

DEutsch-Georgische Zeitschrift für Rechtsvergleichung

8/2025

შედარებითი სამართლის ქართულ-გერმანული ჟურნალი

სტატიები

არაკეთილსინდისიერი კონკურენციით მიყენებული ზიანის გამოთვლა ზიანის მიმყენებლის მიერ მიღებული მოგების მიხედვით

ულრიხ ჰაგენლოხი / გიორგი რუსიაშვილი

„ემოჯი“ სამართლის წინაშე – ციფრული სიმბოლოები სამართალში

ქეთევან კვინიკაძე

ხელოვნური ინტელექტი და შრომითი დისკრიმინაცია

ილია ბეგიაშვილი

Coase's Theorem: A Pathway to a Controlled Economy

Gocha Okreshidze

Security Council Member's Arbitrary (Unreasonable) Veto as a Violation of Jus Cogens Norms?

Oleg Tortladze

ბლოგი

Lex F1

ლევან ნანობაშვილი

სასამართლო პრაქტიკა

პრივატიზაცია, როგორც საჯაროსამართლებრივი აქტი

(ზარანდია)

სამეთვალყურეო საბჭოს წევრის ანაზღაურება

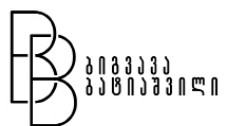
(ზარანდია)

8/2025

შვედრაგბიტი სამართლის

ქართულ-გერმანული ჟურნალი

Deutsch-Georgische
ZEITSCHRIFT FÜR
RECHTSVERGLEICHUNG



ISSN 2587-5191 (ბეჭდვითი)
ISSN 2667-9817 (ელექტრონული)
© ავტორები, 2025
www.lawjournal.ge

მთავარი რედაქტორები

დავით მაისურაძე
ასოც. პროფ. დოქ. გიორგი რუსიაშვილი
პროფ. დოქ. ოლაფ მუთჰორსტი

გამომცემლები

მოსამართლე ულრიხ ჰაგენლოხი
ასოც. პროფ. დოქ. გიორგი ჟორჟოლიანი
სულხან გველესიანი
ხათუნა დიასამიძე
პროფ. დოქ. ზვიად გაბისონია
მოსამართლე ვოლფრამ ებერჰარდი
პროფ. დოქ. არკადიუმ ვუდარსკი †
მოსამართლე დოქ. ტიმო უტერმარკი
ადვოკატი დოქ. მაქს გუთბროდი
ნოტარიუსი რიხარდ ბოკი
ასისტ. პროფ. დოქ. თემურ ცქიტიშვილი
პროფ. დოქ. ნუნუ კვანტალიანი
ადვოკატი გოჩა ოყრეშიძე
ნატალი გოგიაშვილი
ადვოკატი თემურ ბიგვავა
ადვოკატი ზვიად ბათიაშვილი
ადვოკატი ქეთევან ბუაძე
ადვოკატი ნიკოლოზ შეყილაძე

სამუშაო ჯგუფი

სოფო ზარანდია

სარჩევი

სტატიები

არაკეთილსინდისიერი კონკურენციით მიყენებული ზიანის გამოთვლა ზიანის მიმყენებლის მიერ მიღებული მოგების მიხედვით <i>გიორგი რუსიაშვილი / ულრიხ ჰაგენლოხი</i>	7
„ემოჯი“ სამართლის წინაშე – ციფრული სიმბოლოები სამართალში <i>ქეთევან კვინიკაძე</i>	79
ხელოვნური ინტელექტი და შრომითი დისკრიმინაცია <i>ილია ბეგიაშვილი</i>	33
Coase's Theorem: A Pathway to a Controlled Economy <i>Gocha Okreshidze</i>	55
Security Council Member's Arbitrary (Unreasonable) Veto as a Violation of Jus Cogens Norms? <i>Oleg Tortladze</i>	79

ბლოგი

Lex F1 <i>ლევან ნანობაშვილი</i>	88
---	----

სასამართლო პრაქტიკა

პრივატიზაცია, როგორც საჯაროსამართლებრივი აქტი (ზარანდია)	93
სამეთვალყურეო საბჭოს წევრის ანაზღაურება (ზარანდია)	95

არაკეთილსინდისიერი კონკურენციით მიყენებული ზიანის გამოთვლა ზიანის მიმყენებლის მიერ მიღებული მოგების მიხედვით

ასოც. პროფ. დოქ. გიორგი რუსიაშვილი
თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტი

ულრიხ ჰაგენლოხი
დრეზდენის უმაღლესი სამხარეო სასამართლოს პრეზიდენტი (პენსიონირებული)

A. არაკეთილსინდისიერი კონკურენციით მიყენებული ზიანი: ზოგადი ნორმატიული ჩარჩო

არაკეთილსინდისიერი კონკურენციით მიყენებული ზიანი და მისი გამოთვლის კრიტერიუმები ქართულ იურიდიულ ლიტერატურაში განხილული არ არის და არ არსებობს ამასთან დაკავშირებული სასამართლო პრაქტიკა. ამის საპირისპიროდ, გერმანული პრაქტიკა და სამეცნიერო ლიტერატურა საკმაოდ დეტალურ სურათსა და ჩამონათვალს გვთავაზობს იმ კრიტერიუმებისა, რის საფუძველზეც უნდა მოხდეს დაუშვებელი კონკურენციით მიყენებული ზიანის ოდენობის დაანგარიშება. ამ გამოთვლის ერთ-ერთ კრიტერიუმად, რომლის სასარგებლოდაც, ცალკეულ შემთხვევებში, მოქმედებს პრეზუმფცია, მიჩნეულია არაკეთილსინდისიერი კონკურენციით დაკავებული პირის მიერ მიღებული მოგება.¹ ეს არის ის სპეციალური წესი,

რომლის მეშვეობითაც მოდიფიცირდება სკ-ის 411-ე მუხლის (მიუღებელი შემოსავალი) კრიტერიუმები.

I. 411 2 მუხლის ადგილი და ფუნქცია ზიანის ანაზღაურების სამართლის დოგმატიკის ფარგლებში

მიუღებელ შემოსავალს, 408 I, 411 1 მუხლების მიხედვით, წარმოადგენს ყველა ქონებრივი პოზიცია, რის მიღებასაც დაზარალებული მოახერხებდა ზიანის გამომწვევი შემთხვევის დადგომის გარეშე.² შესაძლო ქონებრივი სარგებლის სპექტრი, რომელსაც დაზარალებული დამზიანებლის ქმედების გამო უშვებს ხელიდან, საკმაოდ ფართოა, მოიცავს როგორც შრომით შემოსავალს, ასევე ქონებრივი სიკეთეების რეალიზების შედეგად მიღებულ მოგებას.³

¹ იხ. BGH NJW 1996, 2098; BGH NJW 2014, 381; BGH GRUR 2016, 860; BGH NJW-RR 2001, 1542; OLG München, Endurteil vom 16.04.2015 - 23 U 352814; MüKoBGB/Oetker, 9. Aufl. 2022, BGB § 252 Rn. 37.

² რუსიაშვილი/ბათლიძე, სამოქალაქო კოდექსის კომენტარი (რედ. ჭანტურია), თბილისი 2019, მუხ. 411 ველი 10; BGH NJW-RR 1989, 981.

³ რუსიაშვილი/ბათლიძე, სამოქალაქო კოდექსის კომენტარი (რედ. ჭანტურია), თბილისი 2019, მუხ. 411 ველი 10; BGH NJW-RR 1989, 981.

1. შემოსავლის მიღების სავარაუდობა

411 2 მუხლი შეიცავს მიუღებელი შემოსავლის განსაზღვრის კრიტერიუმს. მიუღებლად ითვლება შემოსავალი, რომელსაც მოვალე მიიღებდა ვალდებულების ჯეროვანი შესრულების შემთხვევაში.⁴ აქ მხოლოდ ზიანის (ზოგადი ცხოვრებისეული გამოცდილების მიხედვით) სავარაუდობის კრიტერიუმ⁵ ზიანის გამომწვევის ქმედების განხორციელებისათვის არ გამოგვადგება.⁶ მოგების რეალიზების შანსი უნდა განისაზღვროს რეტროსპექტიული პროგნოზის საფუძველზე, რა დროსაც გასათვალისწინებელია ზიანის მომტანი ქმედების შემდგომ მოვლენათა განვითარება.⁷ მაგალითად, ლატარიის მომგებიანი ბილეთის მოპარვის შემთხვევაში მიუღებელი შემოსავლის სახით ანაზღაურდება მთლიანი მოგება, მიუხედავად იმისა, რომ ქურდობის მომენტში ამ მოგების რეალიზების ალბათობა 1:10000 იყო.⁸ დამზიანებლის ქმედების შედეგად დაზარალებულის მიერ ხელიდან გაშვებული აქციების ღირებულების ზრდა (ე. წ. სპეკულაციური მოგება), მიუხედავად იმისა, რომ წინასწარ გათვლადი არ იყო, მაინც წარმოადგენს ანაზღაურებად მიუღებელ შემოსავალს, თუ აქციების ღირებულება რეალურად გაიზარდა და დაზარალებული მათში აპირებდა დამზიანებლისაგან მისაღები ფულის დაბანდებას.⁹

2. 411 2 მუხლი, როგორც ადეკვატურობის თეორიის მოდიფიცირება

შესაბამისად, ერთი მხრივ, სკ-ის 411 2 მუხლი რა თქმა უნდა, პირველ რიგში, მტკიცების ტვირთის შეტრიალებას ემსახურება.¹⁰ თუმცა მას აქვს მატერიალურ-სამართლებრივი შინაარსიც. კერძოდ, მიუღებელი შემოსავლის დადგენისას ჩვეულებრივი ადეკვატურობის კრიტერიუმი ვერ იქნება გამოსადეგი.¹¹ ამიტომაც ეს ნორმა წარმოადგენს ადეკვატურობის თეორიის¹² მოდიფიცირებას სპეციალურად მიუღებელი შემოსავლის შემთხვევისათვის.¹³ ადეკვატურობის კრიტერიუმი „ჩვეულებრივი“ ფორმით, მიმართულია უჩვეულო ზიანის ანაზღაურების გამორიცხვისაკენ – არ ანაზღაურდება ის, რაც ზოგადი ცხოვრებისეული გამოცდილების მიხედვით არასავარაუდო იყო. ამის საპირისპიროდ, სკ-ის 411 2 მუხლის მიზანია სწორედ ამ არასავარაუდო ზიანის შერაცხვა და ანაზღაურებად დადგენა, თუ ის სინამდვილეში რეალიზდა იმ „მიუღებელი შემოსავლის“ ფორმით, რომლის მიღებაც დაზარალებულს ჰქონდა დაგეგმილი (იხ. ზემოთ, ლატარიის ბილეთის მაგალითი). გადამწყვეტია, არა ის, თუ რა მოლოდინი უნდა ჰქონოდა და რა უნდა ევარაუდა, დამზიანებელს (ან მესამე პირს) ზიანის მიყენების მომენტში, არამედ ის, თუ რეალურად როგორ განვითარდა მოვლენები – მოვლენათა ალტერნატიული გა-

⁴ რა თქმა უნდა, 411-ე მუხლი ძალაშია არა მხოლოდ სახელშეკრულებო, არამედ ასევე დელიქტური ზიანის დროსაც. ამ შემთხვევაში „ვალდებულების ჯეროვანი შესრულების“ (როგორც ჰიპოთეტური ზიანის ათვლის წერტილის) ექვივალენტს პირის დელიქტური წესით დაცული სიკეთის არდაზიანება წარმოადგენს, *რუსიაშვილი/ბათლიძე*, სამოქალაქო კოდექსის კომენტარი (რედ. ჭანტურია), თბილისი 2019, მუხ. 411 სქ. 11.

⁵ *რუსიაშვილი/ბათლიძე*, სამოქალაქო კოდექსის კომენტარი (რედ. ჭანტურია), თბილისი 2019, მუხ. 412 მე-6 და მომდევნო ველი.

⁶ *რუსიაშვილი/ბათლიძე*, სამოქალაქო კოდექსის კომენტარი (რედ. ჭანტურია), თბილისი 2019, მუხ. 411 ველი 8.

⁷ *რუსიაშვილი/ბათლიძე*, სამოქალაქო კოდექსის კომენტარი (რედ. ჭანტურია), თბილისი 2019, მუხ. 411 ველი 8; *Brox/Walker, Allgemeines Schuldrecht, München* 2007, § 31 Rn. 17.

⁸ *რუსიაშვილი/ბათლიძე*, სამოქალაქო კოდექსის კომენტარი (რედ. ჭანტურია), თბილისი 2019, მუხ. 411 ველი 8; *Brox/Walker, Allgemeines Schuldrecht, München* 2007, § 31 Rn. 17.

⁹ BGH NJW 1983, 758.

¹⁰ *რუსიაშვილი/ბათლიძე*, სამოქალაქო კოდექსის კომენტარი (რედ. ჭანტურია), თბილისი 2019, მუხ. 411 ველი 9; *Brox/Walker, Allgemeines Schuldrecht, München* 2007, § 31 Rn. 18.

¹¹ *რუსიაშვილი/ბათლიძე*, სამოქალაქო კოდექსის კომენტარი (რედ. ჭანტურია), თბილისი 2019, მუხ. 411 ველი 9, 5.

¹² *რუსიაშვილი/ბათლიძე*, სამოქალაქო კოდექსის კომენტარი (რედ. ჭანტურია), თბილისი 2019, მუხ. 411 ველი 9; მუხ. 412 მე-6 და მომდევნო ველი.

¹³ *Johannes W. Flume, in Beck OK BGB, 41. Aufl., 2016, § 252 Rn. 16.*

ნვითარების რეტროსპექტიული შეფასება: გადამწყვეტია შეძლებდა თუ არა დაზარალებული ამ მოგების მიღებას და დაგეგმილი ჰქონდა თუ არა მას ეს და არა – ზოგადად ჩვეულია თუ არა ამ მოგების რეალიზება ამ ტიპის სიტუაციებში.

II. არაკეთილსინდისიერი კონკურენციით მიყენებული ზიანი

არაკეთილსინდისიერი კონკურენციით მიყენებული ზიანი წარმოადგენს მიუღებელი შემოსავლის ერთ-ერთ სპეციალურ შემთხვევას. აქ ზიანის კონკრეტული ოდენობის გამოთვლას/დამტკიცებას ართულებს ის გარემოება, რომ საქმე ეხება არა ერთი კონკრეტული ხელშეკრულების ან კლიენტის ხელიდან გაშვებას, არამედ კლიენტთა მთლიანი წრის, მათთან დასადები ათეულობით თუ ასეულობით ხელშეკრულების დაკარგვას, კომერციული ზრდის შანსის მოსპობას და ბევრ სხვა ისეთ უარყოფით შედეგს, რომელთა მათემატიკური სიზუსტით კალკულირება და დამტკიცება შეუძლებელია და მნიშვნელოვნად არის განპირობებული ე. წ. „ბაზრის დინამიკის“ კომპლექსურობით, რაც სამართლებრივ კატეგორიებში სრულად კონვერტირებადი არ არის. კომპანიისათვის, რომელიც არაკეთილსინდისიერი კონკურენციის შედეგად დაზარალებულია, შეუძლებელია აბსოლუტური სიზუსტით და თუნდაც დიდი ალბათობით, იმის დამტკიცება, რომ ის, კონკურენტების მხრიდან ამ უკანონო ქმედების გარეშე, სამომავლოდაც შეინარჩუნებდა ყველა არსებულ კლიენტს, მოიპოვებდა ახალ კლიენტებს, აითვისებდა ბაზრის ახალ სფეროებს, ზუსტად რამდენ პროცენტია ეკონომიკური ზრდა ექნებოდა და ა. შ. არაკეთილსინდისიერი კონკურენციის შედეგად დაზარალებული ვერასოდეს ვერ მოიტანს იმავე სიზუსტის მტკიცებულებებს, ხელიდან გაშვებულ მოგებასთან დაკავშირებით, რისი მოტანაც შეუძლია სამუშაოდან არასწორად გათავისუფლებულ დასაქმებულს (მომდევნო თვეების ხელფასი, როგორც მიუღებელი შემოსავალი).

არაკეთილსინდისიერი კონკურენციის შემთხვევების ამავე მასშტაბით განსჯა და დაზარალებულისათვის იმავე ტიპის კონკრეტული მტკიცებულებების წარდგენის მოთხოვნა, რისი წარდგენაც შეუძლიათ ზემოთ ხსენებული ქმედებებით დაზარალებულ პირებს, იქნებოდა არაკეთილსინდისიერი კონკურენტის პირდაპირი ნაქეზება ამ ქცევისაკენ: თუ დაზარალებულს სასამართლო მხოლოდ იმ კონკრეტული ზიანის ანაზღაურების შესაძლებლობას მიანიჭებდა, რომელიც უკვე არსებული კონკრეტული კლიენტის დაკარგვას უკავშირდებოდა და, ამასთან, იმ დათქმით, რომ ამ კლიენტის შენარჩუნება, დროის მხოლოდ მოკლე პერიოდში ჩაითვლებოდა „გარანტირებულად“ – არაკეთილსინდისიერი კონკურენტი მუდმივად მოგებული გამოვიდოდა ამ სიტუაციიდან. კერძოდ, არაკეთილსინდისიერ კონკურენტს, მისი ამ ქმედებების გამოაშკარავების შემთხვევაში (რაც ისედაც ყოველთვის არ ხდება და კიდევ უფრო ამცირებს არაკეთილსინდისიერის რისკს), მოუწევდა მხოლოდ მინიმალური მოგების დათმობა (გადაბირებული კონკრეტული კლიენტებისაგან მოკლე პერიოდში მიღებული შემოსავალი), ხოლო ყველაფერ სხვას, რაც, ჩვეულებრივ, მნიშვნელოვნად აღემატება კონკრეტული კლიენტების ღირებულებას, ის გარანტირებულად და შეუქცევად დაიტოვებდა. კერძოდ, მას დარჩებოდა: შემდგომი პერიოდის შემოსავალი გადაბირებული კლიენტებისაგან, ახალი კლიენტები, ასევე, ზოგადად, ბაზარზე მიმდინარე ხელსაყრელი პროცესებიდან და ცნობადობიდან გამომდინარე ბენეფიტები – ახალი ნიშის დაკავება, ხელსაყრელი კრედიტი, რისი ათვისებაც მხოლოდ გაფართოების სტადიაში მყოფ და აგრესიული მარკეტინგის მწარმოებელ კომპანიას შეუძლია და ა. შ.

ამ მოცემულობაში შეუძლებელია, საბაზრო კონკურენტს არ გაუჩნდეს სურვილი და ცოტუნება არაკეთილსინდისიერი ქმედებებისთვის, თუ სამართალი საშუალებას მისცემდა მას დაუსჯელად შეენარჩუნებინა აქედან მიღებული ძირითადი მოგება. ხელყოფის კონდიქცია (სკ-ის 982 I, 985-ე მუხლები), მართალია, იძლევა ხელმოყვისაგან მთლიანი მოგების (უფლებამოსილი პი-

რის ზიანთან კორელაციის გარეშე)¹⁴ „ამოქაჩვის“ შესაძლებლობას, თუმცა ის ყოველთვის ვერ იქნება აღწერილი ტიპის შემთხვევების გადანაცვების ქმედითი ინსტრუმენტი, რადგან ხელყოფის კონდიქციის წინაპირობა, „სხვისთვის მიკუთვნებული უფლების დაცულ სფეროში ჩარევა“¹⁵ (აბსოლუტური ან მის მსგავსად ექსკლუზიურად მიკუთვნებული უფლების ხელყოფა), არაკეთილსინდისიერი კონკურენციის შემთხვევაში, ჩვეულებრივ, არ არის ხოლმე სახეზე.

1. არაკეთილსინდისიერი კონკურენციის მოგებისა და დაზარალებული კომპანიის ზიანის იდენტიფიკაცია - BGH GRUR 2016, 860

გერმანულ სასამართლო პრაქტიკაში, აღიარებული პრინციპია, რომ არაკეთილსინდისიერი კონკურენციით გამოწვეული ზიანის გამოთვლა უნდა მოხდეს აბსტრაქტულად. კერძოდ, სკ-ის 411 2 მუხლში უკვე ისედაც შერბილებულია „სავარაუდოობის“ კრიტერიუმი და დაზარალებულის სასარგებლოდ შებრუნებულია მტკიცების ტვირთი (იხ. ზემოთ). გერმანული სასამართლო, კიდევ უფრო მეტად აბრუნებს და უმარტივებს დაზარალებულს მტკიცების ტვირთს, არაკეთილსინდისიერი კონკურენციის შემთხვევაში, გერმანიის სამოქალაქო საპროცესო კოდექსის 287-ე პარაგრაფზე მითითებით, რომელიც განსაკუთრებულ დისკრეციას ანიჭებს მოსამართლეს, შინაგან რწმენაზე დაყრდნობით, მიყენებული ზიანის ოდენობის დადგენისას.¹⁶ როდესაც სხვა შემთხვევაში აუცილებელია სასამართლოსათვის ისეთი მტკიცებულებების წარდგენა, რომელიც მხოლოდ მინიმალური ეჭვის ადგილს ტოვებს დასადასტურებელი ფაქტის არსებობაში (an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit), აქ საკმარისია უკვე იმ ტიპის მტკიცებულებებიც, რომელიც, მხოლოდ და

მხოლოდ, გადანონის მეორე მხარის პოზიციასა და მათ მიერ მოყვანილ მტკიცებულებებს (eine mehr oder minder hohe, mindestens aber überwiegenden Wahrscheinlichkeit).¹⁷

ამგვარად, არაკეთილსინდისიერი კონკურენციით მიყენებული ზიანის გამოთვლისას სასამართლო, სკ-ის 411 2 მუხლზე დაყრდნობით, პირველ რიგში, დაზარალებულის სასარგებლოდ, ზიანის ადეკვატურობას აფასებს რეტროსპექტიულად – ანაზღაურებადია ასევე ის მიუღებელი შემოსავალიც, რომლის მიღების მხოლოდ თეორიული შანსი არსებობდა, თუმცა დაზარალებული ამ შანსის რეალიზებას აპირებდა და შემდგომში ეს შანსი მართლაც რეალიზდა. ეს საერთოა ყველა ტიპის მიუღებელი შემოსავლისათვის (იხ. ზემოთ). თუმცა, ამის გარდა, სპეციფიკურად დაუშვებელი კონკურენციის შემთხვევებისათვის, დამატებით კიდევ ატრიალებს მტკიცების ტვირთს დაზარალებულის სასარგებლოდ. ამ პრინციპების კონკრეტულ შემთხვევაზე მორგებისას გერმანულმა სასამართლომ¹⁸ ააგო შემდეგი მსჯელობა – საქმე ეხებოდა კეთილსინდისიერი კონკურენციის წესების დარღვევით იდენტიფიკაციის პარალელური საიმპორტო ხაზის გახსნას ნიდერლანდური კომპანიის მხრიდან, რომელმაც დააზარალა გერმანული კომპანია. გერმანიის სასამართლომ აქ იხელმძღვანელა შემდეგი მოსაზრებებით:

[26(1)] „[გერმანიის] სამოქალაქო საპროცესო კოდექსის 287 | პარაგრაფის მიხედვით, სასამართლომ უნდა შეაფასოს ზიანის ოდენობა და დასაშვებია, რომ ამის შედეგი აბსოლუტურად ზუსტი არ იყოს.¹⁹ ამ პროგნოზის გაკეთება, მართალია, მხოლოდ მაშინ შეიძლება, როდესაც დაზარალებული ზიანის არსებობის გამამყარებელ კონკრეტულ გარემოებებზე მიუთითებს და დაამტკიცებს

¹⁴ რუსიაშვილი, უსაფუძვლო გამდიდრების სამართლის სარეფორმო წინადადება, თბილისი 2020, 87-ე და მომდევნო გვერდები.

¹⁵ რუსიაშვილი/სირდაძე/ეგნატაშვილი, სანივთო სამართალი, თბილისი 2020, 101-ე და მომდევნო გვერდი; რუსიაშვილი, შედარებითი სამართლის ჟურნალი 4/2019, 50-ე და მომდევნო გვერდი.

¹⁶ BGH GRUR 2016, 860; BGH NJW 2014, 381; BGH NJW 1996, 2098; BGH NJW 1964, 817; Baumbach/Hopt, HGB, 35. Aufl., § 86 Rn. 32.

¹⁷ BGH GRUR 2016, 860.

¹⁸ BGH GRUR 2016, 860.

¹⁹ BGH, NJW 1964, 589; Zöller/Greger, ZPO, 31. Aufl., § 287 Rn. 2.

მათ; თუმცა ამ გარემოებებზე მითითების ტვირთს არ შეიძლება წაეყენოს ზედმეტად მაღალი მოთხოვნები²⁰“.

[27(b)] „გამართულია მოსარჩელის მსჯელობა, როდესაც მან მისი ზიანის ოდენობის გამოსათვლელად მიუთითა არაკეთილსინდისიერი კონკურენტის მიერ შხამქიმიკატების გაყიდვით მიღებულ მოგებაზე. მართალია, ასე უბრალოდ არ შეიძლება პირდაპირ იმის დაშვება, რომ დაზარალებული სრულად მიიღებდა იმ მოგებას, რაც არაკეთილსინდისიერმა კონკურენტმა მიიღო, თუმცა ამ უკანასკნელის სავაჭრო ბრუნვა წარმოადგენს დაზარალებულის მიერ დაკარგული მოგების განსაზღვრის ამოსავალ წერტილს“.

[43bb)] „ზოგადი ცხოვრებისეული გამოცდილებიდან გამომდინარეობს, რომ კლიენტი, რომელიც კონკრეტულ პროდუქტს ყიდულობს, ერთ-ერთი იმპორტიორის გამოთიშვის შემთხვევაში, გადაერთვება იმავე პროდუქტის სხვა მიმწოდებელზე და არ ირჩევს ალტერნატიულ პროდუქტს. სააპელაციო სასამართლოს არ ევალებოდა ამ გარემოების დეტალური გამოკვლევა, არამედ შეეძლო, გსკ-ის 252 2 პარაგრაფის [= სკ-ის 411 2 მუხლი] საფუძველზე, დაედო ეს [პრეზუმირებული] გარემოება მოსარჩელისათვის მიყენებული ზიანის გამოთვლის საფუძველად“.

მოცემულ საქმეში გერმანიის უმაღლესი ფედერალურმა სასამართლომ, პირველი და მეორე ინსტანციების საპირისპიროდ, დაადგინა, რომ მოსარჩელის ზოგადი მითითება იმ ფაქტზე, რომ ბაზრიდან (დაუშვებელი მეთოდებით) განდევნამდე ის ამ ბაზრის 77,7% აკონტროლებდა არ იყო საკმარისი ამ განდევნის შემდეგ არაკეთილსინდისიერი კონკურენტის მიერ მიღებული მოგების 90%-ის მის ზიანად დაკვალიფიცირებისათვის. ბაზარზე დავის მიმდინარეობის დროისთვის არსებობდა, იდენტური პროდუქტის, სულ მცირე ხუთი სხვა მიმწოდებელი და არ არის გამორიცხული, რომ ზიანის მომტანი ქმედების განხორციელების მომენტში ეს რიცხვი უფრო მაღალი ყოფილიყო, რადგან წინა

წლებში შესაბამისი სავაჭრო ლიცენზიის მიღება უფრო მარტივად შეიძლებოდა და ა. შ. ამ გარემოებების გათვალისწინებით ფედერალურმა უმაღლესმა სასამართლომ ბაზრის მდგომარეობის დეტალური გამოკვლევის მიზნით საქმე უკან დაუბრუნა ქვედა ინსტანციას.

ეს გადაწყვეტილება, დამოუკიდებლად მისი კონკრეტული დეტალებიდან გამომდინარე შედეგისა, მოცემულ კონტექსტში მნიშვნელოვანია იმდენად, რამდენადაც აქ ნათელყოფილია ის სამუშაო ჰიპოთეზა, რითაც იწყებს გერმანული სასამართლო არაკეთილსინდისიერი კონკურენციით მიყენებული ზიანის გამოთვლას – ეს არის არაკეთილსინდისიერი კონკურენტის მიერ მიღებული მოგება. მართალია, ამ უკანასკნელს შეუძლია, კონკრეტული მტკიცებულებების მოყვანის გზით, გააქარწყლოს ზიანისა და მოგების კორელაციის პრეზუმცია – მაგალითად, მიუთითოს იდენტური პროდუქტის ალტერნატიულ და არანაკლებ ხელსაყრელ მიმწოდებლებზე – თუმცა ამ პრეზუმფციას ის ვერ გააქარწყლებს ალტერნატიული პროდუქტის მიმწოდებლებზე მითითებით. ამის საპირისპიროდ, მოქმედებს პრეზუმფცია, რომ კლიენტურა ერთი და იმავე პროდუქტის ერთგული რჩება და კონკურენტის, დაუშვებელი გზებით განდევნის შემთხვევაში, ამ არაკეთილსინდისიერ აქტორთან ინაცვლებს, თუ ის იდენტური პროდუქტით ვაჭრობს. ეს ყოველივე ნიშნავს იმას, რომ, თუ ბაზარზე ორი მოთამაშეა, ერთის განდევნის შემდეგ მეორის გაზრდილი მოგება პირველის ზიანად პრეზუმირდება. ხოლო, თუ ბაზრის ერთადერთი აქტორის სრული ან ნაწილობრივი ჩანაცვლება ხდება დაუშვებელი მეთოდებით, მოქმედებს პრეზუმფცია, რომ არაკეთილსინდისიერი ახალი მოთამაშის მთლიანი მოგება პირველი აქტორის ზიანია. რა თქმა უნდა, არაკეთილსინდისიერი კონკურენტს შეუძლია ამ პრეზუმფციის გაქარწყლება იმაზე მითითებით, რომ მან, მაგალითად, პროდუქტის გაიაფებით შეძლო მომხმარებლის ახალი სეგმენტის დაინტერესება, რასაც განდევნილი კონკურენტი, გარკვეული მიზეზების გამო, ვერ შეძლებდა და ა.შ., თუმცა ბაზრის თავისთავადი, იმანენტური

²⁰ BGH, GRUR 2008, 933 Rn. 19.

ზრდის შესაძლებლობა მოქმედებს, პირველ რიგში, არაკეთილსინდისიერი მეთოდებით განდევნილის სასარგებლოდ. სწორედ ამ საკითხს და მოცემულ კონტექსტში მნიშვნელოვან კიდევ ერთ დამატებით პრობლემას შეეხება ქვემოთ მოყვანილი სასამართლო გადაწყვეტილებები.

2. საზოგადოების ორგანოს მხრიდან ერთგულების ვალდებულების დარღვევა - BGH, NJW 1996, 2097

ზემოთ აღწერილი შემთხვევისაგან გასამიჯნი და ცალკე განსახილველია შემთხვევა, როდესაც არაკეთილსინდისიერი კონკურენციით დაკავებულია არა სხვა საწარმო, არამედ უშუალოდ დაზარალებული კომპანიის ორგანო, როგორც არის, მაგალითად, კომპანიის დირექტორი ან სავაჭრო წარმომადგენელი და ამ ქმედებით არღვევს არა მხოლოდ კონკურენციის შესახებ რეგულაციებს, არამედ, ასევე, ერთგულების ვალდებულებას საზოგადოების წინაშე. აქ ზიანისა და მოგების კორელაცია დამატებით გამყარებულია იმ ფაქტით, რომ ზიანი იმ პირის ქმედებით არის გამოწვეული, რომელსაც ევალებოდა დაზარალებული საზოგადოების სასარგებლოდ მოქმედება და საკუთარი უნარების მის სამსახურში ჩაყენება და სავარაუდოა, რომ მისი აქტივობა, სულ მცირე, ისეთივე ეფექტური იქნებოდა დაზარალებულისთვის, როგორიც იყო მისი კონკურენტისთვის.

სამენარმეო საზოგადოების დირექტორს, პირდაპირ კანონით (იხ. მენარმეთა შესახებ კანონის ახალი რედაქციის 53-ე მუხლი), ეკრძალება იმავე საქმიანობის დამოუკიდებლად განხორციელება ან იმავე სფეროში მოქმედი სამენარმეო საზოგადოების სასარგებლოდ მუშაობა. ამ აკრძალვის დარღვევა ექსკლუზივის გარეშე (თავის მართლების შესაძლებლობის გარეშე) შეერაცხება კონკურენტ საწარმოს სამოქალაქო კოდექსის (შემდგომში: სკ-ის) 37-ე მუხლის და ქმნის არაკეთილსინდისიერი კონკურენციის-დელიქტის შემადგენლობა კონკურენციის შესა-

ხებ კანონის 11³ | მუხლის მიხედვით, რისთვისაც დირექტორის „გადამბირებელი“ კონკურენტი საწარმო პასუხს აგებს სკ-ის 992-ე მუხლის მიხედვით. თუმცა, არაკეთილსინდისიერმა კონკურენტმა დირექტორის გარდა შეიძლება გადაიბიროს საზოგადოების ნებისმიერი სხვა ორგანო (სავაჭრო წარმომადგენელი, პროკუროსტი) ან ნებისმიერი მუშაკი, რისთვისაც ის იდენტურად აგებს პასუხს ზემოთ ხსენებული დანაწესების მიხედვით.²¹ ქვემოთ მოცემული ტექსტი შეეხება ამ პასუხისმგებლობის ფარგლებს, კერძოდ იმას, თუ როგორ გამოითვლება არაკეთილსინდისიერი კონკურენტის მიერ, მისი ამ ქმედებით დაზარალებულისათვის, მიყენებული ზიანი, როდესაც „გადამბირებულმა“ პირმა მთელი თავისი უნარი, ცოდნა და გამოცდილება არაკეთილსინდისიერი საწარმოს სამსახურში ჩააყენა.

ამ გარემოების გათვალისწინებით, გერმანიის ფედერალურმა უზენაესმა სასამართლომ, თავის 1996 წლის გადაწყვეტილებაში,²² რომელიც ამ საკითხთან დაკავშირებით მნიშვნელოვან პრეცედენტად არის აღიარებული, დაადგინა შემდეგი – საქმე ეხებოდა სადაზღვეო ბროკერის მიერ კონკურენტ საწარმოზე მუშაობის შემთხვევას:

A. I. 1.b): „საზოგადოების სავაჭრო წარმომადგენლის მიერ კონკურენტი საწარმოსათვის აკრძალვის დარღვევით მინიჭებული გაზრდილი ბრუნვა შეიძლება გახდეს ამ საზოგადოების ზიანის გამოთვლის საფუძველი სამოქალაქო საპროცესო კოდექსის 287-ე პარაგრაფის მიხედვით.

მოსარჩელე საზოგადოების ზიანის ანაზღაურების მოთხოვნის წინაპირობას არ წარმოადგენს მოპასუხის საბროკერო აქტივობის შედეგად, საზოგადოების ერთგული კლიენტების კონკურენტთან გადაბირება, რადგან მოსარჩელის მხრიდან ხელიდან გაშვებულად და, ამგვარად, მიუღებელ შემოსავალში გამოხატულ ზიანად ითვლება, ასევე იმ გარიგებების დაკარგვა, რომელსაც ის დადე-

²¹ შდრ. BGH GRUR 2016, 860; BGH NJW 2014, 381; BGH NJW 1996, 2098; BGH NJW 1964, 817.

²² BGH NJW 1996, 2097.

ბდა კონკურენტული საწარმოს მიერ ახლადშექმნილ კლიენტებთან.

დაზარალებულმა საწარმომ არ უნდა ამტკიცოს, რომ [მისი წარმომადგენლის მხრიდან არაკეთილსინდისიერი კონკურენციის შედეგად] მას შეუძლია ბრუნვა; რადგან გადამწყვეტია მხოლოდ ის გარემოება, თუ რა დამატებით ბრუნვას/მოგებას მიიღებდა ის იმ შემთხვევაში, სავაჭრო წარმომადგენელს ჯეროვნად რომ შეესრულებინა საკუთარი ვალდებულებები და მოგების გაზრდაზე ემუშავა.“

ზიანის გამოთვლა მიბმულია უშუალოდ ერთგულების ვალდებულების დამრღვევ პირზე. ზიანის წყაროდ მიჩნეულია, პირველ რიგში, ის, რომ მან არ იმუშავა თავისი კომპანიის სასარგებლოდ, არ მოუყვანა მას ახალი კლიენტები და ამით თავისი ვალდებულებები დაარღვია.

ეს შემთხვევა მნიშვნელოვნად განსხვავდება იმ მოცემულობისაგან, როდესაც კონკურენტმა, მართალია, გადააბიჯა დასაშვები კონკურენციის ფარგლებს, თუმცა აბსოლუტური სიზუსტით წინასწარგათვლადი არ არის, თუ რა რაოდენობის კლიენტების წართმევას შეძლებდა ის, დასაშვები, მაგრამ აგრესიული მარკეტინგის მეშვეობით. აქ კლიენტების გადაბირებით დაკავებულია ის პირი, რომელსაც, მეწარმეთა შესახებ კანონის (იმჟამად მოქმედი რედაქციის) 9 V მუხლის მიხედვით, არა მხოლოდ არაკეთილსინდისიერი თუ კეთილსინდისიერი კონკურენცია ეკრძალება, არამედ პირდაპირ არის ვალდებული მთელი თავისი პროფესიული უნარები საკუთარ საწარმოს მოახმაროს (მეწარმეთა შესახებ კანონის 9 VI მუხლი) და უმოქმედობაც კი ვალდებულების დარღვევად ეთვლება. კომპანიის ორგანოს მხრიდან ამგვარი სამმაგი აცდენა მართლზომიერი ქცევის წესისგან, სულ მცირე, იმით უნდა იყოს დასჯადი, რომ მის მიმართ ის პრეზუმფცია, რომელიც, ზოგადად, ყველა „ჩვეულებრივი“ არაკეთილსინდისიერი კონკურენტის წინააღმდეგ მოქმედებს, უფრო მყარ და თითქმის გაუქარწყლებელ ხასიათს იძენდეს.

აქ კომპანიას აზიანებს უკვე ის ფაქტი, რომ მისი ორგანო მის სასარგებლოდ არ მუშაობს. ის ფაქტი, რომ ამ ორგანოს მუშაობა სხვის სასარგებლოდ იყო ეფექტური, იმდენად ცხად ურთიერთმფარავ კავშირს აბამს ამ კონკურენტის მოგებასა და დაზარალებულის ზიანს შორის, რომ მისი გაქარწყლება მხოლოდ სრულებით ექსტრაორდინალურ გარემოებებზე მითითებითაა შესაძლებელი. მაგალითად, ასეთი გარემოება შეიძლება იყოს ის ინფრასტრუქტურა, რომელიც მხოლოდ კონკურენტს გააჩნდა და რომლის განვითარებაც დაზარალებულისათვის სრულებით შეუძლებელი იყო, ხოლო მის გარეშე კი ახალი კლიენტების მოზიდვა შეუძლებელია. თუ კომპანიის წარმომადგენელი, რომელიც არაკეთილსინდისიერი კონკურენციითაა დაკავებული, ვერ დაამტკიცებს ასეთი ექსტრაორდინალური გარემოების არსებობას, (ზიანისა და მოგების) ურთიერთმფარავობის პრეზუმფციის გაქარწყლება შეუძლებელია, იქნება ეს ბაზრის დინამიკაზე, კონკურენტების არსებობაზე, სავაჭრო რეგულაციების ცვლილებასა თუ ნებისმიერ სხვა გარეშე ფაქტორებზე აპელირება.

გერმანიის ფედერალურმა უმაღლესმა სასამართლომ თავისი ეს პრაქტიკა არაერთხელ დაადასტურა თავის 2009,²³ 2013²⁴ და 2014²⁵ წლის გადაწყვეტილებებში. კონკურენტის მხრიდან არაკეთილსინდისიერი კონკურენციის შემთხვევისაგან განსხვავებით, დაზარალებული კომპანიის ორგანოს მხრიდან ორგულობისა და კონკურენტზე მუშაობის შემთხვევაში, მოქმედებს არა სტანდარტული, არამედ კიდევ უფრო გამყარებული პრეზუმფცია, რომ არაერთგული წარმომადგენლის მიერ კონკურენტისათვის მინიჭებული მოგება არის სწორედ ის ზიანი, რაც მან თავის საზოგადოებას მიაყენა. ამ პრეზუმფციის გაქარწყლება შეუძლებელია რაიმე გარეშე საბაზრო ფაქტორებზე მითითებით. სწორედ ამიტომ, სასამართლო ზემოთ მოყვანილ შემთხვევებში, რომელთაგან ერთი სადაზღვეო და მეორე კი, სასმელების ბიზნესი (იხ. ზემოთ BGH, NJW 1996, 2097) ეხებოდა (რა სფეროშიც

²³ BGH NJW-RR 2009, 1404.

²⁴ BGH NJW 2013, 2111.

²⁵ BGH NJW 2014, 381.

უხვადაა მესამე პირი-კონკურენტები), საერთოდ არ იმსჯელა იმ შესაძლებლობაზე, თუ რამდენად შეეძლოთ ამ კომპანიებს დაზარალებულისათვის ახალი კლიენტების წართმევა. რაც შეეხება უკვე არსებული ერთგული კლიენტის სხვა კონკურენტთან გადაბირებას, აქ კონკურენტის მოგების ოდენობის ზიანთან სრული შესატყვისობის პრეზუმფცია ფაქტობრივად გაუქმარწყლებლად უნდა ჩაითვალოს.

B. გერმანული სამართალი

I. არაკეთილსინდისიერი კონკურენციით მიყენებული ზიანი: საკანონმდებლო რეგულაციები

გერმანიაში, არაკეთილსინდისიერი კონკურენციის წინააღმდეგ კანონში (UWG) გათვალისწინებულია ზიანის ანაზღაურების სპეციალური ნორმა. მისი არსებობა აუცილებელია, რადგან სხვაგვარად, არაკეთილსინდისიერი მოქმედებისას – დელიქტური პასუხისმგებლობის აუცილებელი წინაპირობის – გსკ-ის 823 I პარაგრაფის გაგებით აბსოლუტურად დაცული სიკეთის ხელყოფის – არშესრულების გამო, ზიანის მომტანი ქმედებებიდან გამომდინარე ანაზღაურების მოთხოვნები, ჩვეულებრივ, სახეზე არ იქნებოდა; პასუხისმგებლობის ნორმა ჩამოყალიბებულია შემდეგნაირად:

§ 9 ზიანის ანაზღაურება:

(1) ვინც განზრახ ან გაუფრთხილებლობით ახორციელებს მე-3 ან 7-ე პარაგრაფით აკრძალულ კომერციულ ქმედებებს, ვალდებულია კონკურენტებს აუნაზღაუროს ამ ქმედებით მათთვის მიყენებული ზიანი;

(2) ვინც განზრახ ან გაუფრთხილებლობით ახორციელებს მე-3 პარაგრაფის მიხედვით აკრძალულ კომერციულ ქმედებას და მომხმარებლებს აიძულებს მიიღონ ისეთი ბიზნეს-გადანყვეტილება, რომელსაც სხვაგვარად არ მიიღებდნენ, ვალდებულია მათ აუნაზღაუროს ამით მიყენებული ზიანი, რაც არ ვრცელდება მე-3a, მე-4, მე-6 და დანართის № 32-ში განვირილ არაკეთილსინდისიერ ქმედებებზე;

(3) პერიოდული ბეჭდური გამოცემების პა-

სუხისმგებელ პირთა მიმართ ზიანის ანაზღაურების მოთხოვნა პირველი და მეორე პარაგრაფების მიხედვით განიხილება მხოლოდ მაშინ, თუ ქმედება განზრახად არის ჩადენილი.

პასუხისმგებლობის ეს ნორმა არაკეთილსინდისიერი კომერციული ქმედებების წინაპირობებთან დაკავშირებით, სხვა ნორმებთან ერთად, შემდეგ ნორმაზეც უთითებს:

§ 3 – არაკეთილსინდისიერი კომერციული ქმედებების აკრძალვა

(1) არაკეთილსინდისიერი კომერციული ქმედებები დაუშვებელია.

(2) მომხმარებლისკენ მიმართული ან მის მოზიდვაზე გათვლილი კომერციული ქმედებები არაკეთილსინდისიერია, თუ არ შეესაბამება მენარმის სათანადო საქმიან გულისხმიერებას და შესაძლებელია არსებითად იმოქმედოს მომხმარებლის ეკონომიკურ ქცევაზე.

(3) ამ კანონის დანართში ჩამოთვლილი, მომხმარებელთა მიმართ განხორციელებული კომერციული ქმედებები ყოველთვის დაუშვებელია.

(4) მომხმარებელთა მიმართ კომერციული ქმედებების შეფასებისას ათვლის წერტილია „საშუალო მომხმარებელი“ ან, როდესაც ქმედება მიზნად ისახავს კონკრეტულ მომხმარებელთა ჯგუფს, ამ ჯგუფის საშუალო სტატისტიკური წარმომადგენელი. ქმედებები, რომლებიც მენარმისთვის წინასწარ შეცნობადად, არსებითად ახდენს გავლენას და განაპირობებს მხოლოდ ერთი, ნათლად იდენტიფიცირებადი მომხმარებელთა ჯგუფის ეკონომიკურ ქცევას, რომელიც გონებრივი თუ ფიზიკური შესაძლებლობების შეზღუდულობის, ასაკის ან გულუბრყვილობის გამო, განსაკუთრებულად მოწყვლადია, უნდა შეფასდეს აღნიშნული ჯგუფის საშუალო წარმომადგენლის პერსპექტივიდან.

§ 3a – სამართალდარღვევა

არაკეთილსინდისიერად მოქმედებს ის პირი, რომელიც არღვევს იმ ნორმას, რომელსაც (ასევე) ბაზრის მონაწილეთა ინტერესების უზრუნველსაყოფად ეკონომიკური მნიშვნელობის ქცევის რეგულირება აქვს მიზნად, და რომლის დარღვევაც მომხმარებელთა, ბაზრის სხვა მონაწილეთა ან კონკურენტთა ინტერესებს მნიშვნელოვან ზიანს აყენებს.

კანონის მე-3 და შემდგომი პარაგრაფები შეიცავს არაკეთილსინდისიერი ქმედებების ვრცელ კატალოგს. ამასთან ერთმანეთისაგან განასხვავებს კონკურენტების მიმართ და მომხმარებლების მიმართ ჩადენილ არაკეთილსინდისიერ ქმედებას; ქვემოთ განხილული იქნება მხოლოდ (გერმანიის) არაკეთილსინდისიერი კონკურენციის შესახებ კანონის მე-9, მე-3 I პარაგრაფით გათვალისწინებული ზიანის ანაზღაურების მოთხოვნები, ანუ კონკურენტების ზიანის ანაზღაურების მოთხოვნები.

II. არაკეთილსინდისიერი კონკურენციით მიყენებული ზიანის განსაზღვრის ძირითადი პრინციპები

არაკეთილსინდისიერი კონკურენციის შესახებ (გერმანიის) კანონის მე-9 პარაგრაფიდან წარმომდგარ ზიანის ანაზღაურების მოთხოვნაზე ვრცელდება გერმანული სამართლის ზოგადი პრინციპები, რომელიც მოქმედებს ზიანის ანაზღაურებასთან დაკავშირებით; აქედან გამომდინარე, აუცილებელია განსხვავება პასუხისმგებლობის შემადგენლობის შესრულებასა (პასუხისმგებლობის დამაფუძნებელი კაუზალობა) და შედეგად წარმოშობილ ზიანის ანაზღაურების ვალდებულებას შორის (გსკ-ის 249-ე და შემდგომი პარაგრაფები), კერძოდ კი ანაზღაურებადი ზიანის ოდენობის დადგენამდე (პასუხისმგებლობის შემავსებელი კაუზალობა, *haftungsausfüllende Kausalität*); მაშინ, როდესაც პასუხისმგებლობის წარმომშობი კაუზალობის (*haftungsbegründende Kausalität*) ნაწილში, ერთმანეთისაგან არსებითად არ განსხვავდება ხელშეკრულებით და დელიქტით გამოწვეული ზიანის ანაზღაურების წესები. კონკურენციის სამართალში, ზიანის გამოთვლის ნაწილში, ჩამოყალიბდა რამდენიმე სპეციფიკური მოდელი (იხ. ამასთან დაკავშირებით A II-თავში მოცემული განმარტებები).

პასუხისმგებლობის შემავსებელი კაუზალობის ეს სპეციფიკა ვრცელდება მხოლოდ ანაზღაურებადი ზიანის ოდენობის განსაზღვრაზე, ანუ გამოთვლის წესზე, ასევე დაზარალებულისათვის მტკიცებისა და მითითების ტვირთის დაკისრების ფარგლებზე. ნებისმიერი ისეთი ანაზღაურება, რომელიც სცილდება ქონებრივი დანაკლისის გამოსწორების ფარგლებს – შესაბამისად, პენალურ (დამსჯელ) სანქციას წარმოადგენს თავად კონკურენციის წესების დარღვევისთვის ან იმ ტიპის კომპენსაცია, რომელიც დაზარალებულის „გამდიდრებას“ იწვევს – უცხოა გერმანული ზიანის ანაზღაურების სამართალისთვის.

1. პასუხისმგებლობის წარმომშობი კაუზალობა

ამგვარად, არაკეთილსინდისიერი კონკურენციის შესახებ (გერმანიის) კანონის 9-ე პარაგრაფიდან წარმომდგარი ზიანის ანაზღაურების მოთხოვნა ექვემდებარება ზიანის ანაზღაურების სამართლის ზოგად პრინციპებს ნორმის დაცვითი მიზნისა და კაუზალური შერაცხვის (*Zurechnungszusammenhang*) ნაწილში (ამის შესახებ ქვემოთ დეტალურად).²⁶ აღსანიშნავია, რომ სასამართლო პრაქტიკასა და დოქტრინაში კაუზალური შერაცხვის გარკვეული ასპექტები ზოგჯერ აღიქმება ნორმის დაცვითი მიზნის თემატიკის უბრალო სახეცვლილ კონსტრუქციად (ერთგვარ ქვეტიპად). ქვემოთ ისინი ცალკე სამართლებრივ პრინციპებად იქნება განხილული.

ა) ნორმის დაცვითი მიზანი

ნორმის დაცვითი მიზნის²⁷ საფუძველზე პასუხისმგებლობის შეზღუდვა ნიშნავს, რომ ანაზღაურდება მხოლოდ ისეთი ზიანი, რომლის თავიდან აცილებასაც მიზნად ისახავს დარღვეული ნორმა; შესაბამისად, სრულიად გარეგანი და

²⁶ იხ. ამასთან დაკავშირებით, *ჰაგენლოხი*, პაციენტის ინფორმირება გერმანიაში, 55 (<https://lawjournal.ge/wpcontent/uploads/MedLaw-232023.pdf>) = <https://lawjournal.ge/wpcontent/uploads/DGZR-6-2023.pdf>, 86).

²⁷ *რუსიაშვილი/ჰაგენლოხი*, ავტოსაგზაო შემთხვევაში მონაწილე ავტომობილის მფლობელთა პასუხისმგებლობა: ავარიაში შეტანილ წვლილთა შენონა, შედარებითი სამართლის ჟურნალი 5-2024, 21 (<https://lawjournal.ge/wp-content/uploads/DGZR-5-2024.pdf>).

თითქმის შემთხვევითი კავშირი (ქმედებასა და ზიანს შორის) ზიანის ანაზღაურების ვალდებულების დაკისრებისათვის საკმარისი არ არის²⁸; ამიტომ, ხსენებული კანონის მე-9 საფუძველზე პასუხისმგებლობის დაკისრებისათვის, როგორც წესი, აუცილებელია, რომ არაკეთილსინდისიერი ქცევის აკრძალვა იყოს მიმართული დაზარალებული კონკურენტის დაცვაზე; ეს, მაგალითად, მომხმარებლის წინააღმდეგ ჩადენილი არაკეთილსინდისიერი ქცევის შემთხვევაში, ავტომატურად არ იგულისხმება და თავისთავად არ არის სახეზე. თუმცა გასათვალისწინებელია შემდეგი თავისებურება:

თუ არაკეთილსინდისიერი ქცევა გულისხმობს სამართლის ისეთი დანაწესის დარღვევას, რომელიც ეკონომიკური ბაზრის მონაწილეთა (მათ შორის, მომხმარებელთა) ინტერესებში არეგულირებს საბაზრო ქცევას, დარღვეული ნორმის დაცვითი სფერო ვრცელდება კონკურენტებზეც იმდენად, რამდენადაც სამართალდარღვევა მათ ინტერესებსაც შეიძლება აყენებდეს ხელშესახებ ზიანს (არაკეთილსინდისიერი კონკურენტის შესახებ კანონის 3a-ე პარაგრაფი). ბაზრის მონაწილის ქცევა მისი კონკურენტის მიმართ წარმოადგენს კეთილსინდისიერი კონკურენტის მიზნის ხელყოფას – მაშინაც კი, როდესაც ნორმა პირდაპირ მხოლოდ მომხმარებლის დაცვას ისახავს მიზნად – თუ ამ არაკეთილსინდისიერ კონკურენტს ე.წ. საბაზრო ქცევის წესის დარღვევით შეუძლია მოიპოვოს ბაზარზე გარკვეული უპირატესობა. სხვა სიტყვებით, იმ სამართლებრივი ვალდებულების დაცვითი სფერო, რომლის პირველადი დაცვითი მიმართულება მომხმარებელია, ვრცელდება კონკურენტებზეც, რამდენადაც აღნიშნული ვალდებულება ასევე მიზნად ისახავს ზოგადად საბაზრო ქცევის რეგულირებას.²⁹ ამრიგად, კონკურენტსა და მომხმარებელს შორის მოქმედი „თამაშის წესები“ იქცევა ბაზრის „თამაშის წესებად“ და იცავს

ბაზრის ყველა მონაწილეს.

მოცემული კავშირი ბაზრის მონაწილის ქცევის რეგულირებასთან იმანენტურად ახასიათებს მთელ რიგ ისეთ კანონისმიერ ვალდებულებებს, რომლებიც პირველ რიგში მომხმარებელთა დაცვას ისახავენ მიზნად, რის გამოც ხსენებული კანონის მე-3a პარაგრაფი საკმაოდ ხშირად განაპირობებს ასევე კონკურენტის არაპირდაპირ დაცვასაც; მაგალითად, შეიძლება მიუთითოთ ბიოციდების შესახებ ევროკავშირის დადგენილების ((EU) Nr. 528/2012) 72 III 2 პარაგრაფზე, რომლის მიხედვით ბიოციდის პროდუქტის რეკლამაში არავითარ შემთხვევაში არ უნდა შედიოდეს გარკვეული მითითებები („არატოქსიკური“ და სხვ.) ან მათი მსგავსი მინიშნებები; ბიოციდების შესახებ დადგენილებაში გათვალისწინებული რეგულაციის უშუალო მიზანი არის ჯანმრთელობის დაცვა როგორც მომხმარებელთა დაცვის ნაწილი. ეს წარმოადგენს 72 III მუხლით დადგენილი რეკლამის შეზღუდვის პირველად და ამოსავალ მიზანს – მომხმარებლის დაცვა ჯანმრთელობის იმ რისკებისაგან, რომლებიც შეიძლება წარმოიშვას ამ რეკლამაში პროდუქტის რისკების უმნიშვნელოდ წარმოჩენით: ამასთან, მომხმარებლისადმი მიმართული რეკლამისთვის კანონით დაწესებული ეს შეზღუდვა ამავედროულად არეგულირებს ყველა კონკურენტის საბაზრო (აქ: სარეკლამო) ქცევასაც, ამიტომ, კონკურენტის წესების დარღვევის შემთხვევაში ისინი წარმოადგენენ დამცავ ნორმებს; ამასთან დაკავშირებით გერმანიის უმაღლესი ფედერალური სასამართლო აღნიშნავს:³⁰

„ბიოციდური პროდუქტების შესახებ დადგენილების (Biozid-VO) 72 III 2 მუხლში განვლილი რეგულაცია ასევე მომხმარებელთა ინტერესების დაცვასაც ისახავს მიზნად ბაზარზე მენარმე სუბიექტების ქმედებების რეგულირების

²⁸ ზოგადად: BGH, Urteil vom 21. März 2023 - XIII ZR 2/20 - RdE 2023, 496, juris Rn. 39; BGH, Urteil vom 24. Mai 2022 - VI ZR 206/21 - NJW 2022, 2747, juris Rn. 29; BGH, Urteil vom 22. September 2016 - VII ZR 14/16 - BGHZ 211, 375, juris Rn. 14; zu § 9 UWG: Raue in: Teplitzky/Peifer/Leistner, UWG, 3. Auflage, § 9 UWG Rn

26 ff.; Rose in: Seichter, jurisPK-UWG, 5. Aufl., § 9 UWG (Stand: 15.01.2021) Rn. 35 ff.

²⁹ OLG Frankfurt, Urteil vom 20. Mai 2021 - 6 U 39/20 - WRP 2021, 1480, juris Rn. 41; Rose in: Seichter, jurisPK-UWG, 5. Aufl., § 9 UWG (Stand: 15.01.2021D), Rn 35 f.

³⁰ BGH, Urteil vom 10. Oktober 2024 - I ZR 108/22 - GRUR 2024, 1736, juris Rn. 19.

გზით. დადგენილების 1 I მუხლის თანახმად, კანონის მიზანია შიდა ბაზრის ფუნქციონირების გაუმჯობესება ბიოციდური პროდუქტების ბაზარზე განთავსებისა და გამოყენების წესების ჰარმონიზაციის გზით, ერთდროულად ადამიანთა და ცხოველთა ჯანმრთელობისა და გარემოს დაცვის მაღალი დონის უზრუნველყოფით. რეგლამენტის დებულებები ეყრდნობა პრევენციული სიფრთხილის პრინციპს, რომლის საფუძველზეც უნდა იყოს უზრუნველყოფილი ადამიანთა და ცხოველთა ჯანმრთელობის, აგრეთვე გარემოს დაცვა (I 1 2 მუხლი). დადგენილების 72 III 2 მუხლი შეიცავს ბიოციდური პროდუქტების რეკლამის შესახებ რეგულაციებს, რომელთა მიზანია აღიკვეთოს პროდუქტის ადამიანის ან ცხოველის ჯანმრთელობისთვის ან გარემოსთვის არსებული რისკების უმნიშვნელოდ წარმოჩენა ან მისი ეფექტიანობის შესახებ შეცდომაში შეყვანა (...). შესაბამისად, ბიოციდური პროდუქტების შესახებ დადგენილების მოცემული ნორმა არეგულირებს მენარმე სუბიექტების ქცევას, ბიოციდური პროდუქტების რეკლამის ფარგლებში, ჯანმრთელობის დაცვისა და, ამგვარად, მომხმარებელთა ინტერესების უზრუნველსაყოფად.“

უქმნის თუ არა ბაზრის მონაწილის ქცევა დაცული ინტერესებს საგრძნობ საფრთხეს და შეიცავს თუ არა მათი ხელყოფის რისკს უნდა შეფასდეს დარღვეული საბაზრო ქცევის მარეგულირებელი წესის დაცვითი მიზნის მიხედვით. ამ შეფასებისას გათვალისწინებულ უნდა იქნეს (მხოლოდ) ის მიზნები, რომელთა საფუძველზეც დგინდება, რომ შესაბამისი დებულება ბაზარზე ქცევის მარეგულირებელ წესს განეკუთვნება.³¹ „ხელშესახები ხელყოფის“ წინაპირობის სავალდებულობის მიზანია კონკურენტთა დაცვის სფეროდან გამორიცხოს ბაზარზე ქცევის წესის დარღვევის ისეთი შემთხვევები, რომლებიც ბაზრის სხვა მონაწილეებზე არსებით გავლენას არ ახდენენ და, შესაბამისად, რომელთა მიმართაც საზოგადოებრივი ინტერესი არ არსებობს.³²

მოცემული არგუმენტაციიდან უკუდასკვნით

ასევე გამომდინარეობს, რომ იმ კონკურენტის მხრიდან ჩადენილი სამართალდარღვევა, რომელიც საბაზრო ქცევას არ ეხება, კეთილსინდისიერი კონკურენციის შესახებ კანონით დადგენილი მე-9 პარაგრაფის მიხედვით ზიანის ანაზღაურების ვალდებულების მოქმედების სფეროში არ შედის. ეს ძალაშია მაშინაც, როდესაც კანონის შესაბამისად მოქმედი კონკურენტი სხვის მიერ ჩადენილი სამართალდარღვევების გამო ეკონომიკურ ზიანს განიცდის – მაგალითად, იმიტომ, რომ ამ უკანასკნელს შეუძლია უფრო იაფად აწარმოოს (გადასახადების თავიდან არიდება; შრომითი კანონმდებლობის დარღვევები; დაუშვებელი მავნე ნივთიერებების ემისიები და სხვ.) – და ამით ბაზარზე ფასთა კონკურენციაში უპირატესობას მიიღოს.

ბ) კაუზალური შერაცხვა (Zurechnungszusammenhang)

ზიანის მომტან ქმედებასა და დამდგარ ზიანს შორის კავშირი, კაუზალური შერაცხვის ფორმით არ არსებობს, თუ ზიანის მომტანი ქმედება ეფუძნება დაზარალებულის თავისუფალ გადაწყვეტილებას; ანუ, დაზარალებული ჩაერია კაუზალობის ჯაჭვში მას შემდეგ, რაც იგი უკვე დამრღვევის ქცევით იყო დაძრული. მიუხედავად ამისა, პასუხისმგებლობის სამართლის წრეში დამრღვევის ქცევის კაუზალური შერაცხვა დაზარალებულის ქცევით არ იშლება და სახეზეა, როდესაც დაზარალებულის ქცევას გააჩნდა გამამართლებელი საფუძველი, ან იგი იყო დამრღვევის მოქმედებით პროვოცირებული და არ წარმოადგენდა მასზე არც უჩვეულო და არც შეუსაბამო რეაქციას.³¹

არაკეთილსინდისიერი კონკურენციის წინააღმდეგ გერმანიის კანონის მე-9 პარაგრაფით გათვალისწინებული ზიანის ანაზღაურების მოთხოვნების ფარგლებში, ეს საკითხი განსაკუთრებით აქტუალურია იმ შემთხვევაში, როდესაც კონკურენტი, კონკურენციის სამართლის დარღვევის დაფიქსირების შემდეგ, მოთხოვნას აყენებს არა რეალური დამრღვევის წინააღმდეგ

³¹ BGH, Urteil vom 29. Mai 2024 - I ZR 43/23 - GRUR 2024, 1041, juris Rn. 44; BGH, Urteil vom 6. Juni 2019 - I ZR 206/17 - GRUR 2019, 1071, juris Rn. 54.

³² BGH, Urteil vom 29. Mai 2024 - I ZR 43/23, GRUR 2024, 1041, juris Rn. 44.

(Störer), არამედ მიმართავს ისეთი მესამე პირის წინააღმდეგ, რომელსაც დარღვევა არ ჩაუდენია („არასწორი პირი“), რის შედეგადაც უწევს გაფრთხილებისა (Abmahnung) და სხვა სამართლებრივი დევნის ხარჯების უშედეგოდ გაღება. სასამართლო პრაქტიკა იმ პოზიციიდან გამომდის, რომ „არასწორი პირის“ წინააღმდეგ სამართლებრივი დევნის რისკი, როგორც წესი, რეალურ დამრღვევ პირს (Störer) არ მიეწერება.³³ განსხვავებული შეფასება მოქმედებს მაშინ, როდესაც რეალურმა დამრღვევმა კონკურენტი თავდაპირველად სწორედ არასწორი ან შეცდომაში შემყვანი ინფორმაციის მეშვეობით (რაც შესაძლოა კონკურენციის სამართლის მოთხოვნების დამოუკიდებელ დარღვევად შეფასდეს) მიიყვანა იქამდე, რომ მოთხოვნა არადამრღვევი პირის მიმართ წარადგინა.³⁴ სხვა სიტყვებით: თუ რეალურმა დამრღვევმა კონკურენტი, ფაქტობრივად, „ცრუ კვალზე“ დააყენა, ამგვარად მან მოცემული ქმედებით მოახდინა პროვოცირება იმისა, რომ კონკურენტს არადამრღვევი პირის მიმართ დაენოო დავა.

დაზარალებულის მიერ პირადი გადაწყვეტილებით საკუთარი თავისათვის მიყენებული ეკონომიკური დანაკარგების (პასუხისმგებლობის სამართლის გაგებით) შერაცხვის კიდევ ერთ მაგალითად შეიძლება ჩაითვალოს შემთხვევა, როდესაც დაზარალებული კონკურენტი, დამრღვევის ქმედებებით გამოწვეული „ბაზრის დაბნეულობის“ (Marktverwirrung) აღმოსაფხვრელად, ბაზრის გასარკვევად/გასაწმენდად (Marktaufklärung) იღებს შესაბამის ხარჯებთან დაკავშირებულ ზომებს (რეკლამა; საინფორმაციო კამპანია და სხვა; ამის შესახებ ქვემოთ B. II. 2.a) cc) (2)).

2. პასუხისმგებლობის მოცულობის განმსაზღვრელი კაუზალურობა

კონკურენციის სამართლის დანაწესების დარღვევით მიყენებული ზიანის ანაზღაურების

მოთხოვნის განხორციელებისას, ის დაზარალებული, რომელსაც მტკიცების ტვირთი ეკისრება, ვალდებულია, როგორც წესი, კონკრეტულად დაადგინოს როგორც მიუღებელი შემოსავალი, ასევე რეპუტაციული ზიანი. თუმცა, იმის გამო, რომ ამ შემთხვევაშიც მტკიცების ტიპიური პრობლემატიკა იჩენს თავს, როგორც ყოველთვის, დაზარალებულს ენიჭება გარკვეული შეღავათები მტკიცებისა და დასაბუთების ტვირთთან მიმართებით (იხ. ქვემოთ). არამატერიალური უფლებების დარღვევისას, ხსენებული კანონის მე-9 მუხლის გაგებით, ზიანის დაანგარიშება დამრღვევის მიერ მიღებული მოგების ოდენობით და ზიანის ანაზღაურების სახით დაზარალებულისათვის მისი გადაცემა (Herausgabe des Verletzerertrags) ან ლიცენზიის ანალოგიის (Lizenzanalogie) მეთოდით, მხოლოდ გამონაკლის შემთხვევაში გამოიყენება (იხ. ქვემოთ B. II. 2. b) bb)).

ა) კონკრეტული ზიანის დაანგარიშება

კონკურენციის სამართალში მოქმედებს ზოგადი, გამოცდილებით (ემპირიული გზით) მიღებული დებულება, რომლის მიხედვითაც კონკურენციის სამართლის მოთხოვნების დარღვევა, ჩვეულებრივ, კონკურენტს ყოველთვის ზიანს აყენებს.³⁵ ვინაიდან ამ ზიანის, განსაკუთრებით, მიუღებელი შემოსავლის კონკრეტული ოდენობის დამტკიცება კონკურენციის სამართალში განსაკუთრებულ სირთულეებთან არის დაკავშირებული, დაზარალებულს (ეფექტიანი სამართლებრივი დაცვის უზრუნველყოფის მიზნითაც) უნდა მიენიჭოს მტკიცებულებითი შეღავათები.

აა) პრინციპები

ზიანის გამოანგარიშების პრინციპებთან მიმართებით, ძალაში რჩება A ნაწილში მოცემული განმარტებები და იქ ამონარიდის სახით წარმოდგენილი გერმანიის ფედერალური უზენაესი

³³ BGH, Urteil vom 23. November 2006 - I ZR 276/03 - GRUR 2007, 631, juris Rn. 24; BGH, Urteil vom 5. November 1987 - I ZR 212/85 - GRUR 1988, 313, juris Rn. 14 f.

³⁴ BGH, Urteil vom 17. September 2015 - I ZR 47/14 - GRUR 2016, 526, juris Rn. 32 ff.

³⁵ BGH, Urteil vom 21. Januar 2016 - I ZR 90/14 - GRUR 2016, 860, juris Rn. 21.

სასამართლოს 2016 წლის 21 იანვრის გადაწყვეტილება³⁶ (ზემოთ A. II. 1.).

ბბ) ზიანის გაანგარიშების წესი და მეთოდიკა

ზიანის კონკრეტულ დაანგარიშებასთან დაკავშირებით, ფედერალური უზენაესი სასამართლო სხვა ადგილას დამატებით განმარტავს:³⁷

„თუ დაზარალებული ზიანს კონკრეტული მეთოდით ითვლის და ითხოვს მიუღებელი შემოსავლის ანაზღაურებას, მან უნდა წარმოადგინოს ისეთი ფაქტები, რომლებიც იძლევა იმის დადგენის შესაძლებლობას, რომ მისი ბრუნვა (გაყიდვები) ან მისი ლიცენზიატის ბრუნვა, არამართლზომიერი ქმედებების გარეშე, მოვლენათა ჩვეულებრივი მიმდინარეობის ან კონკრეტული გარემოებების გათვალისწინებით, გარკვეული ალბათობით (§ 252 გსკ), გაიზრდებოდა იმ მოცულობით, რომლის შეფასებაც, საჭიროების შემთხვევაში, გერმანიის სამოქალაქო საპროცესო კოდექსის 287-ე პარაგრაფის მიხედვით, შეიძლება შეფასდეს სასამართლოს მიერ. ამასთან, საქმის კონკრეტული გარემოებებისგან დამოუკიდებლად, არ შეიძლება, უფლებამოსილმა პირმა ან მისმა ლიცენზიატმა დამრღვევის ბრუნვა (მიღებულის მოგება) ავტომატურად „გადმოიღოს“ (...). შესაბამისი კავშირის დასაბუთებისთვის დაზარალებულის მხრიდან, როგორც წესი, არასაკმარისია, მხოლოდ დროისა და რაოდენობითი მონაცემების მითითება დამრღვევის მიწოდებებსა და შეთავაზებებზე, არამედ საჭიროა მიწოდებისა და შეთავაზების ფასების მითითებაც. ამ ფასების ცოდნის გარეშე, როგორც წესი, ვერ შეფასდება, უფლებამოსილი პირი ან მისი ლიცენზიანტი, შეძლებდნენ თუ არა და რა მოცულობით შეძლებდნენ, მათი ფასების გათვალისწინებით, დამრღვევის ბრუნვის მიღწევას, ან ხომ არ შექმნა დამრღვევმა დამატებითი მოთხოვნა, რომელსაც უფლებამოსილი პირი

ვერ შექმნიდა და აითვისებდა. კონკრეტული ზიანის დაანგარიშებისათვის დაზარალებულს არ სჭირდება დამრღვევის პროდუქტის თვითღირებულების ხარჯებისა და მიღებული მოგების მონაცემები; რადგან ხელიდან გაშვებული მოგების რაოდენობის დადგენას საფუძვლად უნდა დაედოს მხოლოდ ის თანხა, რომელსაც დაზარალებული ჩვეულებრივ იღებს (...).

ზიანის ამგვარი დაანგარიშებისას დაზარალებულმა, ზიანის შეფასების ზოგადი კრიტერიუმების შესაბამისად, სარგებლის გათანაბრების (*Vorteilsausgleich*) პრინციპის მიხედვით, უნდა გაითვალისწინოს/გამოქვითოს მის მიერ დაზოგილი პერიოდული ხარჯები (ე.წ. სპეციალური დანახარჯები - *Spezialunkosten*), მაგალითად საქონლის შესყიდვის ხარჯები, პროდუქტთან დაკავშირებული ენერგომოხმარების ხარჯები ან სავაჭრო წარმომადგენლების საკომისიოები; მაგრამ არა პროპორციული ფიქსირებული ხარჯები.³⁸

გგ) კონკრეტული საკითხები

(1) „მოზიდვის ეფექტით“ (*Anlockeffekt*) გამოწვეული ზიანი

ანაზღაურებადი შეიძლება იყოს ისეთი ზიანი, რომელიც წარმოიშვა იმიტომ, რომ დამრღვევმა კონკურენციის სამართლის მოთხოვნების დარღვევა „სატყუარად“ (*Köder*) გამოიყენა სხვა ისეთი პროდუქტებისა და მომსახურებების გაყიდვების ზრდისთვის, რომლებიც უშუალოდ არ იყო კონკურენციის სამართლის დარღვევით მოცული; მაგალითად, როდესაც დამრღვევი პროდუქტს შეცდომაში შემყვანი ფორმით უკეთებს რეკლამას და ამით მოიპოვებს მყიდველებს, რომლებიც სხვა შემთხვევაში და-

³⁶ BGH, Urteil vom 21. Januar 2016 - I ZR 90/14 - GRUR 2016, 860.

³⁷ BGH, Urteil vom 20. Mai 2008 - X ZR 180/05 - GRUR 2008, 896, juris Rn. 32.

³⁸ ზოგადი მიმოხილვისათვის: BGH, Urteil vom 1. März 2001 - III ZR 361/99 - NJW-RR 2001, 985, juris Rn. 26 ff.;

BGH, Urteil vom 10. Mai 1989 - VIII ZR 88/88 - NJW-RR 1989, 1451, juris Rn. 11; OLG Hamm, Urteil vom 24. Januar 2019 - I-18 U 57/09 - RdTW 2019, 429, juris Rn. 71; OLG München, Urteil vom 16. April 2015 - 23 U 3528/14 - juris Rn. 28.

ზარალებულ კონკურენტთან შეიძენდნენ პროდუქციას (ე.წ. „მოზიდვის ეფექტი“).³⁹ ასეთი „მოზიდვის ეფექტი“ განსაკუთრებით აქტუალურია ყოველდღიური მოხმარების საქონლის შემთხვევაში. მაგალითად, მომხმარებლები, კონკურენციის სამართლის მოთხოვნების დარღვევით განხორციელებული რეკლამის შედეგად შეიძლება მივიდნენ სავაჭრო ობიექტში და ამ დროს შეიძინონ ისეთი საქონელიც, რომელსაც მოცემული რეკლამა არ შეხებია. იგივე შესაძლებელია ასევე ონლაინ-ვაჭრობაშიც; როდესაც მომხმარებლებს პროდუქტის ცალ-ცალკე გაგზავნის ხარჯების დაზოგვა სურთ ან იმიტომ, რომ უფრო მოსახერხებელია, ერთიანად იყიდოს ყველა საჭირო პროდუქტი, რამდენიმე მომწოდებლის შეთავაზებებში ცალკ-ცალკე გარკვევის მაგივრად.

(2) ბაზრის დაბნეულობით (Marktverwirrung) გამოწვეული ზიანი

თუ კონკურენციის სამართლის დარღვევის შედეგად ბაზარზე გაჩნდა გაურკვევლობა ან დეზორიენტაცია, შეიძლება ანაზღაურდეს როგორც ბაზრის დაბნეულობით გამოწვეული ზიანი (Marktverwirrungsschaden), ისე პროდუქტის ან მომწოდებლის რეპუტაციის დაზიანებით გამოწვეული ზიანი (Reputationsschaden).⁴⁰

თუმცა, ბაზრის დეზორიენტაცია თავისთავად ავტომატურად არ იწვევს ქონებრივ დანაკარგებს. პირველ რიგში, იგი მხოლოდ დარღვევით გამოწვეულ „ხელშეშლის მდგომარეობას“ (Störungszustand) განაპირობებს, რომელსაც უნდა დაუპირისპირდეს კონკურენციულსამართლებრივი ხელშეშლის აღკვეთისა

(Unterlassungsanspruch) და მისი შედეგების აღმოფხვრის (Beseitigungsanspruch) მოთხოვნები (§ 8 I UWG)^{41, 42} თუ ეს აუცილებელია, დაზარალებულს შეუძლია (პროპორციულობის ფარგლებში) თავადაც დააფინანსოს გაძლიერებული სარეკლამო ღონისძიებები ან ინფორმაციული კამპანიები მედიაში და ამ ხარჯების ანაზღაურება ზიანის სახით მოითხოვოს. თუმცა ამისთვის აუცილებელია, რომ ასეთი ღონისძიებები ემსახურებოდეს ზიანის შემცირებას ან ზიანის თავიდან აცილებას⁴³ და არ წარმოადგენდეს დარღვევის ხარჯზე განხორციელებულ ფარულ/სხვა ტიპის სარეკლამო აქტივობას. ამით არ იზღუდება უკვე კონკრეტულად დამდგარი ზიანის ანაზღაურების მოთხოვნა.

(3) არამართლზომიერი ქცევით გამოწვეული მიუღებელი შემოსავალი

დაზარალებულ კონკურენტს, ზოგადად, აქვს უფლება, მოითხოვოს მისთვის მიყენებული ქონებრივი დანაკარგების სრულად ანაზღაურება (შდრ. ზემოთ A. I. 1.). თუმცა მართლწესრიგი გამორიცხავს იმ ქონებრივი სარგებლის ანაზღაურებას, რომელსაც დაზარალებული მხოლოდ საკანონმდებლო აკრძალვის დარღვევით შეძლებდა და რომლის შენარჩუნებასაც სამოქალაქო სამართალი დაუშვებლად მიიჩნევს, ან უკანონო საშუალებებით მიიღებდა.⁴⁴ კერძოდ, ზიანის ანაზღაურების გზით დაზარალებულს არ უნდა დარჩეს ისეთი მოგება, სწორედ რო-

³⁹ Raue in: Teplitzky/Peifer/Leistner, UWG, 3. Auflage, § 9 UWG, Rn. 82.

⁴⁰ Raue in: Teplitzky/Peifer/Leistner, UWG, 3. Aufl., § 9 UWG, Rn. 79.

⁴¹ არაკეთილსინდისიერი კონკურენციის შესახებ კანონის მე-8 პარაგრაფი - აღმოფხვრა და ხელშეშლის აღკვეთა (1) პირი, რომელიც ახორციელებს მე-3 ან მე-7 პარაგრაფის მიხედვით დაუშვებელ ბიზნეს მოქმედებას ახორციელებს, უნდა აღმოფხვრას ის და გამეორების საფრთხის შემთხვევაში დასაშვებია მისგან ხელშეშლის აღკვეთის მოთხოვნა. ხელშეშლის აღკვეთის მოთხოვნა

არსებობს უკვე მაშინ, როდესაც სახეზეა მე-3 და მე-7 პარაგრაფების დარღვევის საფრთხე.

⁴² BGH, Urteil vom 6. Juni 1991 - I ZR 234/89 - GRUR 1991, 921, juris Rn. 32; სამენარმეო დაცული უფლების ხელყოფის შემთხვევაში: BGH, Urteil vom 17. Mai 2001 - I ZR 291/98 - GRUR 2001, 841, juris Rn. 52.

⁴³ დეტალური ანალიზისათვის Raue in: Teplitzky/Peifer/Leistner, UWG, 3. Auflage, §9 UWG, Rn. 91 ff.

⁴⁴ BGH, Versäumnisurteil vom 24. Februar 2005 - I ZR 101/02 - GRUR 2005, 519, juris Rn. 24; BGH, Beschluss vom 20. Dezember 1990 - III ZR 150/89 - juris Rn. 3.

მლის მოპოვებასაც სხვა საკანონმდებლო ნორმები მიზანმიმართულად უშლიან ხელს.⁴⁵ ეს წესი მოქმედებს მაშინაც კი, როდესაც დაზარალებულს ეს მოგება ფაქტობრივად უკვე მიღებული ჰქონდა.

ბ) დამრღვევის მოგების დაზარალებულისათვის გადაცემა / ლიცენზიის ანალოგია

ა) სამართლებრივი მდგომარეობა არამატერიალური უფლებების დარღვევისას

იმ არამატერიალური უფლებების დარღვევით გამოწვეული ზიანის ანაზღაურების მოთხოვნებისას, რომელიც დაზარალებულს ექსკლუზიური გამოყენების უფლებით აქვს მინიჭებული (ე.წ. ექსკლუზიური უფლებები - *Ausschließlichkeitsrechte*), ზიანი შეიძლება განისაზღვროს დამრღვევის მოგების საფუძველზე ან ლიცენზიის ანალოგიით (შდრ. § 14 VI *MarkenG*;⁴⁶ § 97 III *UrheberrechtsG*; § 139 II *PatentG*; ქართულ სამართალში: სასაქონლო ნიშნების შესახებ კანონის 45 VI მუხლი და მომდევნო მუხლები) (ე.წ. „სამმაგი ზიანის გაანგარიშების“ პრინციპი).⁴⁷

(1) დამრღვევის მოგება (*Verletzererfolg*)

დამრღვევის მოგება გამოხატავს იმ ეკონომიკურ ღირებულებას, რომელიც დარღვეულ

ექსკლუზიურ უფლებას ბაზარზე აქვს.⁴⁸ შესაბამისად, მისი დაზარალებულისათვის გადაცემის მოთხოვნა, მიუხედავად იმისა, რომ პირდაპირ არ არის მიმართული კონკრეტულად დამდგარი ზიანის ანაზღაურებაზე, მიზნად მაინც იმ ქონებრივი დანაკარგის სამართლიან დაბალანსებას ისახავს, რომელიც უფლების მფლობელმა მისი კუთვნილი ექსკლუზიური უფლების ხელყოფის შედეგად განიცადა.⁴⁹ ხელმოყვანის მოგების „ამოღებას“ (*Abschöpfung*, ამოშრეტას) თან ახლავს (მიზანმიმართულად დაშვებული) დამატებითი ეფექტი - პრევენციული ზემოქმედება.⁵⁰

კომპენსაციის პრინციპის თანმიმდევრულად განსახორციელებლად, ამ მეთოდით ხდება ფიქცია იმისა, რომ ექსკლუზიური უფლების მფლობელი, სხვა პირის არამართლზომიერი ქცევის გარეშე, მისთვის მინიჭებული დაცული უფლების კომერციული გამოყენებით იმავე მოგებას მიიღებდა, რასაც დამრღვევი.⁵¹ ამგვარად, დამრღვევის მოგების დაზარალებულისათვის გადაცემა არ ატარებს სადამსჯელო (პენალურ) ხასიათს, არამედ რჩება ზიანის ანაზღაურების სამართლის მიერ დადგენილ ფარგლებში. მისი განსაკუთრებულობა მხოლოდ იმაში მდგომარეობს, რომ იგი ეფუძნება (ეკონომიკური ცხოვრების თავისებურებით გამყარებულ) თეზას, რომლის თანახმადაც, გამოცდილების მიხედვით, უფლების მფლობელი იმავე ეკონომიკურ სარგებელს მიიღებდა, რასაც უფლების დამრღვევი.

⁴⁵ BGH, Beschluss vom 20. Dezember 1990 - III ZR 150/89 - juris Rn. 3; BGH, Urteil vom 28. Januar 1986 - VI ZR 151/84 - NJW 1986, 1486-, juris Rn. 18; Brandenburgisches Oberlandesgericht, Urteil vom 29. April 2010 - 12 U 184/09 - Schaden-Praxis 2010, 28, juris Rn. 16; Staudinger/Höpfner (2021) BGB § 252), Rn. 11.

⁴⁶ სავაჭრო ნიშნების შესახებ კანონის 14 VI პარაგრაფი ვინც სხვის უფლებას არღვევს განზრახ ან გაუფრთხილებლობით, ვალდებულია სასაქონლო ნიშნის მფლობელს აუნაზღაუროს ამ ქმედებით გამოწვეული ზიანი. ზიანის ანაზღაურების ოდენობის განსაზღვრისას შეიძლება გათვალისწინებულ იქნეს აგრეთვე ის მოგება, რომელიც დამრღვევმა უფლების დარღვევის შედეგად მიიღო. ზიანის ანაზღაურების მოთხოვნა შეიძლება ასევე გამოითვალოს იმ თანხის საფუძველზე, რომელიც დამრღვევს უნდა გადაეხადა როგორც შესაბამისი და გონივრული ანაზღაურება, თუ იგი სასაქონლო ნიშნის გამოყენების ნებართვას წინასწარ მოიპოვებდა.

⁴⁷ BGH, Urteil vom 26. Februar 2013 - XI ZR 345/10 - ZfSch 2013, 406, juris Rn. 54; BGH, Urteil vom 29. Juni 2010 - KZR 31/08 - GRUR Int 2011, 16, juris Rn. 47; OLG Köln, Urteil vom 6. Februar 2024 - I-15 U 314/19 - K&R 2024, 426, juris Rn. 321 ff.; Raue in: Teplitzky/Peifer/Leistner, UWG, 3. Auflage, § 9 UWG, Rn. 101.

⁴⁸ BGH, Urteil vom 16. Dezember 2021 - I ZR 201/20 - GRUR 2022, 229, juris Rn. 87; BGH, Urteil vom 24. Juli 2012 - X ZR 51/11 - GRUR 2012, 1226, juris Rn. 16.

⁴⁹ BGH, Urteil vom 16. Dezember 2021 - I ZR 201/20 - GRUR 2022, 229, juris Rn. 87; BGH, Urteil vom 2. November 2000 - I ZR 246/98 - GRUR 2001, 329, juris Rn 24.

⁵⁰ BGH, Urteil vom 16. Dezember 2021 - I ZR 201/20 - GRUR 2022, 229, juris Rn. 87; BGH, Urteil vom 14. Mai 2009 - I ZR 98/06 - GRUR 2009, 856, juris Rn. 76.

⁵¹ BGH, Urteil vom 2. November 2000 - I ZR 246/98 - GRUR 2001, 329, juris Rn 24.

(2) ლიცენზიის ანალოგია (*Lizenzanalogie*)

ალტერნატიულად, დაზარალებულს შეუძლია, ე.წ. ლიცენზიის ანალოგიის გზით, ზიანის ანაზღაურების სახით მოითხოვოს ლიცენზიის მოპოვების ის ხარჯები, რომელსაც თავად მიიღებდა ბაზარზე შესაბამისი ლიცენზიის გაცემით. ბაზრის დაბნეულობით გამოწვეული ზიანი (*Marktverwirrungsschaden*) შეიძლება (ისევე როგორც დამრღვევის მოგების დაზარალებულისათვის გადაცემის შემთხვევაში) დამატებით იქნას გათვალისწინებული.⁵²

ლიცენზიის ანალოგიის პრინციპებით ზიანის გაანგარიშებისას გადამწყვეტია, თუ რა გონივრულ ანაზღაურებაზე შეთანხმდებოდნენ ლიცენზიის ხელშეკრულების დადებისას შესაბამისი მხარეები, არამატერიალური უფლების გამოყენებისთვის. შესაბამისად, გადამწყვეტია, თვითნებურად მითვისებული უფლებამოსილების ობიექტური ღირებულება (მისი გამოყენების შესაძლებლობის ხელშეკრულების გზით მოპოვებისას), ანუ შესაბამისი და ჩვეულებრივი სალიცენზიო გადასახადი.⁵³ ამასთან, გათვალისწინებულ უნდა იქნეს, ყველა ის გარემოება, რომლებსაც თავისუფალი სალიცენზიო მოლაპარაკებების დროსაც ექნებოდათ გავლენა ანაზღაურების ოდენობაზე.⁵⁴

ლიცენზიის ანალოგიით ზიანის დაანგარიშება გულისხმობს, რომ ექსკლუზიურ - რომელიც ამ შემთხვევაში მიითვისა დამრღვევმა - უფლებაზე ლიცენზიების გაცემა ბიზნეს ბრუნვაში (ზოგადად) ჩვეულებრივ უნდა პრაქტიკად უნდა ითვლებოდეს; გადამწყვეტი არ არის კონკრეტულად იმ დარგის პრაქტიკა.⁵⁵ ასევე, აბსტრაქტული დაანგარიშების მეთოდიდან გამომდინა-

რე, არ აქვს მნიშვნელობა, მართლზომიერი ქცევის შემთხვევაში, რეალურად გასცემდა თუ არა უფლებამოსილი პირი, კონკრეტულ შემთხვევაში, შესაბამის ლიცენზიას.⁵⁶ თუმცა ამ მეთოდის მიხედვით გამოთვლა გამორიცხულია, თუ არამატერიალური უფლების მფლობელის (მაგალითად, მისი საზოგადოებრივი-სასარგებლო ხასიათიდან გამომდინარე) მუდმივი სალიცენზიო პრაქტიკაა, ლიცენზიებს მხოლოდ უსასყიდლო გაცემა.⁵⁷

ლიცენზიის ანალოგიით ზიანის დაანგარიშება წარმოადგენს სარგებლობის უფლებების ხელყოფისას აბსტრაქტული/ნორმატიული ზიანის გაანგარიშების ერთ-ერთ შემთხვევას.⁵⁸ შესაბამისად, იგი თავსდება ზიანის ანაზღაურების სამართლის იმ პრინციპის ფარგლებში, რომლის მიხედვითაც, ზიანის ანაზღაურების სამართლის მიზანია, ქონებრივი დანაკლისის აღმოფხვრა და არა თუნდაც სამართალდამრღვევის დასჯა. ამ მეთოდსაც საფუძვლად უდევს თეზა, რომ ჩვეულებრივი სალიცენზიო გადასახადი გამოსატყვევს არამატერიალური უფლების ეკონომიკურ გამოყენებით ღირებულებას და რომ ეს გამოყენებითი ღირებულება სამართალდარღვევით იქნა ჩამორთმეული.

ბბ) „არაკეთილსინდისიერი კონკურენციის შესახებ კანონის“ ნორმების დარღვევა

სასამართლო პრაქტიკა მოცემულ პრინციპებს კონკურენციის სამართლის ნორმების დარღვევით (§ 9 UWG) გამოწვეული ზიანის ანაზღაურების მოთხოვნებზე მხოლოდ გამონაკლისის სახით ავრცელებს.

ზიანის დაანგარიშების მოცემული მეთოდი აღიარებულია მხოლოდ იმ ნაწილში, რომელიც

⁵² BGH, Urteil vom 16. Dezember 2021 - I ZR 201/20 - GRUR 2022, 229, juris Rn. 85; BGH, Urteil vom 22. September 2021 - I ZR 20/21 - GRUR 2022, 82, juris Rn. 30.

⁵³ BGH, Urteil vom 22. September 2021 - I ZR 20/21 - GRUR 2022, 82, juris Rn. 13; BGH, Urteil vom 18. Juni 2020 - I ZR 93/19 - GRUR 2020, 990, juris Rn. 12; BGH, Urteil vom 29. Juli 2009 - I ZR 169/07 - GRUR 2010, 239, juris Rn. 20.

⁵⁴ BGH, Urteil vom 22. September 2021 - I ZR 20/21 - GRUR 2022, 82, juris Rn. 14.

⁵⁵ BGH, Urteil vom 16. Dezember 2021 - I ZR 201/20 - GRUR 2022, 229, juris Rn. 81; BGH, Urteil vom 23. Juni 2005 - I ZR 263/02 - GRUR 2006, 143, juris Rn. 23.

⁵⁶ BGH, Urteil vom 23. Juni 2005 - I ZR 263/02 - GRUR 2006, 143, juris Rn. 22.

⁵⁷ BGH, Urteil vom 16. Dezember 2021 - I ZR 201/20 - GRUR 2022, 229, juris Rn. 82.

⁵⁸ შდრ. BGH, Urteil vom 23. Juni 2005 - I ZR 263/02 - GRUR 2006, 143, juris Rn. 22; BGH, Urteil vom 22. März 1990 - I ZR 59/88 - GRUR 1990, 1008, juris Rn. 20.

ესემა არამატერიალური უფლებებით დაცული ნაწარმოების კონკურენციის სამართლის დარღვევით განხორციელებულ მიბაძვას (*wettbewerbswidrige Nachahmung*) - კონკურენციის სამართალში აღიარებული ე.წ. მიბაძვისაგან დამატებითი დაცვის (*ergänzender wettbewerbsrechtlicher Nachahmungsschutz*) ფარგლებში. ეს ეფუძნება იმას, რომ კონკურენციულსამართლებრივი დაცვა არამატერიალური უფლებების შესახებ კანონში არსებულ დაცვის მექანიზმებს ავსებს კონკურენციულსამართლებრივი მიბაძვის აკრძალვით (აღრე მოიხსენიებოდა როგორც „მონური მიბაძვა“ - „*sklavische Nachahmung*“)⁵⁹ და რომ ამ სიახლოვის გამო მიზანშეწონილია ზიანის დადგენის მეთოდებიც ანალოგიურად იყოს კონსტრუირებული. მიბაძვისაგან კონკურენციულსამართლებრივი დაცვის საგანი (§ 4 Nr. 3 UWG)⁶⁰ არის მხოლოდ საქონლისა და მომსახურებების კონკრეტული ფორმის/დიზაინის დაცვა და არა მის უკან მდგომი აბსტრაქტული იდეა.⁶¹

ანალოგიურად, გერმანული სასამართლო პრაქტიკა ასევე უშვებს ზიანის დადგენას ლიცენზიის ანალოგიის საფუძველზე იმ შემთხვევაში, როდესაც ადგილი აქვს საწარმოო საიდუმლოს არაკეთილსინდისიერ გამოყენებას, რომელიც დაზარალებულ კონკურენტს არამატერიალურ უფლებებთან მიახლოებულ სამართლებრივ პოზიციას ანიჭებს (მაგალითად, ინოვაციური ტექნიკური გადაწყვეტები, „ორიგინალური ნამუშევრები“ ან „გამოგონებები“).⁶² ეს გამართლებულია იმით, რომ მსგავსი საწარმოო საიდუმლოებები (თუნდაც ისინი ჯერ კიდევ არ ექვემდებარებოდეს პატენტსა ან საა-

ვტორო უფლებას) ავლენენ სიახლოვეს არამატერიალური უფლებების დაცვის სფეროსთან და, შესაბამისად, მიზანშეწონილია მათ დარღვევაზე გამოყენებული ზიანის დაანგარიშების მეთოდების გავრცელება კონკურენციის სამართალში აღიარებული, ნაწარმოების დაცვის (*Leistungsschutz*) შემთხვევებზეც.

გგ) ბაზრის ცნება და ბაზრის სეგმენტიზაციის არგუმენტი

როგორც, ამას გერმანული სასამართლო ადგენს და რაც ისედაც სრულებით ლოგიკურია, „ბაზარი“ მიუღებელი შემოსავლის, როგორც ზიანის გამოთვლის კონტექსტში გულისხმობს კონკრეტულ ნიშას, მაგ., კონკრეტული სუნამოს მომხმარებელს და არა ამ და კიდევ ყველა სხვა მსგავსი სუნამოთი დაინტერესებულ პირებს. ბაზარი განისაზღვრება იმის მიხედვით, თუ რამდენად ახლოს დგას მოვაჭრე პროდუქტის მწარმოებელთან.

თუ, მაგალითად, კონკრეტული პროდუქტის პირველადი მიმწოდებლის ნიშა, ეჭირა კონკურენტს, რომელიც დამრღვევმა არაკეთილსინდისიერი კონკურენციის გზით სრულებით გააღწია, სრულად გადაიბირა უკვე არსებული კლიენტურა და ამავდროულად ახალი კლიენტურაც არაკეთილსინდისიერ კონკურენტთან მიიზიდა. ის ვერ მიუთითებს იმ გარემოებაზე, რომ კონკურენტი მაინც დარჩა „ბაზარზე“, როგორც მეორადი მიმწოდებელი, რადგან „პირველადი მიწოდების ბაზარი“ და „მეორადი მიწოდების ბაზარი“ ეს ორი სხვადასხვა ბაზარია (ნიშა). დამრღვევს კონკურენტი ასევე მეორადი მიწოდების ბაზრიდანაც რომ გაეძევებინა –

⁵⁹ შდრ. Spoenle in: Seichter, jurisPK-UWG, 5. Aufl., § 4 Nr. 3 UWG (Stand: 06.01.2025, Rn. 12).

⁶⁰ § 4, კონკურენტის დაცვა (არაკეთილსინდისიერი კონკურენცია).

არაკეთილსინდისიერად მოქმედებს ის პირი, ვინც ... სთავაზობს საქონელს ან მომსახურებას, რომლებიც წარმოადგენს კონკურენტის საქონლის ან მომსახურების იმიტაციას (მიბაძვას), იმ შემთხვევაში, თუ იგი ა) იწვევს მყიდველთა შეცდომაში შეყვანას საქონლის ან მომსახურების საწარმოო/კომერციული წარმომავლობის შესახებ და ეს შეცდომა სხვა შემთხვევაში თავიდან აცილებადი იყო; ბ) არათანაზომიერად იყენებს ან აზი-

ანებს იმიტირებული საქონლის ან მომსახურების რეპუტაციასა და ბრენდის სახელს; გ) იმიტაციისთვის აუცილებელი ცოდნა ან დოკუმენტაცია მოიპოვა არაკეთილსინდისიერი გზით.

⁶¹ BGH, Urteil vom 7. Dezember 2023 - I ZR 126/22 - GRUR 2024, 139, juris Rn. 23; BGH, Urteil vom 4. Mai 2016 - I ZR 58/14 - GRUR 2017, 79, juris Rn. 71.

⁶² შდრ. BGH, Urteil vom 29. Juni 2010 - KZR 31/08 - GRUR Int 2011, 165, juris Rn. 47; BGH, Beschluss vom 19. März 2008 - I ZR 225/06 - WRP 2008, 938, juris Rn. 6; BGH, Urteil vom 18. Februar 1977 - I ZR 112/75 - GRUR 1977, 539, juris Rn. 41.

მაგ., თავად მიმწოდებელმა პროდუქცია საბოლოო დისტრიბუტორისათვის (და მეორადი მიმწოდებლის მოგებაც თავად მიეღო) – ეს ცალკე დასაანგარიშებელი ზიანი იქნებოდა და კიდევ უფრო გაზრდიდა განდევნილი კონკურენტის ზიანის ანაზღაურების მოთხოვნის ფარგლებს. დამრღვევი ვერ მიუთითებს, რომ მოსარჩელეს „რალაც მაინც დარჩა“, რადგან ეს „რალაც“ არ არის პირველადი მიმწოდებლის ბაზრიდან მოგება.

არაკეთილსინდისიერი კონკურენციით მიყენებული ზიანის დადგენისას, მოქმედებს „ბაზრის“ ვიწრო ცნება – „ბაზარი“ გულისხმობს კონკრეტული პროდუქციის მომხმარებელს, მიწო-

დების ჯაჭვის კონკრეტულ რგოლს და არა ზოგადად რაიმე გვარეობითი პროდუქციით (მაგ., პარფიუმერიით) ვაჭრობას. ის ფაქტი, რომ არაკეთილსინდისიერი კონკურენციის შედეგად დაზარალებული კომპანია სრულად კი არ გაკოტრდა, არამედ სხვა სეგმენტზე (ბაზარზე) გადაერთო, მაგ., მეორადი მიმწოდებლის ნიშა დაიჭირა, არ ამცირებს მისი ზიანის ოდენობას: თუ არაკეთილსინდისიერი კონკურენციის გარეშე ეს მეორადი მიმწოდებლის ბაზარი საერთოდ არ იარსებებდა და როგორც „პირველადი“ ისე „მეორადი“ მიმწოდებლის შემოსავალი დაზარალებული კომპანიის მოგებაში გაერთიანდებოდა.

„ემოჯი“ სამართლის წინაშე – ციფრული სიმბოლოები სამართალში

ქეთევან კვინიკაძე

სამართლის დოქტორი, თსუ-ის მონვეული ლექტორი, ადვოკატი

ანოტაცია

ციფრულ სიმბოლოებს ქართულ სამართალში ჯერ თამამად არ შემოუბიჯებია. ჩვენს რეალობაში, ემოჯიები მხოლოდ ციფრული კომუნიკაციის უწყინარი ნაწილებია, რომლებსაც სერიოზულადაც კი არ აღვიქვამთ, თუმცა ეს ყველგან ასე არ არის. კალიფორნიის სანტა კლარას უნივერსიტეტის სამართლის სკოლის პროფესორი და ინტერნეტ სამართლის ექსპერტი ერიკ გოლდმანი უკვე წლებია რაც ემოჯიებთან დაკავშირებულ სასამართლო დავებს იკვლევს. ის აქტიურად მართავს მის მიერ შექმნილ ტექნოლოგიებისა და მარკეტინგის სამართლის ბლოგს¹, სადაც თავმოყრილია ემოჯიებთან დაკავშირებით სასამართლოების პრაქტიკა. ციფრული სიმბოლოები უკვე სამეცნიერო კვლევის საგანიც გახდა. მიუხედავად იმისა, რომ მოცემულ ეტაპზე ქართული სამართლისთვის ემოჯიების ინტერპრეტაციის საკითხი ნაკლებად რელევანტურია, ვფიქრობ, მაინც საინტერესოა, ციფრულ სიმბოლოებთან დაკავშირებული საქმეების მიმოხილვით, გავეცნოთ სამართლის განვითარების თანამედროვე ტენდენციებს. რა ვიცით, იქნებ ოდესმე, ქართველ იურისტებსაც მოგვინოს ციფრული სიმბოლოების სიღრმისეული სამართლებრივი შეფასება.

საკვანძო სიტყვები: ციფრული სიმბოლო, ემოჯი, ნების გამოვლენა.

I. შესავალი

დიჯიტალურ ეპოქაში ემოჯიები ფაქტობრივად ლინგვა-ფრანკად იქცა. დღეისათვის ისინი ციფრული კომუნიკაციის განუყოფელი ნაწილია, ამიტომ არ არის გასაკვირი, რომ ნელ-ნელა სამართლის სფეროსკენაც მიიკვლევენ გზას.² მოცემულ ეტაპზე ციფრული სიმბოლოების სამართლებრივი ინტერპრეტაციის საკითხი ქართული სამართლისთვის ნაკლებად რელევანტურია, თუმცა ის ფაქტი, რომ ამ პატარა სიმბოლოებმა უკვე შეაღწიეს არაერთი ქვეყნის

სასამართლო დარბაზში, თავისთავად, უკვე საინტერესო მოვლენაა. მნიშვნელობა არ აქვს, ვიღებთ თუ არა ახლა ემოჯიებს სერიოზულად, შესაძლოა შორეულ მომავალში მაინც, მათ ქართველი იურისტებისგანაც მოითხოვონ უფრო მეტი ყურადღება. წინამდებარე სტატია წარმოადგენს მცდელობას, გავეცნოთ უცხო ქვეყნების სასამართლოების მიდგომას ემოჯის კომუნიკაციურ ფენომენთან დაკავშირებით. ზოგადად, ემოჯიების გამოყენებასთან დაკავშირებული სამართლებრივი საკითხები ფაქტობრი-

¹ იხ. <<https://blog.ericgoldman.org/>> [12/09/2025].

² Pendl, Emojis im (Privat-) Recht, 2022 Mohr Siebeck, 1.

ვად ისეთივე მრავალფეროვანია, როგორც თავად ეს სიმბოლოები.³ არაკომერციული ორგანიზაცია - „Unicode Consortium“, რომელიც მართავს უნივერსალურ ტექსტურ კოდირების სისტემას სახელწოდებით „Unicode“, 2021 წლის მდგომარეობით ითვლიდა ზუსტად 3633 განსხვავებულ ემოჯის სიმბოლოს.⁴ სასამართლოების მიერ ემოჯიების ინტერპრეტაცია ნამდვილად არ არის მარტივი საქმე, რადგან ემოჯიები არავერბალური ფორმით არსებობენ. დროთა განმავლობაში ადამიანებმა ამ სიმბოლოებს (ან მათ ერთობლიობას) განსხვავებული შინაარსი მიანიჭეს, რამაც კიდევ უფრო რთული გახადა ემოჯის ერთგვაროვანი შინაარსის დადგენა, მით უფრო იმის გათვალისწინებით, რომ ხშირ შემთხვევაში, ვიზუალური ფორმით, თავად ემოჯიებიც ტოვებენ ამბივალენტურ შეგრძნებას. ცალკე აღებულ ემოჯის შესაძლოა არ შესწევდეს ძალა, უტყუარ მტკიცებულებად იქნეს აღიარებული, თუმცა საქმის ფაქტობრივ გარემოებებთან და სხვა მტკიცებულებებთან ერთად, ის უკვე არაერთ საქმეში გახდა სამართლებრივი შეფასების საგანი. ციფრული სიმბოლოები მრავალგვარია. წინამდებარე სტატია შეეხება კონკრეტულად ემოჯიებს, რომლებიც ციფრულ კომუნიკაციაში ყველაზე დომინირებულ გრაფიკულ სიმბოლოებს წარმოადგენენ, რის გამოც გამართლებულია, რომ სამართლებრივი ანალიზის ცენტრში სწორედ ეს ციფრული პიქტოგრამები მოვაქციოთ.⁵

II. ციფრული სიმბოლოების სახეები

1. „ემოტიკონი“ („Emoticon“)

ემოტიკონი არის ტექსტის საშუალებით გამოსახული სახის გამომეტყველება. ის არის ინგლისური წარმოშობის სიტყვა და არის შეერთებული ფორმა სიტყვებისა: **Emotion** (ემოცია) + **Icon** (ხატულა, სიმბოლო).⁶ ციფრული კომუნიკაციის ყველაზე ცნობილი სიმბოლოების

ნუსხა ქრონოლოგიური თვალსაზრისით იწყება ემოტიკონებით, რომლებიც ემოჯიებთან შედარებით უფრო მარტივია. ემოტიკონის განმარტებას 2000 წლიდან ვხვდებით გერმანიის ოფიციალურ მართლწერის ლექსიკონშიც, სადაც ემოტიკონი განმარტებულია, როგორც სხვადასხვა სიმბოლოების კომბინაცია, რომლებიც კლავიატურაზეა ხელმისაწვდომი და რომელთა დახმარებითაც შესაძლოა გრძნობების გამოხატვა.⁷ ემოტიკონებია: ღიმილიანი სახე :-); სევდიანი სახე :-(; გაოცებული სახე - :O; თვალის ჩაკვრა - ;-).

2. ემოჯი („Emoji“)

ემოტიკონებისგან განსხვავებით, ემოჯიები არ წარმოადგენენ ასოებისა და პუნქტუაციის ნიშნების ერთობლიობას, არამედ ისინი არიან ფერადი პიქტოგრამები ან იდეოგრამები. ემოჯი, როგორც ტერმინი და ასევე როგორც ფენომენი, იაპონიიდან მოდის.⁸ აშშ-ს სასამართლოები ხშირად ციტირებენ თავიანთ გადაწყვეტილებებში Merriam-Webster-ის ლექსიკონში არსებულ ემოჯის განმარტებას: „ემოჯი - ეს არის ნებისმიერი მცირე გამოსახულება, სიმბოლო ან ხატულა, რომელიც გამოიყენება ელექტრონული კომუნიკაციის ტექსტულ ველებში იმისთვის, რომ გადმოიცეს ავტორის ემოციური განწყობა; გადმოიცეს ინფორმაცია მოკლედ და ლაკონურად, რათა შესაძლებელი გახდეს შეტყობინება სიტყვების გამოყენების გარეშე.“⁹ „Unicode Consortium“, რომელიც მთელ მსოფლიოში ემოჯიების სტანდარტიზაციას უზრუნველყოფს, გვთავაზობს ემოჯის შემდეგ განმარტებას: „ემოჯი არის პიქტოგრამები (გრაფიკული სიმბოლოები), რომლებიც, როგორც წესი, ფერად ფორმაში გამოისახება და ტექსტში ხაზის გასწვრივ გამოიყენება. ისინი გამოხატავენ ისეთ მოვლენებს, როგორიცაა სახეები, ამინდი, ტრანსპორტი, შენობები, საკვები და სასმელი, ცხოველები და მცენარეები ან გამოხატავენ

³ იქვე.

⁴ იქვე.

⁵ იქვე.

⁶ Goldman, Emojis and the Law, 93 Wash. L. Rev. (2018), 1237.

⁷ Pendl, Emojis im (Privat-) Recht, 2022 Mohr Siebeck, 7.

⁸ Goldman, Emojis and the Law, 93 Wash. L. Rev. (2018), 1231.

⁹ Pendl, Emojis im (Privat-) Recht, 2022 Mohr Siebeck, 8.

ემოციებს, გრძნობებს ან საქმიანობას. კომპიუტერისთვის ისინი უბრალოდ კიდევ ერთი სიმბოლოა, მაგრამ ხალხი ყოველდღიურად მილიარდობით ემოჯის გზავნის, რათა გამოხატონ სიყვარული, მადლიერება, მილოცვა ან ათასნაირი სხვა აზრი, რაც კი შეიძლება თავში დაეხადოთ.¹⁰

3. ანიმირებული ემოჯი, ანიმოჯი და მემოჯი („Animated Emojis“, „Animojis“, „Memoji“)

ციფრული სიმბოლოები ყოველდღიურად უფრო და უფრო მრავალფეროვანი და დახვეწილი ხდება. თანდათან გაჩნდა გრაფიკულ სიმბოლოთა მოძრაობის კომპონენტებიც, რისი მეშვეობითაც ემოცია თუ მოქმედება კიდევ უფრო ზუსტად გადმოიცემა, რაც წესით, ადრესატის მიერ მოსაუბრის ემოციური მდგომარეობის აღქმას უნდა აადვილებდეს. ანიმაციური ემოჯი არის ემოჯი, რომელიც მხოლოდ ერთი მოქმედებით შემოიფარგლება, მაგალითად, შეუძლია გაგიღიმოს ან თვალი ჩაგიკრას. ანიმოჯიც ანიმაციური ემოჯია, თუმცა ის პერსონალიზირებულია, ანუ იმეორებს იმ მომხმარებლის სახის მოძრაობებს, ვინც მას იყენებს. მემოჯი კი ამ ფუნქციონალის გაფართოებული ვარიანტია - მომხმარებელს შეუძლია შექმნას პერსონალიზირებული ავატარი, რომელიც ძალიან ჰგავს მისი საკუთარი სახის გამოსახულებას.¹¹

4. კაომოჯი („Kaomoji“)

ე.წ. კაომოჯიები ჩვენს სივრცეში ნაკლებად არის ცნობილი. მათი სამშობლოა იაპონია და მიუხედავად იმისა, რომ ისინი ემოტიკონების იაპონურ ვერსიას წარმოადგენენ, მაინც მნიშვნელოვნად განსხვავდებიან დასავლური ნათესავებისგან. კაომოჯიები იაპონური დამწერლობის და სიმბოლოების გამო ემოციათა გა-

მოხატვის შედარებით რთულ ფორმას წარმოადგენენ, რის გამოც ციფრულ საკომუნიკაციო სივრცეში მათ ფაქტობრივად საერთოდ ვერ ვხდებით. კაომოჯიებია მაგალითად: (‘∩_∩’), რაც გამოხატავს სიყვარულს; ♪(●_●)♫ ან (∩_∩), რაც გამოხატავს სიხარულს, (π_π) ან (↑_↑), რაც გამოიყენება სევდის ან მოწყენის აღსანიშნავად, ٩(งٔ) ٭? სიმბოლო აღნიშნავს დათვს, V●●V სიმბოლო კი - ძაღლს.¹² მოცემული სიმბოლოები საკმაოდ მოუქნელია ემოციის ციფრულად სწრაფი გადაცემისათვის, შესაბამისად, დღეისათვის კაომოჯიები ნაკლები პოპულარულობით სარგებლობენ.

III. როგორ ლაპარაკობს ციფრული სიმბოლო?

ემოჯიები ახალი ონლაინ-კულტურაა. მიუხედავად იმისა, რომ ემოჯის ვიზუალიზაცია მისი შინაარსის აღქმის შესაძლებლობას იძლევა, ეს შინაარსი ყოველთვის ერთმნიშვნელოვანი არ არის. ამის გამო, რთული ხდება მათი ინტერპრეტაცია და იმის დადგენა, თუ რის გამოხატვას ცდილობდა გამგზავნი ამ კონკრეტული სიმბოლოთი. „Unicode Consortium“-ის შეხედულებით, ემოჯიებს ასეთი გაორებული მნიშვნელობა შესაძლოა მიზანმიმართულადაც კი ჰქონდეთ ჩაშენებული.¹³ ასეთი ამბივალენტობა ასახულია კიდეც Unicode-ის ტექნიკურ სტანდარტში, სადაც მითითებულია: „ემოჯიებს შესაძლოა თან ახლდეს ორაზროვნება, რაც გზავნილის ისეთს ხდის, რომ ავტორს ერთდროულად რამდენიმე სხვადასხვა ემოციის გამონვევა შეუძლია. ბევრ ადამიანს იზიდავს კიდეც ეს გამოწვევა, რაც ემოჯიებით გზავნილების შედგენასა და მათი მნიშვნელობის ამოხსნაში მდგომარეობს.“¹⁴

ემოჯიებმა თანდათან ევფემიზნების¹⁵ მნიშვნელობაც შეიძინა, მაგალითად, ბადრიჯნის ემოჯი 🍆 ფაქტობრივად საერთოდ აღარ ატარებს მის ბუნებრივ მნიშვნელობას და აღიქმება როგორც ფალოსური ნიშანი ან ატმის ემოჯი 🍌,

¹⁰ იქვე.

¹¹ იქვე, 10-11.

¹² იქვე, 12.

¹³ იქვე, 4.

¹⁴ იქვე.

¹⁵ ევფემიზმი არის ლინგვისტური ხერხი, რომლის დახმარებითაც რაღაც სოციალურად უხეში და არაკორექტული მოვლენა უფრო რბილი და შენიღბული ფორმით გადმოიცემა. იხ. *Goldman, Emojis and the Law, WASHINGTON LAW REVIEW* [Vol. 93:1227 2018], 1252, 1254.

რომელიც უკვე ადამიანის უკანა ტანის სიმბოლოურ გამოსახულებად დამკვიდრდა;¹⁶ ფეკალური სიმბოლო 🍌 კანადელების მიერ გამოიყენება მსოფლიოში არსებული საერთო საშინელი მდგომარეობის აღსაწერად.¹⁷ ემოჯიები ასევე ხშირად გამოიყენება მეტონიმების მნიშვნელობითაც.¹⁸ მაგალითად, თვალეზე ხელაფარებული მაიმუნის სიმბოლო 🙈 გამოხატავს რეალობის განზრახ უგულებელყოფას და სიმართლის მიუღებლობას.¹⁹ ამ ემოჯის სახელია „See No Evil“, რაც ითარგმნება, როგორც „ვერ ვხედავ ბოროტებას.“ აღნიშნული ემოჯი გახდა ერთ-ერთი მტკიცებულება სისხლის სამართლის საქმეზე, სადაც ინგლისელი ფეხბურთელი დამნაშავედ ცნეს წინასწარი შეცნობით არასრულწლოვანთან სექსობრივ კავშირში.²⁰ ზოგიერთ შემთხვევაში, ემოჯიების მეტონიმური მნიშვნელობის გაგება შესაბამისი კულტურული თავისებურების ცოდნასაც მოითხოვს. ამის გარეშე ადრესატს გაუჭირდება, გამოიცნოს თუ რისი გამოხატვა სურს მოსაუბრეს ემოჯით. მაგალითად, ბანკის ემოჯი 🏦 იაპონელების მიერ გამო-

იყენება პასუხისმგებლობისგან თავის არიდების სიმბოლოდ. ზოგიერთ სოციალურ პლატფორმაზე აღნიშნულ ემოჯზე მითითებულია „BK“, რაც იაპონურ სლენგში („Bakkureru“) ნიშნავს პასუხისმგებლობისგან გაქცევას.²¹

ემოჯის მეტონიმური მნიშვნელობისგან უნდა განვასხვავოთ შემთხვევა, როცა კონკრეტული ემოჯი, მიუხედავად ვიზუალიზაციით ერთმნიშვნელოვნად გამოხატული ემოციისა, ადამიანთა უმეტესი ნაწილის ვირტუალურ საკომუნიკაციო ცხოვრებაში მის კლასიკურ მნიშვნელობას მაინც არ ატარებს. მაგალითად, საყოველთაოდ ცნობილი სმაილის ემოჯი 😊 ყოველთვის ნამდვილად არ გამოიყენება ბედნიერების ღიმილის სიმბოლოდ. ის ხშირად გამოიყენება სარკაზმის ან გაბრაზების, წყენის დასაფარავად.²² ამდენად, ემოჯის განმარტებისათვის, საჭიროა, რომ სასამართლომ „მოუსმინოს“ და „გაუგოს“ ემოჯის, რისთვისაც მას სჭირდება გაითვალისწინოს ემოჯის ავტორის ასაკობრივი, კულტურული, ემოციური, ინტელექტუალური და სხვა ასპექტები.

¹⁶ საქმეში *Mosley v. Preston Cycles West, LLC*, No. 19-3937, 2021 WL 4815901 (N.D. Ga. July 30, 2021) სამსახურში ზედამხედველმა მის დაქვემდებარეში მყოფ თანამშრომელს გაუგზავნა ბადრიჯნის 🍆, ატმის 🍌, თეფშის (დანა-ჩანგლით) 🍴 და წყლის წვეთების 💧 ემოჯიები. ყველა ეს ემოჯი ორმაგი მნიშვნელობისაა და მიზნად ისახავს ინტიმური შინაარსის თემის წინ წამოწევის, თუმცა მოცემულ საქმეში სასამართლომ ჩათვალა, რომ მიუხედავად ემოჯიების ორაზროვანი მნიშვნელობისა, ქმედება არ ქმნიდა სექსუალური შევიწროების დანაშაულის შემადგენლობას. იხ. *Graham, Emojis: An Approach to Interpretation*, 46 UC LAW SF COMM. & ENT. L.J. (2024), 130. ასევე იხ. *Pendl, Emojis im (Privat) Recht*, 2022 Mohr Siebeck, 95.

¹⁷ *Goldman, Emojis and the Law*, WASHINGTON LAW REVIEW [Vol. 93:1227 2018], 1252.

¹⁸ მეტონიმი არის ენობრივი და სტილისტური ხერხი, როცა რაღაცის აღსანიშნავად გამოიყენება სხვა სიტყვა ან გამონათქვამი, რომელიც მჭიდრო კავშირშია მასთან, თუმცა პირდაპირ მას არ ნიშნავს. მაგალითად, „თეთრი სახლი“ არის მეტონიმი, რომელიც მიუთითებს, რომ მოსაუბრე გულისხმობს აშშ-ს პრეზიდენტს. იხ. *Goldman, Emojis and the Law*, WASHINGTON LAW REVIEW [Vol. 93:1227 2018], 1252.

¹⁹ *Goldman, Emojis and the Law*, WASHINGTON LAW REVIEW [Vol. 93:1227 2018], 1252.

²⁰ საქმეში *Regina v. Adam Johnson* ბრალდებულმა დაზარალებულს გაუგზავნა შეტყობინება მსგავსი შინაარსით: „შენ ნოემბრამდე 16 წლის არ ხდები?“ და დაამატა 🙈 ემოჯი. სასამართლომ ყურადღება გაამახვილა ამ ემოჯის შინაარსზე. ბრალდებული აღნიშნავდა, რომ ამ ემოჯიში არანაირი დამალული აზრი არ ყოფილა, მაგრამ სასამართლომ სხვა მტკიცებულებების გათვალისწინებით, ის შეაფასა როგორც ბრალდებულის მხრიდან შესაძლო ცოდნა იმისა, რომ დაზარალებული არასრულწლოვანი იყო, თუმცა ამის მიუხედავად ბრალდებულმა მაინც გააგრძელა მასთან კომუნიკაცია, იხ. *Speed, Adam Johnson and the see-no-evil monkey: what happens when emojis turn up in court?*

<<https://www.newstatesman.com/science-tech/2016/03/adam-johnson-and-see-no-evil-monkey-what-happens-when-emojis-turn>> [22/09/2025]. მაიმუნის თვალეზე ხელაფარებული ემოჯი, მის მონათესავე ემოჯიებთან ერთად (ყურებზე ხელაფარებული და პირზე ხელაფარებული მაიმუნის სიმბოლოები) უკავშირდება იაპონურ კულტურაში არსებულ „სამი ბრძენი მაიმუნი“-ს კონვენციურ სიმბოლოს, რომლის მიხედვითაც, თვალეზე ხელაფარებული მაიმუნის სიმბოლო ითარგმნება შემდეგნაირად: „თუ ვერ ვხედავ, ე.ი. არც არსებობს“, იხ. იქვე.

²¹ *Goldman, Emojis and the Law*, WASHINGTON LAW REVIEW [Vol. 93:1227 2018], 1253.

²² იქვე.

IV. ემოჯიები სასამართლო პრაქტიკაში

1. ემოჯიები სახელშეკრულებო დავებში

1.1. როცა ემოჯი „ხელს აწერს“ ანუ ემოჯი, როგორც აქცეპტი

South West Terminal Ltd. v. Achter Land & Cattle Ltd., 2023 SKKB 116 საქმე არის ემოჯიების ერთ-ერთი ყველაზე ცნობილი საქმე. საქმის ფაბულა იყო შემდეგი: SWT-სა და Achter Ltd-ს შორის არსებობდა საქმიანი კავშირი, რომლის ფარგლებშიც 2012 წლიდან მოყოლებული, SWT Achter Ltd-სგან ყიდულობდა მარცვლეულს. 2021 წლის მარტის თვეში, SWT-ს წარმომადგენელმა გაუგზავნა ტექსტური შეტყობინება Achter Ltd-ს და გამოხატა ინტერესი კონკრეტული მარცვლეული კულტურის შეძენასთან დაკავშირებით. მოგვიანებით, SWT-ს წარმომადგენელმა მოამზადა ხელშეკრულების პროექტი, სადაც განერილი იყო თუ რა ვადაში და რამდენი ტონა მარცვლეულის მიწოდება უნდა განეხორციელებინა მისთვის Achter Ltd-ს (მიწოდების ვადად დათქმული იყო ნოემბერი). SWT-ს წარმომადგენელმა მოაწერა ხელი ხელშეკრულებას, გადაუღო ფოტო და გაუგზავნა Achter Ltd-ს წარმომადგენელს წარწერით: „გთხოვ, დადასტურე მარცვლეულის ნასყიდობის კონტრაქტი“ („Please confirm flax contract.“). Achter Ltd-ს წარმომადგენელმა მობილურიდან პასუხად გაუგზავნა „👍“ ემოჯი. საბოლოოდ, Achter Ltd არ მიუწოდებია SWT-სთვის საქონელი, ნოემბრის თვეში კი მარცვლეულის ფასიც გაიზარდა, რაც სასამართლო დავის საგანი გახდა. SWT-ს მტკიცებით, „👍“ ემოჯი წარმოადგენდა ხელშეკრულების დადასტურებას, ხოლო მოპასუხე მხარე კი ამტკიცებდა, რომ ამ ემოჯით მან მხოლოდ ელ. საკომუნიკაციო საშუალებით ხელშეკრულების მიღების ფაქტი დაადასტურა და არა მისი შინაარსი, შესაბამისად, მოპასუხე მხარე თვლიდა, რომ ხელშეკრულება არ დადებულა, რადგან მას ხელშეკრულების შინაარსზე არ განუცხადებია თანხმობა. Achter Ltd-ს წარმომადგენელმა განმარტა, რომ არ შეიძლებოდა ემოჯი ციფრულ ხელმოწერად აღქმულიყო. მოპასუხის თქმით, მას არ ჰქონდა იმდენი დრო, რომ

გასცნობოდა კონტრაქტს და ემოჯის გაგზავნით მან უბრალოდ ხელშეკრულების ტექსტის მიღების ფაქტი დაუდასტურა მხარეს.

გადაწყვეტილების განხილვისას, სასამართლო დაეყრდნო ტესტს, რომელიც დადგენილია კანადის უზენაესი სასამართლოს გადაწყვეტილებაში — *Ethiopian Orthodox Tewahedo Church of Canada St. Mary Cathedral v. Aga*, 2021 SCC 22. ამ ტესტის თანახმად, უნდა შეფასდეს, იარსებებდა თუ არა საშუალო გონიერი მესამე პირისთვის საფუძველი იმის დასაჯერებლად, რომ მხარეებს შორის ხელშეკრულება დაიდო. სასამართლომ აღნიშნული ტესტი გამოიყენა მხარეთა წარსული სახელშეკრულებო პრაქტიკის კონტექსტში, რომელიც ხშირად ხორციელდებოდა ტექსტური შეტყობინებებით. ჩვეულებრივ, SWT უგზავნიდა ხოლმე Achter Ltd-ს ხელშეკრულების ფოტოს და ითხოვდა დადასტურებას, რაზეც მხარე პასუხობდა ხოლმე შემდეგი ფრაზებით: „looks good“, „ok“ ან „yup“. ამგვარად შეთანხმების შემდგომ, მხარეები ყოველთვის ასრულებდნენ შეთანხმებულ ვალდებულებებს. ამ ტესტის გამოყენებით, სასამართლომ მიიჩნია, რომ მხარეთა წარსული სახელშეკრულებო პრაქტიკიდან გამომდინარე, საშუალო გონიერი მესამე პირი ჩათვლიდა, რომ ემოჯი „👍“ ნიშნავდა ხელშეკრულებაზე დათანხმებას.

აღნიშნულ საქმეში სასამართლომ გამოიყენა საქონლის ყიდვა-გაყიდვის აქტი (*The Sale of Goods Act (Saskatchewan) - „SGA“*), რომელიც განსაზღვრავს, რომ \$50-ზე მეტი ღირებულების საქონლის ყიდვა-გაყიდვის ხელშეკრულება უნდა დაიდოს წერილობითი ფორმით, იმისთვის, რომ აღსრულებადი იყოს. სასამართლომ დაასკვნა, რომ Achter Ltd-ის წარმომადგენლის მიერ მობილურიდან გაგზავნილი „👍“ ემოჯი აკმაყოფილებდა SGA-ს მიერ დადგენილ მოთხოვნას და შეაფასა, როგორც ხელშეკრულებაზე ხელმოწერა. გარდა ამისა, ელექტრონული ინფორმაციისა და დოკუმენტების აქტის (*Electronic Information and Documents Act, Saskatchewan - „EIDA“*) მე-18 მუხლის საფუძველზე, სასამართლომ დაადგინა, რომ „👍“ ემოჯი წარმოადგენს „ელექტრონულ ფორმაში გამოხატულ ქმედებას“, რაც შეიძლება გამოყენებულ

იქნას თანხმობის გამოსახატავად, ისევე როგორც, „ვეთანხმები“ ლილაკზე ხელის დაჭერა, რომელიც გამოიყენება ელექტრონული საკომუნიკაციო საშუალებების მეშვეობით ხელშეკრულების მხარის მიერ სტანდარტული პირობების მიხედვად.

გადაწყვეტილებაში სასამართლომ აღნიშნა: „სასამართლოს არ შეუძლია და ის არც უნდა შეეცადოს, რომ ტექნოლოგიური პროგრესისა და საერთო ცხოვრებისეული პრაქტიკის წინააღმდეგ წავიდეს. კანადური საზოგადოების და სასამართლოების ახალი რეალობა მოითხოვს მზადყოფნას იმ გამონეგებისთვის, რომლებიც შესაძლოა ემოჯიების ან სხვა მსგავსი სიმბოლოების გამოყენებით წარმოიშვას.“ მაგალითად, ბრიტანეთის კოლუმბიის (ვიქტორია) სასამართლომ *Blom v. Blom, 2021 BCSC 18* საქმეში იმსჯელა თუ რა დიდი მნიშვნელობა შეიძლება მიენიჭოს ემოჯიებს ხელშეკრულების განმარტებასა და მხარეთა ნამდვილი ნების დადგენაში.“ საბოლოოდ, მოცემულ საქმეში *Achter Ltd-ს* *SWT-ს* სასარგებლოდ დაეკისრა 61 442 დოლარის გადახდა შეუსრულებელი კონტრაქტის გამო.²³

1.2. ემოჯი, როგორც „ბრალი“ წინასახელშეკრულებო ურთიერთობაში (c.i.c.)

Dahan v Shacharoff, 30823-08-16, Herzliya Small Claims Court, 2017 საქმეში გამქირავებელმა იფიქრა, რომ წყვილი ბინას აუცილებლად დაიქირავებდა, რისი რწმენაც შეექმნა მიმონერის დროს მისთვის გაგზავნილი ემოჯიების საფუძველზე. საბოლოოდ, მხარეთა შორის ხელშეკრულება არ დადებულა, რის გამოც ბინის მეპატრონემ სარჩელი წარადგინა სასამართლოში და განაცხადა, რომ მას ხელშეკრულების დადების მოლოდინი ჰქონდა, ეყრდნობოდა რა

წყვილის მიერ გამოგზავნილ მთელ რიგ ემოჯიებს, რაც მისი აზრით, ქირავნობაზე თანხმობად აღიქმებოდა. მართალია სასამართლომ არ ჩათვალა, რომ მხარეთა შორის წარმოიშვა სახელშეკრულებო კავშირი, თუმცა სასამართლომ აღნიშნა, რომ წყვილი არ მოქმედებდა კეთილსინდისიერად, რადგან მათ მიერ გაგზავნილმა ემოჯიების სერიამ მეორე მხარეს შეუქმნა ნდობის საფუძველი, რის გამოც ბინის მეპატრონეს მიაჩნდა ზიანის ანაზღაურების უფლება (მოპასუხეებს დაეკისრათ 2 200 დოლარის ანაზღაურება).²⁴ სმაილის 😊, შამპანურის ბოთლის 🍾 და ცეკვის ემოჯიებმა 🕺 დიდი იმედები გამოიწვია მოსარჩელეში, რომ წყვილი მის ბინას იქირავებდა, შესაბამისად, მან ბინა გაქირავების ბაზრიდან სხვა პოტენციური დამქირავებლებისთვის „მოხსნა“. მოსარჩელეს მოპასუხეების მხრიდან ეს სმაილები გაეგზავნა არაერთხელ, მათ შორის იმ დროსაც, როცა ქირავნობის პერიოდი მოახლოვდა, რამაც მოსარჩელე დაარწმუნა იმაში, რომ ყველაფერი რიგზე იყო. დამქირავებლებს არ შეუტყობინებიათ მოსარჩელე მხარისთვის, რომ მათ გადაიფიქრეს ბინის დაქირავება, ისინი უსიტყვოდ გაქრნენ, რაც სასამართლოს მიერ შეფასდა როგორც არაკეთილსინდისიერი ქცევა.²⁵

1.3. „ემოჯის“ ნების გამოვლენად მიჩნევა-სთან დაკავშირებით

ცნობილი ამერიკელი მეცნიერი ჯ. სომერი აღნიშნავს: „კიბერსივრცე - ეს არის შესანიშნავი ახალი მოედანი ძველი თამაშებისთვის.“²⁶ თანამედროვე ტექნოლოგიები ყოველდღიურად ვითარდება, რაც ციფრული რევოლუციის პირობებში, სამართლის შესაბამის ადაპტაციასაც ითხოვს. ხელშეკრულება იდება ოფერტის და აქცეპტის მეშვეობით. ოფერტი შესაძლოა გა-

²³ იხ. *Maksimow, International Update (Canada) – South West Terminal Ltd. v Achter Land & Cattle Ltd* <<https://www.aciclaw.org/news/2024/international-update-canada-south-west-terminal-ltd-v-achter-land-cattle-ltd/>> [03/09/2025].

²⁴ *Goldman, Emojis and the Law, 93 Wash. L. Rev. 1227, 1267 & 1268 (2018).*

²⁵ იხ. *Rosana, Towards Precision: Resolving the Interpretive Ambiguities of Emojis as Evidence, 27-28,* <https://www.kenyalaw.org/kl/fileadmin/Download_Journal/Resolving-the-Interpretive-Ambiguities-of-Emojis-Christopher-Rosana.pdf> [03/09/2025].

²⁶ გაბისონია, ინტერნეტ სამართალი და ხელოვნური ინტელექტი, თბ., 2022, 130.

ნხორციელდეს ზეპირადაც. იმისათვის, რომ ხელშეკრულების დადების შესახებ შეთავაზება ჩაითვალოს ოფერტად, საჭიროა, ის მიმართული იყოს კონკრეტული პირისადმი, ჰქონდეს საკმარისად განსაზღვრული ხასიათი და შეიცავდეს ოფერენტის ბოჭვის ნებას, ანუ ოფერენტის მზადყოფნას, რომ აქცეპტის შემთხვევაში შეიბოჭოს თავი ხელშეკრულების პირობებით.²⁷ ოფერტის შინაარსი უნდა იძლეოდეს იმის შესაძლებლობას, რომ აქცეპტი უბრალო „დიახ“ პასუხის მეშვეობით განხორციელდეს.²⁸ ზოგიერთ შემთხვევაში აქცეპტი შესაძლოა განხორციელდეს დუმილითაც და ე.წ. კონკლუდენტური მოქმედებითაც. დუმილის ნების გამოვლენად კვალიფიკაციისთვის საჭიროა, მხარეთა შორის არსებობდეს საქმიანი ურთიერთობები. რაც შეეხება კონკლუდენტურ ქცევას, ამ შემთხვევაში ნების გამოვლენა გამომდინარეობს პირის მიერ ფაქტობრივად განხორციელებული ქმედებიდან, რა დროსაც ეს მოქმედება წარმოადგენს მინიშნებას მის ნებაზე.²⁹ მაშასადამე, ამ ორ შემთხვევაში არ არის საჭირო რაიმეს თქმა, იმისათვის, რომ ხელშეკრულება დადებულად ჩაითვალოს. ყოველდღიური ცხოვრებისეული სახელშეკრულებო პრაქტიკის გათვალისწინებით, ურთიერთობათა გამარტივების მიზნით, კანონით განსაზღვრული წინაპირობების არსებობისას, გამართლებულია დუმილისა და კონკლუდენტური ქცევის ნების გამოვლენად მიჩნევა. ამ გზით სამართლებრივი ურთიერთობები თავისუფლდება ზედმეტი უსარგებლო ფორმალისგან და უფრო მეტად უახლოვდება რეალურ ცხოვრებას.³⁰

ისმის კითხვა: თუკი შესაძლებელია, ხელშეკრულება დაიდოს დუმილით ან კონკლუდენტურად, საინტერესოა, შესაძლებელია თუ არა, ხელშეკრულება დაიდოს ემოჯის მეშვეობითაც? შესწევს თუ არა ემოჯის ძალა, რომ ერთმნიშვნელოვნად გამოხატულ ხელშეკრულების დადების შესახებ წინადადებაზე შეასრულოს აქცეპტის ფუნქცია? ამ საკითხთან დაკავშირებით, ემოჯის ბუნება ორი მიმართულებით

ითხოვს სამართლებრივ შეფასებას - პირველი, შეიძლება თუ არა ზოგიერთ შემთხვევაში, გარკვეული წინაპირობების არსებობისას, ემოჯი ჩავთვალოთ ნების გამოვლენად და მეორე, საერთოდ, შეიძლება თუ არა, რომ ვისაუბროთ ემოჯიზე, როგორც ნების გამოვლენის ფორმაზე? იქნებ საფუძველშივე უნდა გამოვრიცხოთ ემოჯის, როგორც ნების გამოვლენის ფორმის დასაშვებობა, რის გამოც, უპირობოდ უნდა უარვყოთ მისი საშუალებით თუნდაც უმარტივესი გარიგების დადების შესაძლებლობაც კი? ფაქტია, რომ ჯერჯერობით არცერთი ქვეყნის კანონმდებლობა არ აღიარებს საკანონმდებლო დონეზე ემოჯის ნების გამოვლენის ფორმად, თუმცა სასამართლოები ზოგიერთ შემთხვევაში მას უკვე ანიჭებენ ნების გამოვლენის მნიშვნელობას.

სამოქალაქო კოდექსის (შემდგომში - „სკ“) 54-ე მუხლის იმპერატიული დანაწესის მიხედვით, ბათილია გარიგება, რომელიც არღვევს კანონით დადგენილ წესსა და აკრძალვებს, ეწინააღმდეგება საჯარო წესრიგს ან ზნეობის ნორმებს. საინტერესოა, ეწინააღმდეგება თუ არა ემოჯის ნების გამოვლენის ფორმად აღიარება საჯარო წესრიგის ნორმებს? ანუ, ბათილად ჩაითვლება თუ არა ემოჯის საშუალებით დადებული გარიგება? საჯარო წესრიგის დოქტრინა ბევრ ნორმა-პრინციპს მოიცავს, მათ შორის, სამართლებრივი სიცხადისა და სამართლებრივი უსაფრთხოების პრინციპებს. სამართლებრივი სიცხადის პრინციპის მიზანია, კანონები იყოს მკაფიო, ანუ ნორმის ადრესატისთვის პროგნოზირებადი უნდა იყოს, თუ რა იურიდიული შედეგები შეიძლება მოჰყვეს მის კონკრეტულ ქმედებას. სამართლებრივი უსაფრთხოების პრინციპი კი ნორმის ადრესატებს გაუგებარი, ბუნდოვანი და ორაზროვანი კანონებისგან იცავს. ამ თვალსაზრისით, ემოჯ(ებ)ის ორაზროვანი ბუნება და მათი სუბიექტური აღქმადობა, აჩენს კითხვას, საერთოდ რამდენად შეიძლება საჯარო წესრიგმა ნამდვილად მიიჩნიოს ისეთი გარიგე-

²⁷ ბალიშვილი ე., სამოქალაქო კოდექსის კომენტარი, ავტორთა კოლექტივი, ჭანტურია ლ., (რედ.), წიგნი III, თბ., 2019, მუხლი 329, ველი 5.

²⁸ იქვე, ველი 6.

²⁹ ჭანტურია ლ., შესავალი საქართველოს სამოქალაქო სამართლის ზოგად ნაწილში, თბ., 1997, 344.

³⁰ იქვე, 345.

ბა, რომელიც ნების გამომვლენის და ნების მიმღების მხოლოდ „ციფრულ ინტუიციზზე“ დაყრდნობით იდება? ვგულისხმობთ შემდეგს: თუკი ემოჯიები დღითიდღე სხვადასხვაგვარ სუბიექტურ მნიშვნელობებს იძენენ, მაშინ გამოდის, რომ ასევე, დღითიდღე იკლებს ადამიანთა მიერ ამ ციფრული სიმბოლოების ერთგვაროვანი აღქმაც. რა თქმა უნდა, ტრადიციული ფორმით ნების გამოვლენის შემთხვევაშიც შესაძლოა დადგეს ნების განმარტების საჭიროება, მაგრამ ეს ბუნებრივი მოვლენაა და არა სასამართლოსთვის ხელოვნურად გართულებული საქმე. საკითხავია, ემოჯიების მეშვეობით დადებული გარიგებების ნამდვილად აღიარება, ხომ არ წაახალისებს ადამიანთა წინდაუხედავ, უპასუხისმგებლო ქცევას, თუ დროა, სამართალმა თანდათან მიიღოს ის რეალობა, რომ ციფრულ სიმბოლოებს საბოლოოდ მაინც ვერ გაექცევა და იქნებ სჯობდეს, აქედანვე იზრუნოს მათ სამართლებრივ ჩარჩოებში მოქცევაზე?

საილუსტრაციოდ განვიხილოთ რამდენიმე შემთხვევა:

მაგალითი 1:

- გამარჯობა ❤️ 6 აგვისტოს თავისუფლდება ბინა. თუ ისევ, დაინტერესებული ხართ ბინის დაქირავებით, შემოიძლია 7 აგვისტოდან 15 აგვისტოს ჩათვლით მოგაქირავოთ ბინა, დღეში 100 ლარის ოდენობით. თუ თანახმა ხართ, 7 აგვისტოს გელოდებით, გთხოვთ, მაცნობოთ პასუხი.
- 🙌 😊
- მშვენიერია 😊 🙌 🇧🇪

მაგალითი 2:

- ვებ-გვერდის შექმნა მინდა 20 სექტემბრამდე და თუ მოახერხებ, ხვალვე გადაგიხდი 15 000 ლარს. დიზაინი თუნდაც ყველაზე მარტივი და უბრალო, ამ ეტაპზე ძალიან მეჩქარება.

- 💰 🙌

- ძალიან კარგი 🙌.

მსგავსი სახით ადამიანები ყოველდღიურად შედიან ერთმანეთთან სახელშეკრულებო ურთიერთობაში, ისე რომ ვერც კი აცნობიერებენ, რომ მათ შორის ვალდებულებები შესაძლოა მხოლოდ უბრალო გრაფიკული სიმბოლოს გამოყენებით წარმოიშვას. ამგვარი სახით ურთიერთობების წარმოება პრობლემას არ ქმნის მანამ სანამ რომელიმე მხარე უარს არ განაცხადებს ნაკისრი (?) ვალდებულების შესრულებაზე. ასეთ დროს საჭიროა დადგინდეს, საერთოდ დაიდო თუ არა მხარეთა შორის ხელშეკრულება და შესაბამისად, წარმოემვათ თუ არა მათ სახელშეკრულებო ვალდებულებები. ამის დასადგენად პასუხი უნდა გაეცეს შეკითხვას: შესაძლებელია, თუ არა მონონების 🙌, ხელის ჩამორთვევის 🙌 ან/და სხვა ემოჯიების აქცეპტად დაკვალიფიცირება? ამის დასადგენად აუცილებელია შეფასდეს, აკმაყოფილებს თუ არა ის აქცეპტისთვის დადგენილ პირობებს.³¹

აქცეპტი არის მიღებასავალდებულო ნების გამოვლენა, რომელიც ოფერენტის შეთავაზების მიღებით შედეგად იწვევს ხელშეკრულების დადებას. აქცეპტი შესაძლოა გამოიხატოს სიტყვიერად, წერილობით, კონკლუდენტური მოქმედებით და ზოგიერთ შემთხვევაში - დუმითაც.³² აქცეპტიდან არაორაზროვნად უნდა გამომდინარეობდეს პირის განზრახვა, რომ ის მზადაა, დადოს ხელშეკრულება ოფერტში მითითებული პირობებით.³³

ციფრული სიმბოლოსთვის, როგორც არავერბალური ვირტუალური კომუნიკაციის ფორმისთვის, სამართლებრივი მნიშვნელობის მინიჭების მიზანშეწონილობა ყოველ კონკრეტულ შემთხვევაში საქმის გარემოებების სრულყოფილი გამოკვლევის შედეგად, დიდი სიფრთხილით, უნდა დადგინდეს. ემოჯიებთან იურიდიული შედეგების დაკავშირება იმდენად კომპლექსური და ახალი საკითხია, რომ წინასწარ შეუძლებელია.

³¹ ემოჯის აქცეპტად მიჩნევის შესაძლებლობასთან დაკავშირებით იხ. ჯორბენაძე, სოციალური მედიის სამართალი, თბ., 2019, 96.

³² ბალიშვილი ე., სამოქალაქო კოდექსის კომენტარი, ავტორთა კოლექტივი, ჭანტურია ლ., (რედ.), წიგნი III, თბ., 2019, მ.331, ველი 4.

³³ იქვე.

ლია ჩარჩო რეგულირების შემუშავება, რომელიც ასეთ შემთხვევებში სახელმძღვანელო წესი იქნებოდა. ბევრი სხვა ქვეყნისგან განსხვავებით, ემოჯიებთან დაკავშირებული გადანაცვლებები ქართული რეალობისთვის უცხოა. ნებისმიერ შემთხვევაში, თუკი საქმეში მტკიცებულების სახით ფიგურირებს ემოჯიების შემცველი მიმოწერა (ან მხოლოდ ემოჯიები) ან/და სოციალურ ქსელებში განთავსებული ემოჯიების შემცველი განცხადებები, რასაც მხარე სამართლებრივ შედეგებს უკავშირებს, სასამართლოს მოუწევს, შეაფასოს ეს ციფრული სიმბოლოები ტექსტთან ერთად ერთიან კონტექსტში ან დამოუკიდებლად. ემოჯიების შეფასებისას გათვალისწინებული უნდა იყოს მთელი რიგი გარემოებები, მათ შორის: მხარეთა ასაკი, ურთიერთობის სიხშირე, ერთმანეთის მიმართ დამოკიდებულება, მათ მიერ ემოჯიების გამოყენების პრაქტიკა როგორც ერთმანეთთან, ისე ზოგადად, მსგავსი ტიპის ურთიერთობებში, ასევე საჭიროა შეფასდეს, მხარეთა სუბიექტური აღქმა კონკრეტული ემოჯიების ან მათი ერთობლიობის მიმართ, ანუ რა მნიშვნელობას ანიჭებენ ისინი სიმბოლოს. მიუხედავად ვიზუალისა, ერთმნიშვნელოვანი შინაარსის მქონე ემოჯიებიც კი შესაძლოა ადამიანთა მიერ სხვადასხვაგვარად იყოს აღქმული და გამოყენებული.³⁴ ამდენად, აუცილებელია შეფასდეს, მთელი საუბრის შინაარსი, რა ვითარებაში მიმდინარეობდა მხარეთა შორის კომუნიკაცია, ასევე დასადგენია, რამდენად შეეძლო რომელიმე მხარეს იმის მიხედვით, რომ მოსაუბრე არ აღიქვამდა ადეკვატურად მის მიერ გაგზავნილ ემოჯიებს. ამას გარდა, ყურადღება უნდა მიექცეს სოციალურ, ინტელექტუალურ და ფსიქო-ემოციურ ფაქტორებსაც. გასათვალისწინებელია ის გარემოც და მისი კულტურულ-ეკონომიკური

მდგომარეობაც, სადაც მხარეები ცხოვრობენ. ემოჯის განმარტებისას საჭიროა დადგინდეს, ის უბრალო ემოციური დეკორაცია იყო, თუ მას საერთო კონტექსტიდან გამომდინარე ჰქონდა თავისთავადი მნიშვნელობა.

მაგალითი 3:

- 200 ლარად ჩემი ახალი ბინის ინტერიერის დიზაინს ერთ დღეში გამიკეთებ?
- OK 🙌❤️😂😂😂

მოცემულ დიალოგში, აშკარაა, რომ ნების ადრესატის პასუხი ირონიულია, რისი ვარაუდის საფუძველსაც იძლევა გასაწევი მომსახურების ანაზღაურების შეთავაზებული ოდენობა. შესაბამისად, შეუძლებელია, რომ ასეთი პასუხი გონივრული განსჯის შედეგად აღქმულ იქნეს აქცეპტად, მიუხედავად იმისა, რომ შესაძლოა ოფერენტისთვის პასუხი სრულიად ადეკვატური ჩანდეს. სერიოზულია თუ არა ნების გამოვლენის ადრესატის პასუხი, ეს მხოლოდ ციფრული სიმბოლოების მიხედვით არ უნდა შეფასდეს, საჭიროა მიმოწერის მთლიანი კონტექსტის შეფასება. სკ-ს 57-ე მუხლი აცხადებს, რომ ბათილია ნების გამოვლენა, რომელიც გაკეთებულია არასერიოზულად (ხუმრობით) იმ ვარაუდით, რომ არასერიოზულობა გამოცნობილი იქნებოდა. ნორმა ასევე ითვალისწინებს, ზიანის ანაზღაურების ვალდებულებას, რომელიც წარმოიშობა იმის გამო, რომ ნების მიმღები ენდობოდა ნების გამოვლენის სერიოზულობას, თუკი მან არ იცოდა და არც შეიძლებოდა სცოდნოდა არასერიოზულობის შესახებ. როცა საქმე თანმყოფ პირებს შორის ვერბალურად გამოვლენილ ნებას ეხება, შედარებით ადვილია იმის დადგენა, ნების გამომვლენი პირი ნამდვილად ავლენს ნებას, თუ არასერიოზულად. გარემო, რომელშიც ნება გამოვლინდა, ნების გამო-

³⁴ მაგალითად, Gen Z თაობა 🧟 თავის ქალის ემოჯის, რომელიც გარდაცვალების სიმბოლოს შინაარსს ატარებს, იყენებს „სიცილით მოვკვდი“ მნიშვნელობით. ასევე Gen Z თაობისთვის ცრემლმდინარე სიცილის ემოჯი 😭 უკვე დაცინვასთან უფრო მეტად ასოცირდება, ვიდრე რაღაცაზე გულწრფელ სიცილთან. 🧐 სიმბოლო ზოგიერთისთვის მაღლიერების გამოხატველია, ზოგი კი მას დალოცვის ნიშნად იყენებს. ზოგიერთ კულტურაში 🙌 „OK“ ნიშანი შეურაცხყოფის გამოხატ-

ტველია. ❤️ გულის ემოჯი შესაძლოა ირონიის და ცინიზმის მნიშვნელობითაც იქნეს გამოყენებული, რაც კონტექსტის მიხედვით უნდა დადგინდეს. ამას გარდა, გულის ემოჯის ფერებიც სხვადასხვა მნიშვნელობის მატარებელია და თუკი ვილაცისთვის ისინი უბრალოდ ფერებია, სხვები ამ კონკრეტული ფერებით შეიძლება ადრესატის მიმართ შესაბამის ემოციურ დამოკიდებულებას გამოხატავდნენ. ასევე იხ. Pendl, Emojis im (Privat-) Recht, 2022 Mohr Siebeck, 89-90.

მვლენი პირის ინტონაცია და სხეულის ენა აადვილებს გამოვლენილი ნების ხასიათის შეცნობას. ასევე, უფრო მარტივი ხდება ნების მიმღების დროული ინფორმირება გამოვლენილი ნების არასერიოზულობის შესახებ, თუკი ნების გამომვლენი ხედავს, რომ ადრესატმა ნება სერიოზულად მიიღო. საქმე შედარებით რთულდება, როცა ნების გამოვლენა არათანმიოფ პირს მიემართება და მითუმეტეს ემოჯის სახით.

მაგალითი 4:

- თუ შეთავაზებას ეთანხმები, სალამომდე გამაგებინე, მზად ვარ თანხა დღესვე გადავიხადო.



როგორ უნდა მივიღოთ ეს ემოჯი - როგორც თანხმობა შეთავაზებაზე თუ როგორც ინფორმაციის მიღების და გაგების დადასტურება? ანუ უნდა ჩათვალოს თუ არა ოფერენტმა, რომ ხელშეკრულება უკვე დაიდო, თუ ეს ემოჯი უნდა მიიღოს იმის ნიშნად, რომ სალამომდე უნდა დაელოდოს პასუხს? სკ-ს 52-ე მუხლი ნების გამოვლენის განმარტების საკითხს არეგულირებს, რომლის მიხედვითაც ნება უნდა დადგინდეს გონივრული განსჯის შედეგად და არა მარტოდენ გამოთქმის სიტყვასიტყვითი აზრიდან. გააჩნია თუ ემოჯის „სიტყვასიტყვითი“ აზრი? როგორც დავინახეთ, მხარეთა ურთიერთობის მთლიანი ისტორიის გათვალისწინებით ემოჯი ხელშეკრულების დადებაზე თანხმობად ჩაითვალა. თუნდაც ერთი პრეცედენტის არსებობა აჩენს კითხვას: შესაძლოა თუ არა, რომ ემოჯი სამომავლოდ „პარალელურ ენად“ იქცეს და თუ ეს ასე მოხდება, მზად ვართ თუ არა იმ შესაძლო რეალობისთვის, რომ ემოჯიმ მხარესთან სამართლებრივად დაკავშირებული გაგებადოს?

თუკი ემოჯის მივანიჭებთ ძალას, რომ მხარე მასთან სამართლებრივად დაკავშირებული გავხადოთ, მაშინ თავისუფლად იქნება შესაძლებელი იმის მტკიცება, რომ ემოჯიმ ვალდებულებები შესაძლოა წინასახელშეკრულებო ეტაპზეც წარმოშვას. სკ-ს 317-ე მუხლი, რომელიც

ე.წ. *culpa in contrahendo* (ბრაღი წინასახელშეკრულებო ურთიერთობაში) შემთხვევას ეხება, ადგენს, რომ არა მხოლოდ ხელშეკრულება, არამედ ხელშეკრულების მომზადების პროცესიცი შესაძლოა, მხარეებს ერთმანეთის უფლებებისა და ქონებისადმი განსაკუთრებული გულისხმიერების ვალდებულებას წარმოუშობდეს.³⁵ ასეთ დროს არაკეთილსინდისიერი მხარე პასუხს აგებს არა იმიტომ, რომ მან არ დადო ხელშეკრულება, არამედ იმის გამო, რომ მან თავისი ქმედებით გააჩინა ნდობა, რომელიც ბრაღეულად არ გაამართლა.³⁶ სწორედ ასე შეაფასა სასამართლომ *Dahan v Shacharoff* საქმე, სადაც ემოჯით გაჩენილი ნდობის გაუმართლებლობისათვის ემოჯის ავტორს ზიანის ანაზღაურების ვალდებულება დააკისრა.

2. ემოჯიები საოჯახო სამართალში

სასამართლოს გადაწყვეტილებები, სადაც ემოჯიებთან დაკავშირებით განმარტებებს ვხვდებით, როგორც წესი, არ შეიცავენ ხოლმე თავად ამ ემოჯიების აღნიშვნებს, რაც მკითხველისთვის ართულებს იმის მიხედვრას, თუ რომელ ემოჯიზეა საუბარი; ამის გამო სასამართლოები ცდილობენ ემოჯიების შინაარსის აღწერით გახადონ ნათელი, თუ რომელ ემოჯის ეხება საქმე.³⁷ ცალკე აღებული ემოჯი, როგორც წესი, ვერ ატარებს იმ მტკიცებულებით ძალას, რომ მხოლოდ მას, სხვა მტკიცებულებებისგან დამოუკიდებლად, დაეფუძნოს სასამართლოს გადაწყვეტილება, თუმცა ემოჯის შესწევს უნარი, რომ სხვა გარემოებებთან ერთად გარკვეული როლი ითამაშოს სასამართლოს შეხედულების ჩამოყალიბებაში. მაგალითად, შლეზვიგის ადმინისტრაციულმა სასამართლომ ერთ-ერთი საქმის განხილვისას გამოიტანა დასკვნა, რომ ალბანელ მამაკაცსა და გერმანელ ქალს შორის ქორწინება რეალური არ იყო და ის მხოლოდ ბინადრობის უფლების მოპოვებას ისახავდა მიზნად. სასამართლოს ეს რწმენა სხვა მტკიცებულებებთან ერთად, შეუქმნა წყვილს

³⁵ ვაშაკიძე, სამოქალაქო კოდექსის კომენტარი, ავტორთა კოლექტივი, ჭანტურია ლ., (რედ.), წიგნი III, თბ., 2019, მ.317, ველი 1.

³⁶ იქვე, ველი 36.

³⁷ *Pendl, Emojis im (Privat-) Recht*, 2022 Mohr Siebeck, 14.

შორის მიმონერამ, კერძოდ, ჩატში მამაკაცის მხრიდან არ იყო საკმარისი სასიყვარულო ემოჯიები, მაშინ როცა ქალის მხრიდან მუდმივად იგზავნებოდა მამაკაცთან სიყვარულით სავსე სიტყვები და ციფრული სიმბოლოები. ამის საპასუხოდ, მამაკაცის შეტყობინებები იყო მოკლე და ლაკონური, დაგვიანებით გაგზავნილი და არ შეიცავდა ემოჯიებს ან ნაზ სიტყვებს. სასამართლომ ეს კომუნიკაციური დისბალანსი ჩათვალია იმის ნიშნად, რომ მამაკაცს ქორწინების მიმართ რეალური ინტერესი არ ჰქონდა.³⁸

საინტერესოა *Bardales v. Lamothe* საქმეც, რომელიც შეეხებოდა ბავშვის საცხოვრებელი ადგილის განსაზღვრის საკითხს. დედა მცირეწლოვან შვილთან ერთად ჰონდურასიდან აშშ-ში გადავიდა. მამამ მოითხოვა, რომ ბავშვი მასთან დარჩენილიყო და დაიწყო შესაბამისი სამართლებრივი პროცედურები. მამა ცხოვრობდა ქალაქში, რომლის სახელიც იყო სან-პედრო სულა. ეს ქალაქი ერთდროს „მკვლელობათა დედაქალაქად“ იყო ცნობილი. სასამართლოს უნდა შეეფასებინა, გამოხატა თუ არა მამამ თანხმობა, ბავშვის აშშ-ში გადასვლასთან დაკავშირებით. ბავშვის დედა უთითებდა, რომ როცა მან ბავშვის მამას ბავშვთან ერთად მისი აშშ-ში გადასვლის შესახებ შეატყობინა, მან პასუხად მიიღო ემოჯი 🙌, რაც დედის მტკიცებით, გამოხატავდა ბავშვის მამის თანხმობას აშშ-ში ბავშვის წაყვანასთან დაკავშირებით. სასამართლომ არ გაიზიარა დედის არგუმენტი და განმარტა, რომ ემოჯი არ იყო საკმარისი საიმი-სოდ, რომ დაედასტურებინა მამის თანხმობა ბავშვის წაყვანასთან დაკავშირებით. სასამართლოს შეფასებით, ემოჯი ვერ ჩაითვლებოდა მშობლის მიერ ბავშვთან დაშორებაზე თანხმობის გამოხატულებად. ბავშვის საცხოვრებელ ადგილთან დაკავშირებულ საქმეებში სასამართლო მკაცრი ფორმალური სტანდარტებით ხელმძღვანელობს. ბატონი გოლდმანი ამ შემთხვევასთან დაკავშირებით წერს: „პრობლემა ის კი არ არის, რომ მოცემულ შემთხვევაში ემოჯის ფორმალურობა აკლდა, არამედ პრობლემა

იყო ის, რომ მიმონერის მთლიანი კონტექსტი არ იძლეოდა ბოლომდე იმის საშუალებას, რომ გაკეთებულიყო დასკვნა, რაზეც დედა უთითებდა.“³⁹

3. ემოჯიები სისხლის სამართალში

საინტერესოა ემოჯის, როგორც მტკიცებულების ხარისხი სისხლის სამართალში. ამ კუთხით აღსანიშნავია *State v. Nickell, 540 S.W.3d 863 (Mo. Ct. App. 2018)* საქმე⁴⁰, რომლის ფაბულაც იყო შემდეგი: ბრალდებული Facebook-ის სოციალურ ქსელში დაუმეგობრდა, მისი რწმენით, 13 წლის ბავშვს, სინამდვილეში კი ამ პროფილის უკან საგამოძიებო მოქმედებებში ჩართული დეტექტივი იყო. რამდენიმე თვიანი მიმონერის შემდეგ, ბრალდებულის არასრულწლოვანთან კომუნიკაცია გადაიზარდა სექსუალური ხასიათის მიმონერაში, რომელშიც ის აქტიურად იყენებდა ემოჯიებს. მას შემდეგ, რაც ბრალდებულმა მსხვერპლი შეხვედრაზე დაიყოლია, სამართალდამცავმა ორგანოებმა ის ადგილზე დააკავა. სასამართლო პროცესზე, მოსამართლემ მტკიცებულების სახით გამოაქვეყნა არასრულწლოვანთან ონლაინ მიმონერა, თუმცა ემოჯიები, რომლებიც ამ საუბრის ნაწილს წარმოადგენდა, ამოღებული იყო. დაცვის მხარემ ეს გააპროტესტა, მან მიუთითა „საუკეთესო მტკიცებულების წესზე“ და აღნიშნა, რომ ემოჯიების ჩართვა ამ მიმონერის გამოქვეყნებაში აუცილებელი იყო, რათა ნაფიც მსაჯულეებს სწორად აღექვათ მიმონერის შინაარსი, რამეთუ ემოჯიები სიტყვებთან ერთად ერთიან კონტექსტს ქმნიდა. სასამართლომ არ დააკმაყოფილა დაცვის მხარის შუამდგომლობა. საქმეზე დადგა გამამტყუნებელი განაჩენი. სასამართლოს გადანყვეტილება ბრალდებულის მიერ სააპელაციო წესით გასაჩივრდა მხოლოდ იმ საფუძველზე, რომ მიმონერიდან ემოჯიების ამოღებით, ამ მიმონერამ დაკარგა ავთენტური

³⁸ იქვე, 16.

³⁹ იხ. <<https://blog.ericgoldman.org/archives/2019/10/a-thumbs-up-emoji-doesnt-mean-that-dad-disavowed-his-child-bardales-v-lamothe.htm>> [04/09/2025].

⁴⁰ აღნიშნულ საქმესთან და შეფასებასთან დაკავშირებით იხ. *McMahon, Kirley, When Cute Becomes Criminal: Emoji, Threats and Online Grooming*, MINN. J. L. SCI. & TECH. 37 (2019), 85-87.

მტკიცებულების სახე, რის გამოც დაირღვა „საუკეთესო მტკიცებულების წესი“.⁴¹ სააპელაციო სასამართლომ უარყო მხარის საჩივარი, თუმცა მიზეზის დეტალური განმარტება არ მოუცია. აპელაციის განმხილველმა სასამართლომ ჩათვალა, რომ საქმის განმხილველ სასამართლოს არ დაურღვევია „საუკეთესო მტკიცებულების წესი“, თუმცა შეკითხვა იმის შესახებ, ემოჯიების გარეშე მიმონერის გამოქვეყნება არღვევს თუ არა ამ წესს, უპასუხოდ დარჩა. სააპელაციო სასამართლომ თავის გადაწყვეტილებაში აღნიშნა, რომ ემოჯიებს ნამდვილად შესწევთ ძალა, შეცვალონ სიტყვებისა და წინადადებების მნიშვნელობა, რა თვალსაზრისითაც მათ კონტექსტის შექმნა შეუძლიათ. ამდენად, შესაძლოა უკეთესი ყოფილიყო, თუკი სრულყოფილად იქნებოდა გამოქვეყნებული ბრალდებულსა და მსხვერპლს შორის არსებული მიმონერის ჩატი, თუმცა მიუხედავად ამისა, სასამართლოს შეფასებით, საქმის განმხილველი სასამართლოს მხრიდან მაინც არ დარღვეულა „საუკეთესო მტკიცებულების წესი“, რადგან დაცვის მხარეს არ წარმოუდგენია იმის მკაფიო მტკიცებულება, რომ ემოჯიები რადიკალურად ცვლიდა მიმონერის შინაარსს. შესაბამისად, სასამართლომ ჩათვალა, რომ ემოჯიები ვერ შეცვლიდა დაზარალებულის მიმართ ბრალდებულის მიერ აშკარად სექსუალური ბუნების განცხადებებისა და მოთხოვნების შინაარსს.

მოცემული საქმის ანალიზიდან აშკარაა სასამართლოს მიდგომა ემოჯიების მიმართ: საჭიროა დამტკიცდეს ემოჯის, როგორც თავისთავადი დამოუკიდებელი მტკიცებულების რელევანტურობა იმისთვის, რომ ის სასამართლომ დაუშვას და იმსჯელოს მასზე ან, უნდა დადგინდეს ის, რომ მიმონერის მთლიანი კონტექსტის გათვალისწინებით, ემოჯის ტექსტისთვის მნი-

შვნელობის არსებითად შეცვლა შეუძლია. როგორც ვხედავთ, მხოლოდ იმაზე მითითება, რომ მიმონერაში ემოჯიები იყო გამოტოვებული, არ აღმოჩნდა საკმარისი მომჩივნის სააპელაციო მოთხოვნის დასაკმაყოფილებლად. „საუკეთესო მტკიცებულების წესი“ სასამართლოს აძლევს საშუალებას, რომ მტკიცებულებად არ მიიღოს მასალა, რომელსაც არ გააჩნია მნიშვნელოვანი მტკიცებულებითი ღირებულება.

J.S. v. Grand Island Public Schools საქმეში⁴² ცეცხლის  და იარაღის  ემოჯი საერთო კონტექსტის გათვალისწინებით სერიოზული შეფასების საგანი გახდა. ერთ-ერთმა მოსწავლემ ანონიმურად დაპოსტა: „ხვალ ძალიან ცხელი დღე იქნება სკოლაში “.⁴³ ამას მოჰყვა სხვა ანონიმური პოსტი: „ხვალ არ მოხვდით სკოლაში “, თუმცა ამ პოსტთან კავშირი მომჩივანმა უარყო. ამ პოსტებმა სკოლაში დიდი არეულობა გამოიწვია. სკოლის დირექციამ ცეცხლის ემოჯის შემცველი პოსტის ავტორ მოსწავლეს დისციპლინური პასუხისმგებლობა დააკისრა და 15 დღით ჩამოაშორა სასწავლო პროცესს. მოსწავლემ ეს გადაწყვეტილება სასამართლოში გაასაჩივრა, თუმცა საბოლოოდ სკოლის ადმინისტრაციის გადაწყვეტილება ძალაში დარჩა. მოსწავლემ აღიარა, რომ მან მართლაც დადო ეს პოსტი, თუმცა არა იმ მნიშვნელობით, რა მნიშვნელობითაც ის აღიქვას. მოსწავლის მტკიცებით, მას ამ პოსტით მხოლოდ იმის თქმა სურდა, რომ ხვალ სკოლაში ძალიან მაგარი და საინტერესო დღე იქნებოდა.

People v. Smith საქმეში⁴⁴ კალიფორნიის სასამართლომ მოწმის დაშინებად ჩათვალა ბრალდებულის მიერ გამოქვეყნებული ემოჯიების შემცველი პოსტი, კერძოდ, ბრალდებულმა გამოაქვეყნა მოწმის ფოტო კომენტარით, რომ

⁴¹ საუკეთესო მტკიცებულების წესთან დაკავშირებით იხ. Nance, "The Best Evidence Principle" (1988). Faculty Publications. 463.

⁴² იხ. Graham, Emojis: An Approach to Interpretation, 46 UC LAW SF COMM. & ENT. L.J. 123 (2024), 136-137.

⁴³ „Tomorrow gonna be hella fire [fire emoji] be there (School).“ hella fire ამერიკულ სლენგში ნიშნავს რაღაც ძალიან მაგარს, საინტერესოს, სენსაციურს, აფეთქებით სახეს, რაც მოცემულ შემთხვევაში, ცეცხლის

ემოჯიმ კიდევ უფრო გაამძაფრა და შექმნა იმისი მოლოდინი, რომ რაღაც ძალიან მაგარი და დაძაბული მოხდებოდა. ზოგიერთ შემთხვევაში, შესაძლოა ცეცხლის ემოჯი საფრთხის შემცველ მინიშნებადაც იქნეს აღქმული.

⁴⁴ იხ. Graham, Emojis: An Approach to Interpretation, 46 UC LAW SF COMM. & ENT. L.J. 123 (2024), 141-142.

სწორედ ამ მომენტზე შეატყობინა სამართალდამცავ ორგანოებს ბრალდებულის მეგობრის შესახებ. ფოტოს კომენტარში გამოყენებული იყო შემდეგი ემოჯიები: „თვალეები“ (👁️), „მითითების ნიშანი“ (👉), „OK ნიშანი“ (👌), ე.წ. „ვირთხა“ (👊), „აფეთქება“ (💣) და „იარაღი“ (🔪). სასამართლო დაეყრდნო ბანდებთან დაკავშირებულ საქმეებზე მომუშავე სპეციალიზირებული პოლიციის ოფიცრის ჩვენებას, რომელმაც განმარტა, რომ პოსტი ბრალდებულის სოციალური ქსელის მნახველებს მოწმის წინააღმდეგ განაწყობდა და მიმართული იყო იქეთკენ, რომ ძალადობრივი ქმედებებით დაესაჯათ მოწმე, რათა თავიდან აეცილებინათ სამართალდამცავ ორგანოებთან მისი სამომავლო თანამშრომლობა. ამდენად, შესაძლებელი იყო იმ დასკვნის გამოტანა, რომ ბრალდებულის პოსტი მაინკრიმინირებელი იყო.

სხვა მტკიცებულებებთან ერთად, ემოჯიები ზოგიერთ საქმეში აადვილებენ ქმედების დანაშაულებრივი ხასიათის შეცნობას. საინტერესოა ტრიერის მიწის სასამართლოს მიერ განხილული ერთ-ერთი სისხლის სამართლის საქმე, რომელზეც დადგინდა, რომ ბრალდებული ნარკოტიკული საშუალებებით ვაჭრობდა. ამ საქმეში ფიფქის ❄️ და სამყურას ფოთლის 🍀 ემოჯიებმა, სხვა მტკიცებულებების ფონზე, ევფემიზმური შინაარსობრივი მნიშვნელობა შეიძინა, კერძოდ, სასამართლომ ჩათვალა, რომ ფიფქის ემოჯი კოკაინს, ხოლო სამყურას ფოთოლი კი მარიხუანას აღნიშნავდა.⁴⁵

4. ემოჯი, როგორც დიფამაცია

Burrows v Houda [2020] NSWDC 485 საქმეში-

⁴⁶ სასამართლომ განმარტა, რომ ემოჯის შესაძლოა დიფამაციური მნიშვნელობაც ჰქონდეს.

⁴⁵ *Pendl, Emojis im (Privat-) Recht*, 2022 Mohr Siebeck, 19.

⁴⁶ იხ. *Singh, "Can an Emoji Be Considered as Defamation? A Legal Analysis of Burrows v Houda [2020] NSWDC 485" PER / PELJ 2021(24) - DOI <<http://dx.doi.org/10.17159/1727-3781/2021/v24i0a8918>> [04/09/2025]*.

მოსარჩელე ბოროტ იყო საყოველთაოდ ცნობილი იურისტი, მოპასუხე ჰოუდაც სისხლის სამართლის საქმეებზე მომუშავე ერთ-ერთი ცნობილი ადვოკატი იყო. ჟურნალში გამოქვეყნდა სტატია, სადაც ნახსენები იყო, რომ ერთ-ერთი საქმის განხილვისას, მოსამართლემ გააკრიტიკა ბოროტს ქცევა და აღნიშნა, რომ შესაძლოა ასეთი ქცევა პოტენციური დისციპლინური პასუხისმგებლობის საგანი გამხდარიყო. ბოროტმა ჰოუდას წინააღმდეგ სარჩელი აღძრა ტვიტერზე განთავსებული პოსტის გამო რომელიც უთითებდა ამ ჟურნალის ლინკზე. მოპასუხის პოსტმა მიიღო მოწონებები, გადაზიარებები და ასევე კომენტარი: „2019 წლის ივლისის ისტორია. მას შემდეგ რა დაემართა მას?“ ამ კითხვაზე ჰოუდას პასუხი იყო ემოჯი: 🤔, რომელიც გამოხატავს „საიდუმლოს შენახვას“ ან „რამის თქმის უფლების არ ქონას“. ეს ემოჯი სასამართლომ შეაფასა როგორც ნიშანი იმისა, რომ ჰოუდამ ის გამოიყენა როგორც იმის საშუალება, რომ კითხვაზე პირდაპირი პასუხით თავიდან აერიდებინა ბოროტს რეპუტაციული დაზიანება, რაც იმის მანიშნებელი იყო, რომ ნამდვილად იცოდა რაღაც, რაც ამას გამოიწვევდა.

დასკვნა

ცნობილი ავსტრიელი ფსიქოლოგის და კომუნიკაციის თეორეტიკოსის პოლ ვაცლავიკის აქსიომის მიხედვით, „ადამიანს არ შეუძლია არ იკომუნიციროს, ისევე როგორც არ შეუძლია „არ მოიქცეს“.⁴⁷ ემოჯიების ეპოქაში ეს შესაძლოა ასეც გადმოვთარგმნოთ: „ადამიანს არ შეუძლია ემოჯიებით არ იკომუნიციროს.“⁴⁸ თუკი ეს რეალობაა, მაშინ შორს აღარ არის ის დრო, როცა ემოჯი სერიოზულ სამართლებრივ შეფასებას „მოითხოვს.“ ასეთივე უცხო ჩანდა წლების წინ სამართალში ხელოვნური ინტელექტის

⁴⁷ ნებისმიერ ქცევას კომუნიკაციის ხასიათი აქვს. ქცევას არ აქვს საპირისპირო პოლუსი, ამიტომ შეუძლებელია „არ მოვიქცეთ“, შესაბამისად, შეუძლებელია, რომ არ ვიყოთ კომუნიკაციაში. იხ. <https://digitallibrary.tsu.ge/book/2020/dec/books/vaclaviki_interpersonaluri_komunikacii_fsiqologia.pdf> [18/09/2025].

⁴⁸ *Pendl, Emojis im (Privat-) Recht*, 2022 Mohr Siebeck, 103.

„შემობრძანებაც“. სასამართლოები განმარტავენ იურიდიულ ტექსტებს, ციფრული სიმბოლოების ინტერპრეტაციის საჭიროების წინაშე ჯერჯერობით მხოლოდ რამდენიმე ქვეყნის სასამართლო დადგა, თუმცა ემოჯიების არავერბალური ფორმით არსებობის და ამბივალენტური შინაარსის გამო, მათი ერთგვაროვანი განმარტების შემოთავაზება ფაქტობრივად შეუძლებელია. როგორ უცნაურადაც და არასერიოზულადაც არ უნდა მოგვეჩვენოს დღეს ეს საკითხი, ფაქტია სასამართლოები უკვე ანიჭებენ ციფრულ სიმბოლოებს გარკვეულ სამართლებრივ დატვირთვას. სამართალი არ უნდა ჩამო-

რჩეს თანამედროვე განვითარების ტენდენციებს, რომლებიც პირველ რიგში, ადამიანთა ყოველდღიურ ურთიერთობებზე აისახება, თუმცა ამავდროულად საჭიროა, რომ ტექნოლოგიური განვითარების პროდუქტის იურიდიული შეფასება დიდი სიფრთხილით, ყოველ კონკრეტულ შემთხვევაში საქმის გარემოებათა სრულყოფილი გამოკვლევის შედეგად განხორციელდეს. ზოგჯერ „ემოჯი“ არაფრისმეტყველია, მაგრამ როცა  ხდება მტკიცებულებების ნაწილი ან ხელშეკრულების დადების შეთავაზებაზე პასუხად  ვხედავთ, მაშინ სამართალიც ველარ და-რჩება .

ხელოვნური ინტელექტი და შრომითი დისკრიმინაცია

ილია ბეგიაშვილი

ადვოკატი, საქართველოს უნივერსიტეტის დოქტორანტი

აბსტრაქტი

ხელოვნური ინტელექტი თანამედროვეობის ერთ-ერთ უახლეს ტექნოლოგიურ მიღწევას წარმოადგენს, რომლის მეშვეობითაც შესაძლებელია ადამიანის წინაშე არსებული უამრავი ამოცანის ამოხსნა. ხელოვნური ინტელექტის გამოყენება მრავალმხრივ არის შესაძლებელი, მას შეუძლია იყოს სხვადასხვა პროფესიის წარმომადგენელი და გასცეს რჩევები კონკრეტულ საკითხებთან დაკავშირებით. ადამიანები მას იყენებენ როგორც პირადი მიზნებისათვის, ასევე სამსახურში გარკვეული დავალებების შესასრულებლად. ხელოვნური ინტელექტის გამოყენება სულ უფრო და უფრო მეტად ხდება კომპანიებში სხვადასხვა მიზნის მისაღწევად, თუმცა მიუხედავად ხელოვნური ინტელექტის მრავალი ფუნქციისა და მის მიერ დავალების საუკეთესოდ შესრულების შესაძლებლობისა, მისი სათანადო კონტროლის გარეშე გამოყენებამ, შესაძლოა ადამიანის ფუნდამენტური უფლებების დარღვევა გამოიწვიოს.

ადამიანის ერთ-ერთ ფუნდამენტურ უფლებას თანასწორობისა და დისკრიმინაციისგან დაცვის უფლება წარმოადგენს, რომელიც შესაძლებელია დაირღვეს ხელოვნური ინტელექტის არასათანადო გამოყენებით. აღნიშნული სტატიაც ხელოვნური ინტელექტის მეშვეობით განხორციელებულ დისკრიმინაციას ეხება, რომელიც მთლიანად ორიენტირებულია შრომით სამართლებრივ ურთიერთობებზე. მოცემული სტატიის მიზანია, გამოკვეთილ იქნას ხელოვნური ინტელექტის გამოყენებით განხორციელებული შრომითი დისკრიმინაციის პრობლემური საკითხები და შემოთავაზებულ იქნას მათი გადაჭრის შესაძლო გზები, როგორც საკანონმდებლო დონეზე, ასევე სასამართლო პრაქტიკაში, რისთვისაც გამოყენებულ იქნება საქართველოს, ევროკავშირისა და ამერიკის შეერთებული შტატების კანონმდებლობა და მათი სასამართლო პრაქტიკა.

მიუხედავად იმისა, რომ საქართველოში შრომითი დისკრიმინაცია კანონმდებლობით აკრძალულია, როდესაც საკითხი ეხება ხელოვნური ინტელექტის მიერ განხორციელებულ შრომით დისკრიმინაციას, იგი დამატებით საჭიროებს მონესრიგებას, რაზეც მეტყველებს მოცემულ სტატიაში წარმოჩენილი ცალკეულ პრობლემათა ანალიზი.

საკვანძო სიტყვები: ხელოვნური ინტელექტი, შრომითი დისკრიმინაცია, ალგორითმული მიკერძოება.

შესავალი

დღეს, ხელოვნური ინტელექტის გამოყენება ადამიანის ყოველდღიური ცხოვრების განუყოფელი ნაწილია. სამყარო ვითარდება, ის რაც ადრე ადამიანებს წარმოუდგენელი ეგონათ,

დღეს მისი არა თუ წარმოდგენა, არამედ გამოყენებაც შესაძლებელია. ხელოვნური ინტელექტი ადამიანს შესაძლებლობას აძლევს მიიღოს ნებისმიერი ინფორმაცია და შესრულებული დავალება დროის სულ მცირე მონაკვეთში, ეს ყოველივე კი საშუალებას იძლევა გამოთავისუ-

ფლებული დროის რესურსი უფრო მეტად ღირებული საქმეებისთვის იქნას გამოყენებული. თუმცა, სამყაროს განვითარებისა და ტექნოლოგიური სიახლეების დანერგვის ფონზე უამრავი საკითხის მოწესრიგების საჭიროება ჩნდება. ხელოვნური ინტელექტი იქამდე წარმოადგენს გასართობ თუ უვნებელ დამხმარე საშუალებას, სანამ იგი კონფლიქტში მოვა ადამიანის უფლებებთან. ამ კონფლიქტის გადასაჭრელად კი საჭიროა საკანონმდებლო რეგულაციების არსებობა.

თანამედროვე ტექნოლოგიების გამოყენება აქტიურად ხდება ბიზნესში, სადაც ბიზნესმენები მთელი ძალით ცდილობენ მასში რაც შეიძლება მეტი სიახლე დანერგონ.¹ ერთ-ერთ ასეთ სიახლეს ნამდვილად წარმოადგენს ხელოვნური ინტელექტი, რომლის მეშვეობითაც უამრავი გადაწყვეტილება მიიღება, რომელმაც შესაძლებელია ადამიანის არაერთი უფლება დაარღვიოს.² თუმცა, მოცემული სტატიის მიზანი არ არის განიხილოს სამუშაოზე ხელოვნური ინტელექტის მიერ ადამიანის შესაძლო უფლებების დარღვევა, არამედ იგი აქცენტს აკეთებს მხოლოდ შრომით ურთიერთობებში ხელოვნური ინტელექტის გამოყენებით დარღვეულ თანასწორობის უფლებაზე, რომლის ხელყოფაც დისკრიმინაციის საშუალებით ხდება.

ხელოვნური ინტელექტის გამოყენებით დამსაქმებელს შეუძლია გადაარჩიოს კანდიდატები ვაკანსიაზე გამოგზავნილი რეზიუმეების მიხედვით, ამავედროულად მისი დახმარებით ჩაატაროს გასაუბრება, შეაფასოს დასაქმებულთა ეფექტურობა და განსაზღვროს პასიური და აქტიური თანამშრომლები, რაც შეიძლება გახდეს კონკრეტულ დასაქმებულთა სამსახურიდან გათავისუფლების საფუძველი.³ შრომით ურთიერთობებში ხელოვნური ინტელექტის გამოყენება მრავალმხრივ არის შესაძლებელი, აღნიშნული საკითხის სათანადო მოწესრიგების

გარეშე დატოვება კი წარმოადგენს უდიდეს საფრთხეს დისკრიმინაციის სხვადასხვა ფორმით თუ ნიშნით გამოვლენის მხრივ. სწორედ ამიტომ, აღნიშნული სტატია დაეთმობა ხელოვნური ინტელექტის გამოყენებით შრომით ურთიერთობებში დისკრიმინაციის დადგენის თავისებურებებს, ალგორითმული მიკერძოების პრობლემას, დისკრიმინაციის დადგენის შემთხვევაში პასუხისმგებლობის საკითხს, მტკიცების ტვირთსა და ქართულ კანონმდებლობაში გარკვეულ ნორმათა შემოღების აუცილებლობაზე მსჯელობას, რომელიც განხილულ იქნება საუკეთესო საერთაშორისო კანონმდებლობისა და სასამართლო პრაქტიკის ფონზე. განსაკუთრებული ყურადღება დაეთმობა ხელოვნური ინტელექტის მეშვეობით კანდიდატთა შერჩევის ნაწილს.

I. ხელოვნური ინტელექტის და ალგორითმული მიკერძოების პრობლემა შრომით ურთიერთობებში

ხელოვნური ინტელექტის გამოყენება ყოველდღიურად იზრდება კომპანიების მიერ, რაზეც მეტყველებს საერთაშორისო სტატისტიკა, რომლის თანახმად 2025 წელს მსოფლიოში არსებული კომპანიების 87 პროცენტი უკვე იყენებს ხელოვნურ ინტელექტს ყოველდღიურ საქმიანობაში, ხოლო კომპანიების 65 პროცენტზე მეტს კი უკვე აქვს ხელოვნური ინტელექტი კანდიდატთა შერჩევისათვის გამოყენებული.⁴ თუ 2023 წლისთვის ხელოვნური ინტელექტით დასაქმების ინდუსტრია 661,56 მილიონ დოლარად იყო შეფასებული, ამავე სტატისტიკის მიხედვით 2030 წელს მისი ღირებულების 1,12 მილიარდ დოლარამდე გაზრდაა ნავარაუდები.⁵ მოცემული სტატისტიკა ნათლად მიუთითებს, რომ დამსაქმებლების მხრიდან ხელოვნური ინტელექტის გამოყენება მომავალში კიდევ უფრო მაღალ ნიშნულს მიაღწევს, მისი დარეგულირების

¹ Ponce Del Castillo, Taes, *Artificial Intelligence and Labor Law*, Cambridge, 2025, 339.

² მაგალითად, პირადი ცხოვრების უფლება, თანასწორობის უფლება, პერსონალურ მონაცემთა დაცვის უფლება და სხვა, დეტ იხ. Quintavalla, Temperman, *Artificial Intelligence and Human Rights*, Oxford, 2023, 4-5.

³ Orwat, *Risks of Discrimination through the Use of Algorithms*, Berlin, 2020, 19-20.

⁴ Kumar, *How Many Companies Use AI In 2025?* (Global Data), 16.04.2025. ბოლოს შემოწმდა, 23.06.2025. <https://www.demandsage.com/companies-using-ai/>

⁵ იქვე.

საჭიროება კი კიდევ უფრო მეტად გაიზრდება. საქართველოც მსოფლიოს ნაწილია, რაც იმას ნიშნავს, რომ მომავალში საქართველოშიც უნდა ველოდოთ რეკრუტირებისა თუ სხვა მიზნებისათვის დამსაქმებლის მიერ ხელოვნური ინტელექტის გამოყენების სიხშირის ზრდას, რაც კიდევ უფრო მეტად საჭიროს ხდის აღნიშნული საკითხის დარეგულირებას.⁶

იმისათვის, რომ შრომით ურთიერთობებში ხელოვნური ინტელექტისა და ალგორითმული მიკერძოების პრობლემა განისაზღვროს, უპირველეს ყოვლისა, აუცილებელია აღნიშნული ცნებების სათანადო განმარტება.

ხელოვნური ინტელექტის ცნებას არაერთი დეფინიცია მოეძებნება, ყველაზე ახლოს მდგომი განმარტება კი შეიძლება ჩამოყალიბდეს შემდეგნაირად: ხელოვნური ინტელექტი წარმოადგენს განვითარებულ კომპიუტერულ პროგრამას, რომელსაც შეუძლია იფიქროს და იმოქმედოს რაციონალურად, ადამიანის მსგავსად.⁷ ეს კი იმას ნიშნავს, რომ ხელოვნურ ინტელექტს აქვს უნარი მიბაძოს ადამიანს აზროვნებაში, სწავლაში, მსჯელობასა თუ ინტელექტუალურ ადამიანისთვის დამახასიათებელ, ქცევებში.⁸ შესაბამისად, ხელოვნური ინტელექტის მეშვეობით შესაძლებელია ისეთი გადაწყვეტილებების მიღება, როგორიც ადამიანისთვის არის დამახასიათებელი.

ხელოვნურმა ინტელექტმა, რომ შეძლოს გამართულად ფუნქციონირება, იქნება ეს გარკვეული დავალებებისა თუ მოქმედებების შესრულება, ამისათვის აუცილებელია სისტემა იყენებდეს ალგორითმს.⁹ ალგორითმი, თავის მხრივ, წარმოადგენს გარკვეული წესების ერთობლი-

ბას, რომელთა ზუსტ გამოყენებაზეც პასუხისმგებელია ხელოვნური ინტელექტი, რათა ისინი უნაკლოდ იქნას შესრულებული.¹⁰

შესაბამისად, როდესაც კომპანიები იყენებენ ხელოვნურ ინტელექტს შრომით ურთიერთობებში გადაწყვეტილების მისაღებად, ისინი ამავედროულად იყენებენ ამ პროგრამისათვის შექმნილ ალგორითმს, რომელმაც მასში უკვე არსებული ინფორმაციისა და მიზნების საფუძველზე უნდა მიიღოს ადამიანის მსგავსი გადაწყვეტილება. კონკრეტული ინფორმაციისა და მიზნების განსაზღვრა შეუძლია უშუალოდ პროგრამისტს, რომელიც მუშაობს აღნიშნულ პროგრამაზე, ანდაც კონტრაქტორს, კომპანიის ღირებულებების, პრიორიტეტების, გამონაკლისებისა თუ გამოცდილებების მიხედვით.¹¹

ხელოვნური ინტელექტის გამოყენებას ბევრი სიკეთის მოტანა შეუძლია კომპანიისათვის, იქნება ეს დროის, ენერგიისა თუ ადამიანური რესურსის დაზოგვა, თუმცა მისი გამოყენება ასევე საფრთხის შემცველიცაა, რადგან მან შეიძლება გამოიწვიოს კანდიდატთა თუ დასაქმებულთა დისკრიმინაცია. აღნიშნულის მიზეზი კი შეიძლება გახდეს ალგორითმში ჩადებული ინფორმაცია, რომლის მეშვეობითაც ხელოვნური ინტელექტი იღებს გადაწყვეტილებას.¹² ხელოვნური ინტელექტი შესაძლებელია გახდეს ე.წ. „იარაღი“ ადამიანთა დისკრიმინაციისთვის, მაშინ როდესაც ალგორითმის შემქმნელი ან კონტრაქტორი განზრახ შეიყვანს მასში დისკრიმინაციულ ინფორმაციას, რათა გადაწყვეტილება მიღებულ იქნას მიკერძოებული ინფორმაციის საფუძველზე.¹³ მაგალითად, დამსაქმებელს შეიძლება სურდეს ხელოვნური ინტელექტის მე-

⁶ ცხვედიანი, ხელოვნური ინტელექტის გამოყენება საქართველოში: გამოწვევები და პერსპექტივები, 01.04.2025, ბოლოს შემოწმდა, 12.07.2025. <https://founders.ge/the-use-of-artificial-intelligence-in-georgia-challenges-and-prospects/>

⁷ Kok, Boers, Kusters, Van der Putten, Poel, Artificial Intelligence, Encyclopedia of Life supporting systems, Oxford, 2009, 1-2.

⁸ იქვე, 1-2.

⁹ Dailey, Algorithmic Bias: AI and the Challenge of Modern Employment Practices, UC Law Business Journal, 2025, 217.

¹⁰ Robb, AI vs Algorithms, 03.10.2022. ბოლოს შემოწმდა: 15.07.2025.

<https://www.eweek.com/artificial-intelligence/ai-vs-algorithms/>

¹¹ Orwat, Risks of Discrimination through the Use of Algorithms, Berlin, 2020, 17.

¹² Lutman, Artificial intelligence and the Prohibition of Discrimination in the EU: A Private Law Perspective, Završnik/Simončič, Artificial Intelligence, Social Harms and Human Rights, 2023, 77-78.

¹³ Orwat, Risks of Discrimination through the Use of Algorithms, Berlin, 2020, 11.

შვეობით კონკრეტული ნიშნის მქონე კანდიდატები შეგნებულად გამოორიცხოს მათი რასის, კანის ფერის, სქესისა თუ სხვა ნიშნის მიხედვით. შესაძლებელია მისი სურვილი იყოს ამ ნიშნის მქონე ადამიანების სამსახურიდან გათავისუფლება ან დანიშნულებაზე უარის თქმა, რის გამოც ისე მომართოს იგი, რომ მათ მიერ შესრულებული სამუშაო უარყოფითად იქნას შეფასებული, რითაც დამსაქმებელს ექნება შესაძლებლობა შექმნას მტკიცებულება, რომელიც გაამყარებს მის მიერ მიღებულ უკანონო გადაწყვეტილებას. არც ის არის გამორიცხული, რომ უშუალოდ ხელოვნური ინტელექტის შემქმნელს ჰქონდეს გარკვეული გართულებები სხვადასხვა ნიშნის მქონე ადამიანების მიმართ, რის გამოც თავადვე უზრუნველყოს ალგორითმის დისკრიმინაციულად დაპროგრამება.¹⁴

ყველაზე ხშირ პრობლემას წარმოადგენს შემთხვევა, როდესაც ხელოვნური ინტელექტი ახდენს კანდიდატთა თუ დასაქმებულთა დისკრიმინაციულ გადარჩევას არა განზრახი, არამედ უნებლიედ მიწოდებული დისკრიმინაციული ინფორმაციის საფუძველზე, მაშინ როდესაც არც დამსაქმებელს და არც ალგორითმის შემქმნელს არ გააჩნიათ კანდიდატთა უთანასწორო გადარჩევის სურვილი, თუმცა უნებლიედ მიწოდებული ინფორმაციის საფუძველზე ხელოვნური ინტელექტი იღებს დისკრიმინაციულ გადაწყვეტილებას.¹⁵ მაგალითად, თუ ალგორითმში მითითებულია კომპანიის წარსული პრაქტიკა დასაქმებასთან დაკავშირებით, როდესაც დამსაქმებლები კანდიდატებს დისკრიმინაციულად არჩევდნენ მათი სქესის, რელიგიისა, თუ სხვა აკრძალული ნიშნის მიხედვით, რასაკვირველია, ალგორითმიც მსგავსად იმუშავებს და მოახდენს კანდიდატთა დისკრიმინაციულ გადარჩევას.¹⁶ შესაძლებელია დამსაქმებელმა ან ალგორითმის შემქმნელმა მიუთითოს, რომ მისი

მეშვეობით მოხდეს საუკეთესო კანდიდატთა შერჩევა, თუმცა სიტყვა საუკეთესოს განსაზღვრისათვის აუცილებელია გარკვეული კრიტერიუმების არსებობა. არ არის გამორიცხული, რომ მათი მხრიდან დადგინდეს ისეთი კრიტერიუმები, რომლებიც ეფუძნება მათ სტერეოტიპულ შეხედულებებსა და ცრურწმენებს, რამაც საბოლოო ჯამში დისკრიმინაცია გამოიწვიოს.¹⁷ მაგალითად, საუკეთესო კანდიდატის განსაზღვრისათვის ერთ-ერთ კრიტერიუმად შეიძლება დადგინდეს ის, თუ რამდენად სტაბილურად მუშაობდა კანდიდატი ყოფილ დამსაქმებლებთან, რათა მისმა მომავალმა დამსაქმებელმა განსაზღვროს დასაქმების შემთხვევაში კომპანიაში მისი დარჩენის სავარაუდო დრო. ხოლო იმ შემთხვევაში, თუ იგი ხშირად იცვლიდა სამსახურს, დამსაქმებელმა მოახდინოს ასეთ კანდიდატთა უარყოფითი შეფასება, მაშინ როდესაც წინა სამსახურებიდან წამოსვლის მიზეზი შეიძლება ყოფილიყო დროებითი ავადმყოფობა, ორსულობა, მის მიმართ განხორციელებული არასათანადო მოპყრობა, დისკრიმინაცია და სხვა. მსგავსი შედეგი შეიძლება დადგეს იმ დასაქმებულის მიმართაც, რომელიც საპატიო მიზეზიდან გამომდინარე გარკვეული დროის განმავლობაში ვერ ასრულებდა სამუშაოზე დაკისრებულ მოვალეობას, რის გამოც ხელოვნურმა ინტელექტმა იგი აღიქვას როგორც არაპროდუქტიული დასაქმებული, რაც შეიძლება გახდეს კადრების შემცირების შემთხვევაში მისი სამსახურიდან გათავისუფლების მიზეზი.

შესაბამისად, ხელოვნური ინტელექტი მუშაობისთვის იყენებს ალგორითმში შეყვანილ ინფორმაციას, რომლის სარკისებრი არეკვლის უნარიც გააჩნია.¹⁸ აქედან გამომდინარე, თუ მასში ჩადებულია მიკერძოებული ინფორმაცია, დიდია ალბათობა, რომ გადაწყვეტილებაც

¹⁴ Tanna, Dunning, Bias and Discrimination, Kerrigan, Artificial Intelligence, Law and Regulations, 2022, 426-427.

¹⁵ Balayogi, Vijaya, Lakshmi, Lourdumarie, Humancentric ethical AI in the Digital World, Hassan/Bhushan/Liu/Bhattacharya, Ethical Dimensions of AI Development, 2025, 179.

¹⁶ Almeida, Junca-silva, Lopes, Lourence-Silva, Artificial Intelligence (AI), Labor Relations and Human Rights,

Machado/Davim, Challenges and Opportunities in the Artificial Intelligence Era, 2025, 50.

¹⁷ Dailey, Algorithmic Bias: AI and the Challenge of Modern Employment Practices, UC Law Business Journal, 2025, 222.

¹⁸ იქვე, 221.

მსგავსი იქნება.¹⁹ იმ შემთხვევაში თუ ალგორითმში მითითებული ინფორმაციით სამუშაოზე ნებისმიერი გადაწყვეტილების მიღებისას უპირატესობა ყოველთვის ერთი ჯგუფის წარმომადგენლებს ენიჭებოდათ, უმცირესობის ჯგუფის წარმომადგენლებს ხელოვნური ინტელექტი აღიქვამს როგორც არასასურველ კანდიდატებს ან არასასურველ დასაქმებულ პირებს, რის გამოც სხვა პირებთან შედარებით მათ უარყოფითად შეაფასებს.²⁰

ამის საუკეთესო მაგალითია კომპანია „Amazon“-ის 2018 წლის შემთხვევა, როდესაც კომპანიის წარმომადგენლებმა კადრების შესვლის მიზნით, ხელოვნური ინტელექტის მეშვეობით, დაინყეს საუკეთესო კანდიდატთა შერჩევა, რომელიც უნდა განხორციელებულიყო მაქსიმალური ობიექტურობის დაცვით.²¹ თუმცა, ვინაიდან ალგორითმში მითითებული იყო მათი კომპანიის დასაქმების წარსული დისკრიმინაციული პრაქტიკა, რომლის მეშვეობითაც მამაკაც კანდიდატებს ენიჭებოდათ უპირატესობა ქალბატონებთან შედარებით, ხელოვნურმა ინტელექტმა ამ ინფორმაციის საფუძველზე მიიღო დისკრიმინაციული გადაწყვეტილებები მამაკაცთა უპირატესად დასაქმების შესახებ, რის გამოც კომპანიამ დიდი ხნით თქვა უარი კანდიდატთა შერჩევის პროცესში ხელოვნური ინტელექტის გამოყენებაზე.²²

ზოგადად, არც ის არის გამორიცხული, რომ ხელოვნურმა ინტელექტმა დამოუკიდებლად მიიღოს დისკრიმინაციული გადაწყვეტილება თვითგანვითარების უნარიდან გამომდინარე.²³ ასეთ დროს ვერ დგინდება ფაქტი იმის შესახებ,

რომ დამსაქმებელმა ან ალგორითმის შემქმნელმა რაიმე დისკრიმინაციული მონაცემი შეიყვანა პროგრამაში, თუმცა მიუხედავად ამისა მიღებულია დისკრიმინაციული გადაწყვეტილება²⁴, რასთან დაკავშირებითაც დეტალური მსჯელობა შემდეგ თავში იქნება წარმოდგენილი.

II. ხელოვნური ინტელექტის მიერ განხორციელებული დისკრიმინაციის დადგენის პრობლემა შრომით სამართალში

1. ხელოვნური ინტელექტის გამოყენების შესახებ ინფორმაციის მინოდების ვალდებულება

შრომით ურთიერთობებში ხელოვნური ინტელექტის მიერ განხორციელებული დისკრიმინაციული მოპყრობის დადგენა გარკვეულ სირთულეებთან არის დაკავშირებული. ერთ-ერთ მნიშვნელოვან საკითხს წარმოადგენს დამსაქმებლის მხრიდან დასაქმებულსა და ვაკანსიით დაინტერესებულ პირთათვის ინფორმაციის მიწოდება იმის შესახებ, თუ ვინ შეაფასა ისინი და ვინ მიიღო მათ შესახებ გადაწყვეტილება, ხელოვნურმა ინტელექტმა თუ უშუალოდ ადამიანმა.²⁵ აღნიშნულის შესახებ ინფორმაციის მიწოდება აუცილებელია, რადგან ინფორმაციის არ არსებობის პირობებში ადამიანებს უწინდებათ განცდა, რომ ეს ყოველივე ადამიანის, კერძოდ კი დამსაქმებლის გადაწყვეტილებით მოხდა, ვის მიმართაც სტატისტიკურად უფრო მეტი

¹⁹ Balayogi, Vijaya, Lakshmi, Lourdumarie, Humancentric ethical AI in the Digital World, Hassan, Bhushan/Liu/Bhattacharya, Ethical Dimensions of AI Development, 2025, 179.

²⁰ European Union Agency For Fundamental Rights, Bias in Algorithms, Artificial Intelligence And Discrimination, Vienna, 2022, 19.

²¹ Dustin, Insight - Amazon scraps secret AI recruiting tool that showed bias against women, 11.10.2018. ბოლოს შემოწმდა 15.07.2025.
<https://www.reuters.com/article/world/insight-amazon-scraps-secret-ai-recruiting-tool-that-showed-bias-against-women-idUSKCN1MK0AG/>

²² იქვე.

²³ Shein, Self-Improving AI Agents: Redefining Data Analysis Through Autonomous Evolution, 27.05.2025. ბოლოს შემოწმდა 05.09.2025.

<https://powerdrill.ai/blog/self-improving-ai-agents-redefining-data-analysis>

²⁴ Berktaş, Feyzöglü, Regulating AI against Discrimination: Law in the Age of Artificial Intelligence, Kılıç/ Kahyaoglu, Algorithmic Discrimination and Ethical Perspective of Artificial Intelligence, 2023, 60.

²⁵ Salvi Del Pero, Verhagen, Ensuring Truthworthy artificial intelligence in the workplace: Countries' policy action, Bassanini/Broecke, OECD Employment Outlook 2023, 196-197.

ნდობა არსებობს, ვიდრე ხელოვნური ინტელექტის მიმართ.²⁶ ეს წარმოადგენს დიდ პრობლემას, ვინაიდან იმ შემთხვევაში თუ დასაქმებულსა და კანდიდატს არ ეცოდინებათ მათ მიმართ ხელოვნური ინტელექტის გამოყენების თაობაზე, შესაძლოა არც კი გაუჩნდეთ ეჭვი ალგორითმული დისკრიმინაციის არსებობის შესახებ. ისინი სასამართლოში ვერ მოითხოვენ მოპასუხისგან პროგრამის გამართულად მუშაობის შესახებ მტკიცებულების წარმოდგენას, ისევე როგორც ვერ მოითხოვენ სასამართლოს მიერ პროგრამის გამართულად მუშაობის შემოწმებას, რასაც საქმისთვის უმნიშვნელოვანესი მტკიცებულების ძალა შეიძლება ჰქონდეს. თავის მხრივ, მოსამართლეს გაუჭირდება ხელოვნური ინტელექტის მიერ განხორციელებული დისკრიმინაციის დადგენა, რადგან ამ უკანასკნელამდე ვერასდროს მივა. სწორედ ამიტომ, უმნიშვნელოვანესია, დამსაქმებელს ჰქონდეს სრულყოფილი ინფორმაციის მიწოდების ვალდებულება, რათა უზრუნველყოფილ იქნას ხელოვნური ინტელექტის გამოყენების გამჭვირვალობა, რაც თავის მხრივ, დასაქმებულებსა და ვაკანსიით დაინტერესებულ პირებს დაიცავს შრომითი დისკრიმინაციისგან.

საქართველოში მოქმედებს, „პერსონალურ მონაცემთა დაცვის შესახებ საქართველოს კანონი“, რომლის მე-19 მუხლის პირველი პუნქტის თანახმად, ავტომატიზირებული გადაწყვეტილების მიღების შესაძლებლობა არსებობს მონაცემთა სუბიექტის აშკარად გამოხატული თანხმობის შემთხვევაში. ამავე კანონის მე-13 მუხლის „გ“ ქვეპუნქტი კი აწესებს დამსაქმებლის ვალდებულებას მიაწოდოს დასაქმებულსა თუ ვაკანსიით დაინტერესებულ პირებს ინფორმაცია მათ მიმართ ხელოვნური ინტელექტის

მეშვეობით მონაცემთა დამუშავებისა და გადაწყვეტილების მიღების თაობაზე, მათ შორის, გადაწყვეტილების მიღების ლოგიკასთან დაკავშირებით.

ინფორმაციის მიწოდების ვალდებულება ევროკავშირსაც აქვს განსაზღვრული, კერძოდ „მონაცემთა დაცვის ზოგადი რეგულაციის“ (GDPR) მე-15 და 22-ე მუხლები, რომელთა დარღვევაც დაადგინა ამსტერდამის სასამართლომ კურიერებთან მიმართებაში, როდესაც კომპანია „Uber“-მა გამოიყენა თაღლითური სქემის დამდგენი პროგრამა, მათი მხრიდან თაღლითობის გამოსავლენად, რის შემდგომაც მათ შეუწყდათ სამუშაო აპლიკაციაზე წვდომის უფლება ისე, რომ ამ პირებს საკმარისად არ განემარტათ ხელოვნური ინტელექტის მიერ ავტომატიზირებული გადაწყვეტილების მიღების ლოგიკა და მისი მეშვეობით მონაცემთა დამუშავების მოსალოდნელი შედეგები.²⁷ ამ მიზეზთა გამო, ჯერ ნიდერლანდების საქალაქო სასამართლომ, შემდეგ კი სააპელაციო სასამართლომ დაადგინა, ხელოვნური ინტელექტის გამოყენებით, მონაცემთა დამუშავების გამჭვირვალობის ვალდებულების დარღვევა.²⁸

რაც შეეხება ამერიკის შეერთებულ შტატებს, მათ ხელოვნური ინტელექტის გამოყენებასთან დაკავშირებით რეგულაციები ფედერაციულ დონეზე ჯერ კიდევ არ აქვთ მიღებული, თუმცა რამდენიმე შტატმა დამოუკიდებლად მიიღო კანონმდებლობა, რომელიც თითოეული დამსაქმებლისგან მოითხოვს სრულყოფილი ინფორმაციის მიწოდებას დასაქმებულთა და კანდიდატთა მონაცემების მიმართ ხელოვნური ინტელექტის გამოყენების შესახებ.²⁹ მაგალითად, ნიუ-იორკის საქალაქო საბჭომ 2021 წლის 11 დეკემბერს მიიღო ადგილობრივი კანონი N-144,

²⁶ კომპანია „Employnic“-მა ჩაატარა 1500-ზე მეტ კანდიდატთან გამოკითხვა იმის შესახებ ენდობოდნენ თუ არა ხელოვნური ინტელექტის გამოყენებით კანდიდატთა შერჩევის პროცესს, საიდანაც 58-მა პროცენტმა განაცხადა, რომ მათ HR-ის მიმართ უფრო მეტი ნდობა გააჩნდათ ხელოვნურ ინტელექტთან შედარებით. დეტ. იხ. Employnic, Report Reveals Candidates' Perspectives on Using AI in the Hiring Process, 24.06.2025. ბოლოს შემოწმდა 27.07.2025.

https://www.employinc.com/news_item/report-reveals-candidates-perspectives-on-using-ai-in-the-hiring-process/

²⁷ Salvi Del Pero, Verhagen, Ensuring Truthworthy artificial intelligence in the workplace: Countries' policy action, Bassanini/Broecke, OECD Employment Outlook 2023, 197.

²⁸ Drivers v. Uber B.V. Rechtbank Amsterdam 11.03.2021.

²⁹ Novikov, Using Artificial Intelligence In Employment: Problems and Prospects of Legal Regulation, Journal of Digital Technologies and Law, 2023 2/3, 625.

„ავტომატიზირებული გადაწყვეტილების მიღების ინსტრუმენტების შესახებ“, რომლითაც თითოეულ დამსაქმებელს დაევალება მიაწოდოს სრულყოფილი ინფორმაცია როგორც კანდიდატებს, ასევე დასაქმებულებს, მათ მიმართ ხელოვნური ინტელექტის გამოყენების შესახებ. იგივეა ილინოისის შტატის კანონის შემთხვევაში, „ხელოვნური ინტელექტის გამოყენებით ვიდუო ინტერვიუს ჩატარების შესახებ“ (820 ILCS 42/1) სადაც, ასევე ითხოვენ კანდიდატთა თანხმობას ხელოვნურ ინტელექტის გამოყენებასთან დაკავშირებით.

როგორც უკვე აღინიშნა, ინფორმაციის მიწოდებას დიდი მნიშვნელობა აქვს კანდიდატებისა და დასაქმებულ პირთათვის, თუმცა მათი ინფორმირების ვალდებულებაში არ იგულისხმება მხოლოდ მათ მიმართ ხელოვნური ინტელექტის გამოყენების შესახებ ინფორმაციის მიწოდება, არამედ მასში ასევე იგულისხმება იმ ლოგიკის საფუძვლების განმარტებაც, რომლითაც მოხდა აღნიშნული პროგრამული საშუალებით გადაწყვეტილების მიღება.³⁰ ეს კი მათ დაეხმარებათ დაასაბუთონ ის შრომითი სარჩელები, რომლითაც ითხოვენ ხელოვნური ინტელექტის გამოყენებით მიღებული გადაწყვეტილების დისკრიმინაციულად აღიარებას. ინტერესს იწვევს ის ფაქტიც, რომ როდესაც ხელოვნური ინტელექტი იღებს წინასახელშეკრულებო ურთიერთობის დროს პირის დასაქმებაზე უარის თქმის შესახებ გადაწყვეტილებას, კანდიდატს შეუძლია მოსთხოვოს დამსაქმებელს მიღებული გადაწყვეტილების ლოგიკის განმარტება, „პერსონალურ მონაცემთა დაცვის“ შესახებ საქართველოს კანონის მე-13 მუხლის 1-ლი პუნქტის „ზ“ ქვეპუნქტიდან გამომდინარე, მაშინ როდესაც არაპროგრამული გადაწყვეტილების მიღების შემთხვევაში, საქართველოს შრომის კოდექსის მე-11 მუხლის მე-8 ნაწილის თანახმად, დამსაქმებელს არ აქვს ვალდებულება განუმარტოს კანდიდატს დასაქმებაზე უარის

თქმის მიზეზი. აღნიშნულ ნორმათა გათვალისწინებით, შეიძლება გაჩნდეს იმის განცდა, რომ ალგორითმის მიერ მიღებული გადაწყვეტილების შემთხვევაში ვაკანსიით დაინტერესებული პირები უკეთეს მდგომარეობაში აღმოჩნდებიან ინფორმაციის მიწოდების კუთხით, ვიდრე ჩვეულებრივი გადაწყვეტილების მიღების დროს, თუმცა ეს ასე არ არის. ხელოვნური ინტელექტის მიერ მიღებული გადაწყვეტილების ლოგიკის განმარტებაში იგულისხმება არა იმ ინფორმაციის განმარტების ვალდებულება თუ რატომ ეთქვა კანდიდატს დასაქმებაზე უარი, არამედ ის თუ ზოგადად როგორ მუშაობს პროგრამა და როგორ იღებს გადაწყვეტილებას.³¹ დასაქმებაზე უარის თქმის კონკრეტული მიზეზის განმარტების ვალდებულება ამ შემთხვევაშიც არ უნდა იქნას სავალდებულოდ მიჩნეული. მაგალითად, თუ კანდიდატი ხელოვნურმა ინტელექტმა დაინუნა გამოცდილების ნაკლებობის გამო, დამსაქმებელს არ აქვს უშუალოდ ამ მიზეზის მითითების ვალდებულება, თუმცა მოთხოვნის შემთხვევაში, იგი ვალდებულია განუმარტოს კანდიდატს ის ლოგიკა, რომლითაც ალგორითმი მივიდა ასეთ გადაწყვეტილებამდე. მაგალითად, რას აფასებდა საუკეთესო კანდიდატების შესარჩევად. იქნებოდა ეს განათლება, სამუშაო გამოცდილება, საერთაშორისო პროექტებში მონაწილეობის გამოცდილება თუ სხვა.

2. ხელოვნური ინტელექტის მიერ განხორციელებული პირდაპირი და არაპირდაპირი დისკრიმინაციის დადგენის თავისებურებები

ცალსახად, საკმარისი ინფორმაციის ფლობა მნიშვნელოვანია, რათა მოსარჩელემ მიმართოს სასამართლოს ქმედების დისკრიმინაციულად აღიარებისთვის, რის შემდგომაც მოსამართლემ უნდა განსაზღვროს პირდაპირი ან არაპირდაპირი დისკრიმინაციის არსებობის საკითხი.

ევროკავშირის კანონმდებლობის მიხედვით, პირდაპირი დისკრიმინაცია არსებობს მაშინ,

³⁰ პერსონალურ მონაცემთა დაცვის სამსახური, რეკომენდაციები ავტომატიზირებული ინდივიდუალური გადაწყვეტილების მიღებასთან დაკავშირებული უფლებებისა და პროფაილინგის შესახებ, 27.02.2024, 10-11.

³¹ Dun & Bradstreet Austria, CJEU, Case C-203/22. აღნიშნული საქმის თანახმად, მიღებული გადაწყვეტილების ლოგიკის განმარტებაში იგულისხმება მხოლოდ კონკრეტული პროცედურებისა და პრინციპების ახსნა, რითაც მოხდა ავტომატური გადაწყვეტილების მიღება.

როდესაც კონკრეტულ პირს ნაკლებად კეთილგანწყობით ექცევიან მსგავს სიტუაციაში მყოფ სხვა პირებთან შედარებით აკრძალული ნიშნის საფუძველზე.³² შესაბამისად, პირდაპირი დისკრიმინაცია აქცენტს აკეთებს სხვადასხვა ჯგუფის წევრებს შორის არახელსაყრელ და დიფერენცირებულ მოპყრობაზე, რომელიც ხდება აკრძალულ ნიშანზე მითითებით.³³ ამასთანავე, გასათვალისწინებელია ისიც, რომ პირდაპირი დისკრიმინაციის დადგენის დროს ევროკავშირის სამართლისათვის არანაირი მნიშვნელობა არ აქვს განზრახვის არსებობას,³⁴ აშშ-ის სამართლის სისტემისგან განსხვავებით.³⁵ ეს კი გულისხმობს იმას, რომ ალგორითმის მეშვეობით განხორციელებული პირდაპირი დისკრიმინაციის დადგენისათვის არ არის აუცილებელი დამსაქმებელს ან პროგრამის შემქმნელს განზრახ ჰქონდეს ალგორითმში მითითებული დისკრიმინაციული ინფორმაცია. ასეთი ინფორმაციის მითითების შემთხვევაში ადგილი ექნება ფარულ, პირდაპირ დისკრიმინაციას.³⁶ მაგალითად, როდესაც დამსაქმებელს არ სურს შეზღუდული შესაძლებლობის მქონე პირთა დასაქმება, მას განზრახ შეუძლია მიუთითოს ხელოვნურ ინტელექტს, რომ ასეთი პირები ნაკლები ქულით შეფასდეს, თუმცა იმ შემთხვევაში როდესაც დამსაქმებლის ან პროგრამის შემქმნელის მხრიდან განზრახ არ ხდება დისკრიმინაციული ინფორმაციის მითითება, არამედ დისკრიმინაციული მონაცემები მასში შემთხვევით არის შეყვანილი, ასეთ დროს, მიუხედავად განზრახვის არ არსებობისა, ხელოვნური ინტელექტის მიერ განხორციელებული ქმედება პირდაპირ დისკრიმინაციად უნდა იყოს შეფასებული, ვინაიდან ხელოვნურმა ინტელექტმა კონკრეტული ჯგუფის წარმომადგენელთა განსხვავება აკრძალული ნიშნის საფუძველზე მოახდინა.³⁷

რაც შეეხება არაპირდაპირ დისკრიმინაციას, ევროკავშირის სამართლის მიხედვით იგი მიჩნეულია ისეთ სიტუაციებად, როდესაც ერთი შეხედვით ნეიტრალური დებულება, კრიტერიუმი ან პრაქტიკა კონკრეტულ პირებს სხვა პირებთან შედარებით განსაკუთრებით არახელსაყრელ მდგომარეობაში აყენებს, რასაც სამართლებრივად არანაირი გამართლება არ მოეძებნება.³⁸ ასეთ დროს, თავად მიღებული შედეგი განსაზღვრავს კონკრეტული ჯგუფის წევრების მიმართ არასათანადო, დისკრიმინაციულ მოპყრობას.³⁹ შესაბამისად, არაპირდაპირი დისკრიმინაციის შემთხვევაში ყურადღება გადადის კონკრეტული აკრძალული ნიშნის საფუძველზე განხორციელებული დისკრიმინაციიდან, უშუალოდ დისკრიმინაციულ შედეგზე, რაც იმას ნიშნავს, რომ თავად აკრძალული ნიშნის არსებობიდან გამომდინარე კი არ ხდება დისკრიმინაცია, არამედ მის მიერ მიღებულ გადაწყვეტილებას აქვს დისკრიმინაციული ეფექტი კონკრეტული ჯგუფის წევრებისათვის.⁴⁰ შესაბამისად, აქცენტი მთლიანად დისკრიმინაციულ შედეგზე კეთდება.

მაგალითად, თუ ალგორითმში შეყვანილია მონაცემები კომპანიის დასაქმების პრაქტიკის შესახებ, რომლის მიხედვითაც კონკრეტული რასის წარმომადგენელ ადამიანებს დამსაქმებელი სამსახურში არ იღებდა, ან იქ მომუშავე

³² Gerards, Xenidis, *Algorithmic Discrimination in Europe: Challenges and opportunities for gender equality and non-discrimination law*, Brussels, 2020, 67.

³³ იქვე, 67.

³⁴ იქვე, 67.

³⁵ Title VII federal civil rights act of 1964 cf. 42 U.S.C § 2000e, ამერიკის შეერთებულ შტატებში მოტივისა და განზრახვის არსებობა არის განსხვავებული მოპყრობის (პირდაპირი დისკრიმინაციის) მთავარი განმასხვავებელი, განსხვავებული გავლენისაგან (არაპირდაპირი დისკრიმინაციისგან). დეტ. იხ. Taramundi, *Discrimination by Machine-Based Decisions: Inputs and Limits of Antidiscrimination law*, Custers/Fosch-Villaronga/T.M.C.

Asser Press, *Law and Artificial Intelligence Regulating AI and Applying AI in Legal Practice*, 2022, 77.

³⁶ Gerards, Xenidis, *Algorithmic discrimination in Europe: Challenges and opportunities for gender equality and non-discrimination law*, Brussels, 2020, 70.

³⁷ თოდრია, დისკრიმინაციის სახეები, ბაქაქუჩი/თოდრია/შველიძე, საქართველოს შრომის სამართალი და საერთაშორისო შრომის სტანდარტები, 2017, 125.

³⁸ Gerards, Xenidis, *Algorithmic discrimination in Europe: Challenges and opportunities for gender equality and non-discrimination law*, Brussels, 2020, 70.

³⁹ იქვე, 70.

⁴⁰ იქვე, 70.

სხვადასხვა რასის წარმომადგენლებს განსხვავებული შეფასება ეწერებოდათ, როდესაც საქმე ეხებოდა მათი დანიშნულების ან ხელფასის გაზრდის საკითხს, ასეთ ქმედებათა კვალიფიკაცია შესაძლებელია როგორც რასობრივი ნიშნით განხორციელებული პირდაპირი დისკრიმინაცია. თუმცა, თუ მაგალითი შეიცვლებოდა და ალგორითმში დამსაქმებელს მითითებული ექნებოდა ინფორმაცია იმის შესახებ, რომ მას აერჩია საუკეთესო კანდიდატები, რომლის განსასაზღვრავად ერთ-ერთ კრიტერიუმად ადამიანის სანდომიანი გარეგნობა იქნებოდა მითითებული, რასაც შედეგად მოჰყვებოდა კონკრეტული რასის წარმომადგენელ პირთა უკანონო გადარჩევა, ცხადია, ასეთი ნეიტრალური დებულებით, ქმედების კვალიფიცირება შესაძლებელი იქნებოდა როგორც არაპირდაპირი დისკრიმინაცია.

მიუხედავად ამგვარი კლასიფიკაციისა, ხელოვნური ინტელექტის მიერ განხორციელებული დისკრიმინაცია ძირითადად დაკავშირებულია არაპირდაპირ დისკრიმინაციასთან, ვინაიდან თუ ალგორითმში განზრახ არ იქნება შეყვანილი დისკრიმინაციული მონაცემები, რომელთა გაცნობის შესაძლებლობაც იარსებებს, მოსამართლეს გაუჭირდება ქმედების პირდაპირ დისკრიმინაციად კვალიფიცირება.⁴¹ როდესაც ხელოვნური ინტელექტი იღებს გადაწყვეტილებას ძნელად დასამტკიცებელია, რომ მის მიერ განხორციელებული ოპერაციები მიმართული იყო კონკრეტული ნიშნის მქონე კანდიდატების დისკრიმინაციისკენ, მით უმეტეს, იმის გათვალისწინებით, რომ ალგორითმი უამრავ ოპერაციას ასრულებს საბოლოო გადაწყვეტილების მიღებამდე, რომლის ფუნქციონირების გარკვევა არა თუ მოსამართლეებისთვის, ზო-

გჯერ თავად ექსპერტებისთვისაც კი შეუძლებელია.⁴² ამასთანავე, არსებობს „შავი ყუთის“ შემთხვევაც, როდესაც ვერ ხდება ალგორითმის მუშაობის სტრუქტურისა და მიღებული გადაწყვეტილების ლოგიკის ახსნა, ალგორითმის სირთულიდან ან პროგრამის შემქმნელის უარიდან გამომდინარე გაამხილოს ინფორმაცია პროგრამის მუშაობის შესახებ.⁴³ გასათვალისწინებელია ის ფაქტიც, რომ ხელოვნური ინტელექტის გააჩნია თვითგანვითარების უნარი, რაც გულისხმობს დამოუკიდებლად გადანყვეტილების მიღების შესაძლებლობას ყოველგვარი გარე ჩარევის გარეშე.⁴⁴ ასეთ პირობებში, პირდაპირი დისკრიმინაციის დადგენა თითქმის წარმოუდგენელია, ვინაიდან სასამართლოში უნდა დამტკიცდეს ფაქტი იმის შესახებ, რომ ხელოვნურმა ინტელექტმა გამოიყენა კონკრეტული აკრძალული ნიშანი, ამ ნიშნის მქონე ჯგუფის წევრების დისკრიმინაციისთვის, მაშინ როდესაც არ არსებობს ინფორმაცია პროგრამის მუშაობის სტრუქტურის, მასში ჩადებული მონაცემებისა და ხელოვნური ინტელექტის გავლილი გზების შესახებ, რომელიც მას დასჭირდა გადაწყვეტილების მისაღებად.

ხელოვნური ინტელექტის მიერ განხორციელებული ქმედების არაპირდაპირ დისკრიმინაციად კვალიფიკაციის შემთხვევაში მოცემულობა იცვლება. ამ დროს, მთელი ყურადღება გადადის იმ კონკრეტული გადაწყვეტილების შედეგზე, რომელსაც დისკრიმინაციული ეფექტი ჰქონდა რომელიმე ჯგუფის წევრისთვის.⁴⁵ აღნიშნული იძლევა უპირატესობას, რადგან ასეთ შემთხვევაში აღარ აქვს მნიშვნელობა იმის განსაზღვრას, თუ როგორ მივიდა ხელოვნური ინტელექტი დისკრიმინაციულ გადაწყვეტილე-

⁴¹ Taramundi, *Discrimination by Machine-Based Decisions: Inputs and Limits of Antidiscrimination law*, Custers/Fosch-Villaronga/T.M.C. Asser Press, *Law and Artificial Intelligence Regulating AI and Applying AI in Legal Practice*, 2022, 77.

⁴² იქვე, 76.

⁴³ Berktaş, Feyzoglu, *Regulating AI against Discrimination: Law in the Age of Artificial Intelligence*, Kılıç/ Kahyaoglu, *Algorithmic Discrimination and Ethical Perspective of Artificial Intelligence*, 2023, 60.

⁴⁴ Shein, *Self-Improving AI Agents: Redefining Data Analysis Through Autonomous Evolution*, 27.05.2025, ბოლოს შემოწმდა 05.09.2025.

<https://powerdrill.ai/blog/self-improving-ai-agents-redefining-data-analysis>

⁴⁵ Gerards, Xenidis, *Algorithmic discrimination in Europe: Challenges and opportunities for gender equality and non-discrimination law*, Brussels, 2020, 70-71.

ბამდე და რა ტიპის ინფორმაცია დაედო მას საფუძვლად.⁴⁶ ეს ყოველივე კი იძლევა იმის საშუალებას, რომ შრომით ურთიერთობებში ალგორითმული დისკრიმინაციის დადგენისას დაძლეულ იქნას „შავი ყუთის“ პრობლემური საკითხი, საკმარისი ინფორმაციის არ არსებობის შესახებ.⁴⁷ შესაბამისად, ქმედების არაპირდაპირ დისკრიმინაციად კვალიფიკაციის შემთხვევაში აქცენტი კეთდება არა კონკრეტული ნიშნის საფუძველზე განხორციელებულ დისკრიმინაციაზე და მასთან მისვლის გზებზე, არამედ უშუალოდ დისკრიმინაციულ შედეგზე, რომელმაც კონკრეტული ჯგუფის წევრებს ზიანი მოუტანა.

მაგალითად, ვერ ხდება იმის დამტკიცება, რომ ალგორითმმა ასაკის ნიშნით მოახდინა დასაქმებულთა დისკრიმინაცია მაშინ, როდესაც პრემიები გამოუყო კომპანიაში დასაქმებულ ყველა თანამშრომელს გარდა 50 წელს გადაცილებული თანამშრომლებისა. ასეთ შემთხვევაში შესაძლებელია ალგორითმმა უამრავი კრიტერიუმი შეაფასა გადანყვეტილების მიღებამდე, თუმცა როდესაც ვერ დგინდება ფაქტი იმის შესახებ, თუ ალგორითმმა რამდენად გამოიყენა ასაკი დასაქმებულთა შესაფასებლად, ცხადია, ასეთ პირობებში პირდაპირი დისკრიმინაცია ვერ დადგინდება. თუმცა რადგანაც მიღებული გადანყვეტილება 50 წელს გადაცილებული დასაქმებული პირებისათვის უარყოფითი შედეგის მომტანია, შესაძლებელია არაპირდაპირი დისკრიმინაციის დადგენა, თუ დამსაქმებელი ვერ დაამტკიცებს მიღებული გადანყვეტილების მართებულობას.

3. სასამართლოში ხელოვნური ინტელექტის მიერ განხორციელებული არაპირდაპირი დისკრიმინაციის დადგენის თავისებურებები

რადგან უკვე ითქვა, რომ ხელოვნური ინტელექტის მიერ განხორციელებული დისკრიმინა-

ციის დასადგენად არაპირდაპირი დისკრიმინაციის დადგენის მოთხოვნა ბევრად უფრო პრაქტიკული და შედეგზე ორიენტირებულია, ინტერესს იწვევს ის საკითხი, თუ პროცესუალურად როგორ ხდება ხელოვნური ინტელექტის მიერ განხორციელებული არაპირდაპირი დისკრიმინაციის დადგენა სასამართლოში, აშშ-ის, ევროკავშირისა და ქართული კანონმდებლობის მიხედვით.

აშშ-ში ალგორითმული დისკრიმინაციის დადგენა განსაკუთრებით რთულია და დიდ გამოწვევებთან არის დაკავშირებული. იმისათვის, რომ ამერიკის შეერთებული შტატების სასამართლოში ხელოვნური ინტელექტის მიერ განხორციელებული არაპირდაპირი დისკრიმინაცია დადგინდეს, მოსარჩელემ უპირველეს ყოვლისა უნდა გაიაროს სარჩელის დასაშვებობის ეტაპი.⁴⁸ დასაშვებობის ეტაპზე უნდა დადგინდეს დაცულ ჯგუფებზე პროგრამის მიერ მიღებული გადანყვეტილების უარყოფითი გავლენა რაც, თავის მხრივ, გარკვეულ კრიტერიუმებს მოიცავს.⁴⁹

1. მოსარჩელემ უნდა განსაზღვროს მის მიმართ გამოყენებული ნეიტრალური დებულება, პრაქტიკა ან პოლიტიკა.⁵⁰ ზოგადად, ნეიტრალური კრიტერიუმის განსაზღვრა არ უნდა წარმოადგენდეს რაიმე სირთულეს, რადგან ძირითად შემთხვევაში მოსარჩელებს ყოველთვის აქვთ ამის შესახებ ინფორმაცია.⁵¹ თუმცა სიტუაცია რადიკალურად იცვლება ხელოვნური ინტელექტის მიერ განხორციელებული დისკრიმინაციის შემთხვევაში, რადგან ასეთ დროს ინფორმაციის ნაკლებობიდან ან არარსებობიდან გამომდინარე, თითქმის წარმოუდგენელია, მოსარჩელის მხრიდან, სარჩელის აღძვრის საწყის ეტაპზევე, კონკრეტულად იმ ნეიტრალური კრიტერიუმის, დებულების ან პრაქტიკის განსაზღვრა, რომელიც გამოიყენა ხელოვნურმა

⁴⁶ იქვე, 71.

⁴⁷ იქვე, 74.

⁴⁸ Twomey, Labour & Employment Law Texts And Cases, Ohio, 2009, 463-466.

⁴⁹ Calderon, Unintentional Algorithmic Discrimination: How Artificial Intelligence Undermines Disparate Impact Jurisprudence, 4 Duke Law & Technology Review, 2024, 38.

⁵⁰ 42 U.S. Code § 2000e-2 - Unlawful employment practices (k)(1)(B)(i)

⁵¹ Calderon, Unintentional Algorithmic Discrimination: How Artificial Intelligence Undermines Disparate Impact Jurisprudence, 4 Duke Law & Technology Review, 2024, 38.

ინტელექტმა გადაწყვეტილების მისაღებად, მაშინ როდესაც ამის შესახებ ინფორმაცია არა თუ მოსარჩელეს, არამედ თავად დასაქმებულსაც კი შეიძლება არ გააჩნდეს.

2. მოსარჩელემ უნდა მიუთითოს იმ ზიანის შესახებ, რომელიც მას მიაღება, რაც იმას გულისხმობს, რომ ზიანი შედეგობრივად უნდა არსებობდეს.⁵² მაგალითად, ვაკანსიით დაინტერესებული პირი არ აიყვანეს სამსახურში, რის გამოც ვერ მიიღო შემოსავალი, დასაქმებული პირი გაათავისუფლეს სამსახურიდან, რის გამოც დაკარგა ხელფასი, უარი უთხრეს მისთვის პრემიის მინიჭებაზე და სხვა.

3. შემდეგ, მას უნევს იმის განსაზღვრა, თუ მიღებული გადაწყვეტილებით რატომ არის იგი უთანასწორო მდგომარეობაში ჩაყენებული.⁵³ ასეთ დროს, მოსარჩელემ უნდა მიუთითოს სხვა ჯგუფის წარმომადგენელ პირებზე, რომლებთან შედარებით მას უთანასწოროდ მოეპყრნენ.⁵⁴ მაგალითად, კონკრეტულ ნელს დასაქმებულმა არ მისცა შვებულებით სარგებლობის უფლება ქალბატონებს, მაშინ როდესაც კომპანიაში დასაქმებულმა მამაკაცებმა აღნიშნული უფლებით ისარგებლეს. მოსარჩელეს ასევე შეუძლია გამოიყენოს სტატისტიკური მონაცემებიც კონკრეტული ნიშნით დასაქმებული ადამიანების განსაზღვრად. მაგალითად, თუ კომპანიის მიერ გამოქვეყნებული სტატისტიკის მიხედვით დასაქმებულთა 80 პროცენტს ქალბატონები წარმოადგენენ, ცხადია მამაკაცების დასაქმებაზე უარის თქმის შემთხვევაში, მათ შეუძლიათ სასამართლოში წარმოადგინონ აღნიშნული სტატისტიკა უთანასწორო მდგომარეობის წარმოსაჩენად.

4. დასაშვებობის ბოლო ეტაპზე კი მოსარჩელემ უნდა მიუთითოს მიზეზობრივი კავშირის შესახებ ხელოვნური ინტელექტის ქმედებასა და დამდგარ დისკრიმინაციულ შედეგს შორის.⁵⁵ ეს

ყველაზე დიდ პრობლემას წარმოადგენს, რადგან ხელოვნური ინტელექტის მიერ მიღებული გადაწყვეტილების შემთხვევაში, ნაკლებად სავარაუდოა, რომ მოსარჩელემ იცოდეს ამ პროგრამის მუშაობის სტრუქტურისა თუ ლოგიკის შესახებ, მაშინ როდესაც მის მიმართ არსებობს მოთხოვნა ნეიტრალური კრიტერიუმისა თუ პრაქტიკის ზუსტად განსაზღვრის თაობაზე, რომელიც საფუძველად დაედო დისკრიმინაციულ გადაწყვეტილებას. შესაძლებელია მთავარ სხდომაზე მოსამართლემ მოსთხოვოს მოპასუხეს წარმოადგინოს ხელოვნური ინტელექტის მუშაობის შესახებ ინფორმაცია და მითითებული ინფორმაციის საფუძველზე პირდაპირ განისაზღვროს მიზეზობრივი კავშირი ქმედებასა და დამდგარ შედეგს შორის, თუმცა, მაშინ როდესაც ალგორითმის მუშაობის თაობაზე არანაირი ინფორმაცია არ მოიპოვება, რთულად წარმოსადგენია, მოსარჩელემ პროცესის საწყის ეტაპზევე შეძლოს მიზეზობრივი კავშირის დამტკიცება, რაც აუცილებელია სარჩელის დასაშვებად ცნობისთვის და მოპასუხისთვის მტკიცების ტვირთის შესაბრუნებლად.⁵⁶

ევროკავშირის შემთხვევაში სიტუაცია განსხვავებულია და მონესრიგებული. ევროკავშირის დირექტივის მიხედვით არაპირდაპირი დისკრიმინაციის შესახებ სასამართლოში სარჩელის შეტანისას, მოსარჩელეს არ აქვს ვალდებულება მიუთითოს ნეიტრალური პრაქტიკა, დებულება თუ კრიტერიუმი, რათა მოსამართლემ დასაშვებად ცნოს სარჩელი და მტკიცების ტვირთი გადაიტანოს მოპასუხეზე.⁵⁷ ამისათვის საკმარისია იმ კონკრეტული ფაქტების მითითება, რომლითაც აშკარად ჩანს მოსარჩელის მიმართ განსხვავებული მოპყრობა, რომელიც გამყარებული იქნება კონკრეტული მტკიცებულებით.⁵⁸ მტკიცებულება უნდა ამყარებდეს დისკრიმინაციის ფაქტს, მხოლოდ დისკრიმინაციის არსებობის მითითება არ იქნება საკმარისი არც

⁵² 42 U.S. Code § 2000e-2 - Unlawful employment practices (k)(1)(B)(i)

⁵³ Calderon, Unintentional Algorithmic Discrimination: How Artificial Intelligence Undermines Disparate Impact Jurisprudence, 4 Duke Law & Technology Review, 2024, 38.

⁵⁴ იქვე 38.

⁵⁵ 42 U.S. Code § 2000e-2 - Unlawful employment practices (k)(1)(A)(i)

⁵⁶ Texas Department of Housing and Community Affairs v. Inclusive Communities Project, Inc. The U.S. Supreme Court. 25.06.2015. თავი 20, აზ 3. <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/576/13-1371/case.pdf>

⁵⁷ Directive 2000/43/EC, Article 8(1):

⁵⁸ Council Directive 2000/78/EC

ევროკავშირის სამართლისათვის მტკიცების ტვირთის შესაბრუნებლად.⁵⁹ თუმცა რა სახის მტკიცებულება შეიძლება იყოს საკმარისი, ევროკავშირის ანტიდისკრიმინაციულ კანონმდებლობაში ჩამონათვალი ზუსტად არ არის განსაზღვრული. ევროკავშირს აქვს შემუშავებული რეკომენდაცია, რომელიც პირდაპირ მოითხოვს ალგორითმული დისკრიმინაციის შემთხვევაში მტკიცების ტვირთის შებრუნება მოხდეს გამარტივებულად, მტკიცებულებათა წარდგენის სირთულიდან გამომდინარე.⁶⁰ მაგალითად, თუ მოსარჩელე მიუთითებს იმის შესახებ, რომ სამსახურში კანდიდატთა აყვანა მოხდა ხელოვნური ინტელექტის გამოყენებით, რამაც გამოიწვია მისი დისკრიმინაცია, აღნიშნული არ უნდა იქნას საკმარისად მიჩნეული მტკიცების ტვირთის მოპასუხეზე შესაბრუნებლად, თუმცა თუ მოსარჩელე ფაქტის განსამტკიცებლად მოიყვანს სამსახურში აყვანის სტატისტიკურ მონაცემებს, სადაც გამომჩნევა კონკრეტული ნიშნის მქონე პირთა განსხვავებული მოპყრობა, ეს უკვე საკმარისად უნდა ჩაითვალოს მტკიცების ტვირთის დამსაქმებელზე შესაბრუნებლად.⁶¹

მაგრამ, იმ შემთხვევაში თუ სტატისტიკური მონაცემები არ არის საჯარო, ჩნდება კითხვა იმის შესახებ თუ რამდენად შეუძლია მოსარჩელეს მოიპოვოს აღნიშნული ინფორმაცია მოპასუხისგან „*Prima facie Cases*“ დასაძლევად.⁶² ევროპის მართლმსაჯულების სასამართლომ ერთ-ერთ საქმეზე განსაზღვრა, რომ მოპასუხეს არ აქვს ვალდებულება მოსარჩელეს მიაწოდოს მასთან დასაქმებული პირების შესახებ ინფორმაცია, თუმცა აღნიშნული ინფორმაციის მიწოდებაზე უარი სასამართლომ მხედველობაში მიიღო მოსარჩელის მიერ მითითებულ სხვა ფაქტებთან ერთად და საკმარისად მიიჩნია მტკიცების ტვირთის მოპასუხეზე შესაბრუნებლად.⁶³

მტკიცების ტვირთის დამსაქმებელზე შებრუნების შემდეგ მოსარჩელეს არ უნევს ალგორითმის მუშაობის სისტემის გამოკვლევა, ხელოვნური ინტელექტის მიერ მიღებული გადაწყვეტილების ლოგიკის გაგება და ინფორმაციის არ არსებობის პირობებში ნეიტრალური პრაქტიკისა თუ კრიტერიუმის დადგენა, რაც მეტად გაართულებდა ქმედების დისკრიმინაციულად აღიარებას.⁶⁴ ამ დროს თავად მოპასუხეს აქვს ვალდებულება წარადგინოს მის ხელთ არსებული ყველა მტკიცებულება, რომელიც დაადასტურებს ხელოვნური ინტელექტის მიერ მიღებული გადაწყვეტილების მართებულობას, მათ შორის, მასვე მოუწევს პროგრამის მუშაობის სტრუქტურისა და მიღებული გადაწყვეტილების დასაბუთების წარმოდგენა, რაც „შავი ყუთის“ პრობლემის არსებობის პირობებში თითქმის წარმოუდგენელია.⁶⁵ აღნიშნულ მტკიცებულებათა წარმოუდგენლობის შემთხვევაში კი მოსამართლეს შეეძლება არაპირდაპირი დისკრიმინაციის დადგენა.

საქართველოს შრომის კოდექსის მე-7 მუხლი ევროკავშირის მსგავსად მოითხოვს ფაქტების მითითების ვალდებულებას, რომელიც სასამართლოსთვის შექმნის მოსარჩელის მიმართ დისკრიმინაციის განხორციელების ვარაუდს. საქართველოს უზენაესი სასამართლოს პრაქტიკის გათვალისწინებით, მოსამართლეები მოითხოვენ შრომითი დისკრიმინაციის საქმეებზე მტკიცებულებათა წარდგენას მტკიცების ტვირთის მოპასუხეზე შესაბრუნებლად.⁶⁶ ზოგადად, დისკრიმინაციულ საქმეებზე მოსარჩელეთა მხრიდან მტკიცებულებათა წარდგენა დიდ პრობლემებთან არის დაკავშირებული, ვინაიდან ასეთი მტკიცებულებები ან არ არსებობს ანდაც მოპასუხის ხელთაა. ასეთ შემთხვევებში რთულია სარჩელში მითითებული ფაქტების

⁵⁹ Gerards, Xenidis, Algorithmic discrimination in Europe: Challenges and opportunities for gender equality and non-discrimination law, Brussels, 2020, 66, 75.

⁶⁰ Directive of the European Parliament and of the Council on adapting non-contractual civil liability rules to artificial intelligence (AI Liability Directive), 2022/0303(COD)

⁶¹ Council Directive 2000/43/EC, Article 8.

⁶² Council Directive 2000/78/EC, Article 10.

⁶³ C-415/10 – Meister, CJEU, 19.04.2012.

⁶⁴ Gerards, Xenidis, Algorithmic discrimination in Europe: Challenges and opportunities for gender equality and non-discrimination law, Brussels, 2020, 73.

⁶⁵ იქვე, 73.

⁶⁶ სუსგ №აპ-1599-2023, 2024 წლის 26 იანვარი. სუსგ №ბს-511(კ-22), 2023 წლის 7 ივნისი.

მტკიცებულებებით გამყარება, მით უმეტეს, მაშინ როდესაც საქმე ალგორითმულ დისკრიმინაციას ეხება. მოსამართლეებმა უნდა გაითვალისწინონ ამგვარი ტიპის დავისას მოსარჩელის მხრიდან მტკიცებულებათა წარდგენის სირთულეები და მათ უნდა გაამარტივონ სამართალწარმოება, რაც პირველ რიგში, მოსარჩელების მტკიცებულებათა წარდგენისაგან გათავისუფლებას ან მტკიცებულებათა წარდგენის დაბალი სტანდარტის დაწესებას გულისხმობს.

შრომით ურთიერთობებში, ხელოვნური ინტელექტის მიერ განხორციელებული დისკრიმინაციის დადგენის სამართალწარმოების დროს მოსამართლემ უნდა გაითვალისწინოს რამდენიმე ფაქტორი.

პირველ ფაქტორს წარმოადგენს „პერსონალურ მონაცემთა დაცვის შესახებ“ საქართველოს კანონის, მე-3 მუხლის „ო“ ქვეპუნქტიდან გამომდინარე, ხელოვნური ინტელექტის გამოყენებაზე დამსაქმებლის პასუხისმგებელ პირად განსაზღვრა. მოსამართლეს უნდა ესმოდეს ამგვარი ტექნოლოგიის გამოყენების შემთხვევაში ის შესაძლო რისკები, რაც პოტენციურად შეიძლება განხორციელდეს და დაარღვიოს ევროპული კონვენციით გათვალისწინებული ადამიანის ძირითადი უფლებები, რომელთა შორისაა დისკრიმინაციისგან დაცვის უფლება. ევროკავშირმა მიიღო დირექტივა, რომლითაც მაღალი რისკის შემცველ სისტემად იქნა მიჩნეული ისეთი ხელოვნური ინტელექტი, რომლის მიერ მიღებულმა გადაწყვეტილებამ შესაძლოა გავლენა მოახდინოს ადამიანის ფუნდამენტურ უფლებებზე.⁶⁷ მაღალი რისკი, თავის მხრივ, გულისხმობს მისი გამოყენების შემთხვევაში ადამიანის უფლებების, მათ შორის, თანასწორობის უფლების დარღვევის მაღალ ალბათობას.⁶⁸ შესაბამისად, მოსამართლემ ეს ფაქტორი საქმის სანყის ეტაპზევე უნდა მიიღოს მხედველობაში.

მეორე ფაქტორს წარმოადგენს ხელოვნური ინტელექტის მიერ განხორციელებული დისკრიმინაციის შემთხვევაში მტკიცებულებათა წარდგენის სირთულე. მოსარჩელისთვის ალგორითმის მუშაობის შესახებ ზუსტი ინფორმაცია უცნობია, მიუხედავად იმისა, რომ მას შეიძლება განემარტოს სისტემის ზოგადი მუშაობის ლოგიკა „პერსონალურ მონაცემთა დაცვის შესახებ“ საქართველოს კანონის მე-13 მუხლის „ზ“-ქვეპუნქტიდან გამომდინარე. ზოგიერთ შემთხვევაში თავად დამსაქმებელმაც არ იცის ალგორითმის მუშაობის სტრუქტურა, თუ როგორ მივიდა იგი კონკრეტულ გადაწყვეტილებამდე.⁶⁹ ამასთანავე, გასათვალისწინებელია ისიც, რომ ვაკანსიით დაინტერესებულ პირს დიდი ალბათობით არ ექნება ინფორმაცია მის ნაცვლად სამსახურში აყვანილი პირის შესახებ, ხოლო დასაქმებულს არ ექნება ინფორმაცია სხვა დასაქმებულთა ანაზღაურების გაზრდის ან მინიჭებული უპირატესობის შესახებ, პერსონალური მონაცემების კონფიდენციალობიდან გამომდინარე, რაც გათვალისწინებულია საქართველოს ზოგადი ადმინისტრაციული კოდექსის მე-2 მუხლის „ზ“-ქვეპუნქტით. ასეთ პირობებში კი განსაკუთრებით რთულდება მოსარჩელის მხრიდან ფაქტების გასამყარებლად მტკიცებულებათა წარდგენა, რასაც ითხოვს საქართველოს უზენაესი სასამართლო მტკიცების ტვირთის მოპასუხეზე გადასატანად⁷⁰, ხოლო მოპასუხის მხრიდან საკმარისი მტკიცებულებათა წარმოუდგენლობის შემთხვევაში კი დისკრიმინაციის დასადგენად.

საქართველოს შრომის კოდექსის მე-5 მუხლის თანახმად, მოსამართლეს აქვს შესაძლებლობა შრომითი ურთიერთობის ყველა ეტაპზე დაადგინოს დისკრიმინაცია და მიიღოს ზომები მის აღმოსაფხვრელად. შრომის კოდექსის დაცვის მთავარ სუბიექტად კი დასაქმებულია მიჩნეული.⁷¹ ეს ყოველივე აჩვენებს იმას, თუ რა-

⁶⁷ Regulation - EU - 2024/1689.

⁶⁸ იქვე.

⁶⁹ Berktaş, Feyzoglu, Regulating AI against Discrimination: Law in the Age of Artificial Intelligence, Kılıç/ Kahyaoglu, Algorithmic Discrimination and Ethical Perspective of Artificial Intelligence, 2023, 60.

⁷⁰ სუსგ №ას-1599-2023, 2024 წლის 26 იანვარი. სუსგ №ბს-511(კ-22), 2023 წლის 7 ივნისი.

⁷¹ შველიძე, შესავალი, ბაქაქუროთოდრია/შველიძე, საქართველოს შრომის სამართალი და საერთაშორისო შრომის სტანდარტები, 2017, 14-15.

მდენად მნიშვნელოვანია დასაქმებულთა და კანდიდატთა დისკრიმინაციისგან დაცვა. სწორედ ამიტომ, მოსამართლეს უნდა ესმოდეს ასეთ საკმეებზე მოსარჩელეთა მხრიდან მტკიცებულების წარმოდგენის სირთულე, რის გამოც მათ არ უნდა მოსთხოვოს იმაზე მეტი მტკიცებულებათა წარდგენა, ვიდრე ობიექტურად არის შესაძლებელი მსგავს პირობებში.

მესამე ფაქტორს წარმოადგენს მოპასუხის თანამშრომლობის საკითხი მოსარჩელესთან და უშუალოდ სასამართლოსთან. მაგალითად, რამდენად მიაწოდა დამსაქმებელმა კონკრეტული ინფორმაცია მოსარჩელეს მის მიმართ ხელოვნური ინტელექტის გამოყენების შესახებ, რომლის ვალდებულებაც „პერსონალურ მონაცემთა დაცვის შესახებ“ საქართველოს კანონის მე-5 მუხლია 1-ლი პუნქტის „ა“-ქვეპუნქტით გააჩნია. ასევე, დასადგენია ამავე კანონის მე-13 მუხლის „ზ“ ქვეპუნქტიდან გამომდინარე, მიაწოდა თუ არა ინფორმაცია იმ ლოგიკის საფუძვლების შესახებ, რომლითაც მოხდა ალგორითმის მიერ გადაწყვეტილების მიღება. ხომ არ თქვა მან უარი იქ დასაქმებული პირების შესახებ ინფორმაციის წარდგენაზე.⁷² მოთხოვნის შემთხვევაში რამდენად განემარტათ კანდიდატებს დასაქმებაზე უარის თქმის მიზეზი, მიუხედავად იმისა, რომ კანონმდებლობა მისი განმარტების ვალდებულებას არ უწესებს დამსაქმებელს.⁷³ ამასთანავე, მოსამართლემ უნდა გაარკვიოს ის ფაქტი, თუ რამდენად უწევდა დამსაქმებელი ზედამხედველობას ხელოვნურ ინტელექტს გადაწყვეტილების მიღების დროს და კონკრეტულად რაში გამოიხატებოდა ეს ზედამხედველობა. ევროპის მართლმსაჯულების სასამართლოში მიმდინარე ერთ-ერთ საკმეზე მოპასუხე მკაცრად მიუთითებდა იმის შესახებ, რომ გადაწყვეტილების მიღების პროცესში ხე-

ლოვნური ინტელექტი მხოლოდ მოსარჩელის შეფასებით შემოიფარგლებოდა, ხოლო საბოლოო გადაწყვეტილება კი თავად მან მიიღო.⁷⁴ აღნიშნული განმარტება ევროპის მართლმსაჯულების სასამართლომ არ გაითვალისწინა და მიუთითა ხელოვნური ინტელექტის მიერ შედგის წინასწარ განსაზღვრულობის შესახებ, რის გამოც დიდი მნიშვნელობა არ მიანიჭა მის მიერ საბოლოო გადაწყვეტილების მიღებას.⁷⁵

ხელოვნური ინტელექტის მიერ განხორციელებული დისკრიმინაციის დროს მტკიცების ტვირთის შებრუნების გამარტივებას დამატებითი მნიშვნელობაც გააჩნია, რადგან ასეთ შემთხვევაში დამსაქმებლები განსაკუთრებულ ყურადღებას გამოიჩინენ ხელოვნური ინტელექტის შერჩევისა და გამოყენების პროცესში. ისინი წინასწარ შეამოწმებენ ალგორითმში შეტანილ ინფორმაციას, რათა არ გამოეპაროთ მასში მითითებული დისკრიმინაციული პრაქტიკა. დამსაქმებლისთვის იმის ცოდნა, რომ მასვე მოუწევს სასამართლოში ალგორითმის მიერ მიღებული გადაწყვეტილების მართებულობის დასაბუთება არის ერთგვარი გარანტია იმისა, რომ იგი დეტალურად გამოიკვლევს ხელოვნურ ინტელექტს და დარწმუნდება ალგორითმის გამართულად მუშაობაში. მოსალოდნელია, რომ დამსაქმებელი ასეთ პირობებში გამოიჩინს წინდახედულობას, რის გამოც მან შესაძლოა აუდიტიც კი ჩაუტაროს პროგრამას მის გამოყენებამდე, რათა შემდგომ გაუმარტივდეს სასამართლო პროცესზე ხელოვნური ინტელექტის მიერ მიღებული გადაწყვეტილების მართებულობის დასაბუთება.⁷⁶ ეს ყოველივე კი, უზრუნველყოფს შრომით ურთიერთობებში ხელოვნური ინტელექტის გამოყენებით დისკრიმინაციული პრაქტიკის შემცირებას.

⁷² საკმეზე C-415/10 – Meister, ECJ-იმ დასაქმებულთა შესახებ ინფორმაციის მიუწოდებლობა ჩათვალა უმნიშვნელოვანეს მტკიცებულებად, დამსაქმებლისთვის მტკიცების ტვირთის შესაბრუნებლად.

⁷³ იქვე.

⁷⁴ C-634/21 - SCHUFA Holding (Scoring), CJEU, 7.12.2023.

⁷⁵ იქვე.

⁷⁶ Lutz, Revisiting gender based discrimination in the algorithmic age, Briere/Crespy, Inequality And The European Union, Brussels, 2024, 31.

III. ხელოვნური ინტელექტის მიერ შრომით ურთიერთობებში განხორციელებულ დისკრიმინაციულ ქმედებაზე პასუხისმგებლობის დაკისრების საკითხის განსაზღვრა

როდესაც შრომით ურთიერთობაში დისკრიმინაცია წარმოიშობა ამ დროს აუცილებელია მოსამართლის მიერ დისკრიმინაციის ჩამდენ პირთა პასუხისმგებლობის დადგენა. შრომით ურთიერთობებში ხელოვნური ინტელექტის მიერ დისკრიმინაციული ქმედების განხორციელებისას უნდა დადგინდეს თუ რამდენად შეიძლება პასუხისმგებლობის დაკისრება დამსაქმებლისთვის ან თავად პროგრამის შემქმნელი პირისათვის.

1. დამსაქმებლის პასუხისმგებლობა

დამსაქმებლის პასუხისმგებლობის დადგენა დიდ პრობლემას არ უნდა წარმოადგენდეს იმ შემთხვევაში, როდესაც იგი განზრახ ახორციელებს დასაქმებულის ან კანდიდატის დისკრიმინაციას, თუმცა მოცემულობა იცვლება მაშინ, როდესაც ალგორითმი დისკრიმინაციულ გადაწყვეტას ახორციელებს დამსაქმებლისგან დამოუკიდებლად, პროგრამის შემქმნელის ბრალეულობით ან თავად პროგრამის თვითგანვითარების უნარიდან გამომდინარე.⁷⁷ არც ის არის გამორიცხული, რომ „შავი ყუთის“ შემთხვევასთანაც გვექნება საქმე, რის გამოც ვერ დადგინდეს დისკრიმინაციის განხორციელების მიზეზი, შესაბამისად დამსაქმებლის ან პროგრამის შემქმნელის ბრალეულობა.⁷⁸

როდესაც სასამართლოში შედის სარჩელი შრომით დისკრიმინაციულ დავასთან დაკავშირებით, მოსარჩელის პირველ მოთხოვნას ყოვე-

ლთვის უნდა წარმოადგენდეს ქმედების დისკრიმინაციად აღიარება.⁷⁹ როგორც უკვე აღინიშნა, დისკრიმინაციის დასადგენად მოსამართლეს არ სჭირდება განზრახვის არსებობა.⁸⁰ ამ დროს მას შეუძლია ყურადღება გაამახვილოს შედეგის დისკრიმინაციულ ხასიათზე, რომელიც არათანაბარ მდგომარეობაში აყენებს კონკრეტულ პირს.⁸¹ თუმცა, ქმედების დისკრიმინაციად აღიარება თავის თავში არ გულისხმობს ზიანის ანაზღაურებასაც, აღნიშნულთან დაკავშირებით მოსარჩელემ ცალკე უნდა დააყენოს მოთხოვნა.

ზიანის ანაზღაურების მოთხოვნის დასაკმაყოფილებლად, აუცილებელია დელიქტური პასუხისმგებლობის ნორმათა გამოყენება, რომელიც ზიანის ანაზღაურებისთვის სამოქალაქო კოდექსის 992-ე მუხლის თანახმად, ითხოვს დელიქტისათვის დამახასიათებელ მოთხოვნათა დაკმაყოფილებას, როგორცაა: შედეგი, მართლსაწინააღმდეგო ქმედება, მიზეზობრივი კავშირი და ბრალი.⁸²

შედეგის არსებობის დასადგენად აუცილებელია განისაზღვროს მიყენებული ზიანი. მხოლოდ ის ფაქტი, რომ დისკრიმინაცია ხელოვნური ინტელექტის მიერ განხორციელდა, არ წარმოშობს ზიანის ანაზღაურების ვალდებულებას, რადგან საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის 992-ე მუხლი ითხოვს შედეგად ზიანის არსებობას, რაც გულისხმობს როგორც მატერიალურ ზიანს, როგორცაა მიუღებელი შემოსავლის ანაზღაურება, კომპენსაციის მინიჭება, იძულებითი განაცდურის ანაზღაურება და სხვა.⁸³ ასევე მორალურ ზიანს, რომელშიც იგულისხმება პირის ღირსების შელახვა ანდაც მისი ჯანმრთელობის მდგომარეობის მოშლა.⁸⁴ თუ სახეზე არ იქნება ზიანი, როგორც შედეგი ან თავად მოსარჩელე ვერ დაადასტურებს მის არსე-

⁷⁷ European Commission, Liability for Artificial Intelligence and other emerging digital technologies, 2019, 19.

⁷⁸ Berktaş, Feyzoglu, Regulating AI against Discrimination: Law in the Age of Artificial Intelligence, Kılıç/ Kahyaoglu, Algorithmic Discrimination and Ethical Perspective of Artificial Intelligence, 2023, 60.

⁷⁹ სუსგ №ას1560-2018, 2020 წლის 30 აპრილის.

⁸⁰ Gerards, Xenidis, Algorithmic Discrimination in Europe: Challenges and opportunities for gender equality and non-discrimination law, Brussels, 2020, 67.

⁸¹ იქვე, 67.

⁸² სუსგ №ას-277-2024, 2025 წლის 28 მარტი.

⁸³ შევლიძე, სამოქალაქო მოთხოვნათა ფარგლები შრომით დისკრიმინაციის დავისას, სადოქტორო ნაშრომი, თსუ, თბილისი, 2019, 131-132.

⁸⁴ იქვე, 135.

ბობას, მოსამართლე მოკლებული იქნება შესაძლებლობას დამსაქმებელს დაუდგინოს ზიანის ანაზღაურების ვალდებულება.

მართლსაწინააღმდეგო ქმედების მხრივ, აუცილებელია დამსაქმებელმა დაარღვიოს გარკვეული ნორმები, რომელთა დაცვის ვალდებულება მას კანონით გააჩნია.⁸⁵ რა თქმა უნდა, კანონმდებლობაში არსებული ჩანაწერის დარღვევა შრომით ურთიერთობებში დისკრიმინაციის აკრძალვასთან დაკავშირებით მართლსაწინააღმდეგო ქმედებაა, თუმცა როდესაც ამ ჩანაწერით გათვალისწინებულ ვალდებულებას არღვევს არა უშუალოდ დამსაქმებელი, არამედ ხელოვნური ინტელექტი, საჭირო ხდება დამსაქმებლის მართლსაწინააღმდეგო ქმედების უფრო სიღრმისეული განხილვა. დამსაქმებელს გააჩნია ვალდებულება ავტომატიზირებული მექანიზმის გამოყენებამდე დეტალურად შეამოწმოს იგი, განახორციელოს მასზე ზედამხედველობა, შეამოწმოს მასში შეტანილი მონაცემები და მიიღოს ყველა საჭირო ზომა რაც აუცილებელია სისტემის გამართულად მუშაობისათვის.⁸⁶ შესაბამისად, დამსაქმებლის მართლსაწინააღმდეგო ქმედებად უნდა ჩაითვალოს არა ხელოვნური ინტელექტის მიერ მიღებული გადაწყვეტილება, არამედ გულისხმიერების ვალდებულების დარღვევა, რომლითაც მას ევალებოდა გაეტარებინა ყველა შესაძლო ღონისძიება ალგორითმის მიერ განხორციელებული დისკრიმინაციული ქმედების თავიდან ასაცილებლად, მათ შორის, მიღებულ გადაწყვეტილებაზე ზედამხედველობის განევა.⁸⁷ ასეთ დროს შე-

საძლებელია შეფასდეს ის თუ რამდენად საფუძვლიანად გაუნია დამსაქმებელმა ზედამხედველობა ხელოვნურ ინტელექტს, ჩაუტარა თუ არა აუდიტი ამ პროგრამას მის გამოყენებამდე, რამდენად ლიცენზირებული კომპანიისგან შეიძინა იგი, ჩაატარა თუ არა საცდელი კვლევა მის გამოყენებამდე და სხვა.

რაც შეეხება მიზეზობრივ კავშირს, თუ მოსამართლე შეუდგება მის დადგენას ხელოვნური ინტელექტის მიერ განხორციელებულ ქმედებასა და შედეგს შორის არსებული კავშირით, სავსებით შესაძლებელია, რომ მიზეზობრივი კავშირი ვერასდროს დადგინდეს ალგორითმის სირთულიდან გამომდინარე.⁸⁸ მაგრამ თუ სასამართლოში დაკმაყოფილდება პირველი მოთხოვნა ქმედების დისკრიმინაციულად აღიარებასთან დაკავშირებით, ამ დროს აღარ უნდა იყოს საჭირო ხელოვნური ინტელექტის ქმედებასა და შედეგს შორის მიზეზობრივი კავშირის დადგენა, არამედ საკმარისად უნდა ჩაითვალოს დამსაქმებლის წინდახედულობის ნორმათა დარღვევასა და შრომითი დისკრიმინაციიდან გამომდინარე დამდგარ მატერიალურ ან მორალურ ზიანს შორის მიზეზობრივი კავშირი. ამ დროს უნდა დადგინდეს დამსაქმებლის მიერ წინდახედულობის ნორმის დაუცველობა რამდენად იყო ობიექტურად საკმარისი იმისთვის, რათა ხელოვნურ ინტელექტს მიეღო დისკრიმინაციული გადაწყვეტილება და მოეხდინა პირთა უთანასწორო გადარჩევა.⁸⁹ თუმცა, როდესაც საქმე ხელოვნური ინტელექტის მიერ მიღებულ გადაწყვეტილებას ეხება, ძალიან რთულია, იმის დადგენა

⁸⁵ სუსგ №ას-1633-2019, 2019 წლის 3 სექტემბერი.

⁸⁶ AI Act Regulation (EU) 2024/1689, Article 26. აღნიშნული რეგულაცია ვრცელდება როგორც ხელოვნური ინტელექტის შემქმნელ პირზე, ასევე თავად მის გამოყენებელზე, შესაბამისად დამსაქმებელზე. საქართველოში აღნიშნული რეგულაცია არ მოქმედებს, რადგან საქართველო ჯერ-ჯერობით არ არის ევროკავშირის წევრი ქვეყანა, თუმცა ხელოვნური ინტელექტის ზედამხედველობის ვალდებულებასთან დაკავშირებით შესაძლებელია გავრცელდეს პერსონალურ მონაცემთა დაცვის შესახებ საქართველოს კანონის მე-19 მუხლი.

⁸⁷ დამსაქმებლის ან ნებისმიერი უფლებამოსილი პირის მიერ ხელოვნური ინტელექტის გამოყენება დაფუძნებულია მხარის განსაკუთრებულ ნდობაზე, მისი მალაღობის რისკის ხასიათიდან გამომდინარე, შესაბამისად

რაც უფრო მაღალია დაინტერესებული მხარის ნდობის ხარისხი, მით უფრო მაღალია გულისხმიერების ქცევის სტანდარტი. იხ. კერესელიძე, უზოგადესი ცნებები, თბილისი, 2009, 92. და ვაშაკიძე, სამოქალაქო კოდექსის კომენტარები წიგნი 3, ვალდებულებითი სამართლის ზოგადი ნაწილი, ქანტურია (რედ), 2019, მუხლი 316, 25.

⁸⁸ სუსგ №ას-718-683-2015, 2015 წლის 9 სექტემბერი.

⁸⁹ სამოქალაქო საქმეებზე გამოიყენება ადეკვატური მიზეზობრიობის თეორია, დეტ იხ. ზოიძე, საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის კომენტარი წიგნი 3, ვალდებულებითი სამართლის ზოგადი ნაწილი, ქანტურია/ზოიძე/წინიძე/შენგელია/ხეცურია (რედ) 2001, გვ. 369

მოახერხებდა თუ არა დამსაქმებელი წინდახედულობის ნორმათა დაცვის შემთხვევაში დისკრიმინაციული შედეგის თავიდან აცილებას, რაც თავის მხრივ, დიდ გამოწვევას წარმოადგენს მიზეზობრივი კავშირის დასადგენად.

რაც შეეხება ბრალს, იგი ერთ-ერთ ყველაზე პრობლემურ საკითხს წარმოადგენს, ვინაიდან სავსებით შესაძლებელია, რომ დამსაქმებელს არანაირი ბრალი არ მიუძღოდეს ხელოვნური ინტელექტის მიერ განხორციელებულ დისკრიმინაციულ ქმედებაში.⁹⁰ რა თქმა უნდა, დამსაქმებლის განზრახი ან გაუფრთხილებლობით მოქმედების შემთხვევაში, მას დაეკისრება ზიანის ანაზღაურების ვალდებულება, თუმცა როდესაც საქმე ეხება ხელოვნურ ინტელექტს და მისგან წარმოშობილ „შავი ყუთის“ შემთხვევასა და თვითგანვითარების უნარს, ურთულესია, დამსაქმებლის ბრალეულობის დადგენა.⁹¹ ამასთანავე, როგორც უკვე აღინიშნა, წინდახედულობის ნორმათა დაცვა ყოველთვის არ უზრუნველყოფს დისკრიმინაციული შედეგის თავიდან აცილებას. სწორედ ამიტომ, დამსაქმებლის პასუხისმგებლობის დაკისრებისთვის აუცილებელია, მკაცრი პასუხისმგებლობის ნორმათა შემოღება, როგორსაც იცნობს საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის 992-ე და 1003-ე მუხლები, სატრანსპორტო საშუალების გამოყენებასთან და ცხოველის მიერ მიყენებულ ზიანთან დაკავშირებით. ისინი აღქმულია როგორც მაღალი რისკის საფრთხის წყარო, რის გამოც ბრალის არსებობა არ წარმოადგენს პირებისათვის პასუხისმგებლობის დაკისრების წინაპირობას.⁹²

ხელოვნურ ინტელექტი, რომელსაც შეუძლია მიღებული გადაწყვეტილებით ადამიანის ფუნდამენტური უფლებების დარღვევა, საქართველოს კანონმდებლობით მიჩნეულ უნდა იქნას მაღალი საფრთხის წყაროდ, რასაც ითვალისწინებს ევროკავშირის კანონმდებლობა.⁹³ ევროკავშირმა მიიღო დირექტივა, რომლითაც ხელო-

ვნური ინტელექტით გამოწვეულ ზიანზე მკაცრი პასუხისმგებლობის პირობები გაავრცელა, რის გამოც ევროკავშირის სასამართლოსთვის აღარ არის საჭირო ბრალეულობის დადგენა, დელიქტით გათვალისწინებული პასუხისმგებლობის დაკისრებისთვის.⁹⁴ საქართველოში მოქმედი კანონმდებლობის პირობებში კი პირთა პასუხისმგებლობის დასადგენად აუცილებელია მათი ბრალეულობის დადგენაც, რაც გარკვეულ სირთულეებთან არის დაკავშირებული. ასეთ პირობებში დამსაქმებელს ან პროგრამის შემქმნელ პირს შეიძლება გაუჩნდეთ სურვილი ყოველგვარი მკაცრი კონტროლის გარეშე შექმნან ან გამოიყენონ ხელოვნური ინტელექტი, ისე რომ სამართალდარღვევის არსებობის პირობებში ჰქონდეთ დაუსჯელობის განცდა. სწორედ ამიტომ, უმჯობესი იქნებოდა თუ საქართველოშიც შეიქმნებოდა ევროკავშირის მსგავსი ნორმა, რომლითაც ხელოვნური ინტელექტით გამოწვეულ ზიანზე მკაცრი პასუხისმგებლობის პირობები გავრცელდებოდა.

2. პროგრამის შემქმნელის პასუხისმგებლობა

ინტერესს იწვევს ის საკითხიც, თუ რამდენად შეუძლია კანდიდატს ან შრომითი ხელშეკრულებით დასაქმებულ პირს დისკრიმინაციის არსებობის შემთხვევაში პირდაპირ მიმართოს სასამართლოს არა დამსაქმებლის, არამედ ხელოვნური ინტელექტის შემქმნელი კომპანიის წინააღმდეგ ზიანის ანაზღაურების მოთხოვნით.

მაგალითად, აშშ-ში ერთ-ერთ გახმაურებულ საქმეში, „Mobley vs Workday“ შშმ პირმა, რომელსაც საკმაოდ კარგი განათლება და გამოცდილება ჰქონდა, დასაქმების მიზნით 100-ზე მეტ ვაკანსიაზე გააგზავნა საკუთარი რეზიუმე, თუ-

⁹⁰ მაგ: „შავი ყუთის“ შემთხვევა, როდესაც ხელოვნური ინტელექტი ავლენს თვითგანვითარების უნარს. დაწვრ. იხ: Berktaş, Feyzoglu, Regulating AI against Discrimination: Law in the Age of Artificial Intelligence, Kılıç/Kahyaoglu, Algorithmic Discrimination and Ethical Perspective of Artificial Intelligence, 2023, 60.

⁹¹ იქვე, 60.

⁹² სუსგ №ას-182-2025. 2025 წლის 14 მაისი.

⁹³ დოკუმენტის სრული სახ. Document 32024L2853, რომელიც მოიცავს DIRECTIVE (EU) 2024/2853 და Council Directive 85/374/EEC.

⁹⁴ იქვე.

მცა დროის უმოკლეს მონაკვეთში ყველა მათგანისგან მიიღო უარყოფითი პასუხი.⁹⁵ საქმეზე დადგინდა, რომ თითოეული დამსაქმებელი იყენებდა მოპასუხის ხელოვნურ ინტელექტს რეზიუმეთა გადასარჩევად. მოპასუხემ ჩათვალა, რომ 100-ზე მეტი ვაკანსიიდან მისი გამოცდილებისა და განათლების გათვალისწინებით ვერ მიიღებდა უარყოფით პასუხს, რომ არა მისი შეზღუდული შესაძლებლობა და ალგორითმის მიკერძოებული გადაწყვეტილება.⁹⁶ სასამართლომ სარჩელი წარმოებაში მიიღო, რომლის განხილვაც დღემდე მიმდინარეობს. მოსარჩელემ გამოიყენა აგენტების თეორია, რომლის მიხედვითაც ხელოვნური ინტელექტის შემქმნელი კომპანია მიიჩნია პრინციპალად, რომელმაც კანდიდატთა შერჩევის უფლებამოსილება დელეგირებით გადასცა აგენტს, კონკრეტულად კი ხელოვნურ ინტელექტს.⁹⁷ აღნიშნული არგუმენტი გაითვალისწინა სასამართლომ და დაიწყო კომპანიის მიმართ სამართალწარმოება. შესაბამისად, მოსამართლემ დევლოპერი კომპანია სათანადო მოპასუხედ მიიჩნია.⁹⁸

რაც შეეხება ევროკავშირისა და საქართველოს „Racial Equality Directive“-ის მე-2 და მე-15 მუხლით, ისევე როგორც „დისკრიმინაციის ყველა ფორმის აღმოფხვრის შესახებ“ საქართველოს კანონის მე-2 და მე-10 მუხლებით, დისკრიმინაციის აკრძალვისა და ზიანის ანაზღაურების მოთხოვნა ვრცელდება არა მხოლოდ დამსაქმებელზე, არამედ სხვა კომპანიებზეც, რომლებსაც შეუძლიათ მათ მიერ მიღებული გადაწყვეტილებით ადამიანთა დისკრიმინაცია. შესაბამისად, ხელოვნური ინტელექტის შემქმნელი კომპანიის წინააღმდეგ სარჩელის შეტანა არ უნდა წარმოადგენდეს რაიმე პრობლემას სათანადო მოპასუხის დადგენის კუთხით. თუმცა, რთულია წინასწარ იმის განსაზღვრა, თუ რამდენად დაეკისრებათ მათ დისკრიმინაციისათვის პასუხისმგებლობა, ვინაიდან მიუხედავად ხელოვნური

ინტელექტის მიერ მიღებული დისკრიმინაციული გადაწყვეტილებისა, საბოლოო გადაწყვეტილებას მაინც თავად დამსაქმებელი იღებს, რომელსაც აქვს ვალდებულება ზედამხედველობა გაუწიოს ხელოვნური ინტელექტის მიერ მიღებულ გადაწყვეტილებას და ბოლომდე არ დაეყრდნოს ალგორითმს, რაც გათვალისწინებულია „პერსონალურ მონაცემთა დაცვის შესახებ“ საქართველოს კანონის მე-19 მუხლით, ისევე როგორც, „მონაცემთა დაცვის ზოგადი რეგულაციის“ (GDPR)-ის 22-ე მუხლით. ასეთ დროს, პრობლემურია მიზეზობრივი კავშირის დადგენა ალგორითმის მიერ მიღებულ დისკრიმინაციულ გადაწყვეტილებასა და დამდგარ ზიანს შორის, რადგან მიზეზობრივი კავშირის ერთიანობა ირღვევა დამსაქმებლის ვალდებულებით ზედამხედველობა გაუწიოს ხელოვნურ ინტელექტის მიერ მიღებულ გადაწყვეტილებას და მანვე მიიღოს საბოლოო გადაწყვეტილება.⁹⁹

სასამართლოში ამგვარი საქმის შესვლის შემთხვევაში, მოსამართლემ უნდა დაადგინოს რამდენად საკმარისი იყო ხელოვნური ინტელექტის მიერ მიღებული გადაწყვეტილება დისკრიმინაციული შედეგის დასადგომად. თუმცა, მიუხედავად მიზეზობრივი კავშირის დადგენის სირთულისა, მისი დადგენა შეუძლებლად მაინც არ უნდა იქნას მიჩნეული, ვინაიდან ევროპის მართლმსაჯულების სასამართლომ ერთ-ერთ საქმეზე, ხელოვნური ინტელექტის მიერ წინასწარ მიღებულ გადაწყვეტილებას უდიდესი მნიშვნელობა მიანიჭა საბოლოო გადაწყვეტილების მიღების პროცესში, რის გამოც იგი ძირითად გადაწყვეტილებად მიიჩნია, ხოლო ადამიანის მიერ მიღებული საბოლოო გადაწყვეტილება კი სიმბოლურ დატვირთვად აღიქვა.¹⁰⁰ სწორედ ამიტომ, ის თუ როგორ განმარტავს და დაასაბუთებს მოსამართლე მიზეზობრივ კავშირს მასზეა დამოკიდებული, თუმცა მან თითოეული ფაქტობრივი გარემოება დეტალურად უნდა შეაფასოს და განსაზღვროს ზედამხედველობის

⁹⁵ Sethupathy, Workday Lawsuit Over AI Resume Screening Bias, 06.08.2025. ბოლოს შემოწმდა 09.09.2025. <https://fairnow.ai/workday-lawsuit-resume-screening/>

⁹⁶ იქვე.

⁹⁷ იქვე.

⁹⁸ იქვე.

⁹⁹ Özçelik, Who is Liable for AI-Induced Discrimination, Algorithmic Discrimination and Ethical Perspective of Artificial Intelligence, Kılıç/ Kahyaoglu, Algorithmic Discrimination and Ethical Perspective of Artificial Intelligence, 2023, 144.

¹⁰⁰ C-634/21 - SCHUFA Holding (Scoring), CJEU, 7.12.2023.

განხორციელების შესაძლებლობა და მისი ფარგლები.

შესაძლებელია, რომ მოსარჩელემ სარჩელი აღძრას როგორც დამსაქმებლის ასევე ხელოვნური ინტელექტის შემქმნელი კომპანიის წინააღმდეგ, რა დროსაც დამსაქმებელმა შესაგებებელში მიუთითოს ხელოვნური ინტელექტის შემქმნელის პასუხისმგებლობაზე, სისტემის გაუმართაობიდან გამომდინარე, ხოლო დეველოპერმა კომპანიამ კი აქცენტი გააკეთოს დამსაქმებლის პასუხისმგებლობაზე, როგორც საბოლოო გადაწყვეტილების მიმღებ ვალდებულ პირზე. ასეთ დროს, მოსამართლეს შეუძლია გამოიყენოს სამოქალაქო კოდექსის 998-ე მუხლი და მიყენებული ზიანისთვის სოლიდარული პასუხისმგებლობა დააკისროს ორივე მოპასუხეს.

IV. შრომით ურთიერთობებში დისკრიმინაციის წინააღმდეგ საბრძოლველად ხელოვნური ინტელექტის კონტროლის მექანიზმების არსებობის აუცილებლობა

ხელოვნური ინტელექტი, რომელიც გამოიყენება დამსაქმებლის მიერ შრომით ურთიერთობებში გარკვეული გადაწყვეტილებათა მისაღებად, საჭიროებს საკანონმდებლო რეგულირებას დისკრიმინაციის თავიდან ასაცილებლად. აღნიშნული რეგულირების ფარგლებში გამოსარჩევია რამდენიმე მექანიზმი, რომელთა შემოღებაც მინიმალურ დონემდე შეამცირებს ხელოვნური ინტელექტის მიერ განხორციელებულ დისკრიმინაციას.

ერთ-ერთ ასეთ მექანიზმს წარმოადგენს საკანონმდებლო დონეზე აუდიტის ჩატარების ვა-

ლდებულების შემოღება.¹⁰¹ მაგალითად, ნიუ-იორკის შტატში, დამსაქმებელს აქვს ვალდებულება ხელოვნური ინტელექტის გამოყენებამდე სათანადოდ ჩაატაროს აუდიტი და მიღებული დასკვნიდან გამომდინარე მიიღოს გადაწყვეტილება შრომით ურთიერთობებში ხელოვნური ინტელექტის გამოყენების შესახებ.¹⁰² აღნიშნული მექანიზმი იძლევა ერთგვარ გარანტიას, რომ იგი სათანადოდ იქნება შემოწმებული და მასში გამოვლენილი ხარვეზების მიმართ გატარებული იქნება შესაბამისი ღონისძიებები, რომელთა გარეშეც პრაქტიკაში შეიქმნებოდა დისკრიმინაციის გამოვლენის რეალური საფრთხე.¹⁰³ აუდიტის ჩატარების აუცილებლობა იძლევა ერთგვარ სიმშვიდის საშუალებას როგორც დამსაქმებლისთვის, ასევე თავად კანდიდატისთვის ან დასაქმებული პირისთვის, რომელთა მიმართაც ხდება მისი უშუალოდ გამოყენება. დამსაქმებელს შეუძლია უფრო თამამად გამოიყენოს აღნიშნული საშუალება ისე, რომ არ ჰქონდეს გაუმართავი პროგრამით გადაწყვეტილების მიღების შიში, რომელიც შეიძლება გახდეს მისი სამართლებრივი პასუხისმგებლობის საფუძველი. თავის მხრივ, პროგრამის აუდიტით შემოწმების შემთხვევაში, კანდიდატს ან დასაქმებულ პირს მიეცემა შესაძლებლობა უფრო მეტი ნდობა ჰქონდეთ ხელოვნური ინტელექტის მიერ მიღებული გადაწყვეტილების მიმართ.¹⁰⁴

ხელოვნური ინტელექტის კონტროლის მხრივ, ერთ-ერთ მექანიზმად შესაძლებელია შემოღებულ იქნას სერტიფიცირებული პროდუქტის გამოყენების მოთხოვნა.¹⁰⁵ დღეს, უამრავი ხელოვნური ინტელექტი და ალგორითმი იქმნე-

¹⁰¹ Nzama-Sithole, Managing Artificial Intelligence Algorithmic Discrimination: The Internal Audit Function Role, Kılıç/ Kahyaoğlu, Algorithmic Discrimination and Ethical Perspective of Artificial Intelligence, 2023, 203-205.

¹⁰² NYC Local Law 144-21 and Algorithmic Bias.

¹⁰³ Nzama-Sithole, Managing Artificial Intelligence Algorithmic Discrimination: The Internal Audit Function Role, Kılıç/ Kahyaoğlu, Algorithmic Discrimination and Ethical Perspective of Artificial Intelligence, 2023, 203-205.

¹⁰⁴ Employinc, Report Reveals Candidates' Perspectives on Using AI in the Hiring Process, 24.06.2025. ბოლოს შემოწმდა 27.07.2025.

https://www.employinc.com/news_item/report-reveals-candidates-perspectives-on-using-ai-in-the-hiring-process/

¹⁰⁵ ასეთი სერტიფიცირების რეკომენდაცია არის შემოთავაზებული ევროპარლამენტში, სადაც მაღალი რისკის ხელოვნური ინტელექტის მიმართ სავალდებულო, ხოლო დაბალი რისკის შემთხვევაში არასავალდებულო სერტიფიცირების აუცილებლობაა გათვალისწინებული. დეტ. იხ. annex to the european parliament resolution of 20 october 2020 text proposal for a regulation on ethical principles for ai robotics and related technologies.

ბა, ასეთ პირობებში წარმოუდგენელია არსებობდეს რაიმე გარანტია თითოეული მათგანის გამართულად მუშაობასთან დაკავშირებით, შესაბამისად შესაძლებელია საკანონმდებლო დონეზე აღნიშნულ პროგრამათა შემქმნელს დაუწესდეს სერტიფიკატის აღების მოთხოვნა, ხოლო დამსაქმებელს კი მხოლოდ სერტიფიცირებული პროგრამით სარგებლობის შესაძლებლობა მიეცეს, რომელთა გაკონტროლება უნდა დაევალოს უფლებამოსილ სახელმწიფო ორგანოს.¹⁰⁶ ხელოვნური ინტელექტის გამოყენებაზე სერტიფიკატის გაცემის წესები უნდა დამტკიცდეს საკანონმდებლო აქტით, რომელთა გაცემა უნდა მოხდეს მისი სრულყოფილად გამოკვლევის შემდეგ. ასეთ პირობებში იარსებებს უფრო მეტი გარანტია ხელოვნური ინტელექტის გამართულად მუშაობის შესახებ.

მიუხედავად ხელოვნური ინტელექტის კონტროლისთვის ზემოთ აღნიშნული რეგულაციების შემოღების აუცილებლობისა, რთულად წარმოსადგენია, რომ ის საკმარისი იყოს ხელოვნური ინტელექტის გამართულად მუშაობის უზრუნველსაყოფად ადამიანის სათანადო კონტროლის გარეშე. სწორედ ამიტომ, აუცილებელია შრომის კოდექსში პირდაპირი ჩანაწერის არსებობა ხელოვნური ინტელექტის მიერ მიღებული გადაწყვეტილების მიმართ ადამიანური ზედამხედველობის აუცილებლობის შესახებ.¹⁰⁷ აღნიშნული ვალდებულების გარკვეული ჩანაწერი არსებობს „პერსონალურ მონაცემთა დაცვის შესახებ საქართველოს კანონის“ მე-19 მუხლში, რომლის მიხედვითაც პერსონალურ მონაცემთა ავტორს შეუძლია არ დაეყრდნოს მხოლოდ სისტემის მიერ მიღებულ გადაწყვეტილებას. ეს გარკვეულწილად წარმოშობს მისი ზედამხედველობის ვალდებულებას, თუმცა სასურველია გაკეთდეს პირდაპირი ჩანაწერი მისი გამოყენებისას პროგრამის ზედამხედველობის

აუცილებლობის შესახებ, სადაც გარკვევით ჩაინერგება ზედამხედველობის მიზანი, დისკრიმინაციის აკრძალვის აუცილებლობა და ის ფარგლები რომელშიც მოხდება მისთვის ზედამხედველობის განევა. მაგალითად, ევროკავშირის მიერ ხელოვნური ინტელექტის შესახებ მიღებული დირექტივაში პირდაპირ არის გაკეთებული ჩანაწერი მსგავსი ზედამხედველობის განევის ვალდებულების თაობაზე.¹⁰⁸ შესაბამისად, მაღალი რისკის შემცველი ხელოვნური ინტელექტის მიერ მიღებულ გადაწყვეტილებებთან დაკავშირებით, დირექტივა არ იძლევა მხოლოდ ალგორითმის მიერ მიღებულ გადაწყვეტილებაზე დაყრდნობის შესაძლებლობას.¹⁰⁹ ვინაიდან საქართველოში ჯერ-ჯერობით არ არის შემოღებული ხელოვნური ინტელექტის დარეგულირების შესახებ კანონმდებლობა, შესაძლებელია საქართველოს შრომის კოდექსში გაიწეროს გარკვეული ნორმები, რაც მნიშვნელოვანი იქნება აღნიშნული საკითხის დასარეგულირებლად.

ხელოვნური ინტელექტის კონტროლი შეუძლებელია გამჭირვალობის ვალდებულების არსებობის გარეშე, რომელიც მნიშვნელოვანია საზოგადოებისთვის ნდობის ჩამოსაყალიბებლად.¹¹⁰ გამჭირვალობის ვალდებულებაში დეტალურად უნდა გაიწეროს კანდიდატთა და დასაქმებულთა სათანადო ინფორმირების ვალდებულება, მათ მიმართ ხელოვნური ინტელექტის გამოყენების შესახებ. აღნიშნული ინფორმაცია უნდა გაკეთდეს თვალნათლივ, ვაკანსიის აღწერაში ან წესდებაში, შესამჩნევ ადგილას, რომელთა გაგებაც მარტივად იქნება შესაძლებელი ნებისმიერი პირისთვის. ასევე, შრომის კოდექსში უნდა იყოს მითითებული მისი გამოყენების მიზნების, გამომყენებლისა და აუდიტორის ვინაობის, მიღებული გადაწყვეტილების რისკებისა და იმ ლოგიკის შესახებ, რომელიც გამოყენებული იქნება გადაწყვეტილების მისაღებად.¹¹¹

¹⁰⁶ Nikolinakos, EU Policy and Legal Framework for Artificial Intelligence, Robotics and Related Technologies - The AI Act, Athens, 2023, 298-299.

¹⁰⁷ ევროკავშირის კანონმდებლობაში უკვე არსებობს მსგავსი ჩანაწერი, დეტ იხ. EU AI Act is Regulation (EU) 2024/1689, Article 14.

¹⁰⁸ იქვე.

¹⁰⁹ იქვე.

¹¹⁰ Sinha, Dunbar, Artificial intelligence and its regulation in the European Union, Kılıç/ Kahyaoglu, Algorithmic Discrimination and Ethical Perspective of Artificial Intelligence, 2023, 6.

¹¹¹ იქვე, 5-9.

ასევე, შრომის კოდექსში შესაძლებელია ჩაინეროს დასაქმებულებთან კონსულტაციის გავლის ვალდებულება ხელოვნური ინტელექტის გამოყენებამდე, მათთვის სრულყოფილი ინფორმაციის მიწოდების მიზნით, რაც გაზრდის აღნიშნული პროგრამის მიმართ დასაქმებულთა ნდობას.

ერთი შეხედვით, ავტომატიზირებული გადაწყვეტილების ზედამხედველობისა და ხელოვნური ინტელექტის გამჭვირვალობის ვალდებულება უკვე არის გათვალისწინებული „პერსონალურ მონაცემთა დაცვის შესახებ“ საქართველოს კანონში, თუმცა აღნიშნული ნორმა აქცენტს აკეთებს მხოლოდ პირთა პერსონალურ მონაცემთა დაცვაზე და არა მათ შრომით უფლებებზე. შრომის კოდექსში მოცემულ ნორმათა შემოღებით კი შესაძლებელი იქნება აქცენტის მთლიანად შრომით ურთიერთობებზე გადატანა. ამასთანავე, ეს ნარმოშობს კოლექტიური დაცვის უფლებას და ხელოვნურ ინტელექტზე შრომითი ინსპექციის ზედამხედველობის განევის შესაძლებლობას. მოცემულ დარღვევათა არსებობის შემთხვევაში კი შესაძლებელი იქნება შრომით-სამართლებრივი დავის წარმოება, რომელიც პირდაპირ იქნება დაფუძნებული შრომის კოდექსში არსებულ ნორმებზე. გასათვალისწინებელია ის ფაქტიც, რომ შრომის კოდექსში ხელოვნური ინტელექტის მიერ განხორციელებული დისკრიმინაციის აკრძალვისა და მისი მაკონტროლებელი მექანიზმების შესახებ ნორმათა შემოღებით, უფრო დეტალურად მოხდება აღნიშნული საკითხის დარეგულირება. ნორმათა დაცვის ფუნქცია კი პირდაპირ იქნება მიმართული შრომით ურთიერთობებში კანდიდატთა და დასაქმებულთა დაცვისკენ.

დასკვნა

ხელოვნური ინტელექტის მიერ გამოწვეული შრომითი დისკრიმინაციის წინააღმდეგ ბრძოლა არამხოლოდ საქართველოს, არამედ მსოფლიოს ერთ-ერთი უმნიშვნელოვანეს გამოწვევად უნდა იქნას მიჩნეული, რომელიც საჭიროებს სათანადო ღონისძიებათა გატარებას, აღნი-

შნული საკითხის დასარეგულირებლად. მნიშვნელოვანია საქართველოში გათვალისწინებული იყოს ის თანამედროვე მიდგომები, რომლებიც ჩამოყალიბებულია ევროკავშირისა და ამერიკის შეერთებულ შტატების კანონმდებლობასა და სასამართლო პრაქტიკაში. ერთ-ერთ ასეთ საკითხს წარმოადგენს ხელოვნური ინტელექტის გამოყენებით მიყენებულ ზიანზე მკაცრი პასუხისმგებლობის ნორმის შემოღება, რომლითაც მარტივად მოხდება პირთა მიმართ მიყენებული ზიანისათვის პასუხისმგებლობის დაკისრება.

ხელოვნურ ინტელექტზე მკაცრი კონტროლის დაწესების მიზნით, მიზანშეწონილია, შრომის კოდექსში გათვალისწინებულ იქნას ნორმა მასზე სავალდებულო აუდიტის ჩატარების შესახებ. ამასთანავე, დისკრიმინაციის დამატებითი პრევენციისთვის მაღალი რისკის ხელოვნური ინტელექტის მიმართ, სასურველია, სერტიფიცირების ვალდებულების დაწესება, რაც უზრუნველყოფს ხელოვნურ ინტელექტთა მკაცრ კონტროლს. მნიშვნელოვანია, შრომით კანონმდებლობაში აისახოს ხელოვნური ინტელექტით განხორციელებულ დისკრიმინაციასთან დაკავშირებით ჩანაწერი, რომლის აღმოსაფხვრელად გათვალისწინებული იქნება ადამიანური ზედამხედველობის განევა და განისაზღვრება ზედამხედველობის ფარგლები. ამასთანავე, შრომის კოდექსში მიზანშეწონილია შემოღებულ იქნას ნორმა, რომლითაც გათვალისწინებული იქნება ხელოვნური ინტელექტის გამჭვირვალობის ვალდებულება, რომელიც დეტალურად იქნება განერილი კანონმდებლობაში.

რაც შეეხება სასამართლო პრაქტიკას, სასურველია ხელოვნური ინტელექტის მიერ განხორციელებული დისკრიმინაციის დასადგენად მოსამართლეთა მხრიდან დაბალი მტკიცებულებათა სტანდარტის დაწესება, დამსაქმებლისთვის მტკიცების ტვირთის შესაბრუნებლად, ვინაიდან ალგორითმის სირთულიდან გამომდინარე, შესაძლებელია მოსარჩელემ ვერ შეძლოს სასამართლოში მყარი მტკიცებულებების წარდგენა, რის გამოც ვერ მოხდეს ქმედების დის-

კრიმინაციად კვალიფიცირება. ყოველივე ამან
კი ხელი შეუწყო ხელოვნური ინტელექტის მე-

შვეობით დასაქმებულთა და კანდიდატთა მიმა-
რთ დისკრიმინაციული პრაქტიკის განვითარე-
ბას.

Coase's Theorem: A Pathway to a Controlled Economy

Gocha Okreshidze

Attorney, JSD Candidate, University of Illinois Urbana-Champaign

I. Introduction

"Socialist central planning introduced into England now by peaceful parliamentary process — if it could be so introduced — would, there is every reason to believe, make an enormously better showing than its Russian exemplar. ... If, then, it were in the writer's power to direct his country's destiny, he would accept, for the time being, the general structure of capitalism; but he would modify it gradually."

— Arthur C. Pigou¹

An intellectual history of modern economic thinking cannot be fully articulated without accounting for the influence of Ronald H. Coase. A preeminent twentieth-century British economist,

Coase is best known for his seminal contributions to the economic theory of the firm.² For lawyers, however, Coase is primarily recognized for his 1960 paper *The Problem of Social Cost*.³ The publication has since become the most cited law review article in modern American legal tradition.⁴ Coase himself claimed in his 1991 Nobel Prize autobiographical sketch that "it is probably the most widely cited article in the whole of modern economic literature."⁵

Despite this success, the paper is widely misunderstood. Coase himself complained that "[m]y

¹ ARTHUR C. PIGOU, *SOCIALISM VERSUS CAPITALISM* 136–137 (1948). In *Socialism Versus Capitalism*, Pigou weighs the strengths and weaknesses of both systems, comparing how they address income distribution, incentives, efficiency, and unemployment. He argues that capitalism — grounded in private ownership — can spur innovation but often produces inequality, while socialism — based on collective ownership — may reduce inequality yet struggles with incentives and large-scale planning. He explores the trade-offs and the possibility of combining their strengths for the public good.

² Ronald H. Coase, *The Nature of the Firm*, 4 *ECONOMICA* 386 (1937); Richard A. Posner, *Nobel Laureate: Ronald Coase and Methodology*, 7 *JOURNAL OF ECONOMIC PERSPECTIVES* 195, 197 (1993).

³ Ronald H. Coase, *The Problem of Social Cost*, 3 *JOURNAL OF LAW AND ECONOMICS* 1 (1960).

⁴ The title comes from Fred Shapiro's citation studies. In 1985, he set out to compile "a list of the most-cited law review articles of the last forty years." Fred Shapiro, *The Most-Cited Law Review Articles*, 73 *CALIFORNIA LAW REVIEW* 1540, 1540 (1985). He initially excluded Coase's paper as not purely legal, though it "without question would have qualified" had the *Journal of Law and Economics* been indexed by Shepard's. *Id.* In 1996, Shapiro's updated study included Coase's 1960 article as "the runaway citation champion," with "almost twice as many citations as any other law-related article." Fred Shapiro, *The Most-Cited Law Review Articles Revisited*, 71 *CHICAGO-KENT LAW REVIEW* 751, 759 (1996). Shapiro's 2012 third edition again placed Coase's paper first. Fred Shapiro & Michelle Pearse, *The Most-Cited Law Review Articles of All Time*, 110 *MICHIGAN LAW REVIEW* 1483 (2012).

⁵ <https://www.nobelprize.org/prizes/economic-sciences/1991/coase/biographical/> (last visited November 29, 2025).

point of view has not in general commanded assent, nor has my argument, for the most part, been understood.”⁶ One commentator even went so far as to argue that “[s]omething like a dozen people in the world understand that the ‘Coase’ theorem is not the Coase theorem. ... One of this select group is Ronald H. Coase himself, so I suspect we blessed few are right.”⁷

The Coase Theorem states that “in the absence of transaction costs, it does not matter what the law is, since people can always negotiate⁸ without cost to acquire, subdivide, and combine rights whenever this would increase the value of production.”⁹ It is designed for an ideal world, without any explicit suggestion “what general conclusions about economic policy, if any, [Coase] expects us to draw from it.”¹⁰ Legal literature is of little help either, as Coase’s treatment “is usually ... fragmentary, often involving little more than a reference ... plus some explanatory comment, [as if to suggest] that detailed examination would be inappropriate.”¹¹ Coase himself recognized this when he wrote that “the discussion has largely been devoted to sections III and IV of the article and even here has concentrated on the so-called ‘Coase Theorem,’ neglecting other aspects of the analysis.”¹²

This turned out to be a mistake, as reducing Coase’s analysis to a formulaic representation effectively removed eight other chapters from consideration.¹³ Perhaps this is why Coase is usually portrayed as an anti-government, free-market libertarian, when in fact he worked for governments his entire life. A close reading of the text of *The Problem of Social Cost* reveals that Coase advocated for a state-run economic system, in which private ownership is eradicated and all factors of production belong to the government.¹⁴

II. Adam Smith

“It is very difficult to know where one’s ideas come from.”
— Ronald H. Coase¹⁵

The themes central to Ronald Coase’s scholarship can be traced back to Adam Smith’s *The Wealth of Nations*, which was published in 1776. As Coase noted, “during the two centuries since the publication of *The Wealth of Nations*, the main activity of economists has been to fill the gaps in Adam Smith’s system, to correct his errors, and to make his analysis vastly more exact.”¹⁶ However, Coase distanced himself from the idealized models that dominated the field, describing them as “the world of modern economic

⁶ RONALD H. COASE, *THE FIRM, THE MARKET AND THE LAW* 1 (1988).

⁷ Deirdre McCloskey, *Other Things Equal: The So-Called Coase Theorem*, 24 *EASTERN ECONOMIC JOURNAL* 367, 368 (1998).

⁸ Coase suggests that the idea of parties transacting to maximize value may trace to Edgeworth’s “contract curve”: two individuals exchanging goods will end up on the contract curve because, otherwise, further exchanges remain that would make both better off. COASE, *supra* note 6 at 160; FRANCIS Y. EDGEWORTH, *MATHEMATICAL PSYCHICS: AN ESSAY ON THE APPLICATION OF MATHEMATICS TO THE MORAL SCIENCES* 21–27 (1881); WILLIAM S. JEVONS, *THE THEORY OF POLITICAL ECONOMY* 103–110 (2nd ed. 1879).

⁹ COASE, *supra* note 6 at 14.

¹⁰ Coase, *supra* note 3 at 39.

¹¹ *Id.*

¹² COASE, *supra* note 6 at 15.

¹³ Of course, Coase’s paper “is not like ... a modern textbook with a few simple messages which, once absorbed, makes a rereading unnecessary.” Ronald H. Coase, *The Wealth of Nations*, 15 *ECONOMIC INQUIRY* 309, 309 (1977).

¹⁴ RONALD H. COASE & NING WANG, *HOW CHINA BECAME CAPITALIST* (2012).

¹⁵ Ronald H. Coase, *Law and Economics and A. W. Brian Simpson*, 25 *JOURNAL OF LEGAL STUDIES* 103, 106 (1996). There, Coase responds to Guido Calabresi’s wry labels — “young socialist named Ronald Coase” and “middle-aged libertarian.” Guido Calabresi, *The Pointlessness of Pareto: Carrying Coase Further*, 100 *YALE LAW JOURNAL* 1211, 1211 (1991). Calabresi later argued that “lawyer-economists are, on the whole, more suited to the job of doing Law and Economics than latter-day institutional economists.” GUIDO CALABRESI, *THE FUTURE OF LAW AND ECONOMICS: ESSAYS IN REFORM AND RECOLLECTION* 11 (2016).

¹⁶ <https://www.nobelprize.org/prizes/economic-sciences/1991/coase/lecture/> (last visited November 29, 2025).

theory, one which I was hoping to persuade economists to leave.”¹⁷

Coase's analysis differs from the classical model in two major ways: (1) the free-market economy is replaced with a state-run planned economy; and (2) private property is replaced with state-granted rights to perform specific activities.

II.1. Free-Market Economy

In his Nobel Prize lecture, Coase clarified that “a principal theme of *The Wealth of Nations* was that government regulation or centralized planning was not necessary for an economic system to function in an orderly way.”¹⁸ The main advantage of markets is that “the national dividend, in given circumstances of demand and supply, tends ‘naturally’ to a maximum.”¹⁹ However, Coase believes that “if self-interest does promote economic welfare, it is because human institutions have been devised to make it so.”²⁰

At the heart of the free-market idea beats the famous ‘invisible hand.’ Adam Smith formulated the concept of the ‘invisible hand’ in the context of restraints on imports, although he mentioned the principle in an earlier publication as well. In *The Wealth of Nations*, Smith argued that “[an individual] generally ... neither intends to promote the public interest, nor knows how much he is promoting it. By preferring the support of domestic to that of foreign industry, he intends only

his own security; and by directing that industry in such a manner as its produce may be of the greatest value, he intends only his own gain, and he is in this, as in many other cases, led by an invisible hand to promote an end which was no part of his intention.”²¹

In his earlier work, *The Theory of Moral Sentiments*, published in 1759, Smith argued that the rich, driven by self-interest and luxury, distribute resources to the poor through labor and consumption, which also unintentionally advances societal welfare as if guided by an “invisible hand”. There he writes that “[t]he rich only select from the heap what is most precious and agreeable. They consume little more than the poor, and in spite of their natural selfishness and rapacity, though they mean only their own conveniency, though the sole end which they propose from the labours of all the thousands whom they employ be the gratification of their own vain and insatiable desires, they divide with the poor the produce of all their improvements. They are led by an invisible hand to make nearly the same distribution of the necessities of life, which would have been made, had the earth been divided into equal portions among all its inhabitants, and thus, without intending it, without knowing it, advance the interest of the society, and afford means to the multiplication of the species.”²²

For Smith, this arrangement was both more democratic and more efficient, as he viewed government intervention with skepticism. After

¹⁷ COASE, *supra* note 6 at 174.

¹⁸ <https://www.nobelprize.org/prizes/economic-sciences/1991/coase/lecture/> (last visited November 29, 2025).

¹⁹ ARTHUR C. PIGOU, *WEALTH AND WELFARE* 104 (1912); See citation in Coase, *supra* note 3 at 29.

²⁰ Coase, *supra* note 3 at 29.

²¹ ADAM SMITH, *AN INQUIRY INTO THE NATURE AND CAUSES OF THE WEALTH OF NATIONS* 423 (Edwin Cannan ed., 1937).

²² ADAM SMITH, *THE THEORY OF MORAL SENTIMENTS* 350 (1759). In this passage, Smith suggests that the “invisible hand” leads to an outcome resembling what an equal distribution of the earth and its resources would produce. Coase likewise highlights wealth as central to consumer choice. In *The Marginal Cost*

Controversy, he argues that a functioning price system must first address “how much money each individual consumer shall have” — “the problem of the optimum distribution of income and wealth” — before turning to “the optimum system of prices.” Ronald H. Coase, *The Marginal Cost Controversy*, 13 *ECONOMICA* 169, 172 (1946). Stewart Schwab makes a similar point in criticizing the invariance thesis: whether parties trade legal entitlements depends on relative valuations, but valuation turns on willingness and ability to pay — and thus on wealth. Stewart Schwab, *Coase Defends Coase: Why Lawyers Listen and Economists Do Not*, 87 *MICHIGAN LAW REVIEW* 1171, 1178 (1989).

claiming that the public good is no part of the intention of a market participant led by an invisible hand, Smith argues that “[n]or is it always the worse for the society that it was no part of it. By pursuing his own interest he frequently promotes that of the society more effectually than when he really intends to promote it. I have never known much good done by those who affected to trade for the public good. ... What is the species of domestic industry which his capital can employ, and of which the produce is likely to be of the greatest value, every individual, it is evident, can, in his local situation, judge much better than any statesman or lawgiver can do for him. The statesman, who should attempt to direct private people in what manner they ought to employ their capitals, would not only load himself with a most unnecessary attention, but assume an authority which could safely be trusted, not only to no single person, but to no council or senate whatever, and which would nowhere be so dangerous as in the hands of a man who had folly and presumption enough to fancy himself fit to exercise it.”²³

II.2. Private Property System

Unlike Coase, in Smith’s system, the factors of production are owned privately by individuals. Property rights are regarded as a foundational element of organized human life, comparable to the institution of the family. As Smith writes “[t]he most sacred laws of justice, therefore — those

whose violation seems to call loudest for vengeance and punishment — are the laws which guard the life and person of our neighbor; the next are those which guard his property and possessions; and last of all come those which guard what are called his personal rights, or what is due to him from the promises of others.”²⁴

Property thus was traditionally distinguished from more limited personal rights to perform certain activities. Blackstone explains that “rights may be subdivided into those which concern and are annexed to the persons of men, and are termed *jura personarum*, the rights of persons; or into such as a man may acquire over external objects, which are entitled *jura rerum*, the rights of things.”²⁵

Coase blurred this traditional distinction and “obscure[d] the nature of the choice that has to be made.”²⁶ When interference with a neighbor’s property occurs, the judge should not focus on whether interference exists, but rather on whether the neighbor, as the owner, has the right to prevent the emission. In effect, this implies that ownership no longer automatically includes the absolute power to exclude all intrusions from one’s property.²⁷ According to the new system, it seems that new rights can constantly be created with respect to the same land or other property, and as a result, the entire system of private property rights has been obscured and, ultimately, eroded.²⁸

²³ SMITH, *supra* note 21 at 423.

²⁴ SMITH, *supra* note 22 at 184.

²⁵ WILLIAM BLACKSTONE, COMMENTARIES ON THE LAWS OF ENGLAND 36 (Hardcastle Browne ed., 1897).

²⁶ Coase, *supra* note 3 at 2.

²⁷ Traditionally — including in many civil-law systems — servitudes such as rights of way were treated as narrow exceptions to otherwise absolute ownership, justified only as minimally necessary adjustments to environmental constraints. A right of way, for instance, was typically granted only when needed to reach public roads or essential networks (e.g., utilities). Even

then, self-created necessity was barred: an owner who destroyed his own access could not claim a right of way over a neighbor’s land. LADO TCHANTURIA, COMMENTARY OF CIVIL CODE OF GEORGIA 110–111 (1999); LADO TCHANTURIA, COMMENTARY OF CIVIL CODE OF GEORGIA 109 (2018). Supreme Court of Georgia, №9-378-05, 02/06/2005; Supreme Court of Georgia, №AS-218-909-03, 05/11/2003; Supreme Court of Georgia, №AS-815-763-2017, 11/01/2018.

²⁸ The Coase Theorem’s capacity to gradually dismantle private ownership and expose property to external encroachment is

III. Arthur Pigou

Arthur C. Pigou was a towering figure in British economics, serving as the Professor of Political Economy at the University of Cambridge where he succeeded Alfred Marshall.²⁹ He is best known for his seminal work, *The Economics of Welfare* (1920),³⁰ and his contributions to the field of welfare economics.³¹ In it, Pigou analyzed the distinction between private and social products using the concept of externalities, proposing corrective measures like taxes and subsidies to align private incentives with the public good. It was this framework that Ronald Coase targeted forty years later, presenting *The Problem of Social Cost* as a direct counter-argument to the necessity of Pigou's state-centered solutions.

Pigou's scholarship emerged from the recognition that while free markets are powerful engines of prosperity, they are not infallible. Ideally, the free market maximizes the national dividend; however, as Coase himself acknowledges, citing and agreeing with Pigou "even in the most advanced states ... there are many obstacles that prevent a community's resources from being distributed ... in the most efficient way."³²

For Pigou, the defining objective of welfare economics was to identify and address these specific failures. He viewed the discipline not as an abstract theoretical exercise, but as a practical instrument for social improvement. As he explains, "[t]he study of these [failures] constitutes our present problem ... its purpose is essentially practical. It seeks to bring into clearer light some of the

ways in which it now is, or eventually may become, feasible for governments to control the play of economic forces in such wise as to promote the economic welfare, and through that, the total welfare, of their citizens as a whole."³³

Consequently, the friction between Coase and Pigou is not a disagreement over whether markets fail, but rather a disagreement over the remedy. Contrary to Coase's later characterization, Pigou did not reflexively advocate for government intervention in every instance. He recognized that in some cases, contractual improvements or private negotiations were possible.³⁴ However, whether through state action or private arrangement, his overarching goal remained "to discover whether any improvements could be made in the existing arrangements which determine the use of resources."³⁵

To fully grasp the divergence between the two economists, it is necessary to examine two aspects of Pigou's analysis that are especially relevant to Coase's critique: (1) the definition of welfare economics, which for Pigou was a much broader concept than the narrow economic analysis Coase employs, and (2) the theory of externalities, which, in Coase's reformulated framework, ceases to be a systemic deficiency per se.

III.1. Welfare Economics

For Pigou, welfare is a broader concept that encompasses all aspects of human life, not just economic considerations measurable by the price mechanism. He writes that "[i]f I am asked 'What is good?' my answer is that good is good, and that

best illustrated in Robert C. Ellickson, *Of Coase and Cattle: Dispute Resolution among Neighbors in Shasta County*, 38 STAN. L. REV. 623 (1986).

²⁹ Ronald H. Coase, *The Appointment of Pigou as Marshall's Successor*, 15 JOURNAL OF LAW AND ECONOMICS 473 (1972).

³⁰ ARTHUR C. PIGOU, *WELFARE ECONOMICS* (1920).

³¹ Pigou published *Wealth and Welfare* in 1912. *The Economics of Welfare* was published in 1920, and the 4th edition that Coase references in his paper was published in 1932.

³² Coase, *supra* note 3 at 29.

³³ *Id.*; PIGOU, *supra* note 30 at 129–130.

³⁴ ARTHUR C. PIGOU, *THE ECONOMICS OF WELFARE* 129–130 (4th ed. 1932); See citation in Coase, *supra* note 3 at 29.

³⁵ Coase, *supra* note 3 at 28.

is the end of the matter. Or, if I am asked “How is good to be defined?” my answer is that it cannot be defined, and that is all I have to say about it. Welfare means the same thing as good. It, too, cannot be defined, in the sense of being analyzed. At the same time, we can say, and indeed, it is the chief task of ethics to say, whether, and in what way, particular things belong to welfare.”³⁶

General welfare is not synonymous with ‘economic welfare’ and is more concerned with states of consciousness. It focuses solely on an individual’s internal mental or emotional experiences rather than external material things or physical conditions.³⁷ Pigou explains that “[o]f welfare in general, economic welfare is one part. It is welfare arising in connection with the earning and spending of the national dividend, or, in other words, of those parts of the community’s net income that enter easily into relation with the measuring rod of money. Economic welfare, however, does not contain all welfare arising in this connection. ... It does not include the whole psychic return, which emerges when the objective services constituting the national dividend have passed through the factory of the body; includes only the psychic return of satisfaction. Thus, economic welfare is, as it were, a part of a part of welfare theory.”³⁸

Coase discusses only the economic side of this problem, however he explicitly (but by no means clearly) underscores the necessity of developing the remaining part of the welfare analysis. He writes that “[i]n this article, the analysis has been confined, as is usual in this part of economics, to

comparisons of the value of production, as measured by the market. But it is, of course, desirable that the choice between different social arrangements for the solution of economic problems should be carried out in broader terms than this and that the total effect of these arrangements in all spheres of life should be taken into account. As Frank H. Knight has so often emphasized, problems of welfare economics must ultimately dissolve into a study of aesthetics and morals.”³⁹

Pigou points out the difficulties involved in demarcating the line between welfare considerations measurable by the price mechanism and the more aesthetic aspects of life, which cannot be easily quantified. Although Pigou states that “the range of our inquiry becomes restricted to that part of social welfare that can be brought directly or indirectly into relation with the measuring-rod of money,”⁴⁰ he also emphasizes that it is “not, indeed, possible to separate it in any rigid way from other parts.”⁴¹ Here, Pigou refers to Edwin Cannan, who argued that “[t]he exact phrase used does not really matter very much, since we must face, and face boldly, the fact that there is no precise line between economic and non-economic satisfactions, and therefore the province of economics cannot be marked out by a row of posts or a fence like a political territory or a landed property. We can proceed from the undoubtedly economic at one end of the scale to the undoubtedly non-economic at the other end without finding anywhere a fence to climb or a ditch to cross.”⁴²

The difficulty in drawing a clear line between the two does not, of course, justify adopting a

³⁶ PIGOU, *supra* note 19 at 3.

³⁷ Pigou reiterates that welfare consists only of “states of consciousness,” not material things or conditions, and that it can be compared in degree: “For the purpose of this volume it is sufficient to lay down ... two propositions: first, that welfare includes states of consciousness only, and not material things or conditions; secondly, that welfare can be brought under the category of greater and less.” *Id.*; PIGOU, *supra* note 30 at 10.

³⁸ PIGOU, *supra* note 19 at 3–4; EDWIN CANNAN, *WEALTH: A BRIEF EXPLANATION OF THE CAUSES OF ECONOMIC WELFARE* 3–4 (1918).

³⁹ Coase, *supra* note 3 at 43.

⁴⁰ PIGOU, *supra* note 30 at 11.

⁴¹ *Id.*

⁴² *Id.*; CANNAN, *supra* note 38 at 17–18.

flawed calculation method that ignores half the relevant factors.

III.2. Externalities

Pigou's response to market failures was dominant during the first part of the 20th century.⁴³ Pigou viewed this problem from the perspective of externalities. In discussing this concept Pigou explains that "[t]he source of the general divergences between the values of marginal social and marginal private net product that occur under simple competition is the fact that, in some occupations, part of the product of a unit of resources consists of something which, instead of coming in the first instance to the person who invests the unit,⁴⁴ comes instead, in the first instance (i.e., prior to sale if sale takes place), as a positive or negative item, to other people. These other people may fall into any one of three principal groups: (1) the owners of durable instruments of production, of which the investor is a tenant; (2) persons who are not producers of the commodity in which the investor is investing; (3) persons who are producers of this commodity."⁴⁵

Pigou's externalities represent divergences between the private product and the social product.⁴⁶ They are often categorized as positive or negative, depending on whether the unaccounted effect is a service or a disservice.⁴⁷ Both positive and negative externalities can lead to market failures by encouraging the overproduction of harmful goods and the underproduction of beneficial ones. Since "[a]lmost certainly ... externalities (or 'social costs') are perceived as the greatest market failure problems,"⁴⁸ even a small deviation on a large scale can lead to a massive misalignment.

Pigou treats externalities as flaws that sometimes warrant government intervention in the second type of divergence, where "no contract is possible (the second class)" or "the contract is unsatisfactory (the first class)."⁴⁹ In practical terms, this means "it would be desirable to make the owner of the factory liable for the damage..., to place a tax on the factory owner..., or... exclude the factory from residential districts."⁵⁰ Coase accuses Pigou of advocating government intervention, arguing that private bargaining between the parties can be more effective. Interestingly, however, Coase does not clearly explain how the parties can transact when doing so is impossible. The Coase Theorem cannot resolve this problem,

⁴³ Coase, *supra* note 3 at 1.

⁴⁴ Pigou notes that because labor, land, and capital are combined in different proportions across settings, a definite "increment of investment" cannot be specified. He therefore defines a "unit" of investment not as a fixed set of physical inputs, but as whatever mix minimizes total money cost. This abstraction lets him analyze divergences between social and private returns without being trapped by the physical heterogeneity of particular investments. PIGOU, *supra* note 34 at 172–173. Pigou's investment unit parallels Coase's "bundle of rights": both treat resources as context-dependent combinations — Pigou shaped by cost minimization, Coase by legal entitlements — rather than as fixed physical things.

⁴⁵ *Id.* at 174.

⁴⁶ Coase explains that "private product is the value of the additional product resulting from a particular activity of a business. The social product equals the private product minus the fall in the value of production elsewhere for which no compensation is paid by the business." Coase, *supra* note 3 at 40.

⁴⁷ Pigou explains that "[a]ll such effects must be included — some of them positive, others negative elements — in reckoning the social product of the marginal increment of any volume of resources turned to any use or place." PIGOU, *supra* note 34 at 134; See citation in Coase, *supra* note 3 at 29.

⁴⁸ Fred S. McChesney, *Coase, Demsetz, and the Unending Externality Debate*, 26 CATO JOURNAL 179, 179 (2006). On the ambiguity of "externality," McChesney notes that the term is used "with full recognition of economists' imprecision" about what counts as an externality, and points to Buchanan and Stubblebine's taxonomy (technological vs. pecuniary, marginal vs. inframarginal, Pareto-relevant vs. irrelevant). Coase adds that, in Pigou, Samuelson, and others, "externality" is simply shorthand for "external economies or diseconomies." COASE, *supra* note 6 at 174.

⁴⁹ Coase, *supra* note 3 at 38.

⁵⁰ *Id.* at 1.

since it rests on unrealistic assumptions that hold only in an ideal world — or within a firm, where the need for market transactions is eliminated altogether.⁵¹

By working with the concept of externalities, Pigou essentially operates within the framework of Adam Smith's classical system. Unlike Coase, he does not propose a full systemic overhaul. Instead, his approach centers on identifying divergences and attempting to correct them, whether through private arrangements or government intervention.

IV. Ronald Coase

"The fundamental aim of socialism is not the abolition of private property but the extension of democracy."

— Abba Lerner⁵²

Now a renowned libertarian and a champion of the free market economy, the young Coase began his intellectual journey with a strong attraction to socialism.⁵³ Like many of his generation, this inclination was likely a remnant of the economic upheavals of the time.⁵⁴ In 1929, he joined the London School of Economics (LSE), where his mentor

Arnold Plant introduced Coase to key concepts, such as opportunity cost, markets, property rights, and price mechanics. Coase would later recall that as a result of these interactions his "socialist sympathies gradually fell away"⁵⁵ — or perhaps, they merely shifted from a theoretical attraction to a search for a practical mechanism.

Under Plant's mentorship, Coase visited the United States to investigate a very specific problem: the existence and size of firms in the economy.⁵⁶ During his visit, Coase met with top-echelon American company executives and gathered invaluable insights that laid the foundation for his seminal article *The Nature of the Firm*, published in 1937.⁵⁷ In it, Coase first developed the concept of transaction costs and explained the existence and size of a firm from the perspective of a market failure.⁵⁸

Coase was generally admired by American economists. Milton Friedman, for example, "considered Coase's ... book on the British Broadcasting Company (1950), 'something of a classic.'"⁵⁹ He and Aaron Director both personally lobbied Coase's move to the U.S. and then to the University of Chicago.⁶⁰ In 1951, Ronald Coase immigrated to the United States and initially served as

⁵¹ PIGOU, *supra* note 34 at 183; See citation in Coase, *supra* note 3 at 28.

⁵² ABBA LERNER, *THE ECONOMICS OF CONTROL* 1 (1944).

⁵³ Coase, *supra* note 15 at 103–106; CALABRESI, *supra* note 15 at 127.

⁵⁴ Coase, *supra* note 14 at 106; Ronald H. Coase, *The Nature of the Firm: Origins*, in *THE NATURE OF THE FIRM: ORIGINS, EVOLUTION, AND DEVELOPMENT*, 37 (Oliver E. Williamson & Sidney G. Winter eds., 1991).

⁵⁵ Coase, *supra* note 15 at 106.

⁵⁶ COASE, *supra* note 6 at 5–7; CALABRESI, *supra* note 15 at 127.

⁵⁷ Coase, *supra* note 2.

⁵⁸ *Id.*; STEVEN G. MEDEMA, RONALD H. COASE 3–4, 13–15 (1994). After returning from the United States, Coase taught at the Dundee School of Economics and Commerce (1932–34), the University of Liverpool (1934–35), and the LSE (1935–51). He was strongly shaped by the LSE milieu, especially Lionel Robbins, Friedrich Hayek, and John Hicks. During these years he developed a sustained interest in public utilities, conducting historical studies of institutions such as the British Post Office and broadcasting.

Id. at 1–6. Well before The Federal Communications Commission (1959), Coase published foundational work on British communications industries, including: Ronald H. Coase, *Price and Output Policy of State Enterprise: A Comment*, 55 *ECONOMIC JOURNAL* 112 (1945); *The Spectator*, *B.B.C. Enquiry?*, 176 *THE SPECTATOR* 446 (1946); Ronald H. Coase, *The Origin of the Monopoly of Broadcasting in Great Britain*, 14 *ECONOMICA* 189 (1947); Ronald H. Coase, *Wire Broadcasting in Great Britain*, 15 *ECONOMICA* 194 (1948); Ronald H. Coase, *The Nationalization of Electricity Supply in Great Britain*, 26 *LAND ECONOMICS* 1 (1950); Ronald H. Coase, *The Development of the British Television Service*, 30 *LAND ECONOMICS* 207 (1954); Ronald H. Coase, *The Postal Monopoly in Great Britain: An Historical Survey*, in *ECONOMIC ESSAYS IN COMMEMORATION OF THE DUNDEE SCHOOL OF ECONOMICS, 1931–1955* (1955).

⁵⁹ Steven G. Medema, *Embracing at Arm's Length: Ronald H. Coase's Uneasy Relationship with the Chicago School*, 72 *OXFORD ECON. PAPERS* 1072, 1074.

⁶⁰ *Id.* at 1073.

a professor of economics at the University of Buffalo until 1958.⁶¹ From 1958 to 1964, he was a professor in the Department of Economics at the University of Virginia, where he played a pivotal role in establishing the Thomas Jefferson Center for Studies in Political Economy. This center later became home to many prominent economists and influential economic theories.⁶² In 1964, Coase moved to the University of Chicago, where he served as editor of the *Journal of Law and Economics* until his resignation in 1982.⁶³ In 1991, the same year the Soviet Union collapsed, Coase was awarded the Nobel Prize in Economic Sciences “for his discovery and clarification of the significance of transaction costs and property rights for the institutional structure and functioning of the economy.”⁶⁴

Coase's contribution to economic thinking is monumental,⁶⁵ but what he achieved in the field of law is equally remarkable. Coase expanded his views on American judges, effectively transform-

ing them into “an extension of the market mechanism.”⁶⁶ During his time in the U.S., Coase published two particularly famous papers: *The Federal Communications Commission* (1959)⁶⁷ and *The Problem of Social Cost* (1960).⁶⁸ In the first paper, Coase demonstrated how radio and television frequency waves could be treated as property rights and allocated using a price mechanism, while still allowing the government to retain ultimate control over their allocation. In his 1960 paper, Coase used a similar argument to advocate for a state-run controlled system as a solution to a major economic problem – the problem of social cost.⁶⁹

With his 1960 paper, Coase established an entirely new field of study, now commonly referred to as law and economics.⁷⁰ In his role as editor of *Journal of Law and Economics*, Coase oversaw an economic revolution in numerous areas of American law, including contracts, torts, and property.⁷¹

⁶¹ MEDEMA, *supra* note 58 at 5–6.

⁶² DAVID M. LEVY & SANDRA J. PEART, *TOWARDS AN ECONOMICS OF NATURAL EQUALS: A DOCUMENTARY HISTORY OF THE EARLY VIRGINIA SCHOOL* (2020).

⁶³ William M. Landes, Dennis W. Carlton & Frank H. Easterbrook, *On the Resignation of Ronald H. Coase*, 26 *JOURNAL OF LAW AND ECONOMICS* iii (1983). Coase remained professor at Chicago until his death at the age of 102 in 2013.

⁶⁴ <https://www.nobelprize.org/prizes/economic-sciences/1991/press-release/> (last visited November 29, 2025).

⁶⁵ In his Nobel lecture, Coase offered a characteristically modest self-assessment: “In my long life I have known some great economists but I have never counted myself among their number nor walked in their company. I have made no innovations in high theory. My contribution to economics has been to urge the inclusion in our analysis of features of the economic system so obvious that, like the postman in G.K. Chesterton's *Father Brown* tale, *The Invisible Man*, they have tended to be overlooked.” <https://www.nobelprize.org/prizes/economic-sciences/1991/coase/lecture/> (last visited November 29, 2025).

⁶⁶ <https://www.nobelprize.org/prizes/economic-sciences/1991/press-release/> (last visited November 29, 2025).

⁶⁷ Ronald H. Coase, *The Federal Communications Commission*, 2 *JOURNAL OF LAW AND ECONOMICS* 1 (1959).

⁶⁸ Coase, *supra* note 3.

⁶⁹ COASE, *supra* note 6 at 157.

⁷⁰ Landes, Carlton, and Easterbrook, *supra* note 63; Keith N. Hylton, *Law and Economics Versus Economic Analysis of Law*, 48 *EUROPEAN JOURNAL OF LAW AND ECONOMICS* 77, 77 (2019). In his 2016 book, Calabresi argues that his 1961 paper — “along with Coase's piece” — sparked a flourishing decade in law and economics. CALABRESI, *supra* note 15 at 13. He adds that he was unaware of Coase's article, and he calls Coase's paper “greater” because he “did not spell out that causal symmetry as fully as Coase did,” and because “Coase's explicit discussion of the internalization of externalities was missing from [his] piece.” *Id.* at 181–182. The 1961 article is Guido Calabresi, *Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts*, 70 *YALE LAW JOURNAL* 499 (1961). A particularly interesting point is made in footnote 24 of the article. That omission matters: “internalization of externalities” is precisely what allows Coase to frame social cost as a problem of assigning rights and arranging institutions, rather than treating “externalities” as a one-way departure from an otherwise well-functioning market. The gap may look modest in a tort-focused setting, but it is substantial from the standpoint of property and social cost. Coase, *supra* note 22.

⁷¹ Shapiro's citation studies drew criticism. See, e.g. Richard A. Posner & William M. Landes, *Heavily Cited Articles in Law*, 71 *CHICAGO-KENT LAW REVIEW* 825 (1995). Among other points, Posner faulted Shapiro for ranking articles rather than scholars,

Before discussing The Problem of Social Cost, it is helpful to briefly review three of Coase's earlier papers, which address the nature of the firm,⁷² pricing under conditions of large-scale divergence,⁷³ and the concept of property (allocation of frequency waves through price mechanism).⁷⁴ The analytical framework Coase developed in these papers laid the foundation for the arguments he would later advance in The Problem of Social Cost.

IV.1. 1937: The Nature of the Firm

Firms in the British Empire had long played a crucial role in driving economic growth and innovation, expanding global trade, and supporting empire-building,⁷⁵ much like their counterparts in modern-day America. However, the 1930s highlighted their significance even more. In the United States, the Great Depression began with the Wall Street Crash of 1929 and quickly escalated into a global economic crisis.⁷⁶ The federal government responded with anti-Depression policies, including the New Deal programs.⁷⁷ It was during this time that Coase visited the U.S. to study the American corporate world.

The problem with firms was that if, as Adam Smith's system suggests, the economy runs without centralized planning — what Sir Arthur Salter described as an economy that “works itself”⁷⁸ —

then the existence of firms cannot be easily explained. This is because firms operate as highly hierarchical and centralized mechanisms. Within firms, the market mechanism is replaced by what Coase calls an “entrepreneur-coordinator.”⁷⁹ For example, Coase points out that when an employee changes departments within a firm, it is not “because of a change in relative prices, but because he is ordered to do so.”⁸⁰

Coase argues that economic models “suffered in the past from a failure to state clearly their assumptions.”⁸¹ Coase explains that the claim that the economy “works itself” holds true only when “the direction of resources is dependent directly on the price mechanism.”⁸² When the price mechanism is not the sole determinant of resource allocation — as is the case within firms, which Coase referred to as “islands of conscious power” — the classical definition of the decentralized nature of an economic system breaks down. Much like the socialist literature of the time, which offered fierce critiques of capitalism but provided no operational blueprint for a controlled economy, standard economic theory failed to explain the actual mechanics of coordination. Coase sought to fill this void by identifying the administrative decision as the functional substitute for the price mechanism.

Coase argues that firms arise due to market failures. Specifically, there are transactions that markets cannot efficiently perform, and firms

noting that “someone who wrote two articles each of which had been cited two hundred times would not appear on Shapiro's lists,” even though he would likely be a more significant scholar than an author of a single article cited 250 times and ranked 64th. *Id.* at 827; See also Ronald H. Coase, *Coase on Posner on Coase: Comment*, 149 JOURNAL OF INSTITUTIONAL AND THEORETICAL ECONOMICS 96 (1993).

⁷² Coase, *supra* note 2.

⁷³ Coase, *supra* note 22.

⁷⁴ Coase, *supra* note 67.

⁷⁵ PHILIP STERN, *THE COMPANY-STATE* 3–15 (2011).

⁷⁶ JASON S. SMITH, *A CONCISE HISTORY OF THE NEW DEAL* 1–30 (2014); ROBERT S. McELVAINE, *THE DEPRESSION AND NEW DEAL: A HISTORY IN DOCUMENTS* 13–15 (2000).

⁷⁷ MILTON FRIEDMAN & ANNA JACOBSON SCHWARTZ, *A MONETARY HISTORY OF THE UNITED STATES, 1867–1960* 420–492 (1963); ROBERT S. McELVAINE, *THE GREAT DEPRESSION: AMERICA, 1929–1941* (1984); JOHN KENNETH GALBRAITH, *THE GREAT CRASH 1929* (1954).

⁷⁸ ARTHUR SALTER, *ALLIED SHIPPING CONTROL: AN EXPERIMENT IN INTERNATIONAL ADMINISTRATION* 15 (1921); See citation in Coase, *supra* note 2 at 387.

⁷⁹ Coase, *supra* note 2 at 388.

⁸⁰ *Id.* at 387.

⁸¹ *Id.* at 386.

⁸² *Id.* at 387.

serve as mechanisms to carry out these transactions when the cost of performing them through the market is higher. For instance, long-term contracts, which require planning and coordination, are often more efficiently managed within a firm. Coase further explains that the growth and size of a firm depend on the number of transactions it can efficiently handle internally.⁸³

It is in this context that Coase first articulated the concept of 'transaction costs' — the costs associated with using the market mechanism — a foundational idea for understanding the existence and boundaries of firms. He notes that "[i]n order to explain why firms exist and what activities they undertake, I found it necessary to introduce a concept which I termed in that article 'the cost of using the price mechanism,' 'the cost of carrying out a transaction by means of an exchange on the open market,' or simply 'marketing costs.' To express the same idea in my article on 'The Problem of Social Cost,' I used the phrase 'the costs of market transactions.' These have come to be known in the economic literature as 'transaction costs.'"⁸⁴

IV.2. 1946: The Marginal Cost Controversy

Coase's 1960 publication was not his first attempt to address the divergence in large-scale production; an earlier example is his 1946 work, *The Marginal Cost Controversy*.⁸⁵ In it, Coase proposed internalizing costs by allocating them directly to consumers rather than relying on government taxation, which he argued was often less

effective.⁸⁶ However, while the analytical approach regarding cost allocation is similar, the implications in the context of *The Problem of Social Cost* are radically different, entailing the total elimination of private property and the free market system.

During World War II, the issue of pricing under conditions of decreasing average costs became especially critical for public utilities, defense industries, and government-managed services such as postal and telecommunications.⁸⁷ As Coase noted, "public utility industries provide some of the most striking instances of products supplied under conditions of decreasing average costs."⁸⁸ He observed these challenges firsthand while working as a statistician at the Forestry Commission (1940–41) and the Central Statistical Office of the War Cabinet (1941–46).⁸⁹

Prominent scholars, including Harold Hotelling and Abba Lerner, advocated for marginal cost pricing as the solution. This economic approach dictates that goods or services be priced equally to the cost of producing one additional unit, reflecting the true cost of resource usage. The concept is appealing because charging customers more than the marginal cost can reduce demand, leading to an inefficient allocation of resources. However, in large-scale production where average costs decline as output increases, marginal costs are typically lower than average costs. Consequently, businesses struggle to set prices that both reflect marginal costs and cover total production expenses.

⁸³ *Id.* at 393–395.

⁸⁴ COASE, *supra* note 6 at 6. However, Pigou in his *Welfare Economics* also talks about "[t]he way in which the size of the national dividend will be affected by a reduction of the obstacles to the movement of productive resources that are set up by ignorance and costs of movement." PIGOU, *supra* note 34 at 144. This closely resembles Coase's concept of transaction costs.

⁸⁵ Coase, *supra* note 22.

⁸⁶ Brett M. Frischmann & Christiaan Hogendorn, *The Marginal Cost Controversy*, 29 JOURNAL OF ECONOMIC PERSPECTIVES 193 (2015).

⁸⁷ Coase, *supra* note 22 at 178.

⁸⁸ *Id.*

⁸⁹ MEDEMA, *supra* note 58 at 1–6.

Despite the fact that the Hotelling-Lerner solution was so widely accepted that one commentator claimed it was “not open to serious objection,”⁹⁰ Coase dismissed the strategy as “a recipe for waste on a grand scale.”⁹¹ Instead, he proposed an innovative solution utilizing a system of multi-part pricing. Coase argued that customers must pay for the full value of the product, covering both production and delivery. Ultimately, this method allowed all customers to be charged the same marginal cost for production, while additional charges for transportation were calculated based on location.

This methodology strongly parallels the solution Coase later offered in *The Problem of Social Cost*. Rather than adopting the externality model — which relies on subsidizing divergence — Coase instead argues for internalizing externalities.

IV.3. 1959: Federal Communications Commission

Coase first articulated his theory of property in his 1959 paper, *The Federal Communications Commission*.⁹² The goal was to regulate the communications industry in a way that introduced market-based solutions — primarily the price mechanism — without sacrificing the government’s vital interests.⁹³ These interests included

ensuring control over who ultimately wielded power in broadcasting and what messages were delivered to the public through various programs.⁹⁴

Initially, the primary users of radio communication were ships, which relied on this technology to send signals to other vessels and communicate with the shore. The unregulated nature of the industry allowed all willing parties to occupy frequencies. Among others, the Department of the Navy explicitly called for regulations to “bring some sort of order out of the turbulent condition of radio communication.”⁹⁵ By 1934, the regulation of telephone and telegraph services was consolidated into the newly formed Federal Communications Commission (FCC), which centralized communication regulation in the United States.⁹⁶ The FCC exercised discretion in granting broadcasting licenses, to allocate prime-time wavelengths efficiently and prevent their misuse. However, this discretion led to legal challenges, including constitutional issues. The Supreme Court, for example, struck down certain laws restricting licensing discretion, which undermined the government’s ability to govern communications effectively.⁹⁷

It was within this context that in his 1959 paper, Coase proposed a market-based solution to

⁹⁰ James E. Meade & John M. Fleming, *Price and Output Policy of State Enterprise*, 54 *ECONOMIC JOURNAL* 321, 318 (1944); Coase, *supra* note 22 at 169; Marcus Fleming, *Production and Price Policy in Public Enterprise*, 17 *ECONOMICA* 1 (1950); Frischmann and Hogendorn, *supra* note 86.

⁹¹ COASE, *supra* note 6 at 18.

⁹² Coase, *supra* note 67.

⁹³ European Court of Human Rights, *Rustavi 2 Broadcasting Company Ltd and Others v. Georgia*, no. 16812/17, Judgment, 18 July 2019, final 9 December 2019.

⁹⁴ Coase traces U.S. spectrum regulation back to the Radio Act of 1912. Interference during the 1920s exposed the Act’s limits, leading to the Radio Act of 1927 and the creation of the Federal Radio Commission to assign frequencies in the “public interest.” After the FCC replaced the FRC in 1934, it distributed licenses through comparative hearings and, from 1981, lotteries. Thomas W. Hazlett, *Assigning Property Rights to Radio*

Spectrum Users: Why Did FCC License Auctions Take 67 Years, 41 *JOURNAL OF LAW AND ECONOMICS* 529, 530–532 (1998). Not until the post–Cold War era did the United States adopt market allocation: in 1994 the FCC shifted to public auctions, explaining that earlier methods “failed to ensure that licenses would quickly go to the most efficient firms.” Jonathan Blake, *FCC Licensing: From Comparative Hearings to Auctions*, 47 *FEDERAL COMMUNICATIONS LAW JOURNAL* 277 (1994); FCC, *REPORT TO CONGRESS ON SPECTRUM AUCTIONS* 7 (1997). As *The New York Times* reported, the first auction produced opening bids “five times higher” than expected. Teresa Riordan, *F.C.C.’s Auction Draws Rich Bids*, *NEW YORK TIMES*, July 26, 1994.

⁹⁵ Coase, *supra* note 67 at 2.

⁹⁶ *Id.*

⁹⁷ *Id.* at 1–12.

the problem of wavelength allocation. Rather than relying on an arbitrary licensing system to control the allocation of frequencies and ensure their most valuable use, he advocated selling them through open auctions. Coase argued that if the allocation of wavelengths were determined by the price mechanism, ownership would naturally gravitate toward the most valuable uses. Coase explained that the peculiar nature of frequencies as a resource would not prevent them from being distributed on a market just like any other resource.⁹⁸ He demonstrated that the scarcity of wavelengths as a resource does not preclude the price mechanism from effectively governing their allocation. In *National Broadcasting Co. v. United States*, Justice Felix Frankfurter, writing for the Court, justified government regulation of radio communications by stating that “the radio spectrum simply is not enough to accommodate everybody.”⁹⁹ Coase, however, argued that scarcity is a fundamental characteristic of every resource traded in a market. He cited Rembrandt’s paintings as an example: although limited in number, they are “commonly disposed of by auction.”¹⁰⁰

Most importantly, Coase demonstrated that the initial allocation of frequencies is irrelevant in determining the ultimate beneficiaries of those resources. This is because the initial allocation — often determined through an auction — only identifies the initial owner of the wavelength. The ultimate user of the wavelength, however, is not a legal question but an economic one. Coase showed that, like any resource allocated via a price mechanism, frequency wavelengths would naturally gravitate toward their most valuable

use. To illustrate this, Coase used the example of a cave. Upon discovery, a cave may legally belong to its discoverer or, depending on the law, to the owner of the land where its entrance is located. However, this does not mean that caves, in general, belong permanently or even on average to their discoverers. Ownership eventually transfers to those who value them most. As Coase explained “[t]his proposition, which seems difficult to dispute when it relates to the right to use a cave, could also be applied to the right to emit electrical radiations.”¹⁰¹

The cornerstone of Coase’s groundbreaking framework is the concept of property rights. In *The Federal Communications Commission*, he disagreed with the position that ascribed “the confusion which existed before government regulation to a failure of private enterprise and the competitive system.”¹⁰² He explained that “the real cause of the trouble was that no property rights were created in these scarce frequencies.”¹⁰³ This is exactly how the ownership on land works which “can be allocated to land users without the need for government regulation by using the price mechanism. But if no property rights were created in land, so that everyone could use a tract of land, it is clear that there would be considerable confusion and that the price mechanism could not work because there would not be any property rights that could be acquired.”¹⁰⁴ It is when “property rights are created in resources, and ... someone wishing to use a resource has to

⁹⁸ Critics feared that allocating broadcasting rights by price would simply hand them to the wealthiest bidders, not necessarily to their highest-valued uses. Coase replied that this is a standard feature of any market: prices reflect preferences, including those backed by greater wealth, and attempts to buy “everything” would bid prices up and limit further purchasing, allowing others to compete. As he put it: “The same system which enables a man with \$1 million to obtain \$1 million’s worth of

resources enables a man with \$1,000 to obtain \$1,000’s worth of resources.” *Id.* at 19.

⁹⁹ *National Broadcasting Co. v. United States*, 319 U.S. 190 (1943).

¹⁰⁰ Coase, *supra* note 67 at 20.

¹⁰¹ COASE, *supra* note 6 at 157.

¹⁰² Coase, *supra* note 67 at 14.

¹⁰³ *Id.*

¹⁰⁴ *Id.*

pay the owner to obtain it [that] [c]haos disappears.”¹⁰⁵ In this model the central role of the government remains to establish “a legal system to define property rights and to arbitrate disputes.”¹⁰⁶

One crucial aspect of Coase’s analysis is of course that, while he argues for private ownership of property rights, these rights are not truly “properties”; rather, they are government-held licenses, such as the right to use a specific radio or television frequency wavelength.¹⁰⁷

IV.4. 1960: The Problem of Social Cost

“[T]he free play of self-interest, so far as it is not hampered by ignorance, tends, in the absence of costs of movement, so to distribute resources among different uses and places to render rates of return everywhere equal.”

— Arthur C. Pigou¹⁰⁸

¹⁰⁵ *Id.*

¹⁰⁶ *Id.*

¹⁰⁷ Kirsten Foss & Nicolai Foss, *Coasian and Modern Property Rights Economics*, 11 JOURNAL OF INSTITUTIONAL ECONOMICS 391 (2015).

¹⁰⁸ PIGOU, *supra* note 34 at 142.

¹⁰⁹ CALABRESI, *supra* note 15 at 181, n. 30.

¹¹⁰ Coase, *supra* note 3 at 1. In his memoir, George Stigler recounts that after Coase’s 1959 FCC article, about twenty Chicago economists met at Aaron Director’s house (Milton Friedman’s brother-in-law and founder of the Journal of Law and Economics) to debate what became known as the Coase Theorem. Stigler says they balked at the claim that, in a zero-transaction-cost world, “whatever the assignment of legal rights ... would have no effect” on resource use. GEORGE J. STIGLER, MEMOIRS OF AN UNREGULATED ECONOMIST 76 (1985). He adds that, after two hours of argument, the group swung from overwhelming opposition to unanimous support. Stigler “lamented afterward that [they] had not had the clairvoyance to tape it.” *Id.* The story is often invoked to reassure skeptics of the theorem’s popularized form: if eminent economists initially resisted it, lay skepticism is understandable; and if they ultimately accepted it, its logic is presumably sound. But that appeal to authority has limits. Economics was not among the prizes Alfred Nobel specified in his 1895 will; the economics prize was created only in 1968 by Sweden’s central bank as the Sveriges Riksbank Prize in Economic Sciences in Memory of Alfred Nobel. Although not an original Nobel Prize, it became the field’s premier distinction, shaped by twentieth-century efforts to “understand and control ... business cycles.” AVNER OFFER & GABRIEL SÖDERBERG, THE NOBEL FACTOR: THE PRIZE IN

Although The Problem of Social Cost is dated October 1960, it was in fact published in 1961.¹⁰⁹ In his first footnote, Coase explains that “[t]he argument of the present article was implicit in a previous article dealing with the problem of allocating radio and television frequencies ... but comments which I have received seemed to suggest that it would be desirable to deal with the question in a more explicit way and without reference to the original problem for the solution of which the analysis was developed.”¹¹⁰

Despite this being Coase’s second attempt to illustrate his point, the paper remains largely misunderstood. This confusion, however, stems from its deliberately deceptive design, coupled with equally misguided scholarly interpretation.¹¹¹ To

ECONOMICS, SOCIAL DEMOCRACY, AND THE MARKET TURN 68 (2016). Its stature is reflected in the laureate list, which is dominated by scholars at elite American universities.

¹¹¹ Legal scholarship has often responded to Coase’s ambiguities with “little more than a vast mopping-up operation” that obscures or covers the underlying issues. Coase, *supra* note 71 at 96. The result is a proliferation of “Coase Theorems,” whose interpretation can resemble “interpreting a work of modern art.” Steven G. Medema, *The Coase Theorem at Sixty*, 58 JOURNAL OF ECONOMIC LITERATURE 1045, 1071 (2020). See also the ‘oversimplified’ and ‘positive’ Coase Theorem in Robert P. Merges & Richard R. Nelson, *On the Complex Economics of Patent Scope*, 90 COLUMBIA LAW REVIEW 839, 876 (1990); ROBERT COOTER & THOMAS ULEN, LAW AND ECONOMICS 105 (1988). Most commentary attacks Coase by disputing his assumptions, while rarely challenging his system as socialist — or even state-run capitalist. Robin Hahnel & Kristen A. Sheeran, *Misinterpreting the Coase Theorem*, 43 JOURNAL OF ECONOMIC ISSUES 215 (2009). Some authors admit their rendering is not quite right but use it anyway: “Coase recognized that this result was not really his ‘Theorem,’ but a device for emphasizing the importance of transaction costs ... Nevertheless, because the term ‘Coase Theorem’ is widely accepted, this Article will utilize it.” Elizabeth Hoffman & Matthew L. Spitzer, *Willingness to Pay vs. Willingness to Accept: Legal and Economic Implications*, 71 WASHINGTON UNIVERSITY LAW QUARTERLY 59, 63 (1993). One commentator even suggests that the substantive evaluation of Coase’s analysis goes beyond the lawyers’ agenda: “Perhaps some of the attraction of Coase’s ideas may be explained by ideology. This is a disturbing view of scholarship, but one to which lawyers in particular are accustomed. A lawyer or legal

correctly understand Coase, it is essential to identify its thesis, that the best economic arrangement can be achieved if the country's economy is centrally planned, like a firm, where private ownership is eradicated and all the factors of production belong to the government. In this framework, the state chooses between markets, firms, and administrative decisions to optimize resource allocation.

This is Coase's solution to the problem of social cost, and all ten chapters of the paper systematically converge toward this central thesis.

IV.4.1. Chapter I. The Problem to Be Examined

Coase opens the paper by stating that it "is concerned with those actions of business firms which have harmful effects on others."¹¹² However, he does not merely discuss disputes among neighbors.¹¹³ Coase argues that economists, in their standard analysis of these actions, have "largely followed the treatment of Pigou"¹¹⁴ — a framework he deems "not necessarily, or even usually, desirable."¹¹⁵ Coase "propose[s] to show the inadequacy of this Pigovian tradition by demonstrating that both the analysis and the policy conclusions which it supports are incorrect."¹¹⁶

Of course, Pigou was not a scholar of tort law or nuisance. Here, Coase refers to Pigou's concept of externalities. Coase redefines the concept of property, viewing factors of production as rights to perform certain activities — including harmful ones. Therefore, when he discusses harmful business activities, he is essentially addressing property rights, which is a key aspect of his solution to

the problem of social cost.

IV.4.2. Chapter II. The Reciprocal Nature of the Problem

In the second chapter of the paper, Coase explains that conflicting usage of different factors of production should not be resolved based on their ownership. The reason for this is that the goal "is to avoid the more serious harm."¹¹⁷ Here, Coase refers to harm to the national dividend. When a factor of production — a physical asset such as land, for example — belongs to an owner, he may not be willing to trade his property rights, even to those who plan to use that factor of production with higher efficiency. Whether this is due to ignorance or other reasons, for Coase, it represents a transaction cost. This is why he claims that by refusing to let businesses interfere with the owner's property rights, we may be causing greater harm. Thus, the problem has a reciprocal nature.

IV.4.3. Chapters III-IV. The Pricing System with (No) Liability for Damage

In the third and fourth chapters, Coase demonstrates that in a world without transaction costs, resources are allocated efficiently, flowing to their most valuable use irrespective of who owns them. This is the part where the analysis now known as the Coase Theorem is introduced. Coase, however, does not himself formulate the theorem. In an ironic twist, the formulation of the 'Coase Theorem' is credited to George Stigler.¹¹⁸

scholar has an agenda, often a normative one, and may use whatever tools are helpful in advancing that agenda. So, if Coase's ideas further lawyers' agendas, they may be attractive to lawyers for that reason alone. Undeniably, ideas are sometimes accepted or rejected because of their political content. But a general warning about political explanations may be appropriate at the outset. This explanation for an idea's attraction is perhaps too powerful, precisely because both acceptance and rejection can be termed political." Schwab, *supra* note 22 at 1194–1195.

¹¹² Coase, *supra* note 3 at 1.

¹¹³ In this context, social cost is defined as the cost associated with operating the price mechanism. COASE, *supra* note 6 at 6.

¹¹⁴ Coase, *supra* note 3 at 1.

¹¹⁵ *Id.* at 2.

¹¹⁶ *Id.* at 39.

¹¹⁷ *Id.* at 2.

¹¹⁸ COASE, *supra* note 6 at 14; STIGLER, *supra* note 110 at 77.

This really is the theory of Adam Smith and the classical economic approach, which considers the free market and its “invisible hand” to direct the flow of resources to their most valuable use.

IV.4.4. Chapters V, VII: The Problem Illustrated Anew & the Legal Delimitation of Rights and the Economic Problem

In the fifth and seventh chapters, Coase illustrates how, in practice, the conflicting usage of property — factors of production — can take different forms, and how the courts, using legal terminology such as “reasonable” and “common or ordinary use,” can influence economic policy and resource allocation.¹¹⁹ In the fifth chapter, Coase discusses four English cases with varied remedies afforded by the court, ranging from granting full injunctions to refusing such relief (leaving the plaintiff to seek damages) or finding no liability at all; in the seventh chapter, he discusses a more diverse range of American cases.

The reason Coase analyzes these cases is that when market transactions are not costless, the initial delimitation of rights can have serious economic consequences. High transaction costs prevent value-maximizing deals from occurring, and therefore, the property (or factor of production) remains with the initial owner.

IV.4.5. Chapters VIII-IX: Pigou’s Treatment in “The Economics of Welfare” & The Pigovian Tradition

In the eighth and ninth chapters, Coase discusses Pigou’s approach, which he developed in his book *The Economics of Welfare*, considering it

to be largely a product of oral tradition. Ironically, much of the criticism Coase launches at Pigou can also be applied to Stigler’s Coase Theorem.

Generally, Coase’s attack on Pigou is one major reason for the reader’s confusion. The orthodox narrative around the Coase Theorem is that it is a counter to Pigouvian taxation. Coase is portrayed as a free-market libertarian who criticizes Pigou for proposing inefficient government intervention, arguing instead that the parties’ contractual autonomy can solve the economic problem.

Perhaps to add a layer of theatrical authenticity to this criticism, Coase goes beyond mere academic disagreement, launching a vicious personal attack on Pigou — who had died in 1959, the same year Coase’s FCC paper was published and just before *The Problem of Social Cost* appeared.¹²⁰ In the paper, Coase asserts that “[i]t is strange that a doctrine as faulty as that developed by Pigou should have been so influential.”¹²¹ He attributes part of this success to “the lack of clarity in the exposition,”¹²² claiming that Pigou’s analysis, “[n]ot being clear, ... was never clearly wrong.”¹²³ Coase goes further, effectively accusing the academy of complicity in this confusion. He writes that “the treatment in the literature is usually so fragmentary, often involving little more than a reference to Pigou plus some explanatory comment, that detailed examination would be inappropriate.”¹²⁴ He asserts that Pigou’s doctrine is not a rigorous academic theorem, but rather an anecdotal construct — the result of a “fairly well-defined oral tradition.”¹²⁵ He suggests that “[w]hat economists think they learn from Pigou, and what they tell their students, which [he] term[s] the Pigovian tradition,”¹²⁶ stand in stark contrast. Ultimately, Coase delivers a withering assessment

¹¹⁹ Coase, *supra* note 3 at 22.

¹²⁰ IAN KUMEKAWA, *THE FIRST SERIOUS OPTIMIST: A. C. PIGOU AND THE BIRTH OF WELFARE ECONOMICS* 208 (2017).

¹²¹ Coase, *supra* note 3 at 39.

¹²² *Id.*

¹²³ *Id.*

¹²⁴ *Id.*

¹²⁵ *Id.*

¹²⁶ *Id.*

that “[i]t is difficult to resist the conclusion, extraordinary though this may be in an economist of Pigou’s stature, that the main source of this obscurity is that Pigou had not thought his position through.”¹²⁷ However, Coase’s assault on Pigou extended well beyond *The Problem of Social Cost*. In a 1988 publication, Coase dismissed Pigou’s analysis as appearing to be “based on the reading of a few books or articles.”¹²⁸ He cites Austin Robinson, whose impression was that Pigou was “seeking always realistic illustrations for quotations in his own work”¹²⁹ — a remark Coase uses to suggest that Pigou lacked the capacity to construct general theoretical analyses or grasp the broader significance of the illustrations he employed. Coase even dedicated a separate paper to *The Appointment of Pigou as Marshall’s Successor*.¹³⁰ There, he framed the selection process at the end of Marshall’s career as merely a search for “a young lecturer on economics, who has time and strength to do drill work for men of medium ability.”¹³¹ He further notes that when Pigou arrived at Cambridge, “he would hardly be ripe for lecturing.”¹³² Finally, Coase goes so far as to imply that some of Pigou’s early published work may, in fact, have originated with Herbert H. Foxwell.¹³³

Given the ferocity of these attacks, one might expect Coase to dismantle the substance of Pigou’s analysis and propose a superior alternative. Yet, he does neither. In a surprising concession, Coase explicitly acknowledges that Pigou’s “analysis as such is correct.”¹³⁴ His core objection rests instead on the claim that “Pigou does not seem to have noticed that his analysis is dealing

with an entirely different question.”¹³⁵ This is precisely what Coase himself does: rather than proposing improvements to Pigou’s system, he completely overhauls it to introduce a whole new economic design. Pigou did not call for government intervention in all situations, acknowledging that some divergences allow for contractual resolution.¹³⁶ Coase, of course, cannot demonstrate such private remedies in cases where “it would cost too much to put the matter right,”¹³⁷ unless he invents a ‘magical’ solution to an otherwise impossible riddle.

IV.4.6. Chapters VI, X. The Cost of Market Transactions Taken into Account & A Change of Approach

Perhaps the most important are the sixth and tenth chapters of the paper. In the sixth chapter, Coase discusses what should be done when transaction costs are introduced. He writes that “[t]he argument has proceeded up to this point on the assumption (explicit in Sections III and IV and tacit in Section V) that there were no costs involved in carrying out market transactions. This is, of course, a very unrealistic assumption.” In such situations, the government should employ a mixture of economic arrangements — the free market, the firm, and administrative decisions — based on which approach results in the highest national dividend.

Coase opens the final tenth chapter, ‘A Change of Approach,’ by stating that “... the failure of economists to reach correct conclusions about the treatment of harmful effects cannot be ascribed simply to a few slips in analysis. It stems

¹²⁷ *Id.*

¹²⁸ COASE, *supra* note 6 at 22.

¹²⁹ *Id.* at 22–23. However, “[w]hen he died in 1959, Robinson described him in the Times as ‘the outstanding economist of his generation.’” KUMEKAWA, *supra* note 120 at 2.

¹³⁰ Coase, *supra* note 29.

¹³¹ *Id.* at 474.

¹³² *Id.* at 475.

¹³³ *Id.* at 477.

¹³⁴ Coase, *supra* note 3 at 34.

¹³⁵ *Id.*

¹³⁶ Coase himself acknowledges this. *Id.* at 38.

¹³⁷ *Id.* at 39. Yet Coase accuses Pigou of conflating different types of divergences — as if implying that his own supposed confusion was deliberate. *Id.* at 34–35.

from basic defects in the current approach to problems of welfare economics. What is needed is a change of approach.”¹³⁸ He lists three barriers to a satisfactory theory of optimal resource allocation: (1) a fixation on externalities that ignores total effects, (2) the fallacy of comparing markets to ideal worlds, and (3) the error of viewing production factors as physical objects rather than rights.

Taken to their logical conclusion, these points argue for eliminating private property and free markets, replacing them with a national economy run like a firm through centralized planning.

IV.4.6.1. Elimination of Private Property

Coase’s most controversial contribution is his third point. For Coase, private property acts as a transaction cost — a friction impeding the efficient flow of resources, attributable, perhaps, to the endowment effect.¹³⁹ Consequently, he calls for its elimination; his redefinition of property makes such a conclusion inevitable.

¹³⁸ Coase, *supra* note 3 at 42.

¹³⁹ Behavioral economics is often presented as a challenge to Coase, particularly regarding the “endowment effect” — the tendency to value an owned entitlement higher than the willingness to pay to acquire it. Herbert Hovenkamp, *Legal Policy and the Endowment Effect*, 20 JOURNAL OF LEGAL STUDIES 225, 225 (1991). Critics argue that this phenomenon demonstrates the Coase Theorem’s failure to accurately predict resource exchange. For example, in the influential article *A Behavioral Approach to Law and Economics*, the authors analyze a market simulation in which students traded tokens efficiently, aligning with Coase’s predictions. However, trades plummeted when the tokens were replaced with Cornell coffee mugs. Christine Jolls, Cass R. Sunstein & Richard Thaler, *A Behavioral Approach to Law and Economics*, 50 STANFORD LAW REVIEW 1471 (1998). The authors argue that the endowment effect prevented the predicted allocation. *Id.* at 1484. However, this critique misinterprets Coase. The introduction of the mugs creates a friction that, under Coase’s definition, constitutes a transaction cost; the owner’s psychological unwillingness to trade is itself a cost that alters the flow of resources. Interestingly, while the article begins by stating that “Objections to the rational actor model in law and economics are almost as old as the field itself,” Coase never relied on the “rational actor” model. Mark Kelman, *Consumption Theory, Production Theory, and Ideology in the Coase Theorem*, 52 SOUTHERN CALIFORNIA LAW REVIEW 669

IV.4.6.1.1. Redefinition of the Property Concept: Bundle of Rights

Coase critiques “a faulty concept of a factor of production.”¹⁴⁰ He proposes that “if factors of production are thought of as rights, it becomes easier to understand that the right to do something which has a harmful effect (such as the creation of smoke, noise, smells, etc.) is also a factor of production.”¹⁴¹ This perspective was not entirely new. Coase advanced the ‘bundle of rights’ conception of ownership in his FCC paper as well, explicitly equating the ownership of a cave — immovable real property — to the holding of a radio or television frequency license. In *The Problem of Social Cost*, he explains that “[w]e may speak of a person owning land and using it as a factor of production, but what the land-owner in fact possesses is the right to carry out a circumscribed list of actions.”¹⁴² Consequently, Coase calls for a redefinition of property rights.¹⁴³

(1979). While Sunstein and Thaler critique the assumption of rationality, Coase explicitly rejected utilitarian maximization, noting that humans rarely maximize anything “unless it be unhappiness.” COASE, *supra* note 6 at 4.

¹⁴⁰ Coase, *supra* note 3 at 44.

¹⁴¹ *Id.*

¹⁴² *Id.* Coase’s conceptualization of property as a right of usage, rather than physical ownership, is more economic than legal. He notes that “[i]t is not even always possible for [owner] to remove the land to another place, for instance, by quarrying it.” *Id.* By contrast, the owner of personal or movable goods can remove and transport them at will — a reflection of the ancient legal maxim *mobilia sequuntur personam* (movables follow the person).

¹⁴³ Scholars have attempted to construct a new theory of property upon Coase’s foundation, yet these efforts have ultimately proven unsuccessful. Harold Demsetz, *Toward a Theory of Property Rights*, 57 AM. ECON. REV. 347 (1967); Guido Calabresi & A. Douglas Melamed, *Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral*, 85 HARV. L. REV. 1089 (1972). In a distinct departure from such economic efficiency models, Margaret Jane Radin offered a compelling alternative framework, grounding property rights in their connection to personhood rather than market value. Margaret Jane Radin, *Property and Personhood*, 34 STAN. L. REV. 957 (1982).

IV.4.6.1.2. Turning Property into a State-Granted License

A right is, by its very nature, non-physical. This stands in sharp contrast to the traditional perspective, in which a factor of production is “usually thought of as a physical entity which the businessman acquires and uses (an acre of land, a ton of fertiliser) instead of as a right to perform certain (physical) actions.”¹⁴⁴ Under this framework, the owner no longer possesses the property itself, but merely a right to perform specific activities — rights that are, ultimately, granted by the government.¹⁴⁵

This reconceptualization effectively excises the substance of private ownership from the economy, leaving the government as the ultimate arbiter — and, by implication, the ultimate owner — of all factors of production.¹⁴⁶

Coase came closest to explicitly acknowledging this in his 1988 publication, where he wrote that “[i]n such a world the institutions which make up the economic system have neither substance nor

purpose. Cheung has even argued that, if transaction costs are zero, “the assumption of private property rights can be dropped without in the least negating the Coase Theorem,” and he is no doubt right.”¹⁴⁷

IV.4.6.2. Elimination of the Free Market Economy

In his second point, Coase rejects the free market economy as the principal mechanism for resource allocation. He argues that analyzing the economy as an approximation of an “ideal world” is counterproductive, as the parameters of such a world — monetary, legal, or political — are unknowable.¹⁴⁸ Instead, Coase claims that “[a] better approach would seem to be to start our analysis with a situation approximating that which actually exists, to examine the effects of a proposed policy change and to attempt to decide whether the new situation would be, in total, better or worse than the original one.”¹⁴⁹

Although Coase proposes a mixture of approaches, this methodology is, in essence, tanta-

¹⁴⁴ Coase, *supra* note 3 at 44.

¹⁴⁵ One author observes that “Coase was more interested in how property rights are (or should be) allocated and exchanged than in the content or definition of these property rights. “The problem of social cost” uses the term “property right”, but in the examples on which the analysis is based, agents are “liable” or not, and the reciprocal situations of liability are not exactly symmetrical.” Elodie Bertrand, *Coase and Property Rights*, in *ENCYCLOPEDIA OF LAW AND ECONOMICS* (Jürgen Backhaus ed., 2015). Another author, however, offers an interesting observation “that throughout his article, Coase never uses the term ‘property rights,’ nor does he make any explicit attempt to elucidate the meaning of the concept.” Giorgos Meramveliotakis, *Reciprocity Principle and Private Property Rights in Land: Coasean World Is Neither Neoclassical Nor Capitalist*, 135 *LAND USE POLICY*, 4 (2023). The author argues that “both the reciprocity principle and the bundle of use rights conception, when applied in the context of private property in land, particularly in cases of land trespass and invasion, undermine the centrality of exclusion rights to the institution of property, thus contradicting the very nature of rights over land property.” *Id.* at 5.

¹⁴⁶ Some scholars view the system entailed by Coase’s analysis with skepticism, characterizing it as essentially socialist. Reply-

ing to Deirdre McCloskey — who noted that only a dozen people understand the ‘Real Coase Theorem’ — Professor Block argued: “A few comments about this. First, it is exceedingly unlikely that only a “corporal’s guard” of economists understand this distinction. ... Second, if there is any corporal’s guard floating around, it is not the one cited by McCloskey. Rather, it consists of fewer than a half dozen economists who have rejected, in McCloskey’s terms, both the “Coase” theorem and the Coase theorem. I refer to those who have criticized both versions, but particularly the second one, without the quote marks, the one favored by McCloskey, as nothing less than a socialist attempt to undermine the institution of private property rights. That is because, in short, when the judge’s decision “does matter,” scholars in the Chicago tradition are calling for the judge to make himself into a socialist central planner.” Walter Block, *Private Property Rights, Economic Freedom, and Professor Coase: A Critique of Friedman, McCloskey, Medema, and Zorn*, 26 *HARVARD JOURNAL OF LAW & PUBLIC POLICY* 923, 935–936 (2003); McCloskey, *supra* note 7 at 368.

¹⁴⁷ COASE, *supra* note 6 at 14–15; STEVEN N. S. CHEUNG, *WILL CHINA GO CAPITALIST?* 37 (1986). In 2012, Coase also published the book on the topic of China. COASE AND WANG, *supra* note 14.

¹⁴⁸ Coase, *supra* note 3 at 43.

¹⁴⁹ *Id.*

mount to a total government takeover. If resources are not allocated by the free market — guided by the “invisible hand” — the alternative is inevitable: the government, acting as the ultimate owner of all factors of production, assumes the sole power to decide.

IV.4.6.3. The Government as a Super-Firm

Once private property and the free market are eliminated, and ownership over all factors of production has been consolidated, the crucial question for the government becomes how these factors should be effectively organized and allocated. Here, Coase proposes utilizing a mixture of markets, firms, and administrative decisions, determining the optimal choice by employing an “opportunity cost approach and compar[ing] the receipts obtained from a given combination of factors with alternative business arrangements.”¹⁵⁰

IV.4.6.3.1. A Free Market: When Transaction Costs Are Low

Coase identifies transaction costs as the principal impediment to effective resource allocation within a free market. He writes that the “rearrangement of legal rights through the market ... would lead to an increase in the value of production [assuming] costless market transactions.”¹⁵¹ However, he notes that “once the costs of carrying out market transactions are taken into account it is clear that such a rearrangement of rights will only be undertaken when the increase in the value of production consequent upon the rearrangement is greater than the costs which would be involved in bringing it about.”¹⁵²

For Coase, transaction costs primarily include the owner’s will to deal, as well as the logistical burdens associated with executing the exchange. He indicates that “in order to carry out a market transaction it is necessary to discover who it is that one wishes to deal with, to inform people that one wishes to deal and on what terms, to conduct negotiations leading up to a bargain, to draw up the contract, to undertake the inspection needed to make sure that the terms of the contract are being observed, and so on.”¹⁵³ He concludes that these operations are often “sufficiently costly at any rate to prevent many transactions that would be carried out in a world in which the pricing system worked without cost.”¹⁵⁴ Thus, when transaction costs are high, markets fail, and alternative systems of resource allocation must be employed.

IV.4.6.3.2. A Firm: When Transaction Costs are High

Coase explains that “an alternative form of economic organisation which could achieve the same result at less cost than would be incurred by using the market would enable the value of production to be raised.”¹⁵⁵ For him, “the firm represents such an alternative.”¹⁵⁶ He acknowledges that “it does not, of course, follow that the administrative costs of organising a transaction through a firm are inevitably less than the costs of the market transactions which are superseded.”¹⁵⁷ However, the firm becomes the preferred mechanism “where contracts are peculiarly difficult to draw up and an attempt to describe what the parties have agreed to do or not to do (e.g. the amount and kind of a smell or noise...) would necessitate a lengthy and highly involved document, and,

¹⁵⁰ *Id.*

¹⁵¹ *Id.* at 15.

¹⁵² *Id.*

¹⁵³ *Id.*

¹⁵⁴ *Id.*

¹⁵⁵ *Id.* at 16.

¹⁵⁶ *Id.*

¹⁵⁷ *Id.*

where, as is probable, a long-term contract would be desirable.”¹⁵⁸ The efficiency of the firm arises because “within the firm individual bargains between the various cooperating factors of production are eliminated and for a market transaction is substituted an administrative decision.”¹⁵⁹ Consequently, “the rearrangement of production then takes place without the need for bargains between the owners of the factors of production.”¹⁶⁰

IV.4.6.3.3. An Administrative Action: When Transaction Costs Are Too High

Coase observes, however, that “the firm is not the only possible answer to this problem. The administrative costs of organising transactions within the firm may also be high, and particularly so when many diverse activities are brought within the control of a single organization.”¹⁶¹ In such cases, “an alternative solution is direct Government regulation. Instead of instituting a legal system of rights which can be modified by transactions on the market, the government may impose regulations which state what people must or must not do and which have to be obeyed.”¹⁶² This power distinguishes a government from firms. “The government is able, if it wishes, to avoid the market altogether, which a firm can never do. The firm has to make market agreements with the owners of the factors of production that it uses. Just as the government can conscript or seize property, so it can decree that factors of production should only be used in such-and-such a way. Such authoritarian methods save a lot of trouble (for those doing the organising). Furthermore, the government has at its disposal

the police and the other law enforcement agencies to make sure that its regulations are carried out.”¹⁶³

Coase illustrates how police power can be used to rearrange factors of production by citing the aviation case *Smith v. New England Aircraft Co.*,¹⁶⁴ where the court stated that “[i]t is the proper function of the legislative department of government in the exercise of the police power to consider the problems and risks that arise from the use of new inventions and endeavor to adjust private rights and harmonize conflicting interests by comprehensive statutes for the public welfare. ... There are ... analogies where the invasion of the airspace over underlying land by noise, smoke, vibration, dust and disagreeable odors, having been authorized by the legislative department of government and not being in effect a condemnation of the property although in some measure depreciating its market value, must be borne by the landowner without compensation or remedy. Legislative sanction makes that lawful which otherwise might be a nuisance.”¹⁶⁵

However, “[t]he government is, in a sense, a super-firm (but of a very special kind)”¹⁶⁶ and an administrative decision is not always the best option. It works in private firms because the “firm is subject to checks in its operations because of the competition of other firms, which might administer the same activities at lower cost and also because there is always the alternative of market transactions as against organisation within the firm if the administrative costs become too great.”¹⁶⁷ The government lacks this luxury, which necessitates the use of a mix of social arrangements, depending on which proves more effective.

¹⁵⁸ *Id.* at 16–17.

¹⁵⁹ *Id.* at 16.

¹⁶⁰ *Id.*

¹⁶¹ *Id.* at 17.

¹⁶² *Id.*

¹⁶³ *Id.*

¹⁶⁴ *Smith v. New England Aircraft Co., Inc.*, 270 Mass. 511 (1930). See citation in *Id.* at 26.

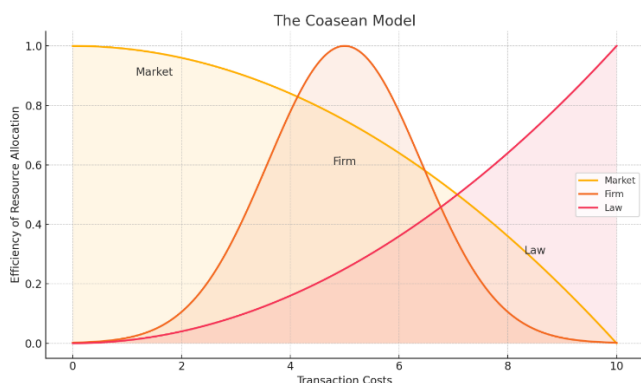
¹⁶⁵ *Id.*

¹⁶⁶ *Id.* at 17.

¹⁶⁷ *Id.*

IV.4.6.3.4. Full Control Over the Movement of Resources

This is a very flexible system as markets, firms, and law allow the government to determine the allocation of resources at any point in the economy. Markets have a natural tendency to maximize value. Therefore, if there are no transaction costs, the final destination of the factors of production is known. Transaction costs, when introduced, can slow down this process and perhaps even reverse it. And, law is always an option for the government, and it allows for the initial allocation of property rights in any part of the economy. Therefore, the government determines the initial allocation of the factors of production, their final destination, and can control the speed at which this movement takes place by adjusting the parameters of transaction costs.



Finally, “[i]f one is not an economist, [and thus is] inclined to say that Coase had a cute point, but why the excitement?”¹⁶⁸ — how can that reaction be clarified in a simple and straightforward way? Stigler responded with the example of “the ‘reserve’ clause in professional baseball, [which] for

a long time gave the right to control a player’s services — so long as he remained in baseball — to the team with which the player first signed.”¹⁶⁹

V. Leo Herzel

“So incompetent have the generality of historians been for the province they have undertaken, that it is almost a question, whether, if the dead of past ages could revive, they would be able to reconnoitre the events of their own times, as transmitted to them through ignorance and misrepresentation.”

— Horace Walpole¹⁷⁰

On July 21, 2011, American lawyer Leo Herzel, born in 1923, died at his home in Chicago. In his obituary, the Illinois State Bar Association website proudly notes that “Mr. Herzel was an expert in securities law and is known for his theories on economics and communications that influenced three Nobel Prize-winning economists.”¹⁷¹ It is high praise indeed for a practicing lawyer. Yet, this accolade finds corroboration from none other than Ronald Coase himself. In his seminal 1959 paper, Coase explicitly acknowledges a student named Leo Herzel, crediting him as the first to introduce the revolutionary notion of using the price mechanism to allocate radio frequencies.¹⁷²

Herzel’s flash of insight arrived in 1951, the same year Coase immigrated to America and nearly a decade before his famous publication.¹⁷³ Writing in the *Chicago Law Review*, he investigated the history of frequency regulation since the Radio Act of 1912 and after dismantling the FCC’s clumsy handling of color television standards, proposed a solution that, at the time, seemed heretical: the FCC should simply “lease

¹⁶⁸ STIGLER, *supra* note 110 at 78.

¹⁶⁹ *Id.* at 77–78.

¹⁷⁰ HORACE WALPOLE, *HISTORIC DOUBTS ON THE LIFE AND REIGN OF KING RICHARD THE THIRD III* (2nd ed. 1768); See citation in Coase, *supra* note 71 at 96.

¹⁷¹ <https://www.isba.org/barnews/2011/08/11/leo-herzel-1923-2011> (last visited November 29, 2025).

¹⁷² Coase, *supra* note 67 at 15.

¹⁷³ Leo Herzel, *Public Interest and the Market in Color Television Regulation*, 18 *UNIVERSITY OF CHICAGO LAW REVIEW* 802 (1951).

channels for a stated period to the highest bidder.”¹⁷⁴

The publication drew fire from Dallas W. Smythe — the former FCC chief economist then at the University of Illinois¹⁷⁵ — leading Herzel to accept a friend’s suggestion to travel to Urbana and debate his critic in person.¹⁷⁶ At the time, the typical reaction to his idea was that it was “undemocratic, un-American, and impractical.”¹⁷⁷ Indeed Herzel tried to justify his suggestions based on socialist doctrines, as he wrote that “[a] similar scheme has been used as the basis for recent theoretical developments in economics which use the price mechanism for the solution of the problem of how to allocate resources rationally in a socialist economy.”¹⁷⁸ When Coase published his paper in 1959, however, receptiveness to the idea had grown considerably. Unfortunately, by that time Herzel had abandoned his pursuit of the subject and written his dissertation on an alternative topic.¹⁷⁹

Herzel clarifies that he did not know Coase when he wrote the article. He notes, “Ronald Coase was not at the University of Chicago Law School while I was there. I did not meet him until the early 1980s when I began teaching a class on corporate and securities law at the Law School. The first time I talked to him about my article was when we had lunch together, probably in 1994, after he had been awarded the Nobel Prize in economics. He was interested in the history of my article because he was preparing some remarks about the history of law and economics at the University of Chicago.”¹⁸⁰ This is truly fascinating, considering that the entire trajectory of their intellectual evolution was strikingly similar — from

the roots of their curiosity to the specific historical lessons that transformed their economic thinking.

Much like Coase, Herzel began his intellectual journey on the left, driven by the visible failures of the pre-war economy. He writes, “I came to my interest in market solutions to economic problems through an adolescent attraction to socialism. Not surprisingly, this attraction was my personal remnant of the Great Depression.”¹⁸¹ However, the absence of an operational blueprint became apparent to him. He recalls, “[w]hen I began to really read the writings of socialists, I quickly learned that they had almost nothing useful to say about how a socialist economy would operate. Karl Marx, for example, concentrated his efforts on critiques of capitalism.”¹⁸²

Describing the intellectual environment that shaped the views of his generation — a landscape Coase himself navigated at the LSE — Herzel outlines the prevailing spectrum of opinion regarding the feasibility of central planning. He details the stalemate between the theoretical defenders of socialism and its practical critics, recalling that “some conventional economists believed that an efficient use of economic resources in a socialist economy would be impossible because of the lack of market prices. On the other hand, some mathematically inclined economists believed they had demonstrated that in theory an effective pricing system would be possible.”¹⁸³ Yet, “other economists believed, probably correctly, that the great dispute about the allocation of resources under socialism was mainly theoretical because in practice the key beneficial characteristics of the capitalist engine, such as innovation, probably could not be transferred to a socialist economy.”¹⁸⁴ He

¹⁷⁴ *Id.* at 811; Coase, *supra* note 67 at 15.

¹⁷⁵ Coase, *supra* note 67 at 15; Dallas W. Smythe, *Facing Facts about the Broadcast Business*, 20 UNIVERSITY OF CHICAGO LAW REVIEW 96, 96 (1952).

¹⁷⁶ Leo Herzel, *My 1951 Color Television Article*, 41 JOURNAL OF LAW AND ECONOMICS 523 (1998).

¹⁷⁷ *Id.* at 524.

¹⁷⁸ Herzel, *supra* note 173 at 811.

¹⁷⁹ Herzel, *supra* note 176 at 525.

¹⁸⁰ *Id.* at 526.

¹⁸¹ *Id.* at 523.

¹⁸² *Id.*

¹⁸³ *Id.*

¹⁸⁴ *Id.*

points out that “almost all of these disputants were European, although those who were still alive, such as F. A. Hayek, Michal Kalecki, Oskar R. Lange, and J. A. Schumpeter, were living in Britain or the United States because of Hitler and World War II.”¹⁸⁵

The decisive shift for Herzel — mirroring Coase’s own admission that his “socialist sympathies gradually fell away”¹⁸⁶ — was driven by the empirical success of the war economy. It was not a retreat to *laissez-faire*, however, but a move toward a managed capitalism where the system is maintained through expert intervention. He explains that “the amazing productivity and prosperity of the U.S. economy in World War II, combined with John Maynard Keynes’s quite extraordinary intellectual influence, sharply reduced my interest in socialism.”¹⁸⁷ Herzel concluded that the war offered proof that capitalism, rather than being doomed, simply needed expert management. He states that “World War II demonstrated that under some circumstances capitalism really could work, and Keynes and Keynesian disciples were arguing persuasively that, with some tinkering by economists, this success could become per-

manent.”¹⁸⁸ Herzel “was quite dazzled by Keynes’s suggested tinkering in his short 1940 book *How to Pay for the War*.”¹⁸⁹

This evolution culminated in a search for a mechanism that could reconcile these conflicting ideals: socialist equity and market efficiency. Herzel notes that “[i]t was in this frame of mind that in 1944 or 1945 I came upon A. P. Lerner’s book, *The Economics of Control*. Lerner’s goal in the book was to provide a blueprint for an efficient socialist economy using a market price system and Keynesian fiscal policies.”¹⁹⁰ Abba Lerner was Coase’s friend and colleague at the LSE¹⁹¹ who “also believed in the virtues of a competitive system but was even more attached to Socialism.”¹⁹² This attachment ran deep; Coase recalls that Lerner once even “went to Mexico to see Trotsky to persuade him that all would be well in a communist state if only it reproduced the results of a competitive system and prices were set equal to marginal cost.”¹⁹³ And, “while [Coase] was writing his FCC article he discussed the ideas in [Herzel’s] color television article with Lerner, which completes an interesting circle in intellectual history.”¹⁹⁴

¹⁸⁵ *Id.*

¹⁸⁶ Coase, *supra* note 15 at 106.

¹⁸⁷ Herzel, *supra* note 176 at 523.

¹⁸⁸ *Id.* at 523–524.

¹⁸⁹ *Id.* at 524.

¹⁹⁰ *Id.*

¹⁹¹ *Id.* at 526.

¹⁹² Coase, *supra* note 15 at 106.

¹⁹³ Coase, *supra* note 54 at 5, 39.

¹⁹⁴ Herzel, *supra* note 176 at 526–527.

Security Council Member's Arbitrary (Unreasonable) Veto as a Violation of Jus Cogens Norms?

Oleg Tortladze

PhD candidate in International Law at the Faculty of Law, Ivane Javakhishvili Tbilisi State University.

Abstract

In the contemporary international legal order, the United Nations Security Council is, normatively, the primary actor responsible for the maintenance of international peace and security. The veto power is one of the principal political-legal instruments available to the permanent members for fulfilling this obligation. The arbitrary use of the veto (unreasonable veto) significantly hinders the realization of the purposes and principles of the UN Charter, which functions as the constitution of the international community; therefore, such a legal act is unfounded and incompatible with the norms of international law. When discussing the problem of UN effectiveness, political arguments often prevail, while legal violations receive comparatively little attention. The arbitrary use of the veto poses a critical challenge for the international community, as it can amount to a violation of jus cogens norms. Based on an analysis of the UN Charter, the practice of the Security Council, and the jurisprudence of the International Court of Justice, this article clarifies the nature and forms of jus cogens violations arising from the arbitrary use of the veto, as well as the potential international responsibility of the violating state(s).

Keywords: United Nations, Security Council, Veto, Unreasonable Veto, The Arbitrary Use of the Veto, Jus cogens, Erga omnes, International Peace and Security, International Legal Responsibility, Violation

I. Introduction

The formation of the contemporary international legal order is linked to the Second World War and the post-war period. Against the backdrop of disappointment over the failure of the League of Nations, great expectations were placed on the United Nations as an institution of a new legal order, one that was expected to secure peace and security in the world. The question of whether the UN has succeeded or failed is often viewed subjectively; however, it can be stated in defi-

nite terms that the organization faces critically important challenges stemming from the actions of one of its principal organs, the Security Council, and in particular its permanent members. The power established under Article 27(3) of the UN Charter, commonly known as the veto power, has become a major obstacle to the realization of the purposes of the organization.¹ The hundreds of vetoes exercised by permanent members of the Security Council on draft resolutions have, in many cases,² created impasses and insurmountable barriers in the practice of international law. These draft resolutions concerned situations involving

¹ Tortladze, Unreasonable veto as a challenge to the global order, *Journal of International Law*, #2, 2016 - N1, 2017, 120-138.

² UN Documentation Research Guide, 'Security Council – Veto List': <https://research.un.org/en/docs/sc/quick> last accessed [March 8th, 2025].

massive human rights violations, including crimes against humanity, potential genocide, war crimes, and other grave crimes.³ The institution of the veto in international law is associated with several challenges, the most significant of which is the problem of the arbitrary (unreasonable) veto; specifically, the arbitrary (unreasonable) veto as a violation of Article 24 of the UN Charter, and the arbitrary (unreasonable) veto as an abuse of power.⁴ However, this article focuses on only one aspect of the arbitrary veto: the violation of *jus cogens* obligations and the question of possible responsibility. The main research questions to be addressed are formulated as follows: Is it possible for the exercise of the veto to result in a violation of *jus cogens* obligations? If such a violation is established, do grounds for international legal responsibility arise, and which institution would be competent to determine responsibility?

II. Arbitrary (Unreasonable) Veto Against Jus Cogens Norms

1. Security Council: Political or Legal Organ?

When discussing the veto power, attention is often drawn to the Security Council's discretion as a political organ and the broad scope of its action; accordingly, in order to address the research questions, it is essential to navigate correctly through the complex interplay of law and politics in the context of the Security Council. In its Advisory Opinion on Namibia, the International Court of Justice characterized the UN Security Council

as a political organ, which in turn encouraged the development of an unrestricted practice of veto use.⁵ Unfortunately, the Court's formulation in the same decision — that the Security Council cannot be guided exclusively by legal provisions because it is a political organ — has frequently been misinterpreted. Specifically, this statement has been understood in practice to mean that the Security Council bears no legal responsibility when exercising the veto, a conclusion that is entirely incompatible with the UN Charter and the fundamental principles of international law. This decision contributed to the informal emergence of a notion that problems arising from veto use should be resolved through political debate or by proposing UN reforms and amendments to the Charter, rather than by recognizing legal responsibility.⁶ Consequently, insufficient attention is paid to the existing legal framework and the legal violations that, if properly understood, may lead to a fundamentally different assessment of current practice. Analyzing the problems arising from the veto through a legal perspective is the only approach capable of contributing to the restoration of the balance that has been disrupted in international law. That the Security Council, as a political organ, is nonetheless bound by law is confirmed, among other considerations,⁷ by the very formulation of its powers under the UN Charter. Foremost among these is Article 24, which assigns to the Security Council the primary responsibility for the maintenance of international peace and security. Any action that runs counter to this objective must be regarded as a violation of the Char-

³ UNSC Draft Resolution S/2008/570 (19 August 2008) UN Doc S/PV.5961; UNSC Draft Resolution S/2011/612 (4 October 2011) UN Doc S/PV.6627; UNSC Draft Resolution S/2012/77 (4 February 2012) UN Doc S/PV.6711; UNSC Draft Resolution S/2007/14 (12 January 2007) UN Doc S/PV.5619.

⁴ Supra Note 1.

⁵ Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion, [1971] ICJ Rep 16., para. 22.

⁶ UNGA Amendments to draft resolution A/34/L.57 (14 December 1979) UN Doc A/34/L.57; UNGA Res 1991(XVIII)(17 December 1963); UNGA, 'Conference Room Paper by the Bureau of the Working Group' (29 May 1997) UN Doc A/AC.247/1997/CRP.8.; Fassbender, The Right to Veto: A Constitutional Perspective, The Netherlands 1998, 221; Müller,

The Reform of the United Nations, 2nd vol., New York 1992; Wilenski, The Structure of the UN in the Post-Cold War Period, in Adam Roberts, Benedict Kingsbury (ed.) United Nations, Divided World, 2nd ed., Oxford 1993, 437,441; Geiger, Comment on Art.23'in Bruno Simma (ed.) The Charter of the United Nations: A Commentary, Oxford 1994, 393,396; Bertrand, The Historical Development of Efforts to Reform the UN in Adam Roberts, Benedict Kingsbury (ed.) United Nations, Divided World, 2nd ed., Oxford 1993, 421-436; Hüfner, Spröte, Zur Reform des Wirtschafts-und Sozialbereichs der Vereinten Nationen, in Klaus Hüfner (ed.) Reform der Vereinten Nationen: Die Weltorganisation zwischen Krise und Erneuerung Opladen 1994; Winkelmann, Responsibility to Protect, MEJIL 2010, sec. 16.

⁷ Supra Note 1, 123-124.

ter. Moreover, if a link is established between the arbitrary use of the veto and the violation of *jus cogens* norms, it becomes difficult to imagine any political argument capable of outweighing the primacy of law.

2. Unreasonable Veto as a Violation of *Jus Cogens* and *Erga Omnes* Norms?

In an international legal system characterized by contradictions and fragmentation, if anything may be regarded as firmly established and universally recognized, it is the concept of *jus cogens*.⁸ One of its defining characteristics is its resistance to change, which distinguishes it from all other legal institutions.⁹ For the sake of precision, it should be noted that *jus cogens* is not absolutely immutable;¹⁰ however, this does not diminish its role or significance.¹¹ The main issue examined in this article is not the recognition of a specific norm as *jus cogens*, but rather the legal assessment of the use of the veto by a Security Council member in situations or disputes involving the violation of

a *jus cogens* norm. The research question that this subsection seeks to answer may be formulated as follows: Is it possible for the exercise of the veto by a Security Council member in a situation involving the violation of a *jus cogens* norm to constitute a breach of that *jus cogens* norm through omission?

The protection of *jus cogens* norms constitutes an *erga omnes* obligation of states, owed to the international community as a whole.¹² The formulation proposed by the International Law Commission clearly reflects the scope of this obligation. Particularly noteworthy is Article 17(2), which grants any state, as both the subject and beneficiary of an *erga omnes* obligation, the right to invoke the responsibility of a violating state for the commission of an internationally wrongful act. The relationship between the concepts of *jus cogens* and *erga omnes* is not an innovation of the International Law Commission; it can be observed in the jurisprudence of states, in the decisions of international organizations, and throughout scholarly literature.¹³ A violation of a *jus cogens* norm automatically

⁸ Vienna Convention on the Law of Treaties (adopted 23 May 1969, entered into force 27 January 1980) 1155 UNTS 331, art. 53; International Law Commission, Draft conclusions on identification and legal consequences of peremptory norms of general international law (*jus cogens*), with commentaries (2022), Official Records of the General Assembly, Seventy-third Session, Supplement No. 10, A/77/10; International Law Commission, Peremptory norms of general international law (*jus cogens*), Texts of the draft conclusions and Annex adopted by the Drafting Committee on second reading, Identification and legal consequences of peremptory norms of general international law (*jus cogens*), 11 May 2022, A/CN.4/L.967.

⁹ Hillgruber, *The Right of Third States to Take Countermeasures*, in C. Tomuschat and J.-M. Thouvenin (eds.), *The Fundamental Rules of the International Legal Order*, Leiden 2005, 265, 292; Linderfalk, *The Effect of Jus Cogens Norms*, 18 *European Journal of International Law* 2008, 853, 868; Payandeh, *Modification of Peremptory Norms of General International Law*, in D. Tladi (ed.), *Peremptory Norms of General International Law (Jus Cogens)* 2021, 92.

¹⁰ Kolb, *Peremptory International Law – Jus cogens*, Oxford 2015, 100.

¹¹ Kleinlein, *Change of Peremptory Norms of General International Law (Jus Cogens) in Change in International Law: Rules of Change or Changing Rules?* Series, vol. 12 Issue 5, 2023, 2-3.

¹² Supra Note 8, ILC Draft Conclusions, article 17.

¹³ Nulyarimma and Others v. Thompson, Appeal Decision of 1 September 1999, Canberra, para. 81; Kane v. Winn, United States District Court for the District of Massachusetts, 2004; O

R and Office of the United Nations High Commissioner for Refugees v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs and Secretary of State for Home Affairs, Appeal Judgment of 12 October 2006 of the High Court, [2006] ALL ER (D) 138, para. 102; Jorgic Case, Order of 12 December 2000, 2BvR 1290/99, Federal Constitutional Court of Germany, para. 17; Villalpando, *L'émergence de la communauté internationale dans la responsabilité des États*, Paris 2005, 106; Tomuschat, *Reconceptualizing the Debate on Jus Cogens and Obligations Erga Omnes: Concluding Observations*, in: Tomuschat/Thouvenin (eds.), *The Fundamental Rules of the International Legal Order: Jus Cogens and Obligations Erga Omnes*, Leiden 2006, 430; Pigrau, *Peremptory Norms in the Advisory Opinion of the International Court of Justice on the Decolonisation of Mauritius and the Chagos Archipelago*, in: Burri/Trinidad (eds.), *The International Court of Justice and Decolonisation: New Directions from the Chagos Advisory Opinion*, Cambridge 2021, 119; Barber, *Cooperating through the General Assembly to End Serious Breaches of Peremptory Norms*, *International and Comparative Law Quarterly* 71 (2022), 4; Ene, *Jus Cogens (Peremptory Norms): A Key Concept of International Law*, *Perspectives of Law and Public Administration* 8/2 (December 2019), 302; Bassiouni, *International Crimes: Jus Cogens and Obligatio Erga Omnes*, *Law and Contemporary Problems* 59 (1996), 63; Scobbie, *The Invocation of Responsibility for the Breach of "Obligations under Peremptory Norms of General International Law"*, *European Journal of International Law* 13/5 (2002), 1210; Forrest Martin, *Delineating a Hierarchical Outline of International Law Sources and Norms*, *Saskatchewan Law Review* 65 (2002), 353.

entails a breach of an *erga omnes* obligation. Therefore, the conclusions drawn in this section regarding the violation of *jus cogens* norms equally apply to *erga omnes* obligations.

The Security Council, and therefore its members, have not only the obligation to refrain from violating *jus cogens* norms, but also a positive obligation to maintain international peace and security. This considerably broadens the scope of their responsibility and includes the authority to take preventive action. When, in *The Gambia v. Myanmar*, the International Court of Justice recognized a state not directly (physically) affected by genocide as a legitimate applicant,¹⁴ the practical scope of the *ratione personae* dimension of invoking responsibility for an internationally wrongful act expanded. Although this decision does not explicitly state it, it is evident that the circle of actors capable of invoking responsibility may also extend to third states involved in the violation of *jus cogens* norms. The Court's reasoning on the breach of the obligation to prevent genocide by omission in *Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro* is highly relevant when discussing violations committed by the permanent members of the Security Council through the arbitrary use of the veto.¹⁵ Specifically, the Court held that the obligation to prevent genocide does not require guaranteeing the complete avoidance of the result; rather, it requires that all measures within a state's power be taken to prevent or minimize harm. Since the prohibition of genocide constitutes one of the *jus cogens* norms,¹⁶ it is important to break down the Court's interpretation to better demonstrate the

obligations of the permanent members of the Security Council. The expression "within its power" emphasizes that a state has an active duty to act, derived either from normative authority or established customary practice.¹⁷ In this case, an exception must be made to the general rule concerning the general principles of law,¹⁸ which cannot themselves serve as a direct source of a concrete obligation, since they lack the *lex specialis* character and, given the unlimited circle of possible subjects, cannot provide a sufficiently determinate standard for conduct. From this premise, it becomes necessary to answer the following question: What form of authority or obligation does a member of the Security Council have with respect to preventing genocide, or the violation of any other *jus cogens* norm, in any country? The obligation to maintain international peace and security under Article 24 of the UN Charter necessarily encompasses the prevention of *jus cogens* violations, because each *jus cogens* norm, by its very nature, is directed at preventing threats to humanity as a whole. The Security Council's decisions concerning the genocides in Yugoslavia and Rwanda,¹⁹ as well as resolutions addressing racial discrimination and apartheid in South Africa,²⁰ and resolutions on crimes against humanity committed in Libya and South Sudan,²¹ clearly demonstrate the link between the Council's mandate to maintain peace and security and the prevention of *jus cogens* violations. The phrase "all efforts within its power" indicates the responsible actor's intention to undertake every action within its legal authority (whether through action or abstention) to prevent or reduce harm. In the case of the Security

¹⁴ Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (*The Gambia v. Myanmar*), Provisional Measures, Order of 23 January 2020, I.C.J. Reports 2020, para. 41.

¹⁵ Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (*Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro*), Judgment, Merits, ICJ GL No 91, ICGJ 70 (ICJ 2007), 26 February 2007, United Nations [UN]; International Court of Justice [ICJ], para. 430; Responsibilities and Obligations of States Sponsoring Persons and Entities with Respect to Activities in the Area, Advisory Opinion, ITLOS [International Tribunal for the Law of the Sea] Reports 2011, 59, para. 180.

¹⁶ Supra Note 8, ILC Draft Conclusions, Annex.

¹⁷ *International Law Commission, Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with Commentaries*, Yearbook of the International Law Commission, 2001, vol. II, Part Two, United Nations, 2001, article 1.

¹⁸ Case concerning the difference between New Zealand and France concerning the interpretation or application of two agreements concluded on 9 July 1986 between the two States and which related to the problems arising from the Rainbow Warrior affair, UNRIIAA, vol. XX (Sales No. E/F.93.V.3), (1990), para. 75.

¹⁹ UNSC Verbatim Record (25 May 1993) UN Doc S/PV.3217; UNSC Verbatim Record (08 November 1994) UN Doc S/PV.3453.

²⁰ UNSC Verbatim Record (4 November 1997) UN Doc S/PV.2046.

²¹ UNSC Res 1970 (26 February 2011) UN Doc S/RES/1970; UNSC Res 2206 (3 March 2015) UN Doc S/RES/2206.

Council, the only legitimate form of such effort that a member may exercise to prevent a *jus cogens* violation is through the adoption of measures under Chapters VI, VII, or VIII of the UN Charter. Accordingly, when a Security Council member is aware of a violation of a *jus cogens* norm and thus of a threat to international peace or security, participates in the voting process, and nevertheless exercises the veto, the question of that state's own breach of a *jus cogens* obligation—specifically, the failure to fulfill the duty of prevention—arises legitimately on the international agenda. If a draft Security Council resolution proposes the adoption of temporary measures (interim measures) or provides for a long-term solution in response to the violation of a *jus cogens* norm, and a member of the Council exercises the veto, such a veto is inevitably arbitrary (unreasonable). There exists no legitimate legal justification that could validate the use of the veto in such circumstances, regardless of how differently the factual situation may be interpreted. In practice, differing legal assessments may arise regarding the situation in question, for example, whether the acts committed meet the threshold of genocide. However, such divergence does not release a Security Council member from the obligation to act to prevent the violation.²² In cases involving the breach of the duty to prevent, unlike the active commission of genocide,²³ the standard cannot be limited solely to proving intentional omission, since, for general international responsibility, the question of subjective intent is irrelevant.²⁴ Moreover, as there is no institution competent to review or determine the legality of decisions adopted by the Security Council as an organ, the assessment of conduct must be linked to the objective consequences of the action rather than to the motive behind the decision.²⁵

In summary, without prejudice to the competence of the Security Council, it must be stated that when a member of the Council exercises the veto in a situation involving the violation of a *jus cogens* norm, that veto

itself constitutes a violation of the *jus cogens* norm and, consequently, a breach of an *erga omnes* obligation—specifically, the failure to fulfill the duty of prevention. According to the internationally recognized principle of state responsibility, every violation must entail corresponding responsibility.²⁶ Therefore, the question of the responsibility of the Security Council member is both reasonable and well-founded. However, before assessing the legal and practical aspects of such responsibility, it is necessary to determine whether the UN Charter provides any limiting mechanism for a permanent member of the Security Council when that member is itself a party to the dispute or conflict.

3. A Permanent Member as a Party to a Dispute

When an arbitrary (unreasonable) veto is used in a situation involving the violation of a *jus cogens* norm, the harm to the international legal order is even greater if one of the parties to the situation is itself the permanent member casting the veto. The only “restrictive” provision in the UN Charter that obliges any member of the Security Council to abstain from participating in the vote is Article 27(3).²⁷ This norm is a normative expression of the well-known Latin principle *nemo iudex in re sua* (no one may be judge in their own cause), though only in a limited form and scope. Article 27(3) is drafted in blanket terms and refers to Chapter VI and Article 52(3) of the Charter. Both Chapter VI and Article 52(3) concern mechanisms for the peaceful settlement of disputes, and it is telling that Article 27(3) does *not* extend this voting limitation to situations governed by Chapter VII of the Charter. The *modus vivendi* and *modus operandi* of Chapter VI are clarified by Article 33(1), which provides that:

²² Supra Note 15.

²³ *Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (adopted 9 December 1948, entered into force 12 January 1951) 78 UNTS 277, article 2.b.

²⁴ Supra Note 17, art. 1, 2, 12.

²⁵ *Libya v United Kingdom*, Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention Arising from the

Aerial Incident at Lockerbie (Provisional Measures) [1992] ICJ Rep 3, 114.

²⁶ *International Law Commission, Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with Commentaries* (2001) UN Doc A/56/10, art. 1.

²⁷ *Security Council Report, Article 27(3) and Parties to a Dispute: An Abridged History*, April 2014.

“The parties to any dispute, the continuance of which is likely to endanger the maintenance of international peace and security, shall, first of all, seek a solution by negotiation, enquiry, mediation, conciliation, arbitration, judicial settlement, resort to regional agencies or arrangements, or other peaceful means of their own choice.”

The fact that the prohibition on participating in the vote does not apply to Chapter VII situations suggests one of two possibilities: 1. the drafters of the Charter did not anticipate the possibility that a permanent member could itself become a threat to or violator of international peace, or commit an act of aggression; or 2. the Charter’s formulation effectively insulated permanent members from the application of coercive measures against them, offering instead a compromise—an obligation to abstain only in less critical, peace-settlement contexts.²⁸

Within the scope of Article 27(3), the limited existing practice concerning the obligation of permanent members to refrain from participating in the vote is rather inconsistent.²⁹ It is worth noting that a distinction is sometimes made between abstaining from the vote and not being present during the vote, although in substance both situations produce the same result.³⁰ The obligation under Article 27(3) becomes operative only where the matter is classified as a dispute, the Security Council member in question is considered a party to that dispute, and the decision to be taken is non-procedural in nature.³¹ Although the most recent precedent of non-participation in the vote dates back to 1960, discussions periodically re-emerge regarding the potential application of this mechanism. For example, in evaluating the legality of the Russian Federation’s military actions in Georgia and Ukraine, the argument was raised that Russia should have refrained from participating in the vote pursuant to Article

27(3).³² However, the principal obstacle in both situations was the classification of the situations under the UN Charter as disputes governed by Chapter VI. Objectively, the actions of the Russian Federation clearly fell within the framework of Chapter VII, which consequently excluded the activation of the “duty to abstain.”

From a legal-logical standpoint, it is difficult to justify why the restriction on participation in voting should apply in situations that are *less harmful* to the international legal order, while no such restriction exists when a situation involves a threat to international peace, a breach of the peace, or an act of aggression. The only explanation is the political compromise reached by the major powers, resulting from the reconciliation of the British and Soviet proposals during the drafting negotiations.³³ Given that the non-application of Article 27(3) to Chapter VII was a *deliberate decision* of the drafters of the Charter, neither the doctrine of implied powers nor the principle of effective interpretation can serve to justify a broader interpretation of the norm. Regardless of the normative scope, the reality remains that the permanent members frequently constitute one of the parties to the situation or dispute, use the veto power to reinforce their own position, and thereby evade international legal responsibility.

The problematic nature of the formulation on abstention from voting does not end here. Zimmermann identifies a range of issues that generate significant ambiguity in practice, specifically: the *ratione materiae* scope of the provision and its limits; whether the matter under consideration qualifies as a dispute or does not go beyond a situation; and *ratione personae*, namely whether a Security Council member is to be regarded as a party to the dispute in cases where a dispute does in fact exist.³⁴ To this list must be added the question of whether the matter submitted for a vote is

²⁸ *Simma*, The Charter of the United Nations: A Commentary, 3rd ed., Oxford, Oxford University Press, 2012, 919.

²⁹ *Frowein*, United Nations (UN), *MPEIL* 2013, sec. 1ff.

³⁰ *Repertory of Practice of the United Nations, Chapter V — The Security Council, Repertory of Practice (1945–1954), vol 2* https://legal.un.org/docs/?path=../repertory/art27/english/rep_orig_vol2_art27.pdf&lang=E accessed 6 July 2023, 83.

³¹ *Supra* Note 29.

³² *Heller*, The Curious Article 27(3) of the UN Charter, *Opinio Juris*, 14 August 2008; *Chappell/Svoboda*, Must Russia Abstain on Security Council Votes Regarding the Ukraine Crisis?, *Lawfare*, 11 February 2022.

³³ *Kelsen*, *Peace Through Law*, The Law book Exchange Ltd. 2000, 34.

³⁴ *Simma*, The Charter of the United Nations: A Commentary, 3rd ed., Oxford 2012, 919.

procedural or substantive, which could, in turn, reopen the debate surrounding the double veto. In summary, the abstention formulation and its accompanying practice do not significantly exacerbate the global disruption caused by arbitrary vetoes; however, they create a greater risk of harm rather than providing a tangible mechanism for balancing the existing approach.

4. Responsibility of a Permanent Member of the Security Council for an arbitrary (unreasonable) Veto in Cases Involving the Violation of a *Jus Cogens* Norm

A general observation of existing practice in international law suggests that scholars have shown limited enthusiasm for attributing individual responsibility to a member of the Security Council for the exercise of its voting powers.³⁵ This approach originates largely from the judgement of the International Court of Justice in the *Namibia* and *Lockerbie* cases, where the Court held that decisions of the Security Council are adopted collectively by the organ as a whole rather than by its individual members, and therefore individual States cannot be held responsible for the votes they cast in the adoption of Security Council resolutions.³⁶ However, such reasoning is open to critique, since it focuses exclusively on the international legal personality and decision-making capacity of the Council as an institution,³⁷ while entirely disregarding the exclusive, individual status of the permanent members and the distinctive nature of the veto power. Nevertheless, the analytical framework shifts when the discussion concerns the possible violation of *jus cogens* norms by a permanent member of the Security Council in the exercise of its veto.

In the context of the relationship between *jus cogens* norms and acts of international organizations, the International Law Commission is unequivocal in affirming the primacy of *jus cogens*. Specifically, Article 16 of the Commission's Draft Articles provides that a resolution, decision, or act of an international organization which would otherwise be legally binding is void if it is contrary to a *jus cogens* norm.³⁸ Accordingly, it follows clearly from this provision that a draft Security Council resolution which is vetoed without justification and which would have served to prevent or address a violation of a *jus cogens* norm must be considered invalid. However, the practical application of this legal rule is problematic. The Security Council functions, in many respects, as a body of supra-constitutional authority, whose decisions are not subject to judicial review. This raises the crucial question: which legitimate body has the competence to determine whether a particular decision of the Council violates a *jus cogens* norm and is therefore void? The International Law Commission remains silent on this issue. This silence may be explained in two ways: first, the Commission appears to rely on the presumption that the Security Council will not adopt a decision that violates a *jus cogens* norm; and second, it may be deliberately avoiding entering the complex legal and institutional debate concerning the organizational or individual responsibility of the Security Council or its permanent members.

Issues of responsibility concerning both an international organization and a State acting within its institutional framework are addressed in another document of the International Law Commission, namely the Draft Articles on the Responsibility of International Organizations.³⁹ Article 3 concerns the international legal

³⁵ Akande, The International Court of Justice and the Security Council: Is There Room for Judicial Control of Decisions of the Political Organs of the United Nations?, *International and Comparative Law Quarterly* 46, 1997, 309; de Wet, The Chapter VII Powers of the United Nations Security Council, *Human Rights Law Journal* 25, 2004, 405; Happold, Security Council Resolution 1373 and the Constitution of the United Nations, *Leiden Journal of International Law* 16, 2003, 593; Schrijver, Reforming the UN Security Council in Pursuance of Collective Security, *Journal of Conflict & Security Law* 12, 2007, 127; Morphet, Resolutions and Vetoes in the UN Security Council: Their Relevance and Significance, *Review of International Studies* 16, 1990, 301.

³⁶ Supra Note 5, para. 22; Supra Note 25, para. 39.

³⁷ *Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations*, Draft Conclusions on Identification and Legal Consequences of Peremptory Norms of General International Law (Jus Cogens), with Commentaries, 2022, art 16.ed Nations (Advisory Opinion) [1949] ICJ Rep 174.

³⁸ *International Law Commission*, Draft Conclusions on Identification and Legal Consequences of Peremptory Norms of General International Law (Jus Cogens), with Commentaries, 2022, art. 16.

³⁹ *International Law Commission*, Draft Articles on the Responsibility of International Organizations, with Commentaries, 2011.

personality of an international organization and, accordingly, its capacity to bear international responsibility. Articles 61 and 62 address the individual responsibility of States arising from conduct carried out in the context of their membership in an international organization. However, this document cannot serve as an authoritative source of law, since it does not possess binding force and does not meet the *opinio iuris* requirement necessary for the formation of a customary rule.⁴⁰ Furthermore, Article 103 of the UN Charter establishes the supremacy of obligations under the Charter in cases of normative conflict, thereby limiting the applicability of any alternative legal framework.

Over the past two decades, numerous initiatives for veto reform have been proposed by various States, including proposals to prohibit or refrain from the use of the veto in matters involving *jus cogens* norms.⁴¹ Despite receiving support in the General Assembly, none of these initiatives have evolved into legally binding norms; thus, the protection of *jus cogens* norms continues to depend on the political will of the permanent five members. This has produced a situation that is not unfamiliar to international law, yet remains particularly complex and problematic in the context of *jus cogens* norms. On one hand, all substantive elements for a breach of an international obligation are present; on the other hand, it is extremely challenging to identify a legal mechanism capable of regulating the enforcement of such responsibility. There are general principles establishing the responsibility of international organizations for violations of *jus cogens* norms; however, these principles cannot be applied to the UN Security Council, since the Council lacks any superior or legally mandated reviewing body capable of assessing the legality of its acts. Likewise, although there are established rules governing State responsibility for violations of *jus cogens*, the positions taken by the permanent members within the Security Council fall

within the institutional legal capacity of the Council itself, and are therefore treated as collective decisions of the organ. In light of the above, and based on existing judicial practice within the UN system, there is currently no judicial or quasi-judicial mechanism capable of holding a permanent member of the Security Council legally responsible for violating a *jus cogens* norm through the arbitrary (unreasonable) use of the veto. A change to this *status quo* without amending the UN Charter would only be possible if the International Court of Justice were to agree to hear a case concerning an unjustified veto resulting in the breach of a *jus cogens* norm, and, by way of exception, recognize the possibility of individual responsibility of a permanent member arising from such conduct.

It is noteworthy that outside the United Nations system, there *does* exist judicial practice—both in the European Court of Human Rights and the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia—which, among other matters, has addressed questions of individual responsibility of a permanent member of the Security Council for violations of *jus cogens* norms.⁴² These decisions serve as illustrative examples of one of the critical structural issues in international law, namely fragmentation. However, they do not fully resolve the lacuna that lies at the core of the present discussion. In particular, none of these cases involved an assessment by a court or tribunal of the legality of a Security Council decision, nor of the lawfulness of the veto exercised by one of its permanent members. Accordingly, the conclusion previously set out—that there is no mechanism for attributing responsibility to a permanent member of the Security Council for a breach of a *jus cogens* norm arising from the unjustified use of the veto—unfortunately remains unchanged.

⁴⁰ UNGA Res 66/100 (9 December 2011) UN Doc A/RES/66/100.

⁴¹ UNGA, 'Enhancing the Accountability, Transparency, and Effectiveness of the Security Council' (2012) UN Doc A/66/L.42/Rev.1; UNGA, 'Letter from France and Mexico to the UN Secretary-General' (2015) UN Doc A/70/621-S/2015/978; UNGA, 'Letter from Liechtenstein to the UN Secretary-General' (2015) UN Doc A/70/621.

⁴² Al-Jedda v United Kingdom, 2011, 53 ECtHR 23, para. 102; Prosecutor v Duško Tadić (Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction), ICTY-94-1, 2 October 1995, para. 28-29; Behrami and Saramati v France and Norway, 2007, 45 EHRR SE10; Prosecutor v Furundžija (Judgment), ICTY-95-17/1-T, 10 December 1998, para. 144-157.

III. Conclusion

The United Nations, established for the purpose of maintaining international peace and security, seeks to achieve its foundational objectives through highly complex legal frameworks. Over time, however, the rigidity and inflexibility of its normative structure have become increasingly apparent. This is due to multiple factors, but primarily to the fact that the organization remains a structural legacy of the political and legal order of the Second World War. Against the backdrop of contemporary global challenges, the structure and operational rules of the UN's principal organ, the Security Council, can no longer withstand meaningful critique. The problem is not merely abstract or legal in nature: it directly affects human life and health, fundamental rights, state sovereignty, and other core values. In addition to being unrepresentative of the current international order, the Council's practice undermines fundamental principles of international law and even the norms of the Charter itself. Regrettably, the Security Council has evolved into a kind of legal semi-product: it is a political organ formally constrained by legal

norms, yet in practice, it operates almost entirely through discretion, narrowly conceived, and frequently disregards the foundational principles of law. Although the possibility that the arbitrary (unreasonable) use of the veto may result in the violation of *jus cogens* norms is unequivocal, there is no legal mechanism for attributing responsibility in such circumstances. While the UN Charter requires Security Council members to abstain in situations where they are parties to a dispute, the permanent members are able, in practice, to circumvent this obligation. Although general rules on individual and collective responsibility for *jus cogens* violations have been clearly articulated over the past two decades, these rules do not extend to the United Nations and its organs. In the absence of judicial review of the Security Council's actions, the functional strengthening of the General Assembly becomes critically important. Developments in the contemporary international arena, as well as the Assembly's recent practice, create a legitimate expectation of practical limitations on the effect of the veto power of the Security Council.

Lex F1

ლონდონში მდებარე Great Ormond Street Hospital-ი იდგა სერიოზული გამოწვევის წინაშე. ჰოსპიტალში ტარდებოდა გულის ურთულესი ოპერაციები. ნარმატებული ოპერაციის მიუხედავად, პაციენტებს ხშირად მაინც წარმოუშვებოდათ პრობლემები, საოპერაციოდან პალატაში გადაყვანის დროს. პრობლემები გამოწვეული იყო პაციენტების გადაყვანაში მონაწილე პირების ფუნქციების აღრევით, არათანმიმდევრული კომუნიკაციითა და შეფერხებებით. ზოგჯერ პაციენტების გადაყვანა ფატალურადაც კი მთავრდებოდა. ექიმები დიდი ხნის განმავლობაში ეძებდნენ გამოსავალს, სანამ შემთხვევით არ მიაგნეს მას ტელევიზორის ყურების დროს.

ყველაზე სწრაფად ამის გაკეთება მოახერხა „მაკლარენის“ გუნდმა, პილოტ ლანდო ნორისისთვის, კატარის გრანპრიზე 2023 წელს. დრომ კი შეადგინა 1.80 წამი. წინა რეკორდი ეკუთვნოდა „რედ ბულის“ გუნდს, რომელმაც ეს მოახერხა 1.82 წამში 2019 წელს. სწორედ 1.80 წამში გამოუცვალეს ლანდო ნორისის ბოლიდს საბურავები „პიტსტოპის“ დროს. 1.80 წამი იმაზე ნაკლები დროა, ვიდრე თქვენ დაგჭირდათ წინა წინადადების წაკითხვისთვის.

„ფორმულა 1“-ის „პიტსტოპის“ ტელევიზიით ყურების დროს ჰოსპიტლის ექიმებმა გადაწყვიტეს მისი წესების შესწავლა და დანერგვა პაციენტების გადაყვანის პროცესში. „ფორმულა 1“-ის „პიტსტოპის“ დროს მხოლოდ ერთი ადამიანი, ე.წ. „ლოლიპოპის“, ანუ „ნიშნის“ ოპერატორი იძლევა სიგნალს, როდის უნდა დაიძრას ბოლიდი ადგილიდან. ჰოსპიტალმა დანიშნა ანესთე-

ზიოლოგი პაციენტის გადაყვანის „გუნდის ლიდერად.“ ისევე, როგორც „პიტსტოპის“ გუნდის თითოეულ მექანიკოსს აქვს თავისი მკაფიო დავალება, ჰოსპიტლის გუნდმაც განსაზღვრა დეტალური ფუნქციები პაციენტის გადაყვანის პროცესში მონაწილე ყველა პირისთვის. შედეგად, „ფორმულა 1“-ის წესების გადმოღებამ გადარჩინა უამრავი პაციენტის სიცოცხლე. გარდა ამისა, ამ შემთხვევამ დაადასტურა, რომ ტელევიზორის ყურება ყოველთვის დროის კარგვა არ არის.

„ფორმულა 1“-ი საოცარი სამყაროა, თავის წესებით, ტრადიციებით, ცრურწმენებითა და წარმოდგენილი ადრენალინით. ის სპორტზე გაცილებით მეტია. „ფორმულა 1“-ი მაღალი ტექნოლოგიების, ადამიანური გამძლეობისა და სტრატეგიული აზროვნების მწვერვალია. „ფორმულა 1“-ი არასოდეს ჩერდება, ის მუდმივად ვითარდება და გვაჩვენებს, რომ ადამიანის შესაძლებლობებს არ აქვს საზღვარი.

„ფორმულა 1“-ის სამართლებრივი მხარე ცალკე „რბოლაა“, რომელიც ხშირად მიმდინარეობს ტრასის მიღმა, სასამართლო დარბაზებსა და დახურულ ოფისებში. იურიდიული „რბოლა“ თავისი დინამიკითა და დაძაბულობით არაფრით ჩამოუვარდება ტრასაზე გამართულ პაექრობას. თუმცა, თუ ბოლიდების რბოლას მილიონობით თვალი ადევნებს, სამართლებრივი დრამები ხშირად ჩრდილში რჩება და უხილავია ფართო აუდიტორიისთვის.

„ფორმულა 1“-ში შენ ხარ ან პირველი, ან არავინ“, - თქვა აირტონ სენამ, მსოფლიოს სამგზის ჩემპიონმა. პირველობის მოსაპოვებლად გუ-

ნდები და პილოტები მიმართავენ ყველანაირ ხერხს, ზოგჯერ უკანონოსაც. მაგალითად, 2008 წელს სინგაპურის გრანპრიზე "რენოს" გუნდმა განზრახ დაამტვრია საკუთარი ბოლიდი, რათა გუნდის მეორე პილოტს მოეგო რბოლა. ამ ინციდენტს ეწოდა „Crashgate“-ი და მასთან დაკავშირებით დღემდე მიმდინარეობს სასამართლო დავა.

„ფორმულა 1“-ში ხშირია ავარიები. თუმცა, წესების თანახმად, გუნდი თავად პასუხისმგებელია საკუთარი ბოლიდის შეკეთებაზე, მიუხედავად იმისა, თუ ვისი ბრალი იყო ავარია. ტრასაზე გასვლისას ყველა გუნდი აცნობიერებს, რომ ავარია რბოლის ნაწილია. რომ არსებობდეს ზარალის ანაზღაურების ვალდებულება, ყოველი რბოლის შემდეგ გაიმართებოდა ხანგრძლივი სასამართლო პროცესები, რაც შეაფერხებდა გუნდების ფუნქციონირებას.

„ფორმულა 1“-ის ბოლიდი, როგორც წესი, არ არის დაზღვეული ტრასაზე მომხდარი ავარიისგან, რადგან სადაზღვევო პრემია ასტრონომიულად მაღალი იქნებოდა. დაზღვევა ფარავს მხოლოდ ბოლიდის ტრანსპორტირების ან ხანძრის რისკებს. მართალია, ავარიაში დამნაშავე პილოტი არ ანაზღაურებს ზარალს, მაგრამ მას შეიძლება დაერიცხოს საჯარიმო დრო ან მოხდეს მისი დისკვალიფიკაცია შემდეგი რბოლიდან.

დავუბრუნდეთ „Crashgate“-ს. რბოლის დაწყებამდე "რენოს" ხელმძღვანელებმა მოსთხოვეს პილოტ ნელსონ პიკე უმცროსს, რომ რბოლის გარკვეულ მომენტში ბოლიდი კედლისთვის განზრახ შეეჯახებინა. მე-14 წრეზე პიკე მართლაც დაეჯახა კედელს მე-17 მოსახვევში. ამ ადგილას ტრასაზე არ იყო ამწე. ეს კი ნიშნავდა, რომ ტრასაზე გამოვიდოდა უსაფრთხოების სპეციალური მანქანა და რბოლა შეჩერდებოდა. ფერნანდო ალონსოს, "რენოს" პირველ მძღოლს, სულ ცოტა ხნით ადრე ჰქონდა გაკეთებული „პიტსტოპი“. როდესაც უსაფრთხოების მანქანა გამოვიდა ტრასაზე, სხვა პილოტებს მოუწიათ „პიტსტოპზე“ შესვლა. ალონსო კი, რომლის ბოლიდს სანვავით სავსე ავზი ჰქონდა, აღმოჩნდა პირველ პოზიციაზე და მოიგო რბოლა.

„Crashgate“-ი იყო პირველი შემთხვევა, როდესაც დადასტურდა, რომ „ფორმულა 1“-ის გუნდმა რბოლის შედეგით მანიპულირებისთვის საფრთხე შეუქმნა საკუთარი პილოტისა და სხვების სიცოცხლეს. სიმართლე მხოლოდ ერთი წლის შემდეგ გაირკვა, როდესაც "რენომ" შეუწყვიტა ხელშეკრულება ნელსონ პიკე უმცროსს და მან შურისძიების მიზნით ყველაფერი უამბო FIA-ს (საერთაშორისო საავტომობილო ფედერაციას). ამ შეთქმულებაში მონაწილე ყველა პირს დაეკისრა სანქცია, მათ შორის "რენოს" გუნდმა მიიღო პირობითი დისკვალიფიკაცია.

„Crashgate“-მა დიდი გავლენა მოახდინა „ფორმულა 1“-ის 2008 წლის ჩემპიონატის ბედზე. ფელიპე მასამ, რომელიც იმ მომენტში ლიდერობდა, „პიტსტოპზე“ ქაოსის გამო დაკარგა ქულები, რაც საბოლოოდ მსოფლიო ჩემპიონის ტიტულის ფასად დაუჯდა (სერ ლუის ჰემილტონმა მოიგო ჩემპიონის პირველი ტიტული მხოლოდ ერთი ქულის სხვაობით). ამჟამად ინგლისის სასამართლოში მიმდინარეობს ფელიპე მასას სარჩელის განხილვა, რომელიც ითხოვს 2008 წლის შედეგების გადახედვას (*Felipe Massa v Formula One Management Limited & Ors* [2025] EWHC 3064 (KB)). ფელიპე მასას მიაჩნია, რომ სინგაპურის გრანპრის შედეგები საერთოდ უნდა გაუქმდეს. გარდა ამისა, ის ითხოვს ზიანის ანაზღაურებას 64 მილიონი ფუნტის ოდენობით.

„ფორმულა 1“-ის ისტორიაში ერთ-ერთი ყველაზე ცნობილი ავარია მოხდა 1997 წელს და იგი გამოიწვია მაიკლ შუმახერმა. ხერესის (ესპანეთი) ფინალურ რბოლამდე შუმახერი ლიდერობდა ჩემპიონატს 78 ქულით, ხოლო მისი მთავარი კონკურენტი, ჟაკ ვილნევი ("უილიამსი" გუნდი), მას მხოლოდ ერთი ქულით ჩამორჩებოდა. ვინც უფრო მაღალ ადგილს დაიკავებდა ესპანეთში, ის გახდებოდა ჩემპიონი.

რბოლის 48-ე წრეზე ჟაკ ვილნევმა სცადა გასწრება ერთ-ერთ მოსახვევში. ვილნევმა შიდა ტრაექტორია დაიკავა და უკვე წინ იყო, როდესაც შუმახერმა მკვეთრად მოუხვია და დაეჯახა ვილნევის ბოლიდს. შუმახერის "ფერარი" დაზიანდა, ქვიშაში აღმოჩნდა და გამოეთიშა რბოლას. მიუხედავად დაზიანებული რადიატორისა,

ვილნევემა შეძლო რბოლის გაგრძელება. მან დაიკავა მესამე ადგილი და მოიპოვა 4 ქულა, რაც ჩემპიონობისთვის საკმარისი იყო.

თავდაპირველად შეჯახება მიიჩნიეს "სარბოლო ინციდენტად." თუმცა, საზოგადოებრივი წნეხისა და რბოლის ჩანაწერების დეტალური შესწავლის შემდეგ დაიწყო გამოძიება. დადგინდა, რომ შუმახერი განზრახ დაეჯახა კონკურენტს, რბოლიდან მისი გამოთიშვის მიზნით. შუმახერს ჩამოერთვა 1997 წლის ჩემპიონატის ყველა ქულა და მეორე ადგილი. ეს იყო პირველი შემთხვევა, როდესაც პილოტს გაუუქმეს მთელი სეზონის შედეგები მსგავსი დარღვევის გამო.

„ფორმულა 1“ არა მხოლოდ სიჩქარის, არამედ უდიდესი ფინანსური და ინტელექტუალური რესურსების ბრძოლაა. ხშირად გუნდები ყველანაირი ხერხით ცდილობენ ინფორმაციის მოპოვებას კონკურენტების ტექნიკური საიდუმლოებების შესახებ.

„ფორმულა 1“-ის გუნდები იშვიათად აპატივტებენ ახალ ტექნოლოგიებს. „ფორმულა 1“-ის ტექნოლოგიები ვითარდება ძალიან სწრაფად. გარდა ამისა, პატენტის აღების შემთხვევაში ინფორმაცია ტექნოლოგიის შესახებ გახდება საჯარო. კონკურენტი გუნდები შეძლებენ მის შესწავლას და გაუმჯობესებას. ამის ნაცვლად, „ფორმულა 1“-ის გუნდები იცავენ ახალ ტექნოლოგიებს ე.წ. „ნოუ-ჰაუს“ („კომერციული საიდუმლოების“) სამართლებრივი რეჟიმით. თუმცა, ზოგჯერ გუნდები იპარავენ კონკურენტების ტექნოლოგიებს. „ფორმულა 1“-ში ჯაშუშობის პრობლემაზე საუბრობდა ენცო ფერარი, თავის ავტობიოგრაფიაში „ჩემი საშინელი სიხარული. ჩემი ცხოვრების ისტორია.“

„ფორმულა 1“-ში „ჯაშუშობის“ ყველაზე გახმაურებული შემთხვევაა ე.წ. „Spygate“ (2007 წელი), როდესაც „ფერარის“ მთავარმა მექანიკოსმა გადასცა „მაკლარენის“ მთავარ კონსტრუქტორს 800-გვერდიანი საიდუმლო ტექნიკური საბუთები „ფერარის“ ბოლიდის შესახებ. „ფერარის“ მთავარმა მექანიკოსმა ამ გზით შური იძია კომპანიაზე, რომელმაც უარი უთხრა დანიინაურებაზე.

ჯაშუშობის ფაქტი მას შემდეგ გახმაურდა, რაც „მაკლარენის“ მთავარი კონსტრუქტორის მეუღლემ გადაიღო „ფერარის“ დოკუმენტების

ასლები ჩვეულებრივ მაღაზიაში. წარმოშობით იტალიელმა თანამშრომელმა შენიშნა საბუთებზე „ფერარის“ ლოგო, გადაიღო საბუთების კიდევ ერთი ასლი და დაუკავშირდა იტალიურ გუნდს. ამ შემთხვევას მოჰყვა გამოძიება, რომლის შედეგად „მაკლარენს“ დაეკისრა 100 მილიონი აშშ დოლარის ჯარიმა. გარდა ამისა, „მაკლარენის“ გუნდს სრულად ჩამოერთვა 2007 წლის კონსტრუქტორთა თასის ყველა ქულა. „ფერარის“ გუნდმა კი აჩუქა მაღაზიის თანამშრომელს „ფერარის“ ახალი ავტომანქანა.

„ვარდისფერი მერსედესი“-ს საქმე გახმაურებული შემთხვევაა „ფორმულა 1“-ის ისტორიაში, რომელიც დაკავშირებულია სხვა გუნდის ინტელექტუალური საკუთრების უნებართვო გამოყენებასთან. 2020 წლის „ფორმულა 1“-ის სეზონზე გუნდმა „Racing Point“ (ახლანდელი „Aston Martin“) წარადგინა ახალი ბოლიდი, რომლის დიზაინი თითქმის იდენტური იყო „მერსედესის“ 2019 წლის ბოლიდის. „Racing Point“-ის ბოლიდი იყო ვარდისფერი, მთავარი სპონსორის ლოგოს ფერის მიხედვით.

„ფორმულა 1“-ის რეგლამენტით, ბოლიდის დიზაინის გარკვეული ნაწილები გუნდმა თავად უნდა შექმნას და არ აქვს უფლება, სხვა გუნდისგან შეიძინოს ან დააკოპიროს. „სამუხრუჭე არხები“ სწორედ ამ კატეგორიაში შედიოდა. „Racing Point“-ს კი „სამუხრუჭე არხების“ დიზაინიც ჰქონდა კოპირებული. საინტერესოა, რომ პრეტენზია გამოთქვა არა „მერსედესმა“, არამედ „რენოს“ გუნდმა. „Racing Point“ ამტკიცებდა, რომ დიზაინი შექმნეს ფოტოების მიხედვით, რაც წესებით აკრძალული არ იყო.

გამოძიებამ დაადგინა, რომ „Racing Point“-მა მართლაც გამოიყენა „მერსედესი“-ს ბოლიდის დიზაინი. „Racing Point“-ი დააჯარიმეს 400000 ევროთი და ჩამოაჭრეს 15 ქულა კონსტრუქტორთა თასზე. ამ შემთხვევას მოჰყვა წესების გამკაცრება: აიკრძალა სხვა ბოლიდის დიზაინის კოპირება სკანერებისა და პროგრამული უზრუნველყოფის გამოყენებით. უცნობია, რა გავლენა მოახდინა მანქანის ეგზოტიკურმა ფერმა ამბის გახმაურებაზე. თუმცა, „Racing Point“-ის იმედი, რომ ვარდისფერი ბოლიდი არ მიიქცევა ზედმეტ ყურადღებას „ფორმულა 1“-ის

ტრასაზე, აშკარად მეტისმეტად ოპტიმისტური გამოდგა.

2020 წელს პილოტმა სერ ლუის ჰემილტონმა მოიგო ბრიტანეთის გრანპრი. თუმცა, გამარჯვებისთვის ჰემილტონს მოუწია ფიზიკის კანონების დარღვევა. მისი გამარჯვება კი შევიდა „ფორმულა 1“-ის ისტორიაში.

ბრიტანეთის გრანპრის ფინალურ წრემდე ყველაფერი ჩვეულებრივად მიდიოდა. სერ ლუის ჰემილტონი, იმ დროისთვის მსოფლიოს ექვსგზის ჩემპიონი, დამაჯერებლად ლიდერობდა. თუმცა, ბოლო წრის დაწყებისას, ჰემილტონის ბოლიდის მარცხენა წინა საბურავმა სიმტკიცე დაკარგა და გასკდა. მაყურებლის თვალწინ გაცოცხლდა სურათი, სადაც უძლეველი ბოლიდი დაემსგავსა დაჭრილ ცხოველს.

ნაგლეჯებად ქცეული საბურავი შანსებს არ უტოვებდა პილოტს. სერ ჰემილტონს წინ ნახევარი წრე ჰქონდა გასავლელი, ხოლო უკან მას მისდევდა გააფთრებული მაქს ფერსტაპენი, რომელიც ყოველ წამს ამცირებდა დისტანციას. ეს აღარ იყო მხოლოდ რბოლა. ეს იყო ბრძოლა პილოტის ნებისყოფასა და დაზიანებულ ბოლიდს შორის. სერ ჰემილტონი მანქანას არა მხოლოდ საჭით, არამედ ინსტინქტით უფრო მართავდა. ყოველ მოსახვევში მისი ბოლიდი გადაბრუნების ზღვარზე იყო, მაგრამ პილოტის სიმშვიდე და ოსტატობა ფიზიკის კანონებზე მაღლა დადგა.

როდესაც ბოლიდმა მხოლოდ სამი საბურავით გადაკვეთა ფინიშის ხაზი, სამყარო წამით დადუმდა. სერ ლუის ჰემილტონმა დაამტკიცა, რომ ჩემპიონებს არა მხოლოდ სრულყოფილი ტექნიკა, არამედ განსაცდელის დროს გამოვლენილი უდრეკი სული ქმნის. ეს არ იყო უბრალოდ გამარჯვება. ეს იყო ადამიანის შესაძლებლობების საუკეთესო გამოვლინება, რომელმაც ყველაზე გამოუვალ მდგომარეობაშიც კი იპოვა გზა დიდებისკენ. „ფორმულა 1“-ის ისტორიაში ეს გამარჯვება შევიდა, როგორც "სამი ბოლის ლეგენდა."

ფიზიკის კანონების დამარცხების შემდეგ სერ ჰემილტონმა სთხოვა თავის გუნდს, რომ დაზიანებული საბურავი ერუქებიანათ მისთვის, სუვენირის სახით. საკმაოდ მოკრძალებული თხოვნაა იმ ადამიანისგან, რომელმაც მოახდინა

ნამდვილი სასწაული მთელი მსოფლიოს თვალებში. სამწუხაროდ, სერ ჰემილტონს უთხრეს უარი, იმ სპეციალური წესების გამო, რომლებიც მოქმედებს „ფორმულა 1“-ის საბურავებთან მიმართებაში.

საბურავები არ ეკუთვნით „ფორმულა 1“-ის გუნდებს. საბურავები მათ გადაეცემათ მხოლოდ დროებით სარგებლობაში, თითოეული რბოლის წინ. გარდა ამისა, საბურავების რეზინის შემადგენლობა კომპანია „პირელის“ კომერციული საიდუმლოებაა. 2011 წლიდან „პირელი“ „ფორმულა 1“-ის საბურავების ექსკლუზიური მიმწოდებელია.

„ფორმულა 1“-ის საბურავების დამზადების პროცესი იწყება „პირელის“ მაღალტექნოლოგიურ ქარხანაში. თითოეულ საბურავს აკრავენ უნიკალურ შტრიხკოდს. გუნდებმა არ იციან, კონკრეტულად რომელი საბურავი შეხვდებათ. „ფორმულა 1“-ში მოქმედებს სპეციალური წესები, რომ საბურავების განაწილება მოხდეს შემთხვევითობის პრინციპით. ეს გამორიცხავს ყოველგვარ ეჭვს, რომ „პირელიმ“ შესაძლოა რომელიმე გუნდს "უკეთესი" საბურავი მიანდოს.

საბურავები ჩააქვთ რბოლის ადგილზე სპეციალური ტემპერატურული კონტროლის მქონე კონტეინერებით. ერთი სეზონის განმავლობაში „პირელი“ დაახლოებით 40000-მდე საბურავს აწვდის „ფორმულა 1“-ს. რბოლის დასრულებისთანავე ყველა გამოყენებული და გამოუყენებელი საბურავი უბრუნდება „პირელის“. სპეციალური დანადგარებით საბურავებს ჭრიან, რათა მათი ხელახლა გამოყენება ან შესწავლა შეუძლებელი გახდეს. ჰემილტონის დაზიანებულ საბურავსაც იგივე ბედი ეწია. იგი უბრალოდ დაჭრეს. თუმცა, „პირელიმ“ გადასცა ჰემილტონს სპეციალური ჯილდო: მცირე ზომის სამახსოვრო საბურავი.

1982 წლის პილოტების გაფიცვა ალბათ იყო ერთ-ერთი ყველაზე უცნაური მოვლენა „ფორმულა 1“-ის ისტორიაში. ამ გაფიცვამ სამუდამოდ შეცვალა ძალთა ბალანსი მმართველ ორგანოსა და პილოტებს შორის.

1982 წელს „ფორმულა 1“-ის ორგანიზატორებმა გადაწყვიტეს შემოეღოთ ბოლიდების პილო-

ტებისთვის ე.წ. „სუპერ-ლიცენზია.“ მისი პირობებით, პილოტებს ეკრძალებოდა გუნდიდან გუნდში გადასვლა ხელშეკრულების დასრულებამდე. ფაქტობრივად, პილოტები ხდებოდნენ გუნდების "საკუთრება", ყოველგვარი თავისუფალი არჩევანის გარეშე.

ბევრმა პილოტმა გამოთქვა უკმაყოფილება ახალი წესების გამო. ერთ-ერთი ყველაზე აქტიური იყო მსოფლიოს მაშინდელი ორგზის ჩემპიონი, ნიკი ლაუდა. ვარჯიშის ნაცვლად, ლაუდა და სხვა პილოტები ავტობუსით წავიდნენ ერთ-ერთ სასტუმროში. ისინი ჩაიკეტნენ დიდ დარბაზში და მთელი ღამე გაათენეს, რომ არც ერთი პილოტი მალულად არ გასულიყო ტრასაზე. „ფორმულა 1“-ის ორგანიზატორები იმუქრებოდნენ, რომ ყველა გაფიცულ პილოტს ელოდებოდა სამუდამო დისკვალიფიკაცია.

საბოლოოდ, გუნდების მფლობელები და ორგანიზატორები წავიდნენ დათმობაზე. "სუპერ-ლიცენზიის" ყველაზე დრაკონული პუნქტები ამოიღეს. რბოლა ჩატარდა, თუმცა პი-

ლოტებს მოგვიანებით მაინც დააკისრეს სიმბოლური ჯარიმები და დროებითი დისკვალიფიკაცია (რომელიც მალევე გაუქმდა). ეს იყო უნიკალური შემთხვევა, როდესაც „ფორმულა 1“-ის პილოტებმა აჩვენეს, რომ მათ გარეშე „ფორმულა“ ვერ იარსებებდა და ნიკი ლაუდას ლიდერობამ ითამაშა გადამწყვეტი როლი. ნიკი ლაუდა აღწერს გაფიცვის დეტალებს თავის ავტობიოგრაფიაში „გზა ჯოჯოხეთამდე და უკან: ავტობიოგრაფია.“

„ფორმულა 1“ მაღალი ტექნოლოგიებისა და სპეციფიკური სამართლებრივი მონესრიგების უნიკალური სინთეზია, სადაც გამარჯვება არა მხოლოდ ასფალტის საფარზე, არამედ იურიდიულ ლაბირინთებშიც იჭედება. პირველობისთვის ჭიდილში მთელი გუნდია ჩართული: პილოტები, მენეჯერები, ინჟინრები და ტექნიკოსები. თუმცა, თავისი როლი იურისტებსაც აქვთ. ისინი არიან „უხილავი პილოტები“, რომლებიც სამართლებრივ რბოლებში იცავენ გუნდების ინტერესებს.

ლევან ნანობაშვილი

► პრივატიზაცია, როგორც საჯაროსამართლებრივი აქტი

- პრივატიზაცია განსაკუთრებულ საჯარო უფლებამოსილებას განეკუთვნება და იგი არ წარმოადგენს კერძო-სამართლებრივ ურთიერთობას. ამ შემთხვევაში სახელმწიფო ვერ გამოვა როგორც კერძო პირი, როგორც ურთიერთობის თანასწორი მონაწილე.
- სახელმწიფო ქონების პრივატიზების მიზნით დადებული ხელშეკრულება წარმოადგენს ადმინისტრაციულ ხელშეკრულებას.

საქართველოს უზენაესი სასამართლოს 2007 წლის 15 ნოემბრის გადაწყვეტილება (საქმე N: ბს-827-789(გ-07))

საქართველოს ზოგადი ადმინისტრაციული კოდექსის 21 „ზ“ და საქართველოს ადმინისტრაციული საპროცესო კოდექსის 21 მუხლები

ფაქტობრივი გარემოებები: მოსარჩელე 1992 წლიდან ცხოვრობდა ქ. თბილისის ერთ-ერთ საცხოვრებელ სახლში, რომელიც სამხედრო უწყების საკუთრებას წარმოადგენდა. მან ამავე წლის 29 ივლისს კანონით დადგენილი წესით მოახდინა თავის კანონიერ მფლობელობაში არსებული საცხოვრებელი ფართის პრივატიზება, რის შემდეგაც თავდაცვის სამინისტროსთან დადო ხელშეკრულება სანოტარო წესის დაცვით.

2002 წლის 19 სექტემბერს მოსარჩელისათვის ცნობილი გახდა, რომ მესამე პირმა, რომელიც მოსარჩელის მიერ აღნიშნულ სახლში გადასვლისას, 1992 წლისთვის, საცხოვრებელი სახლის მხოლოდ სხვენში იყო ჩანერილი და იქ უკანასკნელი 12 წლის განმავლობაში არ უცხოვრია, საქართველოს თავდაცვის სამინისტროს ინფრასტრუქტურის მთავარი სამმართველოს მიერ 2002 წლის 16 ივლისს გაცემული ნებართვის საფუძველზე ამავე წელს გაცემული სანოტარო აქტით მოახდინა ზემოაღნიშნული სახლის სხვენის, როგორც საცხოვრებელი ფართის, ასევე დამხმარე ფართის პრივატიზება. აღნიშნულის შედეგად დაირღვა, მოსარჩელის, როგორც მესაკუთრის კანონიერი უფლებები და ინტერესები.

მოსარჩელის აზრით, თავდაცვის სამინისტროს ინფრასტრუქტურის მთავარი სამმართველოსა და მესამე პირს შორის გაფორმებული 2002 წლის 16 სექტემბერს დადებული გარიგება საცხოვრებელი ბინის პრივატიზაციის შესახებ, მართლსაწინააღმდეგო და ამორალურ გარიგებას წარმოადგენდა. თავდაცვის სამინისტროს წარმომადგენელს უფლება ჰქონდა მოეხდინა მხოლოდ მესამე პირის მიერ დაკავებული სხვენის პრივატიზება, თუმცა აღნიშნულ ფართთან ერთად პრივატიზებით გაიცა დამხმარე ფართიც, რაც დაუშვებელი იყო.

თბილისის საქალაქო სასამართლოს ადმინისტრაციულ საქმეთა კოლეგიის საქმე განსჯადობით განსახილველად გადაეგზავნა თბილისის საქალაქო სასამართლოს სამოქალაქო სა-

ქმეთა კოლეგიას საქართველოს ადმინისტრაციული საპროცესო კოდექსის 26 I და II მუხლის საფუძველზე.

თბილისის საქალაქო სასამართლოს სამოქალაქო საქმეთა კოლეგია 2007 წლის 27 ივლისის განჩინებით არ დაეთანხმა თბილისის საქალაქო სასამართლოს ადმინისტრაციულ საქმეთა კოლეგიის მიერ საქმის განსჯადობის საკითხის გადაწყვეტას და წარდგენილი სარჩელი განსჯადობის საკითხის გადასაწყვეტად გადაუგზავნა საქართველოს უზენაეს სასამართლოს.

პირველი და მეორე ინსტანციის სასამართლოს მსჯელობა: მოცემულ შემთხვევაში, მთავარი განსახილველი საკითხი ეხებოდა იმას, თუ რამდენად შეიძლება შესაბამისი ფართის პრივატიზება, რამდენად შეესაბამებოდა აღნიშნული ფართი ორდერში მითითებულ ფართს, იყო თუ არა შესაძლებელი საერთოდ აღნიშნული ფართის პრივატიზება, მოქმედებდნენ თუ არა ხელშეკრულების მხარეები უფლებამოსილების ფარგლებში, კანონის შესაბამისად. დავის საგანს აგრეთვე წარმოადგენდა პრივატიზების ხელშეკრულების ბათილად ცნობა. აღნიშნული ხელშეკრულების ერთ-ერთ მხარეს წარმოადგენდა თავდაცვის სამინისტროს ინფრასტრუქტურის მთავარი სამმართველო. სადავო ხელშეკრულების ობიექტი (საცხოვრებელი სახლი) განეკუთვნებოდა თავდაცვის სამინისტროს, ანუ სახელმწიფოს საკუთრებას, კერძოდ საუწყებო ბინას და სასამართლოს მოსაზრებით, მისი განკარგვა კონკრეტულმა პირმა განახორციელა სწორედ შესაბამისი უწყების, სახელმწიფოს სახელით, რის გამოც აღნიშნული ხელშეკრულება შეიძლება განხილული ყოფილიყო, როგორც საცხოვრებელი ფართის პრივატიზების კლასიკური შემთხვევა, რაც ერთ-ერთი მნიშვნელოვანი საფუძველი იყო სასამართლოსათვის, რათა მიეჩნია იგი ადმინისტრაციული წესით განსჯად საქმედ. მოცემული დავის განხილვისას სხვა ნორმატიულ კანონმდებლობასთან ერთად გამოყენებული უნდა ყოფილიყო საქართველოს მინისტრთა კაბინეტის 1992 წლის 1 თებერვლის 1107 დადგენილება, რაც ასევე გარკვეულწილად წარმოადგენდა მის ადმინისტრაციულ ხელშეკრულებად (გარიგებად) მიჩნევის პირობას.

უზენაესი სასამართლოს მსჯელობა: უზენაესმა სასამართლომ საქმის შესწავლის, განსჯადობის საკითხის გამორკვევის შედეგად მიიჩნია, რომ სარჩელი განსჯადობით განსახილველად უნდა გადასცემოდა თბილისის საქალაქო სასამართლოს ადმინისტრაციულ საქმეთა კოლეგიას, ვინაიდან, საქართველოს ადმინისტრაციული საპროცესო კოდექსის 21 მუხლის მოთხოვნიდან გამომდინარე, ადმინისტრაციული სამართალწარმოების წესით საქმის განსჯადობის საკითხის გადასაწყვეტად ამოსავალია სადავო სამართალურთიერთობის შინაარსი და შესაბამისად, ამ სამართალურთიერთობის სამართლებრივი საფუძველი - ადმინისტრაციული სამართლის კანონმდებლობა. ამავე მუხლის მე-2 ნაწილის ბ) ქვეპუნქტის მიხედვით, სასამართლოში დავის საგანს შეიძლება წარმოადგენდეს ადმინისტრაციული ხელშეკრულების დადება, შესრულება ან შეწყვეტა.

უზენაესი სასამართლო საქართველოს ზოგადი ადმინისტრაციული კოდექსის 21 „ზ“ მუხლის საფუძველზე განმარტავს, რომ ადმინისტრაციული ხელშეკრულება წარმოადგენს ადმინისტრაციული ორგანოს მიერ საჯარო უფლებამოსილების განხორციელების მიზნით ფიზიკურ ან იურიდიულ პირთან, აგრეთვე სხვა ადმინისტრაციულ ორგანოსთან დადებულ სამოქალაქო-სამართლებრივ ხელშეკრულებას. ადმინისტრაციული ორგანო უფლებამოსილია, დადოს როგორც ადმინისტრაციული, ისე სამოქალაქო ხელშეკრულება. ყოველ კონკრეტულ შემთხვევაში ადმინისტრაციული ორგანოს მიერ დადებული ხელშეკრულების სამართლებრივი ხასიათის განმსაზღვრელ ამოსავალ ელემენტს წარმოადგენს მისი, როგორც ადმინისტრაციული ორგანოს მიერ საჯარო უფლებამოსილების განხორციელება.

აღნიშნული ხელშეკრულების მხარეებს წარმოადგენენ ფიზიკური პირი (*მესამე პირი*) და ადმინისტრაციული ორგანო - საქართველოს თავდაცვის სამინისტროს ინფრასტრუქტურის მთავარი სამმართველო. სადავო ხელშეკრულების საგანი - ბინა განეკუთვნებოდა საქართველოს თავდაცვის სამინისტროს საკუთრებას და იგი სახელმწიფოს სახელით განიკარგა. ხელშე-

კრულების დადების სამართლებრივი საფუძველია საქართველოს მინისტრთა კაბინეტის 1992 წლის 1 თებერვლის ¹107 დადგენილება, რომლითაც მოწესრიგებულია საქართველოს რესპუბლიკაში ბინების პრივატიზაციის (უსასყიდლოდ გადაცემის) განხორციელების პირობები.

სახელმწიფო ქონების განსახელმწიფოებრიობა - პრივატიზაცია - სახელმწიფოს განსაკუთრებულ საჯარო უფლებამოსილებას განეკუთვნება. პრივატიზაციის პროცესი არ არის კერძო-სამართლებრივი ურთიერთობა და ამ შემთხვევაში სახელმწიფო ვერ გამოვა როგორც კერძო პირი, როგორც ურთიერთობის თანასწორი მონაწილე. შესაბამისად, სახელმწიფო ქონების პრივატიზების მიზნით დადებული ხელშეკრულება წარმოადგენს ადმინისტრაციულ ხელშეკრულებას.

მოცემული საქმის ადმინისტრაციული სამართალწარმოების წესით განსჯადობას არ გამოირიცხავს ის გარემოება, რომ სამოქალაქო საქმეთა კოლეგიამ მასში მონაწილე ადმინისტრაციული ორგანო ამორიცხა საქმიდან. ადმინისტრაციული სამართალწარმოების წესით საქმის განსჯადობისათვის განმსაზღვრელია დავის ადმინისტრაციული შინაარსი, რაც ამ შემთხვევაში სახეზე იყო. რაც შეეხება მხარეთა სწორ განსაზღვრას, აღნიშნულ საკითხზე უნდა ემსჯელა განსჯად სასამართლოს. ზემოაღნიშნულიდან გამომდინარე, უზენაესმა სასამართლომ მიიჩნია, რომ სარჩელი განსჯადობით განსახილველად უნდა გადასცემოდა თბილისის საქალაქო სასამართლოს ადმინისტრაციულ საქმეთა კოლეგიას.

სოფიკო ზარანდია

► სამეთვალყურეო საბჭოს წევრის ანაზღაურება

- სამეთვალყურეო საბჭოს წევრთა ანაზღაურებისათვის არ არსებობს მისი სასყიდლიანობის პრეზუმფცია
- სამეთვალყურეო საბჭოს წევრის ანაზღაურების საკითხის გადაწყვეტა მხოლოდ საერთო კრების კომპეტენციაა და წევრობა მისი მოთხოვნის უფლებას ავტომატურად არ წარმოშობს

საქართველოს უზენაესი სასამართლოს 2020 წლის 25 ნოემბრის გადაწყვეტილება (საქმე: №ას-243-2020)

მენარმეთა შესახებ კანონის 1994 წლის რედაქცია

ფაქტობრივი გარემოებები: მოპასუხე კომპანია სამეწარმეო რეესტრში დარეგისტრირებულია 1998 წლიდან. საზოგადოების მმართველობის ორგანოს წარმოადგენდა სამეთვალყურეო საბჭო, ხოლო საზოგადოების მართვის უმაღლესი ორგანო იყო აქციონერთა საერთო კრება. აქციონერთა კრებაზე, რომელიც უფლებამოსილი იყო, აერჩია სამეთვალყურეო საბჭოს წევრები და გადაეწყვიტა საბჭოს წევრთა შრომის ანაზღაურების საკითხი, ყველა გადაწყვეტილება მიიღებოდა კენჭისყრით. სამეთვალყურეო საბჭო შედგებოდა სამი წევრისაგან და მათი უფლებამოსილების ვადა განისაზღვრებოდა 4 წლის ვადით.

მოსარჩელები 2013 წლის 16 აგვისტოს დაინიშნენ სამეთვალყურეო საბჭოს წევრად. ამავე კრებაზე, აქციონერთა გადაწყვეტილებით, სამეთვალყურეო საბჭოს წევრის ყოველთვიური ანაზღაურება განისაზღვრა დარიცხული 880 ლარის ოდენობით, ანუ თითოეული წევრის წლიური ანაზღაურება შეადგენდა 10 560 ლარს.

აქციონერთა კრების 2015 წლის 9 მარტის გადაწყვეტილებით სამეთვალყურეო საბჭოს წევრებს შეუწყდათ შრომის ანაზღაურება.

მოსარჩელებმა სარჩელი შეიტანეს სასამართლოში მოპასუხე კომპანიის მიმართ და მოი-

თხოვეს მოპასუხის აქციონერთა საერთო კრების 2015 წლის 9 მარტს მიღებული ოქმის ბათილად ცნობა სამეთვალყურეო საბჭოს წევრებისათვის შრომის ანაზღაურების შეწყვეტის ნაწილში და, თითოეული მოსარჩელის სასარგებლოდ, თანხის - 5 904.51 ლარის დაკისრება (ანაზღაურება 2015 წლის 9 მარტიდან 2015 წლის 1-ელ ოქტომბრამდე არსებული პერიოდისთვის).

თბილისის საქალაქო სასამართლოს სამოქალაქო საქმეთა კოლეგიის 2018 წლის 31 მაისის გადაწყვეტილებით სარჩელი დაკმაყოფილდა, ნაწილობრივ ბათილად იქნა ცნობილი მოპასუხის აქციონერთა საერთო კრების 2015 წლის 9 მარტის ოქმი, კერძოდ, სამეთვალყურეო საბჭოს წევრებისათვის შრომის ანაზღაურების შეწყვეტის ნაწილში. მოპასუხეს თითოეული მოსარჩელის სასარგებლოდ დაეკისრა 2015 წლის 9 მარტიდან 2015 წლის 1-ელ ოქტომბრამდე გადაუხდელი სამეთვალყურეო საბჭოს წევრის ანაზღაურების - 5 904.51 ლარის გადახდა. მოპასუხემ აღნიშნული გადაწყვეტილებაზე შეიტანა სააპელაციო საჩივარი, რომელიც სასამართლომ არ დააკმაყოფილა.

სააპელაციო სასამართლოს მსჯელობა: სასამართლო დაეთანხმა პირველი ინსტანციის სასამართლოს და განმარტა, რომ ანაზღაურების დაკისრების მოთხოვნა გამართლებულია, მიუხედავად იმისა, თუ რა სამართლებრივ ჩარჩოში მოექცევა საზოგადოებასა და სამეთვალყურეო საბჭოს წევრებს შორის არსებული სახელშეკრულებო ურთიერთობა. მოთხოვნა შესაბამეობა როგორც მენარმეთა შესახებ საქართველოს კანონს, ასევე, შრომის კოდექსის 1 II და 2 I მუხლებს. იმ პირობებშიც, თუ სადავო ურთიერთობა მონესრიგდება დავალების ხელშეკრულების ნორმებით, სკ-ის 710 I და II მუხლის საფუძველზე სარჩელი უნდა დაკმაყოფილდეს, რადგან მხარეები შეთანხმებული იყვნენ ანაზღაურებაზე, უდავოა, რომ 2013 წლის 16 აგვისტოდან 2015 წლის 1-ელ ოქტომბრამდე ისინი

იყვნენ საზოგადოების სამეთვალყურეო საბჭოს წევრები და მათ 2015 წლის 9 მარტის შემდგომ ანაზღაურება არ მიუღიათ, რაც სარჩელის დაკმაყოფილების საფუძველია.

სააპელაციო სასამართლოს ზემოაღნიშნული განჩინებაზე მოპასუხემ შეიტანა საკასაციო საჩივარი, რომელიც სსკ-ის 391V ა) მუხლის საფუძველზე დასაშვებად იქნა ცნობილი, თუმცა იგი სასამართლომ არ დააკმაყოფილა დაუსაბუთებლობის საფუძველით.

უზენაესი სასამართლოს მსჯელობა: უზენაესი სასამართლოს შეფასების საგანს წარმოადგენდა სამეთვალყურეო საბჭოს წევრებისათვის ანაზღაურების შეწყვეტის თაობაზე საერთო კრების 2015 წლის 9 მარტის გადაწყვეტილების კანონიერება.

შესაბამისად, წინამდებარე დავის ფარგლებში განმარტებას ექვემდებარებოდა ისეთი საკითხები, რომლებიც უკავშირდება სააქციო საზოგადოების მართვის უმაღლესი ორგანოს - საერთო კრების კომპეტენციას სამეთვალყურეო საბჭოს წევრთა ანაზღაურების საკითხის გადაწყვეტისას, კერძოდ, ანაზღაურების ოდენობის განსაზღვრის წესი, მისი დანიშვნა, შემცირება, შეწყვეტა.

სასამართლომ აღნიშნა, რომ საერთო კრება სს-ის მართვის უმაღლესი ორგანოა, რომელზეც აქციონერები თავიანთ უფლებებს ახორციელებენ. მიუხედავად ამისა, მისი უფლებები კანონით ზუსტადაა განსაზღვრული და, ამავე დროს, შეზღუდული პასუხისმგებლობის საზოგადოების პარტნიორთა კრებისაგან განსხვავებით საკმაოდ შეზღუდულია¹. მხედველობაშია საერთო კრების კომპეტენციის „ენუმერაციულობა“, რაც ნიშნავს, რომ კანონის მუხლი კონკრეტულად შეიცავს იმ უფლებამოსილების ჩამონათვალს, რომელიც ამ ორგანოს აქვს მიკუთვნებული².

მენარმეთა შესახებ საქართველოს კანონის 54 VI მუხლი განსაზღვრავდა საერთო კრების

¹ იხ.: ლადო ჭანტურია, თედო ნინიძე, მენარმეთა შესახებ კანონის კომენტარი, მესამე გამოცემა, გამომცემლობა „სამართალი“, თბილისი, 2002, გვ. 373.

² იხ.: ირაკლი ბურდული, სააქციო სამართლის საფუძვლები, II ტომი, საკორპორაციო, საბანკო და ეკონომიკური სამართლის ინსტიტუტი (თსუ, იურიდიული ფაკულტეტი), თბილისი, 2013, ს.ფ. 212).

კომპეტენციას. აქციონერთა საერთო კრება არა მხოლოდ სამეთვალყურეო საბჭოს წევრების არჩევის საკითხს წყვეტს, არამედ მას საბჭოს წევრთა ანაზღაურების საკითხის დადგენისა და გადაწყვეტის კომპეტენციაც აქვს. სასამართლომ გაამახვილა ყურადღება იმაზე, რომ სამეთვალყურეო საბჭოს წევრობა ავტომატურად არ წარმოშობს ანაზღაურების მოთხოვნის უფლებას. ამდენად, სამეთვალყურეო საბჭოს წევრთა ანაზღაურებისათვის არ არსებობს მისი სასყიდლიანობის პრეზუმფცია. ანაზღაურების საკითხის გადაწყვეტა მხოლოდ საერთო კრების კომპეტენციაა.

ანაზღაურების გარეშე საქმიანობა კი, არ არის საბჭოს წევრის პასუხისმგებლობისაგან გათავისუფლების საფუძველი. უსასყიდლოდ მუშაობა, თავის მხრივ, არ ნიშნავს, რომ მას არა აქვს უფლება, მოითხოვოს იმ ხარჯების ანაზღაურება, რომელიც მან გასწია საზოგადოების ინტერესებიდან გამომდინარე (მაგ.: მივლინების ხარჯები და ა. შ.). შესაძლოა, სამეთვალყურეო საბჭოს წევრის ანაზღაურება განისაზღვროს განსაზღვრული თანხის ფარგლებში, ასევე, დაშვებულია მიბმული იყოს კორპორაციის მოგებაზე და განისაზღვროს მოგებიდან პროცენტის მიცემით³. ძირითადად გამოყოფენ ალტერნატიულად ან კუმულაციურად მყარად განსაზღვრულ ყოველთვიურ ხელფასს ან მოგების მიღებაში მონაწილეობის უფლებას.⁴ ანაზღაურება შეიძლება იყოს ფიქსირებული ან ცვალებადი.

არსებობს შემთხვევები, როდესაც სამეთვალყურეო საბჭოს წევრები საზოგადოებისაგან ანაზღაურებას საერთოდ არ იღებენ, თუმცა უფრო ხშირია შემთხვევები, როდესაც სამეთვალყურეო საბჭოს წევრებს საკმაოდ მაღალი ანაზღაურება აქვთ დანიშნული და, შესაბამისად, მათი საქმიანობა სასყიდლიანია.

არსებობს მოსაზრება, რომ სამეთვალყურეო საბჭოს წევრის ანაზღაურების სამართლებრივი

საფუძველი არ არის სახელშეკრულებო, რადგან საერთო კრება კანონით უფლებამოსილი, მიიღოს შესაბამისი გადაწყვეტილება⁵. ასევე არსებობს მოსაზრება, საკითხი ე. წ. „პრინციპალ-აგენტის“ ურთიერთობის ჩრდილში იქნას განხილული. სამეთვალყურეო საბჭოს წევრთა ანაზღაურება დავალების მიმცემისა და მისი მიმღების ეკონომიკურ-სამართლებრივ ურთიერთობაზეა დაფუძნებული.

ყოველივე აღნიშნულზე დაყრდნობით სასამართლომ მიიჩნია, რომ მიუხედავად იმისა, რომ მენარმეთა შესახებ საქართველოს კანონი სამეთვალყურეო საბჭოს წევრთა ანაზღაურებას მოიხსენიებს „შრომის ანაზღაურების“ საკითხად, შინაარსობრივად ეს არ არის შრომით-სამართლებრივი ურთიერთობიდან გამომდინარე ხელფასი და სამეთვალყურეო საბჭოს წევრთა ანაზღაურება არ ექვემდებარება შრომის კოდექსის შესაბამისად მოწესრიგებას.

სამეთვალყურეო საბჭოს წევრთა ანაზღაურების საკითხის დამდგენ ცენტრალურ ნორმას ქართულ სამართალში წარმოადგენს მენარმეთა შესახებ საქართველოს კანონის 54 VI თ) მუხლი. კანონი ზოგადად უთითებს სამეთვალყურეო საბჭოს წევრთა ანაზღაურების განსაზღვრის შესახებ, შესაბამისად, საკმარისად მიიჩნევს საერთო კრების წერილობით გადაწყვეტილებას ანაზღაურების შეწყვეტის ან მისი მოცულობის შემცირების თაობაზე, რასაც, თავის მხრივ, წესდებაში სათანადო ცვლილება არ სჭირდება. ამასთან, არ არის დაკონკრეტებული სამეთვალყურეო საბჭოს წევრის შრომის ანაზღაურების საკითხის დროში მოქმედების კონტექსტი, რაც შესაბამის განმარტებებს მოითხოვს და განაპირობებს მის მართებულობას.

შედარებისთვის, სასამართლომ მიუთითა გერმანიის სააქციო საზოგადოების შესახებ კანონის (*Aktiengesetz*) 113-ე პარაგრაფზე, რომელიც არეგულირებს სამეთვალყურეო საბჭოს

³ იხ.: ლადო ჭანტურია, თედო ნინიძე, მენარმეთა შესახებ კანონის კომენტარი, მესამე გამოცემა, გამომცემლობა „სამართალი“, თბილისი, 2002, გვ. 383, 384.

⁴ იხ.: ირაკლი ბურდული, სააქციო სამართლის საფუძვლები, II ტომი, საკორპორაციო, საბანკო და

ეკონომიკური სამართლის ინსტიტუტი (თსუ, იურიდიული ფაკულტეტი), თბილისი, 2013, ს.ფ.290).

⁵ Drygala in: Schmidt, K./Lutter, AktG, 4. Aufl. 2020, § 113 AktG, 2. Herabsetzung, Rn26.

წევრის ანაზღაურების (*Vergütung*) საკითხს, კერძოდ, სამეთვალყურეო საბჭოს წევრები საქმიანობისათვის შეიძლება იღებდნენ ანაზღაურებას. ეს შეიძლება, განსაზღვრული იყოს წესდებაში ან გადაწყდეს აქციონერთა საერთო კრებაზე. ის უნდა იყოს სამეთვალყურეო საბჭოს წევრების წინაშე მდგარი ამოცანებისა და კომპანიაში არსებული მდგომარეობის თანახმად. სამეთვალყურეო საბჭოს შექმნისას/დაკომპლექტებისას საერთო კრების გადაწყვეტილებაზეა დამოკიდებული მისი წევრების ანაზღაურების საკითხი.

პრაქტიკაში პრობლემატურია საერთო კრების მიერ სამეთვალყურეო საბჭოს წევრთა ანაზღაურების შემცირების/შენეცვტის გადაწყვეტილების დროში მოქმედება, კერძოდ, ერთ-ერთ საქმეზე სასამართლომ განმარტა, რომ გადაწყვეტილება ფიქსირებული ანაზღაურების შემცირების შესახებ შეიძლება შეეხებოდეს სამეთვალყურეო საბჭოს წევრების ანაზღაურების საკითხებს მხოლოდ მომავალი სამეურნეო წლისათვის⁶. სამეთვალყურეო საბჭოს წევრს, რომელიც სამეურნეო წლის დასაწყისში უკვე იკავებს ფიქსირებულ პოზიციას, წარმოეშობა უფლება ანაზღაურებაზე⁷. სამეურნეო წლის დასაწყისში იმის ცოდნა, რომ მიმდინარე წელს სამეთვალყურეო საბჭოს წევრები მიიღებენ ფიქსირებულ ანაზღაურებას, ეფუძნება მათ ნდობას, რომელიც უნდა გამართლდეს⁸.

ბუნებრივია, შესაძლოა, აუცილებელი გახდეს საზოგადოების ადაპტირება გაუარესებულ ეკონომიკურ მდგომარეობასთან სამეთვალყურეო საბჭოს წევრთა ანაზღაურების, მიმდინარე წელს, შემცირების გზითაც⁹.

საერთო კრების მიერ ანაზღაურების შემცირების/შენეცვტის შესახებ მიღებულ გადაწყვეტილებას არ სჭირდება სამეთვალყურეო საბჭოს წევრთა თანხმობა¹⁰. ამასთან, საერთო კრების მიერ სამეთვალყურეო საბჭოს წევრების ანაზღაურების შემცირების/შენეცვტის შემთხვევაში საბჭოს წევრები არ არიან ვალდებული, დაემორჩილონ ამ გადაწყვეტილებას და გააგრძელონ შემცირებული ანაზღაურებით ან ანაზღაურების გარეშე თავიანთი მოვალეობების შესრულება. საერთო კრების მიერ ასეთი გადაწყვეტილების მიღება ითვლება საპატიო მიზეზად, როდესაც სამეთვალყურეო საბჭოს წევრი უფლებამოსილია, დატოვოს საბჭო.¹¹

ყოველივე აღნიშნულზე დაყრდნობით სასამართლომ დაასკვნა, რომ იმ პირობებში, როცა მოწინააღმდეგე მხარეთა სამეთვალყურეო საბჭოს წევრებად არჩევის მომენტში წევრობა იყო ანაზღაურებადი და საერთო კრების გადაწყვეტილებით ანაზღაურება განისაზღვრა ფიქსირებული ფორმით, პრეზუმირებულია სამეთვალყურეო საბჭოს წევრთა მოლოდინი საზღაურის მიღებაზე. შესაგებლით შედავებული არ ყოფილა სამეთვალყურეო საბჭოს წევრების მხრიდან ვალდებულებების ჯეროვნად და კეთილსინდისიერად შესრულების ფაქტი. სამეთვალყურეო საბჭოს წევრებს ანაზღაურება შეუწყდათ მიმდინარე სამეურნეო/კალენდარულ წელს - 2015 წლის 9 მარტიდან და ისინი სამეთვალყურეო წევრის უფლებამოსილებას ახორციელებდნენ 2015 წლის 1-ელ ოქტომბრამდე, შესაბამისად, სადავო გადაწყვეტილება შეეხებოდა სწორედ 2015 წლის 9 მარტიდან 2015 წლის 1-ელ ოქტომბრამდე არსებულ პერიოდს. მოპასუ-

⁶ LG München I 5. Kammer für Handelssachen, Entscheidungsdatum: 30.08.2012; 5 HK O 1378/12, 5 HKO 1378/12.

⁷ LG München I 5. Kammer für Handelssachen, Entscheidungsdatum: 30.08.2012; 5 HK O 1378/12, 5 HKO 1378/12. Rn 65; *Habersack* in: Münchener Kommentar zum AktG, 3. Aufl., Rdn. 36 und 34 zu § 113; *Mertens* in: Kölner Kommentar zum AktG, 2. Aufl., Rdn. 34 zu § 113; *Hopt/Roth* in: Großkommentar zum AktG, a. a. O., Rdn. 96 zu § 113; *Hoffmann-Becking* in: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechtes, Band 4, Aktiengesellschaft, 3. Aufl., § 33 Rdn. 23.

⁸ *Drygala* in: Schmidt, K./Lutter, AktG, 4. Aufl. 2020, § 113 AktG, 2. Herabsetzung, Rn26.

⁹ LG München I 5. Kammer für Handelssachen, Entscheidungsdatum: 30.08.2012; 5 HK O 1378/12, 5 HKO 1378/12. Rn65; ასევე იხ.: *Hüffer*, AktG, a. a. O., Rdn. 6 zu § 113; *Breuer/Fraune* in: Heidel, Aktienrecht und Kapitalmarktrecht, a. a. O., Rdn. 9 zu § 113.

¹⁰ *Drygala* in: Schmidt, K./Lutter, AktG, 4. Aufl. 2020, § 113 AktG, 2. Herabsetzung, Rn26.

¹¹ *Israel* in: Bürgers/Körber, Aktiengesetz, 4. Aufl. 2017, § 113 Vergütung der Aufsichtsratsmitglieder, 4. Herabsetzung der Vergütung, Rn.19.

ხემ ვერ მიუთითა საზოგადოების/კორპორაციის ეკონომიკური მდგომარეობის გაუარესების ამსახველ გარემოებებზე, რაც აუცილებელს გახდიდა საზოგადოების ადაპტირებას სამეთვალყურეო საბჭოს წევრთა ანაზღაურების მიმდინარე წელს შეწყვეტის გზით. შესაბამისად, მიმდინარე სამეურნეო/კალენდარულ წელს სამეთვალყურეო საბჭოს წევრებისათვის ანაზღაუ-

რების შეწყვეტა არ შეიძლებოდა შეფასებულიყო კანონიერ და კორპორაციის ინტერესების შესაბამის მოქმედებად. სასამართლოს მიერ საზოგადოების სადავო კრების ოქმის ბათილად ცნობა იყო მართებული. შესაბამისად, სასამართლომ კასატორს სწორად დააკისრა მოწინააღმდეგე მხარეთა სასარგებლოდ მიუღებელი ანაზღაურების გადახდა.

სოფიკო ზარანდია