიზანი იქნება ნორმატიული განსაზღვრულობის ეფექტიანი უზრუნველყოფა, რათა მოხდეს დირექტივის იმპლემენტაცია, რაც შეიძლება, ეფექტიანად; ეს ელემენტები უნდა მოდიოდეს „ზემოდან“, ევროპული კავშირიდან და არ უნდა რჩებოდეს ცალკეული წევრი სახელმწიფოების დისკრეციაში.⁶³

4.3. OECD-ის „საფუძვლის შემცირებისა და მოგების გადატანის“ (BEPS) პროექტის ანალიზი დირექტივის კრილში

OECD/G20-ის ანალიზის პროექტის - „საფუძვლის შემცირებისა და მოგების გადატანის“ - 6804/18 დირექტივასთან კავშირში განხილვისას, მნიშვნელოვანია მისი შინაარსის მიმოხილვა. ფაქტობრივად, საწყისი დებულება შეეხება იმის გათვალისწინებას, რომ გლობალიზაციამ გახსნა შესაძლებლობები როგორც მულტი-ნაციონალური კომპანიებისათვის, ასევე ფიზიკური პირებისათვის შეამცირონ საგადასახადო ტვირთი მინიმუმამდე, რითიც აზიანებენ ხელისუფლებებს, საზოგადოებას და ბიზნესებს.⁶⁴ სამოქმედო გეგმით, გადასახადებით დაბეგვრა არის ქვეყნების სუვერენიტეტის გული, თუმცა იგი, ასევე ცნობს, რომ, ზოგ შემთხვევაში, სხვადასხვა ეროვნული საგადასახადო კანონების ურთიერთქმედებამ შეიძლება, მიგვიყვანოს დირექტივის დებულებათა ხარვეზებსა და უთანხმოებებთან. ამიტომაც, BEPS-ის სამოქმედო გეგმით, ახალი სტანდარტები საერთაშორისო და რეგიონულ დონეზე დირექტივის მიზნებთან შესაბამისად უნდა შემუშავდეს, რათა უზრუნველყოფილ იქნას საწარმოთა შემოსავლის დაბეგვრის შესაბამისობა საერთაშორისო დონეზე.⁶⁵

კერძოდ, ეს პროექტი შეეხება საგადასახადო სტრატეგიების ერთობლიობას, რომლებსაც ზოგიერთი კომპანია იყენებს, რათა გამოფიტოს გადასახადის საფუძველი და, შედეგად, შეამციროს საგადასახადო ტვირთი. დაბეგვრისაგან თავისუფალი მოგების გადატანა მაღალი გადასახადების მქონე ქვეყნებიდან დაბეგვრის გარეშე ან დაბალი გადასახადების მქონე ქვეყნებში, ფაქტობრივად, სტრატეგიაა, რომელსაც მივყავართ გადასახადის საფუძვლის ეროზიისაკენ.⁶⁶

უფრო კონკრეტულად, პროექტი მოიცავს ახალ მინიმალურ სტანდარტებს ქვეყნებს შორის ინფორმაციის გაცვლისათვის, რათა წინ აღუდგეს და, სავარაუდოდ, აღმოფხვრას მამოძრავებელი (vehicle) კომპანიების ექსპლუატაცია მოუხელთებელი შედეგით, მავნე საგადასახადო პრაქტიკას, ინფორმაციის ავტომატური გაცვლას, როცა ქვეყნებსა და მულტი-ნაციონალურ კომპანიებს შორის მიღწეულია ფისკალური ბუნების შეთანხმებები, შეთანხმებებს სხვადასხვა საგადასახადო ადმინისტრაციებს შორის, რათა არიდებულ იქნას შესაძლებლობა, რომ, ორმაგად დაუბეგრავი ბრუნვის საწინააღმდეგოდ, შემოღებულ იქნას ორმაგი დაბეგვრის სქემა.⁶⁷

BEPS-ის პროექტი შეიცავს რეკომენდაციებს, რათა დანერგოს მნიშვნელოვანი ცვლილებები 100-ზე მეტი ქვეყნის და იურისდიქციის ეროვნულ საგადასახადო სამართალში, რომლებიც BEPS-ის პროექტის იმპლემენტაციისათვის თანამშრომლობის შემადგენელი ინტეგრირებული სტრუქტურის ნაწილებია.

⁶² *Lai Lan Mo, P.*, დასახ. ნაშრომი, 38-ე სქ. 77-79.

⁶³ *Lang, M. Pistone, P., Schuch, J., Staringer, C., Storck, A., Zagler, M.*, Tax Treaties: Building Bridges Between Law and Economics, IBFD, 2010, 485-486.

⁶⁴ *Christians, A.*, BEPS and the New International Tax Order, Brigham Young University Law Review, 2016.

⁶⁵ *Azam, R.*, Minimum Global Effective Corporate Tax Rate as General Anti-Avoidance Rule, Columbia Journal of Tax Law, Columbia University, 2017.

⁶⁶ იხ. ვებ-გვერდი: <<http://www.oecd.org/tax/beps/>>. უკანასკნელად გადამოწმდა: 11/06/2018.

⁶⁷ OECD Secretary-General Report to G20 Finance Ministers and Central Bank Governors, OECD Publishing, 2018, 21-35. ხელმისაწვდომია ვებ-გვერდი: <<http://www.oecd.org/tax/OECD-Secretary-General-tax-report-G20-Finance-Ministers-Argentina-March-2018.pdf>>. უკანასკნელად გადამოწმდა: 11/06/2018.

კერძოდ, პროექტი მოიცავს 15 ქმედებას, რომელთა საშუალებითაც მთავრობები უნდა აღიჭურვოს ეროვნული და საერთაშორისო ინსტრუმენტებით, რათა დამარცხებულ იქნას გადასახადებისათვის თავის არიდების/გადასახადების თავიდან აცილების ფენომენი, უზრუნველყოფილ იქნას, რომ მოგება დაიბეგრება იმ იურისდიქციაში, რომელშიც, ეკონომიკური საქმიანობის განხორციელების შედეგად, მიიღება იგი. პროექტის სპეციალური ანალიზით, სამოქმედო გეგმა გამოყოფს 15 არსებით მოქმედებას, რათა მიღწეულ იქნას BEPS-ის პროექტის მიზნები.⁶⁸ კერძოდ, ქმედებები 2-დან 14-მდე იყოფა 3 საყრდენად:

- (i) დაიდოს შეთანხმება ეროვნულ საგადასახადო რეჟიმებს შორის ტრანსნაციონალურ აქტივობებთან დაკავშირებით (ქმედებები 2-5);
- (ii) არსებული საერთაშორისო სტანდარტების საფუძველთა გაძლიერება, რომელთა მიზანია დაბეგვრის (და საგადასახადო რეჟიმების) კონსოლიდაცია, წარმოებისა და ღირებულებათა წარმოქმნის ლოკალიზაციით და (ქმედებები 6-10);
- (iii) გამჭვირვალობის გაზრდა, ინფორმაციის გაცვლა და სამართლებრივი სიცხადის გაუმჯობესება როგორც ბიზნესებისათვის, ასევე მთავრობებისათვის (ქმედებები 11-14).

ორი დამატებითი გამმიჯნავი ქმედება ასრულებს სტრატეგიას და, იდეალურ შემთხვევაში, საფუძველია, რომელზეც სამი სვეტი დგას: (i) პირველი ქმედება ციფრული ეკონომიკის პირობებში და (ii) ბოლო ქმედება მრავალმხრივი სტანდარტული ტიპის ინსტრუმენტის გამოყენება.⁶⁹

BEPS-ის პაკეტით მოცული ზოგიერთი ზომა დაუყოვნებლივ გამოსაყენებელი იქნება; ესენია ზემოაღნიშნული მოგების გადატანის ახალი სახელმძღვანელო პრინციპები. სხვებს დასჭირდებათ ეროვნული კანონებისა და ორმხრივი საგადასახადო ხელშეკრულებების განხილვა ქმედება 15-თან მიმართებით, როგორც აღინიშნა, იგი გვთავაზობს მრავალმხრივი ინსტრუმენტების გამოყენებას, რომელიც თავიდან აგვაცილებს ასობით ორმხრივი ხელშეკრულების დადებას და, ამავე დროს, უზრუნველყოფს [ზომათა] უფრო მეტად ერთგვაროვანი გამოყენების პირობებს.⁷⁰

ანგარიში თვალნათლად აჩენს, რომ დაბეგვრა რჩება ნაციონალური სუვერენიტეტის საკითხად, თუმცაღა, ვალდებულება, რომ არ დაუპირისპირდეს საერთაშორისო დონეზე ნაკისრ მოვალეობებს, ზღუდავს სახელმწიფოებს დიფერენცირებულ ინტერპრეტაციაში.

5. ეფექტიანი გამოყენება და დირექტივის ძალაში შესვლა

ევროგაერთიანების დონეზე, აგრესიულ საგადასახადო დაგეგმვის წინააღმდეგ ბრძოლა დაიწყო გადასახადებისაგან თავის აცილების საწინააღმდეგო 2016/1164/EU დირექტივის⁷¹ მიღებით, რომელმაც გაითვალისწინა მავალდებულებელი დარღვევის საწინააღმდეგო ზომების მიღება კომპანიების მიერ გადასახადებისთვის თავის არიდებასთან ბრძოლის საერთო სტანდარტის უზრუნველსაყოფად. წევრი სახელმწიფოებისათვის იმპლემენტაციის ბოლო ვადაა 2018 წლის დასასრული ისე, რომ ეს წესები ძალაში შევა 2019 წლის 1 იანვრიდან.

6804/18 დირექტივა არის ბუნებრივი გაგრძელება ჯერ საერთაშორისო დონეზე აღებული გეზისა და, შემდეგ, ევროპული კავშირის მიერ ფისკალური გამჭვირვალობისაკენ სწრაფვაში: ეს, ფაქტობრივად, განაახლებს საგადასახადო სფეროში ადმინისტრაციული თანამშრომლობის შესახებ დირექტივას (DAC) - 2011/16/EU.

⁶⁸ ხელმისაწვდომია ვებ-გვერდზე: <<http://www.oecd.org/ctp/beeps-actions.htm>>. უკანასკნელად გადამოწმდა: 11/06/2018.

⁶⁹ Ezenagu, A., Faltering Blocks in the Arguments against Unitary Taxation and the Formulary Apportionment Approach to Income Allocation, Asper Review of International Business and Trade Law, 2017.

⁷⁰ Servizio del Bilancio, Il Progetto Base Erosion and Profit Shifting (BEPS), Nota Breve No. 13, ottobre 2015, Senato della Repubblica, XVII legislatura. ხელმისაწვდომია ვებ-გვერდზე: <<https://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/00941275.pdf>>. უკანასკნელად გადამოწმდა: 11/06/2018.

⁷¹ Council Directive (EU) 2016/1164, Laying Down Rules Against Tax Avoidance Practices that Directly Affect the Functioning of the Internal Market, 12 July 2016.

დირექტივა თავისი არსით, მართლაც, შეეხება მონაცემთა გადაცემის გაუმჯობესებას შეთანხმებებთან კავშირში, რაც გათვალისწინებულია ამ შემთხვევაში 2011/16/EU დირექტივით დარეგულირებულ (მის უკანასკნელ განახლებულ ვერსიაში) ინფორმაციის გაცვლის უკვე ამოქმედებულ მექანიზმში, რათა დამყარდეს მჭიდრო კავშირი მონაცემთა გაცვლასთან მიმართებით.⁷²

დირექტივა შევიდა ძალაში ევროპული კავშირის ოფიციალურ ჟურნალში გამოქვეყნებიდან მეოცე დღეს. წევრ სახელმწიფოებს ექნებათ ვადა 2019 წლის 31 დეკემბრის ჩათვლით, რომ დაწერონ იგი ეროვნულ კანონებსა და რეგულაციებში და ახალი შეტყობინების მოთხოვნების გამოყენება დაიწყება 2020 წლის 1 ივლისიდან.

დირექტივის ეფექტიანი მოქმედების კონტროლისათვის, ყოველი წევრი სახელმწიფო იქნება ვალდებული, მიიღოს ყველა აუცილებელი ზომა შუამავლებისათვის გაცხადებულ ტრანს-სასაზღვრო სქემების შესახებ ინფორმაციის მოწოდების მოთხოვნის მიზნით. პირველი ნაბიჯი ამ მიმართულებით გადადგმული იქნება ძალაში შესვლის დროიდან დირექტივის ძალაში შესვლის თარიღამდე.

რაც შეეხება ინფორმაციის გადაცემას, შუამავლებს და დაინტერესებულ გადასახადის გამამხდლებს, შესაბამისად, ექნებათ ვალდებულება გადასცენ ინფორმაცია ტრანს-სასაზღვრო შეთანხმებების შესახებ 2020 წლის 31 აგვისტოდან.

დირექტივის ეფექტიანობამ შეიძლება, გააძლიეროს საგადასახადო გამჭვირვალობა და აგრესიული საგადასახადო დაგეგმარების წინააღმდეგ ბრძოლა, მოქმედ დირექტივაში ახალი დებულებების ჩართვით, რომელიც მოსთხოვს წევრ სახელმწიფოებს: შეიმუშაონ სავალდებულო გამჟღავნებისათვის სასაზღვრო ელემენტის შემცველი წესები (i) კომპეტენტური ეროვნული ორგანოებისათვის, პოტენციურად აგრესიული საგადასახადო სქემების შესახებ (ii) „შუამავალთათვის“ (მაგ., საგადასახადო მრჩეველები ან სხვა აქტიორები, რომლებიც ჩვეულებრივ ჩართულნი არიან ასეთი „ღონისძიებების“ განხორციელებაში, მარკეტინგში, ორგანიზებასა თუ მართვაში); და (iii) უზრუნველყონ, რომ ეროვნული საგადასახადო ორგანოებმა ავტომატურად გაცვალონ შესაბამისი ინფორმაცია სხვა წევრი სახელმწიფოების კომპეტენტურ ორგანოებთან.⁷³

6804/18 დირექტივის სრული იმპლემენტაცია უკავშირდება რამდენიმე დაბრკოლებას, უპირველეს ყოვლისა, საგადასახადო შუამავალთა ეფექტიან თანამშრომლობას (რაც, რა თქმა უნდა, უზრუნველყოფილი უნდა იქნას დამარწმუნებელი სანქციებით) და, მეორე, ადამიანის უფლებათა ევროპული კონვენციითა და ევროპული ქარტიით დაცულ ადამიანის უფლებებთან თავსებადობას (ვფიქრობთ, როგორც ალინიშნა, პირადი ცხოვრების საიდუმლოების, პროფესიული საიდუმლოებისა და თვით-ინკრინინაციისაგან დაცვა).⁷⁴

შემდგომი დახვეწა შეიძლება, ასევე მოიცავდეს ადმინისტრაციული თანამშრომლობის, ერთდროული კონტროლის გამოყენების ხელშეწყობასა და უცხოელი აუდიტისათვის ჩართულობას. ამ ელემენტებმა შეიძლება გაზარდოს გამჭვირვალობის დონე და გააუმჯობესოს საგადასახადო სფეროში ინფორმაციის გაცვლის სისტემა, რაც ექსტრემალურ სიტუაციებში, შექმნის საშუალებას, ევროპული კავშირის წევრი

⁷² 2011/16/EU დირექტივა შესწორდა 2014/107/EU დირექტივით, (DAC 2) და მოხდა ფოკუსირება ფინანსური შუამავლების როლზე ინფორმაციის გაცვლაში 2015/2376/EU დირექტივიდან (DAC 3), რომელიც აფუძნებს ინფორმაციის ავტომატურ გაცვლას საგადასახადო გადაწყვეტილებებთან დაკავშირებით, 2016/881/EU დირექტივიდან (DAC 4), რომელიც ეხება ქვეყნიდან ქვეყანაში მონაცემების გადაცემას ანგარიშებით (CCR) და ბოლოს, 2016/2258/EU დირექტივა (DAC 5), რომელიც ეხება საგადასახადო ორგანოების წვდომას ფულის გათეთრების საწინააღმდეგო ინფორმაციაზე.

⁷³ იხ. ვებ-გვერდი: <<https://www.eumonitor.nl/9353000/1/j9vvik7m1c3gyxp/vkmj8stby0zq>>. უკანასკნელად გადამოწმდა: 04/06/2018.

⁷⁴ Aggarwal, E., Common Reporting Standard: Survivor's Guide to OECD Automatic Exchange of Information of Offshore Financial Accounts, CreateSpace Independent Publishing Platform, 2015.

სახელმწიფოების საგადასახადო ორგანოებმა განიცადონ ცვლილებები და უბრალო თანამშრომლობა აქციონ რეალურ ფისკალურ კოორდინაციად.⁷⁵

6. დასკვნითი შენიშვნები

გამჭვირვალობა და, საგადასახადო მიზნებისათვის, ინფორმაციის გაცვლა განეკუთვნება ყველაზე მნიშვნელოვან საკითხებს ამჟამინდელ საერთაშორისო დღის წესრიგში. ფაქტობრივად, ამ ორი ელემენტის კომბინაცია შეიძლება იყოს ფულის გათეთრებისა და გადასახადებისათვის თავის არიდების/გადასახადების თავიდან აცილების წინააღმდეგ ბრძოლის ერთ-ერთი ყველაზე ეფექტიანი ინსტრუმენტი.

უკანასკნელი წლების ინიციატივებმა როგორც [ზოგადად] საერთაშორისო, ისე ევროპულ დონეზე, ნება დართო საგადასახადო ორგანოებს, ჰქონდეთ ფართო წვდომა საგადასახადო მიზნებისათვის რელევანტურ ინფორმაციაზე. ევროპული კავშირში ეს მიიღწევა დირექტივების გამოყენებით, ორმაგი დაბეგვრის ხელშეკრულებებით, საგადასახადო ინფორმაციის გაცვლისა და მრავალმხრივი შეთანხმებებით ადმინისტრაციულ ურთიერთდახმარების შესახებ საგადასახადო საკითხებში.

იმის საფუძველზე, რაც გამოიკვეთა გაანალიზებული დირექტივიდან, ავტომატური ინფორმაციის გაცვლა არის საუკეთესო საშუალება საგადასახადო საკითხებში გამჭვირვალობის მისაღწევად.

წინარე მარეგულირებელი სისტემით, ევროპულმა კომისიამ შეამზადა ნიადაგი წინადადების შესამუშავებლად, რომელიც საშუალებას მისცემს ევროპული კავშირის წევრ სახელმწიფოებს გამოიყენონ ახალი პროგნოზები თანაბრად სწრაფი მანერით. უფრო მეტიც, საჭირო ინფორმაციაზე წვდომით, სახელმწიფოებს შეიძლება, მიეცეთ შესაძლებლობა გადასახადებისათვის თავის არიდების/გადასახადების თავიდან აცილების ფენომენზე ოპტიმალური რეაგირება მოახდინონ და მიაღწიონ წარმატებას ეროვნული გადასახადების საფუძვლების ეროზიისაგან თავის არიდებაში.

პოზიტიური შედეგები არის ორშიანი: ევროპული კავშირის წევრი სახელმწიფოები ინფორმირებულნი იქნებიან მიმდინარე საგადასახადო მიდგომებზე, რომლებსაც ფიზიკური და იურიდიული პირები უნდა დაექვემდებარონ სხვა ქვეყანაში; შედეგად, იქნებიან სრულად გათვითცნობიერებული მათი ქცევის სისწორეზე ან პირიქით; და ამავე დროს, ქვეყნები დაინახავენ მათზე დაკისრებული პასუხისმგებლობის ნაწილსა და ტვირთს სახელმწიფოთაშორისი თანამშრომლობის წყალობით.

საბოლოოდ, შეთავაზებულ მექანიზმების მეტი გამჭვირვალობა შედეგად გამოიწვევს ორივე - წევრ სახელმწიფოთა და კომპანიების - წახალისებას, იმოქმედონ უფრო ცხადად და მართებულად და, ამგვარად, ხელი შეუშალონ შესაძლო [ნეგატიურ] მცდელობებს გადასახადების ადმინისტრირების დროს.

ფაქტობრივად, სახელმწიფოებისათვის დავალებამ, სავალდებულოდ და პერიოდულად გააზიაროს ინფორმაცია სხვა სახელმწიფოების კომპეტენტურ საგადასახადო ორგანოებთან, რეალურად და ეფექტურად უნდა მოახდინოს საწყისშივე „რისკიანობის“ ფენომენის თავიდან აცილება.

ბიბლიოგრაფია:

1. *Aggarwal, E.*, Common Reporting Standard: Survivor's Guide to OECD Automatic Exchange of Information of Offshore Financial Accounts, CreateSpace Independent Publishing Platform, 2015.
2. *Amaddeo, F.*, Novità fiscali. L'attualità del diritto tributario svizzero e internazionale, SUPSI, 2018. ECD Secretary-General Report to G20 Finance Ministers and Central Bank Governors, OECD Publishing, 2018.

⁷⁵ *Amaddeo, F.*, Novità fiscali. L'attualità del diritto tributario svizzero e internazionale, SUPSI, 2018, 220-230.

3. Automatic Exchange of Information, Implementation Report, OECD, 2017.
4. *Azam, R.*, Minimum Global Effective Corporate Tax Rate as General Anti-Avoidance Rule, Columbia Journal of Tax Law, Columbia University, 2017.
5. *Blazek, J.*, Tax Planning and Compliance for Tax-Exempt Organizations: Rules, Checklists, Procedures, Wiley NonProfit Authority, fifth Ed., 1993.
6. *Borroni, A.*, A Comparative Survey on International Corporate Taxation Systems: The American Model, Digital Properties and Digital Consumers: Nuovi Diritti e Nuove Tutele, *Piccinelli, G., Mazzei G., Tisci, A.* Edizioni Scientifiche Italiane, Seconda Università degli studi di Napoli - Facoltà di Studi Politici e per l'Alta Formazione Europea e Mediterranea *Jean Monnet*, 2011.
7. *Brown, K. B.*, A Comparative Look at Regulation of Corporate Tax Avoidance, Springer, George Washington University Law School, 2012.
8. *Campbell, D.*, International Taxation of Low-Tax Transactions, Low Tax Jurisdiction II, Yorkhill Law Publishing, 2009, Double Taxation Treaties (DTT).
9. *Christians, A.*, BEPS and the New International Tax Order, Brigham Young University Law Review, 2016.
10. *Contractor, F. J.*, Valuation of Intangible Assets in Global Operations, Library of Congress Cataloging in Publication Data, 2001.
11. *Crundwell, F.*, Finance for Engineers: Evaluation and Funding of Capital Projects, Springer, Library of Congress Cataloging in Publication Data, 2008.
12. *De Broe, L.*, International Tax Planning and Prevention of Abuse, A Study under Domestic Tax Law, Tax Treaties and EC Law in relation to Conduit and Base Companies, Doctoral Series, Academic Council, 2008.
13. *Della Rovere, A., Vincenti, F.*, Dai Panama Papers ai Paradise Papers: la nuova inchiesta sui paradisi fiscali, Valente Associati GEB Partners, IPSOA, 2017.
14. *Eicke, R.*, Tax Planning with Holding Companies - Repatriation of US Profits from Europe, Eurotax, Wolters Kluwer Law and Business, 2009.
15. *Ezenagu, A.*, Faltering Blocks in the Arguments against Unitary Taxation and the Formulary Apportionment Approach to Income Allocation, Asper Review of International Business and Trade Law, 2017.
16. *Gravelle, J. G.*, Tax Havens: International Tax Avoidance and Evasion, Congressional Research Service, 2010.
17. *Hokamp, S., Gulyás, L., Koehler M., Wijesinghe, S.*, Agent-based Modeling of Tax Evasion: Theoretical Aspects and Computational Simulations, Wiley Series in Computational and Quantitative Social Science, Wiley, 2018.
18. *Hugh, J. A., Brian, J. A.*, Comparative Income Taxation: A Structural Analysis, Aspen Publishers, 2004, 357.
19. *Kerzner, D. S., Chodikoff, D. W.*, International Tax Evasion in the Global Information Age, Palgrave Macmillan, Irwin Law Inc., 2016.
20. *Lai Lan Mo, P.*, Tax Avoidance and Anti-Avoidance Measures in Major Developing Economies, Praeger, Westport Connecticut, London, 2003.
21. *Lang, M. Pistone, P., Schuch, J., Staringer, C., Storck, A., Zagler, M.*, Tax Treaties: Building Bridges Between Law and Economics, IBFD, 2010.
22. *Monsenego, J.*, Taxation of Foreign Business Income Within the European Internal Market: An Analysis of the Conflict between the Objective of Achievement of the European Internal Market and the Principles of Territoriality and Worldwide Taxation, IBFD Doctoral Series, Vol. 22, 2012.
23. *Montalban, P.*, Paradise Papers: Offshore Investments of the Rich and Powerful, Lulu Press Inc, 1st Ed., 2017.
24. *Müller-Knospe, B.*, From Panama to Paradise. An insight into secret financial dealings in the world of multinational corporations through the “Panama Papers” and the “Paradise Papers”, GRIN Economy, 2017.

25. *Obermayer, B., Obermaier, F.*, The Panama Papers: Breaking the Story of How the Rich and Powerful Hide Their Money, Oneworld Publications, 2017.
26. *Oberson, X.*, International Exchange of Information in Tax Matters. Towards Global Transparency, Elgar, 2015.
27. OECD, Tax Transparency 2017: Report on Progress, Global Forum on Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes, Global Cooperation on Tax Transparency and Exchange of Information, 2017.
28. OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project Country-by-Country Reporting - Compilation of Peer Review Reports, Inclusive Framework on BEPS Action 13, OECD Publishing, Paris, 2018.
29. *Panayi, C. H. J. I.*, Advanced Issues in International and European Tax Law, Bloomsbury, Hart, 2015.
30. *Petruzzi, R., Spies, K.*, Tax Policy Challenges in the 21st Century, Series on International Tax Law, *Lang, M.*, Ed., Linde Verlag, 2014.
31. *Platteeuw, C.*, Quick Reference to European VAT Compliance, Deloitte European Compliance Centre, Wolters Kluwer Law and Business, 2011.
32. *Prosser, K. J., Murray, R.*, Tax Avoidance, Sweet and Maxwell, Thomson Reuters, 2012.
33. *Saxunova, D., Sulikova R., Szarkova, R.*, Tax Management Hierarchy – Tax Fraud and a Fraudster, Management International Conference, 2017.
34. *Schreiber, U.*, International Company Taxation: An Introduction to the Legal and Economic Principles, Springer Texts in Business and Economics, University of Mannheim, 2013.
35. *Seer, R.*, Overview of Legislation Practices Regarding Exchange of Information Between National Tax Administration in Tax
36. *Seiler, M.*, GAARs and Judicial Anti-Avoidance in Germany, the UK and the EU, Series on International Tax Law, *Lang, M.* Ed., Linde Verlag, 2014.
37. *Servizio del Bilancio*, Il Progetto Base Erosion and Profit Shifting (BEPS), Nota Breve No. 13, ottobre 2015, Senato della Repubblica, XVII legislatura.
38. Standard for Automatic Exchange of Financial Account Information in Tax Matters, OECD Publishing, 2014.
39. Study into the Role of Tax Intermediaries, OECD Publishing, 2008.
40. Tax Matters, European Parliament, Directorate-General for Internal Policy, Economic and Monetary Affairs, 2015.
41. Tax Transparency for Intermediaries, Fair Taxation, European Commission, 2017.
42. *Weimar, M. R.*, Identifying and Quantifying Rates of State Motor Fuel Tax Evasion, National Cooperative Highway Research Program, Transportation Research Board of the National Academies, 2008.

Mandatory Automatic Exchange of Information in the Field of Taxation in Relation to Reportable Cross-Border Arrangements. Analysis of the EU Directive 6804/18

Abstract

The necessity for a mandatory disclosure obligation for intermediaries who project cross-border schemes for their clients, that involve routing assets to or through offshore entities, is very felt at international level, especially in consequence of the recent scandals that highlighted phenomena of tax evasion/elusion - in particular, “Panama Papers” and “Paradise Papers”. These complex cross-border schemes facilitate tax evasion, tax fraud and money laundering, because each tax jurisdiction evaluates a part of the system within its borders.

Considering this scenario, the EU Directive 6804/18 was introduced to provide a set of rules related to the counter of tax avoidance/evasion phenomena and increasing levels of transparency with regard to the exchange of information between the authorities of the Member States within the Union. From the moment of its enforcement, the Directive obliges intermediaries, proposing and commercializing transnational financial schemes to their clients, with the purpose to facilitate tax avoidance, to report the establishment of such mechanisms to the tax authorities of the Member State to which they belong. In turn, the authorities of the aforementioned EU Member States will be compelled, as stated from the Directive, to exchange this information with each other authorities, in order to increase control over the activities of consultants and tax planners, regardless of the imminent possibility of a real risk.

1. Introduction

The fight against tax evasion/elusion represents an issue that cannot affect the individual States in an independent manner. It is a global phenomenon that should be treated through the provision of stringent rules taken at international and regional level.

In particular, it is interesting what has been done by the European Union on this matter. In this context, the path to reach a solution regarding the provision of actions to counter tax evasion/avoidance² phenomena has been long and passed through several difficulties.

To solve this issue, a legislative proposal was requested by the European Parliament’s resolution of 6 July 2016 on tax rulings and other measures similar in nature or effects³. In particular, the purpose of

¹ Phd. student in Private comparative law - *Luigi Vanvitelli* University of Campania, *Jean Monnet* Department of political Sciences.

² *Saxunova, D., Sulikova, R., Szarkova, R.*, Tax Management Hierarchy – Tax Fraud and a Fraudster, Management International Conference, 2017, 633-644. According to the Organization for Economic Co-operation and Development (OECD) definition, the evasion represents a behavior in violation of the law which consists of all those illegal methods aimed at reducing or eliminating the tax and contribution levy. It occurs in the cases in which the taxpayer subtracts entirely or in part from the tax obligation, by concealing the taxable amount or the assumption of the tax. The evasion, with reference to the tax base, is achieved through a process of non-declaration of part or all of the taxable income (non-declaration) or through a fictitious increase in costs deductible from revenues (simulation of fictitious liabilities). On the contrary, tax avoidance is behavior that conforms to the letter but not to the ratio of the tax provision. It is carried out by means connected to each other, without valid economic reasons, with the purpose to circumvent obligations or prohibitions envisaged by the tax system and obtaining reductions in taxes or reimbursements, otherwise undue.

this resolution was to provide a legislative proposal introducing a mandatory disclosure requirement for intermediaries⁴ concerning complex mechanisms and special services related to particular States included on the EU list of tax havens and non-cooperative jurisdictions⁵ are designed for and being used by clients to facilitate tax evasion, tax fraud, money laundering or terrorist financing.

The next step was made on the 21 June 2017 when the European Commission adopted a proposal for a directive amending the administrative cooperation.

But, it was the Directive 2011/16/EU⁶ that represented the first step in relation to the mandatory automatic exchange of information in the field of taxation regarding the reportable cross-border arrangements.

In particular, the provision of the proposal is referred to ensure early information on cross-border arrangements designed by tax intermediaries or taxpayers by creating an obligation to report such schemes on intermediaries and by inserting the collected information in the automatic exchange of information between tax authorities within the European Union⁷.

The 13 March 2018 Economic and Financial Affairs Council paved the way for its adoption. The Ministers of Economic and Financial Affairs of the EU reached this agreement starting from the proposal of the European Commission, about the possibility of preparing a new regulatory framework in terms of transparency for the exchange of information on possible tax evasion/avoidance mechanisms.

The EU Directive 6804/18⁸ regarding the “Mandatory automatic exchange of information in the field of taxation in relation to reportable cross-border arrangements” provides the introduction of a common regulatory framework for the automatic and compulsory exchange of tax information. This obligation concerns potentially illicit activities, proposed by the intermediaries, related to tax evasion phenomena - with the peculiarity that they must have at least one or more cross-border elements - to the competent national authorities of the different Member States⁹.

In the field of the Directive 6804/18 EU, the role of tax intermediaries may be to favor the exchange of information related to the tax-planning they prepare for their clients. Specifically, the information taken into account must be transferred immediately by the intermediaries to the national tax authorities, in order to ensure that the latter can effectively carry out an automatic

³ Official Journal of the European Union, European Parliament resolution of 6 July 2016 on tax rulings and other measures similar in nature or effect, (2016/2038(INI)), 2016. Available at <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52016IP0310>>. Last visited 05/06/2018.

⁴ According to the definition given by the OECD, there are two principal groups of tax intermediary: tax advisers and banks and other financial institutions.

(iii) Tax advisers are law, accounting and other professional firms that provide sophisticated tax advice and other services. The activities undertaken by tax advisers regard tax compliance, tax accounting, day-to-day advisory, business and economic tax planning, and dispute resolution.

(iv) Banks and some other financial institutions that promote and facilitate financial instruments and other arrangements that permit tax avoidance, including those that are considered as aggressive tax planning.

⁵ European Commission, Common EU list of third country jurisdictions for tax purposes, Taxation and Customs Union. Available at <https://ec.europa.eu/taxation_customs/tax-common-eu-list_en>. Last visited 05/06/2018.

⁶ Council of the EU, Directive 2011/16/EU on Administrative cooperation in the field of taxation and repealing Directive 77/799/EEC, Official Journal of the European Union, 15 February 2011, available at <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32011L0016&from=EN>>. Last visited 01/06/2018.

⁷ <<http://www.europarl.europa.eu/legislative-train/theme-deeper-and-fairer-internal-market-with-a-strengthened-industrial-base-taxation/file-tax-transparency-for-intermediaries>>. Last visited 05/06/2018>.

⁸ EU Directive 6804/18, Mandatory automatic exchange of information in the field of taxation in relation to reportable cross-border arrangements, Council of the European Union, Attached I (2), Brussels, 2018. Available at <<http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-6804-2018-INIT/en/pdf>>. Last visited 29/05/2018.

⁹ *Oberson, X.*, International Exchange of Information in Tax Matters. Towards Global Transparency, Elgar, 2015, 80-143.

exchange of the information with the tax authorities of the other Member States of the European Union¹⁰.

The mechanisms proposed by the tax intermediaries are defined as aggressive cross-border tax planning, they have some characteristics that allow several expedients to elude/evade taxes. Among these, is particularly noteworthy the provision of schemes containing cross-border losses with the aim of limiting tax liability¹¹, the use of preferential tax regimes deemed better for the peculiarities that distinguish them and for the tax regulations that produce for them, or agreements put in place with other countries that do not respect certain legislative standards internationally agreed¹².

Given the premises, the purpose of this article is to analyze the innovations introduced by the EU Directive 6804/18 on the automatic and compulsory exchange of information on cross-border tax planning mechanisms taking into consideration also the recent cases Panama Papers and Paradise Papers and the OECD Base Erosion and Profit Shifting.

2. Understanding tax evasion/avoidance through the analysis of two concrete cases: Panama Papers and Paradise Papers

The necessity to counteract tax evasion/avoidance phenomena is a very sensitive issue at worldwide level¹³, especially if taken into consideration recent cases from which emerged situation of “escaping” from taxation through particular schemes proposed by tax intermediaries that allow their clients to move part of their capital to countries in which tax jurisdiction is considered to be much more “permissive” - the so called “Tax Havens”¹⁴.

In particular, focusing the attention on two recent scandals regarding this matter: “*Panama Papers*” and “*Paradise Papers*”. They are two dossier of confidential documents, turned into light by the International Consortium of Investigative Journalists (ICIJ).

Both surveys reveal presumable information on the offshore accounts of companies and personalities from the world of politics, economy, sport, cinema and entertainment who attempted to evade taxes by hiding their wealth in tax havens¹⁵.

More specifically, the Panama Papers have been published for the first time in April 2016; the name of this investigation derives from the law firm *Mossack Fonseca*, which is based in Panama precisely¹⁶. This dossier regards a substantial dossier of over 11 million documents containing detailed information on over 200 thousand offshore companies and related organization chart.

¹⁰ Kerzner, D. S., Chodikoff, D. W., International Tax Evasion in the Global Information Age, Palgrave Macmillan, Irwin Law Inc., 2016, 33-39.

¹¹ Borroni, A., A Comparative Survey on International Corporate Taxation Systems: The American Model, Digital Properties and Digital Consumers: Nuovi Diritti e Nuove Tutele, Piccinelli, G., Mazzei G., Tisci, A. Edizioni Scientifiche Italiane, Seconda Università degli studi di Napoli - Facoltà di Studi Politici e per l'Alta Formazione Europea e Mediterranea Jean Monnet, 2011, 246-251.

¹² Prosser, K.J., Murray, R., Tax Avoidance, Sweet and Maxwell, Thomson Reuters, 2012, 2-6.

¹³ Borroni, A., supra note 11, 283.

¹⁴ See at <<http://www.oecd.org/ctp/glossaryoftaxterms.htm>>. “Tax haven in the ‘classical’ sense refers to a country which imposes a low or no tax, and is used by corporations to avoid tax which otherwise would be payable in a high-tax country. According to OECD report, tax havens have the following key characteristics:

- (i) no or only nominal taxes;
- (ii) lack of effective exchange of information;
- (iii) lack of transparency in the operation of the legislative, legal or administrative provisions.

See on the matter, also Prosser, K. J., Murray, R., Tax Avoidance, Sweet and Maxwell, Thomson Reuters, 2012, 2-6.

¹⁵ Müller-Knospe, B., From Panama to Paradise. An insight into secret financial dealings in the world of multinational corporations through the “Panama Papers” and the “Paradise Papers”, GRIN Economy, 2017, 2-5.

¹⁶ Obermayer, B., Obermaier, F., The Panama Papers: Breaking the Story of How the Rich and Powerful Hide Their Money, Oneworld Publications, 2017.

The investigation led to the collection and analysis of 11.5 million secret files in the period between 1970 and 2016. The documents spotlighted a mechanism thanks to which individuals and companies would have recycled money and processed taxes for large sums of money. The chain reaction triggered by this investigation involved banks and law firms which, in providing assistance to clients involved in the scandal, had not complied with anti-money laundering legislation and, therefore, had not carried out an adequate verification of customers' origin¹⁷.

The Paradise Papers, instead, have been published in November 2017; it reveals investments in tax havens of politicians all over the world, entrepreneurs, royals and stars of international music. After the Panama Papers, the new giant leaks, unveils a long list of people who have invested in offshore companies¹⁸. The dossier contains a database of over 13 million confidential documents that come from two international professional firms that supply and manage offshore companies. They are, specifically, Appleby, founded in Bermuda, with nine branches in as many tax havens, and Asiaciti Trust, headquartered in Singapore and others 7 locations like the Cook Islands, Hong Kong, Panama and Samoa.

These investigations are important in the analysis of the Directive because they underline the role of the tax havens with the purpose to guarantee secrecy for anyone who decides to invest. In particular, the secrecy involves the investors, the numbers to invest and the investment methods.

Anyway, there is an important difference between Panama Papers and Paradise Papers. The Paradise Papers are considered more like a tax optimization than a fraud, which is much more undervalued by the companies concerned than the media that denounce this scandal. Differently from the Panama Papers, in fact, Paradise Papers may be considered much less a money laundering, arising from tax fraud and other illicit activities but it takes rather consider some legal systems created by teams of experts in tax optimization. In other words, the major part of these mechanisms cannot currently be qualified as fraudulent¹⁹.

3. Hereinafter the Provisions of the Directive 6804/18

The aim of the Directive to provide new rules on transparency for tax intermediaries represents an important step forward, above all, to allow the competent tax authorities to be always conscious about any activity carried out by companies or individuals residing in their territory²⁰.

The automatic exchange of information between the tax authorities of the Member States represents an important instrument to ensure more efficient identification of tax planning mechanisms that enable companies, as well as individuals, to substantially reduce their taxes. The novelties carried by the Directive concern any institution, company or individual whose activity is to guarantee tax advice that may result in tax evasion/avoidance²¹.

¹⁷ Della Rovere, A., Vincenti, F., Dai Panama Papers ai Paradise Papers: la nuova inchiesta sui paradisi fiscali, Valente Associati GEB Partners, IPSOA, 2017. Available at <<http://www.ipsoa.it/documents/fisco/fiscalita-internazionale/quotidiano/2017/11/07/dai-panama-papers-ai-paradise-papers-la-nuova-inchiesta-sui-paradisi-fiscali>>. Last visited 11/06/2018.

¹⁸ Montalban, P., Paradise Papers: Offshore Investments of the Rich and Powerful, Lulu Press Inc, 1st Ed., 2017.

¹⁹ Eicke, R., Tax Planning with Holding Companies - Repatriation of US Profits from Europe, Eurotax, Wolters Kluwer Law and Business, 2009, 32-34.

²⁰ OECD, Tax Transparency 2017: Report on Progress, Global Forum on Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes, Global Cooperation on Tax Transparency and Exchange of Information, 2017, 43-47.

²¹ Petruzzi, R., Spies, K., Tax Policy Challenges in the 21st Century, Series on International Tax Law, Lang, M., Ed., Linde Verlag, 2014, 77-78.

Therefore, any intermediary proposing to its clients cross-border tax planning mechanisms - whose elements will be analyzed in the following paragraphs - has the inescapable obligation to report such schemes to the tax authorities of the Member State in which they reside²².

In general, a cross-border tax planning agreement represents a mechanism whose consequences regard more than one jurisdiction within the EU - or even in relation to agreements with third Countries²³. In accordance with the provisions of the Directive, any intermediary involved in the development and subsequent implementation of tax planning mechanisms in favor of companies or individuals must necessarily give the information regarding the competent tax authorities²⁴.

In particular, the main characteristics of the financial mechanisms which trigger the reporting obligation of the national tax authorities are²⁵:

- tax-free jurisdictions: use of specific tax jurisdictions that do not provide for any tax with respect to companies or individuals, or that impose very low taxes, or that are included in the EU list of jurisdictions considered “not cooperative”²⁶;
- companies outside the jurisdiction of the European Union: when companies or institutions that are not covered by EU regulations are used for the automatic exchange of information on tax matters;
- jurisdictions not bound by the automatic exchange of information: transfer of part of the income or capital through jurisdictions that are not constrained by mechanisms of automatic exchange of information with the State in which the taxpayer is resident²⁷;
- specific destination of part of the “avoided” taxes: case in which a fixed percentage is charged as commission - as payment reserved to the intermediary for the services offered²⁸;
- inadequate anti-money laundering rules: where it comes to jurisdictions whose anti-money laundering rules turn out to be inadequate or too “soft”;
- losses that reduce tax liability²⁹: express provision of agreements that use losses in order to reduce tax liability under certain conditions³⁰;
- tax-exempt payment: where a payment is expected, within a specific agreement that guarantees a tax exemption in the jurisdiction in which it should be taxed³¹;
- standard planning mechanisms: in this case, the advice proposed by intermediaries on tax planning is applied equally to more than one taxpayer, without the provision of ad hoc mechanisms³²;
- agreements concerning the transfer of “difficult to evaluate” intangible assets: transfer of assets whose connotation is difficult to interpret and categorize³³;

²² *Platteeuw, C.*, Quick Reference to European VAT Compliance, Deloitte European Compliance Centre, Wolters Kluwer Law and Business, 2011, Ch. 6, 9-10.

²³ *Schreiber, U.*, International Company Taxation: An Introduction to the Legal and Economic Principles, Springer Texts in Business and Economics, University of Mannheim, 2013, 46-48.

²⁴ EU Directive 6804/18, Mandatory automatic exchange, 2.

²⁵ See, on this point, Annex IV, preamble and section C, point 1, of the compromise text of the Presidency of the draft directive.

²⁶ *Weimar, M. R.*, Identifying and Quantifying Rates of State Motor Fuel Tax Evasion, National Cooperative Highway Research Program, Transportation Research Board of the National Academies, 2008, 37-38.

²⁷ See on this matter, OECD, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project Country-by-Country Reporting - Compilation of Peer Review Reports, Inclusive Framework on BEPS Action 13, OECD Publishing, Paris, 2018.

²⁸ See also *Hugh, J. A., Brian, J. A.*, Comparative Income Taxation: A Structural Analysis, Aspen Publishers, 2004, 357.

²⁹ *Borroni, A.*, supra note 11, 246-251.

³⁰ *Crundwell, F.*, Finance for Engineers: Evaluation and Funding of Capital Projects, Springer, Library of Congress Cataloging in Publication Data, 2008, 253-254.

³¹ *Blazek, J.*, Tax Planning and Compliance for Tax-Exempt Organizations: Rules, Checklists, Procedures, Wiley NonProfit Authority, fifth Ed., 1993.

³² *Panayi, C. H. J. I.*, Advanced Issues in International and European Tax Law, Bloomsbury, Hart, 2015.

³³ *Contractor, F. J.*, Valuation of Intangible Assets in Global Operations, Library of Congress Cataloging in Publication Data, 2001, 347-348.

- conversion of part of the assets: part of the income or capital of the customer is converted into products or payments that are not subject to automatic exchange of information.

These are, in general, the main characteristics that allow to classify a particular tax planning mechanism as potentially suitable for tax evasion/avoidance³⁴.

However, as already stated in the previous paragraphs, the mere presence of these elements does not immediately involve risks. In fact, these are essentially indicators provided to alert the competent national authorities about potential aggressive tax planning mechanisms.

4. Analysis of the Contents of the Directive

The main purpose of the Directive is to strengthen tax transparency and counter aggressive tax planning by including new provisions in the current Council Directive 2011/16/EU on administrative cooperation in the field of taxation.

The issues addressed by this legislative proposal are relevant for the EU and a broader international agenda. In its 2016 conclusions on an external tax strategy and measures against abuses of the tax treaty, the EU Council invited the European Commission to consider legislative initiatives on mandatory disclosure rules inspired by action 12 of the Base Erosion Profit Shifting (BEPS) project of the OECD³⁵, in order to introduce more effective disincentives for intermediaries who produce for their customers tax evasion/elusion plans.

According to what is stated by the Directive, financial advisers who design for their clients, mechanisms that require the presence of one or more of the above mentioned distinctive elements will have the obligation to report these mechanisms to the competent tax authorities of the Country they belong to. In particular, this duty is referred even to cases before they are used and regardless of the possibility that the risks of evasion are concrete and imminent³⁶.

With regard to the obligation of the States, the Directive provides that they automatically let circulate the information received from financial intermediaries on tax planning regimes through a centralized database. In this way, all the authorities of the Member States of the European Union will be able to guarantee a timely warning about potential new risks of circumvention and, above all, States will be able to respond quickly, in cases in which necessary, implementing appropriate measures to block any “risky” situations, in order to carry out the related checks more effectively³⁷.

From a practical point of view, therefore, considering what has been stated, the duty of a particular State to indicate a specific regime does not immediately imply that it may be risky³⁸. The main element is essentially to highlight a potential risk, underlining the mere necessity for a mechanism proposed by intermediaries to be examined by the competent tax authorities.

Furthermore, Member States considered appropriate to apply sanctions that are effective and dissuasive against companies that do not comply with transparency measures. In this way, the

³⁴ European Commission, Tax Transparency for Intermediaries, Fair Taxation, 2017, <https://ec.europa.eu/taxation_customs/sites/taxation/files/factsheet_intermediaries_proposal_06-2017.pdf>. Last visited 24/04/2018.

³⁵ Mandatory Disclosure Rules, Action 12 contains recommendations regarding the design of mandatory disclosure rules for aggressive tax planning schemes, taking into consideration the administrative costs for tax administrations and business and drawing on experiences of the increasing number of countries that have such rules. Available at <<http://www.oecd.org/ctp/beps-actions.htm>>. Last visited 01/06/2018.

³⁶ Kerzner, D. S., Chodikoff, D. W., supra note 10, 35-36.

³⁷ Weimar, M. R., supra note 26, 35-36.

³⁸ Lai Lan Mo, P., Tax Avoidance and Anti-Avoidance Measures in Major Developing Economies, Praeger, Westport Connecticut, London, 2003, 2-3.

objective is to set up a sort of deterrent for intermediaries that encourage or facilitate the possibilities of avoidance or tax evasion³⁹.

Considering what stated, the Directive aims at strengthening the EU's position regarding tax transparency. Intermediaries will in future have the obligation to share with the tax administrations of the State of residence the schemes that they develop for their customers⁴⁰.

Tax administrations, in turn, will have access to all the information they need in order to fight any aggressive tax planning mechanisms, through which the erosion of tax bases is possible⁴¹.

This agreement is a further step in the EU towards greater openness and more efficient cooperation, facilitating taxation that can be more equitable and more effective for all EU Countries.

Following this line, the next paragraphs analyze the main innovations introduced by the Directive.

4.1. Positive Aspects that not Require Further Adjustments

Taking into account some of the innovations introduced by the Directive, they could have positive effects in relation to a concrete and effective contrast to the phenomena of tax evasion.

In fact, thanks to the prediction of the circulation of information on potential risks, independently of actual consequent tax evasion, it is possible to keep under control fiscal planning mechanisms. The task of intermediaries is to point out any transnational agreement within which one or more of the elements mentioned in the preceding paragraphs are provided, which could indicate the possibility that a specific agreement has been set up in order to avoid paying the taxes⁴².

In this sense, the effective exchange of information is a fundamental mean of mutual assistance of sovereign States in tax matters and establishes a shared international tax risk management⁴³.

The Directive introduces a common standard to all Member States regarding the exchange of information on financial accounts within the European Union. The provision of a standardization aimed at establishing the actual regulatory and technical requirements. Indeed, the standard established within the OECD⁴⁴ guarantees the automatic exchange of information and gives a framework for these exchanges in relation to the extra-European level⁴⁵. This link between as stated from the EU directive and the provisions of the OECD is an important step in order to provide a broader framework both internally and externally to the EU.

³⁹ Hokamp, S., Gulyás, L., Koehler M., Wijesinghe, S., *Agent-based Modeling of Tax Evasion: Theoretical Aspects and Computational Simulations*, Wiley Series in Computational and Quantitative Social Science, Wiley, 2018, 6-8.

⁴⁰ Gravelle, J. G., *supra* note 14, 5-6.

⁴¹ Brown, K. B., *A Comparative Look at Regulation of Corporate Tax Avoidance*, Springer, George Washington University Law School, 2012, 3-24.

⁴² Blazek, J., *supra* note 3.

⁴³ Seer, R., *Overview of Legislation Practices Regarding Exchange of Information Between National Tax Administration in Tax Matters*, European Parliament, Directorate-General for Internal Policy, Economic and Monetary Affairs, 2015.

⁴⁴ OECD, *Automatic Exchange of Information, Implementation Report, 2017* Available at <<https://www.oecd.org/tax/transparency/reporting-on-the-implementation-of-the-AEOI-standard.pdf>>. Last visited 24/05/2018.

⁴⁵ OECD, *Standard for Automatic Exchange of Financial Account Information in Tax Matters*, OECD Publishing, 2014.

The exchange of information takes place on a systematic basis by the Member States, at regular pre-established intervals and without any prior request⁴⁶.

Effective “circulation” of information related to potentially aggressive cross-border tax planning mechanisms may have important consequences in order to promote the creation of equal tax standards in the internal market of the various Countries. Furthermore, a further positive aspect concerns the possibility that the tax authorities of the Member States can share information in a transparent and automatic way with their counterparts from other Member States, without having to go through special mechanisms or preliminary authorizations⁴⁷.

In addition, considering that the major number of tax planning schemes proposed by intermediaries are able to “move” between several jurisdictions, the effective and timely communication of information concerning these mechanisms would allow the Member State authorities to have availability of all the information they need to guarantee an immediate response to a potentially verifiable problem - that is to act quickly where aggressive tax practices are revealed⁴⁸.

In order to facilitate the automatic exchange of information and optimize the use of resources, exchanges should take place through a common network (CCN) prepared by the Union - a sort of centralized database in which all the information is included in time exchanged⁴⁹. This is undoubtedly an element of great importance in consideration of the fact that through this common network the information would be immediately available⁵⁰.

The purpose of this provision is to guarantee a secure central register relating to administrative cooperation in the tax area; in particular, with the aim to facilitate its provision, the Member States should establish a series of practical arrangements - on all measures for standardizing the communication of all the required information.

Moreover, the Directive gives also clarifications regarding the language to use for the exchange of information. In fact, in order to avoid misunderstandings or potential inconsistencies deriving from the translation of information, the prediction of uniformity from the semantic point of view is undoubtedly a fundamental element. This aspect may favor higher levels of clarity and transparency - although, it must be said that the Directive considers some cases in which it is possible to use a different language⁵¹.

It would be desirable, as suggested by the Directive, to provide that the establishment of these common standards come from the Commission, in order to have a *super partes* body able to establish minimum common elements.

4.2. Elements that Need More Improvements

The innovations introduced by the Directive are important in terms of combating tax avoidance phenomena and, above all, improving the level of transparency and strengthening cooperation on the part of the tax authorities of the various EU Member States.

⁴⁶ According to the provisions of Article 8 (1) of the Directive, available information means the information contained in the tax records of the Member State which communicates the information, which can be consulted in accordance with the procedures for the collection and processing of information in that Member State.

⁴⁷ OECD, Study into the Role of Tax Intermediaries, OECD Publishing, 2008, 30-31.

⁴⁸ EU Directive 6804/18, Annex I (3).

⁴⁹ Ivi, Annex I (13).

⁵⁰ Kerzner, D. S., Chodikoff, D. W., supra note 10, 296-297.

⁵¹ De Broe, L., International Tax Planning and Prevention of Abuse, A Study under Domestic Tax Law, Tax Treaties and EC Law in relation to Conduit and Base Companies, Doctoral Series, Academic Council, 2008, 339.

However, some passages in the Directive are not clear or, at least, they presage incompleteness and need for integration. On this matter, the next paragraphs analyze the incomplete Articles and the potential integrations of the same.

One of the elements that need more improvements concerns the so-called “main benefit test”⁵². This principle is satisfied in cases where one of the main advantages consists in obtaining a tax advantage, and the mechanism becomes subject to the notification obligation⁵³.

The delegations of the several States have split up on this regard. Some of them consider that automatic exchange of information should take place only in cases where the actual presence of mechanisms presenting the characteristics of the main advantage is verified, in order not to make the work of the Member States and the related tax authorities too cumbersome, that would be in this way overloaded with information. On the other hand, Countries expressed the necessity to extend the main advantage criterion as much as possible, with the purpose of inserting the biggest number possible of information, independently of the actual presence of the criterion. The intent, of course, in this case would be to guarantee a complete and effective exchange of information, leaving to the authorities the task of verifying the presence or absence of cross-border tax planning mechanisms⁵⁴.

It would be desirable - and perhaps much more effective - to understand this criterion as widely as possible. This would entail, on the one hand, a greater amount of work for the competent tax authorities; but, on the other hand, it would not leave uncertain situations, since all the tax mechanisms proposed by the intermediaries to their clients would be analyzed⁵⁵.

The weight of effectiveness in this sense would be much higher than that of the workload for the authorities. In fact, it is stated that would be crucial to grant the Commission access to a sufficient amount of information so that it can monitor the proper functioning of this Directive⁵⁶.

A further article of the Directive that would require further improvements, in order to provide a better interpretation, generally, is the Article 8. In particular in relation to the point concerning “the scope and conditions of the mandatory automatic exchange of information on cross-border mechanisms subject to the notification requirement”⁵⁷. Specifically, this article states that it is responsibility of the Member States to take the necessary measures in order to oblige intermediaries to transfer information on the cross-border mechanisms subject to the notification obligation to the competent tax authorities.⁵⁸

In this regard, the main uncertain aspect concerns the lack of a coherent and shared normative basis within the EU. In particular, the provision of the Article 8 of the Directive can be considered a problem in view of the fact that it allows the States to regulate themselves, with the consequent risk of inconsistencies between them.

Furthermore, the Article 8 refers to the possibility of the right to exemption from mandatory communication, in some specific cases. For example, the right to exemption from disclosure of

⁵² EU Directive 6804/18, Annex I (13).

⁵³ *Prosser, K. J., Murray, R.*, supra note 12, 147.

⁵⁴ *Hugh, J. A., Brian, J. A.*, supra note, 17-19.

⁵⁵ *Prosser, K. J., Murray, R.*, supra note 12, 147-149.

⁵⁶ EU Directive 6804/18, Annex I (6).

⁵⁷ See on this point see *Seiler, M.*, GAARs and Judicial Anti-Avoidance in Germany, the UK and the EU, Series on International Tax Law, Lang, M. Ed., Linde Verlag, 2014.

⁵⁸ EU Directive 6804/18, Annex I, art. 8aaa, 22.

information on a cross-border mechanism subject to the notification requirement in cases where the obligation would infringe the professional secret of the lawyer (intermediary) on the basis of the internal rules of the Member State⁵⁹. It is undeniable that this may be a questionable element, or rather a limitation to the *ratio* of the Directive, in the sense that it leaves several possibilities to avoid the transfer of information in some cases⁶⁰.

This is just an example, but it is clear that this kind of situation could have negative consequences for the effective application of the Directive - in consideration of the fact that it permits great levels of discretion both to the States and to intermediaries.

For this reason, it would be preferable to provide an *ad hoc* regulatory framework that is the same for all Member States, in such a way as to leave no room for the possibility of different interpretations.

The same problem is recognized also with regard to the penalties applicable to intermediaries. On this specific point, in fact, the Directive states that “in order to improve the prospects of effectiveness, Member States should establish sanctions against the violation of national provisions implementing this Directive and ensure that these sanctions are effectively applied in practice, that they are proportionate and that have a deterrent effect”⁶¹.

Also in this case there could be discrepancy between the sanctions. In some States they are deemed too “soft”, without any deterrent power, while, on the contrary, in other cases they might even be too severe⁶².

Also with reference to penalties, the Directive should guarantee a common structure by the different Member States. The aim would be to ensure an effective follow-up to regulatory certainty in order to implement the Directive as effectively as possible, these elements should come “from above” of the European Union and not left to the discretion of individual Member States⁶³.

4.3. Analysis of the OECD Base Erosion and Profit Shifting (BEPS) Project in the Light of the Directive

The analysis of the OECD/G20 project “Base Erosion and Profit Shifting”, in relation to Directive 6804/18, is important referring to the content of this project. In fact, the starting point regards the consideration that globalization has opened opportunities for both multinational companies and individuals to reduce the tax burden to a minimum, damaging governments, society and businesses⁶⁴. The action plan states that taxation is at the heart of the sovereignty of countries, but also recognizes that in some cases the interaction between different national tax laws leads to gaps and frictions, in line with the provisions of the directive. Therefore, the BEPS action plan concludes that new standards at the international and regional level - in line with the Directive

⁵⁹ *Monsenego, J.*, Taxation of Foreign Business Income Within the European Internal Market: An Analysis of the Conflict between the Objective of Achievement of the European Internal Market and the Principles of Territoriality and Worldwide Taxation, IBFD Doctoral Series, Vol. 22, 2012, 204-205.

⁶⁰ *Campbell, D.*, International Taxation of Low-Tax Transactions, Low Tax Jurisdiction II, Yorkhill Law Publishing, 2009, Double Taxation Treaties (DTT), 17-18.

⁶¹ EU Directive 6804/18, Annex I, art. 25 bis.

⁶² *Lai Lan Mo, P.*, supra note 38, 77-79.

⁶³ *Lang, M. Pistone, P., Schuch, J., Staringer, C., Storck, A., Zagler, M.*, Tax Treaties: Building Bridges Between Law and Economics, IBFD, 2010, 485-486.

⁶⁴ *Christians, A.*, BEPS and the New International Tax Order, Brigham Young University Law Review, 2016.

purposes - should be designed to ensure the consistency of corporate income taxation at international level⁶⁵.

In particular, this project refers to the set of tax strategies that some companies put in place with the provision to erode the tax base and thus subtract taxes from the tax authorities. The shifting of profits from high-tax Countries to Countries with zero or reduced taxation is, in fact, a strategy that leads to the erosion of the tax base⁶⁶.

More specifically, the project includes new minimum standards for the exchange of information between Countries to counteract and hopefully eliminate the exploitation of vehicle companies with an elusive consequence; limitation to harmful tax practices; automatic exchange of information when agreements of a fiscal nature between countries and multinationals are stipulated; agreements between the various tax administrations to avoid the possibility that the contrast to the double non-taxation flows, on the contrary, into a double taxation⁶⁷.

The BEPS project contains recommendations in order to introduce major changes in the national tax laws of over 100 Countries and jurisdictions that are part of the Integrated Framework, which is part of the collaboration for the implementation of the BEPS project.

In particular, the project involves 15 actions through which to equip governments with national and international instruments in order to combat tax evasion/avoidance phenomena, ensuring that profits are taxed in the jurisdiction in which the economic activities from which the profits derive, are carried out. By analyzing the project specifically, the Action Plan outlines 15 actions considered essential to concretely achieve the aims of the BEPS Project⁶⁸. In particular, actions 2 to 14 are divided into three pillars:

- (iv) to give coherence to national tax regimes regarding trans-national activities (actions 2-5);
- (v) reinforcing the substantial requisites underlying the current international standards, pursuing a realignment of taxation (and tax regimes) with the substantial localization of production activities and the creation of value (actions 6-10);
- (vi) increase transparency, exchange of information and improve the conditions of legal certainty for both businesses and governments (actions 11-14).

Two further transversal actions complete the strategy and, ideally, represent the basis on which the three pillars stand: (i) the first action, in terms of the digital economy and (ii) the last action on the use of a conventional tool multilateral type⁶⁹.

Some of the measures contained in the BEPS package will be immediately applicable, such as the aforementioned new transfer pricing guidelines. Others will require a review of national laws and bilateral tax treaties, with regard to action 15, as said, it suggests the use of a multilateral instrument that avoids having to underwrite hundreds of bilateral treaties and at the same time guarantees conditions of greater uniformity of application⁷⁰.

⁶⁵ *Azam, R.*, Minimum Global Effective Corporate Tax Rate as General Anti-Avoidance Rule, Columbia Journal of Tax Law, Columbia University, 2017.

⁶⁶ Available at <<http://www.oecd.org/tax/beps/>>. Last visited 11/06/2018.

⁶⁷ OECD, OECD Secretary-General Report to G20 Finance Ministers and Central Bank Governors, OECD Publishing, 2018, 21-35. Available at <<http://www.oecd.org/tax/OECD-Secretary-General-tax-report-G20-Finance-Ministers-Argentina-March-2018.pdf>>. Last visited 11/06/2018.

⁶⁸ Available at <<http://www.oecd.org/ctp/beps-actions.htm>>. Last visited 11/06/2018.

⁶⁹ *Ezenagu, A.*, Faltering Blocks in the Arguments against Unitary Taxation and the Formulary Apportionment Approach to Income Allocation, Asper Review of International Business and Trade Law, 2017.

⁷⁰ Servizio del Bilancio, Il Progetto Base Erosion and Profit Shifting (BEPS), Nota Breve No. 13, ottobre 2015, Senato della Repubblica, XVII legislatura. Available at <<https://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/00941275.pdf>>. Last visited 11/06/2018.

The report clarifies that taxation remains a matter of national sovereignty; however, the obligation not to conflict with the commitments undertaken at the international level puts a specific limitation on the differentiated implementation.

5. Effective Application and Entry into Force of the Directive

On the euro-unitary level the fight against aggressive tax planning started with the adoption of the Anti Tax Avoidance Directive 2016/1164/EU⁷¹, which envisaged the adoption of binding anti-abuse measures in order to guarantee a common standard of struggle against tax evasion by companies. The deadline for implementation in the Member States is scheduled by the end of 2018, with the entry into force of the rules with effect from 1 January 2019.

The Directive 6804/18 represents a natural continuation of the path taken at an international level, first, and then by the European Union, in pursuit of fiscal transparency: this, in fact, will amend the Directive on administrative cooperation in the tax area (DAC) - 2011/16/EU.

The *ratio* of the Directive, indeed, concerns the improvement of the transmission of data relating to agreements envisaged in the already launched information exchange mechanism governed, in this case, by Directive 2011/16/EU, in its last updated version, coming to graft a close connection with the data transmission⁷².

The Directive shall enter into force on the twentieth day following its publication in the Official Journal of the European Union. Member States will have until 31 December 2019 to transpose the Directive into national laws and regulations, and the new reporting requirements will be applied starting from 1 July 2020.

In order to control the effective operation of the Directive, each Member State will be responsible for taking all measures considered necessary for the purpose of asking intermediaries to submit information on declarable cross-border provisions, whose first step was implemented between the date of enforcement and the date of application of this Directive.

As regards the transmission of information, intermediaries and interested taxpayers, as appropriate, will have the obligation to transmit information on the cross-border agreements by 31 August 2020.

The effectiveness of the Directive may permit to strengthen tax transparency and fight against aggressive tax planning by including into the existing Council Directive 2011/16/EU new provisions, which would require Member States to: (i) lay down rules for mandatory disclosure to national competent authorities of potentially aggressive tax planning schemes with a cross-border element by the (ii) “intermediaries” (e.g. tax advisers or other actors that are usually involved in designing, marketing, organizing or managing the implementation of such “arrangements”); and (iii) ensure that national tax authorities automatically exchange this information with the tax authorities of other Member States⁷³.

The full implementation of the Directive 6804/18 presents several obstacles, first of all, in relation to the effective collaboration of intermediaries (which should certainly be accompanied by

⁷¹ Council Directive (EU) 2016/1164, Laying Down Rules Against Tax Avoidance Practices that Directly Affect the Functioning of the Internal Market, 12 July 2016.

⁷² The Directive 2011/16/EU was amended by Directive 2014/107/EU, (DAC 2), with a focus on the role of financial intermediaries in the exchange of information, from Directive 2015/2376/EU (DAC 3), which introduces the automatic exchange of information in relation to tax rulings, from Directive 2016/881/EU (DAC 4), concerning the transmission of data deriving from country-by-country reporting (CbCR) and finally, Directive 2016/2258/EU (DAC 5), concerning the access of the tax authorities to anti-money laundering information.

⁷³ See at <<https://www.eumonitor.nl/9353000/1/j9vvik7m1c3gyxp/vkmj8stby0zq>>. Last visited 04/06/2018.

convincing sanctions) and, secondly, related to the compatibility of the same with the human rights protected by the ECtHR and the European Charter (think, as we said, to protect privacy, professional secrecy, the right not to incriminate oneself)⁷⁴.

Further enhancements could also look into administrative cooperation, the promotion of the use of simultaneous controls and the presence of foreign officials for audits. These elements can further increase levels of transparency and improve the system of information exchange in the tax area, allowing, under extreme circumstances, to modify and transfer tax administrations of EU Member States from mere cooperation to real fiscal coordination⁷⁵.

6. Concluding Remarks

Transparency and the exchange of information for tax purposes are some of the most important issues on the current international agenda. In fact, the combination of these two elements might be one of the most effective tool to combat money laundering and prevent tax evasion/avoidance.

The initiatives of the last years, both at international and European level, have allowed tax authorities to have a very broad access to information relevant for tax purposes.

In the European Union, especially through the instrument of the Directives, the double taxation treaties, the tax information exchange agreements and the multilateral agreement on mutual administrative assistance in tax matters.

Based on what emerged from the analyzed Directive, the automatic exchange of information is the best expedient in order to obtain greater transparency in tax matters.

On the basis of pre-existing regulatory systems, the European Commission has paved the way for the elaboration of a proposal allowing EU Member States to apply the new forecasts in an equally rapid manner. Moreover, being in possession of all the information they need, the States might have the possibility to react optimally to the potential phenomena of tax evasion/avoidance, succeeding in effectively preventing the erosion of their tax base.

The positive consequences are twofold: EU Member States would be informed of the ongoing tax treatment to which the companies or individuals would be subjected in another State, thus being fully aware of the correctness or otherwise of their behavior; and, at the same time, the Countries would see part of the responsibility and burden on them discharged, thanks to the provision of inter-state cooperation.

In conclusion, more transparency on the proposed mechanisms will result in further incentives for both Member States and companies to act more clearly and correctly, thus discouraging potential attempts at tax collection.

In fact, the mandate for the States to compulsorily and periodically share information with the competent tax authorities of other Countries should actually and effectively prevent “risky” phenomena from their very beginning.

⁷⁴ *Aggarwal, E.*, Common Reporting Standard: Survivor's Guide to OECD Automatic Exchange of Information of Offshore Financial Accounts, CreateSpace Independent Publishing Platform, 2015.

⁷⁵ *Amaddeo, F.*, Novità fiscali. L'attualità del diritto tributario svizzero e internazionale, SUPSI, 2018, 220-230.

Bibliography:

1. *Aggarwal, E.*, Common Reporting Standard: Survivor's Guide to OECD Automatic Exchange of Information of Offshore Financial Accounts, CreateSpace Independent Publishing Platform, 2015.
2. *Amaddeo, F.*, Novità fiscali. L'attualità del diritto tributario svizzero e internazionale, SUPSI, 2018. ECD Secretary-General Report to G20 Finance Ministers and Central Bank Governors, OECD Publishing, 2018.
3. Automatic Exchange of Information, Implementation Report, OECD, 2017.
4. *Azam, R.*, Minimum Global Effective Corporate Tax Rate as General Anti-Avoidance Rule, Columbia Journal of Tax Law, Columbia University, 2017.
5. *Blazek, J.*, Tax Planning and Compliance for Tax-Exempt Organizations: Rules, Checklists, Procedures, Wiley NonProfit Authority, fifth Ed., 1993.
6. *Borroni, A.*, A Comparative Survey on International Corporate Taxation Systems: The American Model, Digital Properties and Digital Consumers: Nuovi Diritti e Nuove Tutele, *Piccinelli, G., Mazzei G., Tisci, A.* Edizioni Scientifiche Italiane, Seconda Università degli studi di Napoli - Facoltà di Studi Politici e per l'Alta Formazione Europea e Mediterranea *Jean Monnet*, 2011.
7. *Brown, K. B.*, A Comparative Look at Regulation of Corporate Tax Avoidance, Springer, George Washington University Law School, 2012.
8. *Campbell, D.*, International Taxation of Low-Tax Transactions, Low Tax Jurisdiction II, Yorkhill Law Publishing, 2009, Double Taxation Treaties (DTT).
9. *Christians, A.*, BEPS and the New International Tax Order, Brigham Young University Law Review, 2016.
10. *Contractor, F. J.*, Valuation of Intangible Assets in Global Operations, Library of Congress Cataloging in Publication Data, 2001.
11. *Crundwell, F.*, Finance for Engineers: Evaluation and Funding of Capital Projects, Springer, Library of Congress Cataloging in Publication Data, 2008.
12. *De Broe, L.*, International Tax Planning and Prevention of Abuse, A Study under Domestic Tax Law, Tax Treaties and EC Law in relation to Conduit and Base Companies, Doctoral Series, Academic Council, 2008.
13. *Della Rovere, A., Vincenti, F.*, Dai Panama Papers ai Paradise Papers: la nuova inchiesta sui paradisi fiscali, Valente Associati GEB Partners, IPSOA, 2017.
14. *Eicke, R.*, Tax Planning with Holding Companies - Repatriation of US Profits from Europe, Eurotax, Wolters Kluwer Law and Business, 2009.
15. *Ezenagu, A.*, Faltering Blocks in the Arguments against Unitary Taxation and the Formulary Apportionment Approach to Income Allocation, Asper Review of International Business and Trade Law, 2017.
16. *Gravelle, J. G.*, Tax Havens: International Tax Avoidance and Evasion, Congressional Research Service, 2010.
17. *Hokamp, S., Gulyás, L., Koehler M., Wijesinghe, S.*, Agent-based Modeling of Tax Evasion: Theoretical Aspects and Computational Simulations, Wiley Series in Computational and Quantitative Social Science, Wiley, 2018.
18. *Hugh, J. A., Brian, J. A.*, Comparative Income Taxation: A Structural Analysis, Aspen Publishers, 2004, 357.
19. *Kerzner, D. S., Chodikoff, D. W.*, International Tax Evasion in the Global Information Age, Palgrave Macmillan, Irwin Law Inc., 2016.
20. *Lai Lan Mo, P.*, Tax Avoidance and Anti-Avoidance Measures in Major Developing Economies, Praeger, Westport Connecticut, London, 2003.
21. *Lang, M. Pistone, P., Schuch, J., Staringer, C., Storck, A., Zagler, M.*, Tax Treaties: Building Bridges Between Law and Economics, IBFD, 2010.

22. *Monsenego, J.*, Taxation of Foreign Business Income Within the European Internal Market: An Analysis of the Conflict between the Objective of Achievement of the European Internal Market and the Principles of Territoriality and Worldwide Taxation, IBFD Doctoral Series, Vol. 22, 2012.
23. *Montalban, P.*, Paradise Papers: Offshore Investments of the Rich and Powerful, Lulu Press Inc, 1st Ed., 2017.
24. *Müller-Knospe, B.*, From Panama to Paradise. An insight into secret financial dealings in the world of multinational corporations through the “Panama Papers” and the “Paradise Papers”, GRIN Economy, 2017.
25. *Obermayer, B., Obermaier, F.*, The Panama Papers: Breaking the Story of How the Rich and Powerful Hide Their Money, Oneworld Publications, 2017.
26. *Oberson, X.*, International Exchange of Information in Tax Matters. Towards Global Transparency, Elgar, 2015.
27. OECD, Tax Transparency 2017: Report on Progress, Global Forum on Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes, Global Cooperation on Tax Transparency and Exchange of Information, 2017.
28. OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project Country-by-Country Reporting - Compilation of Peer Review Reports, Inclusive Framework on BEPS Action 13, OECD Publishing, Paris, 2018.
29. *Panayi, C. H. J. I.*, Advanced Issues in International and European Tax Law, Bloomsbury, Hart, 2015.
30. *Petruzzi, R., Spies, K.*, Tax Policy Challenges in the 21st Century, Series on International Tax Law, *Lang, M.*, Ed., Linde Verlag, 2014.
31. *Platteeuw, C.*, Quick Reference to European VAT Compliance, Deloitte European Compliance Centre, Wolters Kluwer Law and Business, 2011.
32. *Prosser, K. J., Murray, R.*, Tax Avoidance, Sweet and Maxwell, Thomson Reuters, 2012.
33. *Saxunova, D., Suličkova R., Szarkova, R.*, Tax Management Hierarchy – Tax Fraud and a Fraudster, Management International Conference, 2017.
34. *Schreiber, U.*, International Company Taxation: An Introduction to the Legal and Economic Principles, Springer Texts in Business and Economics, University of Mannheim, 2013.
35. *Seer, R.*, Overview of Legislation Practices Regarding Exchange of Information Between National Tax Administration in Tax
36. *Seiler, M.*, GAARs and Judicial Anti-Avoidance in Germany, the UK and the EU, Series on International Tax Law, *Lang, M.* Ed., Linde Verlag, 2014.
37. *Servizio del Bilancio*, Il Progetto Base Erosion and Profit Shifting (BEPS), Nota Breve No. 13, ottobre 2015, Senato della Repubblica, XVII legislatura.
38. Standard for Automatic Exchange of Financial Account Information in Tax Matters, OECD Publishing, 2014.
39. Study into the Role of Tax Intermediaries, OECD Publishing, 2008.
40. Tax Matters, European Parliament, Directorate-General for Internal Policy, Economic and Monetary Affairs, 2015.
41. Tax Transparency for Intermediaries, Fair Taxation, European Commission, 2017.
42. *Weimar, M. R.*, Identifying and Quantifying Rates of State Motor Fuel Tax Evasion, National Cooperative Highway Research Program, Transportation Research Board of the National Academies, 2008.

მოთხოვნაზე დამყარებული ეკონომიკის ზრდა და სამართლებრივი გამოხმაურებები საქართველოსა და ამერიკის შეერთებულ შტატებში

აბსტრაქტი

რა სამართლებრივი სტატუსი აქვთ მოთხოვნაზე დამყარებულ ეკონომიკაში (gig-economy) დასაქმებულ პირებს? „დასაქმებულები“ არიან თუ „დამოუკიდებელი კონტრაქტორები“ ხელფასის, სამუშაო საათების, წახალისებისა და შრომის სამართლის ჭრილში? საქართველოშიც და ამერიკის შეერთებულ შტატებშიც ამ სექტორს ბაზრის მნიშვნელოვანი ნაწილი უჭირავს და, ამასთანავე, იგი სწრაფად მზარდია, თუმცა ზუსტი სტატისტიკა არცერთ ქვეყანაში არ არსებობს. ორივე ქვეყანაში გიგ-ეკონომიკაში ჩართული კომპანიები მათთან დაკავშირებულ პირებს მოიხსენიებენ დამოუკიდებელ კონტრაქტორებად, თუმცა, დამოუკიდებელი კონტრაქტორების კლასიკური გაგებისაგან განსხვავებით, მასში მომუშავე პირების ხელშეკრულებები ბევრ ისეთ ასპექტს მოიცავს, რომლებიც მათ ტრადიციულ დასაქმებულებად უფრო დააკვალიფიცირებდა. ამასთანავე, არცერთ ქვეყანაში საკანონმდებლო ცვლილებები ვერ პასუხობს იმ სწრაფ ცვლილებებს, რომლებიც გიგ-ეკონომიკაში მიმდინარეობს.

საქართველოსა და აშშ-ში გიგ-ეკონომიკის ბუნებისა და გავრცელების მახასიათებლების განხილვის შედეგად, სტატია წარმოადგენს შესაძლო გამოხმაურებებს, მათზე საპასუხოდ, თუმცა შესაძლოა, ეს საკმარისი არ აღმოჩნდეს. ტექსტში განხილული იქნება შედარებით ფართო საკითხები, მაგალითად, როგორ უნდა დარეგულირდეს საკანონმდებლო დონეზე გიგ-ეკონომიკაში დასაქმებულ პირთა სამართლებრივი სტატუსი.

I. შესავალი

საქართველოსა და აშშ-ში, ისევე, როგორც მსოფლიოს უმეტეს ქვეყნებში, შეიმჩნევა მოთხოვნაზე დამყარებულ ეკონომიკაში დასაქმებულ პირთა რაოდენობის მზარდი დინამიკა. ტრადიციული სამართლებრივი კლასიფიკაციით, ეს პირები არ მიეკუთვნებიან არც „დასაქმებულთა“ და არც „დამოუკიდებელი კონტრაქტორების“ კატეგორიებს, შესაბამისად ცხარე კამათი მიმდინარეობს იმის თაობაზე, თუ რა კლასიფიკაციას უნდა ექვემდებარებოდეს მომუშავეთა ეს ჯგუფი და ასევე, რა შრომითი სამართლებრივი უფლებები შეიძლება მათ მიენიჭოთ.

სტატია იწყება საქართველოსა და აშშ-ში მოთხოვნაზე დამყარებული ეკონომიკის ზრდის დინამიკაზე დაკვირვებით. შემდეგ ის აღწერს ამ სექტორის მახასიათებლებს. მიუხედავად იმისა, რომ კომპანიები ცდილობენ ასეთი დასაქმებულები დამოუკიდებელ კონტრაქტორებად დააკვალიფიცირონ და არა დასაქმებულებად (კლასიკური გაგებით), ორივე ქვეყანაში არსებული პრაქტიკა ცხადყოფს, რომ ეს პირები [სამუშაოს

¹ ჩრდილოეთ ოჰაიოს უნივერსიტეტის სამართლის კოლეჯის პროფესორი, ამჟამად მოწვეული ლექტორი აკრონის სამართლის სკოლაში. მისი სურვილია განსაკუთრებული მადლობა გადაუხადოს პროფესორებს - ვახტანგ ზაალიშვილსა და გიორგი ამირანაშვილს და მის თანა-ავტორს - ანა მიხელიძეს. სტატიის მომზადება შეუძლებელი იქნებოდა მათი დახმარებისა და გამხნეების გარეშე.

² შავი ზღვის საერთაშორისო უნივერსიტეტის ბაკალავრი.

შემსრულებელთა] ორივე კატეგორიის კომბინაციას წარმოადგენენ. ასევე, განხილულია თუ რამდენად პასუხობს შრომის სამართლის კანონმდებლობა საქართველოსა და აშშ-ში მოთხოვნაზე დამყარებული ეკონომიკის ზრდას, შედეგად კი იღებს იმას, რომ ასეთი სამართლებრივი პასუხი არც თუ ისე ადეკვატურია.

მომდევნო ნაწილი ფოკუსირებულია უფრო ფართო საკითხებზე, როგორცაა მაგალითად, როგორ და რა მეთოდებით უნდა ეცადოს კანონმდებელი, მოთხოვნაზე დამყარებულ ეკონომიკაში დასაქმებულ პირთა სტატუსის შესახებ არსებული საკითხების გადაჭრას. შემოთავაზებულია სხვადასხვა მიდგომა, მათ შორის კლასიფიკაციისათვის დაწესებული კრიტერიუმების დაზუსტება, კლასიფიკაციის სისტემის საერთოდ მოშლა და მის ნაცვლად შრომითი სამართლებრივი დაცვის მექანიზმების ყველაზე თანაბრად გავრცელება ან მომუშავეს ახალი, შუალედური სტატუსის შექმნა, რომელიც მოთხოვნაზე დამყარებულ ეკონომიკაში დასაქმებულ პირებზე იქნება უშუალოდ მორგებული და მათ შესთავაზებს გარკვეულ დამცავ მექანიზმებს, რომლებიც სხვებზე არ გავრცელდება. ბოლოს კი, სტატიაში წარმოდგენილია მოწოდება სახელმწიფოებისთვის ერთმანეთთან კოორდინაციით შეიტანონ ცვლილებები თავიანთ შრომით კანონმდებლობებში იმის უზრუნველსაყოფად, რომ ხსენებულ სექტორში მომუშავე პირები მინიმალურად მაინც იყვნენ დაცულნი. წინააღმდეგ შემთხვევაში, ერთადერთი ალტერნატივა, რაც რჩება, არის სექტორის თვითრეგულირება მულტი-ნაციონალური კომპანიების მიერ, რასაც შედეგად მოჰყვება დასაქმებულთა უფლებების მასიური შეზღუდვა.

II. მოთხოვნაზე დამყარებული ეკონომიკაში კონტიგენტისა და სამუშაოს ზრდა აშშ-სა და საქართველოში

A. ამერიკის შეერთებული შტატები

არსებული შრომის სამართლის კანონმდებლობა მიღებულია ხანგრძლივი, სტაბილური შრომითი ურთიერთობების ვარაუდით;³ თუმცა, ეს ვარაუდი ბოლო რამდენიმე ათწლეულია კარგავს აქტუალობას. ყველაფერი იმით დაიწყო, რომ კომპანიები გრძელვადიანი შრომითი ხელშეკრულებებიდან გადავიდნენ „შემთხვევით“ (contingent) სამუშაოზე. ეს არის სამუშაო, რომელიც გამოკვეთილად ისეა მოწყობილი, რომ მოკლე ვადიანი იყოს და, ამგვარად, დასაქმებულები არიან დამოუკიდებელი კონტრაქტორები („ფრილანსერები“ და კონსულტანტები), გამოძახებით მომუშავეები და ისეთი პირები, რომლებსაც სააგენტოები სთავაზობენ დამსაქმებლებს.⁴ ეს ტენდენცია, ბოლო 2-3 წლის განმავლობაში, კიდევ უფრო თვალშისაცემი გახდა და ამას ცხადყოფს მოთხოვნაზე დამყარებული, ე.წ. gig-ეკონომიკის განვითარება.⁵

დღესდღეობით, არ არსებობს gig-სამუშაოს დამკვიდრებული განმარტება.⁶ როგორც წესი, იგი მოიცავს ერთ კონკრეტულ დავალებას ან პროექტს და, ხშირად, დამყარებულია მოთხოვნაზე.⁷ ასეთი სამუშაო შეიძლება, გაგრძელდეს რამდენიმე კვირის, თვის (ასეთ შემთხვევაში მოკლევადიან სამუშაოს წაგავს) ან სულაც, წუთის განმავლობაში.⁸ მომუშავემ შეიძლება მხოლოდ ერთ დავალებას მოჰკიდოს ხელი, ან, ერთდროულად,

³ Stone, K. V. W., From Widgets to Digits: Employment Regulation for the Changing Workplace, 2004; Sanjukta, M. P., Uber as For-Profit Hiring Hall: A Price-Fixing Paradox and its Implications, 38 Berkeley, J. Employ. & Lab. L. 233, 2017, 249. ხელმისაწვდომია ვებ-გვერდზე: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2817653> (არაფერი, რაც „მძღოლების Uber-თან ურთიერთობას აღწერს, არ შეესაბამება მუშა ხელის „შემთხვევით“ დასაქმების სამართლებრივ ფორმას, „ახალი [ტიპის] გარიგების“, ე.ი. შრომითი ურთიერთობის, მარეგულირებელი ჩარჩოს მოთხოვნებს“).

⁴ იქვე, სამთავრობო ანგარიშვალდებულების ოფისის (Government Accountability Office) გაანგარიშებით, დაახლოებით, 40% ამერიკელი დასაქმებულებისა „შემთხვევითი“ მუშაკები არიან. იხ. Murray, P., Gillibrand, K., Contingent Workforce: Size, Characteristics, Earnings, and Benefits, S. Doc. No. GAO-15-168R, 2015, 4.

⁵ იხ. შემდგომში-12-მე-20 სქ.-ში მოცემული ტექსტი.

⁶ Torpey, E., Hogan, A., Working in a gig economy, Bureau of Labor Statistics Career Outlook, May 2016. ვებ-გვერდზე: <<http://www.bls.gov/careeroutlook/2016/article/what-is-the-gig-economy.htm>>.

⁷ იქვე.

⁸ იქვე.

რამდენიმეს შეეჭიდოს.⁹ მოთხოვნაზე დამყარებული ეკონომიკის, როგორც სექტორის, ზრდა კიდევ უფრო დააჩქარა ისეთი კომპანიების გამოჩენამ, რომლებიც მომუშავეებს დამსაქმებლებთან ვებ-გვერდების ან მობილური აპლიკაციების მეშვეობით აკავშირებს. (ასეთი კომპანიებია, მაგალითად Uber¹⁰ და Grab).

ამერიკის შეერთებული შტატების შრომის სტატისტიკის ბიურომ, 2005 წლის შემდეგ, შეწყვიტა „შემთხვევითი სამუშაოს“ შესახებ ხელშეკრულებათა სტატისტიკის წარმოება,¹¹ თუმცა აღწერა განახლდა 2017 წლის მაისში მოსახლეობის საერთო გამოკითხვისას.¹² ბიუროს 2015 წლის მონაცემებით, „შემთხვევითი“ სამუშაოთი დაკავებული პირები დასაქმებულთა საერთო რაოდენობის 1.8-4.1%-ს შეადგენდნენ, ხოლო დამოუკიდებელი კონტრაქტორები 7.4%-ს.¹³

საბოლოო ჯამში, ბიუროს მიერ აღრიცხვის შეწყვეტამ და მონაცემების არ არსებობამ საფუძველი დაუდო ფართო განხილვებს გიგ-ეკონომიკის ზრდაზე.¹⁴ დღევანდელი მდგომარეობით, ამ სექტორში დასაქმებულთა რაოდენობაზე მიახლოებული მონაცემები აქვს აშშ-ის სტატისტიკის ბიუროს, რომელმაც ინფორმაცია დაამუშავა ისეთ არა-დამსაქმებელ კომპანიებზე დაყრდნობით, სადაც საერთო წლიური შემოსავალი შეადგენს წელიწადში 1000 აშშ დოლარს (ან 1 აშშ დოლარს სამშენებლო სექტორში), თუმცა დასაქმებულები არ ჰყავს დასაქმებულები.¹⁵ ასეთი ბიზნესში დაახლოებით 86% არის თვით-დასაქმებული და მათი 100%-იანი წილის მფლობელი მხოლოდ ერთი პირია.¹⁶ დამგზავრებისა და ოთახების გაქირავების ინდუსტრიაში, ფირმების 93%, სწორედ, ასეთი მესაკუთრეა.¹⁷ ეს ადამიანები წარმოადგენენ ჯგუფს, რომელიც გიგ-ეკონომიკაში ეძებს სამსახურს. მაშასადამე, ეს მონაცემთა ერთობლიობა არის ყველაზე ახლოდან ხედვა იმისა, თუ რა მდგომარეობა აშშ-ის გიგ-ეკონომიკის ბაზარზე.

მთლიან ეკონომიკაში არა-დამსაქმებელი ფირმების რიცხვი 1997 წლიდან 15 მილიონიდან 2007 წელს 22 მილიონამდე, ხოლო 2014 წელს 24 მილიონამდე გაიზარდა.¹⁸ 1-ე¹⁹ გრაფიკში ნაჩვენებია არა-დამსაქმებელი ფირმების ზრდის თანაფარდობა კლასიკური ხელფასის გამცემი სექტორის ზრდასთან.

⁹ იქვე.

¹⁰ იხ. მაგალითად, *Woo, Ch., Bales, R.*, The Uber Million Dollar Question: Are Uber Drivers Employees or Independent Contractors?, 68 Mercer L. Rev., 2017, 461.

¹¹ *Hathaway, I., Muro, M.*, Tracking the gig economy: New numbers, Brookings Institute Report, Oct. 13, 2016. ვებ-გვერდზე: <<https://www.brookings.edu/research/tracking-the-gig-economy-new-numbers/>>.

¹² მდივანი შრომის საკითხებში (Secretary of Labor) *Perez, T.*, Innovation and the Contingent Workforce, U.S. Dep't Labor Blog, Jan. 25, 2016. ხელმისაწვდომია ვებ-გვერდზე: <<https://blog.dol.gov/2016/01/25/innovation-and-the-contingent-workforce/>>.

¹³ Bureau of Labor Statistics News, Contingent and Alternative Employment Arrangements, February 2005, USDL 05-1433 (July 27, 2005), 1.

¹⁴ იხ. მაგალითად, *Steinmetz, K.*, Exclusive: See How Big the Gig Economy Really Is, Time, Jan. 6, 2016. ვებ-გვერდზე: <<http://time.com/4169532/sharing-economy-poll/>>, (სავარაუდოდ, მინიმუმ, 14 მილიონია, ამჟამად, დასაქმებული გიგ-ეკონომიკაში), *Neuner, J.*, 40% of America's Workforce Will Be Freelancers by 2020, Quartz, Mar. 20, 2013; *Miller, R.*, Half of All Workers Could be Freelance by 2020, Startup Donut, June 26, 2015. ზოგადად, იხ., *Lobel, O.*, The Gig Economy & The Future of Employment and Labor Law, 51 USF L. Rev., 2016. ხელმისაწვდომია ვებ-გვერდზე: <ssrn.com/abstract=514132>.

¹⁵ *Hathaway, I., Muro, M.*, დასახ. ნაშრომი, მე-11 სქ.

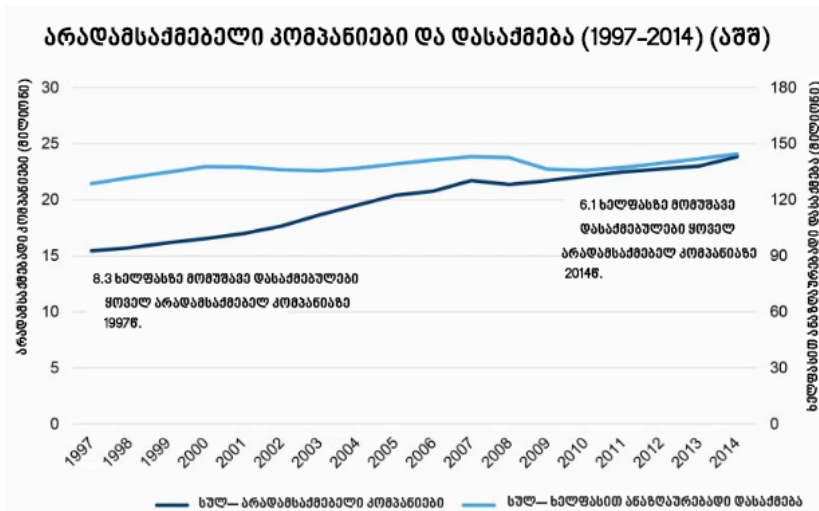
¹⁶ იქვე, 5.

¹⁷ იქვე.

¹⁸ *Hathaway I., Muro, M.*, დასახ. ნაშრომი, მე-11 სქ. აშშ-ის დასაქმებულთა საერთო ოდენობა იყო 129 მილიონი, 1997 წელს, ხოლო 145 მილიონი, - 2014 წელს.

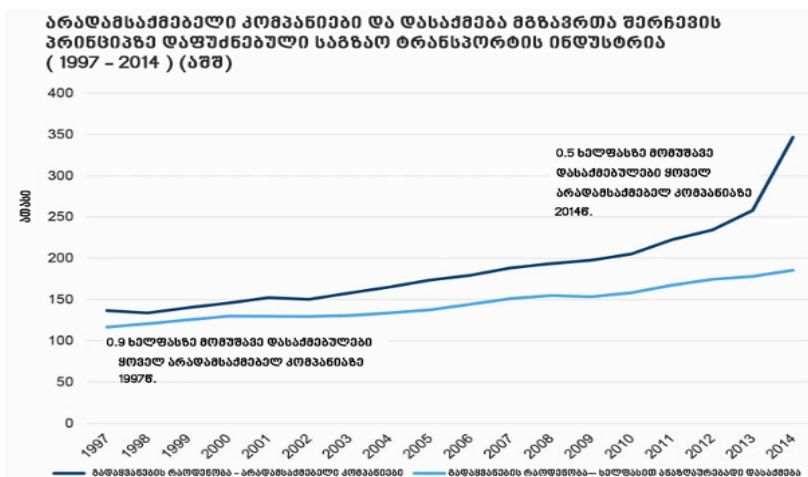
¹⁹ იქვე.

გრაფიკი 1



gig-ეკონომიკის ზრდა, კიდევ უფრო, თვალშისაცემია, როდესაც საქმე ეხება სახმელეთო ტრანსპორტის ინდუსტრიას. მე-2 გრაფიკი²⁰ გვიჩვენებს, რომ სახმელეთო ტრანსპორტის სექტორში არა-დამსაქმებელი კომპანიების რიცხვი დრამატულად გაიზარდა 2010 წელს; ზუსტად იმ წელს, როდესაც სან ფრანცისკოში Uber-ის სერვისებით სარგებლობა დაიწყო. 2014 წელს, კიდევ ერთხელ, რეკორდული ზრდის მაჩვენებელი დაფიქსირდა და ეს ტრენდი დღესაც გრძელდება.²¹ *იან ჰეთევი* და *მარკ მურო* ხსნიან, რომ: „2014 წელს არა-დამსაქმებელი კომპანიების ზრდის მაჩვენებელი დამგზავრების ინდუსტრიაში 34% იყო, ხელფასის გამცემი მსგავსი კომპანიების ზრდის მაჩვენებელი მხოლოდ 4%-ია. 2010-დან 2014 წლამდე „დამგზავრების“ ინდუსტრიაში არსებულმა არა-დამსაქმებელმა კომპანიებმა 64%-იანი ზრდა აჩვენეს მაშინ, როდესაც იმავე ინდუსტრიაში ხელფასის გამცემი კომპანიების ასეთი ზრდა მხოლოდ 17% იყო“²².

გრაფიკი 2



Gig-ეკონომიკის ასეთი ზრდა, განსაკუთრებით, თუ ეს ხდება ტრადიციული შრომითი ურთიერთობების წილის შემცირების ხარჯზე, მნიშვნელოვნად ასუსტებს ამერიკის შრომით

²⁰ იქვე.
²¹ იქვე.
²² იქვე.

გაერთიანებებს იმის გამო, რომ ამ სექტორში დასაქმებული პირების ორგანიზება ბევრად რთულია. ამ ყველაფერს აქვს ორი მიზეზი. პირველი ისაა, რომ აშშ-ის სამართალი უშვებს, რომ ეს ადამიანები იყვნენ დამოუკიდებელი კონტრაქტორები და არა დასაქმებულები. აშშ-ის ეროვნული აქტი შრომითი ურთიერთობების შესახებ არ ეხება დამოუკიდებელ კონტრაქტორებს,²³ ხოლო დამოუკიდებელი კონტრაქტორების მცდელობამ, რომ კოლექტიურად იდავონ, შესაძლოა, დაარღვიოს ანტიმონოპოლიური კანონმდებლობა.²⁴ Gig-ეკონომიკაში მომუშავეების სამართლებრივი სტატუსზე ბევრი დავა მიმდინარეობდა²⁵ და თეორიაც განვითარდა,²⁶ თუმცა ეს განხილვები, მეტწილად, ეხებოდა ანაზღაურებას, სამუშაო დროსა და წახალისებებს²⁷ და არა დამოუკიდებელი კონტრაქტორების პროფკავშირებში გაწევრიანების ან ასეთის შექმნის უფლებას.²⁸

რაც შეეხება მეორე მიზეზს, ეს თვით gig-ეკონომიკაში დასაქმებულების დამოკიდებულებაა, რომ ისინი არათუ კოლექტიური ინტერესით გაერთიანებული დასაქმებულები, არამედ დამოუკიდებელი მეწარმეები არიან.²⁹ მაგალითად, Uber-ის მძღოლები თვითონ განსაზღვრავენ სამუშაო გრაფიკს, მუშაობენ მარტონი და მართავენ საკუთარ მანქანებს. თუმცა, *ქეთრინ ფისკმა* აღნიშნა, რომ ჰოლივუდში მოღვაწე მწერლებს უკვე 80 წელია კოლექტიური შეთანხმება აქვთ, მიუხედავად იმისა, რომ gig-ეკონომიკის ნაწილს წარმოადგენენ.³⁰ დამოუკიდებელ, სამეწარმეო და მოკლე-ვადიანი საფუძვლით მომუშავე პირებს შეუძლიათ, აწარმოონ კოლექტიური მოლაპარაკებები, თუ ამისათვის მოტივი, შესაძლებლობა და სამართლებრივი დაცვის გარანტიები ექნებათ.³¹

B. საქართველო

Gig-ეკონომიკისათვის დამახასიათებელი სამართლებრივი ურთიერთობები ქართულ ბაზარზე დიდი სისწრაფით ვითარდება. თუმცა, ამ ზრდის დამადასტურებელი მონაცემები ან სტატისტიკა, დღესდღეობით, არ მოიპოვება. შესაბამისად, მიახლოებული სურათისათვის, მოგვიხდა დაკავშირებოდი იმ კომპანიებს, რომლებიც ქართველ მომხმარებელს მოთხოვნაზე დამყარებულ სერვისებს აწვდიან, თუმცა კომპანიებმა უარი განაცხადეს ასეთ თანამშრომლობაზე. ამიტომ, ჩავატარეთ მოკლე არაფორმალური გამოკითხვა საქართველოში, მოთხოვნაზე დამყარებულ ეკონომიკაში დასაქმებულ პირებთან დაკავშირებით.

ამ გამოკითხვების შედეგებზე დაყრდნობით, შეიძლება დავასკვნათ, რომ gig-ეკონომიკაში მომუშავე პირები, მეტწილად, ითვლებიან დამოუკიდებელ კონტრაქტორებად, თუმცა, ფუნქციურად, უფრო დასაქმებულებს ჰგვანან. ასეთი პირების რიცხვი უცნობია, თუმცა საქსტატის 2015 წლის გამოკითხვები აჩვენებს, რომ

²³ NLRA § 2(3); იხ., ასევე NLRB v. United Ins. Co., 390 U.S. 254 (1968) (გამოყენებულ იქნა დავალების ხელშეკრულების მარეგულირებელი ნორმები (კონცეფციაზე დაფუძნებული, არაზუსტი თარგმანი) ტექსტში გამოყენებული საერთო სამართლის ტერმინოლოგია - agency law) იმისთვის, რომ გარკვეულიყო დაზღვევის აგენტი დასაქმებული იყო თუ დამოუკიდებელი კონტრაქტორი, NLRA-ის მიხედვით).

²⁴ იხ. *Sanjukta, M. P.*, დასახ. ნაშრომი, მე-3 სქ.; *Fisk, C.*, Hollywood Writers and the Gig Economy, 2017 U. Chi. Legal Forum, 2017. ხელმისაწვდომია ვებ-გვერდზე: <<https://legal-forum.uchicago.edu/publication/hollywood-writers-and-gig-economy>>; *Paul, S. M.*, The Enduring Ambiguities of Antitrust Liability for Worker Collective Action, 47 Loy. U. Chi. L.J., 2016, 969, 977; *Kennedy, E.*, Comment, Freedom from Independence: Collective Bargaining Rights for “Dependent Contractors”, 26 Berkeley J. Emp. & Lab. L. 143, 2005, 169-69.

²⁵ იხ. საქმეთა ჩამონათვალი *Cherry, M. A.*, Gig Economy: Settlements Leave Labor Issues Unsettled, May 5, 2016. ხელმისაწვდომია ვებ-გვერდზე: <ssrn.com/abstract=2776213>.

²⁶ იხ. მაგალითად, *Cunningham-Parmeter, K.*, From Amazon to Uber: Defining Employment in the Modern Economy, 96 Boston U. L. Rev., 2016, 1673; *Woo, Ch., Bales, R.*, დასახ. ნაშრომი, მე-10 სქ.; *Cherry, M. A.*, Beyond Misclassification: The Digital Transformation of Work, 37 Comparative Lab. L. & Policy J., 2017, 577. ხელმისაწვდომია ვებ-გვერდზე: <ssrn.com/abstract=2734288>.

²⁷ *Cherry, M. A.*, დასახ. ნაშრომი, 25-ე სქ.

²⁸ შეად. *Fisk, C.*, დასახ. ნაშრომი 24-ე სქ., (იყენებს ჰოლივუდის მწერალთა საქმეს პრეცედენტული ანალიზისათვის იმ საკითხის გადასაწყვეტად, შეუძლიათ თუ არა gig-ის მსგავს დასაქმებულებს (სამართლებრივი და პრაქტიკული თვალსაზრისით) გაერთიანდნენ პროფკავშირად).

²⁹ *Fisk, C.*, დასახ. ნაშრომი 24-ე სქ., 1; *Dubal, V.*, Wage Slave or Entrepreneur? Contesting the Dualism of Legal Worker Identities, 105 Cal. L. Rev., 2017, 101.

³⁰ *Fisk, C.*, დასახ. ნაშრომი 24-ე სქ., 2.

³¹ იქვე.

საქართველოში დამოუკიდებელი კონტრაქტორების რიცხვი აჭარბებს ტრადიციული შრომითი კონტრაქტების საფუძველზე დასაქმებული პირების რიცხვს.³²

2017 წლის კვლევებმა აჩვენეს, რომ თვითდასაქმებულთა 59% პროცენტი სოფლის მეურნეობის სფეროში საქმიანობს.³³ უცნობია ის სექტორები, რომლებშიც თვითდასაქმებულთა დარჩენილი 41% საქმიანობს.

რაც შეეხება გიგ-ეკონომიკისთვის დამახასიათებელი სამუშაოს ზრდას, იგი თვალშისაცემია, მიუხედავად იმისა, რომ ოფიციალური სტატისტიკა არ არსებობს. ისეთი კომპანიები, როგორებიცაა Bolt, Maxim, Yandex Taxi, და სხვა, თანდათანობით, იკავებენ ბაზარს, უფრო შესამჩნევი ხდებიან და სწრაფად ფართოვდებიან. ტრანსპორტის სფეროში მოსალოდნელი რეფორმის ფარგლებში, სავარაუდოა, რომ გიგ-ეკონომიკის წილი კიდევ უფრო გაიზრდება.

III. სამართლებრივი დავის მექანიზმების გაფართოება მოთხოვნაზე დამყარებული ეკონომიკის სფეროში დასაქმებული პირებისათვის.

A. ამერიკის შეერთებული შტატები

როგორც მეორე ნაწილშია აღწერილი, აშშ-ში მიმდინარეობს საკმაოდ საფუძვლიანი სამართლებრივი დავები საკითხზე - უნდა იყვნენ თუ დასაქმებულები გიგ-ეკონომიკაში მომუშავე პირები დამოუკიდებელი კონტრაქტორები.³⁴ უთანხმოებათა უმეტესობა სახელფასო განაკვეთს, სამუშაო დროსა და წახალისების შესახება³⁵ და არა იმისზე, ამ მომუშავეებს შეუძლიათ თუ არა გაერთიანებებად ორგანიზება.³⁶ იმისათვის, რომ გიგ-ეკონომიკაში მომუშავე პირები კოლექტიური მოლაპარაკებების უფლებით და მასთან დაკავშირებული უპირატესობით იყვნენ უზრუნველყოფილნი, სამი რამ უნდა გაკეთდეს:

პირველ რიგში, აშშ-ის სასამართლოებმა და შრომითი ურთიერთობების ეროვნულმა საბჭომ (NLRB ან საბჭო) (ფედერალური ადმინისტრაციული სააგენტო, რომელიც პასუხისმგებელია შრომითი ურთიერთობების ეროვნულ აქტის მოქმედებაზე) უნდა უზრუნველყოს, რომ გიგ-ეკონომიკაში მომუშავე პირებზე, მაგალითად, Uber-ის მძღოლებზე, გავრცელდეს აქტის მოქმედება და, ასევე კლასიფიკაციისას, ამ პირებს სხვა შრომით სამართლებრივი სტატუსი მიენიჭოს.³⁷

მეორე, თუ გიგ-ეკონომიკაში მომუშავე პირები დამოუკიდებელი კონტრაქტორებად დარჩებიან, აქტი უნდა შევიდეს ცვლილებები, რათა დავიწროვდეს ან საერთოდ გაუქმდეს მე-2 ნაწილი, რომელიც გამორიცხავს დამოუკიდებელ კონტრაქტორებს³⁸ და ფედერალური ანტიმონოპოლიური კანონმდებლობაც უნდა შესწორდეს იმგვარად, რომ ინტერპრეტაცია არ მოხდეს ისე, თითქოს ისინი დამოუკიდებელ კონტრაქტორებს აძლევენ კოლექტიური მოლაპარაკებების უფლებას.³⁹ როგორც *ქეთრინ ფისკის* ნაშრომი ჰოლივუდში მოღვაწე მწერლების მაგალითზე გვაჩვენებს,⁴⁰ კოლექტიურ მოლაპარაკების უფლება სრულად შეეფერება ისეთ მომუშავეებს, რომლებსა დამოუკიდებელი კონტრაქტორებისთვის დამახასიათებელი ბევრი ნიშანი აქვთ. შესაბამისად, კიდევ ერთი ალტერნატივა არის ის, რომ ეროვნული აქტი შრომითი ურთიერთობების შესახებ შესწორდეს იმგვარად, რომ ის

³² დასაქმება და უმუშევრობა, საქსტატის მონაცემები 2006-2015 წწ., 2015 <<http://www.geostat.ge/>>.

³³ საქართველოს შრომის ბაზრის ანგარიში, Georgian Political and Business Insight, 30 მარტი, 2017. ინფორმაცია ხელმისაწვდომია ვებ-გვერდზე: <<https://bpi.ge/saqartvelos-shromis-bazris-anatomia/>>.

³⁴ იბ. 23-ე-26-ე სქ. წარმოდგენილი ტექსტი.

³⁵ *Cherry, M. A.*, დასახ. ნაშრომი, 25-ე სქ.

³⁶ იბ. 24-ე სქ.-ში წარმოდგენილი ინფორმაცია.

³⁷ იბ. *Eisenbrey, R., Mishel, L.*, Uber business model does not justify a new 'independent worker' category, Economic Policy Institute, March 17, 2016. ხელმისაწვდომია ვებ-გვერდზე: <<http://www.epi.org/publication/uber-business-model-does-not-justify-a-new-independent-worker-category/>>.

³⁸ NLRA § 2(3). ამან შეიძლება, ასევე მოითხოვოს ტერმინ „დასაქმებულის“ (employee) ჩანაცვლება „მომუშავე“ (worker).

³⁹ ზოგადად, იბ. *Sanjukta, M. P.*, დასახ. ნაშრომი, მე-3 სქ.

⁴⁰ *Fisk, C.*, დასახ. ნაშრომი 24-ე სქ.,

ითვალისწინებდეს დამოუკიდებელი სამუშაოს ახალ კატეგორიას⁴¹ და მომუშავეებს აძლევდეს გაერთიანებისა და კოლექტიური მოლაპარაკების უფლებას ისეთ საკითხებზე, როგორცაა ხელშეკრულების პირობები.

და ბოლოს, უნდა შეიქმნას სათანადო ერთეული გაერთიანებისა და მოლაპარაკების საკითხების სათანადო განხილვის მიზნით. აქტის მე-9(ბ) ნაწილი საბჭოს აძლევს ასეთი ერთეულის განსაზღვრის შესაძლებლობას⁴² და განსაზღვრავს შესაბამის პროცედურებს.⁴³ საბჭომ ეს უნდა გააკეთოს არა მარტო რეალურ სამუშაო ადგილებთან მიმართებით, არამედ - „ვირტუალურთანაც“.

მაგალითი იმისა, თუ როგორ უნდა მუშაობდეს ასეთი სისტემა, არის სიეტლში შექმნილი გაერთიანების მსგავსი ასოციაცია.⁴⁴ 2015 წლის დეკემბერში სიეტლის ხელისუფლებამ გამოსცა განკარგულება,⁴⁵ რომელიც დაქირავებულ მძღოლებს ანიჭებს უფლებას გაერთიანდნენ და აირჩიონ წარმომადგენლები კოლექტიური მოლაპარაკებებისათვის უკეთეს სამუშაოებზე პირობებზე იმ კომპანიებთან, რომლებიც მათ საქმიანობას მართავენ. ამ დოკუმენტის მიზანი იყო „მმართველ კომპანიებსა და მათზე მიმაგრებულ მძღოლებს შორის, მოლაპარაკებისას, უფლებების გათანაბრება.“⁴⁶ ქალაქის საკრებულომ განაცხადა, რომ:

ისეთ ბიზნეს მოდელებში, სადაც კომპანიები აკონტროლებენ მძღოლების სამუშაოს გარკვეულ ასპექტებს, მაგრამ, ამავედროულად, მძღოლებს განიხილავენ როგორც დამოუკიდებელ კონტრაქტორებს, ართმევენ მათ იმ შრომით სამართლებრივ უპირატესობებს, რომლებიც სიეტლმა შემოიღო მოქალაქეების ჯანმრთელობისა და კეთილდღეობის უზრუნველსაყოფად. ასეთი ქმედებები აზინებს სიეტლის მცდელობას შექმნას თანაბარი სამუშაო პირობები ქალაქში დასაქმებული ყველა პირისათვის.⁴⁷

სიეტლის განკარგულება აწესებს პროცედურას (1) ორგანიზაციებისთვის, რომ დარეგისტრირდნენ მძღოლების კვალიფიციურ წარმომადგენლებად (QDR) და (2) მძღოლებს ანიჭებს უფლებას რომელიმე ასეთ ორგანიზაციაში გაერთიანდნენ, რათა ეს ორგანიზაცია იყოს მათი ექსკლუზიური წარმომადგენელი კონკრეტულ კომპანიებთან ურთიერთობისას.⁴⁸ წარმომადგენელი გახდება ექსკლუზიური, თუ განცხადებას წარუდგენს ქალაქის ფინანსებისა და ადმინისტრაციული სერვისების დირექტორს (დირექტორს) „სადაც მკაფიოდ დადასტურებული იქნება ინტერესი იმ მძღოლების მხრიდან, რომლებსაც უნდათ, რომ ეს კონკრეტული პირი წარმოადგენდეს მათ ინტერესებს კოლექტიური მოლაპარაკებებისას“⁴⁹.

როდესაც ექსკლუზიურ წარმომადგენელს მიენიჭება უფლებამოსილება, კომპანიასთან მოლაპარაკებისას უნდა შეთანხმდნენ ისეთ საკითხებზე, როგორცაა ავტომობილის სტანდარტები, უსაფრთხო მართვის წესები, ანაზღაურების ხასიათი და ოდენობა, მინიმალური სამუშაო დრო და წესები.⁵⁰ შეთანხმება უნდა გაფორმდეს წერილობით⁵¹ და უნდა დაადასტუროს დირექტორმა,⁵² რის შემდეგაც, შეთანხმება ყველა მხარისათვის

⁴¹ *ob. Harris, S. D., Krueger, A. B., A Proposal for Modernizing Labor Laws for Twenty-First Century Work: The “Independent Worker”, The Hamilton Project Discussion Paper 2015-10.*

⁴² 29 U.S.C. § 159(b) (“ამ აქტით [ქვე-თავით] გარანტირებული უფლებების სრული რეალიზაციის თავისუფლების უზრუნველყოფის მიზნით, საბჭომ თითოეულ საქმეში უნდა განსაზღვროს, რომ იარსებებს კოლექტიურ მოლაპარაკებაზე უფლებამოსილი ერთეული - მოხელეთა ერთეული (craft unit), საწარმოს ერთეული ან ქვეგანყოფილება შესაბამისად“).

⁴³ იქვე.

⁴⁴ ზოგადად *ob. Van Wezel Stone, K., Unions in the Gig and On-Demand Economy, American Prospect (forthcoming Winter 2017); Sanjukta, M. P.,* დასახ. ნაშრომი, მე-3 სქ., Part I.A; Council Unanimously Adopts First-of-its-Kind Legislation to Give Drivers a Voice on the Job, Seattle City Council Press Release, Dec. 14, 2015. ხელმისაწვდომია ვებ-გვერდზე: <<https://www.seattle.gov/council/issues/giving-drivers-a-voice>>.

⁴⁵ City of Seattle, Council Bill 118499, Dec. 14, 2015, amending Seattle Municipal Code § 6.310.110 and adding new § 6.310.735.

⁴⁶ City of Seattle, Council Bill 118499 §1(J).

⁴⁷ იქვე, §1(H).

⁴⁸ იქვე, § 2.

⁴⁹ იქვე, § 3(F)(1).

⁵⁰ იქვე, § 3(H).

⁵¹ იქვე.

⁵² იქვე, § 3(H)(2).

ხდება სავალდებულო.⁵³ თუ მხარეები ვერ შეთანხმდებიან, განკარგულებით, დაიშვება არბიტრაჟის შესაძლებლობასაც.⁵⁴

2016 წლის მარტში აშშ-ის სავაჭრო პალატამ უჩივლა ქალაქ სიეტლს ფედერალურ სასამართლოში მოთხოვნით, რომ განკარგულების კანონთან შეუსაბამოდ აღიარებისა და მისი მოქმედების შეჩერების მიზნით.⁵⁵ სარჩელში პალატა დაობდა, რომ განკარგულება ეწინააღმდეგებოდა *შერმანის* ანტიმონოპოლიურ აქტს და უპირატესობას ანიჭებდა ეროვნულ აქტს შრომითი ურთიერთობების შესახებ. აგვისტოში სასამართლომ შეწყვიტა საქმის განხილვა, იმ საფუძველით, რომ, რადგან განკარგულება ჯერ კიდევ არ მოქმედებდა, პალატას ამით არანაირი ზიანი არ მისდგომია და, შესაბამისად, არ ჰქონია საჩივრის საფუძველი.⁵⁶ მოსამართლემ პალატას „ღია კარი“ დაუტოვა, რათა მოგვიანებით საქმის წარმოება განახლებულიყო საჭიროების შემთხვევაში. 2016 წელს განკარგულება ძალაში შევიდა და პალატამაც მყისიერად შეიტანა სარჩელი.

სიეტლის განკარგულება ცხადყოფს, რომ გიგ-ეკონომიკა სრულ თანხვედრაშია კოლექტიური მოლაპარაკებების პრინციპებთან. ირონიულია ის ფაქტი, რომ საბჭოს ან სასამართლოს მიერ მიღებული გადაწყვეტილება, რომ გიგ-ეკონომიკაში მომუშავე პირები დასაქმებულები არიან, რომლებსაც იცავთ ეროვნული აქტი შრომით სამართლებრივი ურთიერთობების შესახებ, შედეგად ამ აქტის ჩანაცვლებას მოიტანდა. თუმცა, სიეტლის განკარგულება არის მცირე იმედი გიგ-ეკონომიკაში დასაქმებულებისათვის მთელი ქვეყნის მასშტაბით.

B. საქართველო

როგორც ზემოთ აღინიშნა, ჩვენი მცდელობა კომპანიებისაგან მოგვეპოვებინა ინფორმაცია, წარუმატებელი აღმოჩნდა. საბოლოო ჯამში, ჩავატარეთ დამოუკიდებელი კვლევა, რომლის ფარგლებშიც გიგ-ეკონომიკაში მომუშავე პირები გამოიკითხნენ. რესპოდენტებმა შემდეგ კითხვებს უპასუხეს: როგორ უკავშირდებიან კომპანიებს? არ პროცედურებია ლიცენზიის მისაღებად? დასაქმებულები არიან თუ დამოუკიდებელი კონტრაქტორები? რა არის მათი ძირითადი უფლებები და მოვალეობები? ვინ განსაზღვრავს რა დროით და კვირის რამდენი დღის განმავლობაში უნდა იმუშაონ? უნდა შეატყობინონ თუ არა კომპანიას, რომ შვებულებაში სურთ გასვლა? არის თუ არა წამახალისებელი სისტემა დანერგილი? და ბოლოს, კომპანიასთან აფილირების სანაცვლოდ, რას იღებენ?

კვლევის შედეგად დადგინდა, რომ აშშ-ის მსგავსად ქართულ ბაზარზე არსებული გიგ-კომპანიები დაკავშირებულ პირებს დამოუკიდებელ კონტრაქტორებად აკვალიფიცირებენ. ბევრ წილად, მართლაც ასეა, თუმცა სხვა მრავალი ასპექტით, ეს პირები კლასიკურ დასაქმებულებს ჰგვანან.

რადგანაც Uber-ი და Grab-ი აშშ-ში გიგ-ეკონომიკისათვის დამახასიათებელი სამუშაოს მაგალითებია, საქართველოშიც იმავე ტიპის კომპანიები გამოვიკვლიეთ. ასეთ კომპანიებს თავიანთი ხელშეკრულებები ვებ-გვერდებზე აქვთ გამოქვეყნებული და ისინი ხელმისაწვდომია ყველასათვის. ნებისმიერი მათგანი ავალდებულებს მძღოლებს ხელი მოაწერონ სალიცენზიო ხელშეკრულებას.⁵⁷ პროცედურა იწყება მძღოლის მიერ ონლაინ აპლიკაციის შევსებით, სადაც იგი ძირეულ ინფორმაციას აწვდის კომპანიას. შემდეგ მძღოლი უნდა დარეგისტრირდეს კომპანიაში და აპლიკაციაში, რომლის მეშვეობითაც, კომპანია მძღოლზე სამუშაოს გაანაწილებს; თუმცა, ვიდრე მძღოლი სამსახურს დაიწყებს, უნდა

⁵³ იქვე, § 3(H)(2)(a).

⁵⁴ იქვე, § 3(I).

⁵⁵ Case No. 2:16-cv-00322 (W.D. Wash., filed March 3, 2016); *Beekman, D.*, Chamber of Commerce Sues Seattle over Allowing Uber-driver Unionizing, *The Seattle Times*, March 3, 2016. ხელმისაწვდომია ვებ-გვერდზე: <<http://www.seattletimes.com/seattle-news/politics/chamber-of-commerce-sues-seattle-over-allowing-uber-driver-unionizing/>>.

⁵⁶ *Beekman, D.*, Judge Tosses U.S. Chamber's Suit Against Seattle over Uber Union Law, Calling it Premature, *The Seattle Times*, Aug. 9, 2016. ხელმისაწვდომია ვებ-გვერდზე: <<http://www.seattletimes.com/seattle-news/politics/judge-tosses-chambers-suit-against-seattle-over-uber-law/>>.

⁵⁷ ზოგიერთი კომპანია მძღოლებს კომპანიის მანქანებით უზრუნველყოფს, თუმცა მძღოლების უმეტესობა საკუთარი მანქანებით გადაადგილდება. სტატიაში ეს უკანასკნელი კატეგორიაა განხილული.

გაიაროს გასაუბრება. გასაუბრების შემდეგ, მას შეატყობინებენ შეუძლია თუ არა მუშაობას შეუდგეს.

ეს გასაუბრება არაა ერთადერთი მსგავსება გიგ-ეკონომიკაში მომუშავეებსა და ჩვეულებრივ დასაქმებულებს შორის. აღმოჩნდა, რომ ეს პირები იმაზე ნაკლები დამოუკიდებლობით სარგებლობენ, ვიდრე სხვა დამოუკიდებელი კონტრაქტორები. მაგალითად:

- მძღოლებს აქვთ უფლება შეარჩიონ მარშრუტი, თუმცა ის უნდა იყოს ყველაზე იაფი ალტერნატივა, თუ მომხმარებელი სხვაგვარად არ მოითხოვს;
- მძღოლებმა თავი უნდა შეიკავონ საუბრის წამოწყებისგან, თუ მგზავრი თვითონ არ დაიწყებს საუბარს;
- მძღოლებს აქვთ ინსტრუქცია, თუ როგორ უნდა გამოიყურებოდნენ;
- შვებულებასთან დაკავშირებით მძღოლებმა უნდა შეატყობინონ კომპანიებს, სხვაგვარად ეს მათ შეფასებაზე აისახება;
- მძღოლებს არ აქვთ წინასწარგანსაზღვრული სამუშაო გრაფიკი, მაგრამ, თუ ისინი არა საკმარისად იმუშავენ, ეს მათ რეიტინგსა და შეფასებაზე ცუდად აისახება;
- ასევე, მძღოლებს შეუძლიათ არ აიყვანონ აპლიკაციის მიერ მათზე განპიროვნებული მგზავრი, მაგრამ ეს შეფასებაზე აისახება;
- თუ მძღოლს აქვს დაბალი რეიტინგი, კომპანია უფლებამოსილია, შეწყვიტოს ხელშეკრულება.
- მძღოლები აპლიკაციის გამოყენებისათვის საკომისიო იხდიან. ეს უზრუნველყოფს, რომ მძღოლებმა კომპანიისაგან მიიღონ შეკვეთები მგზავრთა გადაყვანაზე, ხოლო მგზავრებმა მიღებული მომსახურებისათვის გადაიხადონ.
- ზოგიერთი კომპანია მძღოლებისათვის მოქმედებს როგორც საგადასახადო აგენტი.⁵⁸

ზემოთ ჩამოთვლილი წესები არის უზოგადესი და ყველა კომპანიაში, მეტ-ნაკლებად, ერთგვარია. კომპანიები ამ პირებს თვითდასაქმებულებად მოიაზრებენ. გაფორმებულ დოკუმენტებში ცალსახაა, რომ არ იდება შრომითი ხელშეკრულება. ეს მომუშავე პირები ტრადიციულ დასაქმებულებზე მეტი თავისუფლებით სარგებლობენ (მაგ., შეუძლიათ განსაზღვრონ საკუთარი სამუშაო საათები), მაგრამ ისინი თავისუფლებიც არ არიან ისე, როგორც დამოუკიდებელი კონტრაქტორები და დასაქმებულების მსგავსად, ხელშეკრულების სუსტ მხარეს წარმოადგენენ. საბოლოო ჯამში, აშშ-ის მსგავსად, საქართველოშიც გიგ-ეკონომიკაში მომუშავეები „შუალედური“ [ხასიათის] უფლებებით სარგებლობენ.

გიგ-ეკონომიკაში მომუშავეთა კატეგორია არსადაა ნახსენები ქართულ კანონმდებლობაში. ეს სექტორი საქართველოში იმდენად ახალია, რომ სასამართლო პრაქტიკაც არ არსებობს. ამასთან, გიგ-ეკონომიკაში მომუშავეებს, ჯერჯერობით, არ შეუქმნიათ პროფკავშირები.

საქართველოში პროფკავშირებს ძალიან დიდი მნიშვნელობა აქვთ შრომით ურთიერთობებში და ეს ძლიერ მექანიზმია შრომით მოლაპარაკებებში სასურველი შედეგის მისაღწევად. მათი როლი ისეთივე მნიშვნელოვანი იქნებოდა გიგ-ეკონომიკის სექტორისათვის, როგორც ტრადიციული დასაქმებულებისთვისაა.

გაერთიანებების და, კერძოდ, პროფკავშირების შექმნა და მასში გაწევრიანება კონსტიტუციური უფლებაა საქართველოში.⁵⁹ ეს ხაზს უსვამს ასეთი ორგანიზაციების მნიშვნელობას და, ასევე მოწესრიგებულია საქართველოს ორგანული კანონით შრომის

⁵⁸ 2010 წლის საქართველოს №3591 კანონი საქართველოს საგადასახადო კოდექსი, მე-20 მუხლი, მე-2 ნაწილი - საგადასახადო აგენტი არის პირი, რომელმაც ამ კოდექსით დადგენილ შემთხვევაში და დადგენილი წესით უნდა შეასრულოს გადასახადის გადამხდელის საგადასახადო ვალდებულება.

⁵⁹ საქართველოს კონსტიტუციის 26-ე მუხლი (2018 წლის №20171 კონსტიტუციური კანონით განხორციელებული ცვლილების შედეგად მიღებული რედაქციით).

კოდექსი, რომლის მთლიანი თავი ეთმობა გაერთიანების [შრომის სფეროში] თავისუფლებას.

საქართველოს კონსტიტუციის თანახმად, ეროვნული კანონმდებლობა თანხვედრაში უნდა იყოს ყველა საერთაშორისო კონვენციასთან, რომლებსაც ქვეყანამ ხელი მოაწერა და რომლებიც არ ეწინააღმდეგება ქვეყნის კონსტიტუციას.⁶⁰ შედეგად, საქართველოსთვის რამდენიმე საერთაშორისო დოკუმენტს აქვს უდიდესი გავლენა შრომის კანონმდებლობაზე.

საქართველო არის ადამიანის უფლებათა ევროპული კონვენციის ხელმომწერი ქვეყანა. ეს დოკუმენტი უზრუნველყოფს მშვიდობიანი შეკრებისა და გაერთიანების თავისუფლებას, ასევე მშრომელთა უფლებას ჩამოაყალიბონ და გაერთიანდნენ პროფკავშირებში თავიანთი ინტერესების, როგორც უნივერსალური უფლების დასაცავად.⁶¹

1999 წლის 23 ივნისს, საქართველოში ძალაში შევიდა შრომის საერთაშორისო ორგანიზაციის 87-ე კონვენცია შეკრების თავისუფლებასა და გაერთიანების უფლების დაცვის შესახებ.⁶² კონვენციის რატიფიცირებით საქართველომ აიღო ვალდებულება, რომ სხვადასხვა სექტორში დასაქმებული პირები ისარგებლებდნენ გაერთიანებების შექმნისა და მათში გაწევრიანების უფლებით.⁶³ 2005 წლის 1 ივლისს, საქართველოს პარლამენტმა მოახდინა ევროპის სოციალური ქარტიის რატიფიკაცია.⁶⁴ დოკუმენტის მე-5 მუხლი უზრუნველყოფს, რომ წევრმა სახელმწიფოებმა არ შეცვალონ შრომის კანონმდებლობა იმგვარად, რომ შეიზღუდოს დამსაქმებელთა და დასაქმებულთა უფლება შეუერთდნენ ეროვნულ და საერთაშორისო პროფესიულ ორგანიზაციებს (გაერთიანების უფლება)

უფრო მეტიც, რადგანაც პროფკავშირები მაღალი საჯარო ინტერესის საგანია, საქართველოში არსებობს ცალკე კანონი „პროფკავშირების შესახებ“.

საქართველოს კონსტიტუცია გაერთიანებების შექმნისა და მათში გაწევრიანების უფლებას საყოველთაოდ უზრუნველყოფს, ამასთანავე საქართველოს შრომის კოდექსის 40¹ მუხლი ამბობს, რომ დასაქმებულებსა და დამსაქმებლებს აქვთ უფლება ჩამოაყალიბონ და შეუერთდნენ პროფესიულ კავშირებს. საქართველოს კანონი „პროფკავშირების შესახებ“ იმეორებს⁶⁵ კონსტიტუციურ დანაწესს და ამატებს, რომ გაერთიანება შეიძლება შეიქმნას ნებისმიერ საწარმოში, ინსტიტუციასა თუ ორგანიზაციაში.⁶⁶

ქვეყნის უზენაესი კანონიც და სპეციალური კანონიც საკმაოდ მოქნილია იმისათვის, რომ შეითავსოს არატრადიციული შრომითი ურთიერთობების რეგულირება - ისეთი ურთიერთობების, რომლებიც რომელიმე კონკრეტულ კლასიფიკაციაში ვერ ხვდებიან; თუმცა, საქართველოს შრომის კოდექსში („შკ“), გარკვევით განისაზღვრება, რომ გაერთიანებების დაარსება და მათში გაწევრიანება დამსაქმებლისა და დასაქმებულის პრეროგატივაა.⁶⁷ რადგანაც კოდექსი განმარტავს ვინ შეიძლება იყოს დამსაქმებელი და ვინ დასაქმებული,⁶⁸ შედეგად ვიღებთ იმ მდგომარეობას, რომ ის მომუშავე პირები, რომლებიც დასაქმებულები არ არიან, თუმცა გარკვეული შეზღუდვები აქვთ კონტრაქტორების მხრიდან, ვერ ისარგებლებენ საქართველოს კონსტიტუციითა და საერთაშორისო

⁶⁰ კონსტიტუციის მე-4 მუხლის მე-5 პუნქტი.

⁶¹ ადამიანის უფლებათა ევროპული კონვენციის (ECHR) მე-11 მუხლი. ტექსტი ხელმისაწვდომია ვებ-გვერდზე: <http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ENG.pdf>.

⁶² საქართველოს პარლამენტის 1999 წლის №2144 დადგენილება შრომის საერთაშორისო ორგანიზაციის 87-ე კონვენციის - შეკრების თავისუფლებასა და გაერთიანების უფლებაზე - რატიფიკაციის შესახებ.

⁶³ მე-2 მუხლი, შრომის საერთაშორისო ორგანიზაციის („შსო“) 1948 წლის 87-ე კონვენცია შეკრების თავისუფლებისა და გაერთიანების უფლების დაცვის შესახებ.

⁶⁴ საქართველოს პარლამენტის 2005 წლის №1876 დადგენილება ევროპის სოციალური ქარტიისა და მისი დანართის რატიფიკაციის შესახებ.

⁶⁵ საქართველოს 2018 წლის №3825-ის კანონი პროფესიული კავშირების შესახებ, მუხლი 2(2).

⁶⁶ მუხლი 2(3).

⁶⁷ შკ-ის (საქართველოს 2010 წლის № 4113-ის ორგანული კანონი) მე-40¹ მუხლი.

⁶⁸ მე-3 მუხლი.

შეთანხმებებით მათთვის მინიჭებული გაერთიანების თავისუფლებით. Gig-ეკონომიკაში დასაქმებულები არცერთ კატეგორიას არ მიეკუთვნებიან, გარდა თვითდასაქმებულებისა; თუმცა, როგორც აღინიშნა, სრულად არც ამ კატეგორიას შეესაბამებიან. მამასადამე, დღევანდელი საკანონმდებლო რეგულირების გათვალისწინებით, სასამართლოებს აქვთ უდიდესი მნიშვნელობა იმის გადაწყვეტაში, აქვთ თუ არა ამ სექტორში მომუშავეებს გაერთიანების შექმნისა და მათში გაწევრიანების უფლება.

IV. სისტემური მიდგომა gig-ეკონომიკის დასარეგულირებლად

როგორც ზემოთ აღიწერა, gig-ეკონომიკაში დასაქმებულები მკაფიოდ არც დასაქმებულთა და არც თვითდასაქმებულთა კატეგორიას არ ერგება. გარკვეულწილად, ეს საკმაოდ მოძველებული საკითხია, რომელიც, ბოლო დროს, უფრო აქტუალური გახდა სექტორის ზრდის ტემპის გამო. როგორც მეორე ნაწილშია აღწერილი, აშშ-ში სრულ განაკვეთიანი და განუსაზღვრელი ვადით დადებული შრომითი ხელშეკრულებების ჩანაცვლება მერყევი ხელშეკრულებებით 10 წლით ადრე დაიწყო, ვიდრე ამისათვის ონლაინ პლატფორმები გაჩნდებოდა და კიდევ უფრო დააჩქარებდა ზრდის ტენდენციას. დანამდვილებით შეიძლება ითქვას, რომ აშშ-ის ისტორიაში ერთ-ერთი ყველაზე სამარცხვინო შრომითსამართლებრივ დავაში მიღებული გადაწყვეტილება ეხებოდა არასტანდარტული სამუშაოს ყველაზე ძველ სახეს - მიგრანტთა სოფლის მეურნეობის დარგში საქმიანობას; განიხილებოდა მომუშავენი დასაქმებულები იყვნენ თუ დამოუკიდებელი კონტრაქტორები.⁶⁹ ამ საქმის შედეგი დიდ გაურკვევლობას წარმოშობს⁷⁰ იმასთან დაკავშირებით, თუ სად გადის ზღვარი დასაქმების ამ ორ სახეს შორის. პროფესორი *ორლი ლობელი* ზუსტად აჯამებს აშშ-ის სამართლის პრობლემატიკას, როდესაც ამბობს, რომ ის კრიტერიუმები, რომლებიც გამოიყენება კატეგორიების დასადგენად „დამაზუსტებელია, საჭიროა მათი მისადაგება თითოეული საქმის გარემოებებისათვის, ეყრდნობა მრავალმნიშვნელოვან ფაქტორებს და, ხშირად, უკუაგდება ხელშემკვრელი მხარეების მიერ განსაზღვრულ სტატუსს.“⁷¹

ერთ-ერთი შესაძლო გამოსავალი არის ის, რომ გამარტივდეს კლასიფიკაციის კრიტერიუმები. 2015 წელს აშშ-ის შრომის დეპარტამენტმა გამოსცა ახალი სახელმძღვანელო პრინციპები დამოუკიდებელი კონტრაქტორების კვალიფიკაციისათვის.⁷² დეპარტამენტის სახელმძღვანელო ეყრდნობა სამართლიანი შრომის სტანდარტების შესახებ აქტს, რომელიც, სხვა მრავალ საკითხთან ერთად, აწესრიგებს მინიმალური ხელფასის, აწესებს სავალდებულო ზეგანაკვეთური ანაზღაურების ოდენობას და, ასევე, მეტწილად, კრძალავს ზავშვთა შრომას. აქტით „დასაქმება“ ფართოდ განიმარტება და ეს არის „სამსახურში დაშვება“.⁷³ ახალი სახელმძღვანელო აფართოებს ზემოთ ხსენებული აქტის სამართლებრივ დაცვას იმ კრიტერიუმების დავიწროებით, რომლებიც გამოიყენება პირის დამოუკიდებელ კონტრაქტორად კვალიფიკაციისათვის.⁷⁴

მეორე პოტენციური გამოსავალი არის ის, რომ მთლიანად გაუქმდეს დასაქმებულისა და დამოუკიდებელი კონტრაქტორის სტატუსი და, შედეგად, მომუშავეთა ყველა კატეგორია იყოს დაცული.⁷⁵ აშშ-ში ზოგიერთი სტატუტი უკვე ასახავს ამ იდეას. მათ

⁶⁹ Secretary of Labor, U.S. Dept. of Labor v. Lauritzen, 835 F.2d 1529 (7th Cir. 1987).

⁷⁰ იქვე, (მულტი-ფაქტორული ტესტის შემუშავება, რომელშიც მახასიათებლები აუწონელია და, უმეტეს შემთხვევაში, შესაძლოა შეფასდეს სხვადასხვაგვარად).

⁷¹ *Lobel, O.*, The Gig Economy and the Future of Employment and Labor Law, March 2016, 8. ხელმისაწვდომია ვებ-გვერდზე: <<http://ssrn.com/abstract=514132>>.

⁷² U.S. Dep't of Labor, Wage & Hour Div., Administrator's Interpretation No. 2015-1 (July 15, 2015). ხელმისაწვდომია ვებ-გვერდზე: <https://www.dol.gov/whd/workers/Misclassification/AI-2015_1.htm>.

⁷³ FLSA, 29 U.S.C. § 2033(g).

⁷⁴ იქვე; *Lobel, O.*, დასახ. ნაშრომი, 71-ე სქ., 9.

⁷⁵ იხ. *Dau-Schmidt, K. G.*, The Impact of Emerging Information Technologies on the Employment Relationship: New Gigs for Labor and Employment Law, 2017 U. Chi. Legal Forum 63, 2018. ხელმისაწვდომია ვებ-გვერდზე: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2951967>. წყაროში შემოთავაზებულია, რომ „დრომოქმული

შორის ისეთი ფინანსური სტატუტები, როგორცაა დოდი ფრენკისა და სერბენ ოქსლის აქტები.⁷⁶ ამის მსგავსად, ვაშინგტონის კანონი დისკრიმინაციის აკრძალვის შესახებ, კრძალავს დასაქმებულთა დისკრიმინაციას მათ სტატუსზე დაყრდნობით.⁷⁷

მესამე პოტენციური გამოსავალი შეიძლება იყოს ის, რომ გაჩნდეს ახალი, შუალედური კატეგორია. მაგალითად, *სეთ ჰარისი* და *ალან კრუგერი* გვთავაზობენ „დამოუკიდებელი მომუშავეების“ კატეგორიას და ამტკიცებენ, რომ მათ უნდა ჰქონდეთ გაერთიანებისა და კოლექტიური მოლაპარაკების უფლება.⁷⁸ სავარაუდოდ, ასეთი შუალედური სტატუსის მქონე პირები ყველა კანონით ვერ იქნებიან დაცულნი. ამ მიდგომა ორი დიდი გამოწვევის წინაშე დგას: (1) უნდა გადაწყდეს, ეს პირები რომელი სამართლებრივი დაცვის მექანიზმებით ისარგებლებენ; (2) უნდა შეიქმნას კლასიფიკაციის სისტემა, რომელიც მათ მკაფიოდ გამოარჩევს დამოუკიდებელი კონტრაქტორებისა და დასაქმებულებისაგან.

საქართველოში არ მოიპოვება ინფორმაცია სასამართლო დავების შესახებ, რომლებიც უშუალოდ გიგ-ეკონომიკაში დასაქმებულთა სტატუსს უკავშირდება. არც კანონმდებლობით ხდება ზუსტი რეგულირება. თუმცა, თუ მხედველობაში მივიღებთ სექტორის ზრდის ტემპს, თვალსაჩინო გახდება, რომ, ადრე თუ გვიან, რეგულირება აუცილებელი იქნება.

ქართული კანონმდებლობით, განსაზღვრულია იმ კრიტერიუმთა ერთობლიობა, რომელთა მიხედვითაც შესაძლებელია, დადგინდეს კონკრეტული შრომითი ურთიერთობა რომელ კატეგორიას მიეკუთვნება. ეს კრიტერიუმებია: ორგანიზებული მოწესრიგების პირობები; დამსაქმებლის მიერ დასაქმებულზე ანაზღაურების გაცემა; გრძელვადიანი ურთიერთობა; ქვემდებარეობა, და ბოლოს, მითითების უფლება. ამ ყველაფრის გათვალისწინებით, დასაქმებულის სტატუსი მაინც გაურკვეველი რჩება - არ არის დაკონკრეტებული, იგულისხმება, კლასიკური გაგებით დასაქმებული, თუ, ასევე ის პირიც, რომელიც კონკრეტულ დავალებას ასრულებს ანაზღაურების სანაცვლოდ.⁷⁹

საქართველოს უზენაესმა სასამართლომ ძალაში დატოვა სააპელაციო სასამართლოს გადაწყვეტილება, რომლის თანახმადაც, თუ ხელშეკრულება ითვალისწინებს პირის ვალდებულებას დაემორჩილოს დაწესებულების შიდა რეგულაციას, ესეც შესაძლოა, დაკვალიფიცირდეს შრომით ურთიერთობად.⁸⁰ საქმე, სწორედ, ამ ასპექტის გათვალისწინებით არის მნიშვნელოვანი გიგ-ეკონომიკაში დასაქმებული პირებისათვის, რადგან მათ შემთხვევაში კომპანიის მიერ დადგენილ წესებზე ხდება თანხმობის გამოხატვა.

როგორც აშშ-ში, ისე საქართველოშიც გიგ-ეკონომიკაში დასაქმებულები გაურკვეველ მდგომარეობაში არიან. ყველაზე თვალსაჩინო ეს მდგომარეობა მაშინ ხდება, როდესაც ამ პირებმა კომპანიებს შეტყობინება უნდა გაუგზავნონ შევებულების თაობაზე, ან მაშინ, როდესაც სამუშაო უნდა მიიღონ იმ ფორმით, როგორც ამას კომპანია სთავაზობთ, რათა რეიტინგი შეინარჩუნონ ან მაშინ, როდესაც ანაზღაურებას იღებენ.

დეფინიცია დასაქმებულზე და იმაზე თუ ვინაა „დამოუკიდებელი კონტრაქტორი“ უნდა გაუქმდეს „ფართო“, ალბათ, უნივერსალური მუშაკის სასარგებლოდ“.

⁷⁶ *Lobel, O.*, დასახ. ნაშრომი, 70-ე სქ., 9.

⁷⁷ Wash. Rev. Code § 49.60.040; *Marquis v. City of Spokane*, 922, 43, 45 (Wash. 1996) (კანონის ინტერპრეტაცია იმდაგვარად, რომ გავრცელდეს ყველა სახის შრომით ურთიერთობებზე); ასევე, იხ. *D'Annunzio v. Prudential Ins. Co. of America*, 927 A.2d 113, 123 (N.J. 2007) (მუშაკის „განგაშზე დაფუძნებული“ დაცვის (whistleblower protection to worker) უზრუნველყოფა, მიუხედავად დასაქმების ხელშეკრულებიდან გამომდინარე, პირის დასაქმებულად თუ მენარდედ [ქართულ გამოჯვანაზე დაყრდნობით, თარგმანი] კვალიფიკაციისა).

⁷⁸ *Harris S. D., Krueger, A. B.*, A Proposal for Modernizing Labor Laws for Twenty-First Century Work: The “Independent Worker”. ხელმისაწვდომია ვებ-გვერდზე: <http://www.hamiltonproject.org/papers/modernizing_labor_laws_for_twenty_first_century_work_independent_worker>.

⁷⁹ საქართველოს შრომის კოდექსის კომენტარი, *ბორონი* ა. რედ., მერიდიანი, თბილისი, 2016.

⁸⁰ საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სამოქალაქო საქმეთა კოლეგია, საქმე №ას-1129-1156-2011, 10 ოქტომბერი, 2011.

მიუხედავად იმისა, თუ რა მიდგომას ავირჩევთ, საბოლოოდ, მნიშვნელოვანია, რომ ქვეყნებმა ერთგვარად ერთმანეთთან შესაბამისობაში მოიყვანონ საკანონმდებლო რეგულირება. არ არის აუცილებელი, რომ ერთი ქვეყნის შრომის კანონმდებლობა მეორე ქვეყნის შრომის კანონმდებლობის ზუსტი ანალოგი იყოს, მაგრამ მნიშვნელოვანია, რომ გიგ-ეკონომიკაში დასაქმებულებმა მიიღონ გარკვეული სახის შრომითი უფლებები.

საქართველოში ხელისუფლებას შეუძლია, ან ახლავე დაარეგულიროს აღნიშნული სექტორი, ან მოგვიანებით, როდესაც უფრო აქტუალური გახდება. მიუხედავად იმისა, საქართველო შექმნის თუ არა ახალ კატეგორიას ან რომელიმე არსებულ კატეგორიას მიაკუთვნებს ამ პირებს, მხოლოდ ისაა მნიშვნელოვანი, რომ [მომუშავეებს] სამართლებრივი დაცვა ჰქონდეთ გარანტირებული. ამ პროცესში სასამართლო ხელისუფლების ჩართულობა მეტად მნიშვნელოვანია, იმისათვის, რომ არსებულ კანონმდებლობაში თავისუფალი სივრცეები შეავსოს.

საქართველოსათვის ალტერნატივა არის ის, რომ მთლიანად სექტორმა დაარეგულიროს საკუთარი თავი,⁸¹ თუმცა ასეთი მიდგომა მთლიანად მოშლის შრომით-სამართლებრივ სტანდარტებს და ძლიერ დააზარალებს დასაქმებულებს.

ბიბლიოგრაფია

1. *Beekman, D.*, Chamber of Commerce Sues Seattle over Allowing Uber-driver Unionizing, *The Seattle Times*, March 3, 2016.
2. *Beekman, D.*, Judge Tosses U.S. Chamber’s Suit Against Seattle over Uber Union Law, Calling it Premature, *The Seattle Times*, Aug. 9, 2016.
3. Bureau of Labor Statistics News, Contingent and Alternative Employment Arrangements, February 2005, USDL 05-1433 (July 27, 2005), 1.
4. *Cherry, M. A.*, Beyond Misclassification: The Digital Transformation of Work, 37 *Comparative Lab. L. & Policy J.*, 2017.
5. *Cherry, M. A.*, Gig Economy: Settlements Leave Labor Issues Unsettled, May 5, 2016.
6. *Cunningham-Parmer, K.*, From Amazon to Uber: Defining Employment in the Modern Economy, 96 *Boston U. L. Rev.*, 2016.
7. *Dau-Schmidt, K. G.*, The Impact of Emerging Information Technologies on the Employment Relationship: New Gigs for Labor and Employment Law, 2017 *U. Chi. Legal Forum* 63, 2018.
8. *Dubal, V.*, Wage Slave or Entrepreneur? Contesting the Dualism of Legal Worker Identities, 105 *Cal. L. Rev.*, 2017.
9. *Eisenbrey, R. Mishel, L.*, Uber business model does not justify a new ‘independent worker’ category, *Economic Policy Institute*, March 17, 2016.
10. *Fisk, C.*, Hollywood Writers and the Gig Economy, 2017 *U. Chi. Legal Forum*, 2017.
11. *Harris, S. D., Krueger, Alan, B.*, A Proposal for Modernizing Labor Laws for Twenty-First Century Work: The “Independent Worker”, *The Hamilton Project Discussion Paper* 2015-10.
12. *Hathaway I., Muro, M.*, Tracking the gig economy: New numbers, *Brookings Institute Report*, Oct. 13, 2016.
13. *Kennedy, E.*, Comment, Freedom from Independence: Collective Bargaining Rights for “Dependent Contractors”, 26 *Berkeley J. Emp. & Lab. L.* 143, 2005.
14. *Lobel, O.*, The Gig Economy & The Future of Employment and Labor Law, 51 *USF L. Rev.*, 2016.
15. *Lobel, O.*, The Gig Economy and the Future of Employment and Labor Law, March 2016.
16. *Murray, P., Gillibrand, K.*, Contingent Workforce: Size, Characteristics, Earnings, and Benefits, *S. Doc. No. GAO-15-168R*, at 4 (2015).

⁸¹ იხ., მაგალითად, *Bales, R.*, Explaining the Spread of At-Will Employment as an Inter-Jurisdictional Race-to-the-Bottom in Employment Standards, 75 *Tenn. L. Rev.* 453. 2008.

17. *Neuner, J.*, 40% of America's Workforce Will Be Freelancers by 2020, Quartz, Mar. 20, 2013; *Miller, R.*, Half of All Workers Could be Freelance by 2020, Startup Donut, June 26, 2015.
18. *Paul, S. M.*, The Enduring Ambiguities of Antitrust Liability for Worker Collective Action, 47 Loy. U. Chi. L.J., 2016.
19. *Perez, T.*, Innovation and the Contingent Workforce, U.S. Dep't Labor Blog, Jan. 25, 2016.
20. *Sanjukta, M. P.*, Uber as For-Profit Hiring Hall: A Price-Fixing Paradox and its Implications, 38 Berkeley, J. Employ. & Lab. L. 233, 2017.
21. *Steinmetz, K.*, Exclusive: See How Big the Gig Economy Really Is, Time, Jan. 6, 2016.
22. *Stone, K. V.W.*, From Widgets to Digits: Employment Regulation for the Changing Workplace, 2004;
23. *Torpey, E., Hogan, A.*, Working in a gig economy, Bureau of Labor Statistics Career Outlook, May 2016.
24. *Van Wezel Stone, K.*, Unions in the Gig and On-Demand Economy, American Prospect (forthcoming Winter 2017); Council Unanimously Adopts First-of-its-Kind Legislation to Give Drivers a Voice on the Job, Seattle City Council Press Release, Dec. 14, 2015.
25. *Woo, Ch., Bales, R.*, The Uber Million Dollar Question: Are Uber Drivers Employees or Independent Contractors?, 68 Mercer L. Rev., 2017, 461.
26. დასაქმება და უმუშევრობა, საქსტატის მონაცემები 2006-2015 წწ.
27. საქართველოს შრომის ბაზრის ავტონომია, Georgian Political and Business Insight, 30 მარტი, 2017.
28. საქართველოს შრომის კოდექსის კომენტარი, *ბორონი, ა.* რედ., მერიდიანი, თბილისი, 2016.

Legal Responses to the Rise of the On-Demand Economy in Georgia and the United States

Abstract

Are gig-economy workers “employees” or “independent contractors” for purposes of wage, hour, employee-benefit, and labor laws? In both Georgia and the U.S. gig-economy work is significant and rapidly expanding, though precise statistics in both countries do not exist. Similarly, in both countries, companies providing gig-economy work label their workers as “independent contractors”, though in many respects the companies’ control over the ways the workers do their work more closely resembles traditional employment status. In both countries, the law has not yet caught up to the changing nature of gig-economy work.

After discussing the prevalence and nature of gig-economy work in both Georgia and the U.S., this article examines the [thus far inadequate] response to this new type of work. It then reflects on broader questions such as how the law should systematically attempt to resolve issues regarding the status of gig-economy workers. For example, should it respond by attempting to clarify the way that workers are classified and impose existing legal rules on these new-economy workers? Should it reject classification altogether and instead either expand certain employment protections to all workers regardless of classification, or divorce such protections from workplace status entirely? How can countries coordinate their respective labor laws to avoid a “race to the bottom” of labour standards by multinational employers?

I. Introduction

In both Georgia and the United States, as in much of the world, an increasing amount of labour is being performed by workers in the on-demand or “gig” economy. These workers often do not fit into the traditional common-law distinction between “employees” and “independent contractors”, and consequently there currently is much dispute over how to classify these workers and to which workplace protections they are legally entitled.

This article begins by describing the rapid rise of on-demand work in both the Georgian and U.S. economies. It next describes the nature of gig-economy work. Despite gig-economy companies’ attempts to label their workers as “independent contractors” rather than “employees”, in both Georgia and the United States such work usually demonstrates some characteristics of both. The article then describes the current status of labour laws in both Georgia and the U.S., finding that the laws are inadequately responding to this type of work.

This article then reflects on broader questions such as how the law should systematically attempt to resolve issues regarding the status of gig-economy workers. It considers options such as attempting to clarify the way that workers are classified, rejecting classification systems altogether and instead either expanding certain employment protections to all workers regardless of classification, and creating a new intermediate status of the worker, tailored to on-demand workers, that would entitle those workers to some labour protections but not others. Finally, this article urges countries to coordinate

¹ Professor of Law at Ohio Northern University College of Law, and currently is visiting at University of Akron School of Law. He wishes to express his special gratitude to Professors *Vakhtang Zaalishvili* and *Giorgi Amiranashvili*, and of course to his co-author *Ana Mikhelidze*. This article would not have been possible without all of their help and encouragement.

² Bachelor of Law, International Black Sea University.

their respective labour laws on on-demand workers and to ensure that these workers receive at least a minimal level of legal protection. The alternative would be a “race to the bottom” of labour standards by multinational employers, to the detriment of workers everywhere.

II. The Rise in Contingent and On-Demand Work in the U.S. and Georgian Economies

A. United States

Existing labor and employment laws are predicated on the assumption of long-term, stable employment relationships.³ This assumption, however, has been eroding consistently for at least the last couple of decades. It started with the transition from long-term employment relationships to contingent work – work expressly designed to be short-term, including independent contractors (also called freelancers or consultants), on-call workers, and workers provided by temporary help agencies.⁴ That erosion has accelerated into a landslide over the last 2-3 years with the explosion of the on-demand or “gig” economy.⁵

There is no set definition of gig work.⁶ It typically involves a single task or project, and often is on-demand.⁷ The gig could last for weeks or months (in which case it resembles a short-term job) or for only a few minutes.⁸ A gig worker may take one gig at a time or juggle several at once.⁹ The recent explosion in the quantity of gig work is largely attributable to the rise of companies (such as Uber¹⁰ and Grab) connecting workers with gigs through websites or mobile applications (more commonly known as apps).

The United States Bureau of Labor Statistics (BLS) stopped counting “contingent workplace” arrangements after 2005,¹¹ though it will start counting again as part of the May 2017 Current Population Survey.¹² As of 2005, the BLS estimated that contingent work accounted for 1.8-4.1% of total employment, and that independent contractors constituted an additional 7.4% of total employment.¹³

The void left by the BLS’s hiatus in counting contingent workers has led to widespread speculation about the size and growth of the gig economy.¹⁴ For now, the best estimate of the number of workers

³ *Stone, K. V. W.*, From Widgets to Digits: Employment Regulation for the Changing Workplace, 2004; *Sanjukta, M. P.*, Uber as For-Profit Hiring Hall: A Price-Fixing Paradox and its Implications, 38 Berkeley, J. Employ. & Lab. L. 233, 2017, 249. Available at <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2817653>. (Noting that “[d]rivers’ description of their relationship with Uber corresponds to the conventional legal form for engaging labor under the New Deal framework of work regulation, i.e., the employment relationship”).

⁴ *Id.* The Government Accountability Office estimates that approximately 40% of American workers are contingent. See *Murray, P., Gillibrand, K.*, Contingent Workforce: Size, Characteristics, Earnings, and Benefits, S. Doc. No. GAO-15-168R, 2015, 4.

⁵ See *infra* notes 12-20 and accompanying text.

⁶ *Torpey, E., Hogan, A.*, Working in a gig economy, Bureau of Labor Statistics Career Outlook, May 2016. Available at <<http://www.bls.gov/careeroutlook/2016/article/what-is-the-gig-economy.htm>>.

⁷ *Id.*

⁸ *Id.*

⁹ *Id.*

¹⁰ See, e.g., *Woo, Ch., Bales, R.*, The Uber Million Dollar Question: Are Uber Drivers Employees or Independent Contractors?, 68 Mercer L. Rev., 2017, 461.

¹¹ *Hathaway I., Muro, M.*, Tracking the gig economy: New numbers, Brookings Institute Report, Oct. 13, 2016. Available at <<https://www.brookings.edu/research/tracking-the-gig-economy-new-numbers/>>.

¹² Secretary of Labor *Perez, T.*, Innovation and the Contingent Workforce, U.S. Dep’t Labor Blog, Jan. 25, 2016. Available at <<https://blog.dol.gov/2016/01/25/innovation-and-the-contingent-workforce/>>.

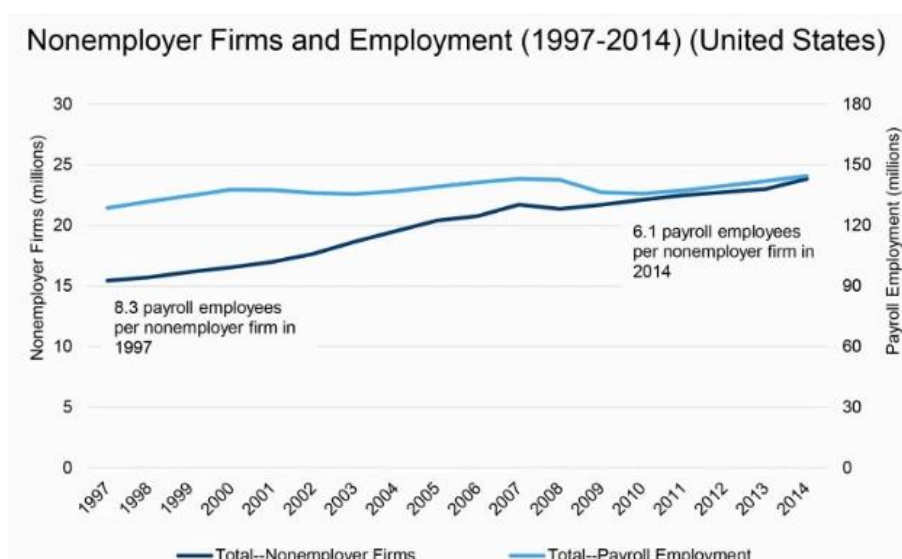
¹³ Bureau of Labor Statistics News, Contingent and Alternative Employment Arrangements, February 2005, USDL 05-1433 (July 27, 2005), 1.

¹⁴ See, e.g., *Steinmetz, K.*, Exclusive: See How Big the Gig Economy Really Is, Time, Jan. 6, 2016. Available at <<http://time.com/4169532/sharing-economy-poll/>>. (Estimating that at least 14 million people currently work in the gig economy), *Neuner, J.*, 40% of America’s Workforce Will Be Freelancers by 2020, Quartz, Mar. 20, 2013; *Miller, R.*, Half of All Workers Could be Freelance by 2020, Startup Donut, June 26, 2015. See generally *Lobel, O.*, The Gig Economy & The Future of Employment and Labor Law, 51 USF L. Rev., 2016. Available at <[ssrn.com/abstract=514132](https://papers.ssrn.com/abstract=514132)>.

in the gig economy comes from a Census Bureau dataset of "non-employer firms", which counts "businesses" that earn at least \$1000 per year in gross revenues (or \$1 in construction) but employ zero workers.¹⁵ Approximately 86% of these "firms" are self-employed, unincorporated sole-proprietors.¹⁶ In the rides and rooms industries, some 93% of the firms are such sole proprietors.¹⁷ These are exactly the types of workers who seek part-time work in the gig economy. Thus, this dataset provides the best snapshot currently available of American workers in the gig economy.

In the entire economy, these non-employer firms grew from 15 million in 1997 to 22 million in 2007 to 24 million in 2014.¹⁸ Figure 1¹⁹ below demonstrates the growth of these non-employer firms as compared to payroll employment.

Figure 1



The rise of the gig economy is even more dramatic when limited to the ground transportation industry. Figure 2²⁰ below demonstrates that the number of non-employer firms in the ground transportation industry rose sharply in 2010, the same year Uber launched in San Francisco. It then exploded in 2014 – a trend that likely continues to the present.²¹ *Ian Hathaway* and *Mark Muro* explain: "In [2014] the non-employer firm growth rate in ride-sharing was 34 percent, compared with 4 percent for payroll employment in the industry. Between 2010 and 2014, non-employer firms in ride-sharing grew by 69 percent while payroll employment grew by just 17 percent."²²

¹⁵ *Hathaway, I., Muro, M.*, supra note 11.

¹⁶ *Id.*, 5.

¹⁷ *Id.*

¹⁸ *Hathaway, I., Muro, M.*, supra note 11. Total U.S. payroll employment was 129 million in 1997 and 145 million in 2014. *Id.*

¹⁹ *Id.*

²⁰ *Id.*

²¹ *Id.*

²² *Id.*

Figure 2



The rise in the gig economy, especially if it occurs at the expense of traditional employment relationships, significantly weakens American labour unions, because gig workers are much more difficult to organize into unions. This is so for two reasons. First, under U.S. law, they may be “independent contractors” instead of “employees”. Independent contractors are specifically excluded from protection by the U.S. National Labor Relations Act,²³ and attempts by independent contractors to organize and bargain collectively may violate antitrust laws.²⁴ The status of gig economy workers as employees versus independent contractors has been widely litigated²⁵ and theorized,²⁶ but almost exclusively in the context of wage, hour, and benefit disputes,²⁷ not in the context of whether the workers can organize into unions.²⁸

Second, workers in the gig economy may think of themselves as individual entrepreneurs and not as workers with a collective interest.²⁹ Uber drivers, for example, set their own schedules, work alone, and drive their own cars. However, as Catherine Fisk has shown, Hollywood writers have bargained collectively for 80 years despite working in a gig (albeit non-web-based platform) economy.³⁰ Independent, entrepreneurial, short-term workers can organize and bargain collectively if given the opportunity, motive, and legal protection to do so.³¹

²³ NLRA § 2(3); see also *NLRB v. United Ins. Co.*, 390 U.S. 254 (1968) (applying general agency law principles to determine whether insurance agents were employees or independent contractors under the NLRA).

²⁴ See *Sanjukta, M. P.*, supra note 3; *Fisk, C.*, Hollywood Writers and the Gig Economy, 2017 U. Chi. Legal Forum, 2017. Available at <<https://legal-forum.uchicago.edu/publication/hollywood-writers-and-gig-economy>>; *Paul, S. M.*, The Enduring Ambiguities of Antitrust Liability for Worker Collective Action, 47 Loy. U. Chi. L.J., 2016, 969, 977; *Kennedy, E.*, Comment, Freedom from Independence: Collective Bargaining Rights for “Dependent Contractors”, 26 Berkeley J. Emp. & Lab. L. 143, 2005, 169-69.

²⁵ See cases listed in *Cherry, M. A.*, Gig Economy: Settlements Leave Labor Issues Unsettled, May 5, 2016. Available at <ssrn.com/abstract=2776213>.

²⁶ See, e.g., *Cunningham-Parmeter, K.*, From Amazon to Uber: Defining Employment in the Modern Economy, 96 Boston U. L. Rev., 2016, 1673; *Woo, Ch., Bales, R.*, supra note 10; *Cherry, M. A.*, Beyond Misclassification: The Digital Transformation of Work, 37 Comparative Lab. L. & Policy J., 2017, 577. Available at <ssrn.com/abstract=2734288>.

²⁷ *Cherry, M. A.*, supra note 25.

²⁸ Cf. *Fisk, C.*, supra note 24 (using Hollywood writers as a case study in whether gig-like workers can (both legally and practically) organize into a union).

²⁹ *Fisk, C.*, supra note 24, 1; *Dubal, V.*, Wage Slave or Entrepreneur? Contesting the Dualism of Legal Worker Identities, 105 Cal. L. Rev. 101, 2017.

³⁰ *Fisk, C.*, supra note 24, 2.

³¹ *Id.*

B. Georgia

Gig-economy relations are rapidly expanding in the Georgian labor market. However, there are no precise data or statistics on this expansion. Consequently, we attempted to survey companies providing on-demand services, but these companies declined to co-operate voluntarily. We, therefore, conducted our own, informal, survey of on-demand *workers* in Georgia.

Based on the results of our informal surveys, we believe that most workers in the gig economy are labeled as independent contractors, though functionally they may more closely resemble employees. The exact number of these independent contractors is unknown. However, studies conducted by Geostat in 2015 indicate that the number of self-employed workers is significantly more than the number of workers classified as traditional “employees”.³²

A 2017 study demonstrates that 59% of self-employed workers are involved in agriculture.³³ Information about the sectors in which the other 41% of self-employed workers are involved is unknown. However, the growth of gig-economy work is obvious, even if unconfirmed by official statistics. Such companies as Taxify, Maxim, Yandex Taxi, etc., are increasingly visible, rapidly expanding, and purely based on gig-economy relations. Moreover, gig-economy work is expected to become more and more widespread, as it is planned to regulate and renovate taxi parks and other similar areas to facilitate gig-economy work.

III. Expanding Labour Protection to On-Demand Workers

A. In the United States

As described in Part II above, there is substantial current litigation over whether gig workers are “independent contractors” instead of “employees”.³⁴ Nearly all of this litigation has occurred in the context of wage, hour, and benefit disputes,³⁵ not in the context of whether the workers can organize into unions.³⁶ To ensure that the benefits of collective bargaining are available to workers in the U.S. gig economy, the following three things should occur:

First, U.S. courts and the National Labor Relations Board (NLRB or Board) (the federal administrative agency charged with administering the NLRA) should classify gig-economy workers such as Uber drivers as employees under the NLRA as well as under the other employment statutes.³⁷

Second, if gig-economy workers nonetheless are classified as independent contractors, the NLRA should be amended to narrow or remove the Section 2 exclusion of independent contractors³⁸ and the federal antitrust laws should be amended to ensure that they are not interpreted as applying to collective bargaining involving such workers.³⁹ As Catherine Fisk’s work with Hollywood writers demonstrates,⁴⁰ collective bargaining is entirely appropriate for workers who have many of the characteristics of independent contractors. Alternatively, the NLRA should be rewritten to

³² Employment and non-employment, Geostat report on 2006-2015 years, 2015. <<http://www.geostat.ge/>>.

³³ “The Anatomy of Georgian Labor Market”, Georgian Political and Business Insight, March 30, 2017. Available at <<https://bpi.ge/saqartvelos-shromis-bazris-anatomia/>>.

³⁴ See, supra notes 23-26 and accompanying text.

³⁵ *Cherry, M. A.*, supra note 25.

³⁶ See, supra note 24 and accompanying text.

³⁷ See *Eisenbrey, R., Mishel, L.*, Uber business model does not justify a new ‘independent worker’ category, Economic Policy Institute, March 17, 2016. Available at <<http://www.epi.org/publication/uber-business-model-does-not-justify-a-new-independent-worker-category/>>.

³⁸ NLRA § 2(3). This may also require replacing the word “employee” throughout the statute with the word “worker”.

³⁹ See *Sanjukta, M. P.*, supra note 3.

⁴⁰ *Fisk, C.*, supra note 24.

recognize a new category of “independent workers”⁴¹ for workers in the gig economy, and to recognize that these workers are entitled to organize and collectively bargain for the terms and conditions under which they work.

Third, an appropriate bargaining unit for purposes of organizing and bargaining should be interpreted broadly. The NLRA Section 9(b) gives the Board the authority to define an appropriate bargaining unit for a given workplace,⁴² and establishes procedures for doing so.⁴³ The Board should interpret this to include not only physical workplaces but also virtual ones.

An example of how this might work in practice is provided by the recent emergence of a union-like association in Seattle.⁴⁴ In December 2015, the City of Seattle enacted an ordinance⁴⁵ to permit for-hire drivers to organize and elect representatives to bargain on their behalf with the companies that direct their work for better compensation rates and other contract terms. The goal of the ordinance is “[l]eveling the bargaining power between for-hire drivers and the entities that control many aspects of their working conditions”;⁴⁶ City Council specifically found that:

Business models wherein companies control aspects of their drivers’ work, but rely on the drivers being classified as independent contracts, render for-hire drivers exempt from minimum labor requirements that the City of Seattle has deemed in the interest of public health and welfare, and undermine Seattle’s efforts to create opportunities for all workers in Seattle to earn a living wage.⁴⁷

The Seattle ordinance establishes a procedure for (1) for organizations to register as qualified driver representatives (QDRs), and (2) for drivers to select from among those QDRs an exclusive driver representative (EDR) to be the exclusive representative of for-hire drivers operating in the city for a particular on-demand company.⁴⁸ A QDR becomes an EDR by submitting to the Director of the City’s Finance and Administrative Services (Director) “statements of interest” from qualified drivers that “clearly state that the driver wants to be represented by the QDR for the purpose of collective bargaining.”⁴⁹

Once an EDR is certified, the EDR and the company must meet and bargain over vehicle standards, safe driving practices, the nature and amount of payments to be made, minimum work hours, and work rules.⁵⁰ If the parties reach an agreement, the agreement must be reduced to writing⁵¹ and certified by the Director,⁵² after which it becomes final and binding on all parties.⁵³ If the parties fail to agree, the ordinance requires interest arbitration upon either party’s request.⁵⁴

⁴¹ See *Harris, S. D., Krueger, Alan, B.*, A Proposal for Modernizing Labor Laws for Twenty-First Century Work: The “Independent Worker”, The Hamilton Project Discussion Paper 2015-10.

⁴² 29 U.S.C. § 159(b) (“The Board shall decide in each case whether, in order to assure to employees the fullest freedom in exercising the rights guaranteed by this Act [subchapter], the unit appropriate for the purposes of collective bargaining shall be the employer unit, craft unit, plant unit, or subdivision thereof.”).

⁴³ *Id.*

⁴⁴ See generally *Van Wezel Stone, K.*, Unions in the Gig and On-Demand Economy, American Prospect (forthcoming Winter 2017); *Sanjukta, M. P.*, supra note 3, at Part I.A; Council Unanimously Adopts First-of-its-Kind Legislation to Give Drivers a Voice on the Job, Seattle City Council Press Release, Dec. 14, 2015. Available at <<https://www.seattle.gov/council/issues/giving-drivers-a-voice>>.

⁴⁵ City of Seattle, Council Bill 118499 (adopted Dec. 14, 2015), amending Seattle Municipal Code § 6.310.110 and adding new § 6.310.735.

⁴⁶ City of Seattle, Council Bill 118499 §1(J).

⁴⁷ *Id.* at §1(H).

⁴⁸ *Id.* at § 2.

⁴⁹ *Id.* at § 3(F)(1).

⁵⁰ *Id.* at § 3(H).

⁵¹ *Id.*

⁵² *Id.* at § 3(H)(2).

In March 2016, the U.S. Chamber of Commerce sued the City of Seattle in federal court to declare the ordinance unlawful and enjoin its enforcement.⁵⁵ In its complaint, the Chamber argued that the ordinance violated the Sherman Antitrust Act and was preempted by the NLRA. In August, the court dismissed the lawsuit, finding that because the ordinance had not yet been implemented, the Chamber had not yet been harmed and so lacked standing to sue.⁵⁶ The judge left the door open for the chamber to re-file the suit at a later time. In December 2016, the ordinance went into effect, and the Chamber almost immediately filed to reinstate its suit.

The Seattle ordinance illustrates that gig-economy work is compatible with unions and collective bargaining. Ironically, a finding by the NLRB or the courts that gig-economy workers are “employees” covered by the NLRA would probably result in a finding of NLRA preemption. However, preemption of the Seattle ordinance would be a small price to pay for opening the door for gig-economy workers across the country to organize.

B. In Georgia

As described above, our attempts to survey companies offering on-demand work in Georgia were unsuccessful. Consequently, we conducted independent research by informally surveying gig-economy workers directly. We asked them the following questions: How do they get in touch with the companies? What are the procedures for getting a license? Do the companies tell them that they are employees or independent contractors? What are their rights and obligations? Who determines how long they must work, and the number of days they must work? Must they notify the company when they want to go on a vacation? Is any system of benefits in the company, and generally, what do they receive in return for being associated with the companies?

From our research, we find that, similar to in the U.S., in Georgia the companies label their gig-economy workers as independent contractors rather than employees. Superficially, these workers resemble traditional independent contractors in many respects. However, on closer inspection, there are many aspects of the relationship that make them much more similar to employees and not to independent contractors.

Because Uber and Grab are illustrative of gig-economy work in the US market, in Georgia we examined the same type of companies to facilitate comparison. Many such Georgian on-demand transportation companies have their contracts available online. All of them require their drivers to sign sublicense agreements.⁵⁷ The procedure starts with a prospective on-demand driver filling out an online application, providing some substantial information to the company. The prospective driver then must register with the company and the app that the company will use to assign work to the driver. However, before the driver can begin working, the driver must interview with the company. After this interview, the company notifies the driver whether s/he will be permitted to drive using the company’s platform.

This interview is not the only similarity between these gig-economy workers and traditional employees. We found that they experience far less independence than traditional independent contractors. For example:

⁵³ Id. at § 3(H)(2)(a).

⁵⁴ Id. at § 3(I).

⁵⁵ Case No. 2:16-cv-00322 (W.D. Wash., filed March 3, 2016); *Beekman, D.*, Chamber of Commerce Sues Seattle over Allowing Uber-driver Unionizing, *The Seattle Times*, March 3, 2016. Available at <<http://www.seattletimes.com/seattle-news/politics/chamber-of-commerce-sues-seattle-over-allowing-uber-driver-unionizing/>>.

⁵⁶ *Beekman, D.*, Judge Tosses U.S. Chamber’s Suit Against Seattle over Uber Union Law, Calling it Premature, *The Seattle Times*, Aug. 9, 2016. Available at <<http://www.seattletimes.com/seattle-news/politics/judge-tosses-chambers-suit-against-seattle-over-uber-law/>>.

⁵⁷ Many of these Georgian on-demand transportation companies have some workers to whom they furnish cars, and other workers who supply their own cars. This article focuses on the latter group of workers.

- Drivers are entitled to select the route, but this route must be the least expensive one unless the customer demands differently.
- Drivers may not communicate with the costumers unless it is necessary or the costumers start the conversation themselves.
- Drivers are instructed on what to wear and how to look.
- Drivers must inform the company if they want to take time off, (e.g., for vacation); otherwise it may reflect on their performance.
- Drivers do not have pre-determined working hours, but if they work an insufficient number of hours, this will reflect poorly on their performance ratings. Similarly, drivers are entitled not to take riders assigned to them by the app, but again this affects their performance rating. If a driver has a low rating, the company is entitled to terminate the license contract.
- Drivers usually pay a commission to the company for the use of the company's app. The commission averages 10-15 percent. This enables drivers to receive referrals from the company for customers, and enables the company to ensure that the clients will pay for the service.
- Some companies act as tax agents⁵⁸ for these workers.

Generally, these are the terms of driving for an on-demand transportation company in Georgia. The companies consider the workers as self-employed. The contract between the company and the workers explicitly states that it is not an employment contract, but a sublicense agreement. These workers enjoy more freedom than traditional employees do, (e.g., they can set their own hours), but they are not as free in performing their job as traditional independent contractors are, and like traditional employees, they represent the weaker party in the contract. Thus, as in the United States, gig-economy workers in Georgia fall somewhere in-between traditional employees and traditional independent contractors.

The category of gig-economy workers is mentioned nowhere in Georgian legislation. Gig-economy work is so new in Georgia that there is no court practice in this field. Gig-economy workers have not [yet] created trade unions.

In Georgia, trade unions are extremely important in labor relations. They are one of the most powerful tools for parties in labor relations, to achieve the terms most favorable to all of them. Their role equally important for gig-economy workers as they are for traditional employees.

The right to establish and join associations, such as trade unions, is a constitutional right in Georgia.⁵⁹ This underlines the importance of such organizations and is envisaged in the organic law – Labor Code of Georgia, the entire chapter of which is dedicated to the freedom of [labour] association.

The Constitution of Georgia states that the national legislation shall comply with all the international conventions to which the country is a signatory party and which do not contradict the supreme law of the country itself.⁶⁰ Therefore, there are several international documents that have significant influence on Georgian labor legislation.

Georgia is a party to the European Convention on Human Rights, which declares the right to freedom of peaceful assembly and to freedom of association with others, including the right to form and to join trade unions for the protection of workers' interests as a universal right.⁶¹

⁵⁸ Georgian Law No.3591 from 2010, Tax Code of Georgia, Art 20 (par 2) – “Tax agent is a person, which in pre-defined cases has to fulfill the taxpayer's obligation in pre-defined cases by the pre-defined rule”.

⁵⁹ Article 4, par. 5 Constitution of Georgia (as per revision in 2018 by the Constitutional Law No.2071).

⁶⁰ Article 26 of the Constitution.

⁶¹ Article 11. European Convention on Human Rights (ECHR). Available at <http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ENG.pdf>.

On June 23, 1999, ILO Convention 87 Freedom of Association and Protection of the Right to Organize (1948) was enacted in Georgia⁶², according to which the country took the obligation to ensure that employees in different sectors would enjoy the right to establish and join associations.⁶³ On July 1, 2005, the Parliament of Georgia also ratified the European Social Charter,⁶⁴ Article 5 of which ensures that the member states do not alter their legislation to limit the right of workers and the employers to join international and national professional organizations (right to organize).

Moreover, as a result of trade unions being subject to such high public interest, there is a distinct Law of Georgia on Trade Unions.

The Constitution of Georgia confers the right to establish and join associations/trade unions on everyone, while article 40¹ of Labor Code of Georgia states that employers and employees have the right to create and join trade unions. The Law on Trade Unions repeats⁶⁵ the formula set by the Constitution, adding that such unions shall be established at any enterprise, institution, organization, etc.⁶⁶

Both the supreme law and the special law are sufficiently flexible to accommodate nontraditional forms of work – forms that do not primarily fall into any classical categories of employment relations. However, the Labor Code of Georgia, which normatively falls between the two above mentioned documents, declares that establishing such unions is only possible by employers and employees.⁶⁷ Since this document also prescribes who they shall be,⁶⁸ this implies that workers who are not an “employees” in a classical way are subject to some limitations set by their contractors, and will not be able to technically realize the right to free labor association as granted by the supreme law of the country and international documents to which Georgia is a party. Gig-economy workers officially do not fall into any category, except for independent contractors; however, as we mentioned above, they are somewhere in between. Therefore, in terms of current regulation on trade unions, the court would have significant importance in deciding whether these individuals are entitled to create and join trade unions.

IV. Considering a Systematic Approach to Regulating Gig-Economy Workers

As described above and by others, gig-economy workers do not fit neatly into the common-law distinction (incorporated into many labour and employment statutes) between “employees” and “independent contractors”. At some level, this is a very old issue that has only become more visible because a larger percentage of the workforce is doing gig work than before, and because a larger proportion of these new gig workers are white-collar and professional employees. As described in Part II, in the U.S., the trend from traditional fulltime and lifetime employment to precarious work began at least a decade before digital platforms began to rapidly accelerate this trend. Indeed, one of the most infamous labour decisions in the U.S. is an effort to determine whether one of the oldest types of precarious work in the world – migrant agricultural labour – constitutes “employment” or whether these workers instead are “independent contractors”.⁶⁹ The result, in this case and throughout U.S. labour/employment law, is a tremendous amount of indeterminacy⁷⁰ in how to draw the line between

⁶² Resolution of 1999 №2144 of Parliament of Georgia on ratifying ILO Convention 87 Freedom of Association and Protection of the Right to Organize.

⁶³ Article 2, 1948 ILO Convention 87 Freedom of Association and Protection of the Right to Organize,

⁶⁴ Resolution №1876 of 2005 of the Parliament of Georgia on ratifying the European Social Charter and its supplement.

⁶⁵ Article 2(2), 2018 Law of Georgia on Trade Unions.

⁶⁶ Article 2(3).

⁶⁷ Article 40¹, Labor Code of Georgia (2010 Organic Law No.4113-RS).

⁶⁸ Article 3.

⁶⁹ Secretary of Labor, U.S. Dept. of Labor v. Lauritzen, 835 F.2d 1529 (7th Cir. 1987).

⁷⁰ Id. (creating a multi-factor test, in which the factors are unweighted and in most cases easily could be decided either way).

these two employment categories. Professor Orly Lobel accurately summarizes the state of U.S. law on the issue when she says that the tests used to distinguish employees from independent contractors “are notoriously incremental, applied case-by-case, reliant on multiple weighted factors, and frequently reject the labels adopted by the contracting parties.”⁷¹

One potential solution is to simplify the classification test. In 2015, the U.S. Department of Labor (DOL) issued new guidance on classifying independent contractors.⁷² The DOL’s new guidance relies on the language of the Fair Labour Standards Act (FLSA), which among other things sets a minimum wage, requires time-and-a-half for more than 40 hours of work per week, and forbids most child labour. The FLSA language defines “employment” broadly, as “to suffer or permit to work”.⁷³ The new guidance expands FLSA worker protections by narrowing the grounds under which a worker qualifies as an independent contractor.⁷⁴

A second potential solution is to reject the employee/independent contractor distinction entirely, and instead to protect all workers regardless of status.⁷⁵ Some U.S. statutes already do this. Examples include the whistleblowing and anti-retaliation provisions of financial statutes like *Dodd-Frank* and *Sarbanes-Oxley*.⁷⁶ Similarly, the [State of] Washington Law Against Discrimination prohibits discrimination against workers regardless of status.⁷⁷

A third potential solution is for the law to recognize an intermediate category of worker between employees and independent contractors. For example, *Seth Harris* and *Alan Krueger* have suggested a category such as “independent workers”, and have argued that they receive the right to organize and bargain collectively.⁷⁸ Presumably, workers in this intermediate category would receive the protection of some workplace laws but not others. This approach, however, appears to suffer from two major challenges: (1) deciding which protections these workers will and will not receive, and (2) creating a classification system that distinguishes these workers from “employees” and “independent contractors” without returning to the same indeterminacy problems described above.

In Georgia, there is no official record of any legal disputes that have arisen regarding the status of gig-economy workers. Nor is there any extant legislation on the topic. However, given the recent expansion of gig-economy work, sooner or later the need for regulation will become inevitable.

Under Georgian law, there is a set of criteria, according to which it can be determined whether a given type of work falls into a category of a labour relations. These criteria are: organized labor conditions; remuneration from an employer to an employee; a continuous, long term relationship;

⁷¹ Lobel, O., *The Gig Economy and the Future of Employment and Labor Law*, March 2016, 8. Available at <<http://ssrn.com/abstract=514132>>.

⁷² U.S. Dep’t of Labor, Wage & Hour Div., Administrator’s Interpretation No. 2015-1 (July 15, 2015). Available at <https://www.dol.gov/whd/workers/Misclassification/AI-2015_1.htm>.

⁷³ FLSA, 29 U.S.C. § 2033(g).

⁷⁴ Lobel, O., *supra* note 71, 9.

⁷⁵ See *Dau-Schmidt, K. G.*, *The Impact of Emerging Information Technologies on the Employment Relationship: New Gigs for Labor and Employment Law*, 2017 U. Chi. Legal Forum 63, 2018. Available at <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2951967>. It is argued that the “outmoded legal definitions of who is an employee and who is an ‘independent contractor’” should be abandoned in favor of “broad, perhaps universal, coverage for workers”.

⁷⁶ Lobel, O., *supra* note 71, 9.

⁷⁷ Wash. Rev. Code § 49.60.040; *Marquis v. City of Spokane*, 922 P.43, 45 (Wash. 1996) (interpreting the law as extending to all worker relationships); see also *D’Annunzio v. Prudential Ins. Co. of America*, 927 A.2d 113, 123 (N.J. 2007) (extending whistleblower protection to worker notwithstanding an employment contract classifying him as an independent contractor).

⁷⁸ *Harris S. D., Krueger, A. B.*, *A Proposal for Modernizing Labor Laws for Twenty-First Century Work: The “Independent Worker”*. Available at <http://www.hamiltonproject.org/papers/modernizing_labor_laws_for_twenty_first_century_work_independent_worker>.

subordinate status of the worker; and a right to instruction. However, the meaning of “employee” in this regard is vague and does not specify whether it is an employee in a classic understanding, or whether it also includes people who do some job for a determined period of time for remuneration.⁷⁹

The Supreme Court of Georgia, affirming a decision by the Court of Appeals, has held that as long as a contract states the obligation of a party to obey the internal regulations of the entity, this shall also qualify as a labor relation.⁸⁰ This case is important because of the element of obeying the internal rules of the organization is the same in gig-economy work as it is in traditional employment.

As in the U.S., gig-economy workers in Georgia are in a grey area between traditional employees and independent contractors. This can be seen most clearly when workers must notify the company before taking a vacation, or when they must accept work as directed by the company so they can maintain their rating, or when they receive remuneration from the company.

Regardless of the approach that ultimately is taken to classifying gig-economy workers, it is imperative that all countries be aware of, and to the extent possible be at least somewhat consistent with, the laws of other countries. One country’s labor laws do not need to mirror image of the labour laws of another country, but it is important that each country find some way to ensure that gig-economy workers receive some degree of workplace protection. In Georgia, for example, the government can either regulate gig-economy work now, or wait for later when gig-economy work is even more prevalent (and there are more-entrenched interests both favouring and opposing regulation). Regardless of whether Georgia creates a new category of workers, or fits these workers into existing categories in labour law, it is important that these workers must enjoy some degree of legal protection. In this process, the role of the court system is crucial, and the case described above provides hope that the existing gaps in the legislation will be properly filled.

The alternative (for Georgia, the U.S., and all countries) is a race-to-the-bottom⁸¹ of labour standards, with capital flowing to those countries with the weakest labour standards (and thus the least expensive labour costs). This would grossly disserve all workers.

Bibliography

1. Autonomy of Georgian Labour Market, Georgian Political and Business Insight, 30 March, 2017.
2. *Beekman, D.*, Chamber of Commerce Sues Seattle over Allowing Uber-driver Unionizing, The Seattle Times, March 3, 2016.
3. *Beekman, D.*, Judge Tosses U.S. Chamber’s Suit Against Seattle over Uber Union Law, Calling it Premature, The Seattle Times, Aug. 9, 2016.
4. Bureau of Labor Statistics News, Contingent and Alternative Employment Arrangements, February 2005, USDL 05-1433 (July 27, 2005), 1.
5. *Cherry, M. A.*, Beyond Misclassification: The Digital Transformation of Work, 37 Comparative Lab. L. & Policy J., 2017.
6. *Cherry, M. A.*, Gig Economy: Settlements Leave Labor Issues Unsettled, May 5, 2016.
7. Comments on Georgian Labour Code, *Borroni, A.*, Ed., Meridiani, Tbilisi, 2016.
8. *Cunningham-Parmeter, K.*, From Amazon to Uber: Defining Employment in the Modern Economy, 96 Boston U. L. Rev., 2016.
9. *Dau-Schmidt, K. G.*, The Impact of Emerging Information Technologies on the Employment Relationship: New Gigs for Labor and Employment Law, 2017 U. Chi. Legal Forum 63, 2018.

⁷⁹ Commentary on the Labor Code of Georgia, edited by *Borroni, A.*, Tbilisi, 2016.

⁸⁰ Civil Chamber of the Supreme Court of Georgia, Case No. AS-1129-1156-2011, October 10, 2011.

⁸¹ See, e.g., *Bales, R.*, Explaining the Spread of At-Will Employment as an Inter-Jurisdictional Race-to-the-Bottom in Employment Standards, 75 TENN. L. REV. 453 (2008).

10. *Dubal, V.*, Wage Slave or Entrepreneur? Contesting the Dualism of Legal Worker Identities, 105 Cal. L. Rev., 2017.
11. *Eisenbrey, R. Mishel, L.*, Uber business model does not justify a new ‘independent worker’ category, Economic Policy Institute, March 17, 2016.
12. Employment and Unemployment, Sakstati Data form 2006-2015.
13. *Fisk, C.*, Hollywood Writers and the Gig Economy, 2017 U. Chi. Legal Forum, 2017.
14. *Harris, S. D., Krueger, Alan, B.*, A Proposal for Modernizing Labor Laws for Twenty-First Century Work: The “Independent Worker”, The Hamilton Project Discussion Paper 2015-10.
15. *Hathaway I., Muro, M.*, Tracking the gig economy: New numbers, Brookings Institute Report, Oct. 13, 2016.
16. *Kennedy, E.*, Comment, Freedom from Independence: Collective Bargaining Rights for “Dependent Contractors”, 26 Berkeley J. Emp. & Lab. L. 143, 2005.
17. *Lobel, O.*, The Gig Economy & The Future of Employment and Labor Law, 51 USF L. Rev., 2016.
18. *Lobel, O.*, The Gig Economy and the Future of Employment and Labor Law, March 2016.
19. *Murray, P., Gillibrand, K.*, Contingent Workforce: Size, Characteristics, Earnings, and Benefits, S. Doc. No. GAO-15-168R, at 4 (2015).
20. *Neuner, J.*, 40% of America’s Workforce Will Be Freelancers by 2020, Quartz, Mar. 20, 2013; *Miller, R.*, Half of All Workers Could be Freelance by 2020, Startup Donut, June 26, 2015.
21. *Paul, S. M.*, The Enduring Ambiguities of Antitrust Liability for Worker Collective Action, 47 Loy. U. Chi. L.J., 2016.
22. *Perez, T.*, Innovation and the Contingent Workforce, U.S. Dep’t Labor Blog, Jan. 25, 2016.
23. *Sanjukta, M. P.*, Uber as For-Profit Hiring Hall: A Price- Fixing Paradox and its Implications, 38 Berkeley, J. Employ. & Lab. L. 233, 2017.
24. *Steinmetz, K.*, Exclusive: See How Big the Gig Economy Really Is, Time, Jan. 6, 2016.
25. *Stone, K. V.W.*, From Widgets to Digits: Employment Regulation for the Changing Workplace, 2004.
26. *Torpey, E., Hogan, A.*, Working in a gig economy, Bureau of Labor Statistics Career Outlook, May 2016.
27. *Van Wezel Stone, K.*, Unions in the Gig and On-Demand Economy, American Prospect (forthcoming Winter 2017); Council Unanimously Adopts First-of-its-Kind Legislation to Give Drivers a Voice on the Job, Seattle City Council Press Release, Dec. 14, 2015.
28. *Woo, Ch., Bales, R.*, The Uber Million Dollar Question: Are Uber Drivers Employees or Independent Contractors?, 68 Mercer L. Rev., 2017, 461.

კოლექტიური მოლაპარაკება

აბსტრაქტი

ევროპულ კავშირს, ევროპის ატომური ენერჯის გაერთიანებას, მათ წევრ სახელმწიფოებსა და საქართველოს შორის 2014 წელს გაფორმებული ასოციაციის ხელშეკრულებით, საქართველომ აიღო ვალდებულება, უზრუნველყო გაერთიანების თავისუფლებისა და კოლექტიური მოლაპარაკების უფლების „ეფექტიანი აღიარება“. კვლევის მთავარი მიზანია, გამოკვეთოს ის ძირითადი ასპექტები, რომელთა სამართლებრივი მოწესრიგება ნიშანდობლივია კოლექტიური მოლაპარაკების უფლების „ეფექტიანი აღიარებისათვის“.

კვლევაში ყურადღება გამახვილებულია საკანონმდებლო დონეზე კოლექტიური ხელშეკრულების მოქმედების „განგრძობადი ხასიათის“ ცნებისა და კოლექტიური მოლაპარაკების სავალდებულო და არასავალდებულო საკითხების განსაზღვრის საჭიროებაზე როგორც დასაქმებულთა ინტერესების დაცვის ეფექტურ საშუალებაზე. მასი, ასევე განხილულია კოლექტიური მოლაპარაკების მექანიზმის ეფექტურობა როგორც ქვეყნის კეთილდღეობისა და ეკონომიკური სტაბილურობის საწინდარი და მისი გავლენა კოლექტიური დავის პრევენციასა და მოგვარებაზე.

შესავალი

საბაზრო ეკონომიკის განვითარებამ, გლობალიზაციამ, სამუშაოს არასტანდარტული ფორმებისა და მოკლევადიანი ხელშეკრულების არსებობის აუცილებლობამ ხელი შეუწყო საზოგადოებაში კოლექტიური მოლაპარაკების როლის ზრდას.²

შრომითი ურთიერთობების არსებობის ისტორიის მანძილზე კოლექტიური შრომითი ურთიერთობები გარკვეული სახითა და ფორმით ყოველთვის არსებობდა, თუმცა ადრეული შრომითი გაერთიანებები მიიჩნეოდა არალეგალურ ორგანიზაციებად. მე-19 საუკუნის განმავლობაში მოხდა მათი დეკრიმინალიზაცია და, პირველად, 1891 წელს ბრიტანელმა ეკონომისტმა და სოციოლოგმა, *ბეატრის ვებმ*³ გამოიყენა სიტყვა „კოლექტიური მოლაპარაკება“.⁴

კოლექტიური მოლაპარაკება არის შრომით ურთიერთობებში უთანასწორობის აღმოფხვრის ერთ-ერთი ბერკეტი, რაც დასაქმებულთა გაერთიანების მიერ შრომითი ურთიერთობის შედარებით დაუცველი მხარის - დასაქმებულის ინტერესების დაცვაში გამოიხატება. სამეცნიერო კვლევები ცხადყოფს, რომ ქვეყნებში, სადაც არსებობს კარგად კოორდინირებული კოლექტიური მოლაპარაკების პრაქტიკა, როგორც წესი, შრომის ანაზღაურების უთანაბრობისა და უმუშევრობის მაჩვენებლები დაბალია და მცირეა გაფიცვათა რაოდენობა, განსხვავებით იმ ქვეყნებისაგან, სადაც კოლექტიური მოლაპარაკების პრაქტიკა მწირია.⁵

¹ სამართლის მაგისტრი, შავი ზღვის საერთაშორისო უნივერსიტეტის იურიდიული სამსახურის უფროსი.

² *Gernigon, B., Odero, A., Guido, H.*, ILO Principles Concerning Collective Bargaining, *International Labour Review*, 2000, vol. 139, No. 1, 33. ხელმისაწვდომია ვებ-გვერდზე: <<http://www.ilo.org/public/english/revue/download/pdf/gernigon.pdf>>.

³ მოკლე ბიოგრაფია იხ: <<http://www.lse.ac.uk/about-lse/lse-leading-women/biographies/beatrice-webb>> .

⁴ *Sun, L.*, Collective Bargaining, <<http://www.businessdictionary.com/article/393/collective-bargaining>>.

⁵ *Aidt, T., Tzannatos, Z.*, Unions and Collective Bargaining: Economic effects in a Global Environment, Washington DC, World Bank, 2002. შემდგომი მითითებით: Rules of Game, A brief introduction to International Labour Standards, ILO, 2009, 28. ხელმისაწვდომია ვებ გვერდზე: <http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/--normes/documents/publication/wcms_108393.pdf>.

კოლექტიური მოლაპარაკება მხარეებს საშუალებას აძლევს, თანაბრად ჩაერთონ ისეთი საკითხების მოგვარებაში, რომელთა გადაწყვეტაც, ადრე, მენეჯმენტის კომპეტენციას მიეკუთვნებოდა (როგორცაა პოზიციის შეცვლა, დაწინაურება, პენსიაში გაშვება, შრომის დისციპლინის საკითხები და ა.შ.),⁶ რაც ზრდის დასაქმებულთა მოტივაციას და, საბოლოო ჯამში, დადებითად აისახება კომპანიის პროდუქტიულობაზე.⁷ კოლექტიურ მოლაპარაკებას, აგრეთვე შეუძლია, შეამციროს კონფლიქტები სამუშაო ადგილას: კოლექტიური ხელშეკრულების დადებით იგი წარმოადგენს კოლექტიური დავის პრევენციის ერთგვარ მექანიზმს.⁸

კოლექტიური მოლაპარაკება დემოკრატიულობისა და განვითარებული საბაზრო ეკონომიკის ქვაკუთხედაა.

კოლექტიური მოლაპარაკების უფლება არის შრომის საერთაშორისო ორგანიზაციაში („შსო“)⁹ გაწვერიანებული სუბიექტების მიერ¹⁰ დამოწმებული/მოწონებული ფუნდამენტური უფლება.¹¹ იგი წარმოდგენილია შსო-ის 1944 წლის ფილადელფის დეკლარაციით¹².

ქართული კანონმდებლობით ცნობილი და აღიარებულია კოლექტიურ მოლაპარაკება. კონსტიტუციაში 2018 წლის 23 მარტს განხორციელებული ცვლილებებით, პროფესიული კავშირების შესახებ საქართველოს კანონს ორგანული კანონის სტატუსი მიენიჭა. ამით, გარკვეულწილად, კიდევ უფრო მეტად, გამოიკვეთა კოლექტიური მოლაპარაკებების როლი ქართულ სამართლებრივ სივრცეში. საქართველოს კონსტიტუციის მიხედვით¹³ „ყველას აქვს, ორგანული კანონის შესაბამისად, პროფესიული კავშირის შექმნისა და მასში გაერთიანების უფლება“;¹⁴ კოლექტიურ მოლაპარაკებებთან დაკავშირებულ საკითხებს, აგრეთვე, აწესრიგებს შრომის კოდექსი (შკ)¹⁵.

ევროპული კავშირის, ევროპის ატომური ენერჯის გაერთიანებას, მათ წევრ სახელმწიფოებსა და საქართველოს შორის 2014 წლის 27 ივნისს გაფორმებული ასოცირების ხელშეკრულებით,¹⁶ საქართველო ვალდებულია, საკუთარ კანონმდებლობასა და პრაქტიკაში ასახოს საერთაშორისოდ აღიარებული შრომის ძირითადი სტანდარტები, რომლებიც მოცემულია შსო-ის კონვენციებში.¹⁷ ამასთან, შეთანხმების 229-ე მუხლის მე-2

⁶ *Silva, S.*, Collective Bargaining Negotiations, International Labour Organization, Act/Emp, Publications, 1996, 6. ხელმისაწვდომია ვებ გვერდზე: <<http://www.ilo.org/public/english/dialogue/actemp/downloads/publications/srscbarg.pdf>>.

⁷ Industrial and Employment Relations Department (DIALOGUE) – Socia_l Dialogue, Labour Legislation Guidelines. Chapter three, Substantive Provisions of Labour Legislation: Effective Recognition of the Right to Collective Bargaining. ხელმისაწვდომია ვებ გვერდზე: <<http://www.ilo.org/legacy/english/dialogue/ifpdial/llg/noframes/ch3.htm>>.

⁸ *Khabo, F. M.*, Collective Bargaining and Labour Disputes Resolution – Is SADC Meeting the Challenge? ILO Sub-Regional Office for Southern Africa, Issues Paper No 30, 2008, 1. ხელმისაწვდომია ვებ გვერდზე: <http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---africa/---ro-addis_ababa/---sro-harare/documents/publication/wcms_228800.pdf>

⁹ ოფიციალური ვებ-გვერდი: <www.ilo.org>.

¹⁰ 2019 წლის 26 თებერვლის მონაცემებით შრომის საერთაშორისო ორგანიზაციაში გაწვერიანებულია 187 ქვეყანა (მათ შორის საქართველო).

¹¹ *Gernigon, B., Odero, A., Guido, H.*, დასახ. ნაშრომი, მე-2 სქ., 51.

¹² „...შრომის საერთაშორისო ორგანიზაციის ერთ-ერთი ვალდებულებაა, კოლექტიური მოლაპარაკების აღიარება და საზოგადოებაში განმტკიცება...“, ფილადელფის დეკლარაცია, მე-3 ნაწილის ე) პუნქტი. ტექსტი ხელმისაწვდომია ვებ-გვერდზე: <<https://www.ilo.org/legacy/english/inwork/cb-policy-guide/declarationofPhiladelphia1944.pdf>>.

¹³ საქართველოს კონსტიტუციის 26-ე მუხლი, (1995 წლის საქართველოს კონსტიტუციური კანონი №786, 2018 წლის ივლისის 11-ით (კონსტიტუციური კანონი №2071)). ხელმისაწვდომია ვებ-გვერდზე: <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/30346>>.

¹⁴ *Wilson v. UK* [2002] IRLR 568 საქმეზე ადამიანის უფლებათა ევროპულმა სასამართლომ განმარტა, რომ, მართალია, კოლექტიური მოლაპარაკება არის ერთ-ერთი ფორმა, რითაც დასაქმებულთა გაერთიანება იცავს თავისი წევრის ინტერესებს, ეს არ წარმოადგენს გაერთიანების თავისუფლების აუცილებელ გამოვლენას. კოლექტიური მოლაპარაკება, თავისთავად, არ არის ფუნდამენტური უფლება.

¹⁵ საქართველოს 2010 №4113-რს ორგანული კანონი შრომის კოდექსი. ხელმისაწვდომია ვებ-გვერდზე: <<https://matsne.gov.ge/document/view/1155567?publication=12>>.

¹⁶ შეთანხმების ტექსტი ხელმისაწვდომია ვებ-გვერდზე: <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/2496959>>.

¹⁷ ასოცირების შეთანხმების 229-ე მუხლის მე-2 პუნქტი.

ნაწილის ა) პუნქტით, ცალკეა გამოყოფილი სახელმწიფოს ვალდებულება, უზრუნველყოს გაერთიანების თავისუფლებისა და კოლექტიური მოლაპარაკების უფლების „ეფექტიანი აღიარება“. შესაბამისად, უფლების „რეალური აღიარება“, თავის თავში, გულისხმობს საკანონმდებლო და კანონქვემდებარე ნორმატიული აქტების დონეზე კოლექტიურ მოლაპარაკებასთან დაკავშირებული საკითხების დარეგულირებას (აგრეთვე, ამ კუთხით, შესაბამისი სასამართლო პრაქტიკის დამკვიდრებას), რაც, თავის მხრივ, ხელს შეუწყობს შრომითი ურთიერთობის სუბიექტების მიერ შრომითი ურთიერთობის პროცესში კოლექტიური მოლაპარაკების მექანიზმის უფრო ფართო და პროდუქტიულ გამოყენებას. ამდენად, კოლექტიური მოლაპარაკების საკითხების ირგვლივ სამეცნიერო და პრაქტიკული ხასიათის კვლევებისა და მიმოხილვითი ხასიათის ნაშრომების შემუშავებას, წახალისებს საზოგადოებრივი ცნობიერების ამაღლებას კოლექტიური მოლაპარაკების მნიშვნელობის ცალკეულ ასპექტში და ქართველ კანონმდებელს ერთგვარად უბიძგებს, კოლექტიური მოლაპარაკების „უფლების რეალური აღიარების“ თვალსაზრისით, განსახორციელებელი ქმედებებისაკენ.

სტატიაში განხილულია კოლექტიური მოლაპარაკების ცნება, ფუნქცია და პრინციპები, დასაქმებულთა გაერთიანების როლი შრომითი ურთიერთობების წარმოშობისა და განხორციელების სხვადასხვა ეტაპზე. მასში, ასევე წარმოდგენილია კოლექტიური ხელშეკრულება როგორც კოლექტიური მოლაპარაკების ერთ-ერთი ლოგიკური შედეგი და ინდივიდუალურ შრომით ხელშეკრულებასთან მისი კავშირის სამართლებრივი ასპექტები, ამასთან, კოლექტიური მოლაპარაკების მექანიზმის ეფექტიანობა როგორც ქვეყნის კეთილდღეობისა და ეკონომიკური სტაბილურობის საწინდარი და მისი გავლენა კოლექტიური დავის პრევენციასა და მოგვარებაზე. საკითხის უკეთ წარმოჩენის მიზნით, გამოყენებულია შედარებითსამართლებრივი მეთოდი, რათა მკითხველმა კომპლექსურად აღიქვას კოლექტიური მოლაპარაკების ინსტიტუტი, როგორც კონტინენტურ-ევროპულ, ასევე საერთო სამართლის სისტემის ჭრილში. ამ ფონზე მიზნად არის დასახული გამოიკვეთოს მოქმედი ქართული მოწესრიგების ხარვეზები და დაისახოს მათი გამოსწორების გზები.

კოლექტიური მოლაპარაკების ცნების ნორმატიული მოწესრიგება

სამართლებრივ დოქტრინაში არსებობს კოლექტიური მოლაპარაკების ცნების ორი - ფართო¹⁸ და ვიწრო¹⁹ გაგება. ფართო გაგებით, კოლექტიური მოლაპარაკება გულისხმობს, ორი ან სამი მხარის მონაწილეობით, შრომით ურთიერთობაში არსებული პრობლემების დარეგულირების მიზნით, წარმართულ პროცესს, რომელიც, პირდაპირ ან არაპირდაპირ, ეხება დასაქმებულთა ჯგუფის ინტერესებს. ასეთი ტიპის მოლაპარაკება შეიძლება, წარმართოს სახელმწიფო სტრუქტურის მონაწილეობით (ან მის გარეშე) და ემსახურებოდეს კონსენსუსის მიღწევას, მოლაპარაკების მხარეთა ინტერესების გათვალისწინებით.²⁰ ფართო გაგებით კოლექტიურ მოლაპარაკებას „სოციალური დიალოგის“ ტერმინითაც მოიხსენიებენ.²¹

ვიწრო გაგებით, კოლექტიური მოლაპარაკება გულისხმობს ორმხრივ მოლაპარაკებებს, რომლებიც ორიენტირებულია კოლექტიური ხელშეკრულების დადებისაკენ. ამ შემთხვევაში, მოლაპარაკების მხარეებმა გვევლინება დამსაქმებელი/დამსაქმებელთა გაერთიანება და დასაქმებულთა გაერთიანება. ასეთი მოლაპარაკების შედეგად დადებული შეთანხმება ორმხრივად მბოჭავია არა მარტო ხელშეკრულებაზე ხელმომწერი მხარეებისათვის, არამედ იმ პირთა ჯგუფებისათვისაც, რომლებსაც მხარეები წარმოადგენენ.²²

¹⁸ ასეთი ტიპის მოლაპარაკებას ფრანგულ კანონმდებლობაში არაფორმალურს უწოდებენ (negociation officieuse), ხოლო გაერთიანებულ სამეფოში, - მუდმივს (permanent).

¹⁹ ასეთი ტიპის მოლაპარაკებას ფრანგულ კანონმდებლობაში ფორმალურს უწოდებენ (negociation officielle), ხოლო გაერთიანებულ სამეფოში - დინამიკურს (dinemic).

²⁰ Cordova, E., *Collective Bargaining, Comperative Labour Law and Insustrial Relations*, 3rd edition, Blanpain (ed.), 1982., 220.

²¹ *Collective Bargaining, a Policy Guide*, International Labour Office, Governance and Tripartism Department (GOVERNANCE), Conditions of Work and Equality Department (WORKQUALITY), Geneva, 2015. <http://www.world-psi.org/sites/default/files/documents/research/wcms_425004.pdf>.

²² იქვე; იხ., აგრეთვე *Blanpain, R., Baker J. J., Comparative Labour Law and Industrial Relations in Industrialized Market Economies*, Wolters Kluwer, 2004, 512.

ქართული კანონმდებლობა კოლექტიური მოლაპარაკების საკანონმდებლო განმარტებას პირდაპირ არ იძლევა. შკ-ს მე-3 მუხლით განსაზღვრულია შრომითი ურთიერთობის სუბიექტები – ერთი ან მეტი დამსაქმებელი ან ერთი ან მეტი დამსაქმებელთა გაერთიანება და ერთი ან მეტი დასაქმებულთა გაერთიანება. კოლექტიური მოლაპარაკების პროცესში სახელმწიფოს, შუამავლის სახით, ჩართულობას აწესრიგებს შკ-ის 48¹-ე მუხლი.²³

შესაბამისად, ზემოაღნიშნული ფორმულირებიდან გამომდინარე, შეგვიძლია დავასკვნათ, რომ ქართველი კანონმდებელი კოლექტიურ მოლაპარაკებას ვიწროდ განმარტავს, რაც, თავის მხრივ, ეფუძნება ორგანიზებისა და კოლექტიური მოლაპარაკების უფლებათა გამოყენების პრინციპების შესახებ შსო-ის ორგანიზაციის 1949 წლის №98 კონვენციის²⁴ რატიფიცირებიდან გამომდინარე ვალდებულებას (კონვენცია კოლექტიურ მოლაპარაკებას ვიწრო გაგებით განმარტავს.)²⁵

საერთაშორისო დონეზე კოლექტიურ მოლაპარაკებასთან დაკავშირებული საკითხები მოწესრიგებულია შსო-ის დეკლარაციებით²⁶ და შესაბამისი რეკომენდაციებით,²⁷ ასევე ევროპული სოციალური ქარტიით.²⁸

ქართულ კანონმდებლობაში კოლექტიურ მოლაპარაკებებთან დაკავშირებული საკითხები, თავდაპირველად, მოწესრიგებული იყო კოლექტიური ხელშეკრულებისა და შეთანხმების შესახებ საქართველოს კანონით.²⁹ ამჟამად, მოქმედი კანონმდებლობით, აღნიშნულ საკითხს შკ და პროფესიული კავშირების შესახებ საქართველოს ორგანული კანონი³⁰ არეგულირებს.

კოლექტიური მოლაპარაკების წარმართვის პრინციპები

კოლექტიური მოლაპარაკება ორიენტირებულია მხარეთა მიერ, კონსენსუსის მიღწევის გზით, დასაქმებულთა ჯგუფის ინტერესების დაცვაზე. მოლაპარაკების ჯანსაღად წარმართვა მოლაპარაკების მხარეთა მიერ გარკვეული პრინციპების დაცვა ესაჭიროება; ეს კი კოლექტიური მოლაპარაკების თავისუფლებისა და ნებაყოფლობითობის, მოლაპარაკების დონის არჩევის თავისუფლებისა და კეთილსინდისიერების პრინციპების საფუძველზე ხორციელდება.³¹

²³ ეს მუხლი ითვალისწინებს კოლექტიური დავის გადაწყვეტის პროცესში, ერთ-ერთი მხარის ინიციატივის საფუძველზე, ქართველოს ოკუპირებული ტერიტორიებიდან დევნილთა, შრომის, ჯანმრთელობისა და სოციალური დაცვის სამინისტროს მიერ დანიშნული მედიატორის ჩართვის შესაძლებლობას, ხოლო ცალკეულ შემთხვევებში, კოლექტიური დავის მიმართ მაღალი საზოგადოებრივი ინტერესის არსებობისას, მინისტრი უფლებამოსილია, მედიატორი საკუთარი ინიციატივითაც დანიშნოს.

²⁴ რატიფიცირებულია საქართველოს პარლამენტის 1994 წლის 22 ივნისის დადგენილებით. საკანონმდებლო მაცნეში ოფიციალურ სათაურად ქართულ ენაზე გამოყენებულია „კონვენცია პროფკავშირებში გაერთიანების და კოლექტიური მოლაპარაკების წარმოების უფლების პრინციპთა გამოყენების შესახებ“. ხელმისაწვდომია ვებ-გვერდზე: <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/38026>>.

²⁵ კონვენციის მე-4 მუხლის მიხედვით, კოლექტიური მოლაპარაკება არის „დამსაქმებლებს ან დამსაქმებელთა გაერთიანებასა და დასაქმებულთა გაერთიანებას შორის ნებაყოფლობითი მოლაპარაკება შრომითი ურთიერთობის პირობების კოლექტიური ხელშეკრულების საშუალებით დარეგულირების მიზნით“.

²⁶ 1944 წლის ფილადელფიის დეკლარაცია, 1977 წლის სამმხრივი დეკლარაცია მრავალეროვანი საწარმოებისა და სოციალური პოლიტიკის პრინციპების შესახებ და 1988 წლის დეკლარაცია სამუშაო ადგილზე ფუნდამენტური პრინციპებისა და უფლებების შესახებ. <<http://www.ilo.org/public/english/bureau/leg/declarations.htm>>.

²⁷ კოლექტიურ მოლაპარაკებასთან დაკავშირებული კონვენციებისა და რეკომენდაციების სრული ჩამონათვალი იხ.: <[http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12030:0::NO:::~](http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12030:0::NO:::)>.

²⁸ ევროპული სოციალური ქარტია, 1996 წ., რატიფიცირებულია საქართველოს პარლამენტის 2005 წლის 1 ივლისის № 1876 – რს დადგენილებით. ხელმისაწვდომია ვებ-გვერდზე: <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/1392164>>.

²⁹ კოლექტიური ხელშეკრულებისა და შეთანხმების შესახებ საქართველოს კანონი, პარლამენტის უწყებანი, 47-48, 31/12/1997. ძალადაკარგულია საქართველოს 2006 წლის 25 მაისის კანონით №3132– სსმI, №23, 19.06.2006 წ. ხელმისაწვდომია ვებ-გვერდზე: <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/29998>>.

³⁰ 2018 წ. პროფესიული კავშირების შესახებ საქართველოს ორგანული კანონი, პარლამენტის უწყებანი, №3825- Iბ. ხელმისაწვდომია ვებ-გვერდზე: <<https://matsne.gov.ge/document/view/4382851?publication=0>>.

³¹ Gernigon, B., Odero, A., Guido, H., დასახ. ნაშრომი, მე-2 სქ., 40.

თავისუფალი და ნებაყოფლობითი მოლაპარაკება

კოლექტიური მოლაპარაკების ნებაყოფლობითი ხასიათი განსაზღვრულია შსო-ის კოლექტიური მოლაპარაკების ორგანიზებისა და გამართვის პრინციპების შესახებ კონვენციის მე-4 მუხლით.³² ამ კონვენციაზე მუშაობისას, გაერთიანების თავისუფლების კომიტეტი შეთანხმდა, რომ კოლექტიური მოლაპარაკების ინსტიტუტის განვითარების ხელშეწყობის გაგება ისე არ მოხდებოდა, რომ სახელმწიფოს წინაშე არ დასმულიყო ვალდებულება, კოლექტიური მოლაპარაკება საკუთარ კანონმდებლობაში სავალდებულო წესით დაეინერგა.³³ კომისიამ განმარტა, რომ კოლექტიური მოლაპარაკების ორგანიზებისა და გამართვის პრინციპების შესახებ კონვენციის მე-4 მუხლი არ ატარებს სახელმწიფოს მიმართ სავალდებულო ხასიათს და სახელმწიფოს ნებისმერი ქმედება, რომელიც მიმართული იქნებოდა კოლექტიური მოლაპარაკების ინსტიტუტის სავალდებულოდ განსაზღვრისაკენ, დაკვალიფიცირდებოდა კოლექტიური მოლაპარაკების ბუნების/არსის უგულვებელყოფად.³⁴

კოლექტიური მოლაპარაკება უნდა დაეფუძნოს ეფექტიანობის, დამოუკიდებლობის, მხარეთა ავტონომიურობისა და მოლაპარაკების ნებაყოფლობითობის საფუძველებს.³⁵ თავისუფალი და ნებაყოფლობითი მოლაპარაკება, ასევე მოლაპარაკების მხარეთა ავტონომიურობა გაერთიანების თავისუფლების ფუნდამენტური ასპექტებია.³⁶ შესაბამისად, მესამე პირების (მათ შორის სახელმწიფო სტრუქტურების) მიერ მხარეთა მოლაპარაკების პროცესში ჩარევა, რაც გამოიხატება მხარეთა მიერ მიღწეული შეთანხმებების გაუქმებაში ან მოდიფიკაციაში, თავისუფალი და ნებაყოფლობითი მოლაპარაკების პრინციპის დარღვევაა.³⁷

შკ და პროფესიული კავშირების შესახებ საქართველოს ორგანული კანონი პირდაპირ არ ითვალისწინებს კოლექტიური მოლაპარაკების თავისუფლებისა და ნებაყოფლობითობის პრინციპის საფუძველზე წარმართვას. მიუხედავად ამისა, შკ-ით განსაზღვრულია აკრძალვა, რომ „დაუშვებელია კოლექტიური ხელშეკრულების დადების პროცესში სახელმწიფო და ადგილობრივი თვითმმართველობის ორგანოების ჩარევა. ამგვარი ჩარევით დადებული კოლექტიური ხელშეკრულება ბათილია“;³⁸ იგი გარკვეულწილად ადგენს კოლექტიური მოლაპარაკების თავისუფლებისა და ნებაყოფლობითობის პრინციპის საფუძველზე წარმართვის გარანტიებს, თუმცა ეს ჩანაწერი, ძირითადად, ორიენტირებულია სახელმწიფო სტრუქტურების მიერ კოლექტიური მოლაპარაკების პროცესში ჩარევის აკრძალვაზე. კოლექტიური მოლაპარაკების პროცესში ჩარევა კი შესაძლებელია განხორციელდეს როგორც მესამე პირების მიერ, ასევე, ერთ-ერთი მხარის მიერ მეორე მხარის იძულების გზით, გარკვეულ საკითხებზე მოლაპარაკების წარმართვის მიზნით.

თავისუფალი და ნებაყოფლობითი მოლაპარაკების პრინციპის დაცვის შესახებ პირდაპირი საკანონმდებლო ჩანაწერის არარსებობის პირობებში, აღნიშნული საკითხი რეგულირდება პროფესიული კავშირების შესახებ საქართველოს ორგანული კანონის მე-5 მუხლით, რომელიც განამტკიცებს პროფესიული კავშირის დამოუკიდებლობას, ასევე სამოქალაქო სამართლის ნორმებითა და კოლექტიური მოლაპარაკების ორგანიზებისა და გამართვის უფლებათა პრინციპების შესახებ კონვენციის შესაბამისი ჩანაწერებით.³⁹

³² „...წახალისებულ იქნას დამსაქმებლებს ან დამსაქმებელთა გაერთიანებებსა და დასაქმებულთა გაერთიანებებს შორის ნებაყოფლობითი მოლაპარაკებები და მათი განხორციელების მექანიზმები...“.

³³ *Gernigon, B., Otero, A., Guido, H.*, დასახ. ნაშრომი, მე-2 სქ., 40.

³⁴ იქვე, 41.

³⁵ იქვე, 34.

³⁶ Freedom of Association: Digest of decisions and principles of Freedom of Association Committee of the Governing Body of ILO, Geneva, International Labour Relations office, fifth edition, 2006. 117. ხელმისაწვდომია ვებ-გვერდზე: <http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_norm/@normes/documents/publication/wcms_090632.pdf>.

³⁷ Fundamental Rights at Work and International Labour Standards, Geneva, International Labour Relations Office, 2003. 30. ხელმისაწვდომია ვებ-გვერდზე: <http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_norm/@normes/documents/publication/wcms_087424.pdf>.

³⁸ შკ-ს 41-ე მუხლის მე-6 ნაწილი.

³⁹ საქართველოს მიერ მისი რატიფიცირებიდან გამომდინარე, რასაც მოსდევს საერთაშორისო ხელშეკრულების შიდა სამართლებრივი სისტემის ნაწილად გადაქცევის შედეგი.

მოლაპარაკების დონის არჩევის თავისუფლება

კოლექტიური მოლაპარაკება შესაძლებელია, განხორციელდეს ეროვნულ, სექტორულ და საწარმოო (ორგანიზაციულ) დონეზე. ეროვნულ დონეზე წარმართულ მოლაპარაკებაში, როგორც წესი, მონაწილეობენ ეროვნული დამსაქმებელთა და დასაქმებულთა გაერთიანებები. ამ დონეზე წარმართული მოლაპარაკება საფუძველს ქმნის ქვედა (სექტორულ) დონეზე მოლაპარაკების წარმართვისათვის და, როგორც წესი, ეფუძნება მაკროეკონომიკურ მიზნებს. სექტორულ დონეზე წარმართული მოლაპარაკება ერთ სექტორში დასაქმებულ პირთა შრომითი ურთიერთობის საკითხებს ეხება, ხოლო საწარმოო (ორგანიზაციულ) დონეზე წარმართული მოლაპარაკება აწერსიგებს ორგანიზაციისა და მასში დასაქმებულ პირთა შორის არსებულ შრომით ურთიერთობას.⁴⁰

შსო-ის რეკომენდაცია კოლექტიური მოლაპარაკების შესახებ⁴¹ ადგენს მოლაპარაკების დონის არჩევის თავისუფლების პრინციპს და განსაზღვრავს ამ დონეებს. რეკომენდაციის მიხედვით, კოლექტიური მოლაპარაკება შესაძლებელი უნდა იყოს ორგანიზაციის, მისი აფილირებული კომპანიის, საქმიანობის მიმართულების, ინდუსტრიულ, რეგიონულ და ეროვნულ დონეზე.⁴² ამასთან, არც ერთი მათგანი არ მიიჩნევა, სხვებთან შედარებით, უპირატესად, არამედ მოლაპარაკების დონის არჩევა უნდა მოხდეს ყოველი კონკრეტული შემთხვევისათვის ცალ-ცალკე, მოლაპარაკების მხარეთა ინტერესების, მიზნებისა და პრიორიტეტების გათვალისწინებით.⁴³

მოლაპარაკების დონეები ქვეყნების მიხედვით განსხვავებულია. ამასთან, არცერთ ქვეყანაში მოლაპარაკება არ ხორციელდება, ექსკლუზიურად, ერთ დონეზე.⁴⁴

ეროვნულ დონეზე მოლაპარაკების წარმოების არსებობის შესაძლებლობა დამსაქმებულებისა და დასაქმებულების გაერთიანებებს ამ დონეზე საკუთარი პოზიციის გამყარებისათვის ძლიერ ბერკეტს აძლევს.⁴⁵ მიუხედავად ამისა, შვედეთშიც კი, სადაც ეროვნულ დონეზე მოლაპარაკების წარმოების ძველი ტრადიცია არსებობს, დამსაქმებელთა კონფედერაციის მიერ დაინერგა მოლაპარაკების საწარმოო დონეზე გადატანის პოლიტიკა.⁴⁶ ეროვნულ დონესთან შედარებით, საწარმოო დონეზე მოლაპარაკების წარმოების უპირატესობა განპირობებულია იმით, რომ შრომის ბაზარზე არსებული კონკურენციის პირობებში, უფრო მარტივად, საწარმოო დონეზე

⁴⁰ Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD), *Collective Bargaining: Levels And Coverage*, 170. ხელმისაწვდომია ვებ-გვერდზე: <<http://www.oecd.org/els/emp/2409993.pdf>>.

⁴¹ *Collective Bargaining Recommendation*, 1981 (No. 163). ხელმისაწვდომია ვებ-გვერდზე: <http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312501:NO>.

⁴² Provision 4.1.

⁴³ *Industrial and Employment Relations Department (DIALOGUE) - Social Dialogue, Labour Legislation Guidelines*, Chapter III: Substantive Provisions of Labour Legislation: Effective Recognition of the Right to Collective Bargaining. ხელმისაწვდომია ვებ-გვერდზე: <<http://www.ilo.org/legacy/english/dialogue/ifpdial/lg/noframes/ch3.htm>>.

⁴⁴ ევროპის ქვეყნებში ძლიერი დამსაქმებელთა გაერთიანებებისა და პროფკავშირების არსებობის ფონზე, კოლექტიურ მოლაპარაკებათა დიდი ნაწილი მიმდინარეობს ეროვნულ და ინდუსტრიულ დონეზე. იაპონიაში მოლაპარაკება ეროვნულ დონეზე გამონაკლისია და მას ყოველთვის თან ახლავს მოლაპარაკება საწარმოო დონეზეც. აშშ-ში კი (გარდა ქვანახშირის, სპილენძისა და სამშენებლო ინდუსტრიებისა) მოლაპარაკება საწარმოო დონეზე უფრო ფართოდ გამოიყენება. ეროვნულ დონეზე მოლაპარაკება გავრცელებულია ავსტრიაში, შვედეთში, ბელგიაში, ფინეთში, ნიდერლანდებში, ნორვეგიასა და პორტუგალიაში. სექტორულ დონეზე მოლაპარაკება დამახასიათებელია გერმანიისათვის, საფრანგეთისა და შვეიცარიისათვის, ხოლო საწარმოო დონეზე კი კანადისათვის, გაერთიანებული სამეფოსა და აშშ-სათვის. იხ. *Silva, S.*, დასახ. ნაშრომი, მე-6 სქ., 7.

⁴⁵ ამის მაგალითს წარმოადგენს ფრანგულ კანონმდებლობაში 2007 წელს განხორციელებული ცვლილებები, რომლის საფუძველზეც, თუ სახელმწიფო მოსურვებს გარკვეულ სფეროებში ცვლილებების განხორციელებას, უპირველეს ყოვლისა, ამ სფეროს დამსაქმებლებს და დასაქმებულებს უნდა აცნობოს წერილობითი ფორმით და, ფორმალურად, კონსულტაციაც უნდა მიიღოს კანონის პროექტზეც. მართალია, გადაუდებელ შემთხვევებში, მთავრობა უფლებამოსილია, გვერდი აუაროს ამ პროცედურას, თუმცა ეს მექანიზმი, გარკვეულწილად, მაინც ამყარებს დამსაქმებულებისა და დასაქმებულთა კავშირების პოზიციებს ეროვნულ დონეზე. იხ. *Fulton, L.*, *Worker representation in Europe*. Labour Research Department and ETUI, 2015. ხელმისაწვდომია ვებ-გვერდზე: <<https://www.worker-participation.eu/National-Industrial-Relations/Countries/Finland/Collective-Bargaining>>.

⁴⁶ *Silva S.*, დასახ. ნაშრომი, მე-6 სქ. 7.

შესაძლებელი შესრულებული სამუშაოს პროდუქტიულობის, ხარისხისა და პროფესიული უნარ-ჩვევების განვითარების საკითხების დარეგულირება.⁴⁷

მოლაპარაკების დონის არჩევის თავისუფლების პრინციპიდან გამომდინარე, კოლექტიური მოლაპარაკება შესაძლებელია, იყოს ცენტრალიზებული ან დეცენტრალიზებული.

ცენტრალიზებულია მოლაპარაკება, როდესაც დამსაქმებელთა გარკვეული სექტორი ერთიანდება და აწარმოებს მოლაპარაკებას მათი დასაქმებულების გაერთიანებასთან.⁴⁸ ცენტრალიზებული კოლექტიური მოლაპარაკების სისტემის ერთ-ერთი მაგალითია შვედეთი, რაც გამოიხატება 1938 წელს ეროვნულ დონეზე დადებული SAF-LO შეთანხმებით შვედეთის დამსაქმებელთა ასოციაციასა (SEF)⁴⁹ და შვედეთის დასაქმებულთა ასოციაციას (LO)⁵⁰ შორის.⁵¹

დეცენტრალიზებულია მოლაპარაკება, როდესაც მოლაპარაკება წარმოებს დასაქმებულთა გაერთიანებასა და მათ დამსაქმებელს შორის.⁵² მაგალითად, საავტომობილო ინდუსტრიაში ავსტრალიას აქვს დეცენტრალიზებული კოლექტიური მოლაპარაკების სისტემა, რაც გამომდინარეობს კომპანიების სახესხვაობიდან და ანაზღაურების ოდენობათა მრავალფეროვნებიდან.⁵³

საქართველოს პროფესიული კავშირების შესახებ ორგანული კანონი დასაქმებულთა გაერთიანებას საშუალებას აძლევს მოლაპარაკება წარმართოს საწარმოო, დარგობრივ, რეგიონალურ და ეროვნულ დონეებზე.⁵⁴ თუმცა, ქართულ რეალობაში მოლაპარაკება, ძირითადად, დეცენტრალიზებულია და დარგობრივ დონეზე მიმდინარეობს. ამის მაგალითია, სს საქართველოს რკინიგზასა და საქართველოს რკინიგზელთა ახალ პროფესიულ კავშირს შორის 2013 წელს, შპს ჯორჯიან მანგანეზსა და მეტალურგიულ, სამთო და ქიმიური მრეწველობის მუშაკთა პროფესიულ კავშირს შორის 2015 წელს,⁵⁵ შპს სინათლის ქალაქსა და მომსახურების სფეროს, კომუნალური და ბანკების მუშაკთა პროფესიული კავშირს შორის 2015 წელს განხორციელებული კოლექტიური მოლაპარაკებები.⁵⁶

კეთილსინდისიერება

კოლექტიური მოლაპარაკების შესახებ⁵⁷ 1981 წლის №154 კონვენციაზე მუშაობის პროცესში გამოიკვეთა მოსაზრება, რომ კოლექტიური მოლაპარაკება ეფექტიანი იქნება, თუ ის წარმართება კეთილსინდისიერების საწყისებზე. ამასთან, იმდენად, რამდენადაც არ არსებობს კეთილსინდისიერების საკანონმდებლო განმარტება, განისაზღვრა, რომ იგი მიიღწევა მხარეთა მიერ, ნებაყოფლობითობისა და მუდმივი ძალისხმევის საფუძვლებზე.⁵⁸

⁴⁷ იქვე.

⁴⁸ Iqbal, N., Collective Bargaining and its Impact on Management: Cases. 5. ხელმისაწვდომია ვებ-გვერდზე: <https://www.academia.edu/4544939/Collective_Bargaining_and_its_impact_on_Management_Cases>.

⁴⁹ Swedish Employers' Confederation.

⁵⁰ Swedish Trade union Confederation.

⁵¹ Phelan, C. C., Trade Unionism Since 1945: Western Europe, Eastern Europe, Africa, and the Middle East, 2009, 164. ხელმისაწვდომია ვებ-გვერდზე:

<https://books.google.ge/books?id=rikQKN9iuCIC&pg=PA452&lpg=PA452&dq=trade+Unionism+Since+1945:+Western+Europe,+Eastern+Europe,+Africa,+and+the+Middle+East&source=bl&ots=F72ZemnS0&sig=HLI2RnPCj4epN_G8ELuOgmlnB3g&hl=en&sa=X&redir_esc=y#v=onepage&q=trade%20Unionism%20Since%201945%3A%20Western%20Europe%2C%20Eastern%20Europe%2C%20Africa%2C%20and%20the%20Middle%20East&f=false>.

⁵² Iqbal, N., დასახ. ნაშრომი, 48-ე სქ., 6.

⁵³ იქვე.

⁵⁴ პროფესიული კავშირების შესახებ ორგანული კანონის მე-12 მუხლის პირველი პუნქტი.

⁵⁵ იხ. ვებ-გვერდი: <<http://gtuc.ge>>.

⁵⁶ იხ. ვებ-გვერდი: <<http://cl.ge/ge/news/news-20150222-1217/>>.

⁵⁷ Collective Bargaining Convention No. 154, 1981. ხელმისაწვდომია ვებ-გვერდზე: <http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTისRUMENT_ID:312299>.

⁵⁸ Gernigon, B., Otero, A., Guido, H., დასახ. ნაშრომი, მე-2 სქ., 43.

კოლექტიური მოლაპარაკების წარმართვის მიზნებისათვის, კეთილსინდისიერების პრინციპის მნიშვნელობა გაერთიანების თავისუფლების კომიტეტმა განმარტა.⁵⁹ ამ განმარტებით, კეთილსინდისიერების პრინციპი გულისხმობს შეთანხმების მიღწევის ყველა მცდელობას, კონსტრუქციულ მოლაპარაკებებს, გაუმართლებელი დაყოვნებების თავიდან არიდებას, შეთანხმების შესაბამისად, მოქმედებასა და მათ კეთილსინდისიერად განხორციელებას.⁶⁰ კეთილსინდისიერების გარეშე წარმართული კოლექტიური მოლაპარაკების პროცესი უშედეგო იქნება - მხარეები ვერ მიაღწევენ შეთანხმებას.⁶¹

საქმეზე *Labor Board v. Truitt Mfg. Co.*⁶² უზენაესმა სასამართლომ საინტერესო განმარტება გააკეთა დამსაქმებლის მიერ კოლექტიური მოლაპარაკების პროცესში კეთილსინდისიერების პრინციპის დარღვევასთან დაკავშირებით. კერძოდ, დასაქმებულთა გაერთიანება დამსაქმებელ კომპანიას საათობრივი ანაზღაურების 10 ცენტით გაზრდას სთხოვდა, დამსაქმებელი კი მხოლოდ 2.5 ცენტით გაზრდაზე იყო თანახმა, იმ საფუძველით, რომ კომპანია ფინანსურად არასახარბიელო მდგომარეობაში იმყოფებოდა და საათობრივი ანაზღაურების 2.5-ზე მეტი ოდენობით ზრდა მას მძიმე ფინანსურ მდგომარეობაში ჩააგდებდა. დასაქმებულთა გაერთიანებამ მოითხოვა კომპანიის ფინანსური მდგომარეობის ამსახველი დოკუმენტაცია, რათა დარწმუნებულიყო დამსაქმებლის არგუმენტის მართებულობაში. ამაზე კომპანიისაგან მიიღო უარი. სასამართლომ დამსაქმებლის უარი ფინანსური დოკუმენტაციის გაცემაზე მიიჩნია კოლექტიურ მოლაპარაკების პროცესში მხარის არაკეთილსინდისიერ ქმედებად, რადგან, სასამართლოს განმარტებით, მოლაპარაკების მხარემ მეორე მხარეს ნათლად უნდა განემარტოს კოლექტიური მოლაპარაკების პროცესში გამოყენებული არგუმენტის მართებულობა.

საქმეზე *NLRB v. Billion Motors Inc.*⁶³ აშშ-ს სააპელაციო სასამართლომ განმარტა, რომ კოლექტიური მოლაპარაკების პროცესში მხარის კეთილსინდისიერების შეფასება ხდება არა მხოლოდ მოლაპარაკების დროს მისი ქმედებების ანალიზით (მაგ., მოლაპარაკების მაგიდასთან მისი საქციელით), არამედ იმ ქმედებათა ერთობლიობით, რომელიც მან მოლაპარაკების პროცესში განახორციელა (მათ შორის მოლაპარაკების მაგიდის მიღმა). მაგალითად, ისეთი გარემოებები, როგორცაა მოლაპარაკებისათვის მხარის წარმომადგენლის მოუმზადებლობა და წარმომადგენლის დაუსწრებლობა დაგეგმილ შეხვედრებზე, კეთილსინდისიერების პრინციპის დარღვევაა.

საქართველოს კანონმდებლობით, მოლაპარაკების მხარეები ვალდებული არიან კეთილსინდისიერად აწარმოონ მოლაპარაკება⁶⁴ და ამ პროცესში მეორე მხარეს მოლაპარაკების თაობაზე მიაწოდონ ინფორმაცია.⁶⁵

შესაბამისად, ქართული კანონმდებლობა, ამერიკული სასამართლო პრაქტიკის მსგავსად, კეთილსინდისიერების პრინციპის ჭრილში არეგულირებს კოლექტიური მოლაპარაკების ეტაპზე ინფორმაციის მიწოდების ვალდებულებას, ხოლო კონფიდენციალური ინფორმაციის მიწოდების შემთხვევაში - მისი დაცვის საკითხებს.⁶⁶

⁵⁹ Commission of Freedom of Association - დაფუძნდა 1951 წელს, გაერთიანების თავისუფლებისა და კოლექტიურ მოლაპარაკებებით დაკავშირებული საკითხების შესახებ საჩივრების განხილვის მიზნით. დაწვრილებით იხ. ვებ-გვერდზე: <<http://www.ilo.org/global/standards/applying-and-promoting-international-labour-standards/committee-on-freedom-of-association/lang--en/index.htm>>.

⁶⁰ *Gernigon, B., Otero, A., Guido, H.*, დასახ. ნაშრომი, მე-2 სქ., 43.

⁶¹ *Silva S.*, დასახ. ნაშრომი, მე-6 სქ., 5.

⁶² National Labor Relations Board v. Truitt Manufacturing Co., (1956), No. 486, United States Supreme Court. ხელმისაწვდომია ვებ-გვერდზე: <<http://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/351/149.html>>.

⁶³ National Labor Relations Board v. Billion Motors Inc., Eight Circuit, 700 F2d, 1983, United States Court of Appeals. ხელმისაწვდომია ვებ-გვერდზე: <<http://openjurist.org/700/f2d/454/national-labor-relations-board-v-billion-motors-inc>>.

⁶⁴ შკ-ს 41-ე მუხლის მე-6 ნაწილი.

⁶⁵ შკ-ს 41-ე მუხლის მე-5 ნაწილი.

⁶⁶ ამასთან, ქართულ საკანონმდებლო სივრცეში კონფიდენციალური ინფორმაციის ცნების ზოგადი განმარტება, რომელიც ყველა ტიპის ურთიერთობაზე გავრცელდება, არ არსებობს. ამასთან, ცალკეული საკანონმდებლო და კანონქვემდებარე ნორმატიული აქტები იძლევიან კონფიდენციალური ინფორმაციის ცნების განმარტებას განსხვავებული მიზნებისათვის (მაგ., ინფორმაციული უსაფრთხოების

კოლექტიური მოლაპარაკების საგანი

კოლექტიური მოლაპარაკების საგანი საკმარისად ფართოა და შესაძლებელია, ეხებოდეს შრომითსამართლებრივი ურთიერთობის ნებისმიერ საკითხს,⁶⁷ თუმცა, სამართლებრივი დოქტრინის მიხედვით, ეს საკითხები იყოფა სავალდებულო და ნებაყოფლობით საკითხებად.

სავალდებულოა საკითხი, როცა მის გარშემო მოლაპარაკების წარმართვა კანონმდებლის მოთხოვნაა. ნებაყოფლობით საკითხზე მოლაპარაკება კი მხარეთა ნებაზეა დაფუძნებული. თუ მხარე მოითხოვს მეორე მხარისაგან მოლაპარაკების წარმოებას ისეთ საკითხებზე, რომლებიც კოლექტიური მოლაპარაკების სავალდებულო საგანს წარმოადგენს, მეორე მხარის მიერ ასეთი მოლაპარაკების წარმართვაზე უარი არამართლზომიერია. ამასთან, მეორე მხარის უარის შემთხვევაში, ადრესატის მიერ ნებაყოფლობითი საკითხის შესახებ მოლაპარაკების წარმოების მოთხოვნა, მიუღებელი და გაუმართლებელია.⁶⁸

კოლექტიური მოლაპარაკების შესახებ რეკომენდაცია განსაზღვრავს კოლექტიური მოლაპარაკების სავალდებულო საკითხებს: შრომის პირობებს და ურთიერთობას დამსაქმებელთა და დასაქმებულთა, აგრეთვე, დამსაქმებელთა და დასაქმებულთა ორგანიზაციებს შორის.⁶⁹ ამასთან, კოლექტიური მოლაპარაკების მიზნებისათვის, შრომითი პირობები არ შემოიფარგლება მხოლოდ ტრადიციული გაგებით (სამუშაო დრო, ზეგანაკვეთური სამუშაო, დასვენების პერიოდი, ანაზღაურება და ა.შ.), არამედ ის, აგრეთვე, მოიცავს იმ საკითხებს როგორებიცაა დაწინაურება, პოზიციის ცვლილება, სამსახურიდან გათავისუფლება და ა.შ.⁷⁰ შესაბამისად, კოლექტიური მოლაპარაკების ფარგლები სცილდება შრომით პირობებს მისი მკაცრი გაგებით. თუმცა, კოლექტიური მოლაპარაკების ფარგლები არც ზედმეტად ფართოა - იგი შრომის პირობებთან უნდა იყოს (პირდაპირ ან ირიბად) დაკავშირებული.⁷¹ ცალკეული საკითხები, რომლებზედაც დამსაქმებელი უფლებამოსილია, მიიღოს გადაწყვეტილება (მაგალითად, დასაქმებულის ფუნქციების განსაზღვრა), აგრეთვე, ისეთი საკითხები, რომელიც არსებითია მენეჯმენტისათვის ან ბიზნესის ფუნქციონირებისათვის, არ წარმოადგენს კოლექტიური მოლაპარაკების საგანს.⁷²

რიგ შემთხვევებში, მარტივი არ არის ზღვარის გავლება, თუ რომელი საკითხები მიეკუთვნება მენეჯმენტის კომპეტენციას და რომელი - კოლექტიური მოლაპარაკების საგანს. შსო-ის მიერ ჩატარებულ შეხვედრაზე ინდუსტრიული და ადამიანური რესურსების მართვის საკითხებთან დაკავშირებით, ექსპერტთა აზრი ორად გაიყო. ნაწილი მიიჩნევდა, რომ ისეთი გადაწყვეტილებები, რომლებიც ეხება ორგანიზაციის საქმიანობის გაფართოებას, დაფინანსებას, მარკეტინგს, პროდუქციის ტიპების განსაზღვრასა და სხვა მსგავსი, არის მენეჯმენტის მიერ მისაღები გადაწყვეტილება და ვერ იქნება კოლექტიური მოლაპარაკების საგანი. თუმცა, ექსპერტთა მეორე ნაწილი მიიჩნევდა, რომ, თუ მენეჯმენტის ასეთი გადაწყვეტილებები გავლენას ახდენს შრომის სტანდარტებზე, ანაზღაურებაზე ან შრომის უსაფრთხოებაზე, ისინი მიღებული უნდა

შესახებ“ საქართველოს კანონი (სსმ 19/06/2012), რომელიც ვრცელდება კრიტიკული ინფორმაციული სისტემის სუბიექტებზე. ხელმისაწვდომია ვებგვერდი: <https://matsne.gov.ge/ka/document/view/1679424?publication=3>, ასევე საქართველოს დაზღვევის სახელმწიფო ზედამხედველობის სამსახურის უფროსის 2015 წლის 8 სექტემბრის №06ზრმანება „ინფორმაციის კონფიდენციალურად მიჩნევის, მისი გაცემის და კონფიდენციალური ინფორმაციის ნუსხის დამტკიცების წესის შესახებ“, სსმ, 10/09/2015 <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/2973465>>.

⁶⁷ კოლექტიური მოლაპარაკების ფარგლებში მხარეებს მოლაპარაკების საკითხების განსაზღვრის სრული თავისუფლება აქვთ. შრომის საერთაშორისო ორგანიზაციის შეხედულებით, მოლაპარაკების საკითხების ფარგლების შეზღუდვა კოლექტიური მოლაპარაკების უფლების დარღვევად მიიჩნევა. გამონაკლისს წამოადგენს კოლექტიური მოლაპარაკების ფარგლებში მიღწეული შეთანხმება, რომელიც ეწინააღმდეგება კანონმდებლობით განსაზღვრულ მინიმალური დაცვის სტანდარტებსა და საჯარო წესრიგს. იხ. 21-ე სქ.-ში დასახ. წყარო, 37.

⁶⁸ National Labor Relations Board v. Wooster Division of Borg-Warner Corp. No. 53., 1958, 356 U.S. 342, United States Supreme Court. ხელმისაწვდომია ვებ-გვერდზე: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/356/342>>.

⁶⁹ რეკომენდაციის მე-2 მუხლი.

⁷⁰ Gernigon, B., Otero, A., Guido, H., დასახ. ნაშრომი, მე-2 სქ., 39.

⁷¹ იქვე, 40.

⁷² იქვე.

იყოს დამსაქმებელისა და დასაქმებულების მიერ ერთობლივად, კოლექტიური მოლაპარაკების წარმართვის გზით.⁷³

საქმეზე *Chemical Workers v. Pittsburgh Glass*⁷⁴ აშშ-ს უზენაესმა სასამართლომ განმარტა, რომ კოლექტიური მოლაპარაკების სავალდებულო საგანი მხოლოდ ის საკითხებია, რომლებიც უშუალოდ არიან დაკავშირებული დასაქმებულთან. პენსიაში გასულ პირთა დახმარებები და პრივილეგიები არ არის მოლაპარაკების სავალდებულო საგანი, რადგან კოლექტიური მოლაპარაკების მიზანი დასაქმებულის ინტერესების დაცვაა, პენსიაში გასული პირი კი დასაქმებული აღარ არის.⁷⁵ ამასთან, სასამართლო განმარტებით, ეს შეზღუდვა ეხება მხოლოდ იმ პირებს, რომლებიც უკვე პენსიაში არიან გასულები, რამეთუ არსებული დასაქმებულის საპენსიო სქემა წარმოადგენს კოლექტიური მოლაპარაკების სავალდებულო საგანს.⁷⁶

დამსაქმებლისათვის კოლექტიური მოლაპარაკების წარმოების სავალდებულოობას, ცალკეულ შემთხვევებში, სამეწარმეო საქმიანობის თავისუფლებაც შეიძლება დაუპირისპირდეს, რაც, თავის მხრივ, მოლაპარაკების სავალდებულო და ნებაყოფლობით საკითხებს შორის ზღვარის გავლენას ართულებს. საქმეზე *First National Maintenance Corp. v. NLRB*⁷⁷ მოსარჩელე იყო სამუშაოს შემსრულებელი კომპანია, რომელიც მომსახურების ხელშეკრულების საფუძველზე, კეთილმოწყობით მომსახურებას (დალაგება, შეკეთება და ა.შ.) უწევდა სხვადასხვა კერძო ორგანიზაციებს. ამ ორგანიზაციებს შორის ერთ-ერთი მოხუცთა თავშესაფარი იყო, რომელშიც სამუშაოებს ასრულებდნენ მოსარჩელის თანამშრომლები. კომპანიამ თავშესაფართან ფინანსური გაუგებრობის გამო შეწყვიტა სახელშეკრულებო ურთიერთობა ისე, რომ ამის თაობაზე არ გამართა კოლექტიური მოლაპარაკება საკუთარი კომპანიის დასაქმებულთა გაერთიანებასთან. სახელშეკრულებო ურთიერთობის შეწყვეტის შედეგად, თავშესაფარში დასაქმებული პირები (კომპანიის თანამშრომლები) უმუშევრად დარჩნენ და კომპანიის მიერ ეროვნული შრომითი ურთიერთობების აქტის⁷⁸ დარღვევის საფუძველით, მიმართეს ეროვნულ შრომითი ურთიერთობების საბჭოს⁷⁹. საბჭომ მიიჩნია რომ, დასაქმებულთა გაერთიანებასთან კომპანიას მოლაპარაკება უნდა ეწარმოებინა და დასაქმებულები სამუშაოზე აღედგინა, ხოლო, შეთანხმების მიუღწევლობის შემთხვევაში, მათთვის ანალოგიური პოზიცია სხვა კონტრაქტორ ორგანიზაციაში შეეთავაზებინა.

ეს გადაწყვეტილება კომპანიამ გაასაჩივრა სააპელაციო სასამართლოში. სააპელაციო სასამართლო დაეთანხმა ეროვნული შრომითი ურთიერთობების საბჭოს, თუმცა დამატებით განმარტა, რომ დამსაქმებლის გადაწყვეტილება, გააუქმოს თავისი საქმიანობის ნაწილი, ქმნის კოლექტიური მოლაპარაკების წარმოების ვალდებულების პრეზუმფციას, რაც ბათილდება, თუ აშკარაა, რომ მოლაპარაკება იქნება უშედეგო, რადგანაც საქმიანობის გაუქმება განპირობებულია საგანგებო, უკიდურესი აუცილებლობით გამოწვეული ფინანსური ფაქტორებით ან სახეზეა სხვა ფაქტორი,

⁷³ *Civry, J.*, Comparative Observations On Legal Effects Of Collective Agreements, the Moder Law Review, Volume 21, Issue 5, Wiley Online Library, published online – 2011, 502. ხელმისაწვდომია ვებ-გვერდზე: <<http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1468-2230.1958.tb00489.x/pdf>>. კოლექტიური მოლაპარაკების „სავალდებულო საკითხთა ნუსხა“, ქვეყნების მიხედვით, განსხვავებულია. მაგ., შვეიცარიაში კოლექტიური მოლაპარაკება სტანდარტული თემატიკის გარდა (სამუშაო პირობები და ანაზღაურება), აგრეთვე, მოიცავს ისეთ საკითხებს როგორცაა საპენსიო ფონდის წესები, ტრენინგები, დავის მოგვარების საკითხები და ა.შ. აშშ-ში საკანონმდებლო დონეზე არ არის განსაზღვრული ის საკითხები, რომელთა გარშემოც უნდა მოხდეს მოლაპარაკების წარმოება.

⁷⁴ *Allied Chemical & Alkali Workers of America, Local Union No. 1, v. Pittsburgh Plate Glass Co., Chemical Division No. 70-32*, 404 U.S. 157, 1971, United States Supreme Court. ხელმისაწვდომია ვებ-გვერდზე: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/404/157/>>.

⁷⁵ სარეზოლუციო ნაწილის პირველი პუნქტის ბ) ქვე-პუნქტი.

⁷⁶ სარეზოლუციო ნაწილის მე-2 პუნქტი.

⁷⁷ *First National Maintenance Corp. v. National Labor Relations Board No. 80-544*, 452 U.S. 666, 1981, United States Supreme Court. ხელმისაწვდომია ვებ-გვერდზე: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/452/666/>>.

⁷⁸ იბ. 31-ე სქ.

⁷⁹ აშშ-ს მთავრობის დამოუკიდებელი ორგანო, რომელიც ატარებს დასაქმებულთა გაერთიანებების არჩევნებს, იკვლევს ეროვნული შრომითი ურთიერთობების აქტის დარღვევის ფაქტებს და დამრღვევ მხარეს უდგენს სანქციებს. იბ. <<https://www.nlr.gov>>.

რომელიც არ ეწინააღმდეგება ეროვნული შრომითი ურთიერთობების აქტის მიზნებს.⁸⁰ სასამართლოს განმარტებით, წარმოდგენილი გარემოებები სახეზე არ იყო, შესაბამისად, კომპანიის მიერ კოლექტიური მოლაპარაკების წარმოების ვალდებულების პრეზუმფცია არ ბათილდებოდა.

კომპანიამ გადაწყვეტილება საკასაციო წესით გაასაჩივრა. აშშ-ს უზენაესმა სასამართლომ მიიჩნია, რომ ასეთ შემთხვევაში კომპანიას არ ჰქონდა ვალდებულება ეწარმოებინა დასაქმებულთა გაერთიანებასთან კოლექტიური მოლაპარაკება, რადგან მისი ინტერესი, თავშესაფართან სახელშეკრულებო ურთიერთობა შეეწყვიტა (რაც ფინანსური მოტივებით იყო განპირობებული), აღემატებოდა იმ შესაძლო შედეგს, რასაც იგი მიიღებდა კოლექტიური მოლაპარაკების წარმოებით.⁸¹ სასამართლოს განმარტებით, კომპანიის მსგავსი გადაწყვეტილება, რომელიც გამოწვეულია ფინანსური მიზეზებით, არ შეიძლება იყოს კოლექტიური მოლაპარაკების სავალდებულო საგანი, რადგან ცალკეულ შემთხვევებში, კომპანიის მიერ საქმიანობის დროული გაუქმება არის მისი ფინანსური დანახარჯების თავიდან აცილების ერთადერთი ბერკეტი. ამ დროს მოლაპარაკების წარმართვა საბოლოო შედეგს ვერ ცვლის, თუმცა დამატებით ხარჯებს უქმნის დამსაქმებელს.

საქმეზე Fibreboard Paper Products Corp. v. Labor Board⁸² ფინანსური მიზეზების გამო, კომპანიამ აღარ გააგრძელა დასაქმებულებთან შრომითი ურთიერთობა და უარი უთხრა დასაქმებულთა გაერთიანებას ახალი კოლექტიური ხელშეკრულების დადებაზე; თუმცა, დასაქმებულების სანაცვლოდ (იმავე სამუშაოს შესასრულებლად), მენარდეები დაიქირავა. სასამართლომ ჩათვალა, რადგანაც მენარდეები იმავე შრომით პირობებში იმყოფებოდნენ და ანალოგიურ სამუშაოს ასრულებდნენ, კომპანია ვალდებული იყო, მოლაპარაკება დასაქმებულთა გაერთიანებასთან ეწარმოებინა და მისი [კომპანიის] უარი ეროვნული შრომითი ურთიერთობების აქტის⁸³ დარღვევა იყო. ამასთან, First National Maintenance Corp. v. NLRB-ის საქმისაგან განსხვავებით,⁸⁴ კომპანიის მიერ დასაქმებულების გათავისუფლება გამოწვეული არ იყო კომპანიის მიერ მისი საქმიანობის შეცვლით ან შემცირებით. შესაბამისად, მასზე სამეწარმეო საქმიანობის თავისუფლების პრინციპი არ ვრცელდებოდა.

ქართული კანონმდებლობა პირდაპირ არ იძლევა იმ საკითხთა ჩამონათვალს, რომელიც, შესაძლოა, იყოს კოლექტიური მოლაპარაკების საგანი, თუმცა კოლექტიური ხელშეკრულების საგანთა ჩამონათვალი შკ-ით განისაზღვრება: შრომითი პირობები და მხარეთა შორის არსებული ურთიერთობა. რამდენადაც, კოლექტიური მოლაპარაკება ორიენტირებულია კოლექტიური ხელშეკრულების დადებაზე, შეგვიძლია განვმარტოთ, რომ ქართველი კანონმდებელი შრომით პირობებს და მხარეთა შორის არსებულ ურთიერთობას კოლექტიური მოლაპარაკების სავალდებულო საგანად განსაზღვრავს.⁸⁵

კოლექტიური მოლაპარაკების სავალდებულო საკითხების განსაზღვრა მოლაპარაკების მხარეთა ინტერესების დაცვასა და მოლაპარაკების პროცესის გამარტივებას ემსახურება. მოლაპარაკების სავალდებულო საკითხები, როგორც წესი, მოიცავს იმ თემებს, რომლებზეც შეთანხმების მიღწევა საჭიროა მოლაპარაკების მხარეთა შრომითსამართლებრივი ურთიერთობის დასარეგულირებლად - მათ ირგვლივ

⁸⁰ აღწერილობითი ნაწილის მე-6 პუნქტი.

⁸¹სარეზოლუციო ნაწილის ბ) პუნქტი.

⁸² Fibreboard Paper Products Corp. v. National Labor Relations Board No. 14, 379 U.S. 203, 1964, United States Supreme Court. ხელმისაწვდომია ვებ-გვერდზე: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/379/203/>>.

⁸³ იხ. სქ. 35.

⁸⁴ იხ. ზემოთ, 88-ე სქ.

⁸⁵ამასთან, ტერმინი „შრომითი პირობები“ საკმაოდ ფართოა და მოლაპარაკების პროცესში, შესაძლოა, მისი შინაარსი დავის საგანი გახდეს. შკ-ს წმინდა სისტემური განმარტებით, შრომის პირობები მხოლოდ შრომის უსაფრთხო გარემოს მოიცავს, (შკ-ს მე-8 თავი - „შრომის პირობების დაცვა“ მოიცავს მხოლოდ ერთ მუხლს - „მუხლი 35. უსაფრთხო და ჯანსაღი სამუშაო გარემოს უფლება“), თუმცა, შრომის პირობები ბევრად უფრო ფართოა და მოიცავს ისეთ საკითხებს, როგორცაა შრომის ანაზღაურება, კომპენსაცია, შეღავათები, სამუშაო დრო, დასვენების საკითხები და ა.შ. მსგავსი საკითხები შრომის პირობებად საქართველოს სააპელაციო სასამართლომ ერთ-ერთ საქმეზე მიიჩნია (იხ. საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სამოქალაქო, სამეწარმეო და გავორტრების საქმეთა პალატის 7 თებერვლის 2009 წლის ას-923-1206-09 განჩინება. ხელმისაწვდომია: <<http://prg.supremecourt.ge/DetailViewCivil.aspx>>). შესაბამისად, ეს საკითხები, შესაძლოა, გახდეს კოლექტიური მოლაპარაკების სავალდებულო საგანი.

შეთანხმება დასაქმებულისათვის „სასიცოცხლოდ აუცილებელია“. შესაბამისად, საკანონმდებლო დონეზე კოლექტიური მოლაპარაკების სავალდებულო საკითხების განსაზღვრა დასაქმებულთა ინტერესების დაცვისაკენ გადადგმული ერთ-ერთი ნაბიჯია.

კოლექტიური მოლაპარაკების მხარეები

კოლექტიური მოლაპარაკების ორგანიზებისა და წარმართვის პრინციპების შესახებ კონვენციის მე-4 მუხლის მიხედვით, მოლაპარაკების მხარეები არიან, ერთი მხრივ, დამსაქმებლები ან დამსაქმებელთა გაერთიანება, ხოლო, მეორე მხრივ, დასაქმებულთა გაერთიანება.

შკ-ის მიხედვით, კოლექტიური შრომითი ურთიერთობის სუბიექტები არიან ერთი ან მეტი დამსაქმებელი ან ერთი ან მეტი დამსაქმებელთა გაერთიანება და ერთი ან მეტი დასაქმებულთა გაერთიანება.⁸⁶ ამასთან, დასაქმებულთა გაერთიანება, შექმნილი უნდა იყოს პროფესიული კავშირების შესახებ საქართველოს ორგანული კანონითა და შსო-ის №87 და №98 კონვენციებით გათვალისწინებული მიზნებითა და წესით.⁸⁷

დასაქმებულთა გაერთიანება

დასაქმებულთა გაერთიანება საერთო სამართლის სისტემის მიერ შექმნილი ინსტიტუტია. მისი ჩანასახები არაფორმალური სახით უკვე მე-14 საუკუნიდან არსებობდა. 1818 წელს პირველი დასაქმებულთა გაერთიანება მანჩესტერში შეიქმნა,⁸⁸ რომელიც ფილანთროპიული საზოგადოების სახელით იყო ცნობილი.⁸⁹

ევროპის ქვეყნებში დასაქმებულთა გაერთიანებები სჭარბობს ფინეთში (74%), შვედეთსა (70%) და დანიაში (67%), ხოლო შედარებით ნაკლებია ესპანეთსა და გერმანიაში (18%), ლიტვასა და ესტონეთში (10%), ასევე საფრანგეთში (8%).

პირველი ინფორმაცია პროფკავშირების შესახებ ქართულ პრესაში სათაურით „ხალხთა შორის მუშების საზოგადოება“ 1871 წლის 12 იანვარს გაზეთ „დროებაში“ გამოქვეყნდა,⁹⁰ ხოლო საქართველოს კანონმდებლობაში ტერმინი „პროფესიული კავშირი“ ჯერ კიდევ შრომის კანონთა კოდექსში⁹¹ იყო მოხსენიებული. 2006 წლიდან კი მის ნაცვლად გამოყენებულია ტერმინი „დასაქმებულთა გაერთიანება“.

დასაქმებულთა გაერთიანების როლი შრომით ურთიერთობაში

დასაქმებულთა გაერთიანების ერთი-ერთი უმთავრესი დანიშნულება დამსაქმებელს და დასაქმებულს შორის არსებული უთანასწორობის აღმოფხვრაა. მართალია, ზოგადი სამართლებრივი დოქტრინის შესაბამისად, შრომითი ხელშეკრულება იდება ნების თავისუფალი გამოვლენის საფუძველზე, თუმცა, რეალურად, სამწუხაროდ, უთანასწორობის ელემენტი წინასახელშეკრულებო ურთიერთობის ეტაპზე მოქმედებს - კანდიდატი, ხშირად ეთანხმება იმ პირობებს და შეთავაზებებს, რასაც მას დამსაქმებელი სთავაზობს. ანალოგიური მდგომარეობაა, აგრეთვე, შრომითი ურთიერთობის არსებობის ეტაპზე, როდესაც დამსაქმებელი ფორმალურად ორმხრივი ნების გამოვლენის საფუძველზე, თუმცა, რეალურად, ცალმხრივად ცვლის სახელშეკრულებო პირობებს.

⁸⁶ შკ-ს მე-3 მუხლის მე-5 ნაწილი.

⁸⁷ შკ-ს მე-3 მუხლის პირველი ნაწილი.

⁸⁸ Cole, G. D. H., Attempts at General Union, A Study in British Trade Union History 1818 – 1834, 2011, 8. ხელმისაწვდომია ვებ-გვერდზე: <https://books.google.ge/books?id=YaBzZXueFFYC&pg=PR1&dq=Cole,+G.+D.+H.,+Attempts+at+General+Union,+A+Study+in+British+Trade+Union+History+1818+%E2%80%93+1834,+2011&hl=ka&sa=X&ved=0ahUKewjI0dG_scDjAhUKVBUIHdSYCzcQ6AEIjAA#v=onepage&q=Cole%2C%20G.%20D.%20H.%2C%20Attempts%20at%20General%20Union%2C%20A%20Study%20in%20British%20Trade%20Union%20History%201818%20%E2%80%93%202011&f=false>.

⁸⁹ საზოგადოების სახელი სპეციალურად იყო შერჩეული მისი მიზნის შესანიშნავად.

⁹⁰ დაწვრილებით იხ. „პროფკავშირების ისტორია საქართველოში“, 04.06.2014. ხელმისაწვდომია ვებ-გვერდზე: <<http://gtuc.ge>>.

⁹¹ მე-2 მუხლის მე-3 ნაწილის დ) ქვეპუნქტი, შრომის კანონთა კოდექსი, საქართველოს სსრ უმაღლესი საბჭოს უწყებები, 7, 30.07.1971 წ. ხელმისაწვდომია ვებ-გვერდზე: <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/30376>>.

შესაბამისად, შრომით ურთიერთობაში უთანასწორობის აღმოფხვრა დასაქმებულთა გაერთიანების ერთ-ერთი მიზანია.

დასაქმებულთა გაერთიანება საციცოცხლო როლს თამაშობს დამსაქმებელთა და დასაქმებულთა შორის ურთიერთობის გაჯანსაღებაში.⁹² ის ხელს უწყობს დავების რაციონალურად გადაწყვეტას და დასაქმებულებს რთულ სიტუაციებთან ადაპტაციაში ეხმარება.⁹³

დასაქმებულთა გაერთიანების დადებითი როლი იმაშიც მდგომარეობს, რომ მისი მეშვეობით მენეჯმენტი დასაქმებულს გადაწყვეტილების მიღების პროცესში რთავს, რითაც ეს უკანასკნელი თავს თვლის ორგანიზაციის ნაწილად,⁹⁴ რაც, საერთო ჯამში, მის შრომისუნარიანობაზე დადებითად აისახება.⁹⁵

დასაქმებულთა გაერთიანების წევრთა და არაწევრთა მდგომარეობის შედარებითმა ანალიზმა გამოავლინა, რომ გაერთიანების წევრობა და კოლექტიური მოლაპარაკება, ამცირებს სახელფასო დისპერსიას და მომუშავეთა უთანასწორობას. კერძოდ, „უთანასწორობა ანაზღაურებაში უფრო მაღალია იმ სამუშაო ადგილებზე, რომლებიც პროფესიულ კავშირებში არ არიან გაერთიანებულნი და მცირდება იმ მომუშავეებში, რომლებიც პროფკავშირების მფარველობის ქვეშ არიან მოქცეულნი“.⁹⁶

დასაქმებულთა გაერთიანების ფორმები და ტიპები

გაერთიანების თავისუფლებისა და ორგანიზაციის დაცვის შესახებ კონვენციის მეორე მუხლით, მუშაკთა და დასაქმებულთათვის განმტკიცებულია უფლება - წინასწარი ნებართვის გარეშე, საკუთარი არჩევანით, შექმნან ან შევიდნენ უკვე დაფუძნებულ დასაქმებულთა გაერთიანებებში. ეს უფლება შესაძლებელია, გახდეს დასაქმებულთა გაერთიანების მონოპოლიური ფორმის ჩამოყალიბების საფუძველი.⁹⁷ თუმცა, დასაქმებულთა სურვილის გარდა, გაერთიანების მონოპოლიური ფორმა შესაძლოა, გამოწვეული იყოს პირდაპირი ან არაპირდაპირი საკანონმდებლო მექანიზმების არსებობით.

პირდაპირი საკანონმდებლო მექანიზმი სახეზეა, როცა კანონმდებლობით პირდაპირ არის შეზღუდული ორგანიზაციაში, საქმიანობის ერთ მიმართულებაში ან რეგიონში ერთზე მეტი დასაქმებულთა გაერთიანების ჩამოყალიბება.⁹⁸

არაპირდაპირი შეზღუდვის დროს კი, საკანონმდებლო აქტით, განსაზღვრულია დასაქმებულთა გაერთიანების შექმნისათვის წევრთა მინიმალური რაოდენობა, რაც, თავის მხრივ, აფერხებს დასაქმებულებს, დამოუკიდებლად შექმნან დასაქმებულთა გაერთიანებები და უკვე არსებულ გაერთიანებაში გაწევრიანებისაკენ უბიძგებს.⁹⁹ ამასთან, კანონმდებლობით დადგენილი ვალდებულება, პირველადი (საწარმოს დონეზე შექმნილი) დასაქმებულთა გაერთიანება გახდეს ეროვნულ დონეზე არსებული გაერთიანების წევრი, ან საქმიანობის განხორციელებამდე, მიიღოს ამ უკანასკნელის დასტური, არის არაპირდაპირი შეზღუდვა, რომელიც ხელს უწყობს დასაქმებულთა გაერთიანების მონოპოლიური ფორმის ჩამოყალიბებას.¹⁰⁰

ცალკეულ შემთხვევებში, მონოპოლიური ფორმის დროს, დასაქმებულთა გაერთიანების დამოუკიდებლობის დონე იმდენად მაღალია, რომ მათ შეუძლიათ ზეწოლა მოახდინონ

⁹² *Iqbal, N.*, დასახ. ნაშრომი, 59-ე სქ., 9.

⁹³ *Shelley, S., Calvey M.*, Learning with Trade Unions, A Contemporary Agenda in Employment Relations, 2007, შემდგომი მითითებით: *Iqbal, N.*, დასახ. ნაშრომი, 48-ე სქ., 9.

⁹⁴ იქვე, *Iqbal, N.*, 15.

⁹⁵ გადაწყვეტილების მიღების პროცესში პროფესიული კავშირის ჩართულობას მოცემულია, აგრეთვე, პროფესიული კავშირების შესახებ საქართველოს ორგანული კანონის მე-19 მუხლით.

⁹⁶ *არნანია კეპულადე, თ.*, შრომის ბაზრის ფორმალური ინსტიტუტები: სტრუქტურა და მახასიათებლები, აკაკი წერეთლის სახელმწიფო უნივერსიტეტი, 4 (შემდგომი მითითებით, ხელმისაწვდომია ვებ-გვერდზე: <<http://atsu.edu.ge/EJournal/BLSS/eJournal/Papers/Economy/Arnania-KepuladzeTamila.pdf>>.), შემდგომი მითითებით *Freeman, R. B.*, Labor Market Institutions Around the World, CEP Discussion Paper No 844, LSE, 2008, 7.

⁹⁷ International Labour Organization, Freedom of Association and Collective Bargaining, 1994. 42. ტექსტი ხელმისაწვდომია ვებ-გვერდზე: <[http://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09661/09661\(1994-81-4B\).pdf](http://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09661/09661(1994-81-4B).pdf)>.

⁹⁸ იქვე. მაგ., ნიკარაგუა, ქუვეითი, მეხიკო.

⁹⁹ იქვე. მაგ., ზოლივია.

¹⁰⁰ იქვე, 43.

დამსაქმებელზე.¹⁰¹ მაგ., მონოპოლიური საქმიანობის ფორმა ჰქონდა „ჯენერალ მოტორსის“ დასაქმებულთა გაერთიანებას, როდესაც მან მიაღწია შეთანხმებას, რომ დასაქმებულთა გარკვეული ნაწილი მიიღებდა მთელი დღის ანაზღაურებას, ნახევარი დღის მუშაობის სანაცვლოდ.¹⁰² მონოპოლიური ტიპის დამსაქმებელთა გაერთიანებებს, ბიზნესის მსგავსად, შეუძლია აკონტროლონ საკუთარი „პროდუქტი“. დასაქმებულთა გაერთიანების შემთხვევაში, მათი „პროდუქტი“ - შრომაა.¹⁰³

დასაქმებულთა გაერთიანებების გავლენის შეფასება შრომის ბაზარზე ორი ძირითადი მაჩვენებლით ხდება. პირველი, ეს არის მასში გაწევრიანებულ დასაქმებულთა რაოდენობა, ხოლო მეორე - გაერთიანების მოქმედების ფარგლები. პირველ შემთხვევაში, გაერთიანების სიძლიერე დაკავშირებულია წევრთა რიცხოვნობასთან. მეორე შემთხვევაში, კავშირის მოქმედების მასშტაბი გულისხმობს კავშირის მიერ გაფორმებული ხელშეკრულებებით მოსარგებლე პირთა რაოდენობას. რაც უფრო დიდია ეს მასშტაბი, მით უფრო ძლიერია დასაქმებულთა გაერთიანება.¹⁰⁴ ამასთან, შესაძლებელია, რომ ასეთმა კოლექტიურმა ხელშეკრულებებმა მოიცვას კავშირის არაწევრი პირებიც. მაგალითად, 1990 წელს ესპანეთში პროფკავშირების ერთობლივი შეთანხმებიდან სარგებელი სამუშაო ძალის 80%-მა მიიღო, მიუხედავად იმისა, რომ პროფკავშირების წევრს მხოლოდ 11% წარმოადგენდა.¹⁰⁵ ამ კუთხით, საინტერესოა პროფესიული კავშირების შესახებ საქართველოს ორგანული კანონის მე-2 მუხლის პირველი პუნქტი, რომლის დისპოზიციის მიხედვითაც, ქართული პროფკავშირების საქმიანობის სფერო მხოლოდ საკუთარი წევრებით ამოიწურება.¹⁰⁶

ხშირად, დასაქმებულთა გაერთიანებები თავადაც ერთიანდებიან და დასაქმებულთა გაერთიანების კონფედერაციას ქმნიან.¹⁰⁷

საქართველოს კანონმდებლობა იცნობს დასაქმებულთა გაერთიანების ოთხ ტიპს - პირველად პროფესიულ ორგანიზაციას, პროფესიულ კავშირს, პროფესიული კავშირების ასოციაციას და პროფესიული კავშირების ეროვნულ გაერთიანებას.¹⁰⁸

პროფესიული კავშირები შეიძლება შეიქმნას დარგობრივი, საწარმოო, ტერიტორიული ან პროფესიულ სპეციფიკასთან დაკავშირებული სხვა ნიშნის მიხედვით.¹⁰⁹

საქართველოში 1992 წლიდან ფუნქციონირებს პროფესიული კავშირების გაერთიანება¹¹⁰, რომელიც პროფესიული კავშირების (ასოციაციების) და პროფესიული

¹⁰¹ ზეწოლა ძირითადად გამოიხატება მათი მხრიდან სამუშაოს შესრულებაზე უარის თქმაში.

¹⁰² *Iqbal, N.*, დასახ. ნაშრომი, 48-ე სქ., 12.

¹⁰³ *Bridgeman, M. A.*, Unions and Labour Laws, 2010, 72.ამასთან, სუსტ და ნაკლებად კვალიფიციურ დასაქმებულებს არ შეუძლიათ მათი მონოპოლიური მდგომარეობის თავის სასარგებლოდ გამოყენება, რადგანაც მათი პროდუქტი დამსაქმებელთან „ვაჭრობის“ საგანი არ არის. <https://books.google.ge/books?id=AN24VdgPbXgC&pg=PA3&lpg=PA3&dq=Bridgeman+M.A.,+Unions+and+Labour+Laws,+2010,&source=bl&ots=D_nLtVv5-9&sig=ZKuB87sEDztXu3a3fuKpCxrRhs8&hl=ka&sa=X&ved=0ahUKEwIl-8rRm9fLAhXmVhQKHTgNAKQ6AEIHdAC#v=onepage&q=Bridgeman%20M.A.%2C%20Unions%20and%20Labour%20Law%2C%202010%2C&f=false>.

¹⁰⁴ საქართველოს პროფესიული კავშირების მოძრაობა, საერთაშორისო გამჭვირვალობა - საქართველო, 2010, ხელმისაწვდომია: <<https://www.transparency.ge/ge/content/stub-102>>

¹⁰⁵ *მილნერი, ს., ნომბელა, გ.*, პროფესიული კავშირის სიმრავლე, ორგანიზაცია და გავლენა ესპანეთში, ეკონომიკური ეფექტიანობის განხილვის ცენტრი, დოკუმენტი 258, I, შემდგომი მითითებით წყაროზე 105-ე სქ., 3.

¹⁰⁶ „პროფესიული კავშირი არის საქართველოს სამოქალაქო კოდექსით განსაზღვრული წესით შექმნილი არასამეწარმეო (არაკომერციული) იურიდიული პირი, საქმიანობის მიხედვით - საერთო საწარმოო, პროფესიული ინტერესებით დაკავშირებულ პირთა (მუშაკთა) ნებაყოფლობითი საზოგადოებრივი გაერთიანება (ორგანიზაცია), რომლის მიზანია, თავისი წევრების შრომითი, სოციალურ-ეკონომიკური და სამართლებრივი უფლებებისა და ინტერესების დაცვა და წარმომადგენლობა.“

¹⁰⁷ *Fulton, L.*, დასახ. ნაშრომი, 56-ე სქ., კონფედერაციების სტრუქტურა განსხვავებულია ევროპის ქვეყნების მიხედვით: ზოგ ქვეყანაში არსებობს მხოლოდ ერთი კონფედერაცია, სადაც ყველა გაერთიანება არის შესული ან მსგავსი ტიპის კონფედერაციები შეიძლება ცალ-ცალკე იყოს წარმოდგენილი კერძო და საჯარო სექტორის დასაქმებულთა გაერთიანებებისათვის. ზოგ ქვეყანაში კონფედერაციები იყოფა დასაქმების ტიპისა და დასაქმებულთა განათლების დონის კუთხითაც (ფიზიკური და გონებრივი სამუშაოთი დასაქმებული პირები, უმაღლესი განათლების მქონე დასაქმებულები და სხვა).

¹⁰⁸ ტიპების თაობაზე დეტალური განმარტება, მოცემულია პროფესიული კავშირების შესახებ ორგანული კანონის მე-3-დან მე-6 მუხლებში.

¹⁰⁹ პროფესიული კავშირების შესახებ ორგანული კანონის მე-2 მუხლის მე-6 პუნქტი.

კავშირების ტერიტორიული გაერთიანებების კავშირია და თავის თავში აერთიანებს ოცდაერთ პროფესიულ კავშირს (ასოციაციას).¹¹¹ ისინი დარგობრივი ნიშნის მიხედვით არიან შექმნილები.¹¹²

დასაქმებულთა გაერთიანების დამოუკიდებლობა და აღიარება

დასაქმებულთა გაერთიანების მიზანი დასაქმებულთა ინტერესების დაცვაა. შესაბამისად, მათ უნდა ჰქონდეს დამოუკიდებლობის მაღალი ხარისხი და შესაძლებლობა, განახორციელონ თავიანთი საქმიანობა მესამე პირების მხრიდან ჩარევის გარეშე. ამასთან, ისინი არ უნდა იყვნენ დამსაქმებლების ან დამსაქმებელთა ორგანიზაციის მიერ პირდაპირ ან ირიბად კონტროლირებადი სუბიექტები.¹¹³

შკ-ს 40³-ე მუხლით განსაზღვრულია დასაქმებულთა გაერთიანებების საქმიანობაში ჩარევის აკრძალვა; თუმცა, კანონმდებელმა დასაქმებულთა გაერთიანების საქმიანობაში ჩარევა მხოლოდ ნეგატიური კუთხით განსაზღვრა.¹¹⁴ მიუხედავად ამისა, საკვებით შესაძლებელია, რომ დამსაქმებლის მხრიდან კონტროლი პოზიტიური გზითაც განხორციელდეს.¹¹⁵ რაც დამსაქმებელს საშუალებას მისცემს ირიბი კონტროლი განახორციელოს დასაქმებულთა გაერთიანების საქმიანობაზე.

დასაქმებულთა გაერთიანების აღიარება ერთ-ერთი აუცილებელი ეტაპია კოლექტიური მოლაპარაკების წარმართვისათვის. ამასთან, დასაქმებულისათვის მინიჭებული გაერთიანების თავისუფლება ავტომატურად არ ნიშნავს, რომ ასეთი გაერთიანება კოლექტიური მოლაპარაკების ეტაპზე აღიარებული იქნება, როგორც დასაქმებულების წარმომადგენელი.

დასაქმებულთა გაერთიანების აღიარების კრიტერიუმები და პროცედურები ქვეყნების მიხედვით სხვადასხვაა; თუმცა, გავრცელებული პრინციპის მიხედვით, დასაქმებულთა გაერთიანებას აღიარებისათვის უნდა ჰყავდეს განსაზღვრული რაოდენობის დასაქმებულები ან გარკვეული კატეგორიის დასაქმებულები.¹¹⁶ შკ-ს მიხედვით, დასაქმებულთა გაერთიანების აღიარებისათვის იგი შექმნილი უნდა იყოს პროფესიული კავშირების შესახებ საქართველოს ორგანული კანონითა და შსო-ის №87 და №98 კონვენციებით გათვალისწინებული მიზნებითა და წესით. მხოლოდ ამ გზით შექმნილი გაერთიანება ითვლება აღიარებულად კოლექტიური მოლაპარაკების წარმართვისა და კოლექტიური ხელშეკრულების დადების მიზნებისათვის.

პროფესიული კავშირების შესახებ ორგანული კანონის მიხედვით, პროფესიული კავშირის დაფუძნება შეიძლება სულ ცოტა, 50 პირის ინიციატივით,¹¹⁷ ხოლო პირველადი პროფესიული ორგანიზაციის შექმნისათვის საჭირო წევრთა მინიმალური ოდენობა განისაზღვრება პირველადი პროფესიული კავშირის მიერ.¹¹⁸

¹¹⁰ იხ. ვებ-გვერდი: <<https://www.gtuc.ge>>.

¹¹¹ 2019 წლის 6 მარტის მდგომარეობით.

¹¹² იხ. ისტორია; ხელმისაწვდომია ვებ-გვერდზე: <<http://gtuc.ge>>.

¹¹³ *Gernigon, B., Odero, A., Guido, H.*, დასახ. ნაშრომი, მე-2 სქ., 37. დასაქმებულთა გაერთიანების დამოუკიდებლობასა და მის საქმიანობაში ჩაურევლობას განამტკიცებს კოლექტიური მოლაპარაკების ორგანიზებისა და გამართვის პრინციპების შესახებ კონვენციის მე-2 მუხლი.

¹¹⁴ ჩარევად ითვლება ფინანსური ან სხვა საშუალებებით ხელის შეშლა, დასაქმებულთა გაერთიანებაზე კონტროლის მიზნით.

¹¹⁵ დამსაქმებლის მხრიდან დასაქმებულთა გაერთიანების ფინანსური დახმარება (რაც შეიძლება გამოიხატებოდეს სხვადასხვა ღონისძიებების დაფინანსებაში, გაერთიანების ხელმძღვანელთა მიმართ შეღავათებისა და უპირატესობების დაწესებაში და ა.შ.).

¹¹⁶ *Silva, S.*, დასახ. ნაშრომი, მე-6 სქ., 4. გაერთიანებულ სამეფოში არსებობს დასაქმებულთა აღიარების ნებაყოფლობითი და საკანონმდებლო სიბრტყეები. თუ დამსაქმებელი ნებაყოფლობით არ აღიარებს დასაქმებულთა გაერთიანებას, მათი აღიარება ხდება საკანონმდებლო წესით - ცენტრალურ საარბიტრაჟო კომიტეტისადმი მიმართვის გზით. დაწვრილებით იხ. <<https://www.nibusinessinfo.co.uk/content/meaning-and-types-trade-union-recognition>>.

¹¹⁷ პროფესიული კავშირების შესახებ საქართველოს ორგანული კანონის მე-2 მუხლის მე-9 პუნქტი.

¹¹⁸ საქართველოს რკინიგზელთა ახალი პროფესიული კავშირის პირველადი პროფკავშირული ორგანიზაციის დებულების 1.1 პუნქტის მიხედვით, პირველადი პროფკავშირული ორგანიზაციის შექმნისათვის საჭიროა

შესაბამისად, ეროვნული კანონმდებლობის მიხედვით, მხოლოდ ზემოაღნიშნული წესების დაცვითა და წევრების შრომითი, სოციალურ-ეკონომიკური და სამართლებრივი უფლებებისა და ინტერესების დაცვისა და წარმომადგენლობის მიზნით შექმნილი გაერთიანება (და არა პროფესიული ნიშნით შექმნილი ნებისმიერი გაერთიანება) არის კოლექტიური მოლაპარაკებისა და კოლექტიური ხელშეკრულების პოტენციური მხარე. ამას ადასტურებს შსო-ის №87 და №98 კონვენციებში მითითებული ტერმინიც – “workers organization”, რომელიც კონვენციის განმარტების ძირითადი და დამატებითი წესებისა და შსო-ის ექსპერტთა კომიტეტის მიერ გამოცემული კოლექტიური შეთანხმების შესახებ №91 რეკომენდაციის თანახმად, განისაზღვრება როგორც „პროფესიული კავშირი“ და არა დასაქმებულთა ნებისმიერი გაერთიანება.¹¹⁹

დასაქმებულთა გაერთიანების აღიარება გულისხმობს დამსაქმებლის/დამსაქმებელთა გაერთიანების მხრიდან კოლექტიური მოლაპარაკების წარმოების ვალდებულებას. გაერთიანების თავისუფლებისა და ორგანიზაციის დაცვის შესახებ კონვენციის მე-8 მუხლი დამსაქმებლებს ავალდებულებს გაერთიანების თავისუფლების უფლების პატივისცემასა და იმ საკანონმდებლო აქტების დაცვას, რომლებიც განამტკიცებენ ამ უფლებას. საქართველოს კანონმდებლობა დამსაქმებლებს ავალდებულებს, დასაქმებულთა გაერთიანებასთან აწარმოონ მოლაპარაკება და, შეთანხმების შემთხვევაში, დადოს კოლექტიური შეთანხმებები.¹²⁰

დასაქმებულთა გაერთიანების აღიარების მნიშვნელობა და მათთან კოლექტიური მოლაპარაკების წარმოების ვალდებულება ადამიანის უფლებათა და ძირითად თავისუფლებათა კონვენციის მე-11 მუხლითაც არის განმტკიცებული. კერძოდ, ადამიანის უფლებათა ევროპულმა სასამართლომ საქმეზე *Demir and Baykara v. Turkey*,¹²¹ განმარტა, რომ ადამიანის უფლებათა და ძირითად თავისუფლებათა კონვენციის მე-11 მუხლის პირველი პუნქტით განსაზღვრული გაერთიანების თავისუფლება თავის თავში მოიაზრება კოლექტიური მოლაპარაკების წარმართვის უფლებას, როგორც გაერთიანების თავისუფლების ერთ-ერთ სპეციალურ ასპექტს.¹²² სასამართლოს განმარტებით, მე-11 მუხლი, ნიგატიური ვალდებულების გარდა (სახელმწიფოს ვალდებულება არ შეზღუდოს გაერთიანების თავისუფლება), აგრეთვე, მოიაზრებს სახელმწიფოს პოზიტიურ ვალდებულებასაც, მიიღოს ყველა ზომა ასეთი გაერთიანების აღიარებისა და მისი საქმიანობის ხელშეწყობისათვის.¹²³

კონვენციის მე-11 მუხლთან მიმართებით პოზიტიური ვალდებულების კუთხით ანალოგიურ განმარტებას ვხვდებით საქმეებზე *Wilson, National Union of Journalists and Others v. the United Kingdom*¹²⁴ და *Gustafsson v. Sweden*.¹²⁵

დამსაქმებელი/დამსაქმებელთა გაერთიანება

კოლექტიური მოლაპარაკების ერთ-ერთი მხარე დამსაქმებელი/დამსაქმებელთა გაერთიანებაა.¹²⁶ დამსაქმებელი შესაძლებელია, იყოს ფიზიკური ან იურიდიული პირი ან

მინიმუმ 5 წევრის არსებობა. იხ. ვებ-გვერდი: <<https://railwayworkers.wordpress.com/%E1%83%93%E1%83%94%E1%83%91%E1%83%A3%E1%83%9A%E1%83%94%E1%83%91%E1%83%90/>>.

¹¹⁹ *ლიპარტელიანი, დ.*, 2013 წლის 4 ივნისს საქართველოს შრომის კოდექსში განხორციელებული ცვლილებები კოლექტიურ შრომით ურთიერთობებთან დაკავშირებით, შრომის სამართლის უახლესი ცვლილებების სამართლებრივი ასპექტები, გერმანიის საერთაშორისო თანამშრომლობის საზოგადოება (GIZ), 2014. 218. ხელმისაწვდომია ვებ-გვერდზე: <<http://lawlibrary.info/ge/>>.

¹²⁰ იხ. პროფესიული კავშირების შესახებ საქართველოს ორგანული კანონის მე-12 მუხლის მე-2 პუნქტი.

¹²¹ *Demir and Baykara v. Turkey*, European Court of Human Rights, Grand Chamber, 2008. ხელმისაწვდომია ვებ-გვერდზე: <[http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-89558#{"itemid":\["001-89558"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-89558#{)>.

¹²² 109-ე ნაწილი.

¹²³ 110-ე ნაწილი.

¹²⁴ *Wilson, National Union of Journalists and Others v. the United Kingdom*, European Court of Human Rights, 2002, par. 41. ხელმისაწვდომია ვებ-გვერდზე: <[http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-60554#{"itemid":\["001-60554"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-60554#{)>.

¹²⁵ *Gustafsson v. Sweden*, European Court of Human Rights, Grand Chamber, 1996, par. 45. ხელმისაწვდომია ვებ-გვერდზე: <[http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57993#{"itemid":\["001-57993"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57993#{)>.

¹²⁶ საქართველოში დამსაქმებელთა ასოციაცია (იხ. ვებ-გვერდი: <<http://www.employer.ge>>) 2000 წელს დაარსდა. მისი ძირითადი ამოცანა დამსაქმებელთა ეკონომიკური და სამართლებრივი ინტერესების დაცვაა.

პირთა გაერთიანება, რომლისთვისაც, შრომითი ხელშეკრულების საფუძველზე, სრულდება გარკვეული სამუშაო.

დამსაქმებელთა გაერთიანება ნებაყოფლობითობის საფუძველზე შექმნილი გაერთიანებაა, რომლის ერთ-ერთი ფუნქციაც დამსაქმებლის წარმომადგენლობაა კოლექტიურ მოლაპარაკებაში.¹²⁷ გაწვერიანება დამსაქმებელთა გაერთიანებაში ნებაყოფლობითია.¹²⁸

დამსაქმებელთა უმეტესობის მიდგომა დასაქმებულთა გაერთიანებასთან და, ზოგადად, კოლექტიურ მოლაპარაკებასთან მიმართებით, სკეპტიკურია. ამის მიზეზად სახელდება ის გარემოება, რომ, დასაქმებულთა გაერთიანების არსებობის პირობებში, სამუშაო გარემო კონტროლირებადი ხდება მაშინ, როცა, მის გარეშე, დამსაქმებლები სამუშაო პროცესის მართვაში უფრო მეტად თავისუფლები არიან.¹²⁹

დასაქმებულთა გაერთიანების არსებობისას, დამსაქმებელი შეზღუდულია ისეთი ტექნოლოგიის შემოტანით, რომელიც ჩაანაცვლებს დასაქმებულს, რადგანაც მას უჩნდება ვალდებულება, დასაქმებულს სანაცვლო სამუშაო ადგილი შესთავაზოს ან გადაუხადოს კომპენსაცია.¹³⁰ დამსაქმებელთა დიდი ნაწილი თვლის, რომ დასაქმებულთა გაერთიანებები ურთიერთობას მეტად ფორმალურს ხდის,¹³¹ რაც აბრკოლებს დასაქმებულებთან ინდივიდუალურ დონეზე ურთიერთობის დარეგულირებას.¹³² მათი აზრით, დასაქმებულთა მაღალკვალიფიციურობის პირობებში, თანამედროვე შრომითმა ურთიერთობამ დაკარგა კლასიკური შრომითი ურთიერთობისათვის დამახასიათებელი „ქვემდებარების ელემენტი“ და აღარ არსებობს ნაკლებად დაცულ მდგომარეობაში მყოფი, „სუსტი“ დასაქმებული. შესაბამისად, დასაქმებულთა გაერთიანების ფუნქციაც, დამსაქმებლისაგან დაიცვას შრომითი ურთიერთობის სუსტი მხარე, გაუქმებულია, მით უფრო, რომ, დასაქმებულთა შრომის პირობების გაუმჯობესებისა და წახალისების კუთხით, დასაქმებულთა გაერთიანებები ადამიანური რესურსების მართვის სამსახურმა ჩაანაცვლა, რომელიც ორიენტირებულია დასაქმებულთა ხელშეწყობაზე, რადგან კმაყოფილი დასაქმებული კომპანიის წარმატების საწინდარია.

კოლექტიური ხელშეკრულება

კოლექტიური მოლაპარაკების ერთ-ერთი ლოგიკური დასასრული მხარეთა მიერ კოლექტიური ხელშეკრულების დადებაა. შსო-ის კოლექტიური ხელშეკრულებების რეკომენდაცია¹³³ ამ ხელშეკრულებას განმარტავს, როგორც წერილობითი ფორმის ხელშეკრულებას, რომელიც ეხება სამუშაო პირობებს და იდება, ერთი მხრივ, დამსაქმებელს, დამსაქმებელთა ჯგუფს ან ერთ/რამდენიმე დამსაქმებელთა ორგანიზაციას შორის, ხოლო, მეორე მხრივ, ერთ ან რამდენიმე დასაქმებულთა გაერთიანებას, ან, ასეთი

საქართველოს დამსაქმებელთა ასოციაცია ეროვნულ დონეზე განხორციელებული კოლექტიური მოლაპარაკების/დადებული კოლექტიური ხელშეკრულების მხარე არ ყოფილა.

¹²⁷ დანარჩენი ფუნქციები მოიცავს ლობირებას, საზოგადოებასთან ურთიერთობას, დებატებისათვის გარემოს შექმნასა და სპეციალიზებული სერვისების (ტრენინგების, სემინარების) შეთავაზებას. იხ. *Addison, J.T, Schnabel, C.*, International Handbook of Trade Unions, 2003, 485.

¹²⁸ მიუხედავად ამის, მაგალითად, ავსტრიაში კოლექტიური ხელშეკრულების მხარეები არიან დასაქმებულთა გაერთიანება და სავაჭრო პალატა, რომელიც წარმოადგენს დამსაქმებლებს და დამსაქმებლები კანონის ძალით, ავტომატურად, შედიან ამ პალატაში. პალატა წარმოადგენს დამსაქმებლებს კოლექტიური მოლაპარაკების დროსაც. *Fulton, L.*, დასახ. ნაშრომი, 56-ე სქ.

¹²⁹ *Colosi, T. R., Berkeley, A. E.*, Collective Bargaining: How It Works and Why, Third Edition, 2008, 14. ხელმისაწვდომია ვებ-გვერდზე: <https://books.google.ge/books?id=hV6vRQZtH7IC&pg=PR11&lpq=PR11&dq=Collective+Bargaining:+How+It+Works+and+Why,+Third+Edition&source=bl&ots=oM7_29qMAS&sig=T4wdHfMF33nbl_MtoCYxjksUxSc&hl=en&sa=X&ved=0ahUKEwiX4OiVl6rLAhXJfywKHRqXAtwQ6AEIHZAB#v=onepage&q=Collective%20Bargaining%3A%20How%20It%20Works%20and%20Why%2C%20Third%20Edition&f=false>.

¹³⁰ იქვე, 15. შრომითი ხელშეკრულების შეწყვეტის შემთხვევაში კომპენსაციის გადახდის ვალდებულებას ითვალისწინებს, აგრეთვე შკ-ის 38-ე მუხლის პირველი ნაწილი.

¹³¹ იქვე.

¹³² *Colosi, T. R., Berkeley, A. E.*, დასახ. ნაშრომი, 129-ე სქ., 16.

¹³³ Collective Agreements Recommendation, No. 91, 1951. ხელმისაწვდომია ვებ-გვერდზე: <http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_ILO_CODE:R091>.

გაერთიანების არარსებობის შემთხვევაში, დასაქმებულთა მიერ კანონმდებლობის საფუძველზე არჩეულ წარმომადგენელს შორის.

შე არ იძლევა კოლექტიური ხელშეკრულების დეფინიციას, თუმცა იგი მოცემულია პროფესიული კავშირების შესახებ საქართველოს ორგანულ კანონში.¹³⁴

შესაბამისად, კოლექტიური შრომითი ხელშეკრულების საგანი, ინდივიდუალურ შრომით ხელშეკრულებასთან შედარებით, უფრო ფართოა. ინდივიდუალური შრომითი ხელშეკრულება (მისი კანონმდებლობით დადგენილი, არსებითი პირობების გათვალისწინებით), როგორც წესი, აწესრიგებს მხოლოდ შრომითსამართლებრივი საკითხებს მაშინ, როცა კოლექტიური შრომითი ხელშეკრულება, შრომით საკითხებთან ერთად, მოიცავს სოციალურ და პროფესიულ საკითხებსაც.

შრომითი, სოციალური და პროფესიული ურთიერთობები წარმოადგენს კოლექტიური შრომითი ხელშეკრულების არსებით პირობებს. შუა პირდაპირ არ ითვალისწინებს მხარეთა მიერ, კოლექტიური ხელშეკრულების ფარგლებში, სოციალურ და პროფესიულ საკითხებზე შეთანხმებას; თუმცა, ამაზე ირიბ მითითება კეთდება კოდექსის 41-ე მუხლის მე-3 ნაწილში („მხარეები თავად განსაზღვრავენ კოლექტიური ხელშეკრულების პირობებს“) და 49-ე მუხლის მე-2 ნაწილში („კოლექტიური ხელშეკრულება... აწესრიგებს დამსაქმებელსა და დასაქმებულს შორის ურთიერთობას...“), რაც სოციალურ და პროფესიულ ურთიერთობაზე შეთანხმებასაც მოიაზრებს.

კოლექტიური ხელშეკრულება სახელშეკრულებო სამართლის პრინციპებს ექვემდებარება. საქართველოს კანონმდებლობა ავალდებულებს დამსაქმებელს, დასაქმებულთა გაერთიანების მოთხოვნის შემთხვევაში, აწარმოოს კოლექტიური მოლაპარაკება, თუმცა კოლექტიური ხელშეკრულების დადება არ ავალდებულებს.¹³⁵ კოლექტიური მოლაპარაკების საფუძველზე ხელშეკრულება იდება მხოლოდ მხარეთა მიერ შეთანხმების მიღწევის შემთხვევაში.¹³⁶ ეროვნული კანონმდებლობისაგან განსხვავებით, სადაც კოლექტიური მოლაპარაკების წარმოების ვალდებულება მხარეთა შორის წინასახელშეკრულებო შრომითი ურთიერთობების წარმოშობის საფუძველია, საერთო სამართლის სისტემის ქვეყნებში კოლექტიური მოლაპარაკება არ აყალიბებს საფუძველს შრომითსამართლებრივი ურთიერთობის წარმოშობისათვის. „როცა [კოლექტიური მოლაპარაკება] ორიენტირებულია ხელშეკრულების დადებაზე, იგი ახდენს მის მოდიფიცირებას, თუმცა არ ცვლის ინდივიდუალურ შრომითსამართლებრივ ხელშეკრულებას, ვინაიდან კოლექტიური მოლაპარაკების შედეგად დადებული ხელშეკრულება თავად არ წარმოშობს შრომითსამართლებრივ ურთიერთობას“¹³⁷. საქმეზე

¹³⁴ კოლექტიური ხელშეკრულება არის „ხელშეკრულება დამსაქმებელს, საწარმოს, ორგანიზაციას, დაწესებულებასა და პროფესიული კავშირის ორგანიზაციას შორის, რომელიც არეგულირებს მხარეთა შრომით, სოციალურ და პროფესიულ ურთიერთობებს“ - მე-3 მუხლის ო) პუნქტი.

¹³⁵ განსხვავებით, მაგალითად, საფრანგეთისაგან, სადაც კანონმდებლობა ავალდებულებს დამსაქმებელს, აწარმოოს მოლაპარაკება, დადოს კოლექტიური ხელშეკრულება და პერიოდულად შეიტანოს მასში ცვლილებები. იხ. *Aukje, A.H. van Hoek*, Collective Agreements and Individual Contracts of Employment in Labour Law: The Netherlands, vol 6.4 Electronic Journal Of Comparative Law, December 2002, 252. ხელმისაწვდომია ვებ-გვერდზე: <<http://www.ejcl.org/64/art64-15.html>>.

¹³⁶ პროფესიული კავშირების შესახებ საქართველოს ორგანული კანონის მე-12 მუხლის მე-2 პუნქტი. ამ საკითხს ეხება საქართველოს პედაგოგთა და მეცნიერთა თავისუფალი პროფკავშირების ადმინისტრაციული სარჩელი საქართველოს განათლებისა და მეცნიერების სამინისტროს წინააღმდეგ (ადმინისტრაციულ და სხვა კატეგორიის საქმეთა პალატა, 2008 წლის 29 მაისი. საქმე №ს-390-375(კ-08), სადაც მოსარჩელე მოპასუხისაგან მოითხოვდა ქმედების განხორციელებას - პროფკავშირებთან მოლაპარაკების წარმოებას კოლექტიური შეთანხმების დადების მიზნით. მოსარჩელე თავის მოთხოვნას აფუძნებდა პროფესიული კავშირების შესახებ საქართველოს კანონსა და ზოგადი განათლების შესახებ საქართველოს კანონს. მოსარჩელის განმარტებით, პროფესიული კავშირების შესახებ საქართველოს კანონის მე-3 მუხლის მე-15 ნაწილი იძლევა დარგობრივი (სატარიფო) შეთანხმების ცნებასა და აღმასრულებელ ხელისუფლებას განსაზღვრავს, როგორც აღნიშნული შეთანხმების ერთ-ერთ მხარეს, ხოლო ზოგადი განათლების შესახებ კანონის 26-ე მუხლი კი იძლევა საქართველოს განათლებისა და მეცნიერების სამინისტროს უფლებამოსილებას ზოგადი განათლების სფეროში. საქმე სამივე ინსტანციის სასამართლომ განიხილა. საბოლოოდ, მოსარჩელის მოთხოვნა დაკმაყოფილდა და მოპასუხეს დაევალა კოლექტიური მოლაპარაკების წარმოება, კოლექტიური ხელშეკრულების დადების მიზნით.

¹³⁶ მე-3 მუხლის მე-5 მუხლის მე-3 ნაწილი.

¹³⁷ *Silva S.*, დასახ. ნაშრომი, მე-6 სქ., 3.

J. I. Case Co. V. National Labor Relations Board,¹³⁸ აშშ-ს უზენაესი სასამართლომ განმარტა, რომ კოლექტიური ხელშეკრულება განსაზღვრავს შრომითი ურთიერთობის პირობებს, თუმცა თავად არ წარმოშობს [ინდივიდუალურ] შრომით ურთიერთობას. სასამართლომ მაგალითისათვის მოიყვანა კარიერის მიერ ტარიფებისა და სადაზღვეო ზედამხედველების მიერ დაზღვევის სტანდარტული პირობების დადგენის შემთხვევები, რომლებიც, თავის მხრივ, არ წარმოშობს სახელშეკრულებო ურთიერთობას, არამედ ქმნის საფუძველს ასეთი ურთიერთობებისათვის.

როგორც ზემოთ აღინიშნა, კოლექტიური ხელშეკრულებას დასაქმებულის დაცვის ფუნქცია აქვს. იგი, როგორც წესი, აწესებს დაცვის მინიმალურ სტანდარტებს (მინიმალური შრომის ანაზღაურება, პრემიის მინიმალური ოდენობა და ა.შ.).¹³⁹ შესაბამისად, მხარეები უფლებამოსილნი არიან, შრომის ხელშეკრულებით დასაქმებულისათვის უკეთესი პირობები განსაზღვრონ.¹⁴⁰ ამასთან, ამ მიმართულებით, მეორე მიდგომა არსებობს: მაგალითად, ნორვეგიაში, კოლექტიური ხელშეკრულება ადგენს როგორც ზედა, ისე ქვედა სტანდარტს და შრომითი ხელშეკრულებით ვერ განისაზღვრება მისგან განსხვავებული ნორმები.¹⁴¹

პირველი მიდგომა, ალბათ, უფრო მისაღებია, რადგანაც, შრომითი ურთიერთობის ინდივიდუალური ხასიათიდან და დასაქმებულის პირადი და პროფესიული ცოდნისა და უნარ-ჩვევების გათვალისწინებით, შრომითი ხელშეკრულების პირობები შესაძლოა, განსხვავებული იყოს. შესაბამისად, კოლექტიური ხელშეკრულებით დადგენილი ზედა ზღვარი გაუმართლებლად ზღუდავს დამსაქმებელს შევიდეს შრომით ურთიერთობაში მისი კომპანიისათვის საჭირო, მაღალანაზღაურებად კანდიდატთან.

კოლექტიური ხელშეკრულების მხოლოდ ძალა და ბოჭვის ფარგლები

კოლექტიური ხელშეკრულება ექვემდებარება სახელშეკრულებო სამართლის პრინციპებს და, ხელშეკრულებების სხვა ტიპების მსგავსად, მასაც აქვს მხოლოდ ძალა. კოლექტიური ხელშეკრულების მხოლოდ ძალის საკითხი განსხვავებულად არის მოწესრიგებული კონტინენტური და საერთო სამართლის სისტემის ქვეყნებში.

კონტინენტური ევროპის სამართლის სისტემის ქვეყნებში კოლექტიური ხელშეკრულების მიმართ მოქმედებს *pacta sunt servanda*¹⁴² პრინციპი და ის განიხილება როგორც მხოლოდ ძალის მქონე შეთანხმება ხელშეკრულებით მხარეებისათვის.¹⁴³ კოლექტიური ხელშეკრულებების შესახებ რეკომენდაციის მე-3 მუხლითაც იგივე დასტურდება.

გაერთიანებულ სამეფოში კოლექტიური ხელშეკრულება „ჯენტლმენური შეთანხმების“ სტატუსით სარგებლობს და არ წარმოშობს სამართლებრივ შედეგებს, „რადგანაც მხარეებს ამის ნება არ გამოუხატავთ“.¹⁴⁴ შესაბამისად, გაერთიანებულ სამეფოში კოლექტიური ხელშეკრულების მხოლოდ ძალის ხასიათისათვის აუცილებელია, რომ ის

¹³⁸ J. I. Case Co. v. National Labor Relations Board, 321 U.S. 332 (64 s.ct. 576, 88 l.ed. 762) United States Supreme Court. ხელმისაწვდომია ვებ-გვერდზე: <<https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/321/332>>.

¹³⁹ მაგალითად, კოლექტიური ხელშეკრულება გერმანიაში მინიმალურ სტანდარტებს ადგენს.

¹⁴⁰ მსგავსი მიდგომა აქვს ფინეთს, ნორვეგიას, შვედეთსა და დანიას. *Malmberg, J., Wahlgren, P., The Collective Agreement as an Instrument for Regulation of Wages and Employment Conditions, Scandinavian Studies in Law, 2002, Vol. 43, 199.* ხელმისაწვდომია ვებ-გვერდზე: <<http://arbetsratt.juridicum.su.se/Filer/PDF/Jonas%20Malmberg/25.pdf>>.

¹⁴¹ მიუხედავად ამისა, სამართლოს მიერ დადგენილი ეს მიდგომა უკვე მოძველდა. ახალი სასამართლო პრაქტიკით, კოლექტიური ხელშეკრულება აწესებს მინიმალურ სტანდარტებს. *Malmberg, J., Wahlgren P., დასახ. ნაშრომი, 154-ე სქ., 200.*

¹⁴² „ხელშეკრულება უნდა შესრულდეს“.

¹⁴³ *Blanpain, R., European Labour Law, Eleventh revised edition, Kluwer Law International, 2008., 264.*

¹⁴⁴ ამ მიდგომას საფუძველი 1969 წელს უზენაესი სასამართლოს მიერ მიღებულმა გადაწყვეტილებამ ჩაუყარა, რითაც დადგინდა პრეზუმფცია, რომ კოლექტიური შეთანხმება სამართლებრივად მხოლოდ ძალის არაა, გარდა იმ შემთხვევისა, როცა მხარეებმა აშკარად გამოხატეს ნება შებოჭილიყვნენ ასეთი შეთანხმებით. *Barrow, C., Industrial Relations Law, second edit., 2002, 151.* კოლექტიურ ხელშეკრულებებს მხოლოდ ძალა არ აქვთ, აგრეთვე ირლანდიაში და კვიპროსში. იხ. *Collective bargaining - Published by ETUI (European Trade union Institute) 2009.* ხელმისაწვდომია ვებ-გვერდზე: <<https://www.etui.org/Publications2/Books/Collective-bargaining-in-Europe-towards-an-endgame.-Volume-I-volume-II-volume-III-and-volume-IV>>.

დადებული იყოს წერილობითი ფორმით და შეიცავდეს მხარეთათვის მისი სავალდებულო ხასიათის შესახებ ჩანაწერს. მხოლოდ ამ მოთხოვნების დაკმაყოფილების შემთხვევაშია იგი ორმხრივად მბოჭავი.¹⁴⁵ ევროპის ზოგიერთ ქვეყანაში,¹⁴⁶ სადაც კოლექტიური ხელშეკრულება მბოჭავი ხასიათისაა, არსებობს ხელშეკრულების სექტორულ დონეზე მოქმედების გავრცელების პრაქტიკა. კერძოდ, სექტორულ დონეზე დადებული შეთანხმება მბოჭავია ამ სექტორის ყველა დასაქმებულისა და დამსაქმებლის მიმართ, იმისდა მიუხედავად, არიან თუ არა ისინი ამ ხელშეკრულების მხარეები.

დამსაქმებელთა და დასაქმებულთა გაერთიანებების მიერ ეროვნულ დონეზე დადებული კოლექტიური ხელშეკრულების მოქმედების ქვედა დონეზე (მაგ. სექტორული, ინდუსტრიული და ა.შ) გავრცელების პრაქტიკა, მნიშვნელოვნად მოქმედებს შრომითი ურთიერთობის განვითარებაზე. მაგალითად, გაერთიანებულ სამეფოში (სადაც ქვედა დონეებზე ხელშეკრულების მოქმედების გავრცელების პრაქტიკა არაა)¹⁴⁷ კომპანია ფორდი¹⁴⁸ დასაქმებულებთან დამოუკიდებლად წარმართავს კოლექტიურ მოლაპარაკებებს და დებს კოლექტიურ ხელშეკრულებებს ისე, რომ არაა დამსაქმებელთა გაერთიანების აქტიური წევრი. ბელგიაში კი, სადაც, ქვედა (სექტორულ) დონეზე, დამკვიდრებულია ხელშეკრულების გავრცელების პრაქტიკა, ფორდი დამსაქმებელთა გაერთიანების - „აგორიას“¹⁴⁹ აქტიური წევრია. ამრიგად „აგორიას“ მიერ სექტორულ დონეზე დადებული ხელშეკრულება „ფორდის“ მიერ პოტენციურად დასაძებ კოლექტიურ ხელშეკრულებაზე გავრცელდება. შესაბამისად, კოლექტიური ხელშეკრულების ქვედა დონეებზე მოქმედების გავრცელების პრაქტიკა დამსაქმებელთა გაერთიანებების როლს აძლიერებს და მეტად ცენტრალიზებულს ხდის შრომით ურთიერთობებს.¹⁵⁰

შკ-ის მიხედვით, კოლექტიურ ხელშეკრულებაში ზუსტად უნდა იყოს განსაზღვრული ხელშეკრულების სუბიექტები¹⁵¹ და კოლექტიური ხელშეკრულებით გათვალისწინებული მათზე დაკისრებული ვალდებულებები.¹⁵² შესაბამისად, ქართველი კანონმდებელი ხელშეკრულების მხარეებს არ აძლევს საშუალებას, ხელშეკრულების მოქმედება დარგის/სექტორის სხვა ქვემდგომ სუბიექტზე გაავრცელოს, თუმცა ეს არ გამოიციხავს, რომ დამსაქმებელსა და დასაქმებულთა გაერთიანებას შორის დადებული კოლექტიური ხელშეკრულება გავრცელდეს დამსაქმებლის პოტენციურ დასაქმებულზე, რომელიც დამსაქმებელთან შრომით ურთიერთობაში კოლექტიური ხელშეკრულების დადების შემდეგ შევა. ამ შემთხვევაში, კოლექტიური ხელშეკრულება წარმოადგენს სკ-ს 349-ე – 351-ე მუხლებით განსაზღვრულ მესამე პირის სასარგებლოდ დადებულ ხელშეკრულებას.¹⁵³

მესამე პირის სასარგებლოდ დადებული ხელშეკრულების მაგალითს წარმოადგენს სს საქართველოს რკინიგზასა და საქართველოს რკინიგზელთა პროფესიულ კავშირს შორის 2013-2014 წლებში მოქმედი კოლექტიური ხელშეკრულება, რომელიც მოიცავდა ყველა თანამშრომელს, რომელიც სს საქართველოს რკინიგზაში მუშაობდა ხელშეკრულების ხელმოწერის მომენტისათვის, აგრეთვე, იმათ, ვინც ხელშეკრულების ხელმოწერის შემდეგ დასაქმდა.¹⁵⁴

¹⁴⁵ ასეთი ჩანაწერის არარსებობის შემთხვევაში, სასამართლო ეყრდნობა ხელშეკრულების დადების დროს მხარეთა ნებას, კერძოდ იმას, დასტურდება თუ არა გარემოება, რომ ხელშეკრულების დადებისას ფიქსირდებოდა მხარეთა სურვილი ხელშეკრულების სავალდებულო ხასიათზე.

¹⁴⁶ ბელგია, საფრანგეთი, ნიდერლანდები, გერმანია.

¹⁴⁷ ინდუსტრიულ დონეზე მოლაპარაკების წარმართვის შემთხვევაშიც კი, ხელშეკრული მხარეები ამ შეთანხმებით არ არიან შეზღუდული. დამსაქმებელი არ არის შეზღუდული დამსაქმებელთა ასოციაციის მიერ დადებული შეთანხმებით, მაშინაც კი, როცა იგი მისი წევრია. *Fulton L.*, დასახ. ნაშრომი, 56-ე სქ.

¹⁴⁸ Ford Motors Co.

¹⁴⁹ Agoria, ტექნოლოგიური ინდუსტრიის ყველაზე მსხვილი დამსაქმებელთა გაერთიანება. დაწვრილებით იხ. ვებ-გვერდი: <<http://agoria.be/www.wsc/rep/prg/ ApplContent?sessionlid=1>>.

¹⁵⁰ ასეთი ნორმის არ არსებობისას, სასამართლო ამოწმებს მხარეთა ნებას სავალდებულოდ ექციათ შეთანხმება.

¹⁵¹ შკ-ს 43-ე მუხლის მე-6 ნაწილი.

¹⁵² შკ-ს 43-ე მუხლის მე-7 ნაწილი.

¹⁵³ სადაც მესამე პირი (პოტენციური დასაქმებელი) დამოუკიდებელი მოთხოვნის მქონე სუბიექტია, რომელსაც უფლება აქვს კოლექტიური ხელშეკრულებით განსაზღვრული შესრულება მოითხოვოს მოვალისაგან (დამსაქმებლისაგან).

¹⁵⁴ იხ. ხელშეკრულების პრეამბულა. ხელმისაწვდომია ვებ-გვერდზე: <<https://ilovanski.wordpress.com>>. ანალო - გიური მიდგომა დამკვიდრებულია გერმანიაშიც - დასაქმებულთა გაერთიანებას და დამსაქმებელს შორის

საინტერესოა, შესაძლებელია თუ არა ერთ დამსაქმებელთან რამდენიმე კოლექტიური ხელშეკრულების დადება. გერმანიაში, ზოგადი წესის მიხედვით, ერთ დამსაქმებელთან, უმეტეს შემთხვევაში, იდება ერთი კოლექტიური ხელშეკრულება, (გარდა გამონაკლისი შემთხვევებისა), თუმცა, 2010 წელს სასამართლო პრაქტიკით დადგინდა, რომ ერთ დამსაქმებელთან რამდენიმე კოლექტიური ხელშეკრულების დადება შესაძლებელია.¹⁵⁵

ანალოგიურ ჩანაწერს შეიცავს შკ-ს 43-ე მუხლიც - ნორმის დისპოზიცია არ უკრძალავს ერთ საწარმოში არსებულ რამდენიმე დასაქმებულთა გაერთიანებას, დამსაქმებელთან, ერთმანეთისაგან დამოუკიდებლად, აწარმოოს მოლაპარაკება და დამოუკიდებლად დადოს კოლექტიური ხელშეკრულება.

კოლექტიური შრომითი ხელშეკრულება და ინდივიდუალური შრომითი ხელშეკრულება

კოლექტიური ხელშეკრულება მხარეთა მიერ შეთანხმებული ან განუსაზღვრელი ვადით იდება.¹⁵⁶ ცალკეულ ქვეყნებში¹⁵⁷ კოლექტიური ხელშეკრულებით განსაზღვრული ვადის გასვლის მიუხედავად, კოლექტიური ხელშეკრულებით განსაზღვრულ ნორმებს „განგრძობადი“ მოქმედების ძალა აქვთ. ისინი გავლენას ახდენს ინდივიდუალურ შრომით ხელშეკრულებაზე კოლექტიური ხელშეკრულების მოქმედების ვადის გასვლის შემდეგაც.¹⁵⁸ ამასთან „განგრძობადობის“ ხანგრძლივობა განუსაზღვრელი არ არის. იგი შეიძლება, შემოიფარგლებოდეს მხარეთა შეთანხმებით (სანამ არ მოხდება მათი გაუქმება ან შეცვლა კოლექტიური ან ინდივიდუალური ხელშეკრულებით¹⁵⁹), ან კანონით განსაზღვრული ვადით.¹⁶⁰

კოლექტიური ხელშეკრულების „განგრძობადი“ მოქმედების ძალა, ხელშეკრულების ვადის გასვლის გარდა, ერთ-ერთი მხარის მიერ მისი შეწყვეტის შემთხვევაშიც შეიძლება, მოქმედებდეს. მაგალითად, დანიაში ერთ-ერთი მხარის მიერ ხელშეკრულების შეწყვეტის შესახებ ნების გამოვლენის შემთხვევაში, კოლექტიური ხელშეკრულება აგრძელებს მოქმედებას, ვიდრე მხარეები არ დადებენ ახალ ხელშეკრულებას.¹⁶¹

კოლექტიური ხელშეკრულების მოქმედების „განგრძობითობის“ მიზანი მხარეთა ინტერესებისა და შრომის სტაბილურობის დაცვაა. კოლექტიური მოლაპარაკება დროში გაწელილი პროცესია და შესაძლებელია, რომ კონსენსუსის მიუღწევლობის გამო მხარეებმა ვერ დადონ კოლექტიური ხელშეკრულება. შემდეგ იწყება მოლაპარაკების ახალი ეტაპი და ა.შ.

დადებული კოლექტიური ხელშეკრულების დებულებები დასაქმებულზე ვრცელდება, მიუხედავად იმისა, იცის თუ არა მან ამის შესახებ იცავს მის უფლებებს მაშინაც კი, როცა ის უშუალოდ არ მონაწილეობდა მოლაპარაკების პროცესში (*Sargent, M., Lewis, D., Employment Law, 2006, 424, Iqbal, N.*, დასახ. ნაშრომი, 48-ე სქ., 3.)

¹⁵⁵ *Fulton, L.*, დასახ. ნაშრომი, 56-ე სქ.

¹⁵⁶ შკ-ის 43-ე მუხლის მე-2 ნაწილი. ევროპის ქვეყნებში (გერმანია, ბელგია, საფრანგეთი) შრომის ანაზღაურებასთან დაკავშირებულ საკითხებზე დადებული კოლექტიური ხელშეკრულებები, როგორც წესი, ერთი წლის ვადით იდება; თუმცა, ასევე შრომის ანაზღაურების თემატიკის მომცველი ხელშეკრულება გაერთიანებულ სამეფოში განუსაზღვრელი ვადით იდება. მხარეთა შეთანხმების გარდა, კოლექტიური ხელშეკრულების მოქმედების ვადა ზოგიერთ ქვეყანაში (სინგაპური, ტაილანდი, ჩინეთი) საკანონმდებლო დონეზეა დარეგულირებული. *Blanpain, R., Comparative Labour Law and Industrial Relations in Industrialized Market Economies, Wolters Kluwer, 2007, 621.* იხ., აგრეთვე, *Barthélémy & Associés, France*, in "Collective Bargaining Agreement", *Jus labouris*, 2005, 12.

¹⁵⁷ გერმანია, ავსტრია, ნიდერლანდები, დანია, სლოვაკეთი, საბერძნეთი.

¹⁵⁸ *Aukje, A. H.*, დასახ. ნაშრომი, 135-ე სქ., 257.

¹⁵⁹ *Seweryński, M., Collective Agreements and Individual Contracts of Employment, Kluwer, 2003, 194.*

¹⁶⁰ სლოვაკეთის კანონმდებლობით (კოლექტიური შეთანხმების აქტის მე-17 მუხლი (Official Gazette of the RS, No.43/2006), ვადაგასული კოლექტიური ხელშეკრულება მოქმედებს ახალი ხელშეკრულების დადებამდე, მაგრამ არაუმეტეს ერთი წლისა. იხ. ECJ Case C-328/13. ხელმისაწვდომია ვებ-გვერდზე: <http://www.labourlawnetwork.eu/national_labour_law/implications_of_ecj_rulings/_implications_of_ecj_rulings/prm/191/v__detail/id__4986/category__31/index.html>.

¹⁶¹ Art. 7.2, Basic Agreements 1992.

დანის სამართლის მიხედვით, დებულება, რომელიც გაწერილი იყო კოლექტიურ შრომით ხელშეკრულებაში და გახდა ინდივიდუალური ხელშეკრულების ნაწილი, მოქმედებს აგრძელებს მაშინაც კი, როცა კოლექტიურ ხელშეკრულებას ვადა გასდის. *Aukje, A. H. van Hoek.*, დასახ. ნაშრომი, 135-ე სქ., 12.

ამ პერიოდში კი, დასაქმებულები დაუცველ მდგომარეობაში რჩებიან. სწორედ ასეთი მდგომარეობის თავიდან არიდებას ემსახურება კოლექტიური ხელშეკრულების მოქმედების „განგრძობადი“ ხასიათი და ძველი კოლექტიური ხელშეკრულება ძალაში რჩება ახალი ხელშეკრულების დადებამდე. ამ გზით დასაქმებულები უზრუნველყოფილები არიან კოლექტიური ხელშეკრულების საფუძველზე არსებული დაცულობის უწყვეტობით.

საქართველოს კანონმდებლობა არ იცნობს კოლექტიური ხელშეკრულების მოქმედების „განგრძობად“ ხასიათს. თუმცა, საკანონმდებლო რეგულირების არარსებობის მიუხედავად, მხარეთა შეთანხმებით, შეიძლება, დადგინდეს კოლექტიური ხელშეკრულების მოქმედების განგრძობადობა.¹⁶²

კოლექტიური შრომითი ხელშეკრულება ინდივიდუალური ხელშეკრულებისათვის სამართლებრივ ბაზას ქმნის. ნებისმიერი ჩანაწერი, რომელიც არის ინდივიდუალურ შრომით ხელშეკრულებაში და ეწინააღმდეგება კოლექტიურ შეთანხმებას არის ბათილი და, ავტომატურად, ნაცვლდება კოლექტიური ხელშეკრულების შესაბამისი ნორმებით, ხოლო ინდივიდუალური შრომითი ხელშეკრულების ის ნორმები, რომლებიც დასაქმებულისათვის უკეთეს მდგომარეობას ადგენს, ითვლება უპირატესი იურიდიული ძალის მქონედ კოლექტიური შეთანხმებით განსაზღვრულ ნორმებთან შედარებით.¹⁶³ მიუხედავად ამისა, მხარეთა შეთანხმების შემთხვევაში, კოლექტიურ ხელშეკრულებას შეიძლება, ჰქონდეს უპირატესი ძალა ინდივიდუალურ შრომით ხელშეკრულებასთან შედარებით.¹⁶⁴

თუ კოლექტიური ხელშეკრულება ცალმხრივად იცვლება ან დამსაქმებლის ინიციატივით ხდება მისი შეწყვეტა, ის დებულებები, რომელიც გახდა ინდივიდუალური ხელშეკრულების ნაწილი უცვლელად რჩება.¹⁶⁵ გამონაკლისია მხოლოდ ჩანაწერი, რომელიც დამსაქმებელს ცვლილების შეტანის უფლებას აძლევს.¹⁶⁶ კერძოდ, თუ კოლექტიური ხელშეკრულებით განსაზღვრულია, რომ დამსაქმებელი უფლებამოსილია, ცალმხრივად შეიტანოს ცვლილებები, მაშინ ის ფაქტი, რომ კოლექტიური ხელშეკრულება ინდივიდუალური ხელშეკრულების ნაწილი გახდა, არ ზღუდავს დამსაქმებლის უფლებას ცალმხრივად შეწყვიტოს ან შეცვალოს კოლექტიური ხელშეკრულებით განსაზღვრული (ინდივიდუალურ ხელშეკრულებაში იმპლიმენტირებული) უფლება.¹⁶⁷

შკ-ის მიხედვით, „კოლექტიური ხელშეკრულების დებულებები ამ ხელშეკრულებით გათვალისწინებულ დასაქმებულთა ინდივიდუალური შრომითი ხელშეკრულებების განუყოფელი ნაწილია“,¹⁶⁸ აგრეთვე „ბათილია ინდივიდუალური შრომითი ხელშეკრულების ან ამ მუხლის მე-3 პუნქტით გათვალისწინებული დოკუმენტის ის პირობა, რომელიც ეწინააღმდეგება ამ კანონს ან იმავე დასაქმებულთან დადებულ კოლექტიურ ხელშეკრულებას, გარდა იმ შემთხვევისა, როცა ინდივიდუალური შრომითი ხელშეკრულება აუმჯობესებს დასაქმებულის მდგომარეობას“.¹⁶⁹

როდესაც კოლექტიური ხელშეკრულება ინდივიდუალური შრომითი ხელშეკრულების დადებას წინ უსწრებს, მათი ურთიერთკავშირის განსაზღვრა მარტივია. ასეთ შემთხვევაში, კოლექტიური ხელშეკრულება ერთგვარ საფუძველს ქმნის ინდივიდუალური ხელშეკრულებისათვის და დასაქმებულის ინტერესების დაცვის გარანტიაა. მიუხედავად ამისა, განსხვავებულია სიტუაცია, როცა ინდივიდუალური ხელშეკრულება წინ უსწრებს კოლექტიური ხელშეკრულების დადებას. ასეთ

¹⁶² მაგალითად, მსგავს შეთანხმებას ითვალისწინებდა სს საქართველოს რკინიგზასა და საქართველოს რკინიგზილთა პროფესიულ კავშირს შორის 2013-2014 წლებში მოქმედი კოლექტიური ხელშეკრულება. (ხელშეკრულების 9.2 პუნქტი. ხელშეკრულების სრული ტექსტისათვის იხ. სქ. 154)

¹⁶³ Collective Agreements Recommendation, Art. 3.

¹⁶⁴ *Minh, H. T.*, Collective Agreements - A Comparative Study Of Swedish And Vietnamese Labour Law Systems, 2011, 34. ხელმისაწვდომია ვებ-გვერდზე: <<http://lup.lub.lu.se/luur/download?func=downloadFile&recordId=4003048&file OId=4067294>>.

¹⁶⁵ *Robertson and Jackson v. Brithis Gas Corporation*, 1983, IRLR 302 CA and *Gascol Conversions Ltd v JW Mercer*, 1974, ICR, 420. *Sargent, M., Lewis, D.*, დასახ. ნაშრომი, 154-ე სქ., 422.

¹⁶⁶ იქვე, 423.

¹⁶⁷ *Airlie v. City of Edinburgh District Council*, 1996, IRLR 218. ხელმისაწვდომია ვებ-გვერდზე: <<http://www.thompsons.law.co.uk/ltxt/10480005.htm>>, *Sargent, M., Lewis, D* დასახ. ნაშრომი, 154-ე სქ., 423.

¹⁶⁸ შკ-ს 43-ე მუხლის მე-8 ნაწილი.

¹⁶⁹ შკ-ს მე-6 მუხლის მე-10 ნაწილი.

შემთხვევაში, უნდა განისაზღვროს, გავრცელდება თუ არა კოლექტიური ხელშეკრულების ნორმები უფრო ადრინდელი თარიღით დადებულ ინდივიდუალურ ხელშეკრულებზე. საქართველოს უზენაესი სასამართლოს პრაქტიკით,¹⁷⁰ კოლექტიურ ხელშეკრულებას, მისი მიზნებიდან გამომდინარე, ენიჭება უკუქცევითი ძალა და ვრცელდება უფრო ადრინდელი თარიღით დადებულ ინდივიდუალურ ხელშეკრულებაზე.

კოლექტიური დავა

როგორც ზემოთ აღინიშნა, კოლექტიური მოლაპარაკება დასაქმებულთა გაერთიანებასა და დამსაქმებელს/დამსაქმებელთა გაერთიანებას შორის შრომითი ურთიერთობის საკითხების ირგვლივ წარმართული მოლაპარაკების პროცესია. ასეთი მოლაპარაკება, პირობითად, შეიძლება, ორ ტიპად დავყოთ: ა) მოლაპარაკება, რომელიც კოლექტიური დავის გარეშე მიმდინარეობს და მხარეთა მიერ კონსენსუსის მიღწევით (კოლექტიური ხელშეკრულების დადებით), დავის გარეშე, სრულდება და ბ) მოლაპარაკება, რომელიც კოლექტიური დავის პირობებში მიმდინარეობს.¹⁷¹

კოლექტიური დავა დამსაქმებელსა და დასაქმებულთა გაერთიანებას შორის შრომითი ურთიერთობიდან წარმოშობილი უთანხმოებაა, რომელიც კოლექტიური შრომითი ურთიერთობის გარდაუვალ ნაწილს წარმოადგენს.¹⁷² კოლექტიური დავის უფლება აღიარებულია ევროპული სოციალური ქარტიის მე-6 მუხლით, ხოლო მისი წარმართვის მექანიზმები მოცემულია შსო-ის რეკომენდაციებში.¹⁷³

კოლექტიური დავა შეიძლება, წარმოიშვას როგორც კოლექტიური მოლაპარაკების დაწყებამდე, ისე კოლექტიური მოლაპარაკების პროცესში და უკავშირდებოდეს როგორც კოლექტიური ხელშეკრულების დადების მოთხოვნას, ისე არსებული კოლექტიური ხელშეკრულების დებულებების განმარტების ან მხარის მიერ მისი დარღვევის საკითხებს.

კოლექტიური მოლაპარაკების მექანიზმის ეფექტიანობა პირდაპირ არის დაკავშირებული კოლექტიური დავის პრევენციასთან/მის დროულ მოგვარებასთან. კოლექტიური მოლაპარაკების ეფექტიანი მექანიზმი ხელს უწყობს მხარეებს შორის კონსენსუსის მიღწევას, რაც, თავის მხრივ, კოლექტიური დავის თავიდან აცილების, ხოლო, წარმოშობილი დავის შემთხვევაში კი, მისი დროული მოგვარების საწინდარია.

კოლექტიური დავის მოგვარების მექანიზმი, თავის მხრივ, შესაბამისობაში უნდა იყოს კოლექტიური მოლაპარაკების უფლებასთან.¹⁷⁴ კერძოდ, დავის მოგვარების ეფექტიანი მექანიზმი ხელს უწყობს ქვეყანაში კოლექტიური მოლაპარაკების უფლების აღიარებას. შსო-ის კოლექტიური მოლაპარაკების შესახებ კონვენციის მიხედვით, შრომითი დავების მომგვარებელი ორგანო და პროცედურა ისე უნდა ჩამოყალიბდეს, რომ ორიენტირებული იყოს კოლექტიური მოლაპარაკების უფლების აღიარებისაკენ.¹⁷⁵

სახელმწიფო დიდი როლს თამაშობს კოლექტიური დავის პრევენციასა და მის დროულ და ეფექტიან გადაწყვეტაში. მის ხელთ არსებული მარეგულირებელი და ინსტიტუციონალური მექანიზმების სწორი გამოყენება, სოციალურ პარტნიორებს ეხმარება, თავიდან აიცილონ კოლექტიური შრომითი დავები, ხოლო ასეთი დავის წარმოშობის შემთხვევაში, - დროულად და ეფექტურად მოაგვარონ უთანხმოება. აქედან გამომდინარე, სახელმწიფომ, ეროვნულ

¹⁷⁰ საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სამოქალაქო, სამეწარმეო და გავატრების საქმეთა საკასაციო პალატა, საქმე №ას-1272-1511-05, 01 ივნისი, 2006 წ.; საქმე №ას-534-865-05, 02 ივნისი, 2005 წ.; საქმე №ას-420-704-04, 14 მაისი, 2004 წ. ხელმისაწვდომია ვებ-გვერდზე: <<http://prg.supremecourt.ge/DetailViewCivil.aspx>>.

¹⁷¹ იგი შეიძლება დასრულდეს კონსენსუსით (კოლექტიური ხელშეკრულების დადებით) ან მის გარეშე.

¹⁷² ILO, Chapter 4 - Substantive provisions of labour legislation: Settlement of collective labour disputes, 2001 <<http://www.ilo.org/legacy/english/dialogue/ifpdial/llg/noframes/ch4.htm>>.

¹⁷³ Voluntary Conciliation and Arbitration Recommendation, No.92, 1951. ხელმისაწვდომია ვებ-გვერდზე: <http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:55:0::NO::P55_TYPE,P55_LANG,P55_DOCUMENT,P55_NO_DE:REC,en,R092,%2FDocument>; Examination of Grievance Recommendation, Labour Administration Recommendation, No.130, 1967. ხელმისაწვდომია ვებ-გვერდზე: <https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312468:NO>.

¹⁷⁴ Strengthening the Mechanisms of Labour Dispute Prevention and Amicable Resolution in the Western Balkan Countries and Moldova, *Risak, M. E., Holter, C. eds.*, Conference Report, ILO, 2009, 5. ხელმისაწვდომია ვებ-გვერდზე: <<http://www.univie.ac.at/arbeitsrecht/php/get.php?id=1282>>.

¹⁷⁵ კონვენციის მე-5 მუხლის მე-2 პუნქტის ე) ქვეპუნქტი.

კანონმდებლობაზე დაყრდნობით, უნდა განახორციელოს ისეთი ტიპის ქმედებები, რომლებიც, ყველაზე მეტად, უზრუნველყოფს კოლექტიური დავის პრევენციას, ხოლო წარმოშობის შემთხვევაში, - მის მოგვარებას.¹⁷⁶ სწორედ მხარეთა დამოუკიდებლობასა და ნებაყოფლობითობაზე დაფუძნებული, ეფექტიანი კოლექტიური მოლაპარაკების წარმართვისათვის საჭირო საკანონმდებლო ბაზის არსებობაა ჰარმონიული შრომითი ურთიერთობების საყრდენი წერტილი, რაც, თავის მხრივ, ზრდის დავების მოგვარების მექანიზმის ეფექტიანობას.¹⁷⁷ ეს კი პირდაპირ არის დაკავშირებული ქვეყნის კეთილდღეობასა და ეკონომიკურ სტაბილურობასთან. ასეთი კავშირი იმდენად ცალსახაა, რომ ცალკეული ქვეყნების კანონმდებლობაში¹⁷⁸ კოლექტიური დავის ცნების დონეზეც კი არის მოცემული.¹⁷⁹

კოლექტიური დავის მოგვარების პროცესში სახელმწიფოს როლი მხოლოდ საკანონმდებლო ბაზის ამ მიმართულებით შექმნით არ შემოიფარგლება. სტაბილური შრომითი ურთიერთობა პირდაპირ გავლენას ახდენს ქვეყნის ეკონომიკასა და კეთილდღეობაზე, შესაბამისად, სახელმწიფო, როგორც კოლექტიური დავის მოგვარებით დაინტერესებული სუბიექტი, უფლებამოსილია, პირდაპირი ან არაპირდაპირი ფორმით ჩაერთოს დავის მოგვარების პროცესში.¹⁸⁰ ამის მაგალითს წარმოადგენს, შკ-ში 2013 წლის 12 ივლისის ცვლილების საფუძველზე, შემოღებული ინსტიტუტი - მედიაცია.

დასკვნა

კოლექტიური მოლაპარაკება დასაქმებულთა ინტერესების დაცვის ერთ-ერთი ძლიერი ბერკეტია. მსოფლიო სამართლებრივ სივრცეში თითქმის ორი საუკუნის მანძილზე ამ ბერკეტის არსებობამ ცხადყო, რომ შრომით-სამართლებრივი ურთიერთობების სახეცვლილებების მიუხედავად, კოლექტიური მოლაპარაკება, დღემდე, ინარჩუნებს აქტუალობას. ქართულ კანონმდებლობაში კოლექტიური მოლაპარაკების ინსტიტუტი, მისი ჩამოყალიბებიდან დღემდე, სხვადასხვა სამართლებრივი აქტით იყო მოწესრიგებული. ამჟამად, ეს ინსტიტუტი ძირითადად შკ-ისა და პროფესიული კავშირების შესახებ საქართველოს ორგანული კანონის სამართლებრივ ბაზაზე ფუნქციონირებს. კოლექტიური მოლაპარაკების ინსტიტუტის განვითარებისა და შრომითსამართლებრივ ურთიერთობებში მისი „რეალური აღიარების მიზნით“, მიზანშეწონილია, ქართულ სამართლებრივ სივრცეში საკანონმდებლო, სასამართლო პრაქტიკისა და დოქტრინის დონეებზე მოწესრიგდეს შემდეგი საკითხები:

1. კოლექტიური ხელშეკრულება ემსახურება დასაქმებულ პირთა ინტერესების დაცვას და შრომითი ურთიერთობის სტაბილურობისა; იგი უსაფრთხოების ერთგვარ გარანტს წარმოადგენს. შესაბამისად, კოლექტიური ხელშეკრულების უწყვეტობა მნიშვნელოვანი და აუცილებელია დასაქმებულთა ინტერესების მუდმივი დაცვისათვის. კოლექტიური ხელშეკრულების შეწყვეტის შემდეგ დაწყებული კოლექტიური

¹⁷⁶ Collective Dispute Resolution through Conciliation, Mediation and Arbitration: European and ILO Perspectives, 2007, 19. ხელმისაწვდომია ვებ-გვერდზე: <http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/documents/meetingdocument/wcms_366949.pdf>.

¹⁷⁷ კოლექტიური დავების მოგვარების გამართული მექანიზმის არსებობა მნიშვნელოვანია ჯანსაღი შრომითი ურთიერთობის არსებობისათვის. ბულგარეთში 2005 წელს ჩატარებულმა კვლევამ ცხადყო, რომ ქვეყანაში ხშირი გაფიცვის მიზეზს კოლექტიური დავის მოგვარების მექანიზმების სიმწირე და არაეფექტიანობა წარმოადგენდა. იხ. Collective Dispute Resolutions in an Enlarged European Union – Case of Bulgaria, Dublin, 2005. ხელმისაწვდომია ვებ-გვერდზე: <<http://www.eurofound.europa.eu/eiro/2005/08/word/bg0508205t.doc>>.

¹⁷⁸ იაპონია და ავსტრალია.

¹⁷⁹ შრომითი ურთიერთობების მოგვარების შესახებ იაპონიის 1946 წლის 27 სექტემბრის №25 კანონის პირველი მუხლი.

სამუშაო ადგილზე არსებული ურთიერთობების შესახებ ავსტრალიის 1996 წლის კანონის მე-3 მუხლი. ხელმისაწვდომია ვებ-გვერდზე: <<http://www.ilo.org/legacy/english/dialogue/ifpdial/ilg/ch4/ex2.htm>>.

¹⁸⁰ Trebilcock, A., Labour Relations and Human Resources Management – an Overview, Part III, Chapter 21, Encyclopedia on Occupational Health and Safety, ILO, Fourth Edition. ხელმისაწვდომია ვებ-გვერდზე: <<http://www.ilo.org/documents/chpt21e.htm>>.

მოლაპარაკების პროცესი, მისი დროში გაჭიანურებული ხასიათის გათვალისწინებით, ახალი კოლექტიური ხელშეკრულების დადებამდე, (რომელიც შეიძლება, ვერ დაიდოს მხარეთა მიერ კონსენსუსის მიუღწევლობის გამო), უარყოფითად იმოქმედებს დასაქმებულთა ინტერესებზე. შესაბამისად, მიზანშეწონილია, საკანონმდებლო დონეზე ჩამოყალიბდეს კოლექტიური ხელშეკრულების მოქმედების „განგრძობადი ხასიათის“ ცნება, რომლის მიხედვითაც, ვადაგასული კოლექტიური ხელშეკრულების მოქმედება გაგრძელდება ახალი ხელშეკრულების დადებამდე. მსგავსი ნორმა, კოლექტიური ხელშეკრულების არარსებობის პირობებში (ახალი კოლექტიური ხელშეკრულების დადებამდე) დაიცავს დასაქმებულთა ინტერესებს.

მართალია, მსგავსი საკანონმდებლო ჩანაწერის არარსებობის მიუხედავად, ხელშეკრულების შინაარსის განსაზღვრის თავისუფლების პრინციპიდან გამომდინარე, მხარეებს შესაძლებლობა აქვთ სახელშეკრულებო დონეზე განსაზღვრონ კოლექტიური ხელშეკრულების „განგრძობადი ხასიათი“ და, ამ გზით, უზრუნველყონ საკუთარი ინტერესების დაცვა. თუმცა, შრომითსამართლებრივი ურთიერთობისათვის დამახასიათებელი „ქვემდებარების“ ელემენტის გათვალისწინებით, დასაქმებულის ინტერესების დაცვის მნიშვნელობა იმდენად დიდია, რომ კოლექტიური ხელშეკრულებით უზრუნველყოფილი გარანტიების „განგრძობითობა“ არ უნდა იყოს მინდობილი მხოლოდ მხარეთა ნებაზე.

შესაბამისად, საკანონმდებლო დონეზე მსგავსი ჩანაწერის არსებობა გაამყარებს დასაქმებულთა ინტერესების დაცვის შესაძლებლობას და დაიცავს იმ პირთა წრესაც, რომელსაც კოლექტიურ ხელშეკრულებაში მსგავსი დათქმა არ გაუთვალისწინებია.

2. კოლექტიური მოლაპარაკების მიზანი, მხარეთა მიერ კონსენსუსის მიღწევის გზით, დასაქმებულების ინტერესების დაცვაა. მოლაპარაკების დროს, მხარეები მაგიდასთან განსხვავებული ინტერესებითა და პოზიციებით ჯდებიან; ისინი ცდილობენ მიაღწიონ საკუთარი ინტერესების შესაბამის შეთანხმებას, რაც კოლექტიური მოლაპარაკების პროცესის გაჭიანურებას, ხოლო, ხშირ შემთხვევაში, კოლექტიურ დავას იწვევს. ხანგრძლივი მოლაპარაკების პროცესი მხარეებზე ნეგატიურ გავლენას ახდენს - დასაქმებულები თავს არასტაბილურ მდგომარეობაში გრძნობენ, ძირითადად, ორიენტირებულები არიან კოლექტიური მოლაპარაკების პროცესზე, რის გამოც სამუშაო პროცესში მათი ჩართულობის ხარისხი მცირდება, შრომითი ურთიერთობების არასტაბილურობის პირობებში ინიციატივებისა და თანამშრომელთა მხრიდან ახალი შემოთავაზებების სტიმულიც ნაკლებია. დამსაქმებელიც, თავის მხრივ, ადამიანური რესურსის დიდ ნაწილს კოლექტიური მოლაპარაკების საკითხებზე ხარჯავს და ნაკლებ ყურადღებას უთმობს კომპანიის საქმიანობის გაუმჯობესებისაკენ მიმართულ ღონისძიებებს.¹⁸¹

ამასთან, მოლაპარაკების პროცესში წარმოშობილი კოლექტიური დავის უარყოფით გავლენა მხოლოდ საწარმოს მასშტაბებით არ შემოიფარგლება. იგი შეიძლება, გასცდეს საწარმოს ფარგლებს და მთლიანად ქვეყნის ეკონომიკაზე მოახდინოს უარყოფითი გავლენა.

შესაბამისად, საწარმოო და ეროვნულ დონეზე შრომითი ურთიერთობის სტაბილურობის შენარჩუნებისათვის, მიზანშეწონილია, განისაზღვროს კოლექტიური მოლაპარაკების სავალდებულო და არასავალდებულო საკითხები, სახელმძღვანელო დოკუმენტით გაიწეროს მოლაპარაკების პროცედურული საკითხები¹⁸² (მოლაპარაკების

¹⁸¹ მარტივი ორგანიზაციული სტრუქტურის მქონე, პატარა კომპანიებში ეს შედეგები აშკარა და მწვავეა.

¹⁸² მიზანშეწონილია, კოლექტიური მოლაპარაკების პროცედურული საკითხების გაწერა, სოციალური პარტნიორების აქტიური ჩართულობით განხორციელდეს. წინააღმდეგ შემთხვევაში, შესაძლოა, დადგენილმა პროცედურამ შეამციროს მოლაპარაკების მხარეთა ავტონომიურობა.

ეტაპები,¹⁸³ სტრატეგიები, პროცესები), მოხდეს მოლაპარაკების პროცესის ირგვლივ მხარეთა ინფორმირება, ამაღლდეს საზოგადოებრივი ცნობიერება. ყოველივე ეს მოლაპარაკების პროცესს უფრო მარტივს გახდის, შეამცირებს კოლექტიური მოლაპარაკების პროცესის ხანგრძლივობას, ხელს შეუწყობს კოლექტიური მოლაპარაკების ინსტიტუტის გაძლიერებას, მხარეთა შორის არსებული კონფლიქტის ურთიერთანამშრომლობით ჩანაცვლებას, რაც დადებითად აისახება როგორც მოლაპარაკების მხარეთა ინტერესებზე, ასევე ქვეყნის ეკონომიკურ სტაბილურობაზე.

ბიბლიოგრაფია

1. *Addison, J.T, Schnabel, C.*, International Handbook of Trade Unions, 2003, 485.
2. *Aidt, T., Tzannatos, Z.*, Unions and Collective Bargaining: Economic effects in a Global Environment, Washington DC, World Bank, 2002.
3. *Aukje, A.H. van Hoek*, Collective Agreements and Individual Contracts of Employment in Labour Law: The Netherlands, vol 6.4 Electronic Journal of Comparative Law, December 2002.
4. *Barrow, C.*, Industrial Relations Law, second edit., 2002.
5. Barthélémy & Associés, France, in "Collective Bargaining Agreement", Jus labouris, 2005, 12.
6. *Blanpain, R., Baker J. J.*, Comparative Labour Law and Industrial Relations in Industrialized Market Economies, Wolters Kluwer, 2004, 512.
7. *Blanpain, R.*, Comparative Labour Law and Industrial Relations in Industrialized Market Economies, Wolters Kluwer, 2007.
8. *Blanpain, R.*, European Labour Law, Eleventh revised edition, Kluwer Law International, 2008.
9. *Bridgam, M.A.*, Unions and Labour Laws, 2010.
10. *Civry, J.*, Comparative Observations On Legal Effects Of Collective Agreements, the Moder Law Review, Volume 21, Issue 5, Wiley Online Library, published online – 2011.
11. *Cole, G. D. H.*, Attempts at General Union, A Study in British Trade Union History 1818 – 1834, 2011.
12. Collective Agreements Recommendation, No. 91, 1951.
13. Collective bargaining - Published by ETUI (European Trade Union Institute) 2009.
14. Collective Bargaining Recommendation, No. 163, 1981.
15. Collective Bargaining, a Policy Guide, International Labour Office, Governance and Tripartism Department (GOVERNANCE), Conditions of Work and Equality Department (WORKQUALITY), Geneva, 2015.
16. Collective Dispute Resolution through Conciliation, Mediation and Arbitration: European and ILO Perspectives, 2007.
17. Collective Dispute Resolutions in an Enlarged European Union – Case of Bulgaria, Dublin, 2005.
18. *Colosi, T. R., Berkeley, A. E.*, Collective Bargaining: How It Works and Why, Third Edition, 2008.
19. *Cordova, E.*, Collective Bargaining, Comperative Labour Law and Insustrial Relations, 3rd edition, Blanpain (ed.), 1982., 220.
20. Examination of Grievance Recommendation, Labour Administration Recommendation, No.130, 1967.

¹⁸³ შსო-ის ტრენინგ-ცენტრის (ITCILO <<http://www.itcilo.org/en>>) პროგრამის მიხედვით, კოლექტიური მოლაპარაკება იყოფა ოთხ დიდი ეტაპად (მოლაპარაკებისათვის მზადება, მოლაპარაკება, ხელშეკრულების ხელმოწერა დაშეჯამება), იხ. <http://actrav-courses.itcilo.org/en/a3-72661/a3-72661-resources/negotiation-and-collective-bargaining/process-of-collective-bargaining/at_download/file>. მიუხედავად ამისა, შსო ცნობს უფრო ვიწრო (8 ეტაპიან) დაყოფაც. იხ. *Morris, R.*, New Issues in Collective Bargaining - A Caribbean Workers' Education Guide Port of Spain, International Labour Office, 2002, 12, ხელმისაწვდომია ვებ-გვერდზე: <http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---sro-port_of_spain/documents/publication/wcms_223944.pdf>.

21. Freedom of Association: Digest of decisions and principles of Freedom of Association Comitee of the Governing Body of ILO, Geneva, International Labour Relations office, fifth edition, 2006.
22. *Freeman, R. B.*, Labor Market Institutions Around the World, CEP Discussion Paper No 844, LSE, 2008.
23. *Fulton, L.*, Worker representation in Europe. Labour Research Department and ETUI, 2015.
24. Fundamental Rights at Work and International Labours Standards, Geneva, International Labour Relations Office, 2003.
25. *Gernigon, B., Otero, A., Guido, H.*, ILO Principles Concerning Collective Bargaining, International Labour Review, 2000, vol. 139, No. 1,
26. Industrial and Employment Relations Department (DIALOGUE) - Social Dialogue, Labour Legislation Guidelines, Chapter III: Substantive Provisions of Labour Legislation: Effective Recognition of the Right to Collective Bargaining.
27. Industrial and Employment Relations Department (DIALOGUE) – Social Dialogue, Labour Legislation Guidelines. Chapter three, Substantive Provisions of Labour Legislation: Effective Recognition of the Right to Collective Bargaining.
28. International Labour Organization, Freedom of Association and Collective Bargaining, 1994.
29. *Iqbal, N.*, Collective Bargaining and it's Impact on Management.
30. *Khabo, F. M.*, Collective Bargaining and Labour Disputes Resolution – Is SADC Meeting the Challenge? ILO Sub-Regional Office for Southern Africa, Issues Paper No 30, 2008.
31. *Malmberg, J., Wahlgren, P.*, The Collective Agreement as an Instrument for Regulation of Wages and Employment Conditions, Scandinavian Studies in Law, 2002, Vol. 43.
32. *Minh, H. T.*, Collective Agreements - A Comparative Study of Swedish and Vietnamese Labour Law Systems, 2011.
33. *Morris, R.*, New Issues in Collective Bargaining - A Caribbean Workers' Education Guide Port of Spain, International Labour Office, 2002.
34. Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD), Collective Bargaining: Levels and Coverage.
35. *Phelan, C. C.*, Trade Unionism Since 1945: Western Europe, Eastern Europe, Africa, and the Middle East, 2009.
36. Rules of Game, A brief introduction to International Labour Standards, ILO, 2009.
37. *Sargent, M., Lewis, D.*, Employment Law, 2006.
38. *Seweryński, M.*, Collective Agreements and Individual Contracts of Employment, Kluwer, 2003.
39. *Shelley, S., Calvey M.*, Learning with Trade Unions, A Contemporary Agenda in Employment Relations, 2007.
40. *Silva, S.*, Collective Bargaining Negotiations, International Labour Organization, Act/Emp, Publications, 1996.
41. Strengthening the Mechanisms of Labour Dispute Prevention and Amicable Resolution in the Western Balkan Countries and Moldova, *Risak, M. E., Holter, C.* eds., Conference Report, ILO, 2009.
42. *Sun, L.*, Collective Bargaining, <<http://www.businessdictionary.com/article/393/collective-bargaining>>.
43. *Trebilcock, A.*, Labour Relations and Human Resources Management – an Overview, Part III, Chapter 21, Encyclopedia on Occupational Heal and Safety, ILO, Fourth Edition.
44. Voluntary Conciliation and Arbitration Recommendation, No.92, 1951.
45. *ლიპარტელიანი, მ.*, 2013 წლის 4 ივნისს საქართველოს შრომის კოდექსში განხორციელებული ცვლილებები კოლექტიურ შრომით ურთიერთობებთან დაკავშირებით, შრომის სამართლის უახლესი ცვლილებების სამართლებრივი ასპექტები, გერმანიის საერთაშორისო თანამშრომლობის საზოგადოება (GIZ), 2014.
46. *მილნერი, ს., ნომბელა, გ.*, პროფესიული კავშირის სიმრავლე, ორგანიზაცია და გავლენა ესპანეთში, ეკონომიკური ეფექტიანობის განხილვის ცენტრი, დოკუმენტი.
47. საქართველოს პროფესიული კავშირების მოძრაობა, საერთაშორისო გამჭვირვალობა - საქართველო, 2010.

Collective Bargaining

Abstract

The Association Agreement concluded in 2014 by and between the European Union and the European Atomic Energy Community and their Member States, on the one part, and Georgia on the other part, obliges Georgian Government to respect, promote and realize in its law and practice the effective recognition of the right to collective bargaining. The research aims at emphasizing the main aspects promoting the effective recognition of the right to collective bargaining.

The research highlights the necessity of establishing the notion of “extension” of a collective agreement and stating the mandatory and voluntary issues of collective bargaining on the statutory level, as an effective means for protecting employees’ interests. Additionally, the research considers the mechanism of collective bargaining as a token of the commonwealth and the economic stability of the country and evaluates its impact on the prevention and settlement of collective disputes. Consequently, it is aimed at detecting the shortcomings of the present Georgian law and to propose possible ways of improvement.

Introduction

The development of a market economy, globalization, increase in non-standard forms of employment and the necessity of temporary contracts, raised the importance of collective bargaining in the society.²

Throughout the history of labour relations, collective bargaining has always existed in a certain way and form. However, primary labour unions were considered as illegal organizations. During the 19th century, forming labour unions was decriminalized and in 1891 British economist and politician, Beatrice Webb³ was the first person, who used the word “Collective Bargaining”.⁴

Collective bargaining is one of the useful mechanism for diminishing inequality in the labour relationship. This mechanism is exercised by a trade union in a way of protecting the interests of the less protected party of labour relation – employee. Scientific research results prove that the countries with highly coordinated collective bargaining tend to have less inequality in wages, lower and less persistent unemployment, and fewer and shorter strikes than countries where collective bargaining practice is less established.⁵

Collective bargaining ensures the parties with the right to participate equally in the decision-making process, regarding the issues, which in earlier times were regarded as management prerogatives (e.g. transfer, promotion, redundancy, discipline, etc.),⁶ such participation increases

¹ Master in Law, Head of Legal Office of International Black Sea University.

² *Gernigon, B., Odera, A., Guido, H.*, ILO Principles Concerning Collective Bargaining, International Labour Review, 2000, vol. 139, No. 1, 33. Available at <<http://www.ilo.org/public/english/revue/download/pdf/gernigon.pdf>>.

³ For biographical details see: <<http://www.lse.ac.uk/about-lse/lse-leading-women/biographies/beatrice-webb>>.

⁴ *Sun, L.*, Collective Bargaining. Available at <<http://www.businessdictionary.com/article/393/collective-bargaining>>.

⁵ *Aidt, T., Tzannatos, Z.*, Unions and Collective Bargaining: Economic effects in a Global Environment, Washington DC, World Bank, 2002. Available at <http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_108393.pdf>.

⁶ *Silva, S.*, Collective Bargaining Negotiations, International Labour Organization, Act/Emp, Publications, 1996, 6. Available at <<http://www.ilo.org/public/english/dialogue/actemp/downloads/publications/srscbar.pdf>>.

the motivation of the employee, what improves the productivity of the company.⁷ Collective bargaining can also diminish the conflicts at the workplace – concluding collective agreement can be regarded as one of the preventive measures for collective dispute.⁸

Collective bargaining serves as a core stone of the democracy and developed market economy.

The right to collective bargaining is a fundamental right endorsed by the members⁹ of the International Labour Organization¹⁰ in joining the Organization.¹¹ The right to collective bargaining is recognized by the Declaration of Philadelphia of ILO (1944).¹²

Georgian legislation acknowledges the right to collective bargaining. The amendment made to the Georgian Constitution on the 23rd of March 2018, rendered the status of organic law to the law “On Trade Unions”. With this act, the role and importance of collective bargaining in Georgian legislative sphere were emphasized.

Georgian constitution¹³ states that “everyone shall have the right to form and to join trade unions in compliance with the organic law”¹⁴ Georgian Labour Code (GLC) also regulates the issues related to collective bargaining.¹⁵

According to the Association agreement¹⁶ concluded on the 27th of June, 2014 by and between the European Union and the European Atomic Energy Community and their Member States, on the one part, and Georgia, on the other part, Georgia is committed to respect, promote and realize in its law and practice the internationally recognized core labor standards, as embodied in the fundamental ILO conventions.¹⁷ Additionally, paragraph a) of part 2 of Article 229 particularizes the freedom of association and the effective recognition of the right to collective bargaining. Therefore, “respect, promote and realize” presuppose that the issue should be precisely regulated on the legislative level (by legal and sub-legal acts) as well as by case law. This will lead to the broader and effective usage of the mechanism of collective bargaining. Hence, the existence of a wide range of scientific and practical research related to collective bargaining will raise public awareness and will encourage the legislator to perform relevant activities to respect, promote and

⁷ Industrial and Employment Relations Department (DIALOGUE) – Social Dialogue, Labour Legislation Guidelines. Chapter three, Substantive Provisions of Labour Legislation: Effective Recognition of the Right to Collective Bargaining. Available at <<http://www.ilo.org/legacy/english/dialogue/ifpdial/ilg/noframes/ch3.htm>>.

⁸ *Khabo, F. M.*, Collective Bargaining and Labour Disputes Resolution – Is SADC Meeting the Challenge? ILO Sub-Regional Office for Southern Africa, Issues Paper No 30, 2008, 1. <http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---africa/--ro-addis_ababa/---sro-harare/documents/publication/wcms_228800.pdf>.

⁹ ILO has 187 by member states (including Georgia) – data collected on 26.02.2019.

¹⁰ Official web-site: <www.ilo.org>.

¹¹ *Gernigon, B., Odero, A., Guido, H.*, supra note 2, 51.

¹² “The Conference recognizes the solemn obligation of the International Labour Organization to further among the nations of the world programs which will achieve.... the effective recognition of the right of collective bargaining, the cooperation of management and labour in the continuous improvement of productive efficiency, and the collaboration of workers and employers in the preparation and application of social and economic measures...”, Declaration of Philadelphia, para. e) of part. 3. See at <<https://www.ilo.org/legacy/english/inwork/cb-policy-guide/declarationofphiladelphia1944.pdf>>.

¹³ Article 26 of the Georgian Constitution, Departments of the Parliament of Georgia, 31-33, 24/08/1995. Available at <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/30346?publication=35>>.

¹⁴ On the case *Wilson v UK* [2002] IRLR 568 European Court of Human Rights stated that “The Court has consistently held that although collective bargaining may be one of the ways by which trade unions may be enabled to protect their members' interests, it is not indispensable for the effective enjoyment of trade union freedom.” Collective bargaining is not itself the fundamental right.

¹⁵ 2010 No.4113-RS Organic Law Labour Code of Georgia. Available at <<https://matsne.gov.ge/en/document/view/1155567?publication=10>>.

¹⁶ Text is available at: <https://cdn1-eeas.fpfis.tech.ec.europa.eu/cdn/farfuture/VjycjKJ-ii2865918FYZ8Phir2Qqs0f2jZUoh4un5IE/mtime:1473773763/sites/eeas/files/association_agreement.pdf>.

¹⁷ Paragraph 2 of Article 229 of the Association Agreement.

realize the freedom of association and the effective recognition of the right to collective bargaining.

Publication concerns issues related to the notion, function and principles of collective bargaining, the role of trade unions on the stages of establishment and development of trade unions. The Article also refers to the collective agreement, as one of the logical outcomes of the collective bargain process and discusses its connection with an individual labor agreement. The publication emphasizes the effect of the collective bargaining on the welfare and economic stability of the state and consequence on the prevention and settlement of the collective dispute. The method of comparative analysis is used for better reflection of collective bargain within the in civil law and common law systems.

Normative arrangement of the notion of collective bargaining

Legal doctrine acknowledges two types of the definition of collective bargaining – broad¹⁸ and narrow.¹⁹ In a broad sense, collective bargaining includes all sorts of bipartite or tripartite discussions relating to employment and industrial relations that may affect a group of employees directly or indirectly. Such bargaining could be conducted with or without the state involvement aiming at reaching the consensus considering the interest of the bargaining parties.²⁰ In its broad sense, collective bargaining is also mentioned as “social dialogue”.²¹

A narrow meaning of collective bargaining implies only bipartite negotiations, where there is an intention to reach an agreement. In this case, the parties of the bargaining are employer/employer’s association and trade union. The agreement concluded as a result of such negotiation is binding not only for the signatory parties, but also for those group of employees who were represented by the parties during the bargaining process.²²

Georgian legislation does not give the direct legal definition of collective bargaining. However, Article 3 of the GLC defines the subjects of labor relations - employer or the association of employers and the employee or the association of employees. As for the state, Article 48¹ of GLC regulates States involvement in the bargaining process as an intermediately.²³

Consequently, it can be concluded that Georgian legislation includes the definition of collective bargaining in its narrow scenes. Such definition is derived from the obligation arisen from the ratification of ILO Convention No.98, 1949 - Right to Organize and Collective Bargaining,²⁴ as the convention defines collective bargaining in its narrow scenes.²⁵

¹⁸ Such type of bargaining is considered as informal bargaining in the French law (negociation officieuse), while in UK it is considered as permanent.

¹⁹ Such type of bargaining is considered as formal bargaining in the French law (negociation officielle), while in UK it is considered as dynamic.

²⁰ *Cordova, E.*, Collective Bargaining, Comparative Labour Law and Industrial Relations, 3rd edition, Blanpain (ed.), 1982., 220.

²¹ Collective bargaining: a policy guide/International Labour Office, Governance and Tripartism Department (GOVERNANCE), Conditions of Work and Equality Department (WORKQUALITY) - Geneva, 2015. Available at <http://www.world-psi.org/sites/default/files/documents/research/wcms_425004.pdf>.

²² Id; See also *Blanpain, R., Baker J. J.*, Comparative Labour Law and Industrial Relations in Industrialized Market Economies, Wolters Kluwer, 2004, 512.

²³ According to the Article, upon the initiative of the party, a mediator appointed by the Ministry of Internally Displaced Persons from the Occupied Territories, Labor, Health, and Social Affairs of Georgia could be involved in the bargaining process. Herewith, in certain circumstances, if there is a heightened public interest, the Minister may, on his/her own initiative, at any stage of the dispute, appoint a mediator for the dispute.

²⁴ Ratified by the act the Parliament of Georgia on 22 June, 1994. Available at <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/1213006?publication=0>>.

²⁵ According to Article 4 of the Convention: “...voluntary negotiation between employers or employers' organizations and workers' organizations, with a view to the regulation of terms and conditions of employment by means of collective agreements.”

On the international level, the collective bargain is regulated by ILO declaration²⁶ and relevant recommendations,²⁷ as well as by European Social Charter.²⁸

In Georgian legislation, at the very beginning collective bargaining was regulated by Georgian Law on Collective Agreements.²⁹ Nowadays, by the present legislation, GLC and Georgian Organic Law “On Trade Unions”³⁰ regulate the issue.

Principles of Collective Bargaining

Collective bargaining is oriented on protecting the interest of the employees by reaching the consensus with the employer. Fair bargaining process is conducted based on a set of principles which are free and voluntary negotiation, free choice of bargaining level and the principle of good faith.³¹

Free and Voluntary Negotiation

The voluntary nature of collective bargaining is explicitly laid down in Article 4 of the Convention on Right to Organize and Collective Bargaining.³² During the preparatory work for Collective Bargaining Convention, the Committee on Collective Bargaining agreed upon an interpretation of the term “promotion” (of collective bargaining) in the sense that it “should not be capable of being interpreted in a manner suggesting an obligation for the State to intervene to impose collective bargaining”.³³ The Committee stated that nothing in Article 4 of Convention No. 98 places a duty on a government to enforce collective bargaining with a given organization by compulsory means, and that such an intervention by a government would alter the nature of bargaining.³⁴

Collective bargaining should be conducted with the spirit of efficiency, independenc, autonomy of the parties and the free and voluntary nature of the negotiations.³⁵ Free and voluntary negotiations and autonomy of the parties is considered as one of the fundamental aspects of the freedom of association.³⁶ Consequently, third party intervention in the bargaining process (including from the State), with the effect of annulling or modifying the content of freely concluded collective agreements, is contrary to the principle of voluntary collective bargaining.³⁷

GLC and Georgian Organic Law “On Trade Unions” does not imply direct provisions regarding the conduction of collective bargaining on free and voluntary principles. Restriction set by GLC – “The state or local self-government bodies shall not interfere in the process of concluding a

²⁶ The Declaration of Philadelphia (1944), Tripartite Declaration of Principles concerning Multinational Enterprises and Social Policy (1997) and ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work (1988) <<http://www.ilo.org/public/english/bureau/leg/declarations.htm>>.

²⁷ The whole list of conventions and recommendations regarding collective bargaining is available at <[http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12030:0::NO:::~](http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12030:0::NO:::)>.

²⁸ European Social Charter (1996), ratified by the act of the Parliamnet of Georgia N0.1876 – RS on the 1st of July, 2005. Available at <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/1392164>>.

²⁹ Georgian Law on Georgian Law on Collective Agreements, Parliamentary Gazette 47-48, 31/12/1997. Declared void by the Law No.3132 (25.05.2006), No.23, 19.06.2006. Available at <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/29998>>.

³⁰ Georgian Organic Law on Trade Unions, 3825-1b, 30/11/2018. Available at <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/4382851?publication=0>>.

³¹ *Gernigon, B., Odero, A., Guido, H.*, supra note 2, 40.

³² “...to encourage and promote the full development and utilization of machinery for voluntary negotiation between employers or employers' organizations and workers' organizations...”.

³³ *Gernigon, B., Odero, A., Guido, H.*, supra note 2, 40.

³⁴ *Id.*, 41.

³⁵ *Id.*, 34.

³⁶ Freedom of Association: Digest of decisions and principles of Freedom of Association Committee of the Governing Body of ILO, Geneva, International Labour Relations office, fifth edition, 2006. 117. Available at <http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_norm/@normes/documents/publication/wcms_090632.pdf>.

³⁷ Fundamental Rights at Work and International Labour Standards, Geneva, International Labour Relations Office, 2003. 30. Available at <http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_norm/@normes/documents/publication/wcms_087424.pdf>.

collective agreement. An agreement concluded as a result of similar interference shall be void”³⁸ - more or less grants the guarantees for conducting collective bargaining on voluntary basis. However, the provision herein is mainly oriented on restricting the involvement of the state bodies in the bargaining process, while intervention can also be conducted by third persons, as well as by one party forcing another to conduct collective bargaining in a certain way or form.

Non-existence of the direct provision regarding conducting collective bargaining on free and voluntary basis is compensated by the independence of the trade union, stipulated by Article 5 of Georgian Organic Law on Trade Unions, as well as relevant provisions as well as by the relevant provisions from Georgian Civil Law and provisions of Convention 98 - Right to Organize and Collective Bargaining.³⁹

Right to Select Bargaining Level

Collective bargaining could be held on national, sectoral or enterprise (company) level. Parties to collective bargaining on the national level normally are national associations of employers and employees. It aims at providing a floor for lower-level bargaining on the terms of employment, often taking into account macroeconomic goals. Bargaining on sectoral level aims at the standardization of the terms of employment in one industry, while bargaining held on enterprise (company) level aims at organizing the labor relations by and between employees of the enterprise and the enterprise itself.⁴⁰

ILO Collective Bargaining Recommendation⁴¹ sets the principle of freedom of election of the bargaining levels, as well as sets the levels itself. According to the recommendation, collective bargaining should be possible at the level of the establishment, the undertaking, the branch of activity, the industry, or the regional or national levels.⁴² Herewith, there is no generally accepted best level for bipartite collective bargaining. The appropriate level or levels for bargaining depend on the strength, interests, objectives and priorities of the parties concerned.⁴³ Negotiation levels differ by countries. Herewith, in no country does it take place exclusively on one level.⁴⁴

Bargaining on national level enshrines employers and trade unions to strengthen their positions on the national level.⁴⁵ However, even in Sweden, where an old tradition of conducting collective bargaining

³⁸ Part 6 of Article 41 of GLC.

³⁹ As the convention is ratified by the Georgian Parliament, it has become the part of national legislation.

⁴⁰ Organization for Economic Co-operation and Development (OECD), Collective Bargaining: Levels and Coverage, 170. Available at <<http://www.oecd.org/els/emp/2409993.pdf>>.

⁴¹ Collective Bargaining Recommendation, 1981 (No. 163). Available at <http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312501:NO>.

⁴² Provision 4.1.

⁴³ Industrial and Employment Relations Department (DIALOGUE) - Social Dialogue, Labour Legislation Guidelines, Chapter III: Substantive Provisions of Labour Legislation: Effective Recognition of the Right to Collective Bargaining. Available at <<http://www.ilo.org/legacy/english/dialogue/ifpdial/llg/noframes/ch3.htm>>.

⁴⁴ In Europe, the existence of strong employers' organizations and trade unions have resulted in many important agreements being concluded at the national or industry level. In Japan national level bargaining has been the exception, and it has been supplemented by a substantial amount of enterprise level bargaining. In the USA, however, bargaining at the enterprise level has been the more usual practice, other than in specific sectors such as coal, steel, trucking and construction.

With the further reference. See *Silva, S.*, supra not 6, 7.

⁴⁵ A good example for emphasizing the role and the importance of bargaining on the national level is the legislation passed in France in 2007, which gave unions and employers a much clearer role in the development of legislation in the areas of industrial relations, employment and training. Under its terms, when the government wishes to make changes in these areas, it must first consult with employers and unions on the basis of a document setting out its analysis of the situation, aims and potential options, and allow them, if possible, to reach an agreement on the issue. The government must also formally consult on the draft legislation. This system does not commit the government to accept any agreement and in cases of “urgency” it can bypass the process entirely, but it clearly strengthens the importance of the

on the national level exists, the Swedish Employers Confederation has established the policy of moving the bargaining process on the enterprise level.⁴⁶ The priority of conducting the bargaining on the enterprise level (rather than national level) is determined by the fact that in the existence of intense competition, the need to focus on enterprise level is getting more important, as issues of productivity and quality, performance, and skills development could be regulated in a more flexible way.⁴⁷

Considering on the principle of selecting the bargaining level, collective bargaining can be centralized or decentralized.

Collective bargaining is centralized when a certain group of employers join to conduct a bargaining process with the group of their employees.⁴⁸ One of the good examples of centralized collective bargaining system is Sweden, where in 1938 the SAF-LO agreement was concluded by and between SAF⁴⁹ and LO⁵⁰ on the national level.⁵¹

Bargaining is decentralized when it is conducted between trade the union and the employer.⁵² Australia has decentralized collective bargaining in the automobile industry due to the variation in wages and terms of employment in different companies.⁵³

Georgian Organic Law “On Trade Unions” entitles a trade union to conduct bargaining on enterprise, industry, regional and national levels.⁵⁴ However, in reality, bargaining is mainly decentralized and is conducted on the industry level. The examples of decentralized bargaining are cases held by and between “Georgian Railway” JSC and “New Trade Union of Georgian Railway Workers” in 2013, “Georgian Managing” LLC and “Trade Union of Metallurgy, Mining and Chemical Industry Workers” in 2015,⁵⁵ “Light City” LLC and “Trade Union of Service, Utility and Bank Workers” in 2015.⁵⁶

Good Faith

In the preparatory work for Convention No. 154 on Collective Bargaining,⁵⁷ it was recognized that collective bargaining could only function effectively if it was conducted in good faith by both parties. However, as the definition of good faith does not exist on the legislative level, it was agreed that “could only be achieved as a result of the voluntary and persistent efforts of both parties”.⁵⁸

negotiations between unions and employers at national level. *Fulton, L.*, Worker representation in Europe. Labour Research Department and ETUI, 2015. Available at <<https://www.worker-participation.eu/National-Industrial-Relations/Countries/Finland/Collective-Bargaining>>.

⁴⁶ *Silva, S.*, supra not 6, 7.

⁴⁷ *Id.*

⁴⁸ *Iqbal, N.*, Collective Bargaining and its Impact on Management: Cases. 5. Available at <https://www.academia.edu/4544939/Collective_Bargaining_and_its_impact_on_Management_Cases>.

⁴⁹ Swedish Employers' Confederation.

⁵⁰ Swedish Trade Union Confederation.

⁵¹ *Phelan, C. C.*, Trade Unionism Since 1945: Western Europe, Eastern Europe, Africa, and the Middle East, 2009, 164. Available at <https://books.google.ge/books?id=rikQKN9iuCIC&pg=PA452&lpg=PA452&dq=trade+Unionism+Since+1945:+Western+Europe,+Eastern+Europe,+Africa,+and+the+Middle+East&source=bl&ots=_F72ZemnS0&sig=HLI2RnPCj4epN_G8ELuOgmlnB3g&hl=en&sa=X&redir_esc=y#v=onepage&q=trade%20Unionism%20Since%201945%3A%20Western%20Europe%2C%20Eastern%20Europe%2C%20Africa%2C%20and%20the%20Middle%20East&f=false>.

⁵² *Iqbal, N.*, supra note 59, 6.

⁵³ *Id.*

⁵⁴ Paragraph one of Article 12 of the Organic Law on Trade Unions.

⁵⁵ See at <<http://gtuc.ge>>.

⁵⁶ See at <<http://cl.ge/news/news-20150222-1217/>>.

⁵⁷ Collective Bargaining Convention No. 154, 1981. Available at <http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEX_PUB:12100:0::NO::P12100_INSToBUMENT_ID:312299>.

⁵⁸ *Gernigon, B., Otero, A., Guido, H.*, supra note 2, 43.

The Committee on Freedom of Association stated the importance of good faith in the bargaining process.⁵⁹ According to the Comities definition, the principle of good faith implies every effort to reach an agreement, conducting genuine and constructive negotiations, avoiding unjustified delays, complying with the agreements which are concluded and applying them in good faith.⁶⁰ Collective bargaining which is conducted without good faith shall be worthless – parties would not come to the consensus.⁶¹

On the case of *Labor Board v. Truitt Mfg. Co.*⁶² the supreme court of the United States of America made an interesting definition regarding the refusal of bargaining in good faith. According to the case, employees asked for a wage increase of 10 cents per hour, while the employer was agreed to increase the hourly salary only for 2.5 cents due to poor financial conditions. The union asked the company to produce some evidence substantiating these statements, requesting permission to have a certified public accountant examine the company's books, financial data, etc. The request was denied. The court stated that employers deny to give financial documents was the refusal to bargain in good faith, as the bargaining party should have the opportunity to be sure of the argument the other party issues in the bargaining process.

On the case of *NLRB v Billion Motors Inc.*⁶³ United States Court of Appeal stated that the existence of bargaining in good faith is not examined by employer's behavior at the bargaining table but also to its conduct away from the table that may affect the negotiations, such as the Company negotiator's lack of preparation at the negotiating sessions or the Company negotiator's failure to attend a scheduled session.

According to the Georgian legislation, bargaining parties are obliged to conduct the bargaining process in good faith⁶⁴ and provide each other with information on the issue(s) of the bargain.⁶⁵ Consequently, Georgian legislation, alike American case law, sets the obligation of providing information during the bargaining process in good faith and in case of providing confidential information – defines the obligation of its cancellation.⁶⁶

Subject Matter of Collective Bargaining

The subject matter of collective bargaining is quite broad and might apply to any case related to labor relations,⁶⁷ though according to the legal doctrine, they are divided into two categories – mandatory and optional.

⁵⁹ Commission of Freedom of Association was established in 1951 for the purposes of discussing issue related to right of freedom of association and collective bargaining issues. For details see: <<http://www.ilo.org/global/standards/applying-and-promoting-international-labour-standards/committee-on-freedom-of-association/lang--en/index.htm>>.

⁶⁰ *Gernigon, B., Odero, A., Guido, H.*, supra note 2, 43.

⁶¹ *Silva S.*, supra note 6, 5.

⁶² *National Labor Relations Board v. Truitt Manufacturing Co.*, (1956), No. 486, United States Supreme Court. Available at <<http://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/351/149.html>>.

⁶³ *National Labor Relations Board v Billion Motors Inc.*, Eight Circuit, 700 F2d, 1983, United States Court of Appeals. <<http://openjurist.org/700/f2d/454/national-labor-relations-board-v-billion-motors-inc>>.

⁶⁴ Paragraph. 4 of Article 41 of GLC.

⁶⁵ Paragraph 6 of Article 41 of GLC.

⁶⁶ Herewith, common definition of term - confidential allying to all types of relations, does not exist in Georgian legislation. Certain legal and sub-legal acts provide the definition of confidential information, though, in these documents the usage of the term is defined for different purposes (e.g. The scope of Georgian law on Informational Security applies to the subjects of critical information systems. Available at: <https://matsne.gov.ge/ka/document/view/1679424?publication=3>. The Rules for Considering Information Confidential, issuing and approving the list of confidential information, approved by the order No.06, dated 8 September, 2015 of the head of the Insurance State Supervision Service of Georgia. Available at <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/2973465>>).

⁶⁷ The collective bargaining framework needs to give the negotiating parties full latitude to decide the subjects they wish to include on their bargaining agenda. Measures taken to restrict the scope of negotiable issues are generally considered by the ILO's supervisory bodies to be incompatible with international labour standards and principles on the right to collective bargaining. There are some exceptions, such as the prohibition of certain subjects for reasons of

The subject is mandatory, if the law sets the obligation to bargain on the subject, while it is optional if it is up to the party's intention to bargain on it or not. The party cannot refuse the other party to bargain on the mandatory subject. However, insisting on bargaining on the optional subject (when the other party is against) is not acceptable.⁶⁸

Recommendation on Collective Bargaining sets mandatory bargaining subjects "working conditions and terms of employment; and/or (b) regulating relations between employers and workers; and/or (c) regulating relations between employers or their organizations and a workers' organization or workers".⁶⁹ Herewith, the concept of working conditions is not limited to traditional working conditions (working time, overtime, rest periods, wages, etc.),⁷⁰ but also covers "certain matters which are normally included in conditions of employment", such as promotions, transfers, dismissal etc. Consequently, collective bargaining goes outside the limits of working condition with its traditional sense. Though, the scope of collective bargaining is not too broad – it should be connected (directly or indirectly) with work conditions.⁷¹ Certain issues, which are for the employer to decide upon as part of the freedom to manage the enterprise, such as the assignment of duties and appointments, as well as matters which appertain primarily or essentially to the management and operation of government business go beyond the scope of the subject of collective bargaining.⁷²

In some cases, it is not easy to draw a line between the issues related to the content of the collective bargaining and between those which belong exclusively to the domain of management. At a meeting of experts brought together by the ILO to examine problems concerning industrial and human relations several experts expressed the opinion that "decisions relating to the management of the undertaking, the expansion of its activities, financing, marketing, type of production and other similar matters should be the sole responsibility of management and would not be proper subjects for collective bargaining." Other experts, however, emphasized that "if such decisions of the management had repercussions on job security, labor standards or wage rates, they should be the subject of joint examination between the employers and the representatives of the workers."⁷³

On the case *Chemical Workers v. Pittsburgh Glass*⁷⁴ the US Supreme Court stated that the collective bargaining obligation is limited to the "terms and conditions of employment" of the "employees" in the bargaining unit appropriate for collective bargaining. Retirees were not members of the unit represented by the Union, because they were no longer "working."⁷⁵ Herewith, the court stipulate that, this restriction applied only to already retired employees, while the active employees remain in the bargaining unit regarding their own future retirement plans.⁷⁶

public order and clauses that are contrary to the minimum level of protection in the legislation. See also: supra note 24 .37.

⁶⁸ *National Labor Relations Board v. Wooster Division of Borg-Warner Corp.* No. 53., 1958, 356 U.S. 342, United States Supreme Court. Available at <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/356/342/>>.

⁶⁹ 2nd recommendation.

⁷⁰ *Gernigon, B., Otero, A., Guido, H.*, supra note 2, 39.

⁷¹ *Id.*, 40.

⁷² *Id.*

⁷³ *Civry J.*, Comparative Observations On Legal Effects of Collective Agreements, the Modern Law Review, Volume 21, Issue 5, Wiley Online Library, published online – 2011, 502. Available at <<http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1468-2230.1958.tb00489.x/pdf>>. The list of "mandatory bargaining subjects" differs from country to country. E.g. In Switzerland, apart from the common issues related to collective bargaining (working conditions and wages), issues related to retirement fund, training, dispute resolution issues are also bargained. In USA legislation does not give the list of matters, which should be bargained over.

⁷⁴ *Allied Chemical & Alkali Workers of America, Local Union No. 1, v. Pittsburgh Plate Glass Co., Chemical Division* No. 70-32, 404 U.S. 157, 1971, United States Supreme Court. Available at <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/404/157/>>.

⁷⁵ Sub-paragraph b) of paragraph one of the resolution part.

⁷⁶ Paragraph 2 of the resolution part.

In certain cases, mandatory collective bargaining might confront with Business Judgment Rule, as it happened in *First National Maintenance Corp. v. NLRB* case.⁷⁷ Such confrontation makes it difficult to draw a line between mandatory and optional collective bargaining issues. In this case petitioner, a company engaged in the business of providing housekeeping, cleaning, maintenance, and related services for commercial customers, had a contract to do maintenance work for a nursing home. As a result of a dispute with the home over the size of the management fee, the petitioner terminated the contract, and petitioner's employees who worked at the nursing home were discharged. Employers did not conduct a collective bargaining with its trade union before dismissal. The union then filed an unfair labor practice charge against petitioner to The National Labor Relations Board⁷⁸ alleging a violation of its duty to bargain in good faith set by the National Labor Relations Act.⁷⁹ The National Labor Relations Board upheld the charge and ordered petitioner, if it agreed to resume the nursing home operations, to reinstate the discharged employees or, if the agreement was not reached, to offer the employees equivalent jobs at its other operations.

The decision was appealed in the US Appeal Court by the petitioner. The Court of Appeals accepted the Board's order, though highlighted that employers presumptively have a duty to bargain over a decision to close an operation, and that this presumption can be rebutted by a showing that bargaining would be futile, that the closing was due to emergency financial circumstances, or that, for some other reason, bargaining would not further the purposes of the National Labor Relations Act.⁸⁰ The court stated that, as the above-mentioned grounds did not occur, the petitioner had no duty to bargain over its decision to terminate the nursing home contract.

The court decision was appealed by the petitioner in the US Supreme Court. The court stated that the company was not obliged to conduct collective bargaining, as "the harm likely to be done to an employer's need to operate freely in deciding whether to shut down part of its business purely for economic reasons outweighs the incremental benefit that might be gained through the union's participation in making that decision".⁸¹ According to the court decision, company decisions, which are motivated by financial background should not be the mandatory subject of collective bargaining. Because, in certain cases, cancellation of certain types of business activities is the only means for avoiding financial expenses. At this stage, conducting bargaining does not change the final result, though increases employers' expenses.

In the case *Fiberboard Paper Products Corp. v. Labor Board*⁸² employer did not prolong the labor relationship with the employees due to financial expenses and hired an independent contractor for performing the same work. The court stated that the replacement of employees in the existing bargaining unit with those of an independent contractor to do the same work under similar conditions of employment - is a statutory subject of collective bargaining according to National Labor Relations Act.⁸³ Unlike the abovementioned case *First National Maintenance Corp. v. NLRB*,⁸⁴ the company's action was not due to the change and decrease of company activities. Thus, the Business Judgment Rule does not apply to this case.

⁷⁷ *First National Maintenance Corp. v. National Labor Relations Board* No. 80-544, 452 U.S. 666, 1981. United States Supreme Court. Available at <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/452/666/>>.

⁷⁸ An Independent unit in the USA, which conducts elections for Trade Unions, seeks for the cases of infrifh\gmnet of Labour Relations Act and sets fines for the violators. See: <<https://www.nlr.gov>>.

⁷⁹ Supra note 31.

⁸⁰ Paragraph 6 of the descriptive part.

⁸¹ Paragraph b) of the resolution part.

⁸² *Fiberboard Paper Products Corp. v. National Labor Relations Board* No. 14, 379 U.S. 203, 1964, United States Supreme Court. Available at <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/379/203/>>.

⁸³ Supra note 35.

⁸⁴ Supra note 88.

Georgian legislation does not give the precise list of the issues of mandatory subjects for bargaining. However, GLC stipulates the list of subjects of the collective agreement – the work conditions and the relations between parties. Consequently, as collective bargaining aims at concluding the collective agreement, above-mentioned provision can be interpreted as work conditions and relations between parties are considered as mandatory bargaining subjects by the Georgian legislation.⁸⁵

The purpose of identifying mandatory bargaining issues is to protect the interest of the bargaining parties and to make the bargaining process smooth and simple. Moreover, the mandatory bargaining issues are normally “vital” issues for settling the labor relationship between the parties. Consequently, identifying the mandatory bargaining on the legislative level shall be an effective mechanism for protecting the interests of the employees.

Parties to Collective Bargaining

According to Article 4 of the Convention on Right to Organize and Collective Bargaining, parties to collective bargaining are employers or employers' organizations and workers' organizations.

According to GLC, one or more employers or one or more employers' associations and one or more employees' associations shall be the subjects of collective labor relations.⁸⁶ Herewith, employers association shall be established for the purposes of and under the procedure provided for by the Organic Law of Georgia “On Trade Unions”, and the Conventions No 87 and No 98 of the International Labor Organization (‘the Employees Association’).⁸⁷

Trade Union

The trade union was created on the ground of the common law system. In a non-formal way, it existed even from the 14th century. In 1818 in Manchester, ⁸⁸ the first trade union was established know as philanthropic society. ⁸⁹

In EU countries, trade unions are popular in Finland (74%), Sweden (70%) and Denmark (67%), while it is less famous in Spain and Germany (18%), Lithuania and Estonia (10%) and France (8%).

In 1871, on the 12th of January, in the Georgian newspaper “Droeba” an Article with the title “Workers Society within the People” was published. ⁹⁰ This was the first time, when information regarding trade unions was introduced by Georgian press. As for Georgian legislation, the term

⁸⁵ However, term “work condition” is quite broad and its content could become the subject of discussion during bargaining process. By a pure systematic definition of the GLC, work conditions cover only safe work environment (chapter 8 of GLC – Observance of Working Conditions” covers only one Article - Article 35 - Right to safe and healthy working environment). However, work conditions are quite broad and might cover issues such as wages, compensation, work time, break and etc. Such issues were considered as part of the work condition by the Appeal Court of Georgian on one of the cases (Decision No.AS-923-1206-09, dated 07.02.2009 of the Supreme Court of Georgia, available at: [p://prg.supremecourt.ge/DetailViewCivil.aspx](http://prg.supremecourt.ge/DetailViewCivil.aspx)). Thus, such issues might be considered as mandatory bargaining subject as well.

⁸⁶ Paragraph 5 of Article 3 of GLC.

⁸⁷ Paragraph one of Article 3 of GLC.

⁸⁸ Cole, G. D. H., *Attempts at General Union, A Study in British Trade Union History 1818 – 1834*, 2011, 8. Available at <https://books.google.ge/books?id=YaBzZXueFFYC&pg=PR1&dq=Cole,+G.+D.+H.,+Attempts+at+General+Union,+A+Study+in+British+Trade+Union+History+1818+%E2%80%93+1834,+2011&hl=ka&sa=X&ved=0ahUKEwjI0dG_scDjAhUKVBUIHdSYCzcQ6AEIJAA#v=onepage&q=Cole%2C%20G.%20D.%20H.%2C%20Attempts%20at%20General%20Union%2C%20A%20Study%20in%20British%20Trade%20Union%20History%201818%20%E2%80%93%201834%2C%202011&f=false>.

⁸⁹ The name was chosen for purpose of concealing real aim of the organization.

⁹⁰ For details see: “History of Trade Union in Georgia”, 04.06.2014. Available at < <http://gtuc.ge>>.

“Trade Union” was used in the Georgian Labor Code.⁹¹ From 2006, the term employee’s association is used instead.

The Role of Trade Union in Labor Relations

One of the main functions of the Trade Union is to eliminate the existing inequality in the employer-employee relationship. According to the general legal doctrine, labor contract is concluded based on free declaration of intent. However, inequity also applies even from the pre-contractual stage – the candidate agrees on the terms and conditions which is offered by the employer. The same rule applies during the contractual stage – the employee changes the terms and conditions unilaterally, though formally, on paper the change is applied bilaterally.

Consequently, elimination of the existing inequality in the labor relation is one of the aims of the Trade Union.

Trade unions play a vital role in enhancing smooth and healthy relationship between the employees and the employer.⁹² It serves to settle disputes rationally and help workers to adjust in difficult circumstances.⁹³

One of the positive roles of the Trade Union, by virtue of the Trade Union employee involvement and participation in the decision-making process is encouraged by the management, thus workers feel that they are part of the organization.⁹⁴ Totally, the practice is positively reflected on employees workability.⁹⁵

The comparative analysis of union members and nonunion member’s employees outlined that union membership and collective bargaining decreases the risk of salary dispersion and inequality of employees. In concrete “inequality in remuneration is higher in those places, where employees are not members of the Trade Union and are less for those employees who are members of Trade Union”.⁹⁶

Types and Forms of Trade Union

According to Article 2 of the Convention on Freedom of Association and Organization “workers and employers, without distinction whatsoever, shall have the right to establish and, subject only to the rules of the organization concerned, to join organizations of their own choosing without previous authorization”. The right of workers and employers to establish and join organizations of their own choose raises the problem of trade union monopoly.⁹⁷ However, apart from employee’s intent, the trade union monopoly might be imposed by the law by direct or indirectly. Trade union monopoly is imposed directly by law when the legislation explicitly prescribes a single-trade-union

⁹¹ Sub-paragraph d) of paragraph 3 of Article 2 of Labour Code of Georgia, Presidium of the Supreme Council of the Georgian SSR, 7, 30/07/1971. Available at <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/30376>>.

⁹² *Iqbal, N.*, supra note 59, 9.

⁹³ *Shelley S., Calveley M.*, Learning with Trade Unions, A Contemporary Agenda in Employment Relations, 2007. With further reference, *Iqbal, N.*, supra note 59, 9.

⁹⁴ *Id.*, *Iqbal, N.*, 15.

⁹⁵ Trade Union involvement in the decision-making process is common for Georgian Organic Law on Trade Unions as well - Article 19.

⁹⁶ *Armania-Kepuladze, T.*, Labor Market Formal Institutions: Structure and Specification, *Akaki Tsereteli* State University, 4. Available at <<http://atsu.edu.ge/EJournal/BLSS/eJournal/Papers/Economy/Armania-KepuladzeTamila.pdf>> with the further reference *Freeman, R. B.*, Labor Market Institutions Around the World, CEP Discussion Paper No 844, LSE, 2008, 7,

⁹⁷ International Labour Organization, Freedom of Association and Collective Bargaining, 1994. 42. Available at <[http://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09661/09661\(1994-81-4B\).pdf](http://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09661/09661(1994-81-4B).pdf)>.

system for organizations by allowing the establishment of only one such organization for all the workers in an enterprise, occupation or branch of activity.⁹⁸

An indirect legislative restriction does not ban to establish a trade union directly but makes it impossible to establish a second organization representing workers' interests. For example, when legislation sets a minimum percentage for the membership of Trade Union, which makes it impossible for the employees to establish several organizations. They are required to join the existing ones.⁹⁹ Moreover, the legal requirement for the trade unions to be grouped in a single federation or confederation, or when the establishment of a new trade union is subject to the approval of the existing trade union in the occupation concerned leads to the trade union monopoly.¹⁰⁰

In certain cases, in the monopolist trade union, the independence level is so high that they can make an influence on the employer.¹⁰¹ For example, the monopoly face of unions can be seen amongst the workers of General Motors (GM), who bargained a rule which allowed some workers to leave with a full-day's pay after half day's work.¹⁰² Alike companies, monopolist trade unions have control on their "product", though in this case the "product" is their labor.¹⁰³

The impact of the trade union on labor market is assessed by two parameters. The first is the number of union members, while the second is the scope of the union. In the first case, the impact is linked to the numbers of employees in the union, while in the second case the impact is evaluated by the number of employees who benefit from the agreements concluded by the trade union.¹⁰⁴ The strength of the association is in compliance with its scope as non-union members might also benefit from the contracts concluded by the union. For example, in 1990 80% of the Spanish workers received benefit from the mutual agreement of the trade unions, while only 11% of these workers were members of the union.¹⁰⁵ With this regard, it is worth emphasizing paragraph one of Article 2 of Georgian Organic Law "On Trade Unions" which states that stating that the scope of the activities of Georgian trade unions cover only its members.¹⁰⁶

Frequently trade unions unite and create confederations.¹⁰⁷

Four types of trade unions exist in Georgian legislation – primary trade union organization, trade union organization, the association of trade unions and the national association of trade unions.¹⁰⁸ Abovementioned trade unions might be established based on sectoral, occupational, territorial or any other profession related criteria.¹⁰⁹

⁹⁸ Id., e.g. Nicaragua, Kuwait, Mexico.

⁹⁹ Id., e.g. Bolivia.

¹⁰⁰ Id., 43.

¹⁰¹ Influence is mainly reflected in rejection of performing the work.

¹⁰² *Iqbal, N.*, supra note 48, 12.

¹⁰³ *Bridegam, M. A.*, Unions and Labour Laws, 2010, 72. However, week and low qualified employees cannot benefit from the monopolist position. Their "product" is not the subject of bargaining with the employer. <https://books.google.ge/books?id=AN24VdgPbXgC&pg=PA3&lpg=PA3&dq=Bridegam+M.A.,+Unions+and+Labour+Laws,+2010,+source=bl&ots=D_nLtVv5-9&sig=ZKuB87sEDztXu3a3fuKpCxcwRhs8&hl=ka&sa=X&ved=0ahUKewil-8rRm9fLAhXMVhQKHTgNAKQQ6AEIHDAC#v=onepage&q=Bridegam%20M.A.%2C%20Unions%20and%20Labour%20Law%2C%202010%2C&f=false>.

¹⁰⁴ Movement of Georgian Trade Unions, Transparency International Georgia, 2010. Available at: <https://www.transparency.ge/ge/content/stub-102>.

¹⁰⁵ *Milner, S., Nombela, G.*, Trade Union Strength, Organization and Impact in Spain, Centre for Economic Performance, Discussion Paper No. 258, I, with the further reference in supra note, 3.

¹⁰⁶ A trade union is a non-entrepreneurial (non-commercial) legal person, established under the procedure provided for by the Civil Code of Georgia. A trade union, by the nature of its activities, represents a voluntary public association (organization) of persons (workers) connected with common production and professional interests. The objective of trade unions is to protect and represent the labor, socio-economic and legal rights and interests of their members.

¹⁰⁷ *Fulton, L.*, supra note 56. The structure of the confederations differs country by country. In some countries, exists only one confederation, where all trade unions are united,¹⁰⁷ while in others confederations might exist separately for private and public sector employees. In some countries confederations might be divided by work category or by the educational level of the employee (black and white-collar workers, workers with higher education, etc.)

¹⁰⁸ Detailed description of the types of trade unions are defined by the Articles 3-6 of Georgian Organic Law on Trade Unions.

From 1992 the Association of Trade Unions exist in Georgia.¹¹⁰ The association unites 21 trade union,¹¹¹ established on field/sectoral level.¹¹²

Independence and Recognition of Trade Unions

The function of the trade union is to fulfill the purpose of furthering and defending the interests of workers. Consequently, they require a high level of independence and possibility to organize their activities without the interference by the third parties. Moreover, they must not be under the direct or indirect control of employers or employers' organizations.¹¹³

On the national level Article 40³ of GLC restricts any interference in the activities of a trade union. However, according to the above-mentioned provision, interference is considered only in a negative aspect¹¹⁴. However, it is possible to control and interfere in the trade unions activates in a positive way¹¹⁵ what will result in the employer possibility to have indirect control over the activities of the trade union.

Recognition of the trade union is one of the important aspects for conducting collective bargaining. However, employees right to join trade union does not automatically mean that such a union will be recognized as employee's representative for collective bargaining purposes.

Criteria and procedure for recognizing trade union differs country by country. However, the general principle is that for recognition purposes, trade union should have a certain number of employees or unite certain category of employees.¹¹⁶

According to Georgian labor code, the trade union is recognized if it is established for the purposes of and under the procedure provided for by the Organic Law of Georgia "On Trade Unions", and the Conventions No 87 and No 98 of the International Labor Organization. Establishment under above-mentioned requirements is necessary to be considered recognized to conduct collective bargaining and conclude collective agreement.

According to the Georgian Organic Law "On Trade Unions",¹¹⁷ a trade union may be established by the initiative of at least 50 persons, while the minimum number for establishing primary trade union is defined by the primary trade union itself.¹¹⁸

Consequently, according to the national legislation, the union can be considered as a potential party to collective bargaining and collective agreement if it is established based on the abovementioned rules and aims at protecting and representing the labor, socio-economic and legal rights and interests of their members. Not any union established based on field/sectoral criteria can be considered as a trade union. This can be proved by the term "works organization" used ILO No.87 and No.98 international conventions and the definition stipulated in the main and additional rules for commenting to the

¹⁰⁹ Paragraph 6 of Article 2 of Georgian Organic Law on Trade Unions.

¹¹⁰ See at <<https://www.gtuc.ge>>.

¹¹¹ Data collected on 6 March, 2019.

¹¹² For the history see <<http://gtuc.ge>>.

¹¹³ *Gernigon, B., Otero, A., Guido, H.*, supra note 2, 37. Article 2 of the Convention on Right to Organize and Collective Bargaining enshrines the independence and non-interference in the activities of a trade union.

¹¹⁴ "any act aimed at impeding the association activities through financial or other means for exercising control over it".

¹¹⁵ In a way of financing certain types of events (financing chairs of the trade union, setting benefits for them, etc.)

¹¹⁶ *Silva, S.*, supra note 6, 4.

¹¹⁷ Paragraph 9 of Article 2 of Georgian Organic Law on Trade Unions.

¹¹⁸ According to the charter of primary Trade Union of Georgian Railway Workers, at least 5 members are required to found primary Trade Union. See at <<https://railwayworkers.wordpress.com/%E1%83%93%E1%83%94%E1%83%91%E1%83%A3%E1%83%9A%E1%83%94%E1%83%91%E1%83%90>>.

convention and “Collective Agreements Recommendation” No.91 of ILO. In these documents’ workers organization is considered as the trade union and not just any union of the employees.¹¹⁹

The recognition of the trade unions means that the employer is obliged to bargain collectively with the union. Article 8 of the Convention on Freedom of Association and Organization obliges the employers to respect the right to freedom of association and the relevant legislation, which stipulate the right. Georgian legislation obliges employers to bargain collectively with the trade union and in case of consensus draft a collective agreement.¹²⁰

The importance of the recognition of the Trade Union and the obligation to bargain with it, is also stated by Article 11 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. In concrete, in one of the cases (*Demir and Baykara v. Turkey*)¹²¹ of the European Court of Human Rights, the court stated “...that Article 11, par. 1 presents trade-union freedoms one form or a special aspect of freedom of association”¹²² “The Court further reiterates that, although the essential object of Article 11 is to protect the individual against arbitrary interference by public authorities with the exercise of the rights protected, there may, in addition, be positive obligations on the State to secure the effective enjoyment of such rights”.¹²³

Interpretation of Article 11 of the convention in a line with the positive obligations is also mentioned in cases such as *Wilson, National Union of Journalists and Others v. the United Kingdom*¹²⁴ and *Gustafsson v. Sweden*.¹²⁵

Employers Association

One of the parties to collective bargaining is the employer/employer’s association.¹²⁶ An employer shall be natural or a legal person, or an association of persons, for whom certain work is being performed, under a labour agreement

Employers association is an association established on a voluntary basis, which one of the functions is the representation of the employer in collective bargaining.¹²⁷

Becoming a member of an employers’ association is voluntary.¹²⁸ A vast majority of employers oppose unionization and generally collective bargaining. The main reason concerns the issue of control of the work environment. In a nonunionized enterprise employer has great latitude in the running of operation and direction of its employees.¹²⁹

¹¹⁹ *Liparteliani, M.*, Amendments to Georgian Labour Code on the 4th June 2013 Regarding Collective Labour Relations, Legal Aspect of Recent Changes to Georgian Labour Law, 2014. 218. Available at <<http://lawlibrary.info/ge/>>.

¹²⁰ See Article 12, par. 2 of the Organic Law on Trade Unions.

¹²¹ *Demir and Baykara v. Turkey*, European Court of Human Rights, Grand Chamber, 2008. Available at <[http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-89558#{"itemid":\["001-89558"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-89558#{)>.

¹²² Par. 109.

¹²³ Par. 110.

¹²⁴ *Wilson, National Union of Journalists and Others v. the United Kingdom*, European Court of Human Rights, 2002, par. 41. Available at <[http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-60554#{"itemid":\["001-60554"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-60554#{)>.

¹²⁵ *Gustafsson v. Sweden*, European Court of Human Rights, Grand Chamber, 1996, par.45. Available at <[http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57993#{"itemid":\["001-57993"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57993#{)>.

¹²⁶ Georgian Employers Association (web-site <<http://www.employer.ge>>) was established in 2000 year. The association aims at protecting the economic and legal interests of the employers. This aim is resulted in conducting a variety of meetings and conducting trainings for the employers. Georgian Employers Association has not been a party to collective bargaining/agreement on the national level.

¹²⁷ Other functions include lobbying, public relations, creating debate environment and offering specialized services (training, seminars). See: *Addison, J.T, Schnabel, C.*, International Handbook of Trade Unions, 2003, 485.

¹²⁸ However, in Austria, parties to collective agreement are trade union and the Chamber of Commerce. This last is composed by the employers, who by virtue of law automatically are members of the chamber.¹²⁸ The Chamber represents employers during the collective bargaining process. *Fulton, L.*, supra note 56.

¹²⁹ *Colosi, T. R., Berkeley A. E.*, Collective Bargaining: How It Works and Why, Third Edition, 2008, 14. Available at <<https://books.google.ge/books?id=hV6vRQZtH7IC&pg=PR11&lpg=PR11&dq=Collective+Bargaining:+How+It+Works+and+W>>

Under unionization, the employer is not free to introduce technology, which displaces employees, because under such circumstances a new obligation arises – offering new position elsewhere in the organization or making a financial settlement.¹³⁰ Many employers oppose unitarisation because it causes an increased formalization of behavior¹³¹ and creates barriers to deal with the employee in the personal, individual basis.¹³² Taking into consideration the fact that modern labor relationship has lost the element of “subordination” (which was so common for classical labor relationship), there is no place left for trade unions, as their main function was to protect “weak” employee. In terms of improving labor conditions and promotions, the function of the trade union is replaced by HR, who is oriented on improving the conditions of employees, as a satisfied employee is the guarantee of success for the company.

Collective Agreement

One of the logical outcomes of collective bargaining is to conclude a collective agreement. Collective Agreements Recommendation¹³³ of ILO describes collective agreement as follows: “the term collective agreements means all agreements in writing regarding working conditions and terms of employment concluded between an employer, a group of employers or one or more employers' organizations, on the one hand, and one or more representative workers' organizations, or, in the absence of such organizations, the representatives of the workers duly elected and authorized by them in accordance with national laws and regulations, on the other”.

GLC does not give the legal definition of a collective agreement, though it is stipulated by Georgian Organic Law “On Trade Unions”¹³⁴.

Consequently, the scope of the collective agreement is broader than the scope of an individual agreement. Individual labor agreement (taking into consideration the essential terms of the labor agreement) normally regulates only labor relation, while collective agreement together with labor relations, regulates social and professional issues as well.

Labor, social and professional relations are the essential terms of the collective agreement. GLC does not set direct requirement to include social and professional issues in the collective agreement, however paragraph 3 of Article 41 (“Parties shall establish conditions of a collective agreement on their own”) and sup-paragraph b) of paragraph 2 of Article 41 (“collective agreement Regulate relations between an employer and an employee...”), these provisions consider agreement on social and professional issues as well.

The collective agreement should meet the requirements of contract law. Georgian legislation obliges employers to conduct collective bargaining in case of the initiative from the trade union,¹³⁵ though it does not oblige to conclude a collective agreement. The collective agreement is concluded in case of

hy,+Third+Edition&source=bl&ots=oM7_29qMAS&sig=T4wdHfMF33nbL_MtoCYxjkSUxSc&hl=en&sa=X&ved=0ahUKEwiX4OiVl6rLAhXJfywKHRqXAtwQ6AEIHZAB#v=onepage&q=Collective%20Bargaining%3A%20How%20It%20Works%20and%20Why%2C%20Third%20Edition&f=false>.

¹³⁰ Id., 15. Paragraph one of Article 38 of GLC considers the obligation of paying compensation after unilateral termination of the employment contract.

¹³¹ Id.

¹³² Id., 16.

¹³³ Collective Agreements Recommendation, No. 91, 1951. Available at <http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0:NO:12100:P12100_ILO_CODE:R091>.

¹³⁴ Collective agreement is “an agreement between an employer, an enterprise, an institution or an organization and a trade union, which regulates labour, and social and professional relationships between the parties”. Article 2, sub-par. n).

¹³⁵ For example, despite France, where legislation obliges employer conduct collective bargaining, draw a collective agreement and periodically update it. See: *Aukje, A.H. van Hoek*, Collective Agreements and Individual Contracts of Employment in Labour Law: The Netherlands, vol. 6.4 Electronic Journal of Comparative Law, December 2002, 252. Available at <<http://www.ejcl.org/64/art64-15.html>>.

mutual agreement.¹³⁶ This very issue was raised in the administrative suite of the Trade Union of Pedagogies and Scientists against the Ministry of Education and Science of Georgia.

Despite national legislation, where collective bargaining is the basis for pre-contractual labor relationship, in the common law system countries, collective bargaining does not create a basis for labor relation. “Where it leads to an agreement, it modifies, rather than replaces, the individual contract of employment, because it does not create the employer-employee relationship”.¹³⁷ On the case *J. I. Case Co. V. National Labor Relations Board*,¹³⁸ the US Supreme Court stated that collective agreement defines the labor conditions, though does not create {individual} labor relationship. The court brought the example of the agreement may be likened to the tariffs established by a carrier or standard provisions prescribed by supervising authorities for insurance policies, which do not of themselves establish any relationships, but which create a basis for establishing such relationship.

As it was mentioned before, the function of a collective agreement is to protect employees by setting minimum standards (minimum salary, minimum bonus, etc.).¹³⁹ Consequently, parties are free to define better conditions by the agreement.¹⁴⁰ Though there also exists a different attitude towards the issue as well – for example in Norway collective agreement sets minimum and maximal standards which cannot be overridden by an individual labor agreement.¹⁴¹

The first attempt is probably more reasonable, considering the fact based on employees personal and professional knowledge and skills, the conditions of labor contract might differ. Consequently, the maximal level set by a collective agreement limits employer to conclude a contract with an expensive but necessary candidate.

Binding Force and Scope of Collective Agreement

The collective agreement is subject to the contract law principles. In a line with other types of contracts, collective bargaining agreement has the binding force and effect. The issue of binding force and effect of the collective agreement is regulated differently by continental law and common law legal systems.

The principle *pacta sunt servanda*¹⁴² applies to the collective bargaining agreements in the countries which are under continental law legal system. In these countries, collective agreement is considered a binding contract to the parties.¹⁴³ It is proved by the Article 3 of the Collective Agreement Recommendations as well.

¹³⁶ Paragraph 2 of Article 12 of Georgian Organic Law on Trade Unions. Trade Union of Pedagogies and Scientists against the Ministry of Education and Science of Georgia. In the suit the plaintiff claimed for collective bargaining aiming at conclusion of collective agreement. The plaintiff based his request on Georgian Law on Trade Unions and Georgian Law on General Education. He stated that paragraph 15 of Article 3 of Georgian Law on Trade Unions provided for the notion of sectoral (tariff) agreement and government as a party to the agreement. Additionally, Article 26 of Georgian Law “On General Education” defined the scope of the Ministry of Education and Science of Georgia in the field of general education. of sectoral (tariff) agreement¹³⁶ and executive government as a party to the agreement. Additionally, Article 26 of Georgian Law on General Education defined the scope of the Ministry of Education and Science of Georgia in the field of general education. The case proceeded in all three instances. Finally, the plaintiff’s claim was upheld and the defendant was required to conduct collective bargaining for the purposes of conclusion of collective agreement.

¹³⁷ *Silva, S.*, supra note 6, 3.

¹³⁸ *J. I. Case Co. v. National Labor Relations Board*, 321 U.S. 332 (64 s.ct. 576, 88 l.ed. 762) United States Supreme Court. Available at <<https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/321/332>>.

¹³⁹ For example, in Germany collective agreement sets minimum standards.

¹⁴⁰ The same system applies in Finland, Norway, Sweden and Denmark. *Malmberg, J., Wahlgren, P.*, The Collective Agreement as an Instrument for Regulation of Wages and Employment Conditions, *Scandinavian Studies in Law*, 2002, Vol. 43, 199.

¹⁴¹ However, this approach is to be considered old. According to recent case law collective agreement sets minimum standards. *Malmberg, J., Wahlgren P.*, supra note 154, 200.

¹⁴² “Contract must be performed”.

¹⁴³ *Blanpain, R.*, *European Labour Law*, Eleventh revised edition, Kluwer Law International, 2008., 264.

In the United Kingdom collective agreement is considered as a “gentlemen agreement” and does not lead to legal results, “as the parties have not declared relevant intent for it”.¹⁴⁴ Consequently, in the United Kingdom collective agreement should be drafted in written and contain a provision which (however expressed) states that the parties intend that the agreement shall be a legally enforceable contract.¹⁴⁵

In some European countries,¹⁴⁶ where collective agreement has binding effect, exists the practice of sectoral extension of the collective agreement. In concrete, a sectoral collective agreement is binding for all employers and employees in that sector, whether they are parties to the contract or not.

The practice of extending collective agreement concluded on the national level on lower levels (sectoral, industrial; etc.), strongly enhances labour relations. For example, in the United Kingdom (where the practice of extending the collective agreement on lower levels does not exist),¹⁴⁷ Company Ford¹⁴⁸ conducts collective bargaining and draws up collective agreements with its employees, without being the active members of employers’ association. On the hand, in Belgium (where the practice of extending exists), Ford is an active member of employers’ association Agoria.¹⁴⁹ Consequently, the contracts concluded by Agoria on the sectoral level effect the contents of the potential collective agreement for will conclude with its employees. Such practice enhances the role of employers’ associations and makes labor relations more centralized.

According to GLC, the collective agreement must specify the subjects of the agreement¹⁵¹ and obligations that shall apply to the parties to the collective agreement.¹⁵² Consequently, this means that it is not permitted by the Georgian legislation to extend the collective agreement on the subjects who are employees of the field/sector. However, this does not eliminate the possibility of extending collective agreement on the potential employee, who will enter the contractual relationship after the collective agreement is concluded. In this case, collective agreement is a contract for the benefit of the third person, defined by Articles 349 – 351 of Georgian Civil code.¹⁵³

One of the examples of a contract for the benefit of the third person was the collective agreement concluded by and between “Georgian Railway” JSC and Trade Union of Georgian Railways’ in 2013-2014. The collective agreement covered all employees of Georgian Railway, as well as those who were employed after signing the agreement.¹⁵⁴

¹⁴⁴ This approach was established 1969 by the Supreme Court decision which stated the presumption that collective agreement does not have legal force and effect unless the parties have declared explicit intention to be bound by the collective agreement. *Barrow, C.*, Industrial Relations Law, second edit., 2002, 151. Collective agreement does not have binding effect also in Ireland and Cyprus, See Collective bargaining - Published by ETUI (European Trade Union Institute) 2009. Available at: <<https://www.etui.org/Publications2/Books/Collective-bargaining-in-Europe-towards-an-endgame.-Volume-I-volume-II-volume-III-and-volume-IV>>

¹⁴⁵ In case of absence of such provision the court examines whether parties were intended to make the agreement binding for them.

¹⁴⁶ Belgium, France, Netherlands, Germany.

¹⁴⁷ The contract parties are not bound by the agreement clauses on the industry level. Employer is not bound by the agreement concluded by the employer’s association, notwithstanding being its member. *Fulton, L.*, supra note 56.

¹⁴⁸ Ford Motors Co.

¹⁴⁹ Agoria, The biggest employers’ association in technological industry. See in detail at <<http://agoria.be/www.wsc/rep/prg/AppContent?sessionlid=1>>.

¹⁵⁰ In the case of non-existence of such provision, the court evaluates the parties’ intention to make the agreement obligatory.

¹⁵¹ Paragraph 6 of Article 43 of GLC.

¹⁵² Paragraph 7 of Article 43 of GLC.

¹⁵³ Third person (potential employee) is a subject with independent claim, who can require the debtor (employer) to perform collective agreement.

¹⁵⁴ See the preamble of the contract at <<https://ilovanski.wordpress.com>>. The similar approach exists in Germany – the provisions of the collective agreement by and between employer and trade union applies to the employee notwithstanding the fact he knows about it or not and protects his rights whether he took part in the bargaining process or not. (*Sargent, M., Lewis, D.*, Employment Law, 2006, 424, *Iqbal, N.*, supra note 48, 3.)

It is interesting, whether is it possible or not to conclude several collective agreements with one employer. In Germany, there was a general rule, that only one collective agreement was concluded with an employer, though in 2010, the case law stated that more than one collective agreement might be drafted with one employer.¹⁵⁵

A similar provision exists on Article 43 of GLC was added to Article 43 - that does not prohibit any other employee's association with less than 50 per cent of the above enterprise employees from separately negotiating with the employer and from concluding a separate collective agreement.

Collective Labour Agreement and Individual Labour Agreement

Collective agreement is drafted for a fixed or indefinite term.¹⁵⁶ In certain countries,¹⁵⁷ after the term of collective agreement expires, the application of collective agreement is "extended", they can affect the individual labor agreement even though the validity period of the collective agreement has expired.¹⁵⁸ However, such "extinction" is not indefinite. The term for "extinction" might be defined by the party's agreement (until it is canceled or replaced by the collective or individual agreement¹⁵⁹) or by the term defined by law.¹⁶⁰

Apart from the expiration of the validity period of the collective agreement, "extension" might also exist in case of termination of the agreement by one of the parties. For example, in Dutch law if the agreement is terminated by the initiative of one of the parties, collective agreement continuous to remain legal force until parties conclude a new agreement.¹⁶¹

The aim of "extension" of the application of the collective agreement is to protect the interests of the parties and sustain labor stability. Collective bargaining is a prolonged process and parties might not be able to conclude collective agreement due to the absence of the consensus. Then another stage of bargaining starts, etc. During this period employee are left unprotected. The effect of the "extension" of the application of collective agreement aims to prevent such practices and remain old collective agreement in force and effect before the new one is concluded. By this way, employees are protected by the continuing effect of the collective agreement.

Georgian legislation does not have the notion of "extension" of the application of the collective agreement. However, parties might consider prolongation as the condition of the collective agreement.¹⁶²

Collective labour agreement creates a legal basis for an individual labor agreement. Stipulations in such contracts of employment which are contrary to a collective agreement should be regarded as null and void and automatically replaced by the corresponding stipulations of the collective agreement.

¹⁵⁵ *Fulton, L.*, supra note 56.

¹⁵⁶ Paragraph 2 of Article 43 of GLC. In European countries, (Germany, Belgium, France) collective agreements, which regulate remuneration issues normally are concluded for one-year term. However, in the UK agreements with similar contents are drafted for indefinite period. In certain countries (Singapore, Thailand, China), collective agreement validity period, apart from party's intention, is regulated by law. *Blanpain, R.*, Comparative Labour Law and Industrial Relations in Industrialized Market Economies, Wolters Kluwer, 2007, 621; See also Barthélémy & Associés, France, in "Collective Bargaining Agreement", Jus labouris, 2005, 12.

¹⁵⁷ Germany, Austria, Netherlands, Denmark, Slovenia, Greece.

¹⁵⁸ *Aukje A.H.*, supra note 135,257.

¹⁵⁹ *Seweryński, M.*, Collective Agreements and Individual Contracts of Employment, Kluwer, 2003, 194.

¹⁶⁰ According to the Slovakian legislation (Act on Collective Agreements, Article 17) (Official Gazette of the RS, No.43/2006), expired collective agreement is in force end effect until concluding a new agreement, but more than one year. See: ECJ Case C-328/13. Available at <http://www.labourlawnetwork.eu/national_labour_law/implications_of_ecj_rulings/_implications_of_ecj_rulings/prm/191/v__detail/id_4986/category_31/index.html>.

¹⁶¹ Art. 7.2, Basic Agreements 1992. According to Danish law, the proviso which was part of the collective agreement and became the part of an individual agreement, remains legal force and effect even though the collective agreement has expired. *Aukje, A. H. van Hoek.*, supra note 135., 12.

¹⁶² Such agreement was implied in the collective agreement concluded in 2013 – 2014 by and between Georgian Railway JSC and Trade Union of Railway's. For the full version of the agreement. See supra note 154.

Stipulations in contracts of employment which are more favorable to the workers than those prescribed by a collective agreement should not be regarded as contrary to the collective agreement.¹⁶³ However, in case of mutual agreement, the collective agreement might have prior legal force than individual labor agreement.¹⁶⁴

If a collective agreement is amended or terminated unilaterally upon the initiation of the employer, the provisions which became the part of the individual collective agreement remain in force and effect.¹⁶⁵ The only exception is the provision, which gives the employer the right to make amendments unilaterally.¹⁶⁶ In concrete, if the collective agreement gives the employer the right to amend the collective agreement unilaterally, the fact that the collective agreement became the part of an individual agreement, does not prohibit the employers' right to terminate or amend the provision of the individual labor agreement, which was defined by the collective agreement¹⁶⁷

According to the GLC, "provisions of a collective agreement shall be an integral part of individual labour agreements of employees under this agreement",¹⁶⁸ additionally, "a condition in an individual labor agreement or in the document under paragraph 3 of this Article that contradicts this Law or a collective agreement with the same employee shall be void, except when the individual labour agreement improves the condition of the employee."¹⁶⁹

When a collective agreement is concluded before an individual labor agreement, it is easy to define the relations between themselves – collective agreement creates the basis for the individual agreement. However, the situation is challenging, when individual labor agreement is stipulated firstly. In this case, it should be defined whether the collective agreement will be extended on the individual agreement (stipulated before collective agreement) or not. According to the practice of the Georgian Supreme Court,¹⁷⁰ considering the aims of a collective agreement, a reflexive effect is given to it and its application is extended on the individual labor agreement concluded before.

Collective Dispute

Collective bargaining is a negotiation process conducted by and between a trade union and employer/employer's association. This process can be divided into two types: a) negotiation process which ends up the consensus (in a way of concluding a collective agreement) and b) negotiation process which can be conducted within the environment of a dispute.¹⁷¹

The collective dispute is a disagreement between an employer and a trade union, which is the indivisible part of collective labor relationship.¹⁷² The right to collective dispute is stated by Article 6 of European Social Charter, while dispute settlement mechanisms are defined by ILO recommendations.¹⁷³

¹⁶³ Collective Agreements Recommendation, Art. 3.

¹⁶⁴ *Minh, H. T.*, *Collective Agreements - A Comparative Study of Swedish and Vietnamese Labour Law Systems*, 2011, 34. Available at <<http://lup.lub.lu.se/luur/download?func=downloadFile&recordId=4003048&fileId=4067294>>.

¹⁶⁵ *Robertson and Jackson v British Gas Corporation*, 1983, IRLR 302 CA and *Gascol Conversions Ltd v. JW Mercer*, 1974, ICR. 420 *Sargent, M., Lewis, D.*, supra note 154, 422.

¹⁶⁶ *Id.*, 423.

¹⁶⁷ *Airlie v. City of Edinburgh District Council*, 1996, IRLR 218. Available at <<http://www.thompsons.law.co.uk/ltext/10480005.htm>>, *Sargent, M., Lewis, D.*, supra note 154, 423.

¹⁶⁸ Paragraph 8 of Article 43 of GLC.

¹⁶⁹ Paragraph 10 of Article 43 of GLC.

¹⁷⁰ The Civil Chamber of the Supreme Court of Georgia, No. AS-1272-1511-05, 01 June, 2006 year.; Case No.AS-534-865-05, 02 June, 2005; Case No.AS-420-704-04, 14 May, 2004. Available at <<http://prg.supremecourt.ge/>>.

¹⁷¹ It can be finished by consensus (concluding collective agreement) of without it.

¹⁷² ILO, Chapter 4 - Substantive Provisions of Labour Legislation: Settlement of Collective Labour Disputes, 2001 <<http://www.ilo.org/legacy/english/dialogue/ifpdial/llg/noframes/ch4.htm>>.

¹⁷³ Voluntary Conciliation and Arbitration Recommendation, No.92, 1951. Available at <http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:55:0::NO::P55_TYPE,P55_LANG,P55_DOCUMENT,P55_NODE:REC,en,R092,%2FDocument>; Examination of Grievance Recommendation, Labour Administration Recommendation, No.130, 1967.

The collective dispute might arise before the collective bargaining process or during bargaining process. It can be aimed to request for concluding the collective agreement, explanation of certain provisions of collective agreement or issues related to violation of the contract provisions by one of the parties.

The effectiveness of collective bargaining has a direct impact on the prevention/ due settlement of collective bargaining. The effective mechanism of collective bargaining helps the parties to reach consensus, what results in prevention/due settlement of collective dispute.

Collective bargaining mechanism should be in correlation with the right of the collective bargaining.¹⁷⁴ In concrete, effective mechanism of dispute settlement enhances the recognition of the right of collective bargaining. According to the ILO Convention on Collective Bargaining, “bodies and procedures for the settlement of labor disputes should be so conceived as to contribute to the promotion of the collective bargaining.”¹⁷⁵

The state plays a vital role in the prevention and due and effective settlement of collective dispute. The state appears to take the role that best complements the efforts of the social partners to ensure that collective disputes are prevented in the first place and effectively and efficiently resolved when they do arise. Consequently, based on the national legislation, the state has to conduct such type of activities, which prevents collective disputes, and solvation if they arise.¹⁷⁶ The pillar of harmonic labour relationship is the relevant legal basis, which helps to conduct effective collective bargaining based on independence and voluntary basis.¹⁷⁷ This has a direct impact on the economic stability and wealth of the country. This link is so clear that in the legislation of certain countries¹⁷⁸ define collective dispute as well.¹⁷⁹

The role of the state in dispute settlement is not limited to the establishment of the legal basis for it. Smooth labor relationship has a direct impact on the welfare and economics of the country. Consequently, the state who is an interested party in collective dispute settlement is entitled to be involved directly or indirectly in the dispute settlement process.¹⁸⁰ One of the good examples of it is the mediation, which was introduced to GLC in 2013,12.07.

Conclusion

Collective bargaining is one of the strong mechanisms for protecting the interests of employees. Notwithstanding the changes in labor relations during time and scope, it has kept its' importance and actuality throughout two decades in the world legal environment. In the Georgian legislation

Available at <https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312468:NO>.

¹⁷⁴ Strengthening the Mechanisms of Labour Dispute Prevention and Amicable Resolution in the Western Balkan Countries and Moldova, *Risak, M. E., Holter, C.* eds., Conference Report, ILO, 2009, 5. Available at <<http://www.univie.ac.at/arbeitsrecht/php/get.php?id=1282>>.

¹⁷⁵ Sub-paragraph e) of paragraph 2 of Article 5 of the Convention.

¹⁷⁶ Collective Dispute Resolution through Conciliation, Mediation and Arbitration: European and ILO Perspectives, 2007, 19. Available at <http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/documents/meetingdocument/wcms_366949.pdf>.

¹⁷⁷ The correct mechanism for the dispute settlement is important for the existence of a healthy labor relationship. The research held in Bulgaria in 2005 state that, the lack of the effective mechanism for collective bargaining their ineffectiveness resulted in frequent strikes. see: EIRO: Collective dispute resolutions in an enlarged European Union – case of Bulgaria, Dublin, 2005. Available at <<http://www.eurofound.europa.eu/eiro/2005/08/word/bg0508205t.doc>>.

¹⁷⁸ Japan and Australia.

¹⁷⁹ Article one of the Law on Settling Labour Relation of Japan (25.09. 1946 #25). Article 3 of Law of Australia on Labour Relations at the Workplace, 1996. Available at <<http://www.ilo.org/legacy/english/dialogue/ifpdial/llg/ch4/ex2.htm>>.

¹⁸⁰ *Trebilcock, A.*, Labour Relations and Human Resources Management – an Overview, Part III, Chapter 21, Encyclopedia on Occupational Health and Safety, ILO, Fourth Edition. Available at <<http://www.ilocis.org/documents/chpt21e.htm>>.

collective bargaining has been regulated by a variety of statutory acts from the day of establishment up to today. At present it is mainly regulated by GLC and Georgian Organic Law “On Trade Unions”. To develop collective bargaining and respect, promote and realize it in the Georgian law and practice, it is desirable to perform the following steps on the statutory, doctrinal and case law levels:

1. The collective agreement aims at protecting the interests of employees and can be considered as a guaranty of the stability and safety of labour relations. Consequently, for the purposes of employee protection, continuing of a collective agreement is an important element. After the expiration of the collective agreement, the collective bargaining process aiming at concluding new agreement, might be prolonged (and even could not be concluded due to not reaching the consensus). As a result, it will have a negative impact on the interests of the employees. It is desirable to establish the notion of “extension” of a collective agreement on the statutory level. Such “extension” should prolong the legal force and effect of an expired collective agreement. The provision will protect the interest of employees before the new collective agreement will be concluded.

In case of non-existence of an “extension provision” in the legislation, of course, the problem could be solved by the party’s mutual agreement. Parties are entitled to freely give the “extension” to the collective agreement considering the principle of freedom of contract – freedom of determining the contents. However, considering the element of subordination, as the essential part of labor relation, the importance of protection of the employees is so high, that such “extension” should not be based on the intent of parties. Consequently, statutory regulation of the issue ensures the protection of the interests of the employees and will cover those parties, who have not included “extension” provision in the collective agreement.

2. The aim of collective bargaining is to protect the interest of employees by a way of reaching consensus. During the bargaining process parties have different interests and positions at the bargaining table, they try to somehow “fit” to bargaining outcome to their interests, what leads to the prolongation of the bargaining process and frequently causes collective dispute. Prolonged bargaining process has a negative effect on the bargaining parties – employees have a strong feeling of instability; they are more oriented on the collective bargaining process than on work performance. The quality of performed work decreases, and as a result of instability – the incentive for new initiatives and opportunities from the employee’s side is few. On the other hand, employers use a big number of human resources on the collective bargaining issues, and less attention is paid to the company development activities.¹⁸¹

Herewith, the negative impact of the collective dispute might not result only at the company level. It can also have a negative effect on the economic environment of the country.

Consequently, to retain stable labour relations on enterprise, as well as national levels, is desirable to define the mandatory and voluntary issues of collective bargaining, define the procedural details¹⁸² by a guideline (stages,¹⁸³ strategies, processes), raise the public awareness. All abovementioned will make the bargaining process simple, decreases the duration of the collective

¹⁸¹ In small companies, with simple organizational structure, the consequences are severe.

¹⁸² It is desirable to define the procedure for collective bargaining with the active involvement of the social partners. Otherwise, stated procedure might limit the autonomy of the bargaining parties.

¹⁸³ In accordance with the program of ILO Training - Center (ITCILO <<http://www.itcilo.org/en>>) collective bargaining is divided in four major stages (preparation period, bargaining, signing collective agreement, conclusion). Available at <http://actrav-courses.itcilo.org/en/a3-72661/a3-72661-resources/negotiation-and-collective-bargaining/process-of-collective-bargaining/at_download/file>. Though, ILO also offers more concrete stages as well (with 8 stages). See: *Morris, R.*, *New Issues in Collective Bargaining - A Caribbean Workers' Education Guide* Port of Spain, International Labour Office, 2002, 12. Available at <http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---sro-port_of_spain/documents/publication/wcms_223944.pdf>.

bargaining process, will enhance the collective bargaining. Altogether these will have a positive effect on the interest the parties and the economic stability of the country.

Bibliography

1. *Addison, J.T, Schnabel, C.*, International Handbook of Trade Unions, 2003, 485.
2. *Aidt, T., Tzannatos, Z.*, Unions and Collective Bargaining: Economic effects in a Global Environment, Washington DC, World Bank, 2002.
3. *Aukje, A.H. van Hoek*, Collective Agreements and Individual Contracts of Employment in Labour Law: The Netherlands, vol 6.4 Electronic Journal of Comparative Law, December 2002.
4. *Barrow, C.*, Industrial Relations Law, second edit., 2002.
5. Barthélémy & Associés, France, in "Collective Bargaining Agreement", Jus labouris, 2005, 12.
6. *Blanpain, R., Baker J. J.*, Comparative Labour Law and Industrial Relations in Industrialized Market Economies, Wolters Kluwer, 2004, 512.
7. *Blanpain, R.*, Comparative Labour Law and Industrial Relations in Industrialized Market Economies, Wolters Kluwer, 2007.
8. *Blanpain, R.*, European Labour Law, Eleventh revised edition, Kluwer Law International, 2008.
9. *Bridegam, M.A.*, Unions and Labour Laws, 2010.
10. *Civry, J.*, Comparative Observations On Legal Effects of Collective Agreements, the Modern Law Review, Volume 21, Issue 5, Wiley Online Library, published online – 2011.
11. *Cole, G. D. H.*, Attempts at General Union, A Study in British Trade Union History 1818 – 1834, 2011.
12. Collective Agreements Recommendation, No. 91, 1951.
13. Collective bargaining - Published by ETUI (European Trade Union Institute) 2009.
14. Collective Bargaining Recommendation, No. 163, 1981.
15. Collective Bargaining, a Policy Guide, International Labour Office, Governance and Tripartism Department (GOVERNANCE), Conditions of Work and Equality Department (WORKQUALITY), Geneva, 2015.
16. Collective Dispute Resolution through Conciliation, Mediation and Arbitration: European and ILO Perspectives, 2007.
17. Collective Dispute Resolutions in an Enlarged European Union – Case of Bulgaria, Dublin, 2005.
18. *Colosi, T. R., Berkeley, A. E.*, Collective Bargaining: How It Works and Why, Third Edition, 2008.
19. *Cordova, E.*, Collective Bargaining, Comparative Labour Law and Industrial Relations, 3rd edition, Blanpain (ed.), 1982., 220.
20. Examination of Grievance Recommendation, Labour Administration Recommendation, No.130, 1967.
21. Freedom of Association: Digest of decisions and principles of Freedom of Association Committee of the Governing Body of ILO, Geneva, International Labour Relations office, fifth edition, 2006.
22. *Freeman, R. B.*, Labor Market Institutions Around the World, CEP Discussion Paper No 844, LSE, 2008.
23. *Fulton, L.*, Worker representation in Europe. Labour Research Department and ETUI, 2015.
24. Fundamental Rights at Work and International Labour Standards, Geneva, International Labour Relations Office, 2003.
25. Georgian Trade Unions Movement, Transparency International - Georgia, 2010.
26. *Gernigon, B., Odero, A., Guido, H.*, ILO Principles Concerning Collective Bargaining, International Labour Review, 2000, vol. 139, No. 1,

27. Industrial and Employment Relations Department (DIALOGUE) - Social Dialogue, Labour Legislation Guidelines, Chapter III: Substantive Provisions of Labour Legislation: Effective Recognition of the Right to Collective Bargaining.
28. Industrial and Employment Relations Department (DIALOGUE) – Social Dialogue, Labour Legislation Guidelines. Chapter three, Substantive Provisions of Labour Legislation: Effective Recognition of the Right to Collective Bargaining.
29. International Labour Organization, Freedom of Association and Collective Bargaining, 1994.
30. *Iqbal, N.*, Collective Bargaining and its Impact on Management.
31. *Khabo, F. M.*, Collective Bargaining and Labour Disputes Resolution – Is SADC Meeting the Challenge? ILO Sub-Regional Office for Southern Africa, Issues Paper No 30, 2008.
32. *Liparteliani, M.*, Amendments to Georgian Labour Code on the 4th June 2013 Regarding Collective Labour Relations, Legal Aspect of Recent Changes to Georgian Labour Law, 2014.
33. *Malmberg, J., Wahlgren, P.*, The Collective Agreement as an Instrument for Regulation of Wages and Employment Conditions, Scandinavian Studies in Law, 2002, Vol. 43.
34. *Milner, S., Nombela, G.*, Trade Union Strength, Organisation and Impact in Spain, Centre for Economic Performance, Discussion Paper No. 258, I
35. *Minh, H. T.*, Collective Agreements - A Comparative Study of Swedish and Vietnamese Labour Law Systems, 2011.
36. *Morris, R.*, New Issues in Collective Bargaining - A Caribbean Workers' Education Guide Port of Spain, International Labour Office, 2002.
37. Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD), Collective Bargaining: Levels and Coverage.
38. *Phelan, C. C.*, Trade Unionism Since 1945: Western Europe, Eastern Europe, Africa, and the Middle East, 2009.
39. Rules of Game, A brief introduction to International Labour Standards, ILO, 2009.
40. *Sargent, M., Lewis, D.*, Employment Law, 2006.
41. *Seweryński, M.*, Collective Agreements and Individual Contracts of Employment, Kluwer, 2003.
42. *Shelley, S., Calveley M.*, Learning with Trade Unions, A Contemporary Agenda in Employment Relations, 2007.
43. *Silva, S.*, Collective Bargaining Negotiations, International Labour Organization, Act/Emp, Publications, 1996.
44. Strengthening the Mechanisms of Labour Dispute Prevention and Amicable Resolution in the Western Balkan Countries and Moldova, *Risak, M. E., Holter, C.* eds., Conference Report, ILO, 2009.
45. *Sun, L.*, Collective Bargaining, <<http://www.businessdictionary.com/article/393/collective-bargaining>>.
46. *Trebilcock, A.*, Labour Relations and Human Resources Management – an Overview, Part III, Chapter 21, Encyclopedia on Occupational Health and Safety, ILO, Fourth Edition.
47. Voluntary Conciliation and Arbitration Recommendation, No.92, 1951.

საერთაშორისო სამართლის ორი ძირითადი პრინციპის - სახელმწიფოს ტერიტორიული მთლიანობისა და ერთა თვითგამორკვევის შედარებითი ანალიზი კოსოვოსა და აფხაზეთის მაგალითზე

აბსტრაქტი

კვლევის მთავარ მიზანია, საერთაშორისო სამართლის ორი ძირითადი პრინციპის - ერთა თვითგამორკვევის უფლებისა და სახელმწიფოს ტერიტორიული მთლიანობის დეტალური ანალიზი და მათი წარმოდგენა კოსოვოსა და აფხაზეთის კონფლიქტების მაგალითზე. კერძოდ, ნაშრომის მნიშვნელოვანი ნაწილი ეთმობა კოსოვოსა და აფხაზეთის კონფლიქტების სამართლებრივი შეფასებას და იმ ძირითადი განსხვავებების ჩვენებას, რომლებიც, ერთი მხრივ, კოსოვოს, ხოლო, მეორე მხრივ, აფხაზეთის კონფლიქტების სამართლებრივ ასპექტებს უკავშირდება.

სტატიაში ყურადღება გამახვილებულია იმის ფაქტის დეტალურ ანალიზზე, თუ რატომ იყო დასავლეთის, კერძოდ, ჩრდილო ატლანტიკური ხელშეკრულების ორგანიზაციის (NATO)³ მხრიდან კოსოვოს კონფლიქტში ჩართვა და კოსოვოს დამოუკიდებლობის აღიარება საერთაშორისო თანამეგობრობის ქვეყნების უმრავლესობის მიერ ნაწილობრივ ლეგიტიმური და, მეორე მხრივ, საერთაშორისო-სამართლებრივი, თუ პოლიტიკური თვალსაზრისით, რუსეთის ჩართვა აფხაზეთის კონფლიქტში და აფხაზეთის ე.წ. „დამოუკიდებლობის“ აღიარება სრულად სამართლებრივ საფუძვლებს მოკლებული. ნაშრომის დასკვნით ნაწილში საუბარია იმაზე, თუ რა უნდა მოიმოქმედოს მომავალში საერთაშორისო თანამეგობრობამ საერთაშორისო სამართლის სხვადასხვა პრინციპების დაცვის მიმართულებით.

შესავალი

როგორც გასული საუკუნეების, ასევე დღევანდელ მსოფლიოში სეპარატიზმთან და ირედენტიზმთან დაკავშირებული საკითხი ერთ-ერთ უდიდეს, გლობალური ხასიათის პრობლემას წარმოადგენს. ჩვენი პლანეტის განსხვავებულ რეგიონში მცხოვრები სხვადასხვა ეთნიკური თუ რელიგიური ჯგუფები სხვადასხვა ინტენსივობით მუდმივად იბრძვიან საკუთარი ეროვნული თვითმყოფადობის შენარჩუნებისათვის, რასაც, ხშირად, კონკრეტული სახელმწიფოსგან გამოყოფისა და დამოუკიდებელი სახელმწიფოდ ჩამოყალიბების (სეპარატიზმი), ან მეორე სახელმწიფოსთან მიერთების (ირედენტიზმი) შესახებ მოთხოვნა მოსდევს. ხშირ შემთხვევაში, სხვადასხვა ეთნიკური ჯგუფების წარმომადგენლები უკანონო შეიარაღებულ ფორმირებებს აყალიბებენ და თავიანთ ბრძოლას ძალადობრივი გზით ახორციელებენ. ამ შემთხვევაში უდიდეს პრობლემას ისიც, რომ ასეთ რელიგიურ თუ ეთნიკურ ჯგუფებს, ხშირად, გარეშე ძალა (კონკრეტული სახელმწიფო, უცხო ქვეყანაში მოქმედი ლობისტთა ჯგუფები, კერძო კომპანიები) უწყევს დახმარებას. საქართველო სწორედ იმ ქვეყნების რიგს ეკუთვნის, რომლებმაც,

¹ შავი ზღვის საერთაშორისო უნივერსიტეტის პროფესორი, საერთაშორისო სწავლების ცენტრის დირექტორი.

² შავი ზღვის საერთაშორისო უნივერსიტეტის საერთაშორისო სწავლების ცენტრის მკვლევარი.

³ ოფიციალური ვებ-გვერდი იხ. <<https://www.nato.int>>.

იმპერიალისტური ამბიციების მქონე უცხო სახელმწიფოს ირიბი და პირდაპირი აგრესიის წყალობით, დაკარგა კონტროლი საკუთარ ორ ისტორიულ რეგიონზე.

ამ მხრივ, საქართველო არ არის ის ერთადერთი გამონაკლისი, რომელმაც საკუთარ ტერიტორიაზე კონტროლი, უცხო ძალების ჩარევის შედეგად, დაკარგა. ამ პრობლემის წინაშე გასული საუკუნის 90-იანი წლების ბოლოს დადგა სერბეთიც, რომელმაც, NATO-ის მიერ 1999 წლის მარტიდან ივნისამდე განხორციელებული სამხედრო კამპანიის შედეგად, დაკარგა კონტროლი კოსოვოს ტერიტორიაზე.

ზემოაღნიშნულიდან გამომდინარე, კვლევის მთავარი მიზანია, კოსოვოსა და აფხაზეთის კონფლიქტების იურიდიული საფუძვლების დეტალური ანალიზი. შესაბამისად, კვლევის ფარგლებში, მთავარი კითხვაა დადგინდეს, არსებობს თუ არა რაიმე სამართლებრივი საფუძველი იმისა, რომ კოსოვო ან აფხაზეთი გადაიქცეს დამოუკიდებელ სახელმწიფოდ? რა ძირითადი საერთო და განმასხვავებელი იურიდიული ასპექტები არსებობს კოსოვოსა და აფხაზეთის კონფლიქტებს შორის? ამაზე დაყრდნობით, თემის სპეციფიკიდან გამომდინარე, შესაძლებელია, შემდეგი საკვლევო კითხვების ჩამოყალიბება:

- დაარღვია თუ არა NATO-მ 1999 წელს და რუსეთმა 2008 წელს საერთაშორისო სამართლის ნორმები სერბეთისა და საქართველოს ტერიტორიაზე განხორციელებული სამხედრო ოპერაციების ფარგლებში?
- იყო თუ არა დაცული რაიმე საერთაშორისო-სამართლებრივი ნორმები სერბეთის და საქართველოს ტერიტორიებზე გარეშე ძალების ჩარევისას?
- როდის შეიძლება, ერთდროულად, დაცული იქნას ტერიტორიული მთლიანობისა და ერთა თვითგამორკვევის პრინციპები?

სტატიაზე მუშაობის პროცესში გამოყენებულ იქნება სოციალური მეცნიერებების ფარგლებში არსებული თვისებრივი კვლევის მეთოდი: სხვადასხვა სამართლებრივი ხასიათის დოკუმენტებზე დაყრდნობით, ნაშრომში გაანალიზებულ იქნება საერთაშორისო და ქვეყნის შიდა სამართლებრივი სხვადასხვა დოკუმენტი, რომელიც საქართველოსა და სერბეთის ტერიტორიაზე არსებული ორი კონფლიქტს ეხება. გარდა ამისა, ნაშრომში დიდი ყურადღება დაეთმოა განსახილველ კონფლიქტთა პოლიტიკურ ასპექტებს, გარეშე ძალების როლს ორივე მათგანში და მათ სამართლებრივ და პოლიტიკურ შედეგებს.

საერთაშორისო სამართლის ძირითადი პრინციპები

საერთაშორისო სამართლის ძირითადი პრინციპები საერთაშორისო საჯარო სამართლის ყველაზე უფრო ზოგადი, საბაზისო და საყოველთაოდ აღიარებული სახელმწიფოთა სამართლებრივი ქცევის წესები, რომლებიც მთელი საერთაშორისო სამართლებრივი სისტემის საფუძვლად ითვლება და გამოხატავს საერთაშორისო თანამეგობრობის საერთო ნებასა და ინტერესებს; ისინი, კაცობრიობის განვითარების პროცესის შედეგად, დღეისათვის დამკვიდრებულ, ზოგადსაკაცობრიო მორალურ ფასეულობებსა და პრინციპებს ეფუძნება და სხვა სამართლებრივი სუბიექტებისათვის.⁴

საერთაშორისო სამართლის ყოველი ძირითადი პრინციპი იურიდიული ნორმაა და მსოფლიო პოლიტიკურ პროცესებში ჩართული სახელმწიფოებისათვის, შიდასახელმწიფოებრივ ნორმებთან შედარებით, უპირატესი ძალა აქვს.⁵

საერთაშორისო სამართლის პრინციპების სხვადასხვა ხასიათი საყოველთაოდ აღიარებულ, ზოგად საერთაშორისო ხელშეკრულებებს ან საერთაშორისო ჩვეულებას ეფუძნება. ეს პრინციპები ჩამოყალიბებულია გაერთიანებული ერების („გაერო“)⁶ წესდებაში⁷ (1-ლი თავი, მე-2 მუხლი) და, აგრეთვე, გაეროს 1970 წლის დეკლარაციაში

⁴ *ალექსიძე, ლ., გიორგაძე, ლ., კვაჭაძე, მ.*, ადამიანის უფლებათა საერთაშორისო სამართალი, ლექსიკონი-ცნობარი, ჯისიაი, თბილისი, 2005, 283.

⁵ იქვე.

⁶ ოფიციალური ვებ-გვერდი იხ. <www.un.org>.

⁷ ტექსტი ხელმისაწვდომია შემდეგ ვებ-გვერდზე: <<http://www.un.org/en/charter-united-nations/>>.

საერთაშორისო სამართლის პრინციპების შესახებ⁸. ისინი სახელმწიფოთა მეგობრულ ურთიერთობებსა და თანამშრომლობას უკავშირდება და ევროპის უშიშროებისა და თანამშრომლობის ორგანიზაციის („ეუთო“)⁹ 1975 წელს ხელმოწერილ ჰელსინკის დასკვნით აქტი¹⁰ გაეროს წესდების განმარტებით ინსტრუმენტებადაა აღიარებული.¹¹

ეს პრინციპებია: 1. სახელმწიფოთა სუვერენული თანასწორობა; 2. ძალით დამუქრებისა და მისი გამოყენების აკრძალვა; 3. სახელმწიფოს ტერიტორიული მთლიანობის ხელშეუხებლობა; 4. საზღვრების ურღვევობა; 5. საერთაშორისო დავების მშვიდობიანი გზით გადაწყვეტა; 6. სახელმწიფოს საშინაო საქმეებში ჩაურევლობა; 7. ხალხთა თანასწორუფლებიანობისა და თვითგამორკვევის უფლება; 8. ადამიანის უფლებათა პატივისცემა; 9. სახელმწიფოს მოვალეობა, ითანამშრომლონ ერთმანეთთან გაეროს წესდების შესაბამისად; 10. საერთაშორისო სამართლით განსაზღვრულ ვალდებულებათა კეთილსინდისიერი შესრულება.¹²

ერთა თვითგამორკვევა და სახელმწიფოს ტერიტორიული მთლიანობის პრინციპი

საერთაშორისო სამართლის ძირითადი პრინციპებიდან ორი - სახელმწიფოს ტერიტორიული მთლიანობისა და ერთა თვითგამორკვევის პრინციპები ერთმანეთს აშკარად ეწინააღმდეგება. აუცილებელია იმის აღნიშვნაც, რომ მეორე მსოფლიო ომის შემდგომ პერიოდში, კონკრეტული ტერიტორიის სტატუსთან დაკავშირებით, საერთაშორისო თანამეგობრობის პოზიცია არაერთგვაროვანი იყო. თუ ერთ შემთხვევაში, სხვადასხვა პოლიტიკურ თუ სამართლებრივ მიზეზთა გამო, საერთაშორისო საზოგადოება ან სახელმწიფო კონკრეტული ტერიტორიისათვის დამოუკიდებლობის მინიჭებას უჭერდა მხარს, სხვა შემთხვევაში, - ტერიტორიული მთლიანობის პრინციპს ანიჭებდა უპირატესობას¹³.

ეს პოლემიკა როგორც სამართლებრივ, ასევე პოლიტიკურ ქრილში დღესაც გრძელდება და ამის ნათელ მაგალითს, საერთაშორისო საზოგადოებისა და ცალკეული სახელმწიფოების მხრიდან, კოსოვოსა და აფხაზეთის სამართლებრივი სტატუსის მიმართ განსხვავებული დამოკიდებულება, რაზეც ქვემოთ გვექნება საუბარი.

მეორე მსოფლიო ომის შემდეგ, საერთაშორისო თანამეგობრობა, პირველ რიგში, გაერო, მსოფლიოს რეგიონებში მდებარე სხვადასხვა ტერიტორიის განსაზღვრის საქმეში აქტიურად ჩაერთო. კერძოდ, გაეროს დაარსების დღიდან, მის ერთ-ერთ მთავარ სტრუქტურას გაეროს სამეურვეო საბჭო წარმოადგენდა, რომელიც გაეროს წესდების XIII თავის საფუძველზე იქნა შექმნილი. იგი გაეროს უშიშროების საბჭოს 5 მუდმივი წევრისგან (აშშ, დიდი ბრიტანეთი, საფრანგეთი, ჩინეთი, სსრკ) შედგებოდა¹⁴. სამეურვეო საბჭოს მუშაობის პროცესში, 1945-1994 წლებში მის დაქვემდებარებაში მყოფმა 11 ტერიტორიამ პოლიტიკური დამოუკიდებლობა მიიღო¹⁵. გარდა ამისა, გაეროს მიერ, დეკლარაციის პოლიტიკის მიმართულებით, გატარებული ღონისძიებები, რომლებიც „თანაბარ უფლებებსა და ხალხთა თვითგამორკვევას“¹⁶, აგრეთვე, გაეროს წესდების შესაბამისი თავების (XI, XII და XIII) კონკრეტულ მუხლებს ეფუძნებოდა, დამოუკიდებელი ხალხების კოლონიური

⁸ ტექსტი ხელმისაწვდომია ვებ-გვერდზე: <[https://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/2625\(XXV\)](https://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/2625(XXV))>; იხ., ასევე Basic Facts about the United Nations, United Nations Department of Public Information, New-York, 2005, 269.

⁹ ოფიციალური ვებ-გვერდი <<https://www.osce.org>>.

¹⁰ *ქარუმიძე, ვ.*, საერთაშორისო ორგანიზაციები, საგანმანათლებლო კავშირი ცოდნა, თბილისი, 2004, 233-235.

¹¹ *ალექსიძე, ლ., გიორგაძე, ლ., კვაჭაძე, მ.*, დასახ. წყარო, მე-4 სქ.

¹² *Игнатенко, Г. В.*, Международное Право, 2-е издание, Норма, Москва, 2002, 121-134.

¹³ ამის ნათელი მაგალითია კოსოვოს და აფხაზეთის შემთხვევები, როდესაც დასავლეთი კოსოვოს დამოუკიდებლობას უჭერდა მხარს, ხოლო რუსეთი სერბეთის ტერიტორიული მთლიანობის შენარჩუნებას. აფხაზეთის შემთხვევაში კი, პირიქით, დასავლეთი მხარს უჭერდა საქართველოს ტერიტორიულ მთლიანობას, ხოლო რუსეთი აფხაზეთის დამოუკიდებლობას.

¹⁴ დასახ. წყარო, მე-8 სქ., 13.

¹⁵ ეს ტერიტორიებია: განა, სომალი, კამერუნი, ტოგო, რუანდა, ბურუნდი, ტანზანიის გაერთიანებული რესპუბლიკა, სამოა, ნაურუ და პაპუა-ახალი გვინეა და პალაუ.

¹⁶ დასახ. წყარო, მე-8 სქ., 283-286.

მმართველობისაგან განთავისუფლებას უკავშირდებოდა. 1960 წლიდან გაერო, ცალკეული ქვეყნებისათვის, დამოუკიდებლობის მინიჭების საკითხში, გენერალური ასამბლეის მიერ კოლონიური ქვეყნებისა და ხალხებისათვის დამოუკიდებლობის მინიჭების შესახებ მიღებულ დეკლარაციას¹⁷ ეფუძნებოდა. ეს დოკუმენტი, ასევე „დეკოლონიზაციის შესახებ“ დეკლარაციითაა ცნობილი.

მეორე მსოფლიო ომის შემდგომ პერიოდში არსებული პოლიტიკური ვითარებისა და საერთაშორისო თანამეგობრობის მიერ გატარებული ზომების შედეგად, „ცივი ომის“ პერიოდში მსოფლიოს პოლიტიკურ რუკაზე 102 ახალი დამოუკიდებელი სახელმწიფო ჩამოყალიბდა¹⁸.

„ცივი ომის“ დასრულების შემდეგ, საბჭოთა სოციალისტური რესპუბლიკების კავშირის („სსრკ“), იუგოსლავიისა და ჩეხოსლოვაკიის დაშლის, ამ ქვეყნების ადგილზე 22 ახალი დამოუკიდებელი სახელმწიფო შეიქმნა. 1993 წელს აფრიკის კონტინენტზე გაჩნდა ახალი სახელმწიფო ერთრეა, რომელიც ეთიოპიას გამოეყო, ხოლო 2012 წელს - სამხრეთ სუდანი. ამავე დროს, სამხრეთ აღმოსავლეთ აზიაში 2004 წელს შეიქმნა ახალი სახელმწიფო ტიმორ ლესტე (ყოფილი აღმოსავლეთ ტიმორი), რომელმაც, საყოველთაო რეფერენდუმის შედეგად, დამოუკიდებლობა ინდონეზიისგან მიიღო. შესაბამისად, დღეს, გაეროს სრულუფლებიანი წევრია 193 სახელმწიფო¹⁹ სახეზე.

მიუხედავად იმისა, რომ მეორე მსოფლიო ომის შემდგომ პერიოდში, დეკოლონიზაციის პროცესის შედეგად, საერთაშორისო თანამეგობრობა მიესალმებოდა მსოფლიო პოლიტიკურ რუკაზე ახალი სახელმწიფოების შექმნას, რაც გაეროს დეკლარაციებშიც იქნა ასახული, 1975 წელს ხელმოწერილი, ჰელსინკის საბოლოო აქტით, პრიორიტეტს სახელმწიფოთა ტერიტორიულ მთლიანობას ანიჭებდა.²⁰

ზემოაღნიშნული ფაქტების გათვალისწინებით, მსოფლიო თანამეგობრობა, კონკრეტულ სადავო ტერიტორიასთან მიმართებით, დღესაც დგას როგორც პოლიტიკური, ისე სამართლებრივი დილემის წინაშე. ვითარებას ართულებს ის ფაქტი, რომ დღეისათვის მსოფლიოს პოლიტიკურ რუკაზე 200-მდე სუვერენული სახელმწიფო არსებობს, პლანეტაზე არსებული ერების რაოდენობა კი 5000-ს აღემატება²¹. ამ ვითარების გათვალისწინებით, 2014 წლის მონაცემებით, დღევანდელ მსოფლიოში არსებობს 414 კონფლიქტური რეგიონი²². რა თქმა უნდა, სიტუაცია უმართავი გახდება იმ შემთხვევაში, თუკი ყველა ერი მოინდომებს დამოუკიდებელი სახელმწიფოს შექმნას.

ამის გათვალისწინებით, პრობლემა საერთაშორისო თანამეგობრობის მიერ საერთაშორისო სამართლის ძირითად პრინციპებს შორის არჩევანის გაკეთებაშია კონკრეტული სადავო ტერიტორიის მიმართ, როდესაც, ერთი მხრივ, არსებობს სეპარატიზმისა და, მეორე მხრივ, ირედენტიზმის საფრთხე.

ამიტომაც საინტერესოა, სამართლებრივი თვალსაზრისით, განვიხილოთ კოსოვოსა და აფხაზეთის კონფლიქტების სამართლებრივი, მათ შორის, საერთაშორისო-სამართლებრივი ასპექტები.

დასმულ კითხვაზე პასუხის გასაცემად, აუცილებელია თითოეული კონფლიქტის დეტალური, პირველ რიგში კი, სამართლებრივ ჭრილში განხილვა.

კოსოვო

თანამედროვე კოსოვოს ტერიტორია, ისტორიულად, საუკუნეების განმავლობაში, სერბეთის სამეფოს შემადგენლობაში შედიოდა. 1389 წელს სწორედ კოსოვოს ველზე,

¹⁷ „კოდექსი, ე., ბერაია, ლ., სოციალურ და პოლიტიკურ ტერმინთა ლექსიკონი-ცნობარი, ლოგოს პრესი, თბილისი 2004.

¹⁸ Chitadze, N., World Geography. Political, Economic and Demographic Dimensions, Scholars Press, Germany, 2017, 70.

¹⁹ იხ. <<https://www.un.org/en/member-states/>>.

²⁰ Kegley, C., Blanton, S., World Politics. Trend and Transformation, Wadsworth, Cengage Learning, USA, 2011, 353.

²¹ ნეიბე, ვ., მსოფლიოს სოციალ-ეკონომიკური გეოგრაფია, ლეგა, თბილისი, 2004, 46.

²² Chitadze, N., დასახ. ნაშრომი, მე-18 სქ., 116.

გაიმართა ისტორიული ბრძოლა სერბეთის სამეფოსა და ოსმალეთის იმპერიის ჯარებს შორის²³, რომელიც ოსმალთა გამარჯვებით დასრულდა, რის შედეგადაც, სერბეთი თითქმის ხუთი საუკუნის განმავლობაში ოსმალეთის იმპერიის შემადგენლობაში შედიოდა²⁴. სწორედ იმპერიის ხელმძღვანელთა ინიციატივით, თანამედროვე კოსოვოს ტერიტორიაზე ისლამის მიმდევარი ეთნიკური ალბანელების ჩასახლება მიმდინარეობდა. მე-19 საუკუნის ბოლოს რუსეთ-თურქეთის ომის დასრულების შემდეგ, კერძოდ 1878 წელს გამართული ბერლინის კონგრესის გადაწყვეტილებით, სერბეთმა ოსმალეთისგან დამოუკიდებლობა მოიპოვა²⁵. პირველი მსოფლიო ომის დასრულების შემდეგ კი, ავსტრიისა და ოსმალეთის იმპერიების დაშლის კვალობაზე, მათ შემადგენლობაში შემავალი სამხრეთ სლავების ხალხები ერთ სახელმწიფოდ გაერთიანდნენ, რომელსაც სერბთა, სლოვენთა და ხორვატთა, ხოლო 1929 წლიდან იუგოსლავიის სამეფო ეწოდა²⁶. მეორე მსოფლიო ომის შემდეგ, კერძოდ, 1945 წლიდან იუგოსლავიაში კომუნისტური დიქტატურა დამყარდა და შეიქმნა იუგოსლავიის სოციალისტური ფედერაციული რესპუბლიკა, რომლის შემადგენლობაში 6 სოციალისტური რესპუბლიკა. ერთ-ერთი სოციალისტური რესპუბლიკის, სერბეთის შემადგენლობაში კოსოვოს ავტონომიური მხარე შედიოდა²⁷. 1989 წელს იუგოსლავიის პრეზიდენტმა სლობოდან მილოშვიჩმა, კოსოვოს ავტონომია გააუქმა, რამაც ვითარების შემდგომი გამწვავება გამოიწვია²⁸. 1995 წელს იუგოსლავიის ერთ-ერთ ყოფილ რესპუბლიკაში, კერძოდ, ბოსნია-ჰერცეგოვინაში ომის დასრულებისას, საერთაშორისო საზოგადოების ყურადღება უკვე კოსოვოსკენ იყო მიპყრობილი, სადაც კოსოვოელი ალბანელები სერბეთისგან სრულ დამოუკიდებლობას მოითხოვდნენ. სულ უფრო ხშირდებოდა შეტაკებები კოსოვოს განმათავისუფლებელი არმიასა და სერბეთის პოლიციას შორის²⁹.

სიტუაციამ კულმინაციას 1998 წელს მიაღწია, როდესაც სერბ პოლიციელებსა და „კოსოვოს განთავისუფლების არმიის“ მებრძოლებს შორის ღია კონფლიქტის შედეგად, 1500-მდე ადამიანი დაიღუპა, ხოლო 400 ათასამდე - იძულებული გახდა დაეტოვებინა თავიანთი მუდმივი საცხოვრებელი.

ზემოაღნიშნულიდან გამომდინარე, ბოსნიის კონფლიქტის ანალოგიურად, სიტუაციის ნორმალიზაციის პროცესში NATO ჩაერთო. 1998 წლის 26 მაისს, NATO-ის საბჭოს საგარეო საქმეთა მინისტრების სესიაზე კოსოვოს მიმართ ალიანსის ორი მთავარი მიზანი იქნა განსაზღვრული; კერძოდ³⁰:

- კრიზისის მშვიდობიანი გზით დარეგულირება;

- სტაბილურობისა და უსაფრთხოების უზრუნველყოფა მეზობელ სახელმწიფოებში, სადაც ძირითადი ყურადღება გამახვილებული იქნებოდა ალბანეთსა და მაკედონიაზე.

1998 წლის 12 აგვისტოს გავრცელდა ალიანსის გენერალური მდივნის განცხადება, სადაც აღნიშნული იყო, რომ კოსოვოში სამხედრო დაპირისპირებისა და მშვიდობიანი მოსახლეობის მიმართ ძალადობის გაგრძელების შემთხვევაში, NATO იძულებული იქნებოდა დაეგეგმა შესაძლო სამხედრო-სამშვიდობო ოპერაციები კრიზისის აღმოფხვრის მიზნით³¹.

უკვე თვენახევრის შემდეგ, 1998 წლის 24 სექტემბერს, NATO-ის საბჭომ ისევ განიხილა კოსოვოში შექმნილი ვითარება და გამოაცხადა, რომ ალიანსი მზად იყო საჭიროების შემთხვევაში საჭირო კამპანიის დასაწყებად³². იმავე წლის 9 ოქტომბერს, NATO-რუსეთის

²³ ჭიქაძე, ნ. ხელმძღვანელობის ვებ-გვერდი <<https://www.britannica.com/event/Battle-of-Kosovo-1389-Balkans>>.

²⁴ Somel, A. S., Historical Dictionary of the Ottoman Empire, Scarecrow Press, Oxford, 2003, 268.

²⁵ Shafer, K. A., The Congress of Berlin of 1878: its origins and consequences, Portland State University, 1989, 50.

²⁶ ჭანტურია, გ., მსოფლიოს სოციალ-ეკონომიკური და პოლიტიკური გეოგრაფია. საქართველოს მაცნე. 2004.

²⁷ NATO Handbook, Public Diplomacy Division. Brussels, 2006, 149. ხელმძღვანელობის ვებ-გვერდი: <<https://www.nato.int/docu/handbook/2006/hb-en-2006.pdf>>.

²⁸ იქვე.

²⁹ იქვე.

³⁰ ჩიტაძე, ნ., ნატო - ჩრდილოატლანტიკური ალიანსი, მსოფლიოში მშვიდობისა და სტაბილურობის მთავარი გარანტი, მაჯენტა პრინტი, 2008, 108.

³¹ იქვე, 109.

³² იქვე, 110.

ერთობლივი საბჭოს სხდომაზე ორივე მხარემ მხარი დაუჭირა საერთაშორისო ძალისხმევის გაძლიერებას კრიზისის საბოლოო მოგვარების მიზნით.

კონფლიქტის პრევენციის მიზნით, 24-25 ოქტომბერს NATO-ის მაღალჩინოსნები, გენერლები კლარკი და ნაუმანი ეწვივნენ ბელგრადს და შეხვდნენ იუგოსლავიის პრეზიდენტ მილოშევიჩს. ისინი ცდილობდნენ დაერწმუნებინათ ბელგრადი ძალადობის შეჩერების აუცილებლობაში.

აღსანიშნავია, რომ NATO-ის უმაღლესი სამხედრო პირების ვიზიტმა და, საერთო ჯამში, NATO-ის დიპლომატიუმმა აქტიურობამ დროებითი შედეგი გამოიღო, რაც აღნიშნულ იყო კიდევ NATO-ის გენერალური მდივნის 27 ოქტომბრის განცხადებაში, სადაც იგი მიესალმებოდა NATO-ის მესვეურებისა და იუგოსლავიის პრეზიდენტის შეხვედრას, თუმცა მოგვიანებით, კერძოდ, 1999 წლის დასაწყისიდან კოსოვოს ტერიტორიაზე, ადამიანის უფლებათა მასობრივი დარღვევების შედეგად, სულ უფრო, იზრდებოდა ლტოლვილთა რიცხვი.

პრობლემების გათვალისწინებით, კოსოვოსა და მთლიანად რეგიონში არსებული პოლიტიკური ვითარება აიძულებდა ალიანსს, უფრო რადიკალური ზომები გაეტარებინა, რადგან, რამდენიმე რაუნდიანი მოლაპარაკებათა პროცესის მიუხედავად, 1999 წლის დასაწყისიდან იუგოსლავიის ხელისუფლებამ განახლებული ძალებით მიმართა რეპრესიებს კოსოვოელი ალბანელების წინააღმდეგ, რაც იწვევდა ე.წ. „კოსოვოს განმათავისუფლებელი არმიის“ წინააღმდეგობას. მშვიდობიანი მოსახლეობა იძულებული იყო მასიურად დაეტოვებინა თავიანთი საცხოვრებელი სახლები. უკვე 1999 წლის თებერვლის შუა რიცხვებში ლტოლვილთა რაოდენობამ 210 ათასს მიაღწია. ევროპის შუაგულში იქმნებოდა ჰუმანიტარული კატასტროფის რეალური საშიშროება. დასავლეთის მედიასა და ფართო საზოგადოებრივ წრეებში, სულ უფრო ხმამაღლა, გაისმოდა NATO-ის მიმართ კრიტიკა უმოქმედობის გამო³³.

იუგოსლავიის ხელისუფლების ანტისახალხო პოლიტიკის ფონზე, NATO-ში, სულ უფრო სერიოზულად, განიხილებოდა ძალის გამოყენების ალტერნატივა, რისთვისაც ალიანსის შესაბამის სამხედრო სტრუქტურებში სერიოზული სამხედრო მზადება დაიწყო.

სამხედრო სამზადისის მიუხედავად, აქცენტი კვლავ კეთდებოდა კრიზისის პოლიტიკურ მოგვარებაზე. NATO-ის აქტიურობისა და საერთაშორისო ზეწოლის შედეგად, ბელგრადის ხელისუფლება იძულებული გახდა განეახლებინა მოლაპარაკებები კოსოვოელ ალბანელებთან. მოლაპარაკებათა პროცესი გაიმართა 1999 წლის 6 თებერვალს საფრანგეთის ქალაქ რამბუიეში. მოლაპარაკებათა პროცესის სირთულე მდგომარეობდა იმაში, რომ სერბები, რომლებიც კოსოვოს იუგოსლავიის შემადგენელ ნაწილად თვლიდნენ, არ თანხმდებოდნენ კოსოვოში NATO-ის სამშვიდობო ძალების განლაგებას, რაშიც მათ მხარდაჭერას უცხადებდა რუსეთი. თავის მხრივ, საკუთარ პოზიციას აფიქსირებდნენ კოსოვოელი ალბანელებიც, რომლებიც უარს აცხადებდნენ განიარაღებაზე, თუ ისინი კოსოვოს პოლიტიკური სტატუსის შესახებ რეფერენდუმის ჩატარების გარანტიებს არ მიიღებდნენ. საბოლოო ჯამში, დასავლეთის პოლიტიკური წრეების აქტიურობის შედეგად, შესაძლებელი გახდა კოსოვოელ ალბანელთა დათანხმება შეთავაზებულ წინადადებაზე, მაგრამ ბელგრადის არაკონსტრუქციული პოზიციის გამო მარტის თვეში მოლაპარაკებების პროცესი ჩაიშალა.³⁴

მარტის დასაწყისში NATO-ამ არაერთხელ გააფრთხილა ბელგრადის ხელისუფლება, რომ, თუ იგი არ შეწყვეტდა სამხედრო ოპერაციებს და სამართლებრივი ნორმების უხემ დარღვევას კოსოვოში, რის შედეგადაც ხორციელდებოდა ძალადობა კოსოვოს მშვიდობიანი მოსახლეობის წინააღმდეგ, ასევე, თუ იუგოსლავიისათვის მიუღებელი იქნებოდა რამბუიეში შეთავაზებული წინადადებები, ალიანსი იძულებული იქნებოდა დაეწყო სამხედრო ოპერაცია.

³³ იქვე.

³⁴ იქვე, 111.

საერთო ჯამში, აუცილებელია აღინიშნოს, რომ კოსოვოში არსებული დამაბული ვითარების მიმართ ლიანსის პრობლემისადმი დამოკიდებულება ხასიათდებოდა გარკვეული სირთულეებითა და წინააღმდეგობებით, თუმცა, საბოლოოდ, ამ კრიზისის არსებობამ უდიდესი გავლენა მოახდინა NATO-ის ცვლილებებზე, დადებითი მიმართულებით, რადგანაც მან, მნიშვნელოვნად, შეუწყო ხელი ორგანიზაციის საერთაშორისო ავტორიტეტის ზრდას (გაეროს ავტორიტეტის დაცემის პარალელურად) და მისი ფუნქციებისა და მიზნების თანამედროვე რეალობასთან მისადაგებას. კოსოვოში NATO-ის მოქმედებამ დიდი გავლენა მოახდინა თანამედროვე საერთაშორისო სამართლის პრინციპებისა და ნორმების ახლებურად გააზრების საქმეში, რაც უპირველეს ყოვლისა, გამოწვეული იყო იმით, რომ შეიქმნა პრეცედენტი, NATO-ის ფარგლებს გარეთ, ფართო მასშტაბიანი სამხედრო ოპერაციის განხორციელების, რომლის მთავარი მიზანი გახლდათ ეთნიკური წმენდის თავიდან აცილება, ძალადობის შეჩერება. ეს კი, მთლიანობაში, ემსახურებოდა სამართლიანობის აღდგენასა და ზნეობრივი პრინციპების დაცვას. გარდა ამისა, მეორე მსოფლიო ომის შემდეგ, ეს იყო პირველი შემთხვევა, როდესაც დემოკრატიული ქვეყნების ალიანსმა სამართლიანობის აღდგენა და ზნეობრივი-მორალური ფასეულობების დაცვა არსებულ საერთაშორისო ნორმებზე მაღლა დააყენა და, როდესაც ალიანსის ყოველგვარმა მცდელობამ - კოსოვოში არსებული კონფლიქტის მშვიდობიანი გზით გადაწყვეტისა - არ მოიტანა რეალური შედეგი, იუგოსლავიის ხელისუფლების არაკონსტრუქციული პოზიციის გამო, NATO იძულებული იყო განეხორციელებინა სამხედრო ოპერაცია სუვერენული სახელმწიფოს (იუგოსლავიის ფედერაციული რესპუბლიკის) წინააღმდეგ; ამის მიზეზი, როგორც ცნობილია, იყო ის მასშტაბური ეთნიკური წმენდა, რომელსაც მილოშევიჩის რეჟიმი ატარებდა კოსოვოელი ალბანელების, ანუ ამ ქვეყნის ეთნიკური უმცირესობის წინააღმდეგ.³⁵

საერთაშორისო სამართლის კუთხით, ამ ოპერაციის ყველაზე მნიშვნელოვანი მომენტი ის იყო, რომ გაეროს უშიშროების საბჭოს მუდმივი წევრების - რუსეთის ფედერაციისა და ჩინეთის - პოზიციების გამო, რომლებიც ეწინააღმდეგებოდა იუგოსლავიის ტერიტორიაზე NATO-ის მიერ სამხედრო ოპერაციების განხორციელებას, ალიანსს იძულებულს ხდიდა, განეხორციელებინა სამხედრო კამპანია გაეროს უშიშროების საბჭოს სანქციის გარეშე.

მას შემდეგ, რაც კოსოვოში სიტუაცია მნიშვნელოვნად გართულდა, NATO დადგა დილემის წინაშე, რომელიც დასავლეთის დემოკრატიული საზოგადოებრიობისა და პოლიტიკური წრეების ფართო განხილვის საგნად იქცა. პრობლემა იყო იმაში, რომ დასავლეთის წინაშე იდგა მეტად რთული კითხვა: კერძოდ, რა პოლიტიკა უნდა გაეტარებინა ალიანსს იმ შემთხვევაში, თუკი ძალისხმევა და პოლიტიკური ზეწოლა იუგოსლავიის ხელმძღვანელობაზე შედეგს არ გამოიღებდა და მილოშევიჩის ანტიდემოკრატიული რეჟიმი კვლავ გააგრძელებდა კოსოვოელი ალბანელების დევნასა და რეპრესიებს. ნათელი იყო, რომ, ამ შემთხვევაში, რაღაც ეტაპზე, NATO, ბოსნიის კონფლიქტის მსგავსად, იძულებული გახდებოდა გამოეყენებინა სამხედრო ძალა, თუმცა აქ, როგორც უკვე აღინიშნა, სიტუაციას ართულებდა საერთაშორისო სამართალში არსებული ნორმები, რომელთა საფუძველზეც, ძალის გამოყენება და მშვიდობის იძულებითი დამყარება შესაძლებელი იქნებოდა გაეროს წესდების VII მუხლის საფუძველზე, ხოლო ამ დებულების პრაქტიკული განხორციელება შეიძლებოდა მხოლოდ გაეროს უშიშროების საბჭოს რეზოლუციის მიღების შემდეგ; ეს, ალბათ, მიუღწეველი იქნებოდა, რადგან უკვე ცნობილი იყო, რომ რუსეთი სერბების მიმართ ცნობილი სიმპატიების გამო, უთუოდ, გამოიყენებდა ვეტოს უფლებას უშიშროების საბჭოში. ამ ფაქტორების გათვალისწინებით, თუ NATO დაიცავდა სამართლის არსებულ ნორმებს, იგი იძულებული გახდებოდა, დათანხმდებოდა იუგოსლავიის რეტროგრადული ხელისუფლების მიერ სამართლის ელემენტარული ნორმების უხეშ დარღვევას, პირველ

³⁵ იქვე, 112.

რიგში კი, საერთაშორისო სამართლის ერთ-ერთი ძირითადი პრინციპის, ადამიანის უფლებათა ხელყოფას.³⁶

მოვლენათა ასეთი სცენარის მიხედვით განვითარებას შეეძლო, უაღრესად დიდი და, შესაძლოა, გამოუსწორებელი ზიანი მიეყენებინა ჩრდილოატლანტიკური ალიანსის ავტორიტეტისათვის და ეს, იმ დროს, როდესაც ალიანსის როლი ევროატლანტიკურ სივრცეში, სულ უფრო და უფრო, იზრდებოდა და ეს მაშინ, როდესაც ორგანიზაცია, არა მხოლოდ ევროპაში, არამედ მთელ მსოფლიოში აღიქმებოდა როგორც უსაფრთხოებისა და სამართლიანობის დაცვის მთავარი გარანტი. ამას NATO-ის ხელმძღვანელობა კარგად აცნობიერებდა.

გარდა აღნიშნულისა, პრობლემა დაკავშირებული იყო არა მხოლოდ NATO-ის ავტორიტეტის შესაძლო შელახვასთან, არამედ კოსოვოში ძალადობის გაგრძელებას შეეძლო, დამანგრეველი გავლენა მოეხდინა მეზობელ ქვეყნებზე და, შესაძლოა იყო, მთელი ბალკანეთის ნახევარკუნძულზე. პირველ რიგში, აქ აღსანიშნავია ის ფაქტი, რომ კონფლიქტში კოსოვოელი ალბანელების დაცვის მიზნით, შესაძლოა, ჩართულიყო ალბანეთიც, ასევე მაკედონიის ალბანური მოსახლეობა, რომელიც ამ ქვეყნის მოსახლეობის დაახლოებით 20%-ს შეადგენდა. ამიტომაც NATO, ბელგრადის ანტოდემოკრატიული პოლიტიკის გამო, ვერ დაუშვებდა ბალკანეთში ახალი კონფლიქტური კერისა და ევროპული კრიზისის წარმოქმნას იმ შემთხვევაშიც კი, თუ ამისთვის ძალის გამოყენება დასჭირდებოდა.

მეორეს მხრივ, დასავლეთში კარგად აცნობიერებდნენ იმ საშიშროებასაც, რომელიც, NATO-ის მიერ კოსოვოს კონფლიქტში ჩარევის შემთხვევაში, შეიქმნებოდა NATO-ისა და რუსეთს შორის და ეს იმ დროს, როდესაც მოსკოვში, სულ უფრო, ძლიერდებოდა ანტიდასავლური ტენდენციები, სავსებით რეალური იყო, რომ, გაეროს გვერდის ავლით, შესაბამისად, რუსეთის თანხმობის გარეშე, ალიანსის მიერ კოსოვოს პრობლემის მოგვარების მცდელობას შესაძლოა იყო, ოფიციალურ მოსკოვთან ურთიერთობების გაუარესება გამოეწვია.

წინააღმდეგობებით აღსავსე სიტუაციის გამო, NATO-ის მიერ სამათლებრივი და პოლიტიკური ხასიათის გადაწყვეტილების მიღებას, რომელიც ძალის გამოყენება-არგამოყენების შორის პრინციპული არჩევანის გაკეთებასთან იყო დაკავშირებული, მოკავშირეთა მტკიცე სოლიდარობა და გაბედული ნაბიჯების გადადგმა სჭირდებოდა.

როგორც უკვე აღვნიშნეთ, NATO-ის მიერ, კოსოვოს კონფლიქტთან დაკავშირებით, საბოლოო გადაწყვეტილების მიღებამდე, კოსოვოში ვითარების განმუხტვის მიზნით, დასავლეთმა მრავალმხრივ დიპლომატიურ აქტიურობას მიმართა. ამ პროცესში ჩართულნი იყვნენ წამყვანი სახელმწიფო მოღვაწეები, ექსპერტები და ევროატლანტიკური სტრუქტურების წარმომადგენლები. ეს საკითხი ძირითად თემად იქცა NATO-ის საბჭოშიც. აღსანიშნავია ის ფაქტიც, რომ ორგანიზაცია ფართო კონსულტაციებს აწარმოებდა ევროატლანტიკური პარტნიორობის საბჭოშიც, სადაც, NATO-ის წევრი ქვეყნებისა და პარტნიორი ქვეყნების მონაწილეობით, სხვადასხვა დონეზე, განიხილებოდა კოსოვოში შექმნილი ვითარება. განხილვის უმნიშვნელოვანესი ასპექტი გახლდათ მშვიდობის დაცვის სფეროში NATO-ისა და პარტნიორების პრაქტიკული თანამშრომლობის მეთოდებისა და ფორმების შემუშავება, რომელთა მიზანსაც ევროატლანტიკურ სივრცეში მშვიდობის დაცვა წარმოადგენდა. ეს კონსულტაციები, მოგვიანებით, კოსოვოს სამშვიდობო ოპერაციაში გადაიზარდა.

მარტის დასაწყისში NATO-ამ, არაერთხელ, გააფრთხილა ბელგრადის ხელისუფლება, რომ, თუ იგი არ შეწყვეტდა სამხედრო ოპერაციებს და სამართლებრივი ნორმების უხეშ დარღვევას კოსოვოში, რის შედეგადაც ხორციელდებოდა ძალადობა კოსოვოს მშვიდობიანი მოსახლეობის წინააღმდეგ და, ასევე, თუ იუგოსლავიისათვის მიუღებელი იქნებოდა რამდენიმე შეთავაზებული წინადადებები, ალიანსი იძულებული იქნებოდა, დაეწყო სამხედრო ოპერაცია. მიუხედავად ამ მოწოდებისა, მილოშევიჩის რეჟიმმა იგნორირება გაუკეთა NATO-ის წინადადებებს, რის საპასუხოდაც, 1999 წლის 24 მარტს, NATO-ის თავდაცვის პოლიტიკისა და შეიარაღებული ძალების დაგეგმვის სამსახურის დირექტორმა

³⁶ იქვე, 113

მიიღო გადაწყვეტილება ოპერაცია „გაერთიანებული ძალების“ დაწყების შესახებ; იუგოსლავიის სამხედრო ობიექტების წინააღმდეგ საჰაერო რეიდების განხორციელება სხდომის დამთავრებიდან რამდენიმე საათში დაიწყო. აღსანიშნავია, რომ NATO-მ გამოხატა თავისი მზადყოფნა, დაეცვა ჟენევის 1949 წლის³⁷ და ჰააგის 1954 წლის კონვენციების³⁸ ყველა ნორმა და ოპერაცია განხორციელებინა მხოლოდ იუგოსლავიის სამხედრო ინფრასტრუქტურის წინააღმდეგ და მიეღო ყველა ზომა „თანმდევი ზიანის“ (collateral damage) თავიდან ასაცილებლად, რაც, თავის მხრივ, სამოქალაქო ობიექტებისა და მშვიდობიანი მოსახლეობის დაცვას ითვალისწინებდა. სამხედრო ოპერაციის მთავარ მიზნად დასახელდა იუგოსლავიის სამხედრო პოტენციალის შესუსტება და, აქედან გამომდინარე, კოსოვოში ჰუმანიტარული კატასტროფის საშიშროების მასშტაბების შემცირება³⁹.

ჩრდილოატლანტიკურმა ალიანსმა, სამხედრო კამპანიის შესაჩერებლად, იუგოსლავიის ხელმძღვანელობისაგან ხუთი ძირითადი პირობის შესრულება მოითხოვა:

- სამხედრო ოპერაციებისა და ძალადობის შეწყვეტა კოსოვოში;
- კოსოვოდან იუგოსლავიის შეიარაღებული ძალების გამოყვანა;
- კოსოვოში საერთაშორისო სამშვიდობო ძალების განლაგება;
- ლტოლვილების დაბრუნება თავიანთ საცხოვრებელ ადგილებზე და თანამშრომლობის დაწყება საერთაშორისო ჰუმანიტარულ ორგანიზაციებთან, რათა მათ საშუალება მისცემოდათ, დახმარება გაეწიათ მშვიდობიანი მოსახლეობისათვის;
- კონფლიქტის პოლიტიკური მოგვარების მიზნით, რამბუიეში დაწყებული პროცესის გაგრძელება.

NATO-ის გადაწყვეტილება სუვერენული სახელმწიფოს წინააღმდეგ სამხედრო ძალის გამოყენების შესახებ წარმოადგენდა ახალ ეტაპს ალიანსის 50-წლიან ისტორიაში. ალიანსის მხრიდან ამ გაბედულ ნაბიჯს თვისობრივი ცვლილება შეჰქონდა არა მარტო ალიანსის კონცეფციაში, არამედ საერთაშორისო სამართალშიც.

მაგალითად, NATO-ის წესდების მიხედვით, ალიანსს სამხედრო ძალის გამოყენების შესახებ უფლებამოსილება გააჩნდა მხოლოდ იმ შემთხვევაში, თუ ადგილი ექნებოდა შეიარაღებულ თავდასხმას NATO-ის წევრ რომელიმე სახელმწიფოს წინააღმდეგ. კერძოდ, NATO-ის წესდების⁴⁰ მე-5 მუხლში აღნიშნულია: „ხელშეკრულების მონაწილე მხარეები იზიარებენ იმ აზრს, რომ შეიარაღებული თავდასხმა ერთ, ან რამდენიმე მხარეზე ევროპასა და ჩრდილოეთ ამერიკაში განიხილება როგორც სამხედრო აგრესია ყველას წინააღმდეგ. შესაბამისად, ასეთი შეიარაღებული თავდასხმის დროს, თითოეული მათგანი, გაეროს წესდების 51-ე მუხლით აღიარებული ინდივიდუალური ან კოლექტიური თავდაცვის უფლების გამოყენებით, უნდა დაეხმაროს დაზარალებულ მხარეს ან მხარეებს ისეთი ინდივიდუალური ან ერთობლივი მოქმედებებით, რომლებიც, საჭიროების მიხედვით, გულისხმობს შეიარაღებული ძალის გამოყენებას ჩრდილო ატლანტიკური რეგიონში უშიშროების აღდგენისა და შემდგომი შენარჩუნების მიზნით. ამავე დროს, თუ დავეყრდნობით ნატო-ს წესდებას, ყოფილი იუგოსლავიის ტერიტორია, ჩრდილოატლანტიკური ალიანსის პასუხისმგებლობის ზონის ფარგლებს გარეთ მდებარეობდა⁴¹.

ნებისმიერი ასეთი შეიარაღებული თავდასხმისა და მის გამო მიღებული ყველა ზომის შესახებ დაუყოვნებლივ უნდა ეცნობოს უშიშროების საბჭოს. მოქმედებები შეწყდება მაშინ, როდესაც უშიშროების საბჭო მიიღებს საერთაშორისო მშვიდობისა და უშიშროების აღდგენა-შენარჩუნებისათვის საჭირო ზომებს“.

გარდა, ამისა, NATO-ის წესდების პირველ მუხლში აღნიშნულია შემდეგი: „ხელშეკრულების მონაწილე მხარეები ვალდებულივას იღებენ, რომ, გაეროს წესდების შესაბამისად, ყველა საერთაშორისო ხასიათის დავა, რომელშიც ისინი შესაძლოა, აღმოჩნდნენ ჩართული, მშვიდობიანად მოაგვარონ ისე, რომ საფრთხე არ შეუქმნან საერთაშორისო მშვიდობას, უშიშროებას და სამართლიანობას; ასევე საერთაშორისო ურთიერთობისას,

³⁷ *ალექსიძე, ლ., გიორგაძე, ლ., კვაჭაძე, მ.*, დასახ. წყარო მე-4 სქ., 297

³⁸ იქვე, 298.

³⁹ იქვე, 312.

⁴⁰ ტექსტი ხელმისაწვდომია ვებ-გვერდზე <https://www.nato.int/nato_static_fl2014/assets/pdf/stock_publications/20120822_nato_treaty_en_light_2009.pdf>.

⁴¹ იქვე.

მოერიდონ ძალის ნებისმიერ გამოყენებას და მისი გამოყენების მუქარას, თუ ეს ეწინააღმდეგება გაეროს მიზნებს“.

შესაბამისად, ჩვენ შეგვიძლია გავაკეთოთ დასკვნა, რომ როგორც NATO-ის წესდების პირველი, ასევე მე-5 მუხლები, ნათლად მიუთითებს იმ ფაქტზე, რომ NATO, თავისი საქმიანობის ფარგლებში, გაეროს წესდების ძირითად პრინციპებს ეფუძნება. გარდა ამისა, ძალიან მნიშვნელოვანია გაეროს წესდების მე-2 მუხლის მე-7 პუნქტის განხილვაც, სადაც აღნიშნულია, რომ საერთაშორისო საზოგადოებას არ გააჩნია უფლება ჩაერიოს სუვერენული სახელმწიფოს შიდა პოლიტიკურ საქმეებში. კერძოდ, წესდებაში ხაზგასმულია, რომ „წინამდებარე წესდება, არავითარ შემთხვევაში, არ აძლევს გაერთიანებული ერების ორგანიზაციას, არსებითად, ნებისმიერი სახელმწიფოს შინაგან კომპეტენციაში შემავალ საქმეებში, ჩარევის უფლებას და არ მოითხოვს გაერთიანებული ერების ორგანიზაციის წევრებისაგან ამგვარი საქმეების წარმოდგენას წინამდებარე წესდების წესით მოსაგვარებლად; თუმცა ეს პრინციპი არ გულისხმობს იძულებითი ზომების მიღებას VII თავის საფუძველზე“⁴².

NATO-ის მხრიდან ზემოაღნიშნული იურიდიული დოკუმენტების პატივისცემის მიუხედავად, ალიანსი და მისი წევრი სახელმწიფოები მყარად აფიქსირებდნენ თავიანთ პოზიციას იმის თაობაზე, რომ სახელმწიფო სუვერენიტეტი არ უნდა იყოს იმუნიტეტი კაცობრიობის წინააღმდეგ დანაშაულის ჩასადენად. ამგვარად, NATO თავის მოქმედებაში საერთაშორისო სამართალზე მაღლა მორალურ საწყისსა და ადამიანის უფლებათა დაცვის პრინციპს ანიჭებდა უპირატესობას და ეს შეიძლება, ჩაითვალოს რევოლუციური მოვლენად, რადგან ალიანსი, არსებული რეალობების გათვალისწინებით, გარკვეულწილად, თავის თავზე იღებდა გაეროს უფლებას მიეღო გადაწყვეტილება სუვერენული ქვეყნის წინააღმდეგ ძალის გამოყენების შესახებ იმ შემთხვევაში, თუ ამ ქვეყნის ხელისუფლება კაცობრიობის წინაშე დანაშაულს ახორციელებს მითუმეტეს, რომ თავისი ქმედებით, რომელიც მშვიდობიანი მოსახლეობის გენოციდისაგან დაცვას ითვალისწინებდა, NATO თავის პატივისცემას აფიქსირებდა 1949 წელს მიღებული გენოციდის დანაშაულის თავიდან აცილებისა და დასჯის შესახებ კონვენციისა⁴³ და 1948 წელს მიღებული ადამიანის უფლებათა საყოველთაო დეკლარაციის⁴⁴ ძირითადი პრინციპების მიმართ.

1999 წლის 10 ივნისს, NATO-ის მიერ სამხედრო კამპანიის განხორციელების შედეგად, რომელიც 77 დღის განმავლობაში გრძელდებოდა, NATO-ის გენერალურმა მდივანმა განაცხადა, რომ მან მისცა დავალება ევროპაში NATO-ის გაერთიანებული ძალების უმაღლეს მთავარსარდალს NATO-ის ავიაციის მიერ სამხედრო მოქმედების შეჩერების შესახებ. ეს გადაწყვეტილება მიღებულ იქნა, ჩრდილოატლანტიკურ საბჭოსთან კონსულტაციების გამართვისა და გენერალ კლარკის ინფორმაციის თანახმად, რომლის მიხედვითაც, კოსოვოდან იუგოსლავიის ჯარების გაყვანა დაიწყო.⁴⁵ იუგოსლავიის შეიარაღებული ძალების კოსოვოდან გამოსვლის შესახებ ხელშეკრულებას ხელი 1999 წლის 9 ივნისს მოეწერა.⁴⁶

1999 წლის 10 ივნისს გაეროს უშიშროების საბჭომ მიიღო 1244-ე რეზოლუცია, სადაც იგი მიესალმა იუგოსლავიის საკავშირო რესპუბლიკის მიერ კოსოვოს კრიზისის დარეგულირების პრინციპების მიღებას, მათ შორის, იმ პრინციპებს, რომლებიც ძალადობის შეწყვეტისა და სამხედრო კონტინგენტის გაყვანისაკენ იყო მიმართული.⁴⁷ განცხადებულ იქნა, რომ გაეროს უშიშროების საბჭომ მიიღო გადაწყვეტილება კოსოვოში გაეროს ეგიდით სამხედრო და სამოქალაქო დამკვირვებლების გაგზავნის შესახებ.

კოსოვოში პირველი დანაყოფები 1999 წლის 12 ივნისს შევიდა. სამხედრო-ტექნიკური შეთანხმების⁴⁸ თანახმად, კოსოვოს ძალები (KFOR) 50 ათასს სამხედრო მოსამსახურეს შეადგენდა. NATO-ის აქტიურობის შედეგად, სახლებში დაბრუნება შეძლო 1 მლნ. 300

⁴² Basic Facts about the United Nations. United Nations Department of Public Information. New-York, 2005, 5.

⁴³ ტექსტი ხელმისაწვდომია შემდეგ ვებ-გვერდზე: <<https://www.matsne.gov.ge/ka/document/view/1219170>>.

⁴⁴ ტექსტი ხელმისაწვდომია ვებ-გვერდზე: <https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDR_Translations/eng.pdf>.

⁴⁵ იბ. <<https://www.nato.int/kosovo/press/p990610a.htm>>.

⁴⁶ 27-ე სქ.-ში დასახ. წყარო, 150.

⁴⁷ ტექსტი ხელმისაწვდომია ვებ-გვერდზე: <[https://undocs.org/S/RES/1244\(1999\)](https://undocs.org/S/RES/1244(1999))>.

⁴⁸ 27-ე სქ.-ში დასახ. წყარო, 150

ათასამდე იძულებით გადაადგილებულმა პირმა.⁴⁹ 2007 წლის მონაცემებით, კოსოვოში განლაგებული იყო NATO-ის დაახლოებით 16 ათას კაციანი კონტინგენტი.⁵⁰

მოგვიანებით, კოსოვოს სტატუსის განსაზღვრის მიზნით, შეიქმნა გაეროს ადმინისტრაცია კოსოვოში, ასევე კომისია ფინეთის ყოფილი პრეზიდენტის მარტი აპტისაარის მეთაურობით, რომელსაც კოსოვოს საბოლოო სამართლებრივი სტატუსი უნდა განესაზღვრა. კომისია მივიდა დასკვნამდე, რომ კოსოვოს უნდა მინიჭებოდა სახელმწიფოებრივი დამოუკიდებლობა. 2008 წლის 17 თებერვალს კოსოვოს პარლამენტმა მიიღო დამოუკიდებლობის დეკლარაცია⁵¹, რომელსაც მხარი დასავლეთის და სხვა წამყვანმა სახელმწიფოებმა დაუჭირეს, რუსეთისა და ჩინეთის გარდა.

მსოფლიოს წამყვანი ქვეყნების მიერ კოსოვოს დამოუკიდებლობის აღიარებისა და იმის მიუხედავად, რომ კოსოვო *de facto* დამოუკიდებელი სახელმწიფოს წარმოადგენს, კერძოდ, ის გაერთიანებულია რამდენიმე საერთაშორისო ორგანიზაციაში, იგი დამოუკიდებელი დელეგაციით წარსდგა მსოფლიო ოლიმპიადაზე 2016 წელს და სხვა. დღევანდელი სოციალ-ეკონომიკური ვითარება კოსოვოში ძალზედ რთულია.

აღსანიშნავია ის ფაქტი, რომ გაეროს საერთაშორისო სასამართლომ არ დააკმაყოფილა სერბეთის სარჩელი და მიიღო გადაწყვეტილება, რომ კოსოვოს ჰქონდა სამართლებრივი საფუძველი მოეპოვებინა დამოუკიდებლობა.⁵² თუმცა, საერთაშორისო სამართლის პრინციპების მიხედვით, კოსოვო ვერ გადაიქცა სრულყოფილ სამართლის სუბიექტად, რადგანაც იმისათვის, რომ ქვეყანა იყოს სამართლის სრულყოფილი სუბიექტი, ის უნდა იყოს გაეროს წევრი; მიუხედავად იმისა, არსებობს კონკრეტული წესი ქვეყნის გაეროში მიღებისათვის, კერძოდ, გაეროს უშიშროების საბჭო შეიმუშავებს რეკომენდაციას და, საერთო კონსენსუსის საფუძველზე, რომელსაც მხარს უჭერს უშიშროების საბჭოს ყველა მუდმივი წევრი, საბჭო გაეროს გენერალურ ასამბლეას მიმართავს რეკომენდაციით, ხოლო გენერალური ასამბლეა, თავის მხრივ, ხმათა უმრავლესობით მიიღებს გადაწყვეტილებას ქვეყნის გაეროში გაწევრიანების შესახებ. რუსეთისა და ჩინეთის მუდმივი წინააღმდეგობის გამო, ამ საკითხთან დაკავშირებით, კოსოვოს პრობლემის საბოლოო გადაწყვეტა ვერ ხერხდება.

აფხაზეთი

კოსოვოში განვითარებული მოვლენების შემდეგ, რა თქმა უნდა, აუცილებელია, საქართველოსათვის ერთ-ერთი ყველაზე მტკივნეული, აფხაზეთის საკითხის, პირველ რიგში, სამართლებრივი თვალსაზრისით, განხილვა. როგორც ცნობილია, აფხაზეთიც, კოსოვოს მსგავსად, დამოუკიდებელი სახელმწიფოს შექმნას ცდილობს.

აფხაზეთსა და კოსოვოს ერთი მთავარი მსგავსება აქვს, კერძოდ ის, რომ ორივე ეს ტერიტორია, შესაბამისად, სერბეთისა და საქართველოს ისტორიულ რეგიონებს წარმოადგენდა. თანამედროვე აფხაზეთის ტერიტორია, საქართველოს ისტორიის სხვადასხვა პერიოდში, შედიოდა კოლხეთის, შემდეგ ეგრისის სამეფოების, 975 წლიდან კი გაერთიანებული საქართველოს სამეფოს შემადგენლობაში, რაც რუსული წყაროებითაც დასტურდება.⁵³ მოგვიანებით, კერძოდ, მე-15 საუკუნის მეორე ნახევრიდან, როდესაც საქართველოს ერთიანობა შეირყა და ქვეყანა 3 სამეფოდ და 5 სამთავროდ დაიშალა, აფხაზეთის სამთავრო ქართულ სახელმწიფო ერთეულად ითვლებოდა. ეს სამთავრო რუსეთის იმპერიამ 1864 წელს გააუქმა.⁵⁴

⁴⁹ ჩიტაძე, ნ., დასახ. ნაშრომი, 30-ე სქ., 116.

⁵⁰ იქვე.

⁵¹ იქვე, 11.

⁵² *Richmond-Barak, D.*, The International Court of Justice on Kosovo: Missed Opportunity or Dispute 'Settlement'? Hague Yearbook of International Law, 2011, 12. ტექსტი ხელმისაწვდომია ვებ-გვერდზე: <<http://portal.idc.ac.il/FacultyPublication.Publication?PublicationID=1616&FacultyUserName=YmFyYWsuZGFwaG5l>>.

⁵³ *Прохоров, А. М.*, Советский Энциклопедический Словарь, 1988. ხელმისაწვდომია ვებ-გვერდზე: <<https://www.twirpx.com/file/2301484/>>.

⁵⁴ *ხორავა, ბ.*, აფხაზეთის სამთავროს გაუქმება და მიხეილ შარვაშიძე. ხელმისაწვდომია ვებ-გვერდზე: <<http://www.georoyal.ge/?MTID=5&TID=64&id=711>>.

საქართველოს სახელმწიფოებრივი დამოუკიდებლობის აღდგენის შემდეგ, კერძოდ, 1918-1921 წლებში, აფხაზეთი საქართველოს დემოკრატიული რესპუბლიკისშემადგენლობაში შედიოდა და სრული ავტონომიით სარგებლობდა. კერძოდ, საქართველოს დემოკრატიული რესპუბლიკის მიერ 1921 წლის 21 თებერვალს მიღებული კონსტიტუციის თანახმად, ქვეყნის უზენაესი კანონის მეთერთმეტე თავის 107-ე მუხლის მიხედვით, რომელიც საქართველოს ავტონომიურ ერთეულებს უკავშირდებოდა, აფხაზეთი (სოხუმის ოლქი) ავტონომიური უფლებებით სარგებლობდა⁵⁵. კერძოდ, კონსტიტუციაში აღნიშნული იყო შემდეგი: „მეთერთმეტე თავი ეხება ავტონომიურ მმართველობას და ორი მუხლისგან შედგება. საქართველოს რესპუბლიკის განუყოფელ ნაწილებს - აფხაზეთს (სოხუმის ოლქი), სამუსლიმანო საქართველოსა (ბათუმის მხარე) და საინგილოს (ზაქათალის ოლქი) ენიჭებათ ადგილობრივ ავტონომიური მმართველობა“⁵⁶.

საქართველოში დემოკრატიული რეჟიმის ძალადობრივი დამხობისა და კომუნისტური წეს-წყობილების დამყარების შემდგომ (1921 წლის 25 თებერვალი), ადგილი ჰქონდა „დამოუკიდებელი აფხაზეთის“ გამოცხადების მცდელობას (1921 წლის 31 მარტი),⁵⁷ თუმცა, საბოლოო ჯამში, აფხაზეთი მოქცეულ იქნა ერთიანი საქართველოს შემადგენლობაში ე.წ. „სახელმწიფოებო რესპუბლიკის“ ფორმით, რაც 1924 წლიდან სსრკ-ის კონსტიტუციებში ინტერპრეტირებულ იქნა როგორც „ავტონომიური რესპუბლიკა“, როგორცადაც ის ფორმალურად არსებობს კიდევ 1931 წლიდან.⁵⁸ 1931 წლის 19 თებერვლიდან, აფხაზეთი ოფიციალურად არის ავტონომიური რესპუბლიკა, როგორც აფხაზეთის, ისე საქართველოს კონსტიტუციების მიხედვით.⁵⁹

სსრკ-ის 1936 და 1977 წლის კონსტიტუციების საფუძველზე, საბოლოოდ იქნა განსაზღვრული ავტონომიების სამართლებრივი მდგომარეობა. კერძოდ, ავტონომიური წარმონაქმნები წარმოადგენს საბჭოთა კავშირის წევრი რესპუბლიკების განუყოფელ შემადგენელ ნაწილებს. ამასთან, აფხაზეთის ავტონომიური საბჭოთა სოციალისტური რესპუბლიკა იყო ერთადერთი ავტონომიური წარმონაქმნი ყოფილ საბჭოთა კავშირში, რომელსაც თავის კონსტიტუციაში ჰქონდა სპეციალური მუხლი სახელმწიფო ენის - აფხაზურის - შესახებ.⁶⁰

ამის მიუხედავად, აფხაზეთმა (მოსახლეობის ნაწილმა), ცენტრალური საბჭოთა ხელისუფლების ფარული წაქეზებით, არაერთხელ, განაცხადა საქართველოს საბჭოთა სოციალისტური რესპუბლიკის შემადგენლობიდან გასვლის სურვილი. ეს მოთხოვნა ეწინააღმდეგებოდა როგორც ისტორიული სამართლიანობის პრინციპს, რადგანაც, როგორც აღინიშნა, აფხაზეთი ყოველთვის ქართულ პოლიტიკურ ერთეულს წარმოადგენდა, ასევე თვით აფხაზეთის მოსახლეობის უმრავლესობის ნებას, რადგანაც, თუ გავითვალისწინებთ თუნდაც იმ ფაქტს, რომ 1989 წლის მონაცემებით აფხაზეთის ტერიტორიაზე მოსახლეობის რაოდენობა 525 ათასს ადამიანს შეადგენდა, საიდანაც 213

⁵⁵ ტექსტი ხელმისაწვდომია ვებ-გვერდზე <http://constcentre.gov.ge/failebi/1921_clis_konstitucia_33442.pdf>.

⁵⁶ იქვე.

⁵⁷ 1921 წლის 31 მარტს გამოცხადდა აფხაზეთის დამოუკიდებელი საბჭოთა სოციალისტური რესპუბლიკა. ამ ნაბიჯის შედეგი იყო ის, რომ შეიქმნა სამიზი პრეცედენტი და ამოქმედდა სეპარატიზმის „ნაღმი“. თუმცა, ეს იმდენად ალოგიკური და გაუმართლებელი ნაბიჯი იყო, რომ ცენტრალურმა ხელისუფლებამ მალევე გააუქმა და აფხაზეთი კვლავ საქართველოს შემადგენლობაში დაბრუნდა. 1921 წლის დეკემბერში აფხაზეთი შევიდა საქართველოს სსრ-ის შემადგენლობაში საკავშირო ხელშეკრულების მეშვეობით, ხოლო 1931 წელს აფხაზეთის საკავშირო რესპუბლიკა გარდაიქმნა აფხაზეთის ავტონომიურ საბჭოთა სოციალისტურ რესპუბლიკად, საქართველოს სსრ-ის შემადგენლობაში. იხ. *სონდულოაშვილი, ა.*, აფხაზეთის პოლიტიკური სტატუსი საქართველოს შემადგენლობაში (1921-31 წწ.), ახალი და უახლესი ისტორიის საკითხები, №12, თბილისი, უნივერსალი, 2014, 66-79.

⁵⁸ 1924 წლის სსრკ-ის კონსტიტუციაში აფხაზეთი მოხსენიებულია, როგორც ავტონომიური სოციალისტური რესპუბლიკა, თუმცა საქართველოს სსრ-ის შემადგენლობაში ის ხელშეკრულების საფუძველზე შევიდა.

⁵⁹ *პიპინაშვილი, დ.*, სამხრეთ კავკასიის კონფლიქტები და რეგიონული სტაბილურობის პრობლემები, თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტი, 2009, 113-114.

⁶⁰ იქვე.

ათასი ეთნიკური ქართველი იყო⁶¹, შეგვიძლია დავასკვნათ, რომ აფხაზეთის მოსახლეობის უმრავლესობა (არამარტო ეთნიკური ქართველები) აფხაზეთის საქართველოს შემადგენლობიდან გასვლის წინააღმდეგი იყო, რასაც 1991 წლის 31 მარტს საქართველოს ტერიტორიაზე ჩატარებული რეფერენდუმის შედეგებიც ადასტურებს, რაზედაც ქვემოთ გვექნება საუბარი.

მეორე ფაქტორი ის იყო, რომ აფხაზეთის სეპარატისტულად განწყობილი საზოგადოების ნაწილის საქართველოდან გასვლის მოთხოვნა, სამართლებრივი თვალსაზრისით, თვით იმ დროს საქართველოში მოქმედ (სსრკ-ის დამლამდე) საბჭოთა კავშირის კონსტიტუციას ეწინააღმდეგებოდა. კერძოდ, საბჭოთა კავშირის მიერ 1977 წელს მიღებული კონსტიტუციის 78-ე მუხლის მიხედვით, „მოკავშირე რესპუბლიკის ტერიტორია არ შეიძლება იყოს შეცვლილი მისი თანხმობის გარეშე. მოკავშირე რესპუბლიკებს შორის არსებული საზღვარი შეიძლება შეცვლილ იქნეს მხოლოდ შესაბამისი რესპუბლიკების ურთიერთშეთანხმების საფუძველზე, რაც სსრკ-ის მხრიდან დამტკიცებას ექვემდებარება“⁶². გარდა ამისა, სსრკ-ის კონსტიტუციის 79-ე მუხლის მიხედვით, „მოკავშირე რესპუბლიკა განსაზღვრავს თავის სამხარეო, საოლქო, რაიონულ დაყოფას და წყვეტს ადმინისტრაციულ-ტერიტორიული მოწყობის სხვა საკითხებს“⁶³. მიუხედავად ამისა, საქართველოს ცენტრალურ ხელისუფლებასა და აფხაზეთს შორის ე.წ. „სამართლებრივი ომი“ გაჩაღდა; კერძოდ, 1991 წლის 31 მარტს საქართველოს ტერიტორიაზე ჩატარდა რეფერენდუმი, რომლის მთავარი კითხვა იყო: „თანახმა ხართ თუ არა აღსდგეს საქართველოს სახელმწიფოებრივი დამოუკიდებლობა 1918 წლის 26 მაისის დამოუკიდებლობის აქტის საფუძველზე?“. რეფერენდუმში საქართველოს მოსახლეობის 90%-ზე მეტმა მიიღო მონაწილეობა და საქართველოს დამოუკიდებლობას ქვეყნის მოსახლეობის 98%-ზე მეტმა დაუჭირა მხარი. ამ რეფერენდუმში აფხაზეთის ავტონომიური რესპუბლიკის ტერიტორიაზე მოსახლეობის დაახლოებით 60%-მა მიიღო მონაწილეობა და მონაწილეთა 99%-მამხარი საქართველოს დამოუკიდებლობას დაუჭირა.⁶⁴ როდესაც რეფერენდუმის შედეგების საფუძველზე, 1991 წლის 9 აპრილს, საქართველოს რესპუბლიკის უზენაესმა საბჭომ მიიღო გადაწყვეტილება „საქართველოს სახელმწიფოებრივი დამოუკიდებლობის აღდგენის შესახებ“, იმავე დღეს, ქვეყნის საკანონმდებლო ორგანომ მიიღო დეკლარაცია, სადაც აღნიშნული იყო, რომ „საქართველო სრულ ავტონომიას ანიჭებდა აფხაზ ხალხს“⁶⁵.

1992 წლის იანვარში, საქართველოში ხელისუფლების ცვლის შედეგად, საქართველოს სამხედრო საბჭომ გააკეთა განცხადება „1921 წლის კონსტიტუციის აღდგენის შესახებ“⁶⁶. როგორც უკვე აღინიშნა, 1921 წლის კონსტიტუციის 107-ე მუხლის მიხედვითაც, აფხაზეთი, ერთიანი საქართველოს შემადგენლობაში, ავტონომიის სტატუსით სარგებლობდა⁶⁷. მას შემდეგ, რაც სამხედრო საბჭო გაუქმდა და, მის ნაცვლად, სახელმწიფო საბჭო დაფუძნდა, საქართველოს ახალმა ხელისუფლებამ, არაერთხელ, გააკეთა განცხადება იმასთან დაკავშირებით, რომ იგი მზადყოფნას გამოხატავდა, ეწარმოებინა მოლაპარაკებები აფხაზეთის ავტონომიური რესპუბლიკის ხელმძღვანელობასთან აფხაზეთის ავტონომიური სტატუსის განსაზღვრასთან დაკავშირებით, მაგრამ, საქართველოში მიმდინარე სამოქალაქო დაპირისპირების ფონზე, რუსეთის აქტიური წაქეზებით, აფხაზეთის სეპარატისტულად განწყობილმა ძალებმა ისარგებლეს არსებული ვითარებით და 1992 წლის 23 ივლისს, აფხაზეთის ავტონომიური რესპუბლიკის უზენაესი საბჭოს დეპუტატთა ნაწილმა მიიღო დადგენილება⁶⁸ „აფხაზეთის 1925 წლის კონსტიტუციის“⁶⁹ აღდგენის შესახებ“, რაც, ფაქტობრივად, საქართველოს

⁶¹ მამარდაშვილი, გ., წულაძე, გ., მაღლაფერიძე, ნ., სულაბერიძე, ა., საქართველოს დემოგრაფიული განვითარება, გუმინ, დღეს, ხვალ, ილიას სახელმწიფო უნივერსიტეტი, დემოგრაფიის და სოციოლოგიის ინსტიტუტი, 109. ტექსტი ხელმისაწვდომია ვებ-გვერდზე: <<https://iliauni.edu.ge/uploads/other/39/39660.pdf>>.

⁶² ტექსტი ხელმისაწვდომია ვებ-გვერდზე: <<http://www.hist.msu.ru/ER/Etext/cnst1977.htm#iii>>.

⁶³ იქვე.

⁶⁴ ტექსტი ხელმისაწვდომია ვებ-გვერდზე <<https://www.radiotavisupleba.ge/a/otsdakhuti-tseli-damoukideblobis-agdgenis-referendumidan/27646279.html>>.

⁶⁵ ტექსტი ხელმისაწვდომია შემდეგ ვებ-გვერდზე: <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/32362?publication=0>>.

⁶⁶ პიპინაშვილი, დ., დასახ. ნაშრომი, მე-59 სქ., 83.

⁶⁷ ტექსტი ხელმისაწვდომია შემდეგ ვებ-გვერდზე: <<https://www.constcourt.ge/ge/publications/books/1921-wlisaqartvelos-demokratiuli-respublikis-konstitucia.page>>.

⁶⁸ ტექსტი ხელმისაწვდომია შემდეგ ვებ-გვერდზე: <<http://www.parliament.ge/uploads/other/18/18506.pdf>>.

⁶⁹ იქვე.

შემადგენლობიდან გასვლას ნიშნავდა.⁷⁰ ეს დადგენილება უზენაესი საბჭოს დეპუტატთა ნაწილმა მიიღო მას შემდეგ, როდესაც ქართველი დეპუტატები სხდომას არ ესწრებოდნენ.⁷¹ ამავე დროს, საკონსტიტუციო ცვლილებას დეპუტატთა არანაკლებ ორი მესამედის მხარდაჭერა სჭირდებოდა, სხდომას კი მხოლოდ დეპუტატთა ნახევარი ესწრებოდა, ამიტომ ეს გადაწყვეტილება იყო არალეგიტიმური და თვით აფხაზეთის (იმ დროს მოქმედ) კონსტიტუციასაც⁷² აშკარად ეწინააღმდეგებოდა. კერძოდ, აფხაზეთის ტერიტორიაზე, იმ დროს, 1978 წელს მიღებული კონსტიტუცია მოქმედებდა. ამ დოკუმენტის 163-ე მუხლის მიხედვით, აფხაზეთის კონსტიტუციაში ცვლილებების შეტანა შესაძლებელი იქნებოდა მხოლოდ იმ შემთხვევაში, თუ მას მხარს დაუჭერდა დეპუტატთა საერთო რაოდენობის არანაკლებ 2/3-ისა. ამ დროისათვის, აფხაზეთში ეროვნულ უმრავლესობას ქართველები წარმოადგენდნენ. კერძოდ, 1989 წლის მოსახლეობის საყოველთაო აღწერის მიხედვით, აფხაზეთის ავტონომიური რესპუბლიკის მოსახლეობის 44%-ს ქართველები შეადგენდნენ, კერძოდ, იმ დროისთვის, საქართველოს ამ ისტორიულ რეგიონში 213 000 ეთნიკური ქართველი ცხოვრობდა, ხოლო ეთნიკურ აფხაზთა პროცენტული შემადგენლობა კი 17%-ით განისაზღვრებოდა.⁷³ მიუხედავად ამისა, აფხაზეთში, იმ დროს არსებული საარჩევნო კანონმდებლობის მიხედვით, როდესაც ავტონომიურ რესპუბლიკაში მაჟორიტარული საარჩევნო სისტემა მოქმედებდა, უზენაეს საბჭოში აფხაზები 28 დეპუტატით იყვნენ წარმოდგენილნი, როდესაც ქართველ დეპუტატთა რაოდენობა 26-ით განისაზღვრებოდა, ხოლო, რაც შეეხება არა-აფხაზ და არა-ქართველ დეპუტატებს, მათთვის (რომლებიც მოსახლეობის 39%-ს წარმოადგენდნენ) მხოლოდ 11 სადეპუტატო მანდატი იყო განკუთვნილი.⁷⁴ ბუნებრივია, ეს საარჩევნო კანონმდებლობა ეწინააღმდეგებოდა დემოკრატიულ სამართლებრივ ნორმებს და იგი გახლდათ წმინდა აპარტიდული ხასიათის⁷⁵, როდესაც ერთ ეთნიკურ ჯგუფს, სხვებთან შედარებით, მეტი პოლიტიკური უფლებები გააჩნდა. ასეთი ვითარება ხელს მხოლოდ საქართველოს ტერიტორიული მთლიანობისადმი მტრულად განწყობილ ძალებს აძლევდა. შესაბამისად, აღწერილი შემადგენლობით დაკომპლექტებულმა, აფხაზეთის უზენაესმა საბჭომ, რიგი ისეთი „კანონები“ დაამტკიცა, რომლებიც საქართველოს კონსტიტუციას აშკარად ეწინააღმდეგებოდა. მაგალითად, როგორც უკვე აღინიშნა, აფხაზეთის ავტონომიური რესპუბლიკის უზენაესმა საბჭომ, 1992 წლის 23 ივლისს მიიღო „დადგენილება“ „აფხაზეთის 1925 წლის კონსტიტუციის აღდგენის შესახებ“, რომლის თანახმადაც შეწყდა აფხაზეთის ასრ 1978 წლის კონსტიტუციის მოქმედება (რომლის ფარგლებშიც, აფხაზეთი ავტონომიური რესპუბლიკის სტატუსით საქართველოს სსრ შემადგენლობაში შედიოდა) და აღდგა აფხაზეთის სსრ 1925 წლის კონსტიტუცია. აღსანიშნავია, რომ ამ ე.წ. კონსტიტუციის ამოქმედება საბჭოთა რეჟიმის პირობებშიც კი არ მომხდარა. თავის დროზე, აფხაზეთის საბჭოების მესამე ყრილობამ გადაწყვიტა, დაესრულებინა წარმოდგენილი კონსტიტუციის პროექტი და შესაბამისობაში მოეყვანა იგი საქართველოს სსრ და ამიერკავკასიის სოციალისტური ფედერაციული საბჭოთა რესპუბლიკების კონსტიტუციებთან. კონსტიტუციის ტექსტი, რომელიც განხილულ იქნა აფხაზეთის საბჭოების მესამე ყრილობის მიერ, არ გამოქვეყნებულა. 1925 წლის კონსტიტუციის მიხედვით, აფხაზეთის სსრ-ის მოსახლე ყველა ეროვნებისათვის უზრუნველყოფილი იყო მშობლიური ენის თავისუფალი განვითარებისა და გამოყენების უფლება როგორც თავის ეროვნულ-კულტურულ, ისე საერთო-სახელმწიფო დაწესებულებებში, აფხაზეთის სსრ-ის სახელმწიფო დაწესებულებათა ენად კი აღიარებული იყო რუსული ენა⁷⁶.

აღსანიშნავია, რომ აფხაზეთში საომარი მოქმედებების დაწყების შემდეგ, საერთაშორისო სამართლებრივი პასუხისმგებლობა იქ შექმნილ ვითარებაზე, პირველ რიგში, რუსეთს ეკისრებოდა. 1992-1993 წლებში რუსეთის ტერიტორიაზე

⁷⁰ *მკურნალობე, გ., ხამბაძე, გ.*, პოლიტოლოგია, ცოდნა, 2000, 186.

⁷¹ იქვე.

⁷² კონსტიტუციის ტექსტი ხელმისაწვდომია ვებ-გვერდზე <http://apsnyteka.org/file/konstitutsiya_abkhazskoy_ASSR_1979.pdf>.

⁷³ *ჩიტაძე, ნ.*, გეოპოლიტიკა, უნივერსალი, 2011, 319.

⁷⁴ იქვე.

⁷⁵ ტექსტი ხელმისაწვდომია ვებ-გვერდზე <<http://www.nplg.gov.ge/gwdict/index.php?a=term&d=6&t=2883>>.

⁷⁶ ტექსტი ხელმისაწვდომია ვებ-გვერდზე: <<http://www.parliament.ge/uploads/other/18/18506.pdf>>.

ჩრდილოკავკასიელი ბოვეიკების გაწვრთნით და აფხაზეთში შეგზავნის, ასევე სეპარატისტული ბანდფორმირებების დაფინანსებისა და მათთვის შეიარაღებისმიწოდების შედეგად, 1974 წლის გაეროს გენერალური ასამბლეის მიერ მიღებული „აგრესიის შესახებ“ რეზოლუციის მიხედვით, რუსეთმა საქართველოს წინააღმდეგ ირიბი აგრესია განახორციელა.⁷⁷ გარდა ამისა, საომარი მოქმედებების დროს, კერძოდ 1992 წლის 3 სექტემბერს, 1993 წლის 14 მაისს, 1994 წლის 27 ივლისს, რუსეთის შუამავლობით, ქართულ და აფხაზურ მხარეებს შორის ხელი მოეწერა ხელშეკრულებას ცეცხლის შეწყვეტის შესახებ, რომელიც, იმავე რუსეთის წაქეზებით, აფხაზურმა მხარემ რამდენჯერმე დაარღვია.⁷⁸ კერძოდ, თუ ბოლო ზავის ხელშეკრულებას⁷⁹ გავითვალისწინებთ, ქართულმა მხარემ 1993 წლის 27 ივლისის შეთანხმების ყველა პირობა შეასრულა და გაიყვანა მძიმე ტექნიკა აფხაზეთის ტერიტორიიდან⁸⁰. მიუხედავად ამისა, სწორედ ამის შემდეგ, აფხაზურმა მხარემ (რეალურად ჩრდილოკავკასიელმა ბოვეიკებმა, კაზაკებმა და რუსეთის სამხედრო მოსამსახურეებმა), ანუ *de facto*, რუსეთმა დაიწყო შეტევა სოხუმზე, რის შედეგადაც საქართველომ, 1993 წლის 27-30 სექტემბრის განმავლობაში აფხაზეთის ტერიტორიის უდიდეს ნაწილზე კონტროლი დაკარგა.⁸¹

შესაბამისად, საქართველოს წინააღმდეგ განხორციელებული ირიბი აგრესიის პარალელურად, რუსეთმა საერთაშორისო სამართლის კიდევ ორი ძირითადი პრინციპი დაარღვია, კერძოდ, „სახელმწიფოს მოკალეობა, ითანამშრომლონ ერთმანეთთან გაეროს წესდების შესაბამისად“ და „საერთაშორისო სამართლით განსაზღვრულ ვალდებულებათა კეთილსინდისიერი შესრულება“.⁸²

ქართულ-აფხაზურ მხარეებს შორის დიალოგი 1994 წლიდან განახლდა, 1994 წლის 4 აპრილს ხელმოწერილი ხელშეკრულების მიხედვით⁸³, ორივე მხარემ გამოხატა მზაობა „[დამოუკიდებელ სახელმწიფოთა თანამეგობრობის] დსთ-ის⁸⁴ კოლექტიური უსაფრთხოების ძალების კონფლიქტურ ზონაში განთავსების შესახებ“⁸⁵. 1994 წლის 20 მაისიდან, აფხაზეთის ავტონომიურ რესპუბლიკასა და დანარჩენ საქართველოს შორის ადმინისტრაციული საზღვრის გასწვრივ, დსთ-ის ძალების ეგიდით, კონფლიქტის ზონაში რუსეთის „სამშვიდობოები“ განთავსდნენ.⁸⁶ მოგვიანებით, რუსეთმა, „სამშვიდობო ძალების“ მეშვეობით, არაერთხელ, გაუწია დახმარება აფხაზეთის სეპარატისტულ რეჟიმს, მაგრამ ამის პარალელურად ქმნიდა ილუზიას, თითქოს, მხარს უჭერდა საქართველოს ტერიტორიულ მთლიანობას. 1994 და 1996 წლებში რუსეთმა, სხვა სახელმწიფოებთან ერთად, ეუთოს ფარგლებში, კერძოდ, ბუდაპეშტისა (1994)⁸⁷ და ლისაბონის სამიტებზე (1996)⁸⁸ მხარი დაუჭირა რეზოლუციებს, რომლებიც აფხაზეთის ავტონომიური რესპუბლიკის ტერიტორიაზე „ქართველთა ეთნიკურ წმენდას“ უკავშირდებოდა.

მიუხედავად ყველაფრისა, 2008 წელს, რუსეთმა საქართველოს წინააღმდეგ უკვე პირდაპირი აგრესია განახორციელა, ეს იყო პასუხი საერთაშორისო თანამეგობრობისთვის კოსოვოს აღიარების გამო. სწორედ ამ პროცესზე საპასუხო ზომების მიღებით, რუსეთმა მიიღო დადგენილება აფხაზეთისა და „სამხრეთ ოსეთის“ რეგიონების „დამოუკიდებლობის“ აღიარების შესახებ, თუმცა, რა თქმა უნდა, ამ რეგიონებთან მიმართებით, არანაირ *de facto* დამოუკიდებლობაზე საუბარი არ შეიძლება, რადგან აფხაზეთსა და ცხინვალის რეგიონში სიტუაციას სრულად რუსეთის ფედერაცია აკონტროლებს.

⁷⁷ ტექსტი ხელმისაწვდომია ვებ-გვერდზე <<http://hrlibrary.umn.edu/instree/GAres3314.html>>.

⁷⁸ *პოპინაშვილი, დ.*, დასახ. ნაშრომი, მე-59 სქ., 83.

⁷⁹ ტექსტი ხელმისაწვდომია შემდეგ ვებ-გვერდზე: <<http://abkhazia.gov.ge/page/conflictCronology>>.

⁸⁰ იქვე.

⁸¹ იქვე.

⁸² ტექსტი ხელმისაწვდომია ვებ-გვერდზე <<http://www.nplg.gov.ge/gwdict/index.php?a=term&d=6&t=7514>>.

⁸³ ტექსტი ხელმისაწვდომია შემდეგ ვებ-გვერდზე: <<http://www.parliament.ge/uploads/other/18/18509.pdf>>.

⁸⁴ იქვე.

⁸⁵ *პოპინაშვილი, დ.*, დასახ. ნაშრომი, მე-59 სქ., 157.

⁸⁶ იქვე.

⁸⁷ იხ. ვებ-გვერდი <https://www.osce.org/event/summit_1994>.

⁸⁸ იხ. ვებ-გვერდი <<https://www.osce.org/mc/39539?download=true>>.

რუსეთისა და დასავლეთის პოზიციების შედარება კოსოვოსა და აფხაზეთის საკითხებზე

დასავლეთისა და რუსეთის პოზიციები კოსოვოსა და აფხაზეთის საკითხზე ერთმანეთისაგან რადიკალურად განსხვავდება. რა თქმა უნდა, საინტერესოა, აღინიშნოს, რომ დასავლეთმა მხარი დაუჭირა სერბეთისაგან კოსოვოს დამოუკიდებლობას, თუმცა ის მხარს უჭერს საქართველოს ტერიტორიულ მთლიანობას. საპირისპირო პოზიცია გააჩნია რუსეთს, ის მხარს უჭერს სერბეთის ტერიტორიულ მთლიანობას, ამავე დროს, აღიარებს აფხაზეთის საქართველოსგან დამოუკიდებლობას.

აუცილებელია შემდეგი გარემოებების გათვალისწინება: საერთაშორისო დემოკრატიულ თანამეგობრობას მეტი სამართლებრივი და მორალური ბერკეტი გააჩნია, რათა გამართლებულ იქნეს კოსოვოს დამოუკიდებლობა, რადგან, ჯერ კიდევ კოსოვოს კონფლიქტამდე, სწორედ NATO-ის სამხედრო ჩარევის შედეგად, შექერდა ბოსნიელი მუსულმანების გენოციდი 1992-1995 წლებში ბოსნიის კონფლიქტის დროს; იუგოსლავიის ამ ყოფილ რესპუბლიკაში კაცობრიობის წინაშე ჩადენილ ერთ-ერთ ყველაზე საშინელი შემთხვევაა, როდესაც იუგოსლავიის ყოფილი პრეზიდენტის - *სლობოდან მილოშევიჩის* რეჟიმის მიერ მხარდაჭერილმა ბოსნიელმა სერბებმა ქალაქ სრებრენიცაში 6000-მდე ბოსნიელი მუსულმანი ცოცხლად დამარხეს.⁸⁹ ამასთან, NATO-ის აქტიური მონაწილეობის შედეგად, გაეროს უშიშროების საბჭოს რეზოლუციის არსებობის პირობებში, შენარჩუნებულ იქნა ბოსნიისა და ჰერცეგოვინას ტერიტორიული მთლიანობა და 1995 წელს ხელი მოეწერა დეიტონის სამშვიდობო ხელშეკრულებას, რომელმაც ბოსნიის ტერიტორიაზე სამი ძირითადი ეთნიკური ჯგუფის (სერბები, ხორვატები, ბოსნიელი მუსულმანები) მშვიდობიანი თანაარსებობა უზრუნველყო.⁹⁰

კოსოვოს საკითხზე საუბრისას, უნდა აღინიშნოს ის ფაქტი, რომ მიუხედავად იმისა, რომ NATO-მ საერთაშორისო სამართლის რამდენიმე პრინციპის, კერძოდ, გაეროს წესდების VII თავის ცალკეული მუხლების ძირითადი მოთხოვნები არ გაითვალისწინა, ამას ადგილი ჰქონდა იმ პოლიტიკური რეალობიდან გამომდინარე, რომელიც იმ პერიოდში ბალკანეთის ნახევარკუნძულზე არსებობდა. კერძოდ, დასავლეთიაქტიურად ცდილობდა, გაეროს უშიშროების საბჭოს ფარგლებში, კოსოვოს საკითხზე რუსეთისა და ჩინეთის მხარდაჭერა მოეპოვებინა, თუმცა, რუსეთი მხარს უჭერდა იმ ქვეყნის პოლიტიკურ რეჟიმს (იუგოსლავიას), რომელმაც, ბოსნიის ტერიტორიაზე მშვიდობიანი მოსახლეობის წინააღმდეგ, დანაშაული ჩაიდინა, რაც, ბუნებრივია, ეწინააღმდეგებოდა 1948 წელს მიღებულ გაეროს ადამიანის უფლებათა საყოველთაო დეკლარაციას⁹¹, 1966 წელს მიღებულ საერთაშორისო პაქტს პოლიტიკური და სამოქალაქო უფლებების შესახებ⁹², ევროპის საბჭოს მიერ ადამიანის უფლებათა შესახებ 1950 წელს მიღებულ რომის კონვენციას⁹³, ასევე გაეროს მიერ 1948 წელს მიღებულ კონვენციას გენოციდის ყველა ფორმის აღმოფხვრის შესახებ⁹⁴.

გარდა ამისა, NATO კოსოვოს ტერიტორიაზე მაქსიმალურად იცავდა საერთაშორისო ჰუმანიტარული სამართლის ძირითად პრინციპებს, კერძოდ ჟენევის 1949 წლის კონვენციას, რომელიც საომარ მოქმედებებში ჩართულ მხარეს პასუხისმგებლობას აკისრებდა⁹⁵, რომ კონფლიქტის ზონაში მაქსიმალურად ყოფილიყო დაცული სამოქალაქო პირებისა და ობიექტების უსაფრთხოება, ასევე ჰააგის 1954 წლის კონვენციის მოთხოვნებს⁹⁶, რომლის მიხედვითაც, მეომარმა სახელმწიფომ (ან ორგანიზაციამ) მაქსიმალური პასუხისმგებლობა უნდა აიღოს ისტორიული და კულტურული ძეგლების დაცვაზე. სამართლიანობა მოითხოვს აღინიშნოს, რომ ჩრდილო ატლანტიკური ალიანსის მიერ 72 დღის განმავლობაში

⁸⁹ ჩიტაძე, ნ., დასახ. ნაშრომი, 31-ე სქ., 117.

⁹⁰ დასახ. წყარო, 28-ე სქ., 118

⁹¹ *ქარუმბი, ვ.* დასახ. ნაშრომი, მე-10 სქ. 341

⁹² იქვე.

⁹³ იქვე.

⁹⁴ ტექსტი ხელმისაწვდომია ვებ-გვერდზე: <<https://treaties.un.org/doc/publication/unts/volume%2078/volume-78-i-1021-english.pdf>>.

⁹⁵ ტექსტი ხელმისაწვდომია ვებ-გვერდზე: <<https://www.icrc.org/eng/war-and-law/treaties-customary-law/geneva-conventions/overview-geneva-conventions.htm>>.

⁹⁶ ტექსტი ხელმისაწვდომია ვებ-გვერდზე <<http://unesdoc.unesco.org/images/0018/001875/187580e.pdf>>.

განხორციელებულ დაბომბვებს, რომელიც მხოლოდ და მხოლოდ, იუგოსლავიის სამხედრო დანიშნულების ობიექტებზე შეტევის განხორციელებას ითვალისწინებდა, 2 000-მდე მშვიდობიანი მოქალაქის სიცოცხლე შეეწირა, თუმცა, ამით გადარჩენილ იქნა ათეულ ათასობით ადამიანის სიცოცხლე.⁹⁷ ამ სამხედრო კამპანიაში NATO-ის წევრმა სახელმწიფოებმა, მხოლოდ და მხოლოდ, სამხედრო-საჰაერო ძალები გამოიყენა და არავითარ სახმელეთო ოპერაციებს ადგილი არ ჰქონია.

რაც შეეხება რუსეთის ჩარევას აფხაზეთის კონფლიქტში, საომარი მოქმედებების სცენარი კოსოვოსაგან რადიკალურად განსხვავდებოდა. კერძოდ, ჯერ, სწორედ, კრემლის ჩარევამ მოახდინა სეპარატიზმის პროვოცირება და მისი გაღვივება აფხაზეთის ავტონომიურ რესპუბლიკაში. აფხაზეთსა და ცხინვალის რეგიონში, რუსეთი სეპარატისტულად განწყობილი ბანდფორმირებების შეიარაღებასა და სეპარატიზმის გაღვივებას მაქსიმალურად უწყობდა ხელს. ამაზე მოწმობს თუნდაც ის ფაქტი, რომ 1992 წლის ივნისში, ცხინვალის რეგიონში მიმდინარე მოვლენების დროს, რუსეთის ვიცე-პრეზიდენტი იმუქრებოდა, რომ ქართული ჯარის ცხინვალში შესვლის შემთხვევაში, რუსეთის სამხედრო საჰაერო ძალები თბილისს დაბომბავდნენ.⁹⁸ გარდა ამისა, რუსეთი მხარს უჭერდა იმ ტერორისტულ დაჯგუფებებს, რომლებიც, შემდგომში, რუსეთის ტერიტორიიდან აფხაზეთის ტერიტორიაზე ქართველების წინააღმდეგ საბრძოლველად იქნა შეყვანილი. რუსეთი მხარს უჭერდა, საკუთარივე ინიციატივით შექმნილ, ტერორისტულ დაჯგუფებას ე.წ. „მთიელ ხალხთა კონფედერაციას“ მაშინ, როდესაც ამ ტერორისტული ჯგუფის ლიდერები აცხადებდნენ, რომ საქართველო „ტერორისტული უბედურების ზონად“ უნდა ყოფილიყო გამოცხადებული.⁹⁹ სწორედ ეს ფაქტი და რუსეთის ტერორისტულ დაჯგუფებებთან „თანამშრომლობა“ შეგვიძლია, მივიჩნიოთ „სახელმწიფო ტერორიზმის“ ნათელ მაგალითად.¹⁰⁰

„სახელმწიფო ტერორიზმთან“ დაკავშირებით, გაეროს მიერ ჯერ კიდევ 1984 წელს იქნა მიღებული №13/159 რეზოლუცია¹⁰¹, რომლის მიხედვითაც, „გაერო გმობს სახელმწიფო ტერორიზმის ნებისმიერი ფორმის გამოვლენას და მოუწოდებს გაეროს წევრ სახელმწიფოებს, არ გაუწიონ არანაირი მხარდაჭერა ტერორისტულ ორგანიზაციებს“¹⁰². რუსეთმა თავისი ქმედებებით, დაარღვია ამ რეზოლუციის ძირითადი პრინციპები. გარდა ამისა, თუკი ჩვენ დავეყრდნობით გაეროს 1974 წლის რეზოლუციას აგრესიის შესახებ¹⁰³, სადაცირიბ და პირდაპირ აგრესიაზეა ყურადღება გამახვილებული¹⁰⁴, აფხაზეთის შემთხვევაში 1993-1994 წლებში ისევე, როგორც სამაჩაბლოს შემთხვევაში, სეპარატიზმისა და ტერორიზმის ხელშეწყობით, რუსეთმა საქართველოს წინააღმდეგ ირიბი აგრესია განახორციელა და, მოგვიანებით, საომარი მოქმედებების დასრულების შემდეგაც, 2008 წლის აგვისტომდე, აგრძელებდა სეპარატისტული რეჟიმების დაფინანსებასა და ხელშეწყობას¹⁰⁵.

უნდა აღინიშნოს, რომ რადიკალურად განსხვავდება სამხედრო ქმედებების ის ფორმები, რომლებიც NATO-ისა და რუსეთის მიერ იქნა გამოყენებული. ერთი მხრივ, NATO-ის მიერ, ძირითადად, ხდებოდა იუგოსლავიის სამხედრო დანიშნულების ობიექტების დაბომბვა, რამაც, საბოლოო ჯამში, გენოციდის შეჩერება და მშვიდობიანი მოსახლეობის საკუთარ სახლებში დაბრუნება უზრუნველყო. რუსეთის კი ქმედება საქართველოს წინააღმდეგ ფართომასშტაბიანი აგრესიით, როდესაც იგი სხვადასხვა სახეობის სახმელეთო ნაწილებით შემოიჭრა აფხაზეთსა და სამაჩაბლოში; ამასთან, სახეზე იყო რუსეთის სამხედრო-საჰაერო ძალების მიერ როგორც სამხედრო, ასევე სამოქალაქო ობიექტების დაბომბვა და სამხედრო-საზღვაო ძალების გემების შემოჭრა საქართველოს

⁹⁷ *Bonnén, P.*, Towards a Common European Security and Defence Policy: the Ways and Means of Making it a Reality, LIT, Berlin, Hamburg, Münster, 2003, 188.

⁹⁸ *ჩიტაძე, ნ.*, დასახ. ნაშრომი, 70-ე სქ., 322.

⁹⁹ იქვე.

¹⁰⁰ ტექსტი ხელმისაწვდომია ვებ-გვერდზე <<http://www.un.org/documents/ga/res/39/a39r159.htm>>.

¹⁰¹ ტექსტი ხელმისაწვდომია ვებ-გვერდზე: <<https://www.un.org/documents/ga/res/39/a39r159.htm>>.

¹⁰² იქვე.

¹⁰³ ტექსტი ხელმისაწვდომია ვებ-გვერდზე: <http://hrlibrary.umn.edu/instreet/GAres3314.html>

¹⁰⁴ *ალექსიძე, ლ., გიორგაძე, ლ., კვაჭაძე, მ.*, დასახ. წყარო მე-4 სქ., 7.

¹⁰⁵ *პიპინაშვილი, დ.*, დასახ. ნაშრომი მე-59 სქ., 87.

ტერიტორიულ წყლებში. ამ ყველაფრის პარალელურად, რუსეთი, საქართველოს წინააღმდეგ, საინფორმაციო ომის წარმოების მიზნით, კიბერშეტევებს ახორციელებდა, კერძოდ, მწყობრიდან იყო გამოსული საქართველოს მთავარი სახელმწიფო უწყებების (პრეზიდენტის ადმინისტრაციის, საგარეო საქმეთა სამინისტროს, თავდაცვის სამინისტროს) ვებ-გვერდები.

2008 წელს განხორციელებული პირდაპირი აგრესიის შედეგად, დაირღვა 1974 წელს მიღებული გაეროს რეზოლუცია¹⁰⁶. რუსული თვითმფრინავები დაახლოებით 200-ჯერ უკანონოდ შემოიჭრნენ საქართველოს საჰაერო სივრცეში.¹⁰⁷ ეს ფაქტი კი საერთაშორისო საჰაერო სამართლის ძირითად პრინციპებს ეწინააღმდეგება¹⁰⁸, რომლის მიხედვითაც, კონკრეტული ქვეყნის სახმელეთო ტერიტორიის თავზე - საჰაერო სივრცეზე - სუვერენული ქვეყნის იურისდიქცია ვრცელდება და მისი დარღვევა, რა თქმა უნდა, დაუშვებელია. რუსული სამხედრო გემების საქართველოს ტერიტორიულ წყლებში შემოჭრის შედეგად, დაირღვა 1982 წლის კონვენცია საზღვაო სამართლის შესახებ¹⁰⁹, რომლის მიხედვითაც, დამოუკიდებელი ქვეყნის სანაპირო ზოლიდან 12 მილიან ზონაში კონკრეტული სახელმწიფოს „ტერიტორიული წყლების“ კონტროლი ხორციელდება. 2008 წლის 12 აგვისტოს, ევროპული კავშირის თავმჯდომარე ქვეყნის - საფრანგეთის - შუამავლობის შედეგად, რუსეთმა აიღო ვალდებულება საკუთარი ჯარების 2008 წლის 8 აგვისტომდე არსებულ პოზიციებზე დაბრუნების თაობაზე¹¹⁰, თუმცა რუსეთმა ეს ვალდებულება დღემდე არ შეასრულა, რაც ეწინააღმდეგება საერთაშორისო სამართლის ძირითად პრინციპს „საერთაშორისო შეთანხმებების კეთილსინდისიერი შესრულების შესახებ“¹¹¹.

საერთო ჯამში, რუსეთის აგრესიის შედეგად, მიწასთან იქნა გასწორებული ყოფილი სამხრეთ ოსეთის ტერიტორიაზე არსებული ქართული სოფლები, ხოლო დაახლოებით 50 ათასამდე მშვიდობიანი მოქალაქე იძულებული გახდა საკუთარი სახლები დაეტოვებინა და საქართველოს კონტროლირებად ტერიტორიაზე გადმოსულიყო.

მნიშვნელოვანია, აგრეთვე, ის, რომ, კოსოვოს სტატუსთან დაკავშირებით, რუსეთთან წლების განმავლობაში მიმდინარეობდა მოლაპარაკებები, მათ შორის, 1999 წელს კოსოვოსთან დაკავშირებით, მიღებულ იქნა გაეროს უშიშროების საბჭოს რეზოლუცია №12/44¹¹², რომელიც კოსოვოს კონფლიქტის დარეგულირებას ითვალისწინებდა. კოსოვოში, NATO-ის სამშვიდობო კონტინგენტთან ერთად, რუსული „სამშვიდობო“ ბატალიონიც იყო დისლოცირებული.¹¹³

გარდა ამისა, კოსოვოში გაეროს შიდა ადმინისტრაციის მისია ჩამოყალიბდა¹¹⁴. მას ოთხი ძირითადი ფუნქცია გააჩნდა, კერძოდ: სამოქალაქო ადმინისტრაციის, რომელსაც უშუალოდ გაერო მართავდა, ჰუმანიტარული დახმარების, რომელსაც გაეროს ლტოლვილთა უმაღლესი კომისარიატი¹¹⁵ ხელმძღვანელობდა; დემოკრატიზაციისა და ინსტიტუციური მშენებლობის, რასაც კოორდინირებას ეუთო უწევდა; ეკონომიკური რეკონსტრუქციისა (აღდგენა) და განვითარების, რასაც კურირებდა ევროპული კავშირი. 2001-2002 წლებში კი, საერთაშორისო თანამეგობრობამ ხელი შეუწყო არჩვენების

¹⁰⁶ ტექსტი ხელმისაწვდომია ვებ-გვერდზე: <http://hrlibrary.umn.edu/instreet/GAres3314.html>

¹⁰⁷ ჩიტაძე, ნ., დასახ. ნაშრომი, 70-ე სქ., 327.

¹⁰⁸ ტექსტი ხელმისაწვდომია ვებ-გვერდზე <https://www.icao.int/publications/documents/7300_orig.pdf>. განმარტებები იხ. ასევე, *Игнатенко, В.*, დასახ. ნაშრომი, მე-12 სქ.

¹⁰⁹ იქვე, კონვენციის ტექსტი ხელმისაწვდომია ვებ-გვერდზე: <https://www.un.org/Depts/los/convention_agreements/texts/unclos/unclos_e.pdf>.

¹¹⁰ ჩიტაძე, ნ., დასახ. ნაშრომი, 70-ე სქ., 328.

¹¹¹ *ალექსიძე, ლ., გიორგაძე, ლ., კვაჭაძე, მ.*, დასახ. წყარო მე-4 სქ.

¹¹² ჩიტაძე, ნ., დასახ. ნაშრომი, 70-ე სქ., 112.

¹¹³ დასახ. წყარო, 27-ე სქ., 113.

¹¹⁴ United Nations Interim Administration Mission in Kosovo – UNMIK. იხ. ვებ-გვერდი: <<https://unmik.unmissions.org/about>>.

¹¹⁵ United Nations' High Commission of Refuges (UNHCR).

ჩატარებას, როდესაც 120-კაციანი ასამბლეა იქნა არჩეული, ხოლო მოგვიანებით, კოსოვოში საპრეზიდენტო არჩევნებიც ჩატარდა, რომელიც გაეროს მიერ ლეგიტიმურად იქნა ცნობილი.

აფხაზეთისა და ცხინვალის რეგიონის შემთხვევაში კი, ორივე მათგანში, ფაქტობრივად, უკონტროლობა სუფევდა და ყოველგვარი ლეგიტიმაციის არმქონე *de facto* ხელისუფლების წარმომადგენლები რუსეთს ექვემდებარებოდა; რუსეთი კი, საერთაშორისო თანამეგობრობისგან დამოუკიდებლად მოქმედებდა, რისი კულმინაციაც იყო ფართომასშტაბიანი აგრესია საქართველოს წინააღმდეგ და კრემლის მიერ ცალმხრივი გადაწყვეტილების მიღება აფხაზეთისა და ე.წ. სამხრეთ ოსეთის დამოუკიდებლობის აღიარების თაობაზე.

დასკვნა

დასკვნის სახით, უნდა აღინიშნოს, რომ, საერთაშორისო-სამართლებრივი აღიარების თვალსაზრისით, დასავლეთმა რუსეთზე სრული გამარჯვება მოიპოვა, რადგანაც კოსოვოს დამოუკიდებლობა 100-ზე მეტმა სახელმწიფომ აღიარა და, დღეისათვის, კოსოვო *de facto* სახელმწიფოა¹¹⁶. აფხაზეთმა კი, ვერ მიაღწია *de facto* დამოუკიდებლობას არამარტო იმიტომ, რომ მისი დამოუკიდებლობა მხოლოდ ხუთმა ქვეყანამ სცნო, არამედ იმიტომაც, რომ, როგორც პოლიტიკურ, ასევე ეკონომიკურ, სამართლებრივ და სხვა ვითარებას, აგრეთვე, აფხაზეთში განთავსებულ სტრატეგიულ ობიექტებს სრულად რუსეთი აკონტროლებს. რუსეთის „მესაზღვრეები“ „იცავენ“ აფხაზეთის ე.წ. „სახელმწიფო საზღვარს“ საქართველოსთან. აფხაზეთის ბიუჯეტის დაახლოებით 70% რუსეთიდან გადმორიცხული თანხებით ფორმირდება.¹¹⁷ როდესაც ვსაუბრობთ ამ თუ იმ რეგიონის, მათ შორის, სადავო რეგიონის სტატუსზე, აუცილებელია, გავითვალისწინოთ მონტევიდეოს კონვენციის¹¹⁸ სტანდარტებიც. კონვენცია განსაზღვრავს, კონკრეტულად თუ რომელ რეგიონს შეუძლია, დააკმაყოფილოს დამოუკიდებელი სახელმწიფოს სტანდარტები და რომელს არა. სულ ოთხი ძირითადი სტანდარტია წარმოდგენილი: ა) მუდმივი მოსახლეობის არსებობა; ბ) განსაზღვრული ტერიტორია; გ) მთავრობა; დ) სხვა სახელმწიფოებთან ურთიერთობების დამყარების შესაძლებლობა.¹¹⁹

ამ სტანდარტების მიხედვით, კოსოვო უფრო მეტად აკმაყოფილებს სამართლებრივ სტანდარტებს, თუმცა, კოსოვოც, ჯერ-ჯერობით, ვერ გადაიქცა საერთაშორისო სამართლის სრულუფლებიან სუბიექტად, რადგანაც ამისათვის გაეროს სრულუფლებიანი წევრობაა საჭირო, ეს კი შესაბამისი პროცედურების გავლას მოითხოვს. კერძოდ, გაეროს ახალ წევრად მიღების საკითხის განხილვისას, გაეროს უშიშროების საბჭომ უნდა მიიღოს შესაბამისი რეკომენდაცია და იგი გაეროს გენერალურ ასამბლევას მიაწოდოს. გენერალური ასამბლეა, თავის მხრივ, უშიშროების საბჭოს რეკომენდაციის საფუძველზე ხმათა უმრავლესობით იღებს გადაწყვეტილებას ამ თუ იმ ქვეყნის გაეროში მიღება/არ მიღების თაობაზე.¹²⁰ გაეროს უშიშროების საბჭოში, კოსოვოს გაეროში მიღებასთან დაკავშირებით, რუსეთი ჩინეთთან ერთად ყოველთვის ვეტოს უფლებას გამოიყენებს. ამის მიუხედავად, კოსოვო უკვე არის სხვადასხვა საერთაშორისო სამთავრობო და არასამთავრობო ორგანიზაციის სრულუფლებიანი წევრი, მაგალითად, კოსოვოს ოლიმპიური კომიტეტი გახლავთ საერთაშორისო ოლიმპიური კომიტეტის სრულუფლებიანი წევრი.¹²¹

¹¹⁶ ტექსტი ხელმისაწვდომია ვებ-გვერდზე: <<http://www.mfa-ks.net/?page=2,224>>.

¹¹⁷ ინფორმაცია იხ. ვებ-გვერდზე: <<http://old.itv.ge/projects/analytics/?page=detail&id=170426>>.

¹¹⁸ ტექსტი ხელმისაწვდომია ვებ-გვერდზე: <<http://www.oas.org/juridico/english/treaties/a-40.html>>.

¹¹⁹ იქვე.

¹²⁰ იქვე.

¹²¹ ტექსტი ხელმისაწვდომია ვებ-გვერდზე: <<https://www.olympic.org/news/127th-ioc-session-comes-to-close-in-monaco>>.

ყველა ზემოაღნიშნული ფაქტორი გათვალისწინებულ იქნა გაეროს საერთაშორისო სასამართლოს მიერ და სერბეთის სარჩელი არ დააკმაყოფილა: მან დაასკვნა, რომ კოსოვოს ჰქონდა ყველანაირი სამართლებრივი უფლება დამოუკიდებლობა გამოეცხადებინა.¹²²

რაც შეეხება აფხაზეთისა და ყოფილი სამხრეთ ოსეთის ავტონომიური ოლქის საერთაშორისო-სამართლებრივ აღიარებას, რუსეთის პოლიტიკამ, ამ მიმართულებით, სრული კრაზი განიცადა, კრემლმა ვერ მიაღწია ოკუპირებული ტერიტორიების საერთაშორისო სამართლებრივ სუბიექტებად ჩამოყალიბებას.

გარდა ამისა, აუცილებელია გათვალისწინებულ იქნეს სხვა მნიშვნელოვანი სამართლებრივი, პოლიტიკური თუ ზნეობრივი ასპექტები, რომელთა მიხედვითაც, შესაძლებელია, აფხაზეთისგან განსხვავებით, კოსოვოსათვის დამოუკიდებლობის მინიჭების გამართლება. კერძოდ:

- საქართველოს არცერთ ხელისუფლებას არასდროს ეჭქვემ არ დაუყენებია ერთიანი საქართველოს შემადგენლობაში აფხაზეთის ავტონომიის საკითხი. აფხაზეთი საქართველოს შემადგენლობაში ყოველთვის ფართო ავტონომიით სარგებლობდა. რაც შეეხება კოსოვოს, მისი ავტონომიის სტატუსი 1989 წელს იუგოსლავიის ცენტრალურმა ხელისუფლებამ გააუქმა¹²³;

- 1992 წლის შეიარაღებულ კონფლიქტამდე აფხაზეთის რეგიონში აფხაზეთის მოსახლეობის უმრავლესობას სურდა საქართველოს დამოუკიდებლობა და საქართველოს შემადგენლობაში ყოფნა, რასაც 1991 წლის 31 მარტს საქართველოს მთელს ტერიტორიაზე და, მათ შორის, აფხაზეთის ავტონომიურ რესპუბლიკაში ჩატარებული რეფერენდუმის შედეგები ადასტურებს.¹²⁴ რაც შეეხება კოსოვოს, იმ ფაქტის გათვალისწინებით, რომ კოსოვოს მოსახლეობის დაახლოებით 90%-ს ეთნიკური ალბანელები შეადგენდნენ, ამ რეგიონის მოსახლეობის აბსოლუტური უმრავლესობის სურვილს კოსოვოს სერბეთისგან გამოყოფა და დამოუკიდებელი სახელმწიფოს შექმნა წარმოადგენდა¹²⁵;

- კოსოვოს შემთხვევაში, სწორედ, სერბეთის ხელისუფლებამ ჩაიდინა დანაშაული კაცობრიობის წინააღმდეგ, როდესაც ამ ტერიტორიაზე ეთნიკური ალბანელების გენოციდს ახორციელებდა. აფხაზეთის შემთხვევაში კი, - ეთნიკური წმენდა რუსეთის ხელშეწყობით - ტერორისტული, ექსტრემისტული შეიარაღებული ფორმირებების უშუალო მონაწილეობით, ძირითადად, საქართველოს ტერიტორიული მთლიანობის მომხრე ქართველი ეროვნების წარმომადგენელთა წინააღმდეგ იქნა განხორციელებული, რაც დადასტურებულ იქნა ეუთო-ის 1994 წლის ბუდაპეშტისა¹²⁶ და 1996 წლის ლისაბონის¹²⁷ სამიტებზე.

აფხაზეთის ე.წ. დამოუკიდებლობის მოთხოვნის გამართლების მიზნით, რუსეთის პოლიტიკურ თუ კრემლთან დაახლოებულ პოლიტოლოგთა წრეებში, ხაზს უსვამენ იმ გარემოებას, რომ, თუ საქართველო, თავის დროზე, უფლებამოსილი იყო საბჭოთა კავშირისგან გამოყოფაზე, რატომ არ გააჩნდა, ამავე დროს, აფხაზეთს უფლება მოეთხოვა საქართველოსგან დამოუკიდებლობა? რა თქმა უნდა, არსებობს შესაბამისი ისტორიული, პოლიტიკური თუ სამართლებრივი არგუმენტები იმაზე, თუ რატომ ჰქონდა უფლება საქართველოს შეექმნა დამოუკიდებელი სახელმწიფო და იგივე უფლება არ გააჩნდა და არ გააჩნია აფხაზეთს. კერძოდ, დღევანდელი აფხაზეთის ტერიტორია, სხვადასხვა ისტორიულ პერიოდში, ყოველთვის შედიოდა სხვადასხვა ქართული სახელმწიფოს (კოლხეთი, ეგრისი, ერთიანი საქართველო, საქართველოს დემოკრატიული რესპუბლიკა) შემადგენლობაში, ხოლო საქართველო, ისტორიულად, არასდროს არ წარმოადგენდა რუსეთის შემადგენელ ნაწილს, შესაბამისად, საქართველო (ან მისი ცალკეული სამეფო-

¹²² ტექსტი ხელმისაწვდომია ვებ-გვერდზე: <<https://www.webcitation.org/5rRB9e3bz?url=http://www.icj-cij.org/docket/files/141/15987.pdf>>.

¹²³ დასახ. წყარო, 27-ე სქ., 149.

¹²⁴ ტექსტი ხელმისაწვდომია ვებ-გვერდზე: <<https://www.radiotavisupleba.ge/a/otsdakhuti-tseli-damoukideblobis-agdgenis-referendumidan/27646279.html>>.

¹²⁵ დასახ. წყარო, 27-ე სქ., 150.

¹²⁶ ტექსტი ხელმისაწვდომია ვებ-გვერდზე: <https://www.osce.org/event/summit_1994>.

¹²⁷ ტექსტი ხელმისაწვდომია ვებ-გვერდზე: <<https://www.osce.org/mc/39539?download=true>>.

სამთავროები) ქართლ-კახეთის სამეფოსა და რუსეთის იმპერიას შორის 1783 წელს ხელმოწერილი გეორგიევსკის ტრაქტატის¹²⁸ ძირითადი პირობების (რომლებიც, სხვადასხვა საკითხთან ერთად, ქართლ-კახეთის სამეფოს სახელმწიფოებრიობის შენარჩუნებას ითვალისწინებდა), ოფიციალური პეტერბურგის მიერ დარღვევის შედეგად, ძალით იქნა ოკუპირებული ჯერ რუსეთის იმპერიის, ხოლო შემდგომში საბჭოთა რუსეთის მიერ, შესაბამისად, 1801¹²⁹ და 1921¹³⁰ წლებში. გასული საუკუნის 80-იანი წლების ბოლოს საქართველოს მოთხოვნა სსრკ-დან გამოსვლის თაობაზე არანაირად არ ეწინააღმდეგებოდა თვით საბჭოთა კონსტიტუციასაც კი, სადაც სსრკ-ის კონსტიტუციის 72-ე მუხლის საფუძველზე, მოკავშირე რესპუბლიკას გააჩნდა უფლება საბჭოთა კავშირიდან გასვლაზე; ამავე დროს, როგორც უკვე აღინიშნა, სსრკ-ის კონსტიტუციის 78-ე მუხლის მიხედვით, მოკავშირე რესპუბლიკის ტერიტორიის შეცვლა არ შეიძლება მომხდარიყო, თვით, ამ მოკავშირე რესპუბლიკის თანხმობის გარეშე (ამ შემთხვევაში საქართველო).¹³¹

საერთო ჯამში, ალბათ, აუცილებელია იმის აღნიშვნაც, რომ თითოეული სადავო ტერიტორიის სამართლებრივი სტატუსის განსაზღვრა საერთაშორისო საზოგადოების განსაკუთრებულ ყურადღებას საჭიროებს. ამ მხრივ, საერთაშორისო საზოგადოების მიერ საფუძვლიანად უნდა იქნეს შესწავლილი სახელმწიფოს ტერიტორიულ მთლიანობასთან და ერთა თვითგამორკვევასთან დაკავშირებული ყველა სამართლებრივი, ისტორიული, პოლიტიკური თუ სხვა ასპექტი, რათა, საბოლოო ჯამში, დადგენილ იქნას, რა სამართლებრივი თუ სხვა მექანიზმები არსებობს სახელმწიფოს ტერიტორიული მთლიანობის შენარჩუნებისა თუ ერთა თვითგამორკვევის პრინციპის განსაზღვრის შემთხვევაში? უნდა გაიკვეს, მაგალითად, იყო თუ არა ეს ტერიტორია, თავის დროზე, უკანონოდ ოკუპირებული ან ანექსირებული სხვა სახელმწიფოს მიერ, თუ ისტორიულად კონკრეტული სახელმწიფოს შემადგენლობაში შედიოდა? ირღვეოდა თუ არა, და რამდენად, ამა თუ იმ ერის უფლებები კონკრეტული სახელმწიფოს შემადგენლობაში? ამ შემთხვევაში, ალბათ, აუცილებელია, გაიზარდოს გაეროს საერთაშორისო სასამართლოს როლი და ადგილი თანამედროვე საერთაშორისო სამართლებრივ, თუ პოლიტიკურ სისტემაში.

აუცილებელია იმის აღნიშვნაც, რომ ერთა თვითგამორკვევის პრინციპი პირდაპირ არ გულისხმობს კონკრეტული ერისათვის სრული დამოუკიდებლობისმინიჭებას. ამ შემთხვევაში, კონკრეტული ერის თვითმყოფადობის შენარჩუნების მიზნით, პირველ რიგში, მსოფლიოში მაცხოვრებელი თითოეული ერისათვის კულტურული, პოლიტიკური, ეკონომიკური, რელიგიური თუ სხვა ნიშნით ფართო ავტონომიის მინიჭებაა გათვალისწინებული. იმ ფაქტის გათვალისწინებით, რომ მსოფლიოში დეკოლონიზაციის პროცესი, ძირითადად, დასრულდა და, მეორე მსოფლიო ომის შემდეგ, მსოფლიო პოლიტიკურ რუკაზე 130-ზე მეტი დამოუკიდებელი სახელმწიფო გამოჩნდა¹³², საერთაშორისო საზოგადოების მთავარ პრიორიტეტს მაინც სახელმწიფოს ტერიტორიული მთლიანობისა და საზღვრების ურღვევობის პრინციპი უნდა წარმოადგენდეს.

ბიბლიოგრაფია:

1. *ალექსიძე, ლ., გიორგაძე, ლ., ჯგერისაშვილი, მ.*, ადამიანის უფლებათა საერთაშორისო სამართალი, ლექსიკონი-ცნობარი, ჯისიაი, თბილისი, 2005.

¹²⁸ ტექსტი ხელმისაწვდომია ვებ-გვერდზე: <<http://www.amsi.ge/istoria/sab/georgievski.html>>.

¹²⁹ ტექსტი ხელმისაწვდომია ვებ-გვერდზე: <<https://sangu.ge/images/vguruli/3ertrus.pdf>>.

¹³⁰ ტექსტი ხელმისაწვდომია ვებ-გვერდზე: <http://www.parliament.ge/files/1112_27363_761965_okupacia-1921.pdf>.

¹³¹ ტექსტი ხელმისაწვდომია ვებ-გვერდზე: <<http://www.hist.msu.ru/ER/Etext/cnst1977.htm#iii>>.

¹³² Chitadze, N., დასახ. ნაშრომი, მე-18 სქ., 141.

2. კოდუა, ე., ბერაია, ლ., სოციალურ და პოლიტიკურ ტერმინთა განმარტებითი ლექსიკონი, ლოგოსი, თბილისი, 2004.
3. მამარდაშვილი, გ., წულაძე, გ., მაღლაფერიძე, ნ., სულაბერიძე, ა., საქართველოს დემოგრაფიული განვითარება, გუშინ, დღეს, ხვალ, ილიას სახელმწიფო უნივერსიტეტი, დემოგრაფიის და სოციოლოგიის ინსტიტუტი.
4. მკურნალიძე, გ., ხამბაძე, გ., პოლიტოლოგია, ცოდნა, 2000.
5. ნეიძე, ვ., მსოფლიოს სოციალ-ეკონომიკური გეოგრაფია, ლევა, თბილისი, 2004, 46 .
6. პიპინაშვილი, დ., სამხრეთ კავკასიის კონფლიქტები და რეგიონული სტაბილურობის პრობლემები, თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტი, 2009.
7. სონღულაშვილი, ა., აფხაზეთის პოლიტიკური სტატუსი საქართველოს შემადგენლობაში (1921-31 წწ.), ახალი და უახლესი ისტორიის საკითხები, №12, თბილისი, უნივერსალი, 2014.
8. ჩარუმიძე, ვ., საერთაშორისო ორგანიზაციები, საგანმანათლებლო კავშირი ცოდნა, თბილისი, 2004. კოდუა, ე., ბერაია, ლ., სოციალურ და პოლიტიკურ ტერმინთა ლექსიკონი-ცნობარი, ლოგოს პრესი, თბილისი 2004.
9. ჩიტაძე, ნ., გეოპოლიტიკა, უნივერსალი, 2011.
10. ჩიტაძე, ნ., ნატო - ჩრდილოატლანტიკური ალიანსი, მსოფლიოში მშვიდობისა და სტაბილურობის მთავარი გარანტი, მაჯენტა პრინტი, 2008.
11. ჭანტურია, გ., მსოფლიოს სოციალ-ეკონომიკური და პოლიტიკური გეოგრაფია. საქართველოს მაცნე. 2004.
12. ხორავა, ბ., აფხაზეთის სამთავროს გაუქმება და მიხეილ შარვაშიძე.
13. Basic Facts about the United Nations, United Nations Department of Public Information, New-York, 2005.
14. Basic Facts about the United Nations. United Nations Department of Public Information. New-York, 2005.
15. *Bonnén, P.*, Towards a Common European Security and Defense Policy: The Ways and Means of Making it a Reality, LIT, Berlin, Hamburg, Münster, 2003.
16. *Chitadze, N.*, World Geography. Political, Economic and Demographic Dimensions, Scholars Press, Germany, 2017, 70.
17. *Kegley, C.*, Blanton, S., World Politics. Trend and Transformation, Wadworth, Cengage Learning, USA, 2011, 353.
18. NATO Handbook, Public Diplomacy Division. Brussels, 2006.
19. *Richemond-Barak, D.*, The International Court of Justice on Kosovo: Missed Opportunity or Dispute 'Settlement'? Hague Yearbook of International Law, 2011.
20. *Shafer, K. A.*, The Congress of Berlin of 1878: its origins and consequences, Portland State University, 1989, 50.
21. *Somel, A. S.*, Historical Dictionary of the Ottoman Empire, Scarecrow Press, Oxford, 2003, 268.
22. *Игнатенко, Г. В.*, Международное Право, 2-е издание, Норма, Москва, 2002, 121-134.
23. *Прохоров, А. М.*, Советский Энциклопедический Словарь, 1988.
24. <<http://abkhazia.gov.ge/page/conflictCronology>>.
25. <http://apsnyteka.org/file/konstitutsiya_abkhazskoy_ASSR_1979.pdf>.
26. <http://constcentre.gov.ge/failebi/1921_clis_konstitucia_33442.pdf>.
27. <<http://hrlibrary.umn.edu/instreet/GAres3314.html>>.
28. <<http://hrlibrary.umn.edu/instreet/GAres3314.html>>.
29. <<http://hrlibrary.umn.edu/instreet/GAres3314.html>>.
30. <<http://old.1tv.ge/projects/analytics/?page=detail&id=170426>>.
31. <<http://unesdoc.unesco.org/images/0018/001875/187580e.pdf>>.
32. <<http://www.amsi.ge/istoria/sab/georgievski.html>>.
33. <<http://www.hist.msu.ru/ER/Etext/cnst1977.htm#iii>>.
34. <<http://www.hist.msu.ru/ER/Etext/cnst1977.htm#iii>>.
35. <<http://www.mfa-ks.net/?page=2,224>>.
36. <<http://www.nplg.gov.ge/gwdict/index.php?a=term&d=6&t=2883>>.

37. <<http://www.nplg.gov.ge/gwdict/index.php?a=term&d=6&t=7514>>.
38. <<http://www.oas.org/juridico/english/treaties/a-40.html>>.
39. <http://www.parliament.ge/files/1112_27363_761965_okupacia-1921.pdf>.
40. <<http://www.parliament.ge/uploads/other/18/18506.pdf>>.
41. <<http://www.parliament.ge/uploads/other/18/18506.pdf>>.
42. <<http://www.un.org/documents/ga/res/39/a39r159.htm>>.
43. <<http://www.un.org/en/charter-united-nations/>>.
44. <<https://iliauni.edu.ge/uploads/other/39/39660.pdf>>.
45. <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/32362?publication=0>>.
46. <<https://sangu.ge/images/vguruli/3ertrus.pdf>>.
47. <<https://treaties.un.org/doc/publication/unts/volume%2078/volume-78-i-1021-english.pdf>>.
48. <[https://undocs.org/S/RES/1244\(1999\)](https://undocs.org/S/RES/1244(1999))>.
49. <<https://unmik.unmissions.org/about>>.
50. <<https://www.constcourt.ge/ge/publications/books/1921-wlis-saqartvelos-demokratiuli-respublikis-konstitucia.page>>.
51. <https://www.icao.int/publications/documents/7300_orig.pdf>.
52. <<https://www.icrc.org/eng/war-and-law/treaties-customary-law/geneva-conventions/overview-geneva-conventions.htm>>.
53. <<https://www.matsne.gov.ge/ka/document/view/1219170>>.
54. <<https://www.nato.int/kosovo/press/p990610a.htm>>.
55. <<https://www.nato.int>>.
56. <https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDR_Translations/eng.pdf>.
57. <<https://www.olympic.org/news/127th-ioc-session-comes-to-close-in-monaco>>.
58. <https://www.osce.org/event/summit_1994>.
59. <https://www.osce.org/event/summit_1994>.
60. <<https://www.osce.org/mc/39539?download=true>>.
61. <<https://www.osce.org/mc/39539?download=true>>.
62. <<https://www.osce.org>>.
63. <<https://www.radiotavisupleba.ge/a/otsdakhuti-tseli-damoukideblobis-agdgenis-referendumidan/27646279.html>>.
64. <https://www.un.org/Depts/los/convention_agreements/texts/unclos/unclos_e.pdf>.
65. <<https://www.un.org/documents/ga/res/39/a39r159.htm>>.
66. <<https://www.un.org/en/member-states/>>.
67. <[https://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/2625\(XXV\)](https://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/2625(XXV))>.
68. <<https://www.webcitation.org/5rRB9e3bz?url=http://www.icj-cij.org/docket/files/141/15987.pdf>>.
69. <www.un.org>.
70. <<http://www.parliament.ge/uploads/other/18/18509.pdf>>.
71. <<https://www.radiotavisupleba.ge/a/otsdakhuti-tseli-damoukideblobis-agdgenis-referendumidan/27646279.html>>.

Comparative Analysis of Two Basic Principles of International Law - Territorial Integrity of State and Self-determination of Nations on Example of Kosovo and Abkhazia

Abstract

The main goal of the research is to analyze in details and present the two basic principles of international law - the right to self-determination of nations and territorial integrity of the state on the example of the Kosovo and Abkhazia conflicts. In particular, a significant part of the paper is devoted to the legal assessment of the Kosovo and Abkhazian conflicts and revealing the main differences that are linked to the legal aspects of Kosovo conflict, on the one hand, and the conflict in Abkhazia, on the other hand.

The article focuses on a detailed analysis of facts why the West, particularly North Atlantic Treaty Organization (NATO)³ involvement in the Kosovo conflict and recognition of Kosovo's independence by the majority of the international community is partly legitimate and, on the other hand, from the international legal and political viewpoints, Russia's involvement in the Abkhazian conflict and the recognition of the so called "independence" of Abkhazia has no legal basis at all. The final part of the work discusses what the international community should do in the future regarding the protection of the principles of international law.

Introduction

The issues related to separatism and irredentism are one of the biggest global problems of the past centuries as well as the modern world. The various ethnic and religious groups living in different regions of our planet are constantly fighting with different intensity to maintain their own national identity, which is often followed by a demand of separation from the particular state and establishment as an independent state (separatism), or adherence to another state (irredentism). In many cases, representatives of different ethnic groups form illegal armed formations and carry out their fight in violent ways. In this case, the biggest problem is that such religious or ethnic groups are often supported by foreign powers (specific state, lobby groups operating in foreign countries, private companies). Georgia belongs to many countries that have lost control over two historic regions due to indirect and direct aggression of foreign state having imperialist ambitions.

In this respect, Georgia is not the only exception that has lost its control over its territory due to interference by foreign forces. At the end of the 90s of the last century, this problem was also raised in Serbia, that lost control over Kosovo's territory as a result of NATO's military campaign from March to June 1999.

Based on the abovementioned, the main goal of the research is to analyze in details the legal basis of the Kosovo and Abkhazian conflicts.

Hence, the main question within the research is to determine whether there is any legal basis for Kosovo or Abkhazia to become an independent state? What are the main common and divergent legal aspects in the cases of Kosovo and Abkhazia conflicts? Based on this, due to the specificities of the topic, it is possible to establish the following research questions:

- Did NATO in 1999 and Russia in 2008 violated norms of international law in the framework of military operations carried out on the territory of Serbia and Georgia?

¹ Director of International Black Sea University Center of International Studies.

² Researcher of International Black Sea University Center of International Studies.

³ See official webpage <<https://www.nato.int>>.

- Were there any international legal norms protected during interference of external forces on the territory of Serbia and Georgia?
- When can the principles of territorial integrity and self-determination of nations be simultaneously protected?

The qualitative research existing within social sciences was used in the course of working on the article: based on various legal documents, the paper analyzes various international and domestic legal documents of the country concerning two conflicts on the territory of Georgia and Serbia. In addition, the work will greatly focus on the political aspects of these conflicts, the role of external forces in both of them and their legal and political consequences.

Basic Principles of International Law

The basic principles of international law are the most general, basic and universally recognized rules of international public law on legal conduct of states, that are the basis of the whole international legal system and express the common will and interests of the international community; They are based on the general ethical values and principles established nowadays as a result of the human development process and are compulsory for all states existing on the world map and for other legal subjects.⁴

Every basic principle of international law is a legal norm and have priority compared with the domestic norms of states that are involved in world political processes.⁵

The obligatory nature of the principles of international law is based on a universally recognized, general international treaties or international custom. These principles are set out in the Charter⁶ of United Nations (UNO)⁷ (Chapter 1, Article 2) and also in the United Nations Declaration of the 1970 on the Principles of International Law.⁸ They are associated with friendly relations and co-operation between states and are recognized as explanatory instruments of UN Charter in Helsinki Final Act⁹ of the Organization for Security and Co-operation in Europe ("OSCE")¹⁰ signed in 1975.¹¹

These principles are: 1. The sovereign equality of states; 2. Refraining from the threat or use of force; 3. The territorial integrity of states; 4. Inviolability of frontiers; 5. Settlement of international disputes by peaceful means; 6. Non-intervention in internal affairs of the state; 7. Equal rights and self-determination of peoples; 8. Respect for human rights; 9. Duty of co-operation among States in accordance with the UN Charter; 10. The fulfillment in good faith of obligations under international law.¹²

Self-determination of nations and principle of territorial integrity of the state

Two basic principles of international law - territorial integrity of state and self-determination of nations are clearly contradictory to each other. It is necessary to note that after the Second World War, the position of the international community in relation to the status of the specific territories was inhomogenous. If, for some various political and legal reasons, the international community or the state-supported the independence of the particular territories, in other cases - preferred the principle of territorial integrity¹³.

⁴ *Aleksidze, L., Giorgadze, L., Kvachadze, M.*, International Human Rights Law, Dictionary-Directory, GCI, Tbilisi, 2005, 283.

⁵ Id.

⁶ Available at <<http://www.un.org/en/charter-united-nations/>>.

⁷ See official webpage <www.un.org>.

⁸ Available at <[https://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/2625\(XXV\),>](https://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/2625(XXV),>); See also Basic Facts about the United Nations, United Nations Department of Public Information, New-York, 2005, 269.

⁹ *Karumidze V.*, International organizations, educational union 'knowledge', Tbilisi, 2004, 233-235.

¹⁰ Official webpage <<https://www.osce.org>>.

¹¹ *Aleksidze L.*, Contemporary International Law, Dictionary-Directory, GCI, Tbilisi. 2004.

¹² *Игнаренко, Г. В.*, Международное Право, 2-е издание, Норма, Москва, 2002, 121-134.

¹³ The clear example of this is the Kosovo and Abkhazia cases when the West supported Kosovo's independence, and Russia supported maintenance of Serbian territorial integrity. In the case of Abkhazia, vice versa the West supported Georgia's territorial integrity and Russia supported independence of Abkhazia.

This polemic continues until today in the legal, as well as political context, and a clear example of this is the different attitude of the international community and individual states towards the legal status of Kosovo and Abkhazia, about what we will talk below.

After the Second World War, the international community, first of all, UNO has been actively involved in determining different territories in the regions around the world. In particular, since the establishment of the United Nations, one of its major structures was the United Nations Trusteeship Council, which was created based on Chapter XIII of the UN Charter. It consisted of 5 permanent members of the UN Security Council (USA, Great Britain, France, China, USSR)¹⁴. During the work of the Trusteeship Council, in 1945-1994, its 11 subordinated territories gained political independence¹⁵. In addition, measures taken by the United Nations regarding the decolonization policy, that was based on "equal rights and self-determination of the peoples"¹⁶ and concrete Articles of the appropriate chapters (XI, XII and XIII) of the Charter of the United Nations, was related to the liberation of the dependent people from colonial ruling. Since 1960, in the matters of granting independence to particular countries the UNO has been relied on the Declaration on the Granting of Independence to Colonial Countries and Peoples¹⁷ adopted by UN General Assembly. This document is also known as "Decolonization declaration".

102 new independent states have been formed on the political map of the world during the "Cold War" as a result of the political situation and reforms made by the international community after World War II.¹⁸

After the end of "Cold War", splitting of the Union of Soviet Socialist Republics ("USSR"), Yugoslavia and Czechoslovakia resulted in the creation of 22 new independent states on territories of the aforementioned countries. A new state – Eritrea emerged in 1993 on the continent of Africa, that was separated from Ethiopia, and in 2012 - South Sudan. At the same time, the new state was created in 2004 in South East Asia Timor-Leste (formerly East Timor), which gained independence from Indonesia as a result of a universal referendum. Hence, today the UN has 193 full member states.¹⁹

Although after the Second World War, as a result of the decolonization process, the international community had been welcoming the establishment of new states on the world political map, that was also reflected in UN declarations, it prioritized the territorial integrity of states by signing the Helsinki Final Act in 1975.²⁰

Taking into consideration the above-mentioned facts, the World Community is still facing both political and legal dilemma, as it relates to the particular controversial territory. The situation is complicated due to the fact that nowadays there are about 200 sovereign states on the world map, and the number of nations on the planet exceeds 5000.²¹ Considering this situation, according to 2014 data, there are 414 conflict regions in the world today²². Of course, the situation will be uncontrollable if all the nations start wanting to create an independent state.

Taking into consideration this, the problem of the international community is to make a choice between the main principles of international law towards a particular disputed territory when, on the one hand, there is a threat of separatism and, on the other hand, irredentism risk.

That is why it is interesting to review legal aspects of Kosovo and Abkhazia conflicts from the legal point, including the international legal aspects.

¹⁴ Supra note 8, 13.

¹⁵ These territories are: Ghana, Somalia, Cameroon, Togo, Rwanda, Burundi, the United Republic of Tanzania, Samoa, Nauru and Papua New Guinea and Palau.

¹⁶ Supra note 8, 283-286.

¹⁷ Kodua, E., Beraia, L., Dictionary-Directory of Social and Political Terms, Logos Press, Tbilisi 2004.

¹⁸ Chitadze, N., World Geography. Political, Economic and Demographic Dimensions, Scholars Press, Germany, 2017, 70.

¹⁹ See at <<https://www.un.org/en/member-states/>>.

²⁰ Kegley, C., Blanton, S., World Politics. Trend and Transformation, Wadworth, Cengage Learning, USA, 2011, 353.

²¹ Neidze, V., The social-economic geography of the world, Lega, Tbilisi, 2004, 46.

²² Chitadze, N., supra note 19, 116.

To answer the asked question, it is necessary to review each conflict in details, first of all, in the legal context.

Kosovo

The modern Kosovo territory historically has been part of the Kingdom of Serbia for centuries. In 1389, a historic battle between the armies of Kingdom of Serbia and the Ottoman Empire²³ was conducted on Kosovo field, that ended with the victory of the Ottomans, as a result of which Serbia became part of the Ottoman Empire for almost five centuries.²⁴ By the initiative of the empire leaders, the ethnic Albanians believing in Islam were being settled in the modern Kosovo area. After the end of the Russian-Turkish War at the end of the 19th Century, in particular, by the decision of the Berlin Congress held in 1878, Serbia gained independence from Ottomans²⁵. After the end of the first world war, as a result of splitting the Austrian and Ottoman Empires, the peoples of the South Slavs in their composition were united as one state that was called the Kingdom of Serbians, Slovenes and Croats, and from 1929 the Kingdom of Yugoslavia²⁶. In the aftermath of the Second World War, in particular, since 1945 the Communist dictatorship was established in Yugoslavia and created the Socialist Federated Republic of Yugoslavia, composed of 6 Socialist Republics. Kosovo Autonomous Province was part of Serbia - one of the socialist republics²⁷. In 1989, Yugoslav President Slobodan Milosevic abolished the Kosovo's autonomy, that led to further aggravation of the situation.²⁸ In 1995, at the end of the war in one of the former republics of Yugoslavia, namely in Bosnia and Herzegovina attention of the international community was attracted to Kosovo, where the Albanian Kosovans demanded independence from Serbia. The clashes between the Kosovo Liberation Army and the Serbian police were becoming more frequent²⁹.

The situation reached a culmination in 1998, when an open conflict between the Serbian police and the "Kosovo Liberation Army" fighters resulted in the deaths of about 1,500 people and up to 400 000 people were forced to leave their permanent residence.

Based on the above mentioned, NATO stepped into the process of normalization of the situation similarly to the Bosnian conflict. On May 26, 1998, two main goals of the alliance regarding Kosovo were determined on the session of NATO's Council of Ministers of Foreign Affairs, namely³⁰:

- Peaceful resolution of the crisis;
- Ensuring stability and security in neighboring states where the main focus will be on Albania and Macedonia.

On August 12, 1998, the statement of the Secretary General of the Alliance was disseminated, which stated that in case of military confrontation and continuing violence regarding peaceful civilians in Kosovo, NATO would be forced to plan possible military-peacekeeping operations to eliminate the crisis³¹.

Almost a month and a half later, on September 24, 1998, the NATO Council again discussed the situation in Kosovo and declared that the Alliance was ready to start air campaign if needed³². On 9 October of the same year, both sides supported the strengthening of international efforts to finalize the crisis on the NATO-Russia Joint Council meeting.

²³ Available at <<https://www.britannica.com/event/Battle-of-Kosovo-1389-Balkans>>.

²⁴ *Somel, A. S.*, Historical Dictionary of the Ottoman Empire, Scarecrow Press, Oxford, 2003, 268.

²⁵ *Shafer, K. A.*, The Congress of Berlin of 1878: its origins and consequences, Portland State University, 1989, 50.

²⁶ *Chanturia, G.*, The social-economic and political geography of the world. Publishing House "Saqartvelos Matsne". 2004.

²⁷ NATO Handbook, Public Diplomacy Division. Brussels, 2006, 149. Available at <<https://www.nato.int/docu/handbook/2006/hb-en-2006.pdf>>.

²⁸ Id.

²⁹ Id.

³⁰ *Chitadze, N.*, The North Atlantic Alliance, the main guarantor of peace and stability in the world, Magenta Prints, 2008, 108.

³¹ Id., 109.

³² Id., 110.

For the purpose of preventing the conflict, on October 24-25 senior officials of NATO, Gen. Clarke and Naumann visited Belgrade and met with President of Yugoslavia *Milosevic*. They were trying to persuade the Belgrade to stop the violence.

It is noteworthy that the visit of NATO's top military officials and the overall, NATO's diplomatic activity resulted in a temporary outcome, which was noted in the statement of the NATO Secretary General on October 27 where he welcomed the meeting of NATO's leaders and the President of Yugoslavia, but later, in particular, since the beginning of 1999 as a result of the mass violation of human rights on the Kosovo territory, the number of refugees was increasing more and more.

Taking into account the problems, the political situation in Kosovo and in the entire region, forced the Alliance to take more radical measures, inasmuch as despite multi-round negotiations, from the beginning of 1999 the Yugoslavia Government renewed repressions against the Kosovar Albanians, which led to resistance from the so-called "Kosovo Liberation Army". The peaceful population was forced to massively leave their homes. The number of refugees reached 210 thousand in mid-February, 1999. The real danger of humanitarian catastrophe was created in the midst of Europe. The criticism of NATO was becoming louder and louder in the Western media and the broader public circles³³.

Against the backdrop of the anti-public policies of the Yugoslav government, NATO was increasingly considering an alternative to use force, for which serious military preparations were launched in the respective military structures of the alliance.

Despite the military preparations, the focus was still on the political solution of the crisis. As a result of NATO's activity and international pressure, the Belgrade authorities had to resume negotiations with the Kosovo Albanians. The negotiation process was held on February 6, 1999, in the French city of Rambouillet. The difficulty of the negotiation process was that Serbians, who considered Kosovo as a part of Yugoslavia, did not agree with the deployment of NATO's peacekeeping forces in Kosovo, in which they were supported by Russia. On the other hand, Kosovar Albanians were expressing their position and they refused to disarm if they did not receive guarantees for holding a referendum on Kosovo's political status. Ultimately, as a result of Western political circles' activity, agreeing with the Kosovo Albanians on the proposed offer became possible, but due to the Belgrade's unconstructive position the negotiation process broke down in March.³⁴

In early March, the NATO repeatedly warned Belgrade authorities that if it did not stop military operations and gross violation of legal norms in Kosovo, which resulted in the violence against peaceful civilian population of Kosovo, if the offered proposals in Rambouillet were unacceptable for Yugoslavia, the Alliance would be compelled to start military operation.

Finally, it is important to remark that the attitude of Alliance toward the tense situation in Kosovo was characterized with certain difficulties and contradictions, but eventually, the existence of this crisis had great positive influence on changes in NATO, as it significantly contributed to the growth of international authority of the organization (parallelly to the fall of the UN authority) and adaptation of its functions and goals to modern reality. NATO's actions in Kosovo have greatly influenced the new understanding of principles of international law and norms, which was primarily due to the fact that a precedent of carrying out a large military operation outside NATO was created, the main purpose of which was to prevent ethnic cleansing, to stop the violence. This, in general, served to the restoration of justice and safeguarding moral principles. In addition, after World War II it was the first time when the Alliance of the democratic states gave priority to the restoration of justice and the protection of moral value over the existing international norms and, when the alliance's every attempts to peacefully solve conflict in Kosovo did not bring real results

³³ Id.

³⁴ Id., 111.

due to unconstructive position of Yugoslavian authorities, NATO was forced to undertake a military operation against a sovereign state (the Federal Republic of Yugoslavia); As it is known, the reason for this was a large-scale ethnic cleansing that Milošević regime carried out against the Kosovar Albanians, i.e. against ethnic minority of this country.³⁵

In terms of international law, the most important point of this operation was that due to opposition by permanent members of the United Nations Security Council – the Russian Federation and China who were against carrying out military operations on Yugoslav territory by NATO - the Alliance was forced to undertake a military campaign without the sanction of the UN Security Council.

After the situation in Kosovo had become more complicated, NATO faced the dilemma that became a subject of wide discussions in western democracies and the political circles. The problem was that the West was facing a very difficult question: in particular, what policy should the Alliance carry out if the effort and political pressure did not affected to Yugoslavian leaders and the anti-democratic regime of Milosevic continued persecution and repression of the Kosovar Albanians. It was clear that in this case, at some point, NATO would be forced to use military force, like in the Bosnia's conflict. However, as it has already been noted, the situation was more difficult because the existing norms in international law, based on which the use of force and coercive establishment of peace could be possible based on Article VII of the Charter of United Nations, and the practical implementation of this provision could be only possible after the adoption of UN Security Council resolution; Perhaps, this would have been impossible, as it was already known that indeed Russia would use veto right in the Security Council due to its famous sympathies to Serbians. Taking into consideration these factors, if NATO followed the existing norms of law, it would have been forced to accept the gross violation of the elementary norms of law by the retrograde government of Yugoslavia, first of all, violation of one of the main principles of international law, human rights protection.³⁶

The development of such scenario could have caused great and irreparable damage to the North Atlantic Alliance's authority and at the time when the role of the alliance in the Euro Atlantic space was continuously increasing, and while the organization was perceived as the main guarantor of the protection of security and justice not only in Europe but all over the world. The leaders of NATO were well aware of this.

Apart from this, the problem was not only about the possible damage to NATO's authority, but also the continuation of violence in Kosovo could have a devastating influence on neighboring countries and possibly on the entire Balkan Peninsula. First of all, it is noteworthy that Albania, as well as Albanian population of Macedonia, who constituted about 20% of the population of the country, could interfere in the conflict to defend the Kosovar Albanians. That's why NATO, because of the anti-democratic policy of the Belgrade, would not allow the creation of a new conflict center and European crisis in the Balkans, even if using force was needed for this.

On the other hand, the West was well aware of the danger posed by NATO's interference in the Kosovo Conflict regarding relations between NATO and Russia, and while the anti-Western tendencies in Moscow were increasingly strengthening, it was quite realistic that bypassing the United Nations, without Russia's consent, the Alliance's attempt to solve Kosovo problem may worsen the relations with the official Moscow.

Due to the contradictory situation, NATO's decision of legal and the political character which was linked to the principal choice about using or not using force required firm solidarity and courageous steps from the allies.

As we have already noted, before the final decision on the Kosovo conflict by NATO, the West has addressed a wide variety of diplomatic activities in Kosovo to ease the situation. Leading state figures, experts and representatives of Euro-Atlantic structures were involved in this process. This

³⁵ Id., 112.

³⁶ Id., 113.

issue became the main topic in the NATO Council. It should be noted that the organization also conducted extensive consultations in the Euro-Atlantic Partnership Council, where participants from NATO member states and partner countries were discussing the situation in Kosovo at different levels. The most important aspect of the discussion was the development of methods and forms of practical cooperation between NATO and partners in the field of peace, which aimed to promote peace in the Euro-Atlantic space. These consultations later turned into Kosovo's peacekeeping operation.

In early March, the NATO repeatedly warned Belgrade authorities that if they did not stop military operations and gross violations of legal law norms in Kosovo, which was resulting in the violence against the civilian population of Kosovo and, also, if the offered proposals in Rambouillet were unacceptable for Yugoslavia, the Alliance would be compelled to start military operation. Despite this call, Milosevic's regime ignored the NATO's proposals, and in response, on March 24, 1999, the director of NATO's Defence Policy and Armed Forces Planning Service decided to launch an operation on "Allied forces"; Air raids against Yugoslavian military units started within a few hours after the end of meeting. It is noteworthy that NATO expressed its readiness to protect all the provisions of the 1949 Geneva Conventions³⁷ and the 1954 Hague Convention,³⁸ and only carry out the operation against the Yugoslavian military infrastructure and take all measures to prevent "coloreal damage" that, in turn, meant the protection of civil objects and peaceful population. As it was stated, the main aim of the military operation was to reduce the Yugoslavian military potential and, therefore, reduce the scope of humanitarian catastrophe risk in Kosovo.³⁹

The North Atlantic Alliance demanded five main conditions from Yugoslavian leadership to stop the military campaign:

- Termination of military operations and violence in Kosovo;
- withdrawal of Yugoslavian armed forces from Kosovo;
- Placement of international peacekeeping forces in Kosovo;
- Returning refugees to their places of residence and co-operation with international humanitarian organizations to enable them to help the civilian population;
- Continuation of the process that was started in Rambouillet for reaching the political settlement of the conflict.

NATO's decision to use military force against a sovereign state represented a new stage in the 50-year history of the Alliance. This bold step by the Alliance was substantially changing not only the alliance's concept, but international law, too.

For example, according to the NATO Statute, the Alliance had the power to use military force only if there was an armed attack against any member state of NATO, in particular, Article 5 of the NATO Statute⁴⁰ states: "the Parties agree that an armed attack against one or more of them in Europe or North America shall be considered an attack against them all and consequently they agree that, if such an armed attack occurs, each of them, in exercise of the right of individual or collective self-defence recognised by Article 51 of the Charter of the United Nations, will assist the Party or Parties so attacked by taking forthwith, individually and in concert with the other Parties, such action as it deems necessary, including the use of armed force, to restore and maintain the security of the North Atlantic area. At the same time, if we rely on the NATO charter, the former Yugoslav territory is located outside the area of responsibility for the North Atlantic Alliance⁴¹

³⁷ Aleksidze, L., Giorgadze L., Kvachadze M., supra note 4, 297.

³⁸ Id., 298.

³⁹ Id., 312.

⁴⁰ Available at <https://www.nato.int/nato_static_fl2014/assets/pdf/stock_publications/20120822_nato_treaty_en_light_2009.pdf>.

⁴¹ Id.

Any such armed attack and all measures taken as a result thereof shall immediately be reported to the Security Council. Such measures shall be terminated when the Security Council has taken the measures necessary to restore and maintain international peace and security.”

In addition, the Article 1 of the NATO’s Statute indicates the following: “the Parties undertake, as set forth in the Charter of the United Nations, to settle any international dispute in which they may be involved by peaceful means in such a manner that international peace and security and justice are not endangered, and to refrain in their international relations from the threat or use of force in any manner inconsistent with the purposes of the United Nations.”

Consequently, we can make a conclusion that both the first and 5th Articles of the NATO Statute clearly point to the fact that NATO’s activity is based on the basic principles of the UN Charter. In addition, it is very important to consider paragraph 7 of Article 2 of the UN Charter, which states that the international community has no right to interfere with the internal political affairs of the sovereign state. In particular, the Charter emphasizes that: “Nothing contained in the present Charter shall authorize the United Nations to intervene in matters which are essentially within the domestic jurisdiction of any state or shall require the Members to submit such matters to settlement under the present Charter; but this principle shall not prejudice the application of enforcement measures under Chapter VII.”⁴²

Despite the great respect for the above-mentioned legal documents from NATO, the Alliance and its member states have firmly expressed their position that state sovereignty should not be used as immunity for committing a crime against humanity. Thus, NATO in its actions preferred moral beginnings and the principle of human rights protection over international law and this can be considered a revolutionary occurrence, because taking into account the existing realities, the Alliance to some extent, by itself took UNO’s right to take the decision on using force against sovereign country in the case if the authorities of this country were committing a crime against humanity, moreover, with regard to its actions it envisaged to safeguard civilians from genocide, NATO expressed its respect for the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide of 1949⁴³ and to the basic principles of the Universal Declaration of Human Rights⁴⁴ adopted in 1948.

On June 10, 1999, as a result of NATO’s military campaign that lasted for 77 days, NATO Secretary General said that he had ordered the Supreme Commander-in-Chief of the United Forces of NATO in Europe to stop the aviation military actions. This decision was adopted by consultations with the North Atlantic Council and based on information of General Clark, according to which the Yugoslavian forces started withdrawal from Kosovo.⁴⁵ The agreement on the withdrawal of Yugoslavian armed forces from Kosovo was signed on June 9, 1999.⁴⁶

On June 10, 1999, the UN Security Council adopted a Resolution No.1244, in which it welcomed the adoption of the principle for crisis settlement in Kosovo by the United Republic of Yugoslavia, including the principles that were directed on the ending of the violence and the withdrawal of the military contingent.⁴⁷ It was announced that the UN Security Council decided to send military and civilian observers under the patronage of the UN.

⁴² Basic Facts about the United Nations. United Nations Department of Public Information. New-York, 2005, 5.

⁴³ Available at <<https://www.matsne.gov.ge/ka/document/view/1219170>>.

⁴⁴ Available at <https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/eng.pdf>.

⁴⁵ See <<https://www.nato.int/kosovo/press/p990610a.htm>>.

⁴⁶ *Supra* note 27, 150.

⁴⁷ Available at [https://undocs.org/S/RES/1244\(1999\)](https://undocs.org/S/RES/1244(1999))

The first units in Kosovo were entered on June 12, 1999. According to the military-technical agreement,⁴⁸ the Kosovo forces (KFOR) constituted 50,000 military servants. As a result of NATO's activity 1 million 300 thousand internally displaced persons became able to return to the homes.⁴⁹ According to data of 2007, there were about NATO contingent of 16,000 military servants in Kosovo.⁵⁰

Later, to determine the status of Kosovo, the UN administration was set up in Kosovo, as well as the Commission headed by the former president of Finland *Martti Ahtisaari*, which should determine the final legal status of Kosovo. The Commission came to the conclusion that Kosovo should be granted state independence. On February 17, 2008, the Kosovo Parliament adopted the Declaration of Independence,⁵¹ that was supported by the Western and other leading states, except Russia and China.

Despite recognition of Kosovo's independence by the leading countries worldwide and notwithstanding the fact that, it is a *de facto* independent state, it is united in several international organizations, it had an independent delegation on the World Olympiad in 2016 and others. Today's social-economic situation is very difficult in Kosovo,

It is noteworthy that the UN International Court did not satisfy the Serbia's lawsuit and decided that Kosovo had a legal basis to gain independence.⁵² However, according to the principles of international law, Kosovo did not become a full subject of law, because in order for the country to be a full-fledged subject, it must be a member of UNO. However, there are specific rules for country to be entered in United Nations, in particular, the UN Security Council would make a recommendation, as a result of the general consensus backed by all permanent members of the Security Council and submit UN General Assembly. General Assembly makes decision by the majority of votes about the country's membership. Due to constant resistance from Russia and China, the Kosovo issue cannot be finally resolved.

Abkhazia

After the events that took place in Kosovo, of course, it is necessary to discuss one of the most painful issues for Georgia, i.e. conflict of Abkhazia, first of all, from the legal perspective. As it is known, Abkhazia is also trying to create an independent state like Kosovo.

Abkhazia and Kosovo have one main resemblance, namely both these territories, respectively, represent the historic regions of Serbia and Georgia. The modern territory of Abkhazia, in different periods of Georgian history, belonged to Cólquide, then Egrisi kingdoms, since 975 to the United Kingdom of Georgia, which is also confirmed by Russian sources.⁵³ Later, in the second half of the 15th century, when Georgia's unity collapsed and the country was divided into three kingdoms and five principalities, Abkhazia principality was considered as the Georgian state unit. This principality was abolished by the Russian Empire in 1864.⁵⁴

After the restoration of state independence of Georgia, in particular in 1918-1921, Abkhazia was part of the Democratic Republic of Georgia and enjoyed full autonomy. Namely, according to the Constitution of Democratic Republic of Georgia that was adopted on February 21, 1921, in accordance with Article 107 of chapter 11 of the supreme law of the country, which was related to the autonomous units of Georgia, Abkhazia (Region of Sukhumi) enjoyed autonomous rights⁵⁵. Particularly, the Constitution noted the following: eleventh chapter refers to the autonomous

⁴⁸ Supra note 27, 150.

⁴⁹ *Chitadze N.*, supra note 31, 116.

⁵⁰ Id.

⁵¹ Id., 11.

⁵² *Richemond-Barak, D.*, The International Court of Justice on Kosovo: Missed Opportunity or Dispute 'Settlement'? Hague Yearbook of International Law, 2011, 12. Available at <[http://portal.idc.ac.il/Faculty Publication.Publication?PublicationID=1616&FacultyUserName=YmFyYWsuZGFwaG5l](http://portal.idc.ac.il/Faculty%20Publication/PublicationID=1616&FacultyUserName=YmFyYWsuZGFwaG5l)>.

⁵³ *Прохоров, А. М.*, Советский Энциклопедический Словарь, 1988. Available at <<https://www.twirpx.com/file/2301484/>>.

⁵⁴ *Khorava, B.*, Abolishment of the Abkhazian Principality and *Mikheil Sharvashidze*. Available at <<http://www.georoyal.ge/?MTID=5&TID=64&id=711>>.

⁵⁵ Available at <http://constcentre.gov.ge/failebi/1921_clis_konstitucia_33442.pdf>.

governance and consists of the two Articles. The inseparable parts of the Republic of Georgia - Abkhazia (Sokhumi District), Muslim Georgia (Batumi Province) and Saingilo (Zaqatala District) are granted local autonomous governance⁵⁶.

After the violent upheaval of democratic regime in Georgia and the establishment of Communist regime (February 25, 1921), there was an attempt to declare "independence of Abkhazia" (March 31, 1921);⁵⁷ However, in the end, Abkhazia was part of united Georgia as the so called "Contractual Republic", which has been interpreted in the USSR constitutions since 1924 as "autonomous republic", as it has formally existed since 1931.⁵⁸ Since February 19, 1931, Abkhazia has been officially autonomous republic according to the Constitution of Abkhazia as well as the Constitution of Georgia.⁵⁹

Under the 1936 and 1977 constitutions of the USSR, ultimately the legal status of autonomies was determined. In particular, the autonomous formations constituted an integral part of the Soviet Union member states. In addition, the Autonomous Soviet Socialist Republic of Abkhazia was the only autonomous formation in the former Soviet Union, which had a special article in its constitution about the state language - Abkhazian.⁶⁰

In spite of this, Abkhazia (part of the population), due to the secret encouragement by the central Soviet authorities has repeatedly expressed desire to leave the Soviet Socialist Republic of Georgia. This demand was contrary to the principle of historical justice, as it was noted, Abkhazia was always a Georgian political unit, as well as opposing to intention of the majority of the population of Abkhazia *per se*, as considering the fact that according to the data of 1989, the population amount on the territory of Abkhazia constituted 525 thousand people, from which 213 thousand were ethnic Georgians,⁶¹ we can conclude that the majority of Abkhazian population (not only ethnic Georgians) were against the withdrawal of Abkhazia from Georgia that was confirmed by the results of the referendum conducted on the territory of Georgia on March 31, 1991, about what we will talk below.

The second factor was that from the legal point, the demand of the separatist part of Abkhazia's society for exiting from Georgia was contrary to the Constitution of the Soviet Union, which was still functioning in Georgia at that time (until the collapse of the USSR). In particular, according to Article 78 of the Constitution adopted by the Soviet Union in 1977, "the territory of a Union Republic may not be altered without its consent. The boundaries between Union Republics may be altered by mutual agreement of the Republics concerned, subject to ratification by the Union of Soviet Socialist Republics."⁶² Furthermore, according to Article 79 of the Constitution of the USSR, "A Union Republic shall determine its division into territories, regions, areas, and districts, and decide other matters relating to its administrative and territorial structure."⁶³ Nevertheless, "legal war" was started between the Central Government and Abkhazia; In particular, on March 31, 1991 a

⁵⁶ Id.

⁵⁷ On March 31, 1921, the independent Soviet Socialist Republic of Abkhazia was declared. The outcome of this move was creation of a dangerous precedent and the "mine" of separatism was put into operation. However, it was so illogical and unjustified step that the central government soon cancelled this decision and Abkhazia again returned into Georgia. In December 1921, Abkhazia entered the Georgian SSR by Union Treaty, and in 1931 the Abkhazian Union Republic became the autonomous Soviet Socialist Republic of Abkhazia in the composition of Georgian SSR. See *Songhulashvili, A.*, Political status of Abkhazia Georgia (1921-31), Matters of modern and contemporary history, №12, Tbilisi, Universal, 2014, 66-79.

⁵⁸ In the constitution of the Soviet Union of 1924 Abkhazia is referred to as an autonomous socialist republic, however it is entered into composition of the Georgian SSR based on the treaty.

⁵⁹ *Pipinashvili, D.*, South Caucasus conflicts and regional stability problems, Tbilisi State University, 2009. 113-114.

⁶⁰ Id.

⁶¹ *Mamardashvili, G., Tsuladze, G., Maghlaperidze, N., Sulaberidze, A.*, Demographic Development of Georgia, Yesterday, Today, tomorrow, Ilia State University, Institute of Demography and Sociology, 109. Available at <<https://iliauni.edu.ge/uploads/other/39/39660.pdf>>.

⁶² Available at <<http://www.hist.msu.ru/ER/Etext/cnst1977.htm#iii>>.

⁶³ Id.

referendum was held on the territory of Georgia main question of which was: "Do you agree with restoration of the state independence of Georgia based on the Independence Act of May 26, 1918?" More than 90% of the Georgian population participated in the referendum and more than 98% of the country's population supported Georgia's independence. About 60% of the population on the territory of the autonomous republic of Abkhazia participated in this referendum and 99% of them supported Georgia's independence.⁶⁴ On the basis of referendum results, on April 9, 1991, the Supreme Council of the Republic of Georgia adopted a decision on "Restoration of State Independence of Georgia", on the same day, the legislative body of the country adopted a declaration which stated that "Georgia granted full autonomy to the Abkhazian people"⁶⁵.

In January 1992, after the change of government in Georgia, the Military Council of Georgia made a statement "on the restoration of the Constitution of 1921"⁶⁶. As it was already mentioned, according to Article 107 of the 1921 Constitution, Abkhazia has enjoyed autonomous status as part of the united Georgia.⁶⁷ Since the Military Council has been canceled and, instead, the State Council was established, the new government of Georgia has numerously made a statement that it expressed its readiness to conduct negotiations with the Abkhazian Autonomous Republic leadership about the determination of the status of the Autonomous Republic of Abkhazia. However, on the background of civil confrontation in Georgia, due to active encouragement by Russia, the Abkhazian separatist forces took advantage of the situation and on the July 23, 1992, some deputies of the Supreme Council of Abkhazia passed a resolution⁶⁸ on the restoration of the 1925 Constitution⁶⁹ of Abkhazia, which, in fact, meant seceding from Georgia.⁷⁰ This resolution was adopted by some of the deputies of the Supreme Council when Georgian deputies were not present at the session⁷¹. At the same time, the constitutional amendment needed support of more than two-thirds of the deputies, and only half of the deputies attended the meeting, so the decision was illegal and clearly contradicted to the (current) Constitution⁷² of Abkhazia itself. In particular, at that time the constitution adopted in 1978 was effective on the territory of Abkhazia. According to Article 163 of this document, the amendments to the Constitution of Abkhazia was possible only if not less than 2/3 of the total number of deputies supported it. By this time, Georgians were the national majority in Abkhazia. In particular, according to the general census of the population of 1989, 44% of the population of the Autonomous Republic of Abkhazia were Georgians, namely at that time 213 000 ethnic Georgians lived in this historic region of Georgia and the percentage of ethnic Abkhazians was 17%.⁷³ Nevertheless, according to the electoral legislation in Abkhazia that was in force at that time, when the majoritarian electoral system was effective in the autonomous republic, Abkhazians were represented by 28 deputies in the supreme council when the number of the Georgian deputies was 26 and as for non-abkhazian and non-Georgian deputies (they were representing 39% of population), only 11 deputy mandates were assigned for them⁷⁴. Clearly, this election legislation contradicted to democratic legal norms and it had nature of pure apartheid⁷⁵ when one of the ethnic groups had more political rights than others. Such a situation was only advantageous for forces hostile to Georgia's territorial integrity. Consequently, the Supreme Council of Abkhazia of such composition approved a number of "laws" that clearly contradicted to the Constitution of Georgia. For example, as already mentioned, on July 23, 1992, the Supreme Council of the Autonomous

⁶⁴ Available at <<https://www.radiotavisupleba.ge/a/otsdakhuti-tseli-damoukideblobis-agdgenis-referendumidan/27646279.html>>.

⁶⁵ Available at <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/32362?publication=0>>.

⁶⁶ *Pipinashvili P.*, supra note 59, 83.

⁶⁷ Available at <<https://www.constcourt.ge/ge/publications/books/1921-wlis-saqartvelos-demokratiuli-respublikis-konstitucia.page>>.

⁶⁸ Available at <<http://www.parliament.ge/uploads/other/18/18506.pdf>>.

⁶⁹ Id.

⁷⁰ *Mkurnalidze, G., Samkharadze, G.*, *Politology*, Knowledge press, 2000, 186.

⁷¹ Id.

⁷² Text of the Constitution is Available at <http://apsnyteka.org/file/konstitutsiya_abkhazskoy_ASSR_1979.pdf>.

⁷³ *Chitadze N.*, *Geopolitics*, Universal, 2011, 319.

⁷⁴ Id.

⁷⁵ Available at <<http://www.nplg.gov.ge/gwdict/index.php?a=term&d=6&t=2883>>.

Republic of Abkhazia adopted a resolution on the restoration of the 1925 Constitution of Abkhazia, according to which the 1978 Constitution of Abkhazia (within which Abkhazia was part of the Georgian SSR as an autonomous republic) was repealed and the 1925 Constitution of Abkhazia was restored. It should be noted that the enactment of this so-called constitution was not even made under conditions of the Soviet regime. At the same time, the third congress of Abkhazian Councils decided to complete the presented draft constitution and comply it with the Constitution of the Georgian SSR and the Constitutions of South Caucasian socialist federative soviet republics. The text of the Constitution, which was reviewed by the third congress of Abkhazian councils, has not been published. According to the Constitution of 1925, all ethnic groups of the Abkhazian SSR were provided with the right to free development and use of native language both in their national-cultural and general state institutions, however, the Russian language was recognized as the language of the Abkhazian SSR state institutions⁷⁶.

It is noteworthy that after the start of military actions in Abkhazia, international legal responsibility for the situation in Abkhazia, first of all, shall be imposed on Russia. Under the Resolution "on Aggression" adopted by the General Assembly of United Nations in 1974, Russia has made indirect aggression against Georgia, as a result of the training of the North Caucasian militants in the Russian territory and sending them to Abkhazia, as well as the financing of separatist gangs and supplying them arms in 1992-1993.⁷⁷ In addition, during military actions, namely, on September 3, 1992, on May 14, 1993, on July 27, 1994, between the Georgian and Abkhazian parties signed a ceasefire agreement by intermediation of Russia that was severally breached by the Abkhazian party due to encouragement from Russia.⁷⁸ In particular, if we consider the last peace treaty,⁷⁹ the Georgian side fulfilled all the terms of the treaty of July 27, 1993, and withdrew heavy equipment from Abkhazia.⁸⁰ Despite that, after this, the Abkhazian side (in fact, the North Caucasian irregular soldiers, the Cossacks, and the Russian military servicemen), or *de facto* Russia began to attack Sokhumi, as a result of which, Georgia lost control of the largest part of the Abkhazian territory during September 27-30, 1993.⁸¹

Consequently, in parallel with the indirect aggression against Georgia, Russia violated two other fundamental principles of international law, namely "the duty of the State to cooperate with each other in compliance with the Charter of United Nations " and the "fulfillment of obligations in good faith under international law".⁸²

The dialogue between the Georgian and Abkhazian sides had been resumed since 1994, according to the agreement⁸³ signed on April 4, 1994, both sides expressed readiness to "deploy the CIS's⁸⁴ collective security forces in a conflict zone"⁸⁵. Since May 20, 1994, Russian "peacekeepers" were placed in the conflict zone under the aegis of the CIS forces along the administrative border between the Autonomous Republic of Abkhazia and the rest of Georgia.⁸⁶ Later, Russia has repeatedly assisted the separatist regime of Abkhazia through "peacekeeping forces" but simultaneously created an illusion that it supported Georgia's territorial integrity. In 1994 and 1996, Russia along with other states, within the framework of the OSCE, in particular, on Budapest (1994)⁸⁷ and Lisbon Summit

⁷⁶ Available at <<http://www.parliament.ge/uploads/other/18/18506.pdf>>.

⁷⁷ Available at <<http://hrlibrary.umn.edu/instreet/GAres3314.html>>.

⁷⁸ *Pipinashvili, D.*, supra note 60, 83.

⁷⁹ Available at <<http://abkhazia.gov.ge/page/conflictCronology>>.

⁸⁰ Id.

⁸¹ Id.

⁸² Available at <<http://www.nplg.gov.ge/gwdict/index.php?a=term&d=6&t=7514>>.

⁸³ Available at <<http://www.parliament.ge/uploads/other/18/18509.pdf>>.

⁸⁴ Id.

⁸⁵ *Pipinashvili, D.*, supra note 60, 157.

⁸⁶ Id.

⁸⁷ See webpage <https://www.osce.org/event/summit_1994>.

(1996),⁸⁸ supported resolutions in relation to "ethnic cleansing of Georgians" in the territory of Autonomous Republic of Abkhazia.

In spite of everything, in 2008, Russia conducted a direct aggression against Georgia, it was a response to the recognition of Kosovo by international community. In response to this process, Russia has adopted a resolution on the recognition of "independence" of Abkhazia and "South Ossetia" regions, but, of course, it is not possible to talk about *de facto* independence in these regions, as the situation in Abkhazia and Tskhinvali region is fully under the control of the Russian Federation.

Comparison of Russian and Western positions regarding Kosovo and Abkhazia

The positions of the West and Russia are radically different from each other regarding Kosovo and Abkhazia. Of course, it is interesting to note that the West supported Kosovo's independence from Serbia, but it supports Georgia's territorial integrity. Russia has the opposite position, it supports the territorial integrity of Serbia, and at the same time recognizes Abkhazia's independence from Georgia.

It is necessary to consider the following circumstances: the international democratic community has a more legal and moral leverage to justify Kosovo's independence, inasmuch as before the Kosovo Conflict, the military intervention of NATO stopped the genocide of Bosnian Muslims in 1992-1995 during the Bosnian conflict: one of the worst examples of crime against humanity in this former republic of Yugoslavia is the case when Bosnian Serbians supported by the former Yugoslav president Slobodan Milosevic's regime buried alive 6,000 Bosnian Muslims in Srebrenica.⁸⁹ At the same time, in conditions of existence of the UN Security Council resolution, by NATO's active involvement the territorial integrity of Bosnia and Herzegovina was maintained and Dayton peacekeeping agreement was signed in 1995 that provided peaceful co-existence of the three main ethnic groups (Serbians, Croats, Bosnian Muslims) in Bosnia.⁹⁰

While talking about the Kosovo issue, it should be noted that despite the fact that NATO did not take into account requirements of the several principles of international law, in particular the individual Article of Chapter VII of the UN Charter, it was based on the political reality that existed at the Balkan Peninsula at that time. In particular, the West was actively seeking the support of Russia and China on the Kosovo issue in the UN Security Council, but Russia supported the political regime of the country (Yugoslavia), which committed crime against civilians in the territory of Bosnia, which obviously contradicted to the 1950 UN Universal Declaration of Human Rights,⁹¹ 1966 Covenant on Civil and Political Rights,⁹² the Rome Convention on Human Rights⁹³ adopted by the Council of Europe in 1950 and the United Nations Convention of 1948 on the Elimination of All Forms of Genocide⁹⁴.

In addition, NATO maximally protected basic principles of international humanitarian law on the Kosovo's territory, in particular the Geneva Convention of 1949, which imposed responsibility on the party involved in military actions⁹⁵, to maximally ensure the safety of civilian people and objects in the conflict zone as well as the requirements of the Hague 1954 Convention,⁹⁶ according to which, the battling State (or organization) must take the maximum responsibility for the protection

⁸⁸ See webpage <<https://www.osce.org/mc/39539?download=true>>.

⁸⁹ Chidarze, N., supra note 31, 117.

⁹⁰ Supra note 28, 118.

⁹¹ Karumidze, V. supra note 9, 341.

⁹² Id.

⁹³ Id.

⁹⁴ Available at <<https://treaties.un.org/doc/publication/unts/volume%2078/volume-78-i-1021-english.pdf>>.

⁹⁵ Available at <<https://www.icrc.org/eng/war-and-law/treaties-customary-law/geneva-conventions/overview-geneva-conventions.htm>>.

⁹⁶ Available at <<http://unesdoc.unesco.org/images/0018/001875/187580e.pdf>>.

of historical and cultural monuments. Fairness needs to note that as a result of bombardments carried out by the North Atlantic Alliance for 72 days, which, only targeted to attack military objects of Yugoslavia, more than 2,000 peaceful civilians were killed, but instead tens of thousands of lives were saved.⁹⁷ In this military campaign, the NATO member states used only military air force and no land operations had taken place.

As for the Russian intervention in the Abkhazia conflict, the scenario of military actions differs radically from Kosovo. In particular, first of all, the Kremlin's intervention provoked separatism and its stimulation in the Autonomous Republic of Abkhazia. In Abkhazia and the Tskhinvali region, Russia maximally supported armament of separatist armed groups and promoting fomentation of separatism. This is proved also by the fact that in June 1992, during the events in Tskhinvali region, the Vice-President of Russia was threatening that the Russian military air force would bomb Tbilisi if the Georgian army entered Tskhinvali.⁹⁸ In addition, Russia supported the terrorist groups that were subsequently sent from the Russian territory to fight against Georgians in Abkhazia. Russia supported a terrorist group – the so called "Confederation of Mountain Peoples" created by its own initiative, while leaders of this terrorist group claimed that Georgia should be declared as "a terrorist hazard zone".⁹⁹ Exactly this fact and "cooperation" of Russia with the terrorist groups, can be considered as a clear example of "state terrorism".¹⁰⁰

The Resolution No. 13/159¹⁰¹ was adopted by the UN in 1984 in relation to "State Terrorism", according to which "the UN condemns any form of state terrorism and calls on UN member states not to support any terrorist organizations"¹⁰². By its actions, Russia has violated the fundamental principles of this resolution. In addition, if we rely on the 1974 UN resolution on aggression¹⁰³, where the indirect and direct aggression is emphasized,¹⁰⁴ in case of Abkhazia in 1993-1994 as well as in South Ossetia, by promoting separatism and terrorism, Russia committed indirect aggression against Georgia, and, later, after the end of military actions until August 2008, continued financing and supporting separatist regimes¹⁰⁵.

It should be noted that the forms of military actions implemented by NATO and Russia radically differs from each other. On the one hand, NATO basically bombarded the Yugoslavian military facilities, which ultimately led to the suspension of genocide and ensuring the return of civilians to their homes. Russia responded with large-scale aggression against Georgia when different parts of Russia's land powers invaded in Abkhazia and Samachablo; Besides, the Russian military air force bombed military as well as civilian facilities and invaded naval vessels in Georgian territorial waters. In parallel to these, Russia launched cyber attacks against Georgia to carry out informational war, namely, the web-pages of the main state agencies (the Administration of the President, the Ministry of Foreign Affairs and the Ministry of Defense) were out of order.

In 2008, as a result of direct aggression, the United Nations Resolution¹⁰⁶ adopted in 1974 was violated. Russian aircrafts illegally invaded in Georgian airspace about 200 times.¹⁰⁷ This fact contradicts to the 1944 Chicago Convention on Airspace¹⁰⁸, which states that the sovereign state has the jurisdiction over the airspace above a land territory of a particular country and, of course, its

⁹⁷ *Bonnén, P.*, Towards a Common European Security and Defence Policy: The Ways and Means of Making it a Reality, LIT, Berlin, Hamburg, Münster, 2003, 188.

⁹⁸ *Chitadze, N.*, supra note 70, 322.

⁹⁹ *Id.*

¹⁰⁰ Available at <<http://www.un.org/documents/ga/res/39/a39r159.htm>>.

¹⁰¹ Available at <<http://www.un.org/documents/ga/res/39/a39r159.htm>>.

¹⁰² *Id.*

¹⁰³ Available at <<http://hrlibrary.umn.edu/instreet/GAres3314.html>>

¹⁰⁴ *Aleksidze, L.*, supra note 11, 7.

¹⁰⁵ *Pipinashvili, D.*, supra note 60, 87.

¹⁰⁶ Available at <http://hrlibrary.umn.edu/instreet/GAres3314.html>

¹⁰⁷ *Chitadze, N.*, supra note 70, 327.

¹⁰⁸ Available at <https://www.icao.int/publications/documents/7300_orig.pdf>. For explanations see, *Игнатенко, В.*, supra note 12,

violation is unacceptable. As a result of the invasion of Russian military vessels into Georgian territorial waters, the 1982 Convention on Maritime Law¹⁰⁹ was violated, according to which the "territorial waters" of a specific state in the 12-mile zone of the independent country's coastal zone are controlled. As a result of mediation by chair country of European Union - France – on August 12, 2008, Russia undertook obligation to return its troops to the positions where they were before August 8, 2008,¹¹⁰ however, this obligation has not been fulfilled yet, that is contrary to the basic principle of international law, "fulfilling international agreements in good faith".¹¹¹

Overall, as a result of Russian aggression, the Georgian villages on the territory of former South Ossetia were ruined, and approximately 50,000 civilians were forced to leave their homes and enter into territory controlled by Georgia.

It is also important that negotiations with Russia about the status of Kosovo have been carried out for the years, including the UN Security Council adopted Resolution No. 12/44¹¹² regarding Kosovo in 1999, which envisaged the settlement of the Kosovo conflict. In Kosovo, along with NATO's peacekeeping contingent, Russian "peacekeeping" battalion was also deployed.¹¹³

In addition, the UN's internal administration mission was established in Kosovo¹¹⁴. It had four main functions, namely: the civilian administration, which directly was managed by the UNO, Humanitarian Aid, headed by the United Nations High Commissioner for Refugees¹¹⁵; Democratization and institutional building, that was coordinated the OSCE; Economic reconstruction and development that was supervised by the European Union. In 2001-2002, the international community facilitated the conducting elections, in which a 120-seat assembly was elected, and later presidential elections were held in Kosovo, which was recognized as legitimate by the United Nations.

In the case of Abkhazia and the Tskhinvali region, in fact, both regions were uncontrolled territories, and *de facto* authorities without any legitimacy were subordinated to Russia; Russia was acted independently from the international community, which culminated in a large-scale aggression against Georgia and the Kremlin's unilateral decision about independence of Abkhazia and the so called South Ossetia.

Conclusion

In conclusion, it should be noted that, in terms of international legal recognition, the West gained a complete victory over Russia, inasmuch as more than 100 states recognized Kosovo's independence and nowadays Kosovo is *de facto* state.¹¹⁶ As for Abkhazia, it has not achieved *de facto* independence not only because the independence of Abkhazia is recognized by only five countries, but also because of political, economic, legal and other situation, as well as the strategic objects placed in Abkhazia are fully controlled by Russia. Russian "border guards" protect so-called "State Border" of Abkhazia between Abkhazia and the rest of Georgia. Approximately 70% of the budget of Abkhazia is created with money transferred from Russia.¹¹⁷ When we talk about the status of any region, *inter alia* disputed region, it is necessary to take into account also the standards of the Montevideo Convention¹¹⁸. The Convention defines specifically which region can satisfy the standards of the

¹⁰⁹ Id.; Text of the Convention is Available at <https://www.un.org/Depts/los/convention_agreements/texts/unclos/unclos_e.pdf>.

¹¹⁰ Chitarze, N., supra note 70, 328.

¹¹¹ Aleksidze, L., Giorgadze L., Kvachadze M., supra note 4.

¹¹² Chitarze, N., supra note 70, 112.

¹¹³ Supra note 27, 113.

¹¹⁴ United Nations Interim Administration Mission in Kosovo – UNMIK. See webpage: <<https://unmik.unmissions.org/about>>.

¹¹⁵ United Nations' High Commission of Refuges – UNHCR.

¹¹⁶ Available at <http://www.mfa-ks.net/?page=2,224>

¹¹⁷ See information at webpage: <<http://old.itv.ge/projects/analytics/?page=detail&id=170426>>.

¹¹⁸ Available at <<http://www.oas.org/juridico/english/treaties/a-40.html>>.

independent state and which cannot. There are four main standards presented: a) permanent population: b) a defined territory: c) government; d) capacity to enter into relations with other states.¹¹⁹

According to these standards, Kosovo is more compliant with legal standards, however, Kosovo has not yet become a full-fledged subject of international law, since for this it is required to be a full member of the United Nations Organization, and the last requires going through appropriate procedures. In particular, when considering the issue of admitting a new member in the UN, the UN Security Council shall take an appropriate recommendation and submit it to the UN General Assembly. In turn, the General Assembly makes a decision based on the recommendation of the Security Council by the majority of votes regarding membership of the new state in the United Nations.¹²⁰ Russia will always use veto right together with China in the UN Security Council regarding accepting Kosovo in UNO. Despite this, Kosovo has become a full member of various international governmental and non-governmental organizations, for example, the Kosovo Olympic Committee is a full member of the International Olympic Committee.¹²¹

All above-mentioned factors were taken into consideration by the UN International Court and lawsuit of Serbia was not satisfied: ICJ concluded that Kosovo had every legal right to declare independence¹²²

As regards the international legal recognition of Abkhazia and the former South Ossetian Autonomous District, Russia's policy has failed in this direction, the Kremlin has failed to establish the occupied territories as international legal entities.

In addition, it is necessary to take into consideration other important legal, political or moral aspects, according to which, in contrast to Abkhazia, justification of granting Kosovo independence is possible. Namely:

- None of the Georgian authorities have ever questioned Abkhazia's autonomy in the composition of united Georgia. Abkhazia has always enjoyed wide autonomy inside Georgia. As for Kosovo, its autonomous status was canceled by the central government of Yugoslavia in 1989¹²³;
- Before the 1992 armed conflict in Abkhazia region, most of Abkhazia's population wanted independence of Georgia and Abkhazia to be part of Georgia, that was confirmed on March 31, 1991 by the results of the referendum held in the whole territory of Georgia including the Autonomous Republic of Abkhazia.¹²⁴ As for Kosovo, considering the fact that about 90% of Kosovo's population were ethnic Albanians, the will of the absolute majority of the population of this region was separation of Kosovo from Serbia and creation of an independent state¹²⁵;
- In the case of Kosovo, the Serbian Government committed the crime against humanity when it carried out the genocide of ethnic Albanians in this area. In the case of Abkhazia, through the support of Russia by direct involvement of terrorist extremist armed formations, ethnic cleansing was carried out mainly against representatives of the Georgian nationality supporting the territorial integrity of Georgia, which was confirmed on the OSCE's 1994 Budapest¹²⁶ and 1996 Lisbon¹²⁷ Summits.

¹¹⁹ Id.

¹²⁰ Id.

¹²¹ Available at <<https://www.olympic.org/news/127th-ioc-session-comes-to-close-in-monaco>>.

¹²² Available at <<https://www.webcitation.org/5rRB9e3bz?url=http://www.icj-cij.org/docket/files/141/15987.pdf>>.

¹²³ Supra note 28, 149.

¹²⁴ Available at <<https://www.radiotavisupleba.ge/a/otsdakhuti-tseli-damoukideblobis-agdgenis-referendumidan/27646279.html>>.

¹²⁵ Supra note 28, 150.

¹²⁶ Available at <https://www.osce.org/event/summit_1994>.

¹²⁷ Available at <<https://www.osce.org/mc/39539?download=true>>.

To justify the demand for the so called independence of Abkhazia, Russian political circles or political scientist close to it or the Kremlin highlight the circumstance that, in its own time, if Georgia was entitled to be separated from the Soviet Union, at the same time, why Abkhazia would not have the right to independence from Georgia? Of course, there are relevant historical, political or legal arguments about why Georgia had the right to create an independent state and Abkhazia did not have and still does not have the same rights.

In particular, the territory of present-day Abkhazia has always been included in various Georgian States during different historical periods (Kolkhida, Egrisi, United Georgia, Democratic Republic of Georgia) and Georgia has historically never been part of Russia, therefore Georgia (or its separate Kingdoms and Principalities) was forcibly occupied by Russian Empire as a result of violation by the official Petersburg the essential terms of Treaty of Georgievsk¹²⁸ (which among other issues stipulated preservation of statehood of Kartli-Kakheti kingdom) signed between the kingdom of Kartli-Kakheti and the Russian Empire in 1783, and later by Soviet Russian, respectively in 1801¹²⁹ and in 1921¹³⁰. At the end of the 80's of the previous century, Georgia's demand for withdrawal from the USSR did not contradict itself even with the Soviet Constitution, where, under Article 72 of the Constitution of the USSR, each Union Republic shall retain the right freely to secede from the USSR; At the same time, as already noted, under Article 78 of the Constitution of the USSR, the territory of a Union Republic may not be altered without its consent (in this case Georgia).¹³¹

Overall, it is necessary to remark that determining the legal status of each disputed territory requires special attention from the international community. In this regard, the international community must thoroughly examine all legal, historical, political and other aspects related to the State's territorial integrity and self-determination of nations, to, ultimately, determine what legal or other mechanisms exist for maintenance of the territorial integrity of the state or for determining principle of self-determination of nations? For example, it should be established whether this territory was previously illegally occupied or annexed by another state or historically it was a part of a particular state? whether the rights of any nation has been violated or not in the concrete state? Probably, in this case, it is necessary to increase the role and place of the UN International Court in the modern international legal or the political system.

It is necessary to note that the principle of self-determination of the nations does not directly imply granting full independence to a particular nation. In this case, for the purpose of preserving the identity of the particular nation, first of all, it is envisaged to grant broader cultural, political, economic, religious or other kind of autonomy to every nation in the world. Considering the fact that the process of decolonization in the world is largely completed and more than 130 independent states appeared on the world political map after World War II,¹³² the principal priority for the international community must be the principle of state territorial integrity and inviolability of the frontiers.

Bibliography:

1. *Aleksidze, L., Giorgadze, L., Kvachadze, M.*, International Human Rights Law, Dictionary-Directory, GCI, Tbilisi, 2005.
2. Basic Facts about the United Nations, United Nations Department of Public Information, New-York, 2005.

¹²⁸ Available at <<http://www.amsi.ge/istoria/sab/georgievski.html>>

¹²⁹ Available at <<https://sangu.ge/images/vguruli/3ertrus.pdf>>.

¹³⁰ Available at <http://www.parliament.ge/files/1112_27363_761965_okupacia-1921.pdf>.

¹³¹ Available at <<http://www.hist.msu.ru/ER/Etext/cnst1977.htm#iii>>.

¹³² *Chitadze, N.*, supra note 19, 141.

3. Basic Facts about the United Nations. United Nations Department of Public Information. New-York, 2005.
4. *Bonnén, P.*, Towards a Common European Security and Defence Policy: the Ways and Means of Making it a Reality, LIT, Berlin, Hamburg, Münster, 2003.
5. *Chanturia, G.*, The social-economic and political geography of the world. Publishing House "Saqartvelos Matsne". 2004.
6. *Chitadze N.*, Geopolitics, Universal, 2011.
7. *Chitadze, N.*, The North Atlantic Alliance, the main guarantor of peace and stability in the world, Magenta Prints, 2008.
8. *Chitadze, N.*, World Geography. Political, Economic and Demographic Dimensions, Scholars Press, Germany, 2017.
9. *Karumidze V.*, International organizations, educational union 'knowledge', Tbilisi, 2004, 233-235.
10. *Kegley, C., Blanton, S.*, World Politics. Trend and Transformation, Wadworth, Cengage Learning, USA, 2011, 353.
11. *Khorava, B.*, Abolishment of the Abkhazian Principality and Mikheil Sharvashidze.
12. *Kodua, E., Beraia, L.*, Dictionary-Directory of Social and Political Terms, Logos Press, Tbilisi, 2004.
13. *Mamardashvili, G., Tsuladze, G., Maghlaperidze, N., Sulaberidze, A.*, Demographic Development of Georgia, Yesterday, Today, tomorrow, Ilia State University, Institute of Demography and Sociology.
14. *Mkurnalidze, G., Samkharadze, G.*, Politology, Knowledge press, 2000.
15. NATO Handbook, Public Diplomacy Division. Brussels, 2006.
16. *Neidze, V.*, The social-economic geography of the world, Lega, Tbilisi, 2004.
17. *Pipinashvili, D.*, South Caucasus conflicts and regional stability problems, Tbilisi State University, 2009.
18. *Richemond-Barak, D.*, The International Court of Justice on Kosovo: Missed Opportunity or Dispute 'Settlement'? Hague Yearbook of International Law, 2011.
19. *Shafer, K, A.*, The Congress of Berlin of 1878: its origins and consequences, Portland State University, 1989, 50.
20. *Somel, A. S.*, Historical Dictionary of the Ottoman Empire, Scarecrow Press, Oxford, 2003, 268.
21. *Songhulashvili, A.*, Political status of Abkhazia Georgia (1921-31), Matters of modern and contemporary history, №12, Tbilisi, Universal, 2014.
22. *Игнатенко, Г. В.*, Международное Право, 2-е издание, Норма, Москва, 2002, 121-134.
23. *Прохоров, А. М.*, Советский Энциклопедический Словарь, 1988.
24. <<http://abkhazia.gov.ge/page/conflictCronology>>.
25. <http://apsnyteka.org/file/konstitutsiya_abkhazskoy_ASSR_1979.pdf>.
26. <http://constcentre.gov.ge/failebi/1921_clis_konstitucia_33442.pdf>.
27. <<http://hrlibrary.umn.edu/instreet/GAres3314.html>>.
28. <<http://hrlibrary.umn.edu/instreet/GAres3314.html>>.
29. <<http://hrlibrary.umn.edu/instreet/GAres3314.html>>.
30. <<http://old.1tv.ge/projects/analytics/?page=detail&id=170426>>.
31. <<http://unesdoc.unesco.org/images/0018/001875/187580e.pdf>>.
32. <<http://www.amsi.ge/istoria/sab/georgievski.html>>.
33. <<http://www.hist.msu.ru/ER/Etext/cnst1977.htm#iii>>.
34. <<http://www.hist.msu.ru/ER/Etext/cnst1977.htm#iii>>.
35. <<http://www.mfa-ks.net/?page=2,224>>.
36. <<http://www.nplg.gov.ge/gwdict/index.php?a=term&d=6&t=2883>>.
37. <<http://www.nplg.gov.ge/gwdict/index.php?a=term&d=6&t=7514>>.
38. <<http://www.oas.org/juridico/english/treaties/a-40.html>>.
39. <http://www.parliament.ge/files/1112_27363_761965_okupacia-1921.pdf>.
40. <<http://www.parliament.ge/uploads/other/18/18506.pdf>>.
41. <<http://www.parliament.ge/uploads/other/18/18506.pdf>>.
42. <<http://www.un.org/documents/ga/res/39/a39r159.htm>>.

43. <<http://www.un.org/en/charter-united-nations/>>.
44. <<https://iliauni.edu.ge/uploads/other/39/39660.pdf>>.
45. <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/32362?publication=0>>.
46. <<https://sangu.ge/images/vguruli/3ertrus.pdf>>.
47. <<https://treaties.un.org/doc/publication/unts/volume%2078/volume-78-i-1021-english.pdf>>.
48. <[https://undocs.org/S/RES/1244\(1999\)](https://undocs.org/S/RES/1244(1999))>.
49. <<https://unmik.unmissions.org/about>>.
50. <<https://www.constcourt.ge/ge/publications/books/1921-wlis-saqartvelos-demokratiuli-respublikis-konstitucia.page>>.
51. <https://www.icao.int/publications/documents/7300_orig.pdf>.
52. <<https://www.icrc.org/eng/war-and-law/treaties-customary-law/geneva-conventions/overview-geneva-conventions.htm>>.
53. <<https://www.matsne.gov.ge/ka/document/view/1219170>>.
54. <<https://www.nato.int/kosovo/press/p990610a.htm>>.
55. <<https://www.nato.int>>.
56. <https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDR_Translations/eng.pdf>.
57. <<https://www.olympic.org/news/127th-ioc-session-comes-to-close-in-monaco>>.
58. <https://www.osce.org/event/summit_1994>.
59. <https://www.osce.org/event/summit_1994>.
60. <<https://www.osce.org/mc/39539?download=true>>.
61. <<https://www.osce.org/mc/39539?download=true>>.
62. <<https://www.osce.org>>.
63. <<https://www.radiotavisupleba.ge/a/otsdakhuti-tseli-damoukideblobis-agdgenis-referendumidan/27646279.html>>.
64. <https://www.un.org/Depts/los/convention_agreements/texts/unclos/unclos_e.pdf>.
65. <<https://www.un.org/documents/ga/res/39/a39r159.htm>>.
66. <<https://www.un.org/en/member-states/>>.
67. <[https://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/2625\(XXV\)](https://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/2625(XXV))>.
68. <<https://www.webcitation.org/5rRB9e3bz?url=http://www.icj-cij.org/docket/files/141/15987.pdf>>.
69. <www.un.org>.
70. <<http://www.parliament.ge/uploads/other/18/18509.pdf>>.
71. <<https://www.radiotavisupleba.ge/a/otsdakhuti-tseli-damoukideblobis-agdgenis-referendumidan/27646279.html>>.

პრეცედენტები

Case Law

შეცდომა, ნასყიდობა, მომხმარებელთა უფლებები

ვახტანგ ზაალიშვილი¹
ალექსანდრე გიორგიძე²

თბილისის საქალაქო სასამართლოს 2016 წლის 31 მაისის გადაწყვეტილება, საქმე №2/3710-16

თემა: შეცდომით დადებული გარიგება,
ნასყიდობის ხელშეკრულება,
უსაფუძვლო გამდიდრება

განმარტებული ნორმები:

სკ-ის³ 72-ე, 73-ე და 976-ე მუხლები

მნიშვნელოვანი ფაქტობრივი გარემოებები:

რ.ბ.-მ 500 აშშ დოლარის გადასახურდავებლად მიმართა ქ. თბილისში მდებარე შპს „ჯ.-ას“ ვალუტის გადამცვლელ პუნქტს, სადაც „ერთი შეხედვით ყველაზე მაღალი“⁴ კურსით ყიდულობდნენ დოლარს. მან მიაწოდა ჯიხურში მომუშავე ქალბატონს 500 აშშ დოლარი, რომელმაც, თავის მხრივ, უკან დაუბრუნა 1020 ლარი. რ.ბ.-ს მოლოდინი იყო 1200 ლარის მიღება, რაც მან იქვე გააპროტესტა, რაზეც მიიღო პასუხი, რომ ჯიხური ამ ფასში ყიდულობდა დოლარს და, რადგანაც ოპერატორს ჩეკი უკვე გამოწერილი ჰქონდა, თანხას (500 აშშ დოლარს) უკან ვერ დაუბრუნებდნენ.

რ.ბ. არ თანხმდებოდა 1020 ლარის აღებას; არც ოპერატორი იყო თანახმა გადასახურდავებელი თანხის უკან დაბრუნებაზე. პროვოკაციისა და კონფლიქტის თავიდან ასაცილებლად, რ.ბ.-მ გამოიძახა საპატრულო პოლიცია, რომელმაც დააფიქსირა, რომ „ნაკლული“ თანხა კვლავ ადგილზე იდო და რ.ბ.-მ, მხოლოდ ამის მერე, აიღო იგი. საპატრულო პოლიციის მტკიცებით, მათ მრავალი ანალოგიური გამოძახება ჰქონდათ ანალოგიურ შემთხვევებზე.

რ.ბ. სასამართლოსაგან ითხოვდა 180 ლარის ანაზღაურებას, მატერიალური ზიანის სახით, მოტყუებით დადებული გარიგების გამო.

სასამართლოს განმარტებები:

სასამართლოს განმარტებით მხარეთა შორის დაიდო ნასყიდობის ხელშეკრულება სკ-ის 477-ე მუხლის მიხედვით. ამასთან, სკ-ის 72-ე მუხლის თანახმად, გარიგება შეიძლება, საცილო გახდეს, თუ ნების გამოვლენა მოხდა არსებითი შედომის საფუძველზე. სასამართლო განმარტავს, რომ გამოვლენილი ნების შინაარსი იმგვარია, როგორც მას შეიცნობდა ადრესატი კეთილსინდისიერების პრინციპისა და ბაზრის ბრუნვის გათვალისწინებით. შედომაზე მსჯელობისას მოსამართლე მიუთითებს, რომ იგი არსებობს მაშინ, როდესაც „პირის რეალური და გამოხატული ნება ერთმანეთს არ ემთხვევა“ და იგი არსებითია მაშინ,

¹ შავი ზღვის საერთაშორისო უნივერსიტეტის ასოცირებული პროფესორი.

² შავი ზღვის საერთაშორისო უნივერსიტეტისა და კავკასიის საერთაშორისო უნივერსიტეტის ასოცირებული პროფესორი.

³ საქართველოს 1997 წლის №786 კანონი სამოქალაქო კოდექსი. ხელმისაწვდომია ვებ-გვერდზე: <<https://matsne.gov.ge/document/view/31702?publication=103>>.

⁴ ივარაუდება, რომ ჯიხურის შესასვლელში აბრაზე გამოტანილი იყო მოქმედი კურსი, რომლითაც ოპერირებდა გადამცვლელი. სასამართლო გადაწყვეტილებაში ტერმინი „ერთი შეხედვით“ იმ მიზნით უნდა იყოს გამოყენებული, რომ, როგორც კონტექსტიდან ირკვევა, სავალუტო ჯიხურის მიერ გამოტანილი დოლარის შესყიდვის ფასად მითითებულ იყო 2.04 ლარი 1 აშშ დოლარისათვის, რაც საკმაოდ წააგავს ვიზუალურად 2.40 ლარს. ეს უკანასკნელი საბოლოო ჯამში რ.ბ.-სთვის სასურველი ფასი იყო.

როდესაც, ობიექტური გარემოებების გათვალისწინებით, ნების ასეთ გამოვლენას ადგილი არ ექნებოდა (ან გამოვლინდებოდა სხვანაირად) შემთხვევის ნამდვილი შემადგენლობის ცოდნისას.

სასამართლო უთითებს დადგენილ ფაქტობრივ გარემოებებზე, რომელთა მიხედვითაც, ერთი მხრივ, ეროვნული ბანკის მიერ იმ დღისათვის დადგენილი კურსი (გამოქვეყნებული ოფიციალურ ვებ-გვერდზე) შეადგენდა 2.4067 ლარს 1 აშშ დოლარისათვის და, მეორე მხრივ, მოწმის ჩვენებაზე, რომ რ.ბ. ითხოვდა მოლარე ოპერატორისგან 1200 ლარის გადაცემას, რის შემდეგაც გამოძახებულ იქნა პატრული; ეს უკანასკნელი განმარტავდა, რომ მსგავსი შემთხვევა იმ დღეს რამდენჯერმე დაფიქსირდა. აქედან გამომდინარე, მოსამართლე განმარტავს, რომ ამ შემადგენლობის ცოდნის შემთხვევაში მოსარჩელე რ.ბ. საერთოდ არ გამოავლენდა ნებას.

სასამართლოს აზრით, კეთილსინდისიერების პრინციპისა და ბაზრის ბრუნვის გათვალისწინებით, მოლარეს რ.ბ.-სათვის 1200 ლარი უნდა დაებრუნებინა.

მოსარჩელის მოთხოვნას 180 ლარზე სასამართლო ასაბუთებს სკ-ის 976-ე მუხლის საფუძველზე და მიიჩნევს, რომ ადგილი ჰქონდა მოპასუხის გამდიდრებას ამ თანხის ოდენობით, რადგან ამ თანხით გამდიდრება, როგორც შედეგი უკანონოა, ანუ იმდაგვარი მდგომარეობაა მოპასუხის, როცა „მას არ უნდა ჰქონდეს კანონიერი შესაძლებლობა, კომპენსაციის გარეშე მიითვისოს ... ქონება“.

კომენტარი:

უპირველეს ყოვლისა უნდა აღინიშნოს, რომ ფართოდ გავრცელებული პრაქტიკის გათვალისწინებით, რომელსაც მისდევს ვალუტის გამცვლელი პუნქტები, შექმნილია იმდაგვარი ვითარება, რომელიც არასახარბიელოდ შეიძლება შეფასდეს მომხმარებელთა უფლებების დაცვის კუთხით. ხშირია შემთხვევები, როდესაც ხელშეკრულების თავისუფლების პრინციპზე დაყრდნობით მეწარმე სუბიექტები, რომლებიც მისდევენ ამ საქმიანობას, ბოროტად სარგებლობენ სამოქალაქო კოდექსით მოწესრიგებული ხელშეკრულების ფორმირების ზოგადი მექანიზმით, რომლებიც განკუთვნილია თვისებრივად თანასწორ სუბიექტებს შორის ურთიერთობის მოწესრიგებისთვის; მიმართავენ იმგვარ მარკეტინგულ ვიზუალურ მეთოდებს, რითაც ადვილად შეიძლება პოტენციური კონტრაქტების, განსაკუთრებით, კი გამოუცდელი ფიზიკური პირების შეცდომაში შეყვანა. ამას ხშირად ახერხებენ კიდევაც, რისი ნათელი მაგალითიც წინააღმდეგარე საქმის სახით გვაქვს. აქედან გამომდინარე, სასამართლოს მიერ გამოტანილი გადაწყვეტილების პათოსი სრულიად გასაზიარებელია, თუმცა სამართლებრივი კონსტრუქციები და არგუმენტაცია, რომლითაც სასამართლო მივიდა შედეგამდე, შესაძლოა, დაისვას კითხვის ნიშნის ქვეშ შემდეგი შენიშვნების სახით:

1. შეცდომით დადებული - საცილო გარიგება თუ არდადებული ხელშეკრულება?

მოსარჩელისა და მოპასუხის მიერ განხორციელებული მოქმედებები, ხელშეკრულების დადების მიზნით, იძლევა ალტერნატიული კვალიფიკაციის შესაძლებლობას. თუკი მივყვებით სკ-ის ლოგიკას, რომელიც, სტანდარტული მექანიზმით, ოფერტისა და აქცეპტის მეშვეობით, ხელშეკრულების დადების შესახებ მოწესრიგებიდან გამომდინარეობს, მივიღებთ შემდეგ სურათს: ზემოთ აღინიშნა ვარაუდი, რომ სავალუტო ჯიხურს აზრზე მითითებული ჰქონდა დოლარის შესყიდვის კურსი 2.04 ლარი 1 აშშ დოლარისათვის; სკ-ის 329-ე, II მუხლის მიხედვით შეთავაზება, რომელიც პირთა განუსაზღვრელი წრის მიმართ არის გაკეთებული (*invitatio ad offerendum*), მხოლოდ ხასიათის არა არის და იგი იმიჯნება

ოფერტისაგან საკანონმდებლო დონეზე⁵. გამიჯვნის კრიტერიუმად ორი რამ მიიჩნევა: ა) ადრესატი(ებ)ს განსაზღვრულობა და ბ) ბოჭვის ნება. ნათელია, რომ ჯიხურების მიერ, როგორც წესი, აბრაზე გარეთ ან სათავსოს შიგნით გამოცხადებული ვალუტის კურსი ყველა პოტენციური კლიენტის მიმართაა დემონსტრირებული და ამ ნაწილში რთულია სხვაგვარი ინტერპეტაცია. რაც შეეხება ბოჭვის ნებას, რომელზედაც კანონი და დოქტრინაც⁶ მუთთებს, სხვადასხვაგვარი მოსაზრებანი შეიძლება არსებობდეს. აბრის შინაარსი, უმეტესწილად, იმ კურსით შემოიფარგლება რაც კონკრეტულ ვალუტას აქვს განსაზღვრულ მომენტში და, ამდენად, შეთავაზებაში „პირდაპირ“ სავალდებულობაზე მითითება არ არის. სხვა საკითხია თანხმობის გარემოებებიდან შეიძლება თუ არა იმ დასკვნის გამოტანა, რომ ვალუტით მოვაჭრე, კურსის გამოფენით, კისრულობს უპირობო ვალდებულებას, რომ დადებს გარიგებას ნებისმიერ მსურველთან. არგუმენტაცია ორივე მიმართულებით შეიძლება გაკეთდეს. გამოფენილი კურსის შემთავაზებისათვის სავალდებულო ხასიათის სასარგებლოდ შეიძლება ითქვას ის, რომ ამგვარ გადამცვლელ პუნქტებში დადებული გარიგებების ღირებულება არცთუ მაღალია, რაც მომხმარებლის მხრიდან იმის ვარაუდს ბადებს, რომ კურსის შემთავაზებელი პრაქტიკულად ყველასთან არის მზად გარიგების გასაფორმებლად, თუმა არსებობს საპირისპირო არგუმენტებიც, რომლებიც ამ დასკვნას აბათილებს; კერძოდ, კურსი დინამიკურია და შემთავაზებელიც დამოკიდებულია საბაზრო ფასზე; ეს უკანასკნელი პრაქტიკაში, ხშირად, დღეში რამდენჯერმე იცვლება და ამას განაპირობებს ის რყევები ბაზარზე, რომელიც თან ახლავს არასტაბილურ, ჯერ კიდევ ჩამოყალიბების სტადიაში მყოფ ფინანსურ ბაზარს. ამასთან, მცირე ღირებულებიდან გამომდინარე ყველასთან გარიგების დადების მზაობაზე არგუმენტი თავისთავად მყიფეა და არ გამორიცხავს კონკრეტული გადამცვლელისათვის განსაზღვრულ მომენტში ფინანსური რესურსის ამოწურვას. აქედან გამომდინარე, უფრო ლოგიკურია დავასკვნათ, რომ აბრაზე მოცემული კურსის ნიშნული მოწვევაა ოფერტზე და არა მბოჭავი შეთავაზება.

ზემოთ მოყვანი ანალიზი მიდის იქითკენ, რომ, მოცემულ კონკრეტულ სიტუაციაში, რ.ბ.-ს მიერ 500 აშშ დოლარის მიწოდება ოპერატორისათვის უნდა დაკვალიფიცირებულიყო ოფერტად სკ-ის 329-ე, I მუხლის მიხედვით, რომელზედაც სკ-ის 330-ე, I მუხლიდან გამომდინარე ადრესატის აქცეპტი იყო აუცილებელი ხელშეკრულების დასადებად. სანამ, თავისთავად, აქცეპტის საკითხზე გადავალთ, მნიშვნელოვანია, რომ განვსაზღვროთ მოსარჩელის მოქმედების ოფერტად კვალიფიკაციის რაიმე დაბროკელება ხომ არ შეიძლება არსებობდეს. მხედველობაში გვაქვს მისი შინაარსი, რადგან ოფერტი იმდაგვარი ნების გამოვლენაა, რომელიც შინაარსობრივად დასადეგი ხელშეკრულების ყველა არსებით პირობას (*essentialia negotii*) მოიცავს, სკ-ის 327-ე, I მუხლის მიხედვით და რომელზეც მარტივი თანხმობითაც შეიძლება რეაგირება.⁷ ოპერატორისათვის თანხის მიწოდება, როგორც ნების გამოვლენის კონკლუდეტური ფორმა, თავის თავში ნამდვილად მოიცავს ნასყიდობის ხელშეკრულებისათვის აუცილებელ ერთ არსებით პირობას, კერძოდ ნივთს, რომლის გაყიდვაც სურს შემთავაზებელს, თუცა, სკ-ის 477-ე, I, II მუხლი მიხედვით, სახეზე უნდა იყოს მეორე არსებითი პირობაც - ფასი. დიდი ალბათობით, შეიძლება ვივარაუდოთ, რომ ფასის კომპონენტზე რ.ბ.-ს შინაგანი ნების ფორმირება მოხდა აბრაზე გამოკრული

⁵ ცხადია, საუბარია ისეთ მოწვევაზე, რომლის შინაარსიდან უცილობელი ბოჭვის ნება არ გამომდინარეობს - „...თუ ამ წინადადებაში სხვა რამა რა რის პირდაპირ მითითებული“ (მითითებული ნორმის მე-2 ნაწილში მოცემული პირობა).

⁶ იხ. *ბალიშვილი, ე.*, სკ-ის 329-ე მუხლის კომენტარი, III ნაწილი, მე-19 და შემდგ. ველები, გერმანიის საერთაშორისო თანამშრომლობის აზოგადობისა (Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ) GmbH) და ამერიკის საერთაშორისო განვითარების სააგენტოს (USAID) მართლმსაჯულების დამოუკიდებლობისა და სამართლებრივი გაძლიერების (JILEP) ასევე კანონის უზენაესობის მხარდაჭერის პროექტების (PROLoG) ერთობლივი პროექტი, 6 და შემდგ. გვ.

⁷ „სისრულის კრიტერიუმი“ - შეად. იქვე, 2; ასევე, *Markesinis, B., Unberath H., Johnston A.*, German Law of Contracts, A Comparative Treaties, 2nd ed., Hart Publishing, 2006, 59.

შინაარსის შესაბამისად და, ლოგიკურად, გადამცვლელისათვისაც თანხი მიწოდების ფაქტი ლოგიკურად იმას უნდა ნიშნავდეს, რომ კლიენტს მხედველობაში აქვს აბრაზე მითითებული შეთავაზება, წინააღმდეგ შემთხვევაში, ამ უკანასკნელისგან განსხვავებულ ფასზე რაიმე დამატებითი კომუნიკაცია მაინც უნდა არსებობდეს მხარეებს შორის. ამდენად, ოპერატორისათვის, თანხები გარემოებიდან გამომდინარე, ობიექტურად შეცნობადი შინაარსი ფასის კომპონენტთან დაკავშირებით სწორედ აბრაზე მითითებული კურსია.

ოპერატორის მოქმედება, რომელიც 1020 ლარის დაბრუნებაში გამოიხატა, თავის მხრივ თამყოფი პირის მიმართ გაკეთებული აქცეპტია და ამით ხელშეკრულება დადებულიად ითვლება პირობებით 500 აშშ დოლარი 1020 ლარის სანაცვლოდ.

მიუხედავად ამისა, სხვა ობიექტური გარემოებები კოტექსტში შეიძლება, მოვლენათა განვითარების განხვავებული სამართლებრივი შეფასებისაკენ გვიბიძგებდეს. კერძოდ, თუკი დადგინდეს ფაქტობრივ გარემოებად მივიჩნევთ იმას, რომ ჯიხურისათვის, როგორც სავალუტო ოპერაციების სფეროში მოღვაწე პირისათვის, ცნობილი უნდა ყოფილიყო, რომ მის მიერ შეთავაზებული კურსი აბრაზე (2.04 ლარი) მნიშვნელოვნად განსხვავდებოდა ეროვნული ბანკის მიერ გამოცხადებული კურსისაგან (2.4 ლარი). ეს უკანასკნელი კი, როგორც წესი, უფრო დაბალია ხოლმე პრაქტიკაში, ვიდრე კერძო გადამცვლელის მიერ მომხმარებლისათვის შეთავაზებული კურსი, მოპასუხეს უნდა სცოდნოდა, რომ, დიდი ალბათობით, შემთავაზებული ყაბულს არ იქნებოდა მის მიერ აბრაზე შეთავაზებულ ფასზე, რადგან მისი შინაგანი ნების შინაარსის ფორმირების წყარო უკეთეს პირობებს ითავალისწინებდა. ამიტომ ჯიხური მხოლოდ იმ შემთხვევაში შეიძლება ყოფილიყო კეთილსინდისიერი ვარაუდში, რომ მომხმარებელს სწორედ აბრაზე შეთავაზებული ფასი ჰქონდა მხედველობაში, თუკი გარშემო არ იქნებოდა სხვა ალტერნატივა და შეთავაზება გაკეთდა, მიუხედავად აბრაზე მითითებული ფასისა.

ეს ყოველივე გვიბიძგებს იქითკენ, რომ 1020 ლარის დაბრუნება უფრო აქცეპტია შეცვლილი პირობებით, სკ-ის 333-ე, II მუხლის მიხედვით (რაც, თავის მხრივ, ახალი ოფერტია, რომელიც შემდგომ აქცეპტს საჭიროებდა რ.ბ-სგან), ვიდრე დამაგვირგვინებელი თანხმობა, რომლითაც ხელშეკრულება დაიდო. შესაბამისად, ამ ლოგიკით მიხედვით, ხელშეკრულება საერთოდ არ დადებულია, რადგან მოსარჩელემ გადათვალა მიწოდებული თანხა, აღმოაჩინა, რომ წინადადება მისთვის მიუღებელი იყო და უარი თქვა შეთავაზებაზე. საქმეში მრავლადაა ამის დამადასტურებელი ფაქტობრივი გარემოებები. აქედან გამომდინარე, 500 აშშ დოლარის გადაცემის შედეგად მივიღეთ ვალდებულების გარეშე გადახდის ფაქტი, რომელიც უკან დაბრუნებას ექვემდებარებს სკ-ის 385-ე და 976-ე მუხლების საფუძველზე.⁸

⁸ თუმცა აქვე გასათვალისწინებელი სანივთოსამართლებრივი ასპექტიც, რადგან უსაფუძვლო გამდიდრების ცნება უნდა მოიცავდეს გამდიდრების კომპონენტს, რაც, ჩვენს შემთხვევაში, იმას ნიშნავს, რომ ჯიხურის ქონების მატებას უნდა ჰქონოდა ადგილი, რაც გადაცემულ 500 აშშ დოლარზე საკუთრების უფლების შექმნაში უნდა გამოხატულიყო. სკ-ის 186-ე მუხლის მიხედვით, (ამ პრობლემაზე განსხვავებული კონტექსტით იხ. *კერესლიძე, დ., უსაფუძვლო გამდიდრების ნორმების გამოყენება, ქართული სამართლის მიმოხილვა (ჟურნალი), 6/2003-4, თბილისი, 600 და შემდ. გვ.)* ნივთის გადაცემას საფუძველად „ნამდვილი უფლება“ უნდა ჰქონდეს იმისთვის რომ მოხდეს საკუთრების უფლების გადასვლა მოძრავ ნივთზე, რაც ჩვენს შემთხვევაში სახეზე არ არის, ამიტომ კითხვის ნიშნის ქვეშ დგება სკ-ის 976-ე გამოყენების მართებულობა, თუმცა ფული, თავისთავად, სპეციფიკური მოძრავი ნივთია (მისი მოხმარებადი ხასიათიდან გამომდინარე) და სკ-ის 385-ე მუხლი, როგორც სპეციალური ნორმა განსაკუთრებული წესით უთითებს უსაფუძვლო გამდიდრების რეჟიმის ამოქმედების შესაძლებლობაზე და, შესაძლოა, გამართლებულიც იყოს გამდიდრების კომპონენტის იგნორირება ასეთ შემთხვევაში. ეს მოსაზრება მაინც ტოვებს მის მართებულობაზე ეჭვებს, რადგან ნივთის მოხმარებადი ხასიათი რელევანტურია იმ შემთხვევაში, როდესაც არსებობს შესაძლებლობა მფლობელის/მყრობელის მიერ მისი გამოყენების, რაც იწვევს მის განადგურებას და ეს ქმნის იმდაგვარ ფაქტობრივ მდგომარეობას, რაც, თვისებრივად, მიახლოებულია მესაკუთრის პოზიციასთან (სულ მცირე, იმ მესამე პირთან მიმართებით, ვისაც განკარგვითი მოქმედებები ეხება). ეს მოსაზრება განსახილველი კონკრეტული შემთხვევისათვის ნაკლებ შესაფერისია და დასაფიქრებელია, თანხის უკან გამოთხოვის საფუძველად უფრო მართებული სანივთოსამართლებრივი რეჟიმი ხომ არ იქნებოდა - იგულისხმება ვიდიკაციურ მოთხოვნა სკ-ის 172-ე, I მუხლის საფუძველზე. შენიშვნა მოთხოვნის ამ

წარმოდგენილი მსჯელობის პირველი ალტერნატივა იმ დათქმას ეფუძნება, რომ რეალურად ჯიხურს თავის წინადადება აბრის მეშვეობით ჰქონდა დეკლარირებული, რაც შეიძლება მხოლოდ ვივარაუდოთ და, პირდაპირი სახით, როგორც აღინიშნა, გადაწყვეტილების ტექსტში არ არის მოყვანილი. ამ ვარაუდის არ არსებობისას ცხადია, რომ ჯიხურის მხრიდან არანაირ ინდიკატიურ ინფორმაციაზე არ არის საუბარი, რომლითაც რ.ბ.-ს შეეძლო, კონკრეტულ გადამცვლელთან დასადებ ხელშეკრულებაზე წინასწარ შინაგანი ნების ჩამოყალიბება შინაარსთან დაკავშირებით. ამ შემთხვევაში ლოგიკურია, რომ გონიერი ადამიანი შესაძლოა, დაეყრდნოს ეროვნული ბანკის ოფიციალურ გაცვლით კურსს, თუმცა ისიც გასათვალისწინებელია, რომ (როგორც ზემოთ უკვე აღინიშნა) გადამცვლელ ჯიხურებში მოცემული ფასი თითქმის ყოველთვის უფრო ხელსაყრელია, ვიდრე ეროვნული ბანკისა და ეს ნიუანსი, წესით, არც რ.ბ.-სათვის უნდა ყოფილიყო უცნობი. მიუხედავად ამისა, მხოლოდ ფულის მიწოდება უსიტყვოდ, ავტომატურად, ნაკლებად შეიძლება ნიშნავდეს იმას, რომ „შეთავაზება“ აკმაყოფილებს „სისრულის“ კრიტერიუმს. ძალიან რთულია იმის მტკიცება, რომ ჯიხურის მეპატრონეს უნდა ევარაუდა, რომ მომხმარებლის შინაგანი ნების ფორმირების წყარო ეროვნული ბანკის მიერ დადგენილი კურსი იქნებოდა და უსიტყვოდ სწორედ ეს შინაარსი იყო შეთავაზების ნაწილი. ასეც რომ იყოს, ფული გადაცემა ოფერტა, ხოლო 1020 ლარის დაბრუნება აქცეპტი შეცვლილი პირობებით. საწინააღმდეგო ინტერპრეტაციისას ფულის გადაცემა უბრალოდ მოქმედებაა, რომელიც ოფერტად ვერ კვალიფიცირდება და 1020 ლარი დაბრუნება პირველი შეთავაზება, რომელზედაც რ.ბ. უარს აცხადებდა.

2. შეცდომა თუ მოტყუება?

სასამართლოს მტკიცებით მოსარჩელემ დადო საცილო გარიგება არსებითი შეცდომის საფუძველზე სკ-ის 72-ე და 73-ე მუხლის მიხედვით. ეს მოსაზრება, ავტომატურად, უნდა გულისხმობდეს იმას, რომ ხელშეკრულების ფორმირებისათვის საჭირო კონსენსუს ოფერტისა და აქცეპტის სახით დასრულებული სახე აქვს და ისინი, როგორც ცალმხრივი გარიგებები ძალაშია შესული. პრაქტიკულად, ამ მაგალითში გამოდის, რომ, მოსამართლის აზრით, უკანასკნელი მოქმედება (აქცეპტი), რომლითაც ვალდებულებითსამართლებრივი ურთიერთობა ჩამოყალიბდა (დაიღო ნასყიდობის ხელშეკრულება) იყო ოპერატორის მიერ რ.ბ.-სათვის 1020 ლარის მიწოდება, რითაც აშშ დოლარის მყიდველმა (ან, სკ-ის 521-ე, I მუხლის მიხედვით, ხელშეკრულების „გაცვლად“ კვალიფიკაციის შემთხვევაში, ლარის გამყიდველმა) ერთდროულად თანხმობაც განაცხადა შეთავაზებაზე და შეასრულა კიდევაც ნაკისრი ვალდებულება ნივთის გადაცემის თაობაზე (ხელმისაწვდომი გახადა ნივთი კონტრაქტისათვის). აქვე აუცილებელ წინაპირობად უნდა მივიჩნიოთ ის დაშვება, რომ ჯიხურს, აბრის მეშვეობით მაინც, უნდა გაეხადა ხელმისაწვდომი მისთვის სასურველი კურსი - 2.04 ლარი 1 აშშ დოლარისათვის - რათა ლოგიკური გამხდარიყო მისი მხრიდან მტკიცება იმისა, რომ რ.ბ.-ს მიერ თანხის მიწოდება, თავის თავში, მოიცავდა ამ შინაარსს; წინააღმდეგ შემთხვევაში, ოპერატორი ვერაფრით ივარაუდებდა იმას, რომ რ.ბ.-ს მიერ თანხის გადაცემა სწორედ ჯიხურისათვის სასურველი კურსის შინაარსის (ადრესატის ობიექტური თვალსაწიერიდან დანახული ნების გამოვლენის შინაარსი⁹) შემცველი იყო. შესაბამისად, შეცდომის არსებობა არ არსებობაზე მსჯელობისას, უნდა გამოვიდეთ ამ

სამართლებრივი საფუძვლის ურთიერთმფარავ ხასიათზე უსაფუძვლო გამდიდრების ნორმებთან იხ. *შნიტგერი*, 3., უსაფუძვლო გამდიდრება, დოკუმენტი მომზადებულია ევროპული კავშირის პროექტის ფარგლებში: „კერძო და ადმინისტრაციული სისტემების განვითარების ხელშეწყობა საქართველოში“, 6, ხელმისაწვდომია: <<http://eulegalreform.ge/wp-content/uploads/5-Heinrich-Schmitger-Vortrag-Unjust-enrichment-ge.pdf>>.

⁹ ცალმხრივი, მიღებასავალდებულო ნების განმარტების მეთოდი - გამოვლენილი შინაარსი; გამომდინარეობს სკ-ის 52-ე მუხლიდან. შეად. *ჭანტურია*, ლ., სკ-ის 52-ე მუხლის კომენტარი, მე-13 და მე-14 ველები, დასახ. კომენტარი, მე-6 სქ., 4, 5.

კომბინაციიდან. წინააღმდეგ შემთხვევაში, მივიღებთ სურათს, რომ ეროვნული ბანკის მიერ გამოცხადებული კურსი, რომელზედაც უთითებს მოსამართლე, სავალდებულოა ყველა ვალუტის გადამცვლელისათვის, მიუხედავად კონკრეტული გარიგების თანხლები გარემოებებისა და მხარეთა ნებასურვილისა;¹⁰ ეს დასკვნა კი კარდინალურ წინააღმდეგობაში მოვა ხელშეკრულების შინაარსის განსაზღვრის თავისუფლებასთან და ეს სრულიად დაუშვებელია.

ზოგადად, პირი ცდება, თუკი მისი შინაგანი სურვილი, შინაარსობრივი თვალსაზრისით, აცდენილია გამოხატულ მნიშვნელობასთან¹¹, რაც განმარტების მეშვეობით დგინდება. ამ შემთხვევაში რ.ბ.-ს მოქმედების - ოპერატორისათვის ფულის გადაცემის - შინაარსი, სუბიექტური თვალსაწიერიდან (1 აშშ დოლარი = 2,4 ლარს), აცდენილი იყო ობიექტურად აღქმადი შინაარსისაგან (1 აშშ დოლარი = 2,04 ლარს).

აუცილებელია ხაზი გავუსვათ იმას, რომ საუბარია ნასყიდობაზე, სადაც აშშ დოლარი გარიგების ობიექტად გამოდის; რ.ბ.-ის შეცდომა ეხებოდა პრეტენზიას ამ ობიექტის ფასთან დაკავშირებით, რაც, საგნის თვისებად არ განიხილება, რადგან მისი შემადგენელი მახასიათებელი არა არის.¹² შეცდომის სამართლებრივი დასაბუთებაც არ გაკეთებულა სკ-ის 74-ე, II მუხლის საფუძველზე. სასამართლო განმარტავს, რომ ადგილი ჰქონდა არსებით შეცდომას, თუმცა აღარ აკონკრეტებს, სკ-ის 73-ე მუხლით რეგულირებულ რომელ შემთხვევას გულისხმობს (რადგან გადაწყვეტილებაში მთლიანად ნორმის შინაარსია მითითებული ზუსტი ციტირების სახით). დიდი ალბათობით, საქმის გარემოებებიდან გამომდინარე, სასამართლოს ა) ქვეპუნქტი ჰქონდა მხედველობაში (დეკლარირების შეცდომა) შეცდომა; დოქტრინაში არსებული მოსაზრების თანახმად, ნორმის ფართო განმარტებით, იგი უნდა მოიცავდეს ე.წ. „წაცდენას“¹³, როდესაც გამომვლენმა არ იცის, რას გამოხატავს, ხოლო ცოდნის შემთხვევაში უარს იტყოდა ნების გამოვლენაზე¹⁴ განსხვავებით შინაარსში შეცდომისაგან (სკ-ის 73-ე, ბ) მუხლი), სადაც ნების გამომვლენმა იცის და სურს ის

¹⁰ ამ დაშვებას ამყარებს სავალუტო ჯიხურების საქმიანობის დღევანდელი პრაქტიკა, უმეტესწილად, კლიენტთა მოსაზრებად, სავაჭრო ფანჯრის გარეთ (ფასადზე, აბრაზე) გაკეთებული სხვადასხვა ვალუტის მიმდინარე სავაჭრო კურსების მანათობელი ჩამონათვალი. ამასთან, ინფორმაციის მიწოდების ამგვარი ფორმა, განსახილველი გადაწყვეტილების მიღების მომენტში, ნაწილობრივ, საქართველოს ეროვნული ბანკის პრეზიდენტის ნორმატივებითაც უნდა ყოფილიყო განპირობებული. მხედველობაში გვაქვს 2012 წლის 7 თებერვლის ბრძანება №27/04 ვალუტის გადამცვლელი პუნქტების რეგისტრაციისა და რეგულირების წესის დამტკიცების შესახებ (ხელმისაწვდომია <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/1580942>>); ამ დოკუმენტის მე-5, II, ი) მუხლის მიხედვით, ვალუტის განდამცვლელის ვალდებულებაში შედის „...მომხმარებელს მიაწოდოს სრული ინფორმაცია ვალუტის გაცვლის კურსისა და მომსახურების საკომისიოს (ასეთის არსებობის შემთხვევაში) ოდენობის შესახებ“. აქვე ყურადღება მახვილდება საკომისიოს არსებობის თაობაზე ინფორმაციი მიწოდებაზე. მხოლოდ საკომისიოს ოდენობისათვის იყო, დავის განხილვის მომენტისათვის მოქმედი რედაქციით, თვალსაჩინო ადგილზე ინფორმაციის განთავსების მოთხოვნა. ეს მდგომარეობა, რამდენიმე თვეში (2016 წლის 5 ოქტომბრისათვის) მიღებული ცვლილებებით, კარდინალურად იცვლება და თვალსაჩინო ადგილას განსათავსებელ ინფორმაციას საკომისიოსთან ერთად ემატება კურსის ოდენობისა და ე.წ. „საყურადღებო კურსის“ (ყიდვა გაყიდვას შორის 3%-ზე მეტი სხვაობის (1^{-ლი} მუხლი)) თვალსაჩინო ადგილას განთავსების ვალდებულება (ბრძანების ცვლილების ტექსტი ხელმისაწვდომია <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/3406902>>). ცალკე მსჯელობის საგანია იმავე მუხლის მე-2 პუნქტის ე) ქვეპუნქტი, რომელში კვლავ (თუმცა უსარგებლოდ) რჩება მითითება მომხმარებელთა უფლებების დაცვის შესახებ გაუქმებული კანონის (ხელმისაწვდომია <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/32974>>) III¹ თავის მოთხოვნათა დაცვის თაობაზე. ამ დებულებებით (34³-ე მუხლი), მომხმარებელი უფლებამოსილი იყო, სავალუტო ოპერაციების განხორციელების ადგილის დატოვებამდე (მისი კოტრაპენტის მიერ ხელშეკრულების დადებამდე სრულად ინფორმირების შემთხვევაში), ხოლო ინფორმაციის მიუწოდებლობისას 30 წუთის განმავლობაში, უარი ეთქვა ხელშეკრულებაზე და დაებრუნებინა თანხა ისევე, როგორც საკომისიო.

¹¹რაც, სავსებით სამართლიანად, მითითებულია, ასევე გადაწყვეტილების ტექსტში. შეად. დარჯანია, თ., სკ-ის 72-ე მუხლის კომენტარი, დასახ. კომენტარი, მე-6 სქ., 1.

¹² გერმანულ პრაქტიკაზე მითითებით, იხ. დარჯანია, თ., სკ-ის 74-ე მუხლის კომენტარი, მე-15 ველი, დასახ. კომენტარი, მე-6 სქ., 7; ასევე, *პროპოზიური ი.*, 119-ე პარ. -ის კომენტარი, მე-13 ველი, გერმანიის სამოქალაქო კოდექსი, სასწავლო კომენტარი, ზ. ჭეჭელაშვილი (თარგმ.), მე-13 გადამუშავებული გამოც., საიას იურიდიული განათლების ხელშეწყობის ფონდის გამოც. GIZ-ის დავალებით, თბილისი, 2014, 43.

¹³ *კერესელიძე, დ.*, კერძო სამართლი უზიოგადესი სისტემური ცნებები, ევროპული და შედარებითი სამართლის ინსტიტუტის, თბილისი, 2009, 325.

¹⁴ ამასვე ადასტურებს გადაწყვეტილებაში მოცემული ტექსტი: „მხარის მცდარი წარმოდგენა შემთხვევის შემადგენლობაზე“.

რასაც გამოხატავს, თუმცა ცდება ნების ექსტერნალიზაციის (სიტყვის, მოქმედების) შინაარსში.

ეს შემაღგენლობა შევილები და გარიგების ბათილად ქცევის შესაძლებლობას იძლევა, თუმცა სკ-ის 72-ე მუხლის მიხედვით, `დასაფიქრებელია, სულ მცირე, ის, რომ შევილების უფლების მქონე პირის დაუდევრობით გამოწვეული ნდობის გაცრუებით გამოწვეული ზიანის ანაზღაურების უფლება წარმოემოზა მეორე მხარეს. შესაბამისად, ჰიპოთეზურად, მეწარმემ, რომელსაც გარიგება შეუქცევდად ნამდვილი ეგონა, და გაიხადა, მაგალითად, მოგების გადასახადი ადგება ზიანი და ეს შეიძლება, გახდეს შეგებებული სარჩელის წაყენების საფუძველი სასამართლო პროცესზე. ამგვარი პრაქტიკის დამკვიდრება ნაკლებად სასურველი უნდა იყოს, რადგან, უმეტესწილად, გარიგებები მოცემული შინაარსით სამომხმარებლო ხასიათისაა და, საწყისშივე, სახეზეა, ერთ მხრივ, კონკრეტულ სფეროში გამოცდილი მეწარმე, რომელიც საქმიანობისა და ბაზრის თავისებურებებზე სრულყოფილად ინფორმირებული და გამოცდილია, მეორე მხრივ კი, მომხმარებელი, რომელიც საკუთარი საჭიროებისათვის დებს გარიგებას.

სიტუაციის სპეციფიკურობიდან გამომდინარე, ჩნდება კიდევ ერთი კითხვა: სახეზეა შეცდომა თუ მოტყუებით დადებული გარიგება, რადგან გარემოებების თავისებურებიდან შეიძლება, გამოიკვეთოს შეცდომა, რომელიც განზრახაა გამოწვეული ჯიხურის მიერ იმ მიზნით, რომ გამოავლენინოს ნება პოტენციურ კლიენტს.

ამ დეტალების გარკვევამდე აუცილებელია აღინიშნოს, რომ შემაღგენლობა, რომელიც სახეზეა განსახილველ გადაწყვეტილებაში, ცალსახად არაა ორ თანასწორ სუბიექტს შორის ურთიერთობა. იგი სამომხმარებლოა, რადგან, ერთი მხრივ, სავალუტო ჯიხურია - მეწარმე, რომელიც თავის პროფესიული საქმიანობის ფარგლებში მოქმედებს მეტი საბაზრო ძალაუფლების მატარებელია,¹⁵ ხოლო მომხმარებელია ის, ვინც, პირადი საჭიროებისათვის, დებს გარიგებას. ეს ვითარება ქმნის განსაკუთრებული, „სუსტ“ მხარეზე ორიენტირებული, რეგულირების აუცილებლობას და, აქედან გამომდინარე, არსებული ფონი, დღევანდელი საკანონმდებლო ვაკუუმის პირობებში¹⁶ კი, მოქმედი ნორმების გამოყენებაშიც განსაკუთრებულ დატვირთვას იძენს. მომხმარებლის სისუსტის ერთ-ერთი მთავარი შემაღგენელი ინფორმაციის ნაკლებობაა, რაც საშუალებას აძლევს მას მიიღოს გააზრებული გადაწყვეტილება, რომელიც ალტერნატივათა ურთიერთშედარების გზით ხორციელდება.¹⁷ სამომხმარებლო გარიგების კონტექსტი, სადაც ინფორმაციის მიწოდების განსაკუთრებულ

¹⁵ იხ. საკონსტიტუციო სასამართლოს 2002 წლის 30 დეკემბერის №1/3/136 გადაწყვეტილება, რომელშიც მომხმარებელი გამოიყოფა, როგორც სუსტი მხარე და ხაზი ესმება, მასთან მიმართებით, ნორმატიული რეგულირების განსაკუთრებულ რეჟიმს. ხელმისაწვდომია <<http://constcourt.ge/ge/legal-acts/judgments/saqartvelos-moqalaqe-shalva-natelashvili-saqartvelos-parlamentis-saqartvelos-prezidentisa-da-saqartvelos-energetikis-maregulirebeli-erovnuli-komisiis-semekis-winaagmdag-103.page>>. „სუსტი მხარის“ ევროპული კონცეფციისათვის იხ. ევროპული სასამართლოს (ECJ) 2010 წლის საქმე C-137/08 - VB Pénzügyi Lízing, სადაც მომხმარებლის არათანაბარი პოზიციის განმაპირობებლ ფაქტორებად მოლაპარაკებაში ნაკლებ მძლავრი პოზიცია და ინფორმაციის ნაკლებობა სახელდება.

¹⁶ მას მერე, რაც გაუქმდა მომხმარებელთა უფლებების შესახებ კანონი (იხ. მე-7 სქ.) აღარ არსებობს მომხმარებლის ერთიანი ცნება, თუმცა კანონმდებელი, ცალკეული მიზნებისათვის, იყენებს ტერმინს „მომხმარებელი“ (მაგ., სკ-ის 336-ე მუხლი), „საბოლოო მომხმარებელი“ (მაგ., 2012 წლის საქართველოს №6157-ლს კანონი პროდუქტის უსაფრთხოებისა და თავისუფალი მიმოქცევის კოდექსი. ხელმისაწვდომია <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/1659419>>). თანამედროვე ევროპულ სტანდარტებთან შესაბამისი მომხმარებლის დეფინიცია მოცემული იყო საქართველოს ეროვნული ბანკის პრეზიდენტის 2011 წლის №35/04 ბრძანებაში კომერციული ბანკების მიერ საბანკო მომსახურების გაწევისას მომხმარებლისათვის აუცილებელი ინფორმაციის მიწოდების წესის დამტკიცების შესახებ: „საბანკო მომსახურების, გარდა სავაჭრო, სამეწარმეო და პროფესიული საქმიანობის მიზნებიდან გამომდინარე, მიმღები ან ასეთი განზრახვის მქონე ფიზიკური პირი“ (ხელმისაწვდომია <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/1326445>>). ცხადია ტერმინთა ჩამონათვალი ამომწურავი არ არის. უკანასკნელი ნორმატიული აქტი ძალადაკარგულია; იგი ჩაანაცვლა იმავე უწყების 2016 წლის №151/04 ბრძანებამ ფინანსური ორგანიზაციების მიერ მომსახურების გაწევისას მომხმარებელთა უფლებების დაცვის წესის დამტკიცების შესახებ, რომელშიც მომხმარებლის ცნება გაფართოებულია და მასში პირადი საჭიროებისათვის გარიგების დამდები ფიზიკური პირის გარდა მოიაზრება იურიდიული პირიც, რაც დაცვის უფრო მაღალ სტანდარტზე მიუთითებს. აუცილებელია აღინიშნოს, რომ ეს ნორმატიული აქტი განსახილველი გადაწყვეტილების მიღების მომენტისათვის არ მოქმედებდა და, შესაბამისად, მისი მოთხოვნების გამოყენება სასამართლოს არ შეეძლო.

¹⁷ „ინფორმირებული მომხმარებლის“ ევროპული კავშირის სამართლებრივი კონცეფციის თაობაზე იხ. Reich, N. Micklitz, H. W., Rott, P., Tonner, K., European Consumer Law, 2nd Edition, Itersentia 2014, 45. კონცეფცია უზრუნველყოფს თავისუფალი გადაწყვეტილების მიღების შესაძლებლობას.

ვალდებულებაზეა საუბარი, სავალუტო ჯიხურების საქმიანობის შესახებ ზემოაღნიშნული ნორმატიული აქტებითაც ჩანს. მომხმარებლისათვის ინფორმაციის მიწოდების ვალდებულება წინასახელშეკრულებო ეტაპზე სკ-ის 318-ე მუხლის ზოგადი გულისხმიერების ვალდებულებისაგან გამორჩეულია. სკ-ის ამ მუხლით, კონტრაქტისათვის ინფორმაციის მიწოდების ვალდებულება, ფაქტობრივად, არ არსებობს,¹⁸ რადგან შესაძლოა, რომ მხარეებს ანტაგონისტური ინტერესები ამოძრავებდეს.¹⁹ სამართლიანობის მიზნებისათვის, უნდა აღინიშნოს, რომ ზოგადი რეგულირების მინიმალისტური ბუნების გათვალისწინებითაც კი, განსახილველი საქმის გარემოებათა სუბსუმფიცია სკ-ის 318-ე მუხლის შემადგენლობასთანაც შეიძლება. კერძოდ, სავალუტო ჯიხურის ვალდებულება იყო სწორედაც, რომ მიეწოდებინა კონტრაქტისათვის ის ინფორმაცია, რომელსაც მნიშვნელობა ჰქონდა „...ვალდებულების შინაარსის განსაზღვრისათვის“; აქ ხომ ნასყიდობის ფასზე ინფორმაციასთან გვაქვს საქმე. თუმცა ამ შემთხვევაში სპეციალური დანაწესები - 2012 წლის №27/04 ბრძანებით განსაზღვრული წესი ვალუტის გაცვლის კურსის თაობაზე „...სრული ინფორმაცი[ის]“ მიწოდების ვალდებულება მოქმედებს.

სახეზეა თუ არა საერთოდ ინფორმაციის მიწოდებლობის ფაქტი კამათის საგანი შეიძლება გახდეს ამ შემთხვევაში. კერძოდ, ვალუტის კურსების ამსახველ დაფაზე ინფორმაციის მიწოდება, თავისთავად, თუკი გარემოებებიდან აშკარად ჩანს, რომ ჯიხურის კურსი საბოლოო გარიგების დადების მიზნებისათვის (სკ-ის 329-ე, I მუხლის გაგებით), გვიბიძგებს დასკვნისაკენ, რომ ვალდებულება ინფორმაციის მიწოდებაზე ნომინალურად შესრულებულია. კურსი 1 აშშ დოლარი=2,04 ლარსარაზროვანია, თუმცა რამდენად „სრულია“ (№27/04 ბრძანების მოთხოვნის მიხედვით) იგი სხვა საკითხია. ჰქონდა თუ არაჯიხურს დამატებით ვალდებულება ეცნობებინა მომხმარებლისათვის ამ კურსის სხვაობის თაობაზე ეროვნული ბანკის მიერ დეკლარირებულ კურსთან ცალკე შეკითხვად უნდა ჩამოყალიბდეს. დადებითი პასუხი გამოიწვევდა შედეგს, რომ მეწარმემ დაარღვია წინასახელშეკრულებო ვალდებულება, რამაც მომხმარებელს მოუსპო თავისუფალი არჩევანის გაკეთების შესაძლებლობა. ამ მოსაზრებას შეიძლება დავუპირისპიროთ ის, რომ არაზროვნება გამოხატული ციფრებში ბაზრის ნორმალური მონაწილისათვის გაუგებრობის შემქმნელი ნაკლებად შეიძლება იყოს და ის, ვინც მარტივ გამრავლებას ვერ აკეთებს, თავის ამ დაუდევრობას მეორე მხარეს ვერ გადააკისრებს.

მიუხედავად ამისა, გასათვალისწინებელი, რომ აზრზე მოცემული კურსი, ერთი მხრივ, მოწვევაა ოფერტზე და, სხვა რაკურსით კი, რეკლამაა არსებული კანონმდებლობის მიხედვით.²⁰ რეკლამაზე კი ვრცელდება განსაზღვრული მოთხოვნები, კერძოდ კი ის, რომ მისმა შინაარსმა „განზრახ“ შეცდომაში არ უნდა შეიყვანოს ადრესატი („რეკლამის მომხმარებელი“).²¹ შეცდომაში შემყვანი რეკლამა „არასათანადო რეკლამის“ ერთ-ერთი სახეა და მისი გავრცელება იკრძალება კანონის მე-4 მუხლის მე-8 პუნქტის მიხედვით. პირველი, რაც ამ დროს აუცილებელია არის ის, რომ რეკლამას, ობიექტურად, უნდა შეეძლოს

¹⁸ შეად. *კერესელიძე, დ.*, მე-13 სქ., 342.

¹⁹ შეად. *კროპოლოერი ი.*, 123-ე პარ. -ის კომენტარი, მე-4 ველი, მე-12 სქ., 47.

²⁰ რეკლამის შესახებ 1998 წლის №1228 კანონის მე-3, I მუხლი. ხელმისაწვდომია <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/31840>>.

²¹ კანონის მე-3 მუხლის 1-ლი პუნქტი: „შეცდომაში შემყვანი რეკლამა – რეკლამა, რომლის მეშვეობითაც რეკლამის დამკვეთს (რეკლამის მწარმოებელს, რეკლამის გამავრცელებელს) განზრახ შეჰყავს შეცდომაში რეკლამის მომხმარებელი და რომელსაც შეუძლია, დააზიანოს კონკურენტი“. ეს დებულება ერთგვარი ანარეკლია 2006 წლის 12 დეკემბრის ევროპული არლამენტისა და საბჭოს შეცდომაში შემყვანი და შედარებითი რეკლამის შესახებ 2006/114/EC დირექტივაში (ტექსტი ხელმისაწვდომია <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2006:376:0021:0027:EN:PDF>>) მოცემული კონცეფციის. ამ დირექტივის სრულფასოვანი იმპლემენტაციის ვალდებულება საქართველოს აღებული აქვს ასოცირების შესახებ შეთანხმებით. ხელმისაწვდომია <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/2496959>>. საყურადღებოა, რომ ამ დირექტივასთან ერთად, რომელიც, მიუხედავად იმის, რომ, რეკლამის შესახებ კანონის მიღების პერიოდისათვის (იგულისხმება მისი წინამორბედი, ანალოგიური დებულებების შემცველი 84/450/EEC დირექტივა), ვრცელდებოდა მომხმარებელსა და ბიზნესს შორის დადებულ გარიგებებზე, დღესდღეობით, მხოლოდ მეწარმეთა შორის არსებულ ურთიერთობებს არეგულირებს. სამომხმარებლო გარიგებათა მიმართ კი მნიშვნელოვანად დეტალიზებული 2005/29/EC დირექტივა (ხელმისაწვდომია <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2005:149:0022:0039:en:PDF>>) მოქმედებს, რომელიც, ასევე უნდა იქნას გადმოტანილი ქართულ კანონმდებლობაში.

შეცდომის გამოწვევა; იგი იმგვარი ხერხის გამოყენებით უნდა იყოს გაკეთებული, რაც ადრესატში რეალობის არაადეკვატური, სუბიექტური აღქმის გამომწვევია. შესაბამისად, ამ თეზასთან კავშირში წარმოდგენილი გარემოებების ანალიზი იმდაგვარად უნდა მოხდეს, რომ დადგინდეს, შეეძლო თუ არა კურსის აღმნიშვნელი ციფრების კომბინაციას ვიზუალურად შეექმნა მომხმარებლისათვის მცდარი წარმოდგენა ფასზე. ადვილად შესაძლებელია, რომ ციფრების კომბინაციას - 2,04, როგორც ხერხს, მცდარი ასოციაცია გამოეწვიოს მომხმარებელში, რომელსაც, გარემოებებიდან გამომდინარე, სულ მცირე, 2,4 ლარის ღირებულებით გარიგების დადების მოლოდინი ჰქონდა.²² ვიზუალური აღქმადობის კომპონენტი გადამწყვეტი შეიძლება იყოს ასეთ შემთხვევებში, რადგან შეცდომაში შეყვანის შესაძლებლობა, წესით უნდა მიაწინებდეს იმას, რომ ის, ვინც ამგვარ ინფორმაციას აქვეყნებს, კეთილსინდისიერად შეიძლება მოქმედებს მხოლოდ მაშინ, თუ განსხვავებაზე დამატებით განუმარტავს ადრესატს საკუთარი ნამდვილი სურვილი თაობაზე. თუ ამ ლოგიკას გავყვებით, როგორც ზევით უკვე აღინიშნა, მოცემული შემადგენლობა სკ-ის 318-ე მუხლის მოთხოვნასაც კი ვერ უნდა აკმაყოფილებდეს, რაც, ისევე და ისევე, გარიგების შინაარსის განუსაზღვრელობამდე მიდის. ცხადია, თუკი პოტენციური კონტრაქტის არღვევს არსებით პირობასთან დაკავშირებული ინფორმაციის მიწოდების კანონისმიერ ვალდებულებას, რაც იმაში გამოიხატება, რომ მნიშვნელოვან კურსთა შორის სხვაობაზე სპეციალურად აქცენტი არ კეთდება შემთავაზებლის მხრიდან, შეცდომაში შემყვანი რეკლამის კვალიფიკაციისათვის საჭირო შემადგენლობა სახეზე უნდა იყოს.

რეკლამის შესახებ კანონის მიხედვით, მეწარმის ქმედების შეფასებაში რჩება ორი წინაპირობა: „განზრახვა“ და კონკურენტისათვის ზიანის მიყენების შესაძლებლობა, რათა აბრაზე მოცემული კურსი „შეცდომაში შემყვან“ რეკლამად დაკვალიფიცირდეს. აქედან გამომდინარე ბრალი მოტყუების კვალიფიკაციისათვის გადამწყვეტია.

სუბიექტურ კომპონენტს, განზრახვას ორი ხარისხი შეიძლება ჰქონდეს: პირდაპირ (*dolus directus*) და ევენტუალური/არაპირდაპირი (*dolus eventualis*).^{23,24} ორივე შემთხვევაში მოქმედებისა და შედეგის გაცნობიერება სახეზეა. პირველის დროს, სუბიექტი შედეგის დადგომის სურვილით მოქმედებს ან ითვალისწინებს შედეგის გარდაუვალობას, მეორის დროს კი, შედეგის დაშვებასა აქვს ადგილი გულგრილი დამოკიდებულებით. გაუფრთხილებლობის მაღალი ხარისხის ერთ-ერთი ფორმა - (*luxuria*) შინაარსობრივად გავს ევენტუალურ განზრახვას, რადგან სახეზეა გაცნობიერებულად შედეგის დაშვება, თუმცა ამ დროს მას აკლია დელიქტენტის გულგრილობა.

განსახილველ მაგალითში ნაკლებად სადავოა ის, რომ ჯიხურის მხრიდან ადგილი ჰქონდა აბრაზე მოცემული კურსის გაუცნობიერებლად გამოქვეყნებას; ისიც სავარაუდოა, რომ შედეგად მას სწორედ ამ შინაარსით გარიგების დადება სურდა, ამაზე მეტყველებს არა მარტო უარი ფულის უკან დაბრუნებაზე კლიენტისთვის, როდესაც ამ უკანასკნელმა პროტესტი განაცხადა, არამედ პატრულის მტკიცება, რომ მსგავს შემთხვევებზე ბევრჯერ მოუწიათ რეაგირება. კურსის ვიზუალური მსგავსება ოფიციალურ გაცვლით კურსთან, როგორც შეცდომაში შემყვანი ხერხი, ასევე გაცნობიერებულად იყო გამოყენებული. კურსებს შორის სხვაობის თაობაზე დუმილი კლიენტის მიერ ნებელობითი მოქმედებების შესრულებისას დამატებით მიაწინებს იმაზე, რომ ოპერატორის მოქმედება მთლიანობაში მიმართული იყო შედეგისკენ, რომ ადრესატს გამოევიდინა შესაბამისი ნება.

²² შეცდომაში შეყვანაზე მსჯელობისას ჯიხურის ადგილმდებარეობა და მის გარშემო სხვა ჯიხურებისა და მსგავსი აბრების არარსებობამაც შეიძლება იქონიოს ზეგავლენა. თუკი სხვა მოვაჭრეებსაც ჰქონდათ დაფები გარშემო მსგავსი ვიზუალური და ეროვნული ბანკის მიერ გამოცხადებულ კურსთან მიახლოებული, მეათათასელებში განსხვავებული კურსის სხვაობით დებდნენ გარიგებას, მაგ., „2.401“ (რაც ხშირი პრაქტიკაა), მაშინ რეალურ კურსში, რომელიც ვიზუალურად ჰგავდა სხვებისას, ადვილად შეიძლება, მოტყუდეს; და პირიქით, თუკი ჯიხური განცალკევებით იდგა, ყოველგვარი სხვა აბრების გარეშე მის ირგვლივ, მაშინ ვალუტით მოვაჭრემ მეტად შეიძლება გაიმართლოს თავი იმ მოტივით, რომ დაკვირვებული მომხმარებელი უფრო ყურადღებიანი უნდა ყოფილიყო შეთავაზების ნახვისას, რადგან მისი მხედველობის არეში მხოლოდ ერთი მაჩვენებელი ხვდებოდა და სხვასთან აღრევას ვერ გამოიწვევდა.

²³ *Markesinis, B. S., Unberath, U.*, დასახ. ნაშრომი, მე-7 სქ., 84.

²⁴ გამოიქვანა კეთდება 1999 წლის № 2287 კანონის, სისხლის სამართლი კოდექსის მე-9 მუხლის მიხედვით. ხელმისაწვდომია <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/16426>>.

მოყვანილი ანალიზი მეტყველებს მოტყუებით დადებული გარიგების სასარგებლოდ. ამდენად, სასამართლოს მსჯელობები, შეცდომით დადებულ გარიგებასთან დაკავშირებით, ნაკლებად დამაჯერებლად წარმოჩნდება.

The Tbilisi City Court Decision of May 31, 2016, Case No.2/3710-16

Subject: Transaction Made by Mistake,
Contract of sale,
Unjustified enrichment

Defined norms:

Articles 72, 73, 976 of the Civil Code (CC)³

Important Facts of the Case:

R.B. has addressed to currency exchange office owned by “J-a” LLC, located in Tbilisi to exchange 500 US dollars where the dollar was purchased “at first sight with the highest”⁴ exchange rate. He handed 500 USD to a woman, that worked at the currency exchange office who, in turn, gave him 1020 GEL. R.B.'s expectation was to receive 1200 GEL. He protested instantly there, but he was answered that the currency exchange office was purchasing dollar for this price and since the operator had already drawn a cheque, the money (500 USD) could not be returned.

Neither R.B. agreed to take 1020 GEL, nor the operator was willing to return the exchanged amount. To prevent provocation and conflict, R.B. called Patrol Police, who confirmed that the "less" money was still on the spot and R.B. only after this took it. The Patrol Police claimed that they had many analogous calls for similar cases.

R.B. demanded compensation of 180 GEL for material damages before the Court, because the transaction was made by deceit.

Court Interpretations:

According to the Court's explanation, a contract of sale was concluded between the parties under Article 477 of CC. In addition, according to Article 72 of the CC, the transaction may become voidable if the declaration of intent has been made based on a substantial mistake. The Court clarifies that the content of the declared intent is as such as it would be understood by an addressee considering the principle of good faith and market circulation. While discussing the mistake, the judge points out that it exists when "the person's real and expressed intent do not coincide with each other" and it is substantial when considering the objective circumstances, such expression of the intent will not be made (or it will be declared otherwise) knowing the real circumstances of the case.

The Court indicates to the established factual circumstances according to which, on the one hand, the rate set by the National Bank on that day (published on the official website) amounted to 2.4067 GEL for 1 USD and, on the other hand, on witness testimony, who confirmed that R.B. demanded transfer of 1200 GEL from the cashier-operator, after which the patrol was called; The latter

¹ Associate Professor, International Black Sea University.

² Associate Professor of International Black Sea University and Caucasus International University.

³ Georgian Law form 1997 No.786, Civil Code. Available at <<https://matsne.gov.ge/document/view/31702?publication=103>>.

⁴ It is assumed that the current rate was written at the entrance of the currency exchange office on the signboard, by which the exchanger operated. In the court decision, the term "at first sight" tends to be used for the purpose that, as the context outlines, 2.04 GEL for 1 USD was indicated as the price of the currency purchase by the currency exchange office, which is visually quite similar to 2.40 GEL. The latter was ultimately the desired price for R.B.

explained that a similar case was observed several times at that day. Consequently, the judge states that knowing this circumstance, the claimant R.B. would not declare the intent at all.

In the Court's opinion, taking into account the principle of good faith and market circulation, the cashier had to return 1200 GEL to R.B.

The Court reasons claimant's claim of 180 GEL based on Article 976 of CC and considers that the defendant was enriched by this amount of money since enrichment as the result is illegal, i.e. the situation is such in respect to the defendant that "the defendant must not have a legitimate opportunity to misappropriate property without compensation."

Commentary:

First of all, it should be noted that taking into consideration the widespread practices pursued by the currency exchange offices, the situation is such that it can be regarded as unfavorable in terms of consumer protection. Occasionally, relying on the principle of freedom of the contract entrepreneurial entities who follow such activities are abusing the general mechanism of the formation of a contract established by the Civil Code, which is intended to regulate the relationship between substantially equal subjects; Use such marketing visual methods that can easily mislead potential contracting parties, especially the inexperienced individuals. This often happens, the clear example of which we have in this case. Consequently, the pathos of Court's decision is completely acceptable, although the legal structures and arguments through which the Court has come to the result may be questioned by the following remarks:

1. Voidable transaction made by mistake or unconcluded contract?

The actions taken to conclude a contract by the plaintiff and defendant provide an opportunity for an alternative qualification. If we follow the logic of the CC, which derives from the regulation of conclusion of the contract through the standard mechanism - the offer and the acceptance, we will get the following picture: the assumption mentioned above was that the currency exchange office had written exchange rate 2.04 GEL for 1 USD - on the signboard. According to Article 329, II of the CC a proposal addressed to an unspecified circle of persons (*invitatio ad offerendum*) is not binding and is distinguished from the offer at the legislative level.⁵ Two things are considered to be differentiating criteria: a) specification of the addressee(s) and b) intent to be bound. It is clear that the exchange rate usually demonstrated by currency exchange offices on the signboard outside or inside are intended for all potential clients and this part is difficult to interpret otherwise. As for intent to be bound, which the law and also doctrine⁶ indicate to, there may be different opinions about it. The content of the signboard is mostly limited to the rate of a particular currency at a given moment and thus, there is no reference to the "direct" binding in the offer. There is another question whether from the accompanying circumstances, the conclusion can be made that by demonstrating the rate currency exchanger undertakes an unconditional obligation to conclude a transaction with any person who wishes it. Argumentation can be made in both directions. In favor of the obligatory nature of the demonstrated rate by the offeror it can be said that the value of the transactions made in such currency exchange offices is not so high that arises assumption from the consumer's point that the offeror of the rate is ready to make transaction virtually with anyone, however there are opposite arguments that condemn this conclusion; In particular, the rate is dynamic and the offeror

⁵ Obviously, it is about the invitation from the content of which the unambiguous intent to be bound does not derive - "... unless otherwise is expressly indicated in this proposal" (the condition given in section 2 of the mentioned norm).

⁶ see. *Baghishvili, E.*, Commentary to Article 329 of the CC, part III, 19th and following fields, joint project of German Corporation for International Cooperation (Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ) GmbH) and United States Agency for International Development's Judicial Independence and Legal Empowerment Project and Promoting Rule of Law in Georgia project, 6 and following.

also depends on the market price; In practice the last often changes several times a day, and this is caused by fluctuations in the market, which accompanies an unstable financial market that is still at the stage of development. In addition, the argument on the willingness to make a transaction with anyone because of at a lower price is fragile itself and does not exclude the expiry of the financial resources of the particular exchanger at the specified time. Consequently, it is more logical to conclude that the rate shown on the signboard is an invitation on offer and not a binding offering.

Abovementioned analysis lead to state that, in the given situation, handing 500 USD to the operator by R.B. shall be qualified as offer in accordance with Article 329 I, and addressee's acceptance which was necessary to conclude a contract according to Article 330, I. Before moving itself to the issue of acceptance, it is important to determine if there is any obstacle to make qualification of the claimant's action as offer. We are taking into consideration its content, since the offer is such declaration of will that includes all the essential terms of the contract to be concluded (*essentialia negotii*) in accordance with Article 327, I of the CC and responding on which can be made by a simple consent.⁷ Handing over the amount of money to the operator as a concludent form of expression of will, in itself includes one essential condition for the sale agreement, namely the thing which the offeror wants to sell, however, according to Article 477, I, II of CC, there must be second essential condition – the price. It is likely assumable that about price component R.B's inner will was formulated according to the content shown on the signboard and logically for the exchanger the fact of handing money shall mean that the client has considered the offer indicated on the signboard, otherwise at least some communication on different price should exist between the parties. Hence, deriving from the accompanying circumstances objectively understood content regarding price component for the operator is exactly the rate shown on the signboard.

Operator's action, which was expressed in returning of 1020 GEL, in turn, is an acceptance made before a present person and thus the contract is deemed to be concluded under the terms of 500 USD for 1020 GEL.

Nevertheless, other objective circumstances in the context can lead us to a different legal assessment of the development of events. Videlicet, if we deem that it is an established factual circumstance, that the currency exchange office as a person acting in the field of currency operations, should have known that the rate offered on the signboard by him (2.04 GEL) was significantly different from the rate announced by the National Bank (2.4 GEL). The latter is usually lower in practice than the one offered to the consumers by private exchangers, the respondent shall have known that it was highly probable the offeror would not agree on the price proposed on the signboard, because the source of the formation of the content of his inner intent envisaged better conditions. That was why the exchange office could only be in good faith if it assumed that the consumer had considered the price offered on the signboard, unless there was another alternative and the offer was made, regardless of the price indicated on the signboard.

All of this prompts us to consider that giving back 1020 GEL is more acceptance with changed terms under Article 333, II of the CC (which, in turn, is a new offer that requires further acceptance from R.B.) than the final consent by which the contract was concluded. Consequently, according to this logic, the agreement did not take place because the plaintiff counted the amount supplied, finding that the proposal was unacceptable to him and denied the offer. Many factual circumstances prove this. Hence, it is a fact of paying 500 USD without an obligation that is subject to be returned based on Articles 385 and 976 of CC.⁸

⁷ "Completeness criterion" – compare *ibid*, 2; also, *Markesinis, B., Unberath H., Johnston A.*, German Law of Contracts, A Comparative Treatise, 2nd ed., Hart Publishing, 2006, 59.

⁸ However, property law aspect should be considered here as the notion of unjustified enrichment shall include the enrichment component that in our case means the increase of the property of the currency exchange office should have taken place that was to be expressed in acquiring ownership on paid 500 US dollars. According to the Article 186 of CC, (see different context on this problem Kereselidze D., Using unjustified enrichment norms, Georgian Law Review (journal), 6/2003-4, Tbilisi, 600 and following (in Georgian)) Delivery of the thing shall be grounded on "valid right", that is absent in our case, so correctness of using Article 976 of CC is questionable, however, money is itself peculiar movable property (considering its consumable nature) and Article 385 of CC as special norm specifically indicates to possibility of

The possibility of the first presented alternative is based on the condition that the exchange office had declared its proposal through the signboard, that can only be assumed, and in the direct form, as it was mentioned, is not provided in the text of the decision. While there is no such assumption, it is clear that there was no talking about any kind of information from the exchange office, which could be able to establish an inner intent of R.B. in advance regarding the content of the contract to be concluded with the particular exchanger. In this case, logically, the reasonable person may rely on the official exchange rate of the National Bank, but it should also be taken into consideration that (as already mentioned above) the price in the currency exchange offices is almost always more beneficial than the National Bank's and this nuance should not have been unknown for R.B. However, only handing money without any word can hardly automatically mean the "offer" meets the criteria of "completeness". It is very difficult to prove that the owner of the currency exchange office should have assumed that the source of the formation of inner intent of the consumer was the rate set by the National Bank and without any word this content was part of the offer. Even if the giving money is an offer, returning 1020 GEL will be an acceptance with the changed terms. From the different point of interpretation, the money transfer is simply an action which cannot be qualified as an offer and returning 1020 GEL is the first offer which was refused by R.B.

2. Mistake or deceit?

The Court argued that the claimant had made a voidable transaction by a substantial mistake according to Articles 72 and 73 of the CC. This opinion should mean automatically that the consensus is finalised in the form of offer and acceptance as unilateral transactions are already entered into force that is needed for the formation of the contract. Practically in this example, according to the judge's opinion, the last act (acceptance), by which the obligation-legal relationship was formed (Conclusion of sale contract) was handing 1020 GEL to R.B. by the operator through which the buyer of the US Dollar (or the seller of Lari, in case of qualification the contract as "Barter" in accordance with Article 521, I, of CC) agreed on offer and at the same time also performed undertaken obligation on transfer of the thing (made the thing available to the contracting party). Besides that we should consider supposition as necessary precondition that currency exchange office should have made accessible its desirable rate - 2.04 GEL for 1 USD - to make it logical to prove that handing amount of money by R.B. contained this content in itself; Otherwise, the operator could not suppose that the transfer of money by R.B. was in accordance with the office's desired rate (the content of the expression of the intent from the objective view of the recipient⁹). Consequently, we should come out of this combination when discussing of the existence of the mistake. Otherwise, we will get a picture that rate announced by the National Bank on which the judge indicates, is mandatory for all currency exchangers regardless of the accompanying circumstances and the willingness of the parties;¹⁰ This conclusion will be contradictory to the freedom of the determining contents of the contract and that is completely inadmissible.

launching unjustified enrichment regime and ignorance of the enrichment component may be justifiable in such cases. This argument still leaves doubts about its correctness, since the consumable nature of the item is relevant when there is possibility of its use by the owner/detentor that causes its destruction and creates the actual situation substantially close to the owner's position (at least in the third parties to whom disposing actions are related). This view is less appropriate for a particular case and we should think about whether for recovering of the amount of money using property law regime is more correct – implying vindication claim based on Article 172, I of CC. Note the legal ground of this claim's concurrent nature with the unjustified enrichment norms see: Schnitger H., Unjustified enrichment, document is prepared within the scope of EU project: „Promotion of development of private and administrative systems in Georgia“, 6, (in Georgian) Available at: <<http://eulegalreform.ge/wp-content/uploads/5-Heinrich-Schnitger-Vortrag-Unjust-enrichment-ge.pdf>>.

⁹ Method of interpretation of unilateral intent that needs to be received – expressed content; derive from Article 52 of CC. Compare *Chanturia L.*, Commentary to the Article 52 of the CC, 13th and 14th fields, supra note 6, 4, 5.

¹⁰ This assumption is strengthened by the current practice of currency exchange offices' activity, mostly the glowing list of different currencies on the outside of the trading window (on the façade, signboard) to attract customers. At the same time, such form of providing of information should be partly determined by the regulations of the President of the National Bank of Georgia at the moment of the rendering the decision we are analysing. We mean order №27/04 of February 7, 2012 on approval of Registration and Regulating Rules for Currency Exchange Offices (Available at: <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/1580942>>); According to Article 5, II, i) of this document, it is currency exchanger's obligation to „...provide consumers with full information about the currency exchange rate and service commission fee (if any)“. Also, attention is paid to providing information on the existence of commission fee. At the moment of hearing the dispute demand for placing the information on the visible place concerned only the amount of commission. This situation was cardinally changed in a few months (by October 5, 2016) by adopted amendments and

In general, the person is mistaken, if his inner desire is different from the expression in terms of the meaning¹¹ which is determined by the interpretation. In this case, the content of R.B.'s action - handing money to the operator - from the subjective viewpoint (1 USD = 2,4 GEL), was divergent from objectively perceptible content (1 USD = 2,04 GEL).

It is necessary to emphasize that we are talking about the sale contract where the US dollar is an object of the transaction; The mistake of R.B. was related to the price of this object, which is not considered to be a feature of the object because this is not its constituent feature.¹² The legal reasoning of the mistake was not made based on Article 74, II of the CC. The Court explains that there has been a substantial mistake, but no further specifies which case regulated by Article 73 of the CC it implies (since the summary of the norm is completely and exactly cited in the decision). Probably due to the circumstances of the case, the Court had considered it to be a mistake envisaged in subparagraph a) (declaration mistake); According to the doctrinal opinion, by the broad interpretation of the norm, it should include so-called "mismatch"¹³, when the expressor of intent does not know what he/she expresses and in case of knowing it, he/she will not have expressed it.¹⁴ That is different from mistake in content (Article 73, b)), when the expressor of intent knows and wants what he/she expresses, however, makes a mistake in externalizing (word, action) of intent's content.

obligation to demonstrate the information with commission on the visible place was added amount of rate and the so called "notable rate" (more than 3% of the difference between selling and buying (Article 1¹¹)) (the amendment order is available at: <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/3406902>>). The subject of a separate discussion is the subparagraph f) of paragraph 2 of the same Article, which again (but uselessly) refers to the protecting of III¹ chapter requirements of repealed Law on the Protection of Consumers' Rights (Available at: <<https://matsne.gov.ge/en/document/view/32974>> III¹ for the Protection of its. According its provisions (Article 34³), the consumer was authorized before leaving the place of execution of currency exchange operations (in case of not fully being informed by the contracting party before concluding contract), and repudiate a contract within 30 minutes in case of failure to provide information and return the amount, as well as the commission. The Order №27/04 of the President of the National Bank of Georgia of February 7, 2012 on approval of Registration and Regulating Rules for Currency Exchange Offices was repealed by the order №37/04 of the President of the National Bank of Georgia of February 28, 2018 on approval of Registration and Regulating Rules for Currency Exchange Offices (available at <https://matsne.gov.ge/ka/document/view/4081097>) and by the same Order Registration and Regulating Rules for Currency Exchange Office was approved that came into force immediately from the moment of its publication, as it is stated in Article 3 of the order, "due to necessity to establish rule for informing consumers during providing services and for canceling currency exchange operation the obligation to determine it is envisaged in the Organic Law of Georgia on the National Bank of Georgia." Particularly, according to paragraph 1 of Article 50¹ of the Organic Law of Georgia on the National Bank of Georgia (available at <<https://matsne.gov.ge/document/view/101044>>) "while providing service a currency exchanger is obliged to give full information to consumer about currency exchange rate and amount of commission fee (if any) for service." Paragraph 2 of 50¹ Article indicates that "cancellation of currency exchange operation and returning of exchanged currency may be conducted in accordance with the rule envisaged in paragraph 3 of this Article", while according to paragraph 3 itself, "the National Bank determines rules for for informing consumers during providing services by currency exchange offices and for canceling currency exchange operation". The last norm was implemented by the order №37/04 of the President of the National Bank of Georgia of February 28, 2018. According to Article 7, VI of Registration and Regulating Rules for Currency Exchange Offices that is approved by this order, "office/branch is obliged to orally give full information to consumer about currency exchange notable rate and amount of commission fee (if any) for service." Subparagraphs I b.d) and VI g) establish obligation to demonstrate the following information at the cash desk or in the receipt: "Transaction can be cancelled within 30 minutes after you receive the receipt!" The abovementioned subparagraphs I b.d) and VI g) were amended by the order №60/04 of the President of the National Bank of Georgia of April 5, 2018 (available at <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/4131065>>) and the maximum limit of the transaction value for unconditional cancellation of the transaction within 30 minutes after receiving the receipt was determined, in particular, aforementioned subparagraphs are formed as follows: "Transaction can be canceled within 30 minutes after receiving of the receipt if the transaction value does not exceed 5000 GEL or its equivalent in foreign currency!"

¹¹ That is completely fairly noted in the decision text. Compare *Darjania, T.*, Commentary to Article 72 of the CC, 1st field, supra note 6, 1.

¹² Referring to German practice see *Darjania, T.*, Commentary to Article 74 of the CC, 15th field, supra note 6, 7; also, *Kropholler, J.*, Commentary to the Paragraph 119, 13th field, German Civil Code, Teaching Commentary, *Chechelashvili, Z.*, (transl.), 13th revised edition, published by GYLA's Foundation for the support of Legal Education with the mandate of GIZ, Tbilisi, 2014, 43.

¹³ *Kereselidze, D.*, General Systemic Concept of Private Paw, Institute of European and Comparative Law, Tbilisi, 2009, 325.

¹⁴ The text in the decision also confirms this: "The party's erroneous assumption about the composition of the case".

This composition allows to rescind and make the transaction void, but according to Article 72 of the CC, at least it is thinkable that the contracting party would have right to have damage compensated that is caused by disappointing trust due to the negligence of the person having the right to rescind. Consequently, hypothetically an entrepreneur, who thought that the transaction was irreversibly valid, and paid for example the income tax, suffers damages and it may become a basis for lodging a counterclaim at the trial. Establishing such practice should be less desirable, since mostly transactions of given content have consumer nature and initially there is an experienced entrepreneur in a particular sphere that is perfectly informed and experienced in the activities and characteristics of the market, on the one hand; and on the other hand, the consumer who makes a transaction for his/her own needs.

Due to the specificity of the situation, there arises another question: it is a transaction made by mistake or deceit, since the specifics of the circumstances may outline a mistake that is intentionally caused by currency exchanger to encourage the potential client in declaring intent.

Before defining these details it is necessary to note that the composition, which takes place in the decision, is not obviously a relationship between two equal subjects. It is a consumer transaction because, on the one hand, the currency exchange office is an entrepreneur, who operating within its professional activities has more market power,¹⁵ while the consumer is the one who makes a transaction for his/her personal needs. This situation creates a necessity of a special "weak" party-oriented regulation and, therefore, the present background in terms of legislative vacuum,¹⁶ is granted a special meaning in applying the existing norms. One of the main components of the weakness of the consumer is the lack of information, which enables him to make an informed decision that is carried out through comparing alternatives.¹⁷ The context of the consumer transaction, where there is a special obligation to provide information, is shown in the abovementioned normative acts on the activities of the currency exchange offices. The obligation to provide information to the customer is distinguished from the general obligation of diligence provided in Article 318 of the CC at the pre-contractual stage. In fact, by this article, the obligation to provide information to the contracting party is not envisaged at all,¹⁸ as it may be that the parties

¹⁵ See Constitutional Court's №1/3/136 decision of December 30, 2002 in which a consumer is distinguished as weak party and related the special normative regulation regime is underlined. Available at: <<http://constcourt.ge/ge/legal-acts/judgments/saqartvelos-moqalaqe-shalva-natelashvili-saqartvelos-parlamentis-saqartvelos-prezidentisa-da-saqartvelos-energetikis-maregulirebeli-erovnuli-komisiis-semekis-winaagmdeg-103.page>>. For the European concept of "weak party" see case C-137/08 - VB Pénzügyi Lizing of 2010 of European Court of Justice of (ECJ) in which less powerful position and the lack of information in the negotiation are named as factors causing unequal position of the consumer.

¹⁶ The term "consumer" (e.g. Article 336 of the CC), "final consumer" (№6157-1b Law of Georgia - Product Safety and Free Movement Code of 2012 Available at: <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/1659419>>) is still used for separate purposes, "Final User" by the legislator after the Law on the Protection of Consumers' Rights (see supra note 7) was repealed and there is no uniform term of consumer. Definition of a consumer corresponding to modern European standards was given in №35/04 Order of 2011 of the President of the National Bank of Georgia on Approval of the Rules of Providing Information to the Customers by Commercial Banks while providing Banking Services: "Receiver of banking services or natural person with such intent except one pursuant to the purposes of trade, entrepreneurial and professional activities" (Available at: <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/1326445>>). Evidently, the list of terms is not exhaustive. The last normative act is invalid; It was replaced by Order №151/04 of the same body of 2016 on the approval of the Rules of Protection of Consumer's Rights while providing service by Financial Organizations, in which the notion of the consumer is expanded and in addition to natural person making transaction due to personal needs, the legal entity is also considered to be included in it, which indicates a higher standard of protection. It is necessary to note that this normative act was not effective at the time of rendering the reviewed decision, and therefore the Court was not able to use its requirements.

¹⁷ About European Union concept of "informed consumer" see. *Reich, N. Micklitz, H. W., Rott, P., Tonner, K.*, European Consumer Law, 2nd Edition, Itersentia 2014, 45. The concept provides for the opportunity of free decision making.

¹⁸ Compare *Kereselidze, D.*, supra note 13, 342.

are motivated by antagonistic interests.¹⁹ It is notable that for the purposes of justice, even considering minimum regulatory nature of the general regulation, the circumstances of the reviewed case may be subsumed into the composition of Article 318 of the CC. In particular, the obligation of the currency exchange office was to disclose to the contracting party the information having “significance for determining the content of the obligation”; indeed, it is information about the purchase price, however, in this case, the special rules - the rule for “...obligation providing full information” about currency exchange rate defined by the order No.27/04 of 2012.

Whether there is the fact of non-disclosure of information may be matter of debate in this case. Specifically, showing the information on the currency rate signboard *per se* if it is evident from the circumstances that the currency exchange office’s rate is final for the purpose of making transaction (in accordance with Article 329, I of CC), leads us to make a conclusion that the obligation of information disclosure is nominally performed. The rate 1 USD = 2,44 lari is unambiguous, but it is another issue if it is “full” (according to the requirements of order No.27/04). Whether the currency exchange office had an obligation to inform the customer about the difference between this rate and the rate declared by the National Bank should be made as another question. Positive answer would have resulted in the conclusion that the entrepreneur violated a pre-contractual obligation that deprived consumer opportunity to make a free choice. This opinion can be challenged by the fact that the unambiguousness reflected in numbers can hardly create misunderstanding for the normal market participant and someone who cannot make easy multiplication is not able to impose his/her negligence to another party.

Although, it should be taken into consideration that the rate shown on the signboard is *invitatio ad offerendum* and from the another perspective, on the one hand, it is advertising according to the applicable legislation.²⁰ Advertising is subject to the specific requirements, namely its content must not “intentionally” mislead the recipient (advertising customer”).²¹ Misleading advertising is a type of improper advertising and its dissemination is prohibited by paragraph 8 of Article 4 of the Law. The first thing that is necessary in this case is that advertising should be able to objectively cause misleading; It must be done using such a method that causes the inadequate subjective perception of reality in the recipient. Consequently, the analysis of the circumstances in connection with this thesis should be made in such way to determine whether the combination of numerals denoting the rate could have visually created an incorrect impression for the consumers regarding the price. It is easily possible that the combination of numbers - 2,04, as a way, could make a false association in consumer, who considering the circumstances had expectations to concluding transaction with price of minimum of 2,4 GEL.²² The component of visual perception can be decisive in such cases as the

¹⁹ Compare *Kropholler, I.*, Commentary to the Paragraph 123, 4th field, *supra* note 12, 47.

²⁰ Law of Georgia No.1228 on Advertising of 1998, Article 3, I. Available at: <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/31840>>.

²¹ Paragraph 6 of Article 3 of the Law: “Misleading advertising – advertisement by which an advertising customer (a producer and/or a disseminator of advertisement) intentionally misleads consumers of advertisement and which may harm a competitor”. This provision is sort of reflection of concept given in European Parliament and the Council’s Directive 2006/114/EC of December 12, 2006 concerning misleading and comparative advertising (text is available at: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2006:376:0021:0027:EN:PDF>>). Georgia has undertaken the duty to fully implement this Directive by the Association Agreement. Available at: <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/2496959>>. It is noteworthy that, alongside this Directive, which although at the time of adopting Law of Georgia on Advertising (implying its predecessor, Directive 84/450/EEC containing the same provisions), was applicable to transactions between consumers and business, now only regulates the relations between entrepreneurs. Regarding consumer transactions is applicable significantly detailed Directive 2005/29/EC (Available at: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2005:149:0022:0039:en:PDF>>) which also shall be transposed in Georgian legislation.

²² When talking about deceit the location of the currency exchange office and absence of other offices and similar signboards can be influencing. If the other traders had signboards with a similar visibility and were making transactions with rate approximated to and different from the rate announced by the National Bank, the difference only by thousandths, e.g. “2.401” (which is a frequent practice), then a person can easily be deceived in a real course that visually looked like others’; And on the contrary, if the currency exchange office was situated separately, without any other signboards around it, then the currency trader may be more likely to justify its action by the motive that the diligent

possibility of misleading generally indicates that the person who publishes such information can act *bona fide* only if offeror additionally explains the recipient about his/her actual desire. Adhering this as already mentioned above, the given composition cannot even satisfy the requirement of Article 318 of the CC, which, again goes to the indetermination of transaction's content. Obviously, if a potential contracting party violates the statutory obligation of information disclosure by intentionally neglecting to emphasize the significant difference between rates by the offeror, necessary composition for qualifying it as misleading advertising exists.

According to Law of Georgia on Advertising, to qualify the rate shown on the signboard as a "misleading" advertising two pre-conditions remain in the assessment of the entrepreneur's action: "intention" and the ability to harm the competitor. Among them, the fault is decisive for qualifying deception.

The subjective component, the intent may have two degrees: direct (*dolus directus*) and eventual/indirect (*dolus eventualis*).^{23/24} In both cases the understanding of the action and the consequence are evident. In the first case, the subject is acting with the desire of occurrence of the consequence or foresees the inevitability of the consequence, while in the second case, the result is permitted by indifferent attitude. One of the high degrees of negligence (*luxuria*) is very similar to the content of eventual intention, because the consequences are consciously permitted, but at this time it lacks the tortfeasor's indifference.

In the discussed example, it is less controversial that the currency exchange office had published the rate on signboard unconsciously; It is also probable that it wanted to make a transaction with this content, this is evident not only due to refusal to return the money to the client when the latter protested but also the patrol's testimony that they had to respond many times to such cases. Rate's visual similarity with the official exchange rate as a method of misleading was also used consciously. When the client performs voluntary actions the silence on the difference between the rates additionally indicates that, the operator's action was directed towards the outcome to lead the recipient to declare appropriate intent.

The analysis given above suggests in favor of a transaction made by deceit. Thus, the Court's conclusions about the transaction made by mistake appear to be less convincing.

consumer should be more attentive when looking at the offer because there was only one signboard in his/her vision area and could not cause misunderstanding.

²³ *Markesinis, B. S., Unberath, U.*, supra note 7, 84.

²⁴ Distinguishing is made in accordance with the Article 9 of the Law No. 2287 of 1999, the Criminal Code of Georgia. Available at: <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/16426>>.

შრომის სამართლი - შეწყვეტა, ორგანიზაციული ცვლილებები

თეონა გაჩეჩილაძე¹

საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სამოქალაქო საქმეთა პალატის 2017 წლის 10 ნოემბრის განჩინება, საქმე №ას-1189-1109-2017

თემა: შრომითი ხელშეკრულების შეწყვეტა, ორგანიზაციული ცვლილებები.

განმარტებული ნორმები:
შკ-ის 37-ე, I, ა) მუხლი

მნიშვნელოვანი ფაქტობრივი გარემოებები:

მოსარჩელე ი.გ. 2007 წლიდან დასაქმებული იყო მოპასუხე ა(ა)იპ სენაკის მუნიციპალიტეტის სასპორტო გაერთიანებაში (შემდეგში - ა(ა)იპ, კასატორი, აპელანტი) სხვადასხვა პოზიციებზე. 2016 წლის 27 იანვარს მხარეთა შორის გაფორმებული უვადო შრომითი ხელშეკრულებით, იგი მუშაობდა ა(ა)იპ-ის საზოგადოებასთან ურთიერთობის სპეციალისტის თანამდებობაზე და მისი ყოველთვიური ხელფასი შეადგენდა 400 ლარს.

ა(ა)იპ დირექტორის 2016 წლის 28 მარტის №55 ბრძანებით დამტკიცდა მოპასუხე ა(ა)იპ-ის საშტატო ნუსხა და სახელფასო განაკვეთები, რომლითაც შემცირდა 10 საშტატო ერთეული, მათ შორის, საზოგადოებასთან ურთიერთობის საკითხებში სპეციალისტების შტატი, ერთი ერთეულით. 2016 წლის 26 თებერვალს მოსარჩელე გაფრთხილებულ იქნა, ა(ა)იპ-ში ორგანიზაციული ცვლილების გამო დაკავებული პოზიციიდან, შკ-ის 37-ე, I, ა) მუხლის შესაბამისად, შესაძლო გათავისუფლების შესახებ. 2016 წლის 30 მარტის №64 ბრძანებით, მოსარჩელე გათავისუფლდა დაკავებული თანამდებობიდან 2016 წლის 1 აპრილიდან საბოლოო ანგარიშსწორებით - 1 თვის შრომის ანაზღაურების ოდენობით კომპენსაციით.

ა(ა)იპ-ში დირექციის მიერ განხორციელებულ შტატების შემცირებას წინ უძღოდა სენაკის მუნიციპალიტეტის გამგებლის 2016 წლის 18 იანვრის წერილი მოპასუხის ადმინისტრაციისადმი, რომლის მიხედვითაც, საქართველოს მთავრობის 2015 წლის 25 ნოემბრის №594 დადგენილების შესაბამისად, 2016 წელს სენაკის მუნიციპალიტეტში ინფრასტრუქტურული პროექტების განსახორციელებლად, ბიუჯეტით გაუთვალისწინებელი თანხის -10380 ლარის მოძიების მიზნით, მიეღო შესაბამისი ზომები. წერილის ავტორი აღნიშნული თანხის მოძიებას ითხოვდა სპორტის ხელშეწყობის პროგრამის ფარგლებში. ა(ა)იპ-ის მიერ, სენაკის მუნიციპალიტეტის გამგეობას, იმავე დღეს, წერილობით ეცნობა, რომ საჭირო თანხა - 16 000 ლარი, მოძიებულ იქნა საშტატო ერთეულის შემცირების ხარჯზე.

ი.გ.-მ სარჩელი აღძრა დამსაქმებლის მიმართ, რომლითაც მოითხოვა: მოპასუხის 2016 წლის 28 მარტის №55 და 2016 წლის 30 მარტის №64 ბრძანებების ბათილად ცნობა და სამუშაოზე აღდგენა, ასევე იძულებით განაცდურის ანაზღაურების დაკისრება სამსახურში აღდგენამდე ყოველთვიურად 400 ლარის ოდენობით.

სასამართლოს განმარტებები:

პირველი ინსტანციის სასამართლოს გადაწყვეტილებით, ნაწილობრივ, დაკმაყოფილდა ი.გ.-ის სარჩელი, კერძოდ, გასაჩივრებული ბრძანებები ბათილად იქნა ცნობილი მხოლოდ მოსარჩელის შტატის შემცირების ნაწილში, მოსარჩელე აღდგენილ იქნა სამუშაოზე და ა(ა)იპ-ს დაეკისრა, ი.გ.-ის სასარგებლოდ, იძულებითი განაცდურის ანაზღაურება, რაც სრულად გაიზიარა ასევე სააპელაციო და საკასაციო სასამართლოებმა.

¹ შავი ზღვის საერთაშორისო უნივერსიტეტის სამართლის ბაკალავრი.

პირველი ინსტანციის სასამართლომ დასაქმებულის სამსახურიდან მართლზომიერად გათავისუფლების მტკიცების ტვირთი დააკისრა დამსაქმებელს, რაც მოცემულ დავაში დამსაქმებელმა ვერ განახორციელა.

სასამართლომ, დავის განხილვისას, შეამოწმა განხორციელდა თუ არა მოპასუხე ორგანიზაციაში რეორგანიზაცია, წარმოეშვა თუ არა დამსაქმებელს მოსარჩელის შტატის შემცირების აუცილებლობა და ხომ არ ჰქონდა ადგილი დამსაქმებლის მხრიდან უფლების ბოროტად გამოყენებას, რაზეც სასამართლოს ჩამოუყალიბდა ერთმნიშვნელოვანი პასუხი, რომ მოსარჩელე სამუშაოდან გათავისუფლდა არამართლზომიერად, დამსაქმებლის მიერ უფლების ბოროტად გამოყენების შედეგად.

პირველი ინსტანციის სასამართლომ მიიჩნია, რომ განსახილველ დავაში, დამსაქმებლის მიერ მითითებული გარემოებები და წარმოდგენილი მტკიცებულებები, შინაარსობრივად, არ გულისხმობდა რეორგანიზაციას და დამსაქმებელი არ დამდგარა შტატების შემცირებისა და თანამშრომელთა სამუშაოდან გათავისუფლების აუცილებლობის წინაშე. კერძოდ, სასამართლომ მიიჩნია, რომ, კონკრეტული პროგრამის ფარგლებში, განსაზღვრული ოდენობის თანხის მოძიების გამო რეორგანიზაციაზე მითითებით, შტატის შემცირება და მუშაკის სამუშაოდან დათხოვნა ეწინააღმდეგებოდა როგორც ეროვნულ კანონმდებლობას, ასევე იმ საერთაშორისო აქტებსაც, რომლებიც იცავს დასაქმებულს დამსაქმებლის უკანონო ქმედებისაგან და სამუშაოდან, ყოველგვარი დასაბუთების გარეშე, გათავისუფლებისაგან.

სააპელაციო სასამართლოს მსჯელობით კი, „საწარმოში რეორგანიზაციის რეალურად (სტრუქტურის ან სამართლებრივი ფორმის შეცვლის, გადაკეთების, გარდაქმნის) განხორციელების შემთხვევაში, საწარმოს ადმინისტრაცია ვალდებულია, ასაბუთოს შტატების შემცირების აუცილებლობა, რათა არ მოხდეს შტატების ფორმალურად შემცირება და [ეს] არ იქცეს ადმინისტრაციის მიერ უმართებულო გადაწყვეტილების მიღების კანონისმიერ საფუძვლად“.

საკასაციო სასამართლო დაეთანხმა ქვემდგომი ინსტანციების სასამართლოთა მსჯელობას და, დამატებით, აღნიშნა, რომ, დასაქმებულის სამსახურიდან ნებისმიერი, მათ შორის, რეორგანიზაციის საფუძვლით, დათხოვნის საკითხის გადაწყვეტისას, დამსაქმებელი, არჩევანის გაკეთებისას, ვალდებულია, იხელმძღვანელოს გონივრული და დასაბუთებული კრიტერიუმით, რაც გამორიცხავს ეჭვის საფუძველს გადაწყვეტილების მიღების პროცესში და დაუსაბუთებლად არ ხელყოფს დასაქმებულის კანონიერ ინტერესს, მის შრომით უფლებებს. რამდენადაც მოსარჩელე საზოგადოებრივი ურთიერთობის სპეციალისტის თანამდებობაზე გამწესდა უვადოდ, კასატორთან დასაქმებული იყო 2007 წლიდან, ამ ხნის მანძილზე, მის მიერ შრომის დისციპლინის დარღვევა, თანამდებობისათვის შეუფერებლობა, არასაკმარისი კვალიფიკაცია არ დასტურდებოდა, დამსაქმებელი მასთან მუდმივად აგრძელებდა შრომითი ხელშეკრულებას, თუნდაც რომ განხორციელებულიყო ობიექტური თვალსაზრისით რეორგანიზაცია, იგი მაინც ვერ გათავისუფლდებოდა სამსახურიდან, რადგან „იმ შემთხვევაშიც კი, როდესაც რეალურად არსებობს შკ-ის 37-ე, I, ა) მუხლის წინაპირობები, მუშაკის სამუშაოდან დათხოვნა კავშირში უნდა იყოს ა) მუშაკის არაკომპეტენტურობასთან ან/და არასათანადო ქცევასთან და ბ) [ეს] უნდა მომდინარეობდეს საწარმოს, დაწესებულების, თუ მათი სერვისის ოპერატიული საჭიროებიდან“.

კომენტარი:

სასამართლოს ზემოთ მოცემული დასკვნების ძირითადი ნაწილი გასაზიარებელია, რამდენადაც, მართლაც, პრაქტიკაში დამსაქმებლები, რეორგანიზაციის საფუძვლით, ხშირად, სრულიად არამართლზომიერი მოტივების გამო, საკმაოდ მარტივად იშორებენ თავიდან სუბიექტურად არასასურველ დასაქმებულებს და ორგანიზაციული ცვლილებების სარჩულში ახვევენ, ფაქტობრივად, უთანასწორო მოპყრობას. მიუხედავად ამისა, ვერ დავეთანხმებით სასამართლოს მითითებას იმ კრიტერიუმებზე, რომლითაც იგი განმარტავს, რომ იმ შემთხვევაში, თუ სახეზე იქნებოდა რეალური ორგანიზაციული ცვლილებები

საწარმოში, არჩევანის გაკეთებისას დამსაქმებელს ბრძანება უნდა დაეფუძნებინა ორ კრიტერიუმზე: ა) მუშაკის არაკომპეტენტურობა ან/და არასათანადო ქცევასა და ბ) საწარმოს, დაწესებულების, თუ მათი სერვისის ოპერატიულ საჭიროებაზე - დასაქმებულთან შრომითი ხელშეკრულების შეწყვეტისას შკ-ის 37-ე, I, ა) მუხლის წინაპირობებთან ერთად. ეს კრიტერიუმები არათუ ვერ უზრუნველყოფს შრომითი უფლებებისა და მეწარმეობის თავისუფლების უფლებას შორის ბალანსის დაცვას, როდესაც საწარმოში რეალურად არსებობს რეორგანიზაციის მდგომარეობა და ვერ ახდენს დასაქმებულის უფლებების ჯეროვან დაცვას, არამედ, ამასთან, საფუძველს აცლის ყველანაირ სამართლებრივ სიცხადეს დამსაქმებლის მიერ შრომითი ხელშეკრულების შეწყვეტის დასაბუთებისას, რამდენადაც, საწარმოო მიზეზით, ხელშეკრულების მოშლისას დამსაქმებელი ვალდებულია, ხელშეკრულების შეწყვეტის გადაწყვეტილება ააგოს არა საწარმოო აუცილებლობის დასაბუთებით, არამედ, კონკრეტულ მუშაკთან დაკავშირებით, ხელშეკრულების მოშლის აუცილებლობით.²

უპირველეს ყოვლისა, მსჯელობა უნდა დავიწყოთ იქიდან, რომ მუშაკის არაკომპეტენტურობა ან/და არასათანადო ქცევა, შკ-ის მიხედვით, საერთოდ არანაირ კავშირში არაა რეორგანიზაციასთან. რეორგანიზაციისგან დამოუკიდებლად, შკ-ის მიხედვით, შრომითი ხელშეკრულების შეწყვეტის, სრულიად დამოუკიდებელი, ცალკე საფუძვლებია 37-ე, I, ბ) და თ) მუხლი. შკ-ის 37-ე I, ა) მუხლით, კი მოცემულია „საწარმოო აუცილებლობის“ შემთხვევა. „საწარმოო აუცილებლობა არის, სწორედ, ის პატივსაცემი საფუძველი, რომელიც, ცალკეულ შემთხვევებში, კანონით გათვალისწინებული წინაპირობების არსებობისას, ამართლებს დამსაქმებლის მიერ შრომითი ხელშეკრულების მოშლას.“³ იგი დამსაქმებლის სფეროდან მომდინარე საფუძველია, ხოლო მუშაკის არაკომპეტენტურობა ან/და არასათანადო ქცევა კი პირიქით, - დასაქმებულის.⁴ შესაბამისად, დასახელებული კრიტერიუმების კუმულაცია (ციტირებულ გადაწყვეტილებაში გამოყენებულია „და“ კავშირი) საწარმოს ოპერატიულ საჭიროებებთან, დასაქმებულთან შრომითი ხელშეკრულების შესაწყვეტად, აბსოლუტურად ეწინააღმდეგება 37-ე, I ა) მუხლის დანიშნულებას და, ფაქტობრივად, შეუძლებელს ხდის ამ ნორმის გამოყენებით იმ დასაქმებულის გათავისუფლებას, რომელიც კვალიფიციურია და არ არღვევს სახელშეკრულებო ვალდებულებებს, რაც გაკოტრებისათვის განწირულს ხდის იმ დამსაქმებელს, რომელიც მძიმე ფინანსური პრობლემების წინაშე დგას და დასაქმებულთა რაოდენობის შემცირება მისთვის არსებითად სასიცოცხლოდ აუცილებელი, მატერიალური რესურსების მობილიზაციის უკანასკნელი შესაძლებლობაა; ეს ის შემთხვევაა, როდესაც, მაგალითად, დამსაქმებელ კომპანიას აქვს რეალური და სერიოზული ეკონომიკური მიზეზი, სახსრების დეფიციტი და ესაჭიროება საკუთარი, საფრთხის ქვეშ მყოფი ეკონომიკური პოზიციის შენარჩუნება.⁵ ამასთან, სასამართლოს მიერ შემოთავაზებული, ესოდენ მკაცრი, მიდგომა წინააღმდეგობაში მოდის საქართველოს კონსტიტუციის 26-ე მუხლის მე-4 პუნქტით გარანტირებული მეწარმეობის თავისუფლებასთან როგორც შრომის თავისუფლებისა და ეკონომიკური თავისუფლების ერთ-ერთი გამოვლენასთან,⁶ რომელიც, თავის თავში ასევე აერთიანებს საკადრო პოლიტიკის განსაზღვრის თავისუფლებასაც. მიუხედავად იმისა, რომ კონსტიტუციის ამ ნორმით დაცული სფეროს შესაბამისად, დამსაქმებელ სუბიექტებს მინიჭებული აქვთ ფართო უფლებამოსილება, თავად მოახდინონ

² *სტურუა, ნ.*, შრომითი ხელშეკრულების მოშლა, სამართლის ჟურნალი, თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტის გამომცემლობა, თბილისი, №1, 2015, 229.

³ *ჩაჩავა, ს.*, შრომის ხელშეკრულების ნებაზე დამოკიდებული და მხარეთა ნებისაგან დამოუკიდებელი შეწყვეტა – 2013 წლის 12 ივნისის ცვლილებებით დამკვიდრებული ახალი კლასიფიკაცია, შრომის სამართლის უახლესი ცვლილებების სამართლებრივი ასპექტები, *ჩაჩავა, ს.*, რედ., გერმანიის საერთაშორისო თანამშრომლობის საზოგადოება (GIZ), თბილისი, 2014, 99.

⁴ იქვე, 99, 102.

⁵ *Sands, R. S.*, National Report - France, Employment Law (The Comparative Law Yearbook of International Business), *Campbell, D.*, Ed., *Alibekova, A.*, Volume Ed., Special Issue, Kluwer Law International, the Netherlands, 2006, 215.

⁶ *ფუტყარაძე, ი.*, საქართველოს კონსტიტუციის კომენტარი. მეორე თავი, საქართველოს მოქალაქეობა. ადამიანის ძირითადი უფლებანი და თავისუფლებანი, კონსტიტუციის 30-ე მუხლის კომენტარი, *ტურავა, კ.* რედ. პირველი გამოცემა, ა(ა)იპ კონსტიტუციონალიზმის კვლევისა და ხელშეწყობის რეგიონალური ცენტრი, გერმანიის საერთაშორისო თანამშრომლობის საზოგადოება (GIZ), თბილისი, 2013, 373.

სასურველი დასაქმებულების რეკრუტირება და სასამართლოს განხილვის საგანი ვერ გახდება ბიზნეს გადაწყვეტილება, მეწარმის გადაწყვეტილება მაინც არ უნდა იყოს ცალსახად ირაციონალური, დაუსაბუთებელი ან მიანიშნებდეს უფლების ბოროტად გამოყენებაზე.⁷ მართალია, მოცემულ შემთხვევაში მოპასუხე არ იყო მეწარმე სუბიექტი, თუმცა განსახილველ განმარტებებს სასამართლო განაზოგადებს შრომის კოდექსით დარეგულირებული ურთიერთობების მიმართ და აღწერს როგორც შკ-ის 37-ე, I, ა) მუხლის აუცილებელ თანხმლებ წინაპირობას. როგორც დავინახეთ, მოცემული მსჯელობიდან, სულაც არ არის საჭირო, დამსაქმებელმა ფინანსური კოლაფსის საშიშროებას დაუცადოს, ვიდრე სამუშაო ძალის რეორგანიზებას მოახდენდეს და, ამ მიზეზით, დასაქმებულს დაითხოვდეს, არამედ, შრომითი ხელშეკრულების შეწყვეტის გასამართლებლად, საკმარისია, დამსაქმებელმა უჩვენოს ის უპირატესობები და სარგებელი, რასაც ამგვარი პოლიტიკა მოიტანს, რომ ამ ცვლილებებს შეუძლია, შეამსუბუქოს პრობლემა, გააუმჯობესოს საწარმოს მდგომარეობა ან მოახდინოს მისი პოტენციალის მაქსიმალიზაცია,⁸ რაც უნდა დასტურდებოდეს რეორგანიზაციის აუცილებლობაზე მიმთითებელი მტკიცებულებებით;⁹ და, რაც ყველაზე მთავარია, კონკრეტული დასაქმებულის ფუნქციებში შემავალი სამუშაოს შესრულება აღარ უნდა იყოს საჭირო, ხოლო შრომითი ურთიერთობის შეწყვეტის თავიდან აცილების საშუალებები, როგორებიცაა, სამუშაო საათების შემცირება ან ზეგანაკვეთური სამუშაოს შემცირება, გონივრულად მოსალოდნელია, რომ არ იქნება მხარეების უპირატესი ინტერესების შესაბამისი.¹⁰ სწორედ ამგვარი მიდგომა უზრუნველყოფს დემოკრატიულ სახელმწიფოში დამსაქმებლისა და დასაქმებულის ინტერესებს შორის გონივრულ და სამართლიან ბალანსს და, ამავე დროს, *favor prestatoris* პრინციპის შესაბამისად, აძლევს სასამართლოს საშუალებას გააკონტროლოს, რომ დამსაქმებლის ფართო დისკრეციამ არ შელახოს დასაქმებულის უფლება - „განახორციელოს, შეინარჩუნოს და დათმოს სამუშაო; დაცული იყოს უმუშევრობისგან, სამსახურიდან უსაფუძვლო, თვითნებური და უსამართლო გათავისუფლებისაგან.“¹¹

გარდა ამისა, მუშაკის არასაკმარის კვალიფიკაციაზე მსჯელობისას, სასამართლოს მითითება სრულიად ურთიერთსაწინააღმდეგოა. კერძოდ, სასამართლო აქცინტს აკეთებს იმაზე, რომ ი.გ. ხანგრძლივი დროის განმავლობაში (2007 წლიდან) მუშაობდა მოპასუხესთან და არ არსებობდა მისი არაკვალიფიციურობაზე რაიმე მტკიცებულება. ეს მსჯელობა, ორგანიზაციულ ცვლილებების გამო, დასაქმებულის გათავისუფლებასთან არ არის რელიგანტური, რამდენადაც თუ ი.გ.-ს რეორგანიზაციამდე არასაკმარისი კვალიფიკაციისას, ვიღებთ დასკვნას, რომ ეს გათავისუფლებას გამოიწვევდა არა რეორგანიზაციას, არამედ დასაქმებულის კვალიფიკაციის ან პროფესიული უნარ-ჩვევების შეუსაბამობას, დაკავებულ თანამდებობასთან/შესასრულებელ სამუშაოსთან ან, სრულიად, დარღვევას შკ-ის 37-ე, ზ)/თ) მუხლით. ეს კი, სრულიად დამოუკიდებელი საფუძველია შრომითი ხელშეკრულების შეწყვეტისათვის. შესაბამისად, უმჯობესი იქნებოდა, სასამართლოს განსხვავებულად ემსჯელა ამ კრიტერიუმზე და შეეფასებინა, ხომ არ ექნებოდა ადგილი განხორციელებული ცვლილებების შემდეგ ისეთ ფუნქციურ გადანაწილებას, რომ გამოეწვია დასაქმებულის არაკომპეტენტურობა ან შეუსაბამობა ფუნქციურად განახლებულ სამუშაო პოზიციასთან. უკანასკნელი შემთხვევა, მართლაც, ჩაითვლებოდა ხელშეკრულების შეწყვეტის ვალიდურ საფუძველად, ხოლო ორგანიზაციულ ცვლილებებამდე დასაქმებულის ქცევისა და კვალიფიკაციის შემოწმება კი, როგორც ეს განხორციელებულია განსახილველ გადაწყვეტილებაში, ფაქტობრივად, ვერავითარ ქმედით შედეგს ვერ იძლევა შკ-ის 37-ე, I, ა) მუხლის მიზნებისათვის.

⁷ *სანტაგატა, რ.*, 37-ე მუხლი, საქართველოს შრომის კოდექსის კომენტარი, *ბორონი, ა.* რედ., *ზაალიშვილი, ვ.* ქართული გამოცემის რედ., მერიდიანი, თბილისი, 2016, 360.

⁸ *Lockton, D. J.*, *Employment Law, Cremona, M. Ed.*, Fourth Edition, Palgrave Macmillan, Wales, 2003, 283.

⁹ *Bone, A., Suff, M.*, *Essential Employment Law*, Second Edition, Cavendish Publishing Limited, London, Sydney, 1999, 135.

¹⁰ *Glaser, R., Kolvenbach, D. W.*, National Report - Germany, *Employment Law (The Comparative Law Yearbook of International Business)*, *Campbell, D. General Ed., Alibekova, A. Volume Ed.*, Special Issue, Kluwer Law International, the Netherlands, 2006, 267.

¹¹ საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს 2007 წლის 26 ოქტომბრის გადაწყვეტილება №2/2/389 საქმეზე - საქართველოს მოქალაქე *მაია ნათაძე* და სხვები საქართველოს პარლამენტისა და საქართველოს პრეზიდენტის წინააღმდეგ, II, პ. 19.

როგორც აღინიშნა, დასაქმებულის არასათანადო ქცევა, ცალკეა გათვალისწინებული შკ-ის 37, I, ზ) და თ) მუხლით. არც ერთი გონიერ დამსაქმებელს არ დასჭირდება დასაქმებულის არასათანადო ქცევისას რეორგანიზაციის საფუძველი არჩევანის გაკეთებისა, რამდენადაც დარღვევისას დასაქმებული ნაკლებად ხელსაყრელ მდგომარეობაშია - კონტრაქტის უფლებამოსილი ხდება დაითხოვს იგი 38-ე, I, II, მუხლით გათვალისწინებული ვადების დაცვისა და კომპენსაციის გადახდის გარეშე, რაც, რეორგანიზაციისას, გამათანაბრებელი ზომაა, საფუძვლის დამსაქმებლის სფეროდან წარმომავლობის გამო.

საწარმოში ცვლილებებისას დამსაქმებლის მიერ არასათანადო ქცევის საფუძველად გამოყენებას ექვის თვალთ უყურებს, ასევე უცხოური სასამართლო პრაქტიკაც. მაგალითად, საქმეში *Timex Corp. v. Thomson*¹² ინგლისისა და უელსის სააპელაციო შრომითმა ტრიბუნალმა (EAT) პირის სამსახურიდან გათავისუფლება უკანონოდ ჩათვალა შემდეგ სიტუაციაში: დასაქმებული, გათავისუფლებამდე, დაინიშნა მენეჯერულ პოზიციაზე. კომპანიაში განხორციელდა რეორგანიზაცია და მენეჯერული პოზიციების რიცხვი სამიდან ორამდე შემცირდა. რეორგანიზაციის გამო საჭირო გახდა შესაბამის პოზიციაზე დასაქმებულს, ჰქონოდა ინჟინრის კვალიფიკაცია, რაც გათავისუფლებულს არ გააჩნდა და ამიტომაც იგი შეარჩიეს გასათავისუფლებლად. კომპანია ასევე აცხადებდა, რომ კვალიფიკაციის ნაკლებობის გარდა, სამსახურიდან გათავისუფლების გადაწყვეტილება, ასევე განპირობებული იყო დასაქმებულის, ზოგადად, არადადამაკმაყოფილებელი მუშაობით. გათავისუფლება უკანონოდ ჩაითვალა, რადგანაც დამსაქმებელმა, ცხადად, ვერ გამოკვლია გათავისუფლების მიზეზი - საწარმოში განხორციელებული ცვლილებები, თუ არასათანადო უნარები და შესრულების ხარვეზები. EAT-ის განმარტებით, მაშინაც კი, როცა, მართლაც, სახეზეა სამუშაო ძალის შემცირების სიტუაცია, არსებობს შესაძლებლობა, რომ დამსაქმებელმა გამოიყენოს როგორც საბაზი, რათა თავიდან მოიცილოს დასაქმებული, რომლის გათავისუფლებაც ისედაც სურს. არასათანადო შესრულების მიმთითებელი მტკიცებულებების წამოყენებით, ასეთ შემთხვევებში, ჩნდება ალბათობა, რომ, რეალურად, რეორგანიზაცია მოეწყო გათავისუფლების საბაზად და არ წარმოადგენდა შრომითი ხელშეკრულების შეწყვეტის ოპერატიულ საფუძველს.¹³

უზენაესი სასამართლოს განჩინებაში არსებული პრობლემური განმარტების საკითხს ვერც ფრაზის გრამატიკული უზუსტობის არგუმენტი ვერ შეამსუბუქებს, რადგან, თუ გამოითქმის ვარაუდი, რომ „და“ კავშირის ნაცვლად გამოყენებული უნდა ყოფილიყო „ან“, რაც სხვა გადაწყვეტილებებში გვხვდება,¹⁴ სიტუაციას ვერც ეს გამოასწორებდა, რადგან დასაქმებულისაგან მომდინარე საფუძველს არ აქვს კავშირი რეორგანიზაციასთან. სავარაუდოდ, ამ კრიტერიუმებს უზენაესი სასამართლო შრომის საერთაშორისო ორგანიზაციის („შსო“) 1982 წლის 22 ივნისის №158 კონვენციიდან¹⁵ ციტირებს, რომელიც ითვალისწინებს შიშვეტიის გონივრული საფუძვლის ცნებას. „გონივრულობის“ პრინციპი ასახული უნდა იყოს ყველა სახელმწიფოს შიდა სამართალში. კონვენციის მე-4 მუხლის თანახმად, შრომითი ხელშეკრულება არ უნდა შეიწყდეს დასაქმებულს, თუ არ არსებობს ამისათვის სათანადო საფუძველი, რაც უკავშირდება დასაქმებულის შესაძლებლობებსა და ჩვეულების წესს ან დაწესებულების, საწარმოს აუცილებლობას ან სამსახურს“. მე-4 მუხლის ეს დებულებები არ არის თვითშესრულებადი ნორმები: მათი იმპლიმენტაციისათვის საჭიროა შიდასახელმწიფოებრივი აქტის ან ნორმის არსებობა.¹⁶ ეს ნორმა მიემართება სახელმწიფოს და არა ცალკეულ პირებს და ითვალისწინებს ხელშემკვრელ სახელმწიფოთა შრომის

¹² *Timex Corp. v. Thomson* (1981), EAT, ტექსტი ხელმისაწვდომია: <<https://swarb.co.uk/timex-corporation-v-thomson-eat-1981/>> [11.04.2019 11:00].

¹³ *Barrow, C., Duddington, J.*, Briefcase Employment Law, Second Edition, Cavendish Publishing Limited, London, Sydney, 2000, 95-96.

¹⁴ იხ. საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სამოქალაქო საქმეთა პალატის 2016 წლის 8 აპრილის №ას-115-111-2016 განჩინება; საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სამოქალაქო საქმეთა პალატის 2018 წლის 26 იანვრის №ას-1493-1413-2017 განჩინება.

¹⁵ შრომის საერთაშორისო ორგანიზაციის 1982 წლის №158 კონვენცია დამსაქმებლის ინიციატივით შრომითი ურთიერთობის შეწყვეტის შესახებ. ტექსტი ხელმისაწვდომია: https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C158 [02.01.2019 15:30].

¹⁶ *ალექსიძე, ლ.*, თანამედროვე საერთაშორისო სამართალი, განახლებული და შევსებული გამოცემა, იურისტების სამყარო, თბილისი, 2015, 33.

კანონმდებლობაში მათ ასახვას.¹⁷ ეს დებულებები სრულად ასახულია შკ-ის 37-ე, I კ), ზ), თ) და ა) მუხლში. გადაწყვეტილებაში წამოჭრილი პრობლემის გადაწყვეტისათვის სასამართლოს სურდა განემარტა ის დამატებითი პირობები, რაც იძლევა საშუალებას დამსაქმებელმა გააკეთოს არჩევანი დასაქმებულის გათავისუფლების საფუძვლებთან დაკავშირებით.

¹⁷ საქართველო ამ კონვენციის ხელშემკვერელი სახელმწიფო არ არის, თუმცა მას „გონივრული საფუძვლის“ პრინციპის დანერგვის მოვალეობა მაინც აკისრია საერთაშორისო ჩვეულებითი სამართალიდან და ეკონომიკური, სოციალური და კულტურული უფლებების შესახებ საერთაშორისო პაქტის მე-6 მუხლიდან გამომდინარე (*კასრაძე, ლ.*, სახელმწიფოს მინიმალური ვალდებულება და „გონივრულობის საფუძვლის“ პრინციპი დასაქმებულის სამუშაოდან გათავისუფლების საქმეში: შრომის საერთაშორისო ორგანიზაციის სტანდარტი, ადამიანის უფლებათა დაცვის საერთაშორისო სტანდარტები და საქართველო, *კორკელია, კ.* რედ. გერმანიის საერთაშორისო თანამშრომლობის საზოგადოება (GIZ), თბილისი, 2011, 111).

The Ruling of the Supreme Court of Georgia, November 10, 2017, Case No.As-1189-1109-2017

Subject: Termination of employment contract,
Organizational changes.

Defined norms:
Article 37, I, a) of Labour Code (LC)²

Important facts of the case:

Claimant I.G. had been employed on various positions at defendant Non-entrepreneurial (Non-commercial) Legal Entity Senaki Municipality Sport Association (hereinafter – N(N)LE, cassator, appellant) since 2007. S/he worked as a Public Relations Specialist on the basis of open-ended employment contract concluded between the parties on January 27, 2016, and his/her monthly salary was 400 GEL.

Staff list and salary rates of the defendant N(N)LE were approved under the Order No. 55 of March 28, 2016 of the director of the N(N)LE, by which 10 staffing position were reduced including one of the specialists in public relations affairs. On 26 February, 2016, the plaintiff was warned about a possible dismissal from the current position due to organizational changes on the basis of Article 37, I, a) of the Labor Code ("LC"). By the Order No.64 of March 30, 2016, the claimant was dismissed from his/her position on April 1, 2016, with the final payment - compensation equal to one-month salary.

The staff reduction made by the N(N) LE's management was preceded by the letter of January 18, 2016, from Senaki Municipality Governor to defendant's administration. The letter was stating that N(N)LE should have taken appropriate measures to allocate the amount not envisaged in the budget, viz. 10380 GEL for implementation of infrastructural projects in the Senaki Municipality in 2016 according to the ordinance No.594 of the Government of Georgia of November 25, 2015. The author of the letter requested to obtain aforementioned amount within the framework of the Sports Promotion Program. On the same day, the Senaki Municipality Administration was notified in writing that the necessary amount - 16 000 GEL was allocated through reduction of staffing position.

I.G. filed a lawsuit against the employer by which s/he requested annulment of defendant's Orders No. 55 of March 28, 2016 and No. 64 of March 30, 2016 and reinstatement in work, as well as remuneration of lost earnings - 400 GEL per month until reinstatement in work.

Court interpretations:

According to the decision of the court of first instance, I.G.'s claim was partially satisfied, in particular, the appealed orders were annulled only regarding the reduction of the plaintiff's position, s/he was reinstated in work and N(N)LE was imposed in favor of I.G. to remunerate lost earnings. This decision was also fully agreed by the appellate and cassation courts. The first instance court imposed on the employer a burden of proof that the dismissal of the employee was lawful. However, the employer failed to do this in the dispute.

¹ BA of Law International Black Sea University.

² 2010 Georgian Obraganic Law No.4113-RS Labour Code. Available at <<https://matsne.gov.ge/document/view/1155567?publication=12>>.

During the trial the court examined whether the defendant organization was reorganized, if the employer had necessity of reduction of the claimant's position and whether it was an abuse of right from the employer or not. The court answered on these questions unequivocally, that the claimant was wrongfully dismissed from the job as a result of abusing of the right by the employer.

The court of first instance considered that in the dispute the circumstances indicated and the evidence submitted by the employer did not substantially imply reorganization and the employer did not face necessity to reduce staff and dismiss employees from work. In particular, the Court found that in order to allocate the certain amount of money within specific program, staff downsizing and dismissal of employees by referring to reorganization was contrary to national legislation, as well as the international acts, which protect employee from employer's illegal actions and dismissal from the job without any justification.

As for appellate court, according to its reasoning, "in case of real reorganization of an enterprise (changing the structure or legal form, alteration, transformation), the administration of the enterprise is obliged to prove the necessity of reduction, in order to avoid a formal downsizing of the staff and reorganization not to become statutory ground for making improper decisions."

Cassation court agreed with reasoning made by courts of a lower instances and added that, while deciding dismissing employee from job for any reason, including reorganization, the employer is obliged to follow a reasonable and substantiated criterion, which excludes the basis for doubt in the decision-making process and does not violate legitimate interest of the employee, his/her labor rights unreasonably. Inasmuch as the claimant was appointed on the position of public relations specialist without fixed term, s/he was employee of cassator since 2007, during this time, the violation of labor discipline, incompatibility with the position, lack of qualification was not proved, the employer was constantly continuing employment contract with him, even if the reorganization had been carried out from the objective point, s/he could not have been dismissed from the work, as "even if there are actually preconditions of Article 37, I, a) of the LC, dismissal of an employee should be connected with the incompetence and/or misconduct of the employee and b) based on the operational requirements of undertaking, establishment or service".

Commentary:

The main parts of the aforementioned judicial opinions are reasonable, since, indeed, in practice, employers get rid of the subjectively undesirable employees due to completely wrongful motivations while grounding their decision on reorganization, and in fact, concealing unequal treatment under organizational changes. Nevertheless, we cannot agree with the court's reference to the criteria by which it explains that if there were real organizational changes in the enterprise, in making the choice employer should have based the order together with preconditions provided by Article 37, I, a) of the LC on two criteria - a) incompetence and/or misconduct of the employee and b) the operational requirements of undertaking, establishment or service – while terminating contract with the employee. These criteria not only cannot ensure protection of a balance between labor rights and freedom of entrepreneurship, when actually there is a reorganization situation in the enterprise and cannot properly protect the employee's rights, but, at the same time, they undermine legal certainty in reasoning termination of employment contract by the employer, since, while repudiating the contract due to industrial reasons, the employer is required to draw up his/her/its

decision about termination of the contract not on the justification of operational reason, but on a necessity of termination of the contract with the particular employee.³

First of all, we should start reviewing from the fact that incompetence and/or misconduct of the employee is not related to reorganization at all. Independently from reorganization, Article 37, I, g) and (h) are separate, autonomous grounds for the termination of labor agreement. And Article 37, I, a), is the case of "industrial necessity". "Industrial necessity is a valid ground which in certain cases, if preconditions prescribed by law are met, justifies repudiation of the employment contract by the employer."⁴ It is the basis that is coming from the employer's sphere, while the incompetence and/or misconduct of the employee comes from the employee.⁵ Hence, cumulating of the aforementioned criteria ("and" conjunction is used in the cited decision) with enterprise's operational needs for termination of the labor agreement is absolutely contrary to the purpose of the Article 37, I a) and, in fact, makes it impossible to dismiss the employee who is qualified or does not violate contractual obligations, that dooms to bankruptcy the employer, which faces severe financial problems and reduction number of employees is the last measure to mobilize essentially vital material resources; This is a situation when employer has a real and serious economic reason, the company is operating at a deficit and needs to safeguard its economic position that is in jeopardy.⁶ Furthermore, such a strict approach proposed by the court is contradictory with the freedom of entrepreneurship guaranteed by Article 26, IV of the Constitution of Georgia as one of the reflections of labor freedom and economic freedom, which⁷ also per se combines the freedom to determine personnel policy. Despite the fact that in accordance with the provisions of the Constitution protecting this sphere, the employers are granted a wide range of powers to recruit employees they prefer. The business decision may not become subject to judicial review, but the decision of the entrepreneur should not be clearly irrational, unsubstantiated or indicating abuse of the right.⁸ The defendant was not an entrepreneur in the present case, however the court generalized these interpretations regarding relationships regulated by the Labor Code and describes as the preconditions of Article 37, I, a) of the LC. As it is obvious from abovementioned, employer does not need to wait for the risk of the financial collapse before reorganizing the workforce and dismiss an employee for this reason, but to justify the termination of the labor agreement it is sufficient to show what advantages or benefits such policy will bring; that the changes can either alleviate the problem, improve the business or maximise its potential.⁹ This should be proven by evidence confirming necessity of reorganization¹⁰ and most importantly, the work of a particular employee is no longer required and other means for preventing the termination, inter alia shorter hours or reduced overtime, cannot reasonably be

³ *Sturua, N.*, Termination of Employment Contract, Journal of Law, Ivane Javakhishvili Tbilisi State University Press, Tbilisi, No.1, 2015, 229.

⁴ *Chachava, S.*, Termination of Labour Agreement depending on the intent and independent from the parties' intent - the new classification, adopted by the amendments of June 12, 2013, Legal Aspects of the Latest Changes in labor law, Ed. Chachava S., German Corporation for International Cooperation GmbH (GIZ), Tbilisi, 2014, 99.

⁵ *Id.*, 99, 102.

⁶ *Sands, R. S.*, National Report - France, Employment Law (The Comparative Law Yearbook of International Business), *Campbell, D.*, Ed., *Alibekova, A.*, Volume Ed., Special Issue, Kluwer Law International, the Netherlands, 2006, 215.

⁷ *Putkaradze, I.*, Commentary to Article 30, Commentary to the Constitution of Georgia. Chapter two, Georgian Citizenship. Basic Rights and Freedoms of Human, Ed. Turava P., the First edition, N(N)LE The Regional Centre for Research and Promotion of Constitutionalism, German Corporation for International Cooperation GmbH (GIZ), Tbilisi, 2013, 373.

⁸ *Santagata, R.*, Article 37, Commentary to the Labour Code of Georgia, Ed. Borroni A., Georgian Edition Ed. Zaalishvili V., Meridiani Publishing, Tbilisi, 2016, 360.

⁹ *Lockton, D. J.*, Employment Law, *Cremona, M.* Ed., Fourth Edition, Palgrave Macmillan, Wales, 2003, 283.

¹⁰ *Bone, A., Suff, M.*, Essential Employment Law, Second Edition, Cavendish Publishing Limited, London, Sydney, 1999, 135.

expected to be in the best interest of the parties.¹¹ Indeed, such an approach ensures reasonable and fair balance between the employer and the employee's interests in a democratic state, and at the same time, in accordance with favor prestatoris principle, it allows the Court to control that the employer's wide discretion is not infringing the employee's right to "maintain, retain, and leave a job; To be protected from unemployment... from unreasonable, arbitrary and unfair dismissal".¹²

In addition, the court's reference to the insufficient qualification of the employee is completely contradictory. In particular, the Court emphasizes that I.G. has worked at defendant organization for a long time (since 2007) and there was no proof of his being unqualified. This reasoning is not relevant to an employee's dismissal due to organizational changes, as far as if the I.G. lacked qualification before reorganization, we get the conclusion that his/her dismissal was caused not by the reorganization, but the incompatibility of an employee's qualifications or professional skills with the position held/work to be performed by the employee or violation, according to Article 37 g)/h) of the LC. This is a completely independent basis for termination of the labor agreement. Consequently, it would be better for the Court to review this criterion differently and evaluate if there was any redistribution of functions after the changes that would cause the incompetence or incompatibility of the employee with a functionally renewed working position. The latter case would be deemed to be a valid basis for termination of the contract, however checking the employee's behavior and qualification before organizational changes, as it has been made in this decision of the court, actually does not provide any effective result for the purposes of Article 37, I, a) of LC.

As it was noted, the employee's improper behavior is separately stipulated under Article 37, I, g) and (h) of the LC. During making the choice no reasonable employer will need to apply ground of reorganization in case of misconduct by the employee, as if there is violation by the employee, s/he falls in less favorable situation, namely the contracting party becomes entitled to dismiss him/her without observation of the terms and compensation prescribed by the Article 38, I, II, that is equalizing mean to the reorganization ipso facto the ground is originated from the employer's sphere.

In the course of the changes in the enterprise, indicating at employee's misconduct by the employer is suspicious for foreign judicial practice, too. E.g. in case - *Timex Corp. v. Thomson*¹³ dismissal of a person was deemed unlawful by Employment Appeal Tribunal of England and Wales (EAT) in the following situation: shortly before the employee was dismissed, he had been appointed to the managerial position. The company implemented re-organization and the three management jobs decrease to two positions. The new positions required engineering qualifications that the dismissed employee did not possess, and so he was selected for redundancy. The company also maintained that, as well as lack of qualifications, the decision to dismiss had also been influenced by the employee's general unsatisfactory performance. The tribunal held that the dismissal was unfair, as the company had failed to establish whether the reason for dismissal was redundancy due to organizational changes or lack of capability. EAT stated that even where there is a redundancy situation, it is possible for an employer to use such a situation as a pretext for getting rid of an

¹¹ *Glaser, R., Kolvenbach, D. W.*, National Report - Germany, Employment Law (The Comparative Law Yearbook of International Business), *Campbell, D.* General Ed., *Alibekova, A.* Volume Ed., Special Issue, Kluwer Law International, the Netherlands, 2006, 267.

¹² Decision of October 26, 2007 of the Constitutional Court of Georgia on No.2/2/389 Case – Citizen of Georgia *Maia Natadze* and others v. the Parliament of Georgia and the President of Georgia, II, par. 19.

¹³ *Timex Corp. v. Thomson* (1981), EAT, text is available at: <https://swarb.co.uk/timex-corporation-v-thomson-eat-1981/> [11.04.2019 11:00].

employee he wishes to dismiss. In such circumstances, trying to present evidence of unsatisfactory performance raises a doubt that redundancy was indeed created as a pretext to dismiss the employee, and was not the operative reason for the dismissal.¹⁴

The issue of problematic interpretation made by the Supreme Court in this ruling cannot also be mitigated by an argument of grammatical inaccuracy of the phrase. Even if we assume that the court mistakenly has used "and" conjunction instead of "or" conjunction which is used in some other decisions,¹⁵ situation still cannot be solved, because violation as a ground coming from the employee's party does not have a connection to the reorganization. Supposedly, these criteria are cited by the Supreme Court from No.158 Convention¹⁶ of June 22, 1982 of International Labour Organization (ILO) which provides the concept of "valid reason" for termination. The principle of "validity" should be reflected in the domestic law of all States. According to Article 4 of the Convention, the employment of a worker shall not be terminated unless there is a valid reason for such termination connected with the capacity or conduct of the worker or based on the operational requirements of the undertaking, establishment or service." These provisions of Article 4 are not self-fulfilling norms: their implementation requires the existence of a domestic legal act or norm.¹⁷ The aforementioned norm is directed to the State and not to individual persons and stipulates for its transposition in the labour legislation of the contracting states.¹⁸ These provisions are fully reflected in Article 37, I f), g), h) and a) of LC. In order to solve the problem raised in the case, the Court intended to explain the additional conditions that allow the employer to make a choice on the grounds for dismissal of the employee.

¹⁴ *Barrow, C., Duddington, J.*, Briefcase Employment Law, Second Edition, Cavendish Publishing Limited, London, Sydney, 2000, 95-96.

¹⁵ See the ruling of the Supreme Court of Georgia of April 8, 2016, case No.AS-115-111-2016; the ruling of the Supreme Court of Georgia of January 26, 2018, case No.AS-1493-1413-2017.

¹⁶ No.158 Convention of 1982 of International Labour Organization (ILO) concerning Termination of Employment at the Initiative of the Employer. text is available at: <https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C158> [02.01.2019 15:30].

¹⁷ *Aleksidze, L.*, Contemporary International Law, Updated and revised edition, Publishing "World of Lawyers", Tbilisi, 2015, 33.

¹⁸ Georgia is not a contracting state of this Convention, but it still has a duty to implement a "valid reason" principle in accordance with international customary law and Article 6 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (*Kasradze, L.*, Minimum Obligation of State and "Valid Reason" Principle in case of dismissing an employee: Standard of International Labour Organization, International Standards for Human Rights Protection and Georgia, Korkelia K. Ed., German Corporation for International Cooperation GmbH (GIZ), Tbilisi, 2011, 111).

უზენაესი სასამართლოს 2018 წლის 02 ივნისის გადაწყვეტილება, საქმე №ას-291-291-2018

თემა: დაყოვნებული თანხის 0.07%-ის ანაზღაურება

განმარტებული ნორმები:

შკ-ის² 31-ე, IV მუხლი

მნიშვნელოვანი ფაქტობრივი გარემოებები

მოსარჩელის მოთხოვნები ბრძანების ბათილად ცნობასა და იძულებითი მოცდენის ანაზღაურებაზე დაკმაყოფილდა სრულად. სასამართლო გადაწყვეტილების აღსრულების შემდგომ კი, თბილისის საქალაქო სასამართლოს სასარჩელო განცხადებით, მიმართა მოსარჩელემ და მოპასუხისთვის მოსარჩელის სასარგებლოდ ანაზღაურების დაყოვნების ყოველი დღისათვის თანხის 0,07%-ის ანაზღაურება - სულ 6 792,31 ლარის დაკისრება მოითხოვა 2015 წლის 5 მაისის სასამართლოს გადაწყვეტილების კანონიერ ძალაში შესვლამდე.

სასამართლოს განმარტებანი

საკასაციო პალატა 2018 წლის 02 ივნისის გადაწყვეტილებაში განმარტავს, რომ „პირგასამტეხლოს სახით იძულებითი განაცდური თანხის დაყოვნების ყოველი დღისათვის, ამ თანხის 0.07%-ის გადახდის დაკისრებაზე მოსარჩელის მოთხოვნას სამართლებრივად ვარგისი საფუძველი არ გააჩნდა, რადგან, შკ-ის 31-ე მუხლის თანახმად, შრომის ანაზღაურების ფორმა და ოდენობა განისაზღვრება შრომითი ხელშეკრულებით. ამ მუხლის ნორმები გამოიყენება მხოლოდ იმ შემთხვევაში, თუ შრომითი ხელშეკრულებით სხვა რამ არ არის გათვალისწინებული. ანაზღაურება გაიცემა თვეში ერთხელ. დამსაქმებელი ვალდებულია, ნებისმიერი ანაზღაურების თუ ანგარიშსწორების დაყოვნების ყოველი დღისათვის, გადაუხადოს დასაქმებულს დაყოვნებული თანხის 0.07 პროცენტი, ხოლო, თავისთავად, პირგასამტეხლოს მოთხოვნის ფაქტობრივ საფუძველს მხარეთა შორის არსებული ფულადი ვალდებულება წარმოადგენს, ანუ გადახდის ვალდებულების არსებობა სახეზეა, საბოლოო ანგარიშსწორების გადაუხდელობის დროს - ხელფასის, გამოუყენებელი შვებულების სახით, რაც შრომითი ხელშეკრულების მოქმედების პერიოდში გასაცემ თანხას წარმოადგენს. ნებისმიერ ანაზღაურებაში თუ ანგარიშსწორებაში, რომლის დაყოვნებასაც კანონი უკავშირებს დაყოვნებული დღისათვის გადახდის ვალდებულებას, არ შეიძლება, მოვიაზროთ განაცდური, ვინაიდან განაცდური წარმოადგენს არა სახელშეკრულებო შეთანხმებას, არამედ დასაქმებულისათვის დამდგარი ზიანის ანაზღაურების სახეს; დასაბუთებაში მითითებულია საქართველოს უზენაესი სასამართლოს 2013 წლის გადაწყვეტილება საქმეზე №ას-285-271-2013.

უზენაესი სასამართლო, მითითებულ გადაწყვეტილებაში (17.1.6. პუნქტი), ადგენს შკ-ის 31-ე, III მუხლიდან გამომდინარე სარჩელის დაკმაყოფილების შემდეგ საფუძველებს: ა) მხარეებს შორის არსებული შრომითი ურთიერთობა არ უნდა იყოს შეწყვეტილი; ბ) შეთანხმებული შრომის ანაზღაურება ყოველთვიურად უნდა გაიცემოდეს; გ) დამსაქმებელმა უნდა დაარღვიოს ძირითადი ვალდებულება - მან უნდა გადააცილოს შრომის ანაზღაურების

¹ კავკასიის უნივერსიტეტის სამართლის სკოლის მაგისტრანტი.

² საქართველოს 2010 წლის №4113-რს ორგანული კანონი შრომის კოდექსი. ხელმისაწვდომია ვებ-გვერდზე: <<https://matsne.gov.ge/document/view/1155567?publication=12>>.

შეთანხმებულ ვადას, ან საბოლოო ანგარიშსწორების კანონით დადგენილ ვადას (შკ-ის 34-ე მუხლი). განაცდური, რომელიც, განსახილველ შემთხვევაში, კასატორისათვის მთავარი მტკიცებულებაა, წარმოადგენს სასამართლოს მიერ დამსაქმებლის იძულებას დასაქმებულისთვის განაცდურის, ანუ მიყენებული ზიანის ანაზღაურების თაობაზე, რაც გამორიცხავს მხარეთა შორის განგრძობადი შრომითი ურთიერთობის (მისი თანმდევი ქმედებების: ხელფასზე შეთანხმების, ხელფასის მიღების და ა. შ.) ურთიერთობის არსებობას.

უზენაესი სასამართლო, არაერთ სხვა გადაწყვეტილებაში³, მიუთითებს სასამართლო პრაქტიკაზე, რომლითაც დადგენილია, რომ „დამსაქმებელს დაყოვნებული თანხის 0.07%-ის გადახდის ვალდებულება წარმოეშობა იმ შემთხვევაში, თუ დამსაქმებელი ხელშეკრულებიდან გამომდინარე ვალდებულებას არ შეასრულებს, ანუ, თუ გამოიკვეთება გადახდის ვალდებულების არსებობა და საბოლოო ანგარიშსწორების გადაუხდელობა. განსახილველ შემთხვევაში კი, როდესაც კასატორთანშეწყვეტილი იყო შრომითი ურთიერთობა და იგი აღარ ასრულებდა შრომით მოვალეობებს, ის აღარ შეიძლებოდა, ყოფილიყო შრომის ანაზღაურებაზე (ანგარიშსწორებაზე) უფლებამოსილი სუბიექტიც. ეს გარემოება კი, შკ-ის 31, III მუხლის კასატორის სასარგებლოდ გამოყენებას გამორიცხავს.

კომენტარი

მნიშვნელოვანია, შესწავლილ იქნეს უზენაესი სასამართლოს დადგენილი პრაქტიკა და მას მიეცეს სამართლებრივი შეფასებები იძულებითი განაცდურის ანაზღაურების ზიანის ანაზღაურებად მიჩნევისა და გათავისუფლების ბრძანების ბათილად გამოცხადების სამართლებრივ შედეგების (მათ შორის, რიგ გარემოებებში, დაყოვნების 0.07%-ის ანაზღაურების) დასაყენებლად.

უშუალოდ სასამართლო პრაქტიკის განხილვამდე, უნდა აღინიშნოს, რომ შრომის სამართალი (როგორც სამართლის დარგი) წარმოიშვა დასაქმებულის სპეციალური მდგომარეობიდან და დაცვის საჭიროებიდან გამომდინარე.⁴ შრომითსამართლებრივი ურთიერთობა, შკ-ის მიხედვით, განიმარტება როგორც შრომის ორგანიზაციული მოწესრიგების პირობებში დასაქმებულის მიერ დამსაქმებლისათვის სამუშაოს შესრულება ანაზღაურების სანაცვლოდ.⁵ შესაბამისად, გაწეული სამუშაოს ანაზღაურებისა და თანმდევი უფლებების საკითხი მხარეთა შეთანხმების არსებითი პირობაა⁶ (შრომითი ურთიერთობის ნაწილია) და ამავდროულად, ხშირ შემთხვევაში, დასაქმებულის საარსებო საფუძველს წარმოადგენს.⁷

შრომის კოდექსის VII თავი აწესრიგებს შრომის ანაზღაურების სფეროს. მოცემულ თავში რეგლამენტირებულია დასაქმებულის, როგორც სუსტი მხარის⁸ ინტერესების გამტარებელი ნორმა, რომლის მიხედვითაც, დამსაქმებელი ვალდებულია, ნებისმიერი ანაზღაურების თუ ანგარიშსწორების დაყოვნების ყოველი დღისათვის, გადაუხადოს დასაქმებულს დაყოვნებული თანხის 0.07 პროცენტი.⁹ ამ ნორმასთან მიმართებით, უზენაესი სასამართლო, იძულებით განაცდურის ანაზღაურებას განიხილავს არა როგორც სახელშეკრულებო შეთანხმებიდან წარმოშობილ ვალდებულებას, არამედ დასაქმებულისათვის დამდგარი

³ უზენაესი სასამართლოს გადაწყვეტილებები: №ას-291-291-2018 ; №ას-285-271-2013; №ას-1502-1422-2017; №ას-1257-1177-2017; №ას- 682-636-2017; №ას-82-82-2018.

⁴ *შველიძე, ზ.*, საქართველოს შრომის კოდექსით გათვალისწინებული დასაქმებულის სამართლებრივი სტატუსის მახასიათებლები, შრომის სამართალი, სტატიათა კრებული I, *ზაალიშვილი, ვ.* რედ., 2011, 106, შემდგომი მითითებით: *Berenstein, A., Mahon, P.*, Switzerland, International Encyclopedia for Labour Law and Industrial Relations, *Blanpain, R.* Chief Ed. Vol. 13, Hague, London, Boston, 2001, 30.

⁵ შკ-ის მე-2, I მუხლი.

⁶ შკ-ის მე-5, VI, ე) და მე-6, IX მუხლები.

⁷ *შველიძე, ზ.*, *ბოდინე, ქ.*, *თოდრია, თ.*, *ხაჯომია, თ.*, *გუჯაბიძე, ნ.*, *მესხიშვილი, ქ.*, საქართველოს შრომის სამართალი და საერთაშორისო შრომის სტანდარტები, სახელმძღვანელო მოსამართლეების, იურისტებისა და სამართლის პედაგოგებისათვის, შრომის საერთაშორისო ორგანიზაციის, იუსტიციის უმაღლესი სკოლის გამოცემა, საქართველო, 2017, 14.

⁸ იქვე, 14.

⁹ შკ-ის 31-ე, III მუხლი.

ზიანის ანაზღაურების სახეს¹⁰ და მოცემულ განმარტებაზე აფუძნებს დაყოვნების 0.07%-ის მოთხოვნაზე უარის თქმას.

აღსანიშნავია, რომ გათავისუფლების ბრძანების ბათილად ცნობა ნიშნავს შრომითი ურთიერთობის შეწყვეტის სამართლებრივი საფუძვლის გაბათილებას (შრომითი ურთიერთობის შეწყვეტის ფაქტის არარსებულად გამოცხადებას), რაც იმას ნიშნავს, რომ ხელშეკრულება გრძელდება - ძალაშია, თუმცა დამსაქმებლის ბრალეულობით არ სრულდება სამუშაოს მიცემის ვალდებულება. ეს კი, კვალიფიცირდება დამსაქმებლის მიერ დასაქმებულის იძულებით მოცდენად. იძულებითი მოცდენისას, დამსაქმებელს აუნაზღაურდება ის, რაც უნდა მიეღო სამუშაო რომ შეესრულებინა - ანუ ხელფასი¹¹; ეს მოთხოვნა, თავის არსით, პირველადია, შესაბამისად, ეს თანხა არის სახელფასო დავალიანება, რასაც კანონი იძულებითი მოცდენის ანაზღაურებას უწოდებს.¹²

უზენაესი სასამართლოს შეფასებებზე საპირისპირო მსჯელობას ავითარებს თბილისის სააპელაციო სასამართლო 2015 წლის 16 ივნისის გადაწყვეტილებაში საქმეზე №2ბ/1100- 15 და განმარტავს, რომ „შრომის ხელშეკრულების მოშლის საფუძვლის ბათილად ცნობა, შედეგობრივი თვალსაზრისით, იწვევს ხელშეკრულების შეწყვეტამდე არსებული მდგომარეობის აღდგენასა და იმ ზიანის ანაზღაურებას, რომელიც დასაქმებულს დამსაქმებლის მხრიდან არამართლზომიერი გათავისუფლებით მიადგა. ...გათავისუფლების ბრძანების ბათილად ცნობის სამართლებრივი შედეგი პირვანდელი მდგომარეობის აღდგენაა“.

ნორმის განმარტებასთან მიმართებით, უნდა მოვიშველიოთ უზენაესი სასამართლო 2016 წლის 29 იანვრის გადაწყვეტილებაში (საქმე №ას-941-891-2015) გაკეთებული განმარტება, რომლის მიხედვითაც, „საქართველოში განხორციელებული შრომის კანონმდებლობის რეფორმის ერთ-ერთი მიზანი, სწორედ, დასაქმებულის უფლებების დაცვა იყო; ამასთან, მნიშვნელოვანია, რომ შრომის სამართალი დაკავშირებულია ქვეყნის ეკონომიკურ განვითარებასთან და თითოეული დასაქმებულის საქმის ინდივიდუალური შეფასებისას გამოყენებული უნდა იქნეს *favor prestatoris* პრინციპი, რაც დასაქმებულთათვის სასარგებლო წესთა უპირატესობას ნიშნავს. სწორედ, აღნიშნული პრინციპის გამოყენებისას, საჭიროა დამსაქმებლის და დასაქმებულის მოთხოვნებისა და ინტერესების წონასწორობის დაცვა სამართლიანობის, კანონიერებისა და თითოეული მათგანის ქმედების კეთილსინდისიერების კონტექსტში“.

ზოგიერთი ავტორი¹³ განმარტავს, რომ „ამ სფეროში ხელშეკრულების მეორე მხარის - დამსაქმებლის მიერ უკანონო ქმედებებს ბევრად უფრო მკაცრი სამართლებრივი შედეგები მოსდევს. საქართველოს შრომის კოდექსის 31-ე მუხლის მე-3 ნაწილით გათვალისწინებული პირგასამტეხლო, სწორედ, ასეთ სამართლებრივ შედეგს წარმოადგენს. ამ ნორმის მიზანია, მკაცრი სამართლებრივი შედეგების განსაზღვრით, დამსაქმებელს ხელშეკრულების პირობებისა და კანონმდებლობის მოთხოვნათა დარღვევისაგან თავის შეკავება აიძულოს. იმ შემთხვევაში კი, თუ დამსაქმებელი, მაინც, დაარღვევს მასზე დაკისრებულ მოვალეობებს, დასაქმებულს კანონით, უპირობოდ, გათვალისწინებული პირგასამტეხლოს მოთხოვნის უფლება ენიჭება, რამაც, სხვა დანარჩენი მოთხოვნის უფლებების განხორციელებასთან ერთად, მისთვის საარსებოდ აუცილებელი უფლებების დარღვევის ფაქტის კომპენსირება უნდა მოახდინოს“.

ამდენად, გათავისუფლების ბრძანების ბათილად ცნობისას, პირვანდელი მდგომარეობის აღდგენით, დასაქმებულს ყველა ის უფლება უნდა მიენიჭოს, რაც მას ექნებოდა, უკანონოდ გათავისუფლების ფაქტს რომ არ ჰქონოდა ადგილი. (რომ არა უკანონო

¹⁰ უზენაესი სასამართლოს გადაწყვეტილებები: №ას-82-82-2018, №ას -285-271-2013; 30/09/2013.

¹¹ შკ-ის 32-ე, I მუხლი.

¹² იქვე.

¹³ თუმანიშვილი, გ., მასურაძე, ა., ნებისმიერი ანაზღაურების თუ ანგარიშსწორების დაყოვნების ყოველი დღისათვის დამსაქმებლის მიერ დასაქმებულისათვის დაყოვნებული თანხის 0.07% გადახდის ვალდებულების შესახებ, ჟურნალი მართლმსაჯულება და კანონი, №2-58, 2018, 83.

ბრძანება - დასაქმებული ხელფასს მიიღებდა; ასევე, რომ არა დამსაქმებლის ბრალეულობა, ხელფასი არ დაგვიანდებოდა და რადგან დაგვიანდა 0.07%-ის მოთხოვნაც საფუძვლიანია).

The Decision of the Supreme Court of June 02, 2018, Case No. AS-291-291-2018

Subject: Payment of 0.07% of the delayed sum

Defined norms:

Article 31, IV of Labour Code (LC)²

Important facts of the case

The plaintiff's claims about annulment of the order and compensating lost earnings were fully satisfied. After enforcement of the court decision, the plaintiff addressed the Tbilisi City Court with a statement of claim and requested remuneration of 0.07% of the delayed sum for each day of any delayed payment – namely, imposition of 6 792,31 GEL in total in favor of the claimant until entering into legal force of the court decision of May 5, 2015.

Court interpretations

The Cassation Chamber held in the ruling dated June 02, 2018, explains that "the claimant's request for imposition of 0.07% of the delayed sum for each day of lost earnings sum as a penalty had no legally valid basis, as according to Article 31 of the Labor Code ("LC"), a labour agreement shall determine the form and amount of remuneration. The norms of this article shall apply unless otherwise provided for by a labour agreement. Remuneration shall be paid once per month. An employer shall be obliged to pay an employee 0.07 per cent of the delayed sum for each day of any delayed compensation or payment, and *per se* the factual ground for claiming penalty is monetary obligation between the parties, i.e. there is a payment obligation at the time of non-payment of final payment – in form of wages, unused leave of absence, which is the amount to be paid during the labor contract period. Lost earnings cannot be considered in any compensation or payment delay of which is statutorily related to the obligation to pay for a delayed day since lost earning is not a contractual agreement, but it is a type of damages. The reasoning part of the decision indicates the decision of the Supreme Court of Georgia of 2013 in the case No. AS-285-271-2013.

The Supreme Court in aforementioned decision (par. 17.1.6) establishes the following grounds for satisfying the claim pursuant to Article 31, III of the: a) the employment relationship between the parties shall not be terminated; b) agreed labor remuneration shall be paid monthly; c) The employer have violated the principal obligation – s/he have violated the agreed term of payment or statutory term of final settlement (Article 34 of LC). Lost earning, which is key evidence for cassator in this case, is compulsion of the employer by the court to reimburse lost earnings that is compensation for damages

¹ MA student of Caucasus University School of Law.

² 2010 Georgian Oraganic Law No.4113-RS Labour Code. Available at <<https://matsne.gov.ge/document/view/1155567?publication=12>>.

which excludes existence of ongoing relationships between the parties (its accompanying actions: agreement on the wage, receiving salaries, etc.).

The Supreme Court indicates in several other decisions³ that "the obligation of an employer to pay 0.07 per cent of delayed amount arises if the employer does not fulfill its obligations under the contract, i.e if the existence of payment obligation and non-payment of final settlement is revealed. In the present cases labor relationship was terminated with the cassator and s/he was no longer performing employment duties", hence, s/he could no longer be subject to a labor remuneration (settlement). This circumstance excludes applying Article 31, III of the LC in favor of cassator.

Commentary

It is important to examine the established practice of the Supreme Court and give legal assessments to the legal consequences of considering compensation of lost earnings as a reimbursement for damages as well as declaration of dismissal order as void (including remuneration of 0.07% for delay in some circumstances).

Prior to reviewing the court practice, it should be noted that labor law (as a branch of law) originated from the special situation and the need for protection of an employee.⁴ The employment-legal relationship is defined as performance of work by an employee for an employer under organised labour conditions in exchange for remuneration, according to the LC.⁵ Consequently, the issue of remuneration of performed work and accompanying rights are the essential terms of the parties'⁶ (part of the labor relationship) and at the same time, in many cases, the ground for livelihood of the employee.⁷

Chapter VII of the Labor Code regulates the scope of employment remuneration. In this chapter norm which protects interests of employee as a weak party⁸ is set forth, according to which, an employer shall be obliged to pay an employee 0.07 per cent of the delayed sum for each day of any delayed compensation or payment.⁹ In relation to this norm, the Supreme Court considers the remuneration of lost earnings not as obligation derived from contractual agreement, but as the damages to the employee¹⁰ and bases dismissal of a claim for 0.07% of delayed sum on this interpretation.

It is noteworthy that annulling the order of dismissal means voiding the legal basis for termination of labor relations (declaring the fact of termination of labor relations as non-existing), meaning that the contract continues – it is in force but obligation to give a work is not being performed due to the employer's fault. And, this may be qualified as idle time through the fault of an employer. Employee will be compensated for idle time for what s/he should have received anything in case of performing

³ The Supreme Court Decisions: No.AS-291-291-2018; No.AS-285-271-2013; No.AS-1502-1422-2017; No.AS-1257-1177-2017; No.AS- 682-636-2017; No.AS-82-82-2018.

⁴ Shvelidze, Z., Characteristics of Legal Status of Employee According to the Labor Code of Georgia, Employment Law, Collection of Articles I, *Zaalishvili, V.* Ed., 2011, 106, further reference: *Berenstein, A., Mahon, P.*, Switzerland, International Encyclopedia for Labour Law and Industrial Relations, *Blanpain, R.* Chief Ed., Vol. 13, Hague, London, Boston, 2001, 30.

⁵ Article 2, I of LC.

⁶ Article 5, VI, e) and Article 6, IX of LC.

⁷ *Shvelidze, Z., Bodone, K., Todria, T., khazhomia, T., Gujabidze, N., Meskhishvili, K.*, Georgian Labor Law and International Labor Standards. A training manual for judges, lawyers and legal educators, International Labour Organization, High School of Justice publishing, Georgia, 2017, 14.

⁸ *Id.*, 14.

⁹ Article 31, III of LC.

¹⁰ The Supreme Court Decisions: No.AS-82-82-2018, No.AS-285-271-2013; 30/09/2013.

the work, i.e. the wage¹¹; This claim, in its essence, is the primary, and therefore, this sum is the salary payable that the law calls remuneration for idle time.¹²

The Tbilisi Court of Appeals makes adverse reasoning to the Supreme Court's interpretations in the its decision of June 16, 2015 on the case No.2B/1100-15 and explains that "annulment of basis of employment contract repudiation as a result causes restoration of the state of affairs before the termination of the contract and compensation of the damage inflicted to the employee by the unlawful dismissal by the employer. ...legal consequence of dismissal order annulment is the restoration of the initial state of affairs".

In relation to the interpretation of the norm, the explanation made in the Supreme Court's decision of January 26, 2016 (case No.AS-941-891-2015) is also helpful, according to which, "one of the goals of the reform of the labor legislation in Georgia was to protect the rights of the employee; furthermore, it is important that labor law is related to the economic development of the country and during the individual assessment of each employee's case *favor prestatoris* principle should be applied, which means preference of rules in favor of the employee. Indeed, it is necessary to maintain the balance of needs and interests between the employer and the employee while applying this principle in the context of fairness, legality and good faith of actions of each of them ".

Some authors¹³ consider that "illegal actions made by the another contracting party – the employer in this field are followed by stricter legal consequences. The penalty stipulated by Article 31, III of the Labor Code of Georgia is such legal consequence. The purpose of this norm is to force the employer to refrain from violating the terms of the contract and the requirements of the legislation by envisaging strict legal consequences. In case the employer still violates the obligations imposed upon him, the employee is entitled to unconditionally claim a penalty prescribed by the law, which, along with the exercising other rights should compensate the fact of violation of the rights necessary for his/her livelihood."

Thus, when declaring the order of the dismissal void, by restoration of the initial state of affairs the employee should be entitled to all the rights which s/he would have if wrongful dismissal did not occur (If there was no unlawful order - the employee would receive the salary; Also, if there was no the employer's culpability, the salary will not be delayed, and inasmuch as it is delayed, the claim of 0.07% is reasoned).

¹¹ Article 32, I of LC.

¹² *Id.*

¹³ *Tumanishvili, G., Maisuradze, A.*, Regarding an Obligation to Pay 0.07% of the Delayed Amount for Every Delayed Day of Any Reimbursement or Payment by the Employer to the Employee, *Journal of Justice and Law*, No.2-58, 2018, 83.

თანამედროვე სამართლის ჟურნალი
CONTEMPORARY LAW JOURNAL

International Black Sea University
Volume 1, Issue 1, 2019



<https://law.ibsu.edu.ge/>

Volume 1 | Issue 1