

თანამედროვე სამართლის ჟურნალი
CONTEMPORARY LAW JOURNAL

ტომი 1 | გამოცემა 2 | 2020
Volume 1 | Issue 2 | 2020

თანამედროვე სამართლის ჟურნალი CONTEMPORARY LAW JOURNAL

2
2020

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

თანამედროვე სამართლის ჟურნალი
შავი ზღვის საერთაშორისო უნივერსიტეტი,
სამართლის ფაკულტეტი

ტომი 1, გამოცემა 2, 2020 წ.

შხსუ
2020 წ.

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 ჭეჭელაშვილი

შავი ზღვის საერთაშორისო უნივერსიტეტი, კერძო სამართალი

ზურაბ ჯიბლაშვილი

შავი ზღვის საერთაშორისო უნივერსიტეტი, საკონსტიტუციო სამართალი

დავით გეფერძე

შავი ზღვის საერთაშორისო უნივერსიტეტი, საერთაშორისო საჯარო სამართალი

მალხაზ ჩახნაშვილი

შავი ზღვის საერთაშორისო უნივერსიტეტი, საჯარო სამართალი

გიორგი ლორია

შავი ზღვის საერთაშორისო უნივერსიტეტი, სამართლის მეთოდები, სამართლის ფილოსოფია

ალექსანდრე გიორგიძე

შავი ზღვის საერთაშორისო უნივერსიტეტი, სისხლის სამართალი, კრიმინოლოგია

ბესარიონ მეურმიშვილი

შავი ზღვის საერთაშორისო უნივერსიტეტი, სისხლის სამართალი, პროცესი

რიჩარდ ბეილსი

ჩრდილოეთ ოჰაიოს უნივერსიტეტი, შრომის სამართალი, დავის, გადაწყვეტის ალტერნატიული მეთოდები

ანდრეა რუსო

კამპანიის უნივერსიტეტი, ლუიჯი ვანვიტელი, შედარებითი და დაზღვევის სამართალი

მარკო სეგესიო,

მილანის უნივერსიტეტი, შედარებითი და ევროპული სამართალი

ჯოვანა კარუნო

რომის უნივერსიტეტი, საავტორო უფლებები და გართობის სამართალი

ვალენტინა რიტა სკოტი

ქოჩის უნივერსიტეტი, შედარებითი საჯარო სამართალი

ფრანჩესკო ბაკინი

მილანის ბიკოვას უნივერსიტეტი, შრომის სამართალი

გაბრიელე კრესპი რეგიზი

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

ვებგვერდი:
<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

© 2020. საავტორო უფლებები დაცულია .

Contemporary Law Journal

**International Black Sea University,
Law Faculty**

Vol. 1, Issue 2, 2020

**IBSU
2020**

UDC (უკუ) 34+070(479.22)
T-295

Editors

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

Editorial Board

Zurab Chechelashvili 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, 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
Law Faculty

David Agmashenebeli Alley 13th km, No.2

0131, Tbilisi, Georgia

Tel: +995 322 595005

Fax: +995 322 595008

Email: lawfaculty@ibsu.edu.ge,

contact@ibsu.edu.ge

Website: <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.

© 2020. All rights are reserved.

შინაარსი

Contents

რობერტა კარანანო

იტალიის რეკრეაციული ნაოსნობის კოდექსი: ახალი პროფესიული ფიგურები და წოდებები 249

Roberta Caragnano

The Italian Code of Recreational Shipping: new Professional Figures and Professional Title 257

მაია ხასია

სასჯელაღსრულების სისტემის როლი განმეორებითი დანაშაულის თავიდან აცილებისა და განთავისუფლებული პირების საზოგადოებაში რეინტეგრაციაში 264

Maia Khasia

The Role of Penitentiary System in the Prevention of Repeated Crime and Reintegration of Released Individuals into Society 277

შავლეგ თოდუა

სახელმწიფო ინსპექტორის სამსახურის გამოძიების ქვემდებარე დანაშაულთა სუბიექტების იდენტიფიკაციის თავისებურებანი 288

Shavleg Todua

Peculiarities of Identifying the Subjects of Crimes under Investigative Jurisdiction of the State Inspector Service 298

გიორგი ამირანაშვილი

ევროპული კომისიის სახელმძღვანელო პრინციპები, როგორც ევროპული კავშირის „რბილი სამართალი“ და მისი პოტენციური მნიშვნელობა კონკურენციის კანონმდებლობისა და პრაქტიკის განვითარებისათვის საქართველოში 306

Giorgi Amiranashvili

The European Commission Guidelines as EU Soft Law and its Potential Importance for the Development of Competition Law and Practice in Georgia** 314

გოგა კიკილაშვილი

დასაქმებულის კეთილსინდისიერების სტანდარტი შრომითი ხელშეკრულების დამსაქმებლის ინიციატივით შეწყვეტის დროს (სასამართლო პრაქტიკის ანალიზი) 320

Goga Kikilashvili

Good Faith Standard of Employee When Terminating an Employment Contract at the Initiative of an Employer (Analysis of Case Law) 337

ნინო ტაგანაშვილი

საწარმოებისა და ბიზნესის სრული ან ნაწილობრივი გასხვისების დროს დასაქმებულთა შრომითი უფლებების დაცვა 351

Nino Taganashvili

Safeguarding of Employees' Rights in the Event of Transfers of Undertakings, Businesses or Parts of Undertakings or Businesses 396

თეონა გაჩეჩილაძე

საწარმოში ორგანიზაციული ცვლილებებისას შრომითი ხელშეკრულების შეწყვეტის თავისებურებები და პრობლემები 436

Teona Gachechiladze

Characteristics and Problems of Termination of an Employment Contract based on Organizational Changes 459

ლუკა ტაბლიაშვილი

წინასახელშეკრულებო ურთიერთობებში მიყენებული წმინდა ეკონომიკური ზიანის ანაზღაურება..... 478

Luka Tabliashvili

Compensation for Pure Economic Loss Caused in Pre-contractual Relationships 511

**ლიტერატურის მიმოხილვა
Literature Review**

ბრაიან ჰ. ბიქსი

კომენტარები სტატიაზე „გარიგების ფორმის მიმართ არსებული მოთხოვნების ზოგიერთი თავისებურება ამერიკულ სამართალში“ 541

Brian H. Bix

Comments on “Some Characteristics of Formal Requirements for a Legal Transaction in American Law” 543

მატეუშ გროხოვსკი

ფორმის მიმართ მოთხოვნათა ფუნქციური ტრანსფორმაცია: კომენტარი გიორგი ამირანაშვილის სტატიაზე „გარიგების ფორმის ფუნქციები“ 545

Mateusz Grochowski

Functional Transformation of Formal Requirements: A Comment on the “Functions of the Form of Transaction” by *Giorgi Amiranashvili*..... 549

იტალიის რეკრეაციული ნაოსნობის კოდექსი: ახალი პროფესიული ფიგურები და წოდებები

აბსტრაქტი

2018 წლის 13 თებერვალს ძალაში შესულმა 2017 წლის 3 ნოემბრის №229 საკანონმდებლო დეკრეტმა მნიშვნელოვნად განაახლა რეკრეაციული გადაზიდვების კოდექსი (საიახტო კოდექსი). მისი მოქმედების სფეროში შემავალ რეგულაციებს მოიცავდა 2005 წლის 18 ივლისის №171 დეკრეტი, რომელიც ახდენს ევროპული კავშირის პარლამენტისა და საბჭოს 2003/44/CE დირექტივის იმპლემენტაციას. ამ უკანასკნელმა დააფუძნა დამოუკიდებელი მარეგულირებელი ორგანო და ცვლილებები შეიტანა 94/25/CE დირექტივაში. საკანონმდებლო ტექსტი თანაბარ მნიშვნელობას ანიჭებს კომერციულ და არაკომერციულ ნაოსნობას. იგი წარმოადგენს 2015 წელს დაწყებული ინტენსიური მუშაობის შედეგს, როდესაც №167 კანონით განხორციელდა დელეგირება უფლებამოსილებისა მთავრობაზე, მიეღო 24 თვის ვადაში (კანონის ძალაში შესვლის თარიღიდან) ერთი ან მეტი საკანონმდებლო დეკრეტი მოქმედი (2005 წლის) კოდექსის გადამუშავებისა და ინტეგრირებისათვის.

ამ ახალი კანონმდებლობის მიზანია, იტალიური სექტორის კონკურენტუნარიანობის უზრუნველყოფა ევროპულ და საერთაშორისო კონტექსტში.

კონტექსტი, რომელშიც მოქცეულია ახალი მარეგულირებელი დებულებები, არის, ფაქტობრივად, გლობალიზებული ეკონომიკა, რაშიც ევროპულმა ინსტიტუტებმა და ევროკომისიამ განახორციელა ურთიერთთანამშრომლობითი მოქმედებები იმ დიდი პოტენციალის მიღების მოლოდინით, რომელიც მომდინარეობს საზღვაო ეკონომიკიდან ყველა მისი ვარიაციით დაწყებული „ლურჯი ეკონომიკიდან“, დამთავრებული „ლურჯ ზღვითა“ და „ლურჯი ზრდით“. ამ კუთხით ცენტრალური მნიშვნელობა უკავია ევროპის კეთილდღეობასა და აყვავებას, საჯარო მმართველობის მიმართულებით, ევროპაში ერთობლივი საზღვაო ქმედებების განხორციელებაში წვლილის შეტანასთან ერთად.

იტალიელი კანონმდებელი გადაეშვა სამართლებრივი ტექსტის ბადესა და იმ სხვადასხვა პერსპექტივაში, რაც მოაქვს ნაოსნობის ახალი წოდებებსა და პროფესიულ პროფილებს.

[სტატიის] შინაარსი - 1. იტალიის რეკრეაციული ნაოსნობის კოდექსი (საიახტო კოდექსი): პრობლემის ადგილი და რეკრეაციული ნაოსნობის კოდექსი პროფესიული წოდებების შესახებ - 2. ახალი პროფესიული ფიგურები: რეკრეაციული მედიატორი - 2.1. საზღვაო ინსტრუქტორი, როგორც ფიგურა - 3. შრომის სამართლის *iure condendo*-ს პერსპექტივები

¹ დამოუკიდებელი მკვლევარი, მოდენა და რეგიო ემილიას უნივერსიტეტის შრომის სამართლის დოქტორი, ათენის განათლებისა და კვლევის ინსტიტუტის (ATINER) და ევროპული და ხმელთაშუაზღვისპირეთის საქმეების ცენტრის (CEMA) წევრი. ეს სტატია წარმოადგენს აბსტრაქტს ნაშრომისა - Caragnano, R., Danese, G. Marine economics: employment and employability: profiles, professional figures and skills in the reform of the Italian code of recreational shipping (Code of Yachting), ყოველწლიური სამართლის საერთაშორისო კონფერენციისათვის, ათენი (საბერძნეთი) 2018 წლის 16-17 ივლისი.

1. იტალიის რეკრეაციული ნაოსნობის კოდექსი (საიახტო კოდექსი): პრობლემის ადგილი და რეკრეაციული ნაოსნობის კოდექსი პროფესიული წოდებების შესახებ

2017 წლის 3 ნოემბრის №229 საკანონმდებლო დეკრეტით მნიშვნელოვნად განახლდა რეკრეაციული ნაოსნობის კოდექსი (საიახტო კოდექსი). მისი მოქმედების სფეროში შემავალ რეგულაციებს მოიცავდა 2005 წლის 18 ივლისის №171 დეკრეტი, რომელიც ევროპული კავშირის პარლამენტისა და საბჭოს 2003/44/CE დირექტივის საიმპლემენტაციო აქტია. ამ უკანასკნელმა დააფუძნა დამოუკიდებელი მარეგულირებელი ორგანო და ცვლილებები შეიტანა 94/25/CE დირექტივაში. ტექსტში მოცემულია მითითება 2015 წლის 7 ოქტომბრის №167 კანონის პირველ მუხლზე. ამ უკანასკნელით, განხორციელდა უფლებამოსილების მთავრობაზე დელეგირება, 24 თვის ვადაში მიეღო გადამუშავებული და კონსოლიდირებული ერთი ან მეტი საკანონმდებლო დეკრეტი, რომელსაც ითვალისწინებს ზემოაღნიშნულ კოდექსი (№171/2005) და რაც, საკანონმდებლო ქმედების ფარგლებში (და არა მარტო), მნიშვნელოვანი ღერძი იყო მთელი საზღვაო სფეროს ხელშეწყობის ჯაჭვისა, მათ შორის გემთმშენებლობისა და გადაიარაღების განვითარების მიმართულებით.

საკანონმდებლო სიახლის მოცულობა, რომელიც, თავის თავში, აერთიანებს Ucina Confindustria Nautica-ს (იტალიის საზღვაო უნდუსტრიის ასოციაციის), ისევე როგორც Assomarinas (ტურისტული პროტების ასოციაციის), Assonat Confcommercio-ს (ტურისტული პორტების), Confarca-ს (საზღვაო სკოლების), Assilea-სა (ლიზინგის იტალიური ასოციაციისა) და Federazione Vela-ს (სანაოსნო ფედერაციის) მიერ მოთხოვნილ, ნორმატიული კონსოლიდაციასა და ცვლილებების, მიზნად ისახავს იტალიური სექტორის კონკურენტუნარიანობის ზრდას ევროპულ და საერთაშორისო ბაზარზე.

ამ მხრივ, 2017 წლის 3 ნოემბრის №229 საკანონმდებლო დეკრეტი შეიცავს რეკრეაციულ ნაოსნობაში სხვადასხვა პროგნოზს ახალი პროფესიული წოდებებისა და პროფილების შესახებ, რაც ზემოქმედებს როგორც კოდექსის სტრუქტურაზე, ასევე მის შინაარსზე და ირიბად, ასევე შესაძლოა, გავლენა მოახდინოს შრომის ბაზარზე დასაქმების პირობებისა და არქიტექტურის კუთხით.

ახალი მარეგულირებელი ნორმები ექცევა გლობალური ეკონომიკის კონტექსტში, რომელშიც მრავალ ევროპულ ინსტიტუციას და თავად ევროპული კავშირის კომისიას აქვს განხორციელებული კოორდინირებული ქმედებები საზღვაო ეკონომიკის უზარმაზარი პოტენციალის გამო. „ლურჯი ეკონომიკის“² „ლურჯი ზღვისა“ და „ლურჯი ზრდისაკენ“ გადახრა უჩვენებს, რომ საზღვაო ეკონომიკა მიიჩნევა ევროპის კეთილდღეობისა და აყვავების მამოძრავებელ ძალად და დეკრეტი შეესაბამება ინტეგრირებული ევროპის საზღვაო პოლიტიკას, რომელიც ეძღვნება საერთაშორისო მმართველობის იდეაზე მუშაობისათვის კოორდინირებული ძალისხმევას.

² ეს ასევე მოიცავს შესაბამისობას „ლურჯ ნამატს“ და „მწვანე ნამატს“ შორის, როგორც ეს, ასევე მითითებულია გარემოსდაცვითი ქმედებების მე-7 პროგრამაში. ევროპული კავშირის პარლამენტისა და საბჭოს 2013 წლის 20 ნოემბრის 1386/2013/EU გადაწყვეტილება 2020 წლის ზოგადი კავშირის გარემოსდაცვითი სამოქმედო პროგრამა - „იცხოვრე კარგად ჩვენი პლანეტის ლიმიტების ფარგლებში“. ხელმისაწვდომია ვებგვერდზე <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:32013D1386>>. ამავე მიმართულებით არსებობს ასევე ევროკომისიის ევროპარლამენტის, საბჭოს, ეროპის ეკონომიკური და სოციალური კომიტეტისა და რეგიონების კომიტეტის მიმართ კომუნიკე, Europe, the world's No.1 tourist destination – a new political framework for tourism in Europe COM(2010) 352 final, ხელმისაწვდომია ვებგვერდზე <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=celex%3A52010DC0352>>. რეგულირების ჩარჩოს გასაცნობად იხ. Communication from the Commission to the European Parliament, the council, the European Economic and Social Committee of the Regions Blue Growth opportunities for marine and maritime sustainable growth), COM/2012/0494 final and Commission Communication, A European Strategy for more Growth and Jobs in Coastal and Maritime Tourism, COM (2014) 86 final.

კანონმდებელი, პირველ რიგში, ჩაერია 27-ე მუხლში, მეორე კლასის რეკრეაციული მცურავი ოფიცრის გამარტივებული წოდებების წარდგენით, რეკრეაციული ნაოსნობით მოცული მომსახურების როლში. ამით დამყარდა კავშირი საერთაშორისო საზღვაო ორგანიზაციის (IMO) სერტიფიკატს, მეზღვაურთა მომზადების, სერტიფიკაციისა და ვახტის (Standard of Training, Certification and Watchkeeping (STCW)) №78/95 სტანდარტსა და დაწყებითი ხასიათის სასკოლო განათლებას, რეკრეაციული ნაოსნობის გამარტივებულ თანმდებობას შორის და ცნობს, რომ, ცვლილებებამდე, არსებობდა ძალიან მცირე კომუნიკაცია ამ თანამდებობასა და სხვა პროფესიულ წოდებებს შორის. მიზანი მდგომარეობდა იმაში, რომ ეროვნული რეგულაციები შესაბამისობაში მოყვანილი ყოფილიყო ევროპულ ანალოგებთან. ინიციატივა დაიწყო 2005 წელს.

ამ ახალ წესრიგს, თავისთავად, ექნება გავლენა ტრანსპორტისა და ინფრასტრუქტურის სამინისტროს 2005 წლის 10 მაისის №121 დეკრეტზე, რომელიც განსაზღვრავს ინსტიტუციებს და პროფესიული წოდებების³ ორგანიზებას რეკრეაციულ ნაოსნობაში, რაც ნიშნავს პროფესიული ფიგურების იდენტიფიკაციას, რომლებიც იმუშავენ სარგებლობაში გადაცემულ სატრანსპორტო ერთეულებსა და ხომალდებზე ექსკლუზიურად ან ასეთი უფლების გარეშე. ეს სფერო მოცულია რეგულაციით, რომელიც ფარავს, ფაქტობრივად, ქირავნობით/იჯარით გადაცემულ რეკრეაციულ ხომალდზე მთელ პერსონალს, ექსკლუზიურად ტურისტული სარგებლობისათვის განკუთვნილ ხომალდებზე, როგორც აღწერილია 2003 წლის 8 ივლისის №172 კანონის 3.1 მუხლში და ასევე ნებისმიერ რეკრეაციულ ხომალდებზე ანაზღაურებადი საქმიანობის განმახორციელებელ პერსონალს.

ეს ყველაფერი არ ცვლის რეკრეაციული მიზნებით გამოყენებისათვის ხომალდების ლიცენზირების საკითხთან დაკავშირებულ კანონმდებლობას, რაც ექცევა რესპუბლიკის პრეზიდენტის მიერ 1997 წლის 9 ოქტომბერს გამოცემული №431 დეკრეტის მე-4 მუხლის მოქმედების სფეროში. მსგავსად არსებული კანონმდებლობისა, რომელიც მოითხოვს სარეკრეაციო ნაოსნობაში ჩართული ყველა ხომალდის პერსონალი შეყვანილ იქნეს პირველი კლასის მეზღვაურთა რეესტრში, ისევე როგორც მოითხოვს სანაოსნო ლიცენზიას. მეზღვაურთა რეგისტრაციის შესახებ ზოგადი დებულებების გამოიყენება აღწერილია საზღვაო კოდექსის შესრულების შესახებ რეგულაციის (დამტკიცებული რესპუბლიკის პრეზიდენტის 1952 წლის 15 თებერვლის №328 დეკრეტით) პირველი წიგნის, IV ტიტულის, პირველ და მე-2 თავებში. მასში გაცხადებულია, რომ უცხოურ კომერციულ ერთეულებში დასაქმებული პირები [ეკიპაჟში] უნდა ჩაირიცხონ და დაცული იქნან სავალდებულო დაზღვევის ფორმითა და სოციალური უზრუნველყოფით.

გამარტივებულ წოდებებთან დაკავშირებით, ასევე უნდა აღინიშნოს კიდევ ერთი დეკრეტი: 27-ე მუხლის მე-2 ქვეპუნქტი მიუთითებს 2003 წლის 8 ივლისის №172 კანონის მე-2 მუხლის მე-3 ქვეპუნქტში ცვლილებების შეტანაზე ტრანსპორტის და ინფრასტრუქტურის სამინისტროსა და განათლების, უმაღლესი განათლების და კვლევის ერთობლივ დეკრეტში, რათა მოხდეს რეკრეაციული ნაოსნობით მოცული სერვისებისათვის მოთხოვნების ინდივიდუალიზება და უზრუნველყოფილ იქნას სრული შესაბამისობა სხვადასხვა პროფესიულ წოდებებს შორის ამ სექტორის კანონში ახლადშესულ ცვლილებებთან ბმაში.

2017 წლის 3 ნოემბრის №229 საკანონმდებლო დეკრეტით, შესაბამისად, ხდება სათანადო კანონის შინაარსის რეალიზება ევროპული დებულებების გათვალისწინებით, ეფექტური კონკურენციის პირობების გაუმჯობესების მიზნით, უფრო მეტი განვითარებისა და სანაპირო და საზღვაო ტურიზმში დასაქმების ევროპული სტრატეგიის ფარგლებში, როგორც ეს განსაზღვრულია №86 ფინალურ კომუნიკეში.

³ ციტირებულია 2003 წლის 8 ივლისის №172 კანონის მე-3 მუხლიდან და განმარტავს, ექსკლუზიურად, ტურისტული მიზნებისათვის, დაქირავებული ხომალდებით სარგებლობას.

ეს წარმოადგენს ღირებულ დახმარებას რეკრეაციული ნაოსნობის სექტორისათვის, რომელსაც წლების განმავლობაში განიცდიდა მრავალ სირთულეს, დაკავშირებულს წევრ სახელმწიფოთა [რეგულირებებს] შორის განსხვავებებს სავალდებულო კვალიფიკაციასა და საბორტო უსაფრთხოების აღჭურვილობის საკითხებზე. [რეფორმამდე] არსებული მდგომარეობა მოქმედებდა როგორც მობილობასა და შრომის ბაზარზე წვდომის შეზღუდვა, ხშირად ცლკეული წინაპირობების განსაზღვრის მეშვეობით აბრკოლებდა საზღვაო სექტორის ტრანსსასაზღვრო განვითარებას და, დომინოს ეფექტის შედეგად, ჰქონდა, ასევე ნეგატიური გავლენა საზღვაო სფეროში დასაქმების მდგომარეობაზე.

2. ახალი პროფესიული ფიგურები: რეკრეაციული მედიატორი

2017 წლის 3 ნოემბრის №229 საკანონმდებლო დეკრეტის 33-ე მუხლით რეკრეაციული ნაოსნობის კოდექსში (საკანონმდებლო დეკრეტი №171/2005) დამატებულია II2 თავი, რომლითაც იქმნება პროფესიულ ფიგურებთან დაკავშირებით რეკრეაციული ნაოსნობის რეკრეაციული მედიატორისა და საზღვაო ინსტრუქტორის როლები, როგორც ეს ხაზგასმულია შემდეგ მუხლებში: 49-III, 49-IV, 49-V და 49-VI.⁴

პირველი მათგანი, საზღვაო მედიატორისაგან⁵ განცალკევებით, ასრულებს საკონსულტაციო ფუნქციას ხელშეკრულებების დადებისას მშენებლობას, ვაჭრობას, ლიზინგს, ქირავნობას, სესხებს, გემების დგომასა და რეკრეაციული გემების ლიზინგთან დაკავშირებით. მეორეს აღწერა შეეხება სანაოსნო ტექნიკის სწავლებას და ასევე, არაექსკლუზიურად და არაგანგრძობითად, მათ ყველა სპეციალიზაციასა და პრაქტიკაში მოქმედებს წყლის ყოველგვარ სივრცეში, ზღვა იქნება, ტბა თუ შიდაწყალი.

მედიატორის პროფესიული ფიგურის სპეციფიკურ ასპექტების თაობაზე უნდა ითქვას, რომ, ავტორის მოსაზრებით, ეს არის ჰიბრიდული პოზიცია, რომელიც ნაწილობრივ ნასესხებია სამოქალაქო კოდექსიდან, ორივე მხრივ - დეფინიციით და ზოგიერთი გამოყენებული პროფილებით. კანონმდებელი თავად მიუთითებს ამას 49-ე მუხლის მე-3 ნაწილის მე-6 ქვეპუნქტში, „ამ მუხლის დებულებების დაცვით, ასევე ამავე კოდექსის 49-IV მუხლისა, რეკრეაციული მედიატორები ექვემდებარებიან 1754-ე მუხლში მოცემულ ზომებსა და ემორჩილებიან სამოქალაქო კოდექსს.“ ნაწილობრივ ამ სამუშაოს აღწერილობა ნასესხებია საზღვაო მრჩევლის⁶ პროფესიასთან დაკავშირებული კანონმდებლობიდან; კერძოდ, 1977 წლის 4 აპრილის №135 დეკრეტის მიხედვით, ამ საქმიანობის ექსკლუზიური წარმოების მიზნების მოთხოვნათა გათვალისწინებით, როგორც ეს უზრუნველყოფილია 49-III მუხლის მე-2 ქვეპარაგრაფით, რეკრეაციული მედიატორები ექვემდებარებიან რეკრეაციული ნაოსნობის კოდექსით დადგენილ წესებს.

მედიატორს შეუძლია, შეასრულოს მასთან დაკავშირებული ან ინსტრუმენტული საქმიანობა და მისდიოს თავის პროფესიულ საქმიანობას ნებისმიერ სხვა პირთან თანამშრომლობით, სრულ განაკვეთზე დასაქმებით, წარმომადგენლობით ან სხვა სამსახურეობრივი ურთიერთობით შეზღუდვის გარეშე, რასაც შეიძლება, შეეზღუდა მისი დამოუკიდებლობა.

⁴ საკანონმდებლო ცვლილების პირველი კომენტარისათვის იხ. *Borroni, A., Carugno, G., La nuova disciplina delle figure professionali per le unità da diporto, La Riforma del Codice della nautica da diporto. Commentario al decreto legislativo 3 novembre 2017, No.229, alla legge delega 7 ottobre 2015, No.167 e aggiornato alla legge 27 dicembre 2017, No.205 (Legge di Bilancio 2018), Caragnano R. ed., Libellula University Press 2018, Tricase, ISBN 978-88-67354-22-1.*

⁵ ფიგურისა და იტალიური სრული საკანონმდებლო ჩარჩოსათვის იხ. *Antonini, A., La mediazione nella navigazione da diporto, in Trasporti, No.47, 1989, 47 ss.; Antonini, A., Rilievi critici sulla nuova disciplina della nautica da diporto, in Dir. mar., 1991, 181 ss.; Antonini, A., Profili privatistici della navigazione da diporto, in Il cinquantenario del codice della navigazione, Cagliari, 1992, 139 ss; Vigo, R., Modifiche ed integrazioni alla legge 21 marzo 1958 No.253 concernente la disciplina della professione di mediatore, in Le nuove leggi civili commentate, Cedam, Padova, 1990.*

⁶ ეს ფიგურა გაანალიზებულია შემდეგ მონოგრაფიაში: *Prete, S., Il raccomandataro marittimo nell'evoluzione giurisprudenziale, Giuffè, Milano, 2009.*

აღწერილი საქმიანობა უნდა ეცნობოს კომერციის, ინდუსტრიის, რეწვისა და სოფლის მეურნეობის პალატას „საქმიანობის დაწყების“ სერტიფიკატის (SCIA) მეშვეობით, რომელიც წარედგინება მუნიციპალიტეტის ტერიტორიაზე პასუხისმგებელ ერთ-ერთ „ფრონტ-ოფისს“. ეს უკანასკნელი, მას შემდეგ, რაც დაადასტურებს აუცილებელი კრიტერიუმების დაცულობას, დაარეგისტრირებს ამ საქმიანობას ბიზნესის რეესტრში, თუ იგი კომერციული წამოწყებაა, ან ეკონომიკური და ადმინისტრაციული სიახლეების (REA) სიის შესაბამის ნაწილში, თუ სხვაგვარადაა განსაზღვრული.

რეკრეაციული მედიატორის პროფილის განხორციელებისათვის მოთხოვნილი კრიტერიუმები არის შემდეგი: ევროპული კავშირის მოქალაქეობა, მინიმალური ასაკი - 18 წელი, საზღვაო მედიატორებისათვის 1968 წლის 12 მარტის №478-ე აქტში მოყვანილი მოთხოვნებისადმი პატივისცემის უნარი, 2006 წლის 27 დეკემბრის №296-ე აქტის 622-ე ქვე-ნაწილის პირველ მუხლში აღწერილი განათლება; სათანადო თეორიული და პრაქტიკული კურსის გავლა და შესაბამისი გამოცდის ჩაბარება (განსხვავებით საზღვაო მედიატორზე 1968 წლის 12 მარტის კანონში მოცემული მითითებისაგან); სადაზღვევო პოლისის ფლობა, რომელიც ფარავს საკუთარი ან მესამე პირის ქმედებით გამოწვეული ზიანისათვის სამოქალაქო პასუხისმგებლობას კანონის შესაბამისად. სხვა მოთხოვნები მოიცავს იმას, რომ პირი არ უნდა იყოს გამოცხადებული ჩვეულებრივ, პროფესიულ ან მავნე სამართალდამრღვევად; არ უნდა საჭიროებდეს პირად უსაფრთხოებას ან ამისთვის პრევენციულ ზომებს; არ უნდა ჰქონდეს მისჯილი თავისუფლების აღკვეთა, გარდა იმ შემთხვევისა, თუ რეაბილიტაციის ზომები იქნა გამოყენებული 2011 წლის 6 სექტემბრის №159 საკანონმდებლო დეკრეტის მიხედვით.

მედიატორად დანიშვნისათვის აუცილებელი კურსი ტარდება ყოველ წელს ადგილობრივი ხელისუფლების მიერ, მონაწილის მხრიდან საზღაურის საფასურად, რომელიც შეესაბამება ადგილობრივი ხელისუფლების მიერ დადგენილ, კურსის ორგანიზებისათვის გაწეულ ხარჯებს. საფასური დგინდება ყოველ სამ წელიწადში ტრანსპორტისა და ინფრასტრუქტურის მინისტრის დეკრეტით, ფინანსთა სამინისტროსთან კომუნიკაციითა და გაერთიანებულ სახელმწიფო-რეგიონულ კონფერენციაზე წინასწარი შეთანხმებით. ფაქტობრივად, საკანონმდებლო დებულება ატარებს სავალდებულო ხასიათს და არ ეხება არასრულწლოვნებს, ანდა მნიშვნელოვან ხარჯებს საჯარო ფინანსებისათვის.

49-ე, IV მუხლის მე-6 ქვეპუნქტი ეხება დისციპლინურ ზომებს (ანოტირებული და რეგისტრირებული ამონაწერი REA-დან) პროფესიული ეთიკის დარღვევისათვის, ან, უფრო ზუსტად, ქცევის ნორმებს, რომლებიც ლოკალურად დგინდება კომერციის, ინდუსტრიის, რეწვისა და სოფლის მეურნეობის პალატის მიერ. მე-7, მე-8, მე-9 და მე-10 ქვე-ნაწილები აწესრიგებს საქმიანობის უფლების შეჩერების შემთხვევებს, ხოლო მე-11 ქვე-ნაწილი კი, - პროფესიიდან ჩამოშორებას.

2.1. სანაოსნო ინსტრუქტორის ფიგურა

საზღვაო ინსტრუქტორის პროფესიული ფიგურის სტატუსი რეგულირდება 2005 წლის 18 ივლისის №171 საკანონმდებლო დეკრეტის (რეკრეაციული ნაოსნობის კოდექსი) 49-V და 49-VI მუხლებით, რომლებიც წარდგინდა 2017 წლის 3 ნოემბრის №229 საკანონმდებლო დეკრეტის 33-ე მუხლით. ეს პროფილი აღწერილია შემდეგნაირად: „პირი, რომელიც ასწავლის ნაოსნობის პროფესიულ ტექნიკას, ყველა სპეციალიზაციით, ასევე არა ექსკლუზიურად და არა განგრძობითად ცალკეულ პირებს ან ადამიანების ჯგუფებს ნებისმიერი ტიპის ხომალდთან მიმართებით ზღვაში, ტბაში ან შიდა წყალსატევებში.“

პროფესიული პრაქტიკა მოცემულია ტრანსპორტისა და ინფრასტრუქტურის სამინისტროს სპეციალურ სიაში რეგისტრირებული კანდიდატებისათვის. საფასურები ორივესათვის, როგორც ადმინისტრაციული ვალდებულების შესრულებისათვის, ისე

სიაში შეყვანისათვის გადახდება პირს იმ ღირებულებით, რომელიც ხსენებული სიის სამინისტროს მიერ ადეკვატურად შენარჩუნების შესაძლებლობას იძლევა.

ზემოხსენებული საფასურების მოკრება (როგორც ეს გათვალისწინებულია 49-ე, V მუხლის მე-5 ქვე-ნაწილში) მსგავსია იმისა, რაც გამოიყენება რეკრეაციული მედიატორის პროფესიის მიმართ, მაგრამ, ამ შემთხვევაში, ის აიკრიბება არა ადგილობრივი ხელისუფლების მიერ, არამედ შემოსავალი „აისახება სახელმწიფოს ბალანსზე, სადაც იგი ხელახლა გამოიყოფა, ფინანსთა სამინისტროს დეკრეტით, ტრანსპორტისა და ინფრასტრუქტურის სამინისტროს რელევანტური სამუშაოებისათვის, რათა დაიფაროს დასახელებული სიის მართვის საფასურები“.

საზღვაო ინსტრუქტორი ექვემდებარება მსგავს საკანონმდებლო კრიტერიუმებს: ევროპული კავშირის მოქალაქეობა; მინიმალური ასაკი - 18 წელი; 2006 წლის 17 დეკემბრის №622 აქტის 622-ე ქვე-ნაწილის პირველი მუხლით დადგენილი განათლების ქონა; არ უნდა იყოს გამოცხადებული ჩვეულებრივ, პროფესიონალ ან მავნე სამართალდამრღვევად; არ უნდა საჭიროებდეს პირად უსაფრთხოებას ან ამის პრევენციულ ზომებს; არ უნდა ჰქონდეს მისჯილი თავისუფლების აღკვეთა, გარდა იმ შემთხვევისა, თუ რეაბილიტაციის ზომები იქნა გამოყენებული 2011 წლის 6 სექტემბრის №159 საკანონმდებლო დეკრეტის მიხედვით; უნდა ჰქონდეს საცხოვრებელი ადგილი, დომიცილი ან განსაზღვრული მისამართი იტალიის რესპუბლიკის რომელიმე მუნიციპალიტეტში. სხვა მოთხოვნებია: ნაოსნობის ტექნიკის საფუძვლების სწავლების ლიცენზია, რომელიც გამოცემულია ფლოტის, იტალიის საიახტო ფედერაციის ან იტალიის ფლოტის ლიგის მიერ და ეთანადება ევროპული კვალიფიკაციის ჩარჩოსა და CONI-ს (იტალიური ოლიმპიური კომიტეტი) სპორტული ინსტრუქტორების ნაციონალური სისტემის მიერ დადგენილ სახელმძღვანელო პრინციპებს; ამასთან საჭიროა 1979 წლის 30 დეკემბრის №663 დეკრეტ-კანონის მე-5 მუხლში მოცემულ მოთხოვნებზე დაფუძნებული ფსიქოფიზიკური ჯანმრთელობის ცნობა. საზღვაო ინსტრუქტორი⁷, აგრეთვე, უნდა ფლობდეს სადაზღვევო პოლისს, რომელიც ფარავს საკუთარი ან მესამე პირის ქმედებით გამოწვეული ზიანისათვის სამოქალაქო პასუხისმგებლობას, კანონის შესაბამისად.

ამ ჩამონათვალში ჩარიცხვის უფლება ექვსწლიანია. იგი უნდა განახლდეს ყოველ სამ წელიწადში ერთხელ ფსიქოფიზიკური ჯანმრთელობის პირობითა და საზღვაო ფლოტის, იტალიის საიახტო ფედერაციის ან იტალიის ფლოტის ლიგის მიერ ორგანიზებული პროფესიული გადამზადების კურსებზე დასწრების პირობით. ეს კურსები ტარდება დაინტერესებული პირების ხარჯებით, რაც ტოლია, ზემოხსენებული პარამეტრების მართვისათვის, რეკრეაციულ მედიატორთან დაკავშირებული აუცილებელი საფასურისა.

დისციპლინური პროცედურა საზღვაო ინსტრუქტორისათვის მსგავსია რეკრეაციული მედიატორისათვის გათვალისწინებულისა მაშინაც კი, როცა ისინი განსხვავდება პროფილის ბევრი პირობით და სამუშაო მოთხოვნებით. ერთადერთი განუყოფელი განსხვავებაა, რომ საბოლოო გარიცხვა ითვლება მართებულად, როდესაც პირს არ შეუძლია განახორციელოს საქმიანობა „განსაკუთრებით მძიმე დარღვევების გამო, რომელიც ქნის პროფესიული საქმიანობისათვის შეუსაბამობის სიტუაციას ამ შემთხვევაში“ და „როცა პირის საქციელი მნიშვნელოვნად აზიანებს მის პირად და საქმიან რეპუტაციას“. 49-ე, VI მუხლის მე-9 ქვე-ნაწილი მოიცავს შემთხვევებს, როდესაც კანონმდებელმა ჩათვალა სავალდებულო გარიცხვის გამოყენების აუცილებლობა.

⁷ სპეციფიკური მონაცემების თაობაზე იხ. *Nicotera, L., Sport dell'acqua e ruolo di Coordinamento delle Regioni, in Morandi, F., Izzo U. (a cura di), L'acqua: mare, laghi e fiumi, Giappichelli, Torino, 2015, 18.*

3. შრომის სამართლის *iure condendo* პერსპექტივები

შრომის სამართლის და დასაქმების ბაზრის ფონი უფრო მეტად დელიკატურია, თუ მხედველობაში მივიღებთ ახალ პროფილებს (რეკრეაციული მედიატორი და საზღვაო ინსტრუქტორი), წარდგენილს რეფორმის შემოქმედის მიერ უფრო ფართომასშტაბიანი ნორმატიულ-ეკონომიკური სცენარის კონტექსტში. იგი ახალისებს არსებული სახელშეკრულებო მდგომარებას პროფესიულ პროფილებთან დაკავშირებით, რეკრეაციული ნაოსნობისა და უფრო შესაბამისი *iure condendo*⁸ თვალთახედვიდან, რაც ითვალისწინებს საზღვაო სექტორის სპეციფიკურ მახასიათებლებს.

კანონმდებელი, როგორც ჩანს, ამ კონცეფციას გამოკვეთს რეკრეაციულ მედიატორთან დაკავშირებით ისეთი დეფინიციის გამოყენებით, რომელიც წარმოადგენს ჰიბრიდს სამოქალაქო კოდექსის ნორმებისა (1754-ე მუხლში ჩამოთვლილი დისციპლინები და შემდგომი სამოქალაქო კოდექსში უნდა გამოყენებულ იქნას რეკრეაციული მედიატორის პროფილების მიმართ, ამ მუხლისა და 49-ე, IV მუხლის დებულებების გარდა,“ როგორც ასევე 49-ე, III მე-6 ქვე-ნაწილშია მოცემული) და 1977 წლის 4 აპრილის №135 კანონსა და რეკრეაციული ზღვაოსნობის კოდექსში საზღვაო ტვირთამგზავნისათვის დადგენილი დებულებების ნორმებისა.

საბოლოოდ, კოდექსით მოცულ დისციპლინასთან დაკავშირებით, მხედველობაში მისაღებია ის, რომ იგი მიმართულია სპეციალური კანონმდებლობის გათვალისწინებისაკენ (რეკრეაციული ნაოსნობისა) უფრო სპეციალური კანონმდებლობის (ნაოსნობის უფლებების შესახებ) კონტექსტის ფარგლებში, მისი ძლიერი ინტერ-დისციპლინური ბუნების ცნობით, კერძო, კომერციულ და შრომის სამართალთან მიმართებით და არა მარტო მათთან. ეკონომიკური ფონის პერსპექტივიდან, ეს ასახავს კანონმდებლის მიზანს, შეაფასოს ახალი და არსებითი გზა, დაინტერესებულ პირებთან ერთად, კონკრეტული ჩარევისათვის საწყისი წერტილის შექმნისას, რაც იტალიურ სექტორს უფრო კონკურენტულს გახდიდა ევროპულ და საერთაშორისო ასპარეზზე. *De iure condendo*-ს პერსპექტივიდან, კანონმდებლობის მიერ გათვალისწინებული ახალი ნორმები, ზემოხსენებულ პროფესიულ ფიგურებთან დაკავშირებით, გამარტივებული სამუშაოს აღწერებთან ერთად, ციტირებულ რეგულაციების მოხმობით, საჭიროებს შრომითი ხელშეკრულების შეფასებას, რა დროსაც მხედველობაში მისაღებია საზღვაო და რეკრეაციული ნაოსნობის სექტორების სპეციალური საჭიროებები.

ჩემი შეხედულებით, დაბალანსებულ მმართველობაში საწყისი წერტილი აღიარებულია 2018 წლის 28 თებერვალს Confindustria, Cgil, CISL, Uil-ის (იტალიური პროფესიული კავშირები) შორის ხელმოწერილ შეთანხმებაში. ეს უკანასკნელი ფარავს კოლექტიურ შრომითი ურთიერთობებსა და კოლექტიური მოლაპარაკებების შინაარსსა და მიმართულებას, რაც კონცენტრირდება ხისტ ქმედებებზე, რომლებიც „საჭიროა ზომების გაძლიერებისათვის დამოუკიდებელი, ინოვაციური და აქტიური პროფკავშირების მოდელის მხარდასაჭერად, ვინაიდან ამგვარი მოდელი იცავს ამ სექტორისა და წარმოების ჯაჭვების კონკურენტუნარიანობას ისევე, როგორც მის ღირებულებასა და სამუშაოს ხარისხს, და ხელს უწყობს, ასევე მეორე დონეზე

⁸ სანაოსნო პერსონალისადმი, მედიატორისა და საზღვაო ინსტრუქტორის ახალი პროფესიული *wodebebis* მოთხოვნების გამოყენებასთან, სამუშაო ადგილზე უსაფრთხოებისა და ჯანმრთელობის დაცვასთან დაკავშირებით პროფილების შესახებ, იხ. *Caragnano, R., Danese, G., La riforma del codice della nautica da diporto: titoli semplificati, personale navigante e nuove figure professionali tra semplificazioni, sicurezza e competitività*, in DPL, Ipsa, 2018.

მოლაპარაკებების გავრცელებას, მიმდინარე ტრანსფორმაციის პროცესს და სათუთ კავშირს ინოვაციას, პროდუქტიულობასა და ხელფასებს შორის.“

ბიბლიოგრაფია

1. *Antonini, A.*, La mediazione nella navigazione da diporto, in *Trasporti*, No.47, 1989;
2. *Antonini, A.*, Profili privatistici della navigazione da diporto, in *Il cinquantenario del codice della navigazione*, Cagliari, 1992;
3. *Antonini, A.*, Rilievi critici sulla nuova disciplina della nautica da diporto, in *Dir. mar.*, 1991;
4. *Borroni, A., Carugno, G.*, La nuova disciplina delle figure professionali per le unità da diporto, *La Riforma del Codice della nautica da diporto. Commentario al decreto legislativo 3 novembre 2017, No.229, alla legge delega 7 ottobre 2015, No.167 e aggiornato alla legge 27 dicembre 2017, No.205 (Legge di Bilancio 2018)*, *Caragnano R. ed.*, Libellula University Press 2018, Tricase, ISBN 978-88-67354-22-1;
5. *Caragnano, R., Danese, G.* Marine economics: employment and employability: profiles, professional figures and skills in the reform of the Italian code of recreational shipping (Code of Yachting), ყოველწლიური სამართლის საერთაშორისო კონფერენციისათვის, რომელიც გაიმართა ათენში (საბერძნეთი) 2018 წლის 16-17 ივლისს;
6. *Caragnano, R., Danese, G.*, La riforma del codice della nautica da diporto: titoli semplificati, personale navigante e nuove figure professionali tra semplificazioni, sicurezza e competitività, in *DPL*, Ipsoa, 2018;
7. Communication from the Commission to the European Parliament, the council, the European Economic and Social Committee of the Regions *Blue Growth opportunities for marine and maritime sustainable growth*), COM/2012/0494 final and Commission Communication, *A European Strategy for more Growth and Jobs in Coastal and Maritime Tourism*, COM(2014) 86 final;
8. *Nicotera, L.*, Sport dell'acqua e ruolo di Coordinamento delle Regioni, in *Morandi, F., Izzo U.* (a cura di), *L'acqua: mare, laghi e fiumi*, Giappichelli, Torino, 2015;
9. *Prete, S.*, Il raccomandatario marittimo nell'evoluzione giurisprudenziale, Giuffè, Milano, 2009;
10. *Vigo, R.*, Modifiche ed integrazioni alla legge 21 marzo 1958 No.253 concernente la disciplina della professione di mediatore, in *Le nuove leggi civili commentate*, Cedam, Padova, 1990.

The Italian Code of Recreational Shipping: new Professional Figures and Professional Title

Abstract

On 13 February 2018 is entered in force the Legislative Decree No.229 of 3 November 2017 renewed significantly the Italian Code of Recreational Shipping (Yacht Code) whose regulations are contained in decree No.171 of 18 July 2005 – which implements the 2003/44/CE directive subsequently modified by the 94/25/CE directive – creating an independent regulating body. The legislative text, which attributes equal dignity to the commercial non-profit navigation, is the result of an intense work started in 2015 when with the law delegated No.167 the Government was delegated to adopt within twenty-four months (from the date of entry into force of the law) one or more of the legislative decrees for the revision and integration of the current Code (of 2005).

The object of the new legislation is the competitiveness of Italian sector in the European and International context.

The reference context in which the new regulatory provision is placed is, in fact, the globalized economy on which both the European Institutions and the Commission have intervened with synergic actions on the assumption of the great potentialities deriving from the economy of the sea, in its variations from the blue economy, to the blue sea to the blue growth. In this sense is central the wellbeing and prosperity of the Europe, in line with the European maritime contribution to contribute to the implementation of joint actions in the direction of international governance.

The Italian Legislator has intervened in the mesh of the legal text and in the various forecasts also regarding new titles and professional profiles for boating.

1. The Italian Code of Recreational Shipping (Yacht Code): Position of Problem and the Recreational Shipping Code on Professional Titles

The Legislative Decree No.229 of 3 November 2017 renewed significantly the Italian Code of Recreational Shipping (Yacht Code) whose regulations are contained in decree No.171 of 18 July 2005 – which implements the 2003/44/CE directive subsequently modified by the 94/25/EC directive – creating an independent regulating body. The text, applying article 1 of the Law No.167 dated 7 October 2015, with which the Government was delegated to adopt within twenty-four months (from the date the law was passed) one or more of the revised and integrated decrees included in the above-mentioned code (No.171/2005), represents an important dowel

¹ Independent Researcher, PhD of Labour Law and Industrial Relation at University of Modena and Reggio Emilia, Ordinary Member of ATINER (Athens Institute for Education and Research) and CEMA (Center for European & Mediterranean Affairs). This work is an abstract of the paper of *Caragnano, R., Danese, G.*, Marine economics: employment and employability: profiles, professional figures and skills in the reform of the Italian code of recreational shipping (Code of Yachting), for a 15th Annual International Conference on Law, held in Athens, Greece on 16-17 July 2018.

within the legislative action (and not only) supporting the entire nautical chain including the development of shipbuilding and refitting.

The extent of the legislative novelty – which encompasses the various requests for integration and modification made by Ucina Confindustria Nautica together with Assomarinas and Assonat Confcommercio (tourist ports) and Confarca (nautical schools), Assilea (leasing), and Federazione Vela – is aimed at rendering the Italian sector more competitive in the European and International market.

In this direction the Legislative Decree No.229 of 3 November 2017 contains various predictions concerning new professional titles and profiles within recreational shipping which effect both the content and structure of the Code and, indirectly may also have an effect on the labor market both in terms of employment and constitution.

The new regulatory provisions fall in the context of a globalized economy in which many European institutions and indeed the Commission itself have introduced coordinated actions based on the enormous potential of the marine economy. The declinations blue economy ², blue sea or blue growth illustrate that the marine economy is regarded as a driver in the well-being and prosperity of Europe and the decree falls in line with the integrated European maritime policy dedicated to the realization of coordinated efforts working towards the idea of an international governance.

The legislator primarily intervened in article 27 with the introduction of the simplified title of second-class recreational sailing officer in the role of recreational shipping cover services. In doing so a link was created between the IMO certificate, the STCW 78/95 standard (Standards of Training, Certification and Watchkeeping for Seafarers) and introductory school education, creating a simplified title for recreational shipping and recognizing that prior to the changes there had been little communication between this title and other professional titles. The endeavor was to align the national regulations with those in Europe, following the initiative started in 2005.

The new order will in itself have an effect on the Decree of the Ministry of Transport and Infrastructure dated 10 May 2005, that is No.121 which determines the institution and the organization of professional titles³ in recreational shipping, that is the determining of the professional figures that work on the units and ships used in rental activities, exclusive and not. The area covered by the Regulation covers, in fact, all personnel boarded on recreational ships for rental use, on ships destined exclusively for tourist rentals as described in article 3.1 of Law No.172 of 8 July 2003 and the personnel who carry out paid activity on recreational vessels.

² This also includes the alignment between blue growth and green growth as also indicated, in the seventh program of environmental action [Decision No.1386/2013/EU of the European Parliament and of the Council of 20 November 2013 on a General Union Environment Action Program to 2020 Living well, within the limits of our planet], available at <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:32013D1386>>. In the same direction are also European Commission (2010), Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the regions, Europe, the world's No.1 tourist destination – a new political framework for tourism in Europe COM(2010) 352 final. Available at <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=celex%3A52010DC0352>>. For a framework see Communication from the Commission to the European Parliament, the council, the European Economic and Social Committee of the Regions Blue Growth opportunities for marine and maritime sustainable growth), COM/2012/0494 final and Commission Communication, A European Strategy for more Growth and Jobs in Coastal and Maritime Tourism, COM (2014) 86 final.

³ The regulation is quoted in article 3 of the quoted law 8 July 2003, No.172, and explains the use of ships exclusively rented for tourist purposes.

of this does not change the legislation regarding the issue of ship licenses for the use of recreational vessels, covered by article 4 of Decree No.431 issued by the President of the Republic dated 9 October 1997. Likewise for the current legislation that requires all shipping personnel involved in recreational shipping to be enrolled on the register of First Class Seafarers as well requiring the navigation license. The general provisions for the registration of seafarers are applied as described in Book 1, Title IV, Chapter 1 and 2 of the Regulation for the carrying out of the Navigation Code, approved by Decree No.328 of the President of the Republic dated 15 February 1952. It states that those who work aboard commercial units must be enrolled and protected by the necessary forms of insurance and social security.

With regard to the simplified title another decree should be noted: comma 2 of article 27 refers the modification of article 2, comma 3 of Law No.172 dated 8 July 2003 to a Decree by the Ministry of Transport and Infrastructure together with the Ministry of Education, Higher Education and Research in order to individuate the requirements for the carrying out of cover services in recreational shipping and ensure full compatibility between the various professional profiles of the sector regarding the newly- introduced changes to the law.

The Legislative Decree No.229 dated 3 November 2017 therefore realizes the contents of the delegated law, in line with European provisions with the aim of improving the conditions of effective competition within the scope of the European Strategy for greater growth and employment in coastal and maritime tourism as identified in Communication COM (2014) 86 final.

This serves as valuable support for a sector, that of recreational shipping, that has had to face up to a number of difficulties throughout the years related to differences between member states with respect to mandatory qualifications and on-board safety equipment. These have acted as a limit on mobility and access to the job market, which has frequently conditioned the trans boundary development of the nautical sector and as a consequence due to a domino effect has also had a negative effect on the employment situation in the nautical field.

2. The New Professional Figures: Recreational Mediator

Article 33 of Legislative Degree No.229 of 3 November 2017 introduces the Capo II-*bis* regarding professional figures into the recreational shipping code (Legislative Decree No.171/2005), creating the professional roles of recreational mediator and sailing instructor as outlined in the following articles: 49-III, 49-IV, 49-V and 49-VI⁴.

The first, separate from that of Maritime Mediator⁵, will perform advisory functions for the conclusion of contracts regarding construction, trade, leasing, renting, loans, mooring and the financial leasing of recreational craft. The second description regards the professional teaching of

⁴ For a first comment of legislative novelty see *Borroni, A., Carugno, G.* La nuova disciplina delle figure professionali per le unità da diporto, La Riforma del Codice della nautica da diporto. Commentario al decreto legislativo 3 novembre 2017, No.229, alla legge delega 7 ottobre 2015, No.167 e aggiornato alla legge 27 dicembre 2017, No.205 (Legge di Bilancio 2018), *Caragnano, R.* ed., Libellula University Press 2018, Tricase, ISBN 978-88-67354-22-1.

⁵ For this figure and for a complete framework of Italian legislation read *Antonini, A.*, La mediazione nella navigazione da diporto, in *Trasporti*, No.47, 1989, 47 ss.; *Antonini, A.*, Rilievi critici sulla nuova disciplina della nautica da diporto, in *Dir. mar.*, 1991, 181 ss.; *Antonini, A.*, Profili privatistici della navigazione da diporto, in *Il cinquantenario del codice della navigazione*, Cagliari, 1992, 139 ss; *Vigo, R.*, Modifiche ed integrazioni alla legge 21 marzo 1958 No.253 concernente la disciplina della professione di mediatore, in *Le nuove leggi civili commentate*, Cedam, Padova, 1990.

sailing techniques, also in a non-exclusive and non-continuous way in all their specializations and practiced in all masses of water whether the sea, lakes or inland.

With regards to the specific aspects of the professional figure of the recreational mediator, it is the writer's opinion that his is a hybrid position, borrowed in part from the civil code both in its definition and for some applied profiles. The Legislator himself mentions this in subsection 6 of article 49-III in the part, "subject to the provisions of this article and article 49-IV of this code, recreational mediators adhere to the measures outlined in article 1754 and following the civil code». In part the job description is borrowed from the legislation relating to the profession of maritime advisor⁶ in particular decree No.135 dated 4 April 1977, without prejudice to the exclusive development of the activity as provided by subsection 2 of article 49-III and therefore following the rules of recreational shipping code.

The mediator can perform related or instrumental activities and carry out his professional activity without being bound to any other parties by collaboration, full-time employment, representation or any other work relationship which could limit independence.

The activity must be reported to the Chamber of Commerce, Industry, Artisanry and Agriculture via a "start of activity" certificate (SCIA) which must be presented to the single front office of the municipality responsible for the territory, which after verifying that the necessary criteria are met, will register the activity either in the business register if it is a commercial venture or in the appropriate section of the list of economic and administrative news (REA) if it is otherwise defined.

The criteria required to carry out the profile of recreational mediator are as follows: citizenship of the European Community; minimum age of 18; honor ability requirements as cited for maritime mediators contained in act No.478 of 12 March 1968, having fulfilled the obligation of education, as described in article 1, subsection 622 of Act No.296 of 27 December 2006; having attended a suitable theoretical and practical course and passed the relative examination (apart from maritime mediators indicated in legislation No.478 of 12 March 1968); being in possession of an insurance policy covering civil liability for damages caused during activity by own or third party conduct, according to the law. Other requirements include not having been declared a habitual, professional or treacherous offender, not having been subjected to personal safety or preventative measures, not having been sentenced to imprisonment except in the case where rehabilitation measures have been introduced as cited in Legislative Decree No.159 of September 6, 2011.

The course required to become a mediator is organized every year by the regional authority, under payment by the participant of a fee commensurate with the costs incurred by the local authorities in organizing the said course. The fee is communicated every three years by way of a decree of the Ministry of Transport and Infrastructure, in communication with the Ministry of Finance, and with the prior agreement of the unified state-region conference. In fact, the statutory provision is of an orderly nature and does not involve minors entering and new or greater charges for public finance.

Subsection 6 of article 49-IV regards disciplinary measures (annotated and registered for extract in the REA) for the violation of professional ethics, or to be more precise, the behavioral norms

⁶ The figure is analyzed in a monograph of *Prete, S.*, *Il raccomandataro marittimo nell'evoluzione giurisprudenziale*, Giuffè, Milano, 2009.

locally established and recorded by the Chamber of Commerce, Industry, Artisanship and Agriculture. Subsections 7, 8, 9 and 10 define cases for suspension and subsection 11 defines expulsion from the profession.

2.1. The Figure of Sailing Instructor

The professional figure of the sailing instructor, is regulated by articles 49-V and 49-VI of the Legislative Decree No.171 of 18 July 2005 (Recreational Shipping Code) introduced by article 33 of Legislative Decree No.229 of 3 November 2017. The profile is defined as “he who teaches professionally the techniques of sailing in all its specializations also in a non-exclusive and non-continuative manner, individuals or groups of people, in any type of vessel, in the sea, lakes or internal waterways».

Professional practice is reserved for candidates registered on a special list maintained by the Ministry of Transport and Infrastructure. The fees both for the fulfillment of the administrative obligations and the inclusion on the list will be charged to the individual at a cost which allows the adequate maintenance of the said list by the Ministry.

The collection of the aforementioned fees (as foreseen in Subsection 5, article 49-V) is similar to that applied to the profession of recreational mediator, but in this case rather than be collected by regional authorities, the revenue “enters into the balance of the State where it is re-assigned, under decree of the Ministry of Finance, to the relevant workings of the Ministry of Transport and Infrastructure in order to cover the costs of the management of the said list”.

The sailing instructor is subject to similar legislative criteria: citizenship of the European Union; minimum age of 18; having fulfilled the obligation of education, article 1; subsection 622 of Act No.296 of 27 December 2006; not having been declared a habitual, professional or treacherous offender; not having been subject to personal safety or preventative measures; not having been sentenced to imprisonment except in the case where rehabilitation measures have been introduced as cited in legislative decree No.159 of September 6, 2011; having residence or domicile or a fixed address in a municipality of the Italian Republic. Other requirements are: a license for teaching the basic techniques of sailing issued by the Navy, the Italian Yachting Federation or by the Italian Naval League which follows the guidelines laid down by the national system of sporting instructors by CONI (Italian Olympic Committee) and the European Qualification Framework; a certificate of psychophysical fitness on the basis of the requirements stated in article 5 of the Decree-Law No.663 of 30 December 1979. The sailing instructor⁷ should also be in possession of an insurance policy covering civil liability for damages caused during activity by own or third party conduct, according to the law.

The enrollment on the said list is valid for six years and must be renewed every three years under the condition of psychophysical fitness and the attendance of professional refresher courses organized by the Navy, the Italian Yachting Federation or by the Italian Naval League. Such courses will be at the expense of the individual concerned and are equal to the costs incurred for the management of the aforementioned parameters regarding the recreational mediator.

⁷ Regarding specific figure read *Nicotera, L.*, Sport dell'acqua e ruolo di Coordinamento delle Regioni, in *Morandi, F., Izzo, U.* (a cura di), *L'acqua: mare, laghi e fiumi*, Giappichelli, Torino, 2015, 18.

The disciplinary procedure for the sailing instructor is similar to that for the recreational mediator even if they differ in terms of profile and job requirements. The only inherent difference is that an eventual exclusion is considered definitive in severe cases where an individual is unable to complete the activity for “extremely serious violations that create a situation of non-compatibility with the professional activity in case” and where “the individual’s behavior has seriously undermined his own reputation and that of his profession». Sub-section 9 of article 49-VI covers the cases where the Legislator has deemed that mandatory exclusion should be applied.

3. Labor Law Perspectives under *Iure Condendo*

The theme of labor law and the job market is even more delicate if we take into consideration the new profiles introduced by the Legislator of the reforms (recreational mediator and sailing instructor) within the context of a more wide-ranging regulatory-economic scenario which encourages legal reflection on the current contractual situation regarding professional profiles within recreational shipping and the more appropriate viewpoint of *iure condendo*⁸ which takes into consideration the specific characteristics of the nautical sector.

The legislator of the reform seems to outline this concept with regards to the recreational mediator, by applying a definition which represents a hybrid between the norms of the civil code (“the disciplines laid out in article 1754 and onwards of the civil Code should be applied to the profile of recreational mediator apart from the provisions of this article and article 49-IV of the present article”, as also in subsection 6 of article 49-III), the provisions laid down for maritime consignor in Law No.135 of 4 April 1977 notwithstanding the separate activity laid down in subsection 2 of article 49-III, and the norms of the Recreational Nautical Code.

This last consideration with the discipline contained within the Code, appears to lead in the direction outlined taking into consideration a special legislation (that of recreational shipping) within the context of already specialized legislation (that of rights of navigation), recognizing its strong interdisciplinary character with regards to private, commercial and labor laws and not only. In the light of new economic scenarios this reflects the aim of the Legislator to evaluate a new and essential path together with the stakeholders in creating a starting point for a concrete intervention which could render the Italian sector more competitive in the European and International scene. From the perspective of *de Iure condendo* the new norms considered by the Legislator with regards the aforementioned professional figures together with the simplified job descriptions with reference to the cited regulations, require the evaluation of a labor contract that takes into consideration the specific needs of the nautical and recreational shipping sectors.

It is my view that a starting point in balanced governance has been recognized in the agreement signed on the 28 February 2018 between Confindustria and Cgil, CISL, Uil (Italian trade unions) covering the content and direction of industrial relations and collective bargaining which concentrate on the firm action needed to “strengthen measures to support an independent, innovative and participatory trade union model, which upholds the competitiveness of the sector and of the production chains, as well as its values and quality of work, and favors also via the

⁸ Regarding the application of legal requirements for shipping personnel and the new professional figures of mediator and sailing instructor and profiles connected to health and safety at work, consult Caragnano, R., Danese, G., La riforma del codice della nautica da diporto: titoli semplificati, personale navigante e nuove figure professionali tra semplificazioni, sicurezza e competitività, in DPL, Ipsos, 2018.

spread of second-level bargaining, the ongoing transformation processes and the virtuous connection between innovation, productivity and wages”.

Bibliography

1. *Antonini, A.*, La mediazione nella navigazione da diporto, in *Trasporti*, No.47, 1989;
2. *Antonini, A.*, Profili privatistici della navigazione da diporto, in *Il cinquantenario del codice della navigazione*, Cagliari, 1992;
3. *Antonini, A.*, Rilievi critici sulla nuova disciplina della nautica da diporto, in *Dir. mar.*, 1991;
4. *Borroni, A., Carugno, G.*, La nuova disciplina delle figure professionali per le unità da diporto, *La Riforma del Codice della nautica da diporto. Commentario al decreto legislativo 3 novembre 2017, No.229, alla legge delega 7 ottobre 2015, No.167 e aggiornato alla legge 27 dicembre 2017, No.205 (Legge di Bilancio 2018)*, Caragnano R. ed., Libellula University Press 2018, Tricase, ISBN 978-88-67354-22-1;
5. *Caragnano, R., Danese, G.* Marine economics: employment and employability: profiles, professional figures and skills in the reform of the Italian code of recreational shipping (Code of Yachting), for a 15th Annual International Conference on Law, which will be held in Athens, Greece on 16-17 July 2018;
6. *Caragnano, R., Danese, G.*, La riforma del codice della nautica da diporto: titoli semplificati, personale navigante e nuove figure professionali tra semplificazioni, sicurezza e competitività, in *DPL*, Ipsoa, 2018;
7. Communication from the Commission to the European Parliament, the council, the European Economic and Social Committee of the Regions *Blue Growth opportunities for marine and maritime sustainable growth*, COM/2012/0494 final and Commission Communication, *A European Strategy for more Growth and Jobs in Coastal and Maritime Tourism*, COM(2014) 86 final;
8. Nicotera, L., *Sport dell'acqua e ruolo di Coordinamento delle Regioni*, in *Morandi, F., Izzo U.* (a cura di), *L'acqua: mare, laghi e fiumi*, Giappichelli, Torino, 2015;
9. *Prete, S.*, *Il raccomandatario marittimo nell'evoluzione giurisprudenziale*, Giuffè, Milano, 2009;
10. *Vigo, R.*, *Modifiche ed integrazioni alla legge 21 marzo 1958 No.253 concernente la disciplina della professione di mediatore*, in *Le nuove leggi civili commentate*, Cedam, Padova, 1990.

სასჯელაღსრულების სისტემის როლი განმეორებითი დანაშაულის თავიდან აცილებისა და განთავისუფლებული პირების საზოგადოებაში რეინტეგრაციაში

აბსტრაქტი

სტატიაში განიხილულია პენიტენციური სისტემის როლი განმეორებითი დანაშაულის პრევენციასა და გათავისუფლებულ პირთა საზოგადოებაში რეინტეგრაციაში. ხაზი ესმვა მოცემულ სფეროში პენიტენციური სისტემის მნიშვნელობას, რაც სისხლის სამართლის მართლმსაჯულების სისტემის ძირითადი სტრუქტურული რგოლია და რისი საშუალებითაც მიღწეულ უნდა იქნეს სასჯელის ისეთი მიზანი, როგორცაა ახალი დანაშაულის თავიდან აცილება და დამნაშავის რესოციალიზაცია.

მთავარ აქცენტი კეთდება სასჯელის მოხდისაგან გათავისუფლებული პირის მიერ დანაშაულის ხელმეორედ ჩადენის ალბათობაზე და მისი საზოგადოებაში რეინტეგრაციის სირთულეზე, რომელიც დამოკიდებულია იმაზე, თუ რამდენად შეძლო სასჯელაღსრულების სისტემაში პირმა ჩადენილი დანაშაულის გააზრება, საზოგადოებისადმი საკუთარი ნდობის ამაღლება და გათავისუფლების შემდგომი ცხოვრებისათვის საჭირო ცოდნისა და უნარების შექმნა.

კვლევაში გაანალიზებულია სასჯელაღსრულების სისტემაში მსჯავრდებული პირის რესოციალიზაციისა და მისი საზოგადოებაში ეფექტიანი რეინტეგრაციის ხელშემწყობი და ხელშემშლელი ფაქტორები, საქართველოსა და სხვა ქვეყნების მაგალითზე. იგი მიზნად ისახავს, პენიტენციურ სისტემას აჩვენოს ის გზები, რომელთა მეშვეობითაც შემუშავდება ახალი პროგრამები, გზები და მეთოდები გათავისუფლებულ პირთა მიერ ხელმეორედ დანაშაულის ჩადენის პრევენციის მიზნით, გადაიხედება და გაუმჯობესდება პრობლემების გადაჭრის არსებული მეთოდები და საშუალებები.

შესავალი

სასჯელაღსრულების სისტემა მნიშვნელოვან როლს ასრულებს სისხლის სამართლის მართლმსაჯულებაში. სისხლის სამართლის მართლმსაჯულების სისტემაში ეს არის მთავარი სტრუქტურული სეგმენტი, რომლის მეშვეობითაც უნდა იქნას მიღწეულ სასჯელის ისეთი მიზნები¹, როგორებიცაა განმეორებითი დანაშაულების პრევენცია და დამნაშავის რესოციალიზაცია.² ამერიკელი მკვლევარის³ თქმით, ციხის მთავარი ფუნქციაა

* რეგიონული სასჯელაღსრულების სისტემის მრჩეველი, წითელი ჯვრის საერთაშორისო კომიტეტი (ICRC).

¹ 1999 წლის საქართველოს სისხლის სამართლის კოდექსი, 39-ე მუხლი, 1-ლი ნაწილი. ხელმისაწვდომი ვებგვერდზე <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/16426?publication=230>>.

² რესოციალიზაციის ახსნისას მნიშვნელოვანია გამოვყოთ თავსართი „რე“ და ლათინური სიტყვა „სოციალიზაცია“, რაც ნიშნავს: ადამიანის საზოგადოების ნაწილად ქცევას, ინდივიდის მიერ გარკვეული ცოდნის, ნორმებისა და ფასეულობების შექმნის პროცესს, რაც მას საშუალებას აძლევს გახდეს საზოგადოების სრულფასოვანი წევრი. იგი მოიცავს როგორც ინდივიდზე მიზანმიმართულ გავლენას (აღზრდას), ასევე ბუნებრივ, სპონტანურ პროცესებს, რომლებიც გავლენას ახდენს პიროვნების ფორმირებაზე. რესოციალიზაცია გულისხმობს დასჯილი ადამიანების რეინტეგრაციას სოციალურ ცხოვრებაში - საზოგადოებაში.“ *სულამანიძე, რ.*, მსჯავრდებულის რესოციალიზაცია-რეაბილიტაციის მნიშვნელობა, რეგულირება ეროვნული და საერთაშორისო სტანდარტების მიხედვით, 2019, თბილისი. ხელმისაწვდომი ვებგვერდზე:<<https://www.penalreform.org/blog/%E1%83%9B%E1%83%A1%E1%83%AF%E1%83%90%E1%83%95%E1%83%A0%E1%83%93%E1%83%94%E1%83%91%E1%83%A3%E1%83%9A%E1%83%98%E1%83%A1->

დანაშაულის შემცირება პრევენციის გზით. იგი პატიმრის რეაბილიტაციასა⁴ და სასჯელის მოხდისაგან ვადამდე გათავისუფლებას პრევენციის ღონისძიებებად მიიჩნევდა.

სასჯელის მოხდისგან გათავისუფლებული პირის მხრიდან ხელახალი დანაშაულის ჩადენის ალბათობა ისევე, როგორც საზოგადოებაში მათი რეინტეგრაციის სირთულე, დამოკიდებულია იმაზე, თუ სასჯელადსრულების სისტემაში ყოფნის დროს რამდენად კარგად შეძლო ამ ადამიანმა ჩადენილი დანაშაულის გააზრება, საზოგადოების მიმართ ნდობის გაზრდასა და გათავისუფლების შემდეგ ცხოვრებისათვის საჭირო ცოდნისა და უნარების შექმნაზე.

მთვარი საპასუხო კითხვაა: აკმაყოფილებს თუ არა საქართველოს ან რომელიმე სხვა ქვეყნის სასჯელადსრულების სისტემა ამ მოთხოვნებს, რომ მიიღწეულ იქნას სასჯელის მიზანი? წინააღმდეგ შემთხვევაში, ეს არის ადგილი, სადაც დამნაშავეებს არ აქვთ გამოსწორების შანსი, არამედ დროთა განმავლობაში, ისინი ხდებიან კრიმინალები და იზრდება დისტანცია მათსა და საზოგადოებას შორის.

წინამდებარე კვლევით გაანალიზებულია ის ფაქტორები, რომლებიც ხელს უწყობს ან აფერხებს სასჯელადსრულების სისტემაში მსჯავრდებულ პირთა რესოციალიზაციასა და ეფექტიან რეინტეგრაციას საზოგადოებაში საქართველოს და სხვა ქვეყნების მაგალითებზე დაყრდნობით. კვლევის მიზანია, წარმოაჩინოს სასჯელადსრულების სისტემისათვის გზები, რომელთა საშუალებითაც შემუშავდება ახალი პროგრამები, ხერხები და მეთოდები, რათა თავიდან იქნას აცილებული გათავისუფლებული პირების მიერ განმეორებით დანაშაულის ჩადენა, რომ გადაიხედოს და გაუმჯობესდეს არსებული მეთოდები და პრობლემების მოგვარების საშუალებები, ასევე ხაზი გაესვას და გაძლიერდეს სისტემის პოზიტიური ასპექტები. სისტემა, ფაქტობრივად, უნდა იყოს სასჯელადსრულების, პირზე ორიენტირებული სივრცე გამოსწორებისათვის და არა მხოლოდ სასჯელის აღსრულების ტექნიკური ადგილი.

I. ზოგადი მიმოხილვა

როგორ შეიძლება პენიტენციური დაწესებულება, როგორც სადამსჯელო მექანიზმი, იქცეს დანაშაულის პრევენციისა და პირის გათავისუფლებისათვის მომზადების ადგილად? ეს შეკითხვა მრავალი ქვეყნის პენიტენციურ სისტემაში, ათწლეულების განმავლობაში, განიხილვის საგანი იყო. მრავალი კვლევა მიეძღვნა ამ სისტემურ ტრანსფორმაციას, მაგრამ მსოფლიოს უმეტეს ქვეყნებში სასჯელადსრულების სისტემებს კვლავ აქვს თავისი ტრადიციული ფუნქცია - სასჯელის აღსრულება.

ხშირად ისმება კითხვა: როგორ შეიძლება, ციხე იყოს წარმატებული დანაშაულის თავიდან აცილებაში? დამნაშავეების დაპატიმრებით, ან მათ მიმართ იმგვარად მოპყრობით და ციხეში ისეთი პირობების შექმნით, რომ მათ შიშისგან აღარ სურდეთ იქ დაბრუნება? ამკარაა, რომ ამ მიდგომებმა საუკუნეების განმავლობაში შედეგი არ გამოიღო.

ჯერ კიდევ მეოცე საუკუნის შუა ხანებში, ამერიკელმა პროფესორმა აღნიშნა, რომ დადგა დრო, როდესაც უნდა ვაღიაროთ, რომ ციხე არ იყო საზოგადოების სადამსჯელო შურისძიების ინსტრუმენტი დამნაშავეის მიმართ და რომ მისი ძირითადი იდეა იყო გამოსწორება და არა - დასჯა. იგი ხაზს უსვამს პენოლოგების როლს საზოგადოებაში: „ჩვენ, პენოლოგები, ვართ არა ზოოპარკის მცველები, არამედ - დელიკატური და რთული სამაშველო ოპერაციით დაკავებული ქალები და მამაკაცები“⁵.

%E1%83%A0%E1%83%94%E1%83%A1%E1%83%9D%E1%83%AA%E1%83%98%E1%83%90%E1%83%9A%E1%83%98/> [15.05.2020].

³ *MacCormick, A.*, The Prison's Role in Crime Prevention, *Journal of Criminal Law and Criminology*, 1950, 36.

⁴ „რეაბილიტაცია ითვალისწინებს კონკრეტული პროგრამის საშუალებით კონკრეტული შედეგის მიღწევას“. *სულამანიძე, რ.*, დასახ. ნაშრომი, მე-2 სქ.

⁵ აქ ავტორი გულისხმობს სასჯელადსრულების სისტემის პერსონალს.

ჩვენ არ შეგვიძლია, უგულებელვყოთ მიზანი სასჯელადსრულების სისტემისა, რომელიც უზრუნველყოფს უსაფრთხოებას და საზოგადოების დაცვას დანაშაულისგან, რადგან პენიტენციური დაწესებულება, კანონით დადგენილი წესით, ახდენს დამნაშავეთა იზოლირებას გარკვეული პერიოდით ან განუსაზღვრელი ვადით. საკითხავია: უნდა შემოიფარგლოს თუ არა სასჯელადსრულების სისტემის ფუნქცია სასჯელის ვადაში პენიტენციურ დაწესებულებაში პირის გამოკვეთით და, ამგვარად, საზოგადოების დანაშაულისგან გარკვეული პერიოდის განმავლობაში დაცვით, თუ მისი ფუნქცია უნდა გაითვალისწინებოდეს უფრო გრძელი პერიოდზე განმეორებითი ან ახალი დანაშაულისაგან საზოგადოების დასაცავად? მრავალრიცხოვანი ნაშრომები და მითითებები, რომლებიც გრძელვადიან დაკვირვებებზე და კვლევებზეა დაფუძნებული, ცდილობს ამ კითხვაზე პასუხის გაცემას.

მაგალითად, ნარკომანიისა და დანაშაულის შესახებ გაერთიანებული ერების ოფისის (UNODC) სახელმძღვანელო მითითებით, განიმარტება, რომ, მიუხედავად თავისუფლების აღკვეთის საზოგადოების დაცვის უზრუნველმყოფი მიზნისა, მისი მიღწევა შესაძლებელია, თუ თავისუფლების აღკვეთის პერიოდს იყენებენ, შეძლებისდაგვარად, ასეთი პირების საზოგადოებაში რეინტეგრაციისათვის ისე, რომ ითვალისწინებენ, არა მხოლოდ საზოგადოებაში დაბრუნების სურვილს, არამედ, ასევე კანონმორჩილი ცხოვრების პოტენციალს.⁷ ამრიგად, განმეორებითი დანაშაულის თავიდან აცილების ტვირთი, დიდწილად, აწევს სასჯელადსრულების სისტემას, რადგან იგი არის ის, რამაც ადამიანი უნდა მოამზადოს [საზოგადოებაში] ცხოვრებისათვის.

კვლევაში განხილულია ფაქტორები, რომლებიც ხელს უწყობს ან, პირიქით, ხელს უშლის სასჯელადსრულების სისტემას, დაეხმაროს საზოგადოებას ახალი ან განმეორებითი დანაშაულების პრევენციასა და თავიდან აცილებაში. ეს ფაქტორებია:

1. ტერმინოლოგია და სტიგმა;
2. რისკისა და საჭიროებების შეფასება;
3. ციხის მართვა;
4. რეაბილიტაცია, რესოციალიზაცია თავისუფლების აღკვეთის ადგილზე; მისი კომპონენტები და მნიშვნელობა განმეორებითი დანაშაულის პრევენციის საქმეში;
5. ბალანსი უსაფრთხოებასა და რეაბილიტაციას შორის; დანაშაულებრივი აზროვნების გამოსწორება;
6. კოორდინირებული მუშაობა სასჯელადსრულების სისტემასა და პრობაციას შორის.

II. ტერმინოლოგია და სტიგმა

უპირველეს ყოვლისა, უნდა განვიხილოთ ტერმინოლოგია, რომელიც, მიუხედავად მრავალი რეფორმისა და გაუმჯობესებისა, კვლავ გამოიყენება სასჯელადსრულების სისტემაში. მაგალითად, ქართულ პრაქტიკაში, სასჯელის აღსრულების სისტემას შეეცვალა სახელი და დაერქვა „სასჯელადსრულების სისტემა“ და, თუ საზოგადოებაში დამკვიდრებულ ტერმინს გამოვიყენებთ, „ციხეს“ გადაერქვა სახელი და გახდა „პენიტენციური დაწესებულება“, „საპატიმრო დაწესებულება“.⁸ მიუხედავად ამ

⁶ MacCormick, A., დასახ. ნაშრომი, მე-3 სქ., 38.

⁷ UNODC, Introductory Handbook on the Prevention of Recidivism and the Social Reintegration of Offenders, Vienna, 2012, 5.

⁸ „პატიმრობისა და თავისუფლების აღკვეთის აღმასრულებელი ორგანოები არიან პენიტენციური სამსახური და მისდამი დაქვემდებარებული პენიტენციური დაწესებულებები“, საქართველოს კანონი, პატიმრობის კოდექსი, 24 მარტი, 2010, მე-6 მუხლი, მე-2 ნაწილი. ხელმისაწვდომია ვებგვერდზე <<https://matsne.gov.ge/document/view/91612?publication=34>>.

პოზიტიური ცვლილებისა, საზოგადოება, სისტემის პერსონალი პირად საუბრებში და არამართო, მას „ციხეს“ უწოდებენ. შეიძლება, წარმოიშვას კითხვა, თუ რა პრობლემა შეიძლება წამოჭრას ამ სახელმა. საქმე იმაშია, რომ ეს ტერმინები აყალიბებს სტიგმას საზოგადოებაში, რაც რეინტეგრაციის ერთ-ერთი მთავარი შემაფერხებელია. მაგალითად, საზოგადოება არასოდეს მოიხსენიებს პირს, როგორც მსჯავრდებულს, რომელმაც მოიხადა სასჯელი და პასუხისგებაში მიეცა თავისი ქმედებებისთვის, არამედ მოხსენიებულია, როგორც „ძველი ნაციხარი“. ისინი, ასევე იყენებენ საბჭოთა პერიოდისგან დარჩენილ ტერმინს, რომელიც დღემდე გამოიყენება - „ზეკი“⁹. ხშირად ეს სტიგმა მისდევს პიროვნებას მთელი ცხოვრების მამილზე, თუმცა შესაძლებელია, მან მხოლოდ ერთხელ ჩაიდინა დანაშაული.

სტიგმატიზაცია შეიძლება, მოიცავდეს არა მხოლოდ გლობალურ პრობლემებს, არამედ, ხშირად, საკმარისია საზოგადოებაში გარკვეული ტერმინების დამკვიდრებაც, რაც ტიპური არ არის მხოლოდ ქართული სისტემისათვის. ტერმინოლოგიასთან პრობლემასა და მისი აღმოფხვრის მცდელობას ათწლეულების ისტორია აქვს. მაგალითად, 1950-იან წლებში ამერიკელმა მკვლევარმა აღნიშნა, რომ თანამედროვე სინამდვილეში სიტყვა „გამოსწორებითი“ უკვე გამოიყენებოდა „სასჯელადსრულების“ ინსტიტუციების ნაცვლად, თუმცა სიტყვა „ციხე“, კვლავ, უფრო ხშირად გამოიყენებოდა, როგორც მოსახერხებელი ტერმინი.¹⁰

მეცნიერები განმარტავენ, რომ პატიმართა უმეტესობა სერიოზული პრობლემების წინაშე დგას სოციალური ადაპტაციის სფეროში, რაც შეიძლება, მოიცავდეს სტიგმატიზაციას, ოჯახისა და საზოგადოებისგან განდევნას („ოსტრაკიზმს“). ეს, თავის მხრივ, უარყოფით გავლენას ახდენს ამ პირთა შესაძლებლობაზე, იპოვონ სამუშაო ან საცხოვრებელი, დაუბრუნდნენ ლეგალურ განათლებას, აღადგინონ ან შექმნან ახალი ინდივიდუალური ან სოციალური კაპიტალი.¹¹ ეს განმარტება, ცალსახად, ხაზს უსვამს პატიმრობის სტიგმატიზაციის დამანგრეველ გავლენას პირზე, რომ გააგრძელოს ცხოვრება ციხიდან განთავისუფლების შემდეგ, მიუხედავად იმისა, რომ მათ შეიძლება, ჰქონდეთ საზოგადოებაში დაბრუნების სურვილი, მზაობა და მზადყოფნა.

მიუხედავად იმისა, რომ სტიგმის წინააღმდეგ ბრძოლის მთელი ტვირთი არ შეიძლება, დაეკისროს სასჯელადსრულების სისტემას, ამ შემთხვევაში უნდა იყოს ჩართული სისხლის სამართლის სამართალში მომუშავე ყველა ინსტიტუცია ისევე, როგორც მედია და მთელი საზოგადოება, ასევე უნდა იყოს ჩართული, მაგრამ ასეთი კომპლექსური მიდგომა შეუძლებელია და არ გამორიცხავს, ან შეამცირებს სასჯელადსრულების სისტემის როლს.

სტიგმის მოცილება და საზოგადოებისაგან პირის გარიყვის რისკის შემცირება, ავტორის აზრით, დიდწილად დამოკიდებულია ორ ფაქტორზე: პირველი და უმთავრესი, როგორ და რა ზომით შეიძლება, სასჯელადსრულების სისტემამ მოამზადოს პიროვნება საზოგადოებაში დაბრუნებისა და ადაპტირებისთვის. მეორე, თავად სისტემის მაღალი ან დაბალი ავტორიტეტი, ან რას ელის საზოგადოება მისგან: „ციხე“, რომელიც არსებობს მოცემულ საზოგადოებაში, არის ადგილი, საიდანაც ადამიანი ბრუნდება იმაზე უარესი, ვიდრე იგი იყო დაპატიმრებამდე (ასეთ სურათს ქმნის ფაქტორები, როგორცაა კორუფცია, მოუმზადებელი პერსონალი, ძალადობა, არაადეკვატური პირობები, ძლიერი კრიმინალური მენტალიტეტი (პოსტსაბჭოთა სივრცეში „კანონიერი ქურდები“) და ა.შ.) ან პირიქით. ამ ორი ფაქტორის დახვეწა უნდა იყოს სასჯელადსრულების სისტემის მუშაობის მნიშვნელოვანი ნაწილი, რათა უზრუნველყოფილ იქნას, რომ მისი ფუნქცია

⁹ რუსული სიტყვიდან „Заключённый“ (ЗК, “ЗэКа”, “зэК”), რაც ნიშნავს „მსჯავრდებულ პატიმარს“.

¹⁰ MacCormick, A., დასახ. ნაშრომი, მე-3 სქ., 36.

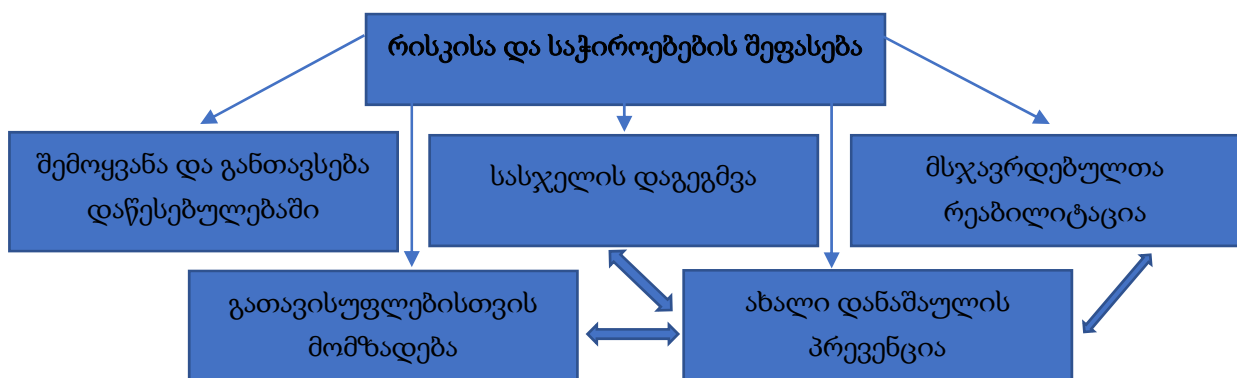
¹¹ დასახ. დოკუმენტი, მე-7 სქ., 5.

განისაზღვროს არა მხოლოდ პატიმრების დაკავებით, არამედ ასევე - მათი რეაბილიტაციით.

III. რისკისა და საჭიროებების შეფასება

რა ნაბიჯები უნდა გადადგას სასჯელაღსრულების სისტემამ, რომ მოახდინოს პრევენცია განმეორებითი დანაშაულისა ან მსჯავრდებული პირის მიერ ახალი დანაშაულის ჩადენისა, განთავისუფლების შემდეგ? როგორც ცნობილია, სასჯელაღსრულების სისტემას აქვს გარკვეული ფუნქცია, პატიმართან იმუშაოს პენიტენციურ დაწესებულებაში/თავისუფლების აღკვეთის დაწესებულებაში მიღების დროიდან გათავისუფლებამდე.

დანაშაულის პრევენციისათვის გადადგმულ ნაბიჯებსა და, სხვა ფუნქციებს შორის, პირველ რიგში, მიზანშეწონილია რისკისა და საჭიროებების შეფასების განხილვა, რაც, არა მხოლოდ დანაშაულის თავიდან აცილების ფაქტორია, არამედ ასევე ციხის ეფექტიანი ფუნქციონირების დადგენისთვისაა საჭირო რამდენიმე კონტექსტში. მაგალითად, რისკის შეფასება პირდაპირ კავშირშია ისეთ პროცესებთან, როგორცაა: პირის შემოყვანა დაწესებულებაში და მისი უსაფრთხო განთავსება, სასჯელის დაგეგმვა, რეაბილიტაცია, გათავისუფლებისთვის მომზადება და, შემდგომში, დანაშაულის პრევენცია.



ექსპერტები განმარტავენ რისკის შეფასების მნიშვნელობას: „კრიტიკულია, რომ ძალადობრივი ხელახალი დანაშაულის ჩადენის რისკი ზუსტად გაიზომოს და, რაც მთავარია, კაუზალური ინტერვენციებით კარგად იქნეს მართული ამ რისკის შესამცირებლად გათავისუფლების შემდეგ“¹².

აღიარებულია პრინციპი, რომ სასჯელის სწორად აღსრულება ნიშნავს დამნაშავეთა ინდივიდუალური საჭიროებების შეფასებას და მოპყრობის ინდივიდუალიზაციას, მათი სისუსტეებისა და ძლიერი მხარეების გათვალისწინებით. რეციდივის პრევენციის შესახებ სახელმძღვანელოში ხაზგასმულია რისკების შეფასების განსაკუთრებული მნიშვნელობა, მისი თავიდან ასაცილებლად და მომავალი დანაშაულებისგან საზოგადოების დასაცავად. კერძოდ, ის განმარტავს, რომ დამნაშავეები, როგორც წესი, წარმოადგენენ რისკის ფაქტორების ფართო სპექტრს და აუცილებელია, რომ ყველა ამ რისკ ფაქტორის მოხსნა ახალი დანაშაულის თავიდან ასაცილებლად. ასევე ხაზი გაესვა მოქმედების დროულობასა და ხარისხს, რადგან დამნაშავეთა შორის რისკებისა და საჭიროებების დროული იდენტიფიცირება, მიზანის დასახვა და გამკლავება დამოკიდებულია შეფასების ეფექტიანი სისტემის არსებობაზე, რათა მოხდეს ამ საჭიროებების

¹² Constantinou, A. C., Freestone, M., Marsh, W., Fenton, N., Coid, J., Coid, R., Assessment and Risk Management of Violent Reoffending Among Prisoners, 2015, 1.

იდენტიფიცირება და გაიზომოს ცვლილებების ის დონე, რამდენადაც ისინი არიან წარმოდგენილი.¹³

მსოფლიოს მრავალ ქვეყანაში, რისკის შეფასების ინსტიტუტი არ შემოღებულა, ან, თუ ის არსებობს, იგი არ მოიცავს მთელ სისტემას (საქართველოც არის მაგალითი¹⁴), ან ციხის ადმინისტრაცია და პერსონალი ამას სერიოზულად არ უყურებენ, რადგან მათ არ ესმით მისი მნიშვნელობა. თუმცა, ექსპერტები განმარტავენ, რომ იმათთვის, ვისაც დამნაშავეებთან უნდა ჰქონდეს საქმე, პირდაპირ ან არაპირდაპირ, შეფასებების ჩატარება უბრალოდ მათი ყოველდღიური მუშაობის რუტინის ნაწილია.¹⁵

გარდა იმისა, რომ ყველა თანამშრომელმა უნდა აღიქვას ზემოხსენებული ფუნქცია, როგორც მათი ყოველდღიური სამუშაო, ბონტა განმარტავს, რომ ეს ქმედება მიზანმიმართული უნდა იყოს, რადგან დამნაშავეებთან ნებისმიერი ურთიერთობა მოითხოვს შეფასებას, თუ როგორ უკავშირდება პატიმარის მახასიათებლები და სიტუაცია შესაბამის შედეგს. აქ მოჰყავს მაგალითები იმისა, თუ ციხის რომელი თანამშრომლები რომელი ტიპის შეფასებით უნდა იყვნენ დაინტერესებული. მაგალითად, გამოსწორებითი დაწესებულების ოფიცერს შეიძლება დასჭირდეს იმის განსჯა, მიდრეკილია თუ არა დეპრესიული პატიმარი თვითმკვლელობისაკენ. პირობით ვადაზე ადრე გათავისუფლების საბჭოს წევრები ითვალისწინებენ პატიმრის საზოგადოებაში ცხოვრებაზე მორგების ალბათობას. თერაპევტმა უნდა შეაფასოს დამნაშავეს მკურნალობის პროგრესი. იგი აღნიშნავს, რომ ამ ჩამონათვალის გაგრძელება შეიძლება, მაგრამ ეს მაგალითები საკმარისია იმის საჩვენებლად, რომ დამნაშავეს შეფასებები არა მხოლოდ გავრცელებული საქმიანობაა, არამედ, ასევე ამ შეფასებებიდან მიღებული შედეგები მნიშვნელოვანია გამოსწორებითი დაწესებულების პერსონალისათვის, დამნაშავეებისა და საზოგადოებისათვის.¹⁶

რისკის შეფასება უნდა იყოს მიზნობრივი და უწყვეტი პროცესი, რომელიც ითვალისწინებს პერიოდულ მიმოხილვას და შესწორებას. შეფასებული პირი ინფორმირებული უნდა იყოს ამ პროცესის შესახებ და უნდა შეეძლოს მასში მონაწილეობა. უნდა ჰქონდეს შესაძლებლობა აქტიურად ჩაერთოს ამ პროცესში.¹⁷

გარდა ამისა, მნიშვნელოვანია რისკის შეფასების სწორი და შესაბამისი მეთოდების გამოყენება. სახელმძღვანელოთი განიმარტება, რომ არსებობს სხვადასხვა მეთოდები და ინსტრუმენტები, რათა შეფასდეს ძირითადი ფაქტორები, რომლებმაც შეიძლება, გავლენა იქონიოს სამართალდამრღვევის მიერ ხელახლა დანაშაულის ჩადენაზე, „ეს რისკ-ფაქტორები განისაზღვრება, როგორც წინარე ფაქტორები, რომლებიც ზრდის განმეორებით დანაშაულის ჩადენის ალბათობას (რისკს) და პოტენციურ საფრთხეს, რასაც დამნაშავე შეიძლება წარმოადგენდეს მსხვერპლისა და საზოგადოებისათვის“¹⁸.

მრავალი მკვლევარი განიხილავს ექვს ზოგად რისკ-ფაქტორს: კრიმინალური დამოკიდებულება, პიროვნული აშლილობა, სოციო-ეკონომიკური ფაქტორები, ფსიქიკური დაავადება, ალკოჰოლის ან ნარკოტიკების ბოროტად გამოყენება და რეაქცია

¹³ დასახ. დოკუმენტი, მე-7 სქ., 36.

¹⁴ თვითმკვლელობის რისკის შეფასებაზე, ინდივიდუალური დახმარების გეგმის შემუშავებასა და გეგმის შესრულების უზრუნველყოფაზე პასუხისმგებლად განისაზღვრა დაწესებულებების მულტიდისციპლინური გუნდები. იმავე დოკუმენტით განისაზღვრა პატიმრების პროგრამაში ჩართვისა და მულტიდისციპლინური დახმარების შეჩერების/შეწყვეტის პროცედურები. აღსანიშნავია, რომ თვითმკვლელობის პრევენციის პროგრამაში ჩართვის შემდეგ, პატიმარმა კიდევ 9-ჯერ სცადა თვითმკვლელობა, რაც კითხვის ნიშნის ქვეშ აყენებს ინტერვენციის ეფექტიანობას. იხ. N6 პენიტენციურ დაწესებულებაში ვიზიტის ანგარიში, საქართველოს სახალხო დამცველი, პრევენციის ეროვნული მექანიზმი, 2015-2016, თბილისი, 12.

¹⁵ Constantinou, A. C., Freestone, M., Marsh, W., Fenton, N., Coid, J., Coid, R., დასახ. ნაშრომი, მე-12 სქ., 1.

¹⁶ Bonta, J., Offenders Risk Assessment Guidelines for Selection and Use, Criminal Justice and Behaviour, Vol. 29, Canada, August 2002, 355-356.

¹⁷ დასახ. დოკუმენტი, მე-7 სქ., 36.

¹⁸ იქვე.

მკურნალობაზე. მათ, ასევე დაასახელეს მეშვიდე კომპონენტი, სახელწოდებით „ძალადობა და სხვა სტატისტიკური რისკ-ფაქტორები“, რომელიც უკავშირებს დინამიკურ და სტატისტიკურ რისკ-ფაქტორებს ძალადობის შეფასების მიზნით.¹⁹ ეს განმარტება არ შეიძლება, ჩაითვალოს ამომწურავ ვერსიად, რადგან არსებობს მრავალი განსხვავებული შეხედულება. შედარებისათვის, შეიძლება, წარმოდგენილ იქნას სხვა ექსპერტების მოსაზრება, რომელიც რისკ-ფაქტორებს აჯგუფებს შემდეგ შვიდ სფეროდ: (ა) ოჯახი და გარემო; (ბ) რისკ-ფაქტორებსა და ალკოჰოლის ან ნარკოტიკების ბოროტად გამოყენებასთან დაკავშირებული დანაშაული; (გ) დანაშაულებრივი ქცევის ისტორია; (დ) ფსიქოლოგიური ფაქტორები; (ე) ფსიქოპათოლოგია; (ვ) სოციალური ქცევა და ინტერპერსონალური ურთიერთობები; (ზ) დაწესებულებაში ყოფნის დროს ქცევა (რელევანტურობის შემთხვევაში²⁰).²¹ ჩვენ შეიძლება შევხვდეთ ბევრ თანმხვედრ და ასევე განსხვავებულ მიდგომას, მაგრამ მთავარია, რომ ისინი, არსებითად, მსჯელობენ იმავე კონტექსტზე.

ამ ორი მაგალითით, ჩანს, რომ ნებისმიერი განმარტება, არსებითად, ერთი და იგივეა და ჩვენ არ შეგვიძლია, უგულვებელვყოთ რომელიმე ეს რისკ-ფაქტორი ნებისმიერი არსებული მოდელის განხორციელებისას. ამრიგად, იგი პროფესიულად უნდა შეფასდეს და გამოიყენებულ იქნას ყოველდღიურ მუშაობაში.

IV. ციხის მართვის როლი განმეორებითი დანაშაულის პრევენციაში

შემდეგი ფრაზა შეიძლება, ხშირად, მოისმინოთ საზოგადოების წევრებისგან, განსაკუთრებით კი სასჯელაღსრულების სისტემის თანამშრომლებისგან, რომლებიც დიდი ხნის განმავლობაში მუშაობდნენ პენიტენციურ დაწესებულებებში: „მათ აქ ყოფნა ურჩევნიათ და, შესაბამისად, მალე ბრუნდებიან“ ან „მათ საერთოდ არ სურთ აქედან წასვლა“. ეს სიტყვები ეკუთვნის იმ ხალხს, ვინც წლების განმავლობაში ხედავდა, თუ როგორ ბრუნდებოდნენ ციხეში იგივე ადამიანები გათავისუფლების შემდეგ. ხშირად, ამ პერსონალს აქვს აგრესია ამ ადამიანების მიმართ, მაგრამ არასდროს ფიქრობენ იმ ნამდვილ მიზეზებზე, რის გამოც ისინი ბრუნდებიან. ამ პერსონალს აქვს ზედაპირული, სტიგმატიზებული შეხედულებები, ტერმინოლოგია და თხრობა, რომელსაც ისინი, ჩვეულებრივ, იყენებენ, შედეგის გათვალისწინების გარეშე.

რა არის ნამდვილი მიზეზი, რის გამოც ადამიანები ასე მალე ბრუნდებიან სასჯელის მოხდის ადგილებში, ხშირად, არა მძიმე დანაშაულის, არამედ განმეორებითი ან ახალი დანაშაულის გამო? აქ ბევრი მიზეზი არ გვაქვს და ის არ მოითხოვს ბევრ კვლევას. პირველი მიზეზი არის ის, რომ გრძელი სასჯელის დროს ადამიანი ინსტიტუციონალიზირდება ციხეში, განსაკუთრებით მაშინ, როდესაც ადამიანი ამ ეტაპზე ძალიან ახალგაზრდაა და იქ დიდი ხნის განმავლობაში უნდა დარჩეს. ინსტიტუციონალიზაცია გულისხმობს, რომ პირი სწავლობს როგორ უნდა იცხოვროს ციხეში, როგორ დაიცვას თავი და გადარჩეს ადამიანთა ვიწრო ჯგუფში, და, საბოლოოდ, ადაპტირდება ამ ბრძოლის საშუალებით, „პატიმრობის პირობები და ციხის რეჟიმი ცნობილია, რომ ხელს უწყობს დამნაშავეთა ინსტიტუციონალიზაციას, რაც აფერხებს საზოგადოებაში რეინტეგრაციის მათ შესაძლებლობა“²².

მეორე მიზეზი თავისუფალი საზოგადოებისგან მოწყვეტილობაა, როდესაც ადამიანმა არაფერი იცის საზოგადოებაში წლების განმავლობაში მომხდარი

¹⁹ Constantinou, A. C., Freestone, M., Marsh, W., Fenton, N., Coid, J., Coid, R., დასახ. ნაშრომი, მე-12 სქ., 6.

²⁰ „რელევანტურობის“ ქვეშ ნაგულისხმევია ის, რომ პირი შეიძლება, არ იყოს/იყოს მოთავსებული დაწესებულებაში.

²¹ Mulder, E., Brand, E., Bullens, R., Marle, H. V., Risk Factors for Overall Recidivism in Serious Juvenile Offenders, International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology, 2010, 4.

²² დასახ. დოკუმენტი, მე-7 სქ., 31-32.

ცვლილებების შესახებ და, მათი წარმოდგენით, ბრუნდებიან იმავე საზოგადოებაში, რაც მათ დატოვეს, მაშინ, როდესაც ეს ორი გარემო ერთმანეთისგან რადიკალურად განსხვავდება და, შესაბამისად, ადამიანი გაუცხოებულია საზოგადოებასთან. ეს გაუცხოებული ადამიანი, დიდი ძალისხმევის გარეშე, რასაკვირველია, ჩვეულ გარემოს დაუბრუნდება არა იმიტომ, რომ მას მოსწონს იგი, არამედ იმიტომ, რომ უფრო ადვილია მიაჩნია იქ ყოფნა, რადგან არ იცის როგორ იცხოვროს თავისუფალ საზოგადოებაში და არ არის მზად არც ფსიქოლოგიურად, არც არსებული შესაძლებლობებით.

ციხის მართვისა და დაგეგმვის მთავარი მიზანი უნდა იყოს მსჯავრდებული პირის რისკისა და საჭიროებების შეფასება, რათა მომზადდეს გათავისუფლებისათვის და არ გახდეს ინსტიტუციონალიზებული ციხეში. სასურველია, განვასხვავოთ ინსტიტუციონალიზაცია და ადაპტაცია. ნათელია, რომ ადმინისტრაციამ უნდა იზრუნოს სასჯელის მოხდის გარემოში პირის ნაკლებად მტკივნეული ადაპტირებისათვის და მოამზადოს იგი გათავისუფლებისათვის. მნიშვნელოვანია საზოგადოების ჩართვა ამ პროცესში და სარეაბილიტაციო პროგრამების ქონა, რაც ხელს შეუწყობს ახალი უნარების განვითარებასა თუ არსებული უნარების გაძლიერებას საზოგადოებაში დასაბრუნებლად.

განხილვის საგანია ის, თუ რაზეა დამოკიდებული ციხის ამგვარი მენეჯმენტის უზრუნველყოფა. ეს არის კონკრეტული ციხის ადმინისტრაციის პასუხისმგებლობა, ცენტრალური ციხის ადმინისტრაციის სისტემური მიდგომა თუ სახელმწიფო პოლიტიკა? ექსპერტები განმარტავენ, რომ „პირველი არის პოლიტიკური ნება. ციხეები არ წარმოადგენს მთავარ პრიორიტეტს მთავრობების უმეტესობისათვის, რა თქმა უნდა. მათ არ აინტერესებთ საზოგადოება ისე, როგორც ჯანმრთელობა, განათლება ან ეკონომიკა“²³.

თუ თავიანთი საქმიანობის პროგრამაში სასჯელადსრულების ორგანოები პრიორიტეტს მიანიჭებენ იმას, რასაც სამოქალაქო და პოლიტიკური უფლებების შესახებ საერთაშორისო პაქტი უწოდებს პატიმართა „გამოსწორებას და სოციალურ რეაბილიტაციას“²⁴, მაშინ მათ უნდა მოაწყონ ციხეში აქტივობები პატიმრებისათვის რესურსებისა და უნარების მისაცემად, რომლებიც მათ სჭირდებათ, რომ კარგად იცხოვრონ ციხის გარეთ.²⁵

V. რეაბილიტაცია, რესოციალიზაცია თავისუფლების აღკვეთის ადგილზე; მისი კომპონენტები და მნიშვნელობა განმეორებითი დანაშაულის პრევენციის საქმეში

1950-იან წლებში შეერთებულ შტატებში ექსპერტებმა განიხილეს რეაბილიტაციის სასიცოცხლო მნიშვნელობა სასჯელადსრულების სისტემის მენეჯმენტში და აღნიშნეს, რომ „აშშ-ში პენოლოგები დღეს, ზოგადად, შეთანხმებული არიან, რომ ციხე ყველაზე ეფექტიანად ემსახურება საზოგადოების დაცვას დანაშაულისგან, როდესაც მისი მთავარი აქცენტი კეთდება რეაბილიტაციაზე“²⁶.

რეციდივიზმის პრევენციის შესახებ სახელმძღვანელოში ხაზგასმულია რეაბილიტაციის როლი დანაშაულის პრევენციის საქმეში და აღნიშნულია, რომ დასახმარებლად, ეფექტიანი პროგრამების გარეშე, დამნაშავეები მრავალი გამოწვევის წინაშე დგებიან, მათი წარმატებული სოციალური რეინტეგრაციის ალბათობა ძალიან მცირეა.²⁷

²³ *Coyle, A., Chapter 1 – Prison in Context, Jewkes, Y., Crewe, B., Bennett, J., (eds.), Handbook on Prisons, second addition, 2016, London, New York, 17. Available at <https://books.google.ch/books?hl=es&lr=&id=EHiFCwAAQBAJ&oi=fnd&pg=PP1&dq=handbook+of+prisons+PDF&ots=4XzN9DUnia&sig=wno_N6iOLO_MvznKQtiGnEw8nw&redir_esc=y#v=onepage&q=handbook%20of%20prisons%20PDF&f=false> [15.05.2020].*

²⁴ საერთაშორისო პაქტი სამოქალაქო და პოლიტიკური უფლებების შესახებ (ICCPR), 1994, მუხლი 10(3).

²⁵ *Coyle, A., A Human Rights Approach to Prison Management: Handbook for Prison Staff, London, 2002, 84.*

²⁶ *MacCormick, A., დასახ. ნაშრომი, მე-3 სქ., 43.*

²⁷ დასახ. დოკუმენტი, მე-7 სქ., 32.

საქართველოს პრაქტიკაზე მსჯელობისას, ზოგიერთი ავტორი დადებითად აფასებს იმ ფაქტს, რომ სისტემაში შემოღებულ იქნა ან/და განხორციელდა სარეაბილიტაციო პროგრამები. ისინი, ასევე აღნიშნავენ მის არაეფექტიან ნაწილს: მიუხედავად იმისა, რომ მნიშვნელოვანია განათლებისა და პროფესიული ცოდნის მიღება, ამ მიმართულებით სხვადასხვა ისეთი პრობლემაა, როგორცაა „ბენეფიციარების ჩართულობის დაბალი მაჩვენებელი, მოტივაციის ნაკლებობა, ბენეფიციარებს შორის პროგრამების შესახებ ინფორმაციის ნაკლებობა, კურსების მოკლევადიანობა“²⁸.

რას გულისხმობს სარეაბილიტაციო პროგრამები და რატომ არის პრიორიტეტული ახალი დანაშაულის პრევენციის მიზნით? სად და როგორ უნდა განხორციელდეს ასეთი პროგრამები? ვინ უნდა განახორციელოს ისინი ან/და მიიღოს მათში მონაწილეობა? ამ და სხვა მსგავს კითხვებს, ხშირად, სვამენ დაინტერესებული პირები ან ციხის პერსონალი, რომლებსაც მოეთხოვებათ განახორციელონ ასეთი პროგრამები.

სარეაბილიტაციო პროგრამების მრავალი განმარტება არსებობს ნაშრომებსა და ექსპერტების მოსაზრებებში, მაგრამ ამ შემთხვევაში მიმოვიხილავთ UNODC-ის მიერ მომზადებულ სახელმძღვანელოს²⁹, რომლის განმარტებაც შეიძლება, ჩაითვალოს არსებულ პრაქტიკასთან ყველაზე ახლო მდგომად. სახელმძღვანელოთი განისაზღვრება სოციალური რეინტეგრაციის პროგრამების ორ მთავარ სფეროს:

ა. პროგრამები და ინტერვენციები, რომლებიც შეთავაზებულია ადგილზე მსჯავრდებულებისადმი, წინასწარ, ინსტიტუციურ გარემოში, გათავისუფლებამდე, დანაშაულებრივ ქცევასთან დაკავშირებული რისკ-ფაქტორებთან ასოცირებული პრობლემების გადასაჭრელად. პროგრამების მიზანია დაეხმაროს მსჯავრდებულს, განივითაროს უნარ-ჩვევები კანონმორჩილად და დამოუკიდებლად ცხოვრებისათვის, აგრეთვე, მოემზადოს გათავისუფლებისა და საზოგადოებაში დაბრუნებისათვის;

ბ. თემატური პროგრამები³⁰, რომლებიც, ზოგჯერ, ადრეული გათავისუფლების სქემის ნაწილია. მათი მიზანია, დაეხმაროს ინდივიდს გათავისუფლების შემდეგ საზოგადოებაში რეინტეგრაციაში.

პროგრამების ორ ნაწილად დაყოფა მიაანიშნებს, რომ ისინი ხელმისაწვდომი უნდა იყოს როგორც სასჯელის მოხდის დროს, ასევე გათავისუფლების შემდეგ. მიუხედავად იმისა, რომ ისინი ერთმანეთისგან უნდა იყოს განცალკევებული, ამავე დროს ისინი უნდა განხორციელდეს ერთმანეთთან მჭიდრო კავშირით. ასეთი პროგრამები შექმნილია იმის უზრუნველსაყოფად, რომ პირი, რომელიც მასში მონაწილეობდა პენიტენციურ დაწესებულებაში, არ დარჩეს დაუცველი და დახმარების გარეშე გათავისუფლების შემდეგ ისეთ გარემოში, რომელშიც იგი, გარკვეულწილად, გაუცხოებულია, რამაც შეიძლება, ხელი შეუწყოს ახალი დანაშაულის პროვოცირებას. რაც შეეხება საზოგადოებისგან გაუცხოებას, მისი ხარისხი მჭიდრო კავშირშია ფაქტორებთან, როგორცაა: სასჯელის ფორმა, დაწესებულების აქტივობა და მისი გავლენა მსჯავრდებულის რეაბილიტაციაზე და ა.შ.

შესაბამისად, იგივე სახელმძღვანელო წარმოგვიდგენს პენიტენციურ დაწესებულებებში ინსტიტუციური პროგრამების ისეთ ძირითად ტიპებს, როგორცაა: ფიზიკური ჯანმრთელობაზე ზრუნვა, ფსიქიკურ ჯანმრთელობაზე ზრუნვა და ფსიქოლოგიური დახმარება, ალკოჰოლის ან ნარკოტიკების ბოროტად გამოყენების

²⁸ სულამანიძე, რ., დასახ. ნაშრომი, მე-2 სქ.

²⁹ დასახ. დოკუმენტი, მე-7 სქ., 6.

³⁰ ქართული პრაქტიკის მიხედვით, სასჯელადსრულების სისტემის გარეთ და საზოგადოებაში არსებული პროგრამები.

მკურნალობა, პროგრამები ქცევისა და დამოკიდებულებების შესახებ (კოგნიტურ-ბიჰევიორული თერაპიის ჩათვლით), საგანათმანათლებლო და პროფესიული სწავლების პროგრამა და სამუშაო გამოცდილება (სამუშაო უნარების განვითარება), ასევე კონსულტაციები და მენტორობა.³¹

ეს ინსტიტუციური პროგრამები შექმნილია იმისთვის, რომ მოამზადოს პატიმრები საზოგადოებაში დასაბრუნებლად. აქვე უნდა აღინიშნოს, რომ ეს სარეაბილიტაციო პროგრამები ყველაზე ეფექტიანია, როდესაც ისინი დაფუძნებულია დამნაშავესა და მისი მდგომარეობის ღრმა დიაგნოსტიკურ და ინდივიდუალურ შეფასებაზე.³²

VI. ბალანსი უსაფრთხოებასა და რეაბილიტაციას შორის და დანაშაულებრივი აზროვნების გამოსწორება

ყველა ექსპერტი თანხმდება, რომ ციხის უსაფრთხოების გადაჭარბებული ზომები და მკაცრი მოპყრობა არ ემსახურება პატიმრების რესოციალიზაციას და მათი საზოგადოების სრულფასოვან წევრად დაბრუნებას. ეს არის ციხის სრულად კონტროლის რამდენიმე გზიდან ერთ-ერთი ზომა და შეიძლება ითქვას, რომ საკმაოდ არაეფექტიანია. *ენდრიუ კოილი* თავის სახელმძღვანელოში აღნიშნავს, რომ მსოფლიოს ციხეებში არის სიტუაციები, როდესაც გადაჭარბებული უსაფრთხოება და კონტროლი ხდება ციხის ხელისუფლების მიერ სამართლიანობის ხარჯზე. უსაფრთხოების მჩაგვრელი ზომების გამოყენება გამორიცხავს სარეაბილიტაციო პროგრამებს.³³

ეს დასაბუთება არ ნიშნავს, რომ ამ კვლევის ავტორი უარყოფს ციხეში უსაფრთხოების მნიშვნელობას. ნათელია, რომ ციხის უსაფრთხოება სასჯელაღსრულების სისტემის მნიშვნელოვანი ნაწილია, მაგრამ იგი თვლის, რომ უსაფრთხოების ზომები, სარეაბილიტაციო პროგრამების მხარდაჭერის გარეშე, გავლენას არ მოახდენს ახალი დანაშაულების პრევენციაზე.

სასტიკი ციხეები არ შეიძლება, ჩაითვალოს დანაშაულის პრევენციად. როგორც ვიცით, ქვეყნებში, სადაც ასეთი ციხეები არსებობს, ათი ათასზე მეტი ადამიანი ჩადის დანაშაულს და საზოგადოებამ ეს კარგად იცის. ამის ნათელი მაგალითია ის, რომ ქვეყნებში, სადაც სიკვდილით დასჯა კვლავ ძალაშია და ადამიანები, რომლებმაც იციან, რომ მათ [შესაბამისი] ქმედებისთვის მიესაჯებათ სასიკვდილო სასჯელი, მაინც ჩადიან დანაშაულს.

რეციდივიზმის თავიდან აცილების გზა ადამიანის ცნობიერების შეცვლაზე მუშაობაა, რათა მან შეძლოს, შეცვალოს საკუთარი დანაშაულებრივი აზროვნება, ასევე საზოგადოებრივ ცხოვრებაში საჭირო უნარ-ჩვევებით აღჭურვა საკუთარი ადგილის დასამკვიდრებლად.

იმისათვის, რომ ეს მოხდეს, ციხის ადმინისტრაციებმა უნდა მიაღწიოს სათანადო ბალანსს უსაფრთხოებასა და იმ პროგრამებს შორის, რომლებიც შექმნილია პატიმრებისათვის საზოგადოებაში რეინტეგრაციის საშუალების მისაცემად. ეს ბალანსი, სავარაუდოდ, მიიღწევა იმ შემთხვევაში, თუ არსებობს მკაფიოდ ჩამოყალიბებული პროცედურები, რომლებიც განსაზღვრავს უსაფრთხოების შესაბამის დონეს ციხისა და ცალკეული პატიმრებისათვის.³⁴

კრიმინალური აზროვნების გამოსწორება არის პროცესი, რომელიც პირდაპირ კავშირშია რეციდივიზმის პრევენციასთან და, შესაბამისად, მისი ეფექტიანი ჩატარება, არსებითად, მნიშვნელოვანია. ექსპერტების აზრით, სოციალური რეინტეგრაციის ყველაზე წარმატებული სტრატეგიები დამოკიდებულია პროგრამების

³¹ დასახ. დოკუმენტი, მე-7 სქ., 39.

³² იქვე, 32.

³³ *Coyle, A.*, დასახ. ნაშრომი, 25-ე სქ., 60.

³⁴ იქვე, 61.

უზრუნველსაყოფად უსაფრთხო/საიმედო მეთოდების გამოყენებაზე და ეფექტიანად ხორციელდება მტკიცებულებებზე დაფუძნებული საქმის მართვის პრაქტიკით, ასევე შესაბამისი უნარ-ჩვევების მქონე, კარგად მომზადებული, პერსონალითა და პროგრამების ჩატარების პრაქტიკით.³⁵

ამგვარი პროგრამების განხორციელებაში მნიშვნელოვანი როლი უნდა მიენიჭოს ციხის პერსონალს, რომელიც კარგად უნდა იყოს მომზადებული, რომ გულდასმით მიუდგეს და სწორად იმოქმედოს პატიმართა დანაშაულებრივი აზროვნების გამოსწორების საქმეში.

ამ პროცესში არანაკლები მნიშვნელობა ენიჭება სპეციალისტების, ოჯახის წევრებისა თუ ახლო ადამიანებს და მთელი საზოგადოების მონაწილეობას. ყურადღება უნდა მიექცეს ისეთ მნიშვნელოვან ასპექტებს, როგორცაა: რელიგიური რიტუალებში, სპორტულ, კულტურულ ღონისძიებებში მონაწილეობა და საზოგადოებაში მიმდინარე პროცესების შესახებ ინფორმირებულობა. უსაფრთხოების სათანადო პირობებში პატიმრების დაკავების აუცილებლობა უნდა იყოს დაბალანსებული გარესამყართან კონტაქტის შენარჩუნების მათივე უფლებით; თუმცადა უსაფრთხოების სათანადო გათვალისწინება, გარე სამყართან კონტაქტი გონივრულ პირობებში უნდა იყოს დაშვებული. ეს მნიშვნელოვანი ელემენტი ცალკეული პატიმრის უფლებების დასაცავაში.

პროგრამების ეფექტიანობა, გარდა კრიმინალური მსოფლმხედველობის გამოსწორებისა, ასევე უნდა ეფუძნებოდეს არსებული პროფესიული და დასაქმების უნარების გაუმჯობესებას ან ახლის გამომუშავებას, რათა პირმა შეძლოს ეფექტიანად რეინტეგრირება საზოგადოებაში.

VII. კოორდინირებული მუშაობა სასჯელაღსრულების სისტემასა და პრობაციას შორის

კვლევაში ნახსენები თემატური პროგრამები, რომლებიც მნიშვნელოვან როლს ასრულებს დანაშაულის პრევენციაში, მიზნად ისახავს, დაეხმაროს პირს გათავისუფლების შემდეგ საზოგადოებაში რეინტეგრაციაში. ასეთი პროგრამები სცილდება სასჯელაღსრულების სისტემის ფარგლებს და მისი ჩატარება თუ ამ პროგრამებში ჩართვის ხელშეწყობა ხდება პრობაციის სამსახურის ფუნქცია.

ამ შემთხვევაში, არ ვმსჯელობთ პრობაციის სამსახურის როლსა და მის მნიშვნელობაზე რეციდივიზმის თავიდან აცილების საქმეში, მაგრამ უნდა აღინიშნოს, რომ სასჯელაღსრულების სისტემისა და პრობაციის კოორდინირებული მუშაობა მნიშვნელოვნად ზრდის წარმატების მაჩვენებელს ამ მხრივ.

მნიშვნელოვანია ხელი შეეწყოს გათავისუფლების შემდეგ ინსტიტუციური პროგრამების საშუალებით განვითარებული უნარების გამოყენებას, რათა ადამიანმა შეძლოს დამოუკიდებლად ცხოვრება საზოგადოებაში. რეციდივიზმის პრევენციის შესახებ სახელმძღვანელოში განხილულია ეფექტიანი ინსტიტუციური პროგრამები, რომლებიც, როგორც წესი, შექმნილია გარკვეული დინამიკური რისკ-ფაქტორებისა და დამნაშავეების წინაშე მდგარი სხვა გამოწვევებისათვის, რათა მოამზადოს მსჯავრდებულები გათავისუფლებისათვის და წარმატებული სოციალური რეინტეგრაციისათვის.³⁶ ეფექტიანი რეინტეგრაცია, ასევე მნიშვნელოვნად დამოკიდებულია ინდივიდისადმი გათავისუფლების შემდეგ შეთავაზებულ მხარდაჭერაზე. კერძოდ, უპირველეს ყოვლისა, მნიშვნელოვანია დასაქმების მხარდაჭერა, რაც პირს საშუალებას აძლევს, დაიმკვიდროს თავისი ადგილი საზოგადოებაში. პატიმართა მიმართ მოპყრობის ძირითადი პრინციპების მე-8 პრინციპის თანახმად,

³⁵ დასახ. დოკუმენტი, მე-7 სქ., 32.

³⁶ იქვე.

საჭიროა პატიმრებს საშუალება მიეცეთ „დაკავდნენ სრულფასოვანი სამუშაოთი, რაც ხელს შეუწყობს მათ შრომით ბაზარზე რეინტეგრაციას და საშუალებას მისცემს წვლილი შეიტანონ საკუთარ და თავიანთი ოჯახების ფინანსური უზრუნველყოფაში“³⁷.

პრობაციის როლი ახალი და განმეორებითი დანაშაულების პრევენციის საქმეში განსაკუთრებით მნიშვნელოვანია არა მხოლოდ დასაქმების მიზნებისათვის, არამედ, ასევე სხვადასხვა პროგრამების გაგრძელების მხარდასაჭერად და ახალი პროგრამების უზრუნველსაყოფად, თუმცა, ეს სტატია ფოკუსირდება მხოლოდ სასჯელაღსრულების სისტემასა და პრობაციის სამსახურს შორის თანამშრომლობის მნიშვნელობაზე და მოუწოდებს ამ სისტემებს შექმნას გათავისუფლებამდე და მის შემდეგ პატიმრებზე მიწოდებული პროგრამებისა და მომსახურებების ერთიანი მონაცემთა ბაზა, ასევე კოორდინაცია გაუწიოს განმეორებითი თუ ახალი დანაშაულისაგან საზოგადოების დაცვისაკენ მიმართულ საქმიანობას.

დასკვნა

პირის ციხეში გაგზავნა, მიუხედავად ადამიანური ფორმებისა, თავისთავად სასჯელია. ექსპერტების აზრით, შეუძლებელია ციხის ისე სასიამოვნოდ ქცევა, რომ პატიმრები მათ თავისუფლების აღკვეთას სასჯელად არ მიიჩნევენ. სპეციალისტები დარწმუნებულები არიან, რომ პატიმრობის სადამსჯელო თეორიის მნიშვნელობა საზოგადოების დაცვის საპირისპირო ეფექტის მქონეა.³⁸

პატიმრებთან მოპყრობის მინიმალური სტანდარტული წესებით განიმარტება თავისუფლების აღკვეთის მიზანი და ცხადდება, რომ თავისუფლების აღკვეთისა და სხვა მსგავსი ზომების განხორციელების შედეგად, მსჯავრდებულ პირებში უნდა ჩამოყალიბდეს სურვილი, ეწეოდნენ კანონმორჩილ და დამოუკიდებელ ცხოვრებას. სტანდარტების თანახმად, პატიმართა მიმართ მოპყრობა ისეთი უნდა იყოს, რომ წახალისოს მათი თვითპატივისცემა და განავითაროს მათში პასუხისმგებლობის გრძნობა.³⁹

ვიიმედოვნებთ, რომ განხილული მაგალითები, ექსპერტიზის მოსაზრებები და ანალიზი დაეხმარება სასჯელაღსრულების ადმინისტრაციას პრიორიტეტების გადახედვასა და გაცნობიერებაში, რომ თავისუფლების აღკვეთა არავითარ შემთხვევაში არ იქნება დანაშაულის პრევენცია, თუ ის არ არის ორიენტირებული პირის რეაბილიტაციაზე და მისი დანაშაულებრივი აზროვნების გამოსწორებაზე.

ბიბლიოგრაფია

1. *Bonta, J.*, Offenders Risk Assessment Guidelines for Selection and Use, Criminal Justice and Behaviour, Vol. 29, Canada, 4 August 2002;
2. *Constantinou, A. C., Freestone, M., Marsh, W., Fenton, N., Coid, J., Coid, R.*, Assessment and Risk Management of Violent Reoffending Among Prisoners, 2015;
3. *Coyle, A.*, A Human Rights Approach to Prison Management: Handbook for Prison Staff, London, 2002.
4. *Coyle, A.*, Chapter 1 - Prison in Context, Handbook on Prisons, *Jewkes, Y., Crewe, B., Bennett, J.* (eds.), second addition, London, New York, 2016. <<https://books.google.ch/books?hl=es&lr=&id=EHiFCwAAQBAJ&oi=fnd&pg=PP1&dq=handbook+of+prisons+PDF&o>

³⁷ UN General Assembly, Basic Principles for the Treatment of Prisoners, 28 March 1991, A/RES/45/111, Annex.

³⁸ *MacCormick, A.*, დასახ. ნაშრომი, მე-3 სქ., 43.

³⁹ გაეროს მინიმალური სტანდარტული წესები პატიმრებთან მოპყრობის შესახებ („ნელსონ მანდელას წესები“), 2015, წესი 91.

ts=4XzN9DUnia&sig=wno_N6IOLo_MvznKQtigJnEw8nw&redir_esc=y#v=onepage&q=handbook%20of%20prisons%20PDF&f=false>;

5. *MacCormick, A.*, The Prison's Role in Crime Prevention, *Journal of Criminal Law and Criminology*, 1950;
6. *Mulder, E., Brand, E., Bullens, R. Marle, H. V.*, Risk factors for overall recidivism in serious juvenile offenders, *International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology*, 2010;
7. №6 პენიტენციურ დაწესებულებაში ვიზიტის ანგარიში, საქართველოს სახალხო დამცველი, პრევენციის ეროვნული მექანიზმი, 2015-2016, თბილისი;
8. *Introductory Handbook on the Prevention of Recidivism and the Social Reintegration of Offenders*, Vienna, UNODC, 2012;
9. გაეროს მინიმალური სტანდარტული წესები პატიმრებთან მოპყრობის შესახებ („ნელსონ მანდელას წესები“), 2015.
10. საერთაშორისო პაქტი სამოქალაქო და პოლიტიკური უფლებების შესახებ (ICCPR), 1994;
11. *სულამანიძე, რ.*, მსჯავრდებულის რესოციალიზაცია-რეაბილიტაციის მნიშვნელობა, რეგულირება ეროვნული და საერთაშორისო სტანდარტების მიხედვით, თბილისი, 2019, <<https://www.penalreform.org/blog/%E1%83%9B%E1%83%A1%E1%83%AF%E1%83%90%E1%83%95%E1%83%A0%E1%83%93%E1%83%94%E1%83%91%E1%83%A3%E1%83%9A%E1%83%98%E1%83%A1-%E1%83%A0%E1%83%94%E1%83%A1%E1%83%9D%E1%83%AA%E1%83%98%E1%83%90%E1%83%9A%E1%83%98/>>.

The Role of Penitentiary System in the Prevention of Repeated Crime and Reintegration of Released Individuals into Society

Abstract

The article examines the role of penitentiary system in the prevention of repeated crimes and the reintegration of a released person into society. It underlines an important role of the penitentiary system, which is the main structural link in the criminal justice system, through which the purpose of punishment, such as the prevention of repeated crimes and the resocialization of the detainees, should be achieved.

The article focuses on likelihood of re-offending by a person released from serving a sentence, as well as the difficulty of their reintegration into society, depends on how well this person was able to understand the committed crime while in the penitentiary system, increase trust to the public, and acquire the knowledge and skills needed for life after release.

This study analyses the factors contributing to or hindering the resocialization and effective reintegration into society of a convicted person in the penitentiary system, based on the examples of Georgia and other countries. The aim of the study is to show the penitentiary system the ways through which to develop new programs, ways and methods to prevent released people from re-offending, to revise and improve existing methods and means of solving problems.

Introduction

The penitentiary system plays an important role in criminal justice. This is the main structural link in the criminal justice system, through which the purpose of punishment,¹ such as the prevention of repeated crimes and the resocialization of the offender,² should be achieved. According to an American researcher,³ the main function of the prison is to reduce crime through prevention. He considered the prisoner rehabilitation⁴ and the early release from serving the sentence as prevention measures.

* Regional Prison System Advisor, International Committee of Red Cross (ICRC).

¹ The Criminal Code of Georgia, 41(48), 13/08/1999, art. 39, part 1. Available at < <https://matsne.gov.ge/ka/document/view/16426?publication=230>>.

² When explaining resocialization, it is important to distinguish between the prefix „re” and the Latin word „socialization”, which means: turning a human into a part of the society, the process of acquiring certain knowledge, norms and values by the individual, which allows him to become a full member of society. It includes both targeted influence on the individual (upbringing), as well as natural, spontaneous processes that affect the formation of personality. Resocialization implies the reintegration of punished people into social life - society.” *Sulamanidze, R.*, The Importance of Resocialization-Rehabilitation of Convicts, Regulation by National and International Standards, 2019, Tbilisi, available in Georgian on the website: <<https://www.penalreform.org/blog/%E1%83%9B%E1%83%A1%E1%83%AF%E1%83%90%E1%83%95%E1%83%A0%E83%93%E1%83%94%E1%83%91%E1%83%A3%E1%83%9A%E1%83%98%E1%83%A1-%E1%83%A0%E1%83%94%E1%83%A1%E1%83%9D%E1%83%AA%E1%83%98%E1%83%90%E1%83%9A%E1%83%98/>> [15.05.2020].

³ *MacCormick, A.*, The Prison’s Role in Crime Prevention, *Journal of Criminal Law and Criminology*, 1950, 36.

⁴ “Rehabilitation envisages achieving a specific result through a specific program”. *Sulamanidze, R.*, supra note 2.

The likelihood of re-offending by a person released from serving a sentence, as well as the difficulty of their reintegration into society, depends on how well this person was able to understand the committed crime while in the penitentiary system, increase trust to the public, and acquire the knowledge and skills needed for life after release.

The question is: does the penitentiary system of Georgia or any other country meet the requirements to achieve the purpose of punishment? Otherwise, it is a place where the offenders do not have a chance of correction, but over time they become criminals, and the distance between them and society increases.

This study analyses the factors contributing to or hindering the resocialization and effective reintegration into society of a convicted person in the penitentiary system, based on the examples of Georgia and other countries. The study aims at showing the penitentiary system the ways through which to develop new programs, ways, and methods to prevent released people from re-offending, to revise and improve existing methods and means of solving problems, as well as to highlight and strengthen the existing positive aspects of the system. The system should be penitentiary, a person-oriented space for correction, and not just a technical place for the execution of a sentence.

I. General Overview

How can a penitentiary establishment as a punitive mechanism turn into a place for the prevention of crime and preparation of a person for release? This question has been a subject of debate in the penitentiary systems of many countries for decades. Numerous studies have been devoted to this systemic transformation, but in most countries of the world the penitentiary system still has its traditional function - the execution of sentences.

The question is often asked: How can a prison be successful in preventing crime? By imprisoning the perpetrators, or by treating them in such a way and creating such conditions in the prison that they no longer want to return there out of fear? It is evident that these approaches have not yielded results over the centuries.

As far back as the mid-twentieth century, the American professor noted that the time had come when we had to recognize that prison was not an instrument of society's retributive vengeance towards the offender and that its basic idea was to correct and not punish. He emphasizes the role of penologists in society: "we penologists are not zoo-keepers but men and women⁵ engaged in a delicate and difficult salvage operation."⁶

We cannot ignore the purpose of the penitentiary system, which ensures the security and protection of the society from crime, as the penitentiary establishment, in accordance with the rules established by law, provides isolation of the offenders for a certain period of time or indefinitely. The question is: should the function of the penitentiary system be limited to a person being locked up in a penitentiary establishment during the sentence and thus protect the society from crime for a given period of time, or should its function be designed for a longer period to protect society from repeated or new crime. A number of papers and guidelines based on long-term observations and research are trying to answer this question.

⁵ Here the author implies to the personnel of the penitentiary system.

⁶ *MacCormick, A.*, supra note 3, 38.

For example, the United National Office on Drugs and Crime (UNODC) guidelines explains that while the purposes of a sentence of imprisonment is used to ensure the protection of the society, these purposes can be achieved if the period of imprisonment is used to ensure, so far as possible, the reintegration of such persons into society upon release, so that they do not just want to return to the society, but also can lead a law-abiding life.⁷ Therefore, the burden of preventing repeated crime is largely borne by the penitentiary system, as it is the one that must prepare people for life.

The study discusses the factors that contribute to or, conversely, hinder the penitentiary system from helping society to prevent and avoid new or repeated crimes. These factors are:

1. Terminology and Stigma;
2. Risk and Needs Assessment;
3. Prison Management;
4. Rehabilitation, resocialization in the place of deprivation of liberty; Its components and the significance in preventing repeated crime;
5. Balance between security and rehabilitation; Correction of criminal thinking;
6. Coordinated work between the penitentiary system and probation.

II. Terminology and Stigma

First of all, we shall consider the terminology that, despite numerous reforms and improvements, is still used in the penitentiary system. For example, in Georgian practice, the system of execution of sentences was renamed as the “penitentiary system” and if we use the term established in the society, the “prison” was renamed as “penitentiary establishment”, “custodial establishment”.⁸ Despite this positive change, the public, the system staff in private conversations, and not only, refers to it as a “prison”. The question may arise as to what problem the name could give rise to. The point is that these terms establish a stigma in society, which is one of the main impediments to reintegration. For example, the public never refers to a person as a convict who has served the sentence and who was held accountable for his or her actions, but is referred to as an “old-lag”. They also use the term left over from the Soviet period, which is still used – “Zeki”⁹. Often this stigma haunts a person for the rest of their life, although it is possible that they only committed the offense once.

Stigmatization can include not only global problems but often it is enough to establish certain terms in society, which is not typical just for the Georgian system. The problem with the terminology and the attempt to eliminate it has decades of history. For example, in the 1950s, an American researcher noted that in modern reality, the word “correctional” was already used instead of “penal” institutions, although the word “prison” was still more often used as a convenient term.¹⁰

⁷ Introductory Handbook on the Prevention of Recidivism and the Social Reintegration of Offenders, UNODC, Vienna, 2012, 5.

⁸ „The executive bodies of imprisonment and deprivation of liberty are the Penitentiary Service and penitentiary establishments subordinated to it”, Georgian Law, Code of Imprisonment, 24 March 2010, art. 6, par. 2. Available at <<https://matsne.gov.ge/document/view/91612?publication=34>>.

⁹ From a Russian word „ЗаклЮчённЫЙ” (ЗК, “ЗэКа”, “зэк”) meaning a „convicted prisoner”.

¹⁰ MacCormick, A., supra note 3, 36.

Scientists explain that most prisoners face serious problems in the area of social adaptation, which can include stigmatization, exclusion from family and community (ostracism). This in turn has a negative impact on the ability of these individuals to find work or housing, return to formal education, restore or create a new individual or social capital.¹¹ This definition explicitly emphasizes the devastating impact of imprisonment stigmatization on a person to continue living after their release from prison, while they may have a desire, willingness and readiness to return to society.

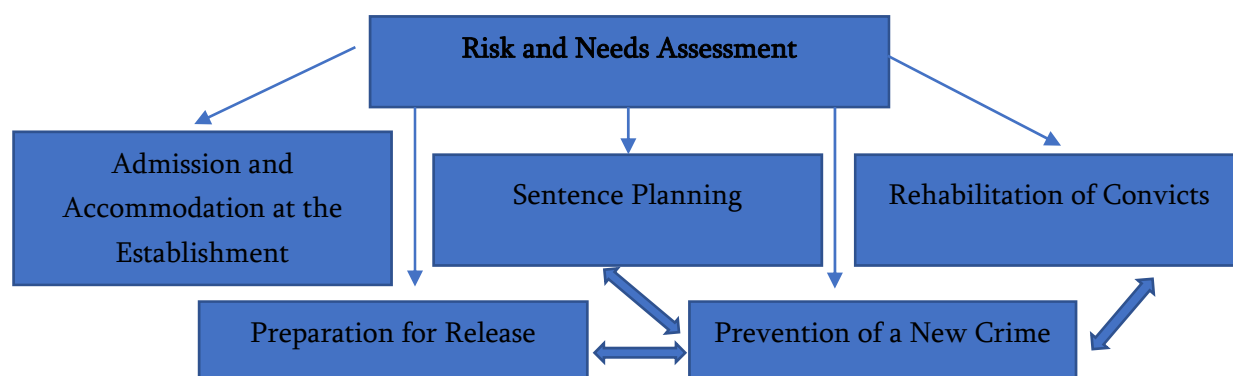
Although the whole burden of combating stigma cannot be placed on the penitentiary system, in this case, all the institutions working in the criminal justice, as well as the media and the society as a whole, should also be involved, but such a complex approach cannot and will not exclude or diminish the role of the penitentiary system.

Removing stigma and reducing the risk of a person being excluded from society is, in the author's view, largely dependent on two factors: first and foremost, how and to what extent the penitentiary system can prepare a person to return and adapt to society. Secondly, the high or low authority of the system itself, or what society expects from it: the "prison" that exists in a given society is the place from which a person returns worse than s/he was before the arrest (such an image is created by factors such as corruption, unprepared staff, violence, inadequate conditions, strong criminal mentality (in the post-Soviet space "thieves in law"), etc.), or vice versa. Improving both of these factors should be an important part of the work of the penitentiary system to ensure that its function is determined not only by the detention of but also by their rehabilitation.

III. Risk and Needs Assessment

What steps should the penitentiary system take to prevent repeated crime or the commission of a new crime by a convicted person after release? As it is known, the penitentiary system has certain functions to work with the prisoner from the time of admission to the penitentiary facility/facility for deprivation of liberty until their release.

Among the steps taken to prevent crime, among other functions, it is first advisable to consider risk and needs assessment, which is not only a factor in preventing crime but also in determining the effective functioning of the prison in several contexts. For example, risk assessment is directly related to processes such as admission of a person to the facility and their safe accommodation, sentence planning, rehabilitation, preparation for release, and subsequently, as a result, crime prevention.



¹¹ Supra note 7, 5.

Experts explain the importance of risk assessment: It is “critical that the risk of violent reoffending is accurately measured and, more importantly, well managed with causal interventions to reduce this risk after release”.¹²

The principle that the proper execution of a sentence means an assessment of the individual needs of the offenders and the individualization of the treatment, considering their weaknesses and strengths, is recognized. The Handbook on the Prevention of Recidivism emphasizes the special importance of risk assessment to prevent recidivism and protect society from future crimes. In particular, it clarifies that the offenders typically present a wide array of risk factors and that it is essential that all of these risk factors are addressed to prevent new crime. The timeliness and quality of the action are also emphasized, as the timely identification, targeting and tackling of risks and needs among offenders depend on the existence of an effective assessment system to identify those needs and measure a change in the degree to which they are present.¹³

In many countries around the world, the institute for risk assessment has not been introduced, or, if it has, it does not cover the entire system (Georgia is also an example¹⁴), or the prison administration and staff do not take it seriously, because they do not understand its importance. However, experts explain that for those who have to deal with offenders, either directly or indirectly, conducting assessments is simply part of their daily routine work.¹⁵

In addition to the fact that all employees should perceive the above-mentioned function as their daily work, *Bonta* explains that this action should be purposeful, as any intervention with an offender requires an assessment of how the characteristics of the prisoner and the situation are related to a relevant outcome. Here he cites examples of which prison staff should be interested in what type of assessment. A correctional officer, for example, may need to judge whether a depressed inmate is suicidal. Parole board members consider the likelihood of a prisoner adjusting to life in the community. A therapist must assess an offender’s progress in treatment. He points out that this list can go on, but these examples are sufficient to demonstrate that offender assessments are not only common activities but also that the results from these evaluations are important to correctional staff, offenders, and the community.¹⁶

The risk assessment should be a targeted and continuous process that envisages periodic reviews and adjustments. The assessed person should be informed about the process and should be able to participate in it. They must have the opportunity to be actively involved in this process.¹⁷

In addition, it is important to use the proper and relevant methods of risk assessment. The Handbook explains that there are various methods and instruments to evaluate the key factors

¹² *Constantinou, A. C., Freestone, M., Marsh, W., Fenton, N., Coid, J., Coid, R.*, Assessment and Risk Management of Violent Reoffending Among Prisoners, 2015, 1.

¹³ *Supra* note 7, 36.

¹⁴ The multidisciplinary teams of the establishments have been determined as responsible for assessing the risk of suicide, developing an individual assistance plan and ensuring the implementation of the plan. The same document defined the procedures for involving prisoners in the program and suspending/terminating the multidisciplinary assistance. It is noteworthy that after being involved in a suicide prevention program, a prisoner tried to commit suicide nine more times, which calls into question the effectiveness of the intervention. Report on the Visit to Penitentiary Establishment No. 6, Public Defender of Georgia, National Preventive Mechanism, 2015-2016, Tbilisi, 12.

¹⁵ *Constantinou, A. C., Freestone, M., Marsh, W., Fenton, N., Coid, J., Coid, R.*, *supra* note 12, 1.

¹⁶ *Bonta, J.*, Offenders Risk Assessment Guidelines for Selection and Use, Criminal Justice and Behaviour, Vol. 29, Canada, August 2002, 355-356.

¹⁷ *Supra* note 7,36.

that may have an impact of the likelihood that an offender may reoffend, “these risk factors are defined as prior factors that increase the probability (risk) of reoffending and the potential danger that an offender may represent for the victim and the community.”¹⁸

Several researchers consider six generic risk factors: Criminal attitude, Personality disorder, Socioeconomic factors, Mental illness, substance misuse, and Treatment responsiveness. They also name the seventh component, called “Violence and other static risk factors”, which links dynamic and static risk factors for assessing violence.¹⁹ This definition cannot be considered as an exhaustive version, as there are a number of different views. For comparison, the opinion of other experts can be presented, which groups the risk factors into the following seven domains: (a) family and environment; (b) offense related risk factors and substance use; (c) history of criminal behaviour; (d) psychological factors; (e) psychopathology; (f) social behaviour and interpersonal relationships; (g) behaviour during the stay in the institution (if relevant²⁰).²¹ We may come across many matching and also different approaches, but the main point is that they are essentially discussing the same context.

With these two examples, the author of this study wants to show that any definition is essentially the same, and we cannot ignore any of these risk factors when implementing any of the existing models. Thus, it should be professionally evaluated and used in daily work.

IV. The Role of Prison Management in the Prevention of Repeated Crime

The following phrase can often be heard from the members of the society, and especially the penitentiary system staff who has worked in penitentiary institutions for long periods of time “They prefer to be here and, therefore, return soon” or “They don't want to leave here at all”. These words belong to people who have witnessed for years how the same people return to prison after being released. Often these personnel have aggression towards these people but never think about the real reasons why they are returning. These staff members have superficial stigmatizing views, terminology, and narrative that they typically use, without taking into consideration the outcome.

What is the real reason why people return to the places of serving the sentence so soon, often not because of a serious crime, but repeated or new crime? We do not have a lot of reasons here and it does not require a lot of research. The first reason is that during a long sentence, people are institutionalized in prison, especially when a person is very young at the moment and has to stay there for a long time. Institutionalization implies that a person learns how to live in prison, how to protect and survive in a narrow group of people, and eventually adapt through this struggle, “the conditions of imprisonment and the prison regime are known to contribute to the institutionalization of offenders, which tends to hamper their ability to reintegrate into society upon release”.²²

The second reason is being torn away from a free society, when a person knows nothing about the changes taking place in the society over the years and, in their view, they return to the same

¹⁸ Ibid.

¹⁹ *Constantinou, A. C., Freestone, M., Marsh, W., Fenton, N., Coid, J., Coid, R.*, supra note 12, 6.

²⁰ Under „relevant” it implies that the person may not be/have been placed in the establishment.

²¹ *Mulder, E., Brand, E., Bullens, R. Marle, H. V.*, Risk Factors for Overall Recidivism in Serious Juvenile Offenders, International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology, 2010, 4.

²² Supra note 7, 31-32.

society they left behind, while these two environments are radically different from each other and consequently the person is alienated from society. This alienated person, without much effort, will definitely return to the usual environment not because s/he likes it, but because s/he finds it easier to be there because she/he does not know how to live in a free society and is not ready for it either psychologically or with the available skills.

The main purpose of prison management and planning should be assessing the risk and needs of a convicted person to be prepared for release and not to be institutionalized in prison. It is desirable to distinguish institutionalization and adaptation. It is clear that the administration needs to take care of the less painful adaptation of a person in the environment of serving the sentence and to prepare him or her for release. It is important to involve the community in this process and to have rehabilitation programs, which will help develop new skills or strengthen the existing ones for returning to society.

The subject of discussion is what the provision of such prison management depends on. Is it the responsibility of the administration of a specific prison, the systemic approach of the central prison administration, or the state policy? Experts explain that “the first is political will. Prisons are not as a matter of course a high priority for most governments. They do not interest the public in the way that health, education or the economy”.²³

If in their program of activities, the penitentiary authorities give priority to what the International Covenant on Civil and Political Rights calls the “reformation and social rehabilitation”²⁴ of prisoners, then they will need to base the activities in the prison on giving prisoners the resources and skills they need to live well outside the prison.²⁵

V. Rehabilitation, Resocialization in the Place of Deprivation of Liberty; Its Components and the Significance in Preventing Repeated Crime

In the 1950s, experts in the United States discussed the vital importance of rehabilitation in the management of the penitentiary system, noting that “Penologists in the United States today are generally agreed that the prison serves most effectively for the protection of society against crime when its major emphasis is on rehabilitation”.²⁶

The Handbook on the Prevention of Recidivism emphasizes the role of rehabilitation in crime prevention and notes that without effective programmes to help offenders face their multiple challenges, the likelihood of their successful social reintegration is very poor.²⁷

When discussing Georgia’s practice, some authors positively evaluate the fact that rehabilitation programs have been introduced and/or implemented in the system. They also point out its ineffective part: although it is important to receive education and professional knowledge, there

²³ *Coyle, A.*, Chapter 1 – Prison in Context, *Jewkes, Y., Crewe, B., Bennett, J.* (eds.), Handbook on Prisons, second addition, 2016, London, New York, 17. Available at <https://books.google.ch/books?hl=es&lr=&id=EHIFCwAAQBAJ&oi=fnd&pg=PP1&dq=handbook+of+prisons+PDF&ots=4XzN9DUnia&sig=wno_N6iOLO_MvznKQtigJnEw8nw&redir_esc=y#v=onepage&q=handbook%20of%20prisons%20PDF&f=false> [15.05.2020].

²⁴ International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR), 1994, article 10(3).

²⁵ *Coyle, A.*, A Human Rights Approach to Prison Management: Handbook for Prison Staff, 2002, London, 84.

²⁶ *MacCormick, A.*, supra note 3, 43.

²⁷ Supra note 7, 32.

are various problems in this direction, such as “Low rate of beneficiaries’ involvement; Lack of motivation; Lack of information about programs among beneficiaries; Short-term courses”.²⁸

What is meant by rehabilitation programs and why should it be prioritized in preventing new crime? Where and how should such programs be implemented? Who should implement this program and/or be involved in it? These and other similar questions are often asked by interested people or prison staff who are required to implement such programs.

There are many definitions of rehabilitation programs in papers and expert opinions, but in this case, the author of the study reviews the Handbook²⁹ prepared by UNODC, the definition of which can be considered the closest to the existing practice. The Handbook defines two main areas of social reintegration programs:

a. Programs and interventions that are offered to the convicts on the spot, in advance, in an institutional environment, before being released, to solve the problems related to the risk factors associated with criminal behaviour. The programs aim to help the convict develop the skills necessary to lead law-abiding and independent lives, as well as to prepare for release and return to society;

b. Community-based programs³⁰ that are sometimes part of the early release scheme. Its purpose is to assist the individual in reintegrating into society after release.

Dividing programs into two parts indicates that they should be available both at the time of serving the sentence and after release. While they should be separated from each other, at the same time they should be carried out in close cooperation with each other. Such programs are designed to ensure that a person who has been involved in a program in a penitentiary institution does not remain vulnerable and without assistance after release, in an environment in which s/he is somewhat alienated, which may contribute to provoking a new crime. As for alienation in society, its degree is closely related to factors, such as the form of punishment, the activities of the institution and its impact on the rehabilitation of the convict, etc.

Accordingly, the same Handbook presents the main types of institutional programs in penitentiary institutions, such as physical health care; mental health care and psychological support; substance abuse treatment; programs to address behaviour and attitudes (including cognitive-behavioural therapy); education and vocational training program; and work experience (developing work skills), as well as consultations and mentoring.³¹

These institutional programs are designed to prepare prisoners to return to society. It should also be noted that these rehabilitation programs are most effective when they are based on a thorough diagnostic and individual assessment of the offender and their situation.³²

²⁸ *Sulamanidze, R.*, supra note 2.

²⁹ Supra note 7, 6.

³⁰ According to Georgian practice, the programs existing outside the penitentiary system and in the community.

³¹ Supra note 7, 39.

³² Ibid, 32.

VI. Balance Between Security and Rehabilitation and Correction of Criminal Thinking

All experts agree that excessive prison security measures and strict treatment do not serve the re-socialization of prisoners and their return as full members of society. It is just one of the few ways to fully control a prison, and it can be said to be quite ineffective. *Andrew Coyle* notes in his Handbook that in prisons of the world there are situations where there is excessive security and control by the prison authorities at the expense of justice. The use of oppressive security measures excludes rehabilitative programmes.³³

This reasoning does not mean that the author of this study denies the importance of security in prison. It is clear that prison security is an important part of the penitentiary system, but she believes that security measures, without the support of rehabilitation programs, will have no effect on the prevention of new crimes.

Brutal prisons cannot be considered as crime prevention. As we know, in countries where such prisons exist, over ten thousands of people commit crimes, and the public is well aware of this. A clear example is that in countries where the death penalty is still in force and people know that they will be sentenced to the death penalty for their actions, they still commit crimes.

The way to prevent recidivism is to work on changing a person's consciousness so that he or she can change his or her criminal thinking, as well as equipping him or her with the skills needed in public life to help him or her establish his or her place.

In order for this to happen prison administrations need to achieve an appropriate balance between security and those programs which are designed to enable prisoners to reintegrate into society. This balance is more likely to be achieved if there is a clear set of procedures that define the appropriate level of security for the prison and for individual prisoners.³⁴

Correction of a person's criminal thinking is a process that is directly related to the prevention of recidivism and, therefore, its effective conduct is crucial. According to experts, the most successful social reintegration strategies depend on using safe/reliable methods to provide programs and are supported by evidence-based case management practices, as well as well-prepared personnel with appropriate skills and practice of delivering programs.³⁵

An important role in the implementation of such programs should be given to the prison personnel, which should be well-prepared to approach with care and to act correctly in the correctional activities of the prisoners' criminal thinking.

The involvement of specialists, family members, or close people and the whole society in this process is of no less importance. Attention should be paid to such important aspects as participation in religious rituals, sports, cultural events, and awareness of the ongoing processes in the society. The need to hold prisoners in appropriate conditions of security needs to be balanced with their right to maintain contact with the outside world. However strong the security considerations, contact with the outside world in reasonable conditions must continue to be permitted. This is an important element in safeguarding the rights of the individual prisoner.

³³ *Coyle, A.*, supra not 25, 60.

³⁴ *Ibid.*, 61.

³⁵ *Supra* note 7, 32.

The effectiveness of programs, in addition to correcting the criminal worldview, should also be based on the development of new or improvement of existing professional and employment skills so that a person is able to effectively reintegrate into society.

VII. Coordinated Work Between the Penitentiary System and Probation

The community-based programs mentioned in the study, which play an important role in crime prevention, aim to help a person reintegrate into society after release. Such programs go beyond the scope of the penitentiary system and its delivery or facilitation on inclusion in these programs becomes the function of the probation service.

In this case, the author of the study does not discuss the role of the probation service and its importance in the prevention of recidivism, but it should be noted that the coordinated work of the penitentiary system and probation greatly increases the success rate in this regard.

It is important to support the use of skills developed through institutional programs after the release so that people can live independently in society. The Handbook on the Prevention of Recidivism discusses effective institutional programs that are typically designed for certain dynamic risk factors and other challenges faced by offenders to prepare them for their release and successful social reintegration.³⁶ Effective reintegration also depends significantly on the support offered to the individual after release. In particular, firstly, it is important to support employment, which allows a person to establish their place in society. According to Principle 8 of the Basic Principles for the Treatment of Prisoners, there is a need to enable prisoners “to undertake meaningful employment which will facilitate their reintegration into the country’s labour market and permit them to contribute to their financial support and that of their families”.³⁷

The role of probation in the prevention of new and repeated crimes is particularly important not only for employment purposes but also for the support of the continuation of various programs and the provision of new programs. However, this article focuses only on the importance of cooperation between the penitentiary system and probation service and calls on these systems to create a unified database of programs and services provided to prisoners before and after their release, as well as to coordinate activities aimed at protecting the public from repeated or new crimes.

Conclusion

Sending a person to prison, however humanely it is operated, is in itself a punishment. According to experts, it is impossible to make a prison so pleasant that prisoners will not consider their imprisonment as punishment. Specialists are certain that emphasis on the punitive theory of imprisonment works against rather than for the protection of society.³⁸

The Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners explains the purpose of a sentence of imprisonment and states that as a result of imprisonment and other similar measures, the will to lead law-abiding and self-supporting lives should be established in convicted persons.

³⁶ Ibid.

³⁷ UN General Assembly, Basic Principles for the Treatment of Prisoners, 28 March 1991, A/RES/45/111, Annex.

³⁸ *MacCormick, A.*, supra note 3, 43.

According to the standards, the treatment of prisoners shall be such as will encourage their self-respect and develop their sense of responsibility.³⁹

The author of the article hopes that the discussed examples, expert opinions, and analysis will help the penitentiary administration to review priorities and understand that imprisonment will in no way be crime prevention if it is not focused on rehabilitating a person and correcting his or her criminal thinking.

Bibliography

1. *Bonta, J.*, Offenders Risk Assessment Guidelines for Selection and Use, Criminal Justice and Behaviour, Vol. 29, Canada, 4 August 2002;
2. *Constantinou, A. C., Freestone, M., Marsh, W., Fenton, N., Coid, J., Coid, R.*, Assessment and Risk Management of Violent Reoffending Among Prisoners, 2015;
3. *Coyle, A.*, A Human Rights Approach to Prison Management: Handbook for Prison Staff, London, 2002.
4. *Coyle, A.*, Chapter 1 - Prison in Context, Handbook on Prisons, *Jewkes, Y., Crewe, B., Bennett, J.*, (eds.), second addition, London, New York, 2016.
<https://books.google.ch/books?hl=es&lr=&id=EHiFCwAAQBAJ&oi=fnd&pg=PP1&dq=handbook+of+prisons+PDF&ots=4XzN9DUnia&sig=wno_N6IOLo_MvznKQtigJnEw8nw&redir_esc=y#v=onepage&q=handbook%20of%20prisons%20PDF&f=false>;
5. *MacCormick, A.*, The Prison's Role in Crime Prevention, Journal of Criminal Law and Criminology, 1950;
6. *Mulder, E., Brand, E., Bullens, R. Marle, H. V.*, Risk factors for overall recidivism in serious juvenile offenders, International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology, 2010;
7. Report on the Visit to Penitentiary Establishment No. 6, Public Defender of Georgia, National Preventive Mechanism, 2015-2016, Tbilisi;
8. Introductory Handbook on the Prevention of Recidivism and the Social Reintegration of Offenders, UNODC, Vienna, 2012;
9. The United Nations Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners (The Nelson Mandela Rules), 2015.
10. International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR), 1994.
11. The United Nations Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners (The Nelson Mandela Rules), 2015.
12. *Sulamanidze, R.*, The Importance of Resocialization-Rehabilitation of Convicts, Regulation by National and International Standards, Tbilisi, 2019 <[³⁹ The United Nations Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners \(The Nelson Mandela Rules\), 2015, Rule 91.](https://www.penalreform.org/blog/%E1%83%9B%E1%83%A1%E1%83%AF%E1%83%90%E1%83%95%E1%83%A0%E1%83%93%E1%83%94%E1%83%91%E1%83%A3%E1%83%9A%E1%83%98%E1%83%A1-%E1%83%A0%E1%83%94%E1%83%A1%E1%83%9D%E1%83%AA%E1%83%98%E1%83%90%E1%83%9A%E1%83%98/>>.

</div>
<div data-bbox=)

სახელმწიფო ინსპექტორის სამსახურის გამოძიების ქვემდებარე დანაშაულთა სუბიექტების იდენტიფიკაციის თავისებურებანი

აბსტრაქტი:

სახელმწიფო ინსპექტორის სამსახური, როგორც დამოკიდებული საგამოძიებო ინსტიტუტის საგამოძიებო დანაყოფი, სახელმწიფო ინსპექტორის სამსახურის შესახებ საქართველოს კანონის² მიხედვით, 2019 წლის პირველი ნოემბრიდან ამოქმედდა. ამავე კანონით დადგენილია სამსახურის საგამოძიებო ქვემდებარეობის ფარგლები³.

სამსახურის საგამოძიებო ქვემდებარეობას მიკუთვნებულია, სისხლის სამართლის კოდექსის⁴ შესაბამისი მუხლების მიხედვით, სპეციალური სუბიექტები, რომელთა ზუსტი იდენტიფიკაცია მნიშვნელოვნად განსაზღვრავს გამოძიების კონკრეტული სუბიექტის მიმართ წარმართვას და სწორი სამართლებრივი კვალიფიკაციის საკითხებს. ამ თემას ეხება წინამდებარე მიმოხილვა და, საბოლოოდ, მიღებული დასკვნები, რაც დაინტერესებულ პირებს დაეხმარება გადაწყვეტილებათა მიღების პროცესში სწორი ორიენტირების განსაზღვრაში.

კანონმდებლობის მიმოხილვა

სახელმწიფო ინსპექტორის საგამოძიებო ქვემდებარეობა - განსაზღვრულია სახელმწიფო ინსპექტორის სამსახურის შესახებ საქართველოს კანონით⁵, კერძოდ, სახელმწიფო ინსპექტორის საგამოძიებო ქვემდებარეობა ვრცელდება:

- ა) საქართველოს სისხლის სამართლის კოდექსის 144¹-144³ მუხლებით, 332-ე მუხლის მე-3 ნაწილის ბ) და გ) ქვეპუნქტებით, 333-ე მუხლის მე-3 ნაწილის ბ) და გ) ქვეპუნქტებით, 335-ე მუხლით ან/და 378-ე მუხლის მე-2 ნაწილით გათვალისწინებულ დანაშაულზე, თუ ისინი ჩადენილია სამართალდამცავი ორგანოს წარმომადგენლის, აგრეთვე, მოხელის ან მასთან გათანაბრებული პირის მიერ;
- ბ) სამართალდამცავი ორგანოს წარმომადგენლის, აგრეთვე, მოხელის ან მასთან გათანაბრებული პირის მიერ ჩადენილ სხვა დანაშაულზე, რომელმაც გამოიწვია პირის სიცოცხლის მოსპობა და რა დროსაც ეს პირი იმყოფებოდა დროებითი

¹ სამართლის მაგისტრი, შავი ზღვის საერთაშორისო უნივერსიტეტის და ილიას სახელმწიფო უნივერსიტეტის სამართლის სკოლების ლექტორი სახელმწიფო ინსპექტორის სამსახურის იურიდიული დეპარტამენტის უფროსი იურისტი.

² №3273-რს კანონი. ხელმისაწვდომია ვებგვერდზე <<https://www.matsne.gov.ge/document/view/4276790?publication=5>>.

³ იქვე, მე-19 მუხლის პირველი პუნქტის ა) და ბ) ქვეპუნქტები.

⁴ 199 წლის №2287 კანონი. ხელმისაწვდომია ვებგვერდზე <<https://www.matsne.gov.ge/document/view/16426?publication=229>>.

⁵ 2018 წლის №3273-რს კანონი, ხელმისაწვდომია ვებგვერდზე <<https://www.matsne.gov.ge/ka/document/view/4276790?publication=5>>.

მოთავსების იზოლაციაში ან პენიტენციურ დაწესებულებაში ანდა ნებისმიერ სხვა ადგილას, სადაც სამართალდამცავი ორგანოს წარმომადგენლის, მოხელის ან მასთან გათანაბრებული პირის მიერ, თავისი ნების საწინააღმდეგოდ, აკრძალული ჰქონდა ადგილსამყოფლის დატოვება, ანდა აღნიშნული პირი სხვაგვარად იმყოფებოდა სახელმწიფოს ეფექტური კონტროლის ქვეშ“.

ჩამოთვლილ დანაშაულთა შესაძლო სუბიექტები - სპეციალური კატეგორიისა შეიძლება, იყვნენ:

- ა) სამართალდამცავი ორგანოს წარმომადგენელი;
- ბ) მოხელე;
- გ) მოხელესთან გათანაბრებული პირი.

სამართალდამცავი ორგანოს წარმომადგენელი

სახელმწიფო ინსპექტორის სამსახურის შესახებ საქართველოს კანონის მე-3 მუხლის პირველი პუნქტის თ) ქვეპუნქტში ამომწურავადაა ჩამოთვლილი ის სამართალდამცავი უწყებები, რომელთა თანამშრომლებიც ამ კანონის და, სამსახურის საგამომიებო მიზნებისათვის, ითვლებიან ადრესატ სუბიექტებად. ესენია:

- ა) საქართველოს პროკურატურის თანამშრომელი (გარდა საქართველოს გენერალური პროკურორისა და საქართველოს გენერალური პროკურატურის სახელმწიფო ინსპექტორის სამსახურის საგამომიებო დანაყოფში გამოძიების საპროცესო ზედამხედველობის განმახორციელებელი სტრუქტურული ერთეულის პროკურორისა);
- ბ) საქართველოს შინაგან საქმეთა სამინისტროს თანამშრომელი (გარდა საქართველოს შინაგან საქმეთა მინისტრისა);
- გ) საქართველოს სახელმწიფო უსაფრთხოების სამსახურის თანამშრომელი (გარდა საქართველოს სახელმწიფო უსაფრთხოების სამსახურის უფროსისა);
- დ) საქართველოს თავდაცვის ძალების სპეციალური სამართალდამცავი სტრუქტურული დანაყოფის თანამშრომელი;
- ე) საქართველოს იუსტიციის სამინისტროს საგამომიებო დანაყოფის თანამშრომელი;
- ვ) საქართველოს იუსტიციის სამინისტროს სისტემაში შემავალი სახელმწიფო საქვეუწყებო დაწესებულების - სპეციალური პენიტენციური სამსახურის სპეციალური დანაყოფის თანამშრომელი;
- ზ) საქართველოს ფინანსთა სამინისტროს საგამომიებო სამსახურის თანამშრომელი;

ცხადია, რომ ამ სუბიექტის იდენტიფიკაციის საკითხი იმდენად ნათლად და ამომწურავად არის მოწესრიგებული, რომ კითხვის ნიშანი არ არსებობს.

მოხელე და მასთან გათანაბრებული პირი

მოხელის განმარტებისათვის უნდა გამოვიყენოთ საჯარო სამსახურის შესახებ საქართველოს კანონი⁶, რომელიც „მოხელის“ სრულ დეფინიციას ადგენს⁷. ამ განმარტების მიხედვით, მოხელე არის პირი, რომელიც უვადოდ ინიშნება საჯარო სამსახურის

⁶ 2015 წლის №4346-III კანონი. ხელმისაწვდომია ვებგვერდზე <https://www.matsne.gov.ge/document/vi_ew/3031098?publication=26>.

⁷ იქვე მე-3, ე), პ) მუხლი.

საშტატო თანამდებობაზე სახელმწიფოს, ავტონომიური რესპუბლიკის, მუნიციპალიტეტის, საჯარო სამართლის იურიდიული პირის მიერ, რომელიც ახორციელებს საჯაროსამართლებრივ უფლებამოსილებებს, როგორც თავის ძირითად პროფესიულ საქმიანობას, რაც უზრუნველყოფს მის მიერ საჯარო ინტერესების დაცვას და რომელიც, სანაცვლოდ, იღებს შესაბამის ანაზღაურებას და სოციალური და სამართლებრივი დაცვის გარანტიებს.

საჯარო მოსამსახურის ცნება უფრო ფართოა და მოიცავს მოხელესთან ერთად, ადმინისტრაციული ხელშეკრულებით, დასაქმებულ პირს და დამხმარე ე.ი. შტატგარეშე მოსამსახურესაც⁸. ამავე დროს, იმავე კანონით ამომწურავადაა განსაზღვრული იმ პირთა წრე, რომლებზეც არ ვრცელდება მისი მოქმედება⁹ და ამ პირთა მიმართ არსებობს სპეციალური საკანონმდებლო რეგულაციები.

ამ მხრივ, განსახილველი თემის ფარგლებში, საინტერესოა ის გარემოება, რომ ამ საგამონაკლისო პირთა წრიდან სამართალდამცავი ორგანოების წარმომადგენლები, ზოგიერთი პოლიტიკური თანამდებობის პირისა და ორგანოს ხელმძღვანელის გამოკლებით, უკვე განსაზღვრულია სახელმწიფო ინსპექტორის სამსახურის შესახებ კანონით.

საჯარო სამსახურის შესახებ საქართველოს კანონით საინტერესოა დათქმა კეთდება ყველა იმ საჯარო დაწესებულებასთან დაკავშირებით, სადაც არ ხორციელდება საჯარო სამსახური, კერძოდ, საჯარო დაწესებულებაში საქმიანობა, რომელიც არ გულისხმობს საჯარო სამსახურის განხორციელებას, წესრიგდება შესაბამისი კანონით ან/და საქართველოს შრომის კანონმდებლობით, ამ კანონით განსაზღვრული თავისებურებების გათვალისწინებით¹⁰.

მეორე მნიშვნელოვანი საკანონმდებლო აქტი, რომელშიც მოხსენიებულია „საჯარო მოსამსახურეს“ (რაც, თავის მხრივ, მოიცავს „მოხელის“ ცნებას), არის საჯარო დაწესებულებაში ინტერესთა შეუთავსებლობისა და კორუფციის შესახებ საქართველოს კანონი¹¹. ამ კანონის მიზნებისათვის, საჯარო მოსამსახურეები არიან საჯარო სამსახურის შესახებ საქართველოს კანონით განსაზღვრული სახელმწიფო მოსამსახურე, პროფესიული საჯარო მოხელე (შემდგომ – მოხელე) და საჯარო სამსახურში ადმინისტრაციული ხელშეკრულებით დასაქმებული პირი, აგრეთვე, ამ კანონის მე-2 მუხლის პირველი პუნქტით გათვალისწინებული თანამდებობის პირები. ამავე დროს, საჯარო მოსამსახურედ არ ჩაითვლება საჯარო სამსახურში შრომითი ხელშეკრულებით დასაქმებული პირი, გარდა საქართველოს საკანონმდებლო აქტებით დადგენილი გამონაკლისებისა¹².

თავის მხრივ, სახელმწიფო ინსპექტორის სამსახურის შესახებ საქართველოს კანონით, ასევე განისაზღვრება, კანონის მიზნებისათვის, მოხელე, კერძოდ, მოხელე ან მასთან გათანაბრებული პირი – საქართველოს სისხლის სამართლის კოდექსის XXXIX თავით გათვალისწინებული დანაშაულის სუბიექტი (გარდა სახელმწიფო ინსპექტორისა, სახელმწიფო ინსპექტორის მოადგილისა, სახელმწიფო ინსპექტორის სამსახურის გამომძიებლისა და მოსამსახურისა).

ზომოთმოყვანილი ყველა განმარტება თუ დეფინიცია, განსახილველი თემის ფარგლებში, სახელმწიფო ინსპექტორის სამსახურის საგამომძიებო მიზნებისათვის, თავს იყრის სისხლის სამართლის კოდექსის (თავი XXXIX - სამოხელეო დანაშაული) 332-ე მუხლის შენიშვნაში, რომლის მიხედვითაც, ამ თავით გათვალისწინებული დანაშაულის

⁸ იქვე დ, პ) ქვეპუნქტები.

⁹ იქვე მე-4 მუხლი

¹⁰ იქვე.

¹¹ 1997 წლის №982 კანონი. ხელმისაწვდომია ვებ გვერდზე <<https://www.matsne.gov.ge/document/view/33550?publication=72>>

¹² იქვე მე-2¹ მუხლი.

სუბიექტები, ასევე არიან საჯარო სამართლის იურიდიული პირების (გარდა პოლიტიკური და რელიგიური გაერთიანებებისა) ის თანამშრომლები, რომლებიც ახორციელებენ საჯაროსამართლებრივ უფლებამოსილებას, საქართველოს პარლამენტის დროებითი კომისიების წევრები და თანამშრომლები, საარჩევნო სუბიექტები (მხოლოდ ამ კოდექსის 338-ე მუხლით გათვალისწინებული დანაშაულის მიზნებისათვის), კერძო აღმასრულებლები, აგრეთვე, ნებისმიერი სხვა პირი, რომელიც, საქართველოს კანონმდებლობის საფუძველზე, ახორციელებს საჯარო სამართლებრივ უფლებამოსილებას.

სისხლის სამართლის კოდექსის ამ შენიშვნასთან და სამოხელეო დანაშაულის, კერძოდ კი, კორუფციული დანაშაულის სუბიექტის დახასიათებისათვის - მოხელის და მასთან გათანაბრებული პირის თაობაზე, ყველაზე საინტერესო, ამომწურავ და რელევანტურ მოსაზრებას გვთავაზობს ივანე ჯავახიშვილის სახელობის თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტის იურიდიული ფაკულტეტის პროფესორ-ემერიტუსი, *მზია ლეკვეიშვილი*.¹³ კერძოდ, ავტორი ადასტურებს ამ პრობლემის აქტუალობას და აღნიშნავს, რომ სამოხელეო დანაშაულის საქმეებზე, სასამართლო (და საგამომიებო) პრაქტიკის სწორი რეგულირებისათვის, გადამწყვეტი მნიშვნელობა დანაშაულის ჩამდენის (დანაშაულის სუბიექტის) ცნების ზუსტ საკანონმდებლო განსაზღვრას ენიჭება, რაც, სამწუხაროდ, ქართულ კანონმდებლობაში არ არის წარმოდგენილი, იგი სხვადასხვა ნორმატიულ აქტშია გაბნეული და, ხშირ შემთხვევაში, საკმაოდ ზოგადია¹⁴. საჯარო სამსახურის შესახებ კანონში განსაზღვრულია მოხელის ცნება. კომპეტენციის განვრცობისა და უფლებამოსილების დონის მიხედვით, საჯარო სამსახურში თანამდებობები იყოფა რანგებად. სახელმწიფო მოხელის ფუნქცია შეიძლება, სახელმწიფო ხელისუფლების სამივე შტოს წარმომადგენელმა შეასრულოს. ამ დებულების მიხედვით, აღნიშნული კატეგორიის პირთა კორუფციული (ჩვენს შემთხვევაში, ზოგადად, სამოხელეო) დანაშაულის ჩამდენად ცნობა მართებულია¹⁵.

ხელისუფლების წარმომადგენელ მოხელეთა განსაკუთრებულ კატეგორიას ეკუთვნის ის პირი, რომელსაც აქვს საჯარო უფლებამოსილება. მისი მოთხოვნის შესრულება ყველა მოქალაქისათვის სავალდებულოა, განურჩევლად იმისა, ექვემდებარებიან თუ არა ამ უწყებას. ხელისუფლების წარმომადგენლებს აქვთ უფლებამოსილება, განახორციელონ ისეთი ქმედება, რომელსაც შეუძლია გამოიწვიოს სამართლებრივი შედეგები იმ მოქალაქეების მიმართაც, რომლებიც მათ უწყებრივად არ ექვემდებარებიან. ამ შემთხვევაში, ისინი გამოდიან სახელმწიფო ან ადგილობრივი თვითმმართველობის ორგანოს სახელით და აქვთ ძალაუფლება პირთა განუსაზღვრელი წრის მიმართ¹⁶.

ზემოაღნიშნული მსჯელობიდან გამომდინარე, ჩვენთვის, განსაკუთრებით მნიშვნელოვანია, თუ როგორ განსაზღვრავს მოხელესთან გათანაბრებულ პირს ავტორი - „შესაძლოა, რომ ხელისუფლების წარმომადგენლის ფუნქცია, სპეციალური უფლებამოსილების საფუძველზე, შეასრულონ სხვა ისეთმა პირებმაც, რომლებიც მოქმედებენ სახელმწიფო მოხელესთან გათანაბრებული პირების რანგში. სახელმწიფო მოხელეთა რიცხვს მიეკუთვნებიან ის პირები, რომლებიც ახორციელებენ კადრების შერჩევას, სახელმწიფო და თვითმმართველობის ორგანოებში ხელმძღვანელობენ მუშაკთა შრომის ორგანიზაციას, შეიარაღებულ ძალებსა და სხვა ორგანოებში ზედამხედველობას

¹³ ლეკვეიშვილი, მ., კორუფციის საკანონმდებლო მოწესრიგება, *გურამ ნაჭყებია* 75, საიუბილეო გამოცემა, დავით ბატონიშვილის სამართლის ინსტიტუტი, *გეგენავა*, დ., რედ., დავით ბატონიშვილის სამართლის ინსტიტუტის გამომცემლობა, თბილისი, 2016 წ., 6-11. ხელმისაწვდომია ვებგვერდზე <[http://www.library.court.ge/upload/Guram %20Natchkebia%202075.pdf](http://www.library.court.ge/upload/Guram%20Natchkebia%202075.pdf)>.

¹⁴ იქვე.

¹⁵ იქვე.

¹⁶ იქვე.

ახორციელებენ შრომის დისციპლინაზე. ასეთები შეიძლება იყვნენ ორგანიზაცი-
დაწესებულების ხელმძღვანელები, მათი მოადგილეები, დეპარტამენტის უფროსები და
სხვა¹⁷.

მართალია, იურიდიულ ლიტერატურაში აზრთა სხვადასხვაობაა, მაგრამ
გაბატონებულია აზრი, რომ მედიცინის მუშაკები, პედაგოგები, ადვოკატები, რომლებიც
ახორციელებენ თავიანთ პროფესიულ საქმიანობას მოხელეებად არ მიიჩნევიან¹⁸.

მოხელესთან გათანაბრებული პირის ცნება, რომელიც სისხლი სამართლის
კოდექსში გვხვდება, უფრო არაზუსტია და ამიტომ მართლმსაჯულების
განხორციელებისათვის ბუნდოვანია. თეორიულად, შესაძლოა, დავუშვათ და,
გამართლებულიც იყოს, მოხელესთან გათანაბრებულ პირად იმის აღიარება, ვინც
სპეციალური უფლებამოსილების საფუძველზე ახორციელებს ერთჯერად ან
მოკლევადიან უფლებამოსილებას, მაგრამ ეს კონკრეტულ ნორმატიულ საფუძველზე
უნდა მოხდეს. მხოლოდ მოხელის ფუნქციის ფაქტობრივი შესრულება, სათანადო
იურიდიული გაფორმების გარეშე, დამნაშავეს ქმედების კორუფციულ დანაშაულად
აღიარების კვალიფიკაციას გამოიცხადებს¹⁹.

2008 წლამდე მოხელესთან გათანაბრებული პირის ცნება სასამართლო პრაქტიკაში
ბევრ გაუგებრობას იწვევდა, რის შედეგადაც ხდებოდა დანაშაულის სუბიექტის არასწორი
განსაზღვრა. 2008 წელს სისხლი სამართლის კოდექსში შეტანილი ცვლილებებითა და
დამატებებით გაფართოვდა სამოხელეო დანაშაულის ჩამდენთა წრე. როგორც აღინიშნა,
ამ ცვლილებამდე საჯარო სამსახურის შესახებ კანონი ის ძირითადი საკანონმდებლო ბაზა
იყო, რომლითაც სამოხელეო დანაშაულის სუბიექტი განიშარტებოდა.
ბოლოდროინდელმა ცვლილებამ, 332-ე მუხლის შენიშვნის სახით, რომელიც, ასევე
ეფუძნება საქართველოს ზოგად ადმინისტრაციულ კოდექსს²⁰:

1. ამ თავით გათვალისწინებული დანაშაულის სუბიექტები, ასევე არიან საჯარო
სამართლის იურიდიული პირების (გარდა პოლიტიკური და რელიგიური
გაერთიანებისა) ის თანამშრომლები, რომლებიც საჯაროსამართლებრივ
უფლებამოსილებას ახორციელებენ; საქართველოს პარლამენტის დროებითი
კომისიის წევრები და თანამშრომლები, საარჩევნო სუბიექტები (მხოლოდ სსკ-ის
338-ე მუხლით გათვალისწინებული დანაშაულის მიზნებისათვის), არბიტრაჟის
წევრები, კერძო აღმასრულებლები, აგრეთვე ნებისმიერი სხვა პირი, რომელიც
საქართველოს კანონმდებლობის საფუძველზე ახორციელებს
საჯაროსამართლებრივ უფლებამოსილებას.
2. მოხელესთან გათანაბრებული პირი, ასევე გულისხმობს უცხო ქვეყნის სახელმწიფო
თანამდებობის პირს (მათ შორის, საკანონმდებლო ან/და ადმინისტრაციული
უფლებამოსილების განმახორციელებელი სახელმწიფო ორგანოს წევრს), აგრეთვე,
ნებისმიერ პირს, რომელიც ასრულებს რაიმე საჯარო ფუნქციას სხვა
სახელმწიფოსთვის, საერთაშორისო ორგანიზაციის ან ორგანოს თანამდებობის პირს,
ან ხელშეკრულების საფუძველზე დაქირავებულ თანამშრომელს, ასევე ნებისმიერ
მივლინებულ ან არამივლინებულ პირს, რომელიც ასრულებს თანამდებობის პირის
ან თანამშრომლის ფუნქციების შესაბამის ფუნქციებს, უცხო ქვეყნის არბიტრაჟის
წევრებსა და ნაფიც მსაჯულებს, რომლებიც ასრულებენ თავიანთ ფუნქციებს უცხო
ქვეყნის კანონმდებლობის საფუძველზე, საერთაშორისო საპარლამენტო კრების
წევრს, სისხლის სამართლის საერთაშორისო სასამართლოს წარმომადგენელს,

¹⁷ იქვე

¹⁸ იქვე.

¹⁹ იქვე.

²⁰ იქვე. 1999 წლის №2181 კანონი. ხელმისაწვდომია ვებგვერდზე <[https://matsne.gov.ge/document/view/16270?publi cation=36](https://matsne.gov.ge/document/view/16270?publication=36)>

საერთაშორისო სასამართლოს ან სასამართლო ორგანოს მოსამართლესა და თანამდებობის პირს. ამ შენიშვნით, შეგვიძლია დავასკვნათ, რომ საჯარო ინტერესი შეიძლება ხელყოს არა მარტო სახელმწიფო მოხელემ, არამედ მასთან გათანაბრებული პირის სახით საჯარო უფლებამოსილების განხორციელებელმა სხვა პირმაც.

რა იგულისხმება საჯარო უფლებამოსილების განხორციელებაში, უნდა გავარკვიოთ საქართველოს ზოგადი ადმინისტრაციული კოდექსის მეშვეობით. ადმინისტრაციული ორგანოს, ლეგალური დეფინიციის საფუძველზე, მისი ფუნქციური გაგება აერთიანებს როგორც ადმინისტრაციულ ორგანოებს, ორგანიზაციულსამართლებრივი გაგებით, ასევე იმ ფიზიკურ და იურიდიულ პირებს, რომლებიც სახელმწიფო ორგანოთა სისტემის სუბიექტები არ არიან, მაგრამ, კანონმდებლობის საფუძველზე, საჯაროსამართლებრივ უფლებამოსილებას ახორციელებენ და მის ჩარჩოებში ადმინისტრაციულ აქტებს გამოსცემენ. „მინიჭებული საჯაროსამართლებრივი უფლებამოსილების მქონე დაწესებულებები“ (კერძო პირები) სახელმწიფო მმართველობის ორგანოთა სტრუქტურის შემადგენელი ნაწილები არ არიან, მაგრამ საჯაროსამართლებრივ უფლებამოსილებას ახორციელებენ²¹. ასეთ პირთა საქმიანობა, კანონით განსაზღვრულ და სახელმწიფოს მიერ აღიარებულ შემთხვევებში, ადმინისტრაციული დაწესებულების მიერ ჩადენილი ქმედების ტოლფასად მიიჩნევა და, ადმინისტრაციული კანონმდებლობის მიხედვით, ისინი ადმინისტრაციულ ორგანოს წარმოადგენენ.

კერძო სამართლის მთელ რიგ სუბიექტებზე სახელმწიფოსაგან დელეგირებულია საჯაროსამართლებრივი უფლებამოსილება. მაგალითად, ავტოტექდათვალიერების ცენტრები და სხვ. შპს საქართველოს რკინიგზა კერძო სამართლის იურიდიული პირია, მაგრამ ტარიფების დადგენისას, სანიტარული ზედამხედველობის წესის განხორციელების და სხვა მსგავსი მოქმედების შესრულებისას საჯარო უფლებამოსილებას ახორციელებს²².

სისხლის სამართლისა და სახელმწიფო ინსპექტორის სამსახურის საგამოძიებო მიზნების კონტექსტში, მოხელისა და მასთან გათანაბრებული პირის შინაარსის მიმოხილვის შედეგად შეგვიძლია დავასკვნათ, რომ გარდა შედარებით მარტივად იდენტიფიცირებადი „მოხელისა“, მასთან გათანაბრებული პირის, ე.ი. „სხვა ნებისმიერი პირის“, განსაზღვრისათვის გადამწყვეტი მნიშვნელობა, ყოველ ინდივიდუალურ შემთხვევაში, ენიჭება იმის გარკვევას, ასრულებდა თუ არა დანაშაულის ჩადენისას ეს პირი საჯარო სამართლებრივ უფლებამოსილებას სათანადო კანონიერი საფუძვლით (იურიდიული გაფორმება).

საინტერესო იქნება კონსტიტუციურ უფლებათა ჭრილშიც გადავხედოთ არსებულ პრაქტიკას. ამ მხრივ, პირდაპირი კორელაცია არ არსებობს, მაგრამ, საორიენტაციოდ, შეგვიძლია, დავეყრდნოთ საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს რამდენიმე გადაწყვეტილებაში გამოთქმულ არგუმენტაციას ცალკეული დაწესებულებების მიერ საჯარო სამართლებრივი უფლებამოსილების განხორციელების თაობაზე.

მაგალითად, საკონსტიტუციო სასამართლომ 2017 წლის 28 დეკემბერს არსებითად განსახილველად არ მიიღო №759 კონსტიტუციური სარჩელი (საქართველოს მოქალაქეები - თორნიკე გერლიანი, თამარ ონიანი, ელისაბედ შენგელია და სხვები საქართველოს პარლამენტის წინააღმდეგ)²³ და სასამართლომ მიუთითა, რომ „უნივერსიტეტის მართვა არ წარმოადგენს საჯარო უფლებამოსილების განხორციელებას. შესაბამისად, მის რომელიმე ორგანოში საქმიანობა ვერ ჩაითვლება სახელმწიფო სამსახურად“.

²¹ იქვე.

²² ლეკვიშვილი, მ., დასახ. ნაშრომი, მე-13 სქ., 6-11.

²³ ხელმისაწვდომია ვებგვერდზე <<http://constcourt.ge/ge/news/29-saqartvelos-moqalaqeebi-tornike-gerliani-tamaroniani-elisabed-shengelia-da-sxvebi-saqartvelos-parlamentis-winaagmdeg.page>>.

ჩვენი თემის მიზნებისთვის, კიდევ უფრო საინტერესოა, ალბათ, მოწყვლადი სუბიექტების თავმოყრის ადგილებში და დაწესებულებებში შესაძლო დანაშაულთა სუბიექტების სტატუსი; ესენია ბავშვთა სახლები, პალიატიური მედიცინის დაწესებულებები (ჰოსპისები, თავშესაფრები, მოხუცებულთა სახლები), ასევე ფსიქიატრიული დაწესებულებები. ეს ის ადგილებია, სადაც პირი შეიძლება ნების გარკვეული შეზღუდვის პირობებში იმყოფებოდეს.

ერთერთ თავის გადაწყვეტილებაში (საქართველოს მოქალაქეები – *ირაკლი ქემოკლიძე და დავით ხარაძე* საქართველოს პარლამენტის წინააღმდეგ, №2/4/532,533, 8 ოქტომბერი, 2014)²⁴ საკონსტიტუციო სასამართლო უთითებს, რომ ფსიქიატრიული ჯანმრთელობის შესახებ საქართველოს კანონის²⁵ თანახმად, ფსიქიატრიული დაწესებულება არის შესაბამისი ლიცენზიის მქონე სამედიცინო დაწესებულება ან სამედიცინო დაწესებულების განყოფილება, რომლის საქმიანობის მიზანია პირისათვის ფსიქიატრიული დახმარების გაწევა. სამკურნალო დაწესებულება, რომლის მიზანია ფსიქიატრიული დახმარების გაწევა, ვერ მიიჩნევა საჯარო ხელისუფლების განმახორციელებელ ორგანოდ. ამ შეფასებას არ ცვლის ის გარემოება, რომ ზოგიერთი ფსიქიატრიული დაწესებულება, შესაძლებელია, სახელმწიფო საკუთრებაში იყოს“.

დასკვნა

როგორც ზემოთ მოტანილი საკანონმდებლო დანაწესებიდან, სამეცნიერო ლიტერატურისა და გარკვეული სასამართლო პრაქტიკის მიმოხილვიდან ჩანს:

- ა) სამართალდამცავი ორგანოს წარმომადგენელთან დაკავშირებით, სახელმწიფო ინსპექტორის სამსახურის საგამოძიებო მიზნებისათვის, სუბიექტის იდენტიფიცირების პრობლემა არ არსებობს.
- ბ) ამავე მიზნებისათვის, მოხელის დეფინიციასთან დაკავშირებითაც ბუნდოვანება არ არსებობს და საჯარო სამსახურის შესახებ კანონის მე-3 მუხლის დ) პუნქტი ამომწურავად განსაზღვრავს, თუ ვინ შეიძლება ჩაითვალოს მოხელედ.
- გ) დაზუსტებას მოითხოვს მოხელესთან გათანაბრებული პირის ცნება - საკანონმდებლო აქტების მიხედვით, ეს ტერმინი ნახსენებია მხოლოდ სისხლის სამართლის კოდექსში და სახელმწიფო ინსპექტორის სამსახურის შესახებ კანონში, პირველ აქტზე მითითების სახით და ანალოგიური მნიშვნელობით. მოხელესთან გათანაბრებული პირის იდენტიფიცირებისათვის სახელმწიფო ინსპექტორის სამსახურის შესახებ კანონის მიზნებიდან გამომდინარე, გვაქვს მხოლოდ ერთი წყარო - სისხლის სამართლის კოდექსის XXXIX თავი (სამოხელეო დანაშაული და ზემოთ აღნიშნული შენიშვნა, სადაც ჩამოთვლილია თუ ვინ შეიძლება ამ თავის მიზნებისათვის ჩაითვალოს მოხელესთან გათანაბრებულ პირებად) და იდენტიფიცირების მეორე საშუალება - ამავე წყაროში მოცემული ჩანაწერი - „სხვა პირები, რომლებიც ახორციელებენ საჯარო სამართლებრივ უფლებამოსილებას“. ამ ნაწილში სიცხადის შეტანის მიზნით, უმთავრესია განიმარტოს რას ნიშნავს საჯარო სამართლებრივი უფლებამოსილება.

ზოგადი ადმინისტრაციული კოდექსით, საჯარო სამართლებრივ უფლებამოსილება არ განიმარტება ცალკე და ის მხოლოდ ერთხელაა ნახსენები როგორც ნებისმიერი სხვა პირი - ადმინისტრაციული ორგანოს ფუნქციური მსაზღვრელი. ანალიზისა და განზოგადების

²⁴ ხელმისაწვდომია ვებგვერდზე <<http://constcourt.ge/ge/legal-acts/judgments/saqartvelos-moqalaaqeebi-irakliqemoklidze-da-davit-xaradze-saqartvelos-parlamentis-winaagmdeg-866.page>>.

²⁵ 2006 წლის №3451 კანონი. ხელმისაწვდომია ვებგვერდზე <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/24178?publication=17>>.

შედეგად, შეიძლება ითქვას, რომ, რადგან ამ კოდექსის მიხედვით (მე-2 მუხლის პირველი ნაწილი), ადმინისტრაციული ორგანო არის ყველა სახელმწიფო ან ადგილობრივი თვითმმართველობისა და მმართველობის ორგანო ან დაწესებულება, საჯარო სამართლის იურიდიული პირი (გარდა პოლიტიკური ან რელიგიური გაერთიანებებისა), აგრეთვე, ნებისმიერი სხვა პირი, რომელიც კანონმდებლობის საფუძველზე ასრულებს საჯაროსამართლებრივ უფლებამოსილებებს, დეფინიცია შედგება ორი ნაწილისგან: პირველი ნაწილი მოიცავს ხელისუფლების რომელიმე შტოს (არსებითი არ არის, თუ რომელი შტოს სტრუქტურულ ერთეულს წარმოადგენს ესა თუ ის ორგანო) და საჯარო სამართლის იურიდიულ პირებს, როდესაც ეს სუბიექტები ასრულებენ საჯაროსამართლებრივ უფლებამოსილებას.

საჯარო უფლებამოსილების განხორციელება გულისხმობს საქმიანობას, რომელიც არ არის კონსტიტუციური უფლებამოსილებების განხორციელება, პოლიტიკური გადაწყვეტილება, საეკლესიო და სასამართლო საქმიანობა და მართლმსაჯულება. მმართველობას ძირითადად აღმასრულებელი ორგანოები ახორციელებენ, თუმცა ეს სფერო აღმასრულებელი ხელისუფლებით არ იფარგლება. ადმინისტრაციული ორგანოს ფუნქციონალური გაგება, რომელიც დეფინიციის მეორე ნაწილშია მოცემული, აერთიანებს იმ ფიზიკურ და იურიდიულ პირებს, რომლებიც არ არიან სახელმწიფო მმართველობის ორგანოთა სისტემის სუბიექტები, მაგრამ, კანონმდებლობის საფუძველზე, ახორციელებენ საჯაროსამართლებრივ უფლებებს და, ამ მიზნით, გამოსცემენ ინდივიდუალურ ადმინისტრაციულსამართლებრივ აქტებს. „ნებისმიერი სხვა პირი“ შეიძლება იყოს როგორც კერძო პირი, რომელიც, კანონით განსაზღვრულ და სახელმწიფოს მიერ აღიარებულ შემთხვევებში, ახორციელებს საჯარო მმართველობას, ისე საკანონმდებლო ან სასამართლო ხელისუფლება, როდესაც ის ორგანიზაციულ საქმიანობას ეწევა.

აქედან გამომდინარე, მოხელის სტატუსის დასაზუსტებლად შესაძლებელია გამოვიყენოთ საქართველოს ზოგადი ადმინისტრაციული კოდექსის მიერ ჩამოყალიბებული მიდგომა. ის პირები, რომელთაც არ აკისრიათ საჯარო მმართველობითი ფუნქციები და უფლებამოსი- ლებები, ანუ რომლებიც ახორციელებენ დაწესებულების საქმიანობის ტექნიკურ უზრუნველყოფას, ან საჯარო სამსახურის, თუ დაწესებულების მიზნებთან და ამოცანებთან პირდაპირ დაუკავშირებელ მომსახურებას უწევენ მოქალაქეებს ან საჯარო მოსამსახურეებს, არ უნდა მოვაქციოთ მოხელის სტატუსში.

ამ მხრივ საყურადღებოა, პროფესორ ტურავას შემდეგი პოზიცია²⁶: სუბიექტი, რომელიც ახორციელებს საჯარო მმართველობას უნდა მოექცეს „პროფესიული საჯარო მოხელის“ ტერმინის ქვეშ და უნდა განიმარტოს უფრო ვიწროდ, ვიდრე ხოგადი ადმინისტრაციული კოდექსით განსაზღვრული „ადმინისტრაციული ორგანოს“ ცნებაა (ცალკე უნდა მოწესრიგდეს მმართველობითი ფუნქციის განმახორციელებელი კერძო პირების სტატუსი). ამის გათვალისწინებით, პროფესიული საჯარო მოხელე არის საჯარო მმართველობის განმახორციელებელი პირი, რომელიც ეწევა ანაზღაურებად საქმიანობას აღმასრულებელ, საკანონმდებლო და სასამართლო ხელისუფლების, ადგილობრივი თვითმმართველობის ორგანოებსა და საჯარო სამართლის იურიდიულ პირებში. საჯარო მმართველობის განმახორციელებელი სუბიექტების განსაზღვრისათვის, აუცილებელია გავმიჯნოთ აღმასრულებელი და საკანონმდებლო ხელისუფლების სახელმწიფო პოლიტიკური თანამდებობების პირები (პარლამენტის წევრები, მინისტრები და მათი მოადგილეები), ადგილობრივი თვითმმართველობის პოლიტიკური თანამდებობის პირები (მერები, გამგებლები) და სასამართლო ხელისუფლების წარმომადგენლები –

²⁶ იქვე, 38.

მოსამართლეები, რომლებიც არ ახორციელებენ საჯარო მმართველობას. საჯარო მმართველობას ახორციელებს პროფესიული საჯარო მოხელე²⁷.

თუ მოხელე არის პირი, რომელიც უვადოდ ინიშნება მოხელისათვის განკუთვნილ საჯარო სამსახურის სამტატო თანამდებობაზე სახელმწიფოს, ავტონომიური რესპუბლიკის, მუნიციპალიტეტის, საჯარო სამართლის იურიდიული პირის მიერ, რომელიც ახორციელებს საჯარო სამართლებრივ უფლებამოსილებებს, როგორც თავის ძირითად პროფესიულ საქმიანობას, რაც უზრუნველყოფს მის მიერ საჯარო ინტერესების დაცვას და რომელიც ამის სანაცვლოდ იღებს შესაბამის ანაზღაურებას და სოციალური და სამართლებრივი დაცვის გარანტიებს“, მაშინ მოხელესთან გათანაბრებული პირი, გარდა სისხლის სამართლის კოდექსით ნახსენებ შენიშვნაში ჩამოთვლილი პირებისა, შეიძლება იყვნენ, აგრეთვე ის პირები, რომლებიც არ არიან სახელმწიფო მმართველობის ორგანოთა სისტემის სუბიექტები, მაგრამ კანონმდებლობის საფუძველზე ახორციელებენ საჯარო-სამართლებრივ უფლებებს; ე.ი. „ნებისმიერი სხვა პირი“ შეიძლება იყოს ის, რომელიც კანონით განსაზღვრულ და სახელმწიფოს მიერ აღიარებულ შემთხვევებში, ახორციელებს საჯარო მმართველობას (საჯარო უფლებამოსილებას).

საბოლოოდ, შეიძლება ითქვას, რომ სახელმწიფო ინსპექტორის სამსახურის საგამოძიებო ქვემდებარეობის მიზნებისათვის, მის იურისდიქციაში შემავალი მუხლებით დაკვალიფიცირებულ დანაშაულთა სუბიექტები, გარდა ამომწურავად ჩამოთვლილი სამართალდამცავი ორგანოების წარმომადგენლების და მოხელისა - პირისა, რომელიც უვადოდ ინიშნება მოხელისათვის განკუთვნილ საჯარო სამსახურის სამტატო თანამდებობაზე სახელმწიფოს, ავტონომიური რესპუბლიკის, მუნიციპალიტეტის, საჯარო სამართლის იურიდიული პირის მიერ, რომელიც ახორციელებს საჯარო სამართლებრივ უფლებამოსილებებს, როგორც თავის ძირითად პროფესიულ საქმიანობას, რაც უზრუნველყოფს მის მიერ საჯარო ინტერესების დაცვას და რომელიც ამის სანაცვლოდ იღებს შესაბამის ანაზღაურებას და სოციალური და სამართლებრივი დაცვის გარანტიებს, შეიძლება იყვნენ, ასევე მოხელესთან გათანაბრებული პირები ანუ პირები, რომლებიც არ არიან სახელმწიფო მმართველობის ორგანოთა სისტემის სუბიექტები, მაგრამ კანონმდებლობის საფუძველზე ახორციელებენ საჯაროსამართლებრივ უფლებამოსილებას.

დღეისათვის, ამ მოცემულობით, მოხელესთან გათანაბრებული პირის ან საჯარო უფლებამოსილების განმახორციელებელი სხვა ნებისმიერი პირის, როგორც დანაშაულის შესაძლო სუბიექტის, სტატუსი შესაძლებელია, საგამოძიებო პრაქტიკაში განისაზღვროს ყოველ კონკრეტულ შემთხვევაში, პირის სამსახურებრივი საქმიანობის მხოლოდ ინდივიდუალური მახასიათებლების (ფორმალური სტატუსი, დამსაქმებელი ორგანიზაცია, უფლებამოსილებათა ხასიათი, საქმიანობის მარეგულირებელი აქტები და სხვა) შესწავლის გზით და, ამ პროცესში, უმთავრესი მსაზღვრელი უნდა იყოს პირის მიერ, შესაძლო დანაშაულის ჩადენის დროს, საჯარო სამართლებრივი უფლებამოსილების განხორციელების ფაქტი.

ამ მიმართულებით საგამოძიებო და სასამართლო პრაქტიკის განზოგადებამ შესაძლოა, სხვა კრიტერიუმების იდენტიფიკაციის შესაძლებლობაც გამოკვეთოს, რაც სრულფასოვანი წინაპირობა გახდება სისხლის სამართლის კოდექსში უფრო ცხადი და დამაზუსტებელი ცვლილებების შესატანად.

²⁷ იქვე.

ბიბლიოგრაფია

1. *ლეკვიშვილი, მ.*, კორუფციის საკანონმდებლო მოწესრიგება, გურამ ნაჭყებია 75, საიუბილეო გამოცემა, დავით ბატონიშვილის სამართლის ინსტიტუტი, *გეგენავა, დ.*, რედ., დავით ბატონიშვილის სამართლის ინსტიტუტის გამომცემლობა, თბილისი, 2016 წ.,
2. საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს გადაწყვეტილება - №759 კონსტიტუციური სარჩელი (საქართველოს მოქალაქეები - *თორნიკე გერლიანი, თამარ ონიანი, ელისაბედ შენგელია* და სხვები საქართველოს პარლამენტის წინააღმდეგ);
3. საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს გადაწყვეტილება - საქართველოს მოქალაქეები – *ირაკლი ქემოკლიძე* და *დავით ხარაძე* საქართველოს პარლამენტის წინააღმდეგ, №2/4/532,533, 8 ოქტომბერი, 2014).
4. საჯარო სამსახურის შესახებ საქართველოს კანონი, კომენტარები, ქარდავა, ე., რედ., გერმანიის საერთაშორისო თანამშრომლობის საზოგადოებისა (GIZ) და USAID-ის პროექტის „დემოკრატიული მმართველობის ინიციატივა“ (GGI) ფი- ნანსური მხარდაჭერით, თბილისი, 2018.
5. *ტურავა, პ.*, პროფესიული საჯარო მოხელის ინსტიტუტი როგორც საქართველოს საჯარო სამსახურის რეფორმის ქვაკუთხედი, ჟურნალი ადმინისტრაციული სამართალი, თბილისი 2/2016 წ.

Peculiarities of Identifying the Subjects of Crimes under Investigative Jurisdiction of the State Inspector Service

Abstract:

The State Inspector Service, as an investigative unit of a dependent investigative institute, operates since November 1, 2019, according to the Law of Georgia on the State Inspector Service². The scope of the investigative jurisdiction of the Service is determined by the same law³.

The investigative jurisdiction of the Service includes, in accordance with the appropriate articles of the Criminal Code⁴, specific subjects, the precise identification of whom substantially determines the conduction of the investigation towards a specific subject, and the issues of correct legal qualification. This topic is addressed in this review and the conclusions reached, which will help interested persons to determine the right orientation in the decision-making process.

Overview of Legislation

The investigative jurisdiction of the State Inspector - is determined by Law of Georgia on the State Inspector Service⁵, in particular, the investigative jurisdiction of the State Inspector's Service shall apply to:

- “a) the crimes provided for by articles 144¹–144³, article 332(3)(b) and (c), article 333(3)(b) and (c), article 335 and/or article 378(2) of the Criminal Code of Georgia if they are committed by the representatives of the law enforcement body, officers or persons equal to them;
- b) other crimes committed by the representatives of the law enforcement body, officers or persons equal to them which caused the death of a person and when committing it, this person was in the temporary detention isolator or the penitentiary institution or in any other place, where he/she was forbidden to leave the place against his/her will by a representative of the law enforcement body, an officer or a person equal to him/her, and/or this person was otherwise under the effective control of the state.”

The possible subjects of a special category in the listed crimes may be:

- a) representative of the law enforcement body;
- b) officer;
- c) person equal to the officer.

¹ Master of Law, Lecturer at the International Black Sea University and *Iliia* State University Schools of Law, Senior Lawyer in the Legal Department of the State Inspector Service.

² Law No. 3273-RS. Available at <<https://www.matsne.gov.ge/document/view/4276790?publication=5>>.

³ Ibid, Subparagraphs a) and b) of paragraph 1 of article 19.

⁴ Law No. 2287 of 1999. Available at <<https://www.matsne.gov.ge/document/view/16426?publication=229>>.

⁵ Law No. 3273-RS of 2018. Available at <<https://www.matsne.gov.ge/ka/document/view/4276790?publication=5>>.

Representative of the Law Enforcement Body

Subparagraph h) of par. 1 of article 3 of the Law of Georgia on the State Inspector Service exhaustively lists the law enforcement agencies whose employees are considered as addressee subjects for the purposes of this Law and for investigative purposes of the Service. These are:

- a) an employee of the Prosecutor's Office of Georgia (except for the Chief Prosecutor of Georgia and the prosecutor of the structural unit of the Procedural Supervision of Investigation in the Investigation Division of State Inspector's Service of General Prosecutor's office);
- b) an employee of the Ministry of Internal Affairs of Georgia (except for the Minister of Internal Affairs of Georgia);
- c) an employee of the State Security Service of Georgia (except for the head of the State Security Service of Georgia),
- d) an employee of the special the law enforcement structural division of the Defense Forces of Georgia;
- e) an employee of the investigative division of the Ministry of Justice of Georgia;
- f) an employee of the special division of the Special Penitentiary Service – the State Subagency under the Ministry of Justice of Georgia;
- g) an employee of the investigation service of the Ministry of Finance of Georgia;

It is evident that the issue of identification of this subject is so clearly and exhaustively regulated that there are no questions.

Officer and Person Equal to the Officer

For the definition of an officer, it should be used the Law of Georgia on Civil Service⁶, which sets out the full definition of the "officer"⁷. According to this definition, officer is a person, who is appointed for an unspecified term to a full-time position in civil service by the State, the autonomous republic, a municipality, or a legal entity under public law, and who exercises powers under public law as his/her principal professional activity, which guarantees the protection of public interests by him/her, and who receives relevant remuneration and social and legal security guarantees in return.

The concept of a civil servant is broader and alongside the officer includes a person recruited based on an agreement under public law, and support i.e. freelance employee, too⁸. At the same time, the same law exhaustively defines the circle of persons to whom it does not apply⁹ and there are special legislative regulations for these persons.

In this regard, in the context of the topic under discussion, it is interesting to note that from the list of such exception persons, law enforcement officers (except some political officials and heads of bodies) are determined by the Law on the State Inspector Service.

⁶ No. 4346-IS Law of 2015. Available at <<https://www.matsne.gov.ge/document/view/3031098?publication=26>>.

⁷ Ibid, article 3, e), f).

⁸ Ibid, paragraphs d), f).

⁹ Ibid, article 4.

An interesting reservation is made by the Law of Georgia on Civil Service in respect of all public institutions where civil service is not provided, in particular, activities in a public institution that do not involve the performance of civil service are regulated by the relevant law and/or labour legislation of Georgia, in consideration of the peculiarities defined in this Law.¹⁰

The second important legislative act, which refers to a "civil servant" (which, in turn, includes the concept of "officer"), is the Law of Georgia on Conflict of Interest and Corruption in Public Institutions¹¹. For the purposes of this Law, civil servants are state servants, professional civil servant (the 'servant') and persons recruited for civil service on the basis of agreements under public law, which are defined in the Law of Georgia on Civil Service, and officials under article 2(1) of this Law. At the same time, a person recruited for civil service based on employment agreement is not considered as civil servants, except for the exceptions determined by legislative acts of Georgia¹².

In turn, the Law of Georgia on the State Inspector Service also defines, for the purposes of the law, an officer, in particular, an officer or a person equal to him/her - the subject of the crime provided for by Chapter XXXIX of the Criminal Code of Georgia (except for the State Inspector, the deputy State Inspector, the investigator, and servant of the State Inspector Service).

Within the scope of the topic under consideration, for the investigative purposes of the State Inspector Service, all the above-mentioned explanations or definitions are included in the note of article 332 of the Criminal Code (Chapter XXXIX - official misconduct), according to which the subjects of the crime provided for by this Chapter also include employees of legal entities under public law (other than political and religious associations) that exercise public law powers, members and employees of provisional commissions of the Parliament of Georgia, electoral subjects (only for the purposes of the offence provided for by article 338 of this Code), private enforcement officers, as well as any other persons who exercise public law powers based on the legislation of Georgia.

The most interesting, comprehensive and relevant opinion about this note of the Criminal Code and the characterization of the subject of official misconduct, in particular, a corrupt crime - regarding an official and a person equal to him/her - is offered by *Mzia Lekveishvili*,¹³ Emeritus Professor of Faculty of Law at *Iv. Javakishvili* Tbilisi State University. In particular, the author confirms the urgency of this problem and states that in the cases of official misconduct, for the proper regulation of judicial (and investigative) practice, it is crucial to define the concept of the offender (crime subject) precisely at legislation level, which, unfortunately, is not presented in Georgian legislation. It is scattered in the various normative acts and, in many cases, it is quite general¹⁴. The Law on Civil Service defines the concept of an officer. According to the extent of competence and the level of authority, positions in the civil service are divided into ranks. The function of a state servant can be performed by a representative of all three branches of state

¹⁰ Ibid.

¹¹ No. 982 Law of 1997. Available at <<https://www.matsne.gov.ge/document/view/33550?publication=72>>.

¹² Ibid, article 2¹

¹³ *Lekveishvili, M.*, Legislative Regulation of Corruption, *Guram Nachkebia* - 75, Jubilee Collection, Prince David Institute for Law, *Gegenava, D.* (ed.), Prince David Institute for Law Publishing, Tbilisi, 2016, 6-11. Available at <<http://www.library.court.ge/upload/Guram%20Natchkebia%2075.pdf>>.

¹⁴ Ibid.

government. According to this provision, recognizing of this category of persons as corruption crime offenders (in our case, in general, official) is valid¹⁵.

A special category of representatives of public authorities includes a person who has public law power. Compliance with his requests is mandatory for all citizens, regardless of whether they are subject to this agency. Representatives of public authorities have the power to take action that could have legal consequences for citizens who are not subject to them institutionally. In this case, they act on behalf of the state or local self-government body and have power over an indefinite circle of persons¹⁶.

Given the above reasoning, it is especially important for us how the author defines a person equal to an officer - "It is possible that the function of a representative of public authorities, based on special authority, may be performed by other persons acting in an equal rank to a state servant. The number of state servants includes those who select personnel, lead the labour organization in state and self-government bodies, and supervise labour discipline in the armed forces and other bodies. Such persons may be the heads of the organization-institutions, their deputies, heads of departments, etc."¹⁷

There is indeed a difference of opinions in the legal literature, but according to the prevailing opinion, medical workers, teachers, lawyers who carry out their professional activities are not considered as officers¹⁸.

The notion of a person equal to an officer, which is found in the Criminal Code, is more inaccurate and is therefore vague for the administration of justice. Theoretically, it might be permissible and justifiable to recognize a person as an equal to an officer who exercises a one-time or short-term power based on special authority, but this must be done on a specific normative basis. Only the actual performance of the function of an officer, without proper legal formalities, precludes the qualification of recognizing the offender's action as a corruption crime¹⁹.

Prior to 2008, the notion of a person equal to an officer had caused many misunderstandings in court practice, resulting in a misidentification of the subject of the crime. In 2008, amendments to the Criminal Code expanded the circle of persons able to commit official misconduct. As noted, prior to this change, the Law on Civil Service was the main legal framework by which the subject of official misconduct had been defined. Recent amendment, in the form of a note to article 332, which is also based on the General Administrative Code of Georgia²⁰:

1. The subjects of the crime provided for by this Chapter also include employees of legal entities under public law (other than political and religious associations) that exercise public law powers; members and employees of provisional commissions of the Parliament of Georgia, electoral subjects (only for the purposes of the offence provided for by article 338 of this Code), private enforcement officers, as well as any other persons who exercise public law powers based on the legislation of Georgia.

¹⁵ Ibid.

¹⁶ Ibid.

¹⁷ Ibid

¹⁸ Ibid.

¹⁹ Ibid.

²⁰ Ibid. No. 2181 Law of 1999. Available at <<https://matsne.gov.ge/document/view/16270?publication=36>>.

2. A person equal to an official shall also mean a foreign official (including an employee of a public authority exercising legislative and/or administrative powers), also any person performing any public duty for another state, an official of an international organization or agency, or an employee hired on a contractual basis, as well as any seconded or non-seconded person performing the duties relevant to the duties of this official or employee, foreign arbitration tribunal members and jury members who perform their duties based on foreign legislation, a member of the international parliamentary assembly, a representative of the International Criminal Court, a judge or official of the international court or judicial body. With this note, we can conclude that the public interest can be violated not only by a civil servant but also by another person exercising public law powers in the form of a person equal to him/her.

What is meant by the exercise of public authority should be clarified using the General Administrative Code of Georgia. Based on a legal definition of an administrative body, its functional understanding encompasses administrative bodies in the organizational legal sense, as well as natural and legal persons that are not subjects of the system of state bodies but exercise authority under public law and issue administrative acts within its framework. "Institutions (individuals) with delegated powers" are not part of the structure of state government bodies, but exercise public law powers²¹. The activities of such persons, in cases defined by law and recognized by the state, are considered equivalent to the actions committed by an administrative institution and, according to the administrative legislation, they represent an administrative body.

Several subjects of private law have been delegated public authority by the state. For example, auto inspection centers, etc. Georgian Railway LLC is a legal entity under private law but exercises public authority in setting tariffs, carrying out sanitary supervision rules, and performing other similar actions²².

In the context of the investigative objectives of the Criminal and State Inspector Service, as a result of reviewing the contents of the officer and person equal to him/her, we can conclude that in addition to the relatively easily identifiable "officer", in identifying person equal to him/her, i.e. "any other person", it is crucial to determine in each individual case whether that person has exercised public law authority on a proper legal basis (legal formality) at the time of the commission of the offense.

It will be interesting to review the existing practice in the context of constitutional rights as well. In this regard, there is no direct correlation, but, for guidance, we can rely on the argumentation expressed in several decisions of the Constitutional Court of Georgia on the exercise of public law authority by separate institutions.

For example, on December 28, 2017, the Constitutional Court did not admit No.759 constitutional claim (Georgian citizens - *Tornike Gerliani, Tamar Oniani, Elisabed Shengelia* and others v. The Parliament)²³ for consideration and ruled that "the management of the university is not an exercise of authority under public law. Therefore, activities in any of its bodies cannot be considered as state service".

²¹ Ibid.

²² *Lekveishvili, M.*, supra note 13., 6-11.

²³ Available at <[http://constcourt.ge/ge/news/29-saqartvelos-moqalaqeebi-tornike-gerliani-tamaroniani -elisabed-shengelia-da-sxvebi-saqartvelos-parlamentis-winaagmdeg.page](http://constcourt.ge/ge/news/29-saqartvelos-moqalaqeebi-tornike-gerliani-tamaroniani-elisabed-shengelia-da-sxvebi-saqartvelos-parlamentis-winaagmdeg.page)>.

For the purposes of our topic, perhaps it is even more interesting the status of possible crime subjects in the gathering places and institutions of vulnerable subjects; These include orphanages, palliative care facilities (hospices, shelters, nursing homes), as well as psychiatric facilities. These are the places where a person may be in certain conditions restricting his/her will.

In one of its decisions (Georgian citizens - *Irakli Kemoklidze and Davit Kharadze* v. Parliament of Georgia, No2/4/532,533, October 8, 2014)²⁴ the Constitutional Court states that according to the Law of Georgia on Psychiatric Care²⁵, a psychiatric institution is a licensed medical institution or a unit of a medical institution which carries out activities aiming at providing psychiatric care to a person. A medical institution that aims to provide psychiatric care cannot be considered as a body exercising public law authority. This assessment is not changed by the fact that some psychiatric institutions may be state-owned."

Conclusion

As can be seen from the above legislative provisions, a review of the scientific literature and some case law:

- a) There is no problem of identifying the subject regarding the representative of the law enforcement body, for the investigative purposes of the State Inspector Service.
- b) For the same purposes, there is no ambiguity regarding the definition of an officer, and article 3 (d) of the Law on Civil Service exhaustively defines who can be considered an officer.
- c) The notion of a person equal to an officer requires clarification - according to the legislative acts, this term is mentioned only in the Criminal Code and the Law on the State Inspector Service, as a reference to the first act and with similar meaning. For the purposes of the Law on the Service of the State Inspector, to identify a person equal to an officer, we have only one source - Chapter XXXIX of the Criminal Code (official misconduct and the above-mentioned note listing who can be considered as a person equal to an officer for this purpose of this chapter) and another way of identifying – words given in the same source - "other persons who exercise public law powers". In order to clarify this part, it is the most important to define what public law powers mean.

According to the General Administrative Code, public law authority is not defined separately and it is mentioned only once as any other person - the functional determinant of the administrative body. As a result of the analysis and generalization, it can be said that, according to this Code (Section 1 of article 2), the administrative body is all state or local self-government bodies or institutions, legal entities under public law (other than political and religious associations), as well as, any other person exercising authority under public law in accordance with the legislation. The definition consists of two parts: the first part includes any branch of government (it does not matter which structural unit is this or that body) and legal entities under public law when these subjects perform public law powers.

The exercise of public law authority includes activities other than the exercise of constitutional powers, political decision-making, ecclesiastical and judicial activities, and the administration of

²⁴ Available at <[http://constcourt.ge/ge/legal-acts/judgments/saqartvelos-moqalaqeebi-irakliqemoklidze -da-davit-xaradze-saqartvelos-parlamentis-winaagmdeg-866.page](http://constcourt.ge/ge/legal-acts/judgments/saqartvelos-moqalaqeebi-irakliqemoklidze-da-davit-xaradze-saqartvelos-parlamentis-winaagmdeg-866.page)>.

²⁵ No. 3451 Law of 2006. Available at <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/24178?publication=17>>.

justice. Governance is mainly exercised by the executive bodies, although this area is not limited to the executive branch. The functional understanding of an administrative body, which is given in the second part of the definition, encompasses individuals and legal entities that are not subjects of the system of state governing bodies, but, in accordance with the law, exercise public law powers and, for this purpose, issue individual administrative legal acts. "Any other person" can be a private person who, in cases defined by law and recognized by the state, exercises public administration, as well as legislative or judicial power, when s/he is engaged in organizational activities.

Therefore, to clarify the status of an officer, we can use the approach established by the General Administrative Code of Georgia. Persons who do not have public administration functions and powers, i.e. who provide technical support for the activities of the institution, or provide services to citizens or civil servants that are not directly related to the goals and objectives of the institution, should not be classified as officers.

In this regard, Professor *Turava's* position is noteworthy: a subject that carries out public administration should be included in the notion of a "professional civil servant" and should be interpreted more narrowly than the notion of an "administrative body" as defined by the General Administrative Code (the status of individuals carrying out public administration functions should be regulated separately). With this in mind, a professional civil servant is a person carrying out public administration engaged in remunerative activities in the executive, legislative and judicial branches of government, local self-government bodies, and legal entities under public law. To determine the subjects of public administration, it is necessary to distinguish between state political officials of the executive and legislative branches (members of parliament, ministers and their deputies), local government political officials (mayors, governors), and representatives of the judiciary - judges who do not exercise public administration. Public administration is carried out by a professional civil servant²⁶.

If an officer is a person who is appointed for an unspecified term to a full-time position in civil service by the State, the autonomous republic, a municipality, or a legal entity under public law, and who exercises powers under public law as his/her principal professional activity, which guarantees the protection of public interests by him/her, and who receives relevant remuneration and social and legal security guarantees in return, then "a person equal to an officer, in addition to the persons listed in the note mentioned in the Criminal Code, may also be persons who are not subjects of the system of state governing bodies, but exercise public law authority under the law; I.e. "any other person" can be a person who exercises public administration (public authority) in cases defined by law and recognized by the state.

Finally, it can be said that for the purposes of the investigative jurisdiction of the State Inspector Service, the subjects of the crimes qualified by the articles within its jurisdiction, except for the exhaustively listed representatives of the law enforcement bodies and the officer – a person who is appointed for an unspecified term to a full-time position of officer in civil service by the State, the autonomous republic, a municipality, or a legal entity under public law, and who exercises powers under public law as his/her principal professional activity, which guarantees the protection of public interests by him/her, and who receives relevant remuneration and social and legal security guarantees in return, may also be persons equal to the officer, i.e. persons who are not subjects of the system of state governing bodies but exercise public law powers under the law.

²⁶ Ibid.

At present, according to this situation, the status of a person equal to an officer or any other person exercising public law authority as a possible subject of crime can be determined in the investigative practice in each case, only through the study of individual characteristics (formal status, employer organization, the character of authority, acts regulating the activity, etc.) of the person's official activities and, in this process, the main determinant should be the fact that a person has exercised authority under public law at the time of committing a possible crime.

The generalization of investigative and judicial practice in this regard may also reveal the possibility of identifying other criteria, which will become a valuable precondition for clearer and clarifying amendments in the Criminal Code.

Bibliography

1. Law of Georgia on Civil Service, Commentaries, *Kardava, E.*, (ed.), with the financial support of the German Corporation for International Cooperation (GIZ) and the USAID Democratic Governance Initiative (GGI) project, Tbilisi, 2018l;
2. *Lekveishvili, M.*, Legislative Regulation of Corruption, Guram Nachkebia - 75, Jubilee Collection, Prince David Institute for Law, *Gegenava, D.*, ed., Prince *David* Institute for Law Publishing, Tbilisi, 2016;
3. The Decision of the Constitutional Court - Georgian citizens – *Irakli Kemoklidze and Davit Kharadze* v. Parliament of Georgia, No.2/4/532,533, October 8, 2014).
4. The Decision of the Constitutional Court – No. 759 constitutional claim (Georgian citizens - *Tornike Gerliani, Tamar Oniani, Elisabed Shengelia* and others v. The Parliament);
5. *Turava, P.*, Professional Civil Servant Institute as a Cornerstone of Civil Service Reform in Georgia, Journal of Administrative Law, Tbilisi 2/2016.

ევროპული კომისიის სახელმძღვანელო პრინციპები, როგორც ევროპული კავშირის „რბილი სამართალი“ და მისი პოტენციური მნიშვნელობა კონკურენციის კანონმდებლობისა და პრაქტიკის განვითარებისათვის საქართველოში**

აბსტრაქტი

ნაშრომში წარმოდგენილია ევროპული კავშირის ფარგლებში, უპირატესად, სახელმძღვანელო პირიციპების სახით, ევროპული კომისიის მიერ შექმნილი ე.წ. „რბილი სამართლის“ მნიშვნელობა, ზოგადად, ევროპის კონკურენციის სამართლის ისევე, როგორც საქართველოს სამართლებრივი სივრცის განვითარებისათვის, რადგან, პარტნიორობისა და თანამშრომლობის შესახებ საქართველოსა და ევროპულ გაერთიანებებსა და მათ წევრ ქვეყნებს შორის არსებული შეთანხმებით, საქართველოს ნაკისრი აქვს ვალდებულება, ეტაპობრივად დაუახლოოს საკუთარი კანონმდებლობა ევროპულ სტანდარტებს.

საქართველოს მთავრობამ გამოავლინა თავისი ნამდვილი პოლიტიკური ნება თანამედროვე კონკურენციის პოლიტიკის შემუშავებაზე. „რბილი სამართლის“ მოთხოვნათა გათვალისწინება განსაკუთრებულ ფორმატში ხდება ევროპული კავშირის წევრი ქვეყნების მიერ, რაც, ფორმალური თვალსაზრისით, მბოჭავი არ შეიძლება იყოს საქართველოსთვის; შესაბამისად, სტატიაში განხილულია ის შესაძლებლობები და ინსტრუმენტები, რომლითაც კონკურენციის სამართლის სფეროში „რბილი სამართლის“ სტანდარტების ასახვა შეიძლება გახორციელდეს საქართველოში.

1. შესავალი

ევროპულ კავშირს¹ და საქართველოს შორის ურთიერთობების ფორმალიზება 1992 წლიდან იწყება, სწორედ იმ პერიოდიდან, როცა საბჭოთა კავშირის დაშლის შემდეგ გამოფხიზლებულმა საქართველომ დამოუკიდებლობა მოიპოვა.²

1997 წლის 2 სექტემბერს, საქართველოს პარლამენტმა მიიღო დადგენილება³, რომლის მიხედვითაც, 1998 წლის 1 სექტემბრიდან, საქართველოს პარლამენტის მიერ

* სამართლის დოქტორი (თსუ), ივ. ჯავახიშვილის სახელობის თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტის იურიდიული ფაკულტეტის მოწვეული ლექტორი, ინტერნაციონალიზაციისა და სამეცნიერო კვლევების სამსახურის უფროსი სპეციალისტი, თანამედროვე კერძო სამართლის ინსტიტუტის წევრი; თბილისის ღია სასწავლო უნივერსიტეტის სამართლის სკოლის ასისტენტ-პროფესორი კერძო სამართლის მიმართულებით; ევროპის უნივერსიტეტის სამართლის სამეცნიერო-კვლევითი ინსტიტუტის უფროსი მეცნიერ-თანამშრომელი.
** წინამდებარე სტატია ეფუძნება ივ. ჯავახიშვილის სახელობის თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტის იურიდიული ფაკულტეტისა და ქრისტიან ალბრეხტის სახელობის კილის უნივერსიტეტის (გერმანია) აღმოსავლეთ ევროპის სამართლის ინსტიტუტის 2013 წლის 24-25 იანვრის ერთობლივ სემინარზე – „ევროპის ნასყიდობის ხელშეკრულება შედარებით სამართლებრივ ჭრილში“ და „აღმოსავლეთ ევროპის საკორპორაციო სამართალი“ – წაკითხულ მოხსენებას.

¹ იმ პერიოდისთვის ჯერ კიდევ ევროპული გაერთიანების სახელით ცნობილი.

² იხ. Khidasheli, T., Georgia's European Way, IPG 3/2011, 95 და შემდგ., ხელმისაწვდომია ვებგვერდზე: <http://library.fes.de/pdf-files/ipg/2011-3/09_khidasheli.pdf>, [14/01/2013].

მიღებული ყველა კანონი და სხვა ნორმატიული აქტი უნდა ყოფილიყო შესაბამისობაში ევროპის კავშირის მიერ დადგენილ სტანდარტებსა და ნორმებთან. საქართველოსა და ევროპულ გაერთიანებებსა და მათ წევრ ქვეყნებს შორის გაფორმებული შეთანხმება პარტნიორობისა და თანამშრომლობის შესახებ³ (PCA) 1999 წლის 1-ლი ივლისიდან ამოქმედდა. შეთანხმების მხარეები საქართველოს არსებული და მომავალი კანონმდებლობის ევროპულ სტანდარტებთან დაახლოებას მნიშვნელოვან პირობად მიიჩნევენ ეკონომიკური კავშირების გამყარების საქმეში. განისაზღვრა სფეროები (მათ შორის, კონკურენციის სამართალი), სადაც ზედმიწევნით უნდა დაგეგმილიყო დაახლოების პროცესისა და მისი განხორციელების გზები.⁵

საქართველოში კონკურენციის მომწესრიგებელი პირველი სამართლებრივი აქტი იყო საქართველოს რესპუბლიკის სახელმწიფო საბჭოს მიერ 1992 წლის 26 ოქტომბერს გამოცემული დეკრეტი მონოპოლიური საქმიანობის შეზღუდვისა და კონკურენციის განვითარების შესახებ⁶. საქართველოში კონკურენციის შესახებ კანონმდებლობის გამკაცრების თავდაპირველი მცდელობა 1996 წელს, საქართველოს პარლამენტის მიერ მონოპოლიური საქმიანობისა და კონკურენციის შესახებ კანონის⁷ მიღება იყო.

2003 წლის ნოემბერში მომხდარი „ვარდების რევოლუციის“ შემდეგ, ევროპული კავშირში ინტეგრაცია, კიდევ ერთხელ, განისაზღვრა საქართველოს მთავრობის ერთ-ერთ მთავარ პრიორიტეტად. ამგვარად, 2005 წელს მიღებულ იქნა კანონი თავისუფალი ვაჭრობისა და კონკურენციის შესახებ⁸, თუმცა თავად საკანონმდებლო აქტი და თანმხლები პოლიტიკა არ შეესაბამებოდა საერთაშორისოდ აღიარებულ სტანდარტებს.

საქართველოში კონკურენციის პოლიტიკის გაუმჯობესებისა და ამ მიმართულებით შესაბამისი ზომების მიღების საჭიროება გამოიკვეთა ევროპული კავშირის მისიის ანგარიშში⁹, რომელიც 2008 წლის ოქტომბერში, საქართველოსა და ევროპული კავშირს შორის თავისუფალი ვაჭრობის შესახებ შეთანხმებისათვის ქვეყნის მზაობას აფასებდა. ამგვარად, კონკურენციის პოლიტიკის რეფორმა ერთ-ერთ პრიორიტეტულ მიმართულებად განისაზღვრა, რათა წარმატებით დასრულებულიყო მოლაპარაკებები საქართველოსა და ევროპული კავშირს შორის ღრმა და ყოვლისმომცველი თავისუფალი სავაჭრო სივრცის შესახებ შეთანხმების¹⁰ (DCFTA) გასაფორმებლად. ამ მოთხოვნების შესაბამისად, საქართველოს მთავრობამ 2010 წელს დაამტკიცა კონკურენციის პოლიტიკის ყოვლისმომცველი სტრატეგია¹¹. საქართველოს მთავრობის საკანონმდებლო ინიციატივით, შემუშავდა კანონპროექტი თავისუფალი ვაჭრობისა და კონკურენციის შესახებ. კონკურენციის შესახებ საქართველოს კანონი¹² საქართველოს პარლამენტის მიერ მიღებულ იქნა 2012 წლის 8 მაისს.

³ ხელმისაწვდომია ვებგვერდზე: <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/38704>>, [01/08/2018].

⁴ აღსანიშნავია, რომ ერთი მხრივ, საქართველოსა და მეორეს მხრივ, ევროკავშირსა და ევროპის ატომური ენერჯის გაერთიანებას და მათ წევრ სახელმწიფოებს შორის ასოცირების შესახებ შეთანხმება“ (ხელმისაწვდომია ვებგვერდზე: <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/2496959>>, [01/08/2018]), რომელსაც 2014 წლის 27 ივნისს მოეწერა ხელი, დაემყარა 1996 წელს ხელმოწერილ „პარტნიორობისა და თანამშრომლობის შესახებ შეთანხმებას“ (PCA) (ხელმისაწვდომია ვებგვერდზე: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:1999:205:0003 :0038:EN:PF>>, [14/01/2013]) და მან შექმნა საქართველოსა და ევროპულ კავშირს შორის თანამშრომლობის ახალი სამართლებრივ ჩარჩო.

⁵ იხ. PCA, article 43(2).

⁶ ტექსტი ხელმისაწვდომია ვებგვერდზე: <http://asocireba.ge/files/file_8539964.pdf>.

⁷ ხელმისაწვდომია ვებგვერდზე: <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/31462>>, [01/08/2018].

⁸ ხელმისაწვდომია ვებგვერდზე: <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/29644>>, [01/08/2018].

⁹ იხ. Competition Policy in Georgia, Transparency International Georgia, Tbilisi, 2012, 12. ხელმისაწვდომია ვებგვერდზე: <<http://transparency.ge/en/post/report/tig-publishes-report-on-competition-in-georgia>>, [14/01/2013].

¹⁰ ხელმისაწვდომია ვებგვერდზე: <<http://www.dcfta.gov.ge/agreement>>, [01/08/2018].

¹¹ იხ. Comprehensive Strategy in Competition Policy, May, 2009 – October, 2010, ხელმისაწვდომია ვებგვერდზე: <http://gov.ge/files/41_32357_225550_Comprehensive20StrategyinCompetitionPolicy.pdf>, [01/08/2018].

¹² ხელმისაწვდომია ვებგვერდზე: <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/1659450>>, [01/08/2018].

ნაშრომის მიზანია, გამოარკვიოს კომისიის სახელმძღვანელო პრინციპების¹³ სტატუსი ევროპული კავშირის მართლწესრიგის სისტემაში და განიხილოს, თუ როგორ შეიძლება გამოიყენოს ქართველმა კანონმდებელმა და მოსამართლემ ე.წ. „რბილი სამართლის“¹⁴ წესები.

2. ევროპული კავშირის სამართლის წყაროები

გაერთიანების დამფუძნებელი ხელშეკრულებები არ შეიცავს ევროპული კავშირის სამართლის წყაროთა მაკლასიფიცირებელ საგანგებო დებულებას და არც ამგვარი წყაროების იერარქიას ადგენს.¹⁵ ევროპული კავშირის სამართალი შეიძლება დაიყოს ორ ძირითად კატეგორიად: პირველადი და მეორეული წყაროები. ევროპული კავშირის სამართლის პირველად წყაროს წარმოადგენს სხვადასხვა, როგორც ევროპული გაერთიანებების შესაქმნელად, ისე დამფუძნებელ ხელშეკრულებათა შესწორების მიზნით ძალაში შესული ხელშეკრულებები. მეორეული წყაროები მოიცავს კავშირის ინსტიტუციების მიერ ამოქმედებულ მეორეულ კანონმდებლობას, პრეცედენტულ სამართალს, რომელიც მომდინარეობს ევროპული მართლმსაჯულების სასამართლოს (European Court of Justice) გადაწყვეტილებებიდან, და სასამართლოსა და კავშირის მიერ გაფორმებული საერთაშორისო შეთანხმებებით „აღიარებულ“ ზოგად პრინციპებს.¹⁶ ამგვარად, კავშირის ორგანოების მიერ, მათთვის მინიჭებული უფლებამოსილების რეალიზაციის მეშვეობით შექმნილი სამართალი მოიხსენიება მეორეულ კანონმდებლობად, ევროპული კავშირის სამართლის მეორე მნიშვნელოვან წყაროდ.¹⁷

2.1 კომისიის სახელმძღვანელო პრინციპების სტატუსი ევროპული კავშირის მართლწესრიგში

ევროპული კავშირის ფუნქციონირების შესახებ ხელშეკრულების¹⁸ (შემდგომში – TFEU) 288-ე მუხლის მიხედვით, შესაბამის ორგანოებს, ევროპული კავშირის კომპეტენციების ფარგლებში, შეუძლიათ შეიმუშაონ რეგულაციები, დირექტივები, გადაწყვეტილებები, რეკომენდაციები და მოსაზრებები. რეკომენდაციები და მოსაზრებები ნახსენებია TFEU-ის 288-ე მუხლში, მაგრამ მათ არ აქვთ სავალდებულო ძალა. ისინი გამოიყენება სხვა ინსტრუმენტებთან ერთად, რომელთა შორისაცაა რეზოლუციები და დეკლარაციები, სამოქმედო პროგრამები, გეგმები, კომისიის კომუნიკაციები, წევრი ქვეყნების წარმომადგენელთა დასკვნები, სახელმძღვანელო პრინციპები და უწყებათაშორისი შეთანხმებები. ყველა ეს ინსტრუმენტი ერთიანდება ერთი ზოგადი სათაურის ქვეშ – „რბილი სამართალი“, რომლის აღსრულებას, პრინციპში, არ აქვს სავალდებულო ძალა, მაგრამ მიუხედავად ამისა, შეიძლება ჰქონდეს პრაქტიკული ეფექტი. ეს ინსტრუმენტები კავშირის მართლწესრიგის შემადგენელი ნაწილია და მათი გამოყენება შესაძლებელია სხვადასხვა მიზნით.¹⁹

¹³ მხედველობაშია Guidelines on the Applicability of Article 101 Treaty on the Functioning of the European Union to Horizontal Co-operation Agreements. ხელმისაწვდომია ვებგვერდზე: <<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2011:011:0001:0072:EN:PDF>>, [01/08/2018].

¹⁴ იხ. „რბილი სამართლის“ განმარტება შემდეგ თავში.

¹⁵ იხ. *Kaczorowska, A.*, European Union Law, Second Edition, Routledge, New York, 2011, 198.

¹⁶ იხ. *Davies, K.*, Understanding European Union Law, Fourth Edition, Routledge, New York, 2011, 55.

¹⁷ იხ. *Borchardt, K.-D.*, The ABC of European Union law, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2010, 81.

¹⁸ ხელმისაწვდომია ვებგვერდზე: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A12012E%2FTXT>>, [01/08/2018].

¹⁹ იხ. *Chalmers, D., Davies, G., Monti, G.*, European Union Law, Second Edition, Cambridge University Press, New York, 2010, 101.

2.2 „რბილი სამართალი“ ევროპული კავშირის კონკურენციის პოლიტიკის სფეროში

ევროპულ კომისიას შეუძლია განახორციელოს პოლიტიკა არა მხოლოდ ფორმალური კანონმდებლობის მეშვეობით, არამედ ასევე ინდივიდუალური გადაწყვეტილების ან არაფორმალური კანონშემოქმედების საფუძველზე. კომისიისათვის კანონიერად მიიჩნევა, განსაზღვროს საკუთარი დისკრეცია სახელმძღვანელო პრინციპების მეშვეობით, იმ პირობით, რომ იგი არ უნდა ეწინააღმდეგებოდეს დამფუძნებელ ხელშეკრულებათა წესებს. თუმცა ამგვარი სახელმძღვანელო პრინციპები არ ატარებს სავალდებულო ხასიათს ევროპული კავშირის სასამართლოებისათვის.²⁰

სახელმძღვანელო პრინციპები, უმეტესად, გამოიყენა კომისიის მიერ ევროპის კონკურენციის სამართლის დარგში. მაგალითად, TFEU-ის 101-ე და 102-ე მუხლები ეხება მხოლოდ ისეთ ქმედებას, რომელმაც „შესაძლოა იმოქმედოს წევრ სახელმწიფოებს შორის სავაჭრო ურთიერთობებზე“. ეს არის იურისდიქციული მოთხოვნა, რომელიც ემსახურება ევროპული კავშირის კონკურენციის სამართლის გამიჯვნას ეროვნული კონკურენციის სამართლისაგან. ზემოაღნიშნულ საკითხთან დაკავშირებული პრაქტიკის შესახებ ნათელი წარმოდგენის შექმნა შესაძლებელია კომისიის სახელმძღვანელო პრინციპებიდან ვაჭრობის კონცეფციაზე გავლენის შესახებ, რომელზეც საუბარია TFEU-ის 101-ე და 102-ე მუხლებში.²¹

3. ეკონომიკურ აგენტებს შორის ინფორმაციის გაცვლასთან დაკავშირებული ევროპული კავშირის „რბილი სამართალი“

ინფორმაციის გაცვლამ შეიძლება მიიღოს სხვადასხვა ფორმა. ჯერ ერთი, მონაცემები შეიძლება პირდაპირ იქნეს გაზიარებული კონკურენტებს შორის. მეორეც, ინფორმაციის გაზიარება შეიძლება მოხდეს არაპირდაპირ, საერთო ორგანოს მეშვეობით (მაგალითად, სავაჭრო ასოციაცია), ან მესამე მხარის საშუალებით, როგორცაა ბაზრის კვლევის ორგანიზაცია, ან კომპანიების მომწოდებლების, ან საცალო გამყიდველების საშუალებით.²²

ინფორმაციის გაცვლას ადგილი აქვს სხვადასხვა კონტექსტში. არსებობს შეთანხმებები, ეკონომიკური აგენტების ასოციაციების გადაწყვეტილებები ან შეთანხმებული პრაქტიკა, რომლის შესაბამისადაც ხდება ინფორმაციის გაცვლა, სადაც თავად ინფორმაციის გაცვლაშივე მოიზარება მისი ეკონომიკური ფუნქცია. გარდა ამისა, ინფორმაციის გაცვლა შეიძლება იყოს სხვა სახის ჰორიზონტალური თანამშრომლობის შესახებ შეთანხმების ნაწილი (მაგალითად, წარმოების შესახებ შეთანხმების მხარეები უზიარებენ ერთმანეთს გარკვეულ ინფორმაციას ხარჯების თაობაზე). ინფორმაციის გაცვლის ამ უკანასკნელი სახის შეფასება უნდა განხორციელდეს თავად ჰორიზონტალური თანამშრომლობის შესახებ შეთანხმების შეფასების კონტექსტში.²³

²⁰ იხ. *Craig, P., de Búrca, G.*, EU Law: Text, Cases, and Materials, Fifth Edition, Oxford University Press, New York, 2011, 1086.

²¹ იხ. *Weatherill, S.*, Cases and Materials on EU Law, Tenth Edition, Oxford University Press, Oxford, 2012, 450. 101-ე მუხლით აკრძალულია ნებისმიერი შეთანხმება (ფორმალური თუ არაფორმალური) ან შეთანხმებული ქმედება ორ ან მეტ დამოუკიდებელ ერთეულს შორის, რომელმაც შესაძლოა, გავლენა მოახდინოს წევრ ქვეყნებს შორის ვაჭრობაზე და რომლის მიზანი ან შედეგია კონკურენციის დაუშვებლობა, შეზღუდვა ან აღკვეთა. 102-ე მუხლით კი აკრძალულია ერთი ან მეტი ეკონომიკური აგენტის მიერ დომინანტი მდგომარეობის ბოროტად გამოყენება საერთო ბაზარსა ან მის მნიშვნელოვან ნაწილზე, როგორც შეუსაბამო საერთო ბაზართან, თუ მას შეუძლია იმოქმედოს საერთო ბაზარზე და მნიშვნელოვნად შეზღუდოს ვაჭრობა წევრ სახელმწიფოთა შორის.

²² იხ. დასახ. წყარო, პარ. 55, მე-13 სქ.

²³ იქვე, 56-ე პარ.

კონკურენციის სამართლის მნიშვნელოვანი საკითხია, აყენებენ თუ არა მხარეები რისკის ქვეშ TFEU-ის პირველი მუხლის დარღვევის საკითხს, როცა მათი მხრიდან ადგილი აქვს ინფორმაციის გაცვლას. ეს ის საკითხია, რომელსაც კომისია მრავალი წელია ითვალისწინებს, 1968 წლიდან მოყოლებული, თავის თანამშრომლობის შეთანხმების შესახებ ნოტასა²⁴ და სხვადასხვა გადაწყვეტილებაში, 1970 წლიდან დღემდე.²⁵ 1968 წლის ნოტა ჩანაცვლდა ჰორიზონტალური თანამშრომლობის შესახებ სახელმძღვანელო პრინციპებით²⁶, რომელიც მიღებულ იქნა 2000 წლის 29 ნოემბერს. ეს სახელმძღვანელო პრინციპები კონკრეტულად ინფორმაციის გაცვლის შესახებ შეთანხმებებს არ ეხება, თუმცა მოსალოდნელი იყო, რომ ჰორიზონტალური თანამშრომლობის შეთანხმებების შესახებ ახალი სახელმძღვანელო პრინციპები, რომელიც 2010 წლის ბოლოსთვის უნდა გამოქვეყნებულიყო, მოიცავდა ამ საკითხთან დაკავშირებულ მითითებებს.²⁷

2010 წლის ბოლოს, კომისიამ მიიღო სახელმძღვანელო პრინციპები ევროპული კავშირის ფუნქციონირების შესახებ ხელშეკრულების 101-ე მუხლის ჰორიზონტალური თანამშრომლობის შესახებ შეთანხმებებში²⁸ გამოყენების თაობაზე (შემდგომში – სახელმძღვანელო პრინციპები). კომისიამ შეასრულა დანაპირები და აღნიშნულ სახელმძღვანელო პრინციპებში ცალ-ცალკე და საკმაოდ საფუძვლიანად განიხილა ინფორმაციის გაცვლის შესახებ შეთანხმებები, მიუძღვნა რა მათ სახელმძღვანელო პრინციპების 55-ე-110-ე პარაგრაფები.²⁹ სახელმძღვანელო პრინციპებში შემოთავაზებულია სასარგებლო რჩევები ინფორმაციის გაცვლასთან დაკავშირებით და იგი, არსებითად, ეყრდნობა ევროპული კავშირის სასამართლოების პრეცედენტული სამართლის პრინციპებს. ეს დოკუმენტი არ არის იურიდიულად სავალდებულო, მაგრამ კარგად ხსნის კომისიის შეხედულებას, თუ როგორ უნდა იქნეს გამოყენებული TFEU-ის 101-ე მუხლი ინფორმაციის გაცვლისას.

სახელმძღვანელო პრინციპები იწყება ინფორმაციის გაცვლის მხარდამჭერი და საწინააღმდეგო არგუმენტების აღწერით; ამის შემდეგ ახსნილია ინფორმაციის გაცვლის სხვადასხვა ტიპი; შემდგომ განიხილება შეთანხმებული პრაქტიკისა და ინფორმაციის გაცვლის კონცეფცია, რაც მიზნად ისახავს ან გავლენას ახდენს კონკურენციის შეზღუდვაზე. ამას მოსდევს 101(3)-ე მუხლის კრიტერიუმების მოკლე მიმოხილვა.

4. როგორ შეიძლება იქნეს გამოყენებული ევროპული კავშირის „რბილი სამართალი“ საქართველოში კონკურენციის ეფექტიანი წესების შემოღების მიზნით

კონკურენციის პოლიტიკის ყოვლისმომცველი სტრატეგიისა და საქართველოს მთავრობის სამოქმედო პროგრამის შემუშავებით, სახელმწიფო გამოხატავს თავის პოლიტიკურ ნებას, ჩამოაყალიბოს თანამედროვე კონკურენციის პოლიტიკა და ასევე მიზანს, კანონმდებლობა და ინსტიტუციები საუკეთესო საერთაშორისო პრაქტიკასთან შესაბამისობაში მოიყვანოს.

²⁴ ob. Notice concerning agreements, decisions and concerted practices relating to cooperation between enterprises (OJ C 75, 29.7.1968, 3-6).

²⁵ ob. *Whish, R., Bailey, D.*, Competition Law, Seventh Edition, Oxford University Press, Oxford, 2012, 539-540.

²⁶ ხელმისაწვდომია ვებგვერდზე: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32000R2658:EN:HT ML>, [14/01/2013].

²⁷ ob. *Jones, A., Sufirin, B.*, EU Competition Law: Text, Cases, and Materials, Fourth Edition, Oxford University Press, New York, 2011, 823-824.

²⁸ ხელმისაწვდომია ვებგვერდზე: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2011:011:0001:007 2:EN :PDF>, [14/01/2013].

²⁹ ob. *Švirinas, D.*, The Assessment of Information Exchange Agreements Between Competitors from the Perspective of Competition Law of the EU and of the Republic of Lithuania, Jurisprudence, 2012, No. 19(1), 90-91, ხელმისაწვდომია ვებგვერდზე: http://www.mruni.eu/lt/mokslo_darbai/jurisprudencija/paskutinis_numeris/dwn.php?id=310338, [14/01/20 13].

კონკურენციის შესახებ საქართველოს მოქმედი კანონის მეორე თავით მოწესრიგებულია ეკონომიკურ აგენტებს შორის კონკურენციის შეზღუდვის საკითხები. კანონის მე-7 მუხლით აკრძალულია ხელშეკრულებები, გადაწყვეტილებები და შეთანხმებული ქმედება, რომელმაც შეიძლება შეზღუდოს კონკურენცია. ზოგადად, ამ დებულებებში ასახულია TFEU-ის 101-ე მუხლის მოთხოვნები; თუმცა კანონი არ შეიცავს ისეთ დებულებებს, რომლებითაც აკრძალული იქნება ინფორმაციის გაცვლა კონკურენტ საწარმოებს შორის, რამაც შესაძლებელია, შეზღუდოს კონკურენცია.

პირველ რიგში, აღსანიშნავია, რომ ევროპული კავშირის არაწევრი სახელმწიფოებისათვის იურიდიულად სავალდებულო ძალა არ გააჩნია ევროპული კავშირის სამართლის არც პირველად და არც მეორეულ წყაროებს. შეიძლება ითქვას, რომ ევროპული კავშირში გაწევრიანების მსურველ არაწევრ ქვეყნებს აქვთ მხოლოდ „რბილი“ ვალდებულება, რომელიც შეიძლება წარმოიშვას იურიდიულად არამბოჭავი ვალდებულებებიდან, რომლებიც წარმოადგენს სახელმწიფოებზე არაპირდაპირი ზეწოლის ფორმას, რამაც შეიძლება შეზღუდოს მათი მოქმედების თავისუფლება, მაგრამ მაინც არ ქმნის მკაცრი გაგებით მბოჭავ საერთაშორისოსამართლებრივ ვალდებულებებს. ამგვარად, მიუხედავად იმისა, რომ ევროპული კავშირის წევრთა ეროვნული სასამართლოებისათვის რთული იქნებოდა „რბილი სამართლის“ ინსტრუმენტების უფლებებელყოფა, რომლებშიც კომისია განმარტავს და სრულყოფს მკაცრი სამართლის გარკვეულ დებულებებს, ეს ვერ გავრცელდება არაწევრი ქვეყნების სასამართლო სისტემაზე.

ამ მოსაზრებებმა არ უნდა განაპირობოს დასკვნა, რომ „რბილი სამართლის“ ინსტრუმენტს არ შეიძლება, ჰქონდეს რაიმე სამართლებრივი ეფექტი კონკურენციის სამართალსა და პრაქტიკაზე საქართველოში. არსებობს სამართლებრივი ეფექტის გამოწვევის რამდენიმე საშუალება. პირველ რიგში, ქართველმა კანონმდებელმა უნდა გაითვალისწინოს კომისიის მიერ „რბილი სამართალით“ გამოხატული მოსაზრებები და ასახოს იგი ეროვნულ დებულებებში. სხვაგვარად, ევროპული კავშირის „რბილი სამართალი“ იქნება ინსტრუმენტი, რომლის გამოყენება სასამართლოებს სურვილისამებრ შეეძლებათ, რათა განამტკიცონ თავიანთი სამართლებრივი არგუმენტები. მაგალითად, მაშინ, როდესაც სასამართლო იყენებს კონკურენციის ეროვნულ კანონს ხელშეკრულებებზე, მხარეთა ასოციაციების გადაწყვეტილებებსა თუ შეთანხმებულ ქმედებაზე, დამფუძნებელი ხელშეკრულების 101-ე მუხლის მნიშვნელობის ფარგლებში, მან, დავების გადაჭრის მიზნით, შესაძლოა საკუთარი შეხედულებისამებრ გაითვალისწინოს სახელმძღვანელო პრინციპები, განსაკუთრებით იმ შემთხვევაში, თუ ეს ნათელს ჰყენს ეროვნულ სამართლებრივ წესებს. მოსამართლეები ასევე შეიძლება გაემიჯნონ სახელმძღვანელო პრინციპებით განსაზღვრულ წესებს კონკრეტული შემთხვევებისას და ამგვარი გადაწყვეტილებები დაასაბუთონ კიდევ. თუმცა ამ მიდგომასაც შეიძლება ჰქონდეს ნაკლოვანებები. საქართველოში სასამართლო რეფორმის ერთ-ერთი უმთავრესი მიზანი ერთგვაროვანი სასამართლო პრაქტიკის ჩამოყალიბებაა. ყველა სამართლებრივი ნორმის მიმართ საერთო მიდგომის უზრუნველყოფას წლები სჭირდება. ამ პერიოდის განმავლობაში, კონკრეტული მოსამართლეები ამ წყაროს წარმატებით გამოიყენებენ, იმათ გარდა, ვისაც არ შეუძლია ამის გაკეთება (ენობრივი ბარიერის ან ასეთ მასალებზე წვდომის უნარების არარსებობის გამო და ა.შ.).

მაშასადამე, ამ გარემოების მხედველობაში მიღებით, საეჭვოა, რომ ამგვარი წყარო ხელს შეუწყობს საერთო მიდგომის ჩამოყალიბებას, როდესაც განიხილება შეთანხმების შესაბამისობა კონკურენციის წესებთან ინფორმაციის გაცვლის შემთხვევაში. როგორც ზემოთ აღინიშნა, ინფორმაციის გაცვლა შეთანხმების ერთ-ერთი ის მაგალითია, რომელმაც შეიძლება შეზღუდოს კონკურენცია. სახელმძღვანელო პრინციპებში მოცემულია კონკურენტებს შორის ინფორმაციის გაცვლის გარკვეული მაგალითები და

შემოთავაზებულია მათი ანალიზი. მათ შორის არის ერთი საინტერესო სიტუაცია, რასაც საქართველოშიც შეიძლება ჰქონდეს ადგილი. მაგალითად, ერთ-ერთი ქვეყნის ბენზინგასამართი სადგურების მფლობელმა ოთხმა კომპანიამ ტელეფონით გაცვალა ინფორმაცია საწვავის ფასებთან დაკავშირებით.³⁰ ინფორმაციის ამგვარი გაცვლა, სავარაუდოდ, შექმნის ურთიერთგაგების ატმოსფეროს კონკურენტების ფასების პოლიტიკასთან მიმართებით და, შედეგად, შესაძლოა, ხელი შეუწყოს საიდუმლო შეთანხმებას. მაშასადამე, ამგვარი სახელმძღვანელო პრინციპების გარეშე მოსამართლეებისათვის რთული იქნება იმის ცოდნა, თუ როგორ უნდა მოხდეს ეროვნული დებულებების ინტერპრეტაცია და გამოყენება.

2006 წლიდან, ყველა ინსტანციის მოსამართლეები რეგულარულ შეხვედრებს მართავენ საქართველოს უზენაეს სასამართლოში. ამ შეხვედრების მიზანი არის სასამართლო პრაქტიკისთვის მნიშვნელოვანი საკითხების გათვალისწინება და გაანალიზება, სხვადასხვა ინსტანციის მოსამართლეთა მოსაზრებების შედარება და, შედეგად, კონკრეტულ ნორმებთან დაკავშირებით საერთო ხედვების შემუშავება. შესაბამისად, ამგვარი შეხვედრებისას ევროპული „რბილი სამართლის“ მხედველობაში მიღება შეიძლება კიდევ ერთი გზა იყოს უნიფიცირებული პრაქტიკის დამკვიდრების ხელშესაწყობად; თუმცა ეს მიდგომა უშუალოდ არ არის მიმართული ზემოთ განხილული პრობლემის სრულფასოვანი მოგვარებისკენ, რადგან ამგვარი რეკომენდაციები ფორმალურად არ ითვლება საქართველოს სასამართლოებისთვის სავალდებულოდ.

5. დასკვნითი შენიშვნები

დასკვნის სახით, ზემოთ წარმოდგენილი მსჯელობა აჩვენებს, რომ კონკურენციის კანონმდებლობა საქართველოში ჯერ კიდევ საჭიროებს დამატებით განვითარებას, რათა მოხდეს მისი სრული დაახლოება ევროპული კავშირის სტანდარტებთან. კონკურენციის შესახებ კანონი შესაძლებელია განხილულ იქნეს, როგორც კონკურენტუნარიანი გარემოს დამკვიდრებისათვის გადადგმული მნიშვნელოვანი ნაბიჯი. ამდენად, როგორც აღმოჩნდა, კანონს გარკვეული ნაკლოვანებები აქვს ანტიკონკურენტული ხელშეკრულებების, გადაწყვეტილებებისა და შეთანხმებული ქმედების ნაწილში, რადგან კანონი არ აწესრიგებს ისეთ მნიშვნელოვან საკითხს, როგორცაა ინფორმაციის გაცვლის აკრძალვა კონკურენტებს შორის, რამაც შეიძლება კონკურენციის შეზღუდვა გამოიწვიოს.

როგორც ზემოთ გამოიკვეთა, მიზანშეწონილი იქნება, თუ ქართველი კანონმდებელი ეროვნულ კანონმდებლობაში გარკვეული დებულებების დანერგვის დროს გაითვალისწინებს „რბილი სამართლის“ ინსტრუმენტებს, რომლებიც კონკურენციის შესახებ ევროპული კავშირის სამართლებრივი ნორმების ინტერპრეტაციას შეეხება.

ბიბლიოგრაფია

1. *Borchardt, K. D.*, The ABC of European Union law, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2010.
2. *Chalmers, D., Davies, G., Monti, G.*, European Union Law, Second Edition, Cambridge University Press, New York, 2010.
3. Competition Policy in Georgia, Transparency International Georgia, Tbilisi, 2012. <<http://transparency.ge/en/post/report/tig-publishes-report-on-competition-in-georgia>>, [14/01/2013].

³⁰ იხ. დასახ. წყარო, 22-ე სქ., 109.

4. Comprehensive Strategy in Competition Policy, May, 2009 – October, 2010. <http://gov.ge/files/41_32357_225550_Comprehensive20StrategyinCompetitionPolicy.pdf>, [01/08/2018].
5. *Craig, P., de Búrca, G.*, EU Law: Text, Cases, and Materials, Fifth Edition, Oxford University Press, New York, 2011.
6. *Davies, K.*, Understanding European Union Law, Fourth Edition, Routledge, New York, 2011, 55.
7. Guidelines on the Applicability of Article 101 Treaty on the Functioning of the European Union to Horizontal Co-operation Agreements. <<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2011:011:0001:0072:EN:PDF>>, [01/08/2018].
8. *Jones, A., Sufrin, B.*, EU Competition Law: Text, Cases, and Materials, Fourth Edition, Oxford University Press, New York, 2011.
9. *Kaczorowska, A.*, European Union Law, Second Edition, Routledge, New York, 2011.
10. *Khidasheli, T.*, Georgia's European Way, IPG 3/2011. <http://library.fes.de/pdf-files/ipg/2011-3/09_khidasheli.pdf>, [14/01/2013].
11. *Švirinas, D.*, The Assessment of Information Exchange Agreements Between Competitors from the Perspective of Competition Law of the EU and of the Republic of Lithuania, Jurisprudence, No. 19(1), 2012. <http://www.mruni.eu/lt/mokslo_darbai/jurisprudencija/paskutinis_numeris/dwn.php?id=31_0338> [14.01.2013].
12. *Weatherill, S.*, Cases and Materials on EU Law, Tenth Edition, Oxford University Press, Oxford, 2012.
13. *Whish, R., Bailey, D.*, Competition Law, Seventh Edition, Oxford University Press, Oxford, 2012.

The European Commission Guidelines as EU Soft Law and its Potential Importance for the Development of Competition Law and Practice in Georgia^{**}

Abstract

Present paper reviews the importance of so called “soft law”, primarily presented in a form of guiding principles issued by the European Commission for the development of European competition law in general and for the Georgian legal system in particular as according to the Partnership and Cooperation Agreement signed by Georgia and EC and its Member States, our country has undertaken to gradually approximate its legislation towards that of the European standards.

The Georgian Government has expressed its strong political endeavors to implement modern competition policy. Principles of “soft law” is followed in a specific format by the EU Member States, though this cannot formally be binding by Georgia and thus the paper reviews those possibilities and instruments which might be applied to implement “soft law” standards in the sphere of competition law in Georgia.

1. Introduction

The formalization of relations between the European Union¹ (hereinafter, the EU) and Georgia dates back to 1992, right after Georgia regained its independence in the wake of the break-up of the Soviet Union.²

Parliament of Georgia on 2 September 1997 adopted a resolution³, according to which “All laws and normative acts adopted by the Georgian Parliament from 1 September 1998 shall be compatible with the standards and rules established by the EU”. Partnership and Cooperation Agreement (hereinafter, the PCA) between Georgia and the European Communities and their Member States⁴ entered into force on 1 July 1999. Parties to the PCA view the approximation of

^{*} PhD in Law (TSU), Visiting Lecturer, Senior Specialist at the Department of Internationalization and Scientific Research, and Member of the Contemporary Private Law Institute of the Faculty of Law at *Iv. Javakishvili* Tbilisi State University; Assistant Professor of the School of Law at Tbilisi Open University; Senior Research Scientist of the Scientific Research Institute of Law at European University.

^{**} This article is based on a paper presented at the Joint Seminar of the Faculty of Law at *Iv. Javakishvili* Tbilisi State University and Christian Albrecht University of Kiel (Germany) on „European Sales Contract in Comparative Aspect“ and „East European Corporate Law“ held on January 24-25, 2013.

¹ The organization was generally known as the European Community (EC) for that period.

² For more details, see *Khidasheli, T.*, Georgia’s European Way, IPG 3/2011, 95 ff., available at <http://library.fes.de/pdf-files/ipg/2011-3/09_khidasheli.pdf>, [14/01/2013].

³ Available in Georgian at <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/38704>>, [01/08/2018].

⁴ It is noteworthy that the Association Agreement (available in Georgian at <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/2496959>>, [01/08/2018]) between the European Union and the European Atomic Energy Community and their

Georgia's existing and future legislation to that of the EU as an important condition for strengthening economic links between the EU and Georgia. There were identified the areas (*inter alia*, competition law) where the exact planning of the approximation process should be conducted.⁵

The first legal act governing competition in Georgia was the Decree of the State Council of Georgia “On Restriction of Monopolistic Activities and Development of Competition”⁶, adopted on 26 October 1992 (the Gazette of the Parliament of Georgia, №12, 1992). Initial attempts at tightening competition law in Georgian began in 1996 with the adoption by the Georgian parliament of the Law “On Monopoly and Competition”⁷.

After the “Rose Revolution” of November 2003 integration with the EU has been reiterated as one of the top priorities of the Georgian government. Therefore, the Law “On Free Trade and Competition”⁸ was adopted in 2005. However, a legislative act itself and accompanying policies were not modelled in the fashion of internationally recognized legislation on competition.

The need to improve the competition policy in Georgia and the measures to be taken in this direction was highlighted in the report⁹ of the EU mission that assessed the country's readiness for a free trade agreement between Georgia and the EU in October 2008. Therefore, the reform of the competition policy was considered one of the priority areas for the successful completion of the negotiations between Georgia and the EU on the Deep and Comprehensive Free Trade Agreement¹⁰ (DCFTA). In accordance with these requirements, the Government of Georgia approved the Comprehensive Strategy in Competition Policy¹¹ in 2010. Through a legislative initiative of the government of Georgia, a Draft Law “On Free Trade and Competition” was developed. The Law of Georgia “On Competition”¹² was passed by the Parliament of Georgia on May 8, 2012.

The aim of the paper is to briefly examine the status of the Commission Guidelines¹³ in the EU legal order and discuss how the soft law¹⁴ rules can be used by the Georgian lawmaker and judge.

2. Sources of EU Law

The Treaties do not contain any express provision classifying sources of EU law, nor do they establish the hierarchy of such sources.¹⁵ EU law can be divided into two basic categories: primary and secondary. The primary source of EU law is the various Treaties, both those that were

Member States, of the one part, and Georgia, of the other part (signed 27 June 2014) was based on the Partnership and Cooperation Agreement (signed in 1996) and it has created the new legal framework for cooperation between Georgia and the EU.

⁵ See Partnership and Cooperation Agreement, article 43(2), available at <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:1999:205:0003:0038:EN:PDF>>, [14/01/2013].

⁶ Available in Georgian at <http://asocireba.ge/files/file_8539964.pdf>, [01/08/2018].

⁷ Available at <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/31462>>, [01/08/2018].

⁸ Available at <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/29644>>, [01/08/2018].

⁹ Competition Policy in Georgia, Transparency International Georgia, Tbilisi, 2012, 12. Available at <<http://transparency.ge/en/post/report/tig-publishes-report-on-competition-in-georgia>>, [14/01/2013].

¹⁰ Available at <<http://www.dcfta.gov.ge/ge/agreement>>, [01/08/2018].

¹¹ See Comprehensive Strategy in Competition Policy, May, 2009 – October, 2010. Available at <<http://www.geplac.com/newfiles/Comprehensive%20Strategy%20in%20Competition%20Policy.pdf>>, [14/01/2013].

¹² Available in Georgian at <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/1659450>>, [01/08/2018].

¹³ Reference is made to the Guidelines on the Applicability of Article 101 Treaty on the Functioning of the European Union to Horizontal Co-operation Agreements.

¹⁴ See the definition of „soft law” in the next chapter.

¹⁵ *Kaczorowska, A.*, European Union Law, Second Edition, Routledge, New York, 2011, 198.

enacted in order to create the original European Communities and also those that have been enacted in order to amend the original Treaties. Secondary sources include secondary legislation, as enacted by the Institutions of the Union, case law, which comes from the judgments of the Court of Justice, general principles as “declared” by the Court, and international agreements entered into by the Union.¹⁶ Thus, the law made by the Union institutions through exercising the powers conferred on them is referred to as secondary legislation, the second important source of EU law.¹⁷

2.1. The Status of the Commission Guidelines in the EU Legal Order

According to article 288 of the Treaty on the Functioning of the European Union¹⁸ (hereinafter, the TFEU), to exercise the Union’s competences, the institutions shall adopt regulations, directives, decisions, recommendations and opinions. Recommendations and opinions are mentioned in article 288 of the TFEU, but have no binding force. They must be viewed alongside a variety of other instruments, which include resolutions and declarations, action programmes and plans, communications by the Commission, the conclusions of the representatives of the member states meeting in Council, guidelines and inter-institutional arrangements. These measures all come under the generic heading of “soft law”: rules of conduct which, in principle, have no legally binding force but which nevertheless may have practical effects. These instruments are an integral part of the Union legal order and they are used for a variety of purposes.¹⁹

2.2. Soft Law in the Field of EU Competition Policy

The Commission can choose to develop policy, not only through formal legislation but also through an individual decision or informal rule-making. It is lawful for the Commission to structure its discretion through guidelines, provided that they do not depart from the Treaty rules. Such guidelines are however not formally binding on the EU Courts.²⁰

Guidelines are most often issued by the Commission and primarily in the field of European Competition Law. For instance, article 101 and article 102 of the TFEU catch only practices which “may affect trade between the Member States”. This is a jurisdictional requirement which serves in particular, to demarcate EU competition law from the national competition law. An illuminating insight into practice regarding the above-mentioned matter may be obtained from the Commission’s Guidelines on the effect on trade concept contained in articles 101 and 102 of the TFEU.²¹

3. EU Soft Law Relating to Information Sharing Between Undertakings

Information exchange can take various forms. Firstly, data can be directly shared between competitors. Secondly, data can be shared indirectly through a common agency (for example, a

¹⁶ *Davies, K.*, Understanding European Union Law, Fourth Edition, Routledge, 2011, 55.

¹⁷ *Borchardt, K.-D.*, The ABC of European Union law, Publications Office of the European Union, 2010, 81.

¹⁸ Available at <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A12012E%2FTXT>>, [01/08/2018].

¹⁹ See *Chalmers, D., Davies, G., Monti, G.*, European Union Law, Second Edition, Cambridge University Press, 2010, 101.

²⁰ *Craig, P., de Búrca, G.*, EU Law: Text, Cases, and Materials, Fifth Edition, Oxford University Press, 2011, 1086.

²¹ *Weatherill, S.*, Cases and Materials on EU Law, Tenth Edition, Oxford University Press, 2012, 450. Article 101 prohibits agreements between companies which prevent, restrict or distort competition in the EU and which may affect trade between the Member States. Article 102 prohibits any abuse by one or more undertakings of a dominant position within the internal market or in a substantial part of it, as incompatible with the internal market in so far as it may affect trade between EU member states.

trade association) or a third party, such as a market research organization or through the companies' suppliers or retailers.²²

Information exchange takes place in different contexts. There are agreements, decisions by associations of undertakings, or concerted practices under which information is exchanged, where the main economic function lies in the exchange of information itself. Moreover, information exchange can be part of another type of horizontal co-operation agreement (for example, the parties to a production agreement share certain information on costs). The assessment of the latter type of information exchanges should be carried out in the context of the assessment of the horizontal co-operation agreement itself.²³

An important competition law issue is whether undertakings run the risk of infringing article 101 of the TFEU when they exchange information with one another. This is an issue that the Commission has considered over many years, from as early as 1968 in its Notice on Cooperation Agreements²⁴ and in numerous decisions from the 1970s onwards.²⁵ The 1968 Notice was replaced by the Guidelines on Horizontal Cooperation²⁶ adopted on 29 November 2000. These Guidelines do not specifically deal with information agreements, although it was anticipated that the new Horizontal Guidelines, due to be published by the end of 2010, will contain guidance on this issue.²⁷

At the end of 2010, the Commission adopted new Guidelines on the applicability of article 101 Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal co-operation agreements²⁸ (hereinafter, the Guidelines). The Commission kept its promise and discussed separately and quite thoroughly the information exchange agreements in its Guidelines, by dedicating paragraphs 55-110 of the Guidelines to such agreements.²⁹ The Guidelines provide helpful guidance on exchanges of information and draw substantially on the case law of the EU Courts. This document is not legally binding, but it explains in a helpful way the Commission's thinking on how article 101 of the TFEU should apply to the exchange of information.

The Guidelines begin by describing the arguments in favour of and against exchanges of information; then it explains the different types of exchange of information; thereafter the concept of a concerted practice and exchanges of information that have as their object or effect the restriction of competition are dealt with. This is followed by a short discussion of the criteria in article 101(3).

²² See *supra* note 13, par. 55.

²³ *Ibid.*, para. 56.

²⁴ Notice concerning agreements, decisions and concerted practices relating to cooperation between enterprises (OJ C 75, 29.7.1968, 3-6).

²⁵ For more details, see *Whish, R., Bailey, D.*, *Competition Law*, Seventh Edition, Oxford University Press, 2012, 539-540.

²⁶ Available at <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32000R2658:EN:HTML>>, [14/01/2013].

²⁷ For more details, see *Jones, A., Sufrin, B.*, *EU Competition Law: Text, Cases, and Materials*, Fourth Edition, Oxford University Press, 2011, 823-824.

²⁸ Available at <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2011:011:0001:0072:EN:PDF>>, [14/01/2013].

²⁹ See *Švirinas, D.*, *The Assessment of Information Exchange Agreements Between Competitors from the Perspective of Competition Law of the EU and of the Republic of Lithuania*, *Jurisprudence*, No. 19(1), 2012, 90-91. Available at <http://www.mruni.eu/lt/mokslo_darbai/jurisprudencija/paskutinis_numeris/dwn.php?id=310338>, [14/01/2013].

4. How Can EU Soft Law Be Used to Adopt Effective Competition Rules in Georgia?

By the Comprehensive Strategy in Competition Policy and Operational Program Government of Georgia manifested its genuine political commitment to establish modern competition policy and its intention to bring the legislation and institutions in compliance with international best practice in this area.

The second chapter of the current Law of Georgia “On Competition” regulates the restriction of competition between economic agents. article 7 prohibits agreements, decisions and concerted practices which may restrict competition. Generally, this provision reflects the requirements of article 101 of the TFEU. However, the Law does not contain any provisions which prohibit the exchange of information between competing undertakings, which may distort competition.

First of all, it must be underlined that non-members of the EU are not legally bound by neither primary nor secondary sources of EU law. It can be said that non-EU member countries that want to join the EU have only “soft” obligation which can arise from legally non-binding commitments that provide an indirect form of pressure on states that may restrict their freedom of action but nevertheless create no binding international legal obligations in a strict sense. Thus, while it would be difficult for national courts of the European Union member countries to ignore the soft law instruments in which the Commission explains and further develops certain provisions of hard law, it does not extend to the judicature of the non-member countries.

However, all these considerations should not lead to the conclusion that soft law instruments can't produce some legal effects on competition law and practice in Georgia. There are several options for giving rise to these legal effects. Firstly, Georgian lawmakers may consider the opinion expressed by the Commission in soft law instruments and reflect it in national provisions. Otherwise, the EU soft law may be a tool that courts can use as they please in order to enforce their legal reasoning. For example, where the courts apply national competition law to agreements, decisions by associations of undertakings or concerted practices within the meaning of article 101(1) of the Treaty, they may voluntarily take the Guidelines into consideration in order to decide disputes submitted to them, in particular, where they cast light on the interpretation of national legal rules. Judges also may depart from the rules provided by the Guidelines on an individual case by giving reasons for such a decision. But the second approach may also have deficiencies. One of the crucial aims of the court reform in Georgia is establishing a uniform court practice. Ensuring a common approach to all legal norms takes years. During this period certain judges will use this source successfully except those who not is able to do so (by reason of language barrier, lack of skills for access to such materials, etc.).

Thus, taking into consideration this circumstance, it is doubtful that such a source will promote the establishment of a common approach when considering whether an agreement complies with competition rules in case of information sharing. As mentioned above, the exchange of information is one of the examples of agreements that might appreciably restrict competition. The Guidelines give several examples of exchanging information between the competitors and provide their analysis. Among them is one interesting situation, which also may take place in Georgia. The four companies owning all the petrol stations in a country exchanged current gasoline prices over the telephone.³⁰ This information exchange is likely to create a climate of mutual certainty as to the competitors' pricing policy and thereby it is likely to facilitate a collusive outcome. Therefore, without such materials, it will be very difficult for the judges to know how the national provisions should be interpreted and applied.

³⁰ See supra note 13, par. 109.

Since 2006, judges of all instances are organizing regular meetings at the Supreme Court of Georgia. The aim of these meetings is to consider and analyse the questions important for the court practice, comparing the opinions of the judges of different instances and establishing a common understanding of concrete norms as a result. Consequently, a reflection of the European soft law into the proceedings of such meetings may be another way to promote a uniform practice. However, this approach does not directly address the problem discussed above because such recommendations not formally binding on the Georgian courts.

5. Final Remarks

To summarize, the above discussion shows that competition legislation in Georgia still needs further development in order to fully approximate it with EU standards. The Law “On Competition” can be considered an important step towards the establishment of a competitive environment. However, as we see the Law has some deficiencies regarding anti-competitive agreements, decisions and concerted practices because the Law does not regulate such important issue as the prohibition of information sharing between competitors which may cause restriction of competition.

As we have seen above, it would be more expedient and useful if the Georgian lawmaker will consider soft law instruments concerning the interpretation of EU legal norms on the competition while implementing certain provisions in the national legislation.

Bibliography

1. *Borchardt, K. D.*, The ABC of European Union law, Publications Office of the European Union, 2010.
2. *Chalmers, D., Davies, G., Monti, G.*, European Union Law, Second Edition, Cambridge University Press, 2010.
3. Competition Policy in Georgia, Transparency International Georgia, Tbilisi, 2012. <<http://transparency.ge/en/post/report/tig-publishes-report-on-competition-in-georgia>>, [14/01/2013].
4. Comprehensive Strategy in Competition Policy, May, 2009 – October, 2010. <<http://www.geplac.com/newfiles/Comprehensive%20Strategy%20in%20Competition%20Policy.pdf>>, [14/01/2013].
5. *Craig, P., de Búrca, G.*, EU Law: Text, Cases, and Materials, Fifth Edition, Oxford University Press, 2011.
6. *Davies, K.*, Understanding European Union Law, Fourth Edition, Routledge, 2011.
7. Guidelines on the applicability of Article 101 Treaty on the Functioning of the European Union to Horizontal Co-operation Agreements. <<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2011:011:0001:0072:EN:PDF>>, [01/08/2018].
8. *Jones, A., Sufrin, B.*, EU Competition Law: Text, Cases, and Materials, Fourth Edition, Oxford University Press, 2011.
9. *Kaczorowska, A.*, European Union Law, Second Edition, Routledge, New York, 2011.
10. *Khidasheli, T.*, Georgia’s European Way, IPG 3/2011. <http://library.fes.de/pdf-files/ipg/2011-3/09_khidasheli.pdf>, [14/01/2013].
11. *Švirinas, D.*, The Assessment of Information Exchange Agreements Between Competitors from the Perspective of Competition Law of the EU and of the Republic of Lithuania, Jurisprudence, No. 19(1), 2012. <http://www.mruni.eu/lt/mokslo_darbai/jurisprudencija/paskutinis_numeris/dwn.php?id=310338> [14.01.2013].
12. *Weatherill, S.*, Cases and Materials on EU Law, Tenth Edition, Oxford University Press, 2012.
13. *Whish, R., Bailey, D.*, Competition Law, Seventh Edition, Oxford University Press, 2012.

დასაქმებულის კეთილსინდისიერების სტანდარტი შრომითი ხელშეკრულების დამსაქმებლის ინიციატივით შეწყვეტის დროს (სასამართლო პრაქტიკის ანალიზი)

აბსტრაქტი

სტატია შეეხება დასაქმებულის მხრიდან გამოვლენილი ქცევის მახასიათებლებს შრომითი ხელშეკრულების შეწყვეტის ეტაპზე, როდესაც ურთიერთობის შეწყვეტა ხორციელდება დამსაქმებლის ცალმხრივი ნების გამოვლენის საფუძველზე, რა დროსაც დამსაქმებელს უწევს, ობიექტური და სუბიექტური გარემოებების კომპლექსური ანალიზის შედეგად, დასაბუთებული გადაწყვეტილების მიღება.

საკითხის სირთულეს განაპირობებს ის, რომ დისციპლინური პასუხისმგებლობის უკიდურესი ფორმის გამოყენება არ წარმოადგენს კანონით გათვალისწინებულ გარდაუვალ შედეგს, არამედ ეს არის დამსაქმებლის გადაწყვეტილების საფუძველზე შერჩეული პრობლემის გადაჭრის ერთ-ერთი ფორმა.

სტატიის კვლევის ობიექტია დასაქმებულის კეთილსინდისიერი ქცევა, როგორც მასთან შრომითი ურთიერთობის შეწყვეტის დასაბუთებულობის ერთ-ერთი კრიტერიუმი. საკითხი ძალიან მნიშვნელოვანია და, ხშირ შემთხვევაში, ცენტრალურ როლს თამაშობს დამსაქმებლის მიერ გადაწყვეტილების მიღების პროცესში, თუმცა, ნაკლებად არის შესწავლილი და სასამართლო პრაქტიკაც ამ მიმართულებით ფაქტობრივად არ არის განვითარებული. მხარეთა კეთილსინდისიერების სტანდარტი შესწავლილია მხოლოდ სახელშეკრულებო ურთიერთობის პრიზმაში, რაც ცალსახად არ არის საკმარისი და შრომითი ურთიერთობის სპეციფიკის გათვალისწინებით საჭიროებს დამატებით კვლევას.

სტატიაში განხილულია ქართული სასამართლო პრაქტიკა, თემასთან დაკავშირებული შრომის სასერთაშორისო ორგანიზაციის რეკომენდაციებთან და რელევანტურ საერთაშორისო სამართლის ნორმებთან მიმართებით და გამოთქმულია ავტორის შემაჯამებელი მოსაზრება პრობლემის გადაწყვეტისა და, შრომითი ურთიერთობის ცალმხრივად შეწყვეტის დროს, მხარეთა ინტერესების ბალანსის მიღწევის შედეგობის შესახებ.

შესავალი

შრომის სამართალი სამართლის იმ საგამონაკლისო დარგებს მიეკუთვნება, რომელიც, ურთიერთობის ყველა მონაწილეთა დაცვის უზრუნველყოფასთან ერთად, უპირატესად, ორიენტირებულია ე.წ. „სუსტი მხარის“ უფლებათა დაცვის გარანტიების შექმნაზე.

კანონმდებლის ინტერესს წარმოადგენს ის, რომ დასაქმებული, როგორც იერარქიული კიბის შედარებით ქვედა საფეხურზე მყოფი სუსტი მხარე, დაცული იყოს დამსაქმებლის მიერ უფლებამოსილების ბოროტად გამოყენებისგან.

დასაქმებულის ინტერესებზე ორიენტირებულობის ერთ-ერთი გამოხატულებაა დამსაქმებლის ინიციატივით შრომითი ურთიერთობის შეწყვეტის დროს დასაქმებულის დაცვის ისეთი მექანიზმები, როგორიცაა წინასწარი გაფრთხილება, კომპენსაცია და

^{*} სამართლის დოქტორი, თბილისის ღია უნივერსიტეტის ასოცირებული პროფესორი, შავი ზღვის საერთაშორისო უნივერსიტეტის მოწვეული ლექტორი.

შრომითი ურთიერთობის შეწყვეტის აუცილებლობის დასაბუთება იმის დამატებით, რომ სასამართლო განხილვის ეტაპზე, ბევრ შემთხვევაში, მტკიცების ტვირთის ბალანსიც დასაქმებულის სასარგებლოდ არის დარღვეული.

საქართველოს შრომის კოდექსით¹ (შკ) გათვალისწინებული შრომითი ურთიერთობის შეწყვეტის საფუძვლებიდან შეიძლება ორი სამართლებრივი საფუძვლის გამორჩევა, როდესაც შრომითი ურთიერთობის შეწყვეტა უმეტესწილად დამოკიდებულია დამსაქმებლისაგან მომდინარე სუბიექტურ ფაქტორზე² - დასაქმებულის მიერ ინდივიდუალური შრომითი ხელშეკრულებით ან კოლექტიური ხელშეკრულებით ან/და შრომის შინაგანაწესით დაკისრებული ვალდებულების დარღვევა (შკ-ის 37-ე, I მუხლის ზ) და თ) ქვეპუნქტები) და სხვა ობიექტური გარემოება, რომელიც ამართლებს შრომითი ხელშეკრულების შეწყვეტას (შკ 37-ე, I მუხლის ო) ქვეპუნქტი)³. სხვა დანარჩენ შემთხვევებში დამსაქმებელი იძულებულია, დაელოდოს შესაბამისი ობიექტური წინაპირობის წარმოშობას, რომელიც გარდაუვლად იწვევს შრომითი ხელშეკრულების შეწყვეტას.

ზემოაღნიშნული საფუძვლებით, ხელშეკრულების შეწყვეტის შემთხვევაში მნიშვნელოვანია მხარეთა ქცევის შეფასება როგორც შეწყვეტამდე, ისე შეწყვეტის პროცესში, ვინაიდან დამსაქმებელი სარგებლობს ერთგვარი „დისკრეციის“ უფლებით, გადაწყვეტილების მიღების დროს გაითვალისწინოს როგორც უკვე განხორციელებული ქმედების შინაარსი, ისე საკითხისადმი დასაქმებულის დამოკიდებულების და სამომავლო შედეგები.

ახალი შკ-ის ამოქმედების შედეგად მნიშვნელოვნად ამაღლდა დასაქმებულის დაცვის სტანდარტი. ამასთან, ქართულ სასამართლო პრაქტიკაში შეინიშნება ევროპულ სტანდარტებთან დაახლოვებისა და ევროპული დირექტივების გადაწყვეტილებაში ასახვის ტენდენცია, შესაბამისად, საინტერესოა და მნიშვნელოვანია, თუ რა მიმართულებით ვითარდება ერთგვაროვანი პრაქტიკა და რამდენად არის დაცული ორივე მხარის უფლებები.

წინამდებარე სტატიის ფარგლებში განხორციელდება კანონმდებლობისა და უახლესი ქართული სასამართლო პრაქტიკის ანალიზი დამსაქმებლის ინიციატივით შრომითი ურთიერთობის შეწყვეტის შემთხვევაში დასაქმებულის კეთილსინდისიერების საკითხთან მიმართებით და მისი შედარება შრომის საერთაშორისო ორგანიზაციის მიერ შემუშავებულ სტანდარტებთან.

სამართლებრივი რეგულირება

მოქმედი შკ, წინამორბედისგან განსხვავებით, ზღუდავს დამსაქმებლის უფლებას, მხოლოდ საკუთარი შეხედულების საფუძველზე, შეწყვიტოს დასაქმებულთან ურთიერთობა. კოდექსის წინა რედაქცია⁴ ასეთ შემთხვევაში დამსაქმებელს აკისრებდა მხოლოდ წინასწარი ინფორმირებისა და კომპენსაციის გადახდის ვალდებულებას,⁵ რაც

¹ 2010 წლის №4113 საქართველოს ორგანული კანონი შრომის კოდექსი. ტექსტი ხელმისაწვდომია ვებგვერდზე <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/1155567?publication=16>>.

² არ იგულისხმება ცალმხრივად, წინასწარგაფრთხილების გზით დასაქმებულის მიერ ხელშეკრულების შეწყვეტა შკ-ის 38-ე, IV მუხლის საფუძველზე.

³ სტატიის მიზნებისთვის, იგულისხმება შკ-ის 47-ე მუხლი, 29.09.2020წ. №7177 საკანონმდებლო ცვლილებების შედეგად ჩამოყალიბებული რედაქციით.

⁴ საქართველოს 2006 წლის №3132 კანონი შრომის კოდექსი. ხელმისაწვდომია ვებგვერდზე <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/26350?publication=4>>.

⁵ 38-ე მუხლის მიხედვით, შრომითი ხელშეკრულების დაიშვებოდა ერთ-ერთი მხარის ინიციატივით, ამ მუხლით დადგენილი წესით, ხოლო თუ მისი მოშლის ინიციატორი დასაქმებული იყო, იგი ვალდებული იყო

ობიექტური შეფასებით, მინიმალური დაცვის გარანტიასაც არ ქმნიდა დასაქმებულისათვის და დამსაქმებელს აძლევდა დასაქმებულზე ზემოქმედების საშუალებას.

არსებული რეგულაციებით, დასაქმებულის მიერ, დისციპლინური გადაცდომის ჩადენის საფუძველზე, შრომითი ურთიერთობის შეწყვეტის შემთხვევაში დასაქმებულისათვის არაა გათვალისწინებული რაიმე ტიპის ფინანსური დანამატის/კომპენსაციის მიცემა, ხდება მხოლოდ ფაქტობრივად ნამუშევარი დღეების ანაზღაურება.

შკ 37⁶-ე, I მუხლის ო) ქვეპუნქტის (სხვა ობიექტური გარემოება, რომელიც ამართლებს შრომითი ხელშეკრულების შეწყვეტას) გამოყენების შემთხვევაში შკ ითვალისწინებს წინასწარი გაფრთხილების და ფულადი კომპენსაციის გადახდის ვალდებულებას, რომლის ოდენობაც დამოკიდებულია დასაქმებულისათვის შეტყობინების გაგზავნის დროზე.⁷

ორივე შემთხვევაში, მხარეების მიმართ შკ-ის დებულებების გარდა მოქმედებს საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის⁸ (სკ) შესაბამისი ნორმები, რომლებიც ადგენს კეთილსინდისიერების სტანდარტს, კერძოდ იმას, რომ კერძოსამართლებრივი ურთიერთობის მონაწილეები ვალდებული არიან კეთილსინდისიერად განახორციელონ თავიანთი უფლებები და მოვალეობანი,⁹ ამასთან, სამოქალაქო უფლება უნდა განხორციელდეს მართლზომიერად. დაუშვებელია უფლების გამოყენება მარტოოდენ იმ მიზნით, რომ ზიანი მიადგეს სხვას¹⁰.

ბუნებრივია, დამსაქმებლის კეთილსინდისიერების სტანდარტის შეფასება ხდება იმის მიხედვით, ხომ არ იყენებს იგი დასაქმებულზე ზემოქმედების დაუშვებელ საშუალებებს, მის მიერ გამოყენებული პასუხისმგებლობის ზომა არის თუ არა გადაცდომის ადეკვატური, ან/და თავად ხომ არ შეუწყო ხელი ისეთი გარემოებების წარმოშობას, რაც შემდგომში გახდებოდა შრომითი ურთიერთობის შეწყვეტის საფუძველი.

იქიდან გამომდინარე, რომ კანონმდებლობაც და სასამართლო პრაქტიკაც დასაქმებულის დაცვაზეა ორიენტირებული, მისი კეთილსინდისიერების საკითხის შეფასება, როგორც წესი, ნაკლებად აქტუალურია, მაშინ როდესაც დამსაქმებლის კეთილსინდისიერება მრავალწახნაგოვანი პრიზმით დაკვირვების ობიექტია.

გაეფრთხილებინა დამსაქმებელი არანაკლებ 30 კალენდარული დღით ადრე წერილობითი შეტყობინებით, რა დროსაც დასაქმებულს ეძლეოდა არანაკლებ ერთი თვის შრომის ანაზღაურება.

⁶ სტატიის მიზნებისთვის იგულისხმება შკ-ის 47-ე მუხლი, 29.09.2020წ. №7177 საკანონმდებლო ცვლილებების შედეგად ჩამოყალიბებული რედაქციით.

⁷ შკ-ის 38-ე მუხლით (სტატიის მიზნებისთვის იგულისხმება შკ-ის 48-ე მუხლი, 29.09.2020წ. №7177 საკანონმდებლო ცვლილებების შედეგად ჩამოყალიბებული რედაქციით) „1. დამსაქმებლის მიერ ამ კანონის 37-ე მუხლის პირველი პუნქტის „ა“, „ვ“, „ი“ და „ო“ ქვეპუნქტებით გათვალისწინებული რომელიმე საფუძველით შრომითი ხელშეკრულების შეწყვეტისას დამსაქმებელი ვალდებულია, არანაკლებ 30 კალენდარული დღით ადრე გააფრთხილოს დასაქმებული წინასწარი წერილობითი შეტყობინების გაგზავნით. ამასთანავე, დასაქმებულს მიეცემა კომპენსაცია არანაკლებ 1 თვის შრომის ანაზღაურების ოდენობით, შრომითი ხელშეკრულების შეწყვეტიდან 30 კალენდარული დღის ვადაში. 2. დამსაქმებლის მიერ ამ კანონის 37-ე მუხლის პირველი პუნქტის „ა“, „ვ“, „ი“ და „ო“ ქვეპუნქტებით გათვალისწინებული რომელიმე საფუძველით შრომითი ხელშეკრულების შეწყვეტისას დამსაქმებელი უფლებამოსილია არანაკლებ 3 კალენდარული დღით ადრე გააფრთხილოს დასაქმებული წინასწარი წერილობითი შეტყობინების გაგზავნით. ამ შემთხვევაში დასაქმებულს მიეცემა კომპენსაცია არანაკლებ 2 თვის შრომის ანაზღაურების ოდენობით, შრომითი ხელშეკრულების შეწყვეტიდან 30 კალენდარული დღის ვადაში“.

⁸ საქართველოს 1997 წლი №786 კანონი სამოქალაქო კოდექსი. ტექსტი ხელმისაწვდომია ვებგვერდზე <<https://matsne.gov.ge/document/view/31702?publication=111>>.

⁹ საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის (სკ) მე-8, III მუხლი.

¹⁰ სკ-ის 115-ე მუხლი.

ცალკე შეფასების საკითხია შრომითი ურთიერთობის შეწყვეტის საკითხის მარეგულირებელი საერთაშორისო სამართლის ნორმათა დებულებები, რომლებთან შესაბამისობის საკითხიც სტატიის ძირითად და დასკვნით ნაწილში იქნება სუმირების ობიექტი.

სასამართლო პრაქტიკა

საქართველოს უზენაესი სასამართლო ავითარებს პრაქტიკას, რომ დასაქმებულთა შრომის უფლებების დაცვის კონსტიტუციური პრინციპის შესაბამისად, დასაქმებულის მიერ ჩადენილი ყოველი დარღვევა შეფასებულ უნდა იქნეს მისი ჩადენის სიხშირის, სიმძიმის და, რაც მთავარია, შედეგობრივი თვალსაზრისით. შრომის სამართალში *ultima ratio*-ს¹¹ პრინციპით მოითხოვება დამსაქმებლის მხრიდან დასაქმებულის სამსახურიდან დათხოვნამდე მისი ქმედების შეფასება მიზეზ-შედეგობრივი თვალსაზრისით - დარღვევასა (გადაცდომას) და გათავისუფლებას შორის ზომიერი ბალანსის დაცულობა. ნიშანდობლივია, რომ, ამავე პრინციპის შესაბამისად, დამსაქმებლის მიერ დარღვევის (გადაცდომის) ჩადენისას გამოყენებულ უნდა იქნეს ისეთი ზომები, რომელიც არსებულ ვითარებას გამოასწორებს, გააუმჯობესებს, დასაქმებულს უკეთესს გახდის, კვალიფიკაციას აუმაღლებს, უფრო წინდახედულად და გულისხმიერად მოქცევას აიძულებს. შესაბამისად, მიზანშეწონილობის კუთხით, გადაცდომის დროს არჩეულ უნდა იქნეს პროპორციული დასჯის მექანიზმი, რაც, შედეგობრივად, გარდა იმისა, რომ დამრღვევს დასჯის, მას და სხვა დასაქმებულებს უფრო ეფექტიან შრომის მოტივაციას შეუქმნის. ამდენად, იმისათვის, რომ დასაქმებულის სამსახურიდან გათავისუფლება დამსაქმებლის მხრიდან ადეკვატურ, საჭირო და პროპორციულ ღონისძიებად იქნეს მიჩნეული, აუცილებელია, სახეზე იყოს ისეთი მძიმე დარღვევა, რომელიც სხვა უფრო მსუბუქი სანქციის გამოყენებას მიზანშეუწონელს ხდის.¹² სასამართლოში ამ ტენდენციის მიხედვით, დამსაქმებელმა უნდა დაადასტუროს მოსარჩელის (დასაქმებულის) მიერ მასზე დაკისრებულ ვალდებულებათა იმგვარი დარღვევა, რომელიც მისთვის გაფრთხილების, დამატებითი ვადის მიცემის ან კიდევ უფრო მსუბუქი სანქციის შეფარდებას გამორიცხავდა და მისი სამსახურიდან გათავისუფლება ჩადენილი დარღვევის ადეკვატური ღონისძიება იყო (შდრ. სუსგ-ები №ას-499-499-2018; №ას-1276-1216-2014; №ას-1028-970-2015).

ამავდროულად, შესაბამისი გადაცდომის არსებობის ისევე, როგორც სახდელის ადეკვატურობის მტკიცების ტვირთი, შკ-ის 38-ე,¹³ VII მუხლის ბოლო წინადადების შესაბამისად, ეკისრება დამსაქმებელს. სამსახურიდან დათხოვნის წონადი საფუძვლის არსებობის საკითხზე მტკიცების ტვირთთან მიმართებაში საქართველოს უზენაესი სასამართლო ავითარებს მსჯელობას, რომ მტკიცების ტვირთის დამსაქმებლისთვის

¹¹ ტერმინის დეფინიციას შეიცავს ევროპული კომისიის მიერ შრომითი ურთიერთობების შეწყვეტის თაობაზე ევროპული კავშირის წევრ ქვეყნებში არსებული მდგომარეობის ამსახველი კვლევა, რომლის თანახმად, დასაქმებულის გათავისუფლება უკიდურესი ღონისძიებაა და მისი გამოყენება ხდება სხვა ალტერნატივების გამოყენების მიზანშეწონილობის გათვალისწინებით (The *ultima ratio* rule plays a role in several Member States; dismissal becomes the employer's final solution. This presumes that alternatives to dismissal have been envisaged). *ib.* Termination of employment relationships (Legal situation in the Member States of the European Union), European Commission Directorate General Employment, Social Affairs and Equal Opportunities Unit D2, April 2006, 3. ხელმისაწვდომია ვებგვერდზე <<https://ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=4623&langId=en>>.

¹² საქართველოს უზენაესი სასამართლოს გადაწყვეტილება (სუსგ) №ას-360-2019.

¹³ სტატიის მიზნებისთვის იგულისხმება შკ-ის 48-ე მუხლი, 29.09.2020წ. №7177 საკანონმდებლო ცვლილებების შედეგად ჩამოყალიბებული რედაქციით.

გადაკისრება დასაბუთებულია დასაქმებულის, როგორც სუსტი მხარის, მხარდაჭერის სურვილით და დასაქმებულის მიერ მტკიცების შესაძლებლობის შეზღუდულობით.^{14 15}

საკასაციო ინსტაციის სასამართლო, მოქმედ კანონმდებლობაზე დაყრდნობით, განმარტავს, რომ სამართალწარმოებაში მოქმედებს მტკიცების ტვირთის განაწილების ორი ძირითადი წესი: ზოგადი წესი, რომელიც, სამოქალაქო საპროცესო კოდექსის¹⁶ (სსკ) 102-ე მუხლის თანახმად, ეკისრება თითოეულ მხარეს და სპეციალური წესი, რომელსაც თავად გამოსაყენებელი მატერიალური ნორმა აწესებს. მოცემულ შემთხვევაში სადავოა სამსახურიდან გათავისუფლების (შრომითი ხელშეკრულების ვადამდე შეწყვეტა) მართლზომიერება, რომელიც უნდა შემოწმდეს შრომის სამართალში მოქმედი ნორმებით, უნდა ვიხელმძღვანელოთ მტკიცების ტვირთის განაწილების სწორედ იმ სტანდარტით, რომელსაც შრომის სამართალი აწესებს და რომლის თანახმადაც, სწორედ, დამსაქმებელია ვალდებული, დაადასტუროს დასაქმებულის სამსახურიდან გათავისუფლების (შრომითი ხელშეკრულების ვადამდე შეწყვეტის) კანონიერი და საკმარისი საფუძვლის არსებობა. საკასაციო სასამართლოს ამგვარი დასკვნის საფუძველია პრინციპი, რომლის მიხედვითაც დამსაქმებელს გააჩნია მტკიცებითი უპირატესობა, სასამართლოს წარუდგინოს მისთვის ხელსაყრელი მტკიცებულებები.^{17 18 19}

ეროვნულ კანონმდებლობასთან და სასამართლო პრაქტიკასთან ერთად, მნიშვნელოვანია საერთაშორისო სამართლის ნორმებიც, რომლებიც ანალოგიურ რეგულაციებს შეიცავს. თსს, შრომით დავებთან დაკავშირებით, იშველიებს საერთაშორისო სამართლის ნორმებს და განმარტავს, რომ შრომითსამართლებრივი ურთიერთობის ბუნებიდან გამომდინარე, სასამართლო ყურადღებას ამახვილებს მტკიცების ტვირთის განაწილების, გარკვეულწილად, „სპეციალურ“ წესზე, კერძოდ, იშველიებს შრომის საერთაშორისო ორგანიზაციის²⁰ №158-ე კონვენციას შრომითი ურთიერთობის შეწყვეტის შესახებ²¹. ეს კონვენცია შეიცავს საკმაოდ საინტერესო და, ამავე

¹⁴ სუსგ №ას-630-630-2018, §28.

¹⁵ სასამართლო განხილვის ეტაპზე, დამსაქმებლის მიერ შრომითი ურთიერთობის ცალმხრივად შეწყვეტის წინარე სტადიაა დასაქმებულის მიერ შრომითი ურთიერთობის შეწყვეტის შესახებ წერილობითი შეტყობინების მიღების შემდეგ 7 დღის ვადაში შეწყვეტის დასაბუთების მიღების მოთხოვნა, რომლის მიღების შემდეგაც იწყება სასამართლოსთვის მიმართვის ვადის დინება. დასაბუთების მიღება წარმოადგენს დასაქმებულის უფლებას და არა ვალდებულებას, შესაბამისად, ამ უფლების გამოუყენებლობის შემთხვევაში, ზემოხსენებული ვადის ამოწურვის შემდეგ, დაიწყება გასაჩივრების ვადის ათვლა.

¹⁶ საქართველოს 1997 წლის №1106 კანონი. ტექსტი ხელმისაწვდომია ვებგვერდზე <<https://matsne.gov.ge/ka/docu ment/view/29962?publication=143>>.

¹⁷ სუსგ №ას-151-147-2016; §43.

¹⁸ ასევე სასამართლო პრაქტიკაში ვხვდებით განმარტებას, რომ ზოგადად სამოქალაქო სამართალში მოქმედებს პრინციპი *affirmanti, non negati, incumbit probatio* - „მტკიცების ტვირთი ეკისრება მას, ვინც ამტკიცებს და არა მას, ვინც უარყოფს“. ამ დებულებიდან გამომდინარე, უნდა განისაზღვროს, ვინ რა უნდა ამტკიცოს. იხ. თბილისის საქალაქო სასამართლოს გადაწყვეტილება (თსსგ) №2/31800-17(330210017002176613), 07.02.2018 წ.

¹⁹ სუს-ს 2016 წლის 29 ივლისის განჩინებაში (№ას-194-185-2016) შრომით დავაში მტკიცების ტვირთის განაწილების საკითხზე განმარტებულია, რომ ასეთი დავები მტკიცების ტვირთის განაწილების გარკვეული თავისებურებით ხასიათდება, რასაც, მტკიცებულებების წარმოდგენის თვალსაზრისით, დამსაქმებლისა და დასაქმებულის არათანაბარი შესაძლებლობები განაპირობებს. მოსარჩელე დასაქმებული, რომელიც სამსახურიდან დათხოვნის თაობაზე მიუთითებს, ვერ დაადასტურებს მისი სამსახურიდან დათხოვნის უკანონობას. შესაბამისად, მოსარჩელის პრეტენზია, რომ იგი უკანონოდ გაათავისუფლეს სამსახურიდან, მტკიცების ტვირთს აბრუნებს და დამსაქმებელს დასაქმებულის სამსახურიდან მართლზომიერად გათავისუფლების მტკიცების ვალდებულებას აკისრებს. ამგვარადაა განმარტებული მტკიცების ტვირთის განაწილების საკითხი საქართველოს უზენაესი სასამართლოს 2015 წლის 18 მარტის (№ას-1276-1216-2014), 2015 წლის 23 მარტის (№ას-122-114-2015) განჩინებებში. თსსგ №2/31800-17, 07.02.2018 წ.

²⁰ შრომის საერთაშორისო ორგანიზაცია (შსო) (International Labour Organisation (ILO)). ოფიციალური ვებგვერდი <<https://www.ilo.org/global/lang-en/index.htm>>.

²¹ ტექსტი ხელმისაწვდომია ვებგვერდზე <https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12_100_ILO_CODE:C158>.

დროს, განსახილველი სამართალურთიერთობისათვის მნიშვნელოვანს დანაწესს, რომლის თანახმადაც, შრომითი ურთიერთობის შეწყვეტის კანონიერი მიზეზის მტკიცების ტვირთი უნდა ეკისრებოდეს დამსაქმებელს. მით უმეტეს, შრომითი ურთიერთობა, თავისი არსით, ბუნებრივად, ეხება ისეთ მხარეებს, რომლებიც სრულად ჰორიზონტალურ სიბრტყეში ვერ იქნებიან აღქმულნი ერთმანეთთან. დამსაქმებელი ასეთი შინაარსის სამართალურთიერთობაში წარმოადგენს ხელშეკრულების ძლიერ მხარეს; მას მიუწვდება ხელი ყველა იმ საჭირო მექანიზმსა და მონაცემზე, რომლებითაც შრომითი ურთიერთობის რაიმე სახის ცვლილება უნდა დასაბუთდეს. ისეთ შემთხვევაში, როდესაც დამსაქმებელი იღებს გადაწყვეტილებას უკვე დამკვიდრებული და წლების განმავლობაში ჩამოყალიბებული კონკრეტული შრომითი ურთიერთობის, ასე ვთქვათ, „თამაშის წესების“ ცვლილებაზე (ან მითუმეტეს საერთოდ ამ „თამაშის“ შეწყვეტასა და დასრულებაზე), სწორედ იგი ხდება პირი, რომელმაც საკუთარი გამოვლენილი ნების მართლზომიერება უნდა ამტკიცოს, მის ხელთ არსებული შესაბამისი ინსტრუმენტებით. სწორედ დამსაქმებელმა უნდა ამტკიცოს, რომ მის მიერ გამოვლენილი ნება შესაბამისობაშია როგორც შრომითი ურთიერთობის მომწესრიგებელ სამართლის წყაროებთან, ასევე სკ-ის 115-ე მუხლთან, რომლის თანახმადაც, ყოველი სამოქალაქო უფლება უნდა განხორციელდეს მართლზომიერად.²²

ცალკე განხილვის საგანია, შრომითი ურთიერთობის შეწყვეტის თაობაზე დასაქმებულის ინფორმირებულობის საკითხი, რაც პირდაპირ უკავშირდება გასაჩივრების ხანდაზმულობის ვადას. უზენაესი სასამართლოს სამოქალაქო საქმეთა პალატის მნიშვნელოვანი განმარტების მიხედვით, შრომის ხელშეკრულების შეწყვეტა ცალმხრივი მიღებასავალდებულო ნების გამოვლენაა, შესაბამისად, იგი ნამდვილად ადრესატისათვის (დასაქმებულისათვის) მისვლის (ჩაბარების) მომენტიდან მიიჩნევა.^{23 24} დასაქმებულის უფლებაა, ინდივიდუალურად იქნეს გაფრთხილებული დამსაქმებლის მიერ შრომითი ხელშეკრულების შეწყვეტის საფუძვლის შესახებ, რაც კონსტიტუციით გარანტირებული შრომის უფლებას უკავშირდება. სასამართლოს მსჯელობის მიხედვით, როდესაც, შრომითი ხელშეკრულება წინასწარი გაფრთხილების გარეშე წყდება (შკ-ით გათვალისწინებულ შემთხვევებში), მიზანშეწონილია, ხელშეკრულების შეწყვეტის შესახებ შეტყობინება წერილობით განხორციელდეს. წერილობითი დოკუმენტის შექმნა, ერთი მხრივ, დასაქმებულის უფლებების დაცვას ემსახურება, ვინაიდან იგი უფლებამოსილია, სრულ ინფორმაციას ფლობდეს მასთან შრომითი ხელშეკრულების შეწყვეტის თარიღის, საფუძვლისა და გასაჩივრების წესის თაობაზე, მეორეს მხრივ, კი დამსაქმებლისათვის მტკიცების პროცესს აიოლებს, რადგან, თუ დამსაქმებელმა ვერ დაადასტურა დასაქმებულისათვის შრომითი ხელშეკრულების შეწყვეტის თაობაზე ინფორმაციის ჩაბარება, ხელშეკრულება შეწყვეტილად არ მიიჩნევა. დასაქმებული შეზღუდულია შრომითი ხელშეკრულების შეწყვეტის შესახებ დამსაქმებლის გადაწყვეტილების სასამართლოში გასაჩივრების 30 დღიანი ვადით.²⁵

²² იხ. თსსგ №2/31800-17(330210017002176613), 07.02.2018 წ.

²³ სუსგ №ას-1210-2018.

²⁴ ამ საკითხთან დაკავშირებით №ას-360-2019 გადაწყვეტილებაში უზენაესი სასამართლო განმარტავს, რომ: მიზანშეწონილია, ხელშეკრულების შეწყვეტის შესახებ შეტყობინება წერილობით განხორციელდეს. წერილობითი დოკუმენტის შექმნა, ერთი მხრივ, დასაქმებულის უფლებების დაცვას ემსახურება, ვინაიდან იგი უფლებამოსილია, სრულ ინფორმაციას ფლობდეს მასთან შრომითი ხელშეკრულების შეწყვეტის თარიღის, საფუძვლისა და გასაჩივრების წესის თაობაზე. მეორე მხრივ, კი დამსაქმებლისათვის მტკიცების პროცესს აიოლებს, რადგან, თუ დამსაქმებელმა ვერ დაადასტურა დასაქმებულისათვის შრომითი ხელშეკრულების შეწყვეტის თაობაზე ინფორმაციის ჩაბარება, ხელშეკრულება შეწყვეტილად არ მიიჩნევა. დასაქმებული შეზღუდულია შრომითი ხელშეკრულების შეწყვეტის შესახებ დამსაქმებლის გადაწყვეტილების სასამართლოში გასაჩივრების 30 დღიანი ვადით.

²⁵ სუსგ №ას-360-2019.

სასამართლოსვე განმარტებით, გასაჩივრების ზემოაღნიშნული ვადა უნდა აითვალოს იმ დღიდან, როდესაც დასაქმებულს წერილობით განემარტა ხელშეკრულების შეწყვეტის მიზეზი. ყველაზე გვიან აღნიშნული 30 დღიანი ვადა აითვლება დასაქმებულის მოთხოვნის საპასუხოდ დამსაქმებლის მიერ ხელშეკრულების შეწყვეტის შესახებ მიზეზის დასაბუთების დასაქმებულისათვის ჩაბარების დღიდან.²⁶

უზენაესი სასამართლოს პრაქტიკაში, ასევე ვხვდებით განმარტებას, რომ „... კანონმდებელმა შრომითი ხელშეკრულების შეწყვეტის შესახებ დამსაქმებლის გადაწყვეტილების გასაჩივრებისათვის დაადგინა 30-დღიანი ვადა, რომლის ათვლა დაუკავშირა დასაქმებულის მიერ შრომითი ხელშეკრულების შეწყვეტის საფუძვლის წერილობითი დასაბუთების მიღების ან დამსაქმებლის მიერ 7 კალენდარული დღის ვადაში წერილობითი დასაბუთების ვალდებულების შეუსრულებლობის ფაქტს“.²⁷

დასაქმებულის ქცევა შრომითი ურთიერთობის შესაძლო შეწყვეტის პროცესში

ამრიგად, სასამართლო პრაქტიკის ანალიზის შედეგად იკვეთება, რომ როგორც კანონმდებელი, ისე სასამართლო სისტემა ორიენტირებულია დასაქმებულის ინტერესების დაცვაზე შკ-ის 37²⁸-ე, I მუხლის ზ), თ) და ო) ქვეპუნქტების საფუძველზე შრომითი ურთიერთობის შეწყვეტის დროს. კერძოდ, დამსაქმებელი პასუხისმგებელია ხელშეკრულების შეწყვეტამდე პროცესების კანონმდებლობის შესაბამისად წარმართვაზე, დასაქმებულის დროულად ინფორმირებულობასა და საქმის ფაქტობრივი გარემოებების მტკიცებაზე. ამავდროულად, შრომითი ურთიერთობის შეწყვეტის მართებულობისა და ადეკვატურობის დასაბუთებაც დამსაქმებელს უწევს სასამართლოს წინაშე, თუკი ამას 7 დღეში, დასაქმებულის მოთხოვნიდან ამ უკანასკნელის წინაშე არ აკეთებს.

სასამართლო პრაქტიკა თითქმის არ შეიცავს მსჯელობს ისეთ საკითხზე, როგორცაა დასაქმებულის კეთილსინდისიერება შრომითი ურთიერთობის შეწყვეტამდე და შეწყვეტის ეტაპზე.

შრომითი ხელშეკრულების შეწყვეტასთან მიმართებით მსჯელობის დროს საკასაციო სასამართლო გვერდს არ უვლის კეთილსინდისიერების მნიშვნელობს, თუმცა მას განიხილავს მხოლოდ დამსაქმებლის ქმედების კონტექსტში და ნაკლებად ამახვილებს ყურადღებას დასაქმებულის კეთილსინდისიერებაზე. კერძოდ, საკასაციო პალატა განმარტავს, რომ შრომითი ხელშეკრულების შეწყვეტა არის უკიდურესი ღონისძიება, რომელიც გამოყენებული უნდა იქნეს გამონაკლისი სახით და მხოლოდ კანონით პირდაპირ გათვალისწინებულ შემთხვევაში, მყარი საფუძვლის არსებობის პირობებში. საქართველოში განხორციელებული შრომის კანონმდებლობის რეფორმის ერთ-ერთი მიზანი სწორედ დასაქმებულის უფლებების დაცვა იყო. ამასთან, მნიშვნელოვანია, რომ შრომის სამართალი დაკავშირებულია ქვეყნის ეკონომიკურ განვითარებასთან და თითოეული საქმის ინდივიდუალური შეფასებისას გამოყენებული უნდა იქნეს ე.წ. *favor prestatoris* პრინციპი, რაც დასაქმებულთათვის სასარგებლო წესთა უპირატესობას ნიშნავს. სწორედ ამ პრინციპის გამოყენებისას, საჭიროა დამსაქმებლისა და დასაქმებულის მოთხოვნებისა და ინტერესების წონასწორობის დაცვა სამართლიანობის, კანონიერებისა და თითოეული მათგანის ქმედების კეთილსინდისიერების კონტექსტით.²⁹

²⁶ სუსგ №ას-360-2019.

²⁷ სუსგ №ას-11-11-2018.

²⁸ სტატიის მიზნებისთვის იგულისხმება შკ-ის 47-ე მუხლი, 29.09.2020 წ. №7177 საკანონმდებლო ცვლილებების შედეგად ჩამოყალიბებული რედაქციით.

²⁹ სუსგ №ას-997-2019, 30 ოქტომბერი, 2019, §9. ხსენებულ გადაწყვეტილებაში, ისევე, როგორც, მთელ რიგ მსგავს გადაწყვეტილებებში საკასაციო სასამართლო აცალიბებს ერთგვაროვან პრაქტიკას, რომ დამსაქმებლისთვის შრომითი ურთიერთობის შეწყვეტის კანონით მინიჭებული უფლება (ხელშეკრულებიდან გასვლა) უნდა განხორციელდეს მართლზომიერად, იხ. სუსგ-ები №ას-1155-1086-2015, 2016 წლის 2 თებერვლის

როგორც ზემოთ უკვე აღინიშნა, ისევე, როგორც, ზოგადად, კერძოსამართლებრივი ურთიერთობების შემთვევაში, კეთილსინდისიერება სახელშეკრულებო ურთიერთობის აუცილებელი მახასიათებელია და მის გარეშე კერძოსამართლებრივი ტრანზაქციების განხორციელება შეუძლებელია. კეთილსინდისიერება არის ის ქვაკუთხედი, რაზეც დაფუძნებულია კერძოსამართლებრივი ურთიერთობები და მისი დარღვევა, წარმოშობს კონკრეტულ სამართლებრივ შედეგებს. „შრომითი ურთიერთობა არ გულისხმობს მხარეებს შორის დისტანცირებულ მდგომარეობაში ხელშეკრულებიდან გამომდინარე ვალდებულებების შესრულებას, არამედ, მისი გამოხატულებაა დამსაქმებელსა და დასაქმებულს შორის ინტენსიური კომუნიკაცია და საერთო მიზნისათვის ერთობლივი აქტივობების განხორციელება. ამ ფაქტორის გათვალისწინებით, სახელშეკრულებო სამართლის ერთ ერთი მთავარი პრინციპი - მხარეებს შორის ნდობისა და კეთილსინდისიერების პრინციპია“.^{30 31}

დასაქმებულის მიერ ვალდებულების დარღვევა, ე.წ. „არასათანადო ქცევა“, რაც იწვევს მხარეთა შორის ურთიერთობის შეწყვეტას, შეფასებითი კატეგორიაა. იქიდან გამომდინარე, რომ დაუყოვნებელი შეწყვეტის წინაპირობას ქმნის უხეში დარღვევა, მისი სიმძიმე უნდა იყოს შეფასებული და დასაბუთებული. საკითხთან დაკავშირებით შსო-ის ექსპერტთა კომიტეტი აყალიბებს „არასათანადო ქცევის“ კონცეფციას, რომელიც, თავის მხრივ, იყოფა ორ კომპონენტად: 1) დასაქმებულთა მიერ შრომითი ხელშეკრულებით გათვალისწინებული მოვალეობების არაჯეროვანი შესრულება (არასათანადო პროფესიული ქცევა); 2) შეუფერებელი ყოფაქცევა.^{32 33} პირველის მაგალითია ისეთი არამართლზომიერი ქცევა, როგორცაა პროფესიულ ვალდებულებათა მიმართ გულგრილი დამოკიდებულება; სამუშაო წესების დარღვევა; დამსაქმებლის ლეგიტიმურ მითითებებზე დაუმორჩილებლობა; პატივსაღები მიზეზის გარეშე სამსახურში დაგვიანება, ან სამსახურის გაცდენა. მეორე კატეგორიაში იგულისხმება ზოგადი წესრიგის საწინააღმდეგო ქმედება...³⁴ დასახელებული გადაცდომები ინდივიდუალურ შემთხვევებში შესაძლოა, შეფასდეს შემთხვევითობად, თუმცა, სისტემატიურობისას, ცალსახად, მიანიშნებს დასაქმებულის არაკეთილსინდისიერ დამოკიდებულებაზე. მაგალითისათვის, სამსახურში სისტემატიური დაგვიანება, თუნდაც სხვა მოვალეობების

განჩინება; №ას-545-513-2012, 2012 წლის 5 ოქტომბრის განჩინება; №ას-549-517-2010, 2010 წლის 19 ოქტომბრის გადაწყვეტილება, №ას-545-513-2012, 2012 წლის 5 ოქტომბრის განჩინება.

³⁰ საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის (სსკ) მე-8 მუხლის მე-3 ნაწილი, სსკ-ის 316-ე მუხლის პირველი ნაწილი.

³¹ კეთილსინდისიერების პრინციპს შრომით ურთიერთობებში რამდენიმე გამოხატულება აქვს: კეთილსინდისიერება წინასახელშეკრულებო ურთიერთობის დროს, უშუალოდ ხელშეკრულების პირობების თავსებადობა ნდობისა და კეთილსინდისიერების პრინციპთან, მხარეთა კეთილსინდისიერება ხელშეკრულებიდან გამომდინარე ვალდებულებების შესრულებისა და ხელშეკრულების შეწყვეტის ეტაპებზე. სწორედ ამ უკანასკნელ ორ შემთხვევაში დასაქმებულის მიერ ვალდებულების შეუსრულებლობის ხარისხი და მისი ქცევის სტანდარტი არის წინამდებარე სტატიის კვლევის საგანი.

³² *კასრაძე, ლ.*, სახელმწიფოს მინიმალური ვალდებულება და „გონივრული საფუძვლის“ პრინციპი დასაქმებულის სამუშაოდან გათავისუფლების საქმეში: შრომის საერთაშორისო ორგანიზაციის სტანდარტი, ადამიანის უფლებათა დაცვის საერთაშორისო სტანდარტები და საქართველო, სტატიათა კრებული, *კორკელია, კ.* რედ. 2011, 109-111, ციტ. საქართველოს შრომის სამართალი და საერთაშორისო შრომის სტანდარტები სახელმძღვანელო მოსამართლეების, იურისტებისა და სამართლის პედაგოგებისათვის, შრომის საერთაშორისო ორგანიზაცია, 2017, 232.

³³ არასათანადო ქცევის თანამედროვე კონცეფციის განვითარებამდე შსო-ის 1963 წლის №119 რეკომენდაცია შრომითი ურთიერთობის შეწყვეტის თაობაზე უკვე ადგენდა სტანდარტს, რომ შრომითი ურთიერთობის შეწყვეტა დაუშვებელი იყო, გარდა იმ შემთხვევებისა, როდესაც შეწყვეტას პირდაპირი უკავშირდებოდა დასაქმებულის ქცევა, ან საწარმოს, დაწესებულების ან მომსახურების ოპერაციულ მოთხოვნებს, იხ. R119 - Termination of Employment Recommendation, 1963 §2(1). ხელმისაწვდომია ვებგვერდზე <https://www.ilo.org/dyn/normlex/fr/?p=NORMLEXPUB:55:0::NO::P55_TYPE,P55_LANG,P55_DOCUMENT,P55_NODE:REC,en,R119/Document>.

³⁴ იქვე. 232.

ჯეროვნად შესრულების პირობებში, ქმნის დისციპლინური პასუხისმგებლობის დაკისრების საფუძველს.

მაგალითად, საქმეზე №2/26626-19, დასაქმებულის მიერ არასათანადო შრომითი დისციპლინის გამოვლენისა და სამსახურებრივ მოვალეობათა არაჯეროვანი შესრულების გამო დამსაქმებელს დაეკარგა დასაქმებულთან შრომითი ურთიერთობის გაგრძელების ინტერესი და შესთავაზა შრომითი ხელშეკრულების შეწყვეტა მხარეთა შეთანხმების საფუძველზე შესაბამისი კომპენსაციის ოდენობის განხილვის პირობით. დასაქმებულმა შეთავაზების მიღების დღიდან ყოველგვარი გაფრთხილების გარეშე შეწყვიტა სამსახურში სიარული და დაკისრებულ მოვალეობათა შესრულება ისევე, როგორც აღარ მიუღია მონაწილეობა შრომითი ხელშეკრულების შეწყვეტის თაობაზე მოლაპარაკებებში. სამსახურში ორკვირიანი გამოუცხადებლობის შემდეგ დამსაქმებელი იძულებული გახდა, დასაქმებულის წინააღმდეგ დაეწყო დისციპლინური წარმოება, რომელიც გაგრძელდა ერთი თვის განმავლობაში. როგორც სამსახურში, ისევე დისციპლინურ წარმოებაში მონაწილეობის მიზნით დასაქმებულის არაერთხელ მოწვევის მიუხედავად, დასაქმებული არ ასრულებდა თავის სამსახურებრივ მოვალეობას, რის შედეგადაც დამსაქმებელმა მიიღო გადაწყვეტილება ყველაზე მძიმე დისციპლინური პასუხისმგებლობის ზომის (სამსახურიდან გათავისუფლება) გამოყენების თაობაზე.

სასამართლომ გაიზიარა დასაქმებულის პოზიცია, რომ დამსაქმებლის მხრიდან შრომითი ურთიერთობის შეწყვეტის თაობაზე ზეპირი კომუნიკაციის შედეგად თავი მიიჩნია სამსახურიდან გათავისუფლებულად და დაახლოებით თვენახევრის განმავლობაში არაერთი წერილობითი გაფრთხილების მიუხედავად სამსახურში გამოუცხადებლობა არ ქმნიდა ვალდებულების უხეში დარღვევის საფუძველით შრომითი ურთიერთობის შეწყვეტის საფუძველს, ხოლო დისციპლინური წარმოების დაწყებამდე არსებულ დაგვიანებებთან მიმართებით გააკეთა განმარტება, რომ, მათთან დაკავშირებით, დამსაქმებელს შეეძლო, უფრო ადრე გამოეყენებინა ნაკლებად მძიმე პასუხისმგებლობის ზომა.

სამსახურში გამოუცხადებლობის და ამის თაობაზე შესაბამისი შეტყობინების განუხორციელებლობას შკ-ით პირდაპირ არ არის მოაზრებული დამსაქმებელსა და დასაქმებულს შორის შრომითი ხელშეკრულების შეწყვეტის საფუძველად, თუმცა, განსახილველ შემთხვევაში სასამართლოს მიერ შეფასება უნდა მომხდარიყო არა ინდივიდუალურად, თითოეული გადაცდომის კონტექსტში, არამედ იმ კუთხით, დასაქმებულის მიერ დროის გარკვეულ მონაკვეთში განხორციელებული ქმედებების ერთობლიობა ქმნიდა თუ არა შრომითი ურთიერთობის შეწყვეტის საფუძველს განსაკუთრებით დისციპლინური წარმოების პროცესში დასაქმებულის დესტრუქციული დამოკიდებულების გათვალისწინებით.³⁵

წინამდებარე მაგალითი იმის დემონსტრირების საშუალებას იძლევა, რომ დასაქმებულის ქცევის შეფასება არ უნდა მოხდეს სწორხაზოვნად და იზოლირებულად. მნიშვნელოვანი ასპექტია კონკრეტული დასაქმებულის ქცევის შედეგების ასახვა სხვა დასაქმებულთა საშემსრულებლო დისციპლინასა და სამსახურის მიმართ მათ დამოკიდებულებაზე. დისციპლინური სახდელის შერჩევის ეტაპზე დამსაქმებელმა, ერთი მხრივ, უნდა მოახერხოს ადეკვატური და ყველაზე ნაკლებად რეპრესიული სანქციის გამოყენება და, ამავდროულად, მის მიერ განხორციელებული მოქმედება სხვა

³⁵ თსსგ №2/26626-19, 28, მარტი, 2019 იმის თაობაზე, სამსახურში გამოუცხადებლობა და აღნიშნულის თაობაზე შეუტყობინებლობა - მოიაზრება თუ არა საქართველოს შრომის კოდექსის 37-ე მუხლის პირველი ნაწილის ზ) ქვეპუნქტით დადგენილ დასაქმებულის მხრიდან ვალდებულების უხეშ დარღვევად. გადაწყვეტილება გასაჩივრებელია სააპელაციო სასამართლოში და არსებობს პრეცედენტული მნიშვნელობის გადაწყვეტილების მოლოდინი (სტატიის მიზნებისთვის, იჯულისხმება შკ-ის 47-ე მუხლი, 29.09.2020 წ. №7177 საკანონმდებლო ცვლილებების შედეგად ჩამოყალიბებული რედაქციით).

თანამშრომელთათვის უნდა იყოს უკეთესი საშემსრულებლო დისციპლინის მიღწევის საშუალება. უნდა აღინიშნოს, რომ საკმაოდ პოზიტიური შინაარსის მიუხედავად, ამგვარი მიდგომა ცოტათი იდეალისტურია და რეალურ სიტუაციებში დასაქმებულს შეიძლება აძლევდეს მანიპულირების საშუალებას.

დასაქმებულის ქცევის შეფასების დროს ერთ-ერთი საკვანძო კრიტერიუმი უნდა იყოს, სწორედ, დასაქმებულის ბრალეულობის ხარისხი და მისი მხრიდან შექმნილი მდგომარეობის გამოსწორებისა და შერიგებისკენ მიმართული აშკარა ნების გამოვლენა უნდა ჩაითვალოს იმ აუცილებელ გარემოებად, რა დროსაც მიზანშეწონილია მაქსიმალურად მსუბუქი სახდელის გამოყენება. წინააღმდეგ შემთხვევაში, იმ ფონზე, როდესაც არსებული საკანონმდებლო ჩარჩოს საფუძველზე ჩამოყალიბებული ერთგვაროვანი პრაქტიკა დასაქმებულის ხელში მანიპულირების საშუალებას წარმოშობს, დამსაქმებლისათვის კიდევ დამატებითი შეზღუდვების დაწესება შრომითი ურთიერთობის ცალმხრივად შეწყვეტასთან მიმართებით გაუმართლებლად ზღუდავს მის უფლებებს. დასაქმებულის კეთილსინდისიერების დროს უნდა შეფასდეს როგორც შინაგანი, ისე გარეგანი კომპონენტები, კერძოდ, დასაქმებულის დამოკიდებულება და მისი ქცევის შედეგები. სასამართლო პრაქტიკის ანალიზი აჩვენებს, რომ განსხვავებული დავებში კვალიფიკაციის ადვოკატების მონაწილეობის მიუხედავად, ერთგვაროვანი სასამართლო პრაქტიკა უპირატესად დასაქმებულის ინტერესებზეა ორიენტირებული, რაც საფრთხეს უქმნის დამსაქმებლის ინტერესს. არსებული მდგომარეობის გათვალისწინებით, შესაძლოა, საკანონმდებლო ინტერვენცია იყოს ერთ-ერთი ქმედითი გამოსავალი, თუმცა საკანონმდებლო ცვლილებების განხორციელება არის უკიდურესი გამოსავალი და პრიორიტეტულად უნდა იყოს განხილული, ერთგვაროვანი პრაქტიკის მოდიფიცირების გზით, სასურველი მიზნის მიღწევად.

დასაქმებული, რომელიც განზრახ არაკეთილსინდისიერად არ ასრულებს დაკისრებულ მოვალეობას, ერთი მხრივ, აყალიბებს ნეგატიურ პრეცედენტს სამსახურში, ხოლო, მეორე მხრივ, რეალურ საფრთხეს უქმნის საწარმოო პროცესს, ვინაიდან, თუ დროულად არ მოხდა ამგვარი ქმედებების აღკვეთა, ის მიიღებს ჯაჭვური რეაქციის ფორმას და გავლენას მოახდენს სამსახურის მიმართ სხვა თანამშრომელთა დამოკიდებულებაზეც.³⁶

უმჯობესი იქნება, სამართლებრივი მოწესრიგებაც და სასამართლო პრაქტიკაც იმგვარად განვითარდეს, რომ პოლარიზებულად, დამსაქმებლის ვალდებულებებით დატვირთვის, ხოლო დასაქმებულის უფლებებით აღჭურვის ნაცვლად მოხდეს მხარეთა უფლებების დაბალანსება, რაც ბუნებრივი და დამახასიათებელია კერძოსამართლებრივი ურთიერთობებისთვის. ამასთან, ეს არ ეწინააღმდეგება, გონივრული საფუძველით, შრომითი ხელშეკრულების შეწყვეტის პრინციპსაც. სასამართლო, დავის განხილვის დროს, ეყრდნობა შრომითსამართლებრივ რეგულაციებს, რომელიც, უპირატესად, დასაქმებულის დაცვაზეა ორიენტირებული. სახელშეკრულებო ვალდებულების შესრულების მომწესრიგებელი ნორმების არსებობა ამ შემთხვევაში ვერ უზრუნველყოფს დამსაქმებლის ინტერესების ეფექტიან დაცვას, ვინაიდან, ფორმალურად, დასაქმებული შეიძლება ასრულებდეს მასზე დაკისრებულ ვალდებულებას შედეგის თვალსაზრისით, თუმცა, უშალო სამსახურებრივი მოვალეობების/ამოცანების შესრულების პარალელურად, მისი ქცევა ქმნიდეს მასთან შრომითი ურთიერთობის შეწყვეტის აუცილებლობას. თბილისის სააპელაციო სასამართლოს №28/372-16 გადაწყვეტილების სამოტივაციო

³⁶ გასათვალისწინებელია ისიც, რომ ერთი და იგივე ქმედება, რომელიც, ერთ შემთხვევაში, არაარსებით დარღვევას წარმოადგენს, სხვა შემთხვევაში, შესაძლებელია, უთანაბრდებოდეს უხემ დარღვევას. იმისათვის, რომ დამრღვევის მოქმედების (ან უმოქმედობის) სიმძიმე შეფასდეს, პირველ რიგში, გამოკვლეულ უნდა იქნას იმ სამსახურის დანიშნულება, სადაც დასაქმებული მუშაობს და ამ სამსახურში დასაქმებულის ფუნქცია და მოვალეობები. იხ. სუსგ №ას-127-123- 2016.

ნაწილი შეიცავს შეფასებას, რომ „კეთილსინდისიერების დათქმით, კონკრეტდება ინდივიდის მოქმედების თავისუფლების ფარგლები. კეთილსინდისიერების პრინციპს დაქვემდებარებული მოქმედების თავისუფლებიდან გამომდინარეობს სუბიექტის მიერ სხვა პირის ინტერესების გათვალისწინების ვალდებულება იმ მოცულობით, რომელიც არ იწვევს თავად მისი ინტერესების არათანაზომიერ შეზღუდვას“.³⁷

ანალოგიური შინაარსის მსჯელობას ავითარებს შსო-ს: №158 კონვენცია ითვალისწინების გონივრული საფუძვლის ცნებას. კონვენციის მიხედვით, „გონივრულობის“ პრინციპი ასახული უნდა იყოს ყველა სახელმწიფოს შიდასახელმწიფოებრივ დონეზე და განმტკიცებული უნდა იყოს საკანონმდებლო სისტემაში.

№158 კონვენცია, ძირითადად, დასაქმებულის უკანონო საფუძვლით დათხოვნისაგან დაცვაზეა ორიენტირებული, თუმცა, ამავე დროს, მიზნად ისხავს წონასწორობის დამყარებას შრომითი ურთიერთობის მონაწილე მხარეებს შორის. კონვენცია არ ითვალისწინებს დასაქმებულის დაცვას დამსაქმებლის მხრიდან შრომითი ხელშეკრულების შეწყვეტის ნებისმიერი შემთხვევის დროს. ამ მხრივ, იგი შეიცავს სპეციალურ დათქმებს, რაც დამსაქმებელს უფლებას აძლევს, გაათავისუფლოს მუშაკი გარკვეული წინაპირობების არსებობისას. ამგვარი დათქმები გაბნეულია სხვადასხვა მუხლში, ასე მაგალითად, მუხლები მე-2, მე-4, მე-11.^{38 39} №28/3964-14 გადაწყვეტილებაში თბილისის სააპელაციო სასამართლო აღნიშნავს, რომ შრომითი ურთიერთობის მოშლა, რასაც შედეგად უკავშირდება დასაქმებულის შრომითი უფლების შეწყვეტა, მოითხოვს შეწყვეტის საფუძვლის ძალიან დეტალურ და გულმოდგინე შესწავლასა და შეფასებას. ამგვარი შეფასება უკიდურესად მნიშვნელოვანია მხარეთა შორის (დამსაქმებელი-დასაქმებული) სამართლიანი ბალანსის დასაცავად. ერთი მხრივ, დასაქმებულს უსაფუძვლოდ არ უნდა შეუწყდეს შრომითი ხელშეკრულება და ამით არ მოესპოს საარსებო საშუალება, ხოლო, მეორე მხრივ, დამსაქმებელს არ უნდა შეეზღუდოს შრომითი მოვალეობების დამრღვევი მუშაკის სამუშაოდან გათავისუფლების უფლება და მისთვის მიუღებელი მუშაკის სამუშაოზე დატოვებით არ უნდა შეექმნას გარკვეული რისკები.

გონივრული საფუძვლის სტანდარტის შესრულების ანალიზისას სასამართლო ისევ იშველიებს ზემოხსენებულ №158 კონვენციისა და №166 რეკომენდაციის ზოგად მიმოხილვას და განმარტავს, რომ ეს კონვენცია მოიცავს რეგულაციას იმაზე, თუ რა ჩაითვლება მუშაკის უკანონო დათხოვნად ისევე, როგორც იმაზე, თუ რა არ ჩაითვლება ასეთ ქმედებად. კონვენციის მე-4 მუხლიდან გამომდინარე, მუშაკის დათხოვნის გონივრული საფუძველი კავშირში უნდა იყოს ა) მუშაკის არაკომპეტენტურობასთან ან/და არასათანადო ქცევასთან; ან ბ) უნდა მომდინარეობდეს საწარმოს, დაწესებულების, თუ მათი საქმიანობის ოპერაციული საჭიროებიდან. ამგვარი კვალიფიკაციისას კი უდიდესი მნიშვნელობა აქვს შსო-ის საზედამხედველო ორგანოს – ექსპერტთა კომიტეტის კომენტარებს, გადაწყვეტილებებსა და საერთაშორისო შრომით რეკომენდაციებს,

³⁷ თბილისის სააპელაციო სასამართლოს გადაწყვეტილება (თსასგ) №28/372-16.

³⁸ თსასგ №28/3964-14. ხელმისაწვდომია ვებგვერდზე <<http://library.court.ge/judgements/51892014-12-31.pdf>>.

³⁹ აღსანიშნავია, რომ შრომის თავისუფლების, როგორც კონსტიტუციით გარანტირებული უფლების ფორმით არსებობის მიუხედავად, შრომითი ურთიერთობა უპირატესად კერძოსამართლებრივი ურთიერთობაა, შესაბამისად, მისი განხილვაც უნდა მოხდეს სამართლის ამ სისტემისათვის დამახასიათებელი თავისებურებების გათვალისწინებით. ამ მიდგომის გამოხატულებად შეიძლება ჩაითვალოს გერმანიის ფედერალური შრომით სასამართლოს (Bundesarbeitsgericht) მიერ ბოლო წლებში დამკვიდრებული პრაქტიკაც, რომ შრომით დავების განხილვის დროს, პირველ ეტაპზე, ხდება კერძოსამართლებრივი საფუძვლების შემოწმება და, მხოლოდ მეორე, ეტაპზე, - კერძოსამართლებრივი განხილვის შედეგების მისაღებობა ფასდება ძირითად უფლებებთან თავსებადობის თვალსაზრისით. იხ. Fundamental Rights in European Contract Law, 2007, 135. ხელმისაწვდომია ვებგვერდზე <https://pure.uva.nl/ws/files/4369466/52678_Mak_manuscript_juli_2007_cm_voor_ub.pdf>.

რომელთაც, მართალია, სარეკომენდაციო ხასიათი აქვთ, მაგრამ ისინი განმარტავს კონვენციის ტექსტს, რეგულირების მასშტაბებს და ისინი შესაძლოა, წარმოდგენილ იქნას, როგორც შთაგონების წყარო კანონმდებლობისა და ეროვნული სასამართლოებისთვის. შსო-ის ექსპერტთა კომისიის 1995 წლის მოხსენებაში მიმოხილულია „არასათანადო ქცევის“ კონცეფცია, რომელიც, თავის მხრივ, იყოფა ორ კომპონენტად: 1) მუშა-მოსამსახურეთა მიერ შრომითი კონტრაქტით გათვალისწინებული მოვალეობების არაჯეროვანი შესრულება (არასათანადო პროფესიული ქცევა); 2) შეუფერებელი ყოფიქცევა. მუშაკის მიერ „შრომითი კონტრაქტით გათვალისწინებული მოვალეობების არაჯეროვანი შესრულებაში იგულისხმება: სამსახურებრივი მოვალეობის შესრულების უგულვებელყოფა; შრომის შინაგანაწესის დარღვევა (განსაკუთრებით, უსაფრთხოების ან ჯანმრთელობის დაცვის წესების კუთხით); დამსაქმებლის ლეგიტიმური ბრძანების დაუმორჩილებლობა; არასაპატიო მიზეზით სამუშაოზე დაგვიანება ან საერთოდ გამოუცხადებლობა“.⁴⁰ ხსენებულ გადაწყვეტილებაში პალატა ასევე განმარტავს, რომ როდესაც საქმე ეხება დასაქმებულის მხრიდან უსაფრთხოების წესების დარღვევას, ნაკლებად მნიშვნელოვანია, კონკრეტულ დარღვევას მოყვა თუ არა შედეგად პირთა დაზიანება. თავად ფაქტი, რომ დასაქმებული პასუხისმგებელი იყო პირთა სისცოცხლესა და ჯანმრთელობაზე, აუცილებელი არ არის საბედისწერო შედეგის დადგომა დასაქმებულის არასათანადო პროფესიული ქცევის მაღალი ხარისხით შეფასებისათვის.

სრულად გასაზიარებელია სააპელაციო სასამართლოს მოსაზრებები იმ საკითხთან დაკავშირებით, არასათანადო ქცევის შეფასება არ უნდა შემოიფარგლებოდეს მხოლოდ პირდაპირი სამსახურებრივი მოვალეობების შესრულების კომპონენტით და დავის გადაწყვეტის დროს ინტერესთა დისბალანსი არ უნდა შეინიშნებოდეს. ამგვარი მიდგომა ქმნის მხარეთა ინტერესების დაბალანსებულად დაცვის საშუალებას და დასაქმებულის სასარგებლოდ დამსაქმებლის გაუმართლებელი შეზღუდვის ნაცვლად ამ უკანასკნელს აძლევს კანონიერების და რაციონალურობის ფარგლებში საკუთარი ინტერესების რეალიზების საშუალებას.

პრეცედენტული მნიშვნელობის განმარტებას შეიცავს თბილისის საქალაქო სასამართლოს №2/31800-17 გადაწყვეტილება იმის თაობაზე, რომ მართალია, შრომითსამართლებრივი ურთიერთობა წარმოადგენს ისეთ ურთიერთობას, რომელშიც დამსაქმებელი ყოველთვის წარმოადგენს ხელშეკრულების ე.წ. „ძლიერ“ მხარეს და, შესაბამისად, ამ ურთიერთობათა მომწესრიგებელი როგორც საერთაშორისო ასევე ეროვნული სამართლის, ზემოთ უკვე მიმოხილული რამდენიმე, წყარო მნიშვნელოვანწილად უფრო დასაქმებულთა შრომითი უფლებების დაცვაზეა ორიენტირებული, მაგრამ ეს მიდგომები აბსოლუტურად გამოუსადეგარი და მცდარი იქნება, თუ დამსაქმებელს დასაქმებულთა უფლებების დაცვას გონივრულობის ფარგლებში არ მოვთხოვთ. მოთხოვნები დამსაქმებლების მიმართ (რომლებიც, როგორც კერძო სამართლის იურიდიული პირები, მოგებაზე ორიენტირებულნი არიან, როგორც წესი და თავიანთ ეკონომიკურ მიზნებს ემსახურებიან) არ უნდა იყოს გადამეტებულად მკაცრი, არაგონივრული და არაადეკვატური. გასაგებია, რომ დამსაქმებელი ნამდვილად უფლებამოსილია, აკონტროლოს შრომის ნაყოფიერების ხარისხი, შრომით მოვალეობათა შესრულების თანმიმდევრულობა და მათი არარსებობის შემთხვევაში (ან არასაკმარისი კვალიფიკაციის შემთხვევაში) დასაქმებულთა მიმართ გამოიყენოს მკაცრი სანქციები. დამსაქმებლისა და დასაქმებულის ურთიერთმოვალეობათა ანტაგონისტურ რეჟიმში განმარტება, უცილობლად, შექმნიდა დამსაქმებელი სუბიექტებისათვის შრომის თავისუფალ ბაზარზე ოპერირებისათვის არახელსაყრელ გარემოსა და (იმის გათვალისწინებით, რომ ამა თუ იმ სახელმწიფოს მთლიანი შიდა პროდუქტის (მშპ)

⁴⁰ თსასგ №28/3964-14, 17 ნოემბერი, 2014 წ.

მოცულობის უდიდეს ნაწილს, სწორედ, კერძო ბიზნესი ქმნის) მოქალაქეთა შრომის პოტენციალის ათვისების დამაბრკოლებელ გარემოებად იქცეოდა. თუ დამსაქმებელი ვერ იქნება უფლებამოსილი, რომ წახალისოს დაქირავებული კარგი მუშაობისათვის, ხოლო ცუდი მუშაობისათვის დასაჯოს იგი, შრომითი ურთიერთობის მომწესრიგებელი სივრცე, გარკვეულწილად, აღმოჩნდება არაბუნებრივ მდგომარეობაში.⁴¹

ამგვარი მიდგომა შესაბამისობაშია როგორც შიდასახელმწიფოებრივ, ისე საერთაშორისო კანონმდებლობასთან, მაგალითისთვის ევროპის სოციალურ ქარტიის⁴² პირველი მუხლის თანახმად, ხელშემკვრელი მხარეები კისრულობენ ვალდებულებას ხელი შეუწყონ დასაქმების მაქსიმალურად სტაბილური და მაღალი დონის მიღწევასა და შენარჩუნებას; ამავე დოკუმენტის მე-4, IV მუხლის შესაბამისად, მხარეები ვალდებულებას იღებენ, აღიარონ თითოეული მუშაკის მიერ დასაქმების შეწყვეტის შესახებ შეტყობინების წინასწარი მიღების უფლება. ეს რეგულაცია ეხება ხელშემკვრელი მხარეების მიერ შესაბამისი სამართლებრივი გარემოს შექმნას, სადაც შესაძლებელი იქნება სტაბილურობის და დასაქმების მაღალი დონის მიღწევა, რაც, თავისთავად, არ გულისხმობს, შრომითი ურთიერთობის სტაბილურობის მიზნით, დამსაქმებლის ინტერესების უგულვებელყოფას და სახელშეკრულებო ურთიერთობის პრაქტიკულად იძულებით შენარჩუნებას.

ქარტიის 24-ე მუხლი ეხება უშუალოდ ხელშეკრულების შეწყვეტას და ადგენს, რომ დასაქმების შეწყვეტის შემთხვევაში, მუშაკთა მიერ დაცვის უფლების ეფექტიანად განხორციელების მიზნით, მხარეები იღებენ ვალდებულებას, აღიარონ ყველა მუშაკის უფლება უარი თქვას დასაქმების შეწყვეტაზე „საპატიო მიზეზის გარეშე“, რომელიც უნდა გამომდინარეობდეს მისი პროფესიული შესაძლებლობებიდან ან ქცევიდან, ასევე საწარმოს შინაგანაწესიდან; მხარეები, ასევე აღიარებენ მუშაკთა მიერ სათანადო კომპენსაციის ან სხვა შესაბამისი ანაზღაურების მიღების უფლებას, საპატიო მიზეზის გარეშე, დასაქმების შეწყვეტის შემთხვევაში. ხსენებული ნორმა ვიწრო გაგებით მიემართება შემთხვევებს, როდესაც დამსაქმებელი, შესაბამისი წინარე პროცედურების და სამართლებრივი საფუძვლების გარეშე, ცალმხრივად წყვეტს შრომითი ურთიერთობას, რა დროსაც არ ხდება დასაქმებულის სათანადოდ ინფორმირება გონივრულ ვადაში და მას არ ეძლევა საკუთარი ინტერესების დაცვის საშუალება. ამასთან, ქარტიის 24-ე მუხლის დანაწესი არ უნდა გავრცელდეს ისეთ შემთხვევებზე, როდესაც შრომითი ურთიერთობის შეწყვეტის კონკრეტული საფუძვლის გამოყენება გამორიცხავს კომპენსაციის მიღების შესაძლებლობას, მაგალითად, საქართველოს შკ-ის 37-ე, პირველი ნაწილის ზ) და თ) ქვეპუნქტები⁴³, როდესაც შრომითი ურთიერთობის შეწყვეტის საფუძველი ხდება დასაქმებულის მიერ შესაბამისი დისციპლინური გადაცდომის ჩადენა.

დასკვნა

ამრიგად, ე.წ. „სუსტი“ მხარის დაცვის უზრუნველსაყოფად, დამსაქმებლის ინტერესების შეზღუდვა მიზნად უნდა ისახავდეს მხარეთა ინტერესების დაბალანსებას. ეს მიდგომა კანონიერი და ლოგიკურადაც გამართლებულია, თუმცა, მიმაჩნია, რომ იგი არ უნდა ხდებოდეს დამსაქმებლის დაცულ სფეროში გაუმართლებელი ჩარევის ხარჯზე.

შრომითი ურთიერთობა, თავისი ბუნებით, სახელშეკრულებო ურთიერთობაა, სადაც ნების ავტონომიურობის და სამართლიანობის პრინციპები ძალიან

⁴¹ იხ. თსსგ №2/31800-17 (330210017002176613), §6.3.

⁴² ქართული ტექსტი ხელმისაწვდომია ვებგვერდზე <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/1392164?publication=0>>.

⁴³ სტატიის მიზნებისთვის, იგულისხმება შკ-ის 47-ე მუხლი, 29.09.2020 წ. №7177 საკანონმდებლო ცვლილებების შედეგად ჩამოყალიბებული რედაქციით.

მნიშვნელოვანია. შრომითი ურთიერთობა არ წარმოადგენს იძულებითი კონტრაქტების საგამონაკლისო შემთხვევას, შესაბამისად, სამართლებრივმა მოწესრიგებამ, თუ სასამართლო პრაქტიკამ ისეთი ფორმა არ უნდა მიიღოს, რომ დამსაქმებელს, საკანონმდებლო რეგულაციების და სასამართლო პრაქტიკის მოჭავი გავლენის საფუძველზე უწევდეს მისთვის არასასურველ დასაქმებულთან ურთიერთობა.

მიზანშეწონილია, პასუხისმგებლობა სრულად არ იყოს გადატანილი დამსაქმებელზე. ინტერესთა დაბალანსების შედეგად, ერთი მხრივ, დასაქმებული არ უნდა დარჩეს დამსაქმებლის თვითნებობისგან დაუცველი, ხოლო, მეორე მხრივ, დამსაქმებელსაც უნდა ჰქონდეს საშუალება, რომ, კორპორატიული მიზნებიდან გამომდინარე, შეეძლოს დასაქმებულის გათავისუფლება დისციპლინური პასუხისმგებლობის უკიდურესი ზომის გამოყენებამდე გამოსწორებისკენ მიმართული სანქციების გარეშე, თუ მაღალი ალბათობით სავარაუდოა, რომ მათ სათანადო შედეგი არ მოჰყვება. ამგვარი მიდგომა, თავისი შინაარსით, არ იწვევს პირველადი მოთხოვნის უფლების უპირატესობის პრინციპის მოდიფიცირებას, საკითხის ამგვარი გადაწყვეტა უთანაბრდება შემთხვევას, როდესაც მხარეს აღარ აქვს სახელშეკრულებო ურთიერთობის გაგრძელების ინტერესი და პირდაპირ იღებს გადაწყვეტილებას შეწყვეტის თაობაზე, ან აშკარაა რომ უფრო მსუბუქი სანქციის გამოყენება არ იქნება შედეგის მომტანი.⁴⁴ ჩამოყალიბებული მოსაზრება ემსახურება მხოლოდ იმ მიზანს, რომ დამსაქმებელს არ წაერთვას დისციპლინური პასუხისმგებლობის უკიდურესი ზომის პირდაპირი გამოყენების საშუალება, ვინაიდან არსებული საკანონმდებლო მოწესრიგების და დამკვიდრებული ერთგვაროვანი პრაქტიკის პირობებში ასეთი დამსაქმებლის მხრიდან ქმედების განხორციელება ფაქტობრივად შეუძლებელია.

როდესაც ადგილი აქვს დასაქმებულის მხრიდან დისციპლინური გადაცდომების სისტემატიურად ჩადენის ფაქტებს და აშკარად იკვეთება მისი მხრიდან არაკეთილსინდისიერი, ან/და გულგრილი დამოკიდებულება ამ ფაქტის მიმართ, დამსაქმებელს უნდა ჰქონდეს რეალური შესაძლებლობა, ცალმხრივად შეწყვიტოს მასთან შრომითი ურთიერთობა. *Ultima ratio*-ს პრინციპის სწორხაზოვანი გამოყენება გამორიცხავს იმის საშუალებას, მცირე მნიშვნელობის დისციპლინური გადაცდომების ერთობლიობის არსებობის პირობებში, დამსაქმებელმა გამოიყენოს პასუხისმგებლობის უმკაცრესი ფორმა, თუ უფრო ნაკლებად რეპრესიული ხასიათის ღონისძიებები არ იყო გამოყენებული. მაგალითად, იმ პირობებში, როდესაც დამსაქმებელმა არაერთხელ გამოიყენა არაფორმალური გაფრთხილების მექანიზმი, მაგრამ დასაქმებული ქცევის სტანდარტი არ გაუმჯობესდა, სასამართლოს მხრიდან *ultima ratio*-ს პრინციპზე პირდაპირი მითითება და შრომითი ხელშეკრულების შეწყვეტის უკანონოდ მიჩნევა ეწინააღმდეგება დამსაქმებლის ინტერესს, გადაჭარბებულად ბოჭავს მას და აიძულებს, უფრო ხანგრძლივად იქონიოს დასაქმებულთან ურთიერთობა, ვიდრე დოკუმენტურად არ დაადასტურებს გამოყენებული ნაკლებად მძიმე სახდელის არასათანადო ეფექტიანობას და შრომითი ურთიერთობის შეწყვეტის აუცილებლობას.

მართალია, როგორც ნაციონალური, ისე საერთაშორისო კანონმდებლობა ორიენტირებულია დასაქმებულის ინტერესების დაცვასა და მისთვის სოციალური

⁴⁴ სკ-ის 405-ე მუხლის 1-ლი ნაწილით განსაზღვრული შემადგენლობა: თუ ხელშეკრულების ერთი მხარე არღვევს ორმხრივი ხელშეკრულებიდან გამომდინარე ვალდებულებას, მაშინ ხელშეკრულების მეორე მხარეს შეუძლია უარი თქვას ხელშეკრულებაზე ვალდებულების შესრულებისათვის მის მიერ დამატებით განსაზღვრული ვადის უშედეგოდ გასვლის შემდეგ. თუ ვალდებულების დარღვევის ხასიათიდან გამომდინარე, არ გამოიყენება დამატებითი ვადა, მაშინ დამატებითი ვადის განსაზღვრას უთანაბრდება გაფრთხილება. თუკი ვალდებულება მხოლოდ ნაწილობრივ დაირღვა, მაშინ კრედიტორს შეუძლია უარი თქვას ხელშეკრულებაზე მხოლოდ იმ შემთხვევაში, თუ ვალდებულების დარღვენილი ნაწილის შესრულებამ მისთვის დაკარგა ინტერესი არ არის აუცილებელი დამატებითი ვადის დაწესება ან გაფრთხილება, თუ, აშკარაა, რომ მას არავითარი შედეგი არ ექნება (მე-2 ნაწილის ა) ქვეპუნქტი).

გარანტიების შექმნაზე, მაგრამ თუნდაც სამართლიანობის პრინციპიდან გამომდინარე, დაუშვებელია ერთი მხარის სასარგებლოდ მეორის კაბალურ პირობებში ჩაყენება. ამდენად, ისეთ შემთხვევებში, როდესაც დასაქმებულის მხრიდან ჩადენილი დისციპლინური გადაცდომების ცალკეული ეპიზოდები არ ქმნის უხეში დარღვევის შემაღენლობას და, ამავდროულად, არც კონკრეტული ზიანის ფაქტი დგება, დამსაქმებელს უნდა ჰქონდეს უფლება და საშუალება, ცალმხრივად შეწყვიტოს შრომითი ურთიერთობა იმ დასაქმებულთან, რომელიც ნდობისა და კეთილსინდისიერების საწინააღმდეგო არასათანადო ქცევით არღვევს შრომით დისციპლინას და საფრთხეს უქმნის სამსახურში არსებულ წესრიგს.

შრომითი ურთიერთობის შეწყვეტის კანონიერების შეფასების დროს ამოსავალი წერტილი უნდა იყოს, დარღვევის შინაარსიდან გამომდინარე, კონკრეტული დისციპლინური პასუხისმგებლობის ზომის გამოყენების დასაბუთებულობა და მიზანშეწონილობა შრომითი ურთიერთობის შენარჩუნებისადმი დასაქმებულის დამოკიდებულების გათვალისწინებით. ამ მხრივ, მნიშვნელოვანი განმარტებები შეინიშნება ბოლოდროინდელ სასამართლო პრაქტიკაში, რაც აღძრავს მოლოდინს, რომ მიდგომა აღარ იქნება მკვეთრად პოლარიზებული დასაქმებულის სასარგებლოდ და უფრო ინტერესთა დაბალანსების მიმართულებით წარმართება პრაქტიკაც. კერძოდ, გადაწყვეტილებებში განმარტებულია, რომ „მუშაკის სამუშაოდან გათავისუფლების საფუძვლების კვლევისას, სასამართლო ამოწმებს დამსაქმებლის უფლების გამოყენების მართლზომიერების საკითხს, რის საფუძველზეც აფასებს მხარეთა მიერ სასამართლოს წინაშე დაყენებულ მოთხოვნათა მართებულობას, რისთვისაც აუცილებელია მისი გამოყენების განმაპირობებელი გარემოებების მართლზომიერების საკითხის შესწავლა. ამასთან, მნიშვნელოვანია, რომ, დასაქმებულის სამსახურიდან გათავისუფლების მართლზომიერების შეფასების მიზნით, დადგინდეს დასაქმებულის მიერ მისთვის დაკისრებული ვალდებულებების უხეში დარღვევის ფაქტი, რაც შესაძლებელია მხოლოდ შრომითი ხელშეკრულების შეწყვეტის თაობაზე ადმინისტრაციის ბრძანებაში მითითებული დასაქმებულის გათავისუფლების საფუძვლის კვლევის შედეგად (სუსგ-ები № ას-416-399-16, 2016; №ას-812-779-2016, 2016; №ას-1276-1216-2014, 2015; №ას-483-457-2015)“.⁴⁵ „სასამართლოსვე განმარტებით, უმთავრესია ის დადგენილი გარემოება, რომ თავად დამსაქმებლის მიერვე იყოს შინაგანაწესით განსაზღვრული კონკრეტული ქმედების დაუშვებლობა. მაგალითად, როდესაც საქმე ეხება დასაქმებულის გამოუცხადებლობას სამუშაო ადგილზე, რისი მიზეზებიც წინასწარ არ არის ცნობილი დამსაქმებლისთვის (კომპანიის დირექტორისთვის ან მის მიერ საამისოდ უფლებამოსილი პირისთვის) დასაქმებულის შესაბამისი განაცხადით, ითვლება შრომითი ხელშეკრულების პირობების / შრომითი ხელშეკრულებით ნაკისრი ვალდებულების / შრომის შინაგანაწესის უხეში დარღვევად“.⁴⁶

მიდგომა, რომ, თუ შრომითი ურთიერთობის შეწყვეტამდე დასაქმებული არ გამოავლენს თავისი ქცევის გაუმჯობესების ნიშნებს, დასაქმებულს უნდა მიეცეს მისი გათავისუფლების საშუალება, არ წარმოადგენს სიახლეს მსოფლიო სამართლებრივი სივრცეში. ჯერ კიდევ 1982 წლის შსო-ის №166 რეკომენდაციის მე-7 პარაგრაფი უკვე შეიცავდა ჩანაწერს იმის თაობაზე, რომ დასაქმებულის არასათანადო ქცევა პირდაპირ არ უნდა გახდეს შრომითი ურთიერთობის შეწყვეტის საფუძველი, მანამდე, ვიდრე დამსაქმებლის მიერ მას არ წარედგინება წერილობითი მითითება და არ მიეცემა გონივრული ვადა საკუთარი არადადამაკმაყოფილებელი შესრულების

⁴⁵ იხ. თსსგ №26626-19.

⁴⁶ თსსგ №26626-19, 28 მარტი, 2019.

გაუმჯობესებისთვის.⁴⁷ ამ რეკომენდაციის განმარტების დროს ვფიქრობ, მიზანშეწონილი იქნება მიდგომა, რომ, თუ დასაქმებული შრომითი ურთიერთობის შეწყვეტამდე პერიოდში არ ამჟღავნებს აშკარა მცდელობას თავისი ქცევის გამოსწორების და სამსახურის შენარჩუნების მიზნით, გამართლებულად უნდა ჩაითვალოს დამსაქმებლის მიერ შრომითი ურთიერთობის შეწყვეტა. არც ზემოხსენებული რეკომენდაცია შეიცავს უფრო მსუბუქი დისციპლინური სახდელის გამოყენების ვალდებულებას, არამედ ადგენს მხოლოდ წერილობითი მოთხოვნის განხორციელების და ამ მოთხოვნის უშედეგობის დადასტურების ვალდებულებას.

ამრიგად, შრომითი ურთიერთობების იერარქიულობის და ე.წ. „სუსტი“ მხარის ინსტიტუტის არსებობის მიუხედავად, აუცილებელია, რომ დასაქმებულის დაცულობა არ ხდებოდეს დამსაქმებლის ლეგიტიმური ინტერესების გადამეტებული შეზღუდვის ხარჯზე. შრომითი ურთიერთობის შეწყვეტის მართლზომიერების შეფასების დროს განსაკუთრებული ყურადღება უნდა მიექცეს დასაქმებულის კეთილსინდისიერებისა და დამსაქმებლის ინტერესების ფაქტორს, რათა, სწორხაზოვანი და ერთგანზომილებიანი შეფასების ნაცვლად, მოხდეს საკითხის ყოველმხრივი შემოწმება და კერძო სამართლის პრინციპებთან შესაბამისი გადაწყვეტილების მიღება. წინააღმდეგ შემთხვევაში, არსებობს რისკი, რომ დამსაქმებლისთვის საზიანო პრაქტიკის შედეგად ხანგრძლივ პერსპექტივაში დამსაქმებლები აღმოჩნდებიან თანამშრომელთა მიმართ ჩასაფრებულ პოზიციაში, რაც, თავის მხრივ დამატებით ნეგატიურ შედეგებს გამოიწვევს.

სასამართლო პრაქტიკის ანალიზისა და შრომით ურთიერთობებზე მისი პირდაპირპროპორციული გავლენის მაჩვენებლის გათვალისწინებით, ვფიქრობ, ზემოხსენებული შედეგის მიღწევა შესაძლებელია საკანონმდებლო ინტერვენციის გარეშე, ვინაიდან ნაციონალური კანონმდებლობა სრულ თანხვედრაშია როგორც საერთაშორისო სამართლის ნორმებთან, ისე იმ საერთაშორისო რეკომენდაციებთან, რომელიც მიმართულია შრომითი ურთიერთობის მხარეთა შორის ინტერესთა ბალანსის უზრუნველყოფისკენ. პრობლემის გადასაწყვეტად აუცილებელია სასამართლოს მიერ საკითხის ახლებური გააზრება და ნაკლებად პოლარიზებული მიდგომის შემუშავება შრომითი დავების მიმართ, რათა უზრუნველყოფილი იქნეს მხარეთა ინტერესთა ბალანსის დაცვა. აღსანიშნავია, რომ საქართველოს ორგანულ კანონში საქართველოს შრომის კოდექსში განხორციელებული ბოლო 29.09.2020 წ. №7177 საკანონმდებლო ცვლილებებიც არ შეიცავს განსხვავებულ რეგულაციებს განსახილველ თემასთან მიმართებაში, იცვლება მხოლოდ ნორმების ნუმერაცია, რაც ქმნის მოლოდინს რომ ცვლილებების ძალაში შესვლის შემდეგად საკითხი კვლავ შეინარჩუნებს აქტუალურობას და ისევ სასამართლო პრაქტიკაზე იქნება დამოკიდებული დამსაქმებლის უფლებრივი მდგომარეობა.⁴⁸

ბიბლიოგრაფია

1. Fundamental Rights in European Contract Law, 2007. <https://pure.uva.nl/ws/files/4369466/52678_Mak_manuscript_juli_2007_cm_voor_ub.pdf>;

⁴⁷ The employment of a worker should not be terminated for unsatisfactory performance, unless the employer has given the worker appropriate instructions and written warning and the worker continues to perform his duties unsatisfactorily after a reasonable period of time for improvement has elapsed – §7, R166 - Termination of Employment Recommendation, 1982 (No. 166). ხელმისაწვდომია ვებგვერდზე <https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:R166>.

⁴⁸ იხ. საქართველოს ორგანულ კანონში საქართველოს შრომის კოდექსში ცვლილების შეტანის შესახებ №07-3/448/9 კანონპროექტი. ხელმისაწვდომია ვებგვერდზე <<https://info.parliament.ge/#law-drafting/20311>>.

2. R119 - Termination of Employment Recommendation, 1963 (No. 119). <https://www.ilo.org/dyn/normlex/fr/f?p=NORMLEXPUB:55:0::NO::P55_TYPE,P55_LANG,P55_DOCUMENT,P55_NODE:REC,en,R119,/Document>;
3. R166 - Termination of Employment Recommendation, 1982 (No. 166). <https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:R166>;
4. Termination of employment relationships (Legal situation in the Member States of the European Union), European Commission Directorate General Employment, Social Affairs and Equal Opportunities Unit D2, April 2006. <<https://ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=4623&lang Id=en>>;
5. საქართველოს შრომის სამართალი და საერთაშორისო შრომის სტანდარტები სახელმძღვანელო მოსამართლეების, იურისტებისა და სამართლის პედაგოგებისათვის, შრომის საერთაშორისო ორგანიზაცია, 2017. <https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_dialogue/---lab_admin/documents/projectdocumentation/wcms_627047.pdf>;
6. სუსგ №ას-997-2019, 30 ოქტომბერი, 2019;
7. სუსგ №ას-360-2019, 17 მაისი, 2019;
8. სუსგ №ას-11-11-2018, 4 მარტი, 2019;
9. სუსგ №ას-1210-2018, 15 თებერვალი, 2019;
10. სუსგ №ას-630-630-2018, 06 ივლისი, 2018;
11. სუსგ №ას-499-499-2018, 08 ივნისი, 2018;
12. თსასგ №28/372-16, 30 მაისი, 2018 წ;
13. თსსგ №2/26626-19, 28, მარტი, 2019;
14. თსსგ №2/31800-17, 07 თებერვალი, 2018;
15. სუსგ №ას-194-185-2016, 29 ივლისი, 2016;
16. სუსგ №ას-127-123- 2016, 13 ივნისი, 2016;
17. სუსგ №ას-151-147-2016, 19 აპრილი, 2016;
18. სუსგ №ას-1155-1086-2015, 2 თებერვალი, 2016;
19. სუსგ №ას-1276-1216-2014, 18 მარტი, 2015;
20. სუსგ №ას-1028-970-2015, 03 თებერვალი, 2015;
21. თსასგ №28/3964-14, 17 ნოემბერი, 2014 წ;
22. სუსგ №ას-545-513-2012, 5 ოქტომბერი, 2012;
23. სუსგ №ას-549-517-2010, 19 ოქტომბერი, 2010.

Good Faith Standard of Employee When Terminating an Employment Contract at the Initiative of an Employer (Analysis of Case Law)

Abstract

The article addresses characteristics of the conduct expressed by the employee at the stage of termination of the employment contract, when termination is based on unilateral will of the employer, as the employer has to make a reasoned decision based on complex analysis of objective and subjective circumstances.

The complexity of the issue is due to the fact that the use of an extreme form of disciplinary liability is not an inevitable consequence provided by law, but rather it is one of the solutions based on the decision of the employer.

The present research refers to *bona fide* behavior of the employee as one of the criteria for the justification of termination of employment with him/her. The issue is very important and, in many cases, plays a core role in decision-making process by the employer, however, it is less explored and related case law is not actually developed in this direction. The standard of good faith of the parties is studied only in the prism of a contractual relationship, which is clearly not sufficient and requires additional research considering specifics of the employment relationship.

The article discusses Georgian case law in relation to the recommendations of the International Labour Organization and the norms of relevant international law about the topic, and expresses the author's concluding opinion on the possibility of resolving the problem and achieving a balance of interests in the event of unilateral termination of employment relationship.

Introduction

Employment law is an exceptional field of law, which apart from ensuring protection of rights of all participants, is primarily oriented to guarantee and protect rights of so-called "weaker party".

It is in the interest of the legislature that the employee, as a weak party on the relatively lower rung of the hierarchy, to be protected from abuse of power by the employer.

One of the manifestations of the focus on the employee's interest is the mechanisms for protecting the employee in the event of termination of employment initiated by an employer. Such mechanisms are: advance notice, compensation and substantiation of the need to terminate the employment relationship, in addition to the fact that in many cases the balance of burden of proof is often violated in favor of the employee at the court proceeding stage.

Two legal grounds can be distinguished from the grounds for termination of employment relationship prescribed by the Labour Code of Georgia² (LC), when termination of employment

* Doctor of Law, Associate Professor at Tbilisi Open University, Invited Lecturer at the International Black Sea University.

largely depends on a subjective factor arising from the employer³ - violation by an employee of his/her obligations under an individual labour agreement or a collective agreement and/or of internal labour regulations (subparagraphs (g) and (h) of article 37, I of LC) and other objective circumstance justifying termination of a labour agreement (subparagraph (n) of article 37, I of LC).⁴ In other cases, the employer is forced to wait for the relevant objective precondition to arise, which inevitably leads to the termination of the employment contract.

In case of termination of the contract based on above-mentioned grounds, it is important to assess the behavior of the parties both before and during the termination, as the employer has certain "discretion" to consider the content of the action already taken, as well as the employee's attitude to the matter and future consequences.

As a result of the enactment of the existing LC, the standard of employee protection has been significantly raised. At the same time, there is a tendency in Georgian court practice to approximate to European standards and to reflect European directives in the decision, therefore, it is interesting and important in which direction the uniform practice is developed and how much the rights of both parties are protected.

This article will analyze the legislation and the latest Georgian case law on the issue of good faith of an employee in case of termination of employment at the initiative of the employer and it will be compared with the standards developed by the International Labour Organization.

Legal Regulation

The current LC, unlike its predecessor, restricts the right of the employer to terminate the relationship with the employee only on his own discretion. The previous version of the Code⁵ imposed on the employer only the obligation to provide advance notice and compensation⁶ in such a case, which, according to an objective assessment, did not guarantee even minimal protection for the employee and allowed the employer to influence the employee.

According to the existing regulations, in case of termination of employment on the basis of committing a disciplinary misconduct by the employee, the employee is not provided with any type of financial increment/compensation, only the days actually worked are remunerated.

In case of application of Sub-paragraph n) of article 37, I of LC⁷ (other objective circumstance justifying termination of a labour agreement), LC provides for the obligation to notice in advance

² 2010 Georgian Organic Law No.4113 Labour Code. Available at <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/1155567?publication=16>>.

³ Unilateral termination of a contract by an employee under prior notice under article 38 IV of the LC is not implied.

⁴ For the purpose of the presented work, article 47 of LC is considered, formulated as a consequence of 29.09.2020 No. 7177 legal amendment.

⁵ 2006 Georgian Law No. 3132 Labour Code. Available at <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/26350?publication=4>>.

⁶ According to article 38 (For the purpose of the presented work, article 48 of LC is considered, formulated as a consequence of 29.09.2020 No.7177 legal amendment.), termination of an employment contract by one of the parties was permitted in accordance with the rules established by this article, and if the initiator of its termination was the employee, s/he was obliged to give written notice to the employer at least 30 calendar days in advance and the employee was paid, at least, one-month remuneration.

⁷ For the purpose of the presented work, article 47 of LC, formulated as a consequence of 29.09.2020 No. 7177 legal amendment is considered.

and pay monetary compensation, the amount of which depends on the time of sending the notice to the employee.⁸

In both cases, in addition to the provisions of the LC, the relevant norms of the Civil Code of Georgia⁹ (CC) apply to the parties, which set the standard of good faith, namely that the parties to a private law relationship are obliged to exercise their rights and duties in good faith.¹⁰ Besides, a civil right shall be exercised lawfully. Exercise of a right exclusively with the intention to inflict damage on another shall not be allowed¹¹.

Naturally, the good faith standard of employer is assessed according to whether she/he uses unacceptable means to influence the employee, whether the measure of liability used by one party is adequate for the misconduct, and/or whether it contributed to circumstances that would later lead to termination of employment.

Since both the legislation and the case law are focused on the protection of the employee, the assessment of the matter of his/her good faith is usually less topical, while the good faith of the employer is the object of observation through a multi-faceted prism.

A subject of a separate assessment is the provisions of the norms of international law governing the issue of termination of employment, the compliance with which will be the subject of a summary in the main and concluding part of the article.

Case Law

The Supreme Court of Georgia is developing the practice that in accordance with the constitutional principle of protection of labour right of employees, every misconduct committed by an employee should be assessed in terms of its frequency, severity and, most importantly, of its consequences. In labour law the principle of *ultima ratio*¹² requires on the part of the employer to assess the employee's actions from a causal point of view before dismissal - maintaining a moderate balance between misconduct (violation) and dismissal. It is noteworthy that, according to the same principle, in case of a violation (misconduct), such measures should be taken by the employer that will correct, improve the existing situation, make the employee better, improve

⁸ Under article 38 of LC (For the purpose of the presented work, articles 47 and 48 of LC, formulated as a consequence of 29.09.2020 No. 7177 legal amendment is considered.), „1. When terminating a labour agreement on any of the grounds under article 37(1)(a, f, i, n) of this Law, employers shall be obliged to notify employees about it in writing at least 30 calendar days in advance. Besides, employees shall be granted a severance pay in the amount of at least one month's salary within 30 calendar days after terminating the labour agreement. 2. When terminating a labour agreement on any of the grounds under article 37(1)(a, f, i, n) of this Law, employers may notify employees about it in writing at least three calendar days in advance. In this case, employees shall be granted a severance pay in the amount of at least two months' salary within 30 calendar days after terminating the labour agreement”.

⁹ 1997 Georgian Law No.786 Civil Code of Georgia. Available at <<https://matsne.gov.ge/document/view/31702?publication=111>>.

¹⁰ Article 8, III of CC.

¹¹ Article 115 of CC.

¹² The definition of the term is contained in a study by the European Commission on the situation regarding termination of employment relationships in the EU member states, according to which the dismissal of an employee is an extreme measure and is used taking into account the expediency of using other alternatives (The *ultima ratio* rule plays a role in several Member States; dismissal becomes the employer's final solution. This presumes that alternatives to dismissal have been envisaged). See Termination of employment relationships (Legal situation in the Member States of the European Union), European Commission Directorate General Employment, Social Affairs and Equal Opportunities Unit D2, April 2006, 3. Available at <<https://ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=4623&langId=en>>.

his/her qualifications, force him/her to behave more prudently and carefully. Accordingly, in terms of expediency, a proportionate punishment mechanism should be chosen in case of misconduct, which, in turn, in addition to punishing the violator, will motivate him/her and other employees to work more effectively. Thus, in order for an dismissal of an employee by the employer to be considered as an adequate, necessary and proportionate measure, it is essential such a serious violation to take place that makes the application of another lighter sanction unreasonable.¹³ According to this tendency shown in case law, the employer must prove that the plaintiff (employee) has breached the obligations imposed on him/her, which precluded him/her from being given a warning, additional time or even a lighter sanction, and his/her dismissal was the measure adequate to the violation (Compare the decision of the Supreme Court of Georgia in cases No. As-499-499-2018; No. As-1276-1216-2014; No. As-1028-970-2015).

At the same time, the burden of proof of a relevant misconduct, as well as the adequacy of the sanction, falls on the employer in accordance with the last sentence of article 38¹⁴ VII of the LC. Regarding the burden of proof on the existence of a weighty basis for dismissal, the Supreme Court of Georgia argues that shifting burden of proof to the employer is justified by the willingness to support an employee as a weak party and the employee's limited ability to prove.^{15 16}

Based on the applicable legislation, the cassation court, clarifies that there are two basic rules for the distribution of the burden of proof in legal proceedings: the general rule, according to article 102 of the Civil Procedure Code¹⁷ (CPC), it is imposed on each party and the special rule, which is set by the applicable substantive norm. In this case, the legitimacy of dismissal (early termination of the employment contract) is challenged, that should be checked by the norms applicable in employment law. We must be guided by the very standard of distribution of the burden of proof established by employment law and according to which the employer is obliged to prove the existence of a lawful and sufficient ground for dismissal (early termination of an employment contract) of an employee. The basis for such a conclusion of the cassation court is the principle according to which the employer has an evidentiary advantage to present to the court evidence in his favor.^{18 19 20}

¹³ The Decision of the Supreme Court of Georgia, Case No. As-360-2019.

¹⁴ For the purpose of the presented work, article 48 of LC, formulated as a consequence of 29.09.2020 No. 7177 legal amendment is considered.

¹⁵ The Decision of the Supreme Court of Georgia, Case No. As-630-630-2018, §28.

¹⁶ At the court hearing stage, the stage prior to unilateral termination of employment relationship by the employer, is the request to obtain a substantiation for termination within 7 days after the employee receives a written notice of termination of employment, after which the period for applying to the court starts running. Obtaining a substantiation is the right of the employee and not an obligation, therefore, in case of waiving this right, after the expiration of the above-mentioned period, the time limit for appeal will start to be calculated.

¹⁷ No.1106 Law of Georgia of 1997. The text is available at <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/29962?publication=143>>.

¹⁸ The Decision of the Supreme Court of Georgia, Case No. As-151-147-2016, §43.

¹⁹ In judicial practice, it is also observed that principle interpretation affirmanti, non negati, incumbit probatio is generally applied in civil law - „The burden of proof lies upon him who asserts and not upon him who denies“. Based on this provision, it must be determined who should prove what. See the Decision of Tbilisi City Court, Case No. 2/31800-17(330210017002176613), 07.02.2018.

²⁰ The Ruling of the Supreme Court of July 29, 2016 (No. As-194-185-2016) on the distribution of the burden of proof in labour disputes clarifies that such disputes are characterized by certain peculiarities in the distribution of the burden of proof, which is caused by inequalities between employer and employee in terms of presenting evidence. The plaintiff employee, who points out the dismissal, can not prove the unlawfulness of his dismissal. Accordingly, the plaintiff's claim that s/he was unlawfully dismissed shifts the burden of proof and imposes on the employer the obligation to

In addition to national legislation and judicial practice, the norms of international law that contain similar regulations are also important. Tbilisi Court of Appeals refers to the norms of international law in relation to labour disputes and explains that due to the nature of the employment law relationship, the court focuses on a somewhat "special" rule of distribution of burden of proof²¹, namely the Convention No. 158 of International Labour Organization²² on Termination of Employment. This Convention contains quite interesting and, at the same time, important provision for the legal relationship under consideration. According to the convention, the burden of proving the existence of a valid reason for the termination shall rest on the employer. Moreover, employment relations, in their essence, naturally addresses to such parties that can not be perceived in a completely horizontal plane with each other. The employer is a strong party to the contract in a legal relationship with such content; S/he has access to all the necessary mechanisms and data by which any change in the employment relationship must be substantiated. In the event when the employer makes a decision to change a specific employment relationship, so called "game rules" (or to terminate and end this "game" in general) that has already been established over the years, s/he becomes the person who must prove the legitimacy of his intent using the appropriate instruments at his disposal. It is the employer who has to prove that the intent expressed by him is in accordance with the sources of employment law, as well as article 115 of the CC, according to which every civil right shall be exercised lawfully.²³

The employee's awareness of the termination of employment is an issue for separate discussion. It is directly related to limitation period for appeal. According to the important definition of the Civil Cases Chamber of the Supreme Court, the termination of an employment contract is a unilateral declaration of an intent for validity of which it is mandatory to be received, therefore, it is considered to be valid from the moment of arrival (delivery) to the addressee (employee).^{24 25} The employee has the right to be individually warned by the employer about the grounds for termination of the employment contract, which is related to the right to work guaranteed by the Constitution. According to the court's reasoning, when an employment contract is terminated without prior notice (in cases provided by the LC), it is advisable to notify in writing of the termination of the contract. Creating a written document, on the one hand, serves to protect the rights of the employee, as s/he is entitled to have full information about the date, grounds and rules for appeal of termination of the employment contract with him, on the other hand, makes it easier the process of proof for the employer, because if the employer fails to prove the submission of information to the employee about the termination of the employment contract, the contract is

prove the lawful dismissal of the employee. The matter of burden of proof is explained so in the rulings of the Supreme Court of Georgia of March 18, 2015 (No. As-1276-1216-2014) and of March 23, 2015 (No. As-122-114-2015). The Decision of Tbilisi City Court, Case No. 2/31800-17, 07.02.2018.

²¹ The text is available at <https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C_158>.

²² International Labour Organisation (ILO). Official webpage <<https://www.ilo.org/global/lang--en/index.htm>>.

²³ See the Decision of Tbilisi City Court, Case No. 2/31800-17(330210017002176613), 07.02.2018.

²⁴ The decision of the Supreme Court of Georgia, Case No. As-1210-2018.

²⁵ In this regard the Supreme Court clarifies in its decision No. As-360-2019 that: It is advisable to notify in writing about the termination of the contract. The creation of a written document, on the one hand, serves to protect the rights of the employee, as s/he is entitled to have full information about the date, grounds and rules for appeal of termination of the employment contract with him/her. On the other hand, it makes it easier for the employer the process of proof, because if the employer fails to provide the employee with information about the termination of the employment contract, the contract will not be considered terminated. The employee is limited to 30 days to appeal the employer's decision on termination of the employment contract.

not considered terminated. The employee is limited to a 30-day period for appealing the employer's decision on termination of the employment contract in court.²⁶

According to the court's explanation, the above-mentioned time limit for appeal should be counted from the day when the employee was given written explanation about the reason for termination of the contract. This 30-day time limit most lately shall be calculated from the date of submission to the employee the substantiation of the reason for the termination of the contract by the employer in response to the employee's request.²⁷

In the case law of the Supreme Court, we also observe the interpretation that "... the legislature has set a 30-day time limit for appealing the employer's decision on termination of the employment contract, counting of which is linked to the receipt of written substantiation for termination of employment or the fact of non-fulfillment of the employer's obligation to provide written substantiation within 7 calendar days".²⁸

Conduct of an Employee in the Process of Possible Termination of Employment

Thus, the analysis of case law shows that both the legislature and the judiciary are focused on protecting the interests of the employee in the event of termination of employment under article 37²⁹, 1 (g), (h) and (n) of the LC. In particular, the employer is responsible for conducting the proceedings in accordance with the law prior to the termination of the contract, also for informing the employee in a timely manner and for proving the factual circumstances of the case. At the same time, the employer has to prove the validity and adequacy of the termination of employment before the court, if he does not do so before the employee within 7 days, at the request of the latter.

The case law contains almost no discussion about issues such as the employee's good faith before the termination of the employment relationship and at the termination stage.

When discussing termination of an employment contract, the cassation court does not ignore the importance of good faith, although it considers it only in the context of the employer's actions and pays less attention to the good faith of the employee. In particular, the cassation chamber clarifies that termination of an employment contract is an extreme measure that should be used as an exception and only in cases expressly provided by law, provided that there is a solid ground. One of the goals of the labour law reform implemented in Georgia has been to protect the rights of employees. Besides, it is important that labour law is related to the economic development of the country and so-called favor prestatoris principle should be used in the individual assessment of each case, which means giving advantage to the rules beneficial to employees. In applying this principle, it is necessary to maintain the balance between the demands and interests of the employer and the employee in the context of fairness, legality and good faith of each one's actions.³⁰

²⁶ The Decision of the Supreme Court of Georgia, Case No. As-360-2019.

²⁷ The Decision of the Supreme Court of Georgia, Case No. As-360-2019.

²⁸ The Decision of the Supreme Court of Georgia, Case No. As-11-11-2018.

²⁹ For the purpose of the presented work, article 47 of LC, formulated as a consequence of 29.09.2020 No.7177 legal amendment is considered.

³⁰ The Decision of the Supreme Court of Georgia, October 30, 2019, Case No. As-997-2019, §9. In this decision, as well as in a number of similar decisions, the cassation court establishes a uniform practice that the right granted to an employer to terminate an employment relationship (withdrawal from the contract) must be exercised lawfully, See the

As already mentioned above, as in the case of private law relationships in general, good faith is a necessary feature of a contractual relationship and without it, private law transactions are impossible. Good faith is the cornerstone on which the private law relationships are based, and its breach causes specific legal consequences. "Labour relationship does not mean the fulfillment of obligations under the contract in a remote situation between the parties, but rather, its expression is intensive communication between the employer and the employee and the implementation of joint activities for a common purpose. "Taking into account of this factor, one of the main principles of contract law is the principle of trust and good faith between the parties".^{31 32}

Violation of the obligation, so called "misconduct" by the employee which leads to the termination of relationship between the parties, is an evaluative category. Since a gross violation is a precondition for immediate termination, its severity must be assessed and substantiated. In this regard, the ILO Committee of Experts formulates the concept of "misconduct", which, in turn, is divided into two components: 1) improper performance of duties under the employment contract by employees (professional misconduct); 2) inappropriate behavior.^{33 34} The example of the first is unlawful behavior, such as indifference to professional obligations; Violation of work rules; Disobedience to the legitimate instructions of the employer; Being late or absent from work without good reason. The second category implies action against the general order ...³⁵ The named misconducts in individual cases may be assessed as accidental, however, when they are done systematically, they clearly indicate the mala fide attitude of the employee. For example, systematically being late at work, even in conditions of the proper performance of other duties, form the basis for disciplinary sanction.

For example, in case No.2/26626-19, due to improper labour discipline and improper performance of working duties by the employee, the employer lost interest in continuing the employment relationship with the employee and offered to terminate the employment contract by the agreement of the parties and with the consideration of terms of the appropriate compensation. The employee ceased to appear at work and perform his/her duties without any notice from the day of receiving the offer, just as s/he no longer participated in the negotiations on termination of the employment contract. After two weeks of absence from work, the employer was forced to initiate disciplinary proceedings against the employee, which lasted for a month. Despite repeated

Decisions of the Supreme Court of Georgia in cases No. As-1155-1086-2015, February 2, 2016; No. As-545-513-2012, October 5, 2012; No. As-549-517-2010, October 19, 2010.

³¹ Par. 3 of article 8 of the Civil Code of Georgia (CCG), par. 1 of article 316 of the CCG.

³² The principle of good faith has several expressions in employment relations: good faith in a pre-contractual relationship, direct compatibility of the terms of the contract with the principle of trust and good faith, good faith of the parties in fulfilling the obligations under the contract and at the stage of termination of the contract. It is in the latter two cases that the degree of non-performance of the obligation by the employee and the standard of his/her conduct is the study subject of the present article.

³³ *Kasradze, L.*, 97, 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, Collection of Articles, *Korkelia, K.* (ed.) 2011, 109-111, cited from Georgian Labor Law and International Labour Standards. A training manual for judges, lawyers and legal educators, International Labour Organization, 2017, 232.

³⁴ Prior to the development of the modern concept of misconduct, ILO Recommendation No. 119 of 1963 on termination of employment had already established the standard that termination of employment was inadmissible unless there was 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, See R119 - Termination of Employment Recommendation, 1963 (No. 119), §2(1). Available at <https://www.ilo.org/dyn/normlex/fr/f?p=NORMLEX_PUB:55:0::NO::P55_TYPE,P55_LANG,P55_DOCUMENT,P55_NODE:REC,en,R119,/Document>.

³⁵ *Ibid*, 232.

invitation to the employee to participate in both the job and the disciplinary proceedings, the employee did not perform his/her job duties, as a result of which the employer decided to apply the most severe disciplinary measure (dismissal).

The court agreed with the employee that as a result of oral communication on the termination of employment by the employer, s/he considered himself dismissed from his/her job and despite numerous written warnings, absence from the work for about a month and a half did not constitute ground of dismissal based on gross violation of the obligation, and, in relation to being late before initiation of disciplinary proceedings, the court held that the employer could have applied a less severe liability measure earlier.

Failure to appear at work and to make appropriate notification about this is not directly considered by the LC as a ground for termination of the employment contract between the employer and the employee, however, in the case under consideration, the court should have assessed not individually in the context of each misconduct, but whether combination of actions committed by the employee formed the ground for termination of employment, especially taking into account the destructive attitude of the employee in the disciplinary proceedings.³⁶

The present example demonstrates that the conduct of an employee should not be assessed in a straightforward and isolated manner. An important aspect is to reflect the consequences of a particular employee's behavior on other employees' performance discipline and their attitude toward the job. At the stage of selecting a disciplinary sanction, on the one hand, the employer should be able to apply an adequate and least repressive sanction and, at the same time, the action taken by him should be a means for other employees to achieve better performance discipline. It should be noted that despite the quite positive content, such an approach is a bit idealistic and in real situations can allow the employee to manipulate.

One of the key criteria in assessing the employee's behavior should be the degree of fault of the employee, and the obvious intent expressed to correct and reconcile the situation created by him should be considered as a necessary circumstance in which it is advisable to use the lightest possible sanction. Otherwise, in the light of the fact that the uniform practice established under the existing legal framework allows for manipulation in the hands of the employee, the imposition of additional restrictions on the employer unjustifiably restricts his/her rights regarding unilateral termination of employment. Both internal and external components, in particular the employee's attitude and the consequences of one's behavior, should be assessed in the context of good faith of the employee. The analysis of case law shows that despite the involvement of qualified lawyers in different disputes, a uniform case law is predominantly focused on the interests of the employee, which poses a threat to the interests of the employer. Given the current situation, legislative intervention may be one of the effective solutions, however, making legislative changes is an extreme solution and achieving the desired goal by modifying uniform practices can be considered as a priority.

An employee who deliberately fails to perform his/her duties in a good faith, on the one hand, sets a negative precedent at work, and on the other hand, poses a real threat to the business

³⁶ The Decision of Tbilisi City Court, March 28, 2018, Case No. 2/26626-19, about that whether absence from work and not notifying of the abovementioned is considered as a gross violation of the obligation by the employee prescribed in subpar. g) of article 37 (1) of the Labour Code of Georgia. The decision has been appealed in the Court of Appeals and there is an expectation of rendering a precedent-setting decision.

process, because if such actions are not eliminated in time, it will take form of a chain reaction and will also affect on other employee's attitudes toward the job.³⁷

It would be better for both the legal regulation and the case law to be developed in such a way to balance the rights of the parties, that is natural and characteristic of private law relations, instead of overburdening the employer with the obligations in a polarized way. However, this does not contradict to the principle of termination of the employment contract on valid reason. When hearing a dispute, the court relies on labour law regulations, which are primarily focused on the protection of the employee. The existence of norms governing the performance of a contractual obligation in this case does not ensure the effective protection of the interests of the employer, since, formally, the employee may fulfill the obligation imposed on him/him in terms of results, however, in parallel with the performance of primary job duties/tasks, his conduct might create ground for termination of employment relationship with him/her. The reasoning part of the Decision No. 2b/372-16 of the Tbilisi Court of Appeals contains the assessment that "by reservation of good faith, the scope of an individual's freedom of action is specified. The obligation of the subject to consider the interests of another person is derived from freedom of action subject to the principle of good faith to the extent that does not lead to disproportionate restriction of his/her own interests".³⁸

Similar reasoning is also developed by the ILO: The Convention No.158 provides for a concept of a valid reason. According to the Convention, the principle of "validity" must be reflected at the domestic level of all states and be enshrined in the legislative system.

The Convention No. 158 is mainly aimed at protecting an employee from dismissal on the unlawful grounds, but, at the same time, establishing a balance between the parties to an employment relationship. The Convention does not provide for the protection of the employee in any event of termination of the employment contract by the employer. In this regard, it contains special reservations that allow the employer to dismiss the worker in the presence of certain preconditions. Such reservations are scattered throughout the various articles, such as articles 2, 4, 11.^{39 40} In the decision No.2b/3964-14, the Tbilisi Court of Appeals stated that the termination of the employment relationship, which as a result is connected with the termination of the employee's labour right, requires a very detailed and diligent study and evaluation of the grounds for termination. Such an assessment is extremely important to maintain a fair balance between the parties (employer-employee). On the one hand, the employee should not be unreasonably terminated from the employment contract and thus not to be deprived of a livelihood, and, on the other hand, the employer should not be restricted from the dismissal of a worker who has

³⁷ It should also be noted that the same action, which, in one case, constitutes a non-substantial violation, in another case, may be equated with a gross violation. In order to assess the severity of an violator's action (or omission), the purpose of the job where the employee works and the function and responsibilities of the employee in that job must first be examined. See the Decision of the Supreme Court of Georgia, Case No. As-127-123- 2016.

³⁸ The Decision of Tbilisi Court of Appeals, Case No. 2b/372-16.

³⁹ The Decision of Tbilisi Court of Appeals, Case No. 2b/3964-14. Available at <<http://library.court.ge/judgements/51892014-12-31.pdf>>.

⁴⁰ It should be noted that despite the existence of freedom of labor as a right guaranteed by the Constitution, employment relations are predominantly private law relations, therefore, it should be considered in the light of the peculiarities of this system of law. An expression of this approach can be seen in the practice established by the German Federal Labour Court (Bundesarbeitsgericht) in recent years, that in the first stage of labour disputes it is examined the private law grounds and, only in the second stage, the admissibility of the the private law results is considered in light of compatibility with the fundamental rights. See *Fundamental Rights in European Contract Law*, 2007, 135. Available at <http://pure.uva.nl/ws/files/4369466/52678_Mak_manuscript_juli_2007_cm_voor_ub.pdf>.

violated his/her duties and not to be under certain risks caused by maintaining a worker unacceptable to him/her.

In analyzing compliance with the standard of valid reason, the Court again refers to the general overview of the above-mentioned Convention No.158 and Recommendation No.166, explaining that this Convention includes a regulation on what is considered to constitute unlawful dismissal of a worker as well as what would not constitute such act. Pursuant to article 4 of the Convention, the valid reason for dismissal of an employee must be related to a) incompetence and / or misconduct of the employee; Or b) must be based on the operational requirements of the undertaking, establishment or service. In such a qualification, the commentaries, decisions and recommendations of the Committee of Experts, a supervisory body of the ILO, are of great importance. They are indeed of a recommendatory nature, but define the text of the Convention, the scope of the regulation and they may be presented as a source of inspiration for legislation and for national courts. The 1995 report of the ILO Committee of Experts reviews the concept of "misconduct", which in turn is divided into two components: 1) improper performance of duties under the employment contract (misconduct) by workers (improper professional conduct); 2) Inappropriate behavior. The employee's "improper performance of duties under the employment contract means: neglect of official duties; Violation of internal labour regulations (especially in terms of safety or health rules); Disobedience to the legitimate order of the employer; Being late or absent from work without any good reason".⁴¹ In the said decision, the Chamber also clarifies that when it comes to a breach of safety rules by an employee, it is less important whether a particular breach resulted in injury to the persons. The very fact that the employee was responsible for the lives and health of the persons, it is not necessary to lead to a fatal outcome in order to evaluate employee's misconduct as to be of a high degree.

The views of the Court of Appeals are fully sharable about the issue that the assessment of misconduct should not be limited to the component of direct job duties, and no imbalance of interests should be observed in resolving a dispute. Such an approach creates opportunity of a balanced protection of the interests of the parties and instead of unjustifiably restricting the employer in favor of the employee, allows the employers to pursue their own interests within the framework of legality and rationality.

The decision No.2/31800-17 of the Tbilisi City Court contains interpretation of a precedent importance that indeed, an employment relationship is a relationship in which the employer always constitutes the so-called "strong" party of the contract and, consequently, the several sources of both international and national law discussed above, are significantly more focused on protecting the labour rights of employees, but these approaches will be absolutely useless and wrong if the employer is not demanded to protect employees' rights within reasonableness. Demands against employers (who, as legal entities under private law, are usually profit-oriented and usually serve to their economic purposes) should not be overly strict, unreasonable and inadequate. It is clear that the employer is really entitled to control the quality of labour productivity, the consistency of the performance of employment duties and in the absence of them (or in case of insufficient qualifications) to apply strict sanctions against employees. The antagonistic interpretation of the employer-employee mutual obligations would inevitably create an unfavorable environment for employers to operate in the free labour market and (given that the vast majority of a country's gross domestic product (GDP) is created by private businesses) it

⁴¹ The Decision No. 2b/3964-14 of the Tbilisi Court of Appeals, November 17, 2014.

would become an obstacle to the development of citizens' labour potential. If the employer is not empowered to encourage the employee for good work and to punish him/her for bad work, the employment relations space would be in an unnatural state to some extent.⁴²

Such an approach is in line with both domestic and international law, for example under article 1 of the European Social Charter, the Contracting Parties undertake to promote the attainment and maintenance of the stability and highest degree of employment; Pursuant to article 4, IV, of the same document, the parties undertake to recognize the right of all workers to a reasonable period of notice for termination of employment. This regulation refers to the creation of an appropriate legal environment by the contracting parties, where it will be possible to achieve stability and a high level of employment, which, in itself, does not mean neglecting the interests of the employer and virtually maintaining the contractual relationship in a forced manner for the purpose of stability of employment relationship.

Article 24 of the Charter refers directly to the termination of a contract and stipulates that with a view to ensuring the effective exercise of the right of workers to protection in cases of termination of employment, the Parties undertake to recognize the right of all workers not to have their employment terminated "without valid reasons" for such termination connected with their capacity or conduct as well as with the internal regulations of the undertaking; The parties also recognize the right of workers to receive adequate compensation or other appropriate relief in the event of termination of employment without good reason. The mentioned norm refers to the cases in a narrow sense when the employer, without proper prior procedures and legal grounds, unilaterally terminates the employment relationship, when the employee is not properly informed within a reasonable time and is not given opportunity to protect his/her own interests. However, the provision of article 24 of the Charter shall not apply in cases where the use of a specific ground for termination of employment precludes the possibility of receiving compensation, for example, sub-paragraphs g) and h) of article 37⁴³ (1) of the LC, when the grounds for termination of employment is a relevant disciplinary misconduct committed by the employee.

Conclusion

Thus, to ensure the protection of the so-called "weaker" party, the restriction of the interests of the employer should be aimed at balancing the interests of the parties. This approach is lawful and logically justified. However, I believe that it should not be done at the expense of unjustified interference in the protected area of the employer.

An employment relationship is, by its nature, a contractual relationship where the principles of autonomy of will and fairness are very important. Employment relationship is not an exceptional case of forced contracting, therefore, legal regulation or the case law should not take such a form that the employer, has to have a relationship with an undesirable employee based on the binding influence of legislation and judicial practice.

It is advisable not to fully shift the liability to the employer. On the one hand, balancing interests should not leave the employee vulnerable to the arbitrariness of the employer, and, on the other hand, the employer should be able to dismiss the employee for corporate purposes without

⁴² See the Decision of Tbilisi City Court, Case No. 2/31800-17 (330210017002176613), §6.3.

⁴³ For the purpose of the presented work, article 47 of LC is considered, formulated as a consequence of.

sanctions directed to correction before using the most severe measure of disciplinary liability if it is highly probable that they will not lead to a proper outcome. Such an approach, by its very nature, does not lead to a modification of the principle of the primacy of the primary claim; Such a solution to the issue is equal to a case where the party no longer has an interest in the continuation of the contractual relationship and makes a direct decision to terminate it, or it is clear that the application of a lighter sanction will not be successful.⁴⁴ The established opinion serves only the purpose of not depriving the employer of the possibility of directly using extreme measure of disciplinary liability, since in the conditions of the existing legal regulation and established uniform practice, it is practically impossible for such an action to be taken by such an employer.

When there are facts of systematic misconduct on the part of the employee and there is a clear mala fide and/or indifferent attitude towards this by him/her, the employer should have a real opportunity to unilaterally terminate the employment relationship with him/her. Straightforward application of the ultima ratio principle precludes the employer from using a most severe form of liability in the presence of a combination of minor disciplinary misdeeds unless less repressive measures have been used. For example, in situations where the employer has repeatedly used the informal warning mechanism but the employee's standard of conduct has not improved, a direct reference by the court to the ultima ratio principle and deeming the termination of the employment contract as unlawful is against the employer's interest, excessively binds and forces him to have a longer relationship with the employee until inadequate effectiveness of the less severe sanction used and the need to terminate the employment relationship are proved by documents.

It is true that both national and international law are focused on protecting the interests of the employees and creating social guarantees for them, but even according to the principle of fairness, it is inadmissible to put one in the cabal conditions in favor of the other. Thus, in cases where certain episodes of disciplinary misconduct committed by the employee do not constitute a gross violation and, at the same time, no fact of specific damage occurs, the employer should have the right and opportunity to unilaterally terminate the employment relationship with an employee who violates discipline at work and endanger the order in the service by his/her improper conduct that contradicts to the principle of trust and good faith.

In assessing the lawfulness of termination of employment, the starting point should be the justification and expediency of applying a specific disciplinary measure based on the content of the violation, considering the employee's attitude towards maintaining the employment relationship. In this regard, significant interpretations are observed in recent case law, which raise the expectation that the approach will no longer be sharply polarized in favor of the employee and the practice will go towards more balancing interests. In particular, the decisions state that "in examining the grounds for dismissal of a worker, the court examines the lawfulness of the exercise of the employer's right, on the basis of which it assesses the validity of the claims made

⁴⁴ Composition of article 405 (1) of the CC: If one of the parties to a bilateral contract breaches an obligation arising from the contract, then the other party to the contract may repudiate the contract after the unavailing lapse of an additional period of time fixed by him for performance of the obligation. If proceeding from the nature of the breach of obligation, an additional period of time for performance is not afforded to the breaching party, then a warning shall be equivalent to the fixing of an additional period of time. If the obligation has been breached only in part, then the obligee may repudiate the contract only if the performance of the remaining part of the obligation is no longer of interest to him. Fixing an additional period of time or issuing a warning is not required when it is obvious that it will yield no results (subparagraph (a) of paragraph 2).

by the parties before the court. For that it is necessary to study lawfulness of the circumstances causing its use. Besides, in order to assess the lawfulness of the dismissal of the employee, it is important to prove the fact of gross violation of the obligations imposed on the employee, which is possible only as a result of the investigation of the grounds for dismissal of the employee (the decisions of the Supreme Court of Georgia in cases No.As-416-399-16, 2016; No.As-812-779-2016, 2016; No.As-1276-1216-2014, 2015; Case No.As-483-457-2015)⁴⁵.⁴⁵ “According to the court, the most important circumstance is the inadmissibility of a specific action defined by the internal regulations by the employer itself. For example, in the case of an employee's absence from the workplace, the reasons of which are not known in advance to the employer (the director of the company or a person authorized by the director) through the appropriate application of the employee, it will be considered to be a gross violation of the terms of the employment contract/internal labour regulation”⁴⁶.

The approach that, if an employee does not show signs of improving his/her conduct before termination of employment, the employer should be allowed to dismiss him/her, is not novelty to the world legal space. Paragraph 7 of the 1982 ILO Recommendation No. 166 already contained a record that an employee's misconduct should not directly become a ground for termination of employment until s/he has been given written warning by the employer and given a reasonable period of time to improve his/her unsatisfactory performance.⁴⁷ In interpreting this recommendation, I think it would be reasonable to take the approach that if an employee does not make a clear effort to correct his or her conduct and maintain job in the period before termination of employment, termination of employment by the employer should be justified. Neither the above-mentioned recommendation contains an obligation to apply a lighter disciplinary sanction, but merely establishes an obligation to make a written warning and to prove the ineffectiveness of that warning.

Thus, Despite the existence of the hierarchy in employment relations and the institute of the so-called "weak" party, it is necessary not to protect the employee at the expense of excessive restriction of the employer's legitimate interests. When assessing the lawfulness of termination of employment, special attention should be paid to the factor of employee's good faith and the interests of the employer, so that, instead of a straightforward and one-dimensional assessment, the issue is thoroughly examined and a decision is made in accordance with private law principles. Otherwise, there is a risk that as a result of practices detrimental to the employer in the long-term prospect, employers will find themselves in an ambush position towards employees, which, in turn, will lead to additional negative consequences.

Given the analysis of the case law and its direct proportional impact on employment relations, I think the above-mentioned result can be achieved even without legislative intervention, as national law is in full compliance with both international law and international recommendations for balancing interests between parties to employment relationship. In order to solve the problem, it is necessary for the court to understand the issue in a new way and to develop a less polarized approach to labour disputes in order to ensure the protection of the balance of the parties'

⁴⁵ See the Decision of Tbilisi City Court, Case No. 2/26626-19.

⁴⁶ The Decision of Tbilisi City Court, March 28, 2019, Case No. 2/26626-19.

⁴⁷ The employment of a worker should not be terminated for unsatisfactory performance, unless the employer has given the worker appropriate instructions and written warning and the worker continues to perform his duties unsatisfactorily after a reasonable period of time for improvement has elapsed – §7, R166 - Termination of Employment Recommendation, 1982 (No. 166). Available at <https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:R166>.

interests. It is noteworthy that latest 29.09.2020 No. 7177 legal amendments to the Labour Code of Georgia does not contain different regulations on the topic under consideration, only the numbering of norms will be changed, which creates the expectation that the issue will remain topical after the entry into force of the amendments and the legal situation of the employer will be still dependent on judicial practice.⁴⁸

Bibliography

1. Fundamental Rights in European Contract Law, 2007, <https://pure.uva.nl/ws/files/4369466/52678_Mak_manuscript_juli_2007_cm_voor_ub.pdf>;
2. Georgian Labour Law and International Labour Standards. A training manual for judges, lawyers and legal educators, International Labour Organization, 2017. <https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_dialogue/---lab_admin/documents/projectdocument/wcms_627047.pdf>.
3. R119 - Termination of Employment Recommendation, 1963 (No. 119), §2(1) https://www.ilo.org/dyn/normlex/fr/f?p=NORMLEXPUB:55:0::NO::P55_TYPE,P55_LANG,P55_DOCUMENT,P55_NODE:REC,en,R119,/Document
4. R166 - Termination of Employment Recommendation, 1982 (No. 166). https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:R166
5. Termination of employment relationships (Legal situation in the Member States of the European Union), European Commission Directorate General Employment, Social Affairs and Equal Opportunities Unit D2, April 2006. <<https://ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=4623&langId=en>>.
6. The Decision of the Supreme Court of Georgia, October 30, 2019, Case No. As-997-2019;
7. The Decision of the Supreme Court of Georgia, May 17, 2019, Case No. As-360-2019;
8. The Decision of the Tbilisi Court of Appeals, May 30, 2018, Case No.2b/372-16;
9. The Decision of the Tbilisi City Court, March 28, 2019, Case No.2/26626-19;
10. The Decision of the Supreme Court of Georgia, March 4, 2019, Case No. As-11-11-2018;
11. The Decision of the Supreme Court of Georgia, February 15, 2019, Case No. As-1210-2018;
12. The Decision of the Supreme Court of Georgia, July 06, 2018, Case No. As-630-630-2018;
13. The Decision of the Supreme Court of Georgia, June 08, 2018, Case No. As-499-499-2018;
14. The Decision of the Tbilisi City Court, February 07, 2018, Case No.2/31800-17;
15. The Decision of the Supreme Court of Georgia, July 29, 2016, Case No. As-194-185-2016;
16. The Decision of the Supreme Court of Georgia, June 13, 2016, Case No. As-127-123-2016;
17. The Decision of the Supreme Court of Georgia, April 19, 2016, Case No. As-151-147-2016;
18. The Decision of the Supreme Court of Georgia, February 02, 2016, Case No. As-1155-1086-2015;
19. The Decision of the Supreme Court of Georgia, March 18, 2015, Case No. As-1276-1216-2014;
20. The Decision of the Supreme Court of Georgia, February 03, 2015, Case No. As-1028-970-2015;
21. The Decision of the Tbilisi Court of Appeals, November 17, 2014, Case No.2b/3964-14;
22. The Decision of the Supreme Court of Georgia, October 5, 2012, Case No. As-545-513-2012;
23. The Decision of the Supreme Court of Georgia, October 19, 2010, Case No. As-549-517-2010.

⁴⁸ See the draft law No. 07-3/448/9 on Amendments to the Organic Law of Georgia - Labour Code of Georgia. Available at <<https://info.parliament.ge/#law-drafting/20311>>.

საწარმოებისა და ბიზნესის სრული ან ნაწილობრივი გასხვისების დროს დასაქმებულთა შრომითი უფლებების დაცვა

აბსტრაქტი

წინამდებარე ნაშრომში განხილულია, საწარმოს ან ბიზნესის სრული ან ნაწილობრივი გასხვისების/გადაცემის დროს, დასაქმებულთათვის მინიჭებული შრომის სამართლებრივი გარანტიები. საკითხის შესასწავლად წარმოდგენილია ევროპული კავშირის 2001/23/EC დირექტივა¹, როგორც ასოცირების შეთანხმების ნაწილი, ეროვნული საკანონმდებლო მოწესრიგება, ევროპული კავშირის წევრი ზოგიერთი ქვეყნის რეგულირება, ქართული სასამართლო პრაქტიკა, ასევე მიმოხილულია ევროპული კავშირის მართლმსაჯულების სასამართლოს რელევანტური გადაწყვეტილებები.

ნაშრომის მიზანა, შრომითი ურთიერთობების მომწესრიგებელი ეროვნული კანონმდებლობის 2001/23/EC დირექტივებთან შესაბამისობის დადგენა როგორც ევროპული, ასევე ქართული სასამართლო პრაქტიკის ანალიზი და პრობლემების იდენტიფიცირება.

ერთი მხრივ, ნაშრომში საკითხი ახლებურადაა წარმოჩენილი, ხოლო, მეორე მხრივ, დეტალურადაა შესწავლილი საწარმოთა გადაცემა როგორც სამართლებრივი ინსტიტუტი, რომლის სიღრმისეული ანალიზი აქამდე არ განხორციელებულა. ნაშრომი მკითველს დაეხმარება გაეცნოს საწარმოთა გადაცემის მთლიან პროცედურას, განსაზღვროს მასში ჩართულ სუბიექტთა უფლებები და ვალდებულებები, გარდა ამისა, მკითხველს ასევე საშუალება მიეცემა გაიაზროს შრომის კანონმდებლობის ევროპული კავშირის სტანდარტებთან დაახლოების პოლიტიკა და მექანიზმები. ნაშრომში ყურადღება გამახვილებულია საწარმოთა გასხვისების დროს, თავდაპირველი და ახალი დამსაქმებლებისა და დასაქმებულების უფლებებსა და ვალდებულებებზე, მათ შორისაა კონსულტაციისა და ინფორმირების უფლებები, შრომითი ურთიერთობის შეწყვეტის აკრძალვა, მარტოოდენ იმ მიზეზის გამო, რომ საწარმოს გადაცემა განხორციელდა და სხვ. ნაშრომში მითითებულია ის ბარიერები, რომლებიც დასაქმებულებს ხელს უშლის, საწარმოთა გასხვისების გამო შრომითი უფლებების დარღვევის შემთხვევებში, სრულყოფილად მოახდინონ დარღვეული უფლების აღდგენა. გამოვლენილია ნორმატიული და პრაქტიკული პრობლემები და მათ მოსაგვარებლად შეთავაზებულია რეკომენდაციები.

შესავალი

შრომითი უფლებების დაცვის კუთხით საქართველო მნიშვნელოვანი გამოწვევების წინაშე დგას. დასაქმებულებისათვის შრომითი გარანტიების მინიჭებისა და, ამავე დროს, დამსაქმებლის ინტერესების გათვალისწინებით, ინტერესთა ურთიერთბალანსის

* ივ. ჯავახიშვილის სახ. თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტის მაგისტრი. მასალა წარმოადგენს თსუ-ის იურიდიული ფაკულტეტის სამართლის სამაგისტრო პროგრამის ფარგლებში ხარისხის მოსაპოვებლად შესრულებულ ნაშრომს.

¹ ევროპული საბჭოს დირექტივა საწარმოთა, ბიზნესის ან მათი ნაწილის გადაცემის დროს, დასაქმებულთა უფლებების უზრუნველყოფის შესახებ. ტექსტი ხელმისაწვდომია ვებგვერდზე <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32001L0023>>.

მიღწევის მიზნით, სახელმწიფომ 2013 წლიდან დაიწყო საკანონმდებლო ცვლილებების განხორციელება: საქართველოს შრომის კოდექსში² (შკ) აისახა სხვადასხვა ნორმა, რომელიც დასაქმებულის შრომით მდგომარეობას მნიშვნელოვნად აუმჯობესებს. ეს პროცესი კიდევ უფრო გაღრმავდა, როდესაც საქართველო ასოცირების შეთანხმების³ მხარე გახდა და დასაქმების, სოციალური პოლიტიკისა და თანაბარი შესაძლებლობების ჭრილში, აიღო ვალდებულება, მოახდინოს ევროპული კავშირის მთელი რიგი საერთაშორისო სტანდარტებისა და დირექტივების დებულებების საქართველოს კანონმდებლობაში იმპლემენტაცია, ნორმატიული ბაზის ევროპული კავშირის კანონმდებლობასთან დაახლოება, შექმნას ეფექტური მექანიზმები დებულებების აღსრულების უზრუნველსაყოფად. შრომის საერთაშორისო სტანდარტები კი, თავის მხრივ, უზრუნველყოფს დასაქმების პოლიტიკის გაუმჯობესებას, ადამიანებისათვის ღირსეული სამუშაო პირობების შექმნას და ქმნის განვითარების შესაძლებლობებს. შრომის კანონმდებლობის ევროპულ ნორმებთან ჰარმონიზაცია შრომითი ურთიერთობების „სუსტი“ მხარისათვის შრომითი და სოციალური გარანტიების შექმნას მოასწავებს და იცავს დასაქმებულთა ინტერესებს.

შრომითსამართლებრივი ურთიერთობები საზოგადოებრივი და ყოველდღიური ცხოვრების მნიშვნელოვანი ნაწილია, მათი სათანადო მოწესრიგება კი გავლენას ახდენს სხვა უფლებების რეალიზებაზე. შრომითი ურთიერთობის არსის გათვალისწინებით, სამუშაოს შემსრულებელი პიროვნულად და ეკონომიკურად დამსაქმებელზე დამოკიდებული, ამიტომაც არსებობს სამუშაოს მიმცემის მიერ ამ დამოკიდებულების ბოროტად გამოყენების რისკი. ამ საფრთხის მინიმუმამდე დაყვანა სახელმწიფოს ვალდებულებად უნდა ჩაითვალოს.⁴ ამის გათვალისწინებით, დასაქმებულთა უფლებების დაცვა, დამსაქმებლების ეკონომიკური ინტერესების გათვალისწინება, მათ შორის ბალანსის მიღწევა და შენარჩუნება, სახელმწიფოს მიზანს და ერთ-ერთ პრიორიტეტს წარმოადგენს; ამ პროცესში კი დასაქმებულის უფლებების დაცვაზე ორიენტირებული, ეფექტიანი პოლიტიკის წარმოება აუცილებელია.

აღსანიშნავია, რომ თანამედროვე ეკონომიკურმა და ტექნოლოგიურმა სიახლეებმა, საწარმოების სტრუქტურულმა ცვლილებებმა, ინოვაციურმა გამოწვევებმა დამსაქმებელთა შრომით უფლებებზე იქონია გავლენა. გაჩნდა ახალი საჭიროებები და შეიქმნა ამ საჭიროებებისადმი ახლებური, თუმცა დასაქმებულის ინტერესების დაცვაზე ორიენტირებული მიდგომების განვითარების აუცილებლობა. ევროპულ შრომის სამართალში, ამ მიმართულებით, განსაკუთრებული ყურადღება ექცევა საწარმოთა/ბიზნესის მესაკუთრის ცვლილების შემთხვევაში დასაქმებულთა მდგომარეობისა და შრომითი პირობების დაცვას.

წინამდებარე ნაშრომში განხილულია, საწარმოებისა და ბიზნესის სრული ან ნაწილობრივი გასხვისების შემთხვევაში, დასაქმებულთა უფლებების დაცვის სამართლებრივი ასპექტები, მათთან დაკავშირებით, რამდენიმე მნიშვნელოვანი აქტი, უპირველესად კი, 2001 წლის 12 მარტის საბჭოს 2001/23/EC დირექტივა, რომელიც

² საქართველოს 2010 წლის №4113-რს ორგანული კანონი საქართველოს შრომის კოდექსი. ხელმისაწვდომია ვებგვერდზე <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/1155567?publication=16>>. [ნაშრომი შექმნილია შრომის კოდექსში უახლეს, 2020 29 სექტემბრის (ორგანული კანონი №7177) ცვლილებამდე, შესაბამისად, ტექსტში მითითებულ ნორმათა ნუმერაცია შეიძლება არ ემთხვეოდეს უკანსკნელ ვერსიისას].

³ 2014 წლის №200/42 ასოცირების შესახებ შეთანხმება, ერთი მხრივ, საქართველოსა და მეორეს მხრივ, ევროკავშირს და ევროპის ატომური ენერჯის გაერთიანებას და მათ წევრ სახელმწიფოებს შორის. ტექსტი ხელმისაწვდომია ვებ გვერდზე <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/2496959?publication=0>>.

⁴ ჩაჩავა, ს., მოთხოვნების და მოთხოვნის საფუძვლების კონკურენცია კერძო სამართალში, სადისერტაციო ნაშრომი სამართლის დოქტორის აკადემიური ხარისხის მოსაპოვებლად, ივ. ჯავახიშვილის სახ. თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტის იურიდიული ფაკულტეტი, თბილისი, 2010, 98-99. ხელმისაწვდომია ვებგვერდზე <http://1aw.tsu.ge/data/file_db/faculty-lawpublic/sofio_chachava.pdf>.

უმოკლეს ვადებში ქართულ კანონმდებლობაში ტრანსფორმაციას ექვემდებარება. წინამდებარე ნაშრომში გაანალიზებულია შრომითი უფლებების დაცვის მნიშვნელობა, როგორც ევროინტეგრაციის პოლიტიკის ნაწილი, აღწერილია საწარმოთა გასხვისების პროცედურა, მისი არსი, ამ პროცესში მონაწილე სუბიექტთა უფლებები და ვალდებულებები, ევროპული კავშირის წევრი ცალკეული სახელმწიფოების (უმეტესწილად გერმანია) მიდგომები საწარმოთა გასხვისების სამართლებრივი ინსტიტუტის მიმართ. ნაშრომში ყურადღებაა გამახვილებული ევროპული მართლმსაჯულების სასამართლოს (European Court of Justice, შემდგომში - ემს) გადაწყვეტილებებზე, ასევე, მოცემულია ეროვნული კანონმდებლობისა და პრაქტიკის შეფასება, იდენტიფიცირებულია პრობლემები და გამოწვევები, განვითარებულია მსჯელობა იმაზე, თუ რა მნიშვნელობა აქვს ეროვნულ კანონმდებლობაში დირექტივების იმპლემენტაციასა და მათ ეფექტიან აღსრულებას.

ნაშრომში განხილული თემა მეტად აქტუალურია, საკითხი სიღრმისეულად არ არის სათანადოდ დამუშავებული, ქართულ იურიდიულ ლიტერატურაში ამ მიმართულებით არ არის განხილული სასამართლო პრაქტიკა, სრულყოფილად არ არის იდენტიფიცირებული დასაქმებულთა უფლებები საწარმოთა გასხვისების პროცესში. ამის გათვალისწინებით, ნაშრომი ინოვაციურია, რადგან მასში წარმოდგენილია როგორც საერთაშორისო სტანდარტები, რომლებიც მოქმედებს საკვლევ თემასთან დაკავშირებით, ასევე განხილულია ქართულ კანონმდებლობაში მთელი რიგი ნორმების ასახვის პერსპექტივები. განსახილველი საკითხი რელევანტური შეიძლება იყოს, საწარმოს მესაკუთრის ცვლილების დროს, შრომითი ურთიერთობის მონაწილეთა უფლებების მკვლევარი როგორც თეორეტიკოსი, ასევე პრაქტიკოსი იურისტისათვის და ნებისმიერი პირისათვის, რომლის ინტერესებშიც შედის ქართული და ევროპული შრომის კანონმდებლობის დაახლოება, ასოცირების შეთანხმებით, საქართველოს მიერ ნაკისრი საერთაშორისო ვალდებულებების შესრულების კონტექსტში.

ნაშრომის მიზანია, შრომითი ურთიერთობების მომწესრიგებელი ეროვნული კანონმდებლობის 2001/23/EC დირექტივებთან შესაბამისობის დადგენა, როგორც ევროპული, ასევე ქართული სასამართლო პრაქტიკის ანალიზი და პრობლემების იდენტიფიცირება. წინამდებარე ნაშრომი, ასევე მიზნად ისახავს, განხორციელდეს, საწარმოთა გასხვისების დროს, თავდაპირველი და ახალი დამსაქმებლებისა და დასაქმებულების უფლებებისა და ვალდებულებების სრულყოფილი შესწავლა; საბოლოოდ კი, გამოვლინდეს, საწარმოთა გასხვისების დროს, დასაქმებულთა დაცვის პროცესში პრაქტიკული ხარვეზები, მიმოხილულ იქნას ამ მიმართულებით არსებული საერთაშორისო პრაქტიკა, სტანდარტები და მათი შედარებითი ანალიზის გზით, შემუშავდეს საქართველოში გარკვეული ნორმების ასახვის რეკომენდაციები.

ამ მიზნების მისაღწევად დასახულია შემდეგი ამოცანები: შესწავლილ იქნას საწარმოთა და ბიზნესის სრული ან ნაწილობრივ გასხვისების პროცედურა, ამ პროცესში დასაქმებულთა უფლებების რეგულირების პრინციპები; გაანალიზდეს ევროპული კავშირის მეორეული კანონმდებლობის (დირექტივა) დებულებები; უცხოური და ქართული ლიტერატურის ანალიზის საფუძველზე განისაზღვროს კვლევის მიმართულებები; შესწავლილ იქნას ემს-ს პრაქტიკა, რომელიც დირექტივის ნორმების განმარტებისთვის უმნიშვნელოვანეს როლს ასრულებს. საერთაშორისო გამოცდილების განზოგადების საფუძველზე, განისაზღვროს ქართულ კანონმდებლობაში საწარმოთა გასხვისების მარეგულირებელი ნორმების საერთაშორისო სტანდარტებთან შესაბამისობა; განისაზღვროს ის წინააღმდეგობები და ბარიერები, რომლებიც დასაქმებულებს ხელს უშლის, საწარმოთა გასხვისების გამო, შრომითი უფლებების დარღვევის შემთხვევებში, სრულყოფილად მოახდინონ დარღვეული უფლების აღდგენა; გამოვლინდეს ნორმატიული და პრაქტიკული პრობლემები და მოძიებულ იქნას მათი გადაჭრის გზები.

კვლევის საგანია ევროპული კავშირის დირექტივების დებულებები, როგორც ასოცირების შეთანხმების ნაწილი, საქართველოს შრომის კანონმდებლობაში საწარმოთა გადაცემასთან დაკავშირებით ასახული ცვლილებები, ევროპული კავშირის წევრი ზოგიერთი ქვეყნის (გერმანია) რეგულირება, ქართული და ემს-ს პრაქტიკა.

წინამდებარე ნაშრომში გამოყენებულია აღწერილობითი, კრიტიკული ანალიზის, სისტემური, და შედარებითსამართლებრივი მეთოდები.

ნაშრომში გამოყენებულია ნორმატიული მასალა (მათ შორის, საქართველოს საკანონმდებლო აქტები, ევროპული კავშირის მეორეული კანონმდებლობა, ევროპული კავშირის წევრი ქვეყნების კანონები, შრომის საერთაშორისო ორგანიზაციის (შსო)⁵ ზოგიერთი რეკომენდაცია, ასევე ქართული და უცხოური სამეცნიერო ლიტერატურა, დოკუმენტაცია და სტატიები, ავტორის საკუთარი მოსაზრებები.

დასახული მიზნის მისაღწევად, ნაშრომის სტრუქტურაში მოცემული საკითხების თანმიმდევრული გააზრება საშუალებას მოგვცემს გავანალიზოთ, ევროპული კავშირის შრომის სამართლის მარეგულირებელი კანონმდებლობით მოწესრიგებული საწარმოთა გასხვისების/გადაცემის პროცედურა, ის უფლებები და ვალდებულებები, რომელსაც 2001/23/EC დირექტივა აკისრებს სუბიექტებს, დირექტივის მოქმედების ფარგლები, მისი დებულებები სასამართლო პრაქტიკით განმარტება. ამასთან, შესამდებელი იქნება, შეფასდეს საქართველოს მხრიდან ეროვნული შრომის კანონმდებლობის ევროპულთან დაახლოების მიზნით გადადგმული ნაბიჯები. საბოლოოდ, ნაშრომში ხაზგასმული იქნება ის, თუ რატომ არის მნიშვნელოვანი ასოცირების შეთანხმებით ნაკისრი ვალდებულებების შესრულება, რას მოუტანს ეს პროცესი როგორც დასაქმებულს, ასევე დამსაქმებელსაც; გამოკვეთილი იქნება პრობლემები და შემოთავაზებული იქნება მათი ეფექტიანად გადაჭრის გზები.

დღემდე შრომითი კანონმდებლობის საერთაშორისო სტანდარტებთან ჰარმონიზაცია და დასაქმებულთა შრომითი უფლების საკანონმდებლო მოწესრიგება, ხოლო შემდგომ მათი რეალიზება და დებულებების აღსრულების უზრუნველყოფა მნიშვნელოვანი გამოწვევაა. ნაშრომი კი, საკითხის ახლებური წარმოჩენით, საშუალებას მისცემს მკითხველს უკეთ გაიაზროს შრომის კანონმდებლობის ევროპული კავშირის სტანდარტებთან დაახლოების პოლიტიკა და მექანიზმები და, ამ გზით, ხელი შეეწყოს ახალი პრაქტიკის შექმნას და სამართლის განვითარებას.

I. შრომითი უფლებების დაცვა, როგორც ევროპული ინტეგრაციის პოლიტიკის ნაწილი - ასოცირების შეთანხმებისა და ევროპული სოციალური ქარტიის⁶ მაგალითზე

შრომის უფლება ადამიანისთვის ერთ-ერთი ფუნდამენტური უფლებაა, რომელიც არაერთი საერთაშორისო დოკუმენტით არის დაცული. იგი სოციალურ-ეკონომიკური უფლებების კატეგორიას განეკუთვნება და შრომით ურთიერთობებში არსებული უფლებებისა და ვალდებულებების ერთობლიობას წარმოადგენს, რომელიც მოიცავს დასაქმებასთან დაკავშირებულ უფლებებს, სამართლიანი, უსაფრთხო და ჰიგიენური შრომის პირობების, სამართლიანი ანაზღაურების, პროფესიული სწავლების, თანაბარი მოპყრობის, დისკრიმინაციის დაუშვებლობის, ინსტრუმენტულ და სხვა უფლებებს.⁷ სახელმწიფოს უმთავრეს მიზანს, ინდივიდთა ინტერესების დაცვით საზოგადოებრივი

⁵ International Labour Organization. ob. ოფიციალური ვებგვერდი <www.ilo.org>.

⁶ 1996 წლის ევროპის სოციალური ქარტია (შესწორებული). ტექსტი ხელმისაწვდომია ვებგვერდზე <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/1392164?publication=0>>.

⁷ ეიდე, ა., კრაუზე, კ., როსა, ა., ეკონომიკური, სოციალური და კულტურული უფლებების სახელმძღვანელო, მეორე განახლებული გამოცემა, 2001, 268.

კეთილდღეობის უზრუნველყოფა წარმოადგენს.⁸ ამ კეთილდღეობის მისაღწევად კი შრომის უფლებების დაცვა აუცილებელია, რომელიც ჯანსაღი შრომის პოლიტიკის გატარებით, შესაბამისი კანონმდებლობისა და სხვადასხვა ინსტიტუციური მექანიზმის დანერგვით უნდა იქნას მიღწეული.

საქართველო აღიარებს მნიშვნელოვან საერთაშორისო აქტებს, რომლებიც შრომის უფლების დაცვის საკითხებს არეგულირებს. საერთაშორისო ხელშეკრულებებისა და ეროვნული კანონმდებლობის ურთიერთმიმართება ქვეყნის კონსტიტუციით არის განსაზღვრული და საქართველოს საერთაშორისო ხელშეკრულებას ან შეთანხმებას, თუ იგი არ ეწინააღმდეგება საქართველოს კონსტიტუციას⁹, აქვს უპირატესი იურიდიული ძალა შიდა ნორმატიული აქტების მიმართ.¹⁰

მას შემდეგ, რაც ევროპული კავშირის კანონმდებლობასთან საქართველოს კანონმდებლობის ჰარმონიზაციის აუცილებლობა დადგა, შრომითი უფლებების დაცვა საქართველოსათვის იქცა ევროპული ინტეგრაციის პოლიტიკის ნაწილად, ამ პროცესში, განსაკუთრებით, უნდა აღინიშნოს ასოცირების შეთანხმება, რომელიც გაფორმდა, ერთი მხრივ, საქართველოს და, მეორე მხრივ, ევროპულ კავშირსა და ატომური ენერჯის გაერთიანებას და მათ წევრ სახელმწიფოებს შორის. ამ დოკუმენტზე ხელმოწერით, საქართველომ მთელი რიგი ევროპული სტანდარტების ქართულ კანონმდებლობასთან ჰარმონიზებისა და მათთან ინტეგრირების ვალდებულება აიღო, რომელიც კერძო სამართლის სფეროში მოქმედ რეგულაციებს, დირექტივებსა თუ რეკომენდაციებს მოიცავს. მათ შორისაა შრომის სამართლის სტანდარტებიც; თუმცა, უნდა აღინიშნოს ისიც, რომ ევროპული კავშირის სამართალთან დაახლოება სავალდებულო კომპონენტია (hard approximation) და ჰარმონიზაციის პროცესი „მკაცრად *de iure* ფორმატშია“.¹¹ სწორედ ამიტომაც, საჭირო გახდა მთელი რიგი ცვლილებების განხორციელება, მათ შორის, შკ-ში, აღნიშნული შეთანხმებითა და ასოცირების დღის წესრიგით, განსაზღვრული ვალდებულებების სათანადო შესრულების უზრუნველსაყოფად, საქართველოს მთავრობის მიერ ყოველ წელს მტკიცდება ეროვნული სამოქმედო გეგმა, რომელშიც განისაზღვრება შეთანხმებით განსაზღვრული რომელი ამოცანის აღსრულება წარმოადგენს კონკრეტული დროის მონაკვეთისათვის ქვეყნის მიზანს.

ასოცირების შეთანხმებით, დასაქმების, სოციალური პოლიტიკისა და თანაბარი შესაძლებლობების ჭრილში, საქართველოს უკვე აქვს აღებული ვალდებულება, მოახდინოს ევროპული კავშირის მთელი რიგი დირექტივების საქართველოს კანონმდებლობაში გადმოტანა, ინტეგრირება და იმპლემენტაცია. მათ შორისაა 2001/23/EC დირექტივა - საწარმოებისა და ბიზნესის სრული ან ნაწილობრივი გასხვისებისას დასაქმებულთა უფლებების დაცვის შესახებ; ამ ვალდებულების შესრულება, მართალია, დროში გაჭიანურდა, თუმცა მნიშვნელოვანია, რომ ბოლო რამდენიმე თვის განმავლობაში, ამ მიმართულებით, პოზიტიური ნაბიჯები გადაიდგა, რაც შრომის კოდექსის კონკრეტული ცვლილებების მომზადებაში გამოიხატა. მათი მომზადება, ცხადია, დიდ გამოწვევას წარმოადგენდა, საჭიროებდა სისტემურ გააზრებასა და საწარმოთა გადაცემის, ე.წ. საწარმოთა [ახალ მესაკუთრეზე] „ტრანსფერის“ დროს, დასაქმებულთა შრომითი უფლებების შესახებ კვლევას, რაც, მეორე მხრივ, საუკეთესო ევროპული პრაქტიკის დეტალურად შესწავლასა და ქართულ სინამდვილესთან მორგებასაც გულისხმობდა.

⁸ ჩაჩავა, ს., ვადიანი და უვადო შრომითი ხელშეკრულებების მოშლის მიმართ მოქმედი კანონმდებლობის სამოსამართლო სამართლით სრულყოფის რეკომენდაციები, შრომის სამართალი (სტატიათა კრებული), I, მერიდიანი, თბილისი, 2011, 35.

⁹ საქართველოს რესპუბლიკის 1995 წლის კონსტიტუციური კანონი №786 საქართველოს კონსტიტუცია. ტექსტი ხელმისაწვდომია ვებგვერდზე <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/30346?publication=35>>.

¹⁰ მე-4 მუხლის მე-5 პუნქტი.

¹¹ მისურაძე, დ., სულხანაშვილი, ე., ვაშაკიძე, გ., ევროკავშირის კერძო სამართალი - გადაწყვეტილებები და მასალები, გერმანიის საერთაშორისო თანამშრომლობის საზოგადოება (GIZ), თბილისი, 2018, 15.

ბუნებრივია, ეს პროცესი ჯერ კიდევ გრძელდება, რომელიც უნდა განხორციელდეს ეტაპობრივად, თუმცა დინამიკურად, ასოცირების შეთანხმების მიზნებისა და ამოცანების გათვალისწინებით, მაგრამ ეს, ცხადია, არ უნდა განვიხილოთ ვიწროდ - მხოლოდ ევროპული ინტეგრაციის ჭრილში, ან იმიტომ, რომ ვალდებულებების შეუსრულებლობას, შესაძლოა უარყოფითი შედეგები მოჰყვეს ქვეყნისთვის, არამედ მთავარი დასაქმებულთა შრომითი უფლებების დაცვის საერთო პოლიტიკის შემუშავება, მათი შრომითი პირობების გაუმჯობესება და ღირსეული ცხოვრების უზრუნველყოფა უნდა იყოს. განვითარებული საბაზრო ეკონომიკისა და სამართლებრივი სახელმწიფოს პირობებში შრომა ისეთ სიკეთეს წარმოადგენს, რომელიც ნებისმიერი სხვა სიკეთის განმსაზღვრელი შესაძლოა იყოს.¹² შრომითი უფლებების დაცვა კი სოციალური სახელმწიფოს პრინციპის რეალიზების ერთ-ერთ მნიშვნელოვან ფაქტორს წარმოადგენს.

საქართველომ 2005 წელს ევროპული სოციალური ქარტიისა და მისი დანართის რატიფიცირება¹³ მოახდინა, სავალდებულოდ აღიარა ქარტიის მუხლები, რომლებიც მოიცავს შრომის უფლებას, შრომის სამართლიანი პირობებით სარგებლობას,¹⁴ შრომის სამართლიანი ანაზღაურების მიღებას,¹⁵ დასაქმებულთა ორგანიზებას,¹⁶ კოლექტიური მოლაპარაკებების წარმოებას¹⁷ და სხვ. დამატებით უნდა აღინიშნოს, რომ 2001/23/EC დირექტივა, რომლის დებულებების ასახვის ვალდებულება საქართველოს ასოცირების შეთანხმებით დაეკისრა, ევროპული სოციალური ქარტით გათვალისწინებულ მთელ რიგ უფლებებს განამტკიცებს.

აქვე, მნიშვნელოვანია იმის ხაზგასმა, რომ საქართველომ არა ყველა, არამედ ზოგიერთი დებულება აღიარა, მათ შორის, არ უღიარებია სოციალური ქარტიის 21-ე მუხლი - ინფორმაციისა და კონსულტაციის უფლების შესახებ, 22-ე მუხლი - სამუშაო პირობებისა და სამუშაო გარემოს განსაზღვრასა და გაუმჯობესებაში მონაწილეობის მიღების შესახებ, 24-ე მუხლი - დაცვის უფლება დასაქმების შეწყვეტის შემთხვევაში და სხვ. შკ-ი, მეტ-ნაკლებად სათანადოდ არეგულირებს სოციალური ქარტიის დებულებებს, მაგრამ, ვფიქრობ, მნიშვნელოვანია, გადაიხედოს დებულებების აღიარების პოლიტიკა, რადგან ის სოციალური ქარტიის მუხლები, რომლებიც საქართველომ სავალდებულოდ არ აღიარა, ნამდვილად, ხელს უწყობს პირთა შრომითი უფლებების დაცვას და ქმნის კონკრეტულ სამართლებრივ გარანტიებს; გამომდინარე აქედან, მათი გათვალისწინება საჭიროდ შეგვიძლია მივიჩნიოთ.

ამრიგად, ზემოაღნიშნული დოკუმენტებით განსაზღვრული შრომითი უფლებების დაცვა საქართველოს მიერ განიხილება, როგორც ევროპული ინტეგრაციის პოლიტიკის ნაწილი. ნაკისრი ვალდებულებების შესრულება გრძელვადიანი პროცესია, რომელიც, ასევე უწყვეტად უნდა გაგრძელდეს. შრომითი ურთიერთობების რეგულირება და დამსაქმებლებზე ისევე, როგორც დასაქმებულებზე ზრუნვა სახელმწიფოსათვის ერთ-ერთ პრიორიტეტს უნდა წარმოადგენდეს, რაც სწორი და თანმიმდევრული ნაბიჯების გადადგმით უნდა განხორციელდეს, ქართული და ევროპული საკანონმდებლო სივრცის ჰარმონიზაციის პროცესების კვალდაკვალ.

¹² ზოიძე, ბ., შრომის თავისუფლების არსი საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს პრაქტიკაში, შრომის სამართალი (სტატიათა კრებული), I, მერიდიანი, თბილისი, 2011, 5.

¹³ საქართველოს პარლამენტის 2005 წლის №1876 დადგენილება ევროპის სოციალური ქარტიის (შესწორებულის) და მისი დანართის რატიფიცირების თაობაზე. ხელმისაწვდომია ვებგვერდზე <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/43174?publication=0>>.

¹⁴ მე-2 მუხლი.

¹⁵ მუხლი 4.2, მუხლი 4.3, მუხლი 4.4

¹⁶ მე-5 მუხლი.

¹⁷ მე-6 მუხლი.

II. საწარმოებისა და ბიზნესის სრული ან ნაწილობრივი გასხვისების არსი

2.1 საწარმოებისა და ბიზნესის სრული ან ნაწილობრივი გასხვისების პროცესში დასაქმებულების დაცვის მნიშვნელობა

სახელმწიფოსათვის დასაქმებულთა შრომითი ურთიერთობების დაცვა ერთ-ერთ პრიორიტეტს წარმოადგენს. დასაქმებულებისთვის სხვადასხვა სამართლებრივი თუ სოციალური გარანტიის შექმნა მეტწილად დიდ გავლენას ახდენს ქვეყანაში ადამიანის უფლებებისა და თავისუფლებების დაცვის დონესა და უზრუნველყოფს მათ რეალიზებას.

შრომის სამართლის მიზანი, მისი ისტორიული განვითარების გათვალისწინებით, არის დასაქმებულის „დაცვა“ ინტერესების არათანაზომიერი და უსაფუძვლო ხელყოფისგან. შრომით ურთიერთობაში დასაქმებული, როგორც პიროვნულად, ასევე ეკონომიკურად დამსაქმებელზეა დამოკიდებული. სახელმწიფო ვალდებულია, დაიცვას შრომით ურთიერთობებში „სუსტი“ მხარე და არ დაუშვას ამ დამოკიდებულების ბოროტად გამოყენება.¹⁸ ერთ-ერთ საქმეში უზენაესმა სასამართლომ დასაქმებულის დაცვის უფლება შრომის კონსტიტუციური უფლების მნიშვნელოვან ასპექტად ჩათვალა¹⁹ და ნათლად განმარტა, რომ შრომის თავისუფლება „დასაქმებული პირის უფლებების კანონით დაცვას გულისხმობს სახელმწიფოს მიერ; სახელმწიფომ, რომელმაც კონსტიტუციით მიანიჭა პირს შრომის თავისუფლება და რომელმაც აღიარა დასაქმებულთა უფლების დაცვის მარეგულირებელი საერთაშორისო ნორმები (ევროპული სოციალური ქარტიის (შესწორებული) 4.4 მუხლი, ეკონომიკური, სოციალური და კულტურული უფლებების შესახებ საერთაშორისო პაქტის მე-6 მუხლი, ადამიანის უფლებათა საყოველთაო დეკლარაციის 22-ე მუხლი), ასევე უნდა იზრუნოს დასაქმების დაცვის უფლებაზე, რომლის უზრუნველსაყოფად [აც] უნდა შექმნას სათანადო სამართლებრივი რეჟიმი“.

დასაქმებულთა დაცვის მნიშვნელობაზე ისიც მეტყველებს, რომ იგი, თავისთავად, გულისხმობს ღირსეული ცხოვრების პირობების შექმნას, უსაფრთხოებისა და პიროვნების თავისუფალი განვითარების ხელშეწყობას, თუმცა მნიშვნელოვანია დასაქმებულთა უფლებებსა და დამსაქმებლების ეკონომიკურ ინტერესებს შორის ბალანსის მიღწევა და შენარჩუნება. „სახელმწიფომ, თანაბრად, უნდა უზრუნველყოს ეკონომიკური სტაბილურობა და შრომის თავისუფლება“²⁰. მან დასაქმებულთა დაცვა ისე უნდა შეძლოს, რომ არ მოხდეს დამსაქმებლის ინტერესების უგულვებელყოფა.

სწორედ დასაქმებულთა დაცვა არის 2001/23/EC დირექტივის უმთავრესი მიზანი.²¹ მის პრეამბულაში აღნიშნულია, რომ დოკუმენტის შემუშავება თანამედროვე ეკონომიკისათვის დამახასიათებელმა ფაქტორმა განაპირობა, როგორცაა საწარმოთა სტრუქტურული ცვლილებები, საწარმოებისა და ბიზნესის სრული ან ნაწილობრივი გასხვისების/გადაცემის ან შერწყმის დროს.²² შესავალ ნაწილშივე აღნიშნულია, რომ საწარმოებში განხორციელებული ცვლილებები დასაქმებულთა შრომით და საცხოვრებელ პირობებზე აისახება, ამ ცვლილებებს შესაძლოა, მოჰყვეს დასაქმებულთა კოლექტიური დათხოვნა ან საწარმოთა გაკოტრება. ამიტომაც, საჭირო ხდება დასაქმებულთა უფლებების დაცვა, მათი დროულად ინფორმირებისა და კონსულტირების გზით, მოსალოდნელ უარყოფით შედეგებთან დაკავშირებით.

¹⁸ ჩაჩავა, ს., დასახ. ნაშომი, მე-8 სქ., 37.

¹⁹ საქართველოს უზენაესი სასამართლოს 2010 წლის 23 მარტის განჩინება საქმეზე №ას-1261-1520-09. ხელმისაწვდომია ვებგვერდზე (საძიებო პორტალი) <<http://prg.supremecourt.ge/DetailViewCivil.aspx>>.

²⁰ ჩაჩავა, ს., დასახ. ნაშომი, მე-8 სქ., 35.

²¹ Zahn, R., The Court of Justice of the European Union and Transfers of Undertakings, 6 Eur. Lab. L.J. 72, 2015, 83.

²² 2001/23/EC დირექტივის პრეამბულა, მე-2 პარ.

ამრიგად, ევროპული შრომის სამართალი დასაქმებულთა დაცვას დიდ ყურადღებას უთმობს და ადგენს მთელ რიგ სამართლებრივ მექანიზმებს, გზებს, რითაც შესაძლებელი იქნება დასაქმებულებისათვის მინიჭებული უფლებების რეალიზება. ვფიქრობ, ამ პროცესში განსაკუთრებით მნიშვნელოვანია არა მხოლოდ ის, რომ, ერთი მხრივ, უზრუნველყოფილი იყოს დასაქმებულთა უფლებების დასაცავად სათანადო პირობების შექმნა, არამედ, ისიც, რომ, მეორე მხრივ, სახელმწიფომ შეძლოს ამ უფლებების მხარდაჭერა თავისუფალი მეწარმეობის განვითარების შეუფერხებლად. „შრომის პოლიტიკა თანაბარმნიშვნელოვნად, უნდა უზრუნველყოფდეს როგორც დასაქმებულის უფლებებს, ასევე - დამსაქმებლისას, რომელიც წარმოებისა და ვაჭრობის სფეროში უმნიშვნელოვანესი სუბიექტია“²³.

2.2 საწარმოთა გასხვისების პროცედურა

დირექტივის დებულებები გამოიყენება საწარმოთა გასხვისების, ან საწარმოთა და ბიზნესის ნაწილის ახალი მესაკუთრისთვის გადაცემის დროს. დირექტივის შესაბამისი დებულებები შესაძლოა, გამოყენებულ იქნეს საწარმოთა გაყოფის შემთხვევებშიც.²⁴

საწარმოთა გასხვისების განმარტებას განსაკუთრებული მნიშვნელობა აქვს ამ პროცესში შრომითი გარანტიების განსაზღვრისათვის. საწარმოთა გასხვისება/გადაცემა, დირექტივის მიზნებისთვის, არ ნიშნავს საწარმოს ნებისმიერ გადაცემას, არამედ ის გულისხმობს მხოლოდ ეკონომიკური დაწესებულების/ობიექტის გასხვისებას, რომელმაც შეინარჩუნა იდენტობა, რესურსების ორგანიზაციული ერთიანობა, რაც ეკონომიკური საქმიანობის განხორციელებას უზრუნველყოფს, მიუხედავად იმისა, საქმიანობა ძირითადად თუ დამხმარე.²⁵

საწარმოთა სრული ან ნაწილობრივი გადაცემის დროდ მიიჩნევა დროის კონკრეტული მონაკვეთი (თუმცა არ იგულისხმება ხანგრძლივი პერიოდი), როდესაც დამსაქმებლის პასუხისმგებლობა - მართოს საწარმო და უზრუნველყოს ბიზნესის ფუნქციონირება - გადადის გამსხვისებლიდან საწარმოს მიმღების - ახალი მფლობელის ხელში.²⁶

მნიშვნელოვანია აღვნიშნოთ, თუ რატომ არის აუცილებელი საწარმოთა გადაცემის დროზე მსჯელობა. ამ საკითხზე მითითება გვხვდება დასაქმებულთა იმ კატეგორიის განსაზღვრაში, რომლებსაც შეუძლიათ, ისარგებლონ საწარმოთა გადაცემასთან დაკავშირებით მთელი რიგი სამართლებრივი გარანტიებით. დროის ფაქტორის განსაზღვრა კი, გვეხმარება ვიცოდეთ, ვის შეუძლია ამ უფლებებით სარგებლობა და ვის არა, რადგან დაცვა ვრცელდება დასაქმებულებზე, რომელთაც უშუალოდ შეეხოთ საწარმოს გადაცემა და, ამავე დროს, მათი შრომითი ხელშეკრულებები ძალაში იყო საწარმოს გადაცემის დროისათვის, ხოლო არ ეხება მათ, ვისაც გამსხვისებელთან უკვე შეწყვეტილი ჰქონდათ შრომითი ურთიერთობა ამ დროისთვის.²⁷

²³ ქარდავა, ე., შრომის სამართლის განვითარება ევროინტეგრაციული პროცესების ფონზე, სამართლის ჟურნალი №1, ივ. ჯავახიშვილის სახ. თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტის გამომცემლობა, თბილისი, 2016, 150.

²⁴ 2001/23/EC დირექტივის მუხლი 1.1 (a).

²⁵ იქვე, მუხლი 1.1 (b).

²⁶ იხ. The Times (London), Date of transfer of undertaking, 9 ივნისი, 2005 წელი, ეფუძნება გადაწყვეტილებას - Case C-478/03, Astley and Others v. Celtec Ltd, 1. ხელმისაწვდომია ვებგვერდზე <<http://csdle.lex.unict.it/docs/labourweb/Judgment-in-case-C-47803---Celtec-Ltd-v-John-Astley-and-Others/2034.aspx>>.

²⁷ იქვე, 2.

2.3 საწარმოთა გადაცემის სახეები

საწარმოთა გადაცემის სახეები შეგვიძლია შემდეგნაირად განვსაზღვროთ: შესაძლებელია, განხორციელდეს საწარმოს ან ბიზნესის სრული ან ნაწილობრივი გასხვისება; თავის მხრივ, გასხვისება საწარმოთა გადაცემის ერთ-ერთი ფორმაა, ხოლო საწარმოში სტრუქტურული ცვლილებების განხორციელების კიდეც ერთ გზას საწარმოთა შერწყმა (გაერთიანება, მიერთება) წარმოადგენს. შერწყმის პროცესში მონაწილე საწარმოებიდან - ის, რომელმაც სხვა საწარმო მიიერთა, ან გაერთიანების შედეგად წარმოქმნილი ახალი საწარმო, წარმოადგენს საწარმოს მიმღებს²⁸ და ეკისრება ძველი მფლობელის ყველა ვალდებულება. ეს პროცესი, ცხადია, გავლენას ახდენს შრომით ხელშეკრულებებსა და, ზოგადად, შრომით ურთიერთობებზე; სწორედ ამიტომ, ევროპელმა კანონმდებელმა დასაქმებულის დაცვის გზები საწარმოთა შერწყმის შემთხვევებშიც განსაზღვრა.

III. ევროპული კავშირის 2001/23/EC დირექტივის მოკლე მიმოხილვა

3.1 ევროპული კავშირის 2001/23/EC დირექტივის მოქმედების ფარგლები

ევროპული კავშირის შრომის სამართლის უმთავრესი პრინციპები ჩამოყალიბებულია მთელ რიგ დირექტივებში, რომელიც ევროპული კავშირის სამართლის წყაროს წარმოადგენს (მეორეული კანონმდებლობა). დირექტივებს შესასრულებლად სავალდებულო ძალა აქვს ევროპული კავშირის ყველა წევრი სახელმწიფოსთვის, საქართველოსთვის კი ევროპული ინტეგრაციისა და, კონკრეტულად, შრომის სამართლის ევროპეიზაციის გზაზე ისინი მნიშვნელოვან სახელმძღვანელო დოკუმენტებად გვევლინება. ჩვენ მიერ ღიად გაცხადებული ევროპული კურსი გვერდს ვერ აუვლის დირექტივებს, რომელთა მოთხოვნებთან დაახლოვებაც ასოცირების შეთანხმებაში შესაბამისი შესრულების ვადებითაა გაწერილი. ხაზგასმით უნდა აღვნიშნოთ, რომ სამართლებრივი დაახლოვება - ე.წ. legal approximation - მხოლოდ შესაბამისი სტანდარტების კანონებში ასახვას არ გულისხმობს, არამედ მკაცრად მიუთითებს მათ პრაქტიკაში გამოყენებას. ამასთან, უმრავლესი მათგანით გარანტირებული შრომითი უფლებების დაცვის მინიმალური სტანდარტების ასახვა საკანონმდებლო აქტებში უშედეგო იქნება, თუ ამ უფლებებით ადრესატები ვერ ისარგებლებენ.

უნდა აღვნიშნოთ რამდენიმე საყურადღებო დებულება, სანამ უშუალოდ კონკრეტული დირექტივის ანალიზს დავიწყებდეთ. პირველ რიგში, განსხვავებით რეგლამენტისაგან, დირექტივებს პირდაპირი მოქმედების ძალა არ აქვთ, საჭიროა მათი იმპლემენტაცია, გადატანა შესაბამისი ქვეყნის ეროვნულ კანონმდებლობაში. სახელმწიფოები ფორმის არჩევაში არ იზღუდებიან, მათ დირექტივების რეცეფცია შეუძლიათ როგორც კანონის, ასევე კანონქვემდებარე აქტის და სხვ. ფორმით; ქვეყნები არც იმაში არიან შეზღუდული, რომ დირექტივაში ასახულ სტანდარტებთან შედარებით, უფრო მკაცრი დებულებები დაამკვიდრონ პრაქტიკაში; ქვეყნის თავისებურების და სპეციფიკის გათვალისწინებით კი, მათ შეუძლია განსაზღვრონ აღსრულებისა თუ პასუხისმგებლობის ინდივიდუალური მექანიზმები და ინსტრუმენტები.²⁹

²⁸ *Bejan, F.*, The European Law Regarding the Impact of Merger on Employees' Rights , Romanian Journal of European Affairs, Vol. 13, N 2, 2013, 30.

²⁹ *ქარდავა, ე.*, ევროკავშირის შრომის დირექტივების ასახვა საქართველოს კანონმდებლობასა და პრაქტიკაში, ფაუნტეინ ჯორჯია, თბილისი, 2018, 3.

2001/23/EC დირექტივით, ჩანაცვლდა 1977 წლის 14 თებერვალს მიღებული ევროპული საბჭოს დირექტივა 77/187/EC,³⁰ რომელმაც, თავის მხრივ, დასაბამი მისცა “საწარმოთა გადაცემის” ცნებას ევროპულ შრომის სამართალში და რითაც ყურადღება გამახვილდა საწარმოთა გადაცემისას დასაქმებულთა შრომით და სოციალურ უფლებებზე.

უნდა ითქვას ისიც, რომ 24 წლის შემდგომი გადასინჯვის შედეგად, ახალმა (მოდულიზირებულმა) დირექტივამ, არსებითად, იგივე მიდგომები შეინარჩუნა, რაც 1977 წლის რედაქციაში იყო ასახული. იურიდიულ მეცნიერებაში ამ პერიოდს, ხშირად, მოიხსენებენ „ოქროს ხანად“ ევროპული შრომის სამართლისთვის.³¹ ახალი დირექტივის მომზადების საფუძველს ევროპული სოციალური ქარტიაც წარმოადგენდა, რომლითაც გათვალისწინებულია დასაქმებულთა უფლებები, იყვნენ ინფორმირებულნი შრომით დაწესებულებაში დასაქმების შეწყვეტის შემთხვევაში, დაცვის უფლება, კოლექტიური დათხოვნის დროს დასაქმებულებთან კონსულტაციებზე და სხვ., მაგრამ რაც ყველაზე მნიშვნელოვანია, 2001/23/EC დირექტივა მიზნად ისახავს საწარმოთა რესტრუქტურისაგან, გადაცემის, მესაკუთრის ცვლილების დროს, უზრუნველყოფილი იყოს დასაქმებულთა დაცვა.³²

როგორც უკვე აღინიშნა, მოცემული დირექტივა, როგორც სახელმძღვანელო დოკუმენტი საწარმოთა გადაცემის კონტექსტში, თავის რეგულირებას ავრცელებს საწარმოს ან ბიზნესის გასხვისებაზე ან მათი ნაწილების სხვა დამსაქმებლებისადმი გადაცემაზე მხოლოდ კანონიერი გასხვისების ან შერწყმის შედეგად.³³

დირექტივით განისაზღვრება, რომ მასში მოცემული ნორმები ვრცელდება საჯარო და კერძო საწარმოებზე, რომლებიც ეწევა ეკონომიკურ საქმიანობას, მიუხედავად იმისა, ორიენტირებულნი არიან თუ არა ისინი მოგების მიღებაზე.³⁴ აქვე, უნდა აღინიშნოს ისიც, რომ დირექტივის მოქმედების ფარგლებიდან გამოირიცხება საზღვაო ხომალდები.³⁵ ადმინისტრაციული ორგანოებისა და საჯარო სამართლის იურიდიული პირების შემთხვევაში, საჯარო/ადმინისტრაციული ფუნქციების გადაცემაზე არ ვრცელდება საწარმოთა გადაცემის მარეგულირებელი ნორმები.³⁶ ეს მეტად მნიშვნელოვანი დანაწესია და, ცალსახაა, რომ საჯარო სამსახურში რეორგანიზაცია ან საჯარო სამსახურებს შორის ფუნქციების გადაცემა, ერთმნიშვნელოვნად, გამორიცხულია დირექტივის მოქმედების ფარგლებიდან.

დირექტივით, სახელმწიფოებს არ ევალება, თუმცა მათ შეუძლია გადაწყვიტონ, რომ დოკუმენტის დებულებები გავრცელდეს იმ შემთხვევებზეც, როდესაც საწარმოს ან ბიზნესის სრული ან ნაწილობრივი გასხვისება გაკოტრებისას ლიკვიდაციის პროცესის ნაწილია.³⁷

³⁰ Council Directive 77/187/EEC of 14 February 1977 on the approximation of the laws of the Member States relating to the safeguarding of employees' rights in the event of transfers of undertakings, businesses or parts of businesses. ხელმისაწვდომია ვებგვერდზე <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A31977L0187>>.

³¹ *Rainone, S.*, Labour rights in the making of the EU and in the CJEU case law: A case study on the Transfer of Undertakings Directive, *The Author(s)*, *Lab. L. J. Vol. 9(3)* 299–325, 2018, 311.

³² *Valdés Dal-Re, F.*, Transfers of Undertakings: An Experience of Clashes and Harmonies between Community Law and National Legal Systems, *Sciara S. ed.*, *Labour Law in the Courts*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2011, 184.

³³ მუხლი 1.1(a).

³⁴ 2001/23/EC დირექტივა, მუხლი 1.1(c).

³⁵ 2001/23/EC დირექტივა, მუხლი 1.3.

³⁶ 2001/23/EC დირექტივა, მუხლი 1.1(c).

³⁷ *Lamponen, H.*, *The Principle on Employee Protection in a Merger and a Transfer of an Undertaking*, Helsinki University Print, Helsinki, 2008, pp.164-165.

მე-2 მუხლში აღნიშნულია,³⁸ რომ დირექტივა არ ეხება შრომით ხელშეკრულებისა და შრომითი ურთიერთობის ეროვნულ განმარტებას, თუმცა მითითებულია, რომ წევრმა სახელმწიფოებმა დირექტივის მოქმედების ფარგლებიდან არ უნდა გამორიცხონ შრომითი ხელშეკრულებები მხოლოდ იმ მიზეზთა გამო როგორცაა: ა) შესრულებული ან შესასრულებელი დასაქმების საათების რაოდენობა;³⁹ ბ) განსაზღვრული ვადით დადებული შრომითი ხელშეკრულებები ან დროებითი შრომითი ურთიერთობები.⁴⁰

ასევე, საინტერესოა, ვრცელდება თუ არა დირექტივის მთელი რიგი ნორმები საწარმოთა საერთაშორისო გასხვისების (Cross-border Transfer) დროს? დოკუმენტში ამის შესახებ პირდაპირი მითითება არ არის, არც ისაა განსაზღვრული, მაგალითად, ტრანსსაზღვრო საწარმოთა ან ბიზნესის გადაცემისას, ქვეყანათა ეროვნული კანონმდებლობების კოლიზიის შემთხვევაში, რომელ მათგანს უნდა მიენიჭოს უპირატესობა, თუმცა, გავრცელებული მოსაზრებით, საწარმოთა ასეთი გადაცემა ან/და შერწყმა უნდა მოექცეს დირექტივის მოქმედების ფარგლებში.⁴¹ ვფიქრობ, ასეთი მიდგომა სწორედ დირექტივის მიზნიდან გამომდინარეობს, დაიცვას დასაქმებულები და მარტოდენ საწარმოთა გადაცემის პროცესმა არ მოახდინოს მათ უფლებებსა და სოციალურ გარანტიებზე უარყოფითი გავლენა, ამიტომაც ეს მიდგომა გამართლებულად უნდა ჩაითვალოს.

3.2 ევროპული კავშირის 2001/23/EC დირექტივის სუბიექტები

2001/23/EC დირექტივის მე-2 მუხლში მოცემულია იმ სუბიექტთა სია, რომლებიც საწარმოთა გადაცემის პროცესში მონაწილეობენ როგორც მხარეები, მათი წარმომადგენლები და ენიჭებათ დირექტივით დადგენილი უფლებები და მოვალეობები, კერძოდ:

- საწარმოს გამსხვისებელი (transferor) - ნებისმიერი ფიზიკური თუ იურიდიული პირი, რომელიც საწარმოს, ბიზნესის სრული ან საწარმოსა და ბიზნესის ნაწილების გასხვისების გამო აღარ ითვლება დამსაქმებლად გადაცემულ საწარმოსთან მიმართებით;⁴²
- საწარმოს მიმღები (transferee) - ნებისმიერი ფიზიკური თუ იურიდიული პირი, რომელიც საწარმოს, ბიზნესის სრული ან საწარმოსა და ბიზნესის ნაწილების გასხვისების საფუძვლით, იძენს დამსაქმებლის ფუნქციებს გადაცემული საწარმოს მიმართ;⁴³
- დასაქმებულთა წარმომადგენლები - წევრი ქვეყნების ეროვნული კანონმდებლობით ან პრაქტიკით განსაზღვრული დასაქმებულების წარმომადგენლები;⁴⁴
- დასაქმებული - ნებისმიერი პირი, რომელიც, წევრი სახელმწიფოს ეროვნული შრომის კანონმდებლობით, შესაძლოა, დაცული იყოს, როგორც დასაქმებული.⁴⁵

დირექტივის სუბიექტებიდან სამართლიანია, ყურადღება გავამახვილოთ სწორედ დასაქმებულზე, რადგან სწორედ დასაქმებულთა დაცვის საჭიროებამ განაპირობა ამ

³⁸ 2001/23/EC დირექტივა, მუხლი 2.2.

³⁹ იქვე, მუხლი 2.2 (a).

⁴⁰ იქვე, მუხლი 2.2 (b) და 2.2 (c).

⁴¹ *Bejan, F.*, დასახ. ნაშომი, 28-ე სქ., 31.

⁴² იქვე, მუხლი 2.1 (a).

⁴³ იქვე, მუხლი 2.1 (b).

⁴⁴ იქვე, მუხლი 2.1 (c).

⁴⁵ იქვე, მუხლი 2.1 (d).

დირექტივის შექმნა საწარმოებისა და ბიზნესის საქმიანობის მუდმივი ცვლილების კონტექსტით.

დირექტივა არ შეიცავს დასაქმებულის განმარტებას, თუმცა სახელმწიფოთა ეროვნულ კანონმდებლობებზეა მინდობილი, თავად განსაზღვრონ ეს ცნება.

ემს-მ ერთ-ერთ საქმეში⁴⁶ ჩამოაყალიბა წესი, რომლის მიხედვითაც, იმისათვის, რომ დირექტივის დებულებები დასაქმებულზე გავრცელდეს, საწარმოს გადაცემის დროისათვის დასაქმებული ახალ მესაკუთრესთან შრომით ურთიერთობაში უნდა იმყოფებოდეს. სხვა საქმეებში ემს-მ, ასევე დაადგინა, რომ დირექტივის დაცვის ქვეშ არ მოექცევა დასაქმებული, რომელიც, მართალია, საწარმოს გადაცემის დროისთვის, იმყოფებოდა შრომით ურთიერთობაში დამსაქმებელთან, თუმცა მან თავად განაცხადა უარი ახალ მესაკუთრესთან შრომითი ურთიერთობის გაგრძელებაზე.⁴⁷

დირექტივა არც შრომითი ურთიერთობის ცნებას განსაზღვრავს, თუმცა, უნდა ვივარაუდოთ, რომ ამ შემთხვევაშიც, სახელმწიფოებს მიანდობს, თავად განმარტონ რა ტიპის ურთიერთობა უნდა ჩაითვალოს ასეთად. ამ კონტექსტში, უნდა განვიხილოთ შსო-ის №198-ე რეკომენდაცია,⁴⁸ რომელიც შრომით ურთიერთობებს არეგულირებს. უპირველესად, ხაზი უნდა გაესვას იმ გარემოებას, რომ ევროპულ დირექტივასა და შსო-ის რეკომენდაციებს შორის მნიშვნელოვანი კავშირია. გარკვეული ურთიერთმიმართება არსებობს ევროპული კავშირის შრომით კანონმდებლობას, ევროპულ სოციალურ ქარტიასა და შსო-ის კონვენციებს შორის; ევროპული კავშირის კანონმდებლობა, კერძოდ, ძირითად უფლებათა ქარტია, ითვალისწინებს ევროპული სოციალური ქარტიისა და შსო-ის კონვენციებს და, თავის მხრივ, გავლენას ახდენს ამ ინსტრუმენტების შინაარსსა და მოთხოვნების შესრულების მონიტორინგზე. ევროპული კავშირის ყველა წევრი სახელმწიფო, ასევე შსო-ის წევრია. კავშირი მხარს უჭერს შსო-ის „ღირსეული სამუშაოს“ უზრუნველყოფის დღის წესრიგს, რომელიც დასაქმებულის უფლებების, ღირსეული დასაქმების შესაძლებლობების, სოციალური დაცვისა და დასაქმებასთან დაკავშირებულ თემებზე სოციალური დიალოგის გაძლიერებისკენაა მიმართული.⁴⁹ ამრიგად, ევროპული კავშირის კანონმდებლობა მხარს უჭერს შსო-ის სტანდარტებს, ამიტომაც დირექტივისა და მოცემული რეკომენდაციის ურთიერთკავშირში განხილვა შეგვიძლია, მართებულად მივიჩნიოთ.

საქართველოსთან დაკავშირებით, მეორე მხრივ, უნდა ითქვას, რომ, განსხვავებით 2001/23/EC დირექტივისგან, რომლის დებულებების იმპლემენტაციის ვალდებულება ქვეყანას ასოცირების შეთანხმებით დაეკისრა, შსო-ის №198-ე რეკომენდაცია შესასრულებლად სავალდებულო არ არის, თუმცა ეროვნულმა სასამართლომ, შესაძლოა, იგი გამოიყენოს, ნორმის ინტერპრეტაციის მიზნებისთვის და განსაზღვრული სამართლებრივი პრინციპის დასადგენად.⁵⁰

შსო-ის №198-ე რეკომენდაცია განსაზღვრავს კონკრეტულ კრიტერიუმებს, რომელთა საშუალებითაც, შესაძლოა, დადგინდეს შრომითი ურთიერთობის არსებობა-არ

⁴⁶ Case 19/83, Knud Wendelboe and others v L.J. Music ApS, in liquidation, Reference for a preliminary ruling: Vestre Landsret – Denmark, Judgment of the Court of 7 February 1985, ხელმისაწვდომია ვებგვერდზე <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61983CJ0019>>.

⁴⁷ *Bejan, F.*, დასახ. ნაშობი, 28-ე სქ., 33.

⁴⁸ R198 - Employment Relationship Recommendation, 2006 (No.198) Recommendation concerning the employment relationship. ხელმისაწვდომია ვებგვერდზე <https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:1210:0:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312535>.

⁴⁹ ამონარიდი დოკუმენტიდან „შრომის კანონმდებლობისა და დასაქმების პირობები. სოციალური ევროპის გზამკვლევი“, მე-6 გამოცემა, ევროკომისია, დასაქმების, სოციალურ საკითხთა და ჩართულობის გენერალური დირექტორატი, 2014 წლის თებერვალი; ევროკავშირისა და საქართველოს შორის ურთიერთობების გაღრმავება, *ემერსონი, მ., კოვზირიძე, თ.* რედ., მეორე გამოცემა, CEPS, ბრიუსელი, თბილისი, 2018, 231.

⁵⁰ საქართველოს შრომის სამართალი და საერთაშორისო შრომის სტანდარტები, *ბაქაქური, ნ., თოდრია, თ., შველიძე, ზ.* რედ., შრომის საერთაშორისო ორგანიზაცია, საქართველო, 2017, 42.

არსებობა. მათ შორის, სუბორდინაციის არსებობის ელემენტი ურთიერთობაში,⁵¹ სამუშაოს პირადად შესრულების ვალდებულება,⁵² სამუშაოს შესრულება მხოლოდ დამსაქმებლის სასარგებლოდ,⁵³ ანაზღაურების პერიოდულად გადახდის ვალდებულება,⁵⁴ სამუშაოს შემსრულებლის ფინანსური პასუხისმგებლობა⁵⁵ და სხვა.

გარდა ამისა, ერთ-ერთი ყველაზე მნიშვნელოვანი ასპექტი, რომელიც შრომით ურთიერთობას უნდა ახასიათებდეს არის ის, რომ შრომითი ურთიერთობის არსებობის დადგენისას, განმსაზღვრელია ფაქტები, თუ როგორ სრულდება სამუშაო და არა ის, თუ რომელიმე ან ორივე მხარე როგორ აკვალიფიცირებს ურთიერთობას, ან რას არქმევს მას.⁵⁶

ევროპაში არსებული მიდგომის მიხედვით, დავის დროს სასამართლო არ იწყებს მსჯელობას მხარეთა მიერ ხელშეკრულებისათვის მინიჭებული სახელწოდებით. ამის ნაცვლად, მნიშვნელობა ენიჭება იმას, თუ, ფაქტობრივად, როგორ მოქმედებს ხელშეკრულება.⁵⁷

საწარმოთა ან ბიზნესის სრული ან ნაწილობრივი გასხვისების დროს მოქმედი დებულებები, როგორც უკვე აღინიშნა, ვრცელდება დასაქმებულებზე, რომლებიც იმყოფებიან შრომით ურთიერთობაში თავიანთ დამსაქმებლებთან. იმ პირობებში, როდესაც დირექტივა არ მიგვითითებს, თუ რა კატეგორიის ურთიერთობები უნდა მივიჩნიოთ ასეთად, სასურველია, გამოყენებულ იქნას სწორედ შრომის საერთაშორისო ორგანიზაციის სტანდარტები, კერძოდ, კი შსო-ის №198-ე რეკომენდაციის მიდგომები შრომითი ურთიერთობებთან დაკავშირებით, რათა უზრუნველყოფილი იქნეს შრომითი ურთიერთობის ფარგლებში დასაქმებულთა ეფექტიანი დაცვა.

ამ მოცემულობის კვალდაკვალ, უნდა ვიმსჯელოთ იმაზეც, საწარმოს ან ბიზნესის გადაცემის თარიღისთვის არსებული შრომითი ხელშეკრულებიდან და შრომითი ურთიერთობებიდან გამომდინარე უფლებებსა და მოვალეობებზე პასუხისმგებლობა ვის უნდა დაეკისროს, საწარმოს გამსხვისებელს, თუ მიმღებს? დირექტივის მე-3 მუხლით განისაზღვრება, რომ შრომითი ხელშეკრულებიდან და შრომითი ურთიერთობიდან წარმოშობილი გამსხვისებლის უფლებები და მოვალეობები, რომლებიც არსებობს საწარმოს გადაცემის მომენტისათვის, საწარმოს გადაცემის საფუძველზე, გადაეცემა საწარმოს მიმღებს, თუმცა დირექტივა ამ შემთხვევაშიც არ არის კატეგორიული და იმპერატიულ დანაწესს არ გვთავაზობს, არამედ ადგენს, რომ წევრ ქვეყნებს აქვს მოქმედების თავისუფლება, თავად დაადგინონ წარმოშობილი ვალდებულებებისთვის გამსხვისებელსა და მიმღებს შორის პასუხისმგებლობის გადანაწილება (თანაბრად თუ დამოუკიდებლად).

ამრიგად, როგორც უკვე აღინიშნა, „დასაქმებულის“ და „შრომითი ურთიერთობის“ ცნებას თავად სახელმწიფოები განსაზღვრავენ, თუმცა, ცალსახად, შეგვიძლია იმის თქმა, რომ დირექტივის მოქმედების სფეროში ექცევა სრულ, ნახევარ განაკვეთზე, განსაზღვრული ან დროებითი ვადით მომუშავე დასაქმებულები.⁵⁸ დირექტივა არ ვრცელდება დამოუკიდებელ კონტრაქტორებზე ან სხვა პირებზე, რომლებიც, ეროვნული კანონმდებლობის მიხედვით, არ ითვლებიან „დასაქმებულებად“.

⁵¹ შსო-ის №198-ე რეკომენდაცია, მუხლი 12.

⁵² იქვე, მე-13 (ა) მუხლი.

⁵³ იქვე, მე-13 (ა) მუხლი.

⁵⁴ იქვე, მე-13 (ბ) მუხლი.

⁵⁵ იქვე, მე-13 (ბ) მუხლი.

⁵⁶ დასახ. ნაშრომი, 50-ე სქ., 43.

⁵⁷ *შველიძე, ზ.*, საქართველოს შრომის კოდექსით გათვალისწინებული დასაქმებულის სამართლებრივი სტატუსის მახასიათებლები, შრომის სამართალი (სტატიათა კრებული) I, მერიდიანი, თბილისი, 2011, 99.

⁵⁸ *Kristinsdóttir, H.*, The Safeguarding of Employees' Rights Arising from Collective Agreements in the Event of Transfers of Undertakings - Balancing the Tension between Employees' and Employers' Interests, Lund University Faculty of Law, 2014, 24.

IV. ემს-ს პრაქტიკა საწარმოებისა და ბიზნესის სრული ან ნაწილობრივი გასხვისების კონტექსტში

ემს-ს განმარტებები საწარმოთა გადაცემის სამართლებრივი ინსტიტუტის შესახებ

ევროპული კავშირის სამართალთან დაახლოების ვალდებულება, ეფექტიანი ჰარმონიზაციის მიზნებიდან გამომდინარე, არ გულისხმობს მხოლოდ ევროპული კავშირის აქტების შიდა კანონმდებლობაში ტრანსფორმაციასა თუ გადატანას, არამედ, ასევე - ემს-ს პრაქტიკის გაზიარებასაც, როგორც სამართალშეფარდებით, ასევე სამართალშემოქმედებით პროცესში.⁵⁹

როგორც უკვე აღინიშნა, 2001/23/EC დირექტივა გამოიყენება ნებისმიერი საჯარო ან კერძო საწარმოთათვის, მიუხედავად იმისა, არიან თუ არა მათი მიზანი არის თუ არა მოგების მიღება. განმსაზღვრელი ელემენტი არის კანონით დადგენილი სამართლებრივი ფორმით ეკონომიკური და სამეწარმეო საქმიანობის განხორციელება. თუმცა, დირექტივა არ გვთავაზობს „საწარმოს“ „ბიზნესის“ ან „საწარმოს ნაწილის“ სრულ და ამომწურავ განმარტებას. მეორე მხრივ, ემს-ის პრეცედენტული გადაწყვეტილებებით ჩამოყალიბდა როგორც აღნიშნული ტერმინების, ასევე საწარმოთა გადაცემის ყველა პროცესუალური ეტაპის დეტალური დახასიათება.

ევროპის ქვეყნების ეროვნულ სასამართლოებს სურდათ მიეღოთ განმარტებები მთელ რიგ საკითხებთან დაკავშირებით, მაგალითად, გამოიყენებოდა თუ არა დირექტივა როდესაც საწარმოთა გასხვისება გამოიწვია სხვადასხვა მოქმედებამ, მაგალითად, სასამართლოს გადაწყვეტილებით საწარმო გამოცხადდა გაკოტრებულად, მხარეებმა არ შეასრულეს სახელშეკრულებო ვალდებულებები და სხვ.

ემს-ის გადაწყვეტილებების ანალიზი საფუძველს გვაძლევს დავასკვნათ, რომ სასამართლო, დირექტივის განმარტებისას, მიზნობრივ, ტელეოლოგიურ განმარტებას ანიჭებს უპირატესობას, რომელსაც მივყავართ იქამდე, რომ დირექტივა გამოიყენება ყველა იმ შემთხვევის დროს, როდესაც ხდება დამსაქმებლის ცვლილება „სახელშეკრულებო ურთიერთობების კონტექსტში“, თუმცა შეიძლება, დადგინდეს ამ წესიდან გამონაკლისი.⁶⁰

დირექტივით ნაგულისხმევი საწარმოთა გასხვისება/გადაცემა უნდა ეხებოდეს მდგრად ეკონომიკურ დაწესებულებას, რომელიც არ არის შეზღუდული საქმიანობის განხორციელებაში. ტერმინი „დაწესებულება“ ემს-მ პირველად 1977 წელს განმარტა საქმეში *Süzen v. Zehnacker Gebäudereinigung GmbH* („სიუზენის საქმე“),⁶¹ რომელიც სხვა შემდგომ გადაწყვეტილებებშიც იქნა მხარდაჭერილი. ამ გადაწყვეტილებაში აღინიშნა, რომ ტერმინი „დაწესებულება“ აღნიშნავს ადამიანებისა და მატერიალური აქტივების ორგანიზაციულ ერთობას, რომლის საფუძველზეც, ხდება განსაზღვრული მიზნით, ეკონომიკური საქმიანობის განხორციელება. იმავე გადაწყვეტილებაში სასამართლომ დამატებით აღნიშნა ისიც, რომ დაწესებულება ასევე მოიცავს სხვა ფაქტორებსაც, მათ შორის სამუშაო ძალას, საწარმოს ფუნქციონირების მეთოდებს, იმ რესურსებს, რომლებიც საწარმოსა და ბიზნესის საქმიანობის განსახორციელებლად საჭირო.

„სიუზენის საქმეში“ განვითარებული მიდგომა დადგენილი პრაქტიკისგან განსხვავებული იყო, რომელიც პირდაპირ არ იზიარებდა გერმანული სასამართლოების

⁵⁹ *მაისურაძე, დ., სულხანიშვილი, ე., ვაშაკიძე, გ.*, დასახ. ნაშრომი, მე-11 სქ., 11.

⁶⁰ *Laulom, S.*, *The European Court of Justice in the Dialogue on Transfers of Undertakings: A Fallible Interlocutor?* Editor – Sciarra S. ed., *Labour Law in the Courts*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2011, 152.

⁶¹ Case C-13/95, *Ayşe Süzen v. Zehnacker Gebäudereinigung GmbH Krankenhausdienstleistungen*. Reference for a preliminary ruling: *Arbeitsgericht Bonn – Germany*, Judgment of the Court of 11 March 1997. ხელმისაწვდომია ვებგვერდზე <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/GA/TXT/?uri=CELEX:61995CJ0013>>.

მიერ უკვე მხარდაჭერილ მოსაზრებას,⁶² რომ საწარმოთა გასხვისებისთვის/გადაცემისთვის აუცილებელი წინაპირობა მხოლოდ მატერიალური და არამატერიალური ქონების გადაცემა იყო. ემს-მ ეს „შეზღუდული“ განმარტება განავრცო და დაადგინა, რომ საწარმოთა გასხვისებას ადგილი შესაძლოა ჰქონდეს მაშინაც, როდესაც სახეზეა სამუშაო ძალის გადაცემა მიმღებისთვის - ახალი მფლობელისთვის, ქონების გადაცემის დამოუკიდებლად.⁶³ ვფიქრობ, ეს მიდგომა ზუსტად შეესაბამება დირექტივის მიზანს - დაიცვას დასაქმებულთა უფლებები, რადგან საწარმოში, როგორც ეკონომიკური ორგანიზაციაში, მატერიალური ან/და არამატერიალური აქტივები ყოველთვის უმთავრეს ფაქტორს არ წარმოადგენს. სხვაგვარი გაგებით, დირექტივით გათვალისწინებული დაცვის მექანიზმები მიუწვდომელი იქნებოდა მთელი რიგი ეკონომიკური სფეროებისთვის, რომლებშიც ძირითად ფაქტორს სამუშაო ძალა წარმოადგენს, ხოლო მატერიალურ და არამატერიალურ აქტივებს არ გააჩნიათ გადამწყვეტი მნიშვნელობა. რა თქმა უნდა, აუცილებელია ყოველ კონკრეტულ შემთხვევაში გავითვალისწინოთ ეკონომიკური საქმიანობის სპეციფიკური ბუნება. მაგალითისთვის, დასუფთავების სფეროში მოღვაწე მეწარმე სუბიექტების საქმიანობა დამოკიდებულია სამუშაო ძალაზე, ადამიანურ ფაქტორზე, რომელზეც მოდის ძირითადი დატვირთვა, ხოლო მატერიალური ფაქტორი (ხელსაწყოები, მექანიზმები და სხვ.) მცირე მნიშვნელობის მატარებელია.

ამრიგად, ემს-ის პრაქტიკით, დადგინდა, რომ თუ საწარმოთა გადაცემამ გამოიწვია ძირითადი მატერიალური და არამატერიალური ქონების გადაცემა ან ახალმა მფლობელმა მიიღო უმეტესი მუშახელი (მათი რაოდენობისა და უნარების გათვალისწინებით) სახეზეა საწარმოთა გასხვისება/გადაცემა.

შრომითი უფლებების ეკონომიკური გაგება, რომელიც 1970-იანი წლების ბოლოდან ევროპული კავშირის პოლიტიკის განვითარებას ახასიათებდა, თანდათანობით წამოიწია ემს-ის საქმეებშიც. სოციალურ და ეკონომიკურ პროგრესთან ერთად, მნიშვნელოვანი გახდა ისიც, რომ ამ განვითარებას შრომის ნორმების დამცავი ხასიათი არ შეესუსტებინა. ემს-ი კი თავის გადაწყვეტილებებში, უმეტესად, ცდილობდა ამ ორ ინტერესს შორის ბალანსი დაეცვა.

ერთ-ერთი ყველაზე მნიშვნელოვანი საქმე, რომელიც, ფაქტობრივად, სახელმძღვანელო პრინციპებს მოიცავს საწარმოთა გასხვისების შესახებ არის *Spijkers v. Gebroeders Benedik Abattoir CV* („სპაიკერსის საქმე“),⁶⁴ რომელშიც სასამართლომ დაადგინა საწარმოთა გასხვისების/გადაცემის კრიტერიუმები. მოცემულ საქმეზე სასამართლო განმარტავს, რომ „საწარმოთა გადაცემამდე და გადაცემის შემდეგ განხორციელებული ეკონომიკური საქმიანობის მსგავსების ხარისხი რელევანტურ ფაქტორს წარმოადგენს ეკონომიკური ობიექტის იდენტურობის შენარჩუნების დასადგენად.“ სასამართლო გვთავაზობს ე.წ. „სპაიკერსის ტესტს“, რომლითაც შეგვიძლია, დავადგინოთ, შეინარჩუნა თუ არა საწარმომ იგივეობა/იდენტურობა. „სპაიკერსის ტესტი“ 7 კრიტერიუმს მოიცავს, კერძოდ:

1. ეკონომიკური საქმიანობის სახე;

⁶² *ob. Case C-392/92. Christel Schmidt v. Spar- und Leihkasse der früheren Ämter Bordesholm, Kiel und Cronshagen. Reference for a preliminary ruling: Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein - Germany. Judgment of the Court (Fifth Chamber) of 14 April 1994.* ხელმისაწვდომია ვებგვერდზე <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/?uri=CELEX:61992CJ0392>>.

⁶³ *Davies, P., Transfers of Undertakings - Preliminary Remarks, Sciarra, S. ed., Labour Law in the Courts, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2011, 143.*

⁶⁴ *Case 24/85, Jozef Maria Antonius Spijkers v. Gebroeders Benedik Abattoir CV and Alfred Benedik en Zonen BV. Reference for a preliminary ruling: Hoge Raad - Netherlands. Judgment of the Court (Fifth Chamber) of 18 March 1986, ხელმისაწვდომია ვებგვერდზე <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61985CJ0024>>.*

2. მატერიალური აქტივების გადაცემა;
3. არამატერიალური აქტივების ღირებულება გადაცემის თარიღისთვის;
4. თანამშრომელთა შტატის უმრავლესობის (რიცხოობრივად ან კვალიფიკაციის მიხედვით) ახალი მესაკუთრის მიერ მიღება;
5. სამომხმარებლო სეგმენტის გადაცემა;
6. გადაცემამდე და მის შემდეგ განხორციელებული ეკონომიკური აქტივობების მსგავსება;
7. ეკონომიკური აქტივობის წყვეტის არსებობის შემთხვევაში - წყვეტის ხანგრძლივობა.

აუცილებელია აღინიშნოს, რომ ყველა ზემოთ ჩამოთვლილი ფაქტორი, საბოლოო შეფასებისთვის, ერთ-ერთ განმსაზღვრელ კრიტერიუმს წარმოადგენს და არ შეიძლება ჰქონდეთ დამოუკიდებელი მნიშვნელობა საწარმოთა იდენტობის განსაზღვრისთვის.⁶⁵

ემს-ს მიერ მიღებული პრეცედენტული გადაწყვეტილებები გვამძლევენ საშუალებას დავასკვნათ, რომ საწარმო წარმოადგენს საქმიანობის ორგანიზაციულ ერთობას (მატერიალური და არამატერიალური ქონებისა და ადამიანების ერთობას), რომელიც შესაძლებელს ხდის ეკონომიკური საქმიანობის განხორციელებას (ნივთის ან სერვისის მიწოდებას ბაზარზე). საწარმოს აღნიშნული ტიპის „გადაცემაში“ სამუშაო ძალის გადაცემა გვევლინება როგორც საწარმოთა გადაცემის შედეგი და არა კრიტერიუმი.

შესაბამისად, „სპაიკერსის ტესტის“ მეორე ფაქტორი - „მატერიალური აქტივების გადაცემა“ შეიძლება შეიცვალოს „სამუშაო ძალის გადაყვანით,“ თუ სამუშაო ძალა წარმოადგენს განმსაზღვრელ ფაქტორს საწარმოს ეკონომიკური აქტივობის განხორციელებაში. მაგალითად, თუ რესტორნის ახალი მესაკუთრე არ მოისურვებს ძველი მეპატრონის მიერ დაქირავებული შეფ-მზარეულის და მისი გუნდის გადაყვანას, შეგვიძლია ვივარაუდოთ, რომ გასხვისება არ განხორციელდა, რადგან სარესტორნო ბიზნესში შეფ-მზარეულის პერსონა გვევლინება ეკონომიკური ობიექტის იდენტობის განმსაზღვრელ ფაქტორად. თითოეულ შეფ-მზარეულს გააჩნია ორიგინალური ხელწერა, რაც განასხვავებს ამა თუ იმ კვებით ობიექტს ერთმანეთისგან. შეფ-მზარეულის და მისი გუნდის წევრების დათხოვნა მიუთითებს საწარმოს იდენტობის ძირეულ ცვლილებაზე, გადაცემამდე და მის შემდეგ განხორციელებული ეკონომიკური აქტივობების შესაძლო განსხვავებებზე, რაც შედეგად იწვევს „სპაიკერსის ტესტით“ რეგლამენტირებული კრიტერიუმების კუმულატიურად შესრულების შეუძლებლობას.

როგორც უკვე აღვნიშნეთ, საწარმოს ერთი ტიპის შემთხვევაში, სადაც მატერიალურ და არამატერიალურ აქტივებს ეკონომიკური საქმიანობის განხორციელებაში გადამწყვეტი მნიშვნელობა ენიჭება, იდენტობის შენარჩუნების განსასაზღვრად მნიშვნელოვან დატვირთვას ატარებს აღნიშნული აქტივების გადაცემის საკითხი. კერძოდ, ის, თუ ვინ იყო მატერიალური და არამატერიალური აქტივების მესაკუთრე, მოხდა თუ არა მათი სრული ან ნაწილობრივი გადაცემა და სურს თუ არა ახალ მფლობელს ამ აქტივების მიღება.

სასამართლოს მიერ გაკეთებული დათქმა, არის ნათელი მაგალითი იმისა, რომ 77/187/EC დირექტივა და შემდგომში უკვე განახლებული 2001/23/EC დირექტივა, წარმოადგენს დასაქმებულთა უფლებების დაცვის გარანტორს, გამორიცხავს რა ყველანაირ გამონაკლისს საწარმოთა იდენტობის შენარჩუნების დადგენისა თუ საწარმოთა გადაცემის განმსაზღვრელ ფაქტორებში.

თუ ხორციელდება მატერიალური და არამატერიალური აქტივების გადაცემა, რომლებიც წარმოადგენს საწარმოს ეკონომიკური საქმიანობის მთავარ წარმმართველ

⁶⁵ Buggy, P., Transfer of Undertakings Law: Back to Confusion, Northern Ireland Legal Quarterly, Vol. 52, N1, 2001, 102.

საშუალებას, მიუხედავად მათი მესაკუთრისა, ეს ჩაითვლება აქტივების გადაცემად დირექტივის მიზნებიდან გამომდინარე, ანუ, საწარმოთა იდენტობის, საწარმოთა გადაცემის განმსაზღვრელ სრულფასოვან კრიტერიუმად.

ემს-ის თითქმის ყველა გადაწყვეტილებაში, რომელიც საწარმოთა გასხვისების დროს დასაქმებულთა უფლებების შესახებ არის მიღებული, კიდევ ერთხელ და მკაფიოდ არის აღნიშნული, რომ საწარმოთა გადაცემის შემთხვევის დასადგენად, სახეზე უნდა იყოს არა მხოლოდ „კანონიერი გადაცემა“, არამედ ისიც, რომ გადაცემული საწარმო/ბიზნესი უნდა წარმოადგენდეს ეკონომიკურ გაერთიანებას/დაწესებულებას - რესურსების ორგანიზებულ ერთობას, რომელიც ემსახურება ეკონომიკური საქმიანობის განხორციელებას და შექმნილია ამ მიზნისთვის. მნიშვნელოვანია, ასევე ისიც, რომ საწარმოს გადაცემის შემდეგ ამ ეკონომიკურმა ორგანიზაციულმა ერთობამ შეინარჩუნოს იდენტობა, იგივეობა.

ძალიან საინტერესო პრაქტიკა განავითარა ემს-მ საქმეში - Danish Association of Supervisory Staff v. Daddy's Dance Hall A/S („DDH-ის საქმე“),⁶⁶ სადაც სასამართლომ საწარმოთა გადაცემის ფაქტის არსებობა დაადგინა. საქმის გარემოებების მიხედვით, რესტორნის მეპატრონესა და მოიჯარე IC-ის შორის გაფორმებულ საიჯარო ხელშეკრულების მოქმედების ვადა გავიდა, მეპატრონემ კი ახალი იჯარის ხელშეკრულება დადო DDH-თან. ემს-იმ დაადგინა, რომ დირექტივის ძალით IC-ისთან - როგორც თავდაპირველ მოიჯარესთან დასაქმებულები, უნდა გადაყოლილიყვნენ ახალ მოიჯარეს - DDH-ს, მიუხედავად იმისა, რომ მოიჯარეებს ერთმანეთთან არანაირი სამართლებრივი ურთიერთობა არ ჰქონიათ. ასევე, საინტერესოა საქმე - Temco Service Industries SA v. Samir Imzilyen („ტემკოს საქმე“),⁶⁷ სადაც სასამართლომ განმარტა, რომ საწარმოს გადაცემის განსაზღვრისათვის საწარმოს გამსხვისებელსა და მიმღებს შორის სახელშეკრულებო ურთიერთობების არსებობა არ არის აუცილებელი პირობა მომსახურების გაწევის ხელშეკრულების შემთხვევებში, რადგან დირექტივა გამოიყენება მაშინაც, როცა „მხარეებს შორის არ არსებობს სახელშეკრულებო ურთიერთობები“. კიდევ ერთ საქმეში - Jouini v. Princess Personal Service GmbH (PPS) („ჯუინის საქმე“)⁶⁸ ემს-მ განმარტა, რომ საწარმოს გადაცემას ადგილი შეიძლება, ჰქონდეს მაშინაც, თუ საწარმოს გამსხვისებელსა და მიმღებს შორის არსებობს ზეპირი შეთანხმება.

ემს-ს გადაწყვეტილებების შესწავლისა და ანალიზის საფუძველზე, ფაქტობრივად, გამოიყოფა ორი ძირითადი მიდგომა, რომელსაც 2001/23/EC დირექტივა გვთავაზობს - „მაღალი დონის დაცვა“ (the “higher level of protection” approach) და „დაბალი დონის დაცვა“ (the “lower level of protection” approach):⁶⁹

„მაღალი დონის დაცვის“ მიდგომა გულისხმობს:

ა) დირექტივით უზრუნველყოფილი დაცვის უფლება არის საჯარო პოლიტიკის ნაწილი და შრომითი ურთიერთობების მონაწილეთა სურვილისგან დამოუკიდებელია. დირექტივის დებულებები შესასრულებლად სავალდებულოა;

⁶⁶ Case 324/86, Foreningen af Arbejdsledere i Danmark v. Daddy's Dance Hall A/S. Reference for a preliminary ruling: Højesteret - Denmark. Judgment of the Court (Third Chamber) of 10 February 1988. ხელმისაწვდომია ვებგვერდზე <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61986CJ0324>>.

⁶⁷ Case C-51/00, Temco Service Industries SA v. Samir Imzilyen and Others. Reference for a preliminary ruling: Cour du travail de Bruxelles - Belgium. Judgment of the Court (Sixth Chamber) of 24 January 2002. ხელმისაწვდომია ვებგვერდზე <<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-51/00>>.

⁶⁸ Case C-458/05, Mohamed Jouini and Others v. Princess Personal Service GmbH (PPS). Reference for a preliminary ruling: Oberster Gerichtshof - Austria. Judgment of the Court (Fourth Chamber) of 13 September 2007, ხელმისაწვდომია ვებგვერდზე <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/GA/ALL/?uri=CELEX:62005CJ0458>>.

⁶⁹ Rainone, S., დასახ. ნაშრომი, 31-ე სქ., 319-320.

ბ) შრომითი ურთიერთობებთან დაკავშირებული უფლებების გადაცემა წარმოადგენს საწარმოთა გასხვისების პროცესის ავტომატურ შედეგს, დამატებით შეთანხმებებს არ საჭიროებს;

გ) უკვე გადაცემულ დასაქმებულებს ან მათ წარმომადგენლებს არ აქვთ უფლება, უარი თქვან იმ უფლებებზე, რომლებსაც დირექტივა მათ ანიჭებს ან შეცვალონ ისინი;

დ) გადაცემული დასაქმებულები დაცულნი არიან მათი სამუშაო პირობების ცვლილებებისგან, რომელიც მხოლოდ საწარმოს გასხვისების გამო განხორციელდა.

„დაბალი დონის დაცვის“ მიდგომა, გულისხმობს:

ა) გადაცემული თანამშრომლების სამუშაო პირობებთან დაკავშირებით, მიმღებს შეუძლია განახორციელოს აუცილებელი ცვლილებები, რათა მართოს საწარმო;

ბ) როდესაც საწარმოს მიმღები, გადაცემული თანამშრომლების სამუშაო პირობებთან დაკავშირებით, ახდენს ამ პირობების მოდიფიცირებას, მას არ აქვს ვალდებულება დასაქმებულებს მისცეს კომპენსაცია იმ შემთხვევებისთვის, თუ ისინი გადაწყვეტენ ამ ცვლილებების შემდეგ ხელშეკრულების ცვლილებას.

ამრიგად, ემს-ს გადაწყვეტილებები, საწარმოებისა და ბიზნესის სრულ ან ნაწილობრივ გასხვისებასთან დაკავშირებით, საკმაოდ მრავალფეროვანია. ცხადია, დირექტივა, რომელიც უმთავრეს დოკუმენტს წარმოადგენს ამ საკითხების დასარეგულირებლად, ამომწურავი ვერ იქნება, საჭიროა მთელი რიგი დებულებების განმარტება, დაზუსტება, ამის საუკეთესო გზა კი სასამართლოს მიერ ნორმათა ინტერპრეტირება და შეფასებაა. საქართველოსაც მოუწევს ამ პრაქტიკის გაზიარება და განმარტებული ნორმებით ხელმძღვანელობა საწარმოთა გასხვისების პროცესში, დასაქმებულთა უფლებების დაცვასთან დაკავშირებით. „ქართული კანონმდებლობის ევროპული განზომილების მატების პარალელურად, აუცილებლად უნდა იმატოს სასამართლო პრაქტიკაში ევროპული პრაქტიკის და დოქტრინის გამოყენების სიხშირემ.“⁷⁰ განსაკუთრებით მნიშვნელოვანია, ევროპული სტანდარტების შენარჩუნება, მათ შორის, ემს-ის პრაქტიკის გამოყენების პროცესში.

5. დასაქმებულთა უფლებები საწარმოთა გასხვისების დროს

5.1 დასაქმებულთა უფლება ინფორმირებასა და კონსულტაციაზე

შრომით ურთიერთობებში ინტერესთა ბალანსის მიღწევას და დასაქმებულთა დაცვას ართულებს ის გარემოებაც, რომ დასაქმებულები სათანადოდ ინფორმირებულნი არ არიან საკუთარი შრომითი უფლებებისა და დაცვის მექანიზმების შესახებ. დირექტივის მეორე და მესამე თავი სრულად ეძღვნება დასაქმებულთათვის გარანტიების უზრუნველყოფას, მათ შორისაა, ინფორმირებისა და კონსულტაციის ვალდებულებები.

საწარმოს გამსხვისებელმა ახალ დამსაქმებლს უნდა მიაწოდოს ინფორმაცია, ყველა იმ უფლებისა და ვალდებულების შესახებ, რაც გადაეცემა მიმღებს. თუ ასეთი შეტყობინება არ განხორციელდა, ეს გავლენას არ იქონიებს ნებისმიერი დასაქმებულის უფლებაზე საწარმოს გამსხვისებლისა თუ მიმღების წინააღმდეგ და არ შეაფერხებს უფლებებისა და ვალდებულებების გადაცემას.⁷¹

⁷⁰ *Zahorka, H.*, European Fundamental Standards – A Challenge for Georgian Lawyers from the View of the European Union, სამართალი და მსოფლიო, №3, დანი, 2015, 7.

⁷¹ 2001/23/EC დირექტივა, მუხლი 3.2.

საწარმოს გამსხვისებელსა და მიმღებს აქვთ ვალდებულება, დასაქმებულთა წარმომადგენლებს მიაწოდონ ინფორმაცია შემდეგ საკითხებთან დაკავშირებით:

- გასხვისების ზუსტი ან სავარაუდო თარიღი;
- გასხვისების მიზეზ(ებ)ი;
- სამართლებრივი, ეკონომიკური და სოციალური შედეგების თაობაზე დასაქმებულებისთვის;
- ნებისმიერი ღონისძიებების თაობაზე, რაც გათვალისწინებულია დასაქმებულებთან დაკავშირებით.⁷²

ასევე, იმ შემთხვევაში, თუკი სახეზე არ არის დასაქმებულთა წარმომადგენლობა, ინფორმაცია ყველა დასაქმებულისათვის უნდა იყოს ხელმისაწვდომი.⁷³ ეს დანაწესი მნიშვნელოვანია ყველა იმ შემთხვევისათვის, როდესაც დასაქმებულებს არ ჰყავთ წარმომადგენელი, ამ დროს კი, გამსხვისებელი და მიმღები შებოჭილნი არიან, მინიმუმ წინასწარი ინფორმირების ვალდებულებით და შესაძლებელია, კონსულტაციის ვალდებულება გამოირიცხოს.

დირექტივის მიხედვით, საწარმოს გადაცემასთან დაკავშირებით, ინფორმირების ვალდებულება უნდა განხორციელდეს გონივრულ ვადაში. საინტერესოა, განვსაზღვროთ, რა იგულისხმება „გონივრულ ვადაში“? საგულისხმოა, რომ დირექტივა ამის ზუსტ დეფინიციას არ ადგენს, თუმცა ნორმის განმარტების საფუძველზე შეგვიძლია დავასკვნათ, რომ ინფორმირების ვალდებულება არსებობს, სანამ საწარმოს გადაცემა განხორციელდება და სანამ ეს პროცესი, უშუალოდ, მოახდენს ზეგავლენას დასაქმებულების სამუშაო პირობებზე.⁷⁴ იგივე წესი მოქმედებს, როცა საკითხი დასაქმებულთა წარმომადგენლობას ეხება, როდესაც გამსხვისებელი და მიმღები აპირებენ განსაზღვრული ღონისძიებების გატარებას დასაქმებულებთან დაკავშირებით, კონსულტაციები დასაქმებულთა წარმომადგენლობასთან ამ ზომებზე შეთანხმების მისაღწევად გონივრულ ვადაში უნდა გაიმართოს.⁷⁵

ამრიგად, შეგვიძლია დავასკვნათ, რომ ისევე, როგორც გამსხვისებელს, მიმღებსაც აქვს ინფორმაციის მიწოდებასთან დაკავშირებით გარკვეული ვალდებულებები. კერძოდ, გამსხვისებელმა დასაქმებულთა წარმომადგენლობას გონივრულ ვადაში - გასხვისებამდე - უნდა მიაწოდოს ინფორმაცია, ხოლო მიმღებმა დასაქმებულთა წარმომადგენლობას, ასევე გონივრულ ვადაში უნდა მიაწოდოს ინფორმაცია, თუმცა აუცილებლად მანამ, სანამ საწარმოს გასხვისება უშუალო გავლენას არ იქონიებს დასაქმებულთა შრომის პირობებსა და დასაქმებაზე.

5.2 საწარმოთა გასხვისების დროს შრომითი ხელშეკრულების პირობების ცვლილება

საწარმოთა გასხვისების დროს, დასაქმებულთა შრომითი ხელშეკრულებებში მიმღების მიერ ცვლილებების განხორციელების უფლება, ერთ-ერთი ყველაზე განხილვადი და მნიშვნელოვანი თემაა; ამ დროს, ყველა შემთხვევაში, განიხილება საკითხი - ხდება თუ არა დასაქმებულთა შრომითი პირობების შენარჩუნება ნებისმიერი დასაქმებულისთვის, თუ არის გამონაკლისი შემთხვევებიც. 2001/23/EC დირექტივით დგინდება გამსხვისებლის უფლებებისა და ვალდებულებების ახალი მფლობელისთვის ავტომატურად გადაცემის

⁷² იქვე, მუხლი 7.1.

⁷³ იქვე, მუხლი 7.6.

⁷⁴ Colucci, M., Legal Regulation of Disclosure of Information to Employees or Prospective Employees in the European Union and in Italy, Comparative Labor Law & Policy Journal, 2001, 3.

⁷⁵ 2001/23/EC დირექტივა, მუხლი 7.2.

ფუნდამენტურ პრინციპი, რომელიც გამომდინარეობდა შრომითი ხელშეკრულებიდან ან შრომითი ურთიერთობიდან საწარმოს გადაცემის დროისათვის.⁷⁶ საწარმოს გასხვისების შემდეგ, ქვეყნებს თავად აქვთ უფლება, განსაზღვრონ როგორ გადანაწილდება პასუხისმგებლობა გამსხვისებელსა და მიმღებს შორის - ისინი იქნებიან, ცალ-ცალკე, თუ ერთობლივად, პასუხისმგებლები შრომითი ურთიერთობებიდან ან შრომითი ხელშეკრულებებიდან გამომდინარე ვალდებულებებთან დაკავშირებით. ეს ქვეყნებს მოქმედების თავისუფლებას ანიჭებს, თუმცა, ცალსახად მიუთითებს ისევ და ისევ დასაქმებულების დაცვის აუცილებლობაზე.

კოლექტიურ ურთიერთობებთან კავშირში უნდა ითქვას, რომ მიმღებმა, როგორც ახალმა დამსაქმებელმა, კოლექტიური ხელშეკრულებებით განსაზღვრული პირობების დაცვა უნდა უზრუნველყოს.⁷⁷ აქ იგულისხმება კოლექტიური ხელშეკრულებები, რომლებიც დასაქმებულებთან და მათ წარმომადგენლებთან შეთანხმებული იყო ვადის გასვლამდე, ვადის შეწყვეტამდე, ან ახალი კოლექტიური ხელშეკრულებების ძალაში შესვლამდე. საინტერესოა ისიც, რომ ქვეყნებს ამ შემთხვევაშიც აქვთ უფლება, თავად განსაზღვრონ ასეთი პირობების შესრულება შეიზღუდება თუ არა, მაგრამ ეს ვადა არ უნდა იყოს ერთ წელზე ნაკლები.

არსებითაა, აღვნიშნოთ, რომ მოცემული მოწესრიგება არ ვრცელდება შეზღუდული შესაძლებლობის მქონე პირის, ხანდაზმული ან მარჩენალდაკარგული დასაქმებულების უფლებებზე იმ სარგებელთან დაკავშირებით, რაც განსაზღვრულია კომპანიის თუ კომპანიათაშორისი დამატებითი საპენსიო სქემების ფარგლებში, რასაც არ მოიცავს სახელმწიფო სოციალური უზრუნველყოფის სქემები. თუ ამგვარ უზრუნველყოფას ადგილი არ ექნება, ქვეყანამ უნდა მიიღოს შესაბამისი ზომები იმ შემთხვევებში, თუ ამ კატეგორიის პირთათვის სოციალური პაკეტის შეთავაზება არ მოხდება, რათა დაიცვას ასეთი დასაქმებულების ინტერესები. დაცულ უნდა იქნას იმ პირთა უფლებებიც, რომლებიც, გასხვისების დროისთვის, აღარ მუშაობენ საწარმოში და რომლებსაც აქვთ უფლება, მიიღონ შემწეობები, ხანდაზმულობის და მარჩენალდაკარგულობის გამო, ჩამოთვლილი სქემების ფარგლებში.⁷⁸ აქვე, ისიც უნდა აღინიშნოს, რომ ქვეყნებს აქვთ უფლება, დირექტივით გათვალისწინებული ეს შემთხვევა სხვაგვარად მოაწესრიგონ.

საწარმოთა და ბიზნესის მფლობელებს შესაძლოა, სურდეთ თავიანთი ბიზნეს საქმიანობის გაუმჯობესება, „განახლება“, ფუნქციების ან/და მომსახურების გაყოფა; ხშირად ეს დაკავშირებულია გადასახადების გადახდასთანაც, რასაც საბოლოოდ მოჰყვება ცვლილებები საწარმოში - საბოლოოდ კი საწარმო შესაძლოა, გასხვისდეს. საწარმოთა გასხვისება შესაძლოა, განხორციელდეს გაკოტრების პროცედურების დროსაც, რა გზასაც, ბიზნესის შენარჩუნების მიზნით, შეიძლება, მიმართოს გადახდისუუნარო კომპანიამ. დირექტივის მოწესრიგების სფეროში ეს საკითხიც ექცევა, რომელსაც მოკლედ მიმოვიხილავ, თუმცა, ნაშრომის მიზნებიდან გამომდინარე, მას დეტალურად არ შევხებით.

როდესაც გამსხვისებელი აწარმოებს გაკოტრების პროცესს ან იმყოფება ვალაუვალობის მდგომარეობაში და ხდება გამსხვისებლის ქონების ლიკვიდაცია, ბუნებრივია, ეს პროცესი ხორციელდება უფლებამოსილი საჯარო უწყების ზედამხედველობის ქვეშ; სწორედ ამ პროცესში მყოფ საწარმოზე საწარმოს ან ბიზნესის სრული ან ნაწილობრივი გასხვისებისას არ გავრცელდება უკვე განხილული დირექტივის

⁷⁶ იქვე, მუხლი 3.1.

⁷⁷ იქვე, მუხლი 3.3.

⁷⁸ *O'leary, S., Employment Law at the European Court of Justice Judicial Structures, Policies and Processes - Employment Protection: Struggling with Acquired Rights*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2002, 242.; ასევე, იხ. 2001/23/EC დირექტივა, მუხლი 3.4 (a) და მუხლი 3.4 (b).

მე-3 მუხლი.⁷⁹ თუ გაკოტრების საქმისწარმოების პროცესში, რომელიც მიმდინარეობს გამსხვისებლის მიმართ და, შესაბამისი საჯარო უწყება ზედამხედველობით, განსახილველი ვალდებულებები მაინც გავრცელდა, ქვეყანას შეუძლია უზრუნველყოს,⁸⁰ რომ გამსხვისებლის ვალი, რომელიც გამომდინარეობს შრომითი ხელშეკრულებებიდან ან შრომითი ურთიერთობებიდან და გადახდილ უნდა იქნეს მანამ, სანამ გასხვისდება საწარმო ან დაიწყება გაკოტრების საქმისწარმოების პროცესი, არ გადაეცეს მიმღებს; ასევე, უზრუნველყოს, რომ გამსხვისებელი, მიმღები ან პირი/პირები, რომლებიც ახორციელებენ გამსხვისებლის ფუნქციებს და დასაქმებულთა წარმომადგენლები შეთანხმდნენ ცვლილებებზე დასაქმებულთა შრომით პირობებთან დაკავშირებით, რომ შენარჩუნდეს დასაქმების შესაძლებლობები საწარმოს/ბიზნესის სრული ან ნაწილობრივი გადარჩენით.

დირექტივის ერთ-ერთი უმნიშვნელოვანესი მიზანი არის ის, რომ უზრუნველყოს შრომითი პირობების გაგრძელება მიმღების საწარმოში ისე, როგორც იყო ადრე, გამსხვისებლის დროს. ამას დიდი მნიშვნელობა იმიტომ აქვს, რომ, ამ გზით, დასაქმებულები არ კარგავენ იმ პირობებით სარგებლობის შესაძლებლობას, რომლებიც მათ, შრომითი ხელშეკრულებებით ჰქონდათ გარანტირებული მანამ, სანამ საწარმო გასხვისდებოდა.

ამასთან თუ საწარმო, ბიზნესი ან მათი ნაწილები ინარჩუნებს ავტონომიას, დასაქმებულთა წარმომადგენლების ფუნქციები და სტატუსიც უნდა შენარჩუნდეს იმავე პირობებით, რომელიც არსებობდა გასხვისებამდე, თუ დასაქმებულთა წარმომადგენლობის დაფუძნებისათვის აუცილებელი პირობები შესრულებულია.

ამრიგად, ხაზგასმით უნდა აღინიშნოს, რომ ინდივიდუალური და კოლექტიური შრომითი ხელშეკრულებები, რომლებიც მოქმედებდა საწარმოს გადაცემის დროისთვის და გაფორმებული იყო საწარმოს გამსხვისებელსა და დასაქმებულებს/დასაქმებულთა წარმომადგენლობას შორის, გადაეცემა საწარმოს ახალ მფლობელს - მიმღებს, რომელსაც წარმოეშობა ვალდებულება დაიცვას დასაქმებულთა შრომის პირობები. გარდა ამის, თუ საწარმოს გადაცემა იწვევს სამუშაო პირობების არსებით ცვლილებებს დასაქმებულის საზიანოდ და დასაქმებული, ამის პასუხად, წყვეტს ცალმხრივად შრომით ურთიერთობას, ეს უკანასკნელი, ამისდა მიუხედავად, რჩება ხელშეკრულების შეწყვეტაზე პასუხისმგებლად და დასაქმებულს, ეროვნული კანონმდებლობის მიხედვით, უფლება აქვს მოითხოვოს კომპენსაცია.

5.3 სამსახურიდან გათავისუფლება და შტატების შემცირება

შრომითი ურთიერთობებში დამსაქმებელს შეუძლია, შეწყვიტოს დასაქმებულთან შრომითი ურთიერთობა, მხოლოდ ლეგიტიმური გზით, ხოლო ნეგატიური ვალდებულებაა, სათანადო საფუძვლის გარეშე, არ შეწყვიტოს შრომითი ურთიერთობა.⁸¹ შრომითი მობილობა არის უმთავრესი პირობა მზარდი ეკონომიკის განვითარებისთვის, მაგრამ არსებობს წონადი საწინააღმდეგო, სოციალური არგუმენტები დასაქმებულთა დაცვის სასარგებლოდ შრომითი ხელშეკრულებების შეწყვეტის დროს.⁸² დასაქმებულთა გათავისუფლება შრომის, როგორც სოციალური უფლების რეალიზებას უშლის ხელს, რადგან, ამ შემთხვევაში, პირს აღარ აქვს შესაძლებლობა, მიიღოს ეკონომიკური სარგებელი; გარდა ამისა, „ყველა ასეთ სიტუაციაში ხდება დასაქმებულის უფლებების

⁷⁹ იქვე, მუხლი 5.1.

⁸⁰ იქვე, მუხლი 5.2 (a) და მუხლი 5.2 (b).

⁸¹ დასახ. ნაშრომი, 50-ე სქ., 225.

⁸² Herz, E., The Protection of Employees on the Termination of Contracts of Employment, International Labour Review, 69, 1954, 295.

უმართებულო შეზღუდვა და, ვინაიდან, ირღვევა ინტერესთა გონივრული ბალანსი, დასაქმებულს უწევს გადამეტებულ და უსამართლო კომპრომისზე წასვლა⁸³.

საწარმოთა სრული ან ნაწილობრივი გასხვისება, როგორც ფაქტი, არ წარმოადგენს დასაქმებულთა დათხოვნის საფუძველი არც გამსხვისებლის და არც მიმღების მხრიდან. საწარმოთა გადასვლის დროს, არსებული შრომითი ხელშეკრულების საფუძველზე, დასაქმებული თანამშრომლების დათხოვნა შეუძლებელია, მხოლოდ იმ ფაქტის საფუძველზე, რომ განხორციელდა საწარმოს გასხვისება, რადგან ასეთი ქმედება ლახავს დირექტივის პრინციპებს, მე-3 მუხლით რეგლამენტირებული დებულებებს, რომლითაც „შრომითი ხელშეკრულებიდან და შრომითი ურთიერთობიდან წარმომდგარი საწარმოს გამსხვისებლის უფლებები და მოვალეობები, რომლებიც არსებობენ საწარმოს გადაცემის მომენტისათვის, საწარმოს გადაცემის საფუძველზე გადადის საწარმოს მიმღებზე“, რაც, პირველ რიგში, გულისხმობს შრომითი ხელშეკრულებით განსაზღვრული შრომითი ურთიერთობის გაგრძელების ვალდებულებას, ხელშეკრულებაში მითითებული ვადების დაცვით. რასაკვირველია, ამ ნორმის დაცვის საჭიროება დღის წესრიგში დგება, მხოლოდ და მხოლოდ, მას მერე, რაც დადგინდება საწარმოთა გადაცემის ფაქტი, რომლის კრიტერიუმები უკვე მიმოვიხილეთ.

ერთადერთი გამონაკლისი ამ წესიდან არის დასაქმებულთა დათხოვნა ეკონომიკური, ტექნოლოგიური ან ორგანიზაციული მიზნებიდან გამომდინარე, რაც, თავისთავად, იწვევს ცვლილებებს სამუშაო ძალაში იმ პირობით, რომ ეს მიზნები, საწარმოთა გადაცემის ფაქტისგან დამოუკიდებლად, წარმოშობს დათხოვნის საფუძველს და საწარმოს ფუნქციონირებისათვის მისაღებ აუცილებელ ზომას წარმოადგენს. ასეთი შემთხვევებისთვის, ქვეყნებს შეუძლიათ უზრუნველყონ, რომ გათავისუფლება არ იქნას გამოყენებული დასაქმებულთა სპეციფიკური კატეგორიების მიმართ.⁸⁴ თუ შრომითი ურთიერთობები ან შრომითი ხელშეკრულებები წყდება იმიტომ, რომ გასხვისება იწვევს არსებით ცვლილებებს სამუშაო პირობებში და დასაქმებულთა მდგომარეობა უარესდება, დამსაქმებელი უნდა იქნეს მიჩნეული შრომითი ურთიერთობების ან შრომითი ხელშეკრულებების მოშლისას პასუხისმგებელ პირად.⁸⁵ მნიშვნელოვანია განვსაზღვროთ, თუ რა იგულისხმება ეკონომიკურ, ტექნოლოგიურ და ორგანიზაციულ ცვლილებებში (ETO reasons), რადგან სწორედ ამ ცვლილებების განხორციელებაა დასაქმებულთა დათხოვნის ლეგიტიმური საფუძველი.

წარმოდგენილი ტერმინოლოგია არც ქართველი კანონმდებლისთვისაა უცხო და შკ-ის 37-ე, I, ა) ქვეპუნქტი ითვალისწინებს, ამ გარემოებების არსებობისას, ხელშეკრულების შეწყვეტის შესაძლებლობას. კერძოდ, შრომითი ხელშეკრულების შეწყვეტის საფუძველია ეკონომიკური გარემოებები, ტექნოლოგიური ან ორგანიზაციული ცვლილებები, რომლებიც აუცილებელს ხდის სამუშაო ძალის შემცირებას.⁸⁶

არც ევროპული დირექტივა და არც საქართველოს შკ-ი არ გვთავაზობს ზუსტ განმარტებას, თუ რა სახის ცვლილებები მიიჩნევა ეკონომიკურ, ტექნოლოგიურ, თუ ორგანიზაციული ცვლილებად, თუმცა, ამ მიზნით, მეტად სასარგებლო შეიძლება, იყოს ქართული სასამართლო პრაქტიკა.

ორგანიზაციული, ეკონომიკური საფუძველებით შრომითი ურთიერთობის შეწყვეტასთან დაკავშირებით საქართველოს სასამართლოების მიერ მიღებულ

⁸³ *კასრაძე, ლ.*, სახელმწიფოს მინიმალური ვალდებულება და „გონივრული საფუძვლის“ პრინციპი დასაქმებულის სამუშაოდან განთავისუფლების საქმეში: შრომის საერთაშორისო ორგანიზაციის სტანდარტი, ადამიანის უფლებათა დაცვის საერთაშორისო სტანდარტები და საქართველო, სტატიათა კრებული, *კორკელია, კ.* რედ., GIZ, თბილისი, 2011, 105.

⁸⁴ 2001/23/EC დირექტივა, მუხლი 4.1.

⁸⁵ *Whitelaw, R. J.*, Duties to Employees Affected by a Transfer of the Enterprise: United States, Europe and Japan, *ComLab. L.J.*, 9, 1988, 573., ასევე, იხ. 2001/23/EC დირექტივა, მუხლი 4.2.

⁸⁶ შკ-ის 37-ე, I, ა) მუხლი.

გადაწყვეტილებას თუ გადავხედავთ, დავინახავთ, რომ ეს გარემოებები უმეტეს შემთხვევებში ასოცირდება რეორგანიზაციის პროცესთან.⁸⁷ ხაზგასმით უნდა აღინიშნოს ის, რომ რეორგანიზაცია გულისხმობს ორგანიზაციულ ცვლილებებს, მაგრამ შკ-ის აღნიშნული დანაწესით ორგანიზაციული ცვლილებების გარდა, შრომითი ურთიერთობის შეწყვეტის საფუძვლად განხილულია ნებისმიერი სხვა ეკონომიკური გარემოება ან ტექნოლოგიური ცვლილება.⁸⁸ სამუშაო ძალის შემცირება, სასამართლო გადაწყვეტილებებში, შტატების შემცირებად არის მოხსენებული. მაგალითად, ერთ-ერთ საქმეში, სააპელაციო სასამართლო განმარტავს⁸⁹ - „რეორგანიზაცია, თუნდაც, მართლზომიერი და, საჭიროებისამებრ, ჩატარებული, ყოველთვის, არ წარმოადგენს დასაქმებულის სამსახურიდან გაშვების ლეგიტიმურ საფუძველს. რეორგანიზაციის შედეგად, დასაქმებულთა სამსახურიდან გაშვების ერთ-ერთ განმაპირობებელ კანონისმიერ საფუძვლად შტატების შემცირება შეიძლება იქნეს მიჩნეული“.

ერთ-ერთ უახლეს გადაწყვეტილებაში⁹⁰ საქართველოს უზენაესმა სასამართლომ განმარტა რეორგანიზაციის არსი, რომელიც სასამართლოს აქამდე დადგენილი პრაქტიკის შესაბამისია: „რეორგანიზაცია საწარმო/დაწესებულება/ორგანიზაციის შიდა ორგანიზაციული ცვლილებაა, რომელიც პირის სამსახურიდან გათავისუფლებას მხოლოდ იმ შემთხვევაში შეიძლება. დაედოს საფუძვლად, თუ პირის სამსახურიდან გაშვება რეორგანიზაციის შედეგებმა განაპირობა და არა უშუალოდ რეორგანიზაციის პროცესმა. საკითხის სხვაგვარად გადაწყვეტით, დამსაქმებელს ყოველთვის შეეძლება, კანონით აკრძალული საფუძვლით დასაქმებულის სამსახურიდან გათავისუფლება და აღნიშნული პროცესის ე.წ. „შიდა ორგანიზაციული ცვლილებით“ გამართლება. ამასთან, მარტოოდენ, რეორგანიზაცია დასაქმებულის სამსახურიდან გაშვების საფუძველი არ უნდა გახდეს, ვინაიდან ასეთ შემთხვევაში, ე.წ. „რეორგანიზაციის“ საფუძვლით პირის სამსახურიდან გაშვების დისკრიმინაციული მოტივები შეიძლება დაიფაროს“; ასევე, საინტერესოა უზენაესი სასამართლოს კიდევ ერთი ახალი გადაწყვეტილება საქმეზე, სადაც აღნიშნულია, რომ „რეორგანიზაცია იმ შემთხვევაში წარმოშობს მუშაკის სამსახურიდან გათავისუფლების მართლზომიერ საფუძველს, თუ დადგინდება, რომ [იგი], თავისი შინაარსის გათვალისწინებით, ეკონომიკური სიდუხჭირის გამო, შტატების ან/და ხელფასების შემცირების ან სხვა ობიექტური საჭიროების გამო, დამსაქმებელს აყენებს კონკრეტული თანამდებობიდან მუშაკის გათავისუფლების აუცილებლობის წინაშე“⁹¹.

მნიშვნელოვანია, განისაზღვროს ისიც, ეკონომიკური გარემოებები, ტექნოლოგიური ან ორგანიზაციული ცვლილებები კუმულატიურად უნდა არსებობდეს, თუ ერთ-ერთის არსებობა საკმარისია სამსახურიდან გათავისუფლების

⁸⁷ საქართველოს უზენაესი სასამართლოს 2014 წლის 13 იანვრის განჩინება საქმეზე №ას-905-863-2013. ხელმისაწვდომია ვებგვერდზე <<http://prg.supremecourt.ge/DetailViewCivil.aspx>>.

⁸⁸ *შელოძე, ზ.*, მასობრივი დათხოვნის საკანონმდებლო რეგულირების ასპექტები საქართველოს შრომის კოდექსისა და ევროპული კავშირის დირექტივის მიხედვით, შრომის სამართალი (სტატიათა კრებული) III, მერიდიანი, თბილისი, 2014, 4.

⁸⁹ საქართველოს სააპელაციო სასამართლოს 2013 წლის 3 დეკემბრის გადაწყვეტილება საქმეზე №28/4238-13. ხელმისაწვდომია ვებგვერდზე <<http://library.court.ge/judgements/67212014-07-19.pdf>>. ასევე, იხ., საქართველოს უზენაესი სასამართლოს 2014 წლის 10 აპრილის განჩინება საქმეზე №ას-18-18-2014. ხელმისაწვდომია ვებგვერდზე <<http://prg.supremecourt.ge/DetailViewCivil.aspx>>.

⁹⁰ საქართველოს უზენაესი სასამართლოს 2019 წლის 12 აპრილის განჩინება საქმეზე №ას-181-2019. ხელმისაწვდომია ვებგვერდზე <<http://prg.supremecourt.ge/DetailViewCivil.aspx>>.

⁹¹ საქართველოს უზენაესი სასამართლოს 2019 წლის 26 თებერვლის განჩინება საქმეზე №ას-1611-2018. ხელმისაწვდომია ვებგვერდზე <<http://prg.supremecourt.ge/DetailViewCivil.aspx>>. შდრ. საქართველოს უზენაესი სასამართლოს 2018 წლის 9 მარტის განჩინება საქმეზე №ას-1444-1364-2017. ხელმისაწვდომია ვებგვერდზე <<http://prg.supremecourt.ge/DetailViewCivil.aspx>>.

მართლზომიერების დასასაბუთებლად. ამ კითხვაზე უზენაესმა სასამართლომ მიუთითა, რომ დასაქმებულთან შრომითი ხელშეკრულების შესაწყვეტად კუმულატიურად უნდა არსებობდეს ხსენებული ნორმით გათვალისწინებული წინაპირობები, კერძოდ, ეკონომიკური გარემოებები, ტექნოლოგიური ან ორგანიზაციული ცვლილებები შედეგობრივად უნდა იწვევდეს სამუშაო ძალის შემცირებას.⁹² დირექტივის შემთხვევაშიც, ამ მოცემულობის ერთობლივად არსებობა არის არსებითი.

ეკონომიკური გარემოებების არსებობისას, ან საწარმოს რეორგანიზაციის დროს მოწმდება 3 ფაქტორი, კერძოდ, რეორგანიზაციის თუ ეკონომიკური გარემოებების საჭიროების მიზეზი (მაგ., შტატების სიჭარბე), საჭიროების შედეგი და ამ შედეგის ადრესატთა კატეგორიები.⁹³ სასამართლომ სხვადასხვა გადაწყვეტილებაში იმაზეც იმსჯელა, თუ ვინ უნდა დაასაბუთოს, რომ სამსახურიდან გათავისუფლება არის რეორგანიზაციისა და შემცირების შესაბამისი, სამართლიანი და გონივრული გადაწყვეტილება და აღნიშნა, რომ „შრომითი ურთიერთობის არსიდან გამომდინარე, დასაქმებულის სამსახურიდან დათხოვნის საფუძვლების დადასტურების ვალდებულება დამსაქმებელს ეკისრება“⁹⁴.

ამრიგად, ე.წ. ETO reasons-თან დაკავშირებით, შეგვიძლია ვთქვათ, რომ, ერთი მხრივ, შრომითი ურთიერთობის შეწყვეტის კანონიერების დასასაბუთებლად სახეზე უნდა იყოს ეკონომიკური გარემოებები, ტექნოლოგიური ან ორგანიზაციული ცვლილებები და, მეორე მხრივ, ამას უნდა მოჰყვებოდეს სამუშაო ძალის შემცირება.

მხოლოდ და მხოლოდ საწარმოთა გადაცემის ფაქტი არ შეიძლება გახდეს დასაქმებულთან შრომითი ხელშეკრულებების შეწყვეტის კანონიერი საფუძველი. გარდა ამისა, თუ გამსხვისებელი სამუშაო ძალას შეამცირებს/გათავისუფლებს თანამშრომლებს საწარმოს გასხვისებამდე, მას მოუწევს შტატების შემცირების გამო კომპენსაციის გადახდა უკანონო გათავისუფლებისათვის.

ხშირად, სახეზეა სამუშაო ძალის არა მთლიანი, არამედ ნაწილის დათხოვნა, ეს ხდება, ძირითადად, მაშინ, როცა ახალ მფლობელს - მიმღებს - სურს სამუშაო ძალის ნაწილი შეინარჩუნოს, ან, რეორგანიზაციის განხორციელების შემთხვევაში, მას შეეძლება ახალი ბიზნესი მართოს მომგებიანად, თუმცა ნაკლები სამუშაო ძალის გამოყენებით, ან როცა შემსყიდველს სურს გააკეთოს დანაზოგი, რადგან მიიჩნევს, რომ შტატების შემცირებით შესაძლებელი იქნება გაცილებით ეფექტიანად და ნაკლები დანახარჯებით საწარმოს ფუნქციონირება. დიდ ბრიტანეთში მსგავსი შემთხვევებისთვის არსებობს სამი გზა:⁹⁵ 1) გამსხვისებელს შეუძლია, დაითხოვოს მთლიანი სამუშაო ძალა, მიმღებს კი შეეძლება დაიქირავოს ნებისმიერი ყოფილი თანამშრომელი; 2) გამსხვისებელს შეუძლია, გაათავისუფლოს მხოლოდ ის დასაქმებულები, რომლებიც ახალ მფლობელს არ დასჭირდება, ხოლო დანარჩენი, ავტომატურად, გადავა ახალ დამსაქმებელთან (TUPE Regulations⁹⁶ 5) და 3) ყველა დასაქმებული შესაძლოა, გადავიდეს ახალ დამსაქმებელთან და, შემდეგ, ამ უკანასკნელს შეეძლება განახორციელოს დათხოვნა, საჭიროების გათვალისწინებით.

საწარმოთა გადაცემის დროს, დასაქმებულთა დათხოვნის კონტექსტში, ასევე მნიშვნელოვანია კითხვა - თუ დასაქმებულთა გათავისუფლება განხორციელდა გასხვისებამდე (იგულისხმება პერიოდი, რომლის შემდეგაც მალევე მოხდა გასხვისება), ეს

⁹² საქართველოს უზენაესი სასამართლოს 2015 წლის 29 ივნისის განჩინება საქმეზე №ას-414-391-2014 ხელმისაწვდომია ვებგვერდზე <<http://prg.supremecourt.ge/DetailViewCivil.aspx>>.

⁹³ დასახ. ნაშრომი, 50-ე სქ., 227-228.

⁹⁴ იხ. საქართველოს უზენაესი სასამართლოს განჩინებები საქმეებზე №ას-665-636-2016, №ას-1329-2018, №ას-1189-1109-2017. ხელმისაწვდომია ვებგვერდზე <<http://prg.supremecourt.ge/DetailViewCivil.aspx>>.

⁹⁵ Collins, H., Dismissals on Transfer of a Business, Indus. L.J. 15, 1986, 251.

⁹⁶ Transfer of Undertakings (Protection of Employment) Regulations 2006. ხელმისაწვდომია ვებგვერდზე <<https://www.legislation.gov.uk/ukxi/2006/246/contents/made>>.

უნდა ჩაითვალოს თუ არა უკანონო გათავისუფლებად. ამასთან დაკავშირებით, საინტერესოა ემს-ის გადაწყვეტილება საქმეზე - P. Bork International A/S v. Junckers Industrier A/S. (შემდგომში „ბორკის საქმე“)⁹⁷. P. Bork International-მა სხვა კომპანიისგან იქირავა საწარმო, გადმოიყვანა სამუშაო ძალაც - თანამშრომლები, ხოლო მაშინ, როცა P. Bork International-მა შეწყვიტა ქირავნობა და საწარმომ ფუნქციონირება, დასაქმებულები გათავისუფლდნენ. საწარმო გასხვისდა, შემდგომ კვლავ დაიწყო ფუნქციონირება და უმეტესობა თანამშრომლებისა ახალმა მესაკუთრემ კვლავ გადმოიყვანა. ამ შემთხვევაში, მთავარი სამსჯელო საკითხი იყო შემდეგი: P. Bork International-ის ვალდებულებები გადაეცა თუ არა საწარმოს ახალ მფლობელს, განსაკუთრებით, იმ დასაქმებულებთან დაკავშირებით, რომელთა შრომითი ხელშეკრულებებიც და შრომითი ურთიერთობებიც შეწყდა საწარმოს გადაცემამდე. ეს დასაქმებულები ითვლებოდნენ საწარმოს თანამშრომლებად საწარმოს გადაცემის დროისათვის. იმის განსასაზღვრად - გათავისუფლების საფუძველი არის თუ არა მხოლოდ საწარმოს გადაცემის ფაქტი, ყურადღება უნდა მიექცეს ობიექტურ გარემოებებს, განსაკუთრებით, იმ ფაქტს, რომ დათხოვნა განხორციელდა საწარმოს გადაცემის თარიღამდე ძალიან მოკლე დროში და დასაქმებულთა უმრავლესობა გადაეცა მიმღებს. ამრიგად, დასაქმებულთა დათხოვნა საწარმოს გადაცემამდე მოკლე ვადაში უნდა იქნას მიჩნეული უკანონოდ.

VI. ევროპული კავშირის წევრი ცალკეული სახელმწიფოების მიდგომა საწარმოთა გასხვისების ინსტიტუტის მიმართ (გერმანია)

გერმანიის სამოქალაქო კოდექსში⁹⁸ (გსკ) მოცემულია საწარმოთა გადაცემის ინსტიტუტი და დეტალურად რეგულირდება. როგორც უმრავლეს ქვეყანაში, გერმანიაშიც სამართლებრივი განხილვისა და დისკუსიის მთავარი საკითხი, საწარმოთა გადაცემასთან დაკავშირებით, არის ის, ნამდვილად განხორციელდა თუ არა საწარმოთა გადაცემა. ამ შემთხვევაშიც, უმთავრესი კრიტერიუმი საწარმოს ეკონომიკური დამოუკიდებლობის შენარჩუნებაა. ამ საკითხის შესაფასებლად ფედერაციული შრომის სასამართლოსა და ემს-ს როლი განუზომლად დიდია.

გერმანული კანონმდებლობა დირექტივის ნორმებს იზიარებს და, საწარმოთა გადაცემის დასადგენად, იმავე კრიტერიუმებს განსაზღვრავს. დირექტივისეულ ტერმინში - „ეკონომიკური ორგანიზაცია“ მოაზრებულია ადამიანთა ან ქონების ერთობლიობა, რომელიც მიმართულია ეკონომიკური საქმიანობის განხორციელებისკენ.

საწარმოსა და ბიზნესის ნაწილიც შეიძლება, მოვიაზროთ ეკონომიკურ ორგანიზაციად/დაწესებულებად, თუმცა იგი უნდა იყოს ავტონომიური, უნდა იმართებოდეს, როგორც დამოუკიდებელი ერთეული, რომელიც უზრუნველყოფს სპეციფიკური ფუნქციების განხორციელებას მთლიანი ბიზნესისათვის. აქ იგულისხმება ნებისმიერი ტიპის ბიზნესი, განურჩევლად იმისა, საწარმოს მფლობელი უცხოელია თუ ადგილობრივი, მათ დასაქმებულებს ჰყავთ თუ არა პროფესიული კავშირები, თუმცა, აქვე უნდა აღინიშნოს ისიც, რომ გერმანიაში, საწარმოთა გადაცემის დროს, მოქმედი ნორმები არ ვრცელდება წილის გასხვისების შემთხვევებზე.⁹⁹

გერმანული კანონმდებლობით, თუ საქმიანობის ძირითადი საშუალებები, რომლებიც ბიზნესის/საწარმოს ფუნქციონირებისთვისა აუცილებელი, გადაეცემა მიმღებს

⁹⁷ Case 101/87, P. Bork International A/S, in liquidation v. Foreningen af Arbejdsledere i Danmark, acting on behalf of Birger E., Petersen Jens, E. Olsen and others v Junckers Industrier A/S., Reference for a preliminary ruling: Højesteret – Denmark, Judgment of the Court (Third Chamber) of 15 June 1988. ხელმისაწვდომია ვებგვერდზე <<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-101/87>>.

⁹⁸ ტექსტი ხელმისაწვდომია ვებგვერდზე <https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/>.

⁹⁹ *Ius laboris* – transfer of undertakings guide, A *ius laboris* publication, 2009, 103.

და საქმიანობა ისევ იგივე გზით განხორციელდება, საწარმოთა გადაცემა სახეზეა.¹⁰⁰ თუ გვაკვს როგორც მატერიალური, ისე არამატერიალური ქონების გადაცემა და თანამშრომლების გადაყვანა, შეგვიძლია დავასკვნათ, რომ საწარმო ინარჩუნებს იდენტობას. სხვა ყველა შემთხვევაში, იმის დასადგენად, ადგილი ჰქონდა თუ არა საწარმოთა გადაცემის შემთხვევას, თითოეულ საქმე უნდა შეფასდეს ინდივიდუალურად, სხვადასხვა კრიტერიუმზე დაყრდნობით.

გერმანიაში დიდი ყურადღება ეთმობა იმას, საწარმო/ბიზნესი არის მომსახურების მიმწოდებელი, თუ მწარმოებელი. მათი გამოიჯვნა მნიშვნელოვანია, რადგან, მომსახურების მიწოდების დროს, ეკონომიკური იდენტობის შენარჩუნება მეტწილად სამუშაო ძალაზეა დამოკიდებული, განსხვავებით წარმოებისგან: თუ კომპანია მომხმარებელს სხვადასხვა პროდუქტს აწვდის, მთავარი განმსაზღვრელი არის აღჭურვილობა, დანადგარები, სხვადასხვა ხელსაწყო და ა.შ. იმ სექტორებში, სადაც ეკონომიკური საქმიანობა არ მოითხოვს სპეციფიკურ საოპერაციო რესურსებს, სამუშაო ძალის გადაცემა შესაძლებელია, საკმარისად ჩაითვალოს საწარმოს გადაცემის დასადასტურებლად. თუმცა არის შემთხვევები, როდესაც ხელსაწყოებისა და დანადგარების გადაცემა შესაძლოა, უმნიშვნელოვანესი კომპონენტი იყოს მომსახურების სფეროშიც. გარდა ამისა, საწარმოთა გადაცემას ადგილი არ ექნება მაშინაც, თუ საქმიანობის ფორმა და მისი განხორციელების მეთოდები შეიცვალა, მაგალითად, ფეხსაცმლის წარმოება ახლა უმეტესად მექანიკურად ხორციელდება და სამუშაო ძალის ჩართულობა ამ პროცესში მინიმალურია.

დირექტივის დებულებები აისახა გსკ-ის 613ა პარაგრაფში (Bürgerliches Gesetzbuch), რომელიც, საწარმოს გადაცემისას, უფლებებსა და ვალდებულებებს აწესრიგებს და განსაზღვრავს, რომ „თუ საწარმო, ან საწარმოს ნაწილი, გარიგების საფუძველზე, გადაეცემა სხვა მფლობელს, მაშინ ეს უკანასკნელი შემოდის გადაცემის მომენტისათვის არსებული შრომითი ურთიერთობებიდან გამომდინარე უფლებებსა და ვალდებულებებში“¹⁰¹. ეს ვრცელდება ყველა არსებულ შრომით ურთიერთობაზე, დამოუკიდებლად იმისა, როგორია დასაქმების საათების რაოდენობა (სრული/ნახევარგანაკვეთიანი სამუშაო) და განსაზღვრულ თუ დროებითი ვადით არის შრომითი ხელშეკრულებები დადებული.¹⁰²

ასევე, უნდა აღინიშნოს ისიც, რომ დანაწესი ვრცელდება პირებზე, რომლებიც მიჩნეულნი არიან „დასაქმებულებად“ გერმანული კანონმდებლობით. ეს ზოგადი დანაწესია, კონკრეტულად კი გსკ-ის ნორმები გავრცელდება იმ დასაქმებულებზე, რომლებიც, გადაცემის თარიღისთვის, მუშაობდნენ საწარმოში, ჰქონდათ მოკლევადიანი შრომითი ხელშეკრულებები, ან იმყოფებოდნენ დეკრეტულ შვებულებაში, ასევე, იმათზე, ვინც არ იქნებოდნენ უკანონოდ გათავისუფლებულები, რომ არა საწარმოთა გადაცემის შემთხვევა. გსკ-ის 613ა პარაგრაფი, საწარმოთა გადაცემის გამო, დაცვის გარანტიებს არ სთავაზობს მმართველი დირექტორებს (Geschäftsführer), სააქციო საზოგადოების დირექტორთა საბჭოს წევრებს (Vorstand), დამოუკიდებელი კონტრაქტორებსა და ფრილანსერებს.¹⁰³

მნიშვნელოვანია, განისაზღვროს, შეუძლია თუ არა ახალ დამსაქმებელს შეცვალოს შრომითი ხელშეკრულებები, რომლებიც უკვე გაფორმებული იყო დასაქმებულებთან.

გსკ-ის 613ა პარაგრაფის პირველივე პუნქტში ხაზგასმულია, რომ „თუ ეს უფლებები და ვალდებულებები მოწესრიგებულია სატარიფო შეთანხმების

¹⁰⁰ იქვე, 104.

¹⁰¹ გსკ-ის 613ა პარაგრაფი, (1)¹. *კროფჰოლერი ი.*, გერმანიის სამოქალაქო კოდექსი – სასწავლო კომენტარი, მე-13 გამომუშავებული გამოცემა, GIZ, IRZ, თბილისი, 2014, 463-464, ასევე, 450-451.

¹⁰² *Gottlieb, C.*, EU Directive on Transfers of Undertakings, Cleary Gottlieb Steen & Hamilton LLP, 2018, 13.

¹⁰³ დასახ. წყარო, 99-ე სქ., 105.

დებულებებით, ან საწარმოო საბჭოსა (პროფკავშირი) და დამქირავებელს შორის შეთანხმებით (Betriebsvereinbarung), მაშინ ისინი შეადგენს საწარმოს ახალ მფლობელსა და დაქირავებულს შორის შრომითი ურთიერთობების შინაარსს და არ შეიძლება, შეიცვალოს, დაქირავებულის საზიანოდ, გადაცემის მომენტიდან ერთი წლის ვადის გასვლამდე.¹⁰⁴ მე-2 წინადადება არ მოქმედებს, თუ უფლებები და ვალდებულებები, საწარმოს ახალი მფლობელის დროს, მოწესრიგებულია სხვა სატარიფო შეთანხმების დანაწესებით ან საწარმოო საბჭოსა და დამქირავებელს შორის სხვა შეთანხმებით.¹⁰⁵ მე-2 წინადადებაში მითითებული ვადის გასვლამდე, უფლებები და ვალდებულებები შეიძლება, შეიცვალოს, თუ სატარიფო შეთანხმება ან საწარმოო საბჭოსა და დამქირავებელს შორის შეთანხმება აღარ მოქმედებს, ან, თუ, სხვა სატარიფო შეთანხმების ფარგლებში, არსებული ორმხრივი სატარიფო ბოჭვის არარსებობისას, საწარმოს ახალ მფლობელსა და დაქირავებულს შორის შეთანხმებულია ახალი სატარიფო რეჟიმი.¹⁰⁶

ფაქტობრივად, ვასკვნით, რომ ორივე - გამსხვისებელი და მიმღები - პასუხისმგებლები არიან როგორც ცალ-ცალკე, ასევე ერთობლივად, ყოველგვარი შეზღუდვის გარეშე, ყველა ვალდებულებისთვის, რომელიც გამომდინარეობს გადაცემული შრომითი ურთიერთობიდან და წარმოშობილია საწარმოს გადაცემის დროისთვის. ეს ერთობლივი და დამოუკიდებელი პასუხისმგებლობები მხოლოდ იმ ვალდებულებებთან დაკავშირებით შეიძლება შეიზღუდოს, რომლებიც წარმოიშვა საწარმოს გადაცემამდე, მაგრამ, საწარმოს გადაცემის შემდეგ, ერთი წლის გასვლამდე, გამსხვისებელს და მიმღებს არ შეუძლიათ ამ სავალდებულო პასუხისმგებლობისგან თავის არიდება გადაცემულ დასაქმებულებთან მიმართებით, მაგრამ შეუძლიათ, განსხვავებული მოწესრიგება დაადგინონ.

გსკ-ის 613ა პარაგრაფი, ასევე ადგენს, რომ „თავდაპირველი დამქირავებელი, საწარმოს ახალ მფლობელთან ერთად, პასუხს აგებს როგორც სოლიდარული მოვალე პირველი ნაწილით გათვალისწინებული ვალდებულებებისათვის იმდენად, რამდენადაც ეს უკანასკნელი წარმოიშვა საწარმოს გადაცემამდე და რომელთა შესრულების ვადაც დადგა ამ მომენტიდან ერთი წლის გასვლამდე.¹⁰⁷ თუ ასეთი ვალდებულებების შესრულების ვადა დადგა საწარმოს გადაცემის შემდეგ, მაშინ თავდაპირველი დამქირავებელი მაინც პასუხს აგებს მხოლოდ იმ მოცულობით, რაც შეესაბამება ვალდებულებების შეფასების პერიოდის იმ ნაწილს, რომელიც გავიდა საწარმოს გადაცემის მომენტისათვის;¹⁰⁸ თუმცა ისიც უნდა აღინიშნოს, რომ აღნიშნული რეგულირება არ გავრცელდება, თუ, რეორგანიზაციის შედეგად, იურიდიული პირი ან სავაჭრო ამხანაგობა უქმდება.¹⁰⁹

ამასთან, ახალ დამსაქმებელს/მიმღებს წარმოეშობა ვალდებულება, დასაქმებულებს შეუნარჩუნოს ის დამატებითი სარგებელი, რომლებიც მათ ჰქონდათ წინა დამსაქმებლის დროს, მაგალითად, სადღესასწაულო სახელფასო დანამატები და სხვ. თუმცა შესაძლებელია, არსებობდა ისეთი სარგებელი, რომელიც მხოლოდ წინა მესაკუთრის დროს შესაძლოა, ჰქონოდა დასაქმებულს სამუშაოს სპეციფიკიდან გამომდინარე; თუ საწარმოს მიმღებმა ვერ შეძლო იმავეს შეთავაზება დასაქმებულებისათვის, მას მოუწევს აუნაზღაუროს დასაქმებულებს სარგებლის დაკარგვით გამოწვეული ზიანი.¹¹⁰

გსკ მოიცავს კიდევ ერთ ნორმას, რომლითაც „თუ სამომავლო მემკვიდრეობის გზით საწარმოს გადაცემისას, დამატებით, გადაეცემა იჯარით გადასაცემი სასოფლო-

¹⁰⁴ გსკ-ის 613ა პარაგრაფი, 1².

¹⁰⁵ იქვე, 1³.

¹⁰⁶ იქვე, 1⁴.

¹⁰⁷ გსკ-ის 613ა პარაგრაფი, 2¹.

¹⁰⁸ იქვე, 2².

¹⁰⁹ იქვე, 3.

¹¹⁰ დასახ. წყარო, 99-ე სქ., 107.

სამეურნეო მიზნისათვის გათვალისწინებული მიწის ნაკვეთი, მაშინ საწარმოს მიმღები იჯარის ხელშეკრულებაში იკავებს მოიჯარის ადგილს, თუმცა, მეიჯარეს, დაუყოვნებლივ, უნდა შეატყობინონ საწარმოს გადაცემის შესახებ.¹¹¹ თუ საწარმოს მიმღების მიერ არ იქნება უზრუნველყოფილი საიჯარო ქონების სათანადოდ მართვა, მაშინ მოიჯარე უფლებამოსილია, შეწყვიტოს საიჯარო ურთიერთობა შეწყვეტის არასტანდარტული უფლების გამოყენებით კანონისმიერი ვადის დაცვით.¹¹²

კოლექტიურ ურთიერთობის ფარგლებში, გერმანული კანონმდებლობით, მიმღები ვალდებულია, გააგრძელოს კოლექტიური ხელშეკრულებით გათვალისწინებული პირობების შესრულება. ეს ეხება ნებისმიერი ტიპის კოლექტიურ ხელშეკრულებას, მათ შორის, გაფორმებულს პროფესიულ კავშირებთან (Tarifverträge). უზრუნველყოფილი უნდა იყოს იგივე პირობების შეთავაზება დასაქმებულებისათვის კოლექტიური ხელშეკრულებებით, რომლითაც ისინი სარგებლობდნენ წინა მესაკუთრის დროს, კოლექტიური ხელშეკრულების შეწყვეტამდე, ხელშეკრულების ვადის ამოწურვამდე ან ახალი კოლექტიური ხელშეკრულების ძალაში შესვლამდე, იმ პირობით, რომ მიმღები არ შეცვლის პირობებს საწარმოს გადაცემის თარიღიდან ერთი წლის პერიოდში.¹¹³

ზოგადად, დასაქმებულებთან დაკავშირებით, შეიძლება, მიღებული იქნას რამდენიმე გადაწყვეტილება: ხელშეკრულება შეიძლება, განიხილებოდეს შეწყვეტილად, დასაქმებულის უარი ხელშეკრულების გაგრძელებაზე შეიძლება ჩაითვალოს გათავისუფლების ლეგიტიმურ საფუძვლად, ან ყველაზე ხელსაყრელი სიტუაცია: დასაქმებულს შეიძლება, გაუგრძელებდეს ხელშეკრულება. გერმანული სამართალი ამ უკანასკნელს ირჩევს.

გერმანიაში, როდესაც დამსაქმებელი მიზნად ისახავს საწარმოში მნიშვნელოვანი ცვლილებების განხორციელებას, რომელსაც თან ახლავს სამუშაოს დიდი ძალის შემცირება, გამოიყენება სამუშაოთა წარმომადგენლობის დებულებები. როდესაც დამსაქმებელი გადაწყვეტს მსგავსი ცვლილებების განხორციელებას საწარმოში, მან ამის შესახებ უნდა შეატყობინოს საწარმოო საბჭოს და მათთან ერთად განიხილოს შეთავაზებული ცვლილებები.¹¹⁴

შედარებისთვის, უნდა ითქვას, რომ გერმანული კანონმდებლობა ამ მხრივ უფრო ორიენტირებულია დასაქმებულის დაცვაზე, ვიდრე ბრიტანული კანონმდებლობა. მაგრამ ორივე - გერმანულიც და ბრიტანული კანონმდებლობაც მნიშვნელოვნად უკეთესია, ვიდრე ამერიკის შეერთებული შტატების კანონმდებლობა, რადგანაც ევროპული ანალოგი ითვალისწინებს ინდივიდუალური და კოლექტიური შრომითი ხელშეკრულებების ავტომატურად გადაცემას, სადაც შენარჩუნებული იქნება დასაქმებულთა უკვე არსებული უფლებები.¹¹⁵

გსკ-ის მიხედვით, საწარმოს ახალი მფლობელის მიერ, მისი სრული ან ნაწილობრივი გასხვისების გამო, შრომითი ურთიერთობის შეწყვეტა სამართლებრივი ძალის არმქონეა, თუ გათავისუფლების ერთადერთ საფუძველს საწარმოს გადაცემა წარმოადგენს. სხვა საფუძვლებიდან გამომდინარე, შრომითი ურთიერთობის შეწყვეტა უცვლელი რჩება¹¹⁶ (ხანგრძლივი შრომისუუნარობა, მძიმე დისციპლინური გადაცდომის ჩადენა, რეორგანიზაცია და ა.შ.). ნებისმიერი დასაქმებული დაცულია

¹¹¹ გსკ-ის 593ა პარაგრაფი, 1.

¹¹² იქვე, 593ა, 2.

¹¹³ დასახ. წყარო, 99-ე სქ., 108., ასევე, იხ. *Gottlieb, C.*, EU Directive on Transfers of Undertakings, Cleary Gottlieb Steen & Hamilton LLP, 2018, 14.

¹¹⁴ *Whitelaw, R. J.*, დასახ. ნაშრომი, 85-ე სქ., 580.

¹¹⁵ იქვე, 582. ასევე, *Eylert, M., Schinz, R.*, Collective Agreements in Case of Transfer of Undertaking, XXII Meeting of European Labour Court Judges, National Reports, Dublin, 2014, 54., ხელმისაწვდომია ვებგვერდზე <https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_dialogue/---dialogue/documents/meetingdocument/wcms_337910.pdf>.

¹¹⁶ გსკ-ის 613ა პარაგრაფი, 4¹.

გათავისუფლებისგან, თუ საფუძველი, მარტოოდენ, საწარმოს გადატანაა. როგორც უკვე აღინიშნა, გერმანული კანონმდებლობა დაცვის ქვეშ აქცევს ყველა დასაქმებულს, განურჩევლად საწარმოს სიდიდისა თუ სამუშაო სტაჟისა. ეს დანაწესი მოქმედებს, მას შემდეგ, რაც საწარმო გასხვისდება.

დირექტივის დებულებები დასაქმებულთა და, არსებობის შემთხვევაში, მათ წარმომადგენელთა ინფორმირებისა და კონსულტაციის შესახებ, ასახულია გსკ-ში, კერძოდ, გათვალისწინებულია, რომ ახალმა მფლობელმა, საწარმოს გადაცემამდე, ტექსტური ფორმით უნდა შეატყობინოს იმ დასაქმებულებს, რომლებსაც ეხება საწარმოს გადაცემა, ხოლო ის, კონკრეტულად, თუ რა ტიპის ინფორმაცია უნდა მიეწოდოს მათ მოცემულია გსკ-ის 613ა პარაგრაფის მე-5 ნაწილში. იმისათვის, რომ ვალდებულება შესრულებულად ჩაითვალოს შეტყობინება უნდა მოიცავდეს, კანონით განსაზღვრულ, ყველა ინფორმაციას:

1. საწარმოს გადაცემის თარიღს, ან წინასწარი თარიღს;
2. საწარმოს გადაცემის მიზეზებს;
3. დაქირავებულებისათვის საწარმოს გადაცემის სამართლებრივი, ეკონომიკური და სოციალური შედეგებს;
5. დაქირავებულებთან დაკავშირებით, გეგმაში არსებული ღონისძიებებს¹¹⁷.

როგორც უკვე აღინიშნა, გერმანული კანონმდებლობით, საწარმოთა გადაცემის შესახებ ინფორმაცია უნდა მიეწოდოს დასაქმებულებს, თუმცა, თუ მათ ჰყავთ წარმომადგენლები, მხოლოდ დასაქმებულთა ინფორმირება არ იქნება საკმარისი; არსებობს სამი ტიპის წარმომადგენლობა. სამუშაო წარმომადგებლობის დებულების (Betriebsverfassungsgesetz - BetrVG) 111-113 პარაგრაფების მიხედვით, ინფორმირებისა და კონსულტაციის პროცესში, საწარმოს გასხვისების დროს ჩართული უნდა იყოს - საწარმოო საბჭო,¹¹⁸ იგივე აქტის 106-ე პარაგრაფი ითვალისწინებს ეკონომიკური კომიტეტისთვის (Wirtschaftsausschuss) შეტყობინების გაგზავნას, ხოლო, წარმომადგენელთა კომისიის დებულების (Sprecherausschussgesetz - SprAuG) 32-ე პარაგრაფის მიხედვით კი, ასეთი ორგანო არის წარმომადგენელთა კომიტეტი (Sprecherausschuss).¹¹⁹

ეკონომიკური კომიტეტი უნდა ჩამოყალიბდეს, თუ კომპანიას ჰყავს 100 მუდმივ დასაქმებულზე მეტი. იგი შედგება სამიდან 7 წევრამდე კომპანიის წარმომადგენლებისგან, რომელთაგან 1 აუცილებლად უნდა იყოს საწარმოო საბჭოს (დასაქმებულთა გაერთიანება) წევრი. ეს კომიტეტი, ძირითადად, განიხილავს ეკონომიკურ საკითხებს კომპანიის მფლობელთან, გარდა ამისა, ინფორმაციას აწვდის საწარმოო საბჭოს და მისი მიზანია, ხელი შეუწყოს საწარმოს მფლობელსა საწარმოო საბჭოს შორის თანამშრომლობის ხელშეწყობა. მათ შემადგენლობაში არ შედიან მენეჯერულ პოზიციაზე დასაქმებული პირები, სწორედ ამიტომ, ასეთი პირების ინტერესების დასაცავად, იქმნება ახალი წარმომადგენლობა - წარმომადგენელთა კომიტეტი, იმ საწარმოში, სადაც შესაბამის პოზიციაზე დასაქმებულია ათზე მეტი თანამშრომელი და ისინი უფლებამოსილნი არიან აირჩიონ საკუთარი წარმომადგენლები.¹²⁰

თუ გადაცემული ბიზნესი ავტონომიას ინარჩუნებს და დამოუკიდებლად ფუნქციონირებას აგრძელებს გასხვისების შემდეგ, დასაქმებულების წარმომადგენლების სტატუსი და ფუნქცია მიმდების მიერ უნდა შენარჩუნდეს. ფაქტობრივად, საწარმოს ან

¹¹⁷ გსკ-ის 613ა პარაგრაფი, (5).

¹¹⁸ *Richardi, R.*, Worker Participation in Decisions within Undertakings in the Federal Republic of Germany, 5 ComLab. L. 23 (1982), 43-44.

¹¹⁹ *Gottlieb, C.*, დასახ. ნაშრომი, 113-ე სქ., 15. ასევე, იხ. დასახ. წყარო, 99-ე სქ., 110.

¹²⁰ იხ. დასახ. წყარო, 99-ე სქ., 110-111.

ბიზნესის გადაცემა გავლენას არ ახდენს დასაქმებულთა წარმომადგენლობაზე. თუ ხდება საწარმოს სრული გადაცემა საწარმოო საბჭო აგრძელებს საქმიანობას კვლავინდებურად. თუ განხორციელებულია მხოლოდ საწარმოს ნაწილის გადაცემა, გამსხვისებლის საწარმოო საბჭო დაიტოვებს გარდამავალ მანდატს (Übergangsmandat) 6 თვის მანძილზე ან შეინარჩუნებს მანდატს (Restmandat) იმ პირობით, თუ შენარჩუნებული იქნება დასაქმებულების უფლებები მანამ, სანამ აირჩევა ახალი საწარმოო საბჭო.¹²¹

ინფორმაცია, გამსხვისებლისა და მიმღების მიერ განზრახული ღონისძიებების შესახებ, დასაქმებულებთან მიმართებით, საწარმოო საბჭოს გონივრულ ვადაში უნდა მიეწოდოს. ამ საკითხების განხილვა და კონსულტირება უნდა განხორციელდეს საერთო ინტერესებისა და სოციალური გეგმის ურთიერთშეჯერების საფუძველზე.

ევროპული კავშირის წევრ ქვეყნებს თავად შეუძლიათ, განსაზღვრონ დასაქმებულის უფლება - არ გააგრძელოს მუშაობა ახალი დამსაქმებლისთვის. გერმანული კანონმდებლობა, ამ თვალსაზრისითაც, საინტერესოა. დასაქმებულს შეუძლია, გაასაჩივროს შრომითი ურთიერთობის გადასვლა ერთი თვის განმავლობაში, მას შემდეგ, რაც მას გსკ-ით განსაზღვრული გარემოებების შესახებ მიეწოდება ინფორმაცია.¹²² თუმცა უნდა აღინიშნოს, რომ შეტყობინება უნდა იყოს წერილობითი და, ამასთანავე, საჩივარი შეიძლება, განცხადებულ იქნეს თავდაპირველი დამქირავებლის ან საწარმოს ახალი მფლობელის მიმართ.

თუ დასაქმებულს არ სურს არც ძველ და არც ახალ დამსაქმებელთან შრომითი ურთიერთობის გაგრძელება, მას შეუძლია, შეწყვიტოს ხელშეკრულება შესაბამისი შეტყობინების ვადის დაცვით. მას შემდეგ, რაც დასაქმებული მიიღებს საწარმოს გადაცემის შესახებ შეტყობინებას, მას შეუძლია, ეს საითხი გაასაჩივროს 1 თვეში. წერილობითი საჩივარი შესაძლოა, წარედგინოს როგორც გამსხვისებელს, ასევე მიმღებს.

ასევე, ძალიან მნიშვნელოვანია, განვსაზღვროთ ის ფაქტორები, რომლებიც მხედველობაში უნდა მიიღონ დამსაქმებლებმა ტრანსსასაზღვრო საწარმოთა გადაცემის დროს (სხვა ქვეყნიდან გერმანიაში ან გერმანიიდან სხვა ქვეყანაში).

თუ წარმოების არსებითი საშუალებების (მაგალითად, უძრავი ქონება, აღჭურვილობა) გადაცემა ხდება, იმ ქვეყანაში, რომელიც მნიშვნელოვნად შორს არის გერმანიიდან (ჩვეულებრივ რამდენიმე ასეული კილომეტრით შორს), გსკ-ის ნორმები შეიძლება არ გამოიყენებოდეს. თუ შრომითი ხელშეკრულება არ ითვალისწინებს გამოსაყენებელ სამართალს, უპირატესობა მიენიჭება საწარმოს გადაცემის შემდეგ მიმღების ქვეყნის სამართალს. გამოსაყენებელ სამართალთან დაკავშირებით, დღემდე მიმდინარეობს მსჯელობა. გაბატონებული მოსაზრებით, გსკ-ის 613ა პარაგრაფი გამოიყენება, თუ საწარმო გერმანიაში მდებარეობდა და შრომითი ხელშეკრულების მიმართ მოქმედებდა გერმანული სამართალი. ასევე, მას შემდეგ, რაც განხორციელდება საწარმოს გადატანა საზღვარგარეთ, უცხოური კოლექტიური შრომითი ხელშეკრულებები შეიძლება, ჩანაცვლდეს ინდივიდუალური შრომითი ხელშეკრულებებით. ამასთან, გსკ-ის დებულებები არ გამოიყენება, თუ, საწარმოს საზღვარგარეთ გადატანის შედეგად, იგი შეიცვლის იდენტობას.¹²³

ამრიგად, გერმანიაში საწარმოთა გადაცემის ინსტიტუტი დარეგულირებულია და შესაბამისი ნორმებიც ასახულია სამოქალაქო კოდექსში. ფაქტობრივად, ქვეყანას დირექტივის მიდგომები სრულად აქვს გაზიარებული და ეროვნულ კანონმდებლობაში გადატანილი. თუ გავითვალისწინებთ ქართველი და გერმანელი კანონმდებლების მჭიდრო თანამშრომლობას და სკ-ში გერმანული მიდგომების გაზიარებისა და ნორმების ასახვის პრაქტიკას, გერმანული გამოცდილება საწარმოთა გასხვისების პროცესში,

¹²¹ *Gottlieb, C.*, დასახ. ნაშრომი, 113-ე სქ., 14.

¹²² გსკ-ის 613ა პარაგრაფი, 6¹ და 6².

¹²³ დასახ. წყარო, 99-ე სქ., 115-116.

დასაქმებულთა დაცვის თვალსაზრისითაც, საინტერესო შესაძლოა, იყოს და დირექტივის დებულებების ასახვის გზაზე მეტად გამოსადეგი.

VII. ქართული კანონმდებლობის 2001/23/EC დირექტივის დებულებებთან შესაბამისობა

2001/23/EC დირექტივის გაზიარება ქართულ სინამდვილეში და მისი მნიშვნელობა

როგორც უკვე აღინიშნა, ასოცირების შეთანხმების დებულებები, ჰარმონიზაციის კომპონენტის გათვალისწინებით, საქართველოსათვის შესასრულებლად სავალდებულოა. დანართში მათზე მიეთითება როგორც ქართულ კანონმდებლობაში სავალდებულოდ ტრანსფორმირებად აქტებზე.¹²⁴ იმპლემენტაციისათვის განსაზღვრული ვადა 2019 წელს ამოიწურა,¹²⁵ რომლის მიხედვითაც, 2019 წლის ბოლომდე ქვეყანას უნდა დაერეგულირებინა საწარმოს ან ბიზნესის სრული ან ნაწილობრივი გასხვისების შემთხვევები და განესაზღვრა ახალი და ძველი დამსაქმებლების ვალდებულებები. მართალია, ეს პროცესი დროში გახანგრძლივდა, თუმცა უკვე განახლებულ სამოქმედო გეგმაში, შესაბამისი დირექტივის დებულებების ასახვის ვალდებულება შესრულებულად იქნა მიჩნეული.¹²⁶

ნაშრომში წარმოდგენილია გერმანული მიდგომა, სადაც საწარმოთა გადაცემის დროს დასაქმებულთა შრომითი უფლებების მოსაწესრიგებლად ცალკე კანონი არ მოქმედებს; ამ საკითხის მარეგულირებელი წესები მოქცეულია გსკ-ში, განსხვავებით, მაგალითად, დიდი ბრიტანეთისგან, სადაც მიღებულია სპეციალური რეგულაციები საწარმოთა გასხვისების კონტექსტში, რაც ცნობილია TUPE Regulations – ის სახელწოდებით. საქართველომ პირველი მიდგომა აირჩია და საწარმოთა გადაცემის მარეგულირებელი ნორმები შკ-ში მოაქცია, რომლის ინტერპრეტაციასა და შეფასებას შემდგომ სასამართლო მოახდენს. გასათვალისწინებელია, რომ საქართველოს პარლამენტმა მხარი დაუჭირა მომზადებულ „საქართველოს ორგანულ კანონ საქართველოს შრომის კოდექსში ცვლილების შეტანის შესახებ კანონპროექტს,¹²⁷ სადაც განსაზღვრული იყო 50-ე მუხლის დამატება, რომელიც საწარმოთა გადაცემის ცალკეულ საკითხებს არეგულირებს. ცალსახად მისასალმებელია, რომ 2020 წლის 29 სექტემბერს საქართველოს პარლამენტმა მესამე მოსმენით მიიღო წინამდებარე ცვლილებები, რომელიც მნიშვნელოვანი განაცხადია დასაქმებულთა უფლებების დაცვის გარანტიების თვალსაზრისით.

საწარმოებში სტრუქტურული, ორგანიზაციული თუ სხვა სახის ცვლილებები ბიზნესის განხორციელების თანმდევი პროცესია, იცვლება მფლობელები, იზრდება ან მცირდება კომპანიების ფინანსური კაპიტალი და სხვა, თუმცა როცა კი ხდება საწარმოთა გასხვისება ამ პროცესში დასაქმებულებს გააჩნიათ უფლებები, რომელთა დაცვაც, როგორც ძველი მესაკუთრის, ასევე ახალი მფლობელის - საწარმოს მიმღების - პირდაპირი ვალდებულებაა. შკ-ში ბოლო დროს განხორციელებულმა ცვლილებებმა მნიშვნელოვნად გააუმჯობესა შრომით უფლებებში - „სუსტი მხარის“ - დასაქმებულების მდგომარეობა; ყველა საკანონმდებლო ცვლილებასთან დაკავშირებით, მეტ-ნაკლებად

¹²⁴ ასოცირების შესახებ შეთანხმებ ის 426-ე მუხლი; ასევე იხ. მაისურაძე, დ., *სულხანაშვილი, ე., ვაშაკიძე, გ.*, დასახ. ნაშრომი, მე-11 სქ., 26.

¹²⁵ საქართველოს პარლამენტის ევროპასთან ინტეგრაციის კომიტეტის სამოქმედო გეგმა 2018-2020, 34, ხელმისაწვდომია ვებგვერდზე <<http://www.parliament.ge/uploads/other/85/85952.pdf>>.

¹²⁶ საქართველოს პარლამენტის 2019-2020 წლების სამოქმედო გეგმა ევროკავშირსა და საქართველოს შორის ასოცირების შეთანხმების შესრულების შესახებ, 25, ხელმისაწვდომია ვებგვერდზე <<http://www.parliament.ge/ge/ajax/downloadFile/116187>>.

¹²⁷ ხელმისაწვდომია ვებგვერდზე <<https://info.parliament.ge/#law-drafting/20311>>. იხ. კანონის მოქმედი რედაქცია ვებგვერდზე <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/1155567>>.

გათვალისწინებულ იქნა ბიზნეს სექტორის - დამსაქმებლების ინტერესები, თუმცა, შრომითი უფლებების რეალიზების თვალსაზრისით, ქვეყანა უდიდესი გამოწვევის წინაშე დგას. სამწუხაროა, მაგრამ ბევრი ნორმა, ფაქტობრივად, უმოქმედოა. დამსაქმებლები ხშირად, უგულვებელყოფენ შკ-ის მთელ რიგ ნორმებს, რომლებიც დასაქმებულებს დაცვის გარანტიებს სთავაზობს, ეს უკანასკნელნი კი ან სამართლებრივ დავას იწყებენ დარღვეული უფლებების აღსადგენად, ან კიდევ უარს ამბობენ დავის დაწყებაზე და რჩებათ იმის განცდა, რომ სახელმწიფო ვერ უზრუნველყოფს მათი შრომითი უფლებების დაცვას ისე, როგორც საჭიროა. მეორე მხრივ, კი სახელმწიფო დასაქმების დაცვის უფლებას კონსტიტუციურ უფლებად განიხილავს. კონსტიტუციის 26-ე მუხლის მიხედვით, შრომის თავისუფლება უზრუნველყოფილია.¹²⁸ მნიშვნელოვანია, განვსაზღვროთ, რა შინაარსს მოიცავს კონსტიტუციური ნორმა. საკონსტიტუციო ჩანაწერი საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლომ, ნორმის მიზნიდან გამომდინარე, სოციალური სახელმწიფოს პრინციპთან კავშირში განმარტა და „კონსტიტუციით დაცული უფლების შინაარსში მოიაზრა არა მხოლოდ უფლება აირჩიო სამუშაო, არამედ უფლება განახორციელო, შეინარჩუნო და დათმო ეს სამუშაო, დაცული იყო უმუშევრობისგან და ისეთი რეგულირებისგან, რომელიც პირდაპირ ითვალისწინებს ან იძლევა სამსახურიდან უსაფუძვლო, თვითნებური და უსამართლო გათავისუფლების საშუალებას“¹²⁹. როგორც ვხედავთ, საკონსტიტუციო სასამართლო ნორმის ამ განმარტებით უარს ამბობს მის წმინდა ფორმალურ შინაარსზე, რაც გონივრულ მიდგომად უნდა ჩაითვალოს; აღსანიშნავია ისიც, რომ ამგვარი განმარტება სრულიად ეთანადება ევროპული სოციალური ქარტიის პირველივე მუხლის მიზანს. სახელმწიფო ვალდებულია, იზრუნოს დასაქმებაზე, მის შენარჩუნებაზე და შრომის უფლების ეფექტიან რეალიზებაზე.

სახელმწიფომ დასაქმებულთა დასაცავად გარკვეული სამართლებრივი მექანიზმები უნდა შექმნას. ასეთ მექანიზმს შკ-სა თუ შრომის ურთიერთობის მომწესრიგებელ სამართლებრივ აქტებში დასაქმებულთა უფლებების დაცვის მარეგულირებელი საერთაშორისო ნორმების ასახვა წარმოადგენს, როგორც უკვე განვმარტე, ამ მიმართულებით პირველი ნაბიჯები უკვე გადადგმულია, თუმცა არსებითი იქნება შემდგომში ამ ნორმების ეფექტიანი აღსრულების უზრუნველყოფა. ამ საკითხთან მიმართებით, საინტერესოა საქართველოს უზენაესი სასამართლოს გადაწყვეტილება, სადაც აღნიშნულია, რომ დასაქმებულთა უფლებების დაცვის კონტექსტით, უმნიშვნელოვანესია ის საერთაშორისო აქტები, რომლებიც იცავს დასაქმებულებს სამუშაოდან წინასწარი შეტყობინებისა და ყოველგვარი დასაბუთების გარეშე გათავისუფლებისაგან.¹³⁰ როგორც უკვე აღინიშნა, დირექტივა უზრუნველყოფს დასაქმებულთა დაცვას გათავისუფლებისაგან მხოლოდ იმ მიზეზით, რომ საწარმო გასხვისდა და ასევე ერთ-ერთ ფუნდამენტურ პრინციპად ითვალისწინებს მათთვის და მათი წარმომადგენლებისათვის ინფორმირებისა და კონსულტაციის გაწევის ვალდებულებას. მეტიც, უზენაესმა სასამართლომ კიდევ ერთ გადაწყვეტილებაში განმარტა: „ექვს არ იწვევს ის გარემოება, რომ შრომის თავისუფლება, ფართო გაგებით, პირდაპირ კავშირშია ადამიანის ღირსებასა და თავისუფალ განვითარებასთან.“¹³¹ ეს გადაწყვეტილებებიც ნათლად მიუთითებს საქართველოს მიერ დასაქმებულთა შრომითი

¹²⁸ კონსტიტუციის 26-ე მუხლი.

¹²⁹ საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს 2007 წლის 26 ოქტომბრის №2/2/389 გადაწყვეტილება საქმეზე „საქართველოს მოქალაქე მათა ნათაძე და სხვები საქართველოს პარლამენტის და საქართველოს პრეზიდენტის წინააღმდეგ“, II. მე-19 პარ.

¹³⁰ საქართველოს უზენაესი სასამართლოს 2010 წლის 19 ოქტომბრის გადაწყვეტილება საქმეზე №ას-549-517-2010. ხელმისაწვდომია ვებგვერდზე <<http://prg.supremecourt.ge/DetailViewCivil.aspx>>.

¹³¹ საქართველოს უზენაესი სასამართლოს 2014 წლის 2 ოქტომბრის განჩინება საქმეზე №ას-106-101-2014. ხელმისაწვდომია ვებგვერდზე <<http://prg.supremecourt.ge/DetailViewCivil.aspx>>.

უფლებებისა და შრომის თავისუფლების უზრუნველყოფის გაცხადებული ნებისკენ. ამის მისაღწევად ევროპული სტანდარტების გაზიარება აუცილებელია.

აქვე, მნიშვნელოვანია, განვსაზღვროთ, შეეძლება თუ არა ქვეყანას ამ ნორმების მოდიფიცირება. ზოგადი პრინციპით, „ვინაიდან შრომის სამართალი ხელშეკრულების უფრო დაუცველ მხარეს [ემბრობა] და აწევებს მინიმალურ სტანდარტებს, მათი შეცვლა მხოლოდ დასაქმებულის სასარგებლოდ არის დასაშვები“¹³² დირექტივით, სახელმწიფოებმა უნდა მოახდინონ მისი დებულებების იმპლემენტირება, რაც დასაქმებულის სასიკეთოდ ხდება.¹³³

გარდა ამისა, საწარმოთა გასხვისება ბიზნესის საქმიანობის ერთ-ერთი შემადგენელი ნაწილია, ამიტომაც მეტად დროულია ცვლილებების ასახვა შკ-ში, განსაკუთრებით მაშინ, როდესაც საქართველოში უკვე დაფიქსირდა საწარმოთა გადაცემის რიგი შემთხვევები. როგორც უკვე აღვნიშნე, საქართველოს პარლამენტმა მხარი დაუჭირა შკ-ის ცვლილებათა პაკეტს, რომელიც, სხვა საკითხთა შორის, ითვალისწინებს 50-ე მუხლის დამატებას, რომელიც საწარმოს გადაცემას ეხება. ზოგადი შეფასებით, წინამდებარე მუხლით გაზიარებულია დირექტივის პრინციპულ მიდგომები, თუმცა მნიშვნელოვანია, ვიმსჯელოთ თითოეულ ჩანაწერზე.

კანონპროექტის 50-ე მუხლის პირველი ნაწილის ა) ქვეპუნქტით საწარმოს გადაცემა ასე განიმარტება: „საწარმოს გადაცემა ნიშნავს, გარიგების ან კანონის საფუძველზე, საწარმოს, ბიზნესის ან საწარმოს ან ბიზნესის ნაწილის გადაცემას სხვა დამსაქმებელზე, რაც მათ შორის მოიაზრებს ეკონომიკური საქმიანობის გადაცემას, რა დროსაც, შენარჩუნებულია მისი იდენტურობა ან/და არსებითი მსგავსება და რაც გულისხმობს რესურსების ორგანიზებულ დაჯგუფებას ძირითადი, ასევე დამხმარე ეკონომიკური საქმიანობის განხორციელების მიზნით“. ვფიქრობ, მოცემული ფორმულირებით, საწარმოს გადაცემა განხილულია ზედმეტად ფართოდ და გულისხმობს საწარმოს ნებისმიერ გადაცემას სხვა დამსაქმებელზე, რაც, მათ შორის, ეკონომიკური საქმიანობის გადაცემასაც გულისხმობს, რა დროსაც, საწარმოს იგივეობა შენარჩუნებულია. ამ ჩანაწერში, პრობლემურია ტერმინ „მათ შორის“ გამოყენება. საწარმოთა სრული ან ნაწილობრივი გადაცემა დირექტივის და შკ-ის მიზნებისთვის უნდა განიმარტოს გარკვეულწილად ვიწროდ. კერძოდ, გამართლებული არ არის საწარმოს ან მისი ნაწილის ნებისმიერი გადაცემა სხვა დამსაქმებელზე საწარმოს გადაცემად ჩაითვალოს, არამედ ის უნდა გულისხმობდეს, მხოლოდ და მხოლოდ, ეკონომიკური დაწესებულების/ობიექტის გასხვისებას, რომელმაც შეინარჩუნა იდენტობა, რესურსების ორგანიზაციული ერთიანობა, რაც ეკონომიკური საქმიანობის განხორციელებას უზრუნველყოფს, მიუხედავად იმისა, საქმიანობა ძირითადია თუ დამხმარე. გარდა ამისა, ვფიქრობ, მეტი სიზუსტისთვის, უკეთესი იქნებოდა ცნების ნაწილშივე დაკონკრეტებულიყო შესაძლებელია თუ არა საწარმოს, ბიზნესის ან მათი ნაწილების გასხვისება სხვა დამსაქმებელზე გადაცემა განხორციელდეს შერწყმის გზით.

განსახილველი მუხლი ბ) და გ) ქვეპუნქტებში შემოთავაზებულია, საწარმოთა გადაცემის დროს, სუბიექტთა განმარტება და გამოყენებულია ტერმინები „გადამცემი“ და „მიმღები“ საწარმო, რომლებიც შესაძლოა იყოს ნებისმიერი ფიზიკური ან იურიდიული პირი, ანდა პირთა გაერთიანება, რომლებიც დაკარგავენ ან შეიძენენ დამსაქმებლის სტატუსს. მოცემული ჩანაწერიდან ბუნდოვანია დასახელებული „იურიდიული პირის“ ცნებაში შეიძლება მოვიაზროთ თუ არა საჯარო სამართლის იურიდიული პირი.

¹³² კერესელიძე, დ., ადგიშვილი, ლ., საქართველოს შრომის კოდექსის პროექტი და კონტინენტური ევროპის ქვეყნების შრომის სამართლის ზოგიერთი ძირითადი პრინციპი, ქართული სამართლის მიმოხილვა, №6/1, 2003, 10.

¹³³ Rainone, S., დასახ. ნაშომი, 31-ე სქ., 312.

მნიშვნელოვანია განვმარტოთ, რომ საჯარო სამართლის იურიდიული პირების შემთხვევაში საჯარო/ადმინისტრაციული ფუნქციების გადაცემაზე საწარმოთა გადაცემის მარეგულირებელი წესები არ გავრცელდება.

დასაქმებულთა დაცვისათვის ყველაზე მნიშვნელოვანი სამართლებრივი გარანტია, რომელიც შკ-ში აისახა არის ის, რომ დაუშვებლად ცხადდება საწარმოს გადამცემის ან საწარმოს მიმღების მიერ შრომითი ხელშეკრულების შეწყვეტა საწარმოს გადაცემის საფუძველით. თუმცა ეს დანაწესი არ ვრცელდება ყველა შემთხვევაზე, შესაბამისი წინაპირობების დაცვით, შრომითი ხელშეკრულება შეიძლება შეწყდეს ე.წ. ETO reasons-ის არსებობის შემთხვევაში, რომელიც გულისხმობს ეკონომიკური გარემოებების, ტექნოლოგიური ან ორგანიზაციული ცვლილებების არსებობას, რაც აუცილებელს ხდის სამუშაო ძალის შემცირებას. ამ ნაწილში შკ სრულ თანხვედრაშია დირექტივისა და ემს-ს სტანდარტებთან.

აქვე, ძალიან საინტერესო იყო როგორ გაანაწილებდა ქართველი კანონმდებელი, საწარმოთა სრული ან ნაწილობრივი გადაცემის პირობებში, წარმოშობილი ვალდებულებებისთვის საწარმოს გადამცემსა და მიმღებს შორის პასუხისმგებლობას. ერთი მხრივ, უნდა აღინიშნოს, რომ, ამ ნაწილში, დირექტივით სავალდებულო დათქმა არ კეთდება და ქვეყნებს მოქმედების თავისუფლება ენიჭება, შკ-ს 50 მუხლის მე-3 და მე-10 ნაწილებში ეს ასე აისახა - საწარმოს გადაცემის თარიღზე, მოქმედი შრომითი ურთიერთობიდან გამომდინარე, გადამცემი საწარმოს უფლებები და ვალდებულებები სრულად გადაეცემა მიმღებ საწარმოს, მეორე მხრივ, კი თუ სახეზე იქნება შრომითი ხელშეკრულების შეწყვეტა, პასუხისმგებლობა დაეკისრება მიმღებ საწარმოს, თუ შრომითი ხელშეკრულების შეწყვეტა მოხდება იმ საფუძველით, რომ საწარმოს გადაცემა მოიცავდეს დასაქმებულთა საზიანოდ შრომის პირობების ცვლილებას.

ძალიან მნიშვნელოვანი იყო გადამცემი საწარმოს მიერ მიღები საწარმოსათვის, შრომითი ურთიერთობიდან გამომდინარე, უფლებების ან ვალდებულებების შეუტყობინებასთან დაკავშირებით გარანტიები გაწერილიყო. განისაზღვრა, რომ შეუტყობინებლობის შემთხვევაშიც არ არის გამორიცხული ამ უფლებებისა თუ ვალდებულებების გადაცემა. ვფიქრობ, დაცვის ეს საშუალება დასაქმებულს დაეხმარება მისი უფლებების რეალიზებაში მაშინაც, თუ ასეთი შეტყობინება არ განხორციელდება, ეს გავლენას არ იქონიებს ნებისმიერი დასაქმებულის უფლებაზე საწარმოს გადამცემისა თუ მიმღების წინააღმდეგ.

შკ-ს 50-ე მუხლის მე-5 და მე-6 ნაწილები კოლექტიურ ხელშეკრულებას ეხება და განსაზღვრულია, რომ, კოლექტიური ხელშეკრულების ვადის ამოწურვამდე, მის ვადამდე შეწყვეტამდე, ან ახალი კოლექტიური ხელშეკრულების ძალაში შესვლამდე, მიმღები საწარმო ვალდებულია, შეასრულოს კოლექტიური ხელშეკრულებით გათვალისწინებული პირობები ისევე, როგორც ისინი ვრცელდებოდა საწარმოს გადამცემის მიმართ. კოლექტიური ხელშეკრულებებით განსაზღვრული პირობების დაცვის ვალდებულების გაწერა წინააღმდეგობის ნაბიჯია. საინტერესოა, რომ ქვეყნებს ჰქონდათ თავისუფლება, განესაზღვრათ ასეთი პირობების შეზღუდვის საკითხი, თუმცა ამ შეზღუდვის ვადა ერთ წელზე ნაკლები ვერ იქნებოდა. ქართული მოდელით, განსაზღვრულია, რომ წინამდებარე ვალდებულებები მოქმედებს საწარმოს გადაცემის თარიღიდან 1 წლის განმავლობაში.

დასაქმებულთა გაერთიანებისათვის საწარმოს გადაცემასთან დაკავშირებით ინფორმაციის შეტყობინება უმნიშვნელოვანესი ჩანაწერია. გადამცემი და მიმღები საწარმოები ვალდებულია დასაქმებულთა გაერთიანებას, რომელიც წარმოადგენს იმ დასაქმებულებს, შეატყობინოს საწარმოს გადაცემის თარიღი, საწარმოს გადაცემის მიზეზები, საწარმოს გადაცემის შედეგად დასაქმებულთა სამართლებრივი, ეკონომიკური და სოციალური შედეგები და ასევე აცნობოს იმ ნებისმიერი ღონისძიებების შესახებ,

რომელიც ხორციელდება დასაქმებულებთან მიმართებით. დასაქმებულთა გაერთიანების არ არსებობა ამ წესის განხორციელებას არ შეაფერხებს და, ასეთ შემთხვევაში, ინფორმაცია მიწოდება თავად დასაქმებულს ან მის წარმომადგენელს. კონკრეტულად რა დროში უნდა განხორციელდეს ასეთი შეტყობინება, დირექტივით განსაზღვრული არ არის, თუმცა ასეთად ვადად „გონივრული დრო“ მიიჩნევა, შკ-ში კი აღნიშნულია, რომ ამ ინფორმაციის მიწოდება გადამცემი საწარმოს მიერ საწარმოს გადაცემამდე 30 დღით ადრე უნდა განხორციელდეს. მიმღები საწარმოც ვალდებულია, ეს ინფორმაცია მიაწოდოს დასაქმებულთა გაერთიანებას გონივრულ ვადაში, თუმცა, არანაკლებ 30 დღით ადრე, სანამ საწარმოს გადაცემა გავლენას იქონიებს დასაქმებულთა შრომის პირობებზე. იგივე ვადები ვრცელდება, კონსულტაციების გაწევის შემთხვევებზეც დასაქმებულებთან დაკავშირებით, მისაღებ ზომებთან მიმართებით.

საწარმოთა გასხვისება შესაძლოა, განხორციელდეს გაკოტრების პროცედურების დროსაც, რა გზასაც, ბიზნესის შენარჩუნების მიზნით, შეიძლება, მიმართოს გადახდისუუნარო კომპანიამ, შკ-ში შესაბამისი ცვლილებები ამ საკითხსაც ეხება და იგი არ მოქმედებს გადახდისუუნარობის შესახებ საქართველოს კანონის ფარგლებში საწარმოს გადახდისუუნარობისას საწარმოს გადაცემის შემთხვევებზე.

შკ-ის მომზადებული ცვლილებათა პაკეტის ამ კონკრეტულ ნაწილში არაფერია მოცემული ახალი დამსაქმებლის/საწარმოს მიმღების ვალდებულებაზე, რომ დასაქმებულებს შეუნარჩუნოს დამატებითი სარგებელი (ასეთის არსებობის შემთხვევაში), რომელიც მათ ჰქონდათ წინა დამსაქმებლის დროს. თუ სარგებელი ვერ შენარჩუნდება, კომპენსაციის მიღების შესაძლებლობაზეც არაფერია ნათქვამი. ვფიქრობ, დასაქმებულისათვის, საწარმოს გადაცემის შემთხვევაში, სრულყოფილი დაცვის გარანტიების შეთავაზებისათვის, ამ საკითხის მოწესრიგებაც, კარგი იქნებოდა სპეციალური ნორმით.

შკ-ს შესაბამისი მუხლით არ განიმარტება, თუ რა შემთხვევაშია საწარმოს, ბიზნესის ან მისი ნაწილის გადაცემამდე და გადაცემის შემდეგ, განხორციელებული ეკონომიკური საქმიანობა მსგავსი, რაც რელევანტური ფაქტორია ეკონომიკური ობიექტის იდენტურობის შენარჩუნების დასადგენად. თუმცა ეს ასეც უნდა იყოს, ამის შეფასება არა კანონმდებლის, არამედ მოსამართლის პრეროგატივაა. სწორედ სასამართლო პრაქტიკის მიერ უნდა განიმარტოს მსგავსი საკითხები.

როგორც უკვე აღვნიშნე, დირექტივებს, ზოგადად და მათ შორის, ასოცირების შეთანხმებაში აღნიშნულ 2001/23/EC დირექტივას სავალდებულო და მბოჭავი ხასიათი აქვს საქართველოსათვის. ევროპული კავშირის შრომის სტანდარტებისა და ფუძემდებლური პრინციპების გაზიარება და შემდგომი აღსრულება აუცილებელია არა მხოლოდ იმიტომ, რომ, წინააღმდეგ შემთხვევაში, შესაძლოა ხელი შეეშალოს საქართველოს ევროპულ კავშირში ინტეგრაციას, არამედ, პირველ რიგში, იმიტომ რომ სახელმწიფოს პოზიტიური ვალდებულებაა, უზრუნველყოს დასაქმებულთა ღირსეული სამუშაოს პირობები და შრომითი უფლებები. ქართულ საკანონმდებლო ნორმებთან ევროპული სტანდარტების ჰარმონიზება საჭიროა ქვეყნის შემდგომი განვითარების უზრუნველსაყოფად, ასევე შრომითი ურთიერთობების მონაწილეთა დაცვისათვის. როგორც უკვე აღვნიშნეთ, განსაკუთრებით მნიშვნელოვანი და აუცილებელია კანონის აღსრულებისათვის საჭირო მექანიზმების დანერგვა და მათი ეფექტიანი ფუნქციონირების უზრუნველყოფა.

ეს გრძელვადიანი პროცესია და, საბოლოოდ, ხელს შეუწყობს საწარმოთა გასხვისების პროცესში დასაქმებულთათვის სამართლებრივი გარანტიების შექმნას, დაარეგულირებს შრომითი ბაზრის მოთხოვნებს დამსაქმებლების ინტერესების გათვალისწინებით.

VIII. ქართული სასამართლო პრაქტიკის ანალიზი - მიგნებები და პრობლემები

საქართველოში დაფიქსირებულა საწარმოთა გადაცემის რამდენიმე შემთხვევა, თუმცა იქიდან გამომდინარე, რომ აქამდე 2001/23/EC დირექტივის დებულებები ქართულ კანონმდებლობაში არ იყო ასახული და ამ პროცესში დასაქმებულთა უფლებების დაცვის ქმედითი საკანონმდებლო სტანდარტები არ არსებობდა, მრავალფეროვანი და ამ ნაწილში კარგად დასაბუთებული სასამართლო გადაწყვეტილებებიც არ გვქონია. რიგ შემთხვევებში, დასაქმებულთა ნაწილმა საკუთარი უფლებების დასაცავად სამართლებრივი დავაც წამოიწყო. საწარმოთა გადაცემის ფაქტის არსებობა უკვე მიუთითებს, რომ საკითხი სამართლებრივ მოწესრიგებას საჭიროებს და ამ პროცესში არსებობს დასაქმებულთა უფლებების დარღვევის რისკი. გარდა ამისა, საწარმოს ან ბიზნესის სრული ან ნაწილობრივ გასხვისებას დამსაქმებლები, ხშირად, იყენებენ დასაქმებულთა დათხოვნის საფუძვლად, რაც უკანონოა, ამიტომაც, დასაქმებულების შრომითი უფლებების დაცვის უზრუნველსაყოფად, საკანონმდებლო აქტებში დირექტივების დებულებების ასახვა თავიდანვე იყო დიდი მნიშვნელობის მატარებელი.

ბოლო წლებში საწარმოთა გადაცემის შემდეგ დასაქმებულთა გათავისუფლების ფაქტები არსებობს, როგორც ეს უკვე აღინიშნა, თუმცა სასამართლოს პრაქტიკა ამ მიმართულებით ძალიან მწირია. მაგალითად, საავადმყოფოთა ქსელის „ევექსის“ მიერ განხორციელდა კლინიკების შესყიდვა/შერწყმა, შედეგად გათავისუფლდა რამდენიმე თანამშრომელი (მაგალითად, შესყიდულ იქნა კლინიკა „ავანტე“, „იამვილის ბავშვთა კლინიკა“ - გათავისუფლდა 87 თანამშრომელი), „სილქნეტმა“ შეისყიდა „ჯეოსელი“, „საქართველოს ბანკმა“, - „ტაოპრივატ ბანკი“, „თი ბი სი“ ბანკის მიერ განხორციელდა „კონსტანტა ბანკის“ შესყიდვა. საწარმოთა გადაცემის ამ შემთხვევების სამართლებრივი შესწავლა, დასაქმებულთა უფლებების დაცვის თვალსაზრისით, არ განხორციელებულა, არც სამართლებრივი დავა წარმოებულა, ამიტომაც ამ შემთხვევებზე საუბარი რთულია. თუმცა შეგვიძლია, ვიმსჯელოთ მეტად მნიშვნელოვან - ე.წ. სს „რუსთავის აზოტის საქმეზე“,¹³⁴ რომელიც, ფაქტობრივად, ერთადერთია, რომელზეც საწარმოთა გადაცემის შემთხვევაზე მიღებულ იქნა გადაწყვეტილება.

ამ საქმის დეტალური მიმოხილვა, საქმის ფაქტობრივი გარემოებების ანალიზი და სასამართლოს გადაწყვეტილების შეფასება აუცილებელია, რათა უკეთ გავიაზროთ, საწარმოთა გასხვისების დროს, დასაქმებულთა უფლებების დაცვის მნიშვნელობა ქალთულ კონტექსტში, თუმცა ევროპული შრომის სტანდარტების მაგალითზე.

ამ დავაზე მოსარჩელე მხარეს წარმოადგენდნენ 56 სამსახურიდან გათავისუფლებული დასაქმებულები, რომლებიც მოპასუხეებისგან - სს „რუსთავის აზოტის“, შპს „რუსთავის აზოტისა“ და სს „ეუ ინვესთმენტისაგან“ - ითხოვდნენ სამსახურიდან გათავისუფლების შესახებ გადაწყვეტილებების ბათილად ცნობას, სამსახურში აღდგენას, იძულებითი განაცდურის ანაზღაურებას, პირგასამტეხლოს დაკისრებას. საქმე განხილულ იქნა საქალაქო და შემდგომ სააპელაციო სასამართლოებში და ორივე შემთხვევაში მოსარჩელეთა მოთხოვნა დაკმაყოფილდა.

მოსარჩელები 2015 წლიდან დასაქმებულები იყვნენ შპს „რუსთავის აზოტში“, საწარმოსთან მათ შრომითი ხელშეკრულება განუსაზღვრელი ვადით ჰქონდათ დადებული.

¹³⁴ რუსთავის საქალაქო სასამართლოს 2018 წლის 28 მარტის გადაწყვეტილება საქმეზე №2-542-17. ეს გადაწყვეტილება გასაჩივრდა სააპელაციო, ხოლო შემდგომ უზენაეს სასამართლოში. დავა სამივე ინსტანციაში სამსახურიდან გათავისუფლებული თანამშრომლების წარმატებით დასრულდა, რომელთაც საქართველოს პროფესიული კავშირების გაერთიანება წარმოადგენდა; მათ გადაწყვეტილების აღსრულების მოთხოვნით განცხადებით მიმართეს საქართველოს აღსრულების ეროვნულ ბიუროს. მასალა ხელმისაწვდომია ვებგვერდზე <<http://gtuc.ge/56-mosarchelis-saqme-rustavis-azotis-winaarmdeg-sabolood-dasrulda/>>.

2016 წელს შპს „რუსთავის აზოტის“ მთელი ქონება გასხვისდა და იგი შეიძინა სს „ეუ ინვესტიმენტსმა“, რომელმაც 2017 წლიდან საწარმო სამართავად გადასცა იჯარის ხელშეკრულების საფუძველზე სს „რუსთავის აზოტს“. მოპასუხებ სარჩელი არ ცნო და მიუთითა, რომ მოსარჩელები მათან შრომით ურთიერთობაში არ იმყოფებოდნენ, მათ უვადო შრომითი ხელშეკრულებები დადებული ჰქონდათ შპს „რუსთავის აზოტთან“, ხოლო სს „რუსთავის აზოტი“ და სს „ეუ ინვესტიმენტ“-ი არ წარმოადგენს შპს „რუსთავის აზოტის“ უფლებამონაცვლეს, არც სამართალმემკვიდრეს, შესაბამისად, მათ არც გადაწყვეტილებები მიუღიათ მოსარჩელებთან შრომითი ურთიერთობის შეწყვეტის თაობაზე და არც მათ სამსახურში აღდგენაზე არიან პასუხისმგებლები.

უპირველესად, საკითხი უნდა დავყოთ ორ ნაწილად: 1) განხორციელდა თუ არა საწარმოს გასხვისება/გადაცემა და 2) რამდენად კანონიერად შეიძლება, ჩაითვალოს დასაქმებულთა სამსახურიდან გათავისუფლება.

უნდა აღვნიშნოთ ის, რომ არც საქალაქო სასამართლო და არც სააპელაციო სასამართლო საკითხს არ წყვეტს უკვე განხილული სპეციალური ამ სფეროს მარეგულირებელ დირექტივაზე მითითებით, რაც, ბუნებრივია, რადგან ჯერ დირექტივი შესაბამისი დებულებები არ არის იმპლემენტირებული შესაბამის კანონმდებლობაში, თუმცა სასამართლოს მსჯელობა არაპირდაპირ, მაგრამ მაინც მიანიშნებს, რომ, საწარმოთა გასხვისების პროცესში, დასაქმებულებს აქვთ უფლებები და მესაკუთრის ცვლილება არ უნდა იწვევდეს მათ დათხოვნას.

ვფიქრობ, მოცემული შემთხვევა წარმოადგენს ტიპურ „საწარმოთა გასხვისების“ შემთხვევას, თუმცა ამ ფაქტის დასადგენად საჭიროა, განვიხილოთ მოცემულ შემთხვევაში სახეზე იყო თუ არა ე.წ. „სპაიკერსის საქმეზე“ დადგენილი კრიტერიუმები; თუმცა, როგორც უკვე აღვნიშნეთ, ეს მახასიათებლები საბოლოო შეფასებისთვის ერთ-ერთ განმსაზღვრელ კრიტერიუმებს წარმოადგეს და საწარმოთა იდენტობის განსაზღვრისათვის არ შეიძლება დამოუკიდებელი მნიშვნელობა მივანიჭოთ.

საწარმოთა გასხვისების პროცესის განმსაზღვრელი ელემენტი არის კანონით დადგენილი სამართლებრივი ფორმით სამეწარმეო და საქმიანობის განხორციელება; მოცემულ შემთხვევაში მოპასუხეები იყვნენ მეწარმეთა შესახებ საქართველოს კანონით განსაზღვრულ მეწარმე სუბიექტები, შესაბამისად, სახეზე გვაქონდა „სპაიკერსის ტესტის“ პირველი კრიტერიუმი - ეკონომიკური საქმიანობის სახე.

საწარმოთა გადაცემის ფაქტის დასადასტურებლად არსებითი მნიშვნელობა აქვს მატერიალური და არამატერიალური აქტივების გადაცემას; მოცემულ საქმეში კი იკვეთება, რომ სს „ეუ ინვესტიმენტსმა“ შპს „რუსთავის აზოტის“ კუთვნილი ქონება სრულად შეიძინა, მათ შორის, მთელი მატერიალური აქტივები - უძრავ-მოძრავი ქონება, საწარმოო დანადგარები და ასევე, არამატერიალური ქონებრივი სიკეთეც. შესაბამისად, სახეზეა „სპაიკერსის ტესტის“ მეორე და მესამე კრიტერიუმები.

ასევე, დაკმაყოფილებულია მეოთხე კრიტერიუმიც, კერძოდ, შპს „რუსთავის აზოტის“ თანამშრომელთა შტატის უმრავლესობა გადაეცა ახალ მესაკუთრეს. საწარმოს საქმიანობის ბუნებიდან გამომდინარე, სამომხმარებლო სეგმენტის გადაცემა არ შეიძლება ჩაითვალოს რელევანტურ მახასიათებლად, რადგან საწარმო პროდუქტის წარმოებაზე იყო ორიენტირებული.

დაკმაყოფილებულია კიდევ ერთი კრიტერიუმი - გადაცემამდე და მის შემდეგ განხორციელებული ეკონომიკური აქტივობების მსგავსება. იჯარის ხელშეკრულებაში, რომლითაც სს „რუსთავის აზოტს“ სამართავად გადაეცა საწარმო, აღნიშნული იყო, რომ იჯარის საგნის დანიშნულებაა ხელშეკრულების დადების მომენტისათვის საწარმოს შპს „რუსთავის აზოტის“ მიერ განხორციელებული საქმიანობის იდენტური საქმიანობისათვის გამოყენება.

სახეზეა ბოლო კრიტერიუმიც, კერძოდ, ის, რომ საწარმოო საქმიანობა უწყვეტად გაგრძელდა. იჯარის ხელშეკრულებების დადების მიზანიც ხომ იყო საწარმოო პროცესის უწყვეტობის და საწარმოს საქმიანობის პროფილის შენარჩუნება. ახალ მფლობელებს არ განუხორციელებია საწარმოში არსებული თანამდებობების ფუნქციური ან სტრუქტურული ცვლილებები.

სასამართლომ მიუთითა, რომ შრომითი ურთიერთობის მიზნებიდან გამომდინარე, საწარმოს შემძენი ან საწარმოს მმართველი მეწარმე სუბიექტი წარმოადგენს წინა დამსაქმებლის უფლებამონაცვლეს, რაც თავად შკ-ის მე-6 მუხლის 1⁵ პუნქტიდან გამომდინარეობს. „საწარმოს რეორგანიზაცია უფლებამონაცვლეობის წარმოშობის საფუძველია, რაც გულისხმობს რეორგანიზაციამდე წარმოშობილი უფლებებისა და მოვალეობების გადასვლას რეორგანიზაციის შედეგად შექმნილ საწარმოზე. შკ-ის მე-6 მუხლის 1⁵ პუნქტით, შრომითი ურთიერთობის მიზნებიდან გამომდინარე, საწარმოს რეორგანიზაციის ტოლფას ფაქტად არის შეფასებული საწარმოს აქტივების საკუთრებაში ან სარგებლობაში გადაცემა“. სასამართლომ სს „რუსთავის აზოტი“ ჩათვალა წინა დამსაქმებლის უფლებამონაცვლედ.

აქ შესაძლოა, ერთი პრობლემა წამოიჭრას: როგორც უკვე აღვნიშნეთ, სახეზეა საწარმოთა გადაცემის შემთხვევა, რისი გათვალისწინებითაც სს „რუსთავის აზოტი“ წარმოადგენს საწარმოს მიმღებს, რომელიც შესაძლოა, არსებითად განსხვავებული იყოს ვიდრე უფლებამონაცვლე. „უფლებამონაცვლეობა ნიშნავს, წინამორმედი პირის უფლებებისა და მოვალეობების სრული მოცულობით გადაცემას, რის შედეგად უფლებამონაცვლე კრედიტორების წინაშე პასუხს აგებს ისე, როგორც მისი წინამორმედი პირი.“ დირექტივის მიხედვით კი, საწარმოს გამსხვისებელიც და მიმღებიც პასუხისმგებლები არიან როგორც ცალ-ცალკე, ასევე ერთობლივად, ყოველგვარი შეზღუდვის გარეშე, ყველა ვალდებულებისათვის, რომელიც გამომდინარეობს გადაცემული შრომითი ურთიერთობიდან და წარმოშობილია საწარმოს გადაცემის დროისათვის.

მოცემული გადაწყვეტილების ანალიზი საფუძველს გვაძლევს ვიფიქროთ, რომ სასამართლომ სწორად შეაფასა აღნიშნული გარემოებები, მიუთითა, მაგალითად, აქტივების გადაცემაზე, საწარმოს მიერ საქმიანობის უწყვეტად გაგრძელებაზე და ამ საქმიანობების იდენტურობაზე, თუმცა უნდა გვესმოდეს, რომ ეს არის საწარმოთა გასხვისების შემთხვევა, ამ ფაქტის დადასტურებას კი არსებითი მნიშვნელობა აქვს საწარმოს გამსხვისებლისა და მიმღების უფლება-მოვალეობების განსაზღვრისას.

რაც შეეხება მეორე საკითხს - შრომითი ურთიერთობის შეწყვეტის მართლზომიერების შეფასებას, სასამართლომ მიუთითა, რომ უნდა დადგენილიყო ორი გარემოება: 1) მოსარჩელების მხრიდან, შკ-ით გათვალისწინებული, კონკრეტულად რომელი ნორმების დარღვევას ჰქონდა ადგილი; 2) ჩადენილი დარღვევის ადეკვატური ზომა იყო თუ არა შრომის ხელშეკრულების შეწყვეტა. სასამართლომ, შრომის უფლების განმარტებასთან დაკავშირებით, სხვადასხვა საერთაშორისო ნორმასთან ერთად, მიუთითა შრომის საერთაშორისო ორგანიზაციის მიერ 1982 წელს მიღებულ N158 კონვენციაზე¹³⁵ შრომითი ურთიერთობის შეწყვეტის შესახებ და გამოიყენა „გონივრული საფუძვლის“ პრინციპი, რომლის მიხედვითაც, დაუშვებელია დასაქმებულთან შრომითი ურთიერთობების შეწყვეტა, თუ არ არსებობს შეწყვეტის ასეთი კანონიერი მიზეზი, რომელიც დაკავშირებულია დასაქმებულის უნართან ან ქცევასთან, ან რომელიც ეფუძნება საწარმოს, დაწესებულების ან სამსახურის საოპერაციო მოთხოვნებს.

¹³⁵ ტექსტი ხელმისაწვდომია ვებგვერდზე <https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C158>.

სასამართლომ მიუთითა საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის¹³⁶ (სკ) 54-ე მუხლზე და აღნიშნა, რომ მოსარჩელებთან შრომითი ურთიერთობის შეწყვეტის შესახებ ბრძანება ბათილია, რადგან, ამ ნორმის თანახმად, ბათილია გარიგება, რომელიც არღვევს კანონით დადგენილ წესსა და აკრძალავს, ეწინააღმდეგება საჯარო წესრიგს ან ზნეობის ნორმებს. მან აგრეთვე, მიუთითა უფლებათა კეთილსინდისიერად განხორციელების პრინციპზე, რაც შრომით ურთიერთობაში გულისხმობს სამართლიან მოპყრობას დასაქმებულის ინტერესებისადმი. სასამართლომ დასაქმებულთა სამსახურიდან გათავისუფლების გადაწყვეტილების ბათილად აღიარება მხოლოდ სს „რუსთავის აზოტს“ დააკისრა. იმისათვის, რომ შევაფასოთ, ვინ არის პასუხისმგებელი დასაქმებულთა გათავისუფლებაზე, უნდა ვიმსჯელოთ შემდეგზე: ვის ჰქონდა მოსარჩელეთა დათხოვნის შესახებ გადაწყვეტილების მიღების უფლებამოსილება, როდის განხორციელდა გათავისუფლება - საწარმოს გასხვისებამდე, თუ გასხვისების შემდეგ. საქმიდან ვარკვევთ, რომ, შრომითი ურთიერთობის შეწყვეტის დროს, სს „ეუ ინვესთმენტსი“ წარმოადგენდა საწარმოს ქონების მესაკუთრეს, თუმცა მხოლოდ ეს ფაქტი არ მიუთითებს მასსა და სს „რუსთავის აზოტს“ შორის აღნიშნული პასუხისმგებლობის განაწილების აუცილებლობაზე. პირიქით, სს „ეუ ინვესთმენტსი“ საწარმოს ქონების და საწარმოს პროცესების მართვაში არ მონაწილეობდა და მას არ მიუღია გადაწყვეტილებები მოსარჩელეთა გათავისუფლების თაობაზე, რაც შეეხება შპს „რუსთავის აზოტს“, მას, ამ დროისთვის, უკვე შეწყვეტილი ჰქონდა იჯარის ხელშეკრულება და აღარ მონაწილეობდა საწარმოს მართვაში. ამის გათვალისწინებით, სამართლიანია, სწორედ სს „რუსთავის აზოტის“ წინააღმდეგ გაკეთებულიყო მოთხოვნა დასაქმებულთა გათავისუფლების შესახებ გადაწყვეტილების ბათილად ცნობა.

საქმის გარემოებებიდან, ასევე იკვეთებოდა ის ფაქტი, რომ დასაქმებულებს არ შეატყობინეს გათავისუფლების საფუძველი. სასამართლომ გადაწყვეტილებაში დეტალურად არ იმსჯელა შეტყობინების მნიშვნელობაზე. აქაც კარგად ჩანს, თუ რამდენად მნიშვნელოვანია დირექტივის დებულებების ასახვა კანონმდებლობაში დასაქმებულთა დაცვის მიზნით. როგორც უკვე აღვნიშნეთ, საწარმოს გასხვისების დროს, როგორც გამსხვისებელს, ასევე, მიმღებს აქვთ ინფორმაციის მიწოდებასთან დაკავშირებით გარკვეული ვალდებულებები. ამ შემთხვევაში მსჯელობის საგანი უნდა ყოფილიყო ისიც, ჰქონდა თუ არა თავდაპირველ დამსაქმებელს - შპს „რუსთავის აზოტს“ და ასევე, სს „ეუ ინვესთმენტსი“ დასაქმებულთა ინფორმირების ვალდებულება. ცალსახაა, რომ როდესაც საწარმოთა გასხვისების შემთხვევასთან გვაქვს საქმე, გამსხვისებელმა დასაქმებულებს და მათ წარმომადგენლობას, ასეთის არსებობის შემთხვევაში, გონივრულ ვადაში უნდა მიაწოდონ ინფორმაცია გასხვისების შესახებ და ასევე მათთვის მოსალოდნელ უარყოფით შედეგებთან დაკავშირებით. ამ საკითხზე სასამართლო გადაწყვეტილებაში ყურადღება გამახვილებული არ არის, თუმცა ამ პროცესში ეს საკითხი არსებითად უნდა ჩაითვალოს. მიუხედავად იმისა, რომ სასამართლომ სასარჩელო მოთხოვნა სს „რუსთავის აზოტის“ მიმართ ყველა ნაწილში დააკმაყოფილა, გადაწყვეტილებაში, ასევე მიუთითა შემდეგი: „საწარმოს შემდგომი მეწარმე სუბიექტია და უფლებამოსილია, გაატაროს [საკუთარი] სამეწარმეო საქმიანობის ეფექტიანობის გაუმჯობესებისათვის საჭირო ღონისძიებები, რაც შეიძლება მოიცავდეს, ასევე საწარმოს სამტატო რეორგანიზაციას, დასაქმებულთა რიცხოვნობის შემცირებას ან დასაქმებულთა ფუნქციურ ცვლილებებს.“ მიუხედავად ამის, საწარმოთა გადაცემის შემთხვევაზე ამ მსჯელობას ვერ განვაზოგადებთ. სამეწარმეო საქმიანობის გაუმჯობესება მეწარმე სუბიექტს არ ეზღუდება, თუმცა დასაქმებულთა რიცხოვნობის შემცირება მას არ შეუძლია მხოლოდ იმ ფაქტის გამო, რომ საწარმო გასხვისდა. ეს მეტად მნიშვნელოვანი

¹³⁶ 1997 წლის №786 კანონი. ტექსტი ხელმისაწვდომია ვებგვერდზე <<https://matsne.gov.ge/document/view/31702?publication=111>>.

ასპექტია. სწორედ ეს იცავს დასაქმებულებს მესაკუთრის ცვლილების დროს და გარანტირებულს ხდის მათ შრომით უფლებებს. ერთადერთი გამონაკლისია, სწორედ, ორგანიზაციული, ეკონომიკური და ტექნოლოგიური ცვლილებები, რომელთა შედეგად შეიძლება, საჭირო გახდეს სამუშაო ძალის შემცირება.

ამრიგად, ამ ეტაპზე მოცემული საქმე ერთადერთია, რომელიც სასამართლომ განიხილა ამ საკითხზე, თუმცა, საწარმოთა გასხვისების შედეგად, დასაქმებულთა უფლებების დარღვევის შემთხვევები აქამდეც დაფიქსირებულა. როგორც უკვე აღვნიშნე, „ევექსის“ მიერ კლინიკების შესყიდვას შედეგად თანამშრომელთა გათავისუფლება მოჰყვა; გათავისუფლების მიზეზად ორგანიზაციული ცვლილებები სახელდებოდა. თითოეული გარემოება შესწავლას საჭიროებს, მათ შორის, განხორციელდა თუ არა დასაქმებულთა შეტყობინება, ნამდვილად სახეზე იყო თუ არა საწარმოთა გადაცემის შემთხვევა, გათავისუფლების მიზეზი ორგანიზაციული ცვლილებები იყო თუ, მხოლოდ „გადაცემის ფაქტი“. ამიტომაც, ამ პროცესებში სასამართლოს როლი განუზომლად დიდია. მწირი სასამართლო პრაქტიკა სულაც არ ნიშნავს იმას, რომ ასეთი შემთხვევები საქართველოში არ ხდება ან, რომ მესაკუთრის ცვლილებას არასდროს მოჰყოლია დასაქმებულთა დათხოვნა; ეს მიუთითებს, რომ ამ საკითხის საკანონმდებლო დონეზე მოწესრიგებით გაჩნდება უფრო მაღალი დაცვის გარანტია შრომით უფლებებში დასაქმებულების სასარგებლოდ. იმისათვის, რომ უზრუნველვყოთ მესაკუთრის ცვლილების დროს დასაქმებულებისათვის საკუთარი შრომითი გარანტიების შენარჩუნება, აუცილებელია, გავიზიაროთ ევროპული პრაქტიკა, ემს-ს მიდგომები. ჩვენ უკვე გვაქვს საერთაშორისო სამართლებრივი ვალდებულება, რომელიც ასოცირების შეთანხმებით მოგვენიჭა, სწორედ ამიტომ „საკმარისი საფუძველია იმისთვის, რომ სასამართლოების მიერ *acquis communautaire*-ის რეცეფციის საფუძველზე განახლებული კანონმდებლობა პირველწყაროთა ჭრილში განიმარტოს და ამით ხელი შეეწყოს საქართველოს მიერ ნაკისრი საერთაშორისო ვალდებულებების შესრულებისა და თანმიმდევრული ევროინტეგრაციის პროცესს“¹³⁷.

ქართულმა სასამართლომ, თავის მხრივ, ხელი უნდა შეუწყოს ნაკისრი საერთაშორისო ვალდებულებების შესრულებას, უფრო სრულყოფილი შეფასება მისცეს საწარმოთა გასხვისების პროცესში დასაქმებულთა დაცვის მნიშვნელობას, მეტად გაამახვილოს ყურადღება ამ ურთიერთობაში „სუსტი მხარის“ უფლებებზე და, ამავე დროს, გაითვალისწინოს დამსაქმებლის (გამსხვისებლის და მიმღების) ვალდებულებები. ეს კი, მეორე მხრივ, ხელს შეუწყობს შრომითი უფლებების მაღალი სტანდარტით დაცვას.

დასკვნა

თანამედროვე საზოგადოებისა და თავისუფალი მეწარმეობის განვითარების პირობებში დასაქმების თითქმის ყველა სფეროში შეინიშნება ცვლილებები, გაჩნდა შრომის ბაზრის ახალი მოთხოვნები, საწარმოები ახორციელებს სტრუქტურულ რეორგანიზაციას, ახდენს მოდერნიზაციას, განახლებას, რასაც, ხშირად თან ახლავს დასაქმებული პირების დათხოვნა, ახალი კადრების მოზიდვა და სხვ. ამ პროცესების ფონზე კი, განსაკუთრებული დატვირთვა შეიძინა შრომითი უფლებების დაცვამ, რომლებიც მჭიდრო კავშირშია როგორც ადამიანის სხვა უფლებების რეალიზებასთან, ასევე სახელწიფოს ეკონომიკურ და სავაჭრო პოლიტიკასთან. ევროპულმა სახელმწიფოებმა, საწარმოებში განხორციელებული ცვლილებების დროს, დასაქმებულთა დაცვის მიზნით შეიმუშავა სპეციალური რეგულაციები, რომლებიც დასაქმებულებს, საწარმოთა მესაკუთრის ცვლილების დროს, მთელ რიგ სამართლებრივ გარანტიებს ანიჭებს.

¹³⁷ მაისურაძე, დ., *სულხანაშვილი, ე., ვაშაკიძე, გ.*, დასახ. ნაშრომი, მე-11 სქ., 27.

წინამდებარე ნაშრომში შესწავლილია, საწარმოებისა და ბიზნესის სრული ან ნაწილობრივ გასხვისების დროს, დასაქმებულის, შრომით ურთიერთობებში „სუსტი მხარის“, სამართლებრივი მდგომარეობა, ევროპული კავშირის 2001/23/EC დირექტივით გათვალისწინებული უფლებები, ძველი და ახალი დამსაქმებლების ვალდებულებები.

ნაშრომში შრომითი უფლებების დაცვა განხილულია ევროინტეგრაციის საერთო პოლიტიკის შემადგენელ ნაწილად. ამ კონტექსტში განსაკუთრებული ყურადღებაა გამახვილებული ასოცირების შეთანხმებაზე, რომლის დანართითაც განისაზღვრა შესაბამისი დებულებების ეროვნულ კანონმდებლობაში იმპლემენტაცია. ევროპული კავშირის შრომის სამართლის თაობაზე დირექტივებს უკვე მიენიჭა დიდი მნიშვნელობა, ამაზე მეტყველებს, უპირველესად, ის, რომ მთელი რიგი დირექტივებისა ქართულ კანონმდებლობაში უნდა მოხდეს. „საქართველომ უნდა მოახდინოს, ასოცირების შეთანხმებით, გათვალისწინებული შესაბამისი აქტების შიდა კანონმდებლობაში ტრანსფორმაცია, რის შემდეგაც ისინი ეროვნული კანონმდებლობის ინტეგრირებული ნაწილი გახდება“¹³⁸. ევროპული კავშირის მოთხოვნა საქართველოსადმი შრომის სფეროში მინიმალური სტანდარტების დადგენაა, თუმცა ნაშრომში, ასევე აღინიშნა, რომ ქვეყნებს შეუძლია, თავად, განსაზღვრონ შექმნიან თუ არა უფრო მეტი დაცვის გარანტიას შესაბამისი სუბიექტებისთვის. საქართველოში, სამწუხაროდ, ევროპული კავშირის ნორმების იმპლემენტაცია, მუდმივად მეწარმეზე, ბიზნეს სექტორზე ზემოქმედების ინსტრუმენტად განიხილება. მიუხედავად სოციალური პარტნიორობის სამმხრივი კომისიის შექმნისა და სახელმწიფოს მხრიდან ბოლო პერიოდში განხორციელებული პოზიტიური ნაბიჯებისა, დამსაქმებელთა დიდი ნაწილი ამ ცვლილებებს აფასებს, როგორც „ახალი საფრთხეს“, ზედმეტ ხარჯს, რაც, ცხადია, არ უნდა ჩაითვალოს გონივრულად. პირიქით, საერთაშორისო ნორმების კანონმდებლობაში ასახვის მიზანი, უპირველესად, შრომის ბაზარზე არსებული პრობლემების მოგვარებაა, მათ შორის, დამსაქმებლისა და დასაქმებულების კანონიერი ინტერესების ბალანსის გზით, რასაც, საბოლოოდ მოჰყვება არა მხოლოდ ქვეყნის სოციალური, არამედ ეკონომიკური პოლიტიკის გაუმჯობესება.

ნაშრომში ხაზი გაესვა ასევე ევროპული სოციალური ქარტიის ნორმების შესასრულებლად სავალდებულოობას, თუმცა აღინიშნა, რომ მიზანშეწონილია, საქართველომ არაღიარებული პუნქტების აღიარების პოლიტიკას გადახედოს, რადგან ეს დებულებები საქართველოსთვის უკვე ისედაც ხდება სავალდებულო.

ნაშრომში ხაზგასმითაა აღნიშნული, რომ, საწარმოთა და ბიზნესის სრული ან ნაწილობრივი გასხვისების დროს, დასაქმებულთა უფლებების დაცვა ევროპული კანონმდებლობისათვის პრიორიტეტს წარმოადგენს.

დიდი ყურადღება დაეთმო ემს-ს პრაქტიკას და კონკრეტულ განმარტებებს. ამასთანავე, განხილულ იქნა საქართველოს სასამართლოების მიერ მიღებული კონკრეტული გადაწყვეტილებები, თუმცა, განსაკუთრებით უნდა აღინიშნოს, ამ თემაზე არსებული ერთადერთი საქმე - ე.წ „რუსთავის აზოტის“ საქმე. შედეგად, უნდა დავასკვნათ, რომ აუცილებელია, სასამართლოს გადაწყვეტილებებში უფრო ხშირად იქნას გამოყენებული ევროპული დოქტრინა და საწარმოთა და ბიზნესის სრული ან ნაწილობრივ გასხვისებასთან დაკავშირებით ემს-ის გადაწყვეტილებები, რომლებიც დეტალურად განმარტავს 2001/23/EC დირექტივის ცალკეულ ნორმებს, ასაბუთებს, რა შემთხვევებში გვაქვს საქმე საწარმოთა გასხვისების შემთხვევებთან, რა კრიტერიუმები უნდა იყოს ამ დროს სახეზე, როდის უნდა მიეწოდოს დასაქმებულებს ინფორმაცია, როდის და რა ფორმით უნდა მოხდეს მათ წარმომადგენლებთან კონსულტირება, როგორ შეიძლება, განაწილდეს ძველი და ახალი მესაკუთრის პასუხისმგებლობები და სხვ.

¹³⁸ სამხარაძე, ი., სამართლებრივ სისტემათა ჰარმონიზაცია: ევროკავშირი და საქართველო, სამართლის ჟურნალი, №1 2015, 325.

ნაშრომში აღინიშნა, რომ ევროპულ კანონმდებლობასთან დაახლოების პოლიტიკა სამოსამართლო პრაქტიკის, კიდევ უფრო, დახვეწას გულისხმობს, თუმცა „მნიშვნელოვანია, ევროპული სტანდარტი ზედმიწევნით იქნეს შენარჩუნებული განმარტების და ნორმათა გამოყენების პროცესში“.¹³⁹ დაწესებული დებულებების აღსრულებისათვის, განსაკუთრებით მნიშვნელოვანი იქნება დირექტივის შესაბამისი ნორმების ემს-ის პრაქტიკის კონტექსტში განმარტება.

ნაშრომში მოყვანილი ფაქტებისა და მსჯელობის შედეგად, ასევე ვასკვნიტ, რომ, საწარმოთა ან ბიზნესის სრული ან ნაწილობრივი გასხვისების შემთხვევაში, პირი, რომელიც ითვლება საწარმოს/ბიზნესის მიმღებად უფლებებთან ერთად იღებს ყველა ვალდებულებას, რომელიც თავდაპირველ დამსაქმებელს - გამსხვისებელს ეკისრებოდა შრომითი ხელშეკრულებიდან ან შრომითი ურთიერთობიდან გამომდინარე.

ნაშრომში გაანალიზებულია დასაქმებულთა კონკრეტული უფლებები საწარმოთა გასხვისებისას, მათ შორის კონსულტირებისა და ინფორმირების უფლებები, კერძოდ, საწარმოს ან ბიზნესის სრულ ან ნაწილობრივ გასხვისებამდე, შესაბამის დასაქმებულებს ან მათ წარმომადგენლებს უნდა მიეწოდოთ ინფორმაცია, მათ შორის გასხვისების მიზეზის, თარიღის, მოსალოდნელი ეკონომიკური და სოციალური შედეგების და განსახორციელებელი ზომების შესახებ. ასევე, საუბარია შრომითი ხელშეკრულების პირობების ცვლილებაზე და განმარტებულია, რომ თუ, საწარმოთა გასხვისებით, სამუშაო პირობები უარესდება და ამის გამო შრომითი ხელშეკრულება წყდება, დამსაქმებელს უნდა დაეკისროს პასუხისმგებლობა.

ნაშრომში ხაზი გაესვა, რომ საწარმოთა გასხვისების გამო დასაქმებულთან შრომითი ურთიერთობების შეწყვეტა სამართლებრივ საფუძველს მოკლებულია. გათავისუფლების საფუძველი აუცილებელია, რომ იყოს ლეგიტიმური, კანონის მიზნებთან შესაბამისი, აუცილებელი, დასაქმებულ პირებს უნდა ჰქონდეთ შესაძლებლობა, ისარგებლონ მათთვის მინიჭებული ყველა უფლებით. იმ შემთხვევაში, თუ კი სახეზე არ არის ეკონომიკური, ტექნოლოგიური და ორგანიზაციული მიზეზები, დასაქმებულს შრომით ურთიერთობაში ყოფნის მართლზომიერი უფლება აქვს. ჩამოთვლილი მიზეზების დეტალური განმარტებისათვის ნაშრომში მოყვანილია ქართული სასამართლოების რამდენიმე განსაკუთრებით მნიშვნელოვანი გადაწყვეტილება, რომელიც მხედველობაში უნდა იქნას მიღებული. ერთმნიშვნელოვნად მისასალმებელია შკ-ში საწარმოთა გადაცემის მომწესრიგებელი ცალკე მუხლის დამატება. ამ სამართლებრივი ინსტიტუტის საკანონმდებლო დონეზე მოწესრიგება უზრუნველყოფს, რომ დამსაქმებელმა საწარმოთა გასხვისება არ გამოიყენოს დასაქმებულების გათავისუფლების საფუძველად, ანუ გათავისუფლების კანონიერების დასადასტურებლად სახეზე უნდა იყოს საწარმოს თუ მისი სერვისის საჭიროების რეალური მიზეზები. უკვე არსებული სასამართლო პრაქტიკის ანალიზიდანაც ნათელია, რომ ზოგიერთ შემთხვევაში დამსაქმებელი ქმნის გარემოებებს, თითქოს საწარმოს რეორგანიზაციის განხორციელება აუცილებელია და ამ მიზეზით დასაქმებულებთან წყვეტს ხელშეკრულებას ან შრომით ურთიერთობას. საწარმოთა გასხვისებაც შეიძლება, გამოყენებულ იქნას იგივე მიზეზებისთვის; სწორედ ამიტომ ზუსტად უნდა განისაზღვროს შრომითი ურთიერთობის მონაწილე მხარეთა უფლება-მოვალეობები.

წინამდებარე ნაშრომში შედარებისთვის განხილულია გერმანული მიდგომა და შესაბამისი საკანონმდებლო მოწესრიგება, რომელიც წარმოაჩენს ერთი ქვეყნის მაგალითს, თუ რა ფორმით და როგორ არის საწარმოთა გასხვისების სამართლებრივი ინსტიტუტი მოცემული კანონმდებლობაში, რომელიც საქართველოსათვის შესაძლოა, სასარგებლო აღმოჩნდეს.

¹³⁹ მისურადე, დ., სულხანაშვილი, ე., ვაშაკიძე, გ., დასახ. ნაშრომი, მე-11 სქ., 16.

არსებული საკანონმდებლო სივრცე, მიუხედავად დეკლარირებული ნებისა, რომ დაცული იყოს დასაქმებულთა შრომითი უფლებები, ჯერ კიდევ ვერ აღწევს მიზანს, რადგან შრომითი უფლებების აღსრულების სერიოზული პრობლემა არსებობს. მნიშვნელოვანი იქნება საწარმოთა გადაცემის მომწესრიგებელი დებულებებს მხოლოდ ფორმალური ხასიათი არ ჰქონდეს და, საწარმოს გადამცემისა და მიმღების მიერ საწარმოს გადაცემის შემთხვევაში, სრულყოფილად შესრულდეს, მათ შორის, შრომითი ხელშეკრულების შეწყვეტის, ინფორმირებისა და კონსულტაციის ვალდებულებები.

საქართველოს ახალი კონსტიტუციით განისაზღვრა, რომ კონსტიტუციურმა ორგანოებმა თავიანთი უფლებამოსილების ფარგლებში მიიღონ ყველა ზომა ევროპის კავშირსა და ჩრდილოატლანტიკური ხელშეკრულების ორგანიზაციაში საქართველოს სრული ინტეგრაციის უზრუნველსაყოფად.¹⁴⁰ მოცემული კონსტიტუციური ჩანაწერი კიდევ ერთი ნათელი დადასტურებაა, რომ ქვეყნისთვის ევროინტეგრაცია პრიორიტეტს წარმოადგენს. სწორედ ამიტომ ასოცირების შეთანხმების მიზნები და ამოცანები სახელმწიფოს პოლიტიკის დონეზე უნდა იქნას გააზრებული, ევროპული შრომის სტანდარტების გაზიარება და აღსრულება კი ხელს შეუწყობს ქვეყანაში ღირსეული სამუშაო პირობების შექმნას და გააუმჯობესებს დასაქმებულთა მდგომარეობას.

ყოველივე წარმოდგენილიდან გამომდინარე, შეიძლება შეჯამდეს სახელმწიფოს ვალდებულებები:

- საქართველოს კანონმდებლობაში ევროპული სტანდარტების დანერგვა აუცილებელია, თუმცა აღნიშნული უნდა განხორციელდეს ეტაპობრივად, ნორმების მიზნების გათვალისწინებით, თანმიმდევრულად;
- სახელმწიფომ უნდა უზრუნველყოს ხელსაყრელი მექანიზმის შექმნა დასაქმებულისა და დამსაქმებლის კანონიერ ინტერესებს შორის სამართლიანი ბალანსის მისაღწევად, ამ პროცესის სოციალური დიალოგის რეჟიმში წარმართვას დიდი მნიშვნელობა ენიჭება.;
- სახელმწიფომ უნდა გადადგას მთელი რიგი პოზიტიური ნაბიჯები, რომ დასაქმებულებმა ისარგებლონ მინიჭებული უფლებებით - უკანონოდ არ გათავისუფლდნენ სამსახურიდან, შესაბამისი წესითა და ფორმით მიენიჭოთ ინფორმაცია და გაეწიოთ კონსულტაცია;
- ზემოაღნიშნული მსჯელობის, კრიტიკული ანალიზის, შედარებითსამართლებრივი ანალიზის საფუძველზე შეიძლება ითქვას, რომ საწარმოთა გადაცემის დროს შრომითი ურთიერთობების სათანადო მოწესრიგება, სასამართლო პრაქტიკის განვითარება, მათ შორის, ემს-ის გადაწყვეტილებებზე აქტიური მითითება საქართველოს ევროპული გზის მნიშვნელოვანი ნაწილია.

ბიბლიოგრაფია

1. *Bejan, F.*, The European Law regarding the Impact of Merger on Employees' Rights, Romanian Journal of European Affairs, Vol. 13, No. 2, 2013;
2. *Buggy, P.*, Transfer of Undertakings Law: Back to Confusion, Northern Ireland Legal Quarterly, Vol. 52, No. 1, 2001;
3. *Collins, H.*, Dismissals on Transfer of a Business, Indus. L. J. 15, 1986;
4. *Colucci, M.*, Legal Regulation of Disclosure of Information to Employees or Prospective Employees in the European Union and in Italy, Comparative Labor Law & Policy Journal, 2001;

¹⁴⁰ საქართველოს კონსტიტუციის 78-ე მუხლი.

5. *Davies, P.*, Transfers of Undertakings - Preliminary Remarks, *Sciara, S.* (ed.), Labour Law in the Courts, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2011;
6. *Eylert, M., Schinz, R.*, Collective Agreements in Case of Transfer of Undertaking, XXII Meeting of European Labour Court Judges, National Reports, Dublin, 2014;
7. *Gottlieb, C.*, EU Directive on Transfers of Undertakings, Cleary Gottlieb Steen & Hamilton LLP, 2018;
8. *Herz, E.*, The Protection of Employees on the Termination of Contracts of Employment, International Labour Review, 69, 1954;
9. *Ius Laboris* – Transfer of Undertakings Guide, A *Ius laboris* publication, 2009.
10. *Kristinsdóttir, H.*, The Safeguarding of Employees' Rights Arising from Collective Agreements in the Event of Transfers of Undertakings - Balancing the Tension between Employees' and Employers' Interests, Lund University Faculty of Law, 2014;
11. *Lamponen, H.*, The Principle on Employee Protection in a Merger and a Transfer of an Undertaking, Helsinki University Print, Helsinki, 2008;
12. *Laulom, S.*, The European Court of Justice in the Dialogue on Transfers of Undertakings: A Fallible Interlocutor?, *Sciara, S.* (ed.), Labour Law in the Courts, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2011;
13. *O'leary, S.*, Employment Law at the European Court of Justice Judicial Structures, Policies and Processes - Employment Protection: Struggling with Acquired Rights, Hart Publishing, Oxford, Portland, Oregon, 2002;
14. R198 - Employment Relationship Recommendation, 2006 (No. 198) Recommendation concerning the employment relationship. <https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312535>;
15. *Rainone, S.*, Labour Rights in the Making of the EU and in the CJEU Case Law: A Case Study on the Transfer of Undertakings Directive, The Author(s), Lab. L. J. Vol. 9(3) 299–325, 2018;
16. *Richardi, R.*, Worker Participation in Decisions within Undertakings in the Federal Republic of Germany, 5 Comp. Lab. L., 23, 1982;
17. *Valdés Dal-Ré, F.*, Transfers of Undertakings: An Experience of Clashes and Harmonies between Community Law and National Legal Systems, *Sciara, S.* (ed.), Labour Law in the Courts, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2011;
18. *Whitelaw, R. J.*, Duties to Employees Affected by a Transfer of the Enterprise: United States, Europe and Japan, Comp. Lab. L. J., 9, 1988;
19. *Zahn, R.*, The Court of Justice of the European Union and Transfers of Undertakings, 6 Eur. Lab. L. J. 72, 2015;
20. *Zahorka, H.*, European Fundamental Standards – A Challenge for Georgian Lawyers from the View of the European Union, Law and the World, No. 3, Dani, 2015;
21. ევროკავშირსა და საქართველოს შორის ურთიერთობების გაღრმავება, მეორე გამოცემა, *ემერსონი, მ., კოვზირიძე, თ.* რედ., CEPS, ბრიუსელი, თბილისი, 2018;
22. ევროკომისია, დასაქმების, სოციალურ საკითხთა და ჩართულობის გენერალური დირექტორატი, შრომის კანონმდებლობისა და დასაქმების პირობები. სოციალური ევროპის გზამკვლევი, მე-6 გამოცემა, 2014 წლის თებერვალი;
23. *ეიდე, ა., კრაუზე, კ., როსა, ა.*, ეკონომიკური, სოციალური და კულტურული უფლებების სახელმძღვანელო, მეორე განახლებული გამოცემა, 2001;
24. *ზოიძე, ბ.*, შრომის თავისუფლების არსი საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს პრაქტიკაში, შრომის სამართალი (სტატიათა კრებული) I, მერიდიანი, თბილისი, 2011;
25. კასრამე ლ., სახელმწიფოს მინიმალური ვალდებულება და „გონივრული საფუძვლის“ პრინციპი დასაქმებულის სამუშაოდან განთავისუფლების საქმეში: შრომის საერთაშორისო ორგანიზაციის სტანდარტი, ადამიანის უფლებათა დაცვის

- საერთაშორისო სტანდარტები და საქართველო სტატიათა კრებული, *კორკელია, კ.* რედ., GIZ, თბილისი, 2011;
26. *კერესელიძე, დ., ადგიშვილი, ლ.*, საქართველოს შრომის კოდექსის პროექტი და კონტინენტური ევროპის ქვეყნების შრომის სამართლის ზოგიერთი ძირითადი პრინციპი, ქართული სამართლის მიმოხილვა, № 6/1, 2003;
 27. *მაისურაძე, დ., სულხანაშვილი, ე., ვაშაკიძე, გ.*, ევროკავშირის კერძო სამართალი - გადაწყვეტილებები და მასალები, გერმანიის საერთაშორისო თანამშრომლობის საზოგადოება (GIZ), თბილისი, 2018;
 28. *სამხარაძე, ი.*, სამართლებრივ სისტემათა ჰარმონიზაცია: ევროკავშირი და საქართველო, სამართლის ჟურნალი, №1 2015;
 29. საქართველოს პარლამენტის 2019-2020 წლების სამოქმედო გეგმა ევროკავშირსა და საქართველოს შორის ასოცირების შეთანხმების შესრულების შესახებ;
 30. საქართველოს პარლამენტის ევროპასთან ინტეგრაციის კომიტეტის სამოქმედო გეგმა 2018-2020;
 31. საქართველოს შრომის სამართალი და საერთაშორისო შრომის სტანდარტები, შრომის საერთაშორისო ორგანიზაცია, *ბაქაქური, ნ., თოდრია, თ., შველიძე, ზ.* რედ., საქართველო, 2017;
 32. სტატია ჟურნალში - The Times (London), Date of transfer of undertaking, 9 ივნისი, 2005 წელი.
 33. *ქარდავა, ე.*, ევროკავშირის შრომის დირექტივების ასახვა საქართველოს კანონმდებლობასა და პრაქტიკაში, ფაუნტინ ჯორჯია, თბილისი, 2018;
 34. *ქარდავა, ე.*, შრომის სამართლის განვითარება ევროინტეგრაციული პროცესების ფონზე, სამართლის ჟურნალი №1, *ივ. ჯავახიშვილის* სახელობის თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტის გამომცემლობა, თბილისი, 2016;
 35. *შველიძე, ზ.*, მასობრივი დათხოვნის საკანონმდებლო რეგულირების ასპექტები საქართველოს შრომის კოდექსისა და ევროპული კავშირის დირექტივის მიხედვით, შრომის სამართალი (სტატიათა კრებული) III, მერიდიანი, თბილისი, 2014;
 36. *შველიძე, ზ.*, საქართველოს შრომის კოდექსით გათვალისწინებული დასაქმებულის სამართლებრივი სტატუსის მახასიათებლები, შრომის სამართალი (სტატიათა კრებული), შრომის სამართალი (სტატიათა კრებული), I, მერიდიანი, თბილისი, 2011;
 37. *ჩაჩავა, ს.*, ვადიანი და უვადო შრომითი ხელშეკრულებების მოშლის მიმართ მოქმედი კანონმდებლობის სამოსამართლო სამართლით სრულყოფის რეკომენდაციები, შრომის სამართალი (სტატიათა კრებული) I, მერიდიანი, თბილისი, 2011;
 38. *ჩაჩავა, ს.*, მოთხოვნების და მოთხოვნის საფუძვლების კონკურენცია კერძო სამართალში, სადისერტაციო ნაშრომი სამართლის დოქტორის აკადემიური ხარისხის მოსაპოვებლად, *ივ. ჯავახიშვილის* სახელობის თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტის იურიდიული ფაკულტეტი, თბილისი, 2010.

Safeguarding of Employees' Rights in the Event of Transfers of Undertakings, Businesses or Parts of Undertakings or Businesses

Abstract

This paper discusses the legal labour guarantees granted to employees in the event of alienation/transfers of undertakings, businesses or parts of undertakings or businesses. European Union Directive¹ 2001/23/EC as part of the Association Agreement, national legislation, regulation of some EU member states, Georgian case law, as well as relevant decisions of the European Court of Justice are presented to study the issue.

The paper aims at determining the compliance of the national legislation regulating labour relations with 2001/23/EC Directive, analyzing both European and Georgian case law and identifying problems.

On the one hand, the issue is presented in a new way in the paper, and on the other hand, the transfer of undertakings as a legal institute, the in-depth analysis of which has not been carried out so far, is studied in detail. The paper will help the reader to get acquainted with the whole procedure of transfer of undertakings, define the rights and obligations of the subjects involved, in addition, the reader will also be able to understand the policies and mechanisms of approximation of labour legislation to European Union standards. The paper focuses on the rights and obligations of previous and new employers and employees in the event of transfer of undertakings, including the right to consultation and information, the prohibition of termination of the employment relationship simply because the transfer of the undertaking took place, etc. The paper points out the barriers that prevent employees to fully protect their violated rights in cases of violation of labour rights due to the transfer of undertaking. Normative and practical problems are revealed and recommendations are offered to solve them.

Introduction

Georgia faces significant challenges in terms of labor rights protection. To achieve a balance of interests between employment-related guarantees for employees and, at the same time, the interests of the employer, the state has begun to implement legislative changes since 2013: various norms were incorporated in the Labour Code of Georgia² (LC) that significantly improve the

^{*} MA of *Iv. Javakishvili* Tbilisi State University. The material is a thesis for a degree obtained within the MA program in law at TSU Faculty of Law.

¹ Council Directive on the approximation of the laws of the Member States relating to the safeguarding of employees' rights in the event of transfers of undertakings, businesses or parts of undertakings or businesses. The text is available at <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32001L0023>>.

² 2010 Georgian Organic Law No.4113-RS Labour Code of Georgia. Available at <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/1155567?publication=16>>. [Present thesis is prepared before the latest amendments of Labour Code in 29th of September 2020 (Organic Law No.7177), thus the references to the numeration of the Code articles may not coincide the version in force].

employment status of employees. This process was further deepened when Georgia became a party to the Association Agreement³ and, in the context of employment, social policy and equal opportunities, undertook the obligation to implement several international standards and directives of the EU into Georgian legislation, to bring the regulatory framework closer to EU legislation, and to establish effective mechanisms for ensuring enforcement of the provisions. In turn, international labour standards provide for the improvement of employment policy, the creation of decent working conditions for people, and create development opportunities. Harmonization of labour legislation with European norms foretells the creation of labour and social guarantees for the "weak" party of employment relationships and protects the interests of employees.

Labour relations are an important part of public and everyday life, and their proper regulation affects the realization of other rights. Considering the essence of the employment relationship, the employee is personally and economically dependent on the employer, so there is a risk of abuse of this dependence by the work provider. Minimizing this threat should be considered to be an obligation of the state.⁴ Taking into consideration this, protection of the rights of employees, considering the economic interests of employers, achievement and maintenance of balance between them is the goal and one of the priorities of the state; In this process, it is necessary to have an effective policy focused on the protection of employee rights.

It is noteworthy that modern economic and technological innovations, structural changes in enterprises, innovative challenges have also affected the labour rights of employers. New needs arose and the necessity to develop new, albeit employee-centered approaches to those needs has emerged. In European employment law, in this regard, special attention is paid to the protection of the status of employees and working conditions in the event of a change of undertaking/business owner.

This paper discusses the legal aspects of protection of employees' rights in the event of transfers of undertakings, businesses or parts of undertakings or businesses, several important acts related to them, first of all, Council Directive 2001/23/EC of 12 March, 2001, which will be transposed into Georgian legislation in the shortest terms. This paper analyzes the importance of labour rights protection as part of European integration policy, describes the procedure for the transfers of undertakings, its essence, the rights and obligations of entities involved in the process, the approaches of individual EU member states (mostly Germany) towards the legal institute of transfer of undertakings. The paper emphasizes the decisions of the European Court of Justice (hereinafter - ECJ), as well as evaluates national legislation and practice, identifies problems and challenges, and discusses the importance of implementation and the effective execution the requirements of Directives' into national law.

The topic discussed in the paper is very actual, the issue is not properly addressed in depth, Georgian legal literature does not discuss the case law in this regard, the rights of employees in the process of transfer of undertaking are not fully identified. Taking into consideration this, the

³ 2014 Association Agreement No.200/42 between the European Union and the European Atomic Energy Community and their Member States, of the one part, and Georgia, of the other part. The text is available at <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/2496959?publication=0>>.

⁴ *Chachava, S.*, Competition of Claim and Grounds for Claim in Private Law, Dissertation for the academic degree of Doctor of Law, *Iv. Javakishvili* Tbilisi State University, Faculty of Law, Tbilisi, 2010, 98-99. Available at <http://law.tsu.ge/data/file_db/faculty-lawpublic/sofio_chachava.pdf>.

paper is innovative, as it presents international standards that apply to the research topic, as well as discusses the prospects of incorporating several norms in Georgian legislation. The issue under consideration may be relevant, in the event of a change of ownership, to a labor rights researcher theorists and as well as practitioner lawyers and any person whose interests include approximation of Georgian and European labor law, in the context of the performance of Georgia's international obligations under the Association Agreement.

The paper aims at determination of the compliance of the national legislation regulating labour relations with 2001/23/EC Directive, analysis of both European and Georgian case law and identification of problems. The present paper also aims to carry out a thorough study of the rights and obligations of the previous and new employers and employees during the transfer of undertakings; Finally, to identify practical shortcomings in the process of protection of employees during the transfer of undertakings, to review the existing international practices, standards in this regard and through their comparative analysis, to develop recommendations for the reflection of certain norms in Georgia.

To achieve these goals, the following objectives are set: to study the procedure of full or partial transfer of undertakings and businesses, the principles of regulating the rights of employees in this process; To analyze the provisions of the secondary legislation (directive) of the European Union; To determine the directions of research based on the analysis of foreign and Georgian literature; To Examine the practice of ECJ, which plays a key role in the interpretation of the norms of the Directive. Based on the generalization of international experience, to determine the compliance of the norms regulating the transfer of undertakings in Georgian legislation with the international standards; To identify the obstacles and barriers that prevent employees from fully recovering their violated rights in cases of labour rights violations due to the transfer of undertakings; To reveal normative and practical problems and find ways to solve them.

The subject of the study is the provisions of the European Union directives, as part of the Association Agreement, the amendments to the Georgian labour legislation related to the transfer of undertakings, the regulations of some EU member states (Germany), the Georgian and ECJ practice.

The present paper uses descriptive, critical analysis, systemic, and comparative methods.

The paper uses normative material (including Georgian legislation acts, secondary legislation of the European Union, laws of EU member states, some recommendations of the International Labour Organization (ILO)⁵, as well as Georgian and foreign scientific literature, documents and articles, the author's own opinions.

To achieve the set goal, a consistent understanding of the issues given in the structure of the paper will allow us to analyze the procedure for alienation / transfer of undertakings regulated by EU labour law, the rights and obligations imposed on parties by Directive 2001/23/EC, the scope of application of the directive, interpretations of its provisions in judicial practice. At the same time, it will be possible to assess the steps taken by Georgia to approximate national labour legislation to the European one. Finally, the paper will highlight why it is important to fulfill the obligations

⁵International Labour Organization. See official webpage <www.ilo.org>.

under the Association Agreement, what this process will bring to both the employee and the employer; Problems will be identified and ways of their effective solution will be suggested.

Until today, the harmonization of labour legislation with international standards and the legislative regulation of labour rights of employees, and their subsequent implementation and enforcement of the provisions is an important challenge. With a new perspective on the issue, the paper will enable the reader to better understand the policies and mechanisms of approximation of labour law to the standards of the European Union and, in this way, promote the creation of new practices and the development of law.

I. Protection of Labour Rights as Part of European Integration Policy - on the Example of the Association Agreement and the European Social Charter⁶

The labour right is one of the fundamental human rights protected in several international instruments. It belongs to the category of socio-economic rights and is a combination of rights and obligations in labour relations, which includes employment-related rights, fair, safe and hygienic working conditions, fair pay, professional training, equal treatment, non-discrimination, instrumental and other rights.⁷ The main goal of the state is to ensure public welfare by protecting the interests of individuals.⁸ To achieve this welfare, the protection of labour rights is necessary, which must be achieved through the implementation of a healthy labour policy, appropriate legislation and various institutional mechanisms.

Georgia recognizes important international instruments governing labour rights protection matters. The relation between international treaties and national legislation is defined by the Constitution of the country and an international treaty or agreement of Georgia has precedence over domestic normative acts unless it comes into conflict with the Constitution⁹ of Georgia.¹⁰

Since the need to harmonize Georgian legislation with European Union legislation arose, labour rights protection has become part of Georgia's European integration policy, in particular, it should be noted the Association Agreement signed between Georgia, of the one part, and the European Union and the European Atomic Energy Community and their Member States, of the other part. By signing this document, Georgia has undertaken obligation to harmonize and integrate Georgian legislation with several European standards, including regulations, directives or recommendations in the field of private law. These include labour law standards; However, it should be also noted that approximation to European Union law is a mandatory component (hard approximation) and the harmonization process is "strictly *de iure* format".¹¹ That is why it became necessary to make several changes, including in the LC, to ensure proper fulfillment of the obligations set out in the Agreement and the association agenda. Each year the Government of

⁶ The European Social Charter of 1996 (revised), the text is available at <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/1392164?publication=0>>.

⁷ Eide, A., Krause, C., Rosas, A., Economic, Social and Cultural Rights: A Textbook, Second Revised Edition, 2001, 268.

⁸ Chachava, S., Recommendations for Improvement Current Legislation via Judge-Made Law Related to Cancellation of Employment Contracts of Fixed and Unlimited Duration, Employment Law (Collection of Articles) I, Meridiani, Tbilisi, 2011, 35.

⁹ 1995 Constitutional Law No.786 of the Republic of Georgia - Constitution of Georgia. The text is available at <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/30346?publication=35>>.

¹⁰ Paragraph 5 of article 4.

¹¹ Maisuradze, D., Sulghanashvili, E., Vashakidze, G., EU Private Law – Judgements and Materials, German Corporation for International Cooperation (GIZ), Tbilisi, 2018, 15.

Georgia approves a National Action Plan that defines the performance of which specific task set out in the Agreement is purpose of the country for the specific time period.

Under the Association Agreement, in terms of employment, social policy and equal opportunities, Georgia has already undertaken obligation to transpose, integrate and implement several European Union directives into Georgian legislation. These include Directive 2001/23/EC - on the approximation of the laws of the Member States relating to the safeguarding of employees' rights in the event of transfers of undertakings, businesses or parts of businesses; The fulfillment of this obligation has indeed been delayed but it is important that in the last few months, positive steps have been taken in this direction, which has been reflected in the preparation of specific amendments to the Labour Code. Their preparation was a great challenge, requiring systemic understanding and a study on the labour rights of employees in the event of transfer of undertakings [to the new owner], which, on the other hand, involved a detailed study of European best practices and their adaptation to the Georgian reality. Naturally, this process is still ongoing, which should be carried out in stages, albeit dynamically, in view of the aims and objectives of the Association Agreement but obviously this should not be considered narrowly - only in the context of European integration, or because failure to meet obligations may have negative consequences for the country but the main thing is the development of a common policy for the protection of the employees' labour rights, for improvement of their working conditions and ensuring their dignified life. In a developed market economy and legal state, labour is a good that can be a determinant of any other legally protected interest.¹² Protection of labour rights is one of the important factors in the realization of the principle of the social state.

Georgia ratified¹³ the European Social Charter and its annex in 2005, recognized the articles of the Charter as binding, which include the right to work, right to just conditions of work,¹⁴ to a fair remuneration,¹⁵ to organize,¹⁶ to bargain collectively,¹⁷ etc. It should be further noted that Directive 2001/23/EC, the provisions of which are required by the Association Agreement to be transposed in Georgian legislation, strengthens several rights under the European Social Charter.

Here, it is important to emphasize that Georgia has recognized not all but some of its provisions, among them article 21 of the Social Charter - on the right to information and consultation, article 22 - on the participation in the determination and improvement of the working conditions and working environment, article 24 - the right to protection in cases of termination of employment, etc. LC more or less properly regulates the provisions of the Social Charter but I think it is important to reconsider the policy of recognition of the provisions, because the articles of the Social Charter that Georgia has not recognized as binding, really promote the protection of labour rights of persons and create specific legal guarantees; Therefore, we can consider them to be necessary.

Thus, the protection of labour rights defined by the above-mentioned documents is considered by Georgia as part of the European integration policy. Fulfillment of undertaken obligations is a long-

¹² Zoidze, B., *The Essence of Freedom of Labour in the Practice of the Constitutional Court of Georgia*, Employment Law (Collection of Articles) I, Meridiani, Tbilisi, 2011, 5.

¹³ 2005 Resolution No.1876 of the Parliament of Georgia on the Ratification of the European Social Charter (Revised) and its Annex. Available at <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/43174?publication=0>>.

¹⁴ Article 2.

¹⁵ Article 4.2, article 4.3, article 4.4

¹⁶ Article 5.

¹⁷ Article 6.

term process, which must also be continuous. Regulating labour relations and caring for employers as well as caring for employees should be one of the priorities for the state, which should be done by taking the right and consistent steps, following the harmonization processes of the Georgian and European legislative space.

II. The Essence of Full or Partial Transfer of Undertakings and Businesses

2.1 Importance of Protecting Employees in the Process of Full or Partial Transfer of Undertakings and Businesses

Protecting the labour relations of the employees is one of the priorities for the state. The creation of various legal or social guarantees for employees has a great impact on the level of protection of human rights and freedoms in the country and ensures their realization.

The purpose of labour law, given its historical development, is to "protect" the employee from disproportionate and unreasonable encroachment on interests. Employee both personally and economically depends on the employer in employment relationships. The state is obliged to protect the "weak" party in labour relationships and to prevent the abuse of this dependence.¹⁸ In one of the cases, the Supreme Court considered the right of the employee protection to be an important aspect of the constitutional right to work¹⁹ and clearly defined that freedom of labour "means the legal protection of the rights of the employee by the state; The state which has granted the individual freedom of labour by the Constitution and which has recognized international norms governing the protection of the rights of employees (article 4.4 of the European Social Charter (revised), article 6 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, article 22 of the Universal Declaration of Human Rights) must also take care of the right to employment protection, for which it must establish an appropriate legal regime".

The importance of protecting employees is also reflected in the fact that it means creating decent living conditions, promoting safety and free personal development, although it is important to achieve and maintain a balance between employees' rights and the economic interests of employers. "The state must equally ensure economic stability and freedom of labour"²⁰. It must be able to protect employees in a way that does not neglect the interests of the employer.

The protection of employees is the main objective of Directive 2001/23/EC.²¹ Its preamble states that the elaboration of the document was driven by a factor characterizing the modern economy, such as structural changes in undertakings, during the complete or partial alienation/transfer or merger of undertakings and businesses.²² In the introductory part, it is mentioned that the changes made in the undertakings are affected on the labour and living conditions of the employees, these changes may lead to the collective redundancies of the employees or the bankruptcy of the undertakings. Therefore, it is necessary to protect the rights of employees by informing and consulting them promptly regarding the expected negative consequences.

¹⁸ Chachava, S., supra note 8, 37.

¹⁹ The Ruling of the Supreme Court of Georgia, March 23, 2010, Case No.As-1261-1520-09. Available at (search engine) <<http://prg.supremecourt.ge/DetailViewCivil.aspx>>.

²⁰ Chachava, S., supra note 8, 35.

²¹ Zahn, R., The Court of Justice of the European Union and Transfers of Undertakings, 6 Eur. Lab. L.J. 72, 2015, 83.

²² 2001/23/EC Directive, Preamble, par. 2.

Thus, European labour law pays great attention to the protection of employees and establishes several legal mechanisms, ways by which it will be possible to enforce the rights granted to employees. I think it is especially important in this process not only to ensure the creation of appropriate conditions for the protection of employees' rights, on the one hand but also, on the other hand, to enable the state to support these rights without hindering the development of free entrepreneurship. "Labour policy should equally safeguard the rights of the employee, as well as the employer, which is the most important entity in the field of production and trade."²³

2.2 Procedure for Transfer of Undertakings

The provisions of the Directive apply to the transfer of undertakings or the transfer of parts of undertakings and businesses to a new owner. The relevant provisions of the Directive may also apply in cases of split-up of undertakings.²⁴

The definition of transfer of undertakings is of particular importance for the definition of employment safeguards in this process. The alienation/transfer of undertakings, for the purposes of the Directive, does not mean any transfer of the undertaking but it refers only to the alienation of an economic entity/object that has retained its identity, organizational unity of resources, which ensures the conduction of economic activity, regardless the activity is major or ancillary.²⁵

The time of full or partial transfer of undertakings is considered to be a specific time (although, it does not mean a long period) when the employer's responsibility - to run the undertaking and ensure the operation of the business - passes from the transferor to the transferee - the new owner.²⁶

It is important to note why it is necessary to discuss the timing of the transfer of undertakings. The reference to this matter helps us to determine the category of employees who can benefit from several legal safeguards in connection with the transfer of undertakings. Determining the time factor helps us to know who can exercise these rights and who cannot, because the protection applies to employees who are directly affected by the transfer of the undertaking and, at the same time, their employment contracts were in force at the time of transfer, not to those who had already terminated an employment relationship with the transferor.²⁷

2.3 Types of Transfers of Undertakings

The types of transfer of undertakings can be defined as follows: it is possible to carry out full or partial alienation of an undertaking or business; In turn, alienation is one of the forms of transfer of undertakings, and another way of implementing structural changes in the undertaking is the merger (combination, takeover) of undertakings. From the undertakings participating in the merger process - the one that made takeover of another undertaking, or a new undertaking

²³ Kardava, E., Development of Labor Relations Law on the Background of Euro-Integration Processes, Journal of Law №1, Publishing of Ivane Javakishvili Tbilisi State University, Tbilisi, 2016, 150.

²⁴ Article 1.1 (a) of Directive 2001/23/EC.

²⁵ Ibid, article 1.1 (b).

²⁶ See the Times (London), Date of transfer of undertaking, June 9 2005, based on decision - Case C-478/03, Astley and Others v. Celtec Ltd, 1. Available at <<http://csdle.lex.unict.it/docs/labourweb/Judgment-in-case-C-47803---Celtec-Ltd-v-JohnAstley-and-Others/2034.aspx>>.

²⁷ Ibid, 2.

formed as a result of the combination, is the transferee²⁸ of the undertaking and bears all the obligations of the previous owner. This process affects employment contracts and labour relations in general; That is why the European legislature has defined the ways of protection of the employee in cases of mergers of undertakings.

III. A Brief Overview of European Union Directive 2001/23/EC

3.1 Scope of application of European Union Directive 2001/23/EC

The main principles of European Union labour law are set out in several directives which are the sources of European Union law (secondary legislation). The directives are binding on all member states of the European Union, and for Georgia they are important guideline documents for European integration and, in particular, for the Europeanization of labour law. The European course we have openly stated cannot evade the directives, the approximation to requirements of them are set out in the Association Agreement with the appropriate implementation deadlines. It should be emphasized that the legal approximation not only means the transposition of relevant standards in the laws but also strictly indicates their application in practice. Besides, incorporating minimum standards of protection of labour rights guaranteed by most of them in the legislative acts will be useless if the addressees do not enjoy these rights.

We need to point out several notable provisions before we start directly analyzing a particular directive. First of all, unlike regulations, directives do not have direct effect, they need to be implemented, to be transposed into the national law of the country concerned. States are not limited in their choice of form, they can make reception of directives as a law, as well as in a form of subordinate act, etc. The countries are not also limited to impose stricter provisions in practice than the standards set out in the directive; Depending on the peculiarity and specificity of the country, they can determine individual mechanisms and instruments for enforcement or liability.²⁹

Directive 2001/23/EC replaced Council Directive 77/187/EC,³⁰ adopted on February 14, 1977, which, in turn, introduced the concept of "transfer of undertakings" into European labour law and thus focused on the workers' labour and social rights in the event of transfer of undertakings.

It should also be noted that as a result of revision after 24 years, the new (modified) directive retained essentially the same approaches as they were reflected in the 1977 edition. In legal science, this period is often referred to as the "golden age" for European labour law.³¹ The new directive was also based on the European Social Charter, which provides for the rights of employees to be informed in the event of employment termination in the employment institution, the right to protection, consultation with employees during collective redundancies, etc. but most

²⁸ *Bejan, F.*, The European Law Regarding the Impact of Merger on Employees' Rights, Romanian Journal of European Affairs, Vol. 13, N 2, 2013, 30.

²⁹ *Kardava, E.*, EU Labour Standards in Georgian Law and Practice, Fountain Georgia, Tbilisi, 2018, 3.

³⁰ Council Directive 77/187/EEC of 14 February 1977 on the approximation of the laws of the Member States relating to the safeguarding of employees' rights in the event of transfers of undertakings, businesses or parts of businesses. Available at <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A31977L0187>>.

³¹ *Rainone, S.*, Labour rights in the making of the EU and in the CJEU case law: A case study on the Transfer of Undertakings Directive, The Author(s), Lab. L. J. Vol. 9(3) 299–325, 2018, 311.

importantly, the Directive 2001/23/EC aims to ensure the protection of employees in the event of restructuring, transfer, change of owner.³²

As already mentioned, this Directive, as a guiding document in the context of the transfer of undertakings, extends its regulation to the transfer of an undertaking or business or the transfer of their parts to other employers only as a result of legal transfer or merger.³³

The directive stipulates that the norms set out in it apply to public and private undertakings engaged in economic activities, regardless of whether they are focused on making a profit.³⁴ It should also be noted that seagoing vessels are excluded from the scope of the Directive.³⁵ In the case of administrative bodies and legal entities under public law, the transfer of public/administrative functions is not governed by the norms governing the transfer of undertakings.³⁶ This is a very important provision and it is clear that the reorganization in the public service or the transfer of functions between the public services is unequivocally excluded from the scope of the Directive.

The directive does not oblige states, although they can decide to apply the provisions of the document to cases where the full or partial alienation of an undertaking or business is part of the liquidation process in the event of bankruptcy.³⁷

Article 2 declares³⁸ that the Directive does not address to national definitions of employment contracts and employment relations, although it states that Member States should not exclude employment contracts from the scope of the Directive solely for reasons such as: a) the number of working hours performed or to be performed;³⁹ b) fixed-duration contracts of employment or temporary employment relationships.⁴⁰

It is also interesting whether several provisions of the Directive apply to cross-border transfers of undertakings. The document does not provide a direct reference to this, nor does it specify, for example, in the case of transfers of transboundary undertakings or businesses, in the event of a conflict of national laws of the countries, which should be preferred; however, it is widely believed that such transfers and/or mergers should be within the scope of the Directive.⁴¹ I think such an approach is based on the purpose of the Directive to protect employees and to the process of transfer of undertakings alone not to adversely affect their rights and social guarantees. Hence, this approach should be considered justified.

³² *Valdés Dal-Ré, F.*, *Transfers of Undertakings: An Experience of Clashes and Harmonies between Community Law and National Legal Systems*, *Sciara S. ed.*, Labour Law in the Courts, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2011, 184.

³³ Article 1.1(a).

³⁴ 2001/23/EC Directive, article 1.1(c).

³⁵ 2001/23/EC Directive, article 1.3.

³⁶ 2001/23/EC Directive, article 1.1(c).

³⁷ *Lamponen, H.*, *The Principle on Employee Protection in a Merger and a Transfer of an Undertaking*, Helsinki University Print, Helsinki, 2008, 164-165.

³⁸ 2001/23/EC Directive, article 2.2.

³⁹ *Ibid*, article 2.2 (a).

⁴⁰ *Ibid*, article 2.2 (b) and 2.2 (c).

⁴¹ *Bejan, F.*, *supra* note 28, 31.

3.2 Subjects of the European Union Directive 2001/23/EC

Article 2 of Directive 2001/23/EC provides a list of subjects who are involved in the transfer of undertakings as parties, their representatives and are granted the rights and obligations set out in the Directive, in particular:

- Transferor - any natural or legal person who, because of a transfer of undertakings, businesses or parts of undertakings or businesses ceases to be the employer in respect of the transferred undertaking;⁴²
- Transferee - any natural or legal person who, because of a transfer of undertakings, businesses or parts of undertakings or businesses becomes the employer in respect of the transferred undertaking;⁴³
- Representatives of employees - the representatives of the employees provided for by the laws or practices of the Member States;⁴⁴
- Employee - any person who, in the Member State concerned, is protected as an employee under national employment law.⁴⁵

From the subjects of the directive, it is fair to focus on the employee, because the need to protect employees caused creation of this Directive in the context of constant change in the activities of undertakings and businesses.

The directive does not contain an definition of employee, although it is up to the national laws of the states to define this concept themselves.

In one of the cases⁴⁶, ECJ established a rule under which, in order for the provisions of the Directive to apply to an employee, the employee must be in an employment relationship with the new owner at the time of the transfer of the undertaking. In other cases, ECJ also ruled that the Directive did not cover an employee who, although at the time of the transfer of the undertaking, was in an employment relationship with the employer but he refused to continue the employment relationship with the new owner.⁴⁷

The directive does not define the concept of employment relationship either, however, it should be assumed that even in this case, it entrusts the states to define for themselves what type of relationship should be considered as such. In this context, we should consider ILO Recommendation⁴⁸ №198, which regulates employment relationships. First of all, it should be emphasized that there is an important connection between the European directive and the ILO recommendations. There is some correlation between European Union labour law, the European Social Charter and the ILO conventions; European Union law, in particular, the Charter of Fundamental Rights, enshrines the European Social Charter and ILO conventions and, in turn,

⁴² Ibid, article 2.1 (a).

⁴³ Ibid, article 2.1 (b).

⁴⁴ Ibid, article 2.1 (c).

⁴⁵ Ibid, article 2.1 (d).

⁴⁶ Case 19/83, Knud Wendelboe and others v L.J. Music ApS, in liquidation, Reference for a preliminary ruling: Vestre Landsret – Denmark, Judgment of the Court of 7 February 1985, Available at <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61983CJ0019>>.

⁴⁷ *Bejan, F.*, supra note 28, 33.

⁴⁸ R198 - Employment Relationship Recommendation, 2006 (No.198) Recommendation concerning the employment relationship. Available at <https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312535>.

affects the content of these instruments and the monitoring of compliance with the requirements. All member states of the European Union are also members of the ILO. The union supports the ILO's "Decent Work" agenda, which aims to strengthen social dialogue on issues related to employee rights, decent employment opportunities, social protection and topics related to employment.⁴⁹ Thus, EU legislation supports ILO standards, so we can consider it as correct to discuss the Directive and this recommendation in connection with each other.

Concerning Georgia, on the other hand, it should be noted that, unlike Directive 2001/23/EC, implementation of the provisions of which is the obligation of the country under the Association Agreement, ILO Recommendation №198 is not binding but a national court may apply it for the purposes of interpreting the norm and establishing a certain legal principle.⁵⁰

ILO Recommendation No. 198 sets out specific criteria by which the existence or absence of an employment relationship can be established. These include the element of subordination in the relationship,⁵¹ the obligation to perform the work personally,⁵² the performance of the work solely for the benefit of the employer,⁵³ the obligation to pay remuneration periodically,⁵⁴ the financial liability of the worker,⁵⁵ etc.

In addition, one of the most important aspects that should characterize an employment relationship is that in determining the existence of an employment relationship, the determinant is how the job is done, not how one or both parties qualify the relationship, or what they call it.⁵⁶

According to the approach in Europe, during a dispute, the court does not start reasoning based on the name given to the contract by the parties. Instead, it matters how the contract actually works.⁵⁷

The provisions in force during the full or partial transfer of undertakings or businesses, as already mentioned, apply to employees who are in an employment relationship with their employers. While the Directive does not specify the category of relations to be considered as such, it is desirable to apply the standards of the International Labour Organization, in particular, the approaches of ILO Recommendation №198 on employment relationships, to ensure the effective protection of employees within an employment relationship.

In the light of this fact, we should also consider who should be responsible for the rights and obligations arising from the employment contract and the employment relationship existing at the date of the transfer of the undertaking or business, the transferor of the undertaking or the transferee? Article 3 of the Directive stipulates that the transferor's rights and obligations arising

⁴⁹ Excerpt from the document „Labour law and working conditions. Social Europe guide”, Volume 6, European Commission, Directorate-General for Employment, Social Affairs and Inclusion, February, 2014; *Emerson, M., Kovziridze, T.* Ed., Deepening EU–Georgian Relations, Second edition, CEPS, Brussels, Tbilisi, 2018, 231.

⁵⁰ Georgian Labour Law and International Labour Standards, *Bakakuri, N., Todria, T., Shvelidze, Z.* Ed., International Labour Organization, Georgia, 2017, 42.

⁵¹ ILO Recommendation No. 198, article 12.

⁵² Ibid, article 13 (a).

⁵³ Ibid, article 13 (a).

⁵⁴ Ibid, article 13 (b).

⁵⁵ Ibid, article 13 (b).

⁵⁶ Supra note 50, 43.

⁵⁷ *Shvelidze, Z.*, Characteristics of the Legal Status of the Employee According to the Labor Code of Georgia, Employment Law (Collection of Articles) I, Meridiani, Tbilisi, 2011, 99.

from a contract of employment or an employment relationship existing on the date of a transfer shall, because of such transfer, be transferred to the transferee. However, the Directive is not categorical in this case, too and does not offer an imperative provision. Member States have the discretion to redistribute between the transferor and the transferee (jointly or severally) the liability for the obligations.

Thus, as already mentioned, the concepts of "employee" and "employment relationship" are determined by the states themselves, although we can clearly say that the scope of the Directive covers full-time, fixed-term or temporary employees.⁵⁸ The Directive does not apply to independent contractors or other persons who are not considered to be "employees" under national law.

IV. The Practice of ECJ in the Context of Full or Partial Transfer of Undertakings and Businesses

ECJ Interpretations About the Legal Institute of Transfer of Undertakings

The obligation of approximation to the European Union law, for effective harmonization, implies not only the transformation or transposition of European Union acts into national law but also the sharing of the practice of the ECJ, both in the law-enforcing, as well as in law-making process.⁵⁹

As already mentioned, Directive 2001/23/EC applies to any public or private undertaking, regardless of whether their purpose is to make a profit. The determining element is the conduction of economic and entrepreneurial activities in the legal form prescribed by law. However, the Directive does not provide a complete and exhaustive definition of "undertaking", "business" or "part of an undertaking". On the other hand, the precedent decisions of the ECJ established a detailed description of both, these terms and all the procedural stages of the transfer of undertakings.

The national courts of European countries wanted to get clarifications on several issues, for example, whether the directive was applied when the transfer of the undertakings was caused by various actions, for example, the undertaking was declared bankrupt, the parties did not fulfill their contractual obligations, etc.

An analysis of the decisions of the ECJ gives us reason to conclude that in interpreting the Directive, the Court prefers a targeted, teleological interpretation, which leads to that the Directive applies in all cases where there is a change of employer "in the context of a contractual relationship" but except from this rule may be provided.⁶⁰

The alienation/transfer of the undertakings implied by the Directive must concern to a stable economic entity that is not restricted in carrying out activities. The term "entity" was first defined

⁵⁸ *Kristinsdóttir, H.*, The Safeguarding of Employees' Rights Arising from Collective Agreements in the Event of Transfers of Undertakings -Balancing the Tension between Employees' and Employers' Interests, Lund University Faculty of Law, 2014, 24.

⁵⁹ *Maisuradze, D., Sulxanishvili, E., Vashakidze, G.*, supra note 11, 11.

⁶⁰ *Laulom, S.*, The European Court of Justice in the Dialogue on Transfers of Undertakings: A Fallible Interlocutor? *Sciara, S.* (ed.), Labour Law in the Courts, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2011, 152.

by the ECJ in 1977 in the case of *Süzen v. Zehnacker Gebäudereinigung GmbH* ("Süzen Case"),⁶¹ which was supported in other subsequent decisions. The decision stated that the term "entity" refers to an organized grouping of persons and assets facilitating the exercise of an economic activity which pursues a specific objective. In the same decision, the court further noted that the entity also includes other factors, including workforce, its operating methods, the resources required to carry out the activity of undertaking and business.

The approach developed in the *Süzen* case was different from the established practice, which did not directly share the view already supported by the German courts⁶² that the necessary precondition for the alienation/transfer of undertakings was the transfer of only tangible and intangible property. The ECJ extended this "limited" interpretation and held that transfer of undertakings may take place even when there is a transfer of the workforce to the transferee - independently from the transfer of property to the new owner.⁶³ I think this approach is exactly in line with the purpose of the directive - to protect the rights of employees, because tangible and/or intangible assets are not always the main factor in the undertaking, as an economic organization. In other words, the safeguards provided for in the Directive would be inaccessible to several economic sectors in which the workforce is a major factor and tangible and intangible assets are not crucial. Of course, it is necessary to take into account the specific nature of economic activity in each case. For example, the activities of entrepreneurial entities in the field of cleaning depend on the workforce, the human factor on which the main load falls, while the material factor (tools, mechanisms, etc.) is of minor importance.

Thus, in the practice of ECJ, it has been established that if the transfer of undertakings has resulted in the transfer of major tangible and intangible property or the new owner has taken over most of the workforce (given their number and skills), this will be alienation/transfer of the undertakings.

The economic understanding of labour rights, which has characterized the development of European Union policy since the late 1970s, has gradually foregrounded in the cases of the ECJ as well. Along with social and economic progress, it has become important that this development not to weaken the protective nature of labour norms. In its decisions, ECJ mostly tried to maintain a balance between these two interests.

One of the most important cases that, in fact, includes the guiding principles on the transfer of undertakings is *Spijkers v. Gebroeders Benedik Abattoir CV* ("Spijkers Case"),⁶⁴ in which the court established the criteria for the alienation/transfer of undertakings. In this case, the Court defines that "the degree of similarity between the economic activities carried out before and after the

⁶¹ Case C-13/95, *Ayse Süzen v. Zehnacker Gebäudereinigung GmbH Krankenhausservice*. Reference for a preliminary ruling: Arbeitsgericht Bonn – Germany, Judgment of the Court of 11 March 1997. Available at <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/GA/TXT/?uri=CELEX:61995CJ0013>>.

⁶² See case C-392/92. *Christel Schmidt v. Spar- und Leihkasse der früheren Ämter Bordesholm, Kiel und Cronshagen*. Reference for a preliminary ruling: Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein - Germany. Judgment of the Court (Fifth Chamber) of 14 April 1994. Available at <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/?uri=CELEX:61992CJ0392>>.

⁶³ *Davies, P.*, *Transfers of Undertakings - Preliminary Remarks*, Sciarra, S. ed., *Labour Law in the Courts*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2011, 143.

⁶⁴ Case 24/85, *Jozef Maria Antonius Spijkers v. Gebroeders Benedik Abattoir CV and Alfred Benedik en Zonen BV*. Reference for a preliminary ruling: Hoge Raad - Netherlands. Judgment of the Court (Fifth Chamber) of 18 March 1986, Available at <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61985CJ0024>>.

transfer of the undertakings is a relevant factor in determining the maintenance of the identity of the economic object." The court offers "Spijkers test", which can be used to determine whether the undertaking has retained its identity/identity. "Spijkers test" includes 7 criteria, namely:

1. Type of economic activity;
2. Transfer of tangible assets;
3. The value of intangible assets at the date of transfer;
4. Receiving the majority of staff (numerically or by qualification) by the new owner;
5. Transfer of the consumer segment;
6. Similarity of economic activities carried out before and after the transfer;
7. In case of interruption of economic activity - duration of interruption.

It is necessary to emphasize that all of the above-mentioned factors are one of the determining criteria for the final assessment and cannot have an independent significance in determining the identity of the undertakings.⁶⁵

The precedent decisions made by the ECJ allow us to conclude that an undertaking is an organizational unity of activity (tangible and intangible property and people) that enables us to carry out economic activity (supply of goods or service to the market). In this type of "transfer" of an undertaking, the transfer of the workforce is seen as the result of the transfer of undertakings and not as a criterion.

Accordingly, the second factor of the "Spijkers test" - "transfer of tangible assets" can be replaced by "transfer of the workforce", if the workforce is a determining factor in carrying out economic activity of the undertaking. For example, if a new restaurant owner is unwilling to transfer a chef and his team hired by the old owner, we can assume that no transfer has taken place because the chef's persona in the restaurant business is a determining factor in the identity of an economic entity. Each chef has original handwriting, which distinguishes this or that food facility from each other. The dismissal of the chef and his team members indicates a fundamental change in the identity of the undertaking, the possible differences in the economic activities carried out before and after the transfer, which results in the inability to cumulatively meet the criteria regulated by the Spijkers test.

As already mentioned, in the case of one type of undertakings, where tangible and intangible assets are crucial in carrying out economic activities, the issue of transfer of these assets has a significant role in determining the maintenance of identity. In particular, who was the owner of tangible and intangible assets, whether they were transferred in whole or in part, and whether the new owner wants to receive those assets.

The Court's determination is a clear example of the fact that Directive 77/187/EC and the subsequently amended Directive 2001/23/EC are the guarantors of the protection of the rights of employees, excluding all exceptions regarding the determinants of the identity maintenance of undertakings or the transfer of undertakings.

⁶⁵ *Buggy, P.*, Transfer of Undertakings Law: Back to Confusion, Northern Ireland Legal Quarterly, Vol. 52, N1, 2001, 102.

If there is the transfer of tangible and intangible assets, which is the main leading means of economic activity of the undertaking, regardless of their owner, it will be considered as the transfer of assets, as a full-fledged criterion for determining the identity of the undertaking for the purposes of the Directive.

In almost all of the decisions of the ECJ rendered regarding the rights of employees during the alienation of undertakings, it is once again clearly stated that to determine the case of transfer of business, not only the "legal transfer" must take place but also that the transferred undertaking/business must be economic unity/entity - an organized grouping of resources that serves conduction of economic activities and is created for this purpose. It is also important that after the transfer of the undertaking, this economically organized grouping maintains the identity, the identity.

A very interesting practice was developed by ECJ in the case - Danish Association of Supervisory Staff v. Daddy's Dance Hall A/S (DDH case),⁶⁶ where the court found the fact of the transfer of undertakings. Under the circumstances of the case, the lease agreement between the restaurant owner and the lessee IC expired, and the landlord entered into a new lease agreement with DDH. The ICJ held that under the Directive, the employees of the IC, as of original lessee, had to be transferred to the DDH, even though the lessees had no legal relationship with each other. Also interesting is the case - Temco Service Industries SA v. Samir Imzilyen (Temco case),⁶⁷ where the court explained that the existence of a contractual relationship between the transferor and the transferee is not a necessary condition for determining a transfer of undertakings in the case of a service contract, as the Directive applies even when "there is no contractual relationship between the parties". In another case - Jouini v. Princess Personal Service GmbH (PPS) (Jouini Case)⁶⁸ explained that the transfer of an undertaking may take place even if there is an oral agreement between the transferor and the transferee.

Based on the study and analysis of the decisions of the ECJ, in fact, there are two main approaches offered by Directive 2001/23/EC - the "higher level of protection" approach and the "lower level of protection" approach:⁶⁹

The "higher level of protection" approach means:

- a) The right to protection provided by the directive is part of public policy and is independent of the wishes of the parties in employment relationships. The provisions of the Directive are binding;
- b) Transfer of employment rights is an automatic result of the transfer process of undertakings and does not require additional agreements;

⁶⁶ Case 324/86, *Foreningen af Arbejdsledere i Danmark v. Daddy's Dance Hall A/S*. Reference for a preliminary ruling: *Højesteret - Denmark*. Judgment of the Court (Third Chamber) of 10 February 1988. Available at <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61986CJ0324>>.

⁶⁷ Case C-51/00, *Temco Service Industries SA v Samir Imzilyen and Others*. Reference for a preliminary ruling: *Cour du travail de Bruxelles - Belgium*. Judgment of the Court (Sixth Chamber) of 24 January 2002. Available at <<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-51/00>>.

⁶⁸ Case C-458/05, *Mohamed Jouini and Others v. Princess Personal Service GmbH (PPS)*. Reference for a preliminary ruling: *Oberster Gerichtshof - Austria*. Judgment of the Court (Fourth Chamber) of 13 September 2007, Available at <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/GA/ALL/?uri=CELEX:62005CJ0458>>.

⁶⁹ *Rainone, S.*, *Supra* note 31, 319-320.

- c) Employees already transferred or their representatives have no right to waive or to change the rights conferred on them by the Directive;
- d) Transferred employees are protected from changes in their working conditions that have occurred only due to the transfer of the undertaking.

The “lower level of protection” approach means:

- a) With respect to the working conditions of the transferred employees, the transferee may make the necessary changes to manage the undertaking;
- b) When the transferee of the undertaking modifies these terms in relation to the working conditions of the transferred employees, it has no obligation to pay compensation to the employees if they decide to change the contract after these changes.

Thus, the decisions of the ECJ regarding the full or partial transfer of undertakings and businesses are quite diverse. Obviously, the Directive, which is the main document to regulate these issues, can not be exhaustive, several provisions need to be clarified, the best way to do this is for the court to interpret and assess the norms. Georgia will also have to share this practice and be guided by defined norms in relation to the protection of employees' rights in the process of transfer of undertakings. "In parallel with the increase of the European dimension of Georgian legislation, the frequency of application of European practice and doctrine in case law must be increased."⁷⁰ It is especially important to maintain European standards, including in the process of applying the practice of ECJ.

V. Rights of Employee in the Event of the Transfer of Undertakings

5.1 Rights of an Employee to Information and Consultation

Achieving a balance of interests in employment relationships and protecting employees is also complicated by the fact that employees are not properly informed about their labour rights and protection mechanisms. Chapters 2 and 3 of the Directive are entirely devoted to the provision of safeguards to employees, including information and consultation obligations.

The transferor of the undertakings must provide the new employer with information about all the rights and obligations that will be transferred to the transferee. If such notice is not given, it will not affect the rights of any employee against the transferor or transferee of the undertaking and will not impede the transfer of rights and obligations.⁷¹

The transferor and the transferee of the undertaking have an obligation to provide information to the representatives of employees on the following issues:

- the date or proposed date of the transfer;
- the reasons for the transfer;
- the legal, economic, and social implications of the transfer for the employees;
- any measures envisaged in relation to the employees.⁷²

⁷⁰ Zahorka, H., *European Fundamental Standards – A Challenge for Georgian Lawyers from the View of the European Union, Law and the World*, #3, Dani, 2015, 7.

⁷¹ 2001/23/EC Directive, article 3.2.

⁷² Ibid, article 7.1.

Also, if there is no representation of employees, the information should be available to all employees.⁷³ This provision is important in all cases where employees do not have a representative, at that time the transferor and the transferee are bound at least with an obligation to inform in advance, and it is possible to exclude the consultation obligation.

According to the Directive, the obligation to inform about the transfer of an undertaking must be performed within a reasonable time. It is interesting to determine what is meant by "reasonable time"? It is noteworthy that the Directive does not provide a precise definition of this but based on the interpretation of the norm we can conclude that there is an obligation to inform before the transfer of the undertaking takes place and before this process directly affects the working conditions of employees.⁷⁴ The same rule applies when it comes to employee representation, when the transferor and the transferee intend to take certain measures in relation to the employees, consultations with the representatives of employees must be held within a reasonable time to reach an agreement on these measures.⁷⁵

Thus, we can conclude that like the transferor, the transferee has certain obligations regarding the provision of information. In particular, the transferor must provide information to the representatives of employees within a reasonable time - prior to the transfer - and the recipient must also provide the information to the representatives of employees within a reasonable time but necessary before, the transfer of the undertaking has a direct impact on the working conditions and employment of employees.

5.2 Change in the Terms of the Employment Contract in the Event of the Transfer of Undertakings

In the event of the transfer of undertakings, the right of the transferee to make changes in the employment contracts of employees is one of the most discussed and important topics; At this time, in all cases, the question is considered - whether the working conditions of the employees are maintained for any employee, or there are exceptions. Directive 2001/23/EC determines the fundamental principle of automatic transfer of rights and obligations of the transferee to the new owner, arising from the employment contract or the employment relationship at the time of the transfer of the undertaking.⁷⁶ the countries themselves have the right to determine how the liability will be distributed between the transferor and the transferee after the transfer of an undertaking – whether they will be individually or jointly liable for the obligations arising from the employment relationship or the employment contract. This gives countries the freedom to act, however, again and again clearly indicates the need to protect employees.

In relation to collective relations, it should be noted that the transferee, as a new employer, must ensure compliance with the conditions set out in the collective agreements.⁷⁷ This refers to collective agreements that were agreed with employees and their representatives before the expiration of the term, termination of the term, or entry into force of new collective agreements.

⁷³ Ibid, article 7.6.

⁷⁴ Colucci, M., Legal Regulation of Disclosure of Information to Employees or Prospective Employees in the European Union and in Italy, *Comparative Labor Law & Policy Journal*, 2001, 3.

⁷⁵ 2001/23/EC Directive, article 7.2.

⁷⁶ Ibid, article 3.1.

⁷⁷ Ibid, article 3.3.

It is also interesting that, even in this case, countries have the right to determine for themselves whether the fulfillment of such conditions will be restricted but this period should not be less than one year.

It is important to note that this regulation does not apply to the rights of persons with disabilities, elderly persons or employees without breadwinner regarding the benefits set out in the supplementary pension schemes of the company or inter-company supplementary pension schemes, which are not covered by state social security schemes. If such security does not take place, the country should take appropriate measures in the event unless a social package is not offered to this category of persons to protect the interests of such employees. The rights of those who, at the time of alienation, are no longer working in the undertaking and who are entitled to receive allowances due to old age and having no breadwinner should also be protected under the listed schemes.⁷⁸ It should also be noted that countries have the right to regulate this case provided for in the Directive in a different way.

Business owners may want to improve, "update", their business activities, split functions and/or services; Often this is also related to the payment of taxes, which will eventually, lead to changes in the undertaking - and eventually, the undertaking may be alienated. The transfer of undertakings may also take place during bankruptcy proceedings, that can resorted by an insolvent company to maintain a business. This issue is also covered by the scope of the Directive, that I will briefly review but, for the purposes of this paper, I will not address it in detail.

When the transferor is in a bankruptcy proceeding or is in a state of insolvency and the property of the transferor is liquidated, naturally this process is carried out under the supervision of an authorized public body; Article 3 of the already discussed directive will not apply to the complete or partial transfer of an undertaking or business in the process.⁷⁹ If in the process of bankruptcy proceedings against the transferor under the supervision of the appropriate public authority, the obligations under consideration are still applied, the country can ensure⁸⁰ that the transferor's debt arising from the employment contracts or employment relationship must be paid before the transfer takes place or the bankruptcy proceeding start, are not transferred to the transferee; Also, ensure that the transferor, transferee or person/persons performing the functions of the transferor and the representatives of employees agree on changes in the working conditions of the employees to maintain employment opportunities with the full or partial survival of the undertaking/business.

One of the most important objectives of the Directive is to ensure the continuation of working conditions in the undertaking of the transferee as they were before, at the time of the transferor. This is of great importance because, in this way, the employees do not lose the opportunity to enjoy the conditions that they were guaranteed to have by the employment contracts before the undertaking was alienated.

⁷⁸ O'leary, S., *Employment Law at the European Court of Justice Judicial Structures, Policies and Processes - Employment Protection: Struggling with Acquired Rights*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2002, 242.; See also Directive 2001/23/EC, article 3.4 (a) and article 3.4 (b).

⁷⁹ Ibid, article 5.1.

⁸⁰ Ibid, article 5.2 (a) and article 5.2 (b).

Besides, if the undertaking, business or part thereof retains autonomy, the functions and status of the representatives of employees must be maintained under the same conditions as existed before the alienation, if the necessary conditions for the establishment of the representation of employees are met.

Thus, it should be emphasized that individual and collective labour agreements that were in force at the time of the transfer of the undertaking and were concluded between the transferor of the undertaking and the employees/representation of employees are transferred to the new owner of the undertaking - the transferee who will have obligation to protect working conditions of employees. In addition, if the transfer of the undertaking causes substantial changes in working conditions to the detriment of the employee and in response, the employee terminates the employment relationship unilaterally, the latter nevertheless remains responsible for terminating the contract and the employee is entitled to claim compensation under national law.

5.3 Dismissal and Redundancy

In an employment relationship, the employer may terminate the employment relationship with the employee only in a legitimate manner, and there is a negative obligation not to terminate the employment relationship without a proper basis.⁸¹ Employment mobility is a key condition for the development of a growing economy but there are weighty, social counter-arguments in favor of protecting employees in the event of termination of employment contracts.⁸² The dismissal of employees hinders the realization of labour right as a social right, because, in this case, the person no longer has the opportunity to receive economic benefits; In addition, "in all such situations there is an unjustified restriction of the employee's rights and, as the reasonable balance of interests is violated, the employee has to make an excessive and unfair compromise."⁸³

Complete or partial transfer of undertakings, as a matter of fact, does not constitute grounds for dismissal of employees by the transferor or the transferee. In the event of the transfer of undertakings, it is impossible to dismiss employees on the basis of an existing employment contract, merely based on the fact that the undertaking has been alienated, as such action violates the principles of the Directive, the provisions of article 3, which states that "The transferor's rights and obligations arising from a contract of employment or from an employment relationship existing on the date of a transfer shall, because of such transfer, be transferred to the transferee", which, first of all, implies the obligation to continue the employment relationship defined by the employment contract, in compliance with the terms specified in the contract. Of course, the need to comply with this norm is considered only after the fact of transfer of undertakings has been established, the criteria of which we have already reviewed.

The only exception to this rule is the dismissal of employees for economic, technical or organizational purposes, which itself leads to changes in the workforce provided that these purposes give rise to the ground for dismissal independently from the transfer of undertakings and are a necessary measure for the operation of the undertaking. In such cases, countries can ensure

⁸¹ *Supra* note 50, 225.

⁸² *Herz, E.*, The Protection of Employees on the Termination of Contracts of Employment, *International Labour Review*, 69, 1954, 295.

⁸³ *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*, Collection of Articles, *Korkelia, K.* (ed.), GIZ, Tbilisi, 2011, 105.

that the dismissal does not apply to specific categories of employees.⁸⁴ If employment relationships or employment contracts are terminated because the transfer causes a substantial change in working conditions and the condition of the employees deteriorates, the employer should be held liable for the termination of the employment relationship or employment contract.⁸⁵ It is important to define what is meant by economic, technical and organizational changes (ETO reasons), because the carrying out these changes is the legitimate basis for dismissal of employees.

The presented terminology is not odd to the Georgian legislator either, article 37, I, a) of the LC provides for the possibility of termination of the contract in the presence of these circumstances. In particular, the grounds for termination of the employment contract are economic circumstances, technological or organizational changes that necessitate a reduction in the workforce.⁸⁶

Neither the European directive nor the LC of Georgia offers a precise definition of what kind of change is considered to be an economic, technological or organizational change, although Georgian case law may be quite useful for this purpose.

If we look through the decisions rendered by the Georgian courts regarding the termination of an employment relationship on organizational and economic grounds, we will see that these circumstances are in most cases associated with the reorganization process.⁸⁷ It should be emphasized that reorganization implies organizational changes but in addition to organizational changes, any other economic circumstances or technological changes are considered as grounds for termination of the employment relationship under this provision of the LC.⁸⁸ Reduction in the workforce is referred to in court decisions as downsizing. For example, in one case⁸⁹, the appellate court held: "Reorganization, even if lawful and necessary, does not always constitute a legitimate basis for dismissal of an employee. As a result of the reorganization, downsizing can be considered as one of the statutory grounds for dismissal of employees."

In one of its most recent rulings⁹⁰, the Supreme Court of Georgia clarified the essence of reorganization, which is in line with the court's established practice: "Reorganization is an internal organizational change of an undertaking/institution/organization, which can be ground for dismissal of a person only if the dismissal of the person was caused by the results of the reorganization and not directly by the reorganization process. By resolving the matter otherwise, the employer could always dismiss the employee on the grounds prohibited by law and justify this process by so-called "internal organizational change". Besides, reorganization alone should not be a basis for dismissal of an employee, since in such a case, discriminatory motives for dismissal of a person can be concealed on the basis of the so-called "reorganization"; Also interesting is another

⁸⁴ 2001/23/EC Directive, article 4.1.

⁸⁵ *Whitelaw, R. J.*, Duties to Employees Affected by a Transfer of the Enterprise: United States, Europe and Japan, *ComLab. L. J.*, 9, 1988, 573., See also 2001/23/EC Directive, article 4.2.

⁸⁶ Article 37, I, a) of LC.

⁸⁷ The Ruling of the Supreme Court of Georgia, January 13, 2014, Case No.As-905-863-2013. Available at <<http://prg.supremecourt.ge/DetailViewCivil.aspx>>.

⁸⁸ *Shvelidze Z.*, Legal Aspects of Regulation of Collective Redundancy under the Georgian Labour Code and EU Directive, *Labour Law (Collection of Articles) III*, Meridiani, Tbilisi, 2014, 4.

⁸⁹ The Decision of Tbilisi Court of Appeals, December 3, 2013, Case No.2b/4238-13. Available at <<http://library.court.ge/judgements/67212014-07-19.pdf>>. See also the Ruling of the Supreme Court of Georgia, April 10, 2014, Case No. As-18-18-2014. Available at <<http://prg.supremecourt.ge/DetailViewCivil.aspx>>.

⁹⁰ The Ruling of the Supreme Court of Georgia, April 12, 2019, Case No.As-181-2019. Available at <<http://prg.supremecourt.ge/DetailViewCivil.aspx>>.

new decision of the Supreme Court, which states that “reorganization provides a legitimate basis for dismissal of a worker if it is established that the reorganization places the employer before the necessity of dismissal of a particular employee due to economic hardship, reduction of staff and/or salaries or other objective need considering its essence”⁹¹.

It is also important to determine whether economic circumstances, technological or organizational changes must exist cumulatively or the existence of one is sufficient to substantiate the lawfulness of the dismissal. On this question, the Supreme Court pointed out that to terminate an employment contract with an employee, there must be cumulative preconditions provided by the said norm, in particular, economic circumstances, technological or organizational changes must cause downsizing.⁹² In the case of the Directive, the co-existence of these preconditions is essential as well.

In the presence of economic circumstances, or during the reorganization of an undertaking, 3 factors are checked, namely, the reason for the need for reorganization or economic circumstances (e.g., surplus of staff), the result of the need and the categories of addressees of this result.⁹³ The court also discussed in various decisions who should substantiate that dismissal is an appropriate, fair and reasonable decision for reorganization and reduction, noting that “due to the essence of the employment relationship, the employer has the obligation to prove the grounds for dismissal”⁹⁴.

Thus, with regard to the so-called ETO reasons, we can say that, on the one hand, to justify the lawfulness of the termination of an employment relationship, economic circumstances, technological or organizational changes must be present, and, on the other hand, this must be followed by a reduction in the workforce.

The mere fact of transfer of undertakings can not become a legal basis for the termination of employment contracts with employees. In addition, if the transferor reduces the workforce/dismisses employees prior to the transfer of the undertaking, it will have to pay compensation for unlawful dismissal due to staff reductions.

Often, there is a dismissal of not all but part of the workforce, mainly when the new owner - the transferee - wants to retain part of the workforce, or, in case of reorganization, can run a new business profitably, albeit with less workforce, or when the purchaser wants to make savings because s/he believes that by reducing the staff it will be possible to operate the enterprise much more efficiently and at a lower cost. In the UK there are three ways for such cases:⁹⁵ 1) the transferor can dismiss the entire workforce, and the transferee can hire any former employee; 2) The transferor can dismiss only those employees who will not be needed by a new employer,

⁹¹ The Ruling of the Supreme Court of Georgia, February 26, 2019, Case No.As-1611-2018. Available at <<http://prg.supremecourt.ge/DetailViewCivil.aspx>>. Compare with the Ruling of the Supreme Court of Georgia, March 9, 2018, Case No. As-1444-1364-2017. Available at <<http://prg.supremecourt.ge/DetailViewCivil.aspx>>.

⁹² The Ruling of the Supreme Court of Georgia, June 29, 2015, Case No.As-414-391-2014 Available at <<http://prg.supremecourt.ge/DetailViewCivil.aspx>>.

⁹³ Supra note 50, 227-228.

⁹⁴ See the rulings of the Supreme Court of Georgia in cases No. As-665-636-2016, No. As-1329-2018, No. As-1189-1109-2017. Available at <<http://prg.supremecourt.ge/DetailViewCivil.aspx>>.

⁹⁵ *Collins, H.*, Dismissals on Transfer of a Business, *Indus. L.J.* 15, 1986, 251.

while the rest will automatically move to a new employer (TUPE Regulations⁹⁶ 5) and 3) all employees may move to a new employer and then the latter can make a dismissal, if necessary.

In the event of the transfer of undertakings, in the context of the dismissal of employees, the question is also important - whether it should be considered to be an unlawful dismissal if the dismissal of employees took place before the transfer (meaning the period after which the transfer took place soon). In this regard, it is interesting to note the decision of the ECJ in the case - P. Bork International A/S v. Junckers Industrier A/S (hereinafter – Bork case)⁹⁷. P. Bork International leased the undertaking from another company, transferred the workforce - employees, and when P. Bork International terminated leasing and the undertaking ceased to operate, the employees were dismissed. The undertaking was alienated, then reopened and most of the employees were again transferred by the new owner. In this case, the main issue in question was the following: whether the obligations of P. Bork International were transferred to the new holder of the undertaking, especially with respect to employees whose employment contracts and employment relationships were terminated prior to the transfer of the enterprise. These employees had considered employees of the enterprise by the time of the transfer of the undertaking. To determine whether the ground for dismissal is merely the transfer of an undertaking, consideration must be given to the objective circumstances, in particular, the fact that the dismissal took place very shortly before the transfer date and most of the employees were transferred to the transferee. Thus, dismissal of employees shortly before the transfer of the undertaking should be considered unlawful.

VI. Approach of the Individual Member States of the European Union to the Institute of the Transfer of Undertakings (Germany)

The German Civil Code⁹⁸ (BGB) provides for the institute of transfer of undertakings and it is regulated in detail. As in most countries, in Germany the main issue of legal consideration and discussion regarding the transfer of undertakings is whether the transfer of undertakings has really taken place. The most important criterion also in this case is the maintenance of the economic independence of the undertaking. The role of the Federal Labour Court and the ECJ in assessing this issue is immeasurably large.

German law shares the provisions of the Directive and sets the same criteria for determining the transfer of undertakings. In the directive term - "economic entity" is meant to be a grouping of people or property, which is aimed at carrying out economic activities.

Part of an undertaking and business can also be considered as an economic organization/entity but it must be autonomous, it must be managed as an independent unit that provides the performance of specific functions for the whole business. This refers to any type of business, regardless of whether the owner of the undertaking is foreign or local, whether their employees have trade

⁹⁶ Transfer of Undertakings (Protection of Employment) Regulations 2006. Available at <<https://www.legislation.gov.uk/uk/si/2006/246/contents/made>>.

⁹⁷ Case 101/87, P. Bork International A/S, in liquidation v. Foreningen af Arbejdsledere i Danmark, acting on behalf of Birger E. Petersen, and Jens E. Olsen and others v Junckers Industrier A/S., Reference for a preliminary ruling: Højesteret – Denmark, Judgment of the Court (Third Chamber) of 15 June 1988. Available at <<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-101/87>>.

⁹⁸ The text is available at <https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/>.

unions. However, it should also be noted that in Germany, the rules applying to the transfer of undertakings do not apply to the alienation of shares.⁹⁹

Under German law, if the fixed assets necessary for the operation of a business/undertaking are transferred to the transferee and the activity is carried out in the same way again, it will be the transfer of the undertakings.¹⁰⁰ If there is a transfer of tangible and intangible assets and the transfer of employees, we can conclude that the undertaking retains its identity. In all other cases, to determine whether the transfer of undertakings have taken place, each case must be assessed individually, based on different criteria.

In Germany, a lot of attention is paid to whether the undertaking/business is a service provider or a manufacturer. Their distinguishing is important because, the preservation of economic identity largely depends on the workforce in the delivery of services, as opposed to manufacturing: if a company supplies a different product to a customer, the main determinant is equipment, machinery, various tools, etc. The transfer of the workforce may be considered sufficient to prove the transfer of the undertaking in sectors where economic activity does not require specific operations resources. However, there are cases when the transfer of tools and equipment may be an important component in the service sector as well. In addition, the transfer of undertakings will not take place even if the form of activity and the methods of its conduction have changed, for example, the production of shoes is now mostly done mechanically and the involvement of the workforce in this process is minimal.

The provisions of the Directive are reflected in paragraph 613a of the BGB (Bürgerliches Gesetzbuch), which regulates the rights and obligations in the event of the transfer of an undertaking and states that "If the undertaking, or part of the undertaking, is transferred to another owner on the basis of a transaction, then the latter enters into the rights and obligations arising from the existing labour relations at the time of the transfer".¹⁰¹ This applies to all existing employment relationships, regardless of the number of working hours (full-time/part-time job) and whether fixed-term or temporary employment contracts are concluded.¹⁰²

It should also be noted that the provision applies to persons who are considered as "employees" under German law. This is a general rule, specifically, the BGB norms apply to employees who, at the date of the transfer, worked in the undertaking, had short-term employment contracts, or were on parental leave, as well as to those who would not be illegally dismissed, unless the undertaking was not transferred. In the event of the transfer of undertakings, paragraph 613a of BGB does not offer protection safeguards to managing directors (Geschäftsführer), members of the board of directors of a joint-stock company (Vorstand), independent contractors, and freelancers.¹⁰³

It is important to determine whether a new employer can change employment contracts that have already been entered into with employees.

⁹⁹ *Ius laboris* – transfer of undertakings guide, *A ius laboris* publication, 2009, 103.

¹⁰⁰ *Ibid*, 104.

¹⁰¹ Paragraph 613a (1)¹ of BGB. The translation of the relevant articles of the German Civil Code is taken from *Kropholler, J.*, Teaching Commentary to the German Civil Code, 13th revised edition, GIZ, IRZ, Tbilisi, 2014, 463-464, also 450-451.

¹⁰² *Gottlieb, C.*, EU Directive on Transfers of Undertakings, Cleary Gottlieb Steen & Hamilton LLP, 2018, 13.

¹⁰³ *Supra* note 99, 105.

The first section of paragraph 613a of the BGB emphasizes that “If these rights and duties are governed by the legal provisions of a collective agreement or by a works agreement (Betriebsvereinbarung), then they become part of the employment relationship between the new owner and the employee and may not be changed to the disadvantage of the employee before the end of the year after the date of transfer.¹⁰⁴ Sentence 2 does not apply if the rights and duties with the new owner are governed by the legal provisions of another collective agreement or by another works agreement.¹⁰⁵ Prior to expiry of the period of time under sentence 2, the rights and duties may be changed if the collective agreement or the works agreement no longer applies or, where it is not the case that both parties are bound by a collective agreement in the scope of applicability of another collective agreement, the application of that collective agreement is agreed between the new owner and the employee.¹⁰⁶

In fact, we conclude that both the transferor and the transferee are liable, jointly and severally, without any limitation, for all obligations arising from the transferred employment relationship and which is arisen at the time of the transfer of the undertaking. These joint and several liabilities may be limited in relation to the obligations which arose before the transfer of the undertaking but, until the expiration of one year after the transfer of the undertaking. The transferor and the transferee cannot avoid this mandatory liability in respect of the transferred employees but can stipulate a different arrangement.

Paragraph 613a of the BGB also states that “The previous employer is jointly and severally liable with the new owner for duties under subsection (1) to the extent that they arose prior to the date of transfer and are due before the end of one year after that date.¹⁰⁷ If such duties are due after the date of transfer, however, the previous employer is only liable for them to the extent that corresponds to the part of their assessment period that ended on the date of transfer;¹⁰⁸ However, it should be noted that this regulation will not apply if, as a result of the reorganization, the legal entity or commercial partnership ceases to exist.¹⁰⁹

Besides, the new employer/transferee has an obligation to retain the additional benefits for employees that they had at the time of the previous employer, such as holiday pay increments, etc. However, It is possible that there was a benefit that the employee can have only at the time of the previous owner depending on the specifics of the job; If the transferee of the undertaking fails to offer the same to the employee, it will have to compensate the employee for the loss caused by the loss of benefit.¹¹⁰

BGB includes another provision stating that "If, on the transfer of a business by way of a lifetime transfer of property, a plot of land leased for the business that serves agricultural purposes is included, then the transferee succeeds to the usufructuary lease in place of the lessee. The usufructuary lessor must, however, be promptly notified of the transfer of business.¹¹¹ If proper

¹⁰⁴ Paragraph 613a, 1² of BGB.

¹⁰⁵ Ibid, 1³.

¹⁰⁶ Ibid, 1⁴.

¹⁰⁷ Paragraph 613a, 2¹ of BGB.

¹⁰⁸ Ibid, 2².

¹⁰⁹ Ibid, 3.

¹¹⁰ Supra note 99, 107.

¹¹¹ Par. 593a, 1 of BGB.

management of the leased property by the transferee is not guaranteed, then the usufructuary lessor is entitled to terminate the lease for cause with the statutory notice period.”¹¹²

Under German law, within the collective agreement, the transferee is obliged to continue fulfilling the terms stipulated in the collective agreement. This applies to any type of collective agreement, including one concluded with a trade union (Tarifverträge). The same terms should be offered to employees under the collective agreements that they had at the time the previous owner before the termination of the collective agreement, before the expiration of the contract term or before the entry into force of the new collective agreement, provided that the transferee does not change the terms for one year from the date of transfer.¹¹³

In general, with respect to employees, several decisions may be made: the contract may be considered terminated, the employee's refusal to continue the contract may be considered as a legitimate basis for dismissal, or the most favorable situation: the contract with the employee may be continued. German law chooses the latter.

In Germany, when the employer intends to make significant changes in the undertaking accompanied by a large reduction in the workforce, the provisions of the labour representation apply. When an employer decides to make similar changes to an undertaking, it must notify the works council and discuss the proposed changes with them.¹¹⁴

For comparison, it should be noted that German legislation in this regard is more focused on employee protection than British legislation. But both German and British law are significantly better than US law, as the European analogue provides for the automatic transfer of individual and collective labour agreements, where existing rights of employees are retained.¹¹⁵

According to the BGB, termination of the employment relationship by the new owner of the undertaking due to its full or partial transfer has no legal force, if the only basis for dismissal is the transfer of the undertaking. Termination of employment for other reasons remains unchanged¹¹⁶ (prolonged incapacity for work, serious disciplinary misconduct, reorganization, etc.). Any employee is protected from dismissal if the basis is alone transfer of the enterprise. As already mentioned, German law protects all employees, regardless of the size of the undertaking or length of service. This rule applies after the undertaking is alienated.

The provisions of the Directive on informing and consulting employees and their representatives (if any) are set out in the BGB. In particular, the new owner must notify employees affected by a transfer in text form prior to transfer. The type of information that should be provided to them is given in section 5 of 613a of the BGB. In order for the obligation to be considered fulfilled, the notification must include all the information required by the law:

1. the date or the planned date of transfer;
2. the reason for the transfer;
3. the legal, economic and social consequences of the transfer for the employees;

¹¹² Ibid, par. 593a, 2.

¹¹³ Supra note 99, 108., See also *Gottlieb, C.*, EU Directive on Transfers of Undertakings, Cleary Gottlieb Steen & Hamilton LLP, 2018, 14.

¹¹⁴ *Whitelaw, R. J.*, supra note 85, 580.

¹¹⁵ Ibid, 582. See also *Eylert, M., Schinz, R.*, Collective Agreements in Case of Transfer of Undertaking, XXII Meeting of European Labour Court Judges, National Reports, Dublin, 2014, 54., Available at <https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_dialogue/---dialogue/documents/meetingdocument/wcms_337910.pdf>.

¹¹⁶ Par. 613a 4¹ of BGB.

4. the measures that are being considered with regard to employees “¹¹⁷.

As already mentioned, under German legislation, information on the transfer of undertakings must be provided to employees, however, if they have representatives, informing employees alone will not be sufficient; There are three types of representations. According to paragraphs 111-113 of the Works Constitution Act (Betriebsverfassungsgesetz - BetrVG), the works council must be involved in the process of informing and consulting,¹¹⁸ paragraph 106 of the same act provides for notifying the finance committee (Wirtschaftsausschuss), and under paragraph 32 of Act for Committee of Representatives (Sprecherausschussgesetz - SprAuG) such a body is the committee of representatives (Sprecherausschuss).¹¹⁹

A finance committee should be formed if the company has more than 100 permanent employees. It consists of three to 7 members of the company representatives, one of whom must be necessarily a member of the works council (union of employees). This committee mainly discusses economic issues with the company owner, in addition, provides information to the works council and its purpose is to facilitate cooperation between the owner of the undertaking and the works council. They do not include persons employed in managerial positions, which is why, to protect the interests of such persons, a new representation is created - a committee of representatives, in an enterprise with more than ten employees working in the appropriate position and they are entitled to elect their own representatives.¹²⁰

If the transferred business retains autonomy and continues to operate independently after the alienation, the status and function of the representatives of employees must be maintained by the transferee. In fact, the transfer of an undertaking or business does not affect employee representation. If the full transfer of the undertaking takes place, the works council will continue its activities as usual. If only a part of the undertaking has been transferred, the works council of the transferor will maintain the transitional mandate (Übergangsmandat) for 6 months or retain the mandate (Restmandat) provided that the rights of the employees are maintained until a new works council is elected.¹²¹

Information about the measures planned by the transferor and the transferee in relation to the employees must be provided to the works council within a reasonable time. These issues should be discussed and consulted on the basis of reconciliation between mutual interests and social plan.

The member states of the European Union themselves can determine the right of the employee - not to continue working for the new employer. German law is interesting in this respect as well. The employee can appeal against the transfer of employment within one month after being informed of the circumstances specified by BGB.¹²² However, it should be noted, that the notice must be in writing and, at the same time, a complaint may be lodged against the initial employer or the new owner of the enterprise.

¹¹⁷ Par. 613 (5) of BGB.

¹¹⁸ *Richardi, R.*, Worker Participation in Decisions within Undertakings in the Federal Republic of Germany, 5 ComLab. L. 23 (1982), 43-44.

¹¹⁹ *Gottlieb, C.*, Supra note 113, 15. See also supra note 99, 110.

¹²⁰ See also supra note 99, 110-111.

¹²¹ *Gottlieb, C.*, Supra note 113, 14.

¹²² Pars. 613a, 6¹ and 6² of BGB.

If the employee does not want to continue the employment relationship with either the previous or the new employer, s/he can terminate the contract by observing the appropriate notice period. Once the employee receives the notification of the transfer of the undertaking, s/he can appeal this matter within 1 month. A written complaint may be filed with the transferor or the transferee.

It is also very important to identify the factors that employers need to consider when transferring cross-border undertakings (from another country to Germany or from Germany to another country).

If the fixed asset (e.g. real estate, equipment) are transferred in a country that is significantly further away from Germany (usually several hundred kilometers away), BGB norms may not apply. If the employment contract does not specify applicable law, the law of the transferee country shall have precedence after the transfer of the undertaking. The applicable law is still under discussion. According to the prevailing view, paragraph 613a of the BGB applies if the enterprise was located in Germany and German law was applicable to the employment contract. Also, once the undertaking has been relocated abroad, foreign collective labour agreements may be replaced by individual employment agreements. Besides, the provisions of the BGB will not apply if, as a result of relocating the enterprise abroad, it changes its identity.¹²³

Thus, in Germany, the institute of transfer of undertakings is regulated and the relevant norms are reflected in the Civil Code. In fact, the country has fully adopted the directive approaches and transposed them into national law. Given the close cooperation between Georgian and German legislators and the practice of sharing German approaches and norms in the CC, the German experience in the process of transfer of undertakings, in terms of employee protection, may be interesting and quite helpful in reflecting the provisions of the Directive.

VII. Compliance of Georgian Legislation with the Provisions of Directive 2001/23/EC

Transposition of Directive 2001/23/EC in the Georgian reality and its importance

As already mentioned, the provisions of the Association Agreement, considering the harmonization component, are binding on Georgia. They are indicated in the annex as acts to be mandatorily transformed in Georgian legislation.¹²⁴ The deadline for implementation expired in 2019,¹²⁵ according to which, by the end of 2019, the country had to regulate the cases of full or partial transfer of the undertakings or business and define the obligations of new and previous employers. It is true that this process took a long time but the obligation to reflect the provisions of the appropriate directive was considered fulfilled in the already updated action plan.¹²⁶

The paper presents a German approach where a separate law does not apply to regulate the labour rights of employees during the transfer of undertakings; The rules governing this issue are covered by the BGB, unlike, for example, the United Kingdom, where special regulations are adopted in

¹²³ Supra note 99, 115-116.

¹²⁴ Article 426 of the Association Agreement; See also *Maisuradze, D., Sul Khanashvili, E., Vashakidze, G.*, supra note 11, 26.

¹²⁵ The 2018-2020 Action Plan of the Committee on European Integration of the Parliament of Georgia, 34, Available at <<http://www.parliament.ge/uploads/other/85/85952.pdf>>.

¹²⁶ The 2019-2020 Action Plan of the Parliament of Georgia for the Implementation of the EU-Georgia Association Agreement, 25. Available at <<http://www.parliament.ge/ge/ajax/downloadFile/116187>>.

the context of the transfer of undertakings, known as the TUPE Regulations. It is to be considered that Georgian Parliament upheld the draft Organic Law on Amendments to Labour Code¹²⁷, where article 50 is added regulating certain aspects of transfer of undertakings. It certainly is to be welcomed that the Parliament by third hearing adopted the mentioned amendments and it is important step forward towards the protection of employees' rights.

Structural, organizational or other changes in enterprises are an accompanying process of doing business, owners are changing, the financial capital of companies are increasing or decreasing, etc. However, even when enterprises are alienated in this process, employees have rights, and their protection is direct obligation of both the previous owner and the new owner - transferee. Recent changes in the LC have significantly improved the situation of the "weak party"- employees in terms of labour rights; With all the legislative changes, the interests of the business sector - employers have been more or less taken into account, however, the country is facing a major challenge in terms of the realization of labour rights. Unfortunately, many of the norms are, in fact, ineffective. Employers often disregard several LC norms that offer protection guarantees to employees, who either start a legal dispute to restore the violated rights, or even refuse to initiate a dispute, leaving the feeling that the state fails to protect their labour rights as necessary. On the other hand, the state considers the right to the protection of employment as a constitutional right. According to article 26 of the Constitution, freedom of labour shall be guaranteed.¹²⁸ It is important to determine the content of the constitutional norm. The Constitutional Court of Georgia interpreted the constitutional provision in accordance with the purpose of the norm, in the connection with the principle of the social state and "considered not only the right to choose a job within the content of the constitutional right but also the right to perform, maintain and give up this job, to be protected from unemployment and such regulation that directly envisages or allows unjustified, arbitrary and unfair dismissal"¹²⁹. As it is seen, the Constitutional Court, by this interpretation of a norm, rejects its purely formal content, that must be regarded as a reasonable approach; It should also be noted that such an interpretation is fully in line with the purpose of article 1 of the European Social Charter. The state is obliged to take care of employment, its maintenance and effective realization of the right to work.

The state should create certain legal mechanisms to protect employees. One of such mechanisms is the transposition of international norms regulating the protection of employees' rights in LC and the legal acts regulating employment relationship and as stated above the first steps are made in this direction though the new regulations are to be still effectively implemented. The decision of the Supreme Court of Georgia on this issue is interesting, stating that in the context of protection of employees' rights, the most important are the international acts that protect employees from dismissal without prior notice and without any substantiation.¹³⁰ As already mentioned, the Directive provides for the protection of employees against dismissal only on the ground that the undertaking has been alienated and as one of the fundamental principles also provides for the obligation to inform and consult with them and their representatives. Moreover, the Supreme Court held in another decision: "There is no doubt that the freedom of labour is, in a broad sense,

¹²⁷ Available at <<https://info.parliament.ge/#law-drafting/20311>>. The text of the Law in force is available at <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/1155567>>.

¹²⁸ Article 26 of the Constitution.

¹²⁹ 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.

¹³⁰ The Decision of the Supreme Court of Georgia, October 19, 2010, Case No.As-549-517-2010. Available at <<http://prg.supremecourt.ge/DetailViewCivil.aspx>>.

directly related to human dignity and free development."¹³¹ These decisions also clearly indicate the declared intent of Georgia to ensure labour rights and freedom of labour of employees. To achieve this, it is necessary to share European standards.

Here, it is important to determine whether the country will be able to modify these norms. According to the general principle, "since labour law [favors] the more vulnerable party to the contract and sets minimum standards, their modification is permissible only in favor of the employee"¹³² under the directive, states should implement its provisions, that is for the benefit of the employee.¹³³

In addition, the transfer of undertakings is one of the components of business activities, so it is very timely to reflect the changes in the LC, especially when several cases of transfer of undertakings have already been observed in Georgia. As already mentioned, the amendments to the LC is upheld by the Parliament of Georgia, among other things envisages the addition of article 50 to the Code, which deals with the transfer of undertakings. In general, this article shares the principled approaches of the Directive but it is important to discuss each provision.

Under article 50, I a) of the draft law, the transfer of an undertaking is interpreted as follows: Transfer of undertaking, business or part of undertaking or business to another employer including the transfer of economic activities when its identity and/or substantial similarity is maintained and that includes the organized grouping of resources for carrying out primary as well as an ancillary economic activity". I think, under the given wording, the transfer of an undertaking is considered too broad and implies any transfer of the undertaking to another employer, including the transfer of economic activity when the identity of the undertaking is maintained. In this wording, it is problematic to use the term "including". The full or partial transfer of undertakings for the Directive and the LC should be interpreted somewhat narrowly. In particular, it is not justified to consider any transfer of an undertaking or part of it to another employer as a transfer of an undertaking but it must involve only transfer of an economic entity/object that has retained its identity, the organizational grouping of resources that ensures doing economic activity, regardless it is primary or ancillary. In addition, I think, for more certainty, it would be better to specify in the definition part whether it is possible to alienate an undertaking, business or their parts to another employer through a merger.

Subparagraphs (b) and (c) of the provide for the definition of the subjects in the transfer of undertakings and use the terms "transferor" and "transferee" undertaking, which may be any natural or legal person, or an association of persons that lose or acquire the status of employer. From this record it is unclear whether the term "legal entity" refers to a legal entity under public law. It is vague from this wording whether mentioned concept of the legal person implies legal entity under public law. It is important to clarify that in the case of legal entities under public law, the rules governing the transfer of undertakings do not apply to the transfer of public/administrative functions.

¹³¹ The Ruling of the Supreme Court of Georgia, October 2, 2014, Case No.As-106-101-2014. Available at <<http://prg.supreme.court.ge/DetailViewCivil.aspx>>.

¹³² *Kereselidze, D., Adeishvili, L.*, Draft Labour Code of Georgia and Some Basic Principles of Labour Law in Continental European Countries, *Georgian Law Review*, No. 6/1, 2003, 10.

¹³³ *Rainone, S.*, *Supra* note 31, 312.

The most important legal guarantee for the protection of employees, which is reflected in the LC, is that it is inadmissible to terminate the employment contract by the transferor of the undertaking or the transferee of the undertaking on the basis of the transfer of the undertaking. However, this provision does not apply in all cases, the employment contract may be terminated observing the relevant preconditions in case of presence of the so-called ETO reasons, which imply the existence of economic circumstances, technological or organizational changes that make it necessary to reduce the workforce. In this part the LC will be in compliance with the Directive and the ECJ standards.

Here, it was very interesting how the Georgian legislator would distribute the liability between the transferor and the transferee of the undertaking for the obligations arising in the event of full or partial transfer of the undertakings. On the one hand, it should be noted that, in this part, no binding reservation is made by the directive and countries are given the freedom to act. This was reflected in sections 3 and 10 of article 50 of the LC - on the date of transfer, the rights and obligations arising from the current employment relationship are fully transferred to the transferee of the undertaking, on the other hand, even if there is a termination of the employment contract, the transferee of the undertaking will be liable if the employment contract is terminated on the ground that the transfer involves a change in working conditions to the detriment of employees.

It was very important to prescribe safeguards regarding notifying by the transferor of the undertaking to the transferee of the undertaking about the rights or obligations from the employment relationship. It was determined that the transfer of these rights or obligations is not excluded even in case of failure to notify. I think this means of protection will help the employee to exercise his/her rights even if such notification is not made, it will not affect the right of any employee against the transferor or transferee of the undertaking.

Sections 5 and 6 of article 50 of the LC apply to a collective agreement and stipulate that, before the expiration of the collective agreement, its early termination or the entry into force of a new collective agreement, the transferee is obliged to comply with the terms of the collective agreement in such a way they applied to the transferor of the undertaking. Prescribing the obligation to comply with the terms of collective agreements is a step forward. It is interesting that countries had the freedom to determine the limitation of such conditions but the term of this restriction could not be less than one year. According to the Georgian model, the present obligations are valid for 1 year from the date of transfer of the undertaking.

Notifying information about the transfer of the undertaking to the union of employees is the most important record. Transferor and transferee of undertakings are obliged to inform the union of employees representing the employees about the date of transfer of the undertaking, the reasons for the transfer of the undertaking, the legal, economic and social consequences for the employees as a result of the transfer and also inform about any measures taken in relation to the employees. The absence of a union of employees will not impede the implementation of this rule and, in such a case, the information will be provided to the employee himself/herself or his/her representative. The exact time at which such notification should be made is not specified in the Directive, although such a period is considered to be a "reasonable time", and the LC states that the provision of this information by the transferor of undertaking must take place 30 days before the transfer of the undertaking. The transferee is also obliged to provide this information to the union of employees within a reasonable time but, not less than 30 days before the transfer of the

undertaking will affect the working conditions of the employees. The same time periods apply in cases of consultation with employees regarding the measures to be taken.

The transfer of undertakings may be carried out during bankruptcy proceedings, the way which can be used by an insolvent company to maintain the business. Appropriate amendments to the LC also address this issue and it does not apply to cases of transfer of an undertaking in the event of insolvency of the undertaking within the scope of the Law of Georgia on Insolvency.

This particular part of the amendments to LC does not mention the obligation of the new employer/transferee of the undertaking to maintain the additional benefits (if any) for the employees that they had at the time of the previous employer. If the benefit is not maintained, nothing is said about the possibility of receiving compensation. I think in case of transfer of the undertaking it would be good to regulate this issue as well, with a special norm for offering comprehensive protection guarantees to the employee.

The appropriate article of the LC does not explain in which cases the economic activity carried out before and after the transfer of the undertaking, business or part thereof is similar, which is a relevant factor in determining the identity of the economic entity. However, it should be so, it is the prerogative of the judge, not the legislator to assess this. Indeed, such issues must be clarified through case law.

As I have already mentioned, the directives in general, including Directive 2001/23/EC mentioned in the Association Agreement, are mandatory and binding on Georgia. Sharing and implementation of the labour standards and fundamental principles of the European Union is necessary not only because otherwise Georgia's integration into the European Union might be hampered but also, first and foremost, because the state has a positive obligation to guarantee decent working conditions and labor rights of employees. Harmonization of European standards with Georgian legislative norms is necessary to ensure the further development of the country, as well as to protect the participants of labour relationships. As mentioned above, it is necessary to introduce the necessary mechanisms for the enforcement of the law and ensure their effective functioning.

This is a long-term process and will ultimately help to create legal guarantees for employees in the process of transfer of undertakings, regulate labour market requirements taking into account the interests of employers.

VIII. Analysis of Georgian Judicial Practice - Findings and Problems

There have been several cases of transfer of undertakings in Georgia but due to the fact that the provisions of Directive 2001/23/EC were not reflected in the Georgian legislation, and there were no effective legislative standards for protecting rights of employees in this process, there are no well argued cases. In some cases, some employees have even filed a lawsuit to protect their rights. The fact of transfer of undertakings already indicates that the issue needs legal regulation and there is a risk of violation of employees' rights in this process. In addition, full or partial transfer of an undertaking or business is often used by employers as a basis for dismissal of employees, which is unlawful, thus to ensure the protection of employees' labour rights, transposition of the provisions of the Directives in national law was initially important.

In recent years, there have been cases of dismissal of employees after the transfer of undertakings, as already mentioned, although the court practice in this regard is very limited. For example, the network of hospitals "Evex" purchased/merged clinics, as a result of which several employees were fired (for example, "Avante" clinic, "Iashvili Children's Hospital" - 87 employees were dismissed), Silknet purchased Geocell, Bank of Georgia bought Tao Privat Bank, TBC Bank purchased Constanta Bank. Neither a legal study of these cases of transfer of undertakings, in terms of protection of employees' rights, has not been carried out, nor a legal dispute has been filed, so it is difficult to talk about these cases. However, we can discuss a very important - the so-called JSC "Rustavi Azot Case",¹³⁴ that, in fact, is the only one in which a decision was made about the transfer of undertakings.

A detailed review of this case, an analysis of the factual circumstances of the case, and an assessment of the court's decision are necessary to better understand the importance of protecting employees' rights in the context of transfer of undertakings for Georgia, albeit on the example of European employment standards.

The plaintiffs in this dispute were 56 dismissed employees, who claimed from the defendants - JSC "Rustavi Azot", "Rustavi Azot" Ltd and JSC "EU Investments" - to annul the dismissal decisions, reinstate them, to compensate for lost earnings and penalty. The case was heard in the city court and subsequently appellate court, and both of them satisfied the plaintiffs' claims.

The plaintiffs have been employed by Rustavi Azot Ltd since 2015. They had an employment contract with the enterprise for an indefinite term.

In 2016, the entire property of Rustavi Azot Ltd was sold and purchased by JSC EU Investments, which in 2017 transferred the undertaking to JSC Rustavi Azot to manage on the basis of a lease agreement. The defendant did not acknowledge the claim and stated that the plaintiffs were not in an employment relationship with them, they had concluded open-ended employment contracts with Rustavi Azot Ltd, while JSC Rustavi Azot and JSC EU Investments are neither the legal successor of Rustavi Azot Ltd, nor the successor in title, therefore, they have not made any decisions on termination of the employment relationship with the plaintiffs and are not they responsible for their reinstatement.

First of all, the issue has to be divided into two parts: 1) whether the undertaking has been alienated/transferred and 2) whether it is legal to dismiss the employees.

It should be noted that neither the City Court nor the Court of Appeals resolves the matter with reference to the already discussed Directive specially regulating this area that is natural because the relevant provisions of the Directive have not yet been implemented in the appropriate legislation. However, reasoning of the court indirectly indicates that in the process of transfer of undertakings, employees have rights and the change of the owner should not lead to their dismissal.

¹³⁴ Decision of the Rustavi City Court of March 28, 2018 in the case No .2-542-17. This decision was appealed before the Court of Appeals and then before the Supreme Court. The dispute was ended in all three instances in favour of the dismissed employees, represented by the Georgian Trade Unions Confederation; They applied to the Georgian National Bureau of Enforcement with a request to enforce the decision. The material is available at <<http://gtuc.ge/56-mosarchelis-saqme-rustavis-azotis-winaarmdeg-sabolood-dasrulda/>>.

I think this case is a typical case of "transfer of undertakings" but to determine this fact it is necessary to consider whether in this case there were the criteria established in the so-called Spijkers Case; However, as already mentioned, these characteristics are one of the determining criteria for the final evaluation and can not be given an independent significance for determining the identity of undertakings.

The determining element of the process of transfer of undertakings is the conduction of entrepreneurial activities in the legal form prescribed by law; In this case, the defendants were entrepreneurial entities defined by the Law of Georgia on Entrepreneurs, therefore, we had the first criterion of the "Spijkers test" - the type of economic activity.

The transfer of tangible and intangible assets is essential to prove the transfer of undertakings; In the present case, it is revealed that JSC "EU Investments" fully acquired the property owned by Rustavi Azot Ltd, including all tangible assets – immovable and movable property, production equipment, as well as intangible assets. Accordingly, the second and third criteria of the "Spijkers test" are in sight.

Also, the fourth criterion is met, namely, the majority of the staff of Rustavi Azot Ltd was transferred to the new owner. Due to the nature of the activity of the undertaking, the transfer of the consumer segment cannot be considered as a relevant feature because the enterprise was oriented on the manufacture of the product.

Another criterion is met, too - the similarity of the economic activities carried out before and after the transfer. The lease agreement, which transferred the enterprise to JSC Rustavi Azot to manage, stated that the purpose of the lease object was to use the undertaking for the identical activities carried out by Rustavi Azot Ltd at the time of concluding the agreement.

The last criterion is also met, namely, that the production activity has been continued uninterruptedly. The purpose of concluding lease agreements was to maintain the continuity of the production process and the profile of the enterprise. The new owners have not made any functional or structural changes to the existing positions in the undertaking.

The Court pointed out that, for the purposes of the employment relationship, the entity acquiring or managing the undertaking is the legal successor of the previous employer, which itself follows from paragraph 1⁵ of article 6 of the LC. "Reorganization of the enterprise is the basis for the origin of legal succession, which means the transfer of rights and obligations arising before the reorganization to the undertaking created as a result of the reorganization. According to paragraph 1⁵ of article of the LC, for the purposes of labour relations, the transfer of ownership or use of the assets of the enterprise is considered as a fact equal to the reorganization of the enterprise." The court considered JSC Rustavi Azot as the legal successor of the previous employer.

Here, one problem may arise: as we have already mentioned, there is a case of transfer of undertakings, considering that JSC Rustavi Azot is the transferee of the undertaking, which may be substantially different from the successor. "Succession means the full transfer of the rights and obligations of a predecessor, as a result of which the successor is liable to creditors in the same way as his predecessor." However, under the Directive, the transferor and transferee are liable

jointly and severally for all obligations arising from the transferred employment relationship at the time of the transfer of the undertaking.

The analysis of this decision gives us reason to believe that the court correctly assessed these circumstances, pointing to, for example, the transfer of assets, the continued operation of the undertaking and the identity of these activities. However, it must be understood that this is the case of transfer of undertaking and proving this fact has substantial importance when determining the rights and obligations of the transferor and the transferee.

As for the second issue - the assessment of the lawfulness of the termination of the employment relationship, the court indicated that two circumstances had to be established: 1) specifically which norms prescribed in the LC were violated by the plaintiffs; 2) whether the termination of the employment contract was an adequate measure of the violation committed. In interpreting the right to work, the Court, alongside various international norms, referred to the Convention No.158 on Termination of Employment¹³⁵ adopted by the International Labour Organization in 1982 and applied the principle of " valid reason" according to which employment of a worker shall not be terminated unless there is a valid reason for such termination relating with the capacity or conduct of the worker or based on the operational requirements of the undertaking, establishment or service.

The court referred to article 54 of the Civil Code of Georgia¹³⁶ (CC) and noted that the order of termination of the employment relationship with the plaintiffs was null and void because, according to this norm, a transaction that violates the rule and prohibitions established by law or contravenes to public order or principles morality is void. It also pointed to the principle of exercising rights in good faith, which in labour relationships implies fair treatment of employee's interests. The court imposed the annulment of the dismissal decision only on JSC Rustavi Azot. To assess who is responsible for the dismissal of employees, we must consider the following: who had the authority to decide on the dismissal of plaintiffs, when the dismissal took place - before or after the transfer of the undertaking. It seems from the case that, at the time of termination of the employment relationship, JSC "EU Investments" was the owner of the property of the undertaking, although this fact alone does not indicate the need to distribute this liability between it and JSC Rustavi Azot. On the contrary, JSC "EU Investments" did not participate in the management of the enterprise's property and processes and did not make decisions on the dismissal of the plaintiffs. As for Rustavi Azot Ltd, it had already terminated the lease agreement and no longer participated in the management of the undertaking. In view of this, it is fair to make a claim against JSC Rustavi Azot to annul the decision on the dismissal of employees.

The circumstances of the case also revealed the fact that the employees were not notified of the grounds for dismissal. The court did not discuss in detail the significance of the notice in its decision. Here, it is also clear how important it is to reflect the provisions of the Directive in legislation to protect employees. As already mentioned, in the event of the transfer of the undertaking, both the transferor and the transferee have certain obligations regarding the provision of information. In this case, it should have been the subject of discussion whether the previous employer - Rustavi Azot Ltd and also JSC EU Investments - had the obligation to inform the employees. It is clear that when dealing with a case of transfer of undertakings, the transferor

¹³⁵ The text is available at <https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C 158>.

¹³⁶ №786 Law of 1997. The text is available at <<https://matsne.gov.ge/document/view/31702?publication=111>>.

must provide the employees and their representatives (if any) with information about the transfer within a reasonable time and also with regard to the negative consequences expected for them. This issue is not addressed in the court decision but it should be considered substantive in the process. Although the court satisfied the claim against JSC Rustavi Azot in all parts, it also stated in the decision: "The purchaser of the undertaking is an entrepreneurial entity and is entitled to take measures necessary to improve the efficiency of [its] entrepreneurial activities, which may include staff reorganization of the undertaking, reduction of the number of employees or functional changes of employees." Nevertheless, we can not generalize this reasoning on cases of the transfer of undertakings. An entrepreneurial entity is not restricted to improve entrepreneurial activity but it can not reduce the number of employees just because of the fact that the undertaking was alienated. This is a very important aspect. This is what protects employees in the event of a change of owner and guarantees their labour rights. The only exceptions are organizational, economic and technological changes, which may necessitate a reduction in the workforce.

Thus, this case is the only one that has been heard about this matter by the court at this stage, however, as a result of the transfer of undertakings, cases of violation of employees' rights have been reported so far. As I have already mentioned, the acquisition of the clinics by Evex resulted in the dismissal of the employees; Organizational changes were named as the reason for the dismissal. Each circumstance needs to be investigated, including whether the employees were notified, whether there was really a case of transfer of undertakings, whether the reason for dismissal was organizational changes or only the "fact of transfer". Therefore, the role of the court in these processes is immeasurably large. Scanty case law does not mean that such cases do not occur in Georgia or that a change of owner has never led to the dismissal of employees; This indicates that regulating this issue at the legislative level will guarantee a higher level of labour rights protection in favor of employees. To ensure that employees maintain their own labour guarantees in the event of the change of ownership, it is necessary to share European practice, the approaches of the ECJ. We already have an international legal obligation undertaken by the Association Agreement, which is why "there is a sufficient basis for the courts to interpret the legislation updated based on the reception of *acquis communautaire* in the context of its primary sources, thus facilitating fulfillment of international obligations undertaken by Georgia and consistent European integration"¹³⁷.

The Georgian court, in turn, should facilitate the fulfillment of international obligations, give a more comprehensive assessment of the importance of protecting employees in the process of transfer of undertakings, pay more attention to the rights of the "weak party" in this relationship and, at the same time, take into account the obligations of the employer (transferor and transferee). This, in turn, will contribute to the protection of labour rights to a high standard.

Conclusion

In conditions of modern society and development of free entrepreneurship, changes are observed in almost all spheres of employment, new labour market demands have emerged, enterprises are undergoing structural reorganization, modernization, renewal, which is often accompanied by the dismissal of employees, recruitment of new staff, etc. Against the background of these processes, the protection of labour rights has gained special importance. They are closely connected with the realization of other human rights, as well as with the economic and trade policy of the state.

¹³⁷ Maisuradze, D., Sulkhaniashvili, E., Vashakidze, G., supra note 11, 27.

European states have developed special regulations to protect employees in the event of changes in undertakings, which provide employees with several legal safeguards in the event of a change of owners of undertakings.

This paper has examined the legal status of the employee, the "weak party" in employment relationships, the rights provided for in European Union Directive 2001/23/EC, the obligations of previous and new employers, in the event of full or partial transfer of undertakings and businesses.

The paper has discussed the protection of labour rights as an integral part of the overall European integration policy. In this context, special attention is paid to the Association Agreement, the annex to which defines the implementation of the appropriate provisions in national law. The European Union directives related to employment law have already been given great importance, which is evidenced, first of all, by the fact that several directives must be transposed in the Georgian legislation. "In accordance with the Association Agreement, Georgia should transform the appropriate acts into domestic law, after which they will become an integrated part of national legislation."¹³⁸ The European Union requires Georgia to set minimum standards in the area of employment, although the paper has also noted that countries can determine for themselves whether to create more protection safeguards for respective parties. Unfortunately, in Georgia, the implementation of European Union norms is constantly considered as an instrument of influence on the entrepreneur, the business sector. Despite the establishment of a tripartite social partnership commission and the positive steps taken recently by the state, a large part of employers view these changes as a "new threat", an unnecessary expense that, of course, should not be considered as reasonable. On the contrary, the purpose of reflecting international norms in the legislation is primarily to solve problems in the labour market, including balancing the legitimate interests of employers and employees, which will ultimately lead to improving not only the country's social but also economic policy.

The paper also underlined the obligation to comply with the norms of the European Social Charter but noted that it is advisable for Georgia to reconsider its policy of recognizing unrecognized clauses, as these provisions are already becoming mandatory for Georgia.

The paper emphasizes that the protection of employees' rights is a priority for European law in the event of full or partial transfer of undertakings and businesses.

Much attention has been paid to the practice and specific interpretations of ECJ. In addition, specific decisions made by the Georgian courts have been discussed, however, it should be especially noted the only case on this topic - the so-called "Rustavi Azot" case. As a result, it can be concluded that in court decisions it is necessary to more often apply European doctrine and the decisions of the ECJ on the full or partial transfer of undertakings and businesses, which explain in detail the separate provisions of Directive 2001/23/EC, substantiates what are the cases of transfer of undertakings, which criteria should be met at this time, when employees should be provided with information, when and in what form consultations should be held with their representatives, how the liabilities of the previous and new owners can be distributed, etc. The paper noted that the policy of approximation with European legislation implies further refinement of judicial practice, although "it is important that the European standard is thoroughly maintained in the

¹³⁸ *Samkharadze, I.*, Harmonization of Legal Systems: EU and Georgia, *Journal of Law*, No. 1, 2015, 325.

process of interpretation and application of the norms."¹³⁹ For the enforcement of the enacted provisions, it will be particularly important to interpret the appropriate provisions of the Directive in the context of the practice of the ECJ.

As a result of the facts and reasoning presented in the paper, we also conclude that, in the event of full or partial transfer of undertakings or businesses, the person considered to be the transferee of the undertaking/business assumes all the obligations imposed on the previous employer - transferor under the employment contract or employment relationship.

The paper analyzed the specific rights of employees in the event of transfer of undertakings, including the right to consultation and information, in particular, before the full or partial transfer of an undertaking or business, relevant employees or their representatives should be provided with information on the reason, date, expected economic and social consequences of the transfer and about the measures to be taken. There is also discussion about the change of the terms of the employment contract, and it is clarified that if, with the transfer of undertakings, the working conditions deteriorate and the employment contract is terminated because of this, the employer should be held liable.

The paper emphasized that the termination of the employment relationship with an employee due to the transfer of undertakings lacks a legal basis. The grounds for dismissal must be legitimate, corresponding with the purposes of the law, necessary, employees must be able to exercise all the rights granted to them. If there are no economic, technological or organizational reasons, the employee has a legitimate right to maintain employment. For a detailed explanation of the reasons listed, the paper cites some particularly important decisions of Georgian courts that need to be taken into account. It is unequivocally welcome to add a separate article regulating the transfer of undertakings to the LC. The regulation of this legal institute at the legislative level ensures that the employer does not use the transfer of undertakings as a basis for dismissal of employees, i.e. to prove the legality of dismissal, the real reasons of the need of the undertaking or its services must be proved. It is also clear from the analysis of the existing case law that in some cases the employer creates circumstances as if the reorganization of the undertaking is necessary and for this reason terminates the contract or employment relationship with the employees. The transfer of undertakings can also be used for the same purposes; That is why the rights and obligations of the parties to the employment relationship must be precisely defined.

This paper discusses the German approach for comparison and the corresponding legislative regulation, which presents an example of one country, in what form and how is the legal institute of transfer of undertakings is given legislation, that may be useful for Georgia.

Despite the declared intention to protect the labour rights of employees, the existing legislative space still fails to achieve its goal because there is a serious problem with the enforcement of labour rights. It will be important that the provisions governing the transfer of the undertaking are not merely formal in nature and are fully fulfilled by the transferor and the transferee in the event of the transfer of the undertaking, including the obligations of termination of the employment contract, informing and consultation.

¹³⁹ *Maisuradze, D., Sulghanashvili, E., Vashakidze, G.*, supra note 11, 16.

The new Constitution of Georgia stipulates that the constitutional bodies shall take all measures within the scope of their competences to ensure the full integration of Georgia into the European Union and the North Atlantic Treaty Organization.¹⁴⁰ This constitutional provision is another clear confirmation that European integration is a priority for the country. That is why the goals and objectives of the Association Agreement should be understood at the level of state policy, and the adoption and enforcement of European labour standards will facilitate the creation of decent working conditions in the country and improve the situation of employees.

From all the above, the obligations of the state can be summarized as follows:

- It is necessary to introduce European standards in the legislation of Georgia however, this should be done step by step, taking into account the purposes of the norms, consistently;
- The state should ensure the creation of a favourable mechanism to achieve a fair balance between the legitimate interests of the employee and the employer, the conduction of this process is of great importance in a regime of social dialogue;
- The state should take several positive steps to ensure that employees enjoy their rights - not to be dismissed illegally, to be properly informed and consulted;
- Based on the above reasoning, critical analysis, comparative legal analysis, it can be said that proper regulation of labour relationships in the event of the transfer of undertakings, development of court practice, including active reference to the decisions of the ECJ is an important part of Georgia's European path.

Bibliography

1. *Bejan, F.*, The European Law regarding the Impact of Merger on Employees' Rights, Romanian Journal of European Affairs, Vol. 13, No. 2, 2013;
2. *Buggy, P.*, Transfer of Undertakings Law: Back to Confusion, Northern Ireland Legal Quarterly, Vol. 52, No. 1, 2001.
3. *Chachava, S.*, Competition of Claim and Grounds for Claim in Private Law, Dissertation for the academic degree of Doctor of Law, *Iv. Javakhishvili* Tbilisi State University, Faculty of Law, Tbilisi, 2010;
4. *Chachava, S.*, Recommendations for Improvement Current Legislation via Judge-Made Law Related to Cancellation of Employment Contracts of Fixed and Unlimited Duration, Employment Law (Collection of Articles) I, Meridiani, Tbilisi, 2011;
5. Georgian Labour Law and International Labour Standards, *Bakakuri, N., Todria, T., Shvelidze, Z.*, (eds.), International Labour Organization, Georgia, 2017;
6. *Collins, H.*, Dismissals on Transfer of a Business, *Indus. L. J.* 15, 1986;
7. *Colucci, M.*, Legal Regulation of Disclosure of Information to Employees or Prospective Employees in the European Union and in Italy, *Comparative Labor Law & Policy Journal*, 2001;
8. *Davies, P.*, Transfers of Undertakings - Preliminary Remarks, *Sciara, S.* (ed.), Labour Law in the Courts, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2011;
9. *Kasradze, L.*, Minimum Obligation of State and "Valid Reason" Principle in Case of Dismissing an Employee: Standard of International Labour Organization, International

¹⁴⁰ Article 78 of the Constitution of Georgia.

- Standards for Human Rights Protection and Georgia (Collection of Articles), *Korkelia, K.* (ed.) GIZ, Tbilisi, 2011;
10. Deepening EU–Georgian Relations, *Emerson, M., Kovziridze, T.* (eds.), Second edition, CEPS, Brussels, Tbilisi, 2018;
 11. *Eide, A., Krause, C., Rosas, A.*, Economic, Social and Cultural Rights: A Textbook, Second Revised Edition, 2001;
 12. European Commission, Directorate-General for Employment, Social Affairs and Inclusion, Labour law and working conditions. Social Europe guide, Volume 6, February, 2014;
 13. *Eylert, M., Schinz, R.*, Collective Agreements in Case of Transfer of Undertaking, XXII Meeting of European Labour Court Judges, National Reports, Dublin, 2014;
 14. *Gottlieb, C.*, EU Directive on Transfers of Undertakings, Cleary Gottlieb Steen & Hamilton LLP, 2018;
 15. *Herz, E.*, The Protection of Employees on the Termination of Contracts of Employment, *International Labour Review*, 69, 1954;
 16. *Ius Laboris* – Transfer of Undertakings Guide, *A ius laboris* publication, 2009;
 17. *Kardava, E.*, Development of Labor Relations Law on the Background of Euro-Integration Processes, *Journal of Law No. 1*, Publishing of *Iv. Javakishvili* Tbilisi State University, Tbilisi, 2016;
 18. *Kardava, E.*, EU Labour Standards in Georgian Law and Practice, Fountain Georgia, Tbilisi, 2018;
 19. *Kereselidze, D., Adeishvili, L.*, Draft Labour Code of Georgia and Some Basic Principles of Labour Law in Continental European Countries, *Georgian Law Review*, No. 6/1, 2003;
 20. *Kristinsdóttir, H.*, The Safeguarding of Employees’ Rights Arising from Collective Agreements in the Event of Transfers of Undertakings -Balancing the Tension between Employees’ and Employers’ Interests, *Lund University Faculty of Law*, 2014;
 21. *Lamponen, H.*, The Principle on Employee Protection in a Merger and a Transfer of an Undertaking, Helsinki University Print, Helsinki, 2008;
 22. *Laulom, S.*, The European Court of Justice in the Dialogue on Transfers of Undertakings: A Fallible Interlocutor?, *Sciara, S.* (ed.), *Labour Law in the Courts*, Hart Publishing, Oxford, Portland, Oregon, 2011;
 23. *Maisuradze, D., Sul Khanashvili, E., Vashakidze, G.*, EU Private Law – Judgements and Materials, German Corporation for International Cooperation (GIZ), Tbilisi, 2018;
 24. *O’leary, S.*, Employment Law at the European Court of Justice Judicial Structures, Policies and Processes - Employment Protection: Struggling with Acquired Rights, Hart Publishing, Oxford, Portland, Oregon, 2002;
 25. R198 - Employment Relationship Recommendation, 2006 (No. 198) Recommendation concerning the employment relationship. <https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NOR_MLEX_PUB:121_00:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312535>;
 26. *Rainone, S.*, Labour rights in the Making of the EU and in the CJEU Case law: A Case Study on the Transfer of Undertakings Directive, *The Author(s), Lab. L. J. Vol. 9(3)* 299–325, 2018;
 27. *Richardt, R.*, Worker Participation in Decisions within Undertakings in the Federal Republic of Germany, *5 Comp. Lab. L.* 23 1982;
 28. *Samkharadze, I.*, Harmonization of Legal Systems: EU and Georgia, *Journal of Law*, No. 1, 2015;
 29. *Shvelidze, Z.*, Characteristics of the Legal Status of the Employee According to the Labor Code of Georgia, *Employment Law (Collection of Articles)*, I, Meridiani, Tbilisi, 2011;

-
30. *Shvelidze, Z.*, Legal Aspects of Regulation of Collective Redundancy Under the Georgian Labour Code and EU Directive, Labour Law (Collection of Articles) III, Meridiani, Tbilisi, 2014;
 31. The 2018-2020 Action Plan of the Committee on European Integration of the Parliament of Georgia;
 32. Article in The Times (London), Date of Transfer of Undertaking, June 9, 2005;
 33. The 2019-2020 Action Plan of the Parliament of Georgia for the Implementation of the EU-Georgia Association Agreement;
 34. *Valdés Dal-Ré, F.*, Transfers of Undertakings: An Experience of Clashes and Harmonies Between Community Law and National Legal Systems, *Sciara, S.* (ed.), Labour Law in the Courts, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2011;
 35. *Whitelaw, R. J.*, Duties to Employees Affected by a Transfer of the Enterprise: United States, Europe and Japan, *Comp. Lab. L. J.*, 9, 1988;
 36. *Zahn, R.*, The Court of Justice of the European Union and Transfers of Undertakings, 6 *Eur. Lab. L. J.* 72, 2015;
 37. *Zahorka, H.*, European Fundamental Standards – A Challenge for Georgian Lawyers from the View of the European Union, *Law and the World*, No. 3, Dani, 2015;
 38. *Zoidze, B.*, The Essence of Freedom of Labour in the Practice of the Constitutional Court of Georgia, Employment Law (Collection of Articles), I, Meridiani, Tbilisi, 2011.

საწარმოში ორგანიზაციული ცვლილებებისას შრომითი ხელშეკრულების შეწყვეტის თავისებურებები და პრობლემები²

აბსტრაქტი

ორგანიზაციული ცვლილებების საფუძველით, დასაქმებულთან შრომითი ხელშეკრულების შეწყვეტა მეტად პრობლემური საკითხია თანამედროვე ქართულ რეალობაში. „საწარმო აუცილებლობის“ ეს პატივსადები საფუძველი, ხშირად, არაკეთილსინდისიერი დამსაქმებლის ხელში ძლიერ ინსტრუმენტად იქცევა ხოლმე შრომითი ურთიერთობის „სუსტი“ მხარის სამსახურიდან უკანონოდ გასათავისუფლებლად. წინამდებარე ნაშრომი მიზნად ისახავს, წარმოაჩინოს ორგანიზაციული ცვლილებების მიზეზით, დასაქმებულის სამსახურიდან გათავისუფლების წინაპირობები, ამ შემთხვევაში აღმოცენებული პრობლემები და დასახოს მათი გადაჭრის გზები. მნიშვნელოვანი ყურადღება დაეთმობა სამუშაო ძალის შემცირების აუცილებლობის დადგენის საშუალებებსა და მტკიცების ტვირთს, რამდენადაც შრომითი ხელშეკრულების შეწყვეტისათვის აუცილებლად უნდა იკვეთებოდეს მიზეზ-შედეგობრივი კავშირი რეორგანიზაციის შესახებ დამსაქმებლის გადაწყვეტილებასა და გათავისუფლებას შორის. ორგანიზაციული ცვლილებების საფუძველით, პირის სამსახურიდან დათხოვნისას მხედველობაში მისაღებია დასაქმებულის ალტერნატიულ სამუშაოზე გადაყვანის საკითხები. შრომითი ხელშეკრულების შეწყვეტის რეგულირების სრულყოფისათვის კი წინამდებარე ნაშრომში შემოთავაზებულია რეკომენდაციები, რომლის გათვალისწინებითაც, შესაძლებელია სამსახურიდან გასათავისუფლებელი დასაქმებული შერჩევისათვის გარკვეული კრიტერიუმების შემუშავება.

შესავალი

დღესდღეობით, საწარმოში ორგანიზაციული ცვლილებების გამო დასაქმებულის სამსახურიდან გათავისუფლება ერთ-ერთი ყველაზე გავრცელებული საფუძველია როგორც საქართველოში, ასევე მთელს მსოფლიოში. იგი განეკუთვნება „საწარმო აუცილებლობის“ ერთ-ერთ სახეს. „საწარმო აუცილებლობა არის, სწორედ, ის პატივსადები საფუძველი, რომელიც ცალკეულ შემთხვევებში, კანონით გათვალისწინებული წინაპირობების არსებობისას, ამართლებს დამსაქმებლის მიერ შრომითი ხელშეკრულების მოშლას.“³ შესაბამისად, რეორგანიზაციის საფუძველით, ხშირად, სრულიად არამართლზომიერი მოტივების გამო დამსაქმებლები საკმაოდ მარტივად იშორებენ თავიდან სუბიექტურად არასასურველ დასაქმებულებს და ორგანიზაციული ცვლილებების სარჩულში ახვევენ ფაქტობრივად უთანასწორო მოპყრობას, რეალურად კი შრომითი ურთიერთობის ჯეროვანი განხორციელებისათვის საჭიროა დამსაქმებლის და დასაქმებულის ინტერესების დაბალანსება სამართლიანობის,

¹ სამართლის ბაკალავრი, მაგისტრანტი.

² წინამდებარე მასალა წარმოადგენს შხსუ-ის საბაკალავრო პროგრამის ფარგლებში შესრულებულ ნაშრომს.

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., თბილისი, 2014, 99.

კანონიერებისა და თითოეული მათგანის ქმედების კეთილსინდისიერების კონტექსტში.⁴ მიუხედავად აღნიშნული პრობლემის სიმწვავეისა, ქართულ იურიდიულ ლიტერატურაში იგი უკიდურესად სუსტადაა დამუშავებული. ეს განპირობებულია, ერთი მხრივ, ამ საკითხის მწირი საკანონმდებლო რეგულირებით და, მეორე მხრივ, თავად ნორმის ნოვაციურობით.⁵ აქედან გამომდინარე, წინამდებარე ნაშრომი მიზნად ისახავს, წარმოაჩინოს ორგანიზაციული ცვლილებების საფუძველზე დასაქმებულის სამსახურიდან გათავისუფლების წინაპირობები, ამ დროს აღმოცენებული პრობლემები და დასახოს მათი გადაჭრის გზები. კვლევის რაციონალური, შედარებითი და ანალიტიკური მეთოდების გამოყენებით, ნაშრომში კრიტიკულადაა გამოკვლეული იურისტ-მეცნიერთა მოსაზრებები, ყურადღება გამახვილებულია ორგანიზაციული ცვლილებების გამო დასაქმებულის სამსახურიდან გათავისუფლების საფუძველის გამიჯვნაზე შრომითი ხელშეკრულების შეწყვეტის სხვა მსგავსი საფუძველებისაგან, რამდენადაც, სამწუხაროდ, ხშირად, დოქტრინასა თუ პრაქტიკაში მათი ურთიერთაღრევა ხდება; ამასთან, მნიშვნელოვანი ყურადღება აქვს დათმობილი ალტერნატიულ სამუშაოზე გადაყვანისას დასაქმებულსა და დამსაქმებელს შორის დამყარებული სამართალურთიერთობის ასპექტებს, მაგალითად, როგორცაა ალტერნატიული სამუშაოზე გადაყვანისას, ახალი მოვალეობების შესრულებისათვის მომზადების მიზნით, ტრენინგების ჩატარების გონივრულობის ფარგლები, დასაქმებულის უარი ახალ სამუშაოზე და ალტერნატიულ სამუშაოზე გადაყვანისას ახალი შრომითი ხელშეკრულების გამოსაცდელი ვადით დადების შესაძლებლობა და სხვა. ეს საკითხები სრულიად იგნორირებულია როგორც საკანონმდებლო დონეზე, ისე სასამართლო პრაქტიკაში; საქართველოს უზენაესი სასამართლოს უახლესი გადაწყვეტილებების/განჩინებების ანალიზის საფუძველზე განხილულია ქართულ სასამართლო პრაქტიკაში არსებული ნაკლებად სახარბიელო ვითარება რეორგანიზაციისას სამსახურიდან გასათავისუფლებელი დასაქმებულის შერჩევის კრიტერიუმების კუთხით, აგრეთვე, წარმოჩენილია უცხოურ შრომის სამართალში ორგანიზაციულ ცვლილებებთან დაკავშირებით დამკვიდრებული მიდგომები და მათი ქართულ სამართალში დანერგვის პერსპექტივები.

1. ორგანიზაციული ცვლილებების განსხვავება სხვა მომიჯნავე სამართლებრივი საფუძველებისაგან

საქართველოს შრომის კოდექსის⁶ (შკ) 37-ე მუხლში ჩამოთვლილია შრომითი ხელშეკრულების შეწყვეტის საფუძველები, მათ შორის, ამ მუხლის 1-ლი ნაწილის ა) ქვეპუნქტის მიხედვით, შრომითი ხელშეკრულების შეწყვეტის საფუძველებია ეკონომიკური გარემოებები, ტექნოლოგიური ან ორგანიზაციული ცვლილებები, რომლებიც აუცილებელს ხდის სამუშაო ძალის შემცირებას. სამივე მათგანი მხარის ნების გამოვლენაზე დამოკიდებული საფუძველებია⁷ და მათი ნამდვილობისათვის საჭიროა ნების გამოვლენის პროცედურის დაცვა, რათა ამას მოჰყვეს ხელშეკრულების შეწყვეტა. დასახელებული საფუძველები, სპეციალური კანონით, ერთგვარი დაკონკრეტებაა სამოქალაქო კოდექსის⁸ (სკ) 399-ე მუხლით გათვალისწინებული პატივსაღები

⁴ საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სამოქალაქო საქმეთა პალატის 2016 წლის 29 იანვრის №ს-941-891-2015 განჩინება.

⁵ ზენაიშვილი, ა., საქართველოს შრომის კოდექსის კომენტარი, 37-ე მუხლი, იურისტების სამყარო, თბილისი, 2015, 77.

⁶ საქართველოს 2010 წლის №4113-რს ორგანული კანონი საქართველოს შრომის კოდექსი. ხელმისაწვდომია ვებგვერდზე <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/1155567?publication=12>>.

⁷ ჩაჩავა, ს., დასახ. ნაშრომი, მე-3 სქ., 94.

⁸ საქართველოს 1997 წლის №786 კანონი საქართველოს სამოქალაქო კოდექსი. ხელმისაწვდომია ვებგვერდზე <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/31702?publication=101>>.

საფუძვლისა,⁹ რომლის დროსაც გამართლებულია გრძელვადიანი ხელშეკრულების ექსტრაორდინალური შეწყვეტა. მიუხედავად ამ მსგავსებისა, ერთმანეთისაგან უნდა გაიმიჯნოს შკ-ის 37-ე, I, ა) მუხლით გათვალისწინებული შეწყვეტის საფუძვლებიდან: 1) ეკონომიკური გარემოებები, 2) ტექნოლოგიური ცვლილებები, 3) ორგანიზაციული ცვლილებები. ეს უკანასკნელი იურიდიულ ლიტერატურაში, ხშირად, ასევე მოიხსენიება როგორც რეოგანიზაცია.

ეკონომიკური გარემოებები გულისხმობს ისეთ შემთხვევას, როდესაც საწარმოს ესაჭიროება დასაქმებულთა რაოდენობის შემცირება მისთვის არსებითად, სასიცოცხლოდ აუცილებელი მატერიალური რესურსების მობილიზაციისათვის. ამ საფუძვლის მეტად დეტალურ განმარტებას ფრანგულ სასამართლო პრაქტიკაში ვხვდებით, რომელიც ეკონომიკური საფუძვლით დასაქმებულის გათავისუფლებას მკაცრ ინტერპრეტაციას აძლევს, კერძოდ, კომპანია უნდა იდგეს სერიოზული ეკონომიკური სირთულეების წინაშე და, მხოლოდ და მხოლოდ, კომპანიის სურვილი, ამ გზით, გაზარდოს მოგება, არ არის საკმარისი, დასაქმებულის გასათავისუფლებლად. მაგალითად, რეალური და სერიოზული ეკონომიკური მიზეზია, როცა დამსაქმებელ კომპანიას აქვს სახსრების სერიოზული დეფიციტი და ესაჭიროება თავისი ეკონომიკური პოზიციის შენარჩუნება, რომელიც საფრთხის ქვეშაა.¹⁰

ტექნოლოგიური ცვლილებების გამო ხელშეკრულების შეწყვეტას ადგილი აქვს, მაგალითად, როდესაც საწარმოში ახალი ტექნოლოგიის შემოტანის/არსებული ტექნოლოგიის მოდერნიზაციის შედეგად, აღარ არსებობს დასაქმებულისათვის დაკისრებული მოვალეობების შესრულების აუცილებლობა.

ორგანიზაციული ცვლილებები სახეზეა, თუ დამსაქმებელი, არსებითად, ცვლის თავისი წარმოების/საქმიანობის სფეროს ან იმგვარად გარდაქმნას მას, რომ შეუძლებელია არსებული შრომითი ურთიერთობის უცვლელად გაგრძელება. კერძოდ, ასეთ დროს, დამსაქმებელს აღარ სჭირდება, რომ რაიმე კონკრეტული სამუშაო სრულდებოდეს¹¹ დასაქმებულის მიერ. როგორც აღვნიშნეთ, ორგანიზაციული ცვლილებებით ხელშეკრულების შეწყვეტას, ხშირად, რეორგანიზაციასაც უწოდებენ; თუმცა ეს უკანასკნელი, თავისი შინაარსით, არ გულისხმობს მეწარმეთა შესახებ კანონის¹² მე-144 მუხლით გათვალისწინებულ საწარმოს რეორგანიზაციას, რომლის სახეც შეიძლება იყოს გარდაქმნა, შერწყმა, გაყოფა.

მართალია, ზემოაღნიშნულ შემთხვევებს შესაძლოა, ერთოდროულადაც ჰქონდეს ადგილი პრაქტიკაში (საკმაოდ ხშირია მათი ურთიერთგანპირობებულობის შემთხვევები), თუმცა ისინი მაინც დამოუკიდებელი საფუძვლებია¹³ თავიანთი ინდივიდუალური მახასიათებლებით და მათი ყოველთვის ერთობლივ კონტექსტში განხილვა არამართებულია ქართული კანონმდებლობის მიხედვით.¹⁴ ამდენად, სულაც არ არის

⁹ ჩაჩავა, ს., დასახ. ნაშრომი, მე-3 სქ., 99.

¹⁰ Sands, R. S., National Report - France, Employment Law (The Comparative Law Yearbook of International Business), Campbell, D. (Gen. ed.) Alibekova, A. Vol. (ed.) Special Issue, Kluwer Law International, The Netherlands, 2006, 215.

¹¹ Catanzariti, J., National Report - Australia, Employment Law (The Comparative Law Yearbook of International Business), Campbell, D., (Gen. ed.), Alibekova, A., Vol. (ed.) Special Issue, Kluwer Law International, The Netherlands, 2006, 48.

¹² საქართველოს 1994 წლის №577 კანონი მეწარმეთა შესახებ. ხელმისაწვდომია ვებგვერდზე <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/28408>>.

¹³ საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სამოქალაქო საქმეთა პალატის 2015 წლის 29 ივნისის №ას-414-391-2014 განჩინება.

¹⁴ მრავალი ქვეყნის კანონმდებლობაში, ამ საფუძველთა მჭიდრო კავშირის გამო, ისინი ერთიანად განიხილება, მაგალითისათვის, საფრანგეთის შრომის კოდექსის (ხელმისაწვდომია ვებგვერდზე <<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006072050>>) მიხედვით, ეკონომიკური მიზეზებით, სამსახურიდან გათავისუფლება განმარტება, როგორც დასაქმებულის სამსახურიდან გათავისუფლება სამუშაოს შესრულებასთან კავშირში არ მყოფი მიზეზი და რომელიც აისახება პოზიციის გაუქმებაში, ან

საჭირო, დამსაქმებელმა ფინანსური კოლაფსის საშიშროებას დაუცადოს, ვიდრე სამუშაო ძალის რეორგანიზებას მოახდენდეს და ამ მიზეზით დასაქმებულს დაითხოვდეს; შრომითი ხელშეკრულების შეწყვეტის გამართლებულობისათვის, საკმარისია კონკრეტული დასაქმებულის მიერ სამუშაოს შესრულება აღარ იყოს საჭირო და შეწყვეტის თავიდან აცილების საშუალებები, როგორცაა, სამუშაო საათების შემცირება ან ზეგანაკვეთური სამუშაოს შემცირება, გონივრულად, აღარ იყოს მხარეების საუკეთესო ინტერესებში.¹⁵

წინამდებარე ნაშრომი ფოკუსირებულია, ორგანიზაციული ცვლილებების საფუძვლით, ხელშეკრულების შეწყვეტაზე, შესაბამისად, ეკონომიკურ საჭიროებას, ტექნოლოგიურ ცვლილებებსა და მეწამეთა შესახებ კანონით გათვალისწინებულ რეორგანიზაციის შრომით-სამართლებრივ ასპექტებს ნაკლებად შევხებით, რამდენადაც ისინი სხვა დამოუკიდებელი კვლევების საგანია.

2. სამუშაო ძალის შემცირების აუცილებლობა

2.1. ორგანიზაციული ცვლილებების რეალურობა

შკ-ის 37-ე მუხლით გათვალისწინებული ორგანიზაციული ცვლილებებისას, შრომითი ხელშეკრულების შეწყვეტისათვის კანონი მეორე წინაპირობასაც ადგენს, კერძოდ, ამგვარი ცვლილებები აუცილებელს უნდა ხდიდეს სამუშაო ძალის შემცირებას. შესაბამისად, ცვლილება რომელიც, მართალია, ორგანიზაციული ხასიათისაა, თუმცა არ იწვევს სამუშაო ძალის შემცირების აუცილებლობას, ვერ იქნება გამამართლებელი საფუძველი დასაქმებულის სამსახურიდან გასათავისუფლებლად. ამ ნორმაში დასახელებული ელემენტები უნდა არსებობდეს კუმულატიურად.¹⁶ ჩაჩავას მიხედვით, ორგანიზაციული ცვლილებების შეფასებისას სასურველია სამოქალაქო კოდექსის 115-ე მუხლის მოშველიება, რომელიც უფლების ბოროტად გამოყენებას ეხება. კერძოდ, სამსახურიდან გათავისუფლების კანონიერებისათვის ორგანიზაციული ცვლილებები უნდა იყოს აუცილებელი და მიზანშეწონილი, რათა იგი ბოროტად არ გამოიყენოს დამსაქმებელმა მხოლოდ და მხოლოდ ცალკეულ დასაქმებულთან ხელშეკრულების შესაწყვეტად. შესაბამისად, უნდა გამოირკვეს რეალურად რეორგანიზაცია წარმოადგენდა თუ არა დამსაქმებლის ინტერესს, ემსახურებოდა თუ არა საწარმოს რაიმე ლეგიტიმურ მიზანს ან დროებით ხასიათს ხომ არ ატარებს. ეს ყველაფერი „უნდა შეფასდეს სამუშაო ძალის შემცირების აუცილებლობის ჭრილში,“ რაც ნიშნავს იმას, რომ უნდა დადგინდეს, რამდენად შეიძლებოდა პრობლემის მოგვარება უფრო მსუბუქი ზომებით, მაგალითად, ალტერნატიული სამუშაოს შეთავაზებით, დასაქმებულთა გადამზადებით, სამუშაო საათების შემცირებით, ზეგანაკვეთური სამუშაოს შემცირებით. შრომითი ხელშეკრულების შეწყვეტა გამართლებული იქნება, თუ სხვა ალტერნატივა არ მოიძებნება და იგი სიტუაციიდან ერთადერთი, საბოლოო გამოსავალია იქნება.¹⁷ ამრიგად, როგორც ვხედავთ, ქართული იურიდიული დოქტრინაში არსებობს გარკვეული ზოგადი მითითებები ორგანიზაციული ცვლილებებისას სამუშაო ძალის შემცირების შეფასების

შეცვლაში, ან შრომითი ხელშეკრულების არსებითი პირობების ცვლილებაში, რასაც არ თანხმდება დასაქმებული და როდესაც ამგვარი ღონისძიება გამართლებულია, კერძოდ, ფინანსური სირთულეებით ან ეკონომიკური ცვლილებებით. იხ. *Sands, R. S.*, დასახ. ნაშრომი, მე-10 სქ., 215.

¹⁵ *Glaser, R., Kolvenbach, D. W.*, National Report - Germany, Employment Law (The Comparative Law Yearbook of International Business), *Campbell, D.*, (Gen. ed.), *Alibekova, A.*, Vol. (ed.) Special Issue, Kluwer Law International, The Netherlands, 2006, 267.

¹⁶ საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სამოქალაქო საქმეთა პალატის 2015 წლის 29 ივნისის №ას-414-391-2014 განჩინება.

¹⁷ *ჩაჩავა, ს.*, დასახ. ნაშრომი, მე-3 სქ., 99-101.

საშუალებების შესახებ. საქართველოს უზენაესი სასამართლოს განმარტებით, „ცვლილებები საწარმოში/ორგანიზაციაში რეალურად უნდა განხორციელდეს და მას უნდა გააჩნდეს შესაბამისი ფაქტობრივი და კანონიერი საფუძველი. ამგვარი ცვლილებები აუცილებელს უნდა ხდიდეს შტატების შემცირებას, ვინაიდან რეორგანიზაცია, თავისთავად, არ იწვევს შტატების შემცირებას“.¹⁸ სტრუქტურული ერთეულებისათვის მხოლოდ სახელწოდების გადარქმევა ან მათ ადგილას იმავე შინაარსის სტრუქტურული ერთეულების შემოღება¹⁹ ვერ გაამართლებს დასაქმებულის გათავისუფლებას. საკასაციო სასამართლომ ასევე მიუთითა, რომ „საწარმოს ან მისი სტრუქტურული ერთეულის რეორგანიზაცია უკანონოა,²⁰ როდესაც რეორგანიზაცია არ ჩატარებულა, ფორმალური ნიშნების მიხედვით, დარჩა იგივე სტრუქტურული ერთეული (ერთეულები),“ ან, ცვლილების შედეგად, გაუქმებული სტრუქტურების ნაცვლად შეიქმნა ახალი სტრუქტურული ერთეულები და ეს უკანასკნელი მხოლოდ ფორმალური ნიშნით განსხვავდება თავდაპირველი ანალოგებისაგან, ხოლო, შინაარსობრივად, იმავე ფუნქციის მატარებელია, რაც ძველ სტრუქტურულ ერთეულებს გააჩნდათ.²¹ რეორგანიზაციის შედეგად, დასაქმებულთან შრომითი ხელშეკრულების შეწყვეტის უკანონობაზე უნდა მიანიშნებდეს, ასევე სამუშაო ძალის შემცირების აუცილებლობაც.²² რეორგანიზაცია იმ შემთხვევაში წარმოშობს მუშაკის სამსახურიდან განთავისუფლების მართლზომიერ საფუძველს, თუ დადგინდება, რომ რეორგანიზაცია, თავისი შინაარსის გათვალისწინებით, ეკონომიკური სიდუხჭირის გამო, შტატების ან/და ხელფასების შემცირების ან სხვა ობიექტური საჭიროების გამო, დამსაქმებელს აყენებს კონკრეტული თანამდებობიდან მუშაკის განთავისუფლების აუცილებლობის წინაშე.²³

2.2. მტკიცების ტვირთი და დამსაქმებლის გადაწყვეტილების კვლევის ფარგლები

ორგანიზაციული ცვლილებების დროს, შრომითი ურთიერთობის შეწყვეტისას, საპროცესო სამართლებრივი თვალსაზრისით, დიდი მნიშვნელობა ენიჭება მტკიცების ტვირთსაც. საქართველოს უზენაესმა სასამართლომ გაიზიარა სააპელაციო სასამართლოს მსჯელობა, რომ მარტოოდენ რეორგანიზაციაზე მითითება სამსახურიდან გათავისუფლების საფუძველების მტკიცების ტვირთისაგან არ ათავისუფლებდა დამსაქმებელს²⁴ (ამ საქმეში დადგენილი ფაქტობრივი გარემოებებიდან იკვეთებოდა, რომ განხორციელებული რეორგანიზაციის შედეგად ორგანიზაციაში დარჩა ექვსი ვაკანტური თანამდებობა, რაც ცალსახად მიუთითებს, რომ, ორგანიზაციული ცვლილებების შედეგად, დასაქმებულთან შრომითი ხელშეკრულების შეწყვეტა არ იყო საფუძველიანი).

¹⁸ საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სამოქალაქო საქმეთა პალატის 2017 წლის 10 ნოემბრის №ას-1189-1109-2017 განჩინება.

¹⁹ საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სამოქალაქო საქმეთა პალატის 2015 წლის 29 ივნისის №ას-414-391-2014 განჩინება.

²⁰ აქვე უნდა აღინიშნოს, რომ უზენაესი სასამართლოს ეს მსჯელობა ბოლომდე გასაზიარებელი არ არის, კერძოდ, როდესაც უქმდება არსებული სტრუქტურული ერთეულები და იქმნება ახალი ერთეულები, ე.ი. სახეზეა ფორმალური რეორგანიზაცია, ეს, თავისი არსით, უკანონო ვერ იქნება, რამდენადაც მეწარმეობის თავისუფლებაში, სხვა საკითხთა შორის, ორგანიზაციული მოწყობის თავისუფლებაც იგულისხმება, თუმცა, რა თქმა უნდა, უკანონოა ასეთ შემთხვევაში დასაქმებულის სამსახურიდან გათავისუფლება, როდესაც შესაძლებელია მისი ახლადშექმნილ (ახალი დასახელების მქონე და იმავე შინაარსის) პოზიციაზე გადაყვანა.

²¹ საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სამოქალაქო საქმეთა პალატის 2015 წლის 29 ივნისის №ას-414-391-2014 განჩინება.

²² საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სამოქალაქო საქმეთა პალატის 2015 წლის 29 ივნისის №ას-414-391-2014 განჩინება.

²³ საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სამოქალაქო საქმეთა პალატის 2019 წლის 29 იანვრის №ას-1623-2018 განჩინება.

²⁴ საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სამოქალაქო საქმეთა პალატის 2017 წლის 15 მაისის №ას-13-12-2017 განჩინება.

თუმცა, რა ხდება მაშინ, თუ დამსაქმებელს დასაქმებულის მიერ კონკრეტული სამუშაოს შესრულება აღარ სჭირდება იმიტომ, რომ მან ეს სამუშაო გადააბარა მომსახურების ხელშეკრულებით სხვა პირს? მაგალითად, კომპანიამ გადაწყვიტა გააუქმოს იურიდიული დეპარტამენტი და, მის ნაცვლად, გააფორმოს იურიდიული მომსახურების ხელშეკრულება საადვოკატო ბიუროსთან. ასეთ შემთხვევაში აშკარაა, რომ სამუშაოს შესრულების (იურიდიული ხასიათის სამუშაო) აუცილებლობა კომპანიისათვის კვლავ არსებობს, თუმცა დასაქმებულის მიერ მისი შესრულება აღარაა საჭირო (რადგან დაქირავებულია საადვოკატო კომპანია). ამ ჰიპოთეზურ მაგალითზე შეგვიძლია დავასკვნათ, რომ კომპანიის შიგნით მართლაც ჰქონდა რეალურ, სტრუქტურულ ცვლილებას ადგილი, რაც შეიძლება, მაგალითად, საქმისწარმოების უკეთ ორგანიზების მიზნით მოხდა, თუმცა დამსაქმებელმა უნდა დაასაბუთოს ამგვარი საწარმოო აუცილებლობის ლეგიტიმური მიზნის არსებობა.²⁵ ეს მოსაზრება შეგვიძლია, გავამყაროთ სააპელაციო სასამართლოს განმარტებით, რაც გაიზიარა უზენაესმა სასამართლომაც: „სასამართლოს კვლევის ფარგლები ვრცელდება მხოლოდ იმაზე, არის თუ არა მიზეზ-შედეგობრივი კავშირი ორგანიზაციული ცვლილებების თაობაზე გადაწყვეტილებასა და თანამშრომლის გათავისუფლების შესახებ დამსაქმებლის გადაწყვეტილებას შორის.... მისი შეფასების საგანია არა რეორგანიზაციის ჩატარების კომპანიის გადაწყვეტილების მართებულობის შემოწმება, არამედ - დასაქმებულის პრეტენზიის დასაბუთებულობა, დამსაქმებლის მიერ განხორციელებული რეორგანიზაციის შედეგად, მისი უფლების შესაძლო დარღვევის თაობაზე, რასაც სათანადო დასაბუთება სჭირდება; ასეთი [დასაბუთების] არარსებობის შემთხვევაში კი, მოსარჩელის სარჩელს წარმატების პერსპექტივა არ გააჩნია“.²⁶

ეს მიდგომა სრულად შეესაბამება ევროპის მოწინავე ქვეყნებში დამკვიდრებულ პრაქტიკას. გერმანიაში დამკვიდრებული მტკიცების სტანდარტის შესაბამისად, მტკიცების ტვირთი სრულად დამსაქმებელზეა. მისი, როგორც შრომითი ურთიერთობის „ძლიერი“ მხარის, მიმართ წაყენებული მოთხოვნები საკმაოდ მკაცრია. მაგალითისათვის, მოგების შემცირების ან რაციონალიზაციის ღონისძიებების მხოლოდ ზეპირსიტყვიერი განცხადება და მტკიცება, რაც სამუშაო ადგილის გაუქმებას იწვევს, საკმარისი არაა. დამსაქმებელი ვალდებულია, მეტი სიზუსტით, წარმოაჩინოს უთანხმოება დასაქმების შესაძლებლობასა და სამუშაო ძალის შენარჩუნების ინტერესს შორის ისევე, როგორც, – ამტკიცოს შემდგომი დასაქმების შეუძლებლობა, სამუშაო ადგილის გაუქმების გამო. თუკი ხელშეკრულების შეწყვეტა ეფუძნება საწარმოს გარედან მომდინარე მიზეზს, დამსაქმებელმა უნდა დაადასტუროს კონკრეტულად ეს საფუძვლები რა გავლენას ახდენს სამუშაოს რაოდენობაზე.²⁷ თუმცა, გერმანიაში ფედერალური შრომის სასამართლო ცალსახად მიუთითებს, რომ მოსამართლის განხილვის საგანი ვერ გახდება ბიზნეს გადაწყვეტილება, თუმცა, მეწარმის გადაწყვეტილება არ უნდა იყოს „ცალსახად არარაციონალური, დაუსაბუთებელი ან მიანიშნებდეს უფლების ბოროტად გამოყენებაზე“.²⁸ ამასთან, აღსანიშნავია, რომ, ასეთ შემთხვევებში, მეწარმის გადაწყვეტილების მთავარი მახასიათებელია სამუშაოს მოცულობის შემცირება

²⁵ საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სამოქალაქო საქმეთა პალატის 2019 წლის 29 იანვრის №ას-1623-2018 განჩინება.

²⁶ საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სამოქალაქო საქმეთა პალატის 2018 წლის 20 სექტემბრის №ას-558-558-2018 განჩინება.

²⁷ *შველიძე, ზ., ბოდონე, ქ., თოდრია, თ., ხაჯომია, თ., გუჯაბიძე, ნ., მესხიშვილი, ქ.*, საქართველოს შრომის სამართალი და საერთაშორისო შრომის სტანდარტები, სახელმძღვანელო მოსამართლეების, იურისტებისა და სამართლის პედაგოგებისათვის, *ბაქაქური ნ., თოდრია თ., შველიძე ზ.* რედ., შრომის საერთაშორისო ორგანიზაცია, საქართველო, 2017, 230.

²⁸ *სანტავატა, რ.*, შრომის კოდექსის 37-ე მუხლის კომენტარი, საქართველოს შრომის კოდექსის კომენტარი, *ბორონი, ა.* რედ., *ზალიშვილი, ვ.* ქართული გამოცემის რედ., თბილისი, 2016, 360.

გადაწყვეტილების პრაქტიკულად განხორციელების შედეგად. ამასთან, დამსაქმებელმა უნდა ახსნას მისი მიზანშეწონილობა. ეს ნიშნავს, რომ იგი ვალდებულია უჩვენოს, რომ სამუშაო ძალას ამცირებს მუდმივ (არა დროებით) საფუძველზე. სწორედ ეს ფაქტი წარმოადგენს გასაღებს იმის შეფასებისას, მოქმედებდა თუ არა დამსაქმებელი თვითნებურად.²⁹ ამგვარი მსჯელობა მისაღები უნდა იყოს ქართულ რეალობაშიც, რამდენადაც საქართველოს კონსტიტუციის³⁰ 26-ე მუხლის მე-4 პუნქტით გარანტირებული მეწარმეობის თავისუფლება, აგრეთვე, თავის თავში აერთიანებს საკადრო პოლიტიკის განსაზღვრის თავისუფლებასაც.³¹ „მეწარმეობის თავისუფლება საქმიანობის საყოველთაო თავისუფლების გამოხატულება, შრომის თავისუფლებისა და ეკონომიკური თავისუფლების ერთ-ერთი გამოვლენაა.“³² არც იტალიაში აფასებს მოსამართლე საწარმოს გადაწყვეტილების გონივრულობას. „მენეჯერული პრეროგატივის“ პატივისცემა იტალიის კონსტიტუციით უზრუნველყოფილი ღირებულებაა.³³ საქართველოს უზენაესი სასამართლოს განმარტებაში, ამის მსგავსად, მოწმდება მხოლოდ გადაწყვეტილების „ჭკმარიტება“ - იკვეთება თუ არა მიზეზ-შედეგობრივი კავშირი ბიზნეს გადაწყვეტილებასა და გათავისუფლების შესახებ გადაწყვეტილებას შორის.³⁴ საქართველოს კონსტიტუციით, უზრუნველყოფილი მეწარმეობის თავისუფლება, ასევე გულისხმობს სწორედ დამსაქმებლის უფლებას, თავისი მიზნების შესაბამისად, დადოს და მოშალოს დასაქმებულთან შრომითი ხელშეკრულება.³⁵ ესეც მიუთითებს საქართველოსა და იტალიის შემთხვევაში ერთგვაროვანი მიდგომების გამოყენების დასაშვებობაზე. ბრიტანული მიდგომის თანახმად, დამსაქმებელმა უნდა აჩვენოს, რომ არსებობს რეორგანიზაციისათვის ჯანსაღი/გონივრული მიზეზი. თუმცა, არ არის საკმარისი მხოლოდ იმის ჩვენება, რომ რეორგანიზაცია, უბრალოდ, კარგ იდეას წარმოადგენდა. მან, ასევე უნდა აჩვენოს უპირატესობები და სარგებელი, რასაც ეს პოლიტიკა მოიტანს; თუმცა, არ არის საჭირო სასამართლოს დარწმუნება, რომ ყველა მიიღებდა იმავე ზომებს, არამედ მხოლოდ ის, რომ გონივრული მიზეზი მიზეზი საჭიროებდა აუცილებლად ცვლილებებს და ამ ცვლილებებს შეეძლო, რაციონალურად, შეემსუბუქებინა პრობლემა, გაეუმჯობესებინა ბიზნესის მდგომარეობა, ან მოეხდინა მისი პოტენციალის მაქსიმიზაცია.³⁶ ეს უნდა დასტურდებოდეს მტკიცებულებებით - რეორგანიზაციის აუცილებლობაზე ინფორმაციით.³⁷ ეს შეხედულება მეტად მკაფიოდ დაბალანსებულია და ძალიან ზუსტად გამოხატავს რეორგანიზაციისას მუდმივ ჭიდილში მყოფ მეწარმეობის თავისუფლებასა და შრომით უფლებებს შორის თანაზომიერ გადაწყვეტას. ამ ნაწილში შეიძლება ითქვას, რომ საქართველოს უზენაესი სასამართლოს მიერ გაკეთებული განმარტებები თანდათან უახლოვდება ევროპულ ანალოგებს.

ზემოთ მოხმობილი სასამართლო პრაქტიკა, რა თქმა უნდა, ემსახურება დასაქმებულის ინტერესების დაცვას და ისეთი შემთხვევების პრევენციას ახდენს,

²⁹ Glaser, R., Kolvenbach, D. W., დასახ. ნაშრომი, მე-15 სქ., 267-268.

³⁰ საქართველოს რესპუბლიკის 1995 წლის კონსტიტუციური კანონი №786 საქართველოს კონსტიტუცია. ტექსტი ხელმისაწვდომია ვებგვერდზე <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/30346?publication=35>>.

³¹ საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სამოქალაქო საქმეთა პალატის 2017 წლის 29 სექტემბრის №ას-247-235-2017 განჩინება.

³² ფულტკარაძე, ი., კონსტიტუციის 30-ე მუხლის [ძველი რედაქციით] კომენტარი, საქართველოს კონსტიტუციის კომენტარი. მეორე თავი, საქართველოს მოქალაქეობა. ადამიანის ძირითადი უფლებანი და თავისუფლებანი, ტურავა, პ., რედ., პირველი გამოცემა, თბილისი, 2013, 373.

³³ სანტაგატა, რ., დასახ. ნაშრომი, 28-ე სქ., 360.

³⁴ იქვე, 361.

³⁵ საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სამოქალაქო, სამეწარმეო და გავლერების საქმეთა პალატის 2008 წლის 2 აპრილის №ას-680-1010-07 გადაწყვეტილება.

³⁶ Lockton, D. J., Employment Law, Cremona, M. (ed.) Fourth Edition, Palgrave Macmillan, Wales, 2003, 283.

³⁷ Bone, A., Suff, M., Essential Employment Law, Second Edition, Cavendish Publishing Limited, London, • Sydney, 1999, 135.

როდესაც დასაქმებულ(ებ)ის „თავიდან მოსაშორებლად“ საწარმო ახორციელებს რეორგანიზაციას დროებით, რათა ფორმალურად, კონკრეტული მომენტისათვის შეიქმნას დასაქმებულთან შრომითი ხელშეკრულების შეწყვეტის საფუძველი. ამავდროულად, საქართველოს უზენაესი სასამართლო არ ივიწყებს, ასევე დამსაქმებლის ინტერესსაც და მართებულად ემხრობა მიდგომას, რომ „დამსაქმებლის მოთხოვნა კონკურენტულ ადამიანურ რესურსებზე შრომითი ურთიერთობების დინამიკურობისა და შრომით ბაზარზე ყოველდღიურად მზარდი მოთხოვნილებების გათვალისწინებით, სრულიად ბუნებრივია. სამეწარმეო გადაწყვეტილება, რომელიც მაღალკვალიფიციური კადრების მომზადება-გადამზადებას, მიღებას უკავშირდება, ექვემდებარება სასამართლოს სამართლებრივ კონტროლს, თუმცა, გასათვალისწინებელია, ასევე საწარმოს მენეჯმენტის მიზნები და სწრაფვა, რათა გონივრულად, სამართლიანად და კანონიერად შეფასდეს საწარმოს გადაწყვეტილების დასაბუთებულობა, დასაქმებულთან ხელშეკრულების შეწყვეტის თაობაზე.“³⁸

3. დასაქმებულის სამართლებრივი მდგომარეობა ალტერნატიულ სამუშაოზე გადაყვანისას

როგორც აღინიშნა, შრომითი ხელშეკრულების შეწყვეტა გამართლებული იქნება, თუ სხვა ალტერნატივა არ მოიძებნება და იგი სიტუაციიდან ერთადერთი საბოლოო გამოსავალია.³⁹ მანამდე კი, დამსაქმებლის მხრიდან იმ დასაქმებულის მიმართ, რომელსაც შეეხება რეორგანიზაცია, უნდა მოხდეს გონივრული, ალტერნატიული სამსახურის ან შედარებით უარეს სამუშაო პირობებში დასაქმების შეთავაზება.⁴⁰ ევროპის ქვეყნებში მხარდაჭერილია შეხედულება, რომ „სამუშაო ძალის შემცირება, კომპანიის სარგებლის გაზრდის მიზნით, დასაბუთებული არგუმენტია“⁴¹; თუმცა, ეს არ უნდა გავიგოთ ისე, თითქოს, დამსაქმებელს ნებისმიერ დროს შეუძლია, ნებისმიერი დასაქმებული დაითხოვოს სამსახურიდან დამატებითი ფინანსების მობილიზაციის მიზნით. გერმანიის კანონი სამსახურიდან გათავისუფლებისაგან დაცვის შესახებ⁴² სასამართლოებს აღჭურავს უფლებით, პროპორციულობის კრიტერიუმის საშუალებით, ხელშეკრულების შეწყვეტა ბათილად ჩათვალოს, თუ „დასაქმებულს შეუძლია, განაგრძოს მუშაობა იმავე ან სხვა დაწესებულებაში, რომელიც იმავე საწარმოს ეკუთვნის (§1, მე-2 აზ., 1-ლი ქვეპუნქტი)“.⁴³ ამავე კანონით დადგენილია „გონივრულ“ [ფარგლებში] ტრენინგის ჩატარების ვალდებულება, რათა დასაქმებული მომზადდეს ახალი სამუშაოსათვის. რაც შეეხება ტრენინგის გონივრულობის ფარგლებს, იგი დგინდება შემდეგი კრიტერიუმების გათვალისწინებით: ტრენინგის ხარჯები, დამსაქმებლის ფინანსური რესურსები, ტრენინგის სარგებლიანობა და დასაქმების პოტენციური ხანგრძლივობის გათვალისწინება.⁴⁴ გარდა ამისა, იმ შემთხვევაშიც კი, თუ მიზანი ვერც ტრენინგის (გონივრულია ტრენინგი, რომლის ხანგრძლივობა არ აღემატება 2-3 თვეს⁴⁵) გავლით ვერ მიიღწევა, ხელშეკრულების შეწყვეტა სოციალურად გაუმართლებლად ჩაითვლება, თუ შესაძლებელია პირის დასაქმება შედარებით უარეს სამუშაო პირობებში და დასაქმებული გამოთქვამს თანხმობას, დასაქმდეს ასეთ პოზიციაზე (§1, მე-2 აზ., მე-3 წინ.).

³⁸ საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სამოქალაქო საქმეთა პალატის 2019 წლის 29 იანვრის №ას-1623-2018 განჩინება.

³⁹ ჩაჩავა, ს., დასახ. ნაშრომი, მე-3 სქ., 99-101.

⁴⁰ საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სამოქალაქო საქმეთა პალატის 2019 წლის 29 იანვრის №ას-1623-2018 განჩინება.

⁴¹ სანტაგატა, რ., დასახ. ნაშრომი, 28-ე სქ., 361.

⁴² Kündigungsschutzgesetz (KSchG) 1951 (1951 წლის კანონი სამსახურიდან გათავისუფლებისაგან დაცვის შესახებ). ტექსტი ხელმისაწვდომია ვებგვერდზე <https://www.gesetze-im-internet.de/kschg/_1.html>

⁴³ სანტაგატა, რ., დასახ. ნაშრომი, 28-ე სქ., 361.

⁴⁴ იქვე.

⁴⁵ Glaser, R., Kolvenbach, D. W., დასახ. ნაშრომი, მე-15 სქ., 268.

გერმანიისაგან განსხვავებით, იტალიაში საკანონმდებლო დონეზე არ არსებობს წესი, რომლის თანახმადაც, გათავისუფლება შესაძლოა, გამოყენებულ იქნეს როგორც *ultima ratio* ზომა, თუმცა ეს პრინციპი განვითარდა სასამართლო პრაქტიკის მიერ და, დღესდღეობით, გაბატონებული მიდგომაა.⁴⁶ ეს მიდგომები გასაზიარებელია საქართველოს შემთხვევაშიც იმის გათვალისწინებით, რომ საქართველოს მოქმედი კონსტიტუციის 26-ე (ძველი რედაქციით 30-ე) მუხლით განმტკიცებული შრომის თავისუფლება, საკონსტიტუციო სასამართლოს განმარტებით, გარდა პირდაპირი მნიშვნელობისა - იძულებითი შრომის აკრძალვა - ნიშნავს პირის უფლებას განახორციელოს, შეინარჩუნოს და დათმოს სამუშაო, დაცული იყოს უმუშევრობისგან, დაცული იყოს სამსახურიდან უსაფუძვლო, თვითნებური და უსამართლო გათავისუფლებისაგან.⁴⁷ დღესდღეობით, შკ-ის მიხედვით, ორგანიზაციული ცვლილებებისას ალტერნატიულ სამუშაოზე გადასაყვანად დასაქმებულის გადამზადების ვალდებულება დამსაქმებელს არ ეკისრება, თუმცა, თუ იმ დასაქმებულს, რომლის პოზიციაც გაუქმდა ორგანიზაციული ცვლილებების შედეგად, ვერ აკმაყოფილებს ალტერნატიული სამუშაოს პირობებს, სამსახურიდან გათავისუფლების თავიდან ასაცილებლად უფლება აქვს ისარგებლოს შკ-ის 36-ე, II, კ) მუხლით მინიჭებული უფლებით, რაც გულისხმობს, წელიწადში არაუმეტეს 30 დღით, შრომითი ურთიერთობის შეჩერებას კვალიფიკაციის ამაღლებისათვის, პროფესიული გადამზადებისა ან სწავლისათვის, რაც არ იწვევს შრომითი ურთიერთობის შეწყვეტას. ამ 30 დღეში ამ დასაქმებულს შეუძლია, თავად გაიაროს გონივრული ტრენინგები, რათა დააკმაყოფილოს ალტერნატიულ სამუშაოზე დასაქმების შესაბამისი მოთხოვნები. თუმცა, უნდა აღინიშნოს, რომ, ვინაიდან გერმანული კანონმდებლობისაგან განსხვავებით, საქართველოში დამსაქმებელს არ ეკისრება გონივრული ტრენინგის უზრუნველყოფის ვალდებულება, გადამზადების ხარჯების გაღება თავად დასაქმებულს მოუწევს.

აქედან გამომდინარე, მნიშვნელოვანია, განვსაზღვროთ, როცა ორგანიზაციული ცვლილებებისას ხელშეკრულების შეწყვეტის თავიდან აცილება შესაძლებელია ალტერნატიულ სამუშაოზე გადაყვანით, რა სამართლებრივი მდგომარეობა წარმოიშობა მხარეებს შორის? ამ საკითხს ქართული კანონმდებლობა სრულიად ღიად ტოვებს. უცხოურ პრაქტიკაში, ასეთ დროს, თავისუფალ ადგილებზე ცხადდება ვაკანსიები, რომლებიც ივსება იმ დასაქმებულებით, რომელთა სამუშაო პოზიციის გაუქმება გამოიწვია რეორგანიზაციამ.⁴⁸ ამ დროს, იდება ახალი ხელშეკრულება. ამასთან, თუ ახალ ხელშეკრულებაზე ინგლისში დასაქმებული დაუსაბუთებლად/არაგონივრულად აცხადებს უარს, მას, შრომითი უფლებების შესახებ აქტის⁴⁹ 141-ე მუხლიდან გამომდინარე, აღარ მიეცემა შესაბამისი კომპენსაცია. შესაბამისად, ალტერნატიული სამუშაოს მიცემაზე დასაქმებულის მხრიდან უარის სამართლებრივი შედეგის შეფასებისას უნდა დაისვას 2 კითხვა: ალტერნატიული სამუშაოს შეთავაზება სათანადოა თუ არა? და გონივრულია თუ არა დასაქმებულის უარი?⁵⁰

ანალოგიურად წყდება საკითხი, როდესაც, მართალია, სამუშაო ძალა არ შემცირებულა, თუმცა რეორგანიზაციამ სხვაგვარად გააუარესა დასაქმებულის მდგომარეობა. მაგალითად, საქმეზე Chubb Fire Security Ltd v. Harper (1983) სააკველიაციო

⁴⁶ სანტაგატა, რ., დასახ. ნაშრომი, 28-ე სქ., 361.

⁴⁷ საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს 2007 წლის 26 ოქტომბრის გადაწყვეტილება №2/2/389 საქმეზე - საქართველოს მოქალაქე მია ნათაძე და სხვები საქართველოს პარლამენტისა და საქართველოს პრეზიდენტის წინააღმდეგ, II, პ. 19. ხელმისაწვდომია ვებგვერდზე <<https://www.constcourt.ge/ge/legalacts/judgments/saqartvelos-moqalaqe-maia-natadze-da-sxvebi-saqartvelos-parlamentisa-da-saqartvelos-prezidentis-winaagmdeg-430.page>>

⁴⁸ Glaser, R., Kolvenbach, D. W., დასახ. ნაშრომი, მე-15 სქ., 268.

⁴⁹ Employment Rights Act 1996 (შრომითი უფლებების შესახებ 1996 წლის აქტი), ხელმისაწვდომია ვებგვერდზე: <<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/18/contents>>.

⁵⁰ Lockton, D. J., დასახ. ნაშრომი, 36-ე სქ., 337-338.

შრომითმა ტრიბუნალმა განმარტა, რომ, თუ დასაქმებულს შეუმცირდა ხელფასი სხვა პოზიციაზე გადასვლის გამო, უნდა შეფასდეს მოქმედებდა თუ არა დამსაქმებელი გონივრულად, როცა ნერგავდა ცვლილებებს, აფასებდა თუ არა ბიზნესვალდებულებებს, აწონ-დაწონა თუ არა ის არახელსაყრელი შედეგები დასაქმებულისადმი, რომელიც მისი აზრით, მიადგებოდა დასაქმებულს.⁵¹ ეს განმარტება კიდევ უფრო განავრცო სააპელაციო შრომითმა ტრიბუნალმა საქმეში *Richmond Precision Engineering Ltd v. Pearce*⁵² და აღნიშნა, რომ არახელსაყრელი შედეგების არსებობა დასაქმებულის მიმართ, მხოლოდ და მხოლოდ, არ ნიშნავს დამსაქმებლის ქმედების არაგონივრულობას. შეფასების ტესტი მდგომარეობს შემდეგში: ანალიზის საგანია, დამსაქმებლის თვალთახედვიდან, არის თუ არა შეთავაზებული ახალი პირობები ისეთი, როგორსაც გონიერი დამსაქმებელი შესთავაზებდა გარემოებების ცვლილების პირობებში. თუ დამსაქმებლის გადაწყვეტილება ამ ფარგლებში ექცევა, მაშინ დასაქმებულის უარი ახალ პოზიციაზე გადაყვანის შეთავაზებისას გათავისუფლების კანონიერად კვალიფიკაციის საფუძველია.⁵³ თუ დასაქმებული უარს აცხადებს მითითების უფლების ფარგლებს გაცდენილ, შეცვლილ პირობებზე, მისი მოქმედება მართლზომიერია და მას უნდა მიეცეს შესაბამისი კომპენსაცია. საპროცესო სამართლებრივი თვალსაზრისით, დამსაქმებლის მტკიცების საგანია იმ გარემოების არსებობა, რომ დასაქმებულმა უარი განაცხადა მუშაობის შეთავაზებულ ალტერნატიულ თანამდებობაზე გაგრძელებაზე.⁵⁴

ზოგიერთი ქვეყნის კანონმდებლობით, შესაძლებელია ახალი შრომითი ხელშეკრულება დაიდოს გამოსაცდელი ვადითაც, თუ ახალი სამუშაოს პირობები ძველისაგან მთლიანად ან ნაწილობრივ განსხვავებულია. მაგალითად, ინგლისში კანონისმიერი გამოსაცდელი ვადაა 4 კვირა, თუმცა, მხარეთა შეთანხმებით, იგი შეიძლება გაიზარდოს. თუ, გამოსაცდელი ვადის განმავლობაში, დასაქმებულს, რაიმე მიზეზით, დაითხოვენ, მის მიმართ ისეთი მოპყრობა უნდა განხორციელდეს, როგორც თავდაპირველი მიზეზით - ორგანიზაციული ცვლილების საფუძველით - გათავისუფლებისას მოხდებოდა.⁵⁵ მაგალითად, როგორცაა, ორგანიზაციული ცვლილებების გამო, გათავისუფლებისას კომპენსაციის გადახდა. ეს იმითაა განპირობებული, რომ ორგანიზაციული ცვლილებების შედეგად გამქრალ პოზიციაზე მანამდე დასაქმებული პირის გამოსაცდელი ვადით ალტერნატიულ სამუშაოზე გადაყვანა რომ არ მომხდარიყო, იგი ცვლილებებისთანავე გათავისუფლდებოდა, რა დროსაც უნდა მიეღო კომპენსაცია. ვინაიდან ასეთი პირი ახალ სამუშაოზე გადაიყვანეს გამოსაცდელი ვადით, მაგრამ ახალ სამუშაოს ვერ გაართვა სათანადოდ თავი, იგი, რეორგანიზაციის საფუძველზე პირდაპირ გათავისუფლების შემთხვევასთან შედარებით, უარეს მდგომარეობაში არ უნდა ჩავარდეს და არ უნდა შეილახოს მისი კანონიერი ინტერესები. ჩვეულებრივ, როცა გამოსაცდელი ვადით დადებული შრომითი ხელშეკრულება წყდება, დასაქმებულს არავითარი კომპენსაცია არ მიეცემა, მაგრამ, იმის გათვალისწინებით, რომ, სწორედ, ორგანიზაციულმა ცვლილებებმა მიიყვანა მხარეები ამ ახალი ხელშეკრულების დადებამდე გამოსაცდელი ვადით, კომპენსაციის მოთხოვნის უფლება დასაქმებულს არ უნდა დაეკარგოს მაინც; თუმცაღა, ქართულ სამართლებრივ სივრცეში ალტერნატიულ სამუშაოზე გადაყვანისას ახალი ხელშეკრულების, გამოსაცდელი ვადით, დადება ნაკლებად მისაღები უნდა იყოს, რამდენადაც ეს ინსტიტუტი, შკ-ის მე-9, III, IV მუხლიდან

⁵¹ *Barrow, C., Duddington, J.*, Briefcase Employment Law, Second Edition, Cavendish Publishing Limited, London, Sydney, 2000, 113.

⁵² *Richmond Precision Engineering Ltd v. Pearce* (1985) EAT, ხელმისაწვდომია: <<https://swarb.co.uk/richmond-precision-engineering-ltd-v-pearce-eat-1985/>> [23.11.2019 17:45].

⁵³ *Barrow, C., Duddington, J.*, დასახ. ნაშრომი, 51-ე სქ., 113.

⁵⁴ საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სამოქალაქო საქმეთა პალატის 2019 წლის 29 იანვრის №ას-1623-2018 განჩინება.

⁵⁵ *Lockton, D. J.*, დასახ. ნაშრომი, 36-ე სქ., 338-339.

გამომდინარე, დამსაქმებელს მეტად ფართო თავისუფლებას ანიჭებს შრომითი ხელშეკრულების გაგრძელება-შეწყვეტის კუთხით, რაც ქმნის გამოსაცდელი ვადის მექანიზმის დასაქმებულის წინააღმდეგ გამოყენების საფრთხეს.

4. სამსახურიდან გასათავისუფლებელი დასაქმებულის შერჩევის კრიტერიუმები

სამუშაო ძალის შემცირების ლეგიტიმურობის დადგენის მომდევნო საფეხურია დამსაქმებლის მიერ დასაქმებულთა შორის არჩევნის გაკეთება და შერჩეული თანამშრომლ(ებ)ის გათავისუფლება.⁵⁶ ჩაჩავა, გერმანულ რეგულირებაზე დაყრდნობით, ასახელებს რეორგანიზაციის აუცილებლობის შეფასების მეთოდს და, ამასთან, აღნიშავს, რომ შერჩევა უნდა იყოს სოციალურად სამართლიანი და არადისკრიმინაციული - უნდა მოხდეს დასაქმებულთა სოციალური მდგომარეობის, კვალიფიკაციის, სტაჟის და სხვა გარემოებების გათვალისწინება,⁵⁷ სტურუა რეორგანიზაციის საფუძველს ეკონომიკურ საფუძველთან ერთიანობაში განიხილავს და ასევე გვთავაზობს, ამ დროს, ვიხელმძღვანელოთ სოციალური თანასწორობის პრინციპით;⁵⁸ კერძოდ, იგი მიუთითებს, რომ, უკიდურეს შემთხვევაში, უნდა გათავისუფლდნენ ის დასაქმებულები, რომლებიც, სხვებთან შედარებით, უფრო მეტად დაზარალებიან რეორგანიზაციით. სტურუას მიხედვით, „საწარმოო მიზეზით, ხელშეკრულების მოშლისას დამსაქმებელი ვალდებული იქნება, ხელშეკრულების მოშლის შესახებ გადაწყვეტილება ააგოს არა საწარმოო აუცილებლობის დასაბუთებით, არამედ, კონკრეტულ მუშაკთან დაკავშირებით, ხელშეკრულების მოშლის აუცილებლობით.“⁵⁹ ამრიგად, არსებობს გარკვეული მოსაზრებები იმის შესახებ, როგორ უნდა მოხდეს იმ დასაქმებულის შერჩევა, ვისაც შეუწყდება შრომითი ხელშეკრულება, როცა საწარმოში მართლაც მოხდა რეორგანიზაცია და შემცირდა ერთგვაროვანი პოზიციების რაოდენობა. უნდა აღინიშნოს, რომ, ზემოთ დასახელებული დოქტრინული შეხედულებებით შემოთავაზებული პირობები ქართულ სასამართლო პრაქტიკაში ნაკლებად გამოიყენება. ამასთან, ისინი საჭიროებს დახვეწას და შეფასებას, თუ რამდენად განხორციელებადი იქნება მათი პრაქტიკაში დანერგვა. გარდა ამისა, ხსენებული ავტორები კრიტერიუმების დასახელებისას არ განმარტავენ, როგორ უნდა განხორციელდეს მათი გამოყენება კონკრეტული შემთხვევის გადაწყვეტისას. შესაბამისად, ამ კუთხით, საკითხს უფრო ღრმა ანალიზი სჭირდება, რაშიც განსაკუთრებით გამოდგვადგება შედარებით სამართლებრივი მეთოდი. აქედან გამომდინარე, რაციონალური იქნება, თუ გადავხედავთ ამ საკითხებზე უცხოურ პრაქტიკასაც, რათა უფრო ცხადი გახდეს, როგორი მიდგომა იქნება ყველაზე უფრო ეფექტიანი და მისადაგებული ქართული რეალობისადმი; გამოვყოთ იმ კონკრეტულ მიდგომებს, რომელთა დანერგვაც სასურველია ქართულ სასამართლო პრაქტიკაში რეორგანიზაციული ცვლილებებისას დასაქმებულთა უფლებების სრულფასოვნად დასაცავად და იმ დასაქმებულის სწორად შესარჩევად, რომელსაც უნდა შეუწყდეს შრომითი ხელშეკრულება განსახილველი საფუძველით.

დეტალების გამოკვლევამდე, უმჯობესია, მოკლედ თვალი გადავავლოთ, ამ დროისათვის, სასამართლო პრაქტიკაში ჩამოყალიბებულ მიდგომებს - თუ რამდენად შეესაბამება ისინი ევროპულ სტანდარტებს, რათა უფრო თვალნათელი გახდეს, რა სეგმენტში არის საჭირო ნოვაციების დანერგვა და საკანონმდებლო ვაკუუმის შევსება

⁵⁶ ჩაჩავა, ს., დასახ. ნაშრომი, მე-3 სქ., 98.

⁵⁷ იქვე, 102.

⁵⁸ შკ-ის პროექტის პირველადი ვერსია - 120-ე მუხლი - ითვალისწინებდა, სწორედ, დასაქმებულის სოციალური მდგომარეობის გათვალისწინებას, დაქირავებულის კვალიფიკაციასთან ერთად, საწარმოო აუცილებლობისას ხელშეკრულების მოშლის დროს. („GEPLAC-ის“ საქმიანობა - შრომის კოდექსის ზოგადი და ინდივიდუალური ნაწილის პროექტი, ქართული სამართლის მიმოხილვა, 6/2003-1, 72).

⁵⁹ სტურუა, ნ., შრომითი ხელშეკრულების მოშლა, სამართლის ჟურნალი, №1, 2015, 229.

მწყობრი სასამართლო პრაქტიკით. უზენაესი სასამართლო შემოიფარგლება მეტად ზოგადი მითითებებით და განმარტავს, რომ დამსაქმებელი, არჩევანის გაკეთებისას, ვალდებულია, იხელმძღვანელოს გონივრული და დასაბუთებული კრიტერიუმით, რაც გამორიცხავს ექვის საფუძველს გადაწყვეტილების მიღების პროცესში და დაუსაბუთებლად არ ხელყოფს დასაქმებულის კანონიერ ინტერესს, მის შრომით უფლებებს.⁶⁰ საკასაციო სასამართლო მიიჩნევს, რომ შრომითი ურთიერთობის ცალმხრივად შეწყვეტის კანონიერება უნდა შეფასდეს ე.წ. „პროპორციულობის ტესტით“, რადგან შრომის უფლება პირის ერთ-ერთი ფუნდამენტური კონსტიტუციური უფლებაა და ამგვარი ურთიერთობის დამსაქმებლის მხრიდან შეწყვეტა სწორედ კონსტიტუციის [ძველი რედაქციით] 30-ე მუხლით დაცულ სფეროში ჩარევას წარმოადგენს, თუმცა იმის გასარკვევად, ამ ჩარევის შედეგად, დაირღვა თუ არა პირის გარანტირებული უფლება, შემოწმებას ექვემდებარება, ასევე გააჩნია თუ არა ჩარევას ლეგიტიმური საფუძველი და წარმოადგენს თუ არა იგი მიზნის მიღწევის პროპორციულ საშუალებას.⁶¹

შესაბამისად, არ უნდა მოხდეს ორგანიზაციული ცვლილებებისას გასათავისუფლებელი დასაქმებულის სუბიექტური მოტივებით შერჩევა. თუმცა, როგორც აღნიშნა, კრიტერიუმების თვალსაზრისით, სრული ვაკუუმია ქართულ კანონმდებლობაში და არც ჯეროვნად ჩამოყალიბებული სასამართლო პრაქტიკა არსებობს. მართალია, გვაქვს მწყობრი პრაქტიკა ორგანიზაციული ცვლილებების ობიექტურად შეფასების თაობაზე, მაგრამ იგი სრულყოფილად ვერ უზრუნველყოფს ცალკეული დასაქმებულის დაცვას უთანასწორო მოპყრობისაგან. ამ საკითხის დაურეგულირებლობის პირობებში, როცა, ორგანიზაციული ცვლილებები საჭიროებს სამუშაო ძალის შემცირებას, მაგრამ არ გვაქვს კონკრეტული დასაქმებულის შერჩევის კრიტერიუმები, დამსაქმებელს ფაქტობრივად ენიჭება შესაძლებლობა, თვითნებური მოტივებით შეარჩიოს ის დასაქმებული, რომელმაც უნდა დატოვოს სამსახური. უზენაესი სასამართლოც ცნობს, რომ მხოლოდ და მხოლოდ, რეორგანიზაცია დასაქმებულის სამსახურიდან გაშვების საფუძველი არ უნდა გახდეს, რადგან ამით, ე.წ. „რეორგანიზაციის“ საფუძველით, პირის მიმართ განორციელებული დისკრიმინაციული მოპყრობის დაფარვაა შესაძლებელი.⁶²

ეს განმარტება, მიუხედავად დასაქმებულის ინტერესების დაცვის ზოგადი სულისკვეთებისა, სამართლებრივი თვალსაზრისით, მაინც ვერ უზრუნველყოფს გათავისუფლების პროცესში დამსაქმებლის მიერ სუბიექტური შერჩევის განხორციელების ალბათობის მინიმუმადე დაყვანას. ამის მიზეზია, უპირველეს ყოვლისა, ის რომ სასამართლო პრაქტიკაში არაა ჩამოყალიბებული გასათავისუფლებელი დასაქმებულის შერჩევის მკვეთრი კრიტერიუმები. კერძოდ, როცა ორგანიზაციული ცვლილებები მართლაც ეხება გარკვეული სახის ერთგვაროვან პოზიციებს და მცირდება მათი რაოდენობა (მაგალითად, ორგანიზაციული ცვლილებისას, საწარმოში დასაქმებული 7 მკერავისაგან რჩება 4 მკერავის სამტატო ერთეული), აკრძალულია მხოლოდ შკ-ის 37-ე, III მუხლში დასახელებული უკანონო გათავისუფლების კრიტერიუმებით ხელმძღვანელობა. სხვა უფრო კონკრეტული შეზღუდვა არ გვაქვს არც საკანონმდებლო დონეზე და არც სასამართლო პრაქტიკაში. ეს კი შრომით ურთიერთობაში „ძლიერ მხარეს“ აძლევს საშუალებას, გამოიყენოს ნებისმიერი მიდგომა დასაქმებულთა რაოდენობის შემცირებისას. ამიტომაც, იკვეთება საჭიროება თანმიმდევრული დებულებების

⁶⁰ საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სამოქალაქო საქმეთა პალატის 2019 წლის 29 იანვრის №ას-1623-2018 განჩინება.

⁶¹ საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სამოქალაქო საქმეთა პალატის 2017 წლის 07 აპრილის №ას-210-199-2017 განჩინება.

⁶² საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სამოქალაქო საქმეთა პალატის 2017 წლის 15 მაისის №ას-13-12-2017 განჩინება.

ჩამოყალიბებისა, რათა უზრუნველყოფილ იქნას კონსტიტუციით დაცული შრომითი უფლებებისადმი დამსაქმებლების მხრიდან პატივისცემა რეორგანიზაციისას.

უპირველეს ყოვლისა, იმისთვის, რომ სწორად შევარჩიოთ კონკრეტული მიდგომები, ჯერ უნდა განვსაზღვროთ კანონმდებლის ზოგადი დამოკიდებულება შრომის სამართლის ამა თუ იმ რეგულაციისადმი. ევროპული კავშირის მასშტაბით არსებული შრომითი ურთიერთობების ძირითადი მოდელებიდან „რომანულ-გალიურ“ მოდელს, სადაც დომინირებს სახელმწიფოს ინტერვენცია და რეგულაციები, მათ შორის, შრომითი დამცავი უფლებების შესახებ დებულებები,⁶³ შეიძლება, გერმანიის მსგავსად, განვაკუთვნოთ საქართველოც. ევროკავშირთან ასოცირების შეთანხმების⁶⁴ ძალაში შესვლის შემდეგ, საქართველო აქტიურად და გულდასმით ახორციელებს დირექტივებში გაცხადებული პრინციპების გადმოტანას, მანამდეც, ჯერ 2010 წელს შრომის კოდექსის ორგანული კანონის დონეზე აყვანით და შემდგომ, 2013 წელს განხორციელებული საკანონმდებლო რეფორმებით, ნათელია, რომ ქვეყანა სწორედ „რომანულ-გალიური“ მოდელისაკენ იხრებოდა და, ახლაც, ცდილობს მიიღოს ყველა შესაძლო ზომა დასაქმებულთა უფლებების დაცვისათვის მკაცრი რეგულაციების შემოღებით. 2013 წლის ცვლილებების შედეგად, დასაქმებულისადმი მანამდე არსებული „დაუნდობელი“⁶⁵ დამოკიდებულება უარყოფილ იქნა და გამოიკვეთა კანონმდებლის ორიენტირი, უფრო მკაცრ ჩარჩოებში მოექცია დამსაქმებლების ქმედებების ფარგლები და დაევალებულენა ისინი, გაეთვალისწინებინათ დადგენილი მოთხოვნები,⁶⁶ მაქსიმალურად შეეწყო ხელი შრომითი ურთიერთობების სტაბილურობისა და დასაქმებულთა სოციალურ დაცულობისათვის.⁶⁷

ორგანიზაციული ცვლილებებით, შრომითი ურთიერთობის შეწყვეტისას კონკრეტული დასაქმებულის შერჩევის კრიტერიუმები არ არის დარეგულირებული ევროპული კავშირის დონეზე; ამ საკითხზე, მხოლოდ, ზოგად მითითებას ვხვდებით მასობრივი დათხოვნების შესახებ საბჭოს 98/59/EC დირექტივაში⁶⁸. დირექტივის მე-2 მუხლის მე-3 პუნქტის ბ), v) ქვეპუნქტი გასათავისუფლებელი დასაქმებულის შერჩევის კრიტერიუმის დაწესებას ეროვნულ კანონმდებლობას ან/და პრაქტიკას ანდობს. შესაბამისად, განვიხილოთ, ევროპის სხვადასხვა ქვეყნის შიდა სამართალში ჩამოყალიბებული ძირითადი მიდგომები და შევაფასოთ, რამდენად შესაძლებელი და რაციონალური იქნება მათი დანერგვა ქართულ სამართლებრივ სივრცეში.

ამ კუთხით, მეტად საინტერესოა გერმანული მიდგომის დეტალური მიმოხილვა, რომელიც ქართულ დოქტრინაშიც მოხმობილია,⁶⁹ თუმცა მხოლოდ ნაწილობრივ და იმ მთავარი თავისებურებებისა და უპირატესობების მითითების გარეშე, რომლებიც უნდა იქნეს გათვალისწინებული კონკრეტული კრიტერიუმების შეფარდებისას და რომლებიც აქცევს მას ევროპის კონტინენტზე ერთ-ერთი ყველაზე თანაზომიერად,

⁶³ Leighton, P., EU Employment Law: a Practical Guide, Thorogood Publishing Ltd, London, 2010, 111.

⁶⁴ ასოცირების შესახებ შეთანხმება ერთის მხრივ, საქართველოსა და მეორეს მხრივ, ევროკავშირს და ევროპის ატომური ენერჯის გაერთიანებას და მათ წევრ სახელმწიფოებს შორის. ხელმისაწვდომია ვებგვერდზე <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/2496959>>.

⁶⁵ Sachaleli, S., Disputes in Georgia Caused by the Termination of an Employment Contract on Employer's Initiative 2007-2012, South Caucasus Law Journal, 04/2013, 225.

⁶⁶ დუმბაძე, მ., ნარდობის ხელშეკრულება, როგორც შრომითი ხელშეკრულების გვერდის ავლის საშუალება, შრომის სამართალი (სტატიათა კრებული), III, ჩაჩავა, ს., ზაალიშვილი, ვ., რედ., თბილისი, 2014, 297.

⁶⁷ საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სამოქალაქო საქმეთა პალატის 2019 წლის 29 იანვრის №ს-1623-2018 განჩინება.

⁶⁸ Council Directive 98/59/EC of 20 July 1998 on the approximation of the laws of the Member States relating to collective redundancies (საბჭოს 1998 წლის 20 ივლისის დირექტივა მასობრივი დათხოვნებთან დაკავშირებით წევრი სახელმწიფოების კანონების დაახლოვების შესახებ). ხელმისაწვდომია ვებ გვერდზე <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=celex%3A31998L0059>>.

⁶⁹ იხ. ჩაჩავა, ს., დასახ. ნაშრომი, მე-3 სქ., 102.

გასათავისუფლებელი დასაქმებულის შერჩევისათვის რეორგანიზაციის დროს. უფრო კონკრეტულად, იგი შეირჩევა სოციალური ასპექტების გათვალისწინებით (ე.წ. social selection (Sozialauswahl)),⁷⁰ დაბალანსების ტესტის გამოყენებით.⁷¹ სოციალური შერჩევა შრომითი ხელშეკრულების შეწყვეტის ნამდვილობის ბოლო პრერეკვიზიტია, რომელიც მოიცავს რამდენიმე ეტაპს. ამ ტესტის პირველი ეტაპია შესადარებელ პირთა იდენტიფიცირება. დასაქმებულები შეიძლება, შესადარებელ პირებად ჩაითვალოს, თუ ისინი ურთიერთჩანაცვლებადი არიან, ანუ შეუძლიათ, შეარულონ ერთმანეთის სამუშაო დაუყოვნებლივ, ან, გონივრულ ფარგლებში, ტრენინგის გავლის შემდეგ, რომელიც არ აღემატება 2-3 თვეს.⁷² კერძოდ, უნდა დადგინდეს, ვის ესაჭიროება მეტი სოციალური დაცვა ამ საწარმოს კონკრეტული დანაყოფიდან, რომელზედაც გავრცელდა რეორგანიზაცია და არ მოიცავს სხვა დანაყოფებში დასაქმებულ პირებს, ან, მითუმეტეს, დამსაქმებლის საწარმოთა ჯგუფში დასაქმებულებს. დასაქმების დაცვის შესახებ კანონი სოციალური შერჩევის პრინციპის დაცვის ქვეშ არ აქცევს პირებს, რომლებსაც კონკრეტულ საწარმოში მუშაობის დაწყებიდან უწყვეტი ექვსი თვე არ შესრულებიათ. ისინი პირველები უნდა გათავისუფლდნენ.⁷³ რადგან დამსაქმებელი თავისუფალია საბაზისო სამეწარმეო გადაწყვეტილებების მიღებაში, მას აქვს უფლება გამორიცხოს სოციალური შერჩევის პრინციპიდან რომელიმე დასაქმებული, თუ არსებობს ამ დასაქმებულთან შრომითი ხელშეკრულების შენარჩუნების ლეგიტიმური ინტერესი ბიზნეს სუბიექტისა.⁷⁴ მაგალითად, ასეთი შეიძლება იყოს განსაკუთრებული ცოდნა, კომპეტენცია და შესრულება, ან/და დაწესებულების სტრუქტურის ბალანსის დაცვა. ეს გამონაკლისი პრაქტიკაში ნაკლებად გამოიყენება, ვინაიდან დამსაქმებლისათვის რთულია ამგვარი ლეგიტიმური ინტერესის დამტკიცება,⁷⁵ რადგან სასამართლოები მიმართავენ ძალიან შეზღუდულ ინტერპრეტაციას. შერჩევის ამგვარი პროცედურის დანერგვა, თავისი გამონაკლისებითურთ, მისაღები იქნება ქართულ რეალობაშიც, რამდენადაც, როგორც ზემოთ აღინიშნა, საქართველოს უზენაესი სასამართლოს პრაქტიკაშიც გაზიარებულია დამსაქმებლის მოთხოვნა კონკურენტულ ადამიანურ რესურსებზე.⁷⁶

შესადარებელ პირთა იდენტიფიცირების შემდეგ, უნდა მოხდეს მათ მიმართ სოციალური შერჩევის კრიტერიუმების შეფარდება. 1996 წლამდე დასაქმების დაცვის შესახებ გერმანული კანონი შემოიფარგლებოდა, ყოველ კონკრეტულ შემთხვევაში, სოციალური სამართლიანობის უზრუნველყოფით, თუმცა, 1996 წლის საკანონმდებლო ცვლილებების შედეგად, ეს ასპექტები უკვე დაკონკრეტდა⁷⁷ კანონის პირველი მუხლის მე-3 პუნქტში, კერძოდ, ესენია: მომსახურების უწყვეტობა, დასაქმებულის სტაჟი, ოჯახის წევრებისა და შრომისუუნარო პირების რჩენის ვალდებულება. სოციალურ კრიტერიუმებს განეკუთვნება ასევე: ასაკი, შეზღუდული შესაძლებლობა.⁷⁸ გერმანიის ფედერალური შრომითი სასამართლოს მიხედვით, არც ერთ ამ კრიტერიუმს უპირატესობა არ ენიჭება დამსაქმებლის მიერ დაბალანსების ტესტის გამოყენებისას. როდესაც ამ კრიტერიუმების აწონ-დაწონვა აშკარად თვითნებურია, სოციალური შერჩევა არასწორია და ამიტომაც,

⁷⁰ სანტაგატა, რ., დასახ. ნაშრომი, 28-ე სქ., 362.

⁷¹ Glaser, R., Kolvenbach, D. W., დასახ. ნაშრომი, მე-15 სქ., 268.

⁷² იქვე.

⁷³ იქვე.

⁷⁴ Kirchner, J., Kremp, P.R., Magotsch, M., Key aspects of German Employment and Labour Law, Second Edition, Springer-Verlag GmbH, Germany, 2018, 8.

⁷⁵ იქვე.

⁷⁶ საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სამოქალაქო საქმეთა პალატის 2019 წლის 29 იანვრის №ას-1623-2018 განჩინება.

⁷⁷ Weiss, M., Schmidt, M., Labour Law and Industrial Relations in Germany, Fourth revised edition, Kluwer Law International, The Netherlands, 2008, 129.

⁷⁸ Kirchner, J., Kremp, P.R., Magotsch, M., დასახ. ნაშრომი, 74-ე სქ., 8.

ხელშეკრულების შეწყვეტა ითვლება ბათილად.⁷⁹ დასაქმებული, რომელიც ამ კრიტერიუმებიდან ყველაზე ნაკლებს აკმაყოფილებს და, შესაბამისად, ყველაზე ნაკლებად იმსახურებს „სოციალურ დაცვას“, უნდა გათავისუფლდეს პირველი (გარდა შერჩევიდან გამორიცხული პირისა).⁸⁰ მსგავსი ვითარებაა ამ კუთხით საფრანგეთშიც, კერძოდ, შერჩევის კრიტერიუმები, არსებითად, ანალოგიურია. ამასთან, უნდა აღინიშნოს, რომ ყველა ეს კრიტერიუმები უნდა აიწონ-დაიწონოს და მხედველობაში იქნას მიღებული, ვერცერთი ფაქტორი, ცალკე, ვერ მოახდენს გავლენას გადაწყვეტილებაზე.⁸¹

საქართველოს შემთხვევაში, სოციალური თანასწორობის პრინციპის გამოყენება ორგანიზაციული ცვლილებებისას იმ დასაქმებულის შესარჩევად, რომელთანაც უნდა შეწყდეს შრომითი ხელშეკრულება, ასევე დაეფუძნება კონსტიტუციის დებულებებს, სწორედ, ზემოთ ხსენებული საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს გადაწყვეტილების გათვალისწინებით. იგი გვევლინება სამეწარმეო საქმიანობის თავისუფლების ერთგვარ ზღვრად, რომლის დაცვაც აუცილებელია კონსტიტუციით გაცხადებული სოციალური სახელმწიფოს პრინციპის პრაქტიკული რეალიზაციისათვის. თუმცა, აქვე უნდა ითქვას, რომ სასამართლოებმა ძალზედ ფრთხილად და წინდახედულად უნდა იმსჯელონ სასამართლო კონტროლის ფარგლებში, კონკრეტული საწარმოს ბიზნეს გადაწყვეტილებასა და სამეწარმეო პოლიტიკაზე, რათა კონსტიტუციის 26-ე მუხლის მე-4 პუნქტით დადგენილი ვალდებულების - თავისუფალი მეწარმეობის - უზრუნველყოფას საფრთხე არ შეექმნას.⁸²

საინტერესოა ბულგარული მიდგომაც. ბულგარეთის შრომის კოდექსის⁸³ 329-ე მუხლი იძლევა შესაძლებლობას, შეფასდეს რომელი დასაქმებულია მეტად კვალიფიციური ან უკეთესი მოსწრების მქონე. 2001 წლის საკანონმდებლო რეფორმის შემდეგ ეს ერთადერთი კრიტერიუმია და გაუქმებულია სოციალური შერჩევის პრინციპის გამოყენების ვალდებულება.⁸⁴ ამგვარი მიდგომა, უფრო მეტადაა ორიენტირებული დამსაქმებელზე, ხოლო დასაქმებულის ინტერესები გადააქვს უკანა პლანზე. შესაბამისად, *favor prestatoris* პრინციპთან ეს მიდგომა ძალზე დაშორებულია, რაც გვიბიძგებს იქითკენ, რომ უკუვადოთ მისი ქართულ სამართალში ერთადერთ კრიტერიუმად, დანერგვის აუცილებლობა, თუ მიზანშეწონილობა.

არც ჩეხეთშია დადგენილი, ამ კუთხით, კონკრეტული კრიტერიუმები და, ამ მხრივ, დამსაქმებელს სრული თავისუფლება ენიჭება, რაც შეიძლება, კოლექტიური შრომითი შეთანხმებით შეიზღუდოს. თუმცა, რამდენადაც ანტიდისკრიმინაციული კანონმდებლობა ყველა შემთხვევის მიმართ მოქმედებს, შერჩევის კრიტერიუმად დისკრიმინაციულ ნიშანი ვერ გამოიყენება.⁸⁵ შეიძლება ითქვას, რომ ჩეხური კანონმდებლობა, თუ პრაქტიკა, თავად, საჭიროებს დახვეწას და უფრო კონკრეტული კრიტერიუმების შემუშავებას, რათა აღმოიფხვრას დამსაქმებლის მხრიდან თვითნებური შერჩევის განხორციელების შესაძლებლობა და არ შეილახოს დასაქმებულის კანონიერი ინტერესები.

⁷⁹ Glaser, R., Kolvenbach, D. W., დასახ. ნაშრომი, მე-15 სქ., 268.

⁸⁰ იქვე.

⁸¹ Sands, R.S., დასახ. ნაშრომი, მე-10 სქ., 216.

⁸² საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სამოქალაქო საქმეთა პალატის 2019 წლის 29 იანვრის №ას-1623-2018 განჩინება.

⁸³ Кодекс на Труда (ბულგარეთის 1987 წლის შრომის კოდექსი), ხელმისაწვდომია ვებგვერდზე <<https://www.lex.bg/bg/laws/ldoc/1594373121>>.

⁸⁴ Dinova, A., Kakchev, T., Bulgaria, Redundancy Law in Europe, Patmore, L., Kemper, M. V., (ed.), Kluwer Law International, The Netherlands, 2008, 23-24.

⁸⁵ Kadlecova, T., Svobodova, E., Czech Republic, Redundancy Law in Europe, Patmore, L., Kemper, M. V., (ed.), Kluwer Law International, The Netherlands, 2008, 41.

სოციალური შერჩევის პრინციპისაგან განსხვავებით, ზოგიერთ ევროპულ ქვეყანაში დამკვიდრებულია გასათავისუფლებელი დასაქმებულის შერჩევისათ წესი, რომლის თანახმადაც, „ყველაზე გვიან მოსული, მიდის პირველი“ (last in, first out (LIFO)).⁸⁶ ამ მიდგომის დადებითი მხარე მისი სიმარტივე და სიცხადეა. მაგალითად, კვიპროსში ორგანიზაციული ცვლილებებისას, შემცირებით შრომითი ხელშეკრულების შეწყვეტისას, ერთადერთ შერჩევის საფუძვლად მოცემულ საწარმოში დასაქმების ხანგრძლივობაა. შესაბამისად, პირველი თავისუფლდება ის, ვინც ყველაზე გვიან დაიწყო რეორგანიზებულ დამსაქმებელთან შრომითი ურთიერთობა; თუმცა ისეთი რეორგანიზაციისას, როდესაც ბიზნესი არსებით მოდერნიზებას განიცდის და წარმოების მეთოდში ისეთი სიახლეები შედის, რომ ყველაზე ძველ დასაქმებულებს არ გააჩნიათ შესაბამისი კვალიფიკაცია და ვერ მოახდენენ ცვლილებებისადმი ადაპტირებას, ხდება ამ პრინციპიდან გადახვევა. ამასთან, საგამონაკლისოდ, ეს პრინციპი არ გამოიყენება, როცა საქმე ეხება ჯანმრთელობის პრობლემებს, ფინანსური ან პირადი საკითხებს, ან გადაადგილების შეზღუდულ შესაძლებლობას; აგრეთვე, როდესაც კვიპროსში დამსაქმებელს უნდა ახალი დასაქმებულების დაქირავება შტატების შემცირებისას, გათავისუფლებიდან 8 თვის განმავლობაში, მას ეკისრება ვალდებულება, უპირატესობა მიანიჭოს თავის ყოფილ დასაქმებულებს.⁸⁷ მსგავსი ვითარებაა ირლანდიაშიც. მართალია, საკანონმდებლო დონეზე აქ არ არსებობს კრიტერიუმი, რომლითაც უნდა მოხდეს კონკრეტული დასაქმებულის შერჩევა და დამსაქმებელს გააჩნია მხოლოდ ზოგადი ვალდებულება იმოქმედოს გონივრულად და მის მიერ გამოყენებული შერჩევის კრიტერიუმები იყოს სამართლიანი, ყოველ კონკრეტულ შემთხვევაში კრიტერიუმები დგინდება საქმის გარემოებიდან გამომდინარე და პრაქტიკაში აქაც, კვიპროსის მსგავსად, გამოიყენება მარტივი LIFO წესი,⁸⁸ თუ პროფკავშირთან სხვა შერჩევის კრიტერიუმი არაა შეთანხმებული. ირლანდიაში LIFO წესი ყველაზე ფართო გამოყენებას ინდუსტრიულ სექტორში ჰპოვებს.⁸⁹ უნდა აღინიშნოს, რომ ამ პრინციპის უარყოფითი მახასიათებელია ის, რომ მისი გამოყენების პირობებში, ძირითადად, ახალგაზრდა დასაქმებულები განწირულები არიან სამსახურიდან დათხოვნისათვის, რაც შესაძლოა, იწვევდეს ასაკობრივ დისპროპორციას სამუშაო ძალაში და ზრდიდეს კომპანიებში უფრო ასაკოვან დასაქმებულთა ხვედრით წილს; თავის მხრივ, ეს უარყოფითად აისახება, როგორც კონკრეტულ კომპანიებზე, ასევე, შორეულ პერსპექტივაში, აზრკოლებს ახალგაზრდა პროფესიონალების კარიერულ განვითარებას. ამასთან, ეს მიდგომა შეიძლება, არაპირდაპირდისკრიმინაციულადაც ჩაითვალოს ასაკობრივი ნიშნით. აქედან გამომდინარე, LIFO პრინციპი, მიუხედავად მისი სიმარტივისა, არაა მიზანშეწონილი, რომ დაინერგოს ქართულ სივრცეში.

LIFO წესის გაუმჯობესებულ ვერსიას წარმოადგენს ნიდერლანდებში გამოყენებული „არეკლის პრინციპი“ (afspiegelingsbeginsel), რომელიც ეფუძნება მეთოდს, რითაც ურთიერთჩანაცვლებადი დასაქმებულების განთავსება ხდება სხვადასხვა ასაკობრივ კატეგორიაში. დასაქმებული, რომელსაც აქვს ყველაზე მცირე მუშაობის სტაჟი, ამ ასაკობრივ ჯგუფში თავისუფლდება პირველი, რათა მაქსიმალურად შენარჩუნებულ იქნეს საშუალო ასაკი და ასაკობრივი განსხვავებები ურთიერთჩანაცვლებადი სამსახურების ჯგუფებში. გარდა ამისა, არის რამდენიმე გამონაკლისი როგორცაა ვადიანი, „მოქნილი“⁹⁰ ხელშეკრულებით აყვანილი დასაქმებულები.⁹¹ შესაბამისად, ამ

⁸⁶ Langford, K., Ireland, Redundancy Law in Europe, Patmore, L., Kemper, M. V. (ed.), Kluwer Law International, The Netherlands, 2008, 117.

⁸⁷ Emilianides, A. C., Cyprus, Redundancy Law in Europe, Patmore, L., Kemper, M. V. (ed.), Kluwer Law International, The Netherlands, 2008, 33.

⁸⁸ Langford, K., დასახ. ნაშრომი, 86-ე სქ., 117.

⁸⁹ Woulfe, R., An Overview of Redundancy Law in Ireland, Mason Hayes+Curran, Dublin, 2007, 26.

⁹⁰ „მოქნილი შრომითი ხელშეკრულება“ - შრომითი ხელშეკრულება, რომელიც დასაქმებულს ანიჭებს უფრო მეტი ხარისხის თავისუფლებას სამუშაოს შესრულებასა და იმის გადაწყვეტაში, რა გრაფიკით შეასრულებს და

პრინციპის დანერგვა ქართულ რეალობაშიც მეტად ეფექტიანი იქნება და ხელს შეუწყობს შრომით ბაზარზე ასაკობრივი წონასწორობის დამყარებას და, ამავე დროს, შენარჩუნებული იქნება, ხელშეკრულების შეწყვეტისას, სიმარტივისა და სიცხადის კომპონენტიც. გარდა ამისა, „არეკვლის პრინციპი“ არ არის ორიენტირებული მხოლოდ ცალმხრივად დასაქმებულის ინტერესზე. იგი ემსახურება, ასევე დამსაქმებლის ინტერესებსაც, უზრუნველყოფს კომპანიაში უფრო გამოცდილი თანამშრომლების შენარჩუნებასაც ისე, რომ ეს არ ხორციელდება, ამავედროულად, დასაქმებულის უფლებათა ხელყოფით.

ბრიტანული მიდგომით, დამსაქმებელი არაა შეზღუდული კონკრეტული კრიტერიუმებით, თუმცა, იმასთან ერთად, რომ აუცილებელია, ნაჩვენები იყოს შემცირების აუცილებლობა გათავისუფლების მიზეზად, უდიდესი მნიშვნელობა ენიჭება დამსაქმებლის მიერ, სამართლიანი/გონივრული პროცედურის შესაბამისად, არჩევანის გაკეთებას.⁹² სააპელაციო შრომითი ტრიბუნალის მიერ განხილულ ერთ-ერთ საქმეში *Ferguson and Others v. Prestwick Circuits Ltd (1992)* დასაქმებულები გათავისუფლდნენ სამსახურიდან საწარმოს რეორგანიზაციის შემდეგ. გასათავისუფლებელ დასაქმებულთა შერჩევა დამსაქმებელმა დააფუძნა დასაქმებულთა მოსწრებას, მოქნილობას და სამომავლო პოტენციალს, თუმცა არ ჩატარებულა კანონით დადგენილი კონსულტაციები პროფკავშირთან. კომპანიის ამგვარი ქმედება იყო მიზანმიმართული, რამდენადაც ბოლო კონსულტაცია გაიმართა სამი წლით ადრე დათხოვნამდე და მხარეები შეჯერდნენ, რომ ერთი შეხედვით შეწყვეტის შემცირებისას შეტყობინება გათავისუფლების დღეს მომხდარიყო. მიუხედავად ამისა, სასამართლომ მიიჩნია, რომ, შესაძლებლობის არსებობისას, კონსულტაცია აუცილებლად უნდა ჩატარდეს და რაც 3 წლის წინ მოხდა, არ იყო საკმარისი ამ წესიდან გადახვევისათვის და არც იმის დასამტკიცებლად, რომ დასაქმებულებმა კონსულტაციის უფლებაზე უარი თქვეს.⁹³ აქვე რელევანტურია, განვიხილოთ ინგლისურ შრომის სამართალში არსებული ე.წ. „ბამფინგის“ (bumping) მეთოდიც. თუ გერმანიის შემთხვევაში, როგორც აღინიშნა, დამსაქმებელი, ცალკეულ შემთხვევებში, უფლებამოსილი იყო გამოერიცხა სოციალური შერჩევის პრინციპიდან რომელიმე დასაქმებული, თუ არსებობდა ამ დასაქმებულთან შრომითი ხელშეკრულების შენარჩუნების განსაკუთრებული ინტერესი მეწარმე სუბიექტის მხრიდან (მაგალითად, კონკრეტული დასაქმებულის განსაკუთრებული ცოდნა თუ კომპეტენცია), ბრიტანეთში მსგავს მიზანს ემსახურება ე.წ. „ბამფინგის“ მეთოდიც. მიუხედავად ამისა, განსხვავებით გერმანული მიდგომისაგან, „ბამფინგის“ გამოყენებისას, პირის სამსახურიდან დათხოვნისათვის, ყოველთვის, სულაც არ არის საჭირო, ორგანიზაციულმა ცვლილებებმა გამოიწვიოს უშუალოდ გათავისუფლებული დასაქმებულის მოვალეობებში შემავალი სამუშაოების გაქრობა.⁹⁴ ზოგჯერ შესაძლოა, დასაქმებულთან, რომელიც ფლობს ძვირფას ცოდნასა და უნარებს, თუმცა, ორგანიზაციული ცვლილებების შედეგად, მისი სამუშაო აღარ არსებობს, დამსაქმებელს მაინც სურდეს შეინარჩუნოს შრომითი ურთიერთობა. ამის

მოახდენს სამსახურობრივი საქმიანობის კოორდინირებას სხვა თანამშრომლებთან. მოქნილი შრომითი ხელშეკრულების შემთხვევაში, როგორც წესი, დამსაქმებელი აწესებს მაქსიმალურ და მინიმალურ სამუშაო საათებს დღეში ან/და ძირითად დროს, რა პერიოდშიც ყველა დასაქმებული უნდა გამოცხადდეს (უფრო დეტალურად ამ საკითხზე იხ. ვებგვერდი <<http://www.businessdictionary.com/definition/flexible-work.html>> [16.11.2019 21:00])

⁹¹ *Dekker, M., Buijsman, Ch.*, Redundancy, restructuring and reorganization, Sec Employment Lawyers, ხელმისაწვდომია ვებგვერდზე <<https://www.secarbeidsrecht.nl/en/employee-expat/redundancy-restructuring-and-reorganization>> [29.11.2019 12:30]

⁹² *Lockton, D. J.*, დასახ. ნაშრომი, 36-ე სქ., 280.

⁹³ *Barrow, C., Duddington, J.*, დასახ. ნაშრომი, 51-ე სქ., 110.

⁹⁴ Pure Employment Law, What is bumping? 26.06.2013, ხელმისაწვდომია ვებგვერდზე <<https://www.pureemploymentlaw.co.uk/what-is-bumping-3/>> [16.11.2019 19:00].

განსახორციელებელი საშუალებაა „ბამფინგი“. უფრო კონკრეტულად, დამსაქმებელი ორგანიზაციული ცვლილებებისას, იმის ნაცვლად, რომ გაათავისუფლოს ის დასაქმებული, რომლის ფუნქციებში შემავალი სამუშაოც აღარ არსებობს, სამსახურიდან უშვებს სხვა დასაქმებულს და ამ უკანასკნელის ადგილზე გადაყავს პირველი. სხვა სიტყვებით, რომ ვთქვათ, „ბამფინგი“ აღნიშნავს ერთი, პოტენციურად შემცირების საფრთხის წინაშე მდგარი დასაქმებულის, გადაყვანას მეორის პოზიციაზე და ამ უკანასკნელის დათხოვნას.⁹⁵ საქმეში *Contract Bottling v. Cave and others*, „ბამფინგის“ შესახებ სასამართლომ განმარტა, რომ მიუხედავად იმისა, რომ ცალკეული დასაქმებულის სამუშაოზე მოთხოვნა არ გამქარალა ან შემცირებულა, დათხოვნა, საბოლოო ჯამში, მაინც განპირობებული იყო გარკვეული სახის სამუშაოს შემცირებით.⁹⁶ ამასთან, მოსამართლემ, როგორც ეს საქმეში *Safeway Stores plc v. Burrell* აღნიშნა, რელევანტური არ იყო ის, რომ არ მომხდარა იმ სამუშაოს შემცირება, რაზეც გათავისუფლებული პირი მუშაობდა.⁹⁷ შესაბამისად, ამ შემთხვევაში, „ბამფინგის“ შედეგად, გათავისუფლებულის მდგომარეობა და მოთხოვნები უთანაბრდება ისეთი დასაქმებულის მდგომარეობას, რომელიც გათავისუფლდებოდა ორგანიზაციული ცვლილებების შედეგად მისი სამუშაო პოზიცია რომ გაუქმებულიყო.⁹⁸ უნდა აღინიშნოს, რომ ბამფინგის მეთოდის გამოყენება არ არის დამსაქმებლის ვალდებულება, არამედ იგი გამოიყენება იშვიათ შემთხვევაში.⁹⁹ ამ დროს, არსებობს დიდი საშიშროება, რომ „ბამფინგის“ შედეგად გათავისუფლებული ჩაითვალოს უკანონოდ დათხოვნილად, თუ გონივრულობა არ არის დაცული.¹⁰⁰ არ არსებობს „ერთი ზომა, რომელიც ყველა შემთხვევას ერგება“, როდასაც საქმე შემცირებას და რეორგანიზაციას ეხება. უფრო მარტივი და ნაკლებად რისკის შემცველია კომპანიისათვის, რომ, „ბამფინგის“ შესაძლებლობის განხილვისას, გამოიყენოს პირდაპირი მიდგომა და დააჯგუფოს დასაქმებულები მათი ფუნქციების მიხედვით რაიმე კრიტერიუმით მაინც, ვიდრე, მთლიანი კომპანიის მასშტაბით, განახორციელოს „ბამფინგი“.¹⁰¹ აქვე უნდა აღინიშნოს, რომ ეს მეთოდი მეტად ლიბერალური შრომითსამართლებრივი რეგულირების ნაყოფია, რომელიც „ანგლო-ირლანდიური“ ქვეყნებისათვისაა დამახასიათებელი სახელმწიფოს მხრიდან მინიმალური ინტერვენციის¹⁰² გამო. შესაბამისად, ქართულ რეალობაში დამსაქმებლის მხრიდან „ბამფინგის“ მეთოდის გამოყენებით დასაქმებულის გათავისუფლებას, დიდი ალბათობით, სასამართლო უკანონოდ ჩათვლის. არსებითად მსგავს შემთხვევად შეგვიძლია, განვიხილოთ საქართველოს უზენაესი სასამართლოს გადაწყვეტილება №ას-943-908-2016 საქმეზე, რომელშიც, რეორგანიზაციამდე, კომპანიის საზოგადოებასთან და მედიასთან ურთიერთობის სამსახური შედგებოდა ექვსი საშტატო ერთეულისაგან: სამსახურის უფროსი, მთავარი სპეციალისტი, უფროსი სპეციალისტი, ოპერატორი, სპეციალისტი (ქუთაისი), უფროსი სპეციალისტი. რეორგანიზაციის შემდეგ კი, ამ სამსახურის საშტატო ერთეული შემცირდა ერთით და მის შემადგენლობაში შევიდა სამსახურის უფროსი,

⁹⁵ *Burnett, R.*, Reorganisation and redundancy, 27.03.2018 ხელმისაწვდომია ვებგვერდზე <<https://www.hrllawlive.co.uk/reorganisation-and-redundancy/>> [29.11.2019 16:00]

⁹⁶ *Contract Bottling v. Cave and others* (2013) EAT, ხელმისაწვდომია: <https://www.bailii.org/uk/cases/UKCAT/2013/0525_12_2304.html> [29.11.2019 16:00]

⁹⁷ *Lockton, D. J.*, დასახ. ნაშრომი, 36-ე სქ., 334.

⁹⁸ იქვე, 333-334

⁹⁹ *Stevens, M.*, To Bump or Not to Bump? A Redundancy Selection Question, 23.03.2018. ხელმისაწვდომია ვებგვერდზე <<https://www.vvw.co.uk/news-and-events/blog/employment-law-brief/bump-or-no-bump-redundancy-selection>> [29.11.2019 13:45]

¹⁰⁰ *Bearder, B.*, What is bumping? 13.03.2018. ხელმისაწვდომია ვებგვერდზე <<https://www.employment-solicitor.com/bumping-unfair-dismissal/>> [29.11.2019 20:30]

¹⁰¹ 94-ე სქ.-ში დასახელებული წყარო.

¹⁰² *Leighton, P.*, დასახ. ნაშრომი, 63-ე სქ., 111.

მთავარი სპეციალისტი, მთავარი სპეციალისტი (ოპერატორი), სპეციალისტი (პროტოკოლი) და სპეციალისტი. სასამართლომ (ქუთაისში) სპეციალისტის თანამდებობიდან გათავისუფლებულ პირთან შრომითი ხელშეკრულების შეწყვეტა უკანონოდ მიიჩნია და განმარტა, რომ „მოსარჩელის მიერ გათავისუფლებამდე დაკავებული სამტატო ერთეული შენარჩუნებულია, რამდენადაც, დღეისათვის, კვლავ არსებობს სათავო ოფისის კუთვნილი სპეციალისტის შტატი იმ ცვლილებით, რომ მას დამატებით აღარ ეწოდება „ქუთაისი“, ხოლო რეალურად, განხორციელებული სტრუქტურული ცვლილება შეეხო არა სპეციალისტს, არამედ, უფროს სპეციალისტს, რომელიც დაქვეითდა და გახდა მთავარი სპეციალისტი...“ შესაბამისად, დამსაქმებლის ბრძანება ბათილად უნდა იქნას მიჩნეული.¹⁰³ ეს შემთხვევა შეიძლება, ჩავთვალოთ „ბამფინგის“ მეთოდის უკუგდების შემთხვევად ქართულ სასამართლო პრაქტიკაში, რადგან, რეალურად, რეორგანიზაციის შედეგად გაუქმებული უფროსი სპეციალისტის პოზიციაზე დასაქმებულის ნაცვლად, დამსაქმებელმა სპეციალისტის (ქუთაისი) პოზიციაზე დასაქმებული დაითხოვა, რაც სასამართლომ უკანონოდ მიიჩნია. აქედან გამომდინარე, შეგვიძლია დავასკვნათ, რომ შრომის უფლების დაცვის ჭრილში, სამართლებრივი სახელმწიფოს პრინციპთან და შრომის თავისუფლების სოციალურ ხასიათთან ნაკლებად თავსებადი¹⁰⁴ იქნება „ბამფინგის“ დანერგვა, ხოლო გონივრული ბალანსი მეწარმის კანონიერ ინტერესსა და დასაქმებული ფიზიკური პირის სოციალური უფლებების შეზღუდვას შორის¹⁰⁵, ამ მეთოდის გამოყენებით, არსებითად დაირღვევა მეწარმეობის თავისუფლების სასარგებლოდ, რაც გაუმართლებელი იქნება.

როგორც ზემოთ მოხმობილი მსჯელობიდან წარმოჩნდა, ევროპულ სახელმწიფოებში ორგანიზაციული ცვლილებებისას დასაქმებულის დათხოვნის საკითხი სიღმისეულადაა დამუშავებული. მათგან გერმანიას, საფრანგეთსა და ნიდარლენდებში გამოყენებული კრიტერიუმებია ყველაზე დაბალანსებული და, შესაბამისად, წარმატებით შეიძლება, ინკორპორირდეს ქართულ სასამართლო პრაქტიკაშიც, რამდენადაც ისინი სრულ შესაბამისობაშია საქართველოს კონსტიტუციურ, თუ შრომითსამართლებრივ პრინციპებთან; ამასთან, ქართულ სასამართლო პრაქტიკაში გასათავისუფლებელი დასაქმებულის შერჩევის კონკრეტული კრიტერიუმები, რეალური რეორგანიზაციის/ორგანიზაციული ცვლილებებისას, ნაკლებადაა ჩამოყალიბებული, ამიტომაც რაციონალური იქნება მიგვემართა გერმანიაში, საფრანგეთსა და ნიდერლანდებში დამკვიდრებულ მიდგომებსათვის ქართული სამართლებრივი სივრცის დასახვეწად, რათა უზრუნველყოფილი იქნას ადამიანის კონსტიტუციური შრომითი უფლების დაცვა, ისე რომ, ამავდროულად, არ შეილახოს დამსაქმებლის, როგორც კომერციული სუბიექტის, კონსტიტუციით დაცული მეწარმეობის თავისუფლება.

დასკვნა

ორგანიზაციული ცვლილებებით, დასაქმებულთან შრომითი ხელშეკრულების შეწყვეტა მეტად პრობლემური საკითხია თანამედროვე ქართულ რეალობაში. „საწარმოო აუცილებლობის“ ეს პატივსაღები საფუძველი, ხშირად, არაკეთილსინდისიერი დამსაქმებლის ხელში ძლიერ ინსტრუმენტად იქცევა ხოლმე „სუსტი“ მხარის სამსახურიდან უკანონოდ გასათავისუფლებლად. როგორც დავინახეთ, ამ პრობლემას საქართველოში ნაკლები ყურადღება ეთმობა როგორც საკანონმდებლო დონეზე, ასევე

¹⁰³ საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სამოქალაქო საქმეთა პალატის 2017 წლის 27 იანვრის №ას-943-908-2016 გადაწყვეტილება.

¹⁰⁴ ზოიძე, ბ., შრომის თავისუფლების არსი საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს პრაქტიკაში, შრომის სამართალი (სტატიათა კრებული), I, ზაალიშვილი, ვ. რედ., მერიდიანი, თბილისი, 2011, 8.

¹⁰⁵ საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სამოქალაქო საქმეთა პალატის 2017 წლის 27 იანვრის №ას-943-908-2016 გადაწყვეტილება.

სასამართლო პრაქტიკაში. არც ქართულ იურიდიულ დოქტრინაში არ არის სათანადოდ დამუშავებული ეს საკითხი. წარმოჩენილი არგუმენტებიდან, თვალნათლივ, გამოიკვეთა, რომ ქართულ შრომის სამართალს, ამ კუთხით, ჯერ კიდევ განვითარება სჭირდება. წინამდებარე ნაშრომში ერთმანეთისაგან მკვეთრად გაიმიჯნა ორგანიზაციული ცვლილებების (რეორგანიზაციის) საფუძველზე შრომითი ხელშეკრულების შეწყვეტა, სხვა „მსგავსი“ საფუძველებით, დასაქმებულის სამსახურიდან გათავისუფლებისაგან, რაც ქართულ იურიდიულ მეცნიერებაში, ძირითადად, ერთიან კონტექსტში განიხილება. გამიჯვნა კი ხელს შეუწყობს, სამომავლოდ, მათ დიფერენცირებულად კვლევას.

რეორგანიზაციისას, შრომითი ხელშეკრულების შეწყვეტის მართლზომიერების შეფასებისას, გამოიკვეთა საფეხურები, რომელთა თანმიმდევრულად დაცვის შედეგადაც, უზრუნველყოფილი იქნება მხარეთა ინტერესების ბალანსი. კვლევის შედეგები შეგვიძლია, შემდეგი პუნქტებისგან შემდგარი ტესტის სახით შევაჯამოთ:

- თავდაპირველად, უნდა განისაზღვროს განხორციელდა თუ არა, ობიექტურად, რეორგანიზაცია საწარმოში; უნდა იკვეთებოდეს მიზეზ-შედეგობრივი კავშირი ბიზნეს გადაწყვეტილებასა და გათავისუფლებას შორის; ეს გულისხმობს იმის დადგენას, აუცილებელი იყო თუ არაა საუშაო ძალის ცვლილება - შემცირება.
- მომდევნო საფეხურზე დგინდება, შრომითი ხელშეკრულების შეწყვეტა არის თუ არა პროპორციული ზომა, რამდენადაც უნდა გამოირკვეს, ხომ არ შეიძლებოდა დასაქმებულის სხვა პოზიციაზე გადაყვანა - ალტერნატიულ პოზიციაზე, ან დასაქმებულის თანხმობის შემთხვევაში, უარეს სამუშაოზე დასაქმება. ასეთ დროს, საწარმოში არსებულ თავისუფალ ვაკანტურ ადგილებზე უნდა გამოცხადდეს მიღება და არსებული ვაკანსიები შეივსოს იმ დასაქმებულებით, რომელთა სამუშაო პოზიციის გაუქმება გამოიწვია რეორგანიზაციამ. საჭიროებისას, უნდა მოხდეს, ასევე „გონივრულ ფარგლებში“ ტრენინგის ჩატარებაც, რათა დასაქმებული მომზადდეს ახალი სამუშაოსათვის. ამ დროს, დაიდება ახალი შრომითი ხელშეკრულება.
- თუ, წინა პუნქტში დასახელებული ღონისძიებების გამოყენებითაც კი, შეუძლებელია შრომითი ურთიერთობის შენარჩუნება, ან ეს არაგონივრულ ხარჯებს მოითხოვს, *ultima ratio* ღონისძიების სახით, უკვე შესაძლებელი ხდება კონკრეტული დასაქმებულის შერჩევა გასათავისუფლებლად. უკეთესია, თუ ეს გაკეთდება გერმანული რეგულირების გაზიარებით. ამ დროს, დამსაქმებელმა უნდა განსაზღვროს შესაძარებელ-ურთიერთჩანაცვლებად პირთა წრე რეორგანიზებულ საწარმოს დანაყოფში. ლეგიტიმური ინტერესის არსებობისას, დასაშვებად უნდა იქნეს მიჩნეული გარკვეული დასაქმებულების გამორიცხვა შერჩევის პროცესიდან კონკურენტულ ადამიანურ რესურსებზე დამსაქმებლის მოთხოვნის გათვალისწინებით, თუმცა ასეთი კონკრეტული ინტერესის არსებობის მტკიცების ტვირთი სასამართლომ დამსაქმებელს უნდა დააკისროს. გარდა ამგვარად ამორიცხული პირებისა, უნდა გამოირიცხონ, ასევე ვადიანი, „მოქნილი“ ხელშეკრულებით აყვანილი დასაქმებულები.
- და ბოლოს, უნდა მოხდეს იდენტიფიცირებული ურთიერთჩანაცვლებადი პირების მიმართ შერჩევის კრიტერიუმების შეფარდება. უცხოური მიდგომების გამოკვლევის შედეგად, გამოიკვეთა კრიტერიუმები, რომელთა გამოყენებაც რეკომენდებულია იმ დასაქმებულის მართებულად იდენტიფიცირებისათვის, ვისთანაც, საწარმოო აუცილებლობიდან გამომდინარე, სოციალური თანასწორობის პრინციპის გათვალისწინებით, შრომითი ურთიერთობის დასრულება დასაშვები და გამართლებულია. კერძოდ, ეს კრიტერიუმებია: მომსახურების უწყვეტობა, ასაკი, სტაჟი, რჩენის ვალდებულება, შეზღუდული შესაძლებლობა. ასაკის კრიტერიუმად გამოყენების შემთხვევაში, რელევანტური იქნება გავიზიაროთ ნიდერლანდების გამოცდილება და ურთიერთჩანაცვლებადი დასაქმებულების განთავსება მოხდეს

სხვადასხვა ასაკობრივ კატეგორიაში. დასაქმებული, რომელსაც აქვს ყველაზე მცირე სამუშაო სტაჟი, საკუთარ ასაკობრივ ჯგუფში გათავისუფლდეს პირველი, რათა შენარჩუნებულ იქნეს საშუალო ასაკი და ასაკობრივი განსხვავებები ურთიერთჩანაცვლებადი სამსახურების ჯგუფებში. საფრანგეთში დამკვიდრებული მიდგომის შესაბამისად, საბოლოოდ, დასახელებული კრიტერიუმები უნდა აიწონ-დაიწონოს და მხედველობაში იქნეს მიღებული ისე, რომ, განცალკევებით, რომელიმე ფაქტორს ცალსახა უპირატესობა არ მიენიჭოს და მოხდეს მათი კომპლექსური გამოყენება.

ზემოთ მოცემული მსჯელობიდან გამომდინარე, თვალნათელია, რომ, დასახელებული ასპექტების გათვალისწინებით, შრომის სამართლის ძირითადი მიზნი - მიღწეულ იქნას სამართლიანი ბალანსი „ძლიერისა“ და „სუსტის“ ინტერესებს შორის - არ დარჩება მხოლოდ „წიგნის სამართლად“ (law in books) და მოგვევლინება რეალურად მოქმედად (law in action), რაც საბოლოო ჯამში, იქცევა ერთ-ერთი ძლიერ საყრდენად კონსტიტუციით დაფუძნებული სამართლებრივი სახელმწიფოს პრაქტიკული შენებისათვის.

ბიბლიოგრაფია

1. „ჯეპლაკის“ საქმიანობა - შრომის კოდექსის ზოგადი და ინდივიდუალური ნაწილის პროექტი, ქართული სამართლის მიმოხილვა, 6/2003-1;
2. *Barrow, Ch., Duddington, J.*, Briefcase Employment Law, Second Edition, Cavendish Publishing Limited, London, Sydney, 2000;
3. *Bearder, B.*, What is bumping? 13.03.2018 ხელმისაწვდომია ვებგვერდზე <<https://www.employmentsolicitor.com/bumping-unfair-dismissal/>> [29.11.2019 20:30];
4. *Bone A., Suff, M.*, Essential Employment Law, Second Edition, Cavendish Publishing Limited, London, Sydney, 1999 ;
5. *Burnett, R.*, Reorganisation and redundancy, 27.03.2018 ხელმისაწვდომია ვებგვერდზე <<https://www.hrllawlive.co.uk/reorganisation-and-redundancy/>> [29.11.2019 16:00];
6. *Catanzariti, J.*, National Report - Australia, Employment Law (The Comparative Law Yearbook of International Business), *Campbell, D.*, (Gen. ed.), *Alibekova, A.*, Vol. (ed.), Special Issue, Kluwer Law International, The Netherlands, 2006;
7. Contract Bottling v. Cave and others (2013) EAT, ხელმისაწვდომია: <https://www.bailii.org/uk/cases/UKCAT/2013/0525_12_2304.html> [29.11.2019 16:00] ;
8. *Dekker, M., Buijsman, Ch.*, Redundancy, restructuring and reorganization, Sec Employment Lawyers, ხელმისაწვდომია ვებგვერდზე <<https://www.secarbeidsrecht.nl/en/employee-expat/redundancy-restructuring-and-reorganization>> [29.11.2019 12:30];
9. *Dinova, A., Kakchev, T.*, Bulgaria, Redundancy Law in Europe, *Patmore, L., Kemper, M. V.* (ed.), Kluwer Law International, The Netherlands, 2008;
10. *Emilianides, A. C.*, Cyprus, Redundancy Law in Europe, *Patmore, L., Kemper, M. V.* (ed.), Kluwer Law International, The Netherlands, 2008;
11. Flexible Work, ხელმისაწვდომია ვებგვერდზე <<http://www.businessdictionary.com/definition/flexible-work.html>> [16.11.2019 21:00];
12. *Glaser, R., Kolvenbach, D. W.*, National Report - Germany, Employment Law (The Comparative Law Yearbook of International Business), *Campbell, D.*, (Gen. ed.), *Alibekova, A.* Vol. (ed.), Special Issue, Kluwer Law International, The Netherlands, 2006;
13. *Kadlecova, T., Svobodova, E.*, Czech Republic, Redundancy Law in Europe, *Patmore, L., Kemper, M. V.* (ed.), Kluwer Law International, The Netherlands, 2008;

14. *Kirchener, J., Kremp, P.R., Magotsch, M.*, Key aspects of German Employment and Labour Law, Second Edition, Springer-Verlag GmbH, Germany, 2018;
15. *Langford, K.*, Ireland, Redundancy Law in Europe, *Patmore, L., Kemper, M. V.* (ed.), Kluwer Law International, The Netherlands, 2008;
16. *Leighton, P.*, EU Employment Law: a Practical Guide, Thorogood Publishing Ltd, London, 2010;
17. *Lockton, D. J.*, Employment Law, *Cremona, M.* (ed.), Fourth Edition, Palgrave Macmillan, Wales, 2003;
18. Pure Employment Law, What is bumping? 26.06.2013, ხელმისაწვდომია ვებგვერდზე <<https://www.pureemploymentlaw.co.uk/what-is-bumping-3/>> [16.11.2019 19:00].
19. Richmond Precision Engineering Ltd v. Pearce (1985) EAT, ხელმისაწვდომია: <<https://swarb.co.uk/richmond-precision-engineering-ltd-v-pearce-eat-1985/>>[23.11.2019 17:45];
20. *Sachaleli, S.*, Disputes in Georgia Caused by the Termination of an Employment Contract on Employer's Initiative 2007-2012, South Caucasus Law Journal, 04/2013;
21. *Sands, R. S.*, National Report - France, Employment Law (The Comparative Law Yearbook of International Business), *Campbell, D.* (Gen. ed.), *Alibekova, A.* Vol. (ed.), Special Issue, Kluwer Law International, The Netherlands, 2006;
22. *Stevens, M.*, To Bump or Not to Bump? A Redundancy Selection Question, 23.03.2018, ხელმისაწვდომია ვებგვერდზე <<https://www.vvw.co.uk/news-and-events/blog/employment-law-brief/bump-or-no-bump-redundancy-selection>> [29.11.2019 13:45];
23. *Weiss, M., Schmidt, M.*, Labour Law and Industrial Relations in Germany, Fourth revised edition, Kluwer Law International, The Netherlands, 2008;
24. *Woulfe, R.*, An Overview of Redundancy Law in Ireland, Mason Hayes+Curran, Dublin, 2007.
<<http://www.imca.ie/assets/files/Management%20Themes/Overview%20of%20Redundancy%20Law%20in%20Ireland.pdf>> [24.11.2019 20:20];
25. *დუმბაძე, მ.*, ნარდობის ხელშეკრულება, როგორც შრომითი ხელშეკრულების გვერდის ავლის საშუალება, შრომის სამართალი (სტატიათა კრებული), III, *ჩაჩავა, ს., ზაალიშვილი, ვ.*, რედ., თბილისი, 2014;
26. *ზენაიშვილი, ა.*, საქართველოს შრომის კოდექსის კომენტარი, 37-ე მუხლი, იურისტების სამყარო, თბილისი, 2015;
27. *ზოიძე, ბ.*, შრომის თავისუფლების არსი საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს პრაქტიკაში, შრომის სამართალი (სტატიათა კრებული), I, *ზაალიშვილი, ვ.* რედ., მერიდიანი, თბილისი, 2011;
28. *სანტაგატა, რ.*, შრომის კოდექსის 37-ე მუხლის კომენტარი, საქართველოს შრომის კოდექსის კომენტარი, *ბორონი, ა.* რედ., *ზაალიშვილი, ვ.* ქართული გამოცემის რედ., თბილისი, 2016;
29. საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს 2007 წლის 26 ოქტომბრის გადაწყვეტილება №2/2/389 საქმეზე - საქართველოს მოქალაქე მაია ნათაძე და სხვები საქართველოს პარლამენტისა და საქართველოს პრეზიდენტის წინააღმდეგ. ხელმისაწვდომია ვებგვერდზე <<https://www.constcourt.ge/ge/legal-acts/judgments/saqartvelos-moqalaxe-maia-natadze-da-sxvebi-saqartvelos-parlamentisa-da-saqartvelos-prezidentis-winaagmdeg-430.page>>;
30. *სტურუა, ნ.*, შრომითი ხელშეკრულების მომლა, სამართლის ჟურნალი, №1, 2015;
31. *ფუტკარაძე, ი.*, კონსტიტუციის 30-ე მუხლის კომენტარი, საქართველოს კონსტიტუციის კომენტარი. მეორე თავი, საქართველოს მოქალაქეობა. ადამიანის ძირითადი უფლებანი და თავისუფლებანი, *ტურავა, პ.*, რედ., პირველი გამოცემა, თბილისი, 2013;

32. შველიძე, ზ., ბოდონე, ქ., თოდრია, თ., ხაჟომია, თ., გუჯაბიძე, ნ., მესხიშვილი, ქ., საქართველოს შრომის სამართალი და საერთაშორისო შრომის სტანდარტები, სახელმძღვანელო მოსამართლეების, იურისტებისა და სამართლის პედაგოგებისათვის, ბაქაძური ნ., თოდრია თ., შველიძე ზ. რედ., შრომის საერთაშორისო ორგანიზაცია, საქართველო, 2017;
33. 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. თბილისი, 2014;
34. საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სამოქალაქო საქმეთა პალატის 2015 წლის 29 ივნისის №ას-414-391-2014 განჩინება;
35. საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სამოქალაქო საქმეთა პალატის 2016 წლის 29 იანვრის №ას-941-891-2015 განჩინება;
36. საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სამოქალაქო საქმეთა პალატის 2017 წლის 10 ნოემბრის №ას-1189-1109-2017 განჩინება;
37. საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სამოქალაქო საქმეთა პალატის 2017 წლის 29 სექტემბრის #ას-247-235-2017 განჩინება;
38. საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სამოქალაქო საქმეთა პალატის 2017 წლის 07 აპრილის №ას-210-199-2017 განჩინება;
39. საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სამოქალაქო საქმეთა პალატის 2017 წლის 27 იანვრის №ას-943-908-2016 გადაწყვეტილება;
40. საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სამოქალაქო საქმეთა პალატის 2018 წლის 20 სექტემბრის №ას-558-558-2018 განჩინება;
41. საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სამოქალაქო საქმეთა პალატის 2019 წლის 29 იანვრის №ას-1623-2018 განჩინება;
42. საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სამოქალაქო, სამეწარმეო და გავოტრების საქმეთა პალატის 2008 წლის 2 აპრილის №ას-680-1010-07 გადაწყვეტილება;
43. საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სამოქალაქო საქმეთა პალატის 2017 წლის 15 მაისის №ას-13-12-2017 განჩინება.

Characteristics and Problems of Termination of an Employment Contract based on Organizational Changes²

Abstract

Termination of the employment agreement with the employee based on organizational changes is quite a problematic issue in modern Georgian reality. This respectable reason for "business necessity" often becomes a powerful instrument in the hands of a mala fide employer to unlawfully dismiss the "weak" party of the employment relation. The present paper aims to demonstrate the preconditions for the dismissal of the employee on the ground of organizational changes, the problems that arise in such cases and elaborate the ways of their solution. Significant attention is paid to the means of establishing the necessity of downsizing and the burden of proof, as far as it is essential to show a causal link between the employer's decision about reorganization and the actual dismissal. Issues of transferring the person to the alternative job shall be taken into consideration when dismissing the employee on the grounds of organizational changes. To improve the current regulation of an employment agreement termination, the present paper offers recommendations, taking into account which enables the development of certain criteria for selecting employee to be dismissed.

Introduction

Nowadays, the dismissal of employees due to organizational changes in the enterprise is one of the most common grounds in Georgia, as well as worldwide. It constitutes one of the types of "business necessity". "Business 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."³ Hence, often, employers rather easily dismiss subjectively undesirable employees for completely unjustified reasons using the ground of the reorganization and hiding actual unequal treatment under the cover of organizational changes. However, in fact, for the proper implementation of an employment relations, it is necessary to balance the interests of employer and employee in the context of justice, legality and good faith of each one's actions.⁴ Despite the severity of the problem, it has been paid extremely poor attention within Georgian legal literature. This is due, on the one hand, to the paltry legislative regulation of this issue and, on the other hand, to the novelty of the norm⁵ itself. The purpose of the present paper is, therefore, to outline the preconditions for dismissal of an employee based on organizational changes, the problems that arise in such cases, and to identify ways of their solution. Using rational, comparative, and analytical research methods, the paper critically examines the views of legal scholars, focuses on differentiation of the ground for dismissal of an employee due to organizational changes from

¹ BA of Law, MA student.

² This article is a thesis performed within the BA program of IBSU.

³ *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, *Chachava, S.* (ed.), Tbilisi, 2014, 99.

⁴ The Ruling of the Supreme Court of Georgia, January 29, 2016, Case No. As-941-891-2015.

⁵ *Zenaishvili, A.*, Commentary to the Labour Code of Georgia, Article 37, World of Lawyers, Tbilisi, 2015, 77.

other similar grounds for termination of an employment contract, since, unfortunately, they are often misused in practice and in doctrine, too. Also, significant attention is given to aspects of the legal relationship established between the employee and the employer at the time of transferring to alternative work, for example, the reasonable scope of the training to prepare for the responsibilities of new the position when an employee is transferred to alternative work, employee's refusal to work on a new position and the possibility of concluding a new employment contract for a trial period at the time of transferring to alternative work, etc. These matters are completely ignored at the legislative level as well as in judicial practice; Based on the analysis of the most recent decisions/rulings of the Supreme Court of Georgia, it is discussed the less favorable situation existing in the court practice in terms of the selection criteria of the employee to be dismissed on basis of the reorganization, also the approaches established in the foreign employment law regarding organizational changes and the prospects for their implementation in Georgian law are demonstrated.

1. Differentiation between organizational changes and other related legal grounds

Article 37 of the Labor Code of Georgia⁶ (LC) lists the grounds for termination of an employment contract, including under paragraph 1 (a) of this article, the grounds for termination of an employment contract are economic circumstances, technological or organizational changes that necessitate a reduction in the workforce. All three of them are grounds dependent on the declaration of the party's intent⁷ and their validity requires compliance with the procedure of declaration of will to terminate the contract. The aforementioned grounds set forth in *lex specialis* are the concretization of the valid cause provided by article 399 of the Civil Code⁸ (CC),⁹ justifying extraordinary termination of a long-term contract. Notwithstanding these similarities, the grounds for termination provided in article 37 I, a) of LC shall be distinguished: (1) economic circumstances, (2) technological changes, (3) organizational changes. The latter is often referred to as reorganization in the legal literature.

Economic circumstances imply such cases when an enterprise needs to reduce the number of employees to mobilize essentially vital material resources for its existence. A quite detailed explanation of this ground is found in French judicial practice, which gives a strict interpretation to the dismissal of the employee on an economic basis. In particular, the company must face serious economic difficulties and that mere desire of the company to increase profits in this way is not sufficient to dismiss the employee. For example, there is a real and serious economic reason when an employer company is operating at a deficit and needs to safeguard its economic position that is in jeopardy.¹⁰

Contracts are terminated due to technological changes when, e.g. new technology is introduced or existing one is modernized in the enterprise, so there is no longer any need for the employee to perform his/her duties.

⁶ 2010 Georgian Organic Law Labour Code, No.4113-RS Available at <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/1155567?publication=12>>.

⁷ Chachava, S., supra note 3, 94.

⁸ 1997 Georgian Civil Code of Georgia Law, No.786 Available at <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/31702?publication=101>>.

⁹ Chachava, S., supra note 3, 99.

¹⁰ Sands, R. S., National Report - France, Employment Law (The Comparative Law Yearbook of International Business), Campbell, D. (Gen. ed.), Alibekova, A. Vol. (ed.), Special Issue, Kluwer Law International, The Netherlands, 2006, 215.

Organizational changes occur if the employer substantially changes its field of production or restructures it in a such way that it is impossible to continue the existing employment relationship unchanged. Particularly, in a such situation, the employer no longer needs any specific job to be performed¹¹ by the employee. As it has been mentioned, termination of contracts due to organizational changes is often referred to as reorganization; However, the latter does not imply the reorganization of the enterprise provided in article 14⁴ of the Law on Entrepreneurs¹², type of which may be transformation, merger, split-up.

Although the above cases may occur simultaneously in practice (quite often there are cases of their interdependence), but they are nevertheless independent grounds¹³ with their individual characteristics, and implying them always in the common context is not correct under the Georgian legislation.¹⁴ Thus, the employer does not need to risk financial collapse before reorganizing the workforce and dismissing the employee for this reason; To justify termination of a contract, it is sufficient that a particular employee's job is no longer required to be performed and that measures to avoid termination such as reducing working hours or reducing overtime work may reasonably no longer be in the best interests of the parties.¹⁵

The present paper focuses on the termination of contract based on organizational changes, hence, the economic need, technological changes, and the labour law aspects of the reorganization under the Law on Entrepreneurs will not be addressed, as they are the subject of other independent studies.

2. The necessity of reduction in the workforce

2.1. The reality of organizational changes

In cases of organizational changes provided in article 37 of the LC, the law establishes a second precondition for termination of an employment contract, namely such changes shall necessitate a reduction in the workforce. Consequently, a change that is organizational in nature, but does not entail the need to reduce the workforce, cannot be justifying cause for dismissal. The elements named in this norm must take place cumulatively.¹⁶ According to *Chachava*, while assessing organizational changes, it is desirable to refer to article 115 of the Civil Code, which deals with the abuse of rights. Specifically, for the lawfulness of the dismissal the organizational changes have to be necessary and appropriate so that the employer does not misuse them solely to terminate the

¹¹ *Catanzariti, J.*, National Report - Australia, Employment Law (The Comparative Law Yearbook of International Business), *Campbell, D.*, (Gen. Ed.), *Alibekova, A.* Vol. (ed.), Special Issue, Kluwer Law International, The Netherlands, 2006, 48.

¹² Law of Georgia on Entrepreneurs of 1994, No.577, available at <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/28408>>.

¹³ The Ruling of the Supreme Court of Georgia, June 29, 2015, Case No. As-414-391-2014.

¹⁴ In legislations of many countries, due to the close link between these grounds, they are unitely considered, for example, according to the French Labour Code, available at <<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006072050>>), dismissal for economic reasons is defined as the dismissal of an employee for reasons unrelated to performance and which results in abolishment or alteration of a position, or in modification of the essential terms of an employment contract refused by the employee concerned and when such measure is justified, in particular with financial difficulties or technological changes. See *Sands, R. S.*, supra note 10, 215.

¹⁵ *Glaser, R., Kolvenbach, D. W.*, National Report - Germany, Employment Law (The Comparative Law Yearbook of International Business), *Campbell, D.*, (Gen. ed.), *Alibekova, A.* Vol. (ed.), Special Issue, Kluwer Law International, The Netherlands, 2006, 267.

¹⁶ The Ruling of the Supreme Court of Georgia, June 29, 2015, Case No. As-414-391-2014.

contract with individual employees. Accordingly, it must be determined whether the reorganization was in fact, the employer's interest, whether it served to any legitimate purpose of the enterprise or it was temporary. All of this "needs to be assessed in the light of the necessity of reduction in the workforce," meaning that it must be determined whether the problem could be resolved with lighter measures, such as offering alternative work, retraining of employees, reduction of working hours, reducing overtime. Termination of an employment contract will be justified if no alternative can be found and it is the only final solution to the situation.¹⁷ Thus, as can be seen, there are some general indications in Georgian legal doctrine regarding the means of assessing workforce reduction during organizational change. As the Supreme Court of Georgia explains, "Changes in an enterprise / organization must take place and it must have an appropriate factual and legal basis. Such changes must make it necessary to reduce staff, as the reorganization does not, itself, cause staff reduction."¹⁸ Mere renaming of structural units or introducing structural units of the same content¹⁹ in their place cannot justify dismissal of the employee. The cassation court also pointed out that "reorganization of the enterprise or its structural is unlawful,²⁰ when the reorganization was not carried out, the same structural units (units) remained according to formal features," or instead abolished ones as a result of changes new units were created and the latter only differ from the original analogs in formal terms, and substantially have the same function as the old structural units had.²¹ The absence of a need to reduce the workforce also indicates to unlawful termination of the employment contract with the employee based on reorganization.²² Reorganization gives rise to a lawful ground for dismissal if it is established that the reorganization places the employer before the necessity of dismissal of a particular employee due to economic hardship, reduction of staff and / or salaries, or other objective need considering its essence.²³

2.2. The burden of proof and scope of the employer's decision review

From a procedural legal point of view, in cases of termination of labor relations due to organizational changes, also great importance is given the burden of proof. The Supreme Court upheld the reasoning of the Appellate Court, that the mere reference to the reorganization does not free an employer from the burden of proof of the grounds for the dismissal²⁴ (facts of this case indicated that as a result of the reorganization the six vacant positions were left, which makes it clear that termination of an employment contract with the employee on basis of the organizational changes was not reasoned). However, what happens if the employer no longer needs a specific job performed by the employee because it has assigned this work to another person under a service contract? E.g., the company decided to abolish a legal department and instead conclude a legal services contract with the law firm. In such a case it is obvious that the need for work (service/work of legal nature) for the company still exists, but the employee is not

¹⁷ Chachava, S., supra note 3, 99-101.

¹⁸ The Ruling of the Supreme Court of Georgia, November 10, 2017, Case No. As-1189-1109-2017.

¹⁹ The Ruling of the Supreme Court of Georgia, June 29, 2015, Case No. As-414-391-2014.

²⁰ It should also be noted that this reasoning of the Supreme Court is not completely accurate, especially when the existing structural units are abolished and new ones are created, i.e. formal reorganization takes place, this itself cannot be unlawful since freedom of entrepreneurship *inter alia* implies freedom of organizational structuring. However, of course, in a such case, it is unlawful to dismiss an employee when s/he can be transferred to the new position (with a new name, but the same content).

²¹ The Ruling of the Supreme Court of Georgia, June 29, 2015, Case No. As-414-391-2014.

²² The Ruling of the Supreme Court of Georgia, June 29, 2015, Case No. As-414-391-2014.

²³ The Ruling of the Supreme Court of Georgia, January 29, 2019, Case No. As-1623-2018.

²⁴ The Ruling of the Supreme Court of Georgia, May 15, 2017, Case No. As-13-12-2017.

required to perform the job (since a law firm is hired). From this hypothetical example, it can be concluded that indeed a real structural change has taken place within the company, that may, for example, has been conducted for better organization of the business, but still, the employer must justify the existence of such a legitimate aim of business necessity.²⁵ This view can be supported by the Court of Appeal's explanation, which was also agreed by the Supreme Court: „the scope of the judicial review extends only to the fact whether there is a causal link between the decision regarding organizational changes and the decision on dismissal of the employee.... The subject of its review is not checking the correctness of the company's decision on reorganization, rather - the substantiation of the employee's claim about a possible breach of his right by the reorganization carried out by the employer. It needs proper substantiation; In the absence of such [substantiation], the plaintiff's claim has no prospect of success”.²⁶

This approach is fully consistent with the practice established in the leading European countries. According to the standard of proof established in Germany, the burden of proof is entirely on the employer. The requirements towards the employer as the "stronger" party of an employment relationship are quite stringent. For example, merely a verbal statement and assertion of profit reduction or rationalization measures that lead to the abolishment of the work position is not enough. The employer is required to demonstrate more precisely the discrepancy between the employment opportunity and the interest in maintaining the workforce, as well as - to prove the impossibility further employment due to the abolishment of the work position. If the termination of the contract is based on a reason outside the enterprise, the employer must specifically state the reasons what impact they have on the number of jobs.²⁷ However, the Federal Labor Court in Germany unequivocally states that the business decision cannot be the subject of judicial review, however, the entrepreneur's decision must not be “clearly irrational, unreasonable or indicating abuse of right.”²⁸ In addition, it should be noted that in such cases the main characteristic of an entrepreneur's decision is the reduction of the volume of work to be done as a result of the practical implementation of the decision. Besides, the employer must explain its advisability. This means that it is required to show that workforce is reduced on a permanent (not temporary) basis. This fact is the key to assessing whether the employer acted arbitrarily.²⁹ Such reasoning should be acceptable in Georgian reality since the freedom of entrepreneurship guaranteed by paragraph 4 of article 26 of the Constitution of Georgia³⁰, also encompasses the freedom of determining staffing policy.³¹ "Freedom of entrepreneurship is an expression of universal freedom of activity, one of the manifestations of freedom of labour and economic freedom."³² Neither in Italy judge reviews the moderateness of the enterprise's decision. Respect for "managerial prerogative" is a value protected

²⁵ The Ruling of the Supreme Court of Georgia, January 29, 2019, Case No. As-1623-2018.

²⁶ The Ruling of the Supreme Court of Georgia, September 20, 2018, Case No. As-558-558-2018.

²⁷ *Shvelidze, Z., Bodone, K., Todria, T., Khazhomia, T., Gujbidze, 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, 230.

²⁸ *Santagata, R.*, Article 37, Commentary to the Labour Code of Georgia, *Borroni A.*, (ed.), *Zaalishvili, V.*, Georgian edition (ed.), Meridiani Publishing, Tbilisi, 2016, 360.

²⁹ *Glaser, R., Kolvenbach, D. W.*, supra note 15, 267-268.

³⁰ 1995 Constitutional Law of Republic of Georgia – Constitution of Georgia, No.786. Available at <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/30346?publication=35>>.

³¹ The Ruling of the Supreme Court of Georgia, September 29, 2017, Case No. As-247-235-2017.

³² *Putkaradze, I.*, Commentary to the Article 30 of the Constitution, Commentary to the Constitution of Georgia. Chapter Two, Citizenship of Georgia. Basic Human Rights and Freedoms, *Turava, P.* (ed.), First Edition, Tbilisi, 2013, 373.

by the Italian constitution.³³ Similarly to the above-mentioned determination made by the Supreme Court of Georgia, in case of Italy only the “veracity” of the decision is checked- whether there is a causal link between the business decision and the dismissal decision.³⁴ The freedom of entrepreneurship safeguarded by the Constitution of Georgia also implies the right of the employer to conclude and terminate the employment contract with the employee in accordance with its goals.³⁵ This also indicates the justifiability of using similar approaches in case of Georgia and Italy. According to the British approach, the employer must show that there is a sound/reasonable business reason for reorganization. However, it is not enough just to demonstrate that reorganization was simply a good idea. The employer should also show the advantages and benefits of this policy; However, one does not need to convince a court that everyone would take the same measures, but only that a reasonable business reason inevitably necessitated changes, and such changes could rationally either alleviate the problem, improve the business situation, or maximize its potential.³⁶ This should be proved by the evidence - information about the need for reorganization.³⁷ This opinion is very well balanced and quite accurately reflects a balanced solution to the constant confrontation between freedom of entrepreneurship and labor rights during reorganization. In this context it can be said that the determinations made by the Supreme Court of Georgia are gradually approaching the European analogues.

The aforementioned case law, of course, serves to protect the interests of the employee and avoids cases where the enterprise is temporarily reorganized to “get rid of” some employee(s) and formally create the ground for termination of an employment contract with the employee at a specific time. At the same time, the Supreme Court of Georgia does not forget the employer's interest and rightly supports the approach that “the employer's demand for competitive human resources is quite natural considering the dynamics of labor relations and the growing demands on the labor market. Entrepreneurial decisions related to the preparation, retraining, recruitment of highly qualified personnel are subject to judicial control, but the objectives and aspirations of the enterprise management should be taken into account to reasonably, fairly and lawfully assess the reasonableness of the business decision on termination the contract with the employee.”³⁸

3. Legal status of the employee transferred to an alternative position

As mentioned, termination of an employment contract would be justified unless other alternatives can be found and it is the only final solution to the situation.³⁹ Prior to that, the employer should offer a reasonable, alternative position or relatively worse working conditions to the employee who is affected by reorganization.⁴⁰ European countries support the view that “reduction in the workforce to increase company's profits is a substantiated argument”⁴¹; However, this should not be understood as if the employer can dismiss any employee at any time for mobilizing additional

³³ *Santagata R.*, supra note 28, 360.

³⁴ *Ibid.*, 361.

³⁵ The Decision of the Supreme Court of Georgia, April 02, 2008, Case No. As-680-1010-07.

³⁶ *Lockton, D. J.*, Employment Law, *Cremona, M. (ed.)*, Fourth Edition, Palgrave Macmillan, Wales, 2003, 283.

³⁷ *Bone, A., Suff, M.*, Essential Employment Law, Second Edition, Cavendish Publishing Limited, London · Sydney, 1999, 135.

³⁸ The Ruling of the Supreme Court of Georgia, January 29, 2019, Case No. As-1623-2018.

³⁹ *Chachava, S.*, supra note 3, 99-101.

⁴⁰ The Ruling of the Supreme Court of Georgia, January 29, 2019, Case No. As-1623-2018.

⁴¹ *Santagata R.*, supra note 28, 361.

funds. German Law on Protection against Dismissal⁴² authorizes the courts with the power to declare the termination of a contract as void using proportionality criterion if "an employee can continue to be employed in the same or another establishment belonging to the same enterprise (§1, paragraph 2, subparagraph 1)"⁴³. The same law stipulates the obligation of "reasonable" retraining to prepare the employee for a new job. As for the scope of a reasonableness of retraining, it is determined by the following criteria: training costs, financial resources of an employer, beneficiality of training, and potential length of an employment.⁴⁴ In addition, even if the goal cannot be achieved through retraining (retraining is reasonable duration of which lasts no more than 2-3 months⁴⁵), termination of the contract will be considered socially unjustified if the person can be employed in relatively worse working conditions and the employee agrees to be employed in such a position. (§1, paragraph 2, 3rd sentence). Unlike Germany, in Italy at the legislative level there is no rule that dismissal can be used as an *ultima ratio* measure, though this principle has been developed by judicial practice and is the prevailing approach today.⁴⁶ These approaches are also acceptable in the case of Georgia, considering that the freedom of labour enshrined in article 26 (formerly article 30) of the current Georgian Constitution, as the Constitutional Court explains, in addition to its word-for-word meaning - prohibition of forced labour – it means the right to perform, maintain and give up job; to be protected from unemployment, from unjustified, arbitrary and unfair dismissal.⁴⁷ Nowadays, LC does not oblige employer to retrain the employee to transfer him/her to the alternative job as a result of organizational changes, however, if the employee whose position is abolished as a result of organizational changes, fails to comply with the requirements of an alternative position, to avoid dismissal, is entitled to enjoy the right granted by article 36, II, j), that means the suspension of an employment relationship for no more than 30 days per year for qualification upgrading, professional training, or education, which does not cause the termination of an employment relationship. Within these thirty days, the employee may undergo reasonable retrainings himself/herself to meet the appropriate employment requirements for alternative work. However, it should be noted that unlike German legislation, since in Georgia the employer is not obliged to provide reasonable trainings, the employee will have to pay for this training.

Therefore, it is important to determine when termination of a contract can be prevented by transferring to an alternative work, what kind of legal situation arises between the parties? Georgian legislation leaves this issue completely unregulated. In foreign practices, vacancies are announced for vacant positions at such times and they are filled by those employees whose job has been abolished as a result of the reorganization.⁴⁸ At this time a new contract is concluded. Besides, in UK if the employee unreasonably refuses, s/he will no longer be entitled to compensation under article 141 of the Employment Rights Act⁴⁹. When assessing the legal

⁴² Kündigungsschutzgesetz (KSchG) 1951. Available at <https://www.gesetze-im-internet.de/kschg/_1.html>.

⁴³ *Santagata R.*, supra note 28, 361.

⁴⁴ *Ibid.*

⁴⁵ *Glaser, R., Kolvenbach, D. W.*, supra note 15, 268.

⁴⁶ *Santagata R.*, supra note 28, 361.

⁴⁷ 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. Available at <<https://www.constcourt.ge/ge/legal-acts/judgments/saqartvelos-moqalaqe-maia-natadze-da-sxvebi-saqartvelos-parlamentisa-da-saqartvelos-rezidentisw-inaagmdeg-430.page>>.

⁴⁸ *Glaser, R., Kolvenbach, D. W.*, supra note 15, 268.

⁴⁹ Employment Rights Act 1996, available at <<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/18/contents>>.

outcome, one should ask 2 questions: is the offer of alternative employment suitable? And is an employee's refusal reasonable?⁵⁰

The solution is similar when, although the workforce has not been reduced, reorganization has otherwise exacerbated the employee's terms of an employment. For example, in the case of *Chubb Fire Security Ltd v. Harper* (1983) Employment Appeal Tribunal explained that, if an employee's salary was considerably dropped by moving to another position, it should be assessed whether the employer acted reasonably when s/he was implementing changes, whether s/he considered business obligations, whether the employer has weighed the disadvantages which might have affected the employee.⁵¹ This explanation was further detailed by the Employment Appeal Tribunal in *Richmond Precision Engineering Ltd v. Pearce*⁵² and held that the mere existence of disadvantages to the employee does not mean unreasonableness of the employer's action. The assessment test is as follows: It is the subject of analysis - from the employer's point of view, whether new conditions offered are such that a reasonable employer would offer in the changed circumstances. If the employer's decision falls within this framework, then the employee's refusal to move to a new position constitutes grounds for qualifying the dismissal as lawful.⁵³ If the employee refuses to comply with the changed terms that are out of the limits of the subordination principle in employment law, his/her action is lawful and s/he must be given proper compensation. From the procedural legal point of view, the existence of the circumstance that the employee refused the offer to continue working on the alternative job is subject to the employer's burden of proof.⁵⁴

According to some countries' legislations, a new employment contract may also be concluded for a trial period if the terms of the new employment are completely or partially different from the old one. For example, the statutory trial period in the UK is 4 weeks, but it may be increased by agreement of the parties. If the employee is dismissed during the trial period for any reason, s/he must be treated as being dismissed for the reason due to which the original contract was terminated, - based on organizational changes.⁵⁵ For example, such as compensation for dismissal because of organizational changes. This is due to the fact that if the employee working on the position was abolished as a result of the reorganization was not transferred to an alternative position with the trial period, s/he would be dismissed at the time of changes when s/he would receive compensation. Since such person was recruited for a new job for a trial period but failed to properly perform the new job, s/he should not fall in a worse situation compared to the case of direct dismissal after the reorganization and his/her legitimate interests of the employee shall not be violated thereof. Usually, when an employment contract for trial period is terminated, the employee will not be given any compensation, but considering the fact that indeed the organizational changes itself led the parties to conclude this new contract for trial period, the employee should not be deprived the right to claim compensation; However, in the Georgian legal reality while transferring to an alternative job, the conclusion of a new contract for trial period should be less acceptable, since under articles 9, III-IV of LC, this institute, gives the employer

⁵⁰ *Lockton, D. J.*, supra note 36, 337-338.

⁵¹ *Barrow, C., Duddington, J.*, Briefcase Employment Law, Second Edition, Cavendish Publishing Limited, London, Sydney, 2000, 113.

⁵² *Richmond Precision Engineering Ltd v. Pearce* (1985) EAT, available at <<https://swarb.co.uk/richmond-precision-engineering-ltd-v-pearce-eat-1985/>> [23.11.2019 17:45].

⁵³ *Barrow, C., Duddington, J.*, supra note 51, 113.

⁵⁴ The Ruling of the Supreme Court of Georgia, January 29, 2019, Case No. As-1623-2018.

⁵⁵ *Lockton, D. J.*, supra note 36, 338-339.

more freedom in terms of continuing or terminating the employment contract, that creates a risk of misusing mechanism of the trial period against the employee.

4. Criteria for Selecting an Employee to be Dismissed

The next step in determining the legitimacy of a workforce reduction is to choose between employees and dismiss the selected employee(s).⁵⁶ *Chachava*, referring to German regulation, proposes the method of assessing the necessity of the reorganization, and notes that selection should be socially just and non-discriminatory - the social status of the employees, qualifications, length of service and other circumstances should be taken into account,⁵⁷ *Sturua* discusses the reorganization ground in unity with the economic ground and also suggests that the employer should be guided by the principle of social equality at that time;⁵⁸ In particular, she indicates that those employees who are most likely to be affected by reorganization than others should be dismissed in the worst situation. According to *Sturua*, "when terminating a contract due to a business reason, the employer shall be obliged to base a decision of the contract termination not on the substantiation of business necessity, but on the necessity of terminating the contract in respect of a particular employee."⁵⁹ Thus, there are some opinions as to how to select the employee who will be dismissed when indeed there has been reorganization in the enterprise and the number of similar positions has been reduced. It should be noted that the conditions proposed by the above-mentioned doctrinal opinions are less applied in Georgian court practice. However, they need to be refined and evaluated if it will be feasible to implement them in practice. In addition, these authors do not explain how the aforementioned criteria should be applied when addressing a particular case. Hence, the issue needs a deeper analysis in this regard, in which the comparative legal method is particularly useful. Therefore, it would be rational to look at foreign practices on these issues to make it clearer which approach would be most efficient and adaptable to the Georgian reality; The specific approaches will be outlined that are sensible to be implemented in the Georgian case-law in the context of organizational changes to fully protect the rights of employees and to properly select the employee with whom the employment contract has to be terminated on this ground.

Before examining the details, it is better to take a brief look at the approaches currently established in judicial practice to make it clearer if they are in line with European standards, what segments need to be innovated and the legislative vacuum to be filled by more consistent court practice. The Supreme Court's practice is confined to more general determinations and states that an employer must be guided by reasonable and substantiated criteria when making a choice that excludes any doubts regarding the decision-making process and does not unduly prejudice the employee's legitimate interest, his/her labour rights.⁶⁰ The Cassation Court considers that the lawfulness of unilateral termination of an employment relationship must be assessed by a so-called "proportionality test", as the right of labour is one of the fundamental constitutional rights of the individual and the termination of such relationship by the employer constitutes an interference

⁵⁶ *Chachava, S.*, supra note 3, 98.

⁵⁷ *Ibid.*, 102.

⁵⁸ The initial draft of the LC - article 120 - stipulated taking into consideration the social status of the employee, together with the qualification of the employee, in the event of the termination of the contract in case of business necessity. (GEPLAC Activities - Draft of General and Individual Part of the Labor Code, *Georgian Law Review*, 6/2003-1, 72).

⁵⁹ *Sturua, N.*, Termination of an employment Contract, *Journal of Law, Iv. Javakhishvili* Tbilisi State University Press, Tbilisi, No.1, 2015, 229.

⁶⁰ The Ruling of the Supreme Court of Georgia, January 29, 2019, Case No. As-1623-2018.

with the sphere protected by article 30 of the Constitution [previous version], however, to clarify, whether as a result of this interference the person's guaranteed right was violated, it is subject to inspection, whether there was also the legitimate basis for such interference and whether it is a proportionate means of achieving the objective.⁶¹

Hence, the employee to be dismissed shall not be selected with the subjective motives during organizational changes. However, as it was noted, in terms of criteria, there is a complete vacuum in Georgian legislation and there is no well-established case law. Although we have a consistent practice regarding objectively assessing organizational changes, it still fails to provide the comprehensive protection of individual employees from unequal treatment. Under circumstances that this issue is unregulated when organizational changes require a reduction in the workforce but there are no specific criteria for selecting a particular employee, the employer is virtually allowed to arbitrarily select the employee who has to leave the job. The Supreme Court also recognizes that reorganization alone should not serve as a ground for dismissal, since on this basis of "reorganization", discriminatory treatment of a person can be concealed.⁶²

Despite the general spirit of protecting the interests of the employee, from a legal point of view, this determination does not ensure the minimizing probability of subjective selection by the employer during the dismissal process. The reason for this, first of all, is that there are no clear criteria for the selection of an employee to be dismissed elaborated in court practice. In particular, when organizational change really concerns certain types of uniform positions and their number is reduced (for example, 4 staffing positions out of 7 tailors employed remain in enterprise as a result of organizational changes), it is only prohibited guidance by the unlawful dismissal criteria set out in article 37, III of the LC. There are no other more specific restrictions neither at the legislative level, nor in judicial practice. This allows the 'stronger party' of the employment relationship to use any approach while reducing the number of employees. Therefore, there is a need for elaborating consistent provisions to ensure that employers respect the constitutionally protected labour rights during reorganization.

First of all, to correctly choose specific approaches, it must be firstly determined the legislator's general attitude to the labor law regulations. From the basic models of an employment relations across the European Union, similarly to Germany, Georgia can also be considered to be the state of the Romano-Gallic model, which is characterized by state intervention and regulation, including provisions on labour rights protection.⁶³ Since the entry into force of the Association Agreement⁶⁴ with the European Union, Georgia has been actively and diligently transposing the principles set out in the directives, and also before this, by raising Labour Code to the level of the Organic Law in 2010 and subsequent legislative reforms in 2013, it became clear that our country was leaning toward a "Roman-Galician" model and still tries to take all possible measures by introducing strict regulations for the protection of employees' rights. As a result of the 2013 amendments, the previous "hostile"⁶⁵ attitude towards the employee was rejected, and the legislator's focus on

⁶¹ The Ruling of the Supreme Court of Georgia, April 07, 2017, Case No. As-210-199-2017.

⁶² The Ruling of the Supreme Court of Georgia, May 15, 2017, Case No. As-13-12-2017.

⁶³ *Leighton, P.*, EU Employment Law: A Practical Guide, Thorogood Publishing Ltd., London, 2010, 111.

⁶⁴ Association Agreement between the European Union and the European Atomic Energy Community and their Member States, of the one part, and Georgia, of the other part. Available at <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/2496959>>.

⁶⁵ *Sachaleli, S.*, Disputes in Georgia Caused by the Termination of an employment Contract on Employer's Initiative 2007-2012, South Caucasus Law Journal, 04/2013, 225.

tightening the scope of employers' arbitrary actions become evident, obliging them to comply with established requirements⁶⁶ for maximizing the stability of an employment relationships and social welfare of employees.⁶⁷

Criteria for selecting a particular employee when terminating an employment relationship are not regulated at the European Union level; Only general guidance on this matter can be found in Council Directive 98/59/EC relating to collective redundancies.⁶⁸ Subparagraph (b), (v) of article 2 (3) of the Directive entrusts the criteria for the selection of an employee to be dismissed to the national law and / or practice. Therefore, it is reasonable to consider the main approaches adopted in the domestic laws of different European countries and assess feasibility and rationality of their implementation in the Georgian legal reality.

In this regard, it is a particularly interesting detailed overview of the German approach, which is invoked in the doctrine⁶⁹, but only incompletely and without reference to the main features and benefits that should be taken into account when applying specific criteria to be taken into consideration and which make it one of the most proportionate when selecting the employee to be dismissed on the ground of the reorganization. More specifically, such employee is selected by taking into consideration the social aspects (so-called social selection (Sozialauswahl)),⁷⁰ using a balancing test.⁷¹ Social selection is the last prerequisite for the validity of termination of an employment contracts, which involves several stages. The first stage of this test is to identify comparable individuals. Employees may be considered comparable if they are interchangeable, that is, they may perform each other's work immediately or after a reasonable training period which is no more than 2-3 months.⁷² In particular, it is necessary to determine who needs more social protection from the particular unit of this enterprise that has been reorganized and does not include persons employed in other units, or, moreover, those employed in the employer enterprise holding. The Employment Protection Act does not submit to the principle of social selection the persons who have not been employed for more than six months in a particular enterprise. They should be dismissed first.⁷³ Inasmuch as an employer is free to make basic business decisions, it is entitled to exclude any employee from the principle of social selection if there is the business entity's legitimate interest in maintaining an employment contract with that employee.⁷⁴ For example, this may be special knowledge, competence and performance, or the preservation of the structure of the institution. This exception is less applicable in practice, as it is difficult for the employer to prove such a legitimate interest⁷⁵ because the courts apply a very limited interpretation. The introduction of such a selection procedure, with its exceptions, will be

⁶⁶ *Dumbadze, M.*, Service Contract as a Mechanism to Evade Conclusion of an Employment Contract, Labour Law (Collection of Articles), III, *Chachava, S., Zaalishvili, V.* (eds.), Tbilisi, 2014, 297.

⁶⁷ The Ruling of the Supreme Court of Georgia, January 29, 2019, Case No. As-1623-2018.

⁶⁸ Council Directive 98/59/EC of 20 July 1998 on the approximation of the laws of the Member States relating to collective redundancies, available at <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=celex%3A31998L0059>>.

⁶⁹ See *Chachava, S.*, supra note 3, 102.

⁷⁰ *Santagata, R.*, supra note 28, 362.

⁷¹ *Glaser, R., Kolvenbach, D. W.*, supra note 15, 268.

⁷² Ibid.

⁷³ Ibid.

⁷⁴ *Kirchener, J., Kremp, P.R., Magotsch, M.*, Key aspects of German Employment and Labour Law, Second Edition, Springer-Verlag GmbH, Germany, 2018, 8.

⁷⁵ Ibid.

acceptable in Georgian reality as well, as noted above, the practice of the Supreme Court of Georgia appreciates employer's demand for competitive human resources.⁷⁶

After identifying comparable individuals, social selection criteria should be applied to them. Until 1996, German Law on Protection against Dismissal was limited to the provision about ensuring social justice in each individual case; however, as a result of the 1996 legislative change, these aspects were specified⁷⁷ in article 3 (3) of this law, namely, these are continuity of service, seniority, obligations to pay family support. Social criteria also include age, disability.⁷⁸ According to the German Federal Labor Court, none of these criteria has an advantage over another when using a balancing test by the employer. When the weighing of these criteria is arbitrary, social selection is inaccurate and therefore termination of the contract is invalid.⁷⁹ An employee who meets the least of these criteria and therefore deserves the least "social protection" should be fired first (except persons excluded from selection).⁸⁰ The situation is similar in France in this respect, in particular, the selection criteria are essentially similar. However, it should be noted that all of these criteria must be weighed and taken into account, no single factor can separately influence the decision.⁸¹

In the case of Georgia, the application of the principle of social equality in the selection of the employee with whom the employment contract is terminated while the organizational changes shall also be based on the provisions of the Constitution in the light of the above-mentioned decision of the Constitutional Court of Georgia. It is a kind of limit for freedom of entrepreneurship, the protection of which is essential for the practical realization of the principle of the social state enshrined in the Constitution. However, it must also be said that within the framework of judicial control, courts must carefully and prudently make judgments regarding the business decisions and business policies of a particular enterprise in order not to imperil safeguarding freedom of entrepreneurship set forth in article 26 (4) of the Constitution.⁸²

The Bulgarian approach is also interesting. article 329 of the Bulgarian Labour Code⁸³ provides an opportunity to assess which employer is more qualified or better performing. This is the only criterion since the 2001 legislative reform and the obligation to apply the social selection principle has been abolished.⁸⁴ Such an approach is more focused on the employer and shifts the employee's interests backward. Hence, this approach is very distant from the principle of *favor prestatoris*, causing us to reject necessity or appropriateness of its implementation as a sole criterion in the Georgian law.

Neither does the Czech Republic have specific criteria in this regard and, in this respect, the employer is granted full freedom, which may be restricted by a collective labour agreement. However, as long as the anti-discrimination legislation applies to all cases, a discriminatory

⁷⁶ The Ruling of the Supreme Court of Georgia, January 29, 2019, Case No. As-1623-2018.

⁷⁷ Weiss, M., Schmidt, M., Labour Law and Industrial Relations in Germany, Fourth revised edition, Kluwer Law International, The Netherlands, 2008, 129.

⁷⁸ Kirchner, J., Kremp, P.R., Magotsch, M., supra note 74, 8.

⁷⁹ Glaser, R., Kolvenbach, D. W., supra note 15, 268.

⁸⁰ Ibid.

⁸¹ Sands, R.S., supra note 10, 216.

⁸² The Ruling of the Supreme Court of Georgia, January 29, 2019, Case No. As-1623-2018.

⁸³ Кодекс на Труда (1987 Labour Code of Bulgaria). Available at <<https://www.lex.bg/bg/laws/ldoc/1594373121>>.

⁸⁴ Dinova, A., Kakchev, T., Bulgaria, Redundancy Law in Europe, Patmore, L., Kemper, M. V. (eds.), Kluwer Law International, The Netherlands, 2008, 23-24.

characteristic cannot be used as a selection criterion.⁸⁵ In this respect, it may be argued that Czech legislation or practice itself requires refinement and the development of more specific criteria to eliminate the possibility of arbitrary selection by the employer and not to prejudice the legitimate interests of the employee.

Unlike the principle of social selection, in some European countries, there is a rule on the selection of an employee to dismiss which states “last in, first out” (LIFO).⁸⁶ The most positive side of this approach is its simplicity and clarity. For example, in Cyprus, during organizational changes the only basis for selection when terminating a contract for downsizing is the length of an employment in a given enterprise. Consequently, at first, is dismissed the one who started working most recently in a reorganized employer; However, during such reorganization when a business undergoes substantial modernization and production involves such innovations that the oldest employees do not have the necessary qualifications and are unable to adapt to changes, the employer may deviate from this principle. In addition, exceptionally this principle is not applicable when it comes to health problems, financial or personal issues, or limited possibilities of relocation; Besides, when an employer in Cyprus wants to hire new employees within 8 months of the dismissal of employees due to redundancy, the employer is obliged to give priority to its former employees.⁸⁷ The situation is similar in Ireland. Although, there are no criteria at the legislative level, which must be used to select specific employee and the employer has a general obligation to act reasonably and to use the fair selection criteria, in each case the criteria determined according to the circumstances of the case and in practice simple rule of LIFO⁸⁸ is applied, if other selection criteria have not been agreed with a trade union. In Ireland, the LIFO rule is widely used in the manufacturing industry.⁸⁹ It should be noted that a disadvantage of this principle is that when it is applied, mainly young workers are predetermined to be dismissed, which may result in age disproportionality in the workforce and increase the proportion of older employees in companies; In turn, this will have a negative impact both on specific companies and in the long term, impede the career development of young professionals. Besides, this approach may also be considered indirectly discriminatory by age. Therefore, despite its simplicity, the LIFO principle is not advisable to be implemented in Georgia.

An improved version of the LIFO rule is the 'balance principle' (afspiegelingsbeginsel) used in the Netherlands, which is based on a method to place interchangeable employees in different age categories. An employee with the shortest years in service in the age group shall be dismissed first to maximally maintain the average age diversity in interchangeable job groups. In addition, there are a few exceptions, such as employees with fixed-term, flexible⁹⁰ contracts.⁹¹ Thus, the

⁸⁵ Kadlecova, T., Svobodova, E., Czech Republic, Redundancy Law in Europe, Patmore, L., Kemper, M. V. (eds.), Kluwer Law International, The Netherlands, 2008, 41.

⁸⁶ Langford, K., Ireland, Redundancy Law in Europe, Patmore, L., Kemper, M. V. (eds.), Kluwer Law International, The Netherlands, 2008, 117.

⁸⁷ Emilianides, A. C., Cyprus, Redundancy Law in Europe, Patmore, L., Kemper, M. V. (eds.), Kluwer Law International, The Netherlands, 2008, 33.

⁸⁸ Langford, K., supra note 86, 117.

⁸⁹ Woulfe, R., An Overview of Redundancy Law in Ireland, Mason Hayes+Curran, Dublin, 2007, 26.

⁹⁰ Flexible Employment Contract - an employment contract that gives an employee greater freedom to do work and decide the schedule of working and coordinate his/her work with other employees. In the case of a flexible employment contract, the employer usually sets the maximum and minimum working hours per day and / or the core time during which all employees must be present (For more details about this matter see website <<http://www.businessdictionary.com/definition/flexible-work.html>> [16.11.2019 21:00]).

implementation of this principle in Georgian reality will be quite effective and will facilitate the establishment of age balance in the labor market, while maintaining a simplicity and clarity component at the termination of the contract. Besides, the 'balance principle' is not focused solely on the interest of the employee only. It also serves the interests of the employer, ensuring that more experienced employees are retained in the company meantime not violating the rights of the employee.

Under the British approach, the employer is not bound by specific criteria, but while it is necessary to show the need for a reduction as a reason for dismissal, it is of great importance the employer to carry out the selection with a fair / reasonable procedure.⁹² In one of the cases reviewed by the Employment Appeal Tribunal, *Ferguson and Others v. Prestwick Circuits Ltd* (1992) employees were fired after reorganizing the enterprise. Selection of employees to dismiss was conducted by the employer based on an employee's performance, flexibility, and future potential. However, no prior consultations were held with the trade union. Such action by the company was deliberate, as the last consultation took place three years before the redundancy, and the parties agreed that they preferred to be told about the reduction in the workforce on the day of dismissal. However, the Court held that, where it is possible, consultation was necessary to carry out and that happened three years ago, was not sufficient to deviate from this rule nor to prove that the employees had waived their right to consultation.⁹³ It is also relevant to discuss the so-called bumping method existing in English employment law. If in the case of Germany, as noted above, in some cases, the employer is entitled to exclude some employees from the social selection if there is the business entity's particular interest in maintaining employment relationships (for example, an employee's specific knowledge or expertise). A similar purpose has so called bumping method in the UK. However, unlike the German approach, bumping does not necessarily always need organizational changes directly leading to the vanishing of jobs under the duties of dismissed employees.⁹⁴ Sometimes, the employer may still wish to maintain an employment relationship with an employee having valuable knowledge and skills but whose job no longer exists as a result of organizational changes. The way to do this is "bumping". More specifically, instead of the terminating employment contract with the employee whose job no longer exists, the employer dismisses another employee and transfers the first one to the dismissed one's job. In other words, bumping means "transferring an employee whose position is at risk of redundancy on the position of another employee and dismissing the latter."⁹⁵ In *Contract Bottling v. Cave and others*, the court explained about bumping, that although the demand for a particular employee's job had not ceased or decreased, the dismissal was ultimately caused by a certain reduction in work.⁹⁶ And, as the judge noted in *Safeway Stores plc v. Burrell*, it was not relevant that there was no reduction in the work which the dismissed person was working on.⁹⁷ Accordingly, in this case, the status and requirements of the dismissed as a result of a "bumping" would be equal to the status of an employee who would be dismissed as a result of organizational

⁹¹ *Dekker, M., Buijsman, Ch.*, Redundancy, restructuring and reorganization, Sec Employment Lawyers, available at <<https://www.secarbeidsrecht.nl/en/employee-expat/redundancy-restructuring-and-reorganization>> [29.11.2019 12:30].

⁹² *Lockton, D. J.*, supra note 36, 280.

⁹³ *Barrow, C., Duddington, J.*, supra note 51, 110.

⁹⁴ Pure Employment Law, What is bumping? 26.06.2013, available at <<https://www.pureemploymentlaw.co.uk/what-is-bumping-3/>> [16.11.2019 19:00].

⁹⁵ *Burnett, R.*, Reorganisation and redundancy, 27.03.2018 available at <<https://www.hrlawlive.co.uk/reorganisation-and-redundancy/>> [29.11.2019 16:00]

⁹⁶ *Contract Bottling v. Cave and others* (2013) EAT, available at <https://www.bailii.org/uk/cases/UKCAT/2013/0525_12_2304.html> [29.11.2019 16:00]

⁹⁷ *Lockton, D. J.*, supra note 36, 334.

changes if his or her job was abolished.⁹⁸ It should be noted that the use of the bumping method is not the employer's obligation and it is rarely applied.⁹⁹ At this time, there is a great danger that the dismissal as a result of "bumping" will be considered as an unlawful dismissal if the reasonableness is not observed.¹⁰⁰ There is no "one size fits all" case when it comes to downsizing and reorganization. It is simpler and less risky for a company to apply straightforward approach when it comes to considering bumping opportunities and to group employees according to their functions, at least by any criteria, than to do bumping throughout the whole company.¹⁰¹ It should also be noted that this method is a product of the very liberal labour law regulation that characterizes "Anglo-Irish"¹⁰² countries due to minimal state intervention. Hence, in Georgian reality, the dismissal of an employee by the employer using the "bumping" method is likely to be considered as unlawful by the court. As a substantially similar case, we can consider the Supreme Court of Georgia's decision on case No. As-943-908-2016, in which prior to the reorganization, the company's PR and Media Relations Department consisted of six staffing positions: the head of the department, Chief Specialist, Senior Specialist, Operator, Specialist (Kutaisi), Senior Specialist. After the reorganization, the staff of this service was reduced by one staffing position and it consisted of the head of the department, Chief Specialist, Chief Specialist (Operator), Specialist (Protocol) and Specialist. The court (in Kutaisi) deemed the termination of the employment contract with a person dismissed from the position of the specialist to be unlawful and held that "the staffing unit held by the plaintiff before his dismissal is maintained since there is still a staffing unit of the specialist in headquarters with the change that it is no longer called "Kutaisi ", while in reality, the implemented structural changes affected not the specialist, but a senior specialist who was demoted and became the chief specialist..." Hence, the employer's order should be deemed to be invalid.¹⁰³ This case can be considered as a case of rejection of the "bumping" method in Georgian court practice because instead of dismissing the employee holding the position of a senior specialist which was abolished as a result of the reorganization, the employer dismissed the person working on the position of a specialist (Kutaisi), and this was considered by the court as an unlawful dismissal. Therefore, we can conclude that in the perspective of labour rights protection, the introduction of the bumping principle is less compatible with the principle of the social state and social nature of the freedom of labour¹⁰⁴ and the reasonable balance between the entrepreneur's legitimate interest and social rights of employed individual¹⁰⁵ will be substantially breached in benefit of freedom of entrepreneurship if this method is applied, that will lead to unjustified consequences.

As it is evident from the discussion above, the issue of dismissal of employees during organizational changes is addressed in depth in European countries. The criteria used in Germany, France and the Netherlands are the most balanced and therefore can be successfully incorporated into Georgian case law since they are fully in line with Georgia's constitutional or labour law

⁹⁸ Ibid., 333-334

⁹⁹ Stevens, M., To Bump or Not to Bump? A Redundancy Selection Question, 23.03.2018, available at <<https://www.vwv.co.uk/news-and-events/blog/employment-law-brief/bump-or-no-bump-redundancy-selection>> [29.11.2019 13:45]

¹⁰⁰ Bearder, B., What is bumping? 13.03.2018 available at <<https://www.employmentsolicitor.com/bumping-unfair-dismissal/>> [29.11.2019 20:30]

¹⁰¹ See supra note 94.

¹⁰² Leighton, P., supra note 63, 111.

¹⁰³ The Decision of the Supreme Court of Georgia, January 27, 2017, Case No. As-943-908-2016.

¹⁰⁴ Zoidze, B., The Essence of Freedom of Labour in the Practice of the Constitutional Court of Georgia, Labour Law (Collection of Articles), I, Zaalishvili, V. (ed.), Meridiani Publishing, Tbilisi, 8.

¹⁰⁵ The Decision of the Supreme Court of Georgia, January 27, 2017, Case No. As-943-908-2016.

principles, while particular criteria for selecting an employee to dismiss during real reorganization/organizational changes are less established in Georgian case law. So, it would be rational to apply the approaches established in Germany, France, and the Netherlands to improve the Georgian legal system to ensure the protection of constitutional human labour rights so as not to violate the employer's as a commercial entity's constitutionally protected freedom of entrepreneurship.

Conclusion

Termination of an employment contracts with employees on the ground of organizational changes is a very problematic issue in modern Georgian reality. These valid grounds of "business necessity" often become a powerful tool in the hands of mala fide employers for unlawfully dismissing a "weak" party. As we have seen, this problem in Georgia has received less attention at both the legislative and judicial levels. Nor is this issue properly addressed in Georgian legal doctrine. The arguments presented show that Georgian labour law still needs development in this regard. In the present paper, the termination of an employment contracts on the grounds of organizational changes (reorganization) is strictly distinguished from the dismissal of the employee on other "similar" grounds, which is considered in the Georgian legal science mainly in a joint context. And distinguishing will facilitate their differentiated research in the future.

When assessing the lawfulness of the termination of the employment contract due to the reorganization, the steps were identified that will ensure the balance of the parties' interests as a result of observing these steps consistently. The results of the study can be summarized as a test consisting of the following points:

- First, it is necessary to determine whether an objective reorganization has taken place in the enterprise; There must be a causal link between business decision and dismissal; This means determining whether a change - reduction - in the workforce was necessary.
- The next step is to determine whether the termination of the employment contract is a proportionate measure as it should be ascertained, whether the employee could be transferred to another position - to an alternative position or if the employee agrees - to a relatively worse job. At that time, free vacancies within the enterprise should be announced and these vacancies shall be filled by those whose jobs no longer exist due to the reorganization. Where appropriate, training should also be provided within a "reasonable scope" to prepare the employee for a new job. At this time, a new employment contract will be concluded.
- If even using the measures referred to in the preceding paragraph, it is not possible to maintain an employment relationship or it requires unreasonable costs, the employer is entitled to select a particular employee to dismiss as an ultima ratio measure. It is better to do this by applying German regulation. At this time, the employer must identify a circle of comparable - interchangeable - persons in the reorganized enterprise unit. In the case of legitimate interest, it should be admissible to exclude certain employees from the selection process considering the employer's requirement of competitive human resources, although the burden of proof of such specific interest should be imposed on the employer by the court. In addition to those excluded, employees with fixed-term, "flexible" contracts should also be excluded.
- Finally, selection criteria should be applied to identified interchangeable employees. Examining foreign approaches has shown the criteria that are recommended for the correct identification of an employee with whom the termination of an employment is allowed and justified on basis of business necessity taking into account the principle of social equality. Specifically, these criteria are continuity of service, age, seniority, obligations to pay support, disability. When age is used as a criterion, it will be relevant to consider the experience of the Netherlands and to

place interchangeable employees in different age categories. An employee with the smallest length of service in his age group should be dismissed first to maintain the average age and age diversity in interchangeable service groups. In accordance with the approach adopted in France, finally, the criteria listed must be weighed and taken into account so that any separate factors should not be given a clear advantage and their complex application should take place.

From the foregoing considerations, it is clear that, in the light of the aforementioned aspects, the main objective of labour law - to achieve a fair balance between the interests of the "strong" and the "weak" - is not to remain only in "law in books" and to be "law in action", which eventually becomes one of the strongest constitutional foundations for practically building legal state.

Bibliography

1. *Barrow, Ch., Duddington, J.*, Briefcase Employment Law, Second Edition, Cavendish Publishing Limited, London, Sydney, 2000;
2. *Bone A., Suff, M.*, Essential Employment Law, Second Edition, Cavendish Publishing Limited, London, Sydney, 1999;
3. *Catanzariti, J.*, National Report - Australia, Employment Law (The Comparative Law Yearbook of International Business), *Campbell, D.*, (Gen. ed.), *Alibekova, A.*, Vol. (ed.), Special Issue, Kluwer Law International, The Netherlands, 2006;
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, *Chachava S.* (ed.), German Corporation for International Cooperation GmbH (GIZ), Tbilisi, 2014;
5. Contract Bottling v. Cave and others (2013) EAT, available at <https://www.bailii.org/uk/cases/UKCAT/2013/0525_12_2304.html>, [29.11.2019 16:00] ;
6. *Dekker, M., Buijsman, Ch.*, Redundancy, restructuring and reorganization, Sec Employment Lawyers, available at <<https://www.secarbeidsrecht.nl/en/employee-expat/redundancy-restructuring-and-reorganization>> [29.11.2019 12:30];
7. *Dinova, A., Kakchev, T.*, Bulgaria, Redundancy Law in Europe, *Patmore, L., Kemper, M. V.* (ed.), Kluwer Law International, The Netherlands, 2008;
8. *Dumbadze, M.*, Service Contract as a Mechanism to Evade Conclusion of an Employment Contract, Labour Law (Collection of Articles), III, *Chachava, S., Zaalishvili, V.* (eds.), Tbilisi, 2014.
9. *Emilianides, A. C.*, Cyprus, Redundancy Law in Europe, *Patmore, L., Kemper, M. V.* (ed.), Kluwer Law International, The Netherlands, 2008;
10. Flexible Work, available at <<http://www.businessdictionary.com/definition/flexible-work.html>>, [16.11.2019 21:00];
11. GEPLAC Activities - Draft of General and Individual Part of the Labor Code, Georgian Law Review, 6/2003-1;
12. *Glaser, R., Kolvenbach, D. W.*, National Report - Germany, Employment Law (The Comparative Law Yearbook of International Business), *Campbell, D.*, (Gen. Ed.), *Alibekova, A.* Vol. (ed.), Special Issue, Kluwer Law International, The Netherlands, 2006;
13. *Kadlecova, T., Svobodova, E.*, Czech Republic, Redundancy Law in Europe, *Patmore, L., Kemper, M. V.* (ed.), Kluwer Law International, The Netherlands, 2008;
14. *Kirchener, J., Kremp, P.R., Magotsch, M.*, Key aspects of German Employment and Labour Law, Second Edition, Springer-Verlag GmbH, Germany, 2018;
15. *Langford, K.*, Ireland, Redundancy Law in Europe, *Patmore, L., Kemper, M. V.* (eds.), Kluwer Law International, The Netherlands, 2008;
16. *Leighton, P.*, EU Employment Law: a Practical Guide, Thorogood Publishing Ltd, London, 2010.

17. *Lockton, D. J.*, Employment Law, *Cremona, M.* (ed.), Fourth Edition, Palgrave Macmillan, Wales, 2003;
18. *Putkaradze, I.*, Commentary to the Article 30 of the Constitution, Commentary to the Constitution of Georgia. Chapter Two, Citizenship of Georgia. Basic Human Rights and Freedoms, *Turava, P.* (ed.), First Edition, Tbilisi, 2013;
19. *Richmond Precision Engineering Ltd v. Pearce* (1985) EAT, available at <<https://swarb.co.uk/richmond-precision-engineering-ltd-v-pearce-eat-1985/>>, [23.11.2019 17:45];
20. *Sachaleli, S.*, Disputes in Georgia Caused by the Termination of an Employment Contract on Employer's Initiative 2007-2012, *South Caucasus Law Journal*, 04/2013;
21. *Sands, R. S.*, National Report - France, Employment Law (The Comparative Law Yearbook of International Business), *Campbell, D.* (Gen. ed.), *Alibekova, A.* Vol. (ed.), Special Issue, Kluwer Law International, The Netherlands, 2006;
22. *Santagata, R.*, Article 37, Commentary to the Labour Code of Georgia, *Borroni A.* (ed.), *Zaalishvili, V.* (Georgian Edition ed.), Meridiani Publishing, Tbilisi, 2016;
23. *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;
24. *Stevens, M.*, To Bump or Not to Bump? A Redundancy Selection Question, 23.03.2018, available at <<https://www.vwv.co.uk/news-and-events/blog/employment-law-brief/bump-or-nobumpredundancy-selection>>, [29.11.2019 13:45];
25. *Sturua, N.*, Termination of an Employment Contract, *Journal of Law, Iv. Javakhishvili* Tbilisi State University Press, Tbilisi, No.1, №1, 2015;
26. *Weiss, M., Schmidt, M.*, Labour Law and Industrial Relations in Germany, Fourth revised edition, Kluwer Law International, The Netherlands, 2008;
27. *Woulfe, R.*, An Overview of Redundancy Law in Ireland, Mason Hayes+Curran, Dublin, 2007, available at <<http://www.imca.ie/assets/files/Management%20Themes/Overview%20of%20Redundancy%20Law%20in%20Ireland.pdf>>, [24.11.2019 20:20];
28. *Zenaishvili, A.*, Commentary to the Labour Code of Georgia, Article 37, World of Lawyers, Tbilisi, 2015;
29. *Zoidze, B.*, The Essence of Freedom of Labour in the Practice of the Constitutional Court of Georgia, Labour Law (Collection of Articles), I, *Zaalishvili, V.* (ed.), Meridiani Publishing, Tbilisi, 2011;
30. 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. Available at <<https://www.constcourt.ge/ge/legal-acts/judgments/saqartvelosmoqalaqe-maia-natadze-da-sxvebi-saqartvelos-parlamentisa-da-saqartvelos-prezidentis-winaagmdeg-430.page>>;
31. Pure Employment Law, What is bumping? 26.06.2013, available at <<https://www.pureemploymentlaw.co.uk/what-is-bumping-3/>>, [16.11.2019 19:00];
32. *Bearder, B.*, What is bumping? 13.03.2018 available at <<https://www.employmentsolicitor.com/bumping-unfair-dismissal/>>, [29.11.2019 20:30];
33. *Burnett, R.*, Reorganisation and redundancy, 27.03.2018 available at <<https://www.hrllawlive.co.uk/reorganisation-and-redundancy/>>, [29.11.2019 16:00];
34. The Decision of the Supreme Court of Georgia, April 02, 2008, Case No. As-680-1010-07;
35. The Decision of the Supreme Court of Georgia, January 27, 2017, Case No. As-943-908-2016;

36. The Ruling of the Supreme Court of Georgia, April 07, 2017, Case No. As-210-199-2017;
37. The Ruling of the Supreme Court of Georgia, January 29, 2016, Case No. As-941-891-2015;
38. The Ruling of the Supreme Court of Georgia, January 29, 2019, Case No. As-1623-2018;
39. The Ruling of the Supreme Court of Georgia, June 29, 2015, Case No. As-414-391-2014;
40. The Ruling of the Supreme Court of Georgia, May 15, 2017, Case No. As-13-12-2017;
41. The Ruling of the Supreme Court of Georgia, November 10, 2017, Case No. As-1189-1109-2017;
42. The Ruling of the Supreme Court of Georgia, September 20, 2018, Case No. As-558-558-2018;
43. The Ruling of the Supreme Court of Georgia, September 29, 2017, Case No. As-247-235-2017.

წინასახელშეკრულებო ურთიერთობებში მიყენებული წმინდა ეკონომიკური ზიანის ანაზღაურება

აბსტრაქტი

წინამდებარე ნაშრომში განხილულია სამოქალაქო სამართლის ერთ-ერთი პრობლემური და აქტუალური საკითხი - წმინდა ეკონომიკური ზიანის ანაზღაურება წინასახელშეკრულებო ურთიერთობებში. ნაშრომში მოცემულია წმინდა ეკონომიკური ზიანის არსი და მისი გამოვლინება წინასახელშეკრულებო ურთიერთობებში. ერთ-ერთ ძირითად საკვლევ საკითხს წარმოადგენს ის, თუ, კონკრეტულად, რა სახის ქმედებები იწვევს პასუხისმგებლობის წარმოშობას, რისთვისაც გამოყენებულია შედარებით-სამართლებრივი მეთოდი, საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის ნორმები შედარებულია უცხოურ ანალოგებთან. ამასთან განხილულია ზიანის ანაზღაურების მოცულობა, რისთვისაც გაანალიზებულია ქართულ დოქტრინაში გამოთქმული მოსაზრებები და შედარებულია ისინი უცხოურ სასამართლო პრაქტიკასთან, რითიც წარმოჩენილია ანაზღაურების მოცულობის განსაზღვრისთვის შესაბამისი პრინციპები. მესამე საკითხს კი წარმოადგენს ზიანის ანაზღაურებისათვის დამფუძნებელი ნორმის განსაზღვრა, რისთვისაც გაანალიზებულია ზოგიერთი მოთხოვნის დამფუძნებელი ნორმის უპირატესობა სხვა ნორმებთან შედარებით, როგორც დოგმატური, ასევე სისტემური მეთოდის თვალსაზრისით. ნაშრომში მოცემულია რეკომენდაციები კანონში შესაძლო ცვლილებების თაობაზე, რათა აღმოიფხვრას დოქტრინასა და საკანონმდებლო პრაქტიკაში გაურკვევლობა და სასამართლოს მიერ არ ჩამოყალიბდეს არასწორი პრაქტიკა.

შესავალი

დღესდღეობით ხელშეკრულებები საკმაოდ კომპლექსური და დეტალურია, სამოქალაქო ბრუნვა გართულებულია, ამიტომაც, ბუნებრივია, მხარეებს შეთანხმების მიღწევისათვის მეტი დრო სჭირდებათ. ხელშეკრულების დადება არ არის ისეთი მარტივი პროცესი, როგორც ეს შეიძლება, ერთი შეხედვით, ჩანდეს. ზოგადი განმარტებით, ხელშეკრულების ფორმირებისათვის უნდა არსებობდეს ოფერტი (შეთავაზება) და აქცეპტი (თანხმობა)², თუმცა ხელშეკრულების დადების თანამედროვე პროცესი უფროდაუფრო კომპლექსური ხდება, საზღვრები ოფერტსა და აქცეპტს შორის ქრება და მხარეები შეთანხმებას აღწევენ რამდენიმე ეტაპად.³ ხელშეკრულების დადებას წინ უძღვის მოლაპარაკებები, ხელშეკრულების პირობების განხილვა, სხვადასხვა ბუნდოვანი საკითხების გარკვევა, დაზუსტება და ა.შ. ხელშეკრულების დადების შემდეგ ვალდებულების დარღვევისთვის,

¹ შავი ზღვის საერთაშორისო უნივერსიტეტის ბაკალავრი. მასალა შესრულებულია შხსუ-ის სამართალ მცოდნეობის საბაკალავრო პროგრამის ფარგლებში საბაკალავო ნაშრომის სახით.

² ვილემსი, ჰ., თოდუა, მ., ქართული და ჰოლანდიური ვალდებულებითი სამართლის შედარებითი ანალიზი, *ევირალაშვილი, ბ.* რედ., ვალდებულებითი სამართალი, საქართველოს ახალგაზრდა იურისტთა ასოციაცია, თბილისი, 2006, 110, ხელმისაწვდომია ვებ-გერდზე <http://www.humanrights.ge/admin/editor/uploads/pdf/gl_11_vald.samartali.pdf>, [24.06.2020].

³ *Farnsworth, E.*, Precontractual Liability, and Preliminary Agreements: Fair Dealing and Failed Negotiations, *Columbia Law Review*, 87(2), 1987, 218-219.

იქნება ეს ძირითადი თუ დამატებითი ვალდებულება, მხარეს დაეკისრება პასუხისმგებლობა, რომელიც გათვალისწინებულია კანონმდებლობით ან თვითონ ხელშეკრულებით; თუმცა, ხელშეკრულების დადებამდე შეიძლება, განხორციელდეს არამართლზომიერი, არაკეთილსინდისიერი ქმედება, რამაც მოლაპარაკების მონაწილეს შეიძლება ზიანი მიაყენოს.

საქართველოს სამოქალაქო კოდექსში (სკ)⁴ გათვალისწინებულია წინასახელშეკრულებო ურთიერთობა და გულისხმიერების პრინციპის დარღვევის შედეგად მიყენებული ზიანის ანაზღაურების შესაძლებლობა. მიუხედავად ამისა, ამ საკითხის მარეგულირებელი ნორმები ხარვეზულია. საკითხი აქტუალურია, რადგანაც დღესდღეობით, როდესაც მსოფლიო უფრო დ აუფრო ვითარდება, წინასახელშეკრულებო ურთიერთობები გაცილებით უფრო კომპლექსურია, ვიდრე აქამდე და საჭიროა მათი უფრო თანმიმდევრული რეგულირება. გაურკვეველია ანაზღაურების მექანიზმი, მოცულობა და პასუხისმგებლობის წარმოშობის საფუძველი. რადგანაც საქართველო ცდილობს ინტეგრირდეს ევროპულ ეკონომიკაში და მოახდინოს კანონმდებლობის ჰარმონიზაცია, საჭიროა წინასახელშეკრულებო ჭრილის უკეთ მოწესრიგება. ეს დაეხმარება პოტენციურ ინვესტორებს მეტად დაინტერესდნენ ქვეყნით.⁵ იმისათვის, რომ ბიზნესის განვითარებასა და უცხოურ ინვესტიციებს ხელი შეეწყოს, აუცილებელია, რომ აღმოიფხვრას ის სამართლებრივი გაურკვეველობა, რაც წინასახელშეკრულებო ურთიერთობაში წმინდა ეკონომიკური ზიანის ანაზღაურებას უკავშირდება.

კვლევის აუცილებლობა იმაში მდგომარეობს, რომ სკ-ში შეინიშნება ამ ურთიერთობის რეგულირების ხარვეზები. ამ მიმართულებით, თითქმის არ არსებობს სასამართლო პრაქტიკა, რომელიც ხარვეზებს აღმოფხვრიდა. მიუხედავად იმისა, რომ არსებობს ლიტერატურა, დეტალურად ბოლომდე მანაც არ არის გამოკვლეული ისეთი საკითხები, როგორცაა პასუხისმგებლობის წარმოშობი საფუძველები და ზიანის ანაზღაურების მოცულობა. გარდა ამისა, დოქტრინაში, ხშირად, არასწორადაა განმარტებული ცნებები პოზიტიური ინტერესი და მიუღებელი შემოსავალი, რაც ანაზღაურების მოცულობის განსაზღვრისათვის უმნიშვნელოვანესია. ამიტომაც საჭიროა ამ საკითხის სიღრმისეულად გამოკვლევა. მოლაპარაკების მონაწილე მხარემ უნდა იცოდეს, თუ რა გარანტიები და სამართლებრივი მექანიზმები არსებობს, იმ შემთხვევაში, თუ მას ზიანი მიაყენებს მეორე მხარე.

შესაბამისად, კვლევის მიზანია გაანალიზდეს წმინდა ეკონომიკური ზიანის არსი უშუალოდ წინასახელშეკრულებო ურთიერთობებში. მისი მოთხოვნა ისედაც პრობლემურია, სხვადასხვა მიზეზების გამო და ეს, კი კიდევ უფრო, ართულებს დასკვნების გამოტანას. კვლევის მიზანია, ასევე წინასახელშეკრულებო პასუხისმგებლობის დაკისრების საფუძველების კონკრეტულად განსაზღვრა, იმის დადგენა, თუ რა სიმკაცრის პასუხისმგებლობის რეჟიმი უნდა მოქმედებდეს საქართველოში, რაც ანაზღაურებადი ზიანის მოცულობაში გამოიხატება, ასევე იმის დადგენაც, ხომ არ არსებობს მოთხოვნათა საფუძველების კონკურენცია.

საკითხის შესწავლის მიზნით, ნაშრომში გამოყენებულია სისტემური, ტელეოლოგიური და შედარებითსამართლებრივი კვლევის მეთოდები. დოგმატურ ჭრილში გამოკვლეულია მოთხოვნის დამფუძნებელი ნორმების იურიდიული მნიშვნელობა და ის, თუ რატომ არის უპირატესი რომელიმე ნორმით მოთხოვნის დაყენების შესაძლებლობა. შედარებითსამართლებრივი კვლევის მეთოდით კი განხილულია სხვადასხვა სამართლებრივი სისტემის მქონე ქვეყნების მიდგომები და

⁴ 1997 წლის №786 კანონი სამოქალაქო კოდექსი. ტექსტი ხელმისაწვდომია ვებგვერდზე <<https://matsne.gov.ge/document/view/31702?publication=111>>.

⁵ *Tedordaze, I.*, The Principle of Freedom of Contract, Pre-Contractual Obligations Legal Review English, EU and US Law, European Scientific Journal, 13(4), 2017, 62.

სასამართლო პრაქტიკა, გამოკვლეულია, გულისხმიერების რა სტანდარტი მოქმედებს სხვადასხვა ქვეყანაში და რა მოცულობით ანაზღაურდება ზიანი.

წინამდებარე ნაშრომის სტრუქტურა შემდეგია: პირველ თავში განხილულია ზოგადად წმინდა ეკონომიკური ზიანის არსი, მისი გამიჯვნა ზიანის სხვა სახეებისგან, არსის მნიშვნელობა სხვადასხვა თვალსაზრისით და წმინდა ეკონომიკური ზიანი უშუალოდ წინასახელშეკრულებო ურთიერთობაში.

მეორე თავში განხილულია სკ-ით წინასახელშეკრულებო ურთიერთობის რეგულირება, პასუხისმგებლობის წარმომშობი გარემოებები, ამ ინსტიტუტთან დაკავშირებული ხარვეზები და დოქტრინაში გამოთქმული მოსაზრებების არაერთგვაროვნება; ასევე განხილულია სხვადასხვა სამართლებრივი სისტემის ქვეყნების მიდგომები და კერძო სამართლის უნიფიკაციის მიზნით შექმნილი დოკუმენტები; განმარტებულია, თუ რას მოიაზრებს გულისხმიერების ვალდებულების დარღვევა და როგორი უნდა იყოს ზოგადი ქცევის სტანდარტი წინასახელშეკრულებო მოლაპარაკებების დროს.

მესამე თავში განხილულია სკ-ის ხარვეზული ჩანაწერი ანაზღაურების მოცულობასთან დაკავშირებით და ანაზღაურების შესაძლო მოცულობა საზღვარგარეთის ქვეყნებში.

მეოთხე თავში კი განხილულია სკ-ის მოთხოვნის საფუძვლებს შორის შესაძლო კონკურენცია და შედარებულია ისინი უცხოურ ანალოგებთან.

I. წმინდა ეკონომიკური ზიანის ცნების მნიშვნელობა

1. ზიანის ცნება და მისი სახეები ზოგადად

ზიანის ცნების ერთი კონკრეტული და საყოველთაო განმარტება არ არსებობს. „ზიანი სამოქალაქო სამართალში არის ფიზიკური და იურიდიული პირის უფლების ან კეთილდღეობის დამცირება, განადგურება“; ამგვარ განმარტებას ვხვდებით ქართულ იურიდიულ დოქტრინაში.⁶ განმარტება საკმაოდ ზოგადია, თუმცა უმჯობესია ზიანის ასეთი ზოგადი განმარტებით შემოფარგვლა, რადგანაც მისი წარმომშობი ქმედება და შედეგი მრავალგვარია. ფართო განმარტება მისაღები უნდა იყოს, წინააღმდეგ შემთხვევაში, გამოირიცხებოდა ზიანის გარკვეული ტიპის ანაზღაურების შესაძლებლობა. სამოქალაქო სამართალში ზიანის მიყენება გულისხმობს მართლსაწინააღმდეგო ქმედების განხორციელებას, რომელსაც თან მოსდევს ქონების ან სხვა სამართლებრივი სიკეთის ღირებულების შემცირება ან ნორმალური ფუნქციონირების დარღვევა. გამომწვევი ქმედება შესაძლოა, მრავალგვარი იყოს; სწორედ ამიტომაც აუცილებელია ზიანის ზოგადი დეფინიციის შემოღება.

იმის მიხედვით, თუ რა საფუძვლებიდან წარმოიშვება ზიანი, იგი იყოფა ორ კატეგორიად: სახელშეკრულებოდ და არასახელშეკრულებოდ. სახელშეკრულებო ზიანი გამომდინარეობს სახელშეკრულებო ურთიერთობებიდან. მოცემულ შემთხვევაში მხარეები თავად განსაზღვრავენ სახელშეკრულებო პირობებს, ამ პირობების დარღვევის გამო კი მხარეს ეკისრება პასუხისმგებლობა, რომელიც, ხშირად, განსაზღვრულია ხელშეკრულებით.⁷ თუნდაც იგი ხელშეკრულებით არ იყოს განსაზღვრული, სკ-ით პასუხისმგებლობის ფარგლები საკმაოდ დეტალურად არის მოწესრიგებული.

⁶ ჩიკვაშვილი შ., ჭანტურია ლ., ზოიძე ბ., ნინიძე თ., შენგელია რ., ხეცურიანი ჯ., საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის კომენტარი, წიგნი IV, ტომი II, თბილისი: სამართალი, 2001, 378.

⁷ ჩიტოშვილი, თ., დელიქტი და დელიქტურ ვალდებულებათა ზოგიერთი სამართლებრივი ასპექტები, საქართველოს უზენაესი სასამართლო, მართლმსაჯულება, (2), 2008, 49.

არასახელშეკრულებო ზიანის დროს, მხარეებს შორის არ არსებობს სახელშეკრულებო ურთიერთობა, თუმცა ერთი პირის მიერ განხორციელებული ქმედება სხვას აყენებს ზიანს. ზიანი შეიძლება მიადგეს, როგორც აბსოლუტურ სიკეთეებს, როგორცაა საკუთრებისა და ჯანმრთელობის უფლება,⁸ ასევე მხოლოდ მხარის ეკონომიკურ მდგომარეობას, დაცული სიკეთეების ხელყოფის გარეშე.

ზიანის დაყოფა სახელშეკრულებო და არასახელშეკრულებო სახეობად ერთ-ერთი უზოგადეს კატეგორიზაციაა. ზიანი, მოცულობისა და ბუნების მიხედვით, შეიძლება სხვა კატეგორიებადაც დაიყოს, როგორცაა პოზიტიური და ნეგატიური ზიანი, ნდობაზე ორიენტირებული ინტერესის ხელყოფით გამოწვეული, მოლოდინის ინტერესის ხელყოფით გამოწვეული და ა.შ.

ზიანის ერთ-ერთ სახედ ასევე გამოიყოფა წმინდა ეკონომიკური ზიანი, რომელიც დოქტრინაში ასევე მოხსენიებულია, როგორც სუფთა ქონებრივი ზიანი.⁹

2. წმინდა ეკონომიკური ზიანის არსი და განსხვავება სხვა სახეებისგან

წმინდა ეკონომიკური ზიანის დეფინიცია შეიძლება, ერთი შეხედვით, უმნიშვნელო ჩანდეს, რადგანაც მისი ბუნება შედარებით მშრალი და ტექნიკურია,¹⁰ თუმცა ეს საკითხი კერძო სამართალში ერთ-ერთი ყველაზე მეტად განხილული თემაა. წმინდა ეკონომიკური ზიანის უნივერსალური განმარტება არ არსებობს. ეს იმით უნდა იყოს გამოწვეული, რომ სამართლის სისტემები ზოგადად ზიანის კატეგორიების განმარტებას არ ახდენს, განმარტებები, ძირითადად, დოქტრინაშია მოცემული. ხშირად, წმინდა ეკონომიკური ზიანი ცალკე სახედ არც გამოიყოფა. რასაკვირველია, ეს იმას არ ნიშნავს, რომ მისი მნიშვნელობა უარყოფილია. წმინდა ეკონომიკური ზიანის ანაზღაურების მოთხოვნა, მტკიცების თვალსაზრისით, ერთ-ერთი ყველაზე რთული კატეგორიაა. სწორედ აქედან მომდინარეობს მისი აქტუალურობაც. წმინდა ეკონომიკურ ზიანზე საუბრისას ჩნდება კითხვა, თუ როგორ შეიძლება, რომ დელიქტური ან წინასახელშეკრულებო პასუხისმგებლობა მოწესიგდეს ისე, რომ პირს ზედმეტად მკაცრი პასუხისმგებლობა არ დაეკისროს, თუნდაც იმ შემთხვევაში, თუ იგი ვალდებულებას დაარღვევს და ზიანს მიაყენებს სხვას. აქვეა კითხვაც, თუ რომელი ნორმებით უნდა იყოს წმინდა ეკონომიკური ზიანი ანაზღაურებადი, სახელშეკრულებოთი თუ დელიქტურით.¹¹

წმინდა ეკონომიკური ზიანის ბუნების განსაზღვრისათვის საჭიროა მისი შედარება ზიანის სხვა სახეებთან. სიტყვათა თანწყობა „წმინდა ეკონომიკური“ და „სუფთა ქონებრივი“ მიანიშნებს, რომ ზიანის მიმყენებელი ქმედება ზეგავლენას ახდენს მხოლოდ დაზარალებულის ეკონომიკურ მდგომარეობაზე. „შემდგომი ეკონომიკური ზიანი“ (consequential economic loss), რომელსაც, ძირითადად, არაპირდაპირ ზიანს უწოდებენ, თავისი არსით, გულისხმობს იმ ზიანს, რომელიც ადამიანისთვის ფიზიკურ ზიანს ან უფლების ხელყოფას მოსდევს. მაგალითად, ის შეიძლება იყოს ადამიანისთვის ან ნივთისთვის მიყენებული ფიზიკური ზიანის შედეგი და მოიაზრებდეს ნივთის შეკეთების

⁸ იქვე.

⁹ *რუსიაშვილი, გ.*, სუფთა ქონებრივი ზიანი - გულისხმიერების ქცევის ვალდებულების თუ დამცავი ნორმის დარღვევა? შედარებითი სამართლის ქართულ-გერმანული ჟურნალი, სახელმწიფოსა და სამართლის ინსტიტუტის გამომცემლობა, თბილისი, 2019, 1.

¹⁰ *Palmer, V. V., Bussani, M.*, Pure Economic Loss: New Horizons in Comparative Law, Routledge Cavendish, London, 2008, 9.

¹¹ იქვე.

ხარჯებს, მკურნალობის ხარჯებს და ა.შ. არაპირდაპირი ქონებრივი ზიანის მტკიცება მარტივია, თუ ის ფიზიკურ ზიანს უკავშირდება.¹²

როგორც ვხედავთ, წმინდა ეკონომიკური ზიანის უმთავრესი დამახასიათებელი ნიშანია ის, რომ აბსოლუტურ სიკეთეს არ ადგება ზიანი. შვედეთში დელიქტური პასუხისმგებლობის აქტით მოცემულია შემდეგი განმარტება: წმინდა ეკონომიკური ზიანი ისეთი ზიანია, რომელიც არ მოიაზრებს პიროვნებისთვის ან მისი საკუთრებისათვის მიყენებულ ზიანს.¹³ დაზარალებულს არ ადგება ფიზიკური ზიანი, ქმედება უშუალო „დარტყმას აყენებს დაზარალებულის საფულეს“.¹⁴ ქართული დოქტრინის მიხედვით, წმინდა ეკონომიკურ ზიანში მოიაზრება შემთხვევა, როდესაც ქმედება იწვევს დაზარალებულის ქონების შემცირებას, აბსოლუტური სიკეთეების (საკუთრება, მფლობელობა, სხეული, ჯანმრთელობა და ა. შ.) ხელყოფის გარეშე.¹⁵

წმინდა ეკონომიკური ზიანის ანაზღაურებაზე სხვადასხვა ქვეყანაში განსხვავებული შეხედულებები არსებობს. ხშირ შემთხვევაში, ანაზღაურება საკმაოდ რთული და სადავოა. წმინდა ეკონომიკური ზიანის ანაზღაურება მარტივია, თუ დარღვეული უფლება პირდაპირ დაცულია სამოქალაქო კოდექსით, ან ცალკე კანონით, როგორცაა, მაგალითად, სავტორო უფლების, დიზაინისა და საპატენტო კანონები.¹⁶ ეს იმით აიხსნება, რომ მრავალ ქვეყანაში დელიქტური ნორმებით ანაზღაურების საფუძველი დამცავი ნორმის დარღვევას უკავშირდება, თუმცა, არსებობს შემთხვევები, როდესაც წმინდა ეკონომიკური ზიანი არ უკავშირდება პირდაპირ დაცულ სამართლებრივ სიკეთეებს. ამ შემთხვევაში, მისი ანაზღაურების საკითხი საკმაოდ პრობლემურია და დიდ ყურადღებას საჭიროებს.

3. წმინდა ეკონომიკური ზიანის ანაზღაურების პრობლემატიკა

3.1 მიზეზობრიობა და პასუხისმგებლობის ზედმეტად გაფართოვება

არსებობს წმინდა ეკონომიკური ზიანის დადგომის სხვადასხვა შემთხვევა. მათი განხილვა საჭიროა წმინდა ეკონომიკური ზიანის არსის განსაზღვრისა და მისთვის დამახასიათებელ ნიშან-თვისებათა გამორჩევისათვის. ამ ზიანის ერთ-ერთ სახედ თეორიაში „რიკოშეტის ზიანს“ მოიაზრებენ. ეს ის შემთხვევაა, როდესაც ფიზიკური ზიანი ადგება პირის ქონებას ან ნივთს. პირდაპირი დაზარალებული განიცდის ფიზიკურ ზიანს მის სხეულზე ან ქონებაზე, თუმცა არსებობს ირიბი დაზარალებულიც, რომელიც გარკვეულწილად ეკონომიკურადაა დამოკიდებული პირდაპირ დაზარალებულზე ან მის ნივთზე და იგი ზიანს განიცდის არა ფიზიკური ფორმით, არამედ – ეკონომიკური თვალსაზრისით.¹⁷ სხვა შემთხვევები შეიძლება უკავშირდებოდეს ბაზრის, სატრანსპორტო გზების გადაკეტვას, როდესაც ერთმა გაუფრთხილებელმა ქმედებამაც კი შეიძლება, გამოიწვიოს მიმოსვლის, სატრანსპორტო გზების, ბაზრის დაკეტვა. მოცემულ შემთხვევაში არ დგება ფიზიკური ზიანი და არც რაიმე აბსოლუტური უფლება ირღვევა. მაგალითად, მდინარეში შემთხვევით ქიმიური ნივთიერებები იყრება და, მდინარის გასუფთავების მიზნით, მასში მიმოსვლა დროებით იკრძალება, ამასობაში კი ტვირთის გადამზიდავები ეკონომიკურად

¹² Pure Economic Loss in Europe, Cambridge Studies in International and Comparative Law, The Common Core of European Private Law, the Trento Project, *Bussani, M., Palmer, V.* (eds.), Cambridge University Press, Cambridge, 2003, 6.

¹³ იქვე.

¹⁴ იქვე.

¹⁵ *რუსიაშვილი, გ.*, დასახ. ნაშრომი, მე-9 სქ., 1.

¹⁶ იხ. დასახ. ნაშრომი მე-12 სქ., 7-8.

¹⁷ *Palmer, V. V., Bussani, M.*, დასახ. ნაშრომი, მე-10 სქ., 16.

ზარალდებიან.¹⁸ აქედან გამომდინარე, ანაზღაურების საკითხი პრობლემურია, რადგანაც ზიანის ანაზღაურების ერთ-ერთ უმთავრეს ელემენტს წარმოადგენს მიზეზობრივი კავშირის არსებობა, თანაც მიზეზობრივი კავშირი ქმედებასა და შედეგს შორის უნდა იყოს ადეკვატური და რელევანტური და მისი მოცულობის ზედმეტად გაფართოვება არ უნდა მოხდეს. წინააღმდეგ შემთხვევაში კი, შესაძლოა, ანაზღაურების ვალდებულების დაკისრების შემთხვევაში ზიანის მიმყენებელს ზედმეტად მკაცრი პასუხისმგებლობა დაეკისროს, რაც გაუმართლებელი იქნება.

3.2 სამომავლო ზიანის მკაცრი მტკიცების სტანდარტი

წმინდა ეკონომიკური ზიანი იყოფა შემდეგ კატეგორიებად: დამდგარი ზიანი და სამომავლო ზიანი. წმინდა ეკონომიკური ზიანის ამ სახეებად დაყოფა პრაქტიკული მიზნებისთვის მნიშვნელოვანია მტკიცების ტვირთის თვალსაზრისით.

არსებულ, დამდგარ ზიანში იგულისხმება, რომ მოსარჩელის ფინანსებს ზიანი ადგება ხარჯების უსარგებლოდ გაწევით ან სხვაგვარი ეკონომიკური დანაკლისით, ხოლო სამომავლო ზიანი გულისხმობს იმ ფინანსების დაკარგვას, რომელსაც პირი მიიღებდა, ზიანის მიმყენებელ ქმედებას რომ არ ჰქონოდა ადგილი, მაგალითად, მოლაპარაკებები რომა არ შეწყვეტილიყო საპატიო მიზეზის გარეშე და ხელშეკრულება რომ გაფორმებულიყო. სამომავლო ზიანის კიდევ ერთი მაგალითია საფეხბურთო კლუბის ერთ-ერთი მოთამაშის არამართლზომიერი მოქმედების შედეგად დამდგარი სიკვდილით შემოსავალის დაკარგვა. შემთხვევას, როდესაც არ არსებობს მტკიცებულება, რომ პირი შემოსავალს ნამდვილად მიიღებდა, უწოდებენ „დაკარგულ შანსს“, ან „გაშვებულ შესაძლებლობას“.¹⁹ სწორედ, სავარაუდო მომავალი კეთილდღეობა - მიუღებელი შემოსავალი არის ერთ-ერთი ყველაზე რთულად სამტკიცებელი მოთხოვნა. სირთულეს წარმოადგენს არა მხოლოდ მტკიცებულებების არარსებობა, არამედ ის, თუ რამდენადაა დაცვის ღირსი ასეთი ინტერესი დელიქტით ან სხვა სამართლის ნორმებით. დამდგარი ზიანის საკითხი ნაკლებად პრობლემურია იმ თვალსაზრისით, რომ უკვე გაწეულ იქნა ხარჯები და შესაძლებელია, ზუსტი მოცულობის განსაზღვრა. სამომავლო ზიანის შემთხვევაში, გასათვალისწინებელია დაზარალებულის მოლოდინი, რამდენად გონივრული იყო იგი, ალბათობა იმისა, დაზარალებული ნავარაუდებ შემოსავალს მართლაც სრული მოცულობით მიიღებდა თუ არა, ზიანის მიმყენებელ ქმედებას რომ არ ჰქონოდა ადგილი.

4. წმინდა ეკონომიკური ზიანი წინასახელშეკრულებო ურთიერთობაში

ტრადიციული ოფერტისა და აქცეპტის სქემას წინ უძღვის მოლაპარაკების ფაზა, რომელიც შეიძლება, იყოს მარტივი ან რთული, გრძელი ან მოკლე. წინასახელშეკრულებო ეტაპზე მხარეები ცდილობენ გაარკვიონ, თუ რამდენად მომგებიანი იქნება მათთვის ხელშეკრულების დადება, შეთანხმდნენ სხვადასხვა პირობებზე და ხელშეკრულების მუხლების ფორმულირებაზე, იღებენ ხელშეკრულების დასადებად საჭირო ზომებს.²⁰ მხარეები სიტუაციას აფასებენ არა მხოლოდ სამართლებრივად ან ეკონომიკურად, არამედ განსჯიან ერთმანეთს პიროვნულადაც, ითვალისწინებენ ნდობის ფაქტორს და კეთილსინდისიერებას. წინასახელშეკრულებო ეტაპზე მხარე ეწევა გარკვეულ ხარჯებს და

¹⁸ იხ. დასახ. ნაშრომი, მე-12 სქ., 12-13.

¹⁹ იქვე, 14.

²⁰ *Kirsiénė J., Leonova, N., Qualification of Pre-Contractual Liability and the Value of Lost Opportunity as a Form of Losses, Jurisprudencija, Mokslo darbu žurnalas, 115(1), 2009, 224.*

სჯერა, რომ მათ დაფარავს ხელშეკრულების დადების შედეგად მიღებული მოგებიდან.²¹ ხარჯები შეიძლება, გამოიხატებოდეს აღჭურვილობის შეძენაში, ძვირადღირებულ პროდუქტებში, ადვოკატთა კონსულტაციებში,²² აგრეთვე, სატრანსპორტო დანახარჯებში.

მიუხედავად ხანგრძლივი მოლაპარაკებებისა, ხელშეკრულება საბოლოოდ შესაძლოა, მაინც არ გაფორმდეს. მოლაპარაკების ეტაპზე მხარეებს შეიძლება, წარმოეშვათ ერთმანეთის მიმართ გონივრული ნდობა და მოლოდინი, რომ მათ მიერ გაწეული ხარჯი და დახარჯული დრო დაკავშირებულია ორმხრივ სურვილთან, რომ გაფორმდეს ხელშეკრულება. სწორედ, მოლაპარაკების დროს, მხარის მიერ გაკეთებულ განცხადებებზე, მოქმედებებზე, გაწეული დროის რაოდენობაზე დაყრდნობით, შესაძლოა, მეორე მხარემ ივარაუდოს, რომ ხელშეკრულების დადების ალბათობა მაღალია და ხარჯების გაწევაც ამას უკავშირდება.²³ როდესაც მოლაპარაკებები წყდება, შესაძლოა, საუბარი იყოს წმინდა ეკონომიკურ ზიანზე, რაც გამოიხატება, როგორც გაწეულ ხარჯებში, ასევე იმ სამომავლო ფინანსების დაკარგვაში, რომელსაც მხარე ვერ იღებს. ეს ზიანი არ გამომდინარეობს აბსოლუტური სიკეთის ხელყოფიდან. ხელშეკრულების დადების უფლებას სამართლებრივი სისტემები პასუხისმგებლობის ჭრილში აბსოლუტურ სიკეთეებად არ მიიჩნევენ.

მოცემულ შემთხვევაში, განხილული უნდა იყოს ის, თუ რამდენად კეთილსინდისიერად მიმდინარეობდა მოლაპარაკების წარმოება, არსებობდა თუ არა ზიანის მიყენების განზრახვა, მიაწოდეს თუ არა მხარეებმა ინფორმაცია ერთმანეთს. სხვადასხვა ქვეყნის სისტემა მხარეებს აკისრებს გულისხმიერების ვალდებულებას, რაც მათ ავალდებულებს, დაიცვან ერთმანეთის ქონებრივი ინტერესები.

ზოგიერთ ქვეყანაში წინასახელშეკრულებო ვალდებულებები უფრო ზოგადი სახითაა განსაზღვრული, სხვაგან, - უფრო კონკრეტულად.²⁴ ნებისმიერ შემთხვევაში, მოლაპარაკების მონაწილეებმა უნდა იცოდნენ, თუ რა ქმედება იწვევს პასუხისმგებლობის დაკისრებას, რათა არ აღმოჩნდნენ სამართლებრივ გაურკვევლობაში. ქმედების ბრალეულად განხორციელების დადასტურებისასაც კი, მოსარჩელეს დამატებით მოუწევს დაამტკიცოს მიზეზობრივი კავშირის ადეკვატურობა ბრალეულ ქმედებასა და დამდგარ ზიანს შორის.²⁵ შედარებით მარტივია გაწეული ხარჯების ანაზღაურება, თუმცა შესაძლოა, მხარე ითხოვდეს იმ თანხის მიღებას, რომელიც მან ვერ მიიღო იმის გამო, რომ ვერც მოპასუხესთან გააფორმა ხელშეკრულება და ვერც სხვა მესამე პირთან. ამ შემთხვევაში, ანაზღაურების მოცულობის საკითხი პრობლემურია, რადგანაც გარდა ქმედების ბრალეულობისა, მხედველობაში უნდა იქნეს მიღებული მიმდინარე ეკონომიკური პროცესები და მოვლენათა განვითარების ალბათობა.

²¹ იქვე, 224.

²² იქვე, 224, 225.

²³ *ძლიერიშვილი, ზ., ცერცვაძე, გ., რობაქიძე, ი., სვანაძე, გ., ცერვაძე, ლ., ჯანაშია, ლ.*, სახელშეკრულებო სამართალი, მერიდიანი, თბილისი, 2014, 108-109.

²⁴ ინგლისში დელიქტური ნორმები, რომლებითაც იკრძალება განზრახ და გაუფრთხილებლობით არასწორი ინფორმაციის მიწოდება, მოქმედებს წინასახელშეკრულებო ურთიერთობებშიც. იხ. *Tedordaze, I.*, დასახ. ნაშრომი, მე-5 სქ., 68.

²⁵ *მელაძე, გ.*, არასწორი ინფორმაციის გაუფრთხილებლობით მიწოდებისას დამდგარი „სუფთა“ ქონებრივი ზიანის ანაზღაურება, შედარებითი სამართლის ქართულ-გერმანული ჟურნალი, თბილისი: სახელმწიფოსა და სამართლის ინსტიტუტის გამომცემლობა, 2020, 36.

II. წმინდა ეკონომიკური ზიანის გამომწვევი ბრალეული ქმედების სახეები

1. საქართველოს სამოქალაქო კოდექსით გათვალისწინებული ზოგადი ვალდებულებები

სკ-ში გვხვდება გარკვეული ხარვეზები. ეს ყველაფერი იმით არის გამოწვეული, რომ საქართველოს მთელი მე-20 საუკუნის განმავლობაში დამოუკიდებლობა არ გააჩნდა, მხოლოდ მე-20 საუკუნის ბოლოს გახდა შესაძლებელი, რომ ქვეყანას ეროვნული, საკუთარი სამოქალაქო კოდექსი ჰქონოდა. კოდექსში ძირითადად გერმანული ნორმების გადმოტანა მოხდა, რადგანაც ქართული რეალობისთვის ეს ყველაზე მისაღები იყო,²⁶ თუმცა გერმანული სამოქალაქო კოდექსი²⁷ (გსკ) არ ყოფილა ერთადერთი უცხოური ნორმატიული წყარო, რომლიდანაც მოხდა ნორმათა გადმოტანა სკ-ში. გადმოტანილი იქნა ნორმები შვეიცარული და ფრანგული სამართლიდანაც²⁸.

წინასახელშეკრულებო ურთიერთობა, როგორც ვალდებულების წარმოშობის საფუძველი, გათვალისწინებულია სკ-ში. 317-ე, II მუხლის მიხედვით, ზოგადი გულისხმიერების ვალდებულება ვრცელდება ხელშეკრულების მომზადების ეტაპზეც. 317-ე, III მუხლის მიხედვით კი, მოლაპარაკების მონაწილეს შეუძლია მეორე მონაწილეს მოსთხოვოს იმ ხარჯების ანაზღაურება, რომლებიც გაწეულ იქნა ხელშეკრულების დასადავად, მაგრამ ეს ხელშეკრულება მეორე მონაწილის ბრალეული მოქმედების შედეგად არ დადებულია.

სკ-ით განმტკიცებულია, რომ ვალდებულების წარმოშობის საფუძველი არა მხოლოდ ხელშეკრულება, არამედ სახელშეკრულებო მოლაპარაკებებაცაა. თუმცა, პასუხისმგებლობა დაწესებულია მხოლოდ ერთი კონკრეტული შემთხვევისათვის, როდესაც მხარე არღვევს ლოიალობის ვალდებულებას.²⁹ ამასთან, პასუხისმგებლობის ფორმად განსაზღვრულია მხოლოდ გაწეული ხარჯების ანაზღაურება. ანაზღაურების ეს მოცულობა შესაძლოა, არაადეკვატური და ზედმეტად მცირე იყოს, გამომდინარე მოლაპარაკების ხანგრძლივობიდან და იქიდანაც, რომ მხარეები სხვა მესამე პირთან ხელშეკრულების დადების შესაძლებლობას ხელიდან უშვებენ. შესაძლოა, ბრალეული ქმედების ხასიათი და მასშტაბურობა იმდენად დიდი იყოს, რომ მხოლოდ ხარჯების ანაზღაურება სამართლიანი კომპენსაცია არ იყოს.

ბრალეული ქმედების არსის დადგენისათვის 317-ე მუხლში კეთდება მითითება 316-ე მუხლზე და ამ უკანასკნელით გათვალისწინებულ ზოგად ვალდებულებებს წინასახელშეკრულებო ურთიერთობებზეც ავრცელებს. ეს ვალდებულებებია მეორე მხარის უფლებებისა და ქონებისადმი განსაკუთრებული გულისხმიერება. გულისხმიერების არსი სკ-ით დეტალურად არ განიმარტება, რაც კიდევ ერთ პრობლემას წარმოადგენს. გაურკვეველია, თუ გულისხმიერების რა სტანდარტი მოეთხოვებათ მხარეებს. ლიტერატურაში გამოთქმულია მოსაზრება, რომ გულისხმიერება კეთილსინდისიერი ქცევის სტანდარტია და მისი სიმკაცრე დამოკიდებულია მხარეთა ინფორმაციულ მარაგზე, ეკონომიკურ და სამართლებრივ რისკებზე,³⁰ თუმცა აუცილებელია, რომ მოლაპარაკების მონაწილეები არ აღმოჩნდნენ სამართლებრივ

²⁶ Zoidze, B., The System and Principles of the Law of Obligations of Georgia, Aufbruch Nach Europa: 75 Jahre Max-Planck-Institut Fur Privatrecht, Mohr Siebeck, Tübingen, 1999, 1099.

²⁷ ტექსტი ხელმისაწვდომია ვებგვერდზე <https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/>.

²⁸ Zoidze, B., დასახ. ნაშრომი, 26-ე სქ., 1100.

²⁹ ვაშაკიძე, გ., 317-ე მუხლის კომენტარი, 1-ლი ველი, სამოქალაქო კოდექსის კომენტარი, წიგნი III, *ქანტურია, ლ., რუსიაშვილი, გ.,* რედ., თსუ-ის, გერმანიის საერთაშორისო თანამშრომლობის საზოგადოება (GIZ), ამერიკის შეერთებული შტატების საერთაშორისო განვითარების სააგენტოს (USAID), აღმოსავლეთ-დასავლეთის მართვის ინსტიტუტის (EMWI) გამოცემა, თბილისი, 2019, 32.

³⁰ იქვე, 316-ე მუხლის კომენტარი, 27-ე ველი, 24-25.

გაურკვევლობაში და მათ უფრო კონკრეტულად იცოდნენ, თუ რა მოქმედებების განხორციელებისგან უნდა შეიკავონ თავი.

2. პასუხისმგებლობის წარმოშობი საფუძვლები საქართველოში

ურთიერთობის ხელშეკრულების მომზადების ეტაპად დაკვალიფიცირებისათვის არ არის აუცილებელი, რომ მიმდინარეობდეს აქტიური მოლაპარაკებები. წინასახელშეკრულებო ურთიერთობად ითვლება ყველა ის შემთხვევა, როდესაც მხარეებს ეძლევათ შესაძლებლობა, ზეგავლენა მოახდინონ ერთმანეთის უფლებებსა და ინტერესებზე.³¹ საწინააღმდეგოს დაშვების შემთხვევაში მხარეს მტკიცების ზედმეტად მაღალი ტვირთი დააწვებოდა. იმისათვის, რომ მხარეები დაცულნი იყვნენ წინასახელშეკრულებო ურთიერთობებში, კანონი მათ აკისრებს ერთმანეთის ქონებრივი ინტერესების გათვალისწინებას. ამას გულისხმობს ვალდებულება ეწოდება.

გულისხმობის ვალდებულება წინასახელშეკრულებო ურთიერთობებში, როგორც წესი, ირღვევა, როდესაც მოლაპარაკების მონაწილე არღვევს დაცვისა და უსაფრთხოების ნორმებს, ინფორმაციის მიწოდებისა და ლოიალობის ვალდებულებებს. მათგან ორი - ინფორმაციის მიწოდებისა და ლოიალობის ვალდებულებების - დარღვევა შეიძლება იწვევდეს მხოლოდ წმინდა ეკონომიკურ ზიანს, რადგანაც, მათი არსიდან გამომდინარე, შეუძლებელია აბსოლუტური სიკეთის ხელყოფა ან ფიზიკური ზიანის მიყენება. დაცვისა და უსაფრთხოების ნორმების დარღვევა კი შეიძლება იწვევდეს, როგორც აბსოლუტური სიკეთის ხელყოფას (მაგალითად, მხარის მიერ ნივთის შეძენამდე ნივთის დაზიანება),³² ასევე წმინდა ეკონომიკურ ზიანსაც (მაგალითად, მოლაპარაკების მონაწილე მხარის მიერ მეორე მხარისგან კონფიდენციალური ინფორმაციის მიღება და მესამე პირების მიერ ამ ინფორმაციის მოპოვება), თუმცა აქედან მეორე შემთხვევა, ძირითადად, დამოუკიდებელ და უფრო კონკრეტულ ვარიაციად არის გათვალისწინებული (კონფიდენციალური ინფორმაციის გამჟღავნება ან გამოყენება).

317-ე მუხლში კონკრეტული მითითება კეთდება მხოლოდ ლოიალობის ვალდებულებაზე, რომელიც, გულისხმობის ვალდებულებიდან გამომდინარე, ერთ-ერთი ვალდებულებაა. თუ ხელშეკრულება არ იდება მხარის ბრალეული ქმედების გამო, რაც გამოიხატება საპატიო მიზეზის გარეშე მოლაპარაკების ჩაშლაში, ირღვევა ლოიალობის ვალდებულება.³³

პასუხისმგებლობისთვის აუცილებელია შემდეგი ელემენტები: მოვალის ქმედება წინასახელშეკრულებო ეტაპზე, რომელმაც კრედიტორში აღძრა საფუძვლიანი ნდობა, რომ ხელშეკრულება დაიდებოდა, კრედიტორის ქმედება ამ ნდობის საფუძველზე და მოვალის საპირისპირო ქმედება, რომელიც ეწინააღმდეგება ამ ნდობას.³⁴ სხვა წინასახელშეკრულებო ვალდებულებები კი ასე კონკრეტულად არ არის განსაზღვრული.

ინფორმაციის მიწოდების ვალდებულებასთან დაკავშირებით, დოქტრინაში სიღრმისეულად გამოკვლეული არ არის ამ საკითხთან დაკავშირებული ვარიაციები, უფრო კონკრეტულად რა სახის ინფორმაციის მიწოდების ვალდებულება შეიძლება ეკისრებოდეთ მხარეებს ერთმანეთისათვის. საზღვარგარეთ გამოიყოფა ხელშეკრულებასთან და მის ფორმასთან დაკავშირებული საკითხები, პრობლემურია, ასევე რამდენიმე პირთან მოლაპარაკების წარმოების შესახებ ინფორმაციის მიწოდება. ამ ყველაფრის შესახებ კონკრეტული განმარტებები არ არის მოცემული არც დოქტრინასა და არც კანონმდებლობაში.

³¹ იქვე, 317-ე მუხლის კომენტარი, 37-ე ველი, 46.

³² იქვე.

³³ იქვე, 38-ე ველი, 46-47.

³⁴ იქვე, 43-ე ველი, 49.

გარდა ამისა, მხოლოდ მოლაპარაკების შეწყვეტა ზიანის ანაზღაურების საფუძველი არ არის. მოლაპარაკების შეწყვეტა მხოლოდ მაშინ წარმოადგენს ვალდებულების დარღვევას, როდესაც პარტნიორს ხელშეკრულების დადებისადმი განსაკუთრებულ მოლოდინს, ნდობას გაუჩენს³⁵ და, ამასთანავე, ეს არ ხდება საპატიო მიზეზით, თუმცა არც საპატიო მიზეზის შესახებ და არც გონივრული მოლოდინის შექმნის შესახებ არ არსებობს შესაბამისი განმარტებები. სწორედ, აქედან გამომდინარე, უმჯობესია, უცხოური პრაქტიკისთვის გადახედვა, რათა უკეთ განისაზღვროს წინასახელშეკრულებო ვალდებულებების დარღვევით გამოწვეული პასუხისმგებლობის მასშტაბი.

3. პასუხისმგებლობის წარმომშობი გარემოებები საზღვარგარეთ

საზღვარგარეთის კანონმდებლობითა და უნიფიცირებული წესებით გათვალისწინებული პასუხისმგებლობის წარმომშობი გარემოებები, ძირითადად, ინფორმაციის მიწოდების ვალდებულების დარღვევა, კონფიდენციალური ინფორმაციის მოპოვება და გამოყენება და საპატიო მიზეზის გარეშე მოლაპარაკების შეწყვეტაა. ეს ვალდებულებები ზოგ ქვეყანაში გამომდინარეობს ზოგადი გულისხმიერების პრინციპისგან და ისინი ზოგადი ფორმულირებითაა მოცემული, ზოგი ქვეყანა კი პასუხისმგებლობის წარმომშობას უფრო კონკრეტულ ნორმებს უკავშირებს და არა - ზოგადი ვალდებულებას.³⁶

3.1 მოლაპარაკების არასერიოზულობა, როგორც ლოიალობის ვალდებულების დარღვევა

წინასახელშეკრულებო პასუხისმგებლობა (*culpa in contrahendo*) გერმანული სამართლის თავისებურებაა. იგი ხელშეკრულებასა და დელიქტს შორის ერთგვარ შუალედურ რგოლს წარმოადგენს. იგი ხან სახელშეკრულებო ნაწილისათვის დამახასიათებელ ნიშან-თვისებებს იღებს, ხან კი - დელიქტური სამართლის. თავდაპირველად, ამ ინსტიტუტის გათვალისწინება გსკ-ში არ მომხდარა და იგი დოქტრინაში განვითარდა. მხოლოდ გარკვეული დროის შემდეგ მოხდა მისი შეტანა სამოქალაქო კოდექსში. ინსტიტუტის უმნიშვნელოვანესი მახასიათებელი არის ის, რომ პასუხისმგებლობას წარმოშობს პირის მოქმედება, რომელიც განხორციელდა მხარეთა შორის მოლაპარაკების ეტაპზე, ხელშეკრულების დადებამდე.³⁷ მისი მიზანი მხარეთა ნდობის ინტერესის დაცვაა. მოლაპარაკების მონაწილე მეორე მხარეს ენდობა, რომ იგი მას ზიანს არ მიაყენებს.³⁸ თუ მას მაინც მიადგება ზიანი, უნდა გააჩნდეს სამართლებრივი ბერკეტიც წონასწორობის აღსადგენად.

გერმანიაში ლოიალობის ვალდებულება ირღვევა, როდესაც სახელშეკრულებო მოლაპარაკების ერთი მხარე მოლაპარაკებაში მეორე მხარესთან შედის ხელშეკრულების დადების ნამდვილი განზრახვის გარეშე და მას სხვა მოტივები ამომრავებს. ამის ნათელი მაგალითი შეიძლება იყოს ორ ან მეტ პირთან მოლაპარაკების წარმოება, როდესაც მოლაპარაკების მონაწილეს სურს მხოლოდ ერთ-ერთ მათგანთან გააფორმოს ხელშეკრულება, თუმცა მეორე პირთან მოლაპარაკებებს მხოლოდ იმ მიზნით აწარმოებს, რომ სხვას დაუმტკიცოს ხელშეკრულების საგნის სარგებლიანობა. მაგალითად, თუ

³⁵ მესხიშვილი, ჯ., კერძო სამართლის აქტუალური საკითხები: თეორია და სასამართლო პრაქტიკა, ტომი I, GIZ, თბილისი, 2020, 120.

³⁶ Fauvarque-Cosson, B., Mazeaud, D., Racine, J. B., European contract law: Materials for a Common Frame of Reference: Terminology, Guiding Principles, Model Rules, Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française., & Société de législation comparée, Sellier, European Law Publishers, Munich, 2008, 187.

³⁷ Markesinis, B., Unberath, H., Johnston, A. C., The German Law of Contract: A Comparative Treatise, 2nd ed., Hart Publishing, Oxford, 2006, 92-93.

³⁸ იქვე, 93-94.

ქირავნობის ხელშეკრულებას ვადა გასდის, გამქირავებელს სურს შენობის გაყიდვა და პოტენციურ მყიდველთან აწარმოებს მოლაპარაკებებს, თუმცა, ამავდროულად, აგრძელებს მოლაპარაკებებს დამქირავებელთან ახალი ხელშეკრულების დადების თაობაზე, ეს არაკეთილსინდისიერი ქმედებაა და ირღვევა ლოიალობის ვალდებულება, რადგანაც გამქირავებლის რეალური მიზანი არის ის, რომ პოტენციურ მყიდველს დაანახოს მისი შენობის სარგებლიანობა და ის, რომ მას სხვა კლიენტებიც ჰყავს.³⁹ პასუხისმგებლობას იწვევს არა პარალელური მოლაპარაკებები, არამედ ხელშეკრულების დადების რეალური მიზნის გარეშე მოლაპარაკების წამოწყება.

ისევე, როგორც გერმანიაში, საფრანგეთშიც არ არის პასუხისმგებლობა განსაზღვრული პარალელური მოლაპარაკების წარმოებისთვის. თუმცა მთავარია, რომ პოტენციურ კონტრაქტს არ გაუჩნდეს გონივრული მოლოდინი⁴⁰ და, ამ მოლოდინზე დაყრდნობით განხორციელებული ქმედების გამო, არ ადგებოდეს ზიანი.

საინტერესოა, ევროპაში არსებული ზოგიერთი უნიფიცირებული სამართლებრივი დოკუმენტის განხილვაც. წინასახელშეკრულებო პასუხისმგებლობა გათვალისწინებულია ევროპული სახელშეკრულებო სამართლის პრინციპებშიც⁴¹ (PECL), რომელიც მოდელური წესების ერთობლიობაა და შეიცავს ევროპული კავშირის ქვეყნებისთვის საერთო ზოგად სახელშეკრულებო პრინციპებს. მიუხედავად იმისა, რომ PECL-ით აღიარებულია ხელშეკრულებისა და მოლაპარაკების თავისუფლება, თუ მხარეს ზიანი მიადგა არაკეთილსინდისიერი ქმედების გამო, იქნება ეს მოლაპარაკების არაკეთილსინდისიერად წარმოება, თუ მისი შეწყვეტა საპატიო მიზეზის გარეშე, ზიანის მიმყენებელი ვალდებული იქნება, აანაზღაუროს ზიანი. არაკეთილსინდისიერ ქმედებად ითვლება მოლაპარაკების წამოწყება ხელშეკრულების დადების განზრახვის გარეშე.⁴² არაკეთილსინდისიერ ქმედებად ითვლება ის შემთხვევაც, როდესაც მხარეს, თავდაპირველად, გააჩნია ხელშეკრულების დადების სურვილი, თუმცა ამ სურვილს შემდგომში კარგავს, მაგრამ მოლაპარაკებას მაინც აგრძელებს და, საბოლოოდ, ხელშეკრულებას არ დებს.⁴³

3.2 საპატიო მიზეზის გარეშე მოლაპარაკების შეწყვეტა

გერმანიაში საპატიო მიზეზის გარეშე მოლაპარაკების შეწყვეტაც ლოიალობის ვალდებულების დარღვევაა, თუმცა, მოლაპარაკების შეწყვეტა დასაშვებია, თუნდაც მიზეზზე მხარე საერთოდ არ მიუთითებდეს.⁴⁴ მხოლოდ მოლაპარაკების შეწყვეტა არ არის პასუხისმგებლობის წარმომშობი გარემოება. ასევე, აუცილებელია, მეორე მხარის ნდობის საკმარისი ხარისხი, რომელიც უნდა არსებობდეს არა მხოლოდ სუბიექტური, არამედ ობიექტური თვალსაზრისით. მოლაპარაკების შეწყვეტა მხოლოდ მაშინ იწვევს პასუხისმგებლობას, როდესაც მოლაპარაკების შემწყვეტი პარტნიორს დასაბუთებულ ნდობას გაუჩენს.⁴⁵ ნდობა გონივრული უნდა იყოს, უნდა გამომდინარეობდეს ობიექტური ფაქტორებიდან და არა მხოლოდ მოლაპარაკების მეორე მხარის სიტყვებიდან. თუნდაც იგი დამაჯერებლად ამბობდეს, რომ ხელშეკრულებას გააფორმებს, ითვლება, რომ

³⁹ Precontractual Liability in European Private Law (The Common Core of European Private Law), *Cartwright, J., Hesselink, M.* (eds.), Cambridge University Press, Cambridge, 2009, 64; 76.

⁴⁰ იქვე, 121-122.

⁴¹ ტექსტი ხელმისაწვდომია ვებგვერდზე <https://www.trans-lex.org/400200/_/pecl/> [16.06.2020].

⁴² PECL-ის 2:301-ლი მუხლი, ტექსტი ხელმისაწვდომია ვებგვერდზე <https://www.translex.org/400200/_/pecl/#head_41> [16.06.2020].

⁴³ იქვე.

⁴⁴ იხ. დასახ. ნაშრომი, 39-ე, სქ., 203.

⁴⁵ *კროპპოლერი, ი.*, გერმანიის სამოქალაქო კოდექსის სასწავლო კომენტარი, მე-13 გადამუშავებული გამოცემა, *დარჯანია თ., ჭეჭელაშვილი, ზ.*, თარგმ., GIZ, თბილისი, 2014, 197.

გონივრული ნდობა მაინც არ წარმოიშობა,⁴⁶ რადგანაც მხარე მხოლოდ მეორე მხარის განცხადებებს არ უნდა ენდოს და სხვა ფაქტორებსაც უნდა ითვალისწინებდეს.

განსხვავებით გერმანიისგან, სადაც მოლაპარაკების შეწყვეტის მიზეზზე მითითების ვალდებულება არ არსებობს, საფრანგეთში მოლაპარაკების შეწყვეტის მიზეზი აუცილებლად უნდა იყოს ლეგიტიმური, მაგალითად, უკეთესი პირობების მიღება.⁴⁷ როგორც ჩანს, გერმანიაში საპატიო მიზეზს უფრო ნაკლები მნიშვნელობა აქვს, ვიდრე მხარის მოლოდინს. საფრანგეთში კი უპირატესობა საპატიო მიზეზს ენიჭება და მეორე მხარის მოლოდინი უკანა პლანზე ინაცვლებს. როგორც გერმანიაში, ასევე, საფრანგეთში მხოლოდ იმის განცხადება, რომ აუცილებლად დაიდება ხელშეკრულება, არ უნდა წარმოშობდეს გონივრულ მოლოდინს. მთავარია, რომ მხარეს არ ჰქონდეს ბოროტი განზრახვა და იგი მეორე მხარეს ამის შესახებ არ ატყუებდეს.⁴⁸

საერთაშორისო კომერციული ხელშეკრულებების პრინციპები⁴⁹ (UNIDROIT-ის პრინციპები) შემუშავებულია კერძო სამართლის უნიფიკაციის საერთაშორისო ინსტიტუტის⁵⁰ მიერ, რომელიც, საპატიო მიზეზის გარეშე, მოლაპარაკების შეწყვეტისათვის და მოლაპარაკების არაკეთილსინდისიერად წარმოებისთვის, ასევე ითვალისწინებს პასუხისმგებლობას. UNIDROIT-ის პრინციპები დასაბუთებისათვის, ხშირად, გამოიყენება სასამართლო გადაწყვეტილებებში, ან კანონმდებლობაში ამ პრინციპებისათვის დამახასიათებელი ანალოგიური ნორმებია მოცემული.

ერთ-ერთ საქმეზე ტელევიზორის ნაწილების მწარმოებელ კომპანიასა და მეორე კომპანიას შორის მიმდინარეობდა მოლაპარაკებები. მეორე კომპანიამ შეამოწმა ნაწილების ხარისხი და კმაყოფილება გამოთქვა, თუმცა ამ პერიოდში ნაწილების ფასი დაეცა, რის გამოც პოტენციურმა მყიდველმა ხელშეკრულების ფასის შემცირება მოითხოვა. მწარმოებელმა კომპანიამ ფასს არ დააკლო, მოლაპარაკებები შეწყდა. მწარმოებელმა კომპანიამ მოითხოვა ზიანის ანაზღაურება, თუმცა სასამართლომ გადაწყვიტა, რომ ამ შემთხვევაში არაკეთილსინდისიერ ქმედებას ადგილი არ ჰქონია.⁵¹ როგორც ჩანს, საპატიო მიზეზი შეიძლება იყოს შეცვლილი ეკონომიკური მდგომარეობა, რის გამოც ხელშეკრულების დადება გაუმართლებელი იქნება, თუნდაც ზოგიერთ პირობაზე უკვე არსებობდეს შეთანხმება.

ეს დასაბუთება გამომდინარეობს UNIDROIT-ის პრინციპებით წინასახელშეკრულებო ურთიერთობებში არაკეთილსინდისიერი ქცევის აკრძალვით. ზოგიერთი მკვლევარი მიიჩნევს, რომ ფორმულირებები „კეთილსინდისიერად ქცევის ვალდებულება“ და „არაკეთილსინდისიერი ქცევის აკრძალვა“ განსხვავებულ შედეგებთან არის ასოცირებული. გამოთქმულია მოსაზრება, რომ კეთილსინდისიერად ქცევის ვალდებულება უფრო მაღალ სტანდარტს აწესებს, ვიდრე არაკეთილსინდისიერი ქცევის აკრძალვა,⁵² თუმცა ზოგიერთი ავტორი ამ მოსაზრებას არ ეთანხმება და თვლის, რომ არაკეთილსინდისიერება, უშუალოდ, კეთილსინდისიერების საწინააღმდეგო კონცეფციაა.⁵³

⁴⁶ იხ. დასახ. ნაშრომი, 39-ე, სქ., 204.

⁴⁷ იქვე, 200; 192-193.

⁴⁸ იქვე, 197.

⁴⁹ ტექსტი ხელმისაწვდომია ვებ-გვერდზე <<https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2016>>.

⁵⁰ ოფიციალური ვებგვერდი <<https://www.unidroit.org/about-unidroit/overview>>.

⁵¹ Shaanxi Xianyang Nebula Machinery Ltd. v. Rainbow Electronics Group Inc, Supreme People's Court, ტექსტი ხელმისაწვდომია ვებგვერდზე <<http://www.unilex.info/principles/case/1740>> [16.06.2020].

⁵² Kleinheisterkamp, J., Vogenauer, S., Commentary of the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC), Oxford University Press, Oxford, 2009, 302.

⁵³ Houb, E., The Doctrine of Good Faith in Contract Law: A (Nearly) Empty Vessel?, Faculty Articles and Other Publications, 2005, 5-6.

შეიძლება ითქვას, რომ მოლაპარაკების შეწყვეტა დასაშვები უნდა იყოს, ყოველგვარი პასუხისმგებლობის დაკისრების გარეშე, თუ მხარეს ამისთვის გააჩნია საპატიო მიზეზი. გარდა ამისა, საპატიო მიზეზის მითითება არ უნდა იყოს სავალდებულო, როდესაც, ობიექტური გარემოებებიდან გამომდინარე, მეორე მხარეს ვერ გაუჩნდებოდა ხელშეკრულების დადებისადმი გონივრული მოლოდინი.

3.3 ინფორმაციის მიწოდების ვალდებულების დარღვევა

ინფორმაციის მიწოდების ვალდებულება მოიცავს ნებისმიერი ინფორმაციის მიწოდების ვალდებულებას, რომლის ცოდნაც, ურთიერთობიდან გამომდინარე, მეორე მხარისთვის საჭიროა. გერმანიაში ინფორმირების ვალდებულება გულისხმობს განმარტებების მიცემასაც. განმარტებები შეიძლება, შეეხებოდეს ხელშეკრულებასთან დაკავშირებულ საკითხებს, როგორცაა პოტენციური ბათილობა მისი ფორმასავალდებულოობის გამო, თუმცა ეს ვალდებულება მხოლოდ მაშინ არსებობს, თუ მხარეებს შორის არსებობს სპეციალური სამართლებრივი კავშირი, როგორცაა, მაგალითად, მეურვეობა.⁵⁴ წინააღმდეგ შემთხვევაში, თუნდაც ფორმის დაცვის შესახებ ერთ-ერთმა მხარემ იცოდეს, მას არ გააჩნია ინფორმირების ვალდებულება, თუ სპეციალური სახის ურთიერთობა გულისხმობს უფრო მაღალ სტანდარტს არ წარმოშობს.⁵⁵

ინფორმირების ვალდებულება, ასევე შეეხება მხარეთა მოტივებს ხელშეკრულების დადებისადმი. მხარემ მეორეს მხარეს უნდა აცნობოს მისი სურვილების ცვლილების შესახებ. მაგალითად, თუ იგი ხელშეკრულების დადებისადმი ინტერესს დაკარგავს, მაგრამ მეორე მხარეს არ შეატყობინებს, ირღვევა ინფორმირების ვალდებულება.⁵⁶

გერმანიაში მოლაპარაკების მონაწილეს არ ეკისრება ვალდებულება, მეორე მხარეს შეატყობინოს იმის შესახებ, რომ იგი პარალელულად მოლაპარაკებებს სხვასთანაც აწარმოებს. თუნდაც მან იცოდეს, რომ მეორე მხარის ბიზნეს პოლიტიკა მდგომარეობს იმაში, რომ იგი მოლაპარაკებებს ერთდროულად მხოლოდ ერთ პირთან აწარმოებს, პარალელური მოლაპარაკების შესახებ ინფორმირების ვალდებულება მაინც არ არსებობს.⁵⁷ ეს ვალდებულება არც საფრანგეთში არსებობს.

მეორე მხარეს უნდა მიეწოდოს სწორი ინფორმაცია. გერმანიაში წინასახელშეკრულებო ბრალის ინსტიტუტის თავდაპირველი მიზანი იყო მხარის დაცვა გარიგების შემდგომი ბათილობისაგან. ეს წესი კვლავ მოქმედებს. თუ პირმა დაუშვა შეცდომა ნების გამოვლენაში და შემდეგ ხელშეკრულება, ამ მიზეზით, გახდა ბათილი, ან მისი დადება, ამ მიზეზის გამო, შეუძლებელი გახდა, პირს ეკისრება პასუხისმგებლობა. სიფრთხილის ვალდებულება მხარეებს ავალდებულებს ნება გამოხატონ ისე, რომ მათი შინაარსი მეორე მხარემ არასწორად არ აღიქვას.⁵⁸

3.4 Lock-out შეთანხმების დარღვევა

დღესდღეობით, ზოგიერთ ქვეყანაში არსებობს წინასახელშეკრულებო ეტაპზე lock-out შეთანხმებების დადების პრაქტიკა. მხარეები თანხმდებიან, რომ გარკვეული დროის განმავლობაში სხვა კონტრაქტებთან მოლაპარაკებებს არ წამოიწყებენ. ამ შეთანხმების დარღვევა არაკეთილსინდისიერ ქმედებად ითვლება, მიუხედავად იმისა, სამართლის სისტემა მას განიხილავს თუ არა ნამდვილ ხელშეკრულებად. საკითხი რთულდება, თუ

⁵⁴ კროპპოლერი ი., დასახ. კომენტარი, 45-ე სქ., 198.

⁵⁵ იხ. დასახ. ნაშრომი, 39-ე სქ., 319.

⁵⁶ იქვე, 35.

⁵⁷ იქვე, 122-123.

⁵⁸ Markesinis, B., Unberath, H., Jonston, A. C., დასახ. ნაშრომი, 37-ე სქ., 94-95.

მხარეები ზეპირად თანხმდებიან ფასზე, თუმცა ირკვევა, რომ შეთანხმებული ფასი ობიექტურად სამართლიან ფასზე გაცილებით ნაკლებია და, საბოლოოდ, არ იდება ხელშეკრულება. თუ მხარე უკეთეს შეთავაზებას მიიღებს, lock-out შეთანხმების დარღვევა გერმანიაში კეთილსინდისიერების პრინციპის დარღვევად არ ითვლება.⁵⁹ გერმანია ასეთ შეთანხმებას სამართლებრივ ძალის მქონედ არ მიიჩნევს, მოლაპარაკების მონაწილეს არ უნდა ერთმეოდეს ხელშეკრულების დადების თავისუფლება, როდესაც ექსპერტები ადგენენ, რომ ხელშეკრულების სამართლიანი ღირებულება უფრო მაღალია.

საფრანგეთში lock-out ტიპის შეთანხმება დამოუკიდებელ ხელშეკრულებად ითვლება. ამიტომაც, თუნდაც უკეთესი პირობების მიღების ან არასამართლიანი ფასის შემთხვევაში, თუ მხარე ამ შეთანხმებას დაარღვევს, მას პასუხისმგებლობა დაეკისრება, თუმცა, გასათვალისწინებელია არა მარტო შეთანხმება, არამედ მისი დარღვევის შედეგად მეორე მხარის მიერ განცდილი ზიანი, კერძოდ, სერიოზული და რეალური ზიანი.⁶⁰

3.5 კონფიდენციალური ინფორმაციის გამოყენება

PECL-ით პასუხისმგებლობა პირდაპირ არის გათვალისწინებული იმ კონფიდენციალური ინფორმაციის გამოყენებისათვის, რომელსაც მხარე წინასახელშეკრულებო ურთიერთობებში მოიპოვებს.⁶¹

გასათვალისწინებელია ევროპული კერძო სამართლის პრინციპები, განმარტებები და საერთო სახელმძღვანელო ჩარჩო⁶² (Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law Draft Common Frame of Reference (DCFR)), რომელიც შეიცავს სახელშეკრულებო სამართლის პრინციპებს. DCFR-ი შემუშავდა ევროპული კერძო სამართლისა და შედარებითი სამართლის იურისტების მიერ. მართალია, რომ DCFR-ს რეალურად აღიარება არ მოუპოვებია და გაურკვეველია, ეს უბრალო აკადემიური კვლევაა თუ იგი მიზნად ისახავს საერთო ევროპული სამოქალაქო კოდექსის ჩამოყალიბებას,⁶³ მას მაინც იყენებენ, როგორც თეორიულ ინსტრუმენტს.

DCFR-ი წინასახელშეკრულებო ურთიერთობაში დაცვის კიდევ უფრო მაღალ სტანდარტს აწესებს. კონფიდენციალური ინფორმაცია განიმარტება უფრო ფართოდ და იგი ითვლება ნებისმიერ ინფორმაციად, რომელსაც ასეთად ვარაუდობდა ან უნდა ევარაუდა გონიერ მხარეს,⁶⁴ გამომდინარე ინფორმაციის ბუნებიდან და ხასიათიდან.

გერმანიაში დაცულია ინფორმაცია, რომელიც უკავშირდება დიზაინს, საპატენტო უფლებას, ან კომერციულ საიდუმლოებას, თუნდაც ის ჯერ კიდევ არ იყოს დარეგისტრირებული. არსებობს შემთხვევები, როდესაც მოლაპარაკების დროს სახეზეა ამ ინფორმაციის გამჟღავნების საჭიროება, რათა მეორე მხარე დაინტერესდეს ხელშეკრულების დადებით. ამ დროს, მხარეს ეკისრება ვალდებულება, რომ მოპოვებულ ინფორმაციას მოეპყრას როგორც კონფიდენციალურ ინფორმაციას და არ გამოიყენოს იგი მეორე მხარის საზიანოდ. მოპოვებული ინფორმაცია არ შეიძლება გადაეცეს მესამე პირს.⁶⁵

⁵⁹ იხ. დასახ. ნაშრომი, 39-ე სქ., 162, 172-173.

⁶⁰ იქვე, 170-171.

⁶¹ PECL-ის 2:302-ე მუხლი.

⁶² ტექსტი ხელმისაწვდომია ვებგვერდზე <https://www.trans-lex.org/400725/_/outline-edition-/>. [24.06.2020].

⁶³ Braut Filipović, M., Tomulić Vehovec, M., Precontractual Liability in EU and Croatian Law, HARMONIUS Journal of Legal and Social Studies in South East Europe, 1 (2012), 2012, 21.

⁶⁴ Bar, C., Clive, E. M., Study Group on a European Civil Code, Research Group on the Existing EC Private Law, Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCFR), Sellier, European Law Publishers, 2009, München, 194.

⁶⁵ იხ. დასახ. ნაშრომი, 39-ე სქ., 346.

3.6 გონივრული მოლოდინი

წინასახელშეკრულებო ნორმების დაცვის ობიექტია მხარის გონივრული მოლოდინი. მას შეიძლება იწვევდეს სხვადასხვა ფაქტორები, როგორცაა მოლაპარაკების ხანგრძლივობა, მეორე მხარის მიერ გაკეთებული განცხადებები, ხელშეკრულების პირობათა უმრავლესობაზე შეთანხმება; თუმცა არ არსებობს ერთიანი სტანდარტი იმისთვის, რომ ზუსტად დადგინდეს, თუ რამ შეიძლება წარმოქმნას გონივრული მოლოდინი. არ არის საკმარისი, მხარეს უბრალოდ ეგონოს, რომ ხელშეკრულება ნამდვილად დაიდება. აუცილებელია, რომ მოლოდინი იყოს ლეგიტიმური და გონივრული.⁶⁶ სამართლის სისტემათა უმრავლესობა პასუხისმგებლობის დაკისრებას უშუალოდ მოლაპარაკების ხანგრძლივობას არ უკავშირებს.⁶⁷ იგი შეიძლება გათვალისწინებული იქნას, თუმცა გონივრული განსჯისათვის ერთადერთ კრიტერიუმს არ წარმოადგენს. არ არის დადგენილი კონკრეტული ვადა, რომლის გადაცილების შემდეგაც, გონივრული მოლოდინი წარმოიშობა. სხვადასხვა ხელშეკრულების სპეციფიკიდან გამომდინარე, ეს ვადა შეიძლება სხვადასხვა იყოს. უფრო ხშირად, გასათვალისწინებელია არა უშუალოდ ხანგრძლივობა, არამედ ის, თუ რა პროგრესია მოლაპარაკებებში და ხომ არ იყვნენ მხარეები „ღრმად შესული“ მოლაპარაკების სტადიაზე.⁶⁸ ამასთანავე, არც პირობათა უმრავლესობაზე შეთანხმება არ მიიჩნევა გონივრული ნდობის წარმომშობად და ამ შემთხვევაშიც კი დასაშვებია მოლაპარაკების შეწყვეტა. ამ მიდგომას იზიარებს გერმანული პრაქტიკაც.⁶⁹ მიდგომა ანალოგიურია მხარის მიერ გაკეთებული განცხადებების მიმართ. მოლაპარაკების მხარის დამაზუსტებელი მტკიცებაც კი, რომ ხელშეკრულება გაფორმდება, გონივრული ნდობის გაჩენისათვის არ არის საკმარისი.⁷⁰

გერმანიაში მოლოდინის გონივრულობის დადგენისათვის გამოიყენება სუბიექტური და ობიექტური ტესტი. როგორც აღინიშნა, მხოლოდ მხარის მიერ გაკეთებული განცხადებები ნდობისთვის საკმარისი არ არის, განსაკუთრებით მაშინ, როდესაც მოლაპარაკებები, ჯერ კიდევ, ადრეულ ფაზაზეა და, ძირითად, პირობებზე მხარეები არ შეთანხმებულან. ამგვარად, თუნდაც მხარე ენდოს მეორე მხარის სიტყვებს, მისი ნდობა სუბიექტურ ტესტს აკმაყოფილებს, მაგრამ ნდობა მაინც ვერ იქნება ლეგიტიმური, რადგანაც ობიექტური გარემოებებიდან გამომდინარე იგი გონივრულობის ფარგლებში არ ჯდება.⁷¹

მოლოდინის საფუძვლიანობის ობიექტური წინაპირობაა გარკვეული მოქმედების შესრულება, რაც ემსახურება ხელშეკრულების დადების მიზანს. მაგალითად, იაპონიის უზენაესი სასამართლოს ერთ-ერთ საქმეზე⁷², პოტენციურ მყიდველს სურდა შეეძინა ადგილი, სადაც სტომატოლოგიურ კლინიკას გახსნიდა. მან წამოიწყო გამყიდველთან მოლაპარაკებები. მან გამყიდველს უთხრა, რომ ელექტროგაყვანილობა გასაყიდ ფართს არ გააჩნდა და სთხოვა, რომ ეს ხარვეზი გამოესწორებინა და ასევე ადგილისათვის დიზაინიც შეეცვალა. მიუხედავად იმისა, რომ გამყიდველმა თხოვნა შეასრულა, საბოლოოდ ხელშეკრულება მაინც არ გაფორმდა იმ მიზეზით, რომ ადგილი ზედმეტად პატარა იყო. უზენაესმა სასამართლომ ჩათვალა, რომ გამყიდველის მოლოდინი ლეგიტიმური, გონივრული იყო. ამ საქმეზე დაყრდნობით შეიძლება ითქვას, რომ როდესაც

⁶⁶ იქვე, 456.

⁶⁷ იქვე, 229.

⁶⁸ იქვე, 230.

⁶⁹ იქვე, 231.

⁷⁰ იქვე, 232.

⁷¹ იქვე, 204.

⁷² New Frontiers in Artificial Intelligence, JSAI-isAI 2012 Workshops, LENS, JURISIN, MiMI Miyazaki, Japan, November/December 2012 Revised Selected Papers, *Motomura, Y., Butler, A., Bekki, D.* Eds., Springer-Verlag, Berlin Heidelberg, 2013, 142.

მოლაპარაკების ერთი მხარე ფაქტობრივად იწონებს ხელშეკრულების საგანს, მაგრამ ითხოვს წვრილმანების გამოსწორებას, მეორე მხარეს წარმოეშობა ლეგიტიმური მოლოდინი, რომ გამოსწორების შემდეგ ხელშეკრულება აუცილებლად დაიდება.

ნიდერლანდებში გონივრული მოლოდინის პრინციპისთვის დამახასიათებელი ნიშნები ანალოგიურია, როგორც კერძოსამართლებრივი, ასევე საჯაროსამართლებრივი წინასახელშეკრულებო ურთიერთობებისათვის. პრაქტიკის მიხედვით, მოლოდინი ვერ იქნება ლეგიტიმური, როდესაც მხარემ იცის, რომ მეორე მხარე მოლაპარაკებებს სხვა პირებთანაც აწარმოებს, რომლებსგანაც ის, ფასის თვალსაზრისით, უკეთეს შეთავაზებებს იღებს, თუნდაც შესრულდეს გარკვეული მოქმედება ხელშეკრულების დადების მიზნით. ეს დასკვნა გამომდინარეობს ერთ-ერთი საქმიდან, როდესაც კომპანიამ ტენდერით სახელმწიფოს წარუდგინა შეთავაზება, თუმცა მის ფასზე სხვა კომპანიის მიერ წარდგენილი შეთავაზება 30%-ით ნაკლები იყო.⁷³ გარდა ამისა, პრაქტიკის საფუძველზე, შეიძლება ითქვას, რომ პასუხისმგებლობა დამოკიდებულია იმაზეც, თუ რამდენად შეუძლია მხარეს ხელშეკრულების ფასის გადახდა. თუ თავდაპირველად ფასი არ არის განსაზღვრული, თუმცა იგი შემდგომში ირკვევა და მოლაპარაკების მონაწილეს არ შეუძლია ან არ ჰქონდა გათვალისწინებული ასეთი მაღალი ფასის გადახდა, მას პასუხისმგებლობა არ ეკისრება, თუ არ შეეძლო წინასწარ განეჭვრიტა ფასი სხვადასხვა გარემოებებზე დაყრდნობით.⁷⁴ ამიტომაც, მოლოდინის ლეგიტიმურად მიჩნევისთვის, გარდა სამუშაოს შესრულებისა, მხარე უნდა ითვალისწინებდეს მეორე მონაწილის ეკონომიკურ მდგომარეობას, იმას, თუ რამდენად შეუძლია გადაიხადოს შეთავაზებული ფასი და ხომ არ აქვს მას უკეთესი შემოთავაზებები.

შეჯამების მიზნით, უნდა ითქვას, რომ გერმანიაში გულისხმიერების დარღვევა, ძირითადად, მოლაპარაკების მონაწილის ზიანის მიყენების განზრახვას უკავშირდება. თუ განზრახვის არსებობა ვერ დამტკიცდება, რთულია პასუხისმგებლობის დაკისრება. გერმანიაში საპატიო მიზეზზე მითითება მოლაპარაკების შეწყვეტისთვის სავალდებულო არ არის. განსხვავებით გერმანიისგან, ზოგიერთი სხვა ქვეყანა (მაგალითად, იტალია და ავსტრია) ვალდებულების დარღვევას უკავშირებს მოლაპარაკების არაკეთილსინდისიერად და, არასაპატიო მიზეზით, შეწყვეტას; საფრანგეთი კი ყურადღებას მოლაპარაკების წამოწყების თავდაპირველ განზრახვაზე ამახვილებს.⁷⁵ იქ დაუშვებელია მოლაპარაკების წამოწყება ხელშეკრულების დადების რეალური მიზნის გარეშე.⁷⁶

3.7 პასუხისმგებლობის წარმომშობი გარემოებები საერთო სამართლის მიხედვით

ინგლისური სამართალი მოლაპარაკებას ისეთ ბიზნეს ურთიერთობად აღიქვამს, რომელსაც არ გააჩნია სოციალური ეთიკა იმ პირობით, რომ ურთიერთობის მონაწილეებს უნდა გაჩნდეთ შესაძლებლობა, მიიღონ დამოუკიდებელი გადაწყვეტილებები და განსაჯონ მოსალოდნელი რისკები. ორივე მხარეს აქვს უფლება, ნებისმიერ ეტაპზე შეწყვიტოს მოლაპარაკება, თუ მათ აქვთ შესაძლებლობა, რომ უფრო ხელსაყრელი პირობებით დადონ ხელშეკრულება, ან თუ ეს მათი ბიზნეს ინტერესებისთვის უფრო სასარგებლო იქნება. ინგლისურ სამართალში არ არსებობს ისეთი ზოგადი დამცავი ნორმები, როგორც ზემოთ იყო განხილული. არ არსებობს კეთილსინდისიერების,

⁷³ Schebesta, H., Damages in EU Public Procurement Law, Springer International Publishing, 2016, 80.

⁷⁴ იქვე, 79-80.

⁷⁵ იხ. დასახ. ნაშრომი, 39-ე სქ., 62.

⁷⁶ იქვე, 29.

ლოიალობის, გულისხმიერების ან ზრუნვის ზოგადი ვალდებულება. პასუხისმგებლობას წარმოშობს კონკრეტული ნორმები.⁷⁷

ლორდთა პალატამ საქმეზე *Walford v. Miles* გააკეთა შემდეგნაირი განმარტება: სასამართლო ვერ გადაწყვეტს, არსებობს თუ არა საპატიო მიზეზი მოლაპარაკების შეწყვეტისთვის. მოლაპარაკების კეთილსინდისიერად წარმართვის ვალდებულება კი მოლაპარაკების შეჯიბრებითობის პრინციპთან შეუთავსებელია. ორივე მხარეს აქვს უფლება, იმოქმედოს საკუთარი ინტერესის შესაბამისად. მთავარია, რომ არ მოხდეს არასწორი ინფორმაციის მიწოდება. მოლაპარაკების მონაწილეს შეუძლია, მეორე მხარეს დაემუქროს კიდევ, რომ შეწყვეტს მოლაპარაკებებს მისთვის უკეთეს პირობებზე დაყოლიების მიზნით.⁷⁸ საქმეზე *Smith v. Hughes*-ზე გაკეთდა განმარტება, რომ გამყიდველს არ აქვს ვალდებულება, მყიდველს შეატყობინოს, რომ იგი რაღაცაში ცდება, თუ შეცდომა გამყიდველის ქმედებამ არ გამოიწვია.⁷⁹ ინგლისური სამართლისათვის კეთილსინდისიერება ზედმეტად ზოგადი ვალდებულებაა, რის გამოც იგი უგულებელყოფილია.

როგორც ჩანს, სხვადასხვა ქვეყნის მიდგომებში შეინიშნება მცირე განსხვავებები. ინგლისში პასუხისმგებლობის წარმომშობი გარემოებაა კონფიდენციალური ინფორმაციის გამოყენება,⁸⁰ მხარის შეცდომაში შეყვანა, კერძოდ, არასწორი ინფორმაციის განზრახ მიწოდება - მოტყუება (*fraudulent misrepresentation/deceit*)⁸¹ და არასწორი ინფორმაციის გაუფრთხილებლად მიწოდება (*negligent misrepresentation*)⁸². ეს აკრძალვა გულისხმიერების პრინციპიდან არ გამომდინარეობს, არამედ პირდაპირ დელიქტური ნორმებითაა მოცემული.⁸³

მიუხედავად ფორმულირების განსხვავებისა, ნათლად ჩანს, თუ რას უკავშირებენ უცხოური ქვეყნები და უნიფიცირებული სამართლის დოკუმენტები კეთილსინდისიერებისა და გულისხმიერების ვალდებულების დარღვევას, რა იგულისხმება საპატიო მიზეზსა და ინფორმაციის მიწოდებაში. ამ მიდგომების შეფასებისას შეიძლება იმ დასკვნის გამოტანა, რომ თუ გერმანულ და ფრანგულ სამართალში არსებობს პოზიტიური ვალდებულება, გათვალისწინებულ იქნეს მეორე მხარის ქონებრივი ინტერესები, ინგლისურ სამართალში ეს ვალდებულება ნეგატიური სახით არის მოცემული.⁸⁴

III. ანაზღაურების მოცულობა

1. ანაზღაურების მოცულობა საქართველოში - მხოლოდ ხარჯები, თუ უფრო მეტი კომპენსაცია?

საზღვარგარეთის ქვეყნებში, წინასახელმეორეულეზო ურთიერთობის მომწესრიგებელი ნორმებით, ან საერთოდ არ არის გათვალისწინებული ანაზღაურების მოცულობა, ან

⁷⁷ *Xiao-Yang Li*, *The Legal Status of Pre-Contractual Liability: Contrasting Responses from German and English Law*, *National Taiwan University Law Review*, 2017, 135-136.

⁷⁸ *Poole, J.*, *Casebook on Contract Law*, 13th edition, Oxford University Press, New York, 2016, 70.

⁷⁹ იქვე, 87-88.

⁸⁰ იქვე, 339.

⁸¹ *Cavico F. J.*, *Fraudulent, Negligent, and Innocent Misrepresentation in the Employment Context: The Deceitful, Careless, and Thoughtless Employer*, 20 (1), 1997, 5. ხელმისაწვდომია ვებგვერდზე <<https://scholarship.law.campbell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1328&context=clr>> [24.06.2020].

⁸² იქვე, 56.

⁸³ იხ. დასახ. ნაშომი, 39-ე სქ., 66-67.

⁸⁴ *Xiao-Yang Li*, დასახ. ნაშომი 77-ე სქ., 151.

პირიქით, ზოგადად არის განსაზღვრული ანაზღაურების მოცულობის ფარგლები, გარკვეულ გარემოებებზე დაყრდნობით, ყველა შესაძლო შემთხვევისათვის.

სკ-ის 317-ე მუხლი მითითებას მხოლოდ გაწეულ ხარჯებზე შეიცავს, თუმცა არა ალტერნატიული ხელშეკრულებიდან ან ბრალეულ მხარესთან დაუდებელი გარიგებიდან მიუღებელ შემოსავალზე. ამიტომაც, ჩნდება იმის ვარაუდი, რომ კანონმდებელი შესაძლოა, ითვალისწინებდეს ზედმეტად ლიბერალურ პასუხისმგებლობას და მხოლოდ ხარჯების ანაზღაურების შესაძლებლობით შემოიფარგლებოდეს, წინააღმდეგ შემთხვევაში, იგი მოცულობის სხვა შემთხვევებზეც გაამახვილებდა ყურადღებას, ან ხარჯებზე საერთოდ არ მიუთითებდა.

დოქტრინაში გამოიყოფა პოზიტიური და ნეგატიური ანუ ნდობის ინტერესთა კონცეფციები. ნეგატიური ინტერესის ანაზღაურება ეს არის იმ მდგომარეობის აღდგენა, რომელიც იარსებებდა, ნდობა რომ არ წარმოშობილიყო. ნეგატიური ინტერესი გულისხმობს გაწეული ხარჯების ანაზღაურებას, რომლებიც შეიძლება მოიცავდეს სასტუმროს ჯავშანს, მგზავრობის ხარჯების, ადვოკატის ხარჯებს და ა.შ. გარდა ხარჯებისა, ნეგატიური ინტერესი გულისხმობს იმ მდგომარეობის აღდგენას, რომელიც იარსებებდა, ზიანის მიმყენებელ ქმედებას ადგილი რომ არ ჰქონოდა.⁸⁵

რაც შეეხება პოზიტიურ ინტერესს, ეს არის ის შემოსავალი, რომელსაც მხარე მიიღებდა, ხელშეკრულება რომ დადებულიყო და ჯეროვნად შესრულებულიყო.⁸⁶ პოზიტიური ინტერესის მოთხოვნა ქართული დოქტრინით უარყოფილია; ზოგიერთი ავტორის მოსაზრებით, გამონაკლის შემთხვევებში, უნდა იყოს შესაძლებელი პოზიტიური ინტერესის ანაზღაურებაც, იმ შემთხვევაში, თუ დაზარალებული პირი შეძლებს იმის დამტკიცებას, რომ ვალდებულების დარღვევა რომ არა, ის შეძლებდა უფრო ხელსაყრელი ხელშეკრულების დადებას.⁸⁷ თუმცა პოზიტიური ინტერესი არ უკავშირდება სხვა ხელშეკრულებას. სახელშეკრულებო სამართალში პოზიტიურ ინტერესს მოლოდინის ინტერესსაც (expectation interest) უწოდებენ და იგი მოიცავს არამხოლოდ ნდობის ინტერესს, არამედ ყველა ქსელურ, ხელშეკრულებასთან დაკავშირებულ მოგებას, რასაც დაზარალებული მიიღებდა, ხელშეკრულება რომ დადებულიყო ზიანის მიმყენებელ პირთან⁸⁸ და არა სხვა მესამე პირთან. იმ ქვეყნებში, რომლებიც ცნობენ მოლოდინის ინტერესს, ამ მოთხოვნის დაკმაყოფილების შემთხვევაში, მხარე უნდა ჩადგეს ისეთ მდგომარეობაში, როგორშიც ის იქნებოდა, ხელშეკრულება რომ დადებულიყო. ეს არ გულისხმობს ხელშეკრულების დადების ვალდებულებას, უბრალოდ ზიანის ანაზღაურება ორიენტირებულია სამომავლო შედეგების გათვალისწინებაზე, განსხვავებით ნდობის ინტერესისგან.⁸⁹

ნდობის ინტერესი შეიძლება მოიცავდეს არშემდგარი ალტერნატიული გარიგებიდან მიუღებელ შემოსავალსაც. სკ-ის კომენტარებით „ა“ ნერგავს „ბ“-ში გონივრულ მოლოდინს, რომ მათ შორის დაიდება ბინის ნასყიდობის ხელშეკრულება. ამის საფუძველზე, „ბ“ უარს ეუბნება „გ“-ს ამავე ბინის მიყიდვაზე, მაშინ, როცა „გ“ მზად იყო „ბ“-საგან შეეძინა ბინა უფრო მაღალ ფასად. „გ“-სთან დადებული გარიგებიდან „ბ“-ს მოგება (პოზიტიური ინტერესი) ბინის საბაზრო ფასის გათვალისწინებით 10 000 ლარი იქნებოდა. მოულოდნელად „ა“ უარს აცხადებს ხელშეკრულების დადებაზე, რითაც არღვევს 317-ე II, III მუხლის მოთხოვნებს. „ა“ ვალდებულია, აუნაზღაუროს „ბ“-ს 10 000 ლარი მიუღებელი შემოსავლის სახით⁹⁰. პოზიტიურ ინტერესზე კი უნდა ითქვას, რომ

⁸⁵ იხ. დასახ. ნაშრომი, 39-ე სქ., 112.

⁸⁶ ვაშკვიძე, გ., 317-ე მუხლს კომენტარი, 44-45-ე ველები, დასახ. კომენტარები, 29-ე სქ., 49.

⁸⁷ რუსიაშვილი, გ., დარჯანია, თ., მაისურაძე, დ., ზოგადი ვალდებულებითი სამართალი, კაზუსების კრებული, თბილისი, 2020, 21.

⁸⁸ Craswell, R., Against Fuller and Perdue, University of Chicago Law Review, 67(1), 2000, 102.

⁸⁹ Kiršienė, J., Leonova, N., დასახ. ნაშრომი, მე-20 სქ., 229-230.

⁹⁰ ვაშკვიძე, გ., 317-ე მუხლს კომენტარი, 44-45-ე ველები, დასახ. კომენტარები, 29-ე სქ., 49.

მისი ანაზღაურება, ქართული დოქტრინის მიხედვით, გამორიცხულია; მიუხედავად ამისა, კომპენსაციის განსაზღვრის დროს, გათვალისწინებული უნდა იყოს ის გარემოება, თუ რამდენად საბოლოო იყო „გ“-ს მიერ შეთავაზებული ფასი, ხომ არ არსებობდა იმის ალბათობა, რომ ხელშეკრულების ფასს დაეკლო. გარდა ამისა, საზღვარგარეთის პრაქტიკით კომპენსაციის მოცულობა განისაზღვრება სხვა დადებულ ხელშეკრულებასა და „გ“-ს მიერ შეთავაზებულ ფასს შორის სხვაობით. მოცემულ შემთხვევაში, „ბ“-მ ჯერ უნდა დადოს სხვა პირთან ხელშეკრულება და თუ იმ მოგებას ვერ მიიღებს, რომელსაც იგი „გ“-სთან მიიღებდა, მაშინ მას ექნება დანაკლისი მოგების ანაზღაურების მოთხოვნის უფლება.

ზოგიერთი ავტორის მიხედვით, ზემოაღნიშნული მოსაზრება სასამართლო პრაქტიკით უარყოფილია⁹¹ და მსჯელობა გამყარებულია უზენაესი სასამართლოს გადაწყვეტილებით.⁹² ამ საქმეში მხარეთა შორის მიმდინარეობდა მოლაპარაკება სესხის ხელშეკრულების დადებაზე, გაფორმდა იპოთეკის ხელშეკრულება, თუმცა შემდგომში სესხი არ გაიცა და მოსარჩელემ მოითხოვა მიუღებელი ზიანის ანაზღაურება. სასამართლო აღნიშნავს, რომ მიუღებელი შემოსავლის ანაზღაურება დაუშვებელია.⁹³ თუმცა უნდა გავმიჯნოთ ის მიუღებელი შემოსავალი, რომელსაც მხარე ვერ იღებს უშუალოდ ზიანის მიმყენებელ პირთან დაუდებელი ხელშეკრულებიდან და ის მიუღებელი შემოსავალი, რომელსაც მხარე ვერ იღებს ალტერნატიული არშემდგარი ხელშეკრულებიდან. დოქტრინაში გამოთქმული მოსაზრებით, პირველი მათგანი არ არის ანაზღაურებადი და აღნიშნული მოსაზრება სხვა ქვეყნების მიდგომასაც შეესაბამება, თუმცა მიუღებელი შემოსავალი ალტერნატიული არშემდგარი ხელშეკრულებისგან ანაზღაურებადად უნდა მივიჩნიოთ. სასამართლო ამ შემთხვევაში უნდა მსჯელობდეს იმ ქსელურ მიუღებელ შემოსავალზე, რომელსაც მოსარჩელე მიიღებდა, ხელშეკრულება რომ მოპასუხესთან გაფორმებულიყო. ქსელურ მიუღებელ შემოსავალში იგულისხმება ის მოგება, რომელსაც დაზარალებული მიიღებდა, ხელშეკრულება რომ დადებულიყო და ჯეროვნად შესრულებულიყო, როგორც აუცილებელი წინაპირობა, სხვა ხელშეკრულების დასადავად, რომლიდანაც, თავის მხრივ, პირი დამატებით მოგებას მიიღებდა.⁹⁴ ასეთი მიუღებელი შემოსავლის მტკიცება ისედაც რთულია სახელშეკრულებო ჭრილში და ვარაუდის პრინციპს ეფუძნება, წინასახელშეკრულებო ჭრილში, კი მითუმეტეს, მოლოდინზე ორიენტირებული ზიანის ანაზღაურება დაუშვებელია.

გარდა ამისა, სასამართლო აღნიშნავს, რომ, 317-ე მუხლით, წარმოიშობა მხოლოდ ხელშეკრულების დადების ვალდებულება,⁹⁵ თუმცა ეს გადაწყვეტილება 2003 წლის არის, ამას არც ქართული დოქტრინა არ ეთანხმება და უცხოური მიდგომებიც განსხვავებულია, ამიტომაც, უნდა ვივარაუდოთ, რომ ხელშეკრულების დადების მოთხოვნა მხარეს არ უნდა გააჩნდეს არც ქართული სამართლით. შედარებით ახალი პრაქტიკით, უზენაესმა სასამართლომ დაადგინა, რომ ლოიალობის ვალდებულების დარღვევის დროსაც კი, დაუშვებელია ხელშეკრულების დადების მოთხოვნა. თუნდაც გარიგება თავდაპირველად ფორმა დაუცველად დაიდოს, მხარეს მაინც არ აქვს მოითხოვოს ნამდვილი ხელშეკრულების დადება, მას მხოლოდ გაწეული ხარჯების ანაზღაურების მოთხოვნის უფლება აქვს.⁹⁶

⁹¹ *მელაძე, გ.*, დასახ. ნაშრომი, 25-ე სქ., 42.

⁹² საქართველოს უზენაესი სასამართლოს 2003 წლის 21 მარტის გადაწყვეტილება საქმეზე №3კ-1156-02.

⁹³ *ნაჭყებია, ა.*, სამოქალაქო სამართლებრივი ნორმების განმარტებები უზენაესი სასამართლოს პრაქტიკაში, 2014, 118. ხელმისაწვდომია ვებგვერდზე <http://www.library.court.ge/upload/aleko_nachkhebia_final.pdf> [16.06.2020].

⁹⁴ *Stone, R., Devenney, J.*, Modern Law of Contract, Routledge, London, 2017, 475.

⁹⁵ *ნაჭყებია, ა.*, დასახ. ნაშრომი, 93-ე სქ., 118.

⁹⁶ *მესხიშვილი, ქ.*, დასახ. ნაშრომი, 35-ე სქ., 122-123.

ხარჯების ანაზღაურების მოცულობის თაობაზე უნდა ითქვას, რომ, თუნდაც ხარჯები ხელშეკრულების მიზანს არ ემსახურებოდეს, დასაშვებია მათი ანაზღაურება, თუ მათი გაწევა ხელშეკრულების მომზადების ეტაპზე კეთილსინდისიერების პრინციპიდან გამომდინარეობს. მაგალითად, პირს ჰგონია, რომ მეზობელი მას მიწას მიჰყიდის, ამიტომაც, მისივე ნებართვით, ანგრევს ძველ ღობეს და ახლის აშენებას იწყებს. თუმცა, შემდგომში, მეზობელი გადაიფიქრებს ხელშეკრულების დადებას. ამ შემთხვევაში ხარჯები კეთილსინდისიერების პრინციპიდან გამომდინარეობს, ამიტომაც პოტენციურ მყიდველს აქვს აშენების ხარჯების ანაზღაურების უფლება.⁹⁷

2. ანაზღაურების მოცულობა უცხოური პრაქტიკით

რადგანაც საქართველოში არსებობს სამართლებრივი გაურკვეველობა, თუ რა მოცულობით უნდა ანაზღაურდეს ზიანი წინასახელშეკრულებო ურთიერთობებში, საჭიროა გავცნოთ უცხოურ უნიფიცირებული ნორმებსა და სხვადასხვა ქვეყნების მიდგომებს.

2.1 UNIDROIT-ის პრინციპები და „დაკარგული შესაძლებლობის“ ანაზღაურება

UNIDROIT-ის პრინციპებით გათვალისწინებულია ე.წ. „დაკარგული შესაძლებლობის“ ანაზღაურების (lost opportunities) მოთხოვნა. იგი გამოითვლება ამჟამინდელ დადებულ ხელშეკრულებისა და აქამდე სხვა მესამე პირთან დაუდებელი ხელშეკრულების ფასის სხვაობით. კომენტარებში მოცემული მაგალითის მიხედვით, თუ მხარე მეორე მხარესთან წამოიწყებს მოლაპარაკებებს ხელშეკრულების დადების რეალური განზრახვის გარეშე, მხოლოდ ზიანის მიყენების მიზნით, ან იმის გამო, რომ სხვა მესამე პირთან არ გაფორმდეს ხელშეკრულება, მაშინ მას მოუწევს ზიანის ანაზღაურება. თუ დაზარალებულ მხარეს ამის გამო, შემდგომში, გაცილებით ნაკლებ ფასად მოუწევს ხელშეკრულების დადება, ანაზღაურება გამოითვლება მესამე მხარის მიერ შეთავაზებულ ფასსა და ახალი ხელშეკრულების ფასის სხვაობით,⁹⁸ თუ, რა თქმა უნდა, ახალი ხელშეკრულებიდან დაზარალებული მხარე ნაკლებ მოგებას იღებს.

ლიეტუვას უზენაესმა სასამართლომ საქმეზე UAB Vingio kino teatras v. UAB Eika, UNIDROIT-ის პრინციპებზე დაყრდნობით, ანაზღაურების მოცულობასთან დაკავშირებით, გააკეთა მნიშვნელოვანი განმარტება. მოცემულ საქმეში, მოპასუხე იმყოფებოდა სახელშეკრულებო მოლაპარაკებებში მოსარჩელესთან შენობის აშენების თაობაზე. მათ შორის შედგა წინასწარი შეთანხმება, რომლის მიხედვითაც, შენობის აშენება 85,000 ლიტვურ ლიტად უნდა მომხდარიყო. მოპასუხეს უკეთესი პირობები შესთავაზეს და ხელშეკრულება სხვასთან გააფორმა. მომდევნო 3 თვის პერიოდის განმავლობაში კი შენობების ფასი მკვეთრად გაიზარდა, რაც დადასტურებული ფაქტი იყო. მოსარჩელე ითხოვდა 75,000 ლიტვურ ლიტას, რადგანაც ხელშეკრულება მასთან რომ გაფორმებულიყო, აშენებული შენობის გაყიდვას 160,000 ლიტვურ ლიტად შეძლებდა. პირველი ინსტანციის სასამართლომ მოთხოვნა დააკმაყოფილა სრულად, თუმცა სააპელაციო და საკასაციო სასამართლომ ამ გადაწყვეტილებას მხარი არ დაუჭირა. აღსანიშნავია ის, რომ მოპასუხემ მოსარჩელეს შესთავაზა სხვა ალტერნატიული შენობა იმავე ფასად, თუმცა მოსარჩელემ უარი განაცხადა. სწორედ ამ მიზეზით არ დააკმაყოფილეს მოთხოვნა ზემდგომი ინსტანციის სასამართლოებმა. მათ მიიჩნიეს, რომ ზარალი მოსარჩელის ბრალითაც იყო გამოწვეული. მან ყველა ზომა არ მიიღო, რომ თავიდან აეცილებინა ზიანი. ალტერნატიული შეთავაზება მოსარჩელისათვის არსებითი პირობების შემცველი არ იყო, ამიტომაც სასამართლომ მოპასუხეს მხოლოდ 15,430

⁹⁷ იქვე, 122.

⁹⁸ Unidroit Principles of International Commercial Contracts, UNIDROIT, Rome, 2016, 60-61.

ლიტვური ლიტას გადახდა დააკისრა. თანხა გამოანგარიშდა შემდეგნაირად: მოპასუხემ თავდაპირველად შეთავაზებული შენობა 100,430 ლიტად გაყიდა. მოსარჩელე კი ამ შენობის 85,000 ლიტად ყიდვით და იმავე ფასად (100,430 ლიტად) გაყიდვით მხოლოდ 15,430 ლიტის მოგებას ანუ ე.წ. „გაშვებულ შესაძლებლობას“ ნახავდა.⁹⁹ ლიტვის სასამართლო პოზიციით, ანაზღაურების რაოდენობა უნდა იყოს განსაზღვრული, რეალურ, დამტკიცებულ შემოსავალზე და არა - მოსალოდნელზე.¹⁰⁰ ამგვარად, ანაზღაურების მოცულობის განსაზღვრისას, გარდა ზიანის მიმყენებელი პირის ქმედებისა, სასამართლომ უნდა გაითვალისწინოს ის, თუ რამდენად ეცადა დაზარალებული თავიდან აერიდებინა ზიანი და გამოწვეული იყო თუ არა ზიანის მოცულობა სხვა ეკონომიკური ფაქტორებითაც.

UNIDROIT-ის პრინციპები შეიცავს საგამონაკლისო წესებს პოზიტიურ ინტერესთან მიმართებით. ოფიციალურ კომენტარში წერია, რომ თუ მხარეები უშუალოდ ხელშეკრულებით შეთანხმდნენ მოლაპარაკების კეთილსინდისიერად წარმოებაზე, მაშინ ვალდებულების შესრულების მოთხოვნაც პოზიტიური ანუ მოლოდინის ინტერესის მოთხოვნაც შესაძლებელი იქნება.¹⁰¹

2.2 PECL-ისა და DCFR-ის წესები

PECL-ით პირდაპირ არ არის დაწესებული ანაზღაურების მოცულობა, თუმცა კომენტარებში ვკითხულობთ, რომ საუბარია მხოლოდ ნდობის ინტერესზე, ხოლო მოლოდინის ინტერესის მოთხოვნა გამორიცხულია.¹⁰² PECL-ის ზოგადი წესის მიხედვით, კომპენსაციის რაოდენობა ისე უნდა განისაზღვროს, რომ დაზარალებული მხარე თითქმის ისეთივე მდგომარეობაში ჩადგეს, როგორც ის იქნებოდა, ხელშეკრულება რომ ჯეროვნად შესრულებულიყო. ეს მოიცავს ზარალს, რომელიც დაზარალებულმა მხარემ განიცადა და შემოსავალს, რომელიც მან ვერ მიიღო.¹⁰³ მიუხედავად ამისა, PECL-ის კომენტარის მიხედვით, ეს ზოგადი დანაწესია და წინასახელშეკრულებო ურთიერთობებზე არ ვრცელდება,¹⁰⁴ ამიტომაც მოლოდინის ინტერესი არც PECL-ით არ არის ანაზღაურებადი.

არც DCFR-ი შეიცავს ანაზღაურების მოცულობის შესახებ ინფორმაციას, თუმცა, გაბატონებული მოსაზრებით, ითვლება, რომ ანაზღაურებადია ნდობის ინტერესი.¹⁰⁵ აღსანიშნავია ისიც, რომ კონფიდენციალური ინფორმაციის მოპოვების შემთხვევაში, DCFR-ი პირდაპირ ითვალისწინებს მისი გამოყენების აკრძალვას სასამართლო გზით.¹⁰⁶

2.3 ანაზღაურების მოცულობა გერმანიაში

გსკ-ის 311-ე პარაგრაფით, რომელიც წინასახელშეკრულებო ურთიერთობებში მხარეებს ვალდებულებებს აკისრებს, არ არის განსაზღვრული ზიანის ანაზღაურების მოცულობა.¹⁰⁷ ზიანი ანაზღაურდება 249-ე პარაგრაფზე მითითებით, რომლის მიხედვით, მხარემ უნდა აღადგინოს ის მდგომარეობა, რომელიც იარსებებდა, ზიანის მიმყენებელ

⁹⁹ UAB Vingio kino teatras v. UAB Eika, ხელმისაწვდომია ვებგვერდზე <<https://eteismai.lt/byla/173765238068221/3K-3-199/2007>>. [16.06.2020].

¹⁰⁰ *Kiršienė J., Leonova N.*, დასახ. ნაშრომი, მე-20 სქ., 238.

¹⁰¹ იხ. დასახ. წყარო, 98-ე სქ., 61.

¹⁰² *Busch, D., Hondius, E., Van Kooten, H. J., Schrama, W. M., Schelhaas, H. N.*, The Principles of European Contract Law and Dutch Law: A Commentary (Perspectives on Company Law), Kluwer Law International, New York, 2002, 130.

¹⁰³ PECL-ის 9:502-ე მუხლი.

¹⁰⁴ *Braut Filipović, M., Tomulić Vehovec, M.*, დასახ. ნაშრომი, 63-ე სქ., 18-19.

¹⁰⁵ იქვე, 22.

¹⁰⁶ DCFR-ის 3:302/3-ე მუხლი.

¹⁰⁷ *კროკპოლერი ი.*, დასახ. კომენტარი, 45-ე სქ., 197.

ქმედებას რომ არ ჰქონოდა ადგილი. ეს ჩანაწერი გულისხმობს ნეგატიური (ნდობის) ინტერესის, ანუ ხარჯების ანაზღაურების შესაძლებლობას,¹⁰⁸ თუმცა, გარდა ხარჯებისა, სასამართლო პრაქტიკით აღიარებულია, რომ თუ დაზარალებული მხარე დაამტკიცებს, რომ იგი შეძლებდა სხვა ხელშეკრულების დადებას, ანაზღაურება, გარდა ხარჯებისა, შეიძლება მოიცავდეს სხვა დაუდებელი ხელშეკრულებიდან მოგებასაც.¹⁰⁹ როგორც უკვე ითქვა, წინასახელშეკრულებო ბრალის ინსტიტუტის განვითარებაზე უმთავრესი წვლილი სასამართლო პრაქტიკამ შეიტანა, ამიტომაც, მიუხედავად იმისა, რომ გსკ-ით კონკრეტული ანაზღაურების მოცულობა განსაზღვრული არ არის, გაურკვეველობა არ წარმოიშობა, რადგანაც სასამართლო პრაქტიკით ყველაფერი გარკვეულია.

თეორიაში საკითხის უკეთ განსახილველად მოცემულია მაგალითი: „ა“ იგებს, რომ „გ“ აპირებს „ბ“-ს წიგნების მაღაზია იყიდოს 1,2 მილიონ ევროდ. მაღაზია „ა“-ს მაღაზიის მახლობლადაა და „ა“-ს კონკურენციის ეშინია. ამიტომაც იგი მოლაპარაკებებში შედის „ბ“-სთან და სთავაზობს უფრო მაღალ ფასს, 1.5 მილიონ ევროს. „ბ“ ამის გამო „გ“-სთან წყვეტს მოლაპარაკებებს. ამის შემდეგ „ა“ გადის მოლაპარაკებიდან. „ბ“-ს საბოლოოდ უწევს გაცილებით ნაკლებ ფასად, 1 მილიონ ევროდ დადოს გარიგება სხვა მესამე პირთან.¹¹⁰ მოცემულ შემთხვევაში ანაზღაურდება ნდობის ინტერესი, რომელიც მესამე პირთან დაუდებელი ხელშეკრულების ფასისა და ახალი ხელშეკრულების ფასის სხვაობით გამოითვლება და იგი 0.2 მილიონ ევროს უდრის.¹¹¹ თუმცა, რა თქმა უნდა, შესაძლოა, გასათვალისწინებელი იყოს სხვა ეკონომიკური ფაქტორებიც და ასევე იმის ალბათობაც, ნამდვილად დაიდებოდა თუ არა „გ“-სთან ხელშეკრულება თავდაპირველად შეთავაზებულ ფასად.

ისევე, როგორც გერმანიაში, ფრანგული სამართლითაც დაუშვებელია ხელშეკრულების დადების მოთხოვნა ან პოზიტიური ინტერესის მოთხოვნა. თუმცა, დაზარალებული უნდა აღმოჩნდეს ისეთივე მდგომარეობაში, როგორშიც ის იქნებოდა, არამართლობიერ ქმედებას რომ არ ჰქონოდა ადგილი.¹¹² ინგლისში კი, ნდობის ინტერესის ანაზღაურებისთვის, მოსარჩელემ უნდა ამტკიცოს, რომ ზიანის მიმყენებელი ქმედების შემდეგ მან მიიღო ყველა შესაძლო ზომა, რომ აერიდებინა ეკონომიკური დანაკარგები.¹¹³

გერმანიაში ხელშეკრულების დადების მოთხოვნის უფლება გამორიცხულია მაშინაც, როცა მხარეები დებენ ფორმა დაუცველ გარიგებას. ნამდვილი გარიგების დადების მოთხოვნის უფლება შეიძლება, არსებობდეს ერთადერთ გამონაკლის შემთხვევაში, როდესაც დაზარალებულისათვის დგება „აბსოლუტურად აუტანელი შედეგი“ და მისი ეკონომიკური მდგომარეობა მკვეთრად უარესდება.¹¹⁴

სხვა შემთხვევაში, თუ მოთხოვნა მხოლოდ ხარჯების გაწევის ანაზღაურებას ეხება, უნდა კმაყოფილდებოდეს სამი წინაპირობა: ბრალეული მხარე მეორე მონაწილეს უნდა აჯერებდეს, რომ ხელშეკრულება აუცილებლად დაიდება; ხარჯები პოტენციური ხელშეკრულების დასადებად უნდა იყოს გაწეული და მხარე მოლაპარაკებებს უნდა წყვეტდეს საპატიო მიზეზის გამო.¹¹⁵

¹⁰⁸ იქვე, 121.

¹⁰⁹ Principles of European Contract Law (Parts I and II), *Lando, O., Beale, H. Eds.*, The Commission on European Contract Law, Kluwer Law International, The Hague, 2000, 251; ასევე იხ. გერმანიის სასამართლო გადაწყვეტილება, BGH 2 March 1988, NJW 1988, 2236.

¹¹⁰ *Cartwright, J., & Hesselink, M. Eds.*, დასახ. ნაშრომი, 39-ე სქ. 21.

¹¹¹ იქვე, 37.

¹¹² იქვე, 31.

¹¹³ იქვე, 24.

¹¹⁴ იქვე, 318.

¹¹⁵ *Markesinis, B., Unberath, H., Johnston, A. C.*, დასახ. ნაშრომი 37-ე სქ., 100.

2.4 პოზიტიური ინტერესის ანაზღაურება, როგორც გამონაკლისი ნიდერლანდების სამართალში

ქვეყნების უმრავლესობა გამორიცხავს პოზიტიური ინტერესის ანაზღაურებას ან ხელშეკრულების დადების მოთხოვნას. გამონაკლისი ნიდერლანდების სამართალია. ნიდერლანდების უზენაესმა სასამართლომ საქმეზე *Plas v. Valburg* გამოტანილი გადაწყვეტილებით განავითარა სპეციალური დოქტრინა.

ნიდერლანდები მოლაპარაკებების სამ ეტაპს განასხვავებს, თითოეულ ეტაპზე მოლაპარაკების შეწყვეტისათვის განსხვავებული პასუხისმგებლობაა დაწესებული. პირველ ეტაპზე, მოლაპარაკების მონაწილეებს აქვთ უფლება, შეწყვიტონ მოლაპარაკებები ყოველგვარი პასუხისმგებლობის გარეშე. მეორე ეტაპზე, მოლაპარაკების შეწყვეტა ჯერ კიდევ დასაშვებია, თუმცა მხარეს, რომელიც წყვეტს მოლაპარაკებას, ეკისრება მეორე მხარისათვის გაწეული ხარჯების ანაზღაურების ვალდებულება. რაც შეეხება მესამე ეტაპს, ამ ეტაპზე მოლაპარაკებების შეწყვეტა ითვლება კეთილსინდისიერების საწინააღმდეგო ქმედებად და წარმოიშვება არამხოლოდ ხარჯების, არამედ პოზიტიური ანუ მოლოდინის ინტერესის ანაზღაურების ვალდებულებაც. მეორე ეტაპზე მოლაპარაკებების შეწყვეტისათვის კი ანაზღაურდება ნდობის ინტერესი, რაც, გარდა ხარჯებისა, მოიაზრებს ე.წ. „გაშვებულ შესაძლებლობებსაც“, რაც მოიცავს იმ დანაკარგს, რომელიც მხარემ განიცადა იმის გამო, რომ სხვა კონტრაქტთან ხელშეკრულების დადების შანსი ხელიდან გაუშვა. გარდა ამისა, არსებობს შესაძლებლობაც, რომ სასამართლომ მხარე დაავალდებულოს, გააგრძელოს მოლაპარაკებები.¹¹⁶

პირველ ეტაპად მხარეთა მიერ ერთმანეთის პირველადი, წინასწარი გამოკითხვა ითვლება.¹¹⁷ ეს არის მხარეების მიერ ხელშეკრულების საგნისა და ფასის შესახებ კითხვები. მაგალითად, უძრავ ქონების ყიდვასთან დაკავშირებული მოლაპარაკებების დროს გამოკითხვად მიიჩნევა კითხვარების შევსებაც, რაც შეიძლება, შეეხებოდეს უძრავ ქონებასთან დაკავშირებულ შესაძლო დავებს, გამიჯვნას, წყლისა და გაზის გაყვანილობას და ა.შ.¹¹⁸ მეორე ეტაპად სუბსტანციური მოლაპარაკების ფაზა ითვლება.¹¹⁹ ნიდერლანდების უზენაესმა სასამართლომ მეორე ეტაპისთვის დამახასიათებელი ნიშნები უფრო მკაფიოდ სახელმწიფო შესყიდვების საქმეებზე დაადგინა, რომელიც, ანალოგიით, ვრცელდება კერძოსამართლებრივ წინასახელშეკრულებო ურთიერთობებზეც. ერთ-ერთ საქმეში, დავა შეეხებოდა ტენდერს. კომპანიამ სახელმწიფოს წარუდგინა შეთავაზება და სამუშაოს დიზაინი, თუმცა სხვა კომპანიის მიერ შეთავაზებული ფასი გაცილებით ნაკლები იყო, ამიტომაც სახელმწიფომ პირველ კომპანიას უარი უთხრა, თუმცა მის მიერ შეთავაზებული დიზაინი გამოიყენა. სასამართლომ დაადგინა, რომ სიტუაცია შეესაბამებოდა მოლაპარაკების მეორე ეტაპს, რადგანაც კომპანიის მიერ იყო გაწეული ისეთი სამუშაო, რომელიც შესრულების ნაწილად ითვლებოდა და სახელმწიფოს მასზე დაყრდნობით უნდა მიეღო ხელშეკრულების დადების გადაწყვეტილება.¹²⁰ როგორც ჩანს, სასამართლო მეორე ეტაპად თვლის იმ შემთხვევებს, როდესაც პოტენციური ხელშეკრულებით გათვალისწინებული სამუშაოს ნაწილი სრულდება მოლაპარაკების მონაწილის მიერ, ან სამუშაო სრულდება ხელშეკრულების დადების მიზნით. მიუხედავად ამისა, შესრულება მაინც არ არის საკმარისი მესამე ეტაპად კვალიფიკაციისთვის. ამავე საქმეზე სასამართლომ დაადგინა, რომ რადგანაც კონკურენტ

¹¹⁶ *Busch, D., Hondius, E., Van Kooten, H. J., Schrama, W. M., Schelhaas H. N.*, დასახ. ნაშრომი, 102-ე სქ., 130-131.

¹¹⁷ *Hogg, M.*, *Promises and Contract Law: Comparative Perspectives*, Cambridge: Cambridge University Press, 2011, 194.

¹¹⁸ *Abbey, R., Richards, M.*, *Property Law 2019-2020 (Legal Practice Course Manuals) 12th Edition*, Oxford University Press, 2019, 65-66.

¹¹⁹ *Hogg, M.*, დასახ. ნაშრომი, 117-ე სქ., 194.

¹²⁰ *Schebesta, H.*, *Damages in EU Public Procurement Law*, Springer International Publishing, 2016, 80.

კომპანიას 30%-ით ნაკლებ ფასად ჰქონდა შეთავაზება წარდგენილი, მოსარჩელე კომპანიას ვერ ექნებოდა ლეგიტიმური მოლოდინი, რომ ხელშეკრულება მასთან დაიდებოდა. სასამართლომ გაითვალისწინა ის გარემოებაც, რომ თუნდაც მოსარჩელეს ჰქონოდა შესაძლებლობა, რომ შეეცვალა შეთავაზების ფასი, საკმარისად მაინც არ დაწევდა ფასს, რომ მეორე კომპანიის მიერ შეთავაზებულ ფასს გათანაბრებოდა.¹²¹ როგორც ჩანს, მესამე ეტაპად კვალიფიკაცია ლეგიტიმურ მოლოდინს უკავშირდება, მისთვის კი არ არის საკმარისი სამუშაოს ნაწილის შესრულება, არამედ მხარე უნდა ითვალისწინებდეს მეორე მხარის მიერ ხელშეკრულებისთვის გათვალისწინებულ ბიუჯეტსაც. მესამე ეტაპად კვალიფიკაციისთვის საჭიროა, რომ მოლაპარაკებები დასასრულს უახლოვდებოდეს და ხელშეკრულების წერილობით გაფორმება უბრალო ფორმალაობა იყოს.¹²² ამგვარად, მესამე ეტაპად კვალიფიკაციისთვის უნდა არსებობდეს წინასწარი სამუშაოს შესრულება და პირობათა უმრავლესობაზე შეთანხმება, დარჩენილი უნდა იყოს მხოლოდ ტექნიკური საკითხების მოგვარება და ფორმალური პროცედურების დაცვა.

IV. ანაზღაურების მექანიზმები

1. წინასახელშეკრულებო ურთიერთობებში მიყენებული წმინდა ეკონომიკური ზიანის ანაზღაურების მექანიზმი საქართველოში

ნდობის ინტერესი პრაქტიკულად ანაზღაურებადი იყოს, დაუდგენელია, ხომ არ არსებობს მოთხოვნის მსგავს დამფუძნებელ ნორმებს შორის კონკურენცია. გაბატონებული შეხედულებით¹²³, უნდა გამოიყენებოდეს სკ-ის 317-ე და 394-ე მუხლები, თუმცა, რადგანაც 317-ე მუხლი მხოლოდ ხარჯზე აკეთებს აქცენტს, გასარკვევია, ხომ არ არსებობს თეორიული შესაძლებლობა იმისა, რომ ზიანი დელიქტური ნორმებითაც ანაზღაურდეს, მითუმეტეს, რომ ზოგიერთ ქვეყანაში (მაგალითად, ავსტრიაში)¹²⁴ არსებობს მოთხოვნის საფუძველთა კონკურენცია.

ზიანი ანაზღაურდება 316-ე მუხლის მე-2 ნაწილზე, 317-ე მუხლსა და 394-ე მუხლზე მითითებით, თუმცა, თუ ანაზღაურების მექანიზმი არის მოცემულ ნორმათა ერთობლიობა, გაურკვეველია, 317-ე მუხლი მხოლოდ ხარჯებზე რატომ აკეთებს მითითებას, როცა შეიძლებოდა, რომ არც ხარჯებზე მიეთითებინა.

სკ-ის 992-ე მუხლის მიხედვით, პირი, რომელიც სხვა პირს მართლსაწინააღმდეგო, განზრახი ან გაუფრთხილებელი მოქმედებით მიაყენებს ზიანს, ვალდებულია, აუნაზღაუროს მას ეს ზიანი. ეს ფორმულირება ისეთი ზოგადია, რომ ერთი შეხედვით, შეიძლება გამოითქვას ვარაუდი, რომ წინასახელშეკრულებო ეტაპზე მიყენებული წმინდა ეკონომიკური ზიანის ანაზღაურება ამ ნორმითაც დასაშვებია. ეს ვარაუდი იქიდანაც გამომდინარეობს, რომ დელიქტსა და წინასახელშეკრულებო ურთიერთობას შორის სასამართლო პრაქტიკა მხოლოდ ერთ განმასხვავებელ ნიშანს პოულობს, წინასახელშეკრულებო ბრალი მხოლოდ მოლაპარაკების მონაწილეს შეიძლება მიუძღოდეს, დელიქტი კი აბსოლუტური და არა პერსონალური კატეგორიაა და მისი სუბიექტი შეიძლება ნებისმიერი იყოს. მიუხედავად ამისა, გაბატონებული შეხედულებით, 992-ე მუხლის გამოყენება მაშინ არის შესაძლებელი, როდესაც ზიანი უკავშირდება დამცავი ნორმების დარღვევას.¹²⁵ ივარაუდება, რომ 992-ე მუხლი ან საფრანგეთის სამოქალაქო კოდექსის ძველი რედაქციიდან არის ამოღებული, ან შვეიცარიის

¹²¹ იქვე.

¹²² *Schwenzer, I., Hachem, P., Kee, C.*, Global Sales and Contract Law, Oxford University Press, Oxford, 2012, 286.

¹²³ *მესხიშვილი, ქ.*, დასახ. ნაშრომი, 35-ე სქ., 121.

¹²⁴ იხ. დასახ. ნაშრომი, 39-ე სქ., 21-22.

¹²⁵ *მელაძე, გ.*, დასახ. ნაშრომი, 25-ე სქ., 41-42.

ვალდებულებითი სამართლის ნორმებიდან. კანონმდებელს არ დაუტოვებია რაიმე განმარტებითი ბარათი, არაფერი მეტყველებს იმაზე, რომ წყაროს სწორედ ფრანგული მოდელი წარმოადგენს.¹²⁶ დღესდღეობით, დოქტრინაში ითვლება, რომ ქართული დელიქტური გენერალური დათქმა შვეიცარული დელიქტური ნორმის ანალოგია, ამიტომაც 992-ე მუხლის მართლწინააღმდეგობის კონტექსტში უნდა იყოს განხილული აბსოლუტური სიკეთეების ხელყოფა და დამცავი ნორმების დარღვევა.¹²⁷ დამცავი ნორმის ცნების ქვეშ კი მოიაზრება კანონის დანაწესი, რომელიც პირს იცავს კონკრეტული ტიპის ხელყოფისგან (მაგალითად, თაღლითობა). ლიტერატურაში კი სკ-ის 316-ე მუხლის მე-2 ნაწილი და 317-ე მუხლი დამცავ ნორმებად არ მიიჩნევა, რადგანაც მათ ზოგადი ხასიათი აქვს და არ ითვალისწინებენ კონკრეტული შემადგენლობას.¹²⁸ ამიტომაც, წინასახელშეკრულებო ურთიერთობებში მიყენებული წმინდა ეკონომიკური ზიანის ანაზღაურება 992-ე მუხლით არ უნდა იყოს შესაძლებელი.

რაც შეეხება 394-ე მუხლს, იგი განასხვავებს შესრულების პარალელურად და შესრულების ნაცვლად ზიანის ანაზღაურების ინსტიტუტებს,¹²⁹ გარდა ხელშეკრულებიდან გამომდინარე ვალდებულებებისა, იგი ნებისმიერ სხვა ვალდებულებებზეც ვრცელდება. დოქტრინაში გამოთქმული მოსაზრებით, იგი, ასევე ვრცელდება წინასახელშეკრულებო ვალდებულებაზე. ამის გამო კი, დასაშვებია, რომ 317-ე და 394-ე მუხლებით ანაზღაურდეს ხარჯები და ასევე მიუღებელი შემოსავალი ალტერნატიული არშემდგარი გარიგებიდან.

ანაზღაურების მექანიზმის მნიშვნელობა იმაში გამოიხატება, რომ დელიქტურ სამართალში მტკიცების ტვირთი კრედიტორს აწევს, სახელშეკრულებო სამართალში კი - მოვალეს.¹³⁰ თუ მივიჩნევდით, რომ წინასახელშეკრულებო ურთიერთობებიდან წარმოშობილი წმინდა ეკონომიკური ზიანი დელიქტური ნორმებით უნდა ანაზღაურდეს, მოსარჩელეს ზედმეტად მკაცრი მტკიცების ტვირთი დაეკისრებოდა. გარდა მტკიცების ტვირთისა, სახელშეკრულებო და დელიქტურ ნორმებს შორის განსხვავებაა ხანდაზმულობის ვადებში,¹³¹ კვალიფიკაციას მნიშვნელობა აქვს საერთაშორისო კერძოსამართლებრივი ხელშეკრულებისთვის გამოსაყენებელი სამართლის დადგენისთვისაც.¹³² ამიტომაც, 394-ე მუხლით ანაზღაურება მაინც ყველაზე მისაღები ვარიანტი უნდა იყოს.

¹²⁶ *რუსიაშვილი, გ.*, დასახ. ნაშრომი, მე-9 სქ., 3-4.

¹²⁷ *მელაძე, გ.*, დასახ. ნაშრომი, 25-ე სქ., 45.

¹²⁸ იქვე, 42.

¹²⁹ *ვაშაკიძე, გ.*, 394-ე მუხლს კომენტარი, 1-ლი ველი, დასახ. კომენტარები, 29-ე სქ., 582.

¹³⁰ იქვე, 28-ე ველი, 590-591.

¹³¹ თუ სახელშეკრულებო მოთხოვნა უძრავ ნივთთან არის დაკავშირებული, ხანდაზმულობის ვადა 6 წელს შეადგენს, ხოლო დელიქტური მოთხოვნის ხანდაზმულობის ვადა ყოველთვის 3 წელია. იხ. სკ-ის 129-ე და 1008-ე მუხლები; წინასახელშეკრულებო ბრალიდან გამომდინარე მოთხოვნებზე ვრცელდება სახელშეკრულებო მოთხოვნათა ზოგადი ვადები. იხ. *ვაშაკიძე, გ.*, 317-ე მუხლს კომენტარი, 49-ე, 50-ე ველები, დასახ. კომენტარები, 29-ე სქ.; ამ შემთხვევაში მოთხოვნებისათვის გამოიყენება იმ ხელშეკრულების ხანდაზმულობის ვადები, რომელიც უნდა დადებულიყო; იხ. *მესხიშვილი, ქ.*, წინასახელშეკრულებო ურთიერთობა, წინარე ხელშეკრულება, ბე (შედარებითსამართლებრივი ანალიზი), ქართული ბიზნეს სამართლის მიმოხილვა, ბიზნეს სამართლის ეროვნული ცენტრი, VI, 2017, 32. ამგვარად, თუ წინასახელშეკრულებო ურთიერთობა გამიზნულია უძრავ ქონებაზე ხელშეკრულების დასადავად, ხანდაზმულობის ვადა 6 წელი იქნება, განსხვავებით დელიქტურ ჭრილში მოცემული ხანდაზმულობის ვადისგან.

¹³² თუ ურთიერთობა სახელშეკრულებოდ დაკვალიფიცირდება, მაშინ გამოიყენება იმ ქვეყნის სამართალი, რომელშიც დამახასიათებელი სახელშეკრულებო ვალდებულების შემსრულებელს ჰქონდა ჩვეულებრივი ადგილსამყოფელი ან რეზიდენცია, ხოლო დელიქტად კვალიფიკაციის შემთხვევაში გამოიყენება იმ ქვეყნის სამართალი, სადაც ზიანის მიმყენებელ ქმედებას ჰქონდა ადგილი ან ზიანი მიადგა დაცულ ინტერესს. შესაძლოა, ამდენად, აქაც კვალიფიკაცია განსაზღვრავს მეტად მნიშვნელოვან საკითხს - მატერიალურსამართლებრივ რეჟიმს საბოლოო შედეგის მისაღებად. იხ. საქართველოს 1998 წლის №1362

2. ანაზღაურების რეჟიმები და მექანიზმები საზღვარგარეთ

იმის დადასტურების მიზნით, თუ რომელი ნორმების გამოყენებაა შესაძლებელი და უფრო მიზანშეწონილი - დელიქტური თუ სახელშეკრულებოსი და რა განსხვავებაა მათ შორის, სასურველია უცხოური პრაქტიკის განხილვა.

წინასახელშეკრულებო ურთიერთობიდან გამომდინარე, ზიანის ანაზღაურების დამფუძნებელი ნორმები სხვადასხვა ქვეყანაში განსხვავებულია. თვით ევროპული კავშირის წევრ ქვეყნებშიც კი შეინიშნება განსხვავებები.¹³³ ქვეყნებს საერთო ის აქვთ, რომ ისინი, ძირითადად, აღიარებენ ამ კონცეფციას, თუმცა პასუხისმგებლობის დაკისრება სხვადასხვა ნორმებით ხდება. იმ ქვეყნებში, რომლებიც წინასახელშეკრულებო ურთიერთობას დელიქტური რეჟიმი არეგულირებენ, წინასახელშეკრულებო ურთიერთობის მომწესრიგებელი ნორმები ცალკე არ არსებობს. პასუხისმგებლობის წარმოშობა უკავშირდება უშუალოდ, ზოგადი, ზრუნვის ვალდებულების ნორმის დარღვევას და სხვისთვის ზიანის მიყენების აკრძალვას.¹³⁴ წმინდა ეკონომიკური ზიანის ანაზღაურების შესაძლებლობის კუთხით, პირობითად თეორიაში რამდენიმე რეჟიმს გამოარჩევენ.

2.1 ლიბერალური რეჟიმი და საფრანგეთი

ლიბერალური რეჟიმის ქვეყნებში მოიაზრება ის ქვეყნები, რომლებიც, სულ მცირე, პირდაპირ არ გამორიცხავენ წმინდა ეკონომიკური ზიანის ანაზღაურების შესაძლებლობას.¹³⁵ წმინდა ეკონომიკური ზიანის ანაზღაურება შესაძლებელია იმდენად, რამდენადაც მოთხოვნის დამფუძნებელი ნორმა არ მოიცავს დაცული სამართლებრივი სიკეთების სრულ ჩამონათვალს (*numerus clausus*). ლიბერალური რეჟიმის ქვეყნებში წმინდა ეკონომიკური ზიანის ანაზღაურება ხდება დელიქტური და არა სახელშეკრულებო ნორმების საფუძველზე.¹³⁶

საფრანგეთი ლიბერალური რეჟიმის მქონე ქვეყნებს მიეკუთვნება. საფრანგეთის სამოქალაქო კოდექსში ვკითხულობთ, რომ ნებისმიერი ქმედება, რაც ზიანს აყენებს სხვას, წარმოშობს ზიანის ანაზღაურების მოთხოვნის უფლებას. როგორც ჩანს, დაცულ სიკეთეთა ამომწურავი ჩამონათვალი ამ ნორმით მოცემული არ არის, რაც უშვებს წმინდა ეკონომიკური ზიანის ანაზღაურების შესაძლებლობას. პასუხისმგებლობა განსაზღვრულია როგორც განზრახი, ასევე გაუფრთხილებელი ქმედებისთვის.¹³⁷ წინასახელშეკრულებო ეტაპზე მიყენებული ეკონომიკური ზიანი, ასევე ამ დელიქტური ნორმიდან ანაზღაურდება, რადგანაც საფრანგეთი ცალკე არ არეგულირებს წინასახელშეკრულებო ურთიერთობას. აუცილებელია სამი ელემენტის არსებობა: ქმედება, ზიანი და მიზეზობრივი კავშირი. პასუხისმგებლობის წარმოშობა ქვეყნის ზოგადი სტანდარტის დარღვევა.¹³⁸

საფრანგეთში არსებობს ერთი გამონაკლისი. მიუხედავად იმისა, რომ აქ ზიანი ანაზღაურდება დელიქტური ნორმებით, თუ მხარეებმა რაიმე დოკუმენტს მოაწერეს ხელი

კანონი საერთაშორისო კერძო სამართლის შესახებ, 36-ე და 42-ე მუხლები. ხელმისაწვდომია ვებგვერდზე <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/93712?publication=4>> [24.06.2020].

¹³³ Yildirim, E., The Concept of Pre-Contractual Duties and a Comparison Between the Draft Common Frame of Reference, English and Turkish Legal Systems, Ankara Avrupa Calismalari Dergisi, (16), 2017, 172.

¹³⁴ იქვე.

¹³⁵ Palmer, V. V., Bussani, M., დასახ. ნაშრომი, მე-10 სქ., 43.

¹³⁶ იქვე, 44.

¹³⁷ Nedzel, N. E., A Comparative Study of Good Faith, Fair Dealing, and Precontractual Liability, Tulane European and Civil Law Forum, 12(97), 1997, 114.

¹³⁸ Cartwright, J., Hesselink, M. Eds., დასახ. ნაშრომი, 39-ე სქ., 28.

წინასახელშეკრულებო ურთიერთობებში (რაც არ ითვლება არც ხელშეკრულებად და არც წინარე ხელშეკრულებად), გამოიყენება სახელშეკრულებო ნორმები და არა - დელიქტური.¹³⁹

2.2 პრაგმატული რეჟიმი

პრაგმატული რეჟიმის ქვეყნებს მიეკუთვნება აშშ, ინგლისი და კანადა. სასამართლოები თითოეულ საქმეს, რომელიც დაკავშირებულია წმინდა ეკონომიკურ ზიანთან, დიდი სიფრთხილით განიხილავენ. განხილვის დროს, გასათვალისწინებელია სოციო-ეკონომიკური შედეგებიც. ზიანის ანაზღაურების საკითხი კი კონკრეტულად წესებსა და პრინციპებზე, დელიქტურ ნორმებზე ან აბსოლუტურ უფლებებზე გაწერილი არ არის.¹⁴⁰ მიუხედავად ამისა, ამ რეჟიმის ქვეყნებში დელიქტი, ძირითადად, მაინც მოთხოვნის დამფუძნებელ წესებად გვევლინება.

წინასახელშეკრულებო ურთიერთობის იმ რეჟიმს, რომელიც საერთო სამართლის ქვეყნებში მოქმედებს, ხშირად “no liability” რეჟიმს უწოდებენ, რადგანაც ამ ქვეყნებში არ არსებობს რაიმე ზოგადი დამცავი ვალდებულებები. ეს იმას არ ნიშნავს, რომ სამართალი მოლაპარაკების მონაწილეებს დაუცველს ტოვებს. არაკეთილსინდისიერი ქმედებით გამოწვეული ზიანი მაინც შეიძლება, ანაზღაურდეს დელიქტური ნორმებით, რომლებიც, ფაქტობრივად, წინასახელშეკრულებო ფაზის დამცავი ნორმების მსგავსია. განსხვავება იმაში მდგომარეობს, რომ პასუხისმგებლობის დამწესებელი ნორმები უფრო კონკრეტულია, ვიდრე სხვა ქვეყნებში არსებული ზოგადი ვალდებულებები.¹⁴¹

2.3 კონსერვატიული რეჟიმი და გერმანია

კონსერვატიული რეჟიმის მქონე ქვეყნებისათვის უმთავრესი დამახასიათებელი ნიშანი არის ის, რომ მათ გააჩნიათ ლიბერალური რეჟიმისთვის დამახასიათებელი ნიშნების საპირისპირო მახასიათებლები. ამ რეჟიმში მოქმედი ნორმებით არის მცდელობა გამოირიცხოს, რაც შეიძლება მეტი წმინდა ეკონომიკური ზიანის ანაზღაურების შესაძლებლობის შემთხვევა. ეს კი ხორციელდება დელიქტურ ნორმებში აბსოლუტურ სიკეთეთა ამომწურავი ჩამონათვალთ.¹⁴²

გერმანია წინასახელშეკრულებო ურთიერთობებს განიხილავს, როგორც სპეციფიკურ ურთიერთობას, რომელიც არ მიეკუთვნება არც დელიქტს და არც სახელშეკრულებო სფეროს, თუმცა ისინი წარმოადგენს სახელშეკრულებო სამართლის ერთგვარ გაგრძელებას.¹⁴³ გაბატონებული შეხედულებით, გსკ-ის დელიქტური ნორმებით არ ანაზღაურდება წმინდა ეკონომიკურ ზიანი.¹⁴⁴ გსკ-ის 823-ე პარაგრაფით, ზიანის ანაზღაურება შესაძლებელია, თუ იგი ადგება სიცოცხლეს, სხეულს, ჯანმრთელობას, თავისუფლებას, საკუთრების ან სხვა უფლებას. ეს ნორმა მოიაზრებს აბსოლუტურ სიკეთებს, ამიტომაც „სხვა უფლებამ“ ვერ მოვიაზრებთ სახელშეკრულებო უფლებას. დელიქტი ვერ ფარავს წინასახელშეკრულებო ურთიერთობიდან გამომდინარე ზიანს, რადგანაც გერმანული დელიქტური რეჟიმი ზედმეტად მკაცრია. ასევე, ითვლება, რომ დელიქტი არ უნდა შეიჭრას იმ საკითხის რეგულირებაში, რაც უკვე სხვა ნორმებითაა მოწესრიგებული.¹⁴⁵

¹³⁹ Kiršienė, J., Leonova N., დასახ. ნაშრომი, მე-20 სქ., 234.

¹⁴⁰ Palmer, V. V., Bussani, M., დასახ. ნაშრომი, მე-10 სქ., 44-45.

¹⁴¹ Yildirim, E., დასახ. ნაშრომი, 133-ე სქ., 173.

¹⁴² Palmer, V. V., Bussani, M., დასახ. ნაშრომი, მე-10 სქ., 45-46.

¹⁴³ Yildirim, E., დასახ. ნაშრომი, 133-ე სქ., 173.

¹⁴⁴ რუსიაშვილი, გ., დასახ. ნაშრომი, მე-9 სქ., 1.

¹⁴⁵ Xiao-Yang Li, დასახ. ნაშრომი 77-ე სქ., 147-149.

უკვე აღინიშნა, რომ პასუხისმგებლობა გამომდინარეობს გსკ-ის 311-ე პარაგრაფის მე-2 ნაწილიდან, რომელიც ზოგად ვალდებულებებს ავრცელებს წინასახელშეკრულებო ურთიერთობებზე. მოთხოვნის დაყენება ხდება 241-ე პარაგრაფის მე-2 ნაწილსა და 280-ე პარაგრაფზე მითითებით.¹⁴⁶ 241-ე პარაგრაფის მე-2 ნაწილი მიუთითებს ზოგად ვალდებულებებზე, 280-ე პარაგრაფის 1-ლი ნაწილი კი - ვალდებულების დარღვევის გამო ზიანის ანაზღაურების შესაძლებლობაზე.¹⁴⁷ დელიქტური ნორმებით მოთხოვნის დაყენების თუნდაც თეორიული შესაძლებლობისა, ამ საფუძვლით მოთხოვნის დაყენება ნაკლებად ხელსაყრელია მოსარჩელისთვის.¹⁴⁸ დელიქტურ რეჟიმში მტკიცების ტვირთი აწევს მოსარჩელეს.

3. შედარებითი მიმოხილვა

სხვადასხვა ქვეყანაში წინასახელშეკრულებო ურთიერთობიდან გამომდინარე წმინდა ეკონომიკური ზიანის ანაზღაურებისთვის სხვადასხვა ნორმებია გამოსაყენებელი. უმრავლეს შემთხვევაში ზიანის მოცულობა განისაზღვრება მესამე პირთან არშემდგარი ხელშეკრულების ფასის გათვალისწინებით.

ზოგადად, ითვლება, რომ მკაცრმა პასუხისმგებლობის რეჟიმმა შეიძლება, ხელი შეუშალოს მოლაპარაკებებს და, საზოგადოდ, ბიზნესს, თუმცა პირიქით, თუ პასუხისმგებლობა საერთოდ არ არის დაწესებული ან იგი ზედმეტად ლიბერალური იქნება, მხარეები ნაკლებ ხარჯებს გასწევენ, რათა რისკები თავიდან აირიდონ, რაც მოლაპარაკებების წინსვლას, ასევე შეუშლის ხელს და არ მისცემს ქვეყნების ეკონომიკურ მდგომარეობას განვითარების შესაძლებლობას.¹⁴⁹ არაკეთილსინდისიერი ქმედების ხასიათიდან გამომდინარე, შეიძლება, მოლაპარაკების მონაწილეს ისეთი მასშტაბური ზიანი მიადგეს, რომ მხოლოდ ხარჯების ანაზღაურება არაადეკვატური კომპენსაცია იყოს, ამიტომაც იგი ერთადერთ სანქციას არ უნდა წარმოადგენდეს.

ცხადია, რომ სკ-ისა და გსკ-ის ნორმებს შორის შეინიშნება გარკვეული მსგავსება. შეიძლება ითქვას, რომ სკ-ის 317-ე მუხლი და გსკ-ის 311-ე პარაგრაფი ანალოგებს წარმოადგენენ, რადგანაც ისინი ავრცელებენ ზოგად ვალდებულებებს წინასახელშეკრულებო ურთიერთობებზე. ამასთანავე, ისინი მიუთითებენ ზოგად ვალდებულებებზე, რომლებიც სხვა დამოუკიდებელი ნორმებით არის განსაზღვრული (სკ-ში - 316-ე, II მუხლით, გსკ-ში - 241-ე პარაგრაფით).

ამასთანავე, გსკ-ის 280-ე პარაგრაფით ანაზღაურდება ზიანის სხვადასხვა სახეები, როგორებიცაა შესრულების ნაცვლად ზიანის ანაზღაურება, შესრულებასთან ერთად ზიანის ანაზღაურება და ვადის გადაცილებით წარმოშობილი ზიანი.¹⁵⁰ ითვლება, რომ წინასახელშეკრულებო ზიანიც ამ ნორმით ანაზღაურდება. როგორც ჩანს, სკ-ის 394-ე მუხლი ფაქტობრივად ამ ნორმის ანალოგიურია. ამიტომაც უნდა მივიჩნიოთ, რომ წინასახელშეკრულებო ზიანი საქართველოში სკ-ის 394-ე მუხლით უნდა ანაზღაურდეს. პრობლემა მდგომარეობს ანაზღაურების მოცულობის განსაზღვრაში. მართალია, რომ არც გსკ-ით არ არის განსაზღვრული კონკრეტული ანაზღაურების მოცულობა, თუმცა დოქტრინითა და სასამართლო პრაქტიკით ეს კონკრეტულად არის განსაზღვრული, საქართველოში კი სამწუხაროდ არ არსებობს სასამართლო პრაქტიკა, დოქტრინაში კი გამოთქმულია არაერთგვაროვანი მოსაზრებები.

¹⁴⁶ კროპპოლერი, ი., დასახ. კომენტარი, 45-ე სქ., 197.

¹⁴⁷ Cartwright, J., Hesselink, M. Eds., დასახ. ნაშრომი, 39-ე სქ., 33-34.

¹⁴⁸ Markesinis, B., Unberath, H., Johnston, A. C., The German Law of Contract: A Comparative Treatise, 2nd ed, Oxford: Hart Publishing, 2006, 96.

¹⁴⁹ Cartwright, J., Hesselink, M. Eds., დასახ. ნაშრომი, 39-ე სქ., 433.

¹⁵⁰ კროპპოლერი ი., დასახ. კომენტარი, 45-ე სქ., 163.

რაც შეეხება დელიქტით ზიანის ანაზღაურებას, გსკ-ის დელიქტური ნორმები არეგულირებს იმ ზიანს, რომელიც წარმოიშვება აბსოლუტურ სიკეთეთა ზიანის მიყენებით, სკ-ის 992-ე მუხლი კი დამცავ ნორმებს შეეხება, ხოლო არც დამცავ ნორმაში და არც აბსოლუტურ სიკეთეებში არ მოიაზრება სახელშეკრულებო უფლება, ამიტომაც ამ ნორმებით ზიანის ანაზღაურება დაუშვებელი უნდა იყოს.

დასკვნა

მოლაპარაკებები ბუნებრივი მოვლენაა, რომელიც წინ უძღვის ხელშეკრულებას. ამ პროცესის დროს მხარეები აფასებენ საკუთარ შესაძლებლობებს, ხელშეკრულების მომგებიანობას, ცვლიან ინფორმაციას და ათანხმებენ გარკვეულ პირობებს, თუმცა მათ რჩება უფლება, არ დადონ ხელშეკრულება.¹⁵¹

წმინდა ეკონომიკური ზიანი არის ისეთი ზიანი, რომელიც აბსოლუტური სიკეთეების ხელყოფას არ უკავშირდება, რის გამოც მტკიცების ტვირთი, სარჩელის აღძვრის დროს, საკმაოდ დიდია. წინასახელშეკრულებო ურთიერთობიდან გამომდინარე, წმინდა ეკონომიკური ზიანი კი, მტკიცების თვალსაზრისით, კიდევ უფრო მძიმე, რადგანაც მხარეს უწევს არა მხოლოდ ბრალეული ქმედების, არამედ ადეკვატური მიზეზობრივი კავშირის მტკიცება დამდგარ ზიანსა და ქმედებას შორის.

მიუხედავად ხელშეკრულების თავისუფლების პრინციპისა, მხარეებს ეკისრებათ გულისხმიერების ვალდებულება, რომელიც სხვადასხვა ჭრილში ვლინდება: ლოიალობის ვალდებულება, ინფორმირების ვალდებულება და კონფიდენციალური ინფორმაციის გამოყენების აკრძალვა მხარის საზიანოდ. როგორც საზღვარგარეთის პრაქტიკის მიმოხილვით ჩანს, იმის გასარკვევად, ირღვევა თუ არა ლოიალობის ვალდებულება, გასარკვევია მთელი რიგი ისეთი საკითხები, როგორცაა მოლაპარაკების შეწყვეტის საპატიო მიზეზი, მოლაპარაკებათა ხანგრძლივობა, მოლაპარაკების მონაწილის მიერ გაკეთებული განცხადებები და მეორე მონაწილის ნდობის ფაქტორი. აუცილებელია, რომ ყველა ზემოაღნიშნული ფაქტორი მხედველობაში იქნეს მიღებული კუმულატიურად, რომელიმეს არსებობა აუცილებლად არ განაპირობებს პასუხისმგებლობის არსებობას. რაც შეეხება მხარის ნდობის ფაქტორს ხელშეკრულების დადებისადმი, აუცილებელია, რომ ნდობა იყოს გონივრული და ლეგიტიმური. მხარის მოლოდინი დამყარებული უნდა იყოს ობიექტურ გარემოებებზე და არა მხოლოდ მეორე მხარის სიტყვებზე. მოლოდინის ლეგიტიმურობის კრიტერიუმებად მიიჩნევა მოლაპარაკების ხანგრძლივობა, პირობებზე შეთანხმება და გაწეული სამუშაოები, ამასთანავე, მხარე უნდა ითვალისწინებდეს მეორე მხარის ფინანსურ შესაძლებლობებსაც. ინფორმირების ვალდებულება კი გულისხმობს ყველა იმ ინფორმაციის მიწოდებას მეორე მხარისთვის, რაც საჭიროა და უკავშირდება ხელშეკრულების გაფორმებას. ინფორმირების ვალდებულება მოიაზრებს მხარის მოტივების შესახებ ინფორმირებასაც, ხომ არ კარგავს იგი ხელშეკრულების დადების ინტერესს. გამონაკლის შემთხვევებში, შეიძლება, არსებობდეს განმარტებების მიცემის ვალდებულება ხელშეკრულებასთან დაკავშირებულ ისეთ საკითხებზე, როგორცაა სავალდებულო ფორმა, თუმცა მხოლოდ იმ შემთხვევაში, თუ მხარეებს შორის არსებობს სპეციალური ურთიერთობა. რაც შეეხება კონფიდენციალურ ინფორმაციას, უნდა ჩაითვალოს, რომ ინფორმაცია კონფიდენციალურია, თუნდაც მხარე მასზე არ უთითებდეს, თუ ასეთად მას მოლაპარაკების მეორე მონაწილე უნდა ვარაუდობდეს, გონივრულობის ფარგლებში. კონფიდენციალური ინფორმაციის გამოყენება მხარის თანხმობის გარეშე დაუშვებელია. ამგვარად, სკ-ით გათვალისწინებული ქმედების ბრალეულობის დასადგენად, სწორედ, ეს ფაქტორები უნდა იქნეს მიღებული მხედველობაში. ისევე, როგორც გერმანიაში, საქართველოშიც გულისხმიერების

¹⁵¹ იქვე, 431.

ზედმეტად მკაცრი სტანდარტი არ უნდა მოქმედებდეს და პასუხისმგებლობის ფარგლები ზედმეტად არ უნდა ფართოვდებოდეს.

ზიანის ანაზღაურების მოცულობასთან დაკავშირებით უნდა ითქვას, რომ ხარჯების ანაზღაურება პირდაპირ გათვალისწინებულია სკ-ით და იგი პრობლემურ საკითხს არ წარმოადგენს. მთავარია, რომ ხარჯები იყოს გაწეული გონივრულ ფარგლებში და ხელშეკრულების დადების მიზნით. ჩაშლილი პოტენციური ხელშეკრულების დადების მოთხოვნა დაუშვებელია. უნიფიცირებული წესებიდან და ევროპის ქვეყნების მიდგომებიდან ჩანს, რომ დასაშვებია ნეგატიური ინტერესის ანაზღაურება, რაც მოიცავს „დაკარგულ შესაძლებლობას“, ანუ ალტერნატიული არშემდგარი ხელშეკრულებიდან მიუღებელ შემოსავალს. გავრცელებული შეხედულებით, ეს არის ახალი, ნაკლებად ხელსაყრელი ხელშეკრულების ფასისა და სხვა მესამე პირთან არდადებული ხელშეკრულების ფასს შორის სხვაობა, როდესაც აღნიშნული ხელშეკრულება არ დაიდო ზიანის მიმყენებლის ბრალეული ქმედების გამო; გარდა ამ წესისა, გათვალისწინებულ უნდა იქნეს სხვა სოციალური თუ ეკონომიკური ფაქტორები და ის, თუ რამდენად ეცადა დაზარალებული, რომ თავიდან აერიდებინა ზიანი. იმ თანხების ანაზღაურება, რომელსაც დაზარალებული მიიღებდა, ბრალეულ პირთან რომ გაფორმებულიყო ხელშეკრულება და ჯეროვნად შესრულებულიყო, დაუშვებელია. როდესაც მხარეები შედიან მოლაპარაკებებში, წარმოიშობა გარკვეული მოლოდინი. თუმცა, ამ სახელშეკრულებო ურთიერთობიდან წარმოშობილ მოლოდინზე ნაკლებია,¹⁵² ამიტომაც სახელშეკრულებო ფარგლებში შესაძლოა, დასაშვებია იყოს პოზიტიური ინტერესის ანაზღაურება, თუმცა ეს წინასახელშეკრულებო ურთიერთობებში გამორიცხულია, თუმცა ალტერნატიული არშემდგარი გარიგებიდან მიუღებელი შემოსავლის ანაზღაურება უნდა იყოს შესაძლებელი საქართველოშიც.

რაც შეეხება ანაზღაურების მექანიზმს, შეიძლება არსებობდეს გარკვეული კითხვის ნიშნები სკ-ის 394-ე და 317-ე მუხლებთან მიმართებით, თუმცა მათი გერმანული ანაზღაურების საფუძვლების შედარებიდან გამომდინარე, შეიძლება იმ დასკვნის გაკეთება, რომ ეს მოთხოვნის დამფუძნებელი ნორმები ყველაზე მისაღებია წინასახელშეკრულებო ურთიერთობიდან წმინდა ეკონომიკური ზიანის ანაზღაურებისთვის, რადგანაც 992-ე მუხლი მხოლოდ დამცავი ნორმების დარღვევის შედეგად მიყენებულ ზიანს უნდა ეხებოდეს, ხოლო სკ-ის 394-ე, 316-ე, II და 317-ე, II, III მუხლები გსკ-ის იმ ნორმების ანალოგიურია, რომლებითაც წინასახელშეკრულებო ზიანი ანაზღაურდება გერმანიაში.

ზემოაღნიშნულიდან გამომდინარე, საჭიროა, რომ სკ-ის 317-ე მუხლში შევიდეს გარკვეული ცვლილებები. სამართლებრივი გაურკვეველობის აღმოსაფხვრელად, საჭიროა, რომ ხარჯების ანაზღაურების შესახებ ფორმულირება ამოღებულ იქნეს სკ-ის 317-ე მუხლიდან, რადგანაც დღევანდელი ფორმულირება წარმოშობს იმის ვარაუდს, თითქოს კანონმდებელს სურს პასუხისმგებლობის შემოფარგვლა მხოლოდ ხარჯების ანაზღაურებით. მართალია, რომ გსკ-ით ფაქტობრივად ანალოგიური ჩანაწერია მოცემული, თუმცა იქ წინასახელშეკრულებო ბრალის დოქტრინა განვითარებულია სასამართლო პრაქტიკით და დადგენილია ანაზღაურების მოცულობის განსაზღვრის წესებიც, ხოლო საქართველოში პრაქტიკა ამ საკითხთან მიმართებით მწირია. გამომდინარე იქიდან, რომ, ქართულ დოქტრინაშიც შეინიშნება არაერთგვაროვანი განმარტებები, ხოლო სასამართლო, ხშირად, დოქტრინისეულ განმარტებებს იყენებს გადაწყვეტილების დასაბუთებისთვის, არსებობს იმის ალბათობა, რომ, სასამართლო პრაქტიკით, ამ საკითხთან მიმართებით, არასწორი მიმართულება დამკვიდრდეს. სასურველი იქნებოდა ისიც, თუ სკ-ის 317-ე მუხლი პირდაპირ მიუთითებდა ალტერნატიული გარიგებიდან მიუღებელ შემოსავალზე ან მისი გამოთვლის პრინციპზე,

¹⁵² იქვე, 453-454.

ასევე იმ გარემოებებზე, რომლებმაც შეიძლება, ანაზღაურების მოცულობის შემცირება გამოიწვიოს, მაგალითად, ეკონომიკურმა პირობებმა ან დაზარალებულის თანაბრალეულობამ. პრაქტიკის უქონლობისა და სკ-ის დამაბნეველი ჩანაწერის გამო, შესაძლოა, ზიანის მოცულობის განსაზღვრის დროს, სასამართლო არ შევიდეს ისეთ კომპლექსურ მსჯელობაში, როგორც გამოიყენება ანაზღაურების მოცულობის განსაზღვრისთვის უცხოეთში. როგორც უკვე ნაჩვენებია იყო, უცხოეთში მოცულობის განსაზღვრისათვის არსებობს საკმაოდ კომპლექსური წესები, რომლებიც სამართლიანი ანაზღაურების დასადგენად გამოიყენება, ზედმეტად მკაცრი ტვირთი არც ზიანის მიმყენებელს ეკისრება და დაზარალებულისთვისაც ანაზღაურება ადეკვატური მოცულობისაა. ამგვარად, სკ-ის ნორმაში ანაზღაურების კონკრეტული დანაწესის არსებობა გამორიცხავს სასამართლოს მიერ, ამ საკითხთან მიმართებით, არასწორი პრაქტიკის დამკვიდრების თეორიულ შესაძლებლობას. გარდა ამისა, ამ ხარვეზის გამოსწორების შემთხვევაშიც, სასამართლო პრაქტიკით, შეიძლება, რომ ბრალეული მხარისთვის სასამართლო გადაწყვეტილება, რომელიც მას იმაზე მეტ პასუხისმგებლობას დააკისრებს, ვიდრე სკ-ით პირდაპირაა გათვალისწინებული, უსამართლო აღმოჩნდეს იყოს.

317-ე, III მუხლით ხდება მხოლოდ ლოიალობის ვალდებულებაზე მითითება და მისი დარღვევის გამო პასუხისმგებლობა წესდება ხარჯების ანაზღაურებით. ეს იწვევს სამართლებრივ გაურკვევლობას, ერთი მხრივ, თითქოს მხოლოდ ლოიალობის ვალდებულების დარღვევა ანაზღაურების საფუძველი და, მეორე მხრივ, თითქოს მხოლოდ ხარჯების ანაზღაურება დასაშვებია. მიუხედავად იმისა, რომ 317-ე მუხლით ხდება 316-ე, II მუხლით განსაზღვრულ ზოგად ვალდებულებებზე მითითება, უმჯობესი იქნებოდა, რომ 317-ე მუხლი დამოუკიდებლად ჩამოთვლიდეს წინასახელშეკრულებო ვალდებულებებს სრულად: ლოიალობის ვალდებულებას, ინფორმაციის მიწოდების ვალდებულებასა და კონფიდენციალური ინფორმაციის გამოყენების აკრძალვას.

ბიბლიოგრაფია

1. *ვაშკიძე, გ.*, სამოქალაქო კოდექსის კომენტარი, წიგნი III, *ჭანტურია, ლ., რუსიაშვილი, გ.*, რედ., თსუ-ის, გერმანიის საერთაშორისო თანამშრომლობის საზოგადოება (GIZ), ამერიკის შეერთებული შტატების საერთაშორისო განვითარების სააგენტოს (USAID), აღმოსავლეთ-დასავლეთის მართვის ინსტიტუტის (EMWI) გამოცემა, თბილისი, 2019;
2. *ვილემსი, ჰ., თოდუა, მ.*, ქართული და ჰოლანდიური ვალდებულებითი სამართლის შედარებითი ანალიზი, *ყვირალაშვილი, ბ.* რედ., ვალდებულებითი სამართალი. თბილისი: საქართველოს ახალგაზრდა იურისტთა ასოციაცია, 2006;
3. *კროპკოლერი, ი.*, გერმანიის სამოქალაქო კოდექსის სასწავლო კომენტარი, მე-13 გადამუშავებული გამოცემა, *დარჯანია თ., ჭეჭელაშვილი, ზ.*, თარგმ. თბილისი: GIZ, 2014;
4. *მელაძე, გ.*, არასწორი ინფორმაციის გაუფრთხილებლობით მიწოდებისას დამდგარი „სუფთა“ ქონებრივი ზიანის ანაზღაურება, შედარებითი სამართლის ქართულ-გერმანული ჟურნალი, სახელმწიფოსა და სამართლის ინსტიტუტის გამომცემლობა, თბილისი, 2020;
5. *მესხიშვილი, ქ.*, კერძო სამართლის აქტუალური საკითხები: თეორია და სასამართლო პრაქტიკა, ტომი I, თბილისი, 2020;
6. *მესხიშვილი, ქ.*, წინასახელშეკრულებო ურთიერთობა, წინარე ხელშეკრულება, ბე (შედარებითსამართლებრივი ანალიზი), ქართული ბიზნეს სამართლის მიმოხილვა, ბიზნეს სამართლის ეროვნული ცენტრი, VI, 2017;
7. *ნაჭყებია, ა.*, სამოქალაქოსამართლებრივი ნორმების განმარტებები უზენაესი სასამართლოს პრაქტიკაში, 2014;
8. *რუსიაშვილი გ., დარჯანია თ., მაისურაძე დ.*, ზოგადი ვალდებულებითი სამართალი, კაზუსების კრებული, თბილისი, 2020;

9. რუსიაშვილი, გ., სუფთა ქონებრივი ზიანი - გულისხმიერების ქცევის ვალდებულების თუ დამცავი ნორმის დარღვევა? შედარებითი სამართლის ქართულ-გერმანული ჟურნალი, სახელმწიფოსა და სამართლის ინსტიტუტის გამომცემლობა, თბილისი, 2019;
10. ჩიკვაშვილი, შ., ჭანტურია, ლ., ზოიძე, ბ., ნინიძე, თ., შენგელია, რ., ხეცურიანი, ჯ., საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის კომენტარი, წიგნი IV, ტომი II, სამართალი, თბილისი, 2001;
11. ჩიტოშვილი, თ., დელიქტი და დელიქტურ ვალდებულებათა ზოგიერთი სამართლებრივი ასპექტები, საქართველოს უზენაესი სასამართლო, მართმსაჯულება, (2), 2008;
12. ძლიერიშვილი, ზ., ცერცვაძე, გ., რობაქიძე, ი., სვანაძე, გ., ცერვაძე, ლ., ჯანაშია, ლ., სახელმწიფოებრივ სამართალი, მერიდიანი, თბილისი, 2014.
13. *Abbey, R., Richards, M.*, Property Law 2019-2020 (Legal Practice Course Manuals), 12th Edition, Oxford University Press, 2019;
14. *Bar, C., Clive, E. M.*, Study Group on a European Civil Code, Research Group on the Existing EC Private Law, Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCFR), München: Sellier, European Law Publishers, 2009;
15. *Braut Filipović, M., Tomulić Vehovec, M.*, Precontractual Liability in EU and Croatian Law, HARMONIUS Journal of Legal and Social Studies in South East Europe, (1), 2012;
16. *Busch, D., Hondius, E., Van Kooten, H. J., Schrama, W. M., Schelhaas, H. N.*, The Principles of European Contract Law and Dutch Law: A Commentary (Perspectives on Company Law), Kluwer Law International, New York, 2002;
17. Pure Economic Loss in Europe (The Common Core of European Private Law), *Bussani, M., Palmer, V.* eds., Cambridge Studies in International and Comparative Law, Cambridge University Press, Cambridge, 2003;
18. Precontractual Liability in European Private Law (The Common Core of European Private Law), *Cartwright, J., Hesselink, M.* Eds., Cambridge University Press, Cambridge, 2009;
19. *Cavico, F. J.*, Fraudulent, Negligent, and Innocent Misrepresentation in the Employment Context: The Deceitful, Careless, and Thoughtless Employer, 20(1), 1997;
20. Principles of European Contract Law (Parts I and II), *Lando, O., Beale, H.* Eds., The Commission on European Contract Law, Kluwer Law International, The Hague, 2000;
21. *Craswell, R.*, Against Fuller and Perdue, University of Chicago Law Review: 67(1), 2000;
22. *Farnsworth, E.*, Precontractual Liability, and Preliminary Agreements: Fair Dealing and Failed Negotiations, Columbia Law Review, 87(2), 1987;
23. *Fauvarque-Cosson, B., Mazeaud, D., Racine, J. B.*, European Contract Law: Materials for a Common Frame of Reference: Terminology, Guiding Principles, Model Rules, Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, Société de législation comparée, Sellier, European Law Publishers, Munich, 2008;
24. *Hogg, M.*, Promises and Contract Law: Comparative Perspectives, Cambridge University Press, Cambridge, 2011;
25. *Houh, E.*, The Doctrine of Good Faith in Contract Law: A (Nearly) Empty Vessel?, Faculty Articles and Other Publications, 2005;
26. *Kleinheisterkamp, J., Vogenauer S.*, Commentary of the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC), Oxford University Press, Oxford, 2009;
27. *Kiršienė, J., Leonova, N.*, Qualification of Pre-Contractual Liability and the Value of Lost Opportunity as a Form of Losses, Jurisprudencija: Mokslo darbu žurnalas, 115(1), 2009;
28. *Markesinis, B., Unberath, H., Johnston, A. C.*, The German Law of Contract: A Comparative Treatise, 2nd ed, Hart Publishing, Oxford, 2006;
29. *Motomura, Y., Butler A., Bekki D.* (eds.), New Frontiers in Artificial Intelligence, JSAI-isAI 2012 Workshops, LENS, JURISIN, MiMI Miyazaki, Japan, November/December 2012 Revised Selected Papers, Springer-Verlag Berlin Heidelberg, 2013;
30. *Nedzel, N. E.*, A Comparative Study of Good Faith, Fair Dealing, and Precontractual Liability, Tulane European and Civil Law Forum, 12(97), 1997;

31. *Palmer, V. V., Bussani, M.*, Pure Economic Loss: New Horizons in Comparative Law, Routledge Cavendish, London, 2008;
32. *Poole, J.*, Casebook on Contract Law, 13th edition, Oxford University Press, New York, 2016;
33. *Schebesta, H.*, Damages in EU Public Procurement Law, Springer International Publishing, 2016;
34. *Schwenzer, I., Hachem, P., Kee, C.*, Global Sales and Contract Law, Oxford University Press: Oxford, 2012;
35. *Stone, R., Devenney, J.*, Modern Law of Contract, London: Routledge, 2017;
36. *Tedordaze, I.*, The Principle of Freedom of Contract, Pre-Contractual Obligations Legal Review English, EU and US Law, European Scientific Journal, 13(4), 2017;
37. Unidroit Principles of International Commercial Contracts, UNIDROIT, Rome, 2016;
38. *Xiao-Yang, Li*, The Legal Status of Pre-Contractual Liability: Contrasting Responses from German and English Law, National Taiwan University Law Review, 2017;
39. *Yildirim, E.*, The Concept of Pre-Contractual Duties and a Comparison between the Draft Common Frame of Reference, English and Turkish Legal Systems, Ankara Avrupa Calismalari Dergisi, (16), 2017;
40. *Zoidze, B.*, The System and Principles of the Law of Obligations of Georgia. Aufbruch Nach Europa: 75 Jahre Max-Planck-Institut Fur Privatrecht, Mohr Siebeck, Tübingen, 1999;
41. ინგლისის სამეფო სკამის სასამართლოს 1871 წლის გადაწყვეტილება საქმეზე: *Smith v. Hughes*, LR 6 QB 597;
42. საქართველოს უზენაესი სასამართლოს 2003 წლის 21 მარტის გადაწყვეტილება საქმეზე № 3კ-1156-02;
43. ლიეტუვის უზენაესი სასამართლოს 2015 წლის 19 იანვრის გადაწყვეტილება საქმეზე: *UAB „Vingio kino teatras“ v. UAB Eika*, 3K-3-38;
44. ჩინეთის რესპუბლიკის უზენაესი სასამართლოს 2008 წლის გადაწყვეტილება საქმეზე: *Shaanxi Xianyang Nebula Machinery Ltd. v. Rainbow Electronics Group Inc*, MinErZhongZi 8;
45. ნიდერლანდების უზენაესი სასამართლოს 1982 წლის 18 ივნისის გადაწყვეტილება საქმეზე: *Plas v. Valburg*, NJ 1983/723.

Compensation for Pure Economic Loss Caused in Pre-contractual Relationships

Abstract

The purpose of the following thesis is to discuss one of the important and problematic topics of civil law, related to pure economic loss in precontractual relationships. Thesis encompasses definition of pure economic loss and its existence in precontractual relations. Discussed is the identification of exact actions forming a precontractual liable through comparative legal research. Norms of Georgian Civil Code are compared to the counterparts of foreign law. Thesis also discusses measures for possible compensation, through the review of legal doctrine in comparison with foreign case law, to generalize criteria defining the extent of liability. The third main topic discussed is related to the definition of relevant base norms for compensation of relevant heads of damages to be applied using dogmatic and systemic approaches. The thesis contains recommendations for the amendment of civil code, to avoid inconsistent development of case law.

Introduction

Nowadays, contracts are quite complex and detailed, the civil circulation is complicated, so, naturally, the parties need more time to reach an agreement. Concluding a contract is not a simple process as it may seem at first glance. According to the general definition, there must be an offer and an acceptance (consent)² for the formation of a contract, however, the modern process of concluding a contract becomes more and more complex, the boundaries between the offer and the acceptance disappear and the parties reach an agreement in several stages.³ The conclusion of the contract is preceded by negotiations, discussion of the terms of the contract, clarification of various vague issues, explication, etc. For breach of an obligation after the conclusion of the contract, whether it is a main or additional obligation, the party will be held liable under the law or the contract itself; However, even before the contract is concluded, unlawful, mala-fide acts may take place that may harm the negotiating party.

The Civil Code of Georgia⁴ (CC) provides for pre-contractual relationships and the possibility of compensation for damage caused as a result of the violation of the principle of care. Nevertheless, the norms governing this issue are defective. The issue is actual because nowadays when the world is developing more and more, pre-contractual relationships are much more complex than before and need to be regulated more consistently. The mechanism of compensation, the scope, and the basis for the origin of liability are unclear. As Georgia seeks to integrate into the European economy and harmonize its legislation, it is necessary to better regulate the pre-contractual

¹ BA of International Black Sea University. The article is a thesis performed within the BA program in law at IBSU.

² *Willems H., Todua, M.*, Comparative Analysis of Georgian and Dutch Obligation Law, *Kviralashvili, K.* (ed.), Law of Obligations, Georgian Young Lawyers' Association, Tbilisi, 2006, 110, available at <http://www.humanrights.ge/admin/editor/uploads/pdf/gl_11_vald.samartali.pdf>. [24.06.2020].

³ *Farnsworth, E.*, Precontractual Liability and Preliminary Agreements: Fair Dealing and Failed Negotiations, *Columbia Law Review*, 87(2), 1987, 218-219.

⁴ 1997 Georgian Law No.786 Civil Code of Georgia. Available at <<https://matsne.gov.ge/document/view/31702?publication=111>>.

framework. This will help potential investors become more interested in the country.⁵ To promote business development and foreign investment, it is essential to eliminate the legal uncertainty associated with compensation for pure economic loss in a pre-contractual relationship.

The need for the research lies in the fact that shortcomings in the regulation of this relationship are observed in CC. In this regard, there is almost no case law that would eliminate the shortcomings. Although there is the literature, issues such as the grounds for liability and the extent of damages have not been fully examined in detail. Also, the doctrine often misdefines the concepts of positive interest and lost profits, which are crucial in determining the amount of compensation. Therefore, it is necessary to study this issue in depth. The negotiating party needs to know what safeguards and legal mechanisms exist if s/he suffers damage caused by the other party.

Accordingly, the study aims at analyzing the essence of pure economic loss directly in pre-contractual relationships. Claiming pure economic loss is already problematic for various reasons, and this makes it even more difficult to conclude. The aim of the study is also to particularly determine the grounds for imposing pre-contractual liability, to determine how strict should be the liability regime in force in Georgia, which is reflected in the amount of damages to be compensated, as well as to determine whether there is a competition between the grounds for claims.

To study the issue, systematic, teleological, and comparative legal research methods are used in the paper. From a dogmatic point of view, the legal importance of the norms establishing the claim is examined and why the possibility of claiming under any norm is preferable. The approaches and case law of countries with different legal systems are discussed using a comparative legal research method, as well as it is studied the standard of care applicable in different countries and the extent to which damage is reimbursed.

The structure of the present paper is as follows: The first chapter discusses the essence of pure economic loss in general, its distinguishing from other types of damage, the meaning of the essence in different respects, and pure economic loss directly in the pre-contractual relationship.

The second chapter discusses the regulation of pre-contractual relationships by CC, the circumstances under which the liability arises, the shortcomings related to this institute and the diversity of opinions expressed in the doctrine; The approaches of the countries of different legal systems, and the documents created for the unification of private law are also discussed; It is explained what constitutes a breach of the duty of care and what should be the general standard of conduct in pre-contract negotiations.

The third chapter discusses the CC's defective formulation of the norm regarding the amount of compensation and the possible amount of compensation in foreign countries.

The fourth chapter discusses the possible competition between the grounds of claims under CC and compares them with foreign analog.

⁵ *Tedordaze, I.*, The Principle of Freedom of Contract, Pre-Contractual Obligations Legal Review English, EU and US Law, European Scientific Journal, 13(4), 2017, 62.

I. The Meaning of the Pure Economic Loss

1. The Concept of Damage and its Types in General

There is no single specific and universal definition of damage. "In civil law, damage is the humiliation, destruction of the right or welfare of a natural and legal person"; Such a definition is made in the Georgian legal doctrine.⁶ The definition is quite general, although it is better to limit the damage to such a general definition, as its originating acts and consequences are varied. A broad definition should be acceptable, otherwise the possibility of compensation for certain types of damage would be excluded. Damage in civil law means the making of an unlawful act, which resulted in a reduction in the value of the property or other legally protected interest or a violation of its normal functioning. The causing act may be various; That is why it is necessary to introduce a general definition of damage.

Depending on the grounds for the damage, it is divided into two categories: contractual and non-contractual. Contractual damage arises from contractual relationships. In this case, the parties themselves determine the terms of the contract, and due to the breach of these terms, the party will be imposed the liability, which is often specified in the contract.⁷ Even if it is not specified in the contract, the scope of liability under the CC is quite detailed.

In the case of non-contractual damages, there is no contractual relationship between the parties, although an act done by one person causes harm to another. Damage can be inflicted on both absolute interests, such as the right to property and health,⁸ as well as only the economic situation of the party, without infringing on the protected interests.

The division of damages into contractual and non-contractual types is one of the most general categorizations. Damage, according to extent and nature, can be divided into other categories, such as positive and negative damage, reliance damages, expectation damages, etc.

One of the types of damage is also pure economic loss, which is also referred to in the doctrine as pure property damage.⁹

2. The Essence of Pure Economic Loss and its Distinguishing from other Types of Damage

The definition of pure economic loss may seem insignificant at first glance, as its nature is relatively dry and technical,¹⁰ although this issue is one of the most discussed topics in private law. There is no universal definition of pure economic loss. This should be due to the fact that legal systems do not generally define the categories of damage, the definitions are given mainly in the doctrine. Often, pure economic loss is not even singled out. Of course, this does not mean that its meaning is denied. Claims for pure economic loss are one of the most difficult categories to prove. This is where its topicality comes from. When talking about pure economic loss, the question

⁶ Chikvashvili S., Chanturia L., Zoidze B., Ninidze T., Shengelia R., Khetsuriani J., Commentary to the Civil Code of Georgia, Book IV, Volume II, Tbilisi: Law, 2001, 378.

⁷ Chitoshvili, T., Tort and some legal aspects of tort obligations, Supreme Court of Georgia, Justice, (2), 2008, 49.

⁸ Ibid.

⁹ Rusiashvili, G., Pure Property Damage - Violation of the Duty of Care or the Protective Norm? Georgian-German Journal of Comparative Law, Publishing House of the Institute of State and Law, Tbilisi, 2019, 1.

¹⁰ Palmer, V. V., Bussani, M., Pure Economic Loss: New Horizons in Comparative Law, Routledge Cavendish, London, 2008, 9.

arises how tort or pre-contractual liability can be regulated so that a person is not held too strictly liable, even if s/he breaches an obligation and harms another. There is also the question, whether contract or tort law rules should be used to compensate for the pure economic loss.¹¹

It is necessary to compare pure economic loss with other types of damage to determine its nature. The combination of the words "pure economic" and "pure property" indicates that the act causing damage affects only the economic situation of the aggrieved party. "Consequential economic loss", which is mainly called indirect damage, in its essence, means damage that is resulted from physical damage to a person or violation of a right. For example, it may be the result of physical harm to a person or thing and may include the cost of repairing an item, the expenses for medical care, etc. Proving indirect property damage is easy if it is related to physical damage.¹²

As can be seen, the main characteristic of pure economic loss is that legally protected absolute interest is not harmed. In Sweden, the Tort Liability Act provides the following definition: Pure economic loss is damage that does not involve harm to a person or his property.¹³ The aggrieved party is not physically harmed, the action directly "hits the victim's wallet".¹⁴ According to the Georgian doctrine, pure economic loss covers cases when the action leads to the reduction of the aggrieved party's property, without infringing legally protected absolute interests (property, possession, body, health, etc.).¹⁵

There are different views on compensation for pure economic loss in different countries. In many cases, compensation is quite difficult and controversial. Compensation of pure economic loss is simple if the infringed right is directly protected by Civil Code, or by a separate law such as, for example, copyright, design, and patent laws.¹⁶ This is explained by the fact that in many countries the compensation based on tort law norms is related to the violation of the protective norm, however, there are cases when the pure economic loss is not related to the directly protected legal interests. In this case, the issue of its compensation is quite problematic and needs a lot of attention.

3. Problems of Compensation for Pure Economic Loss

3.1 Causation and Over-Expansion of Liability

There are various cases of pure economic loss. They need to be considered to determine the essence of the pure economic loss and to distinguish its characteristic features. One of the forms of this damage is considered in theory to be "Ricochet damage". This is the case when physical damage is done to a person's property or item. A direct victim suffers physical damage to his or her body or property, however, there is also an indirect victim who is somewhat economically dependent on the direct victim or his or her property, and s/he suffers damage not in physical form but in economic terms.¹⁷ Other cases may be related to the blocking of the market, the roads

¹¹ Ibid.

¹² Pure Economic Loss in Europe, Cambridge Studies in International and Comparative Law, The Common Core of European Private Law, the Trento Project, *Bussani, M., Palmer, V.* eds., Cambridge University Press, Cambridge, 2003, 6.

¹³ Ibid.

¹⁴ Ibid.

¹⁵ *Rusiashvili, G.*, supra note 9, 1.

¹⁶ See supra note 12, 7-8.

¹⁷ *Palmer, V. V., Bussani, M.*, supra note 10, 16.

when even one negligent act can lead to the closure of the traffic, the roads, the market. In this case, no physical damage is done and no absolute right is violated. For example, chemicals are accidentally poured into a river, and to clean up the river, movement is temporarily banned in it, and cargo carriers suffer economically.¹⁸ Therefore, the issue of compensation is problematic, because one of the main elements of compensation is the existence of a causal link, and the causal link between the act and the result must be adequate and relevant and its scope should not be over-expanded. Otherwise, in the event of imposing an obligation to pay compensation, the person who caused the damage may be held liable too strictly, that would be unjustified.

3.2 Strict Standard of Proof of Future Damage

Pure economic loss is divided into the following categories: incurred damage and future damage. The division of pure economic loss into these types is important for practical purposes in terms of the burden of proof.

Existing, incurred damage implies that the plaintiff's finances are damaged by unprofitable costs or other economic losses, and future damage implies the loss of the finances that the person would have received if the damaging action had not taken place, for example, negotiations would not have been terminated without good reason and the contract would have been concluded. Another example of future damage is the loss of income resulting from the death of one of the players of a football club as a result of an unlawful act. A case where there is no evidence that a person would have actually received income is called a "lost chance" or "lost opportunity".¹⁹ That is, the prospect of future prosperity - lost profit - is one of the most difficult claims to prove. The difficulty is not only the lack of evidence but also the extent to which such interest is protected by a tort law or other legal provisions. The issue of incurred damage is less problematic in the sense that expenses have already been incurred and it is possible to determine the exact amount. In the event of future damages, it is important to consider the aggrieved party's expectations, how reasonable it was, and the likelihood that the aggrieved party would have received the full amount of income if the damaging action had not taken place.

4. Pure Economic Loss in a Pre-contractual Relationship

The traditional offer and acceptance scheme is preceded by a negotiation phase, which can be simple or complex, long or short. At the pre-contract stage, the parties try to find out how profitable it will be for them to enter into a contract, agree on different terms and wording of the articles of the contract, take the necessary measures to conclude the contract.²⁰ The parties assess the situation not only legally or economically but also judge each other personally, taking into account the factor of trust and good faith. At the pre-contractual stage, the party incurs certain expenses and believes that they will be reimbursed from the profit received as a result of the contract conclusion.²¹ Costs can be reflected in the purchase of equipment, expensive products, legal advice,²² as well as transportation costs.

¹⁸ See supra note 12, 12-13.

¹⁹ Ibid, 14.

²⁰ *Kiršienė J., Leonova, N.*, Qualification of Pre-Contractual Liability and the Value of Lost Opportunity as a Form of Losses, *Jurisprudencija, Mokslo darbu žurnalas*, 115(1), 2009, 224.

²¹ Ibid, 224.

²² Ibid, 222-224.

Despite lengthy negotiations, the agreement may not be signed in the end. At the negotiation stage, the parties may develop reasonable trust in each other and expectation that their expenses and time spent are related to the mutual desire to enter into a contract. Indeed, during the negotiations, based on the statements made, the actions, the amount of time spent by the party, the other party may assume that the probability of concluding a contract is high and the expenses are related to it.²³ When negotiations are terminated, there may be the talk of pure economic loss, which is reflected in both the expenses incurred and the loss of future finances that the party fails to receive. This damage does not result from the violation of legally protected absolute interest. Legal systems do not consider the right to enter into a contract to be the legally protected absolute interest in terms of liability.

In the present case, it should be taken into account whether the negotiations were conducted in good faith, whether there was an intention to cause damage, whether the parties provided information to each other. The systems of different countries impose the duty of care on the parties, which obliges them to protect each other's property interests.

In some countries, pre-contractual obligations are defined more generally, in others - more specifically.²⁴ In any case, negotiating parties need to know what action leads to liability so as not to find themselves in legal uncertainty. Even if the culpable act is proven, the plaintiff will additionally have to prove the adequacy of the causal link between the culpable act and the damage caused.²⁵ It is relatively easy to reimburse the costs incurred, although the party may claim the amount which s/he has not received because s/he neither entered into a contract with the defendant nor with any other third party. In this case, the issue of compensation extent is problematic, because, in addition to the culpable action, the current economic processes and the likelihood of development of events must be considered.

II. Types of Culpable Acts Causing Pure Economic Loss

1. General Obligations Provided by the Civil Code of Georgia

There are some shortcomings in CC. All this is due to the fact that Georgia had not had independence during the whole 20th century, only at the end of the 20th century it became possible for the country to have its own national, civil code. Mainly German norms were transposed into the Code, as this was the most acceptable for the Georgian reality,²⁶ although the German Civil Code²⁷ (BGB) was not the only foreign normative source from which the norms were transposed to the CC. Norms were also transferred from Swiss and French law²⁸.

The pre-contractual relationship as a basis for the origin of the obligation is provided for in the CC. According to article 317, II, the general duty of care also applies at the stage of preparation of

²³ *Dzlierishvili, Z., Tsertsvadze, G., Robakidze, I., Svanadze, G., Tservadze, L., Janashia, L.*, Contract Law, Meridiani, Tbilisi, 2014, 108-109.

²⁴ In England, tort law rules prohibiting the deliberate and negligent provision of incorrect information apply to pre-contractual relationships as well. See *Tedordaze, I.*, supra note 5, 68.

²⁵ *Meladze, G.*, Compensation for „Pure“ Property Loss Caused by Negligent Provision of Incorrect Information, Georgian-German Journal of Comparative Law, Tbilisi: Publishing House of the Institute of State and Law, 2020, 36.

²⁶ *Zoidze, B.*, The System and Principles of the Law of Obligations of Georgia, Aufbruch Nach Europa: 75 Jahre Max-Planck-Institut Fur Privatrecht, Mohr Siebeck, Tübingen, 1999, 1099.

²⁷ The text is available at <https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/>.

²⁸ *Zoidze, B.*, supra note 26, 1100.

the contract. And under article 317, III, a party in a negotiation may require from the other party reimbursement for expenses s/he has incurred for concluding a contract that, nevertheless, has not been concluded by reason of the other party's culpable action.

The CC affirms that the ground for the origin of the obligation is not only the contract but also the contractual negotiations. However, liability is imposed only on one specific case where a party breaches a duty of loyalty.²⁹ Besides, reimbursement for expenses incurred is only defined as the form of liability. This amount of reimbursement may be inadequate and too small due to the length of the negotiations and also the fact that the parties miss the opportunity to enter into a contract with another third party. The nature and extent of the culpable act may be so great that reimbursement alone is not fair compensation.

Article 317 refers to article 316 to determine the essence of the culpable act and extends the general obligations under the latter to pre-contractual relations. These obligations are exceptional care for the rights and property of the other party. The essence of care is not explained in details in the CC, that is another problem. It is unclear what standard of care is required from the parties. The literature suggests that care is a standard of good faith and its strictness depends on the information reserve, economic and legal risks³⁰ of the parties, although it is essential that negotiating parties do not find themselves in legal uncertainty and they know more specifically what are actions that they have to refrain from.

2. Grounds for Liability in Georgia

To qualify a relationship as the stage of preparation of a contract, it is not necessary to have active negotiations. A pre-contractual relationship is considered to be all the cases when the parties are allowed to influence each other's rights and interests.³¹ Otherwise, the party would be overburdened with the burden of proof. In order for the parties to be protected in pre-contractual relations, the law obliges them to consider each other's property interests. This is called a duty of care.

The duty of care is usually violated in a pre-contractual relationship when the negotiating party violates the norms of protection and security, the duty to provide information and loyalty. Violation of two of them - the duty to provide information, and the duty of loyalty - can cause pure economic loss only, because, by their nature, it is impossible to violate legally protected absolute interest or cause physical harm. And violation of safety and security norms can lead to both violating legally protected absolute interest (for example, damage to an item by the party before buying the item)³² and pure economic loss (for example, the negotiating party obtains confidential information from another party and then third parties obtain this information). However, the second case is mainly considered as an independent and more specific variation (disclosure or use of confidential information).

²⁹ *Vashakidze, G.*, Commentary to Article 317, field I, Commentary to the Civil Code of Georgia, Book III, *Chanturia, L., Rusiashvili, G.*, (ed.), publishing of TSU, German Corporation for International Cooperation (GIZ) United States Agency for International Development (USAID), East-West Management Institute (EMWI), Tbilisi, 2019, 32.

³⁰ *Ibid*, Commentary to Article 316, field 27, 24-25.

³¹ *Ibid*, Commentary to Article 317, field 37, 46.

³² *Ibid*.

In article 317, a specific reference is made only to the duty of loyalty, which is one of the obligations under the duty of care. If the contract is not concluded due to the fault of the party, that is reflected in the disruption of the negotiations without good reason, the duty of loyalty is violated.³³

The following elements are necessary for imposing liability: the act of the debtor at the pre-contractual stage, which gave the creditor a reasonable reliance that the contract would be concluded, the act of the creditor based on that reliance, and the opposite act of the debtor, which is contrary to that reliance.³⁴ Other pre-contractual obligations are not so specifically defined.

Regarding the duty to provide information, the doctrine does not examine in depth the variations related to this issue, more specifically what kind of obligation to provide information to each other can be imposed on the parties. In foreign countries, the issues related to the contract and its form are distinguished, it is problematic also the provision of information on the negotiations with several persons. There are no specific explanations for all these neither in the doctrine nor in the legislation.

In addition, the mere termination of negotiations is not a ground for recovering damage. Termination of negotiations is a breach of duty only when the partner has a special expectation, reliance regarding the conclusion of the contract³⁵ and, at the same time, it happens without a good reason, although there are no appropriate explanations about a good reason or reasonable expectations. Therefore, it is better to discuss foreign practice to better determine the extent of liability for breach of pre-contractual duties.

3. Circumstances Arising Liability in Foreign Countries

Circumstances arising liability under foreign law and uniform rules are mainly breach of the duty to provide information, obtaining and using confidential information, and termination of negotiations without a good reason. These obligations are derived from the general principle of care in some countries and are given in a general wording, while in some countries the origin of liability is related to more specific norms rather than a general duty.³⁶

3.1 Lack of Seriousness as a Breach of the Duty of Loyalty

Pre-contractual liability (*culpa in contrahendo*) is a peculiarity of German law. It is a kind of intermediate link between a contract and a tort. It sometimes takes on the characteristics of a contractual part, sometimes of tort law. Initially, this institute was not provided in the BGB and it was developed into a doctrine. It was only after some time that it was incorporated into the Civil Code. The most important feature of the institute is that the responsibility arises from the act of the person, which was carried out at the stage of negotiation between the parties, before the conclusion of the contract.³⁷ Its purpose is to safeguard the reliance interests of the parties. The

³³ Ibid, field 38, 46-47.

³⁴ Ibid, field 43, 49.

³⁵ Meskhisvili, K., Current Issues in Private Law: Theory and Judicial Practice, Volume I, GIZ, Tbilisi, 2020, 120.

³⁶ Fauvarque-Cosson, B., Mazeaud, D., Racine, J. B., European contract law: Materials for a Common Frame of Reference: Terminology, Guiding Principles, Model Rules, Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française., & Société de législation comparée, Sellier, European Law Publishers, Munich, 2008, 187.

³⁷ Markesinis, B., Unberath, H., Johnston, A. C., The German Law of Contract: A Comparative Treatise, 2nd ed., Hart Publishing, Oxford, 2006, 92-93.

one party to negotiation trusts the other party that the latter will not cause damage to him/her.³⁸ If s/he is still inflicted damage, s/he must also have the legal mean to restore balance.

In Germany, the duty of loyalty is violated when one negotiating party enters into the negotiations with the other party without the actual intention of concluding the contract and s/he is driven by other motives. A clear example of this could be negotiating with two or more persons when the party involved in negotiation wants to enter into the contract with only one of them, although s/he negotiates with the other person only to prove the usefulness of the subject matter of the contract to another. For example, if a rental agreement expires, the landlord wants to sell the building and negotiates with a potential buyer, while at the same time continuing to negotiate about concluding a new contract with the tenant. This is a mala fide act and the duty of loyalty is breached because the real aim of the landlord was to show to the potential buyer the usefulness of the building and the fact that s/he has other clients as well.³⁹ The liability is not caused by parallel negotiations but by starting negotiations without a real intent of concluding a contract.

As in Germany, there is also no defined liability for conducting parallel negotiations in France. However, the main thing is that the potential counterparty does not have reasonable expectation⁴⁰ and, due to the actions taken based on these expectations, no damage is inflicted.

It is also interesting to review some of the unified legal documents in Europe. Pre-contractual liability is also enshrined in the Principles of European Contract Law⁴¹ (PECL), which is a set of model rules and contains general contractual principles common to the countries of the European Union. Although the PECL recognizes freedom of contract and negotiation, if a party has been inflicted damage by the mala fide act, whether it is a mala fide conduction of the negotiation or its termination without good cause, the party causing the damage will be liable to pay damages. It is considered to be a mala fide act to start negotiations without the intention of concluding a contract.⁴² Mala fide act is also a case when the party initially has a desire to conclude a contract but loses this desire later but continues to negotiate and, ultimately, does not enter into a contract.⁴³

3.2 Termination of Negotiations Without Good Reason

In Germany, termination of negotiations without a good reason is also a breach of the duty of loyalty. However, termination of negotiations is permissible even if the party does not indicate the reason at all.⁴⁴ Termination of negotiations alone is not a circumstance causing liability. It is also necessary to have a sufficient degree of reliance by the other party, which must exist not only from a subjective but also from an objective point of view. Termination of negotiation shall result in liability only when the terminator of the negotiation has established reasonable confidence in the partner.⁴⁵ Confidence must be reasonable, coming from objective factors and not just from the

³⁸ Ibid, 93-94.

³⁹ Precontractual Liability in European Private Law (The Common Core of European Private Law), *Cartwright, J., Hesselink, M.* (eds.), Cambridge University Press, Cambridge, 2009, 64; 76.

⁴⁰ Ibid, 121-122.

⁴¹ The text is available at <https://www.trans-lex.org/400200/_/pecl/> [16.06.2020].

⁴² Article 2:301 of PECL, the text is available at <https://www.trans-lex.org/400200/_/pecl/#head_41> [16.06.2020].

⁴³ Ibid.

⁴⁴ See supra note 39, 203.

⁴⁵ *Kropholler, J.*, Teaching Commentary to the German Civil Code, 13th revised edition, *Darjania, T., Chechelashvili, Z.*, (transl.), GIZ, Tbilisi, 2014, 197.

words of the other party to the negotiation. Even if s/he says convincingly that s/he will sign the contract, it is considered that reasonable reliance still does not arise,⁴⁶ because the party should not only trust the statements of the other party and should consider other factors as well.

Unlike Germany, where there is no obligation to indicate the reason for the termination of negotiations, the reason for the termination of negotiations must necessarily be legitimate in France, for example, the acceptance of better terms.⁴⁷ It seems that in Germany a good reason is less important than the expectations of a party. In France, however, preference is given to a good reason, and the expectations of the other party are shifted to the backward. In both Germany and France, the mere statement that a contract will be necessarily concluded does not give rise to a reasonable expectation. The most important thing is that the party does not have malicious intentions and s/he does not lie to the other party about it.⁴⁸

The Principles of International Commercial Contracts⁴⁹ (UNIDROIT Principles) have been developed by the International Institute for the Unification of Private Law⁵⁰, which also provides for liability for the termination of negotiations without good reason and conclusion of negotiations in bad faith. UNIDROIT Principles are often used for reasoning in court decisions, or rules similar to these principles are provided in the legislation.

In one case, negotiations were conducted between a company manufacturing TV parts and another company. The second company checked the quality of the parts and expressed satisfaction, however during this period the price of the parts fell, which is why the potential buyer demanded a reduction in the contract price. The manufacturer company did not reduce the price, negotiations were terminated. The manufacturer claimed damages but the court ruled that no wrongdoing had taken place in the case.⁵¹ It seems that a good reason could be a changed economic situation, which would make it unjustifiable to conclude a contract, even if some conditions have already been agreed.

This reasoning is based on the prohibition of bad faith conduct in pre-contractual relationships by UNIDROIT principles. Some researchers believe that the words "duty to act in good faith" and "prohibition of bad faith conduct" are associated with different consequences. It has been suggested that the duty to act in good faith sets a higher standard than the prohibition of bad faith conduct,⁵² although some authors disagree with this view and believe that bad faith is a directly opposite concept to good faith.⁵³

It can be said that termination of negotiations should be permissible, without any liability, if the party has a good reason for doing so. Besides, an indication of a valid reason should not be

⁴⁶ See supra note 39, 204.

⁴⁷ Ibid, 200; 192-193.

⁴⁸ Ibid, 197.

⁴⁹ The text is available at <<https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2016>>.

⁵⁰ Official webpage <<https://www.unidroit.org/about-unidroit/overview>>.

⁵¹ Shaanxi Xianyang Nebula Machinery Ltd. v. Rainbow Electronics Group Inc, Supreme People's Court, The text is available at <<http://www.unilex.info/principles/case/1740>>. [16.06.2020].

⁵² Kleinheisterkamp, J., Vogenauer, S., Commentary of the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC), Oxford University Press, Oxford, 2009, 302.

⁵³ Houb, E., The Doctrine of Good Faith in Contract Law: A (Nearly) Empty Vessel?, Faculty Articles and Other Publications, 2005, 5-6.

mandatory when, due to objective circumstances, the other party could not have reasonable expectations of concluding the contract.

3.3 Breach of the Duty to Provide Information

The duty to provide information includes the duty to provide any information knowledge of which is essential to the other party depending on the relationship. In Germany, the duty to inform also implies the provision of explanations. Explanations may relate to matters relating to the contract, such as potential voidness due to its mandatory form, although this obligation only exists if there is a special legal connection between the parties, such as, for example, guardianship.⁵⁴ Otherwise, even if one of the parties knows about the protection of the form, s/he has no duty to inform, unless the special kind of relationship gives rise to a higher standard of care.⁵⁵

The duty to inform also concerns the motives of the parties to conclude the contract. A party must notify the other party of any change in his/her wishes. For example, if s/he loses interest in concluding the contract but does not notify the other party, the duty to inform will be violated.⁵⁶

In Germany, the negotiating party has no obligation to notify the other party that s/he is negotiating with another in parallel. Even if s/he knew that the business policy of the other party lies in the fact that s/he negotiates with only one person at a time, there is still no obligation to inform about parallel negotiations.⁵⁷ This obligation does not exist in France either.

The other party must be provided with the correct information. In Germany, the original purpose of the institute of pre-contractual fault was to protect a party from subsequent voidness of the transaction. This rule still applies. If a person has made a mistake in expressing his intent and then the contract became void for this reason, or its conclusion, became impossible for this reason, the person will be imposed liability. The duty of care obliges the parties to express their intent so that its content is not misunderstood by the other party.⁵⁸

3.4 Breach of Lock-out Agreement

Nowadays, there is a practice of concluding pre-contractual lock-out agreements in some countries. The parties agree not to negotiate with other contractors for some time. Violation of this agreement is considered to be an act of dishonesty, regardless of whether the legal system treats it as a valid contract. The issue is complicated if the parties orally agree on a price, although it turns out that the agreed price is much lower than an objectively fair price and, ultimately, no contract is entered into. If a party receives a better offer, a breach of the lock-out agreement is not considered to be a breach of the principle of good faith in Germany.⁵⁹ Germany considers such an agreement to have no legal force, the negotiating party should not be deprived of the freedom to conclude a contract when experts determine that the fair price of the contract is higher.

⁵⁴ *Kropholler, J.*, supra note 45, 198.

⁵⁵ See supra note 39, 319.

⁵⁶ *Ibid.*, 35.

⁵⁷ *Ibid.*, 122-123.

⁵⁸ *Markesinis, B., Unberath, H., Jonston, A. C.*, supra note 37, 94-95.

⁵⁹ See supra note 39, 162, 172-173.

In France, agreement of a lock-out type is considered to be an independent agreement. Therefore, even in the event of better terms or an unfair price, if a party violates this agreement, s/he will be held liable, however, it should be considered not only the agreement but also the damage suffered by the other party as a result of its breach, particularly serious and real damage.⁶⁰

3.5 Use of Confidential Information

PECL provides direct liability for the use of confidential information obtained by a party in a pre-contractual relationship.⁶¹

Principles, Definitions, and Model Rules of European Private Law Draft Common Frame of Reference⁶² (DCFR) that includes principles of contract law shall be also taken into consideration. The DCFR was elaborated by European private and comparative law lawyers. While it is true that the DCFR has not actually gained recognition and it is unclear whether this is a mere academic study or it aims to establish a common European civil code,⁶³ it is still used as a theoretical instrument.

The DCFR imposes an even higher standard of protection in pre-contractual relationships. Confidential information is interpreted more broadly and it is considered to be any information that has been or should have been assumed to be such by a reasonable party,⁶⁴ depending on the nature and character of the information.

Information relating to design, patent, or commercial secret is protected in Germany, even if it has not yet been registered. There are cases when during the negotiations there is a need to disclose this information in order for the other party to become interested in entering into the contract. At this time, the party has an obligation to treat the information obtained as confidential information and not to use it to the detriment of the other party. The information obtained must not be transferred to a third party.⁶⁵

3.6 Reasonable Expectations of the Party

The reasonable expectations of the party are the object of protection by pre-contractual norms. It can be caused by various factors such as the duration of the negotiations, the statements made by the other party, the agreement on most of the terms of the contract; however, there is no single standard for exactly determining what can give rise to reasonable expectation. It is not enough for a party to simply think that a contract will indeed be entered into. It is necessary that expectation to be legitimate and reasonable.⁶⁶ Most legal systems do not link liability directly to the length of the negotiations.⁶⁷ It may be taken into account but it is not the only criterion for reasonable

⁶⁰ Ibid, 170-171.

⁶¹ Article 2:302 of PECL.

⁶² The text is available at <https://www.trans-lex.org/400725/_/outline-edition-/>. [24.06.2020].

⁶³ Braut Filipović, M., Tomulić Vehovec, M., Precontractual Liability in EU and Croatian Law, HARMONIUS Journal of Legal and Social Studies in South East Europe, 1 (2012), 2012, 21.

⁶⁴ Bar, C., Clive, E. M., Study Group on a European Civil Code, Research Group on the Existing EC Private Law, Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCFR), Sellier, European Law Publishers, 2009, München, 194.

⁶⁵ See supra note 39, 346.

⁶⁶ Ibid, 456.

⁶⁷ Ibid, 229.

judgment. No specific period is set, after which the reasonable expectation will arise. Depending on the specifics of the different contracts, this term may vary. More often, it is not the duration itself that is taken into account but what progress has been made in the negotiations and whether the parties have entered into a "deep" negotiation stage.⁶⁸ At the same time, agreement on most of the terms is not considered to be a source of reasonable reliance as well, and even in this case, it is permissible to terminate the negotiations. This approach is also adopted by German practice.⁶⁹ The approach is similar to the statements made by the party. Even a clear assertion by the negotiating party that a contract will be signed is not enough to build reasonable confidence.⁷⁰

In Germany, a subjective and objective test is used to determine the reasonableness of expectations. As noted, statements made by the parties alone are not sufficient for reliance, especially when negotiations are still at an early stage and the parties have not agreed on essential terms. Thus, even if a party trusts the words of the other party, and the reliance meets a subjective test but the reliance can still not be legitimate because, under objective circumstances, it does not fit within limits of reasonableness.⁷¹

An objective precondition for the reasonableness of expectations is the performance of certain actions that serve the purpose of concluding the contract. For example, in one of the cases⁷² of the Supreme Court of Japan, a potential buyer wanted to buy a place where he would open a dental clinic. He started negotiations with the seller. He told the seller that the space for sale did not have electrical wiring and asked him to correct this defect and also change the design for the place. Even though the seller complied with the request, in the end, the contract was not signed still for the reason that the space was too small. The Supreme Court held that the seller's expectations were legitimate, reasonable. Based on this case, it can be argued that when one party to the negotiation approves the object of the contract but requests minor correction, the other party has a legitimate expectation that after the correction the contract will inevitably be concluded.

In the Netherlands, the characteristics of the principle of reasonable expectation are similar for pre-contractual relations in both private and public law. In practice, expectations cannot be legitimate when a party knows that the other party is negotiating with other persons from whom s/he receives better offers in terms of price, even if certain actions are carried out to enter into a contract. This conclusion follows from one of the cases where the company submitted an offer to the state through a tender, although the offer submitted by another company was 30% less than its price.⁷³ In addition, based on practice, it can be said that liability also depends on whether the party can pay the contract price. If the price is not initially specified but it is later turned out and the negotiating party is unable or has not envisaged paying such a high price, s/he will not be held liable if s/he cannot predict the price based on various circumstances.⁷⁴ Therefore, in order for the expectation to be legitimate, in addition to the performance of the work, the party must take into

⁶⁸ Ibid, 230.

⁶⁹ Ibid, 231.

⁷⁰ Ibid, 232.

⁷¹ Ibid, 204.

⁷² New Frontiers in Artificial Intelligence, JSAI-isAI 2012 Workshops, LENS, JURISIN, MiMI Miyazaki, Japan, November/December 2012 Revised Selected Papers, *Motomura, Y., Butler, A., Bekki, D.* (eds.), Springer-Verlag, Berlin Heidelberg, 2013, 142.

⁷³ *Schebesta, H.*, Damages in EU Public Procurement Law, Springer International Publishing, 2016, 80.

⁷⁴ Ibid, 79-80.

account the economic situation of the other participant, whether s/he can pay the offered price, and whether s/he has better offers.

To summarize, it should be noted that the breach of care in Germany is mainly related to the intention to cause damage to the party involved in the negotiation. If the existence of intent cannot be proven, it is difficult to impose liability. In Germany, a reference to a good reason is not mandatory for termination of negotiations. Unlike Germany, some other countries (e.g. Italy and Austria) associate breach of duty with termination negotiation in bad faith and, for an unreasonable excuse; Meanwhile, France focuses on the original intention to start negotiations.⁷⁵ It is not allowed to start negotiations there without a real purpose of concluding a contract.⁷⁶

3.7 Circumstances Causing Liability under Common Law

English law perceives negotiation as a business relationship that lacks social ethics provided that the parties to the relationship have the opportunity to make independent decisions and judge the possible risks. Both parties have the right to terminate the negotiations at any stage if they have the opportunity to enter into a contract with more favorable terms, or if it would be more beneficial to their business interests. There are no such general protective norms in English law as discussed above. There is no general duty of good faith, loyalty, diligence or care. Liability arises from specific norms.⁷⁷

The House of Lords in the case of *Walford v. Miles* made the following explanation: The court cannot decide whether there is a good reason for terminating the negotiations. The duty to conduct negotiations in good faith is incompatible with the principle of competitiveness of negotiations. Both parties have the right to act in their interest. The main thing is not to provide incorrect information. The negotiating party can even threaten the other party by terminating the negotiations to persuade him on better terms.⁷⁸ In the case of *Smith v. Hughes* it was held that the seller has no obligation to notify the buyer that he is mistaken in something if the mistake is caused by the seller's action.⁷⁹ In English law, good faith is an overly general duty, which is why it is neglected.

It seems that minor differences are observed in the approaches of different countries. In England, ground for liability is the use of confidential information⁸⁰, misleading a party, in particular, fraudulent misrepresentation / deceit⁸¹ and negligent misrepresentation⁸². This prohibition is not based on the principle of care but is given directly in tort law norms.⁸³

⁷⁵ See supra note 39, 62.

⁷⁶ Ibid, 29.

⁷⁷ *Xiao-Yang Li*, The Legal Status of Pre-Contractual Liability: Contrasting Responses from German and English Law, *National Taiwan University Law Review*, 2017, 135-136.

⁷⁸ *Poole, J.*, *Casebook on Contract Law*, 13th edition, Oxford University Press, New York, 2016, 70.

⁷⁹ Ibid, 87-88.

⁸⁰ Ibid, 339.

⁸¹ *Cavico, F. J.*, *Fraudulent, Negligent, and Innocent Misrepresentation in the Employment Context: The Deceitful, Careless, and Thoughtless Employer*, 20 (1), 1997, 5. Available at <<https://scholarship.law.campbell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1328&context=clr>> [24.06.2020].

⁸² Ibid, 56.

⁸³ See supra note 39, 66-67.

Despite the difference in wordings, it is clear what foreign countries and unified legal documents relate to breach of the duty of good faith and care, what is meant by good reason and the provision of information. Assessing these approaches, it can be concluded that while there is a positive duty in German and French law to take into account the property interests of the other party, in English law this duty is given in a negative form.⁸⁴

III. Extent of Compensation

1. The Extent of Compensation in Georgia - Only Expenses or More Compensation?

In foreign countries, the rules governing pre-contractual relations either do not provide for the amount of compensation at all or, conversely, the scope of compensation is generally defined, depending on certain circumstances, for all possible cases.

article 317 of the CC contains a reference only to expenses incurred but not to the lost profit receivable from an alternative contract or a transaction not concluded with the guilty party. Therefore, it is suggested that the legislator may have provided overly liberal liability and it is limited to the possibility of reimbursing expenses, otherwise it would have emphasized other cases of the scope, or would not indicate expenses at all.

The doctrine distinguishes between the concepts of positive and negative i.e. reliance interests. Compensation for negative interest is a restoration of the condition that would have existed if reliance had not been established. Negative interest refers to the reimbursement of expenses incurred, which may include hotel booking, travel expenses, attorney's fees, etc. In addition to expenses, negative interest means restoring the situation that would have existed if the damaging action had not taken place.⁸⁵

As for the positive interest, this is the income that the party would have received if the contract had been concluded and properly performed.⁸⁶ The claim for positive interest is rejected by the Georgian doctrine; According to some authors, in exceptional cases, it should be possible to recover the positive interest as well, if the aggrieved person is able to prove that if there was no the breach of the duty, s/he would be able to enter into a more favorable contract.⁸⁷ However, the positive interest is not related to any other contract. In contract law, positive interest is also called expectation interest, and it includes not only the interest of reliance but also all the chain contract profits that the victim would receive if the contract was entered into with the party causing damage⁸⁸ and not with another third party. In countries that recognize the interest of the expectation, if this requirement is met, the party must be put in the position it would have been if the contract had been concluded. This does not imply an obligation to enter into a contract, compensation for damage is simply focused on taking into account the future outcomes, as opposed to a reliance interest.⁸⁹

⁸⁴ *Xiao-Yang Li*, supra note 77, 151.

⁸⁵ See supra note 39, 112.

⁸⁶ *Vashakidze, G.*, Commentary to Article 317, 44-45th fields, supra note 29, 49.

⁸⁷ *Rusiashvili, G., Darjanian, T., Maisuradze, D.*, General Law of Obligation, Collection of Cases, Tbilisi, 2020, 21.

⁸⁸ *Craswell, R.*, Against Fuller and Perdue, University of Chicago Law Review, 67(1), 2000, 102.

⁸⁹ *Kiršienė, J., Leonova, N.*, supra note 20, 229-230.

The reliance interest may also include lost profits from a failed alternative transaction. According to the Commentary to CC, "A" instills a reasonable expectation in "B" that an apartment purchase agreement will be concluded between them. Based on this, "B" refuses to sell the same apartment to "C", while "C" was ready to buy an apartment from "B" at a higher price. The profit (positive interest) from the transaction with "C" would be 10,000 GEL, taking into account the market price of the apartment. Suddenly "A" refuses to enter into a contract, thereby violating the requirements of article 317 II, III. "A" is obliged to reimburse "B" 10,000 GEL in the form of lost profit.⁹⁰ It should be noted regarding a positive interest that its reimbursement is excluded according to Georgian doctrine; Nevertheless, in determining compensation, consideration should be given to whether the price offered by "C" was final or whether there was a likelihood that the contract price would be reduced. In addition, in foreign practice, the amount of compensation is determined by the difference between the price of the other contract concluded and the price offered by "C". In this case, at first, "B" has to enter into a contract with another person, and if s/he did not receive the profit that s/he would receive with "C", then s/he will have the right to claim compensation for the lost profit.

According to some authors, the abovementioned view is rejected by the case law⁹¹ and the reasoning is supported by the decision of the Supreme Court.⁹² In this case, the parties were negotiating a loan agreement, a mortgage agreement was signed but subsequently, the loan was not issued and the plaintiff demanded compensation for the lost profits. The Court held that reimbursement of lost profits is inadmissible.⁹³ However, it should be distinguished between lost profits which a party does not receive directly from contract not concluded with the person causing the damage and lost profits which a party does not receive from an alternative failed contract. According to the opinion expressed in the doctrine, the first of them is not reimbursable and this opinion is in line with the approach of other countries, however, the lost profit from the alternative failed contract should be considered as recoverable. The court in this case discusses the lost profits in chain that the plaintiff would have received if the contract had been entered into with the defendant. Lost profits in chain mean the profit that the aggrieved party would have received if the contract had been entered into and duly fulfilled as a necessary precondition for concluding another contract from which the person, in turn, would have received additional profit.⁹⁴ Proof of such lost profits is already difficult in the contractual context and is based on the principle of presumption, the recovering the expectation damages is even more inadmissible in the pre-contractual context.

In addition, the Court noted that, under article 317, only the obligation to conclude a contract arises.⁹⁵ Although this decision was rendered in 2003, neither the Georgian doctrine agrees with this nor the foreign approaches are similar, therefore, it can be assumed that a party does not have the claim for concluding a contract under Georgian law as well. In a relatively new practice, the Supreme Court has ruled that even in the case of a breach of the duty of loyalty, the claim to conclude a contract is inadmissible. Even if the transaction is initially concluded without

⁹⁰ *Vashakidze, G.*, Commentary to Article 317, 44-45th fields, supra note 29, 49.

⁹¹ *Meladze, G.*, supra note 25, 42.

⁹² The Decision of the Supreme Court of Georgia, March 29, 2003, Case No.3k-1156-02.

⁹³ *Nachkebia, A.*, Explanations of civil law norms in the practice of the Supreme Court, 2014, 118. Available at <http://www.library.court.ge/upload/aleko_nachkebia_final.pdf> [16.06.2020].

⁹⁴ *Stone, R., Devenney, J.*, Modern Law of Contract, Routledge, London, 2017, 475.

⁹⁵ *Nachkebia, a.*, supra note 93, 118.

observance of a form, the party still does not have the right to claim conclusion of the valid contract, s/he is only entitled to claim reimbursement of expenses incurred.⁹⁶

Regarding the amount of reimbursement of expenses, it should be noted that, even if the expenses do not serve the purpose of the contract, it is permissible to reimburse them if they are incurred based on the principle of good faith at the stage of preparation of the contract. For example, a person thinks that a neighbor will sell him land, so, with his permission, he demolishes the old fence and starts building a new one. However, later, the neighbor changes the mind and does not conclude the contract. In this case, the expenses are based on the principle of good faith, so the potential buyer has the right to have the costs of construction recovered.⁹⁷

2. The Extent of Compensation in Foreign Practice

As there is legal uncertainty in Georgia, about the extent to which damages should be compensated in pre-contractual relations, it is necessary to get acquainted with foreign uniform norms and approaches of different countries.

2.1 UNIDROIT principles and Compensation for Lost Opportunities

UNIDROIT principles provide the so-called claim for lost opportunities. It is calculated as the difference between the price of a current contract and the price of the contract not concluded with another third party. According to the example given in the commentaries, if a party enters into negotiations with the other party without the real intention of concluding the contract, only to cause damage, or because the contract not to be concluded with another third party, then s/he will have to compensate the damage. If the aggrieved party subsequently has to conclude a contract at a much lower price, the damages will be calculated by the difference between the price offered by the third party and the price of the new contract,⁹⁸ of course, if the aggrieved party receives less profit from the new contract.

Based on the UNIDROIT principles, the Supreme Court of Lithuania in the case of UAB Vingio kino teatras v. UAB Eika made an important determination regarding the amount of compensation. In the present case, the defendant was in contractual negotiations with the plaintiff for the construction of a building. A preliminary agreement was reached between them, according to which the construction of the building was to be done at 85,000 Lithuanian litas. The defendant was offered better terms and signed a contract with someone else. Over the next 3 months, the price of buildings increased dramatically, that was a proven fact. The plaintiff claimed 75,000 Lithuanian litas, because if a contract had been concluded with him, he would have been able to sell the building for 160,000 Lithuanian litas. The court of the first instance satisfied the claim in full but the appellate and cassation courts did not uphold the decision. It should be noted that the defendant offered the plaintiff another alternative building at the same price but the plaintiff refused. It was for this reason that the courts of higher instances did not satisfy the claim. They held that the damage was also the fault of the plaintiff. He did not take all measures to avoid harm. The alternative offer did not change essential terms for the plaintiff, so the court ordered the defendant to pay only 15,430 Lithuanian litas. The amount was calculated as follows: The defendant sold the initially offered building for 100,430 litas. If the plaintiff had bought this

⁹⁶ *Meskhishvili, K.*, supra note 35, 122-123.

⁹⁷ *Ibid*, 122.

⁹⁸ *Unidroit Principles of International Commercial Contracts*, UNIDROIT, Rome, 2016, 60-61.

building for 85,000 litas and sold it at the same price (100,430 litas), he would have received a profit of 15,430 litas only, that is the so-called lost opportunity.⁹⁹ According to the Lithuanian judicial opinion, the amount of compensation should be determined based on actual, proved income and not based on the expected one.¹⁰⁰ Thus, in determining the amount of compensation, in addition to the actions of the person causing the damage, the court must take into account the extent to which the aggrieved party tried to avoid the damage and whether the amount of damage was caused by other economic factors.

The UNIDROIT principles contain exceptional rules regarding positive interest. The official commentary states that if the parties directly agree in the contract to conduct the negotiations in good faith, then the claim for the fulfillment of the obligation will be positive i.e. the expectation damages can be claimed.¹⁰¹

2.2 PECL and DCFR Rules

The amount of compensation is not directly set by the PECL, although it is read in the commentaries that it is about only reliance damages, while the claim for expectation damages is excluded.¹⁰² According to the general rule of the PECL, the amount of compensation must be determined in such a way that the aggrieved party to be in almost the same condition as s/he would have been if the contract had been duly performed. This includes losses incurred by the aggrieved party and income that s/he did not receive.¹⁰³ Nevertheless, according to the PECL commentary, this is a general rule and does not apply to pre-contractual relationships,¹⁰⁴ so the expectation interest is not recoverable under the PECL either.

Neither DCFR contain information on the amount of compensation, although, according to the prevailing view, it is considered that the reliance interest is reimbursable.¹⁰⁵ It should also be noted that in the case of obtaining confidential information, the DCFR directly provides for a prohibition of its use through court.¹⁰⁶

2.3 Extent of Compensation in Germany

Paragraph 311 of the BGB, which imposes duty on the parties in pre-contractual relations, does not specify the extent of compensation for damage.¹⁰⁷ The damage shall be compensated in accordance with paragraph 249, according to which the party must restore the situation that would have existed if the damaging action had not taken place. These words mean the possibility of reimbursing a negative (reliance) interest, i.e. expenses.¹⁰⁸ However, in addition to expenses, it is acknowledged in the case law that if an aggrieved party proves that s/he could enter into

⁹⁹ UAB Vingio kino teatras v. UAB Eika, available at <<https://eteismai.lt/byla/173765238068221/3K-3-199/2007>>. [16.06.2020].

¹⁰⁰ *Kiršienė J., Leonova N.*, supra note 20, 238.

¹⁰¹ See supra note 98, 61.

¹⁰² *Busch, D., Hondius, E., Van Kooten, H.J., Schrama, W. M., Schelhaas, H. N.*, The Principles of European Contract Law and Dutch Law: A Commentary (Perspectives on Company Law), Kluwer Law International, New York, 2002,130.

¹⁰³ Article 9:502 of PECL.

¹⁰⁴ *Braut Filipović, M., Tomulić Vehovec, M.*, supra note 63, 18-19.

¹⁰⁵ *Ibid*, 22.

¹⁰⁶ Article 3:302/3 of DCFR.

¹⁰⁷ *Kropholler J.*, supra note 45, 197.

¹⁰⁸ *Ibid*, 121.

another contract, in addition to expenses the compensation may include profits from another contract that has not been concluded.¹⁰⁹ As already mentioned, the main contribution to the development of the institute of pre-contractual fault was made by the judicial practice, therefore, although the specific scope of compensation is not defined by the BGB, uncertainty does not arise, because everything is certain in court practice.

An example is given in theory to better discuss this issue: "A" learns that "C" is going to buy bookshop of "B" for 1.2 million euros. The shop is located near the shop of "A" and "A" is afraid of the competition. That is why he enters into negotiations with "B" and offers a higher price - 1.5 million euros. "B" therefore terminates negotiations with "C". After that, "A" leaves the negotiations. B finally has to make a deal with another third party for a much lower price of 1 million euros.¹¹⁰ In this case, the reliance interest will be reimbursed, which is calculated by the difference between the price of the contract not concluded with a third party and the price of the new contract, and it is equal to 0.2 million euros.¹¹¹ However, of course, other economic factors may also be taken into account, as well as the likelihood that a contract would indeed be concluded with "C" at the price initially offered.

As in Germany, French law does not allow claim for conclusion of a contract or a claim for a positive interest. However, the aggrieved party must be in the same condition as s/he would have been if the unlawful act had not taken place.¹¹² In England, however, to reimburse the reliance interest, the plaintiff must prove that, after the damaging act, s/he took all possible measures to avoid economic losses.¹¹³

In Germany, the right to claim the conclusion of a contract is excluded even when the parties enter into a formal transaction without observance of the form. The right to claim the conclusion of a real transaction may exist only in the exceptional case when an "absolutely unbearable result" comes for the aggrieved party and his economic situation deteriorates dramatically.¹¹⁴

Otherwise, if the claim relates only to reimbursement of expenses, three preconditions must be met: the guilty party convinces the other party that the contract will necessarily be concluded; The expenses for concluding a potential contract are borne and the party terminates negotiations for good cause.¹¹⁵

2.4 Compensation for Positive Interest as an Exception in Dutch law

Most countries exclude compensation of positive interest or the claim to enter into a contract. The exception is Dutch law. The Supreme Court of the Netherlands developed a special doctrine through the decision in the case of *Plas v. Valburg*.

¹⁰⁹ Principles of European Contract Law (Parts I and II), *Lando, O., Beale, H.* (eds.), The Commission on European Contract Law, Kluwer Law International, The Hague, 2000, 251; Also see German court decision, BGH 2 March 1988, NJW 1988, 2236.

¹¹⁰ *Cartwright, J., & Hesselink, M.* Eds., supra note 39, 21.

¹¹¹ *Ibid*, 37.

¹¹² *Ibid*, 31.

¹¹³ *Ibid*, 24.

¹¹⁴ *Ibid*, 318.

¹¹⁵ *Markesinis, B., Unberath, H., Johnston, A. C.*, supra note 37, 100.

The Netherlands distinguishes between three stages of negotiations, with each stage having a different liability for terminating the negotiations. In the first stage, the parties involved in the negotiations have the right to terminate the negotiations without any liability. In the second stage, termination of the negotiations is still permissible, although the party that terminates the negotiations bears the obligation to reimburse the expenses incurred by the other party. As for the third stage, the termination of negotiations at this stage is considered an act against good faith and not only the obligation to reimburse the expenses arise but also the positive or reliance interest. In the second stage, the reliance interest will be reimbursed for the termination of the negotiations, which, in addition to the costs, is considered to be the so-called "lost opportunities", that includes losses suffered by a party for losing a chance to enter into a contract with another contracting party. Also, there is an opportunity for the court to oblige the party to continue negotiations.¹¹⁶

The first stage is the initial, preliminary inquiry of each other by the parties.¹¹⁷ These are questions asked by the parties about the subject matter and price of the contract. For example, the completion of questionnaires during the negotiations related to the purchase of real estate is also considered as an inquiry, which may be related to possible disputes related to real estate, separation, water and gas wiring, etc.¹¹⁸ The second stage is considered to be the substantive negotiation phase.¹¹⁹ The Supreme Court of the Netherlands has established the characteristics of the second stage more clearly in public procurement cases, which, by analogy, also apply to private pre-contractual relations. In one case, the dispute concerned a tender. The company submitted an offer and work design to the state but the price offered by the other company was much lower, so the state rejected the first company's offer, however, it used the design offered by the first company. The court found that the situation was in line with the second stage of the negotiation, as the company had done work that was considered to be the part of the performance and the state had to make a decision to conclude a contract based on it.¹²⁰ It seems that the court considers as the second stage the cases when a part of the work provided by the potential contract is performed by the negotiating party, or the work is done to conclude the contract. Nevertheless, performance is still not enough to qualify as the third stage. In the same case, the court found that because the competing company had submitted an offer for a price 30% lower, the plaintiff company could not have a legitimate expectation that a contract would be concluded with it. The court also took into account the circumstance that even if the plaintiff had the opportunity to change the price of the offer, it would still not have lowered the price enough to equal the price offered by the other company.¹²¹ It seems that the qualification as the third stage is related to the legitimate expectation, for this, it is not enough to do part of the work but the party must also consider the budget provided by the other party for the contract. For the qualification as the third stage, the negotiations need to be coming to an end and the signing of the contract in writing should be a simple formality.¹²² Thus, for the qualification as the third stage, there should be the preliminary performance of the work and agreement on most of the terms and conditions, only resolving technical issues and observing formal procedures can be left to be done.

¹¹⁶ *Busch, D., Hondius, E., Van Kooten, H. J., Schrama, W. M., Schelhaas H. N.*, supra note 102, 130-131.

¹¹⁷ *Hogg, M.*, *Promises and Contract Law: Comparative Perspectives*, Cambridge: Cambridge University Press, 2011, 194.

¹¹⁸ *Abbey, R., Richards, M.*, *Property Law 2019-2020 (Legal Practice Course Manuals) 12th Edition*, Oxford University Press, 2019, 65-66.

¹¹⁹ *Hogg, M.*, supra note 117, 194.

¹²⁰ *Schebesta, H.*, *Damages in EU Public Procurement Law*, Springer International Publishing, 2016, 80.

¹²¹ *Ibid.*

¹²² *Schwenzer, I., Hachem, P., Kee, C.*, *Global Sales and Contract Law*, Oxford University Press, Oxford, 2012, 286.

IV. Mechanisms for Compensation

1. The Mechanism for compensation of Pure Economic Loss Caused in Pre-contractual Relationships in Georgia

In order for the reliance interest to be practically recoverable, it is unclear whether there is a competition between similar norms establishing the claim. According to the prevailing view¹²³, articles 317 and 394 of the CC should be used, however, since article 317 focuses only on expenses, it should be ascertained whether there is a theoretical possibility of damages to be compensated based on tort law rules as well, especially in some countries (in Austria, for example)¹²⁴ there is a competition between the grounds of claim.

Damage is reimbursed under article 316 II, article 317, and article 394, but, if the compensation mechanism is a set of given norms, it is unclear why article 317 only refers to expenses when it could refer to no expenses at all.

According to article 992 of the CC, A person who causes harm to another person by unlawful, intentional, or negligent action shall be bound to compensate the latter for his harm. This wording is so general that, at first glance, it may be suggested that compensation for pure economic loss caused at the pre-contractual stage is also permissible under this norm. This assumption also follows from the fact that the case law finds only one distinguishing characteristic between the tort and the pre-contractual relationship, only the negotiating party can have the pre-contractual fault, while the tort is an absolute and impersonal category and its subject can be anyone. Nevertheless, according to the prevailing view, the application of article 992 is possible when the damage is related to the violation of protective norms.¹²⁵ It is assumed that article 992 is either transposed from the old version of the French Civil Code or the norms of the Swiss law of obligations. The legislator has not left any explanatory note, nothing indicates that the source is indeed the French model.¹²⁶ Nowadays, the doctrine considers that the Georgian general clause of tort law is an analog to the norm of the Swiss tort law, therefore, the violation of legally protected absolute interests and the violation of the protective norms should be considered in the context of the unlawfulness under article 992.¹²⁷ The notion of the protective norms includes the rules of law that protect a person from a specific type of encroachment (for example, fraud). In the literature, article 316, II, and article 317 of the CC are not considered as protective norms, because they have a general character and do not provide for a specific composition.¹²⁸ Therefore, article 992, it should not be possible to recover the pure economic loss caused in the pre-contractual relations under.

As for article 394, it distinguishes between institutes of damages alongside performance and damages instead of performance;¹²⁹ In addition to the obligations under the contract, it also applies to any other obligations. According to the opinion expressed in the doctrine, it also applies to the pre-contractual obligation. And due to this, it is permissible under articles 317 and 394 to recover expenses as well as lost profits from an alternative failed transaction.

¹²³ *Meskhishvili, K.*, supra note 35, 121.

¹²⁴ See supra note 39, 21-22.

¹²⁵ *Meladze, G.*, supra note 25, 41-42.

¹²⁶ *Rusiashvili, G.*, supra note 9, 3-4.

¹²⁷ *Meladze, G.*, supra note 25, 45.

¹²⁸ *Ibid*, 42.

¹²⁹ *Vashakidze, G.*, Commentary to Article 394, field 1, supra note 29, 582.

The importance of the redress mechanism is reflected in the fact that in tort law the burden of proof falls on the creditor, and in contract law - on the debtor.¹³⁰ If we consider that the pure economic loss resulting from the pre-contractual relationship is to be compensated by tort law rules, the plaintiff would be imposed too strict burden of proof. In addition to the burden of proof, there is a difference between contractual and tort rules in relation to the limitation periods,¹³¹ qualification is also important for determining the law applicable to a contract in international private law.¹³² Therefore, compensation for damage under article 394 should be the most acceptable option.

2. Regimes and Mechanisms of Compensation in Foreign Countries

To determine which norms can be used and are more appropriate - tort or contract law - and what is the difference between them, it is desirable to discuss foreign practices.

In the pre-contractual relationship, the norms establishing a claim for damages are different in different countries. The differences are observed even in the member states of the European Union.¹³³ The countries have in common that they generally recognize this concept, although liability is imposed based on different norms. In countries where pre-contractual relations are regulated by tort law, the norms governing pre-contractual relationships do not exist separately. The origin of liability is directly related to the violation of the norm of the duty of care and the prohibition of harming others.¹³⁴ In terms of the possibility of compensation for pure economic loss, several regimes are conventionally distinguished in theory.

2.1 The Liberal Regime and France

Liberal regime countries are those countries that, at least, do not directly rule out the possibility of recovering the pure economic loss.¹³⁵ Compensation for pure economic loss is possible insofar as the norm establishing the claim does not include a complete list of legally protected interests (*numerus clausus*). In countries with a liberal regime, pure economic loss is compensated based on tort law rules rather than contract law rules.¹³⁶

¹³⁰ Ibid, field 28, 590-591.

¹³¹ If the contractual claim is related to immovable property, the limitation period is 6 years, while the limitation period for the claims in tort law is always 3 years. See Articles 129 and 1008 of CC; Claims arising from a pre-contractual fault are subject to the general terms of the contractual claims. See *Vashakidze, G.*, Commentary to Article 317, fields 49, 50, supra note 29; Limitation period that is of the contract to be entered shall apply to the claims in this case; See *Meskhishvili, K.*, Pre-Contractual Relationship, Preliminary contract, Earnest money (Comparative Legal Analysis), Georgian Business Law Review, National Center for Business Law, VI, 2017, 32. Thus, if the pre-contractual relationship is intended for real estate contract, the limitation period will be 6 years in contrast to the limitation period provided in the context of tort law.

¹³² If the relationship is qualified as contractual, then it is applied the law of the country in which a party that had to fulfill a particular contractual obligation had a habitual residence or residence of administration and in the case qualifying as a tort, it is applied the law of the country where the harmful act has happened or the protected interest has been damaged. Perhaps, thus, qualification determines a very important issue - the substantive law regime to get the final result. See No.1362 Law of Georgia on Private International Law of 1998, Articles 36 and 42. Available at <<https://matsne.gov.ge/ka/document/view/93712?publication=4>> [24.06.2020].

¹³³ *Yildirim, E.*, The Concept of Pre-Contractual Duties and a Comparison Between the Draft Common Frame of Reference, English and Turkish Legal Systems, Ankara Avrupa Calismalari Dergisi, (16), 2017, 172.

¹³⁴ Ibid.

¹³⁵ *Palmer, V. V., Bussani, M.*, supra note 10, 43.

¹³⁶ Ibid, 44.

France is one of the countries with a liberal regime. French Civil Code states that any action that harms another gives rise to the right to claim damages. It seems that an exhaustive list of protected goods is not provided by this norm, which allows for the possibility of compensation for pure economic loss. Liability is defined for both intentional and negligent act.¹³⁷ The economic damage caused at the pre-contractual stage will be also compensated based on this norm of tort law because France does not regulate the pre-contractual relationship separately. It is necessary to establish three elements: act, damage, and causation. Liability arises from a violation of a general standard of conduct.¹³⁸

There is one exception in France. Although, here the damage is compensated based on tort law rules, if the parties have signed any document in the pre-contractual relationship (which is neither a contract nor a preliminary contract), the contract law rules will be applied and not – tort law rules.¹³⁹

2.2 Pragmatic Regime

The countries of the pragmatic regime include the USA, England, and Canada. The courts will hear every case involving pure economic loss with great carefulness. Socio-economic consequences should also be taken into account during the hearing. The matter of damages is not specifically prescribed in rules and principles, torts, or absolute rights.¹⁴⁰ Nevertheless, in the countries of this regime, the tort is mainly still the establishing rule for the claim.

The regime of pre-contractual relation that is applicable in countries of common law is often referred to as no liability regime because there are no general protective duties in those countries. This does not mean that the law leaves negotiating parties unprotected. Damage caused by a mala fide act can still be compensated by tort law norms, which are, in fact, similar to the protective norms of the pre-contractual phase. The difference is that liability norms are more specific than general duties in other countries.¹⁴¹

2.3 Conservative Regime and Germany

The main characteristic of countries with a conservative regime is that they have opposite characteristics of those of a liberal regime. The norms in force in this regime are an attempt to exclude cases of compensation for pure economic damage as much as possible. This is accomplished by an exhaustive list of legally protected absolute interests in tort law norms.¹⁴²

Germany views pre-contractual relations as a specific relationship that belongs neither to the tort nor to the contract, although they are a kind of extension of contract law.¹⁴³ According to the prevailing view, pure economic loss cannot be compensated by the tort law norms of the BGB.¹⁴⁴

¹³⁷ Nedzel, N. E., A Comparative Study of Good Faith, Fair Dealing, and Precontractual Liability, Tulane European and Civil Law Forum, 12(97), 1997, 114.

¹³⁸ Cartwright, J., Hesselink, M. Eds., supra note 39, 28.

¹³⁹ Kiršienė, J., Leonova N., supra note 20, 234.

¹⁴⁰ Palmer, V. V., Bussani, M., supra note 10, 44-45.

¹⁴¹ Yildirim, E., supra note 133, 173.

¹⁴² Palmer, V. V., Bussani, M., supra note 10, 45-46.

¹⁴³ Yildirim, E., supra note 133, 173.

¹⁴⁴ Rusiashvili, G., supra note 9, 1.

According to paragraph 823 of the BGB, damages can be compensated if it is inflicted on life, body, health, freedom, property, or other rights. This norm implies legally protected absolute interests, so a contractual right cannot be considered in "other rights". The tort cannot cover the damage caused in the pre-contractual relationship because the German tort regime is too strict. It is also considered that the tort should not interfere in the regulation of an issue that is already regulated by other norms.¹⁴⁵

It has already been mentioned that the liability derives from section 2 of paragraph 311 of the BGB, which extends general obligations to pre-contractual relations as well. The claim is made regarding section 2 of paragraph 241 and paragraph 280.¹⁴⁶ Section 2 of paragraph 241 refers to general obligations and Section 1 of paragraph 280 refers to the possibility of compensation of damage for breach of duty.¹⁴⁷ Even with the theoretical possibility of filing a claim under tort law norms, it is less favorable for the plaintiff to claim on this ground.¹⁴⁸ In the tort law regime, the burden of proof falls on the plaintiff.

3. Comparative Overview

Different norms are used for the compensation of pure economic loss in pre-contractual relationships in different countries. In most cases, the amount of damages is determined by considering the price of the failed contract with a third party.

It is generally believed that a strict liability regime may hinder negotiations and business in general but conversely, if liability is not provided at all or it is too liberal, the parties will make less expenses to avoid risks, which will also hinder the progress of negotiations and will not allow the economic situation of the countries to develop.¹⁴⁹ Depending on the nature of the mala fide act, the negotiating party may be inflicted damage to such a large extent that only reimbursement of expenses is inadequate compensation, so it should not be the only sanction.

It is clear that some similarities are observed between the norms of the CC and the BGB. It can be said that article 317 of the CC and paragraph 311 of the BGB are analogs, as they extend general obligations to pre-contractual relations. In addition, they refer to general obligations, which are defined by other independent norms (article 316 II in the CC, paragraph 241 in the BGB).

At the same time, under paragraph 280 of the BGB, various types of damages are recoverable, such as damages instead of performance, compensation for damage alongside performance, and damages for delay.¹⁵⁰ It is believed that pre-contractual damages are also compensated under this norm. It seems that article 394 of the CC is in fact, similar to this norm. Therefore, we must consider that the pre-contractual damage in Georgia is recoverable under article 394 of CC. The problem lies in determining the amount of compensation. Neither BGB indeed specify the amount of specific compensation, however, it is particularly defined in doctrine and case law, however, unfortunately, there is no case law in Georgia, and the doctrine expresses various opinions.

¹⁴⁵ *Xiao-Yang Li*, supra note 77, 147-149.

¹⁴⁶ *Kropholler, J.*, supra note 45, 197.

¹⁴⁷ *Cartwright, J., Hesselink, M.* Eds., supra note 39, 33-34.

¹⁴⁸ *Markesinis, B., Unberath, H., Johnston, A. C.*, *The German Law of Contract: A Comparative Treatise*, 2nd ed. Oxford Hart Publishing, 2006, 96.

¹⁴⁹ *Cartwright, J., Hesselink, M.* Eds., supra note 39, 433.

¹⁵⁰ *Kropholler, J.*, supra note 45, 163.

As for compensation for damage under tort law, the tort law norms of the BGB regulate the damages caused by the damage of legally protected absolute interests, and article 992 of the CC deals with protective norms, and neither the protective norm nor the legally protected absolute interest is considered to be a contractual right, therefore compensation should not be allowed under these norms.

Conclusion

Negotiations are a natural phenomenon that precedes a contract. During this process, the parties assess their capabilities, the profitability of the contract, exchange information, and agree to certain terms, although they are entitled not to enter into the contract.¹⁵¹

Pure economic loss is damage that is not related to the infringement of legally protected absolute interests, which is why when initiating a lawsuit, the burden of proof is quite large. In the pre-contractual relationship, the pure economic loss is even harder to prove, as the party has to prove not only the culpable act but also an adequate causal link between the damage and the act.

Despite the principle of freedom of contract, the parties have a duty of care, which is demonstrated in various ways: the duty of loyalty, the duty to inform, and the prohibition of the use of confidential information to the detriment of the party. As an overview of foreign practices shows, to find out whether the duty of loyalty is violated, several issues should be ascertained such as the good reason for the termination of the negotiation, the duration of the negotiation, the statements made by the negotiating party and the reliance factor of the other participant. All of the above-mentioned factors should be taken into account cumulatively, the existence of any of them does not necessarily cause the liability. As for the reliance factor of the party towards the conclusion of the contract, it is necessary that the reliance to be reasonable and legitimate. The expectations of the party should be based on objective circumstances and not just the words of the other party. The criteria for the legitimacy of the expectation are the duration of the negotiations, the agreement on the terms and the work done, besides, the party must take into account the financial capabilities of the other party. The obligation to inform means to provide all the information to the other party that is necessary and related to the conclusion of the contract. The obligation to inform also implies providing the information about the motives of the party, whether s/he loses interest in concluding the contract. In exceptional cases, there may be an obligation to provide clarifications on matters relating to the contract, such as a mandatory form but only if there is a special relationship between the parties. As for confidential information, the information should be considered as confidential, even if the party does not indicate it, if it is to be assumed by the other party to the negotiation to be so, within reasonableness. The use of confidential information without the consent of the party is not allowed. Thus, to determine the culpability of the action provided in the CC, precisely these factors have to be taken into account. As in Germany, the overly strict standard of care should not be applied in Georgia and the scope of liability should not be over-extended.

Regarding the amount of damages, it should be noted that the reimbursement of expenses is directly provided by the CC and it is not a problematic issue. The main thing is that the expenses should be incurred within reasonableness and to conclude the contract. A claim for a failed potential contract is not allowed. The unified rules and the approaches of European countries

¹⁵¹ Ibid, 431.

show that it is permissible to compensate for negative interest, which includes "lost opportunities", i.e. lost profits from an alternative failed contract. It is generally believed that this is the difference between the price of a new, less favorable contract and the price of a contract not entered into with another third party when the mentioned contract was not concluded because of the culpable actions of the party causing damage; In addition to this rule, it should be taken into account other social or economic factors and the extent to which the aggrieved party tried to avoid damage. Reimbursement of the sums that the aggrieved party would have received if the contract had been concluded with the guilty party and had been duly performed is not allowed. When the parties enter into negotiations, certain expectations arise. However, it is less than the expectations arising from this contractual relationship,¹⁵² so it may be permissible to reimburse a positive interest under the contractual relationship, although this is excluded in pre-contractual relationships but compensation for lost profits that would be received from an alternative failed transaction should also be allowed in Georgia.

As for the compensation mechanism, there may be some question in relation to articles 394 and 317 of the CC but based on comparing them with the German grounds for compensation, it can be concluded that these norms establishing the claim are most acceptable for compensation of pure economic loss in a pre-contractual relationship, because article 992 only deals with damage caused by the violation of protective norms, and articles 394, 316, II and 317, II, III of the CC are similar to the norms of the BGB, based on which pre-contractual damages are compensated in Germany.

Based on the above-mentioned, it is necessary to make certain amendments to article 317 of the CC. To eliminate legal uncertainty, it is necessary to remove the wording on reimbursement of expenses from article 317 of the CC, as the current wording makes the impression that the legislator wants to limit liability only to reimbursement of expenses. The BGB indeed provides a similar wording but there the doctrine of the pre-contractual fault has been developed in court practice and the rules for determining the amount of compensation have been established as well, and in Georgia, the practice is scarce in this regard. Due to the fact that different interpretations are observed in Georgian doctrine and the court often uses doctrinal interpretations to substantiate the decision, there is a possibility of establishing the wrong approach in this regard in the case law. It would also be desirable if article 317 of the CC directly referred to the lost profits that would be received from the alternative transaction or the principle of its calculation, as well as to the circumstances that may lead to a reduction in the amount of compensation, for example, economic conditions or contributory negligence of aggrieved party. Because of the lack of practice and the confusing wording of CC, the court may not enter into such complex reasoning as it is used in determining the amount of damages abroad. As it has already been shown, there are quite complex rules for determining the amount in foreign countries, which are used to determine fair compensation, the overly strict burden does not fall on the person who caused the damage, and the compensation for the victim is adequate. Thus, the existence of a specific rule of compensation in the norm of the CC precludes the theoretical possibility for the court to establish a wrong practice in this matter. Besides, even if this shortcoming is remedied by the court practice, it may be unfair for the guilty party to be held liable for more liability than it is directly provided for by the CC.

¹⁵² Ibid, 453-454.

Article 317, III only refers to the duty of loyalty and liability for its violation is established by reimbursement of expenses. This leads to legal uncertainty, on the one hand, as if only a breach of the duty of loyalty is the basis for compensation, and, on the other hand, as if only reimbursement of expenses is permissible. While article 317 refers to the general duties set out in article 316, II, it would be better for article 317 to independently list the pre-contractual obligations in full: the duty of loyalty, the duty to provide information, and the prohibition on the use of confidential information.

Bibliography

1. *Vashakidze, G.*, Commentary to the Civil Code of Georgia, Book III, *Chanturia, L., Rusiashvili, G.*, Ed., publishing of TSU, German Corporation for International Cooperation (GIZ), United States Agency for International Development (USAID), East-West Management Institute (EMWI), Tbilisi, 2019;
2. *Willems H., Todua, M.*, Comparative Analysis of Georgian and Dutch Obligation Law, *Kvirashvili, K.* Ed., Law of Obligations, Tbilisi: Georgian Young Lawyers' Association, 2006;
3. *Kropholler, J.*, Teaching Commentary to the German Civil Code, 13th revised edition, *Darjania T., Chechelashvili, Z.*, (transl.), Tbilisi: GIZ, 2014;
4. *Meladze, G.*, Compensation for "pure" property loss caused by negligent provision of incorrect information, Georgian-German Journal of Comparative Law, Publishing House of the Institute of State and Law, Tbilisi, 2020;
5. *Meskhishvili, K.*, Current Issues in Private Law: Theory and Judicial Practice, Volume I, GIZ, Tbilisi, 2020;
6. *Meskhishvili, K.*, Pre-contractual Relationship, Preliminary Contract, Earnest money (Comparative Legal Analysis), Georgian Business Law Review, National Center for Business Law, VI, 2017;
7. *Nachkebia, A.*, Explanations of civil law norms in the practice of the Supreme Court, 2014;
8. *Rusiashvili, G., Darjania, T., Maisuradze, D.*, General Law of Obligation, Collection of Cases, Tbilisi, 2020;
9. *Rusiashvili, G.*, Pure property damage - violation of the duty of care or protective norm? Georgian-German Journal of Comparative Law, Publishing House of the Institute of State and Law, Tbilisi, 2019;
10. *Chikvashvili S., Chanturia L., Zoidze B., Ninidze T., Shengelia R., Khetsuriani J.*, Commentary to the Civil Code of Georgia, Book IV, Volume II, Law, Tbilisi, 2001;
11. *Chitoshvili, T.*, Tort and some legal aspects of tort obligations, Supreme Court of Georgia, Justice, (2), 2008;
12. *Dzlierishvili, Z., Tsertsvadze, G., Robakidze, I., Svanadze, G., Tservadze, L., Janashia, L.*, Contract Law, Meridiani, Tbilisi, 2014.
13. *Abbey, R., Richards, M.*, Property Law 2019-2020 (Legal Practice Course Manuals), 12th Edition, Oxford University Press, 2019;
14. *Bar, C., Clive, E. M.*, Study Group on a European Civil Code, Research Group on the Existing EC Private Law, Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCFR), München: Sellier, European Law Publishers, 2009;
15. *Braut Filipović, M., Tomulić Vehovec, M.*, Precontractual Liability in EU and Croatian Law, HARMONIUS Journal of Legal and Social Studies in South East Europe, (1), 2012;
16. *Busch, D., Hondius, E., Van Kooten, H. J., Schrama, W. M., Schelhaas, H. N.*, The Principles of European Contract Law and Dutch Law: A Commentary (Perspectives on Company Law), Kluwer Law International, New York, 2002;

17. Pure Economic Loss in Europe (The Common Core of European Private Law), *Bussani, M., Palmer, V.* (eds.), Cambridge Studies in International and Comparative Law, Cambridge University Press, Cambridge, 2003;
18. Precontractual Liability in European Private Law (The Common Core of European Private Law), *Cartwright, J., Hesselink, M.* (eds.), Cambridge University Press, Cambridge, 2009;
19. *Cavico, F. J.*, Fraudulent, Negligent, and Innocent Misrepresentation in the Employment Context: The Deceitful, Careless, and Thoughtless Employer, 20(1), 1997;
20. Principles of European Contract Law (Parts I and II), *Lando, O., Beale, H.* (eds.), The Commission on European Contract Law, Kluwer Law International, The Hague, 2000;
21. *Craswell, R.*, Against Fuller and Perdue, University of Chicago Law Review: 67(1), 2000;
22. *Farnsworth, E.*, Precontractual Liability and Preliminary Agreements: Fair Dealing and Failed Negotiations, Columbia Law Review, 87(2), 1987;
23. *Fauvarque-Cosson, B., Mazeaud, D., Racine, J. B.*, European Contract Law: Materials for a Common Frame of Reference: Terminology, Guiding Principles, Model Rules, Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, Société de législation comparée, Sellier, European Law Publishers, Munich, 2008;
24. *Hogg, M.*, Promises and Contract Law: Comparative Perspectives, Cambridge University Press, Cambridge, 2011;
25. *Houh, E.*, The Doctrine of Good Faith in Contract Law: A (Nearly) Empty Vessel?, Faculty Articles and Other Publications, 2005;
26. *Kleinheisterkamp, J., Vogenauer S.*, Commentary of the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC), Oxford University Press, Oxford, 2009;
27. *Kiršienė, J., Leonova, N.*, Qualification of Pre-Contractual Liability and the Value of Lost Opportunity as a Form of Losses, Jurisprudencija: Mokslo darbu žurnalas, 115(1), 2009;
28. *Markesinis, B., Unberath, H., Johnston, A. C.*, The German Law of Contract: A Comparative Treatise, 2nd ed., Hart Publishing, Oxford, 2006;
29. *Motomura, Y., Butler A., Bekki D. (Eds.)*, New Frontiers in Artificial Intelligence, JSAI-isAI 2012 Workshops, LENS, JURISIN, MiMI Miyazaki, Japan, November/December 2012 Revised Selected Papers, Springer-Verlag Berlin Heidelberg, 2013;
30. *Nedzel, N. E.*, A Comparative Study of Good Faith, Fair Dealing, and Precontractual Liability, Tulane European and Civil Law Forum, 12(97), 1997;
31. *Palmer, V. V., Bussani, M.*, Pure Economic Loss: New Horizons in Comparative Law, Routledge Cavendish, London, 2008;
32. *Poole, J.*, Casebook on Contract Law, 13th edition, Oxford University Press, New York, 2016;
33. *Schebesta, H.*, Damages in EU Public Procurement Law, Springer International Publishing, 2016;
34. *Schwenzer, I., Hachem, P., Kee, C.*, Global Sales and Contract Law, Oxford University Press: Oxford, 2012;
35. *Stone, R., Devenney, J.*, Modern Law of Contract, London: Routledge, 2017;
36. *Tedordaze, I.*, The Principle of Freedom of Contract, Pre-Contractual Obligations Legal Review English, EU and US Law, European Scientific Journal, 13(4), 2017;
37. Unidroit Principles of International Commercial Contracts, UNIDROIT, Rome, 2016;
38. *Xiao-Yang, Li*, The Legal Status of Pre-Contractual Liability: Contrasting Responses from German and English Law, National Taiwan University Law Review, 2017;
39. *Yildirim, E.*, The Concept of Pre-Contractual Duties and a Comparison between the Draft Common Frame of Reference, English and Turkish Legal Systems, Ankara Avrupa Calismalari Dergisi, (16), 2017;

40. *Zoidze, B.*, The System and Principles of the Law of Obligations of Georgia. Aufbruch Nach Europa: 75 Jahre Max-Planck-Institut Fur Privatrecht, Mohr Siebeck, Tübingen, 1999;
41. 1871 Decision of the Court of King's Bench of England on the case: *Smith v. Hughes*, LR 6 QB 597;
42. The Decision of the Supreme Court of Georgia, March 29, 2003, Case No.3k-1156-02;
43. The Decision of the Supreme Court of Lithuania, January 19, 2015, Case: UAB "Vingio kino teatras" v. UAB Eika, 3K-3-38;
44. 2008 Decision of the Supreme Court of Republic of China on the case: *Shaanxi Xianyang Nebula Machinery Ltd. v. Rainbow Electronics Group Inc*, MinErZhongZi 8;
45. The Decision of the Supreme Court of the Netherlands, June 18, 1982, Case: *Plas v. Valburg*, NJ 1983/723.

ლიტერატურის მიმოხილვა

Literature Review

კომენტარები სტატიაზე „გარიგების ფორმის მიმართ არსებული მოთხოვნების ზოგიერთი თავისებურება ამერიკულ სამართალში“¹

გიორგი ამირანაშვილის სტატიაში, „გარიგების ფორმის მიმართ არსებული მოთხოვნების ზოგიერთი თავისებურება ამერიკულ სამართალში“,¹ შემოთავაზებულია ამერიკულ სახელმწიფოებო სამართალში [ნების გამოვლენის] ფორმის როლის შესანიშნავი მოკლე მიმოხილვა. მექნება მხოლოდ რამდენიმე კომენტარი ამასთან დაკავშირებით.

ამერიკულ სამართალში [გარიგების] ფორმის, როგორც ზოგადი საკითხის, როლის განსაზღვრა შეიძლება რთული იყოს. ამერიკის შეერთებული შტატები დიდი ქვეყანაა და რამდენადაც კერძო სამართალი (მაგალითად, სახელმწიფოებო სამართალი, სანივთო სამართალი, „ტრასტის“ და ქონებრივი სამართალი), ძირითადად, განისაზღვრება შტატების და არა ფედერალურ (საყოველთაო) დონეზე, არსებობს, ფაქტობრივად, 51 სხვადასხვა იურისდიქცია (50 შტატს პლუს კოლუმბიის ოლქი, რომელსაც ასევე აქვს თავისი საკუთარი სამართალი), რაც მხედველობაშია მისაღები. ამდენად, საყოველთაოდაა ცნობილი, რომ ძნელია ამერიკის სამართლის განზოგადება. მაგალითად, მიუხედავად იმისა, რომ შეიძლება კიდევ არსებობდეს ერთი ან ორი შტატი, სადაც ზოგიერთი ხელმწიფოებო იურიდიულად სავალდებულო ხდება ბეჭდის დასმით (ან მისი ეკვივალენტით), როგორც *ამირანაშვილი* აღნიშნავს, ეს განსაკუთრებული გამონაკლისია. *ამირანაშვილის* მაგალითში მამიდის დაპირება თავისი ძმისშვილისათვის 50,000 გირვანქა სტერლინგის გადაცემის თაობაზე² უმეტეს შტატში იქნება არააღსრულებადი სახელმწიფოებო სამართლის საფუძველზე, „შემხვედრი დაკმაყოფილების“ არარსებობის გამო და ბეჭდის დასმა ვერ შეცვლის მას (თუმცა იქნება დაპირების აღსრულების მცირე შანსი სამართლიანობის [equity] საფუძველზე, პირობაზე დამყარებული ნდობის³ შესაბამისად). მიზნის მისაღწევად, ამერიკის შტატების დიდ უმრავლესობაში, მამიდამ უნდა განახორციელოს პირდაპირ ჩუქება ან დადოს კანონიერი ძალის მქონე „ტრასტი“. ამერიკულ სახელმწიფოებო სამართალში ძირითადი კითხვები უმეტესი გარიგებისათვის ფორმასთან დაკავშირებით არის ის, გამოიყენება თუ არა თაღლითობის შესახებ კანონი; სადაც ეს ასეა, უნდა იყოს შეთანხმების რაიმე წერილობითი მტკიცებულება მისი აღსრულებადობისთვის.

სხვა სირთულე, რაც *ამირანაშვილის* სტატიაშია ილუსტრირებული, არის მნიშვნელოვანი სამართლებრივი დოკუმენტების სია – ზოგი გარიგებისმიერი, ზოგი არა – რომლებსაც წაეყენება ფორმის მიმართ კონკრეტული მოთხოვნები: ესენია გადაცემადი დოკუმენტები, აკრედიტივები, უძრავი ქონების ნასყიდობის დოკუმენტები, იპოთეკის დოკუმენტები, სადაზღვევო შეთანხმებები, მიწის [ნაკვეთის ობიექტზე დადებული] გარიგება რეგისტრაციის მიზნებისათვის და ანდერძები. ამ სახის სამართლებრივი დოკუმენტებისა თუ გარიგებებისთვის შეიძლება მოითხოვებოდეს არა მხოლოდ ხელმოწერილი დოკუმენტი, არამედ ასევე (ანდერძების შემთხვევაში) ხელმოწერა

¹ სამართლისა და ფილოსოფიის პროფესორი, მინესოტას უნივერსიტეტი.

² ინგლისურიდან თარგმნა გ. ამირანაშვილმა.

³ *ამირანაშვილი*, გ., გარიგების ფორმის მიმართ არსებული მოთხოვნების ზოგიერთი თავისებურება ამერიკულ სამართალში, სამართლის ჟურნალი, 2016, №2, 69-78.

² იქვე, 75.

³ Restatement (Second) of Contracts § 90.

მოწმეების თანდასწრებით ან (გარკვეული სხვა დოკუმენტებისათვის) ხელმოწერის სანოტარო წესით დამოწმება, ან გარკვეული სავალდებულო და ამკრძალავი პირობების შესრულება (განსაკუთრებით სადაზღვევო შეთანხმებებისა და უძრავი ქონების თაობაზე გარიგებებისათვის) და ა.შ. ეს უფრო კონკრეტული დოკუმენტებისა და გარიგების ტიპებისათვის დამახასიათებელი წესებია, ვიდრე კონკრეტულად ამერიკული სახელმეპყრულებო სამართლის ზოგადი ასპექტები ან ზოგადად ამერიკული კერძო სამართალი.

კიდევ ერთხელ, ფორმალობათა კავშირი ბიზნესთან⁴ ჩახლართულია. უნიფიცირებული სავაჭრო კოდექსის (უსკ) მე-2 მუხლის (რომელიც არეგულირებს საქონლის ნასყიდობას) ერთ-ერთი მიზანი იყო, შეემცირებინა ტექნიკური წესები ნასყიდობათა აღსრულებადობის უზრუნველსაყოფად და იურიდიულად სავალდებულოდ ეღიარებინა შეთანხმებები, რომლებსაც მხარეები განიხილავდნენ სავალდებულოდ მაშინაც კი, როცა დამატებითი ფორმალობები არ იყო დაცული. მეორე მხრივ, ზოგიერთ საწარმოს დღეს ცუდი დამოკიდებულება აქვს სამართლებრივი დოკუმენტების ინტერპრეტაციის კონტექსტური მიდგომისადმი, რაც უსკ-ის მე-2 მუხლით, ასევე მხარდაჭერილი რწმენით, რომ მეტი ტექსტობრივი მიდგომა (ზოგჯერ „ფორმალისტურად“ დახასიათებული) უკეთ ერგება პროგნოზირების შესაძლებლობას, რასაც საწარმოები უპირატესობას ანიჭებენ თავიანთ გარიგებებში.

მართალია, როგორც *ამირანაშვილი* შენიშნავს,⁵ სასამართლოებს ამბივალენტური დამოკიდებულება აქვთ თაღლითობის შესახებ კანონისადმი, რისი მაგალითიცაა გამონაკლისები, რომლებიც მათ შექმნეს მისი გამოყენებისას. მეორე მხრივ, როგორც *ამირანაშვილის* შეჯამებაშია ილუსტრირებული, ეტყობა, საკანონმდებლო ორგანოებს აქვთ უფრო პოზიტიური შეხედულება: მათ შექმნეს შტატების სამართალში ახალი თაღლითობის შესახებ კანონები (წერილობითი მოთხოვნები გარიგებათა კონკრეტული კატეგორიებისათვის) ასობით ტიპის გარიგებებისათვის; ასევე, როდესაც უსკ-ის მე-2 მუხლი შემუშავდა, შემდგენლებმა საგანგებოდ უარყვეს შეთავაზება თაღლითობის შესახებ კანონის უგულვებელყოფაზე (ამის საპირისპიროდ, როდესაც, არცთუ დიდი ხნის წინ, საქონლის საერთაშორისო ნასყიდობის შესახებ გაერთიანებული ერების ორგანიზაციის კონვენცია შემუშავდა, თაღლითობის შესახებ კანონი არ ყოფილა გათვალისწინებული; მიუხედავად ამისა, კონვენცია აძლევს მარატიფიცირებელ ქვეყნებს არჩევანის გაკეთების შესაძლებლობას, შეინარჩუნონ თავიანთი საკუთარი თაღლითობის შესახებ კანონი საქონლის საერთაშორისო ნასყიდობისათვის და საკმაოდ ბევრმა ქვეყანამ არჩია ამის გაკეთება).

როგორც *ამირანაშვილის* შესანიშნავ მოკლე სტატიაშია შეჯამებული, სხვადასხვა სახის ფორმის მიმართ მოთხოვნა კვლავ მნიშვნელოვანია – თუ ჰომოგენურად შეიძლება ჩაითვალოს – მთელს ამერიკულ კერძო სამართალში.

⁴ *ამირანაშვილი*, გ., დასხ. ნაშრომი, 1-ლი სქ., 73-75.

⁵ იქვე, 75-76.

Comments on “Some Characteristics of Formal Requirements for a Legal Transaction in American Law”

Giorgi Amiranashvili's article, “Some Characteristics of Formal Requirements for a Legal Transaction in American Law”¹ offers an excellent brief overview of the role of formality in American transactional law. I have just a few comments to offer.

Determining the role of formality in American law as a general matter can be difficult. The United States of America is a large country, and as private law (e.g., contract law, property law, the law of trusts and estates) is primarily determined at the state, rather than the federal (country-wide) level, there are effectively at least 51 different jurisdictions (the 50 states plus the District of Columbia, which also has its own law) to consider. It is thus notoriously hard to generalize about American law. For example, though there may still be a state or two where some contracts are made legally binding by a seal (or its equivalent), as *Amiranashvili* points out, this is highly exceptional. *Amiranashvili's* example of the aunt's promise of £50,000 to her nephew² would be unenforceable in most states as a matter of contract law due to lack of “consideration,” and a seal would not change that (though there would be a small chance of enforcing the promise in equity under promissory reliance³). To affect her purpose in the vast majority of American states, the aunt would have to make an outright gift, or set up a valid trust. In American contract law, the main questions about formality for most transactions is whether the Statute of Frauds applies; where it does there must be some written evidence of the agreement for it to be enforced.

The other complication, one that *Amiranashvili's* article illustrates, is the list of important legal documents – some transactional, some not – that have specific formality requirements: these include negotiable instruments, letters of credits, real estate sales documents, mortgages, insurance agreements, recording of land transactions, and wills. These sorts of legal documents or transactions may require not only a signed writing but also (in the case of wills) witnesses to the signature or (for certain other documents) the notarization of the signature; or certain mandatory and prohibited terms (especially for insurance agreements and real estate transactions); etc. These are rules peculiar to those particular documents and transaction types, rather than general aspects of American contract and property law in particular or American private law in general.

The relationship of formality to business⁴ is, once again, complicated. One of the purposes of article 2 of the Uniform Commercial Code (UCC) (covering sales of goods) was to reduce technical rules for the enforcement of sales, and to recognize as legally binding arrangements the parties treated as binding, even if additional formalities were not met. On the other hand, some businesses today dislike the contextual approach to interpreting legal documents that UCC article

* *Frederick W. Thomas* Professor of Law and Philosophy, University of Minnesota.

¹ *Amiranashvili, G.*, Some Characteristics of Formal Requirements for a Legal Transaction in American Law, *Journal of Law*, No. 2, 2016, 55-62.

² *Ibid.*, 59.

³ Restatement (Second) of Contracts § 90.

⁴ *Amiranashvili, G.*, *supra* note 1, 2016, 58-59.

2 also promotes, believing that a more textualist approach (sometimes described as “formalistic”) better suits the predictability businesses prefer in their transactions.

It is true, as *Amiranashvili* observes,⁵ that courts have an ambivalent attitude towards the Statute of Frauds, exemplified by the exceptions they have created to its application. On the other hand, as *Amiranashvili’s* summary illustrates, legislatures seem to have a more positive view: they have created in states laws new Statutes of Frauds (writing requirements for particular categories of transactions) for literally hundreds of types of transactions; also, when article 2 of the UCC was drafted, the drafters expressly rejected the suggestion to leave out the Statute of Frauds (by contrast, when the CISG was more recently drafted, no Statute of Frauds was included; however, the CISG allows ratifying countries the option to maintaining their own Statute of Frauds for international sales of goods, and a number of countries have chosen to do so).

As *Amiranashvili’s* fine short article summarizes, formal requirements of different kinds remain important – if evenly – throughout American private law.

⁵ *Ibid.*, 59-60.

ფორმის მიმართ მოთხოვნათა ფუნქციური ტრანსფორმაცია: კომენტარი გიორგი ამირანაშვილის სტატიაზე „გარიგების ფორმის ფუნქციები“**

1. თავის სტატიაში¹, გ. ამირანაშვილი იძლევა იმ ფუნქციების საინტერესო და დეტალურ განმარტებას, რომლებიც კერძო სამართალში ფორმის მიმართ მოთხოვნებს მიეწერება. მის ნაშრომში არის მცდელობა, მოხდეს ამ თემის უნივერსალიზაცია და განისაზღვროს ის უმთავრესი მიზნები, რომლებიც საერთოა ფორმის მიმართ მოთხოვნებისათვის სამართლის ევროპულ ტრადიციაში, კონკრეტული იურისდიქციის მიუხედავად. ამიტომ ანალიზი ეფუძნება ევროპული კერძო სამართლისა და ტრადიციის შესახებ ფუნდამენტური ნაშრომების ფართო სპექტრს (მათ შორის, გერმანული პანდექტური ტრადიციის ძირითად ნაშრომებს).

სტატიაში იდენტიფიცირებულია სწორედ ფორმის მიმართ მოთხოვნებთან დაკავშირებული ძირითადი მიზნები და არის მათი სხვადასხვა კრიტერიუმის შესაბამისად კლასიფიცირების მცდელობა; თუმცა მისი მიზნები არ შემოიფარგლება ფუნქციების მარტივი კლასიფიცირებითა და კატალოგიზაციით. ავტორი ცდილობს, საგულდაგულოდ გამოიკვლიოს ფორმის მიმართ მოთხოვნების უკან მდგომი ფუძემდებლური კონცეფციები, ისევე, როგორც ის წანამძღვრები, რომლებიც განაპირობებს თითოეულ განხილულ ფუნქციას. აქედან გამომდინარე, სტატია შეიძლება სასარგებლო იყოს და ყოვლისმომცველ სახელმძღვანელოდ გამოდგეს კერძო სამართალში ფორმის მიმართ მოთხოვნების პრობლემებთან დაკავშირებით. სახელდობრ, იგი იმ ფუნქციური საფუძვლების ფართო განმარტებაა, რაც ამართლებს კერძო სამართლებრივი ურთიერთობების მოწესრიგებას ფორმის მიმართ მოთხოვნების მეშვეობით.

ფორმის მიმართ მოთხოვნათა „ფუნქციური“ კონცეფცია – ადრინდელი კონსტიტუციური ხედვის² საწინააღმდეგოდ – ევროპულ სამართლებრივ ტრადიციაში ხანგრძლივი ევოლუციის მეშვეობით განვითარდა, რაც რამდენიმე საუკუნე გრძელდებოდა. გ. ამირანაშვილის ტექსტი აღწერს ამ ფუნქციების ნაკრებს მისი განვითარების პიკში.

თუმცა უდავოა, რომ ევოლუცია, რომელმაც გამოიწვია ფუნქციების ეს ნაკრები – ვუწოდოთ მას „კლასიკური“ – მაინც შორს არის ამომწურავი და საბოლოო კონცეფციისგან. ფორმის მიმართ მოთხოვნები, როგორც კერძო სამართლის მომწესრიგებელი ინსტრუმენტი, თითქმის მუდმივად ცვალებადია, რაც არა მხოლოდ მათ საკანონმდებლო სახეცვლილებას, არამედ, ასევე ფუნქციურ საფუძველს ეხება. ეს მიმდინარე ცვლილებები ჯერ კიდევ საკმაოდ განუსაზღვრელია და საბოლოოდ არ არის დასაბუთებული ევროპულ იურისდიქციებში. ფორმალობების კლასიკური საფუძვლების სიღრმისეული განხილვის პერსპექტივიდან, რაც გ. ამირანაშვილის მიერ არის შემოთავაზებული, ეს ახალი

* *მაქს პლანკის* სახ. საზღვარგარეთის ქვეყნებისა და საერთაშორისო კერძო სამართლის ინსტიტუტის უფროსი მეცნიერ-თანამშრომელი, პოლონეთის მეცნიერებათა აკადემიის იურიდიულ მეცნიერებათა ინსტიტუტის ასისტენტ პროფესორი და საინფორმაციო საზოგადოების პროექტის (იელის სამართლის სკოლა) აფილირებული მკვლევარი.

** ინგლისურიდან თარგმნა გ. ამირანაშვილმა.

¹ *ამირანაშვილი, გ.*, გარიგების ფორმის ფუნქციები, „სამართლის ჟურნალი“, 2016, №1, 48-61.

² იბ., მაგალითად, *Flume, W.*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Vol. 2, Das Rechtsgeschäft, Berlin-Heidelberg-New York, 1979, 244.

ფენომენები მაინც იმსახურებს გარკვეულ ყურადღებას. ამ საკითხებიდან სამი მათგანი ჩანს განსაკუთრებულად აღნიშვნის ღირსი და ქვემოთ მოკლედ იქნება განხილული.

2. მიმდინარე ცვლილების უკან მდგომმა მთავარმა მიზეზმა ღრმად მოიკიდა ფეხი კერძო სამართლის სოციალურ გარემოში მომხდარ გარდაქმნებში, რაც განსაკუთრებით ეხება სახელშეკრულებო სამართალს. ფუნქციური პერსპექტივიდან, ფორმის მიმართ მოთხოვნები რჩება კერძო სამართლის სფეროში ერთ-ერთ ყველაზე „სოციალურად ორიენტირებულ“ მოწესრიგების ინსტრუმენტებად. ისინი განუყოფლად არის დაკავშირებული კონკრეტულ საზოგადოებაში, კონკრეტულ დროსა და ადგილას განვითარებულ საკომუნიკაციო სქემებთან. ეს მჭიდრო სიახლოვე გადამწყვეტ როლს თამაშობს მიზნებისათვის, რომლებიც ფორმის მიმართ მოთხოვნების შინაარსშია და, შედეგად, მათ საკანონმდებლო დიზაინსაც განაპირობებს. ერთ-ერთი ყველაზე თვალსაჩინო მაგალითი ამასთან დაკავშირებით არის „წერილობითი“ ფორმის მიმართ მოთხოვნის ტრადიციული კონცეფცია (Schriftform)³, რომელიც ევროპულ იურისდიქციებში საყოველთაოდ არის ცნობილი, როგორც ქაღალდზე (ან მსგავს მატარებელზე) გადატანილი განცხადება ალფაბეტურ ან ციფრულ სიმბოლოებში, რომელსაც თან ახლავს საკუთარი ხელით შესრულებული ხელმოწერა. ეს მოთხოვნა სიმბოლურად შეიძლება, იქნეს მიჩნეული ფორმის მიმართ მოთხოვნების კლასიკური ცნებისათვის, რომელიც აერთიანებს მათი ფუნქციების უმრავლესობას, რაც საგულდაგულოდ არის გაანალიზებული გ. ამირანაშვილის მიერ. თუმცა ამ ფორმის პრაქტიკულ მნიშვნელობას ღრმად აქვს ფეხი მოკიდებული იმ შინაარსში, რაც სოციალურ ურთიერთობებში ქაღალდის დოკუმენტსა და ხელმოწერასთან არის დაკავშირებული. მაგალითად, ხელმოწერის დასმა, რომელიც საზოგადოდ ცნობილია, როგორც ფორმალური აღიარების აქტი, რომ კონკრეტული განცხადება საბოლოო და სერიოზულია (რაც შეიძლება დაკავშირებული იყოს გ. ამირანაშვილის მიერ განხილულ „განზრახვის სერიოზულობის ფუნქციასთან“).

შედეგად, სოციალური კომუნიკაციებისა თუ საბაზრო პრაქტიკის სფეროში სიღრმისეული ცვლილებები იწვევს ასევე მნიშვნელოვან ცვლილებებს ფორმის მიმართ მოთხოვნების სფეროშიც. გარიგებების უდიდესი წილი დღეს იდება მხოლოდ „ონლაინ“, კლასიკური გაგებით, რაიმე დოკუმენტის შექმნის გარეშე. აქედან გამომდინარე, ასევე ხელმოწერა ან ფორმის სხვა ტიპური ელემენტები არ არის გამოსადეგი ელექტრონულ კომერციაში, ამიტომ ამ სფეროს სათანადო მოწესრიგება მოითხოვს ისეთი თავისებური ინსტრუმენტების განვითარებას, რომლებიც ფორმალობების კლასიკური მომწესრიგებელი მიზნიდან საკმაოდ განსხვავდება. ამ სფეროში არსებული შეკითხვებისა და ეჭვების ოდენობა ჯერ კიდევ ბევრად აღემატება საიმედოდ მომწესრიგებელი ინსტრუმენტების ნაკრებს⁴. ამის გამო, რამდენიმე გამონაკლისის გარდა, ელექტრონულ კომერციაში არ არის აღიარებული ტრადიციული ფორმალობები, თუმცა, ამავე დროს, იგი შეიძლება ადვილად არ დაექვემდებაროს რომელიმე ალტერნატიულ ტექნიკას, რომელსაც შეუძლია იგივე ფუნქციების შესრულება. შედეგად, ხელშეკრულების „ონლაინ“ სფერო თვითმოწესრიგების სხვადასხვა ტიპისათვის რჩება თავისუფალ სათამაშო მოედნად (მათ შორის, მაგალითად, ხელშეკრულების დასადებად კონკრეტული ალგორითმების, ოფერტზე თანხმობის გამოხატვის გზების შემოღება და ა.შ.). როგორც თანმხლები შედეგი, ფორმის მიმართ მოთხოვნების კლასიკური ფუნქციების ნაკრები საკმაოდ მოძველებული და ძნელად გამოსაყენებელი შეიძლება აღმოჩნდეს ამ სფეროში.

³ იხ., მაგალითად, გერმანიის სამოქალაქო კოდექსის 126-ე პარ. (ამ ფორმის მოწესრიგების ერთ-ერთი ძირითადი მოდელი ევროპულ სამართლებრივ კულტურაში).

⁴ იხ., მაგალითად, De Franceschi, A., The EU Digital Single Market Strategy in Light of the Consumer Rights Directive: The „Button Solution“ for Internet Cost Traps and the Need for a More Systematic Approach, Journal of European Consumer and Market Law, 2015, No. 4, 145 f.

3. ზემოხსენებულის გარდა, ევროპული კავშირის სამართლებრივ სივრცეში, ფორმის მიმართ მოთხოვნებმა ამჟამად შეიძინა სხვა განზომილება: ისინი ფართოდ განიხილება, როგორც ბაზრის სუსტი მონაწილის (მომხმარებლის – ევროპული კავშირის სამართლის მნიშვნელობით) დაცვის ინსტრუმენტი. ფორმალობები აქ უნიკალურ და განსაკუთრებულ როლს თამაშობს, რაც თითქმის უპრეცედენტოა ფორმის მიმართ მოთხოვნებისადმი კლასიკურ მიდგომაში. უმეტეს შემთხვევაში, ისინი მჭიდროდ არის დაკავშირებული ბიზნეს სუბიექტების მიერ დაწესებული ფაქტების სრულად გამჟღავნების ვალდებულებასთან და წარმოადგენს ევროპული კავშირის სამომხმარებლო ბაზრის მარეგულირებელი პოლიტიკის – „დაცვა ინფორმირების გზით“ – ქვაკუთხედს. ფორმის მიმართ მოთხოვნები, ამ პერსპექტივიდან, გამიზნულია ინფორმაციის ნაკადისა და მომხმარებლის მხრიდან მისი უკეთესი აღქმის გაიოლებისთვის⁵.

ფორმის კლასიკური კონცეფციის საწინააღმდეგოდ, შესამჩნევია, რომ ფორმალიზების ობიექტი არის არა ნების გამოვლენა (ე.ი. განცხადებები, რომლებიც გამიზნულია პირდაპირი სამართლებრივი შედეგების გამოსაწვევად), არამედ ფაქტების კონსტატაცია (კონკრეტულ გარემოებებზე ინფორმაციის შეტყობინება, რაც მოითხოვება ფაქტების სრულად გამჟღავნების მოვალეობით). გარდა ამისა, ევროპული კავშირის სამომხმარებლო სამართალი აწესებს ასევე უნიკალურ მოთხოვნებს ფორმის მიმართ. ამასთან დაკავშირებით, ყველაზე თვალსაჩინო მაგალითი შეიძლება იყოს „მყარი მატარებლის“ მოთხოვნა, რომელიც თანამედროვე სამომხმარებლო კანონმდებლობაში გამოიყენება ინფორმირების ვალდებულების შესრულების სახედ.

ეკოლუციის ყველა ეს კვალი მნიშვნელოვნად ცვლის კერძო სამართალში ფორმის მიმართ მოთხოვნების კლასიკურ სახეს. მოკლედ, ისინი აძლიერებს კერძოსამართლებრივ ურთიერთობებში ფორმის მნიშვნელობას, მიუხედავად იმისა, რომ ფოკუსირდება შეთანხმების დადების განსხვავებულ ეტაპებზე და იყენებს კლასიკური კერძო სამართლისგან განსხვავებულ საკანონმდებლო კონსტრუქციებს. განსახილველი მოვლენები ხშირად მოიხსენიება, როგორც „ახალი ფორმალიზმი“ ან „ფორმალიზმის რენესანსი“ კერძო სამართალში⁶. ბოლოდროინდელი მოვლენების ფუნქციური ასპექტები, რომლებიც მიმართულია ინფორმირებულობასა და სიფრთხილით მოქმედებაზე, არის ფორმის ერთ-ერთი ყველაზე მნიშვნელოვანი ტრანსფორმაციის ათვლის წერტილი, რაც ჯერ კიდევ არ დასრულებულა და არც მთლიანად არის განსაზღვრული.

4. ბოლოს, თუმცა საყურადღებოდ, თანამედროვე ბაზარი, როგორც ჩანს, ეძებს ფორმის მიმართ მოთხოვნების ალტერნატივებს, რომლებიც შეცვლის მათ ფუნქციებს. ეს განსაკუთრებით ეხება ელექტრონულ კომერციას, სადაც ხელშემკვრელი მხარეებისათვის ხელმისაწვდომი ტექნიკური მოწყობილობების სპეციფიკურობა სხვადასხვაგვარი ინსტრუმენტის განვითარების შესაძლებლობას იძლევა, რომლებიც, ზოგიერთ შემთხვევაში, არ არის დაკავშირებული კლასიკური გაგებით რაიმე სახის ფორმალობებთან.

განსახილველი ზომები განსაკუთრებით გამოსადეგია მხარეთა შორის ნდობის უზრუნველყოფის თვალსაზრისით; ბევრ შემთხვევაში, ხელშეკრულება იდება მხოლოდ ელექტრონული ხელსაწყოების მეშვეობით და, აქედან გამომდინარე, აკლია კონტრაქტის იდენტობისა და სხვა თანმხლები ნიშნების სარწმუნო მტკიცებულება. ტრადიციულ ურთიერთობებში ბევრი ეს ნაკლი დაძლეულია ფორმის მიმართ

⁵ იხ. ასევე, *Mankowski, P.*, Information and Formal Requirements in EC Private Law, *European Review of Private Law*, 2005, No. 5, 781.

⁶ შდრ., სხვებს შორის, *Mankowski, P.*, Formvorschriften und Europäisches Privatrecht, *Schulte-Nölke H., Schulze R.* (eds.), *Europäisches Vertragsrecht im Gemeinschaftsrecht*, Köln, 2002, 184-191, 182; *Venosta, F.*, *Profili del neoformalismo negoziale, con particolare riguardo alle forme telematiche ed al precetto di trasparenza*, *Tre studi sul contratto*, Milan, 2008, 93.

მოთხოვნებით, რომლებიც მხარეთა განცხადებების დადასტურების საშუალებას იძლევა და ნათლად ამტკიცებს განსაზღვრულ ძირითად გარემოებებს (როგორცაა სახელი, ბაზარზე მონაწილეობის სამართლებრივი ფორმა და ა.შ.). ამ ხარვეზების საპასუხოდ, თანამედროვე ელექტრონული კომერცია ქმნის კონტრაპენტების დამარწმუნებელ და ბაზრისადმი ნდობის ზრდის სხვა საშუალებებს. ისინი ახდენს ფორმის მიმართ მოთხოვნების სუბსიდირებას, ჩვეულებრივ, არსებით, ვიდრე უბრალოდ ფორმალურ ელემენტებზე ყურადღების გადატანით. მათი მკაფიო მაგალითი შეიძლება, იყოს სარეიტინგო სისტემა, რომელიც ფართოდაა გავრცელებული, მაგალითად, ონლაინაუქციონებსა (მაგალითად, eBay) თუ სხვა ტიპის პლატფორმებზე (როგორცაა Air B'n'B). კონკრეტული მიმწოდებლისა თუ კლიენტის სტატუსი დგინდება ამ სქემების საფუძველზე, ქსელზე დაფუძნებული გზით, სხვა ხელშემკვრელი პარტნიორების მიერ გაკეთებული ინდივიდუალური შეფასებების შედეგის შესაბამისად⁷.

5. საერთო ჯამში, გ. ამირანაშვილის ნაშრომი ფუნდამენტურ დაკვირვებებს იძლევა კერძო სამართალში ფორმის მიმართ მოთხოვნების სფეროსთვის. იგი აღწერს ამ ფუნქციებს მათი კარგად განვითარებული, „კლასიკური“ ფორმით. სტატიაში შემოთავაზებულია ფორმის მიმართ მოთხოვნების ფუნქციური სტრუქტურის ფართო და დეტალური ახსნა, რომელიც, ავტორისეული ნათელი განმარტებით, ფორმის მიმართ მოთხოვნების კერძო სამართლის მოწესრიგების ინსტრუმენტად დადგენის წანამძღვარს წარმოადგენს. მოცემული მოკლე კომენტარები ზემოხსენებული ფუნქციებისათვის განსხვავებული განზომილების დამატებას ისახავდა მიზნად, ფორმის სფეროში ახალ ფენომენებზე ყურადღების გამახვილებით. უდავოდ, ისინი თითქმის აბსოლუტურ ცვლილებებს შეიტანს ფორმალობების ფუნქციურ საფუძველში, მიუხედავად იმისა, რომ მათი ზუსტი გავლენა და ფორმა ჯერ კიდევ საკმაოდ ბუნდოვანი ჩანს და შემდგომი გამოკვლევის ასპარეზად უნდა დარჩეს.

⁷ შდრ., ასევე, Busch, C., Towards a „New Approach” in European Consumer Law: Standardisation and Co-Regulation in the Digital Single Market, Journal of European Consumer and Market Law, 2016, No. 5.

Functional Transformation of Formal Requirements: A Comment on the “Functions of the Form of Transaction” by *Giorgi Amiranashvili*

1. In the present article¹, *G. Amiranashvili* gives an interesting and thorough account of functions attributed to formal requirements in private law. His contribution tends to universalize this topic and identify the overriding aims that are common for formal requirements in the European legal tradition, regardless of a particular jurisdiction. The analysis has been grounded, hence, on a broad selection of fundamental works on the European private law and its tradition (including i.e. the core works of the German pandects tradition).

The article identifies precisely the main aims associated with formal requirements and tries to categorize them according to various criteria. Its aims do not cease, however, at simple categorization and cataloging of functions. The author tries to investigate thoroughly the underlying concepts behind formal requirements as such, as well as underpinning assumptions framing each of the discussed functions. Therefore, the article can serve as a useful and comprehensive guide to the problem of formal requirements in private law. It presents, in particular, a broad explanation of functional rationale, justifying regulation of private law dealings through formal requirements.

The “functional” concept of formal requirements – as opposed to the previous “constitutive” (“absolute”) view² – has been developed through a long evolution in the European legal tradition, lasting for a few centuries. The text of *G. Amiranashvili* portrays the set of these functions at a peak of its development.

Beyond a doubt, however, the evolution that led to this set of functions – call it “classical” – is, however, far from being closed and final. The concept of formal requirements, as a regulatory tool in private law, keeps changing almost permanently, which pertains not only to their legislative design but also to their functional background. These current alterations are still quite undefined and did not substantiate finally in European jurisdictions. From the perspective of in-depth scrutiny of the classical fundamentals of formalities, provided by *G. Amiranashvili*, these new phenomena deserve, however, some attention. Three of these issues seem particularly attention-worthy and will be discussed briefly below.

2. The predominant reason behind this ongoing alteration is deeply rooted in the transformations occurring in the social environment of private law, with particular regard to the law of contracts. From the functional perspective, formal requirements remain one of the most “socially-oriented” tools of regulation in the private law realm. They are inseparably linked with the communicative schemes developed in a particular society in a particular time and place. This close intersection

* Senior Research Fellow at *Max Planck* Institute for Comparative and International Private Law, Assistant Professor in the Institute of Law Studies of the Polish Academy of Science and Affiliated Fellow at the Information Society Project (Yale Law School).

¹ *Amiranashvili, G.*, Functions of the form of Transaction, *Journal of Law*, 2016, №1, 42-53.

² See e.g. *Flume, W.*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Vol. 2, Das Rechtsgeschäft, Berlin-Heidelberg-New York, 1979, 244.

plays a crucial role in the regulatory goals that are obtainable through formal requirements and – consequently – their legislative design. One of the most illustrative examples in this respect is the traditional concept of “in writing” formal requirement (Schriftform)³, recognized commonly in European jurisdictions as a statement put on paper (or similar medium) in alphabetic or numeric characters, accompanied by a handwritten signature. This requirement can be perceived as emblematic for the classical notion of formal requirements, incorporating most of their classical functions – analyzed thoroughly by *G. Amiranashvili*. The practical gravity of this form is, however, deeply rooted in the meaning associated with the paper document and signature in social dealings. For instance, putting a signature is commonly recognized as an act of formal recognition that a particular declaration is final and solemn (which can be associated with the “function of serious intention” discussed by *G. Amiranashvili*).

As a consequence, profound changes in the sphere of social communication or market practice entail also significant changes in the sphere of formal requirements. A vast number of transactions is concluded contemporarily merely online, without producing any documents in the classical sense. Consequently, also signature or other typical elements of the form are not feasible in e-commerce. Proper regulation of this sphere requires, hence, developing peculiar tools – quite apart from the classical regulatory design of formalities. The number of questions and doubts in this sphere still exceeds far the set of reliable regulatory instruments⁴. Therefore, with some exceptions, e-commerce does not accept traditional formalities – at the same time, however, it may not be easily subordinated to any other regulatory technique that may perform the same functions. As a result, the sphere of online contracting remains a playground for various types of self-regulation (including e.g. introduction of particular algorithms of contracting, ways for expressing consent for an offer, etc.). As a further result, the classical set of functions of formal requirements may occur quite obsolete and hardly obtainable in this area.

3. Apart from the aforementioned, in the legal domain of the European Union, formal requirements gain currently another dimension: they are widely treated as an instrument of protecting the weaker participant to the market (a consumer in the meaning of EU law). Formalities play here a unique and particular role, almost unprecedented in the classical approach towards formal requirements. In most instances, they are closely associated with disclosure duties imposed upon business parties – and constituting the cornerstone of the EU “protection-through-information” regulatory policy of the consumer market. Formal requirements are intended, from this perspective, to facilitate the flow of information and its better comprehension by a consumer⁵.

Notably – as opposed to the classical concept of form, the object of formalization are not declarations of intent (i.e. statements intended to produce directly legal effects), but rather statements on facts (communicating knowledge on particular circumstances, required by a duty of disclosure). Moreover, EU consumer law institutes also unique types of formal requirements. The most illustrative example in this respect can be the requirement of “durable medium”, prescribed for duties to inform in the contemporary consumer legislation.

³ See e.g. §126 BGB (one of the crucial regulatory patterns of this form in European legal culture).

⁴ See, for instance, *Franceschi, A. De*, The EU Digital Single Market Strategy in Light of the Consumer Rights Directive: The ‘Button Solution’ for Internet Cost Traps and the Need for a More Systematic Approach, *Journal of European Consumer and Market Law*, 2015, No. 4, 145 f.

⁵ See also *Mankowski, P.*, Information and Formal Requirements in EC Private Law, *European Review of Private Law*, 2005, No. 5, 781.

All of these traces of evolution change significantly the classical face of formal requirements in private law. In a nutshell, they strengthen the importance of form in private law dealings, focusing however on different phases of making an agreement and using different legislative constructions than classical private law. The developments in question are often referred to as “new formalism” or “renaissance of formalism” in private law⁶. The functional aspects of these recent occurrences – focused on information and acting protectively – benchmark one of the most important transformations of form, still not finished, nor fully defined.

4. Last but not least, the contemporary market seems to seek alternatives for formal requirements that substitute their functions. It pertains especially to e-commerce, where the specificity of technical devices available for contracting parties allows for developing diverse instruments, in some instances not associated with any sort of formalities in the classical sense.

The measures in question are particularly useful in terms of assuring trust amongst the parties – in many instances contacting only via electronic devices and, therefore, lacking reliable evidence of the identity and other features of the contractor. In the traditional dealings, many of these shortcomings have been dealt with by formal requirements, allowing to authenticate statements of the parties and confirm some of the basic circumstances (like the name, legal form of participation in the market, etc.). As a response to these deficiencies, modern e-commerce develops other means of reassuring contractors and enhancing market trust. They subsidize formal requirements, usually shifting focus on substantial, rather than purely formal elements. A vivid example of them can be rating systems, common e.g. in online auctions (e.g. eBay) or other types of platforms (like Air B’n’B). The assessment of a particular supplier or client is established, upon these schemes, in a network-based way, as a sum of individual assessments made by other contracting partners⁷.

5. All in all, the contribution of *G. Amiranashvili* establishes fundamental observations for the sphere of formal requirements in private law. He portrays these functions in their well-developed, “classical” shape. The article provides a wide and thorough explanation of the functional framework of formal requirements, which – as the author clearly explains – are the founding assumption of formal requirements as a tool of regulation in private law. The brief comments made above were intended to add another dimension to the aforementioned functions – drawing attention to the new phenomena in the sphere of form. Undoubtedly, they bring about profound alterations to the functional background of formalities, though their precise impact and shape seem still rather vague and should remain a field for further inquiry.

⁶ Cf., among others, *Mankowski, P.*, Formvorschriften und Europäisches Privatrecht, *Europäisches Vertragsrecht im Gemeinschaftsrecht*, *Schulte-Nölke, H., Schulze, R.* (eds.), Köln, 2002, 184-191, 182; *Venosta, F.*, Profili del neoformalismo negoziale, con particolare riguardo alle forme telematiche ed al precetto di trasparenza, *Tre studi sul contratto*, *Venosta, F.*, ed., Milan, 2008, 93.

⁷ Cf. also *Busch, C.*, Towards a „New Approach” in European Consumer Law: Standardisation and Co-Regulation in the Digital Single Market, *Journal of European Consumer and Market Law*, 2016, No. 5.

თანამედროვე სამართლის ჟურნალი
CONTEMPORARY LAW JOURNAL

International Black Sea University
Volume 2, Issue 2, 2020



<https://law.ibsu.edu.ge/>

ტომი 1 | გამოცემა 2
Volume 1 | Issue 2