

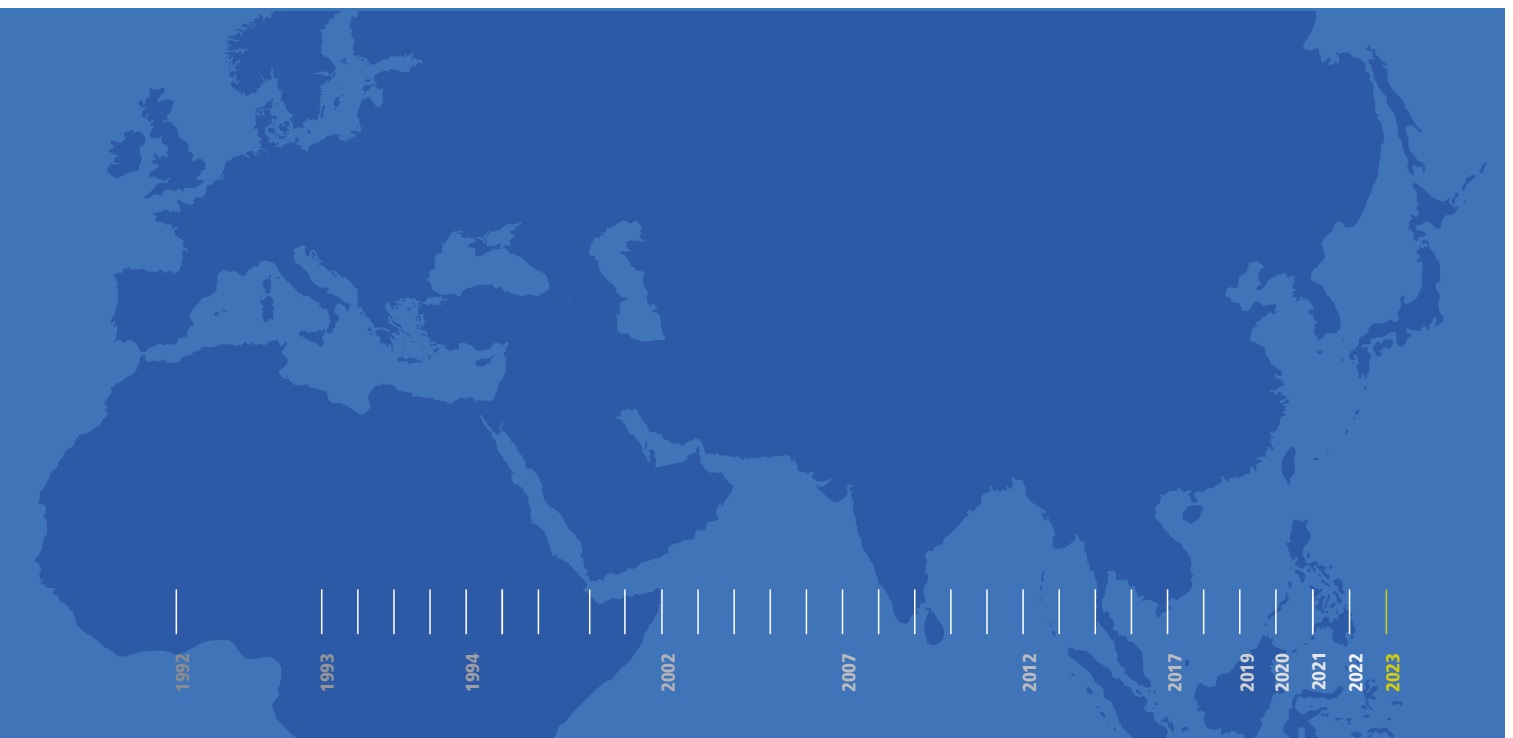
Publikationen

zur rechtlichen Zusammenarbeit

1/2023

შედარებითი სამართლის
ქართულ - გერმანული ჟურნალი

Deutsch-Georgische Zeitschrift
für Rechtsvergleichung



Gefördert durch:



Bundesministerium
der Justiz

aufgrund eines Beschlusses
des Deutschen Bundestages



1/2023

შვედარეგონთი სამარტონს

ქარტონ-გერმონული ჟურნალი

Deutsch-Georgische
ZEITSCHRIFT FÜR
RECHTSVERGLEICHUNG



თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტის იურიდიული ფაკულტეტი

წინამდებარე პუბლიკაცია გამოიცემა გერმანიის საერთაშორისო სამართლებრივი თანამშრომლობის ფონდის (IRZ) ფინანსური მხარდაჭერით.

გერმანიის საერთაშორისო სამართლებრივი თანამშრომლობის ფონდი (IRZ) შეიქმნა 1992 წელს და ამ დროიდან გერმანიის იუსტიციის ფედერალური სამინისტროს დაკვეთით დახმარებას უწევს პარტნიორ სახელმწიფოებს სამართლებრივი რეფორმების გატარებაში. ასეთი პროცესების მხარდაჭერა წარმოადგენს IRZ-ის ამოცანას, რომლის ფარგლებშიც ცენტრალური მნიშვნელობა ენიჭება პარტნიორი სახელმწიფოს ინტერესებს.

საქართველოსთან IRZ-ის თანამშრომლობა ეფუძნება საქართველოს და გერმანიის იუსტიციის სამინისტროთა 2005 წლის შეთანხმებას, რომლის განხორციელებაც 2006 წლიდან მიმდინარეობს. თანამშრომლობის მთავარი სფეროებია: საერთაშორისო შეთანხმებებისა და ხელშეკრულებების იმპლემენტაცია ქართულ კანონმდებლობასა და სამართალში, საკონსულტაციო საქმიანობა სისხლის სამართალში და სასჯელაღსრულების სფეროში და პრაქტიკოსი იურისტების განვითარებით იურიდიული განათლება.

Die vorliegende Publikation wird durch finanzielle Unterstützung der Deutschen Stiftung für internationale rechtliche Zusammenarbeit e.V (IRZ) herausgegeben.

Seit ihrer Gründung im Jahr 1992 berät die Deutsche Stiftung für internationale Rechtliche Zusammenarbeit e.V. (IRZ) ihre Partnerstaaten im Auftrag des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz bei der Reformierung ihrer Rechtssysteme und der Justizwesen. Rechtsstaatlichkeit und Demokratisierung sind Voraussetzung, um grundrechtliche Freiheiten zu wahren, stabile staatliche und gesellschaftliche Strukturen zu stärken sowie wirtschaftliches Wachstum anzuregen. Diesen Entwicklungsprozess zu unterstützen ist Aufgabe der IRZ, wobei die Bedürfnisse des jeweiligen Partnerstaats immer im Mittelpunkt stehen.

Die Zusammenarbeit mit Georgien basiert auf einer gemeinsamen Erklärung zwischen dem georgischen Justizministerium und dem Bundesministerium der Justiz von 2005 und wurde im Jahr 2006 aufgenommen. Die Schwerpunkte der Tätigkeit liegen in der Umsetzung internationaler Abkommen in georgisches Recht, in der Beratung im Straf- und Strafvollzugsrecht sowie der Aus- und Fortbildung von Rechtsanwenderinnen und Rechtsanwendern.

DEUTSCHE STIFTUNG FÜR
INTERNATIONALE RECHTLICHE
ZUSAMMENARBEIT E.V.

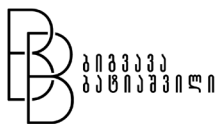


Gefördert durch:



Bundesministerium
der Justiz

aufgrund eines Beschlusses



in collaboration with
Andersen Global in Georgia

ISSN 2587-5191 (ბეჭდვითი)

ISSN 2667-9817 (ელექტრონული)

© ივანე ჯავახიშვილის სახელობის თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტის იურიდიული ფაკულტეტი, 2023

© საერთაშორისო სამართლებრივი თანამშრომლობის გერმანული ფონდი (IRZ) 2023

© ავტორები, 2023

www.lawjournal.ge

მთავარი რედაქტორები

ასოც. პროფ. დოქ. გიორგი რუსიაშვილი
ასოც. პროფ. ლადო სირდაძე
ასოც. პროფ. დოქ. თამარ ზარანდია

გამომცემლები

პროფ. დოქ. საპატო დოქ. ტიცინანა ქიუზი
პროფ. დოქ. ოლაფ მუთჰორსტი
ნოტარიუსი რიხარდ ბოკი
მოსამართლე ვოლფრამ ებერჰარდი
პროფ. დოქ. არკადიუშ ვუდარსკი
მოსამართლე დოქ. ტიმო უტერმარკი
ადვოკატი დოქ. მაქს გუთბროდი
პროფ. ტანელ კერიკმაე
პროფ. დოქ. გიორგი ხუბუა
პროფ. დოქ. ლაშა ბრეგვაძე
პროფ. დოქ. ირაკლი ბურდული
პროფ. დოქ. ნუნუ კვანტალიანი
პროფ. დოქ. ზვიად გაბისონია
ფრანკ ჰუპფელდი
ხათუნა დიასამიძე
ასოც. პროფ. დოქ. სულხან გამყრელიძე
ასოც. პროფ. დოქ. თამარ ზარანდია
ასოც. პროფ. დოქ. გიორგი რუსიაშვილი
ასოც. პროფ. დოქ. შალვა პაპუაშვილი
ასოც. პროფ. ლადო სირდაძე
დავით მაისურაძე
ადვოკატი გიორგი ჟორჟოლიანი
ადვოკატი თემურ ბიგვავა
ადვოკატი ზვიად ბატიაშვილი
ხატია პაპიძე
დოქ. არჩილ ჩოჩია
პროფ. დოქ. გიორგი სვანაძე
ადვოკატი გოჩა ოყრეშიძე
დემეტრე ეგნატაშვილი
ადვოკატი ქეთევან ბუაძე
ადვოკატი ნიკოლოზ შეყილაძე
თორნიკე დარჯანია
ასისტ. პროფ. დოქ. თემურ ცქიტიშვილი
რაჟდენ კუპრაშვილი
სულხან გველესიანი
ნატალი გოგიაშვილი

ტექნიკური რედაქტორი

დავით მაისურაძე

სამუშაო ჯგუფი

ნინო ქავშბაია
თათია ჯორბენაძე
ანა ბაიაძე
ტილმან სუტორი

სარჩევი

სტატიები კერძო სამართალი

მნიშვნელოვანი განვითარებები გერმანიის სასამართლო პრაქტიკაში სამედიცინო სამართლის მიმართულებით 2021 წელს
ულრიხ ჰაგენლოხი

7

ფიზიკური პირების გადახდისუნარობის საკანონმდებლო რეგულაციის მოდელების ანალიზი
რაჟდენ კუპრაშვილი

37

სტატიები საჯარო სამართალი

საქართველოს კონსტიტუციის მე-8 მუხლის ნორმატიული შინაარსი: ნეიტრალურობა და პარიტეტი ტრადიციულად ქრისტიანულ ქვეყანაში
დავით მაისურაძე

47

სტატიები სისხლის სამართალი

განზრახვა და მისი სახეები
თემურ ცქიტიშვილი

51

საერთაშორისო პრაქტიკა

საქმე ა.პ., გარსონი და ნიკო საფრანგეთის წინააღმდეგ
ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლო (ია უჯმაჯურიძის თარგმანი)

72

კავუსის ამოხსნა

მოვალისთვის ვალის პატიების შედეგები თანამსესხებლისათვის, თანამკისრებლისათვის და უზრუნველყოფის გამცემისათვის
გიორგი რუსიაშვილი

721

მნიშვნელოვანი განვითარებები გერმანიის სასამართლო პრაქტიკაში სამედიცინო სამართლის მიმართულებით 2021 წელს*

ულრიხ ჰაგენლოხი

დრეზდენის უმაღლესი სამხარეო სასამართლოს ყოფილი პრეზიდენტი

I. შესავალი

როგორც უკვე ცნობილია¹, 2022 წლიდან განზრახულია ყოველ ექვს თვეში ერთხელ ახლადდაფუძნებულ სამედიცინო სამართლისა და მენეჯმენტის ჟურნალში გამოქვეყნდეს გერმანულ სამედიცინო სამართალში არსებული განვითარებების შეჯამება. ამ გზით დროთა განმავლობაში სამედიცინო-სამართლებრივი საკითხების ზოგადი მიმოხილვის შექმნის შესაძლებლობა იქნება. ამასთან, ცენტრალურ საკითხს წარმოადგენს ექიმის სამართლებრივი პასუხისმგებლობის საკითხი. იმისთვის, რომ ეს ზოგადი მიმოხილვა უფრო ფართო საფუძველს დაეყრდნოს, ქვემოთ იქნება წარმოდგენილი 2021 წლის ძირითადი განვითარებები.

II. უზენაესი ფედერალური სასამართლოს პრეცედენტული სამართლის ძირითადი განვითარებები

* გერმანულიდან თარგმნა ნატალი გოგიაშვილმა.

¹ შდრ. *Hagenloch* in: Neues zum Medizinrecht in Deutschland - Wesentliche Entwicklungen in der deutschen Rechtsprechung im 1. Halbjahr 2022, DGZR 7/2022, I. 1.

რაც შეეხება უზენაესი ფედერალური სასამართლოს ქვემოთ განხილულ გადაწყვეტილებებს, უპირველეს ყოვლისა უნდა აღინიშნოს, რომ უზენაეს ფედერალურ სასამართლოს, გერმანიის საპროცესო სამართლის საფუძველიდან გამომდინარე, სააპელაციო სასამართლოს მიერ გაკეთებული ფაქტობრივი დასკვნებიდან და სასამართლო შეფასებებიდან, როგორცაა საკითხი, არის თუ არა სამედიცინო შეცდომა „უხეშ“ შეცდომად დასაკვალიფიცირებელი, მხოლოდ სამართლებრივი შეცდომის შემონიშნა შეუძლია. აღნიშნული ე.წ. სამართლებრივი შემონიშნების მასშტაბი ურთულეს იურიდიული განათლების გარეშე მყოფ მკითხველებს, სამედიცინო სამართლის პრობლემების გაგების შესაძლებლობას. ამ მიზეზით, გადაწყვეტილებები ისეა წარმოდგენილი, თითქოს უზენაესმა ფედერალურმა სასამართლომ ფაქტზე დასკვნები თავად გააკეთა. გადაწყვეტილებების უკეთ გააზრებისთვის ასევე უნდა აღინიშნოს, რომ განხილულ გადაწყვეტილებებში სამედიცინო ქმედების გერმანული სამართლის დასახელებული დათქმები² მეტწილად მხოლოდ აქა-

² გსკ-ის §§ 630a და შემდგომი მუხლები; იხ. *Hagenloch*, იხ. ზემოთ, სქ. 1, 2022, I. 2.

მდე არსებული სასამართლო პრაქტიკის კოდიფიცირებას ახდენს. შესაბამისად, აღნიშნული საკანონმდებლო რეგულაციის ძალაში შესვლამდე, ანუ 2013 წლის თებერვლამდე, არსებული პრეცედენტული სამართლის შემუშავებული პრინციპები, როგორც წესი, კვლავაც აგრძელებენ მოქმედებას.

1. BGH, Urteil vom 12. Januar 2021 - VI ZR 60/20 - MedR 2021, 820

სახელმძღვანელო წინადადება:

ექიმის პასუხისმგებლობის საკითხი შერჩეულ მეორადი საკეისრო კვეთის შემთხვევაში:

ფაქტები:

ბავშვის დედამ, რომელიც დაქორწინებული იყო პირველ მოსარჩელეზე, მეორე მოსარჩელე პირველი მოპასუხის კლინიკაში 2005 წელს გააჩინა; ამ უკანასკნელს ჩაუტარდა მეორადი საკეისრო კვეთა დედის მენჯისა და ბავშვის თავის გარშემონერილობის დისპროპორციის გამო. 2012 წლის 21 ივნისს დილის 10 საათზე ბავშვის დედამ, რომელიც კვლავ ფეხმძიმედ იყო მესამე მოსარჩელეზე, ორსულობის უჩვეულო მიმდინარეობის გამო, მემბრანების ნაადრევი რღვევის ეჭვით და ამის გამო მსუბუქი ვაგინალური სისხლდენით, პირველი მოპასუხის გინეკოლოგიურ კლინიკაში მივიდა. პირველადი გამოკვლევების შემდეგ, ბავშვის დედა ბუნებრივი მშობიარობის მიზნით სტაციონარში მოათავსეს. საკეისრო კვეთაზე საუბარი არ ყოფილა. შეკუმშვის გაძლიერების შემდეგ, ბავშვის დედა საღამოს 22:30 საათზე გადაიყვანეს სამშობიარო ოთახში. 23 საათისთვის საშვილოსნოს ყელი უკვე გაიხსნა 6 სმ-ზე; შეკუმშვა გაცილებით

გაძლიერდა. ამ დროს ბავშვის დედამ გამოთქვა საკეისროს გაკეთების სურვილი. სამედიცინო ჩანაწერების დოკუმენტაციაში 23:00 საათისთვის აღნიშნულია შემდეგი:

„საუბარი გრავ.-ისთან. (შენიშვნა: ორსული ქალი), შეკუმშვა აშკარად ძლიერდება, გრავ.-ის სურს ყველა შემთხვევაში უპირატესად გაუკეთდეს ხელახალი საკეისრო, არავითარ შემთხვევაში არ სურს ბავშვის გაჩენა ბუნებრივად და აცხადებს, რომ მას ეს სურვილი დიდი ხნის განმავლობაში ჰქონდა, მაგრამ არ უთქვამს ამის შესახებ დილით მიღებაზე, თუმცა ამის შესახებ მისთვის არც უკითხავთ.

ინფორმაციისთვის, ექიმი. B. [მეორე მოპასუხე]”

შემდგომი შიდა საუბრების და მესამე მოპასუხესთან, მორიგე ექიმის თანაშემწესთან, ახსნა-განმარტებების შემდეგ, ბავშვის დედა 23:28 საათზე საოპერაციო ოთახში გადაიყვანეს. თავდაპირველად, ჩვეულებრივი საკეისრო კვეთის შემდეგ, რომელიც ჩატარდა სრული ანესთეზიის ქვეშ, მესამე მოსარჩელე 23:44 საათზე დაიბადა; საკეისრო კვეთა დასრულდა 00:08 საათზე. ამის შემდგომ მაშინვე თავი იჩინა მასიურმა უტეროსატონიამ 1.200 მილიგრამი კოაგულირებული სისხლის დაკარგვით. მეორე და მესამე მოპასუხეებმა, ისევე, როგორც ბებიაქალმა, ვერ შეაჩერეს მასიური სისხლდენა. 00.45 საათზე ხელახალი ლაპაროტომიის დროს, B-Lynch ნაკერების დადებისას არტერიული სისხლდენა და ჰემატომა გამოჩნდა, ისე, რომ გინეკოლოგიური კლინიკის მთავარი ექიმი და სისხლძარღვთა ქირურგის უფროსი ექიმი გამოიძახეს საშვილოსნოს ამოკვეთის მიზნით. ოპერაციის დროს პაციენტი რამდენჯერმე გადაიყვანეს რეანიმაციაში. ხელახალი ლაპაროტომიის შემდეგ მომდევნო დღეს ბავშვის დედა გარდაიცვალა 2012 წლის 23 ივნისის ღამეს რამდენიმე ორგანოს გათიშვის გამო.

სამართლებრივი საკითხები:

გადანყვეტილება ეხება შერჩეული მეორადი საკეისროს დროს მკურნალობის ვალდებულებებს, ისევე, როგორც „საქმიანობის საკუთარ თავზე აღებისას ბრალისა“ (*Übernahmeverschulden* – „ბრალი კისრებისას“) და ორგანიზაციული ბრალის (*Organisationsverschulden*) საკითხებს ოპერაციული ჩარევისას.

გადანყვეტილება დეტალურად:

1. შესავლის სახით, უზენაესი ფედერალური სასამართლო განმარტავს, რომ მკურნალ ექიმებს უფლება ჰქონდათ გამოეყენებინათ ბავშვის დედის მიერ ნასურვები მეორადი საკეისრო, თუ კონკრეტულ შემთხვევაში წინასწარი სიტუაციისას, დედის ფსიქოლოგიური და ფიზიკური მდგომარეობის გათვალისწინებით, ვაგინალური დაბადება წარმოადგენდა სამედიცინო თვალსაზრისით დასაბუთებულ ალტერნატივას.³ თუმცა, აღნიშნულს შესაძლოა სააპელაციო სასამართლოს მიერ დადგენილი ფაქტების საფუძველზე ვერ გაეცეს პასუხი.

მიუხედავად ამისა, უზენაეს ფედერალურ სასამართლოს შეუძლია სააპელაციო სასამართლოში მხოლოდ მაშინ დააბრუნოს საქმე, თუ ის სააპელაციო ეტაპზე სხვადასხვა მიზეზის გამო არ იყო სათანადოდ მომზადებული გადანყვეტილების მისაღებად⁴ ამიტომ უზენაეს ფედერალურ სასამართლოს უპირველესად უნდა გამოეკვლია, კლინიკის ექიმებს, ისევე, როგორც კლინიკის მმართველებს, ე.წ. „ბრალი კისრებისას“ (*Übernahmeverschulden*) და ორგანიზაციული ბრალი (*Organisationsverschulden*) შეერაცხებოდათ თუ არა, როდესაც, დედის

თხოვნით, სამედიცინო ჩვენების გარეშე ვაგინალური დაბადება შეცვალეს საკეისროთი, ისევე როგორც, იყო თუ არა მეან-გინეკოლოგთა გუნდი პერსონალურად საკმარისად ძლიერად წარმოდგენილი.

2. „ბრალი კისრებისას“ (*Übernahmeverschulden*) სახეზეა, თუ ექიმისთვის აშკარაა მკურნალობის ან პროცედურის ჩატარებამდე, რომ მკურნალობა სცდება მისი სპეციალობის საზღვრებს, მის პირად შესაძლებლობებს ან მისთვის ხელმისაწვდომ ტექნიკურ აღჭურვილობას და/ან რომ ის შეიძლება ძალიან დაიტვირთოს დაგეგმილი მკურნალობით. შესაბამისად, მან უნდა ჩართოს სხვა ექიმი ან პაციენტი გადაამისამართოს სხვა სპეციალისტთან ან სპეციალიზებულ საავადმყოფოში. წინააღმდეგ შემთხვევაში არსებობს „კისრებისას ბრალის“ (*Übernahmeverschulden*) შემთხვევა.⁵ იგივე ეხება იმ შემთხვევას, თუ მკურნალ ექიმს მკურნალობის დაწყებისას შეეძლო ევარაუდა, რომ მას ჰქონდა საჭირო კვალიფიკაცია და ტექნიკური აღჭურვილობა, მაგრამ შემდეგ ხდება ისეთი განვითარება, რომელიც აღნიშნულის განხორციელებას კითხვის ქვეშ აყენებს.

თუმცა, აღნიშნული საკითხის შემოწმების მასშტაბი არ არის ის, არსებობენ თუ არა სხვა კლინიკები ან სხვა ექიმები, რომლებსაც აქვთ უფრო უკეთესი აღჭურვილობა ან კიდევ უფრო მაღალი პროფესიული ცოდნა. როგორც წესი, მკურნალს არ ევალება დაიცვას ე.წ. ოქროს

³ შდრ. BGH, Urteil vom 19. Januar 1993 - VI ZR 60/92 – NJW 1993, 1524.

⁴ იხ. საპროცესო-სამართლებრივი პრობლემატიკა: *Hagenloech*, იხ. ზემოთ, სქ. 1, 2002, II. 2., Rn. 6.

⁵ (Staudinger/Gutmann (2021) BGB § 630a Rn. 140; შდრ. ასევე BGH, Urteil vom 22. September 1987 - VI ZR 238/86 - BGHZ 102, 17; შდრ. Art IV.C. - 8:104 para 2 Draft Common Frame of Reference: „თუ მკურნალობის გამწვევს არ გააჩნია საკმარისი გამოცდილება ან უნარი უმკურნალოს პაციენტს უნარისა და ზრუნვის საჭირო ხარისხით, მკურნალობის გამწვევა უნდა გადაამისამართოს პაციენტი მკურნალობის იმ პროვაიდერთან, რომელსაც აღნიშნული შეუძლია“, დანვრილებით: Staudinger/Gutmann (2021) BGB § 630a Rn. 211).

სტანდარტი, არამედ ის, რაც ჩვეულებრივ შემთხვევაში მიჩნეულია ზოგადი პროფესიული სამედიცინო მოსაზრებითა და მეცნიერულად აღიარებული მდგომარეობის გათვალისწინებით.⁶ ნებისმიერი განსხვავებული მიდგომა საბოლოოდ გამოიწვევდა იმას, რომ ყოველი, სავარაუდოდ „ნორმალური“ სამედიცინო მკურნალობის ჩატარებისას სავალდებულო იქნებოდა სამედიცინო ტექნოლოგიებისა და საექიმო ნოუ-ჰაუს უმაღლესი სტანდარტის თავიდანვე შენარჩუნება, რაც კანონით არ არის მოთხოვნილი და სინამდვილეში ეფექტიანი ჯანდაცვის სისტემის პარალიზებას მოახდენდა. თუმცა, აღნიშნულს უნდა გამოეყოს კითხვა (რომელსაც არ პასუხობენ ერთნაირად გერმანიის სასამართლო პრაქტიკასა და იურისპრუდენციაში), არსებული მკურნალობის მეთოდების სპექტრში მოქმედების რომელი დერეფანია, როგორც წესი, ხელმისაწვდომი მკურნალი ექიმისთვის მისი თერაპიული თავისუფლების შედეგად.⁷

3. ორგანიზაციული ბრალი (Organisationsverschulden) არსებობს მაშინ, თუ სამედიცინო მკურნალობა როგორც ორგანიზაციული, ასევე პერსონალის თვალსაზრისით არ არის მომზადებული მაქსიმალური ზრუნვით. ორგანიზაციული ბრალის (Organisationsverschulden) შემთხვევაში, პრეტენზიის საკითხი მდგომარეობს იმაში, რომ სათანადო მკურნალობის წინაპირობები, რომელთა შესრულებაც თავისთავად შეიძლება, არ დაკმაყოფილდა, რადგან საჭირო ორგანიზაციული ზომები წინასწარ ან დროუ-

ლად არ იქნა მიღებული.⁸ საბოლოო ჯამში, ეს ეხება სამედიცინო და კლინიკური რისკის მართვის ასპექტებს.

4. ამ მოსაზრების საფუძველზე, უზენაესმა ფედერალურმა სასამართლომ თავის გადაწყვეტილებაში უარყო „კისრებისას ბრალის“ (Übernahmeverschulden) არსებობა. გინეკოლოგიური კლინიკა აშკარად საკმარისად იყო აღჭურვილი მშობიარობისთვის, რის გამოც ბავშვის დედა სტაციონარული მკურნალობისთვის დაიშვებოდა. ბავშვის დაბადებამდე ცოტა ხნით ადრე, სხვა კლინიკაში გადასვლა აღარ განიხილებოდა მშობიარობის ადრეული სტადიის დაწყების გამო. აღნიშნული მით უფრო გამართლებული იყო ბავშვის დედის ჯანმრთელობის მდგომარეობის მშობიარობის შემდგომ გაუარესების გამო.

5. სააპელაციო სასამართლოს მიერ საკმარისი დასკვნების არარსებობის საფუძველზე უზენაესმა ფედერალურმა სასამართლომ საბოლოოდ არ გადაწყვიტა, არსებობდა თუ არა ორგანიზაციული ბრალი (Organisationsverschulden).

განსაკუთრებული იურიდიული პრობლემატიკა მდგომარეობდა იმაში, რომ პირველი მოპასუხის გინეკოლოგიურ კლინიკაში კიდევ ერთი გადაუდებელი სამედიცინო შემთხვევა მოხდა ამავე პერიოდში (პარალელურად მიმდინარეობდა სარისკო მშობიარობა კომპიუტერული ტომოგრაფიით, ასევე ჰაერის მიწოდების საშუალებით) და შედეგად, მეორე მოპასუხემ (მორიგე უფროსი ექიმი) ვერ შეძლო ბავშვის დედისთვის მკურნალობა მუდმივად თავად ჩაეტარებინა. ამიტომ სააპელაციო სასამართლომ დაადასტურა ორგანიზაციული ბრალის (Organisationsverschulden) არსებობა და განაცხადა,

⁶ შდრ. OLG Dresden, Beschluss vom 17. März 2022 - 4 U 2276/21 - juris, იხ. Hagenloch, იხ. ზემოთ, სქ. 1, 2022, III. 2.

⁷ აღნიშნულზე ამომწურავად: Staudinger/Gutmann (2021) BGB § 630a Rn. 129 ff.; იხ. ასევე: Rehorn/Gescher in: Erman BGB, Kommentar, § 630a Rn. 40; შდრ. განმარტების ვალდებულების შედეგები: OLG Hamm, Urteil vom 15. Februar 2022 - I-26 U 21/21 - NJW- RR 2022, 818, იხ. Hagenloch, იხ. ზემოთ, სქ. 1, 2022 III. 1, Rn. 1.

⁸ შდრ. Lafontaine in: Herberger / Martinek / Rüßmann / Weth / Würdinger, jurisPK-BGB, 9. Aufl., § 630a BGB (Stand: 05.07.2022) Rn. 401.

რომ, ღამის მიუხედავად, უზრუნველყოფილი უნდა ყოფილიყო საუკეთესოდ დატრენინგებული სამედიცინო პერსონალის საკმარისი რაოდენობით ხელმისაწვდომობა. აღნიშნული არ არსებობდა, რადგან მეორე მოპასუხეს, მიუხედავად პოსტოპერაციული სისხლდენისა, მოუხდა დაეტოვებინა საოპერაციო ოთახი პარალელური სარისკო მშობიარობის გამო და დამატებითი ექიმები, მათ შორის მთავარი ექიმი, მხოლოდ მოგვიანებით გამოიძახა.

უზენაესი ფედერალური სასამართლოს თვალსაზრისით, ეს დასკვნები ვერ ამყარებენ ორგანიზაციული ბრალის (**Organisationsverschulden**) არსებობას. პირიქით, უნდა განიმარტოს, იყო თუ არა განჭვრეტადი, რომ ორი სარისკო სიტუაცია შეიძლება პარალელურად წარმოშობილიყო, როდის გამოჩნდა პარალელურ მშობიარობაში სირთულეები და თუ, ან როდის იყო შეცნობადი მოპასუხისთვის ამ მხრივ გამოვლენილი რისკები. ასევე, აღნიშნული არ შეიძლება დამოკიდებული იყოს იმაზე, ხელმისაწვდომნი არიან თუ არა სხვა ექიმები თავიდანვე ან მხოლოდ გამოძახების შემდგომ. უფრო მეტიც, გადამწყვეტი ფაქტორია ის, თუ რამდენად სწრაფად შეიძლება გაძლიერდეს მეან-გინეკოლოგთა გუნდი საჭირო წესით, პირველი მოპასუხის მიერ დადგენილი ექიმთა გამოძახების სამსახურის სისტემის მიხედვით.⁹

6. შემდგომში, უზენაესი ფედერალური სასამართლო ეხება მტკიცების ტვირთის საკითხს სამედიცინო შეცდომასა და ჯანმრთელობის დაზიანებას შორის არსებული მიზეზობრივი კავშირის დადგენისას. იგი კიდევ ერთხელ ადასტურებს მის დადგენილ სასამართლო პრაქტიკას, რომლის მიხედვითაც, სამედიცინო შეცდომის არსებობა უნდა გამოავლინოს და დაამტკიცოს პაციენტმა; გარდა იმ შემთხვევისა, თუ

უხეში სამედიცინო შეცდომის გამო ხდება მტკიცებულების ტვირთის შეტრუნება.¹⁰ აღნიშნული მოქმედებს ასევე ორგანიზაციული შეცდომის დროსაც.¹¹ ამ მხრივ მითითებისას გადამწყვეტი საკითხია ის, თუ როდის უნდა ყოფილიყო მიღებული ორგანიზაციული ზომები საკეისროს გაკეთებასთან დაკავშირებით. აქედან გამომდინარე, მიზეზობრივი კავშირი მხოლოდ იმ შემთხვევაში იარსებებდა, თუ მოცემულ შემთხვევაში საკეისროს ოპტიმალური დაგეგმვისა და მომზადების შემთხვევაში ზიანის დადგომას ხელი შეეშლებოდა.¹²

გარდა ამისა, უნდა დაემატოს ის ფაქტიც, რომ მტკიცების ეს პრინციპები მხოლოდ ორგანიზაციულ ბრალს (**Organisationsverschulden**) ეხება. თუ, მეორე მხრივ, მკურნალ ექიმს არ ჰქონდა საკმარისი კვალიფიკაცია მის მიერ ჩატარებული მკურნალობისთვის, არსებობს „კისრებისას ბრალის“ (**Übernahmeverschulden**) შემთხვევა. გსკ-ის 630h IV მუხლის მიხედვით ივარაუდება, რომ კომპეტენციის ნაკლებობა იყო სიცოცხლის, სხეულის ან ჯანმრთელობის დაზიანების მიზეზი.

⁹ შდრ. BGH, Urteil vom 15. April 2014 - VI ZR 382/12 - NJW-RR 2014, 1053.

¹⁰ შდრ. BGH, Urteil vom 24. Februar 2015 - VI ZR 106/13 - NJW 2015, 1601; BGH, Urteil vom 7. Februar 2012 - VI ZR 63/11 - BGHZ 192, 298; უხეში სამედიცინო შეცდომის შესახებ BGH, Urteil vom 24. Mai 2022 - VI ZR 206/21 - NJW 2022, 2747, იხ. Hagenlocher, იხ. ზემოთ, სქ. 1, 2022, III. 2., Rn. 3 ff.

¹¹ შდრ. BGH, Urteil vom 1. Februar 1994 - VI ZR 65/93 - NJW 1994, 1594) და უმოქმედობისას (შდრ. BGH, Urteil vom 7. Februar 2012 - VI ZR 63/11 - BGHZ 192, 298.

¹² შდრ. BGH, Urteil vom 7. Februar 2012 - VI ZR 63/11 - BGHZ 192, 298.

2. BGH, Urteil vom 14. Januar 2021 - III ZR 168/19 - BGHZ 228, 122

სახელმძღვანელო წინადადება (ენობრივად მოდიფიცირებულია):

1. მიღებული უნდა იყოს თუ არა სიფრთხილის ზომები, როდესაც თავშესაფრის მკვიდრი თვითდაზიანებას იყენებს, დამოკიდებულია იმაზე, წინარე მოსაზრებიდან გამომდინარე, მცხოვრების ფიზიკური ან გონებრივი მდგომარეობის გათვალისწინებით, რამდენად სერიოზულად იყო მოსალოდნელი, ზიანი მიეყენებინა საკუთარი თავისთვის სიფრთხილის ზომების გარეშე. რისკის პირობებშიც კი, რომლის რეალიზაციაც არ არის ძალიან სავარაუდო, თავშესაფრის მეპატრონეს შეიძლება წარმოეშვას უსაფრთხოების ზომების გატარების ვალდებულება, იმ შემთხვევაში, თუ ამას შეუძლია გამოიწვიოს განსაკუთრებით სერიოზული შედეგები.

თუ არსებობს თვითდაზიანების აღიარებული ან შეცნობადი რისკი, დემენციის მქონე პირი, რომლის უკონტროლო და გაუთვლელი ქმედებები ნებისმიერ დროს შესაძლებელია გამოჩნდეს, დაუშვებელია განთავსდეს ზედა სართულზე მდებარე მისაღებ ოთახში, სადაც უპრობლემოდ ხელმისაწვდომი და ადვილად გასაღები ფანჯრებია. თუმცა, თუ არ იარსებებს თვითდაზიანების კონკრეტული ნიშნები, არ არსებობს უსაფრთხოების სპეციალური (პრევენციული) ზომების მიღების ვალდებულება.

ფაქტები:

მამკვიდრებელი იყო მოხუცთა სახლის მკვიდრი, რომელსაც მოპასუხე მართავდა. მას ძალიან ხარისხის დემენცია ჰქონდა, იტანჯებოდა მეხსიერების პრობლემებით და ფსიქიკურ-

მოტორული მოუსვენრობით. ანგარიშის თანახმად, იგი იყო, ტერიტორიული, დროითი, სივრცითი და სიტუაციური კუთხით, დროებით დეზორიენტირებული პირი; მისი გადაადგილების სურვილის, საკუთარი თავისთვის საფრთხის შემცველობის, ღამის მოუსვენრობის, აზრების აღრევის გათვალისწინებით, ითვლებოდა განსაკუთრებული ზრუნვის საჭირო პირად.

მოპასუხემ მამკვიდრებელი მესამე სართულზე (სხვენში) ოთახში განათავსა, რომელსაც ჰქონდა სხვენის ორი დიდი ფანჯარა, რომლებიც არ იყო დაცული არამიზანმიმართული გაღებისგან. იატაკსა და ფანჯრებს შორის მანძილი 120 სანტიმეტრი იყო. ფანჯრების წინ იყო 40 სანტიმეტრიანი მაღალი რადიატორი და 70 სანტიმეტრის სიმაღლეზე ფანჯრის რაფა, რომლის მეოხებით ნელ-ნელა შეიძლებოდა ფანჯრის გაღება. მამკვიდრებელი გადმოვარდა ერთ-ერთიდან და მიიღო სასიკვდილო დაზიანებები

სამართლებრივი საკითხები:

გადაწყვეტილება ეხება ზრუნვის ქვეშ მყოფი დემენციის მქონე პაციენტების დაცვის ვალდებულებებს.

გადაწყვეტილება დეტალურად:

1. შესავლის სახით, უზენაესი ფედერალური სასამართლო განმარტავს, რომ ზრუნვის ხელშეკრულებამ ჩამოაყალიბა მოპასუხის ზრუნვის მოვალეობა, დაიცვას მისთვის მინდობილი მამკვიდრებლის ფიზიკური მთლიანობა. ანალოგიურად, არსებობდა შინაარსობრივად მსგავსი ზოგადი მოძრაობის უსაფრთხოების უზრუნველყოფის ვალდებულება, დაეცვათ მაცხოვრებლები ჯანმრთელობის დაზიანებისგან, რომელთაც მათი ავადმყოფობის ან სხვა ფიზიკური ან ფსიქიკური შეზღუდვებისას, მათივე ბრალით

ან თავშესაფრის მონყობითა და სამშენებლო დიზაინის გამო ემუქრებოდათ. ამ ვალდებულებების ბრალეული დარღვევა გამოყენებადია როგორც სახელმძღვანელო მოვალეობის დარღვევით გამონვეული ზიანის ანაზღაურების მოთხოვნისთვის (გსკ-ის 280 I, 278 I მუხლები - შინაარსობრივად მსგავსი სსკ-ის 405 მუხლი), ასევე შესაბამისი დელიქტური მოთხოვნისთვისაც გსკ-ის 823, 831 მუხლებით (შინაარსობრივად არსებულ კონსტელაციაში სსკ-ის 992, 997 მუხლები შესადაარებლად).¹³

2. ამის შემდეგ, უზენაესი ფედერალური სასამართლო სხვა საკითხებთან ერთად მიუთითებს შემდეგზე (ციტატები ოდნავ შეცვლილია).

„სააპელაციო სასამართლომ მიიჩნია, რომ ეს ვალდებულებები შემოიფარგლება მხოლოდ შესადაარებელ თავშესაფრებში არსებული იმ ჩვეულებრივი ზომებით, რომლებიც შეიძლება განხორციელდეს გონივრული ფინანსური და ადამიანური ძალისხმევით. სახელმძღვანელო მასშტაბი არის ის, თუ რა არის საჭირო და რა არის გონივრული მაცხოვრებლებისა და საექთნო პერსონალისთვის. ასევე განსაკუთრებით მნიშვნელოვანია აღინიშნოს, რომ თავშესაფარში ცხოვრებისას უნდა იყოს დაცული მაცხოვრებლების ღირსება, ინტერესები და საჭიროებები შელახვისგან და ასევე დაცული და ხელშეწყობილი უნდა იყოს მაცხოვრებლების დამოუკიდებლობა, თვითგამორკვევა და თვითპასუხისმგებლობა.“¹⁴

თავშესაფრის მეპატრონის ვალდებულების კონკრეტული შინაარსი, ერთი მხრივ, პატივი სცეს ფიზიკურად და ფსიქიკურად დაქვეითებული (დემენცია) მობინადრის ღირსებას და თავისუფლების უფლებას და, მეორე მხრივ, დაიცვას მისი სიცოცხლე და ფიზიკური მთლიანობა, არ შეიძლება განისაზღვროს ზოგადად, არამედ უნდა გადანყდეს თითოეული ინდივიდუალური შემთხვევის ყველა გარემოების გულდასმით გათვალისწინების საფუძველზე.¹⁵

თითოეულ შემთხვევაში გადამწყვეტია ის, თუ რა საფრთხეები ემუქრება მაცხოვრებელს მისი ინდივიდუალური ფიზიკური და ფსიქიკური მდგომარეობის გამო. ამგვარად, ზრუნვის მასშტაბი და სავარაუდოდ მისაღები უსაფრთხოების ზომები გამომდინარეობს წინასწარი განხილვის შედეგად, რომელიც ორიენტირებულია უსაფრთხოების სავარაუდო, აბსტრაქტულ რისკებზე ზრუნვის მოცემულ კონკრეტულ სიტუაციაში (...). ინდივიდუალურ შემთხვევაში გადამწყვეტი ფაქტორია, იყო თუ არა, მზრუნველობის საჭიროების მქონე მაცხოვრებლის მდგომარეობიდან გამომდინარე, სერიოზულად მოსალოდნელი, რომ მას შეეძლო დაეზიანებინა საკუთარი თავი უსაფრთხოების ზომების გარეშე (...). ამასთან, მხედველობაში უნდა იქნას მიღებული ის ფაქტი, რომ საშიშროებაც კი, რომელიც არ არის დიდი ალბათობით ძალიან მაღალი რეალიზებისთვის, მაგრამ შეიძლება გამოიწვიოს განსაკუთრებით სერიოზული შედეგები, საკმარისია თავშესაფრის მეპატრონის უსაფრთხოების ვალდებულებების წარმოშობისთვის.¹⁶

მხოლოდ მაშინ, როდესაც ასეთი რისკის პროგნოზი გაკეთდა, საიდანაც ირკვევა, თუ

¹³ ასევე: BGH, Urteil vom 28. April 2005 - III ZR 399/04 - BGHZ 163, 53; BGH, Urteil vom 22. August 2019 - III ZR 113/18 - BGHZ 223, 95.

¹⁴ შდრ. § 2 Abs. 1 Nr. 1 und 2 HeimG; BGH, Urteil vom 28. April 2005 - III ZR 399/04 - BGHZ 163, 53; BGH, Urteil vom 22. August 2019 - III ZR 113/18 - BGHZ 223, 95.

¹⁵ BGH, Urteil vom 28. April 2005 - III ZR 399/04 - BGHZ 163, 53; BGH, Urteil vom 22. August 2019 - III ZR 113/18 - BGHZ 223, 95.

¹⁶ იხ. BGH, Urteil vom 22. August 2019 - III ZR 113/18 - BGHZ 223, 95.

რომელი გაუთვლელი ქცევა არის მოსალოდნელი მათ შორის სამედიცინო თვალსაზრისითაც მაცხოვრებლის ფსიქიკური და ფიზიკური მდგომარეობის საფუძველზე, შესაძლებელია მოხდეს თვითდაზიანების რისკის, მაცხოვრებლის პირადი თავისუფლების აუცილებელი შეზღუდვებისა და თავშესაფრის პერსონალური და ფინანსური შესაძლებლობების შენონვა ერთმანეთთან.

ამ პრინციპების შესაბამისად, სენატმა 2019 წლის 22 აგვისტოს გადაწყვეტილებით არ დაადასტურა ზოგადი ვალდებულების არსებობა, აღეჭურვა მაცხოვრებლების ოთახებში სასმელი წყლის დანადგარი ტექნიკური მოწყობილობით, რომლითაც წყლის ტემპერატურის შეზღუდვა მოხდებოდა, მაგრამ დაადგინა ზრუნვის მოვალეობის დარღვევა მხოლოდ და მხოლოდ მაცხოვრებლის ინდივიდუალური მდგომარეობისა და საშიში სიტუაციის გაკონტროლების უუნარობის გამო (...). სენატმა ანალოგიური არგუმენტირება მოიყვანა საქმეში, როდესაც პაციენტმა კლინიკის დახურულ ფსიქიატრიულ განყოფილებაში ძალადობრივად გახსნა ფანჯარა სუიციდური განზრახვით და მიიღო სერიოზული დაზიანებები ფანჯრიდან გადახტომით.¹⁷ სენატმა არ დაადგინა ზოგადი ვალდებულების არსებობა, სტაციონარის ყველა ოთახის ისეთი ფანჯრებით არ აღჭურვის გამო, რომლებიც არ შეიძლება გაიხსნას, მაგრამ პაციენტის დაცვის მოვალეობა მხოლოდ იმაში დაინახა, რომ არ შეიძლება იგი განთავსდეს ჩვეულებრივ პაციენტთა ოთახში ფანჯრებით, რომლებიც შეიძლება გაიხსნას ან დახრილი იყოს, თუ არსებობს თვითმკვლელობის ცნობილი ან იდენტიფიცირებადი განზრახვა. ვალდებულების დარღვევა უარყო, რადგან არ არსებობდა თვითდაზიანების კონკრეტული ნიშნები და თვითმ-

კვლელობის მცდელობა არ იყო წინასწარ განჭვრეტადი.¹⁸

შესაბამისად, თუ არსებობს თვითდაზიანების შეცნობილი ან შეცნობადი რისკი, (მძიმე ხარისხის) დემენციის მქონე მობინადრე, რომლისთვისაც ნებისმიერ დროს დამახასიათებელია უკონტროლო და არაპროგნოზირებადი ქმედებები, არ უნდა განთავსდეს საცხოვრებელ სივრცეში, რომელიც მდებარეობს ზედა ნაწილში, ადვილად მისადგომი და ადვილად გასახსნელი ფანჯრებით. თუმცა, თვითსაფრთხის შესახებ კონკრეტული ნიშნების არსებობის გარეშე არ წარმოიშობა უსაფრთხოების სპეციალური (პრევენციული) ზომების გატარების ვალდებულება."

3. BGH, Beschluss vom 23. Februar 2021 - VI ZR 44/20 - MedR 2022, 127

სახელმძღვანელო წინადადება:

1. არსებითი მტკიცებულებების შუამდგომლობის უგულებელყოფით სამართლიანი სასამართლოს უფლების დარღვევა.

2. საკითხი, თუ რა ზომები უნდა მიიღოს ექიმმა თავისი პროფესიული სფეროს გადმოსახედიდან, მისი საქმიანობის სფეროში საჭირო ცოდნისა და უნარ-ჩვევების გათვალისწინებით, თითოეულ სამკურნალო სიტუაციაში, ეფუძნება უპირველეს ყოვლისა სამედიცინო სტანდარტებს, რომლებიც ... მოსამართლემ ექსპერტების დახმარებით უნდა გამოიკვლიოს. ზოგა-

¹⁷ BGH, Urteil vom 31. Oktober 2013 III ZR 388/12 NJW 2014, 539.

¹⁸ იხ. ასევე BGH, Urteil vom 20. Juni 2000 - VI ZR 377/99 - NJW 2000, 3425 ფსიქიატრიული კლინიკის ღია პალატაში აივნიდან გადახტომის წინააღმდეგ დაცვითი ზომების შესახებ.

დად, მას არ შეუძლია დაადგინოს სამედიცინო სტანდარტი ექსპერტიზის დასკვნის შესაბამისი საფუძვლის გარეშე ან ექსპერტის მოსაზრებების საწინააღმდეგოდ.

ფაქტები (უკიდურესად შემოკლებით):

საქმის მთავარი საკითხი იყო, სათანადო დასკვნების მიღების ვალდებულების (*Befunderhebungspflicht*) დარღვევით მოპასუხე პედიატრებმა ნაადრევად დაუსვეს და უმკურნალებს თუ არა მცირეწლოვან ბავშვს, მისთვის დაფიქსირებული განვითარების შეფერხებისას *ADHS* (ყურადღების დეფიციტის ჰიპერაქტიურობის აშლილობა, *attention deficit hyperactivity disorder*) დიაგნოზით, მაშინ როდესაც ნამდვილი დიაგნოზი *FASD* (*Fetal Alcohol Spectrum Disorder*) მნიშვნელოვანი დაყოვნებით დაუდგინდა და გაენია მკურნალობა.

სამართლებრივი საკითხები:

ამ გადაწყვეტილებაში ყურადღება გამახვილებულია ექიმის პასუხისმგებლობის პროცესში პროცედურულ საკითხებზე, კერძოდ, ექსპერტთა დასკვნის მოპოვებაზე.

გადაწყვეტილება დეტალურად:

1. უზენაესმა ფედერალურმა სასამართლომ სააპელაციო სასამართლოს მიერ განხილულ პროცესუალურ ქმედებებში დაადგინა სამართლიანი სასამართლოს კონსტიტუციური უფლების დარღვევა (გერმანიის კონსტიტუციის 103 I მუხლი) და სხვა საკითხებთან ერთად განაცხადა (ოდნავ შეცვლილი ციტატები):

„ა) სააპელაციო სასამართლოს შეფასება იმის შესახებ, რომ მოპასუხეს იმიტომ არ უნდა

დაეკისროს პასუხისმგებლობა დადებულ დასკვნაში არსებულ შეცდომაზე, რადგან მოსარჩელეში აღმოჩენილი დარღვევები... არ იძლეოდა აღნიშნულის საფუძველს და მოსარჩელე მალევე სხვაგან იქნა გადაყვანილი, საკითხი ეხება მოსარჩელის სამართლიანი სასამართლოს გარანტიების უფლების დარღვევას გერმანიის კონსტიტუციის 103 I მუხლის საფუძველზე.

ა.ა) გერმანიის კონსტიტუციის 103 I მუხლი ავალდებულებს სასამართლოს, გაითვალისწინოს და განიხილოს პროცესის მხარეთა მიერ გაკეთებული განცხადებები. სამართლიანი სასამართლო, როგორც ძირითადი საპროცესო უფლება, გამიზნულია იმის უზრუნველსაყოფად, რომ გადაწყვეტილება თავისუფალი იყოს პროცედურული შეცდომებისგან, რომელიც შეიძლება გამოწვეული იყოს ინფორმაციის მიღების უგულვებელყოფითა და მხარეთა მიერ ნარმოდგენილი ფაქტების გაუთვალისწინებლობით. ამ თვალსაზრისით, გერმანიის კონსტიტუციის 103 I მუხლი სამოქალაქო საპროცესო კოდექსის პრინციპებთან ერთად, მოითხოვს არსებით მტკიცებულებაზე შუამდგომლობების განხილვას. არსებით მტკიცებულებაზე შუამდგომლობების განუხილველობა არღვევს გერმანიის კონსტიტუციის 103 I მუხლს, თუ აღნიშნული არ არის გამყარებული საპროცესო კანონმდებლობით.¹⁹

ბ.ბ) მსგავსი რამ ხდება მოცემულ დავაში. ... სააპელაციო სასამართლომ ... უგულვებელყო მოსარჩელის ... შუამდგომლობა ექსპერტიზის დასკვნის მოპოვების თაობაზე და კითხვას, დაუშვა თუ არა მეორე მოპასუხემ სამედიცინო შეცდომა, ექსპერტის საჭირო კონსულტაციის გარეშე, პროცედურული ხარვეზით საკუთარი, დაუდასტურებელი ცოდნით უპასუხა.

¹⁹ შდრ. BGH, Beschluss vom 9. Januar 2018 - VI ZR 106/17 - VersR 2018, 1147; BGH, Beschluss vom 28. Mai 2019 - VI ZR 328/18 - VersR 2020, 317.

(1) თუმცა, სააპელაციო სასამართლომ მართებულად ჩათვალა, რომ მოსარჩელის წარუდგენლობა სოციალურ-პედაგოგიულ ცენტრში დროის თვალსაზრისით მჭიდრო კავშირში იყო ფაქტობრივ გარემოებებთან... ანომალიები, როგორც სამედიცინო შეცდომა მაშინ შეიძლება იყოს კვალიფიცირებული, თუ ის ეწინააღმდეგება მკურნალობის დროს არსებულ სამედიცინო სტანდარტს. სტანდარტი გვანვდის ინფორმაციას იმის შესახებ, თუ რა ქცევა შეიძლება იყოს სავარაუდო და მოსალოდნელი კეთილსინდისიერი და ყურადღებიანი ექიმისგან კონკრეტულ სამკურნალო სიტუაციაში მისი პროფესიული საქმიანობის გადმოსახედით მკურნალობის მომენტში. აღნიშნული წარმოადგენს სამედიცინო ცოდნისა და გამოცდილების ამჟამინდელ მდგომარეობას, რომელიც საჭიროა სამედიცინო მკურნალობის მიზნის მისაღწევად და რომელიც გამოცდილებით დამტკიცებულია.²⁰

საკითხი, თუ რა ზომები უნდა მიიღოს ექიმმა თავისი პროფესიული საქმიანობის გადმოსახედით მის სპეციალობაში საჭირო ცოდნისა და უნარ-ჩვევების გათვალისწინებით მკურნალობის თითოეულ სიტუაციაში, უპირველეს ყოვლისა მიმართულია სამედიცინო მასშტაბისკენ, რომელიც მოსამართლემ უნდა დაადგინოს ექსპერტის დახმარებით. მას არ შეუძლია დაადგინოს სამედიცინო სტანდარტი ექსპერტიზის შესაბამისი დასკვნის საფუძვლის გარეშე ან თუნდაც ექსპერტის მოსაზრებების საწინააღმდეგოდ საკუთარი შეფასებით. სხვანაირად იქნება მხოლოდ იმ შემთხვევაში, თუ მოსამართლეს საგამონაკლისოდ აქვს საჭირო სამედიცინო ცოდნა და აღნიშნულს განმარტავს თავის გადაწყვეტილებაში.²¹ გარდა ამისა, თუ მოსამართლეს სურს გამოიყენოს საკუ-

თარი საექსპერტო დასკვნა თავის გადაწყვეტილებაში, მან ჯერ უნდა მისცეს ამასთან დაკავშირებით მხარეებს შესაბამისი მითითება.²²

ამ გადაწყვეტილების გარდა, აღსანიშნავია, რომ ექსპერტის შერჩევა ასევე უნდა აკმაყოფილებდეს პროცედურულ მოთხოვნებს. პროფესიული კომპეტენციის გარდა, სხვა საკითხებთან ერთად უნდა აღინიშნოს, რომ ექსპერტის შერჩევას მხედველობაში არ მიიღება სპეციალიზებული ცოდნა იმ სამედიცინო სფეროში, რომელსაც ეკუთვნის აღნიშნული ექიმი. არამედ გადამწყვეტია, რომელ სამედიცინო სფეროში მოხდა ჩარევა ან რომელ სამედიცინო სფეროს ეკუთვნის შესაფასებელი სამედიცინო საკითხი.²³ რამდენადაც აღნიშნული ეხება რამდენიმე სპეციალიზებულ სფეროს, მოცემული საკითხი დამოკიდებულია იმაზე, თუ რომელ სპეციალობის სფეროს მიეკუთვნება მტკიცებულების კონკრეტული საგანი.²⁴ თუ საკითხი ეხება რამდენიმე სპეციალობის სფეროს, ფუნდამენტურად აუცილებელია ცალკეული ექსპერტიზის დასკვნების მიღება.

აღნიშნული ასევე შეესაბამება უზენაესი ფედერალური სასამართლოს დადგენილ სასამართლო პრაქტიკას, რომ მოსამართლემ, განსაკუთრებით ექიმთა პასუხისმგებლობის სამართალწარმოებისას, კრიტიკულად უნდა გამოიკვლიოს სამედიცინო ექსპერტების განცხადებები მათი სისრულისთვის და წინააღმდეგობების

²⁰ შდრ. BGH, Urteil vom 24. Februar 2015 - VI ZR 106/13 - VersR 2015, 712.

²¹ BGH, Beschluss vom 24. Februar 2015 - VI ZR 106/13 VersR 2015, 1601.

²² შდრ. BGH, Urteil vom 29. Januar 2019 - VI ZR 113/17 - BGHZ 221, 43; BGH, Beschluss vom 9. Januar 2018 - VI ZR 106/17 - VersR 2018, 1147.

²³ BGH, Beschluss vom 15. Mai 2018 - VI ZR 287/17 - NJW 2018, 3316; BGH, Urteil vom 18. November 2008 - VI ZR 198/07 - VersR 2009, 257.

²⁴ BGH, Beschluss vom 31. Mai 2016 - VI ZR 305/15 - NJW 2016, 3785.

თავიდან ასაცილებლად.²⁵ ეს ეხება როგორც ერთი და იმავე ექსპერტის ცალკეულ განცხადებებს შორის არსებულ წინააღმდეგობებს, ასევე რამდენიმე ექსპერტის მიერ გაკეთებულ განცხადებებს შორის წინააღმდეგობებსაც.²⁶

4. BGH, Urteil vom 27. April 2021 - VI ZR 84/19 - BGHZ 229, 331

სახელმძღვანელო წინადადება:

1. გსკ-ის 630c, II 1 მუხლში თერაპიული და უსაფრთხოების შესახებ განმარტებები სენატის მიერ შემუშავებული პრინციპების საფუძველზეა კოდიფიცირებული. ეს პრინციპები შინაარსობრივი თვალსაზრისით უცვლელად მოქმედებენ; ერთადერთი ახალი რამ არის მითითება ინფორმირების ვალდებულების შესახებ.

2. დოკუმენტირების ვალდებულების ფარგლები გამომდინარეობს გსკ-ის 630f II მუხლიდან. დოკუმენტაცია, რომელიც სამედიცინო თვალსაზრისით არ არის აუცილებელი, ასევე არ არის საჭირო სამართლებრივი დასაბუთებისთვისაც.

3. ელექტრონულ დოკუმენტაციას, რომელიც არ ხდის შემდგომ ცვლილებებს გსკ-ის § 630f I 2 და 3 მუხლის საწინააღმდეგოდ აღქმადს, არ აქვს დადებითი ვარაუდის ეფექტი იმისა, რომ დოკუმენტირებული ღონისძიება რეალურად მიღებულ იქნა მკურნალი პირის მიერ.

ფაქტები:

2013 წლის 7 ნოემბერს მოსარჩელე, რომელსაც მარცხენა თვალში მოულოდნელად გაჩენილი შავი ლაქები აწუხებდა, მოპასუხე ოფთალმოლოგმა გამოიკვლია. კვლევის დასრულების შემდეგ მოპასუხემ მას განუმარტა, რომ ჩივილები იყო ასაკობრივი გამოვლინება მინისებური სხეულის შემორღვევის შედეგად. შეეძლო არ ენერვიულა. 2014 წლის 14 თებერვალს ოპტიკოსმა მხედველობის შემონმების დროს აღმოაჩინა ბადურის აშრევა, რის გამოც მოსარჩელე კვლავ წავიდა 2014 წლის 18 თებერვალს მოპასუხესთან. მან ბადურის აშრევების დიაგნოზი დაუსვა და მოსარჩელეს მიუთითა, რომ სასწრაფოდ უნდა წასულიყო საავადმყოფოში. ოპერაციის შემდეგ გაჩნდა გართულებები, რის შედეგადაც მოსარჩელე მარცხენა თვალით დაბრმავდა.

მოსარჩელე მოპასუხეს ადანაშაულებდა, რომ მას 7 ნოემბერს ჩატარებული კვლევისას გამოჩნდა ბადურის აშრევა. კერძოდ, მას გამოჩნდა ის, რომ გამოკვლევამდე არ გააფართოვა გუგები. ამ მიზეზით, თვალის შიდა ნაწილის სათანადო გამოკვლევა ვერ მოხერხდა. გარდა ამისა, მოპასუხემ არ მიუთითა მას, რომ შემდგომი ჩივილების შემთხვევაში ხელახლა უნდა მისულიყო და მიმდინარე პროცესის გათვალისწინებით ერთი წლის ვადაში უნდა შემონმებულიყო.

სამართლებრივი საკითხები:

გადაწყვეტილება, პირველ რიგში, ეხება პაციენტის თერაპიული ინფორმირებისა და დოკუმენტირების ვალდებულების საკითხებს.

²⁵ შდრ. BGH, Urteil vom 21. Dezember 2010 - VI ZR 284/09 - BGHZ 188, 29.

²⁶ შდრ. BGH, Urteil vom 21. Dezember 2010 - VI ZR 284/09 - BGHZ 188, 29; BGH, Urteil vom 21. Januar 2009 - VI ZR 170/08 - VersR 2009, 499; BGH, Urteil vom 16. Juni 2009 - VI ZR 157/08 - VersR 2009, 1267.

გადაწყვეტილება დეტალურად:

1. ამ გადაწყვეტილებაში, უზენაესი ფედერალური სასამართლო, სხვა საკითხებთან ერთად, ხაზს უსვამს ფუნდამენტურ განსხვავებას თერაპიულ ინფორმირებას (ადრე ინოდებოდა, როგორც თერაპიული განმარტება ან უსაფრთხოების შესახებ განმარტება) და სამედიცინო მკურნალობის შესახებ განმარტებას შორის (ზოგჯერ ასევე მოიხსენიება, როგორც თვითგამორკვევის ინფორმაცია).²⁷

თერაპიული ინფორმირება სამედიცინო მკურნალობის ვალდებულების ნაწილია. მისი დარღვევა წარმოადგენს სამედიცინო შეცდომას, რასაც მოჰყვება სამართლებრივი შედეგები. თერაპიული ინფორმირების მიზანია პაციენტისთვის სათანადო ინფორმაციის მიწოდება იმ ვალდებულებების შესახებ, რომლებიც მან უნდა შეასრულოს, რათა შეძლოს სამედიცინო მკურნალობით სასურველი წარმატების მიღწევა. ამიტომ საკითხი ეხება იმას, რომ პაციენტს მიეწოდოს ინფორმაცია, როგორი თანამშრომლობა უნდა უზრუნველყოს, რათა სამედიცინო მკურნალობის მიზანს საფრთხე არ დაემუქროს.

მეორე მხრივ, ინფორმაციის მიწოდების „კლასიკური“ ვალდებულება, რომელიც რეგულირდება გსკ-ის 630e მუხლში, ემსახურება პაციენტის თვითგამორკვევის უფლების რეალიზებას; ამიტომ მას ზოგჯერ თვითგამორკვევის ინფორმაციასაც უწოდებენ. მისი დარღვევა არ წარმოადგენს შეცდომას მკურნალობაში, არამედ ნიშნავს, რომ პაციენტის თანხმობა სამედიცინო მკურნალობაზე არის ბათილი და შედეგად აღნიშნული ხდება უკანონო.

საწყის ეტაპზე, ინფორმაციის მიწოდების სამედიცინო ვალდებულების დარღვევის სამართლებრივი შედეგები შედარებულია გსკ-ის 630f მუხლით გათვალისწინებულ სამედიცინო დოკუმენტირების ვალდებულების დარღვევასთან (დანვრილებით ამის შესახებ ქვემოთ 3.). ამ ორიდან არც ერთი არ იწვევს სამედიცინო შეცდომას გერმანიის სამოქალაქო კოდექსის მიხედვით და, შესაბამისად, არ შეიძლება იყოს პასუხისმგებლობის პირდაპირი საფუძველი. პირიქით, ისინი იწვევენ ზიანის ანაზღაურებაზე მოთხოვნას, რომელიც წარმოიშვა ფაქტობრივი სამედიცინო მკურნალობით (რადგან თანხმობა აღარ არის მოქმედი, თუ ინფორმაციის მიწოდების მოვალეობა დარღვეულია) ან უფრო ადვილი დასამტკიცებელია (რადგან, თუ დოკუმენტაციის მოვალეობა დარღვეულია, ეს შეიძლება იყოს ვარაუდის საფუძველი, რომ დოკუმენტურად საჭირო ღონისძიება არ იქნა მიღებული).

2. კონკრეტულ სამართალწარმოებასთან დაკავშირებით უზენაესმა ფედერალურმა სასამართლომ განაცხადა, რომ 2013 წლის 7 ნოემბრის ოფთალმოლოგიური გამოკვლევის დასრულების შემდეგ მოსარჩელისთვის უნდა მოეთხოვათ კონტროლის მიზნით ოფთალმოლოგთან ვიზიტი, თუ მისი სიმპტომები დაუყოვნებლივ, თუმცა არაუგვიანეს ერთი წლის გასვლის შემდეგ გაუარესდებოდა. ეს გამომდინარეობს იქიდან, რომ მკურნალმა პირმა, გსკ-ის 630c II 1 მუხლის მიხედვით, პაციენტს გასაგებად უნდა აუხსნას ყველა იმ გარემოების შესახებ, რომლებიც მნიშვნელოვანია მკურნალობისთვის, კერძოდ, დიაგნოზი, ავადმყოფობის სავარაუდო განვითარება, თერაპია, თერაპიის დაწყებამდე და მის შემდეგ მიღებული ზომები. ამ ნორმაში კოდიფიცირებულია უზენაესი ფედერალური სასამართლოს მიერ გსკ-ის 630c მუხლის ძალაში შესვლამდე შემუშავებული თერაპიული

²⁷ შდრ. BGH, Beschluss vom 21. Juni 2022 - VI ZR 310/21 - NJW 2022, 2682; BGH, Urteil vom 8. Juli 2008 - VI ZR 259/06 - MedR 2009, 44.

ინფორმირების, ასევე უსაფრთხოების ინფორმაციის პრინციპები.²⁸

თერაპიული ინფორმირების ვალდებულება, რომელიც კოდიფიცირებულია გსკ-ის 630c II 1 მუხლში არის პროფესიული სამედიცინო მკურნალობის ნაწილი. მან უნდა უზრუნველყოს სამედიცინო მკურნალობის წარმატება თანმხლები ღონისძიებებით, კერძოდ, პაციენტისთვის ინფორმაციისა და რჩევების მეშვეობით.²⁹ ეს ასევე მოიცავს ექიმის ვალდებულებას, აცნობოს პაციენტს ნებისმიერი აუცილებელი სამედიცინო ღონისძიების გადაუდებლობის შესახებ და მიუთითოს ამის შეუსრულებლობასთან დაკავშირებული რისკები.³⁰ შეუსრულებლობა ამ სფეროში არის სამედიცინო შეცდომა და ამიტომ ყოველთვის პაციენტის მიერ უნდა იყოს დამტკიცებული.³¹

3. მაშასადამე, მოსარჩელის საზიანოდ, რომელსაც ეკისრება მტკიცების ტვირთი მკურნალობის შეცდომის არსებობის გამო, მოქმედებს ის ფაქტი, რომ სააპელაციო სასამართლოს დასკვნის მიხედვით, არ ირკვევა, მიანოდა თუ არა მოპასუხემ მოსარჩელეს ინფორმაცია საჭირო წესით. კერძოდ, ის ფაქტი, რომ მოსარჩელის მსგავსი თერაპიული ინფორმირების შესახებ არაფერი იყო დოკუმენტირებული პაციენტის საქმეში, არ იწვევს მტკიცების ტვირთის შეცვ-

ლას გსკ-ის 630h III მუხლის მიხედვით. მოსარჩელის მოსაზრების გაზიარება ვერ მოხდება, იმასთან დაკავშირებით, რომ თერაპიული ინფორმირების საკითხი ეხება განმარტებას გსკ-ის 630f II 1 მუხლის მნიშვნელობით. თუ ასეთი განმარტება არ არის დოკუმენტირებული საჭირო წესით, პაციენტი სარგებლობს მტკიცებულების ტვირთის შეზღუდვებით გსკ-ის § 630h III მუხლის მიხედვით, იმისდა მიუხედავად, საჭირო იყო თუ არა დოკუმენტაცია სამედიცინო თვალსაზრისით. ამასთან, განმარტების კონცეფცია გსკ-ის 630f II 1 მუხლის მიხედვით ეხება მხოლოდ თვითგამორკვევის ინფორმაციას, რომელიც რეგულირდება გსკ-ის 630e მუხლში, მაგრამ არა პაციენტის თერაპიულ ინფორმირებას, რომელსაც ადრე თერაპიული განმარტება ან უსაფრთხოების შესახებ განმარტება ეწოდებოდა.

გსკ-ის § 630f მუხლში რეგულირებული აღნიშვნის ვალდებულების მიზანს სხვა არაფერი დანიშნულება არ აქვს. სამედიცინო დოკუმენტირების ვალდებულება ძირითადად ემსახურება მკურნალობის შემდგომი კურსისთვის აუცილებელი სამედიცინო მონაცემებისა და ფაქტების უზრუნველყოფას. მკურნალობის პროცესის აღნიშვნით უნდა იყოს უზრუნველყოფილი თერაპია და ასევე გარანტირებული შესაბამისი შემდგომი მკურნალობა.³² გარდა ამისა, დოკუმენტირება - კერძოდ, პაციენტის უფლება, შეამოწმოს სამედიცინო ჩანაწერები (გსკ-ის 630g მუხლი) მიზნად ისახავს იმის უზრუნველყოფას, რომ ექიმმა შეასრულოს თავისი მოვალეობა, მიანოდოს ინფორმაცია („ანგარიშვალდებულება“), რომელიც პაციენტთან შედარებით მისი ცოდნის უპირატესობიდან გამომდინარეობს.³³

²⁸ ამასთან დაკავშირებით: BGH, Urteil vom 4. September 2004 - VI ZR 186/03 - VersR 2005, 227; BGH, Urteil vom 16. November 2004 - VI ZR 328/03 - VersR 2005, 228; იხ. შემდგომ მოყოლებული BGH, Urteil vom 24. Mai 2022 - VI ZR 206/21 - NJW 2022, 2747, განხილული *Hagenloech*, იხ. ზემოთ, სქ. 1, 2022, II. 2., Rn. 1.

²⁹ შდრ. BGH, Urteile vom 25. April 1989 - VI ZR 175/88 - BGHZ 107, 222; BGH, Urteil vom 16. Juni 2009 - VI ZR 157/08 - VersR 2009, 1267.

³⁰ ასევე BGH, Urteil vom 26. Mai 2020 - VI ZR 213/19 - VersR 2020, 1052.

³¹ შდრ. BGH, Urteil vom 14. September 2004 - VI ZR 186/03 - VersR 2005, 227; BGH, Urteil vom 16. Juni 2009 - VI ZR 157/08 - VersR 2009, 1267.

³² შდრ. BGH, Urteil vom 2. Juni 1987 - VI ZR 174/86 - NJW 1988, 762; BGH Urteil vom 6. Juli 1999 - VI ZR 290/98 - VersR 1999, 1282.

³³ შდრ. BGH, Urteil vom 27. Juni 1978 - VI ZR 183/76 - BGHZ 72, 132.

დოკუმენტირების ვალდებულების ამ მიზნის გათვალისწინებით, აღნიშვნა უნდა მოხდეს მკურნალობისთვის აუცილებელი ზომებისა და მათი შედეგების, რომლებიც, მკურნალი პირის პროფესიული გადმოსახედით, შეიძლება აუცილებელი იყოს მიმდინარე ან მომავალი მკურნალობის უზრუნველსაყოფად.³⁴ ეს ეხება ღონისძიებებსა და შედეგებს, რომლებიც უნდა ჩაინეროს, იმისთვის, რომ ექიმებმა და ექთნებმა საკმარისი ინფორმაცია მიიღონ დაავადების მიმდინარეობისა და აქამდე ჩატარებული მკურნალობის შესახებ, რომლებიც მნიშვნელოვანია მომავალი გადაწყვეტილებების მისაღებად.³⁵

ამ პრინციპების შესაბამისად, ის ფაქტი, რომ მოპასუხემ არ დააფიქსირა მოსარჩელის შესახებ ინფორმაცია მისი ჩივილების კონტროლის აუცილებლობის შესახებ, არ ინვესტს მტკიცებულების ტვირთის შეცვლას. მოცემული დავის შემთხვევაში სამედიცინო თვალსაზრისით თერაპიული ინფორმაციის დოკუმენტირება არ იყო საჭირო.

4. შემდგომში უზენაესი ფედერალური სასამართლო განიხილავს საკითხს, დაუშვა თუ არა მოპასუხემ დასკვნების გაკეთებისას შეცდომა, ვინაიდან როგორც მოსარჩელე ირწმუნება არ გამოიკვლია თვალის შიდა ნაწილი გუგების გაფართოების მეშვეობით. ამასთან დაკავშირებით, უზენაესი ფედერალური სასამართლო აცხადებს, რომ მოსარჩელე ატარებს მტკიცების ტვირთს ასეთი არასწორი დასკვნების არსებობის შესახებ ანუ სამედიცინო შეცდომის არსებობაზე. ამასთან, სააპელაციო სასამართლომ საპროცესო შეცდომა დაუშვა იმაზე მითითებით, რომ მოსარჩელეს არ დაუმტკიცებია, რომ

მოპასუხემ თვალის შიდა ნაწილი საჭირო წესით არ გამოიკვლია. ამ კონტექსტში, სააპელაციო სასამართლო დაეყრდნო იმ ფაქტს, რომ მოპასუხის ელექტრონული დოკუმენტაციის თანახმად, თვალის შიდა ნაწილი გუგების გაფართოებით იქნა გამოკვლეული. აღნიშნული სამართლებრივი მოსაზრებით სააპელაციო სასამართლო თანხვედრაში მოდის სხვა უმაღლესი რეგიონალური სასამართლოების დადგენილ სასამართლო პრაქტიკასთან, რომლის მიხედვითაც სრული მტკიცებულებითი ღირებულება ენიჭება ელექტრონულ დოკუმენტაციას, რომელშიც არ შეინიშნება შემდგომი ცვლილებების რაიმე შემთხვევა, თუ დოკუმენტაცია სამედიცინო თვალსაზრისით დამაჯერებელია და ექიმმა გასაგებად წარმოაჩინა, რომ მას რაიმე ცვლილება არ განუხორციელებია.

თუმცა, აღნიშნული სამართლებრივი მოსაზრება აღარ შეიძლება არსებობდეს გსკ-ის 630f I 2 და 3 მუხლის ამოქმედების შემდეგ. ამ დებულების თანახმად, პაციენტის საქმის ჩანაწერებში შესწორებები და ცვლილებები დასაშვებია მხოლოდ იმ შემთხვევაში, თუ, თავდაპირველი შინაარსის გარდა, ცხადად აღსაქმელი რჩება, მათი გაკეთების დრო. ამ ახალი რეგულაციების მიზანია დოკუმენტაციის გაყალბების თავიდან აცილების სისტემის უზრუნველყოფა. ამიტომ, ელექტრონულად მართული პაციენტის საქმის შემთხვევაში, უზრუნველყოფილი უნდა იყოს ისეთი პროგრამის გამოყენება, რითაც შემდგომი ცვლილებები იქნება აღქმადი.

ამასთან, პროგრამული უზრუნველყოფის გამოყენება, რომელიც არ ხდის შემდგომ ცვლილებებს აღქმადს, არ წარმოშობს გსკ-ის 630h III მუხლით გათვალისწინებულ პრეზუმფციას, რომლის მიხედვითაც მტკიცებულების ტვირთის შეცვლა ხდება, თუ დოკუმენტირებისთვის აუცილებელი გარემოება არ არის დოკუმენტირებული. მტკიცებულების ტვირთის ასე-

³⁴ შდრ. BGH, Urteil vom 2. Juni 1987 - VI ZR 174/86 - NJW 1988, 762.

³⁵ შდრ. BGH, Urteil vom 22. Oktober 2019 - VI ZR 71/17 - VersR 2020, 233; BGH, Urteil vom 6. Juli 1999 - VI ZR 290/98 - VersR 1999, 1282; BGH, Urteil vom 23. März 1993 - VI ZR 26/92 - VersR 1993, 836.

თი შეცვლა ხდება მხოლოდ იმ შემთხვევაში, თუ მკურნალმა მხარემ არ ჩაწერა სამედიცინო თვალსაზრისით საჭირო არსებითი ღონისძიება და მისი შედეგი პაციენტის საქმეში, რომელიც ეწინააღმდეგება გსკ-ის 630f მუხლს ან არ იწინავს პაციენტის საქმეს. ამიტომ კანონით პირდაპირ არ არის რეგულირებული, მტკიცების თვალსაზრისით თუ რა შედეგები მოჰყვება, როდესაც სამედიცინო ღონისძიება ელექტრონულად არის დოკუმენტირებული, მაგრამ დოკუმენტაცია შეიქმნა ისეთი პროგრამული უზრუნველყოფით, რომელიც შემდგომ ცვლილებებს არ ხდის აღქმადს.

უზენაესი ფედერალური სასამართლოს თვალსაზრისით, არ არსებობს (დადებითი) დასტური იმისა, რომ დოკუმენტირებული ღონისძიება მკურნალი მხარის მიერ რეალურად განხორციელდა. ტრადიციულად ხელით ან საბეჭდი საშუალებით შედგენილი წერილობითი დოკუმენტაციისგან განსხვავებით, რომელშიც გადახაზვის, წაშლის, ჩამატების ან ხელახალი დაწერის შემდგომი ცვლილებები რეგულარულად შეინიშნება, ელექტრონული დოკუმენტაცია, რომელიც იწინავს პროგრამული უზრუნველყოფის საშუალებით და შემდგომ ცვლილებებს ამოუცნობს ხდის, მომხმარებელს სთავაზობს შესაძლებლობას, რომ შემდგომში შეცვალოს ადრე ჩაწერილი შინაარსი მოკლე დროში, მცირე ძალისხმევით და თითქმის აღმოჩენის რისკის გარეშე. გარდა ამისა, არსებობს შინაარსის შემთხვევითი წაშლის ან შეცვლის რისკი. ამიტომ ასეთ დოკუმენტაციას არ გააჩნია პრეზუმციის საჭირო ვარაუდის ეფექტი.³⁶ ეს მოქმედებს მაშინაც კი, თუ დოკუმენტაციაში შემდგომი ცვლილების ხელშესახები მითითებები არ არსებობს. თუმცა, ეს არ ნიშნავს იმას, რომ ელექტრონული დოკუმენტაცია, რომელშიც არ ვლინდება შემდგომი ცვლილებები, მთლიანად

უგულებელყოფილი უნდა იყოს მტკიცებულებების შეფასებაში. პირიქით, ეს ქმნის ფაქტობრივ გარემოებას, რომელიც მოსამართლემ მისი შინაგანი რწმენის ჩამოყალიბებისას ცვლილებების შეტანის უსაფრთხოების არარსებობის პირობებში ყოველსომცველი და ფრთხილი, მაგრამ კრიტიკული შეფასებისას უნდა გაითვალისწინოს.

5. BGH, Urteil vom 18. Mai 2021 - VI ZR 401/19 - MedR 2021, 897

სახელმძღვანელო წინადადება (ნაწყვეტი)

1. (ჯერ) კიდევ ზოგადად არ აღიარებული სამედიცინო მკურნალობის მეთოდის გამოყენებისას, პაციენტის თვითგამორკვევის უფლების უზრუნველყოფის მიზნით, უნდა იყოს დაწესებული მისთვის ინფორმაციის მიწოდების გაზრდილი მოთხოვნები. პაციენტს უნდა აუხსნან არა მხოლოდ ამ მეთოდის დადებითი და უარყოფითი მხარეები, არამედ უნდა ეცნობოს, რომ დაგეგმილი პროცედურა არ არის ან ჯერ კიდევ არ არის სამედიცინო სტანდარტი. ახალი დამკვიდრებული მეთოდი შეიძლება პაციენტზე გამოყენებულ იქნას მხოლოდ მაშინ, თუ წინასწარ, არაორაზროვნად ეცნობა, რომ ახალი მეთოდი გულისხმობს უცნობი რისკების შესაძლებლობას.

2. ჰიპოთეტური თანხმობის კონცეპტუალური წინაპირობაა სათანადო, კერძოდ სრული ახსნა-განმარტების ჰიპოთეზა. ეს ჰიპოთეზა ასევე უნდა იქნას გამოყენებული, როგორც საფუძველი იმის შესაფასებლად, მიიღო თუ არა პაციენტმა კონფლიქტის არსებობისას გადაწყვეტილება დამაჯერებლად. ... მისი მოსმენის დაწყებამდე, რომელიც პრინციპში აუცილებელია იმის დასადგენად, აღმოჩნდებოდა თუ არა პა-

³⁶ შდრ. ასევე BGH, Urteil vom 3. Februar 1998 VI ZR 356/96 VersR 1998, 634.

ციენტი გადაწყვეტილების მიღების კონფლიქტში, მოსამართლემ უნდა აცნობოს პაციენტს, თუ რა ინფორმაცია უნდა მიეწოდებინათ მისთვის შესაბამისი ჩარევის წინ.

ფაქტები (შემოკლებით):

2011 წლის 2 მარტს მოსარჩელეს ჩაუტარდა ხერხემლის დისკის ხელოვნური პროტეზირება პირველი მოპასუხის კლინიკაში. პროცედურა ჩატარდა მეორე მოპასუხეს მიერ, რომელიც მაშინ იყო ზურგის ქირურგიის კლინიკის მთავარი ექიმი. მან გამოიყენა ამჟამად გადახდისუნარიობის მდგომარეობაში მყოფი R. T. Limited-ის (შემდგომში: Fa. R.), მიერ წარმოებული „Cadisc L-ის“ ტიპის ხერხემლის დისკის ხელოვნური პროთეზი, რომელიც მთლიანად პლასტიკისგან გაკეთდა და ბაზარზე გამოყენებული სხვა იმპლანტებისგან განსხვავებით არ ჰქონდა ტიტანის გარე საფარი. 2014 წელს მოსარჩელეს ჰქონდა ტკივილი ხერხემლის წელის ნაწილში. შემდგომში გამოკვლევებმა აჩვენა, რომ პროთეზირების ბირთვის ნაწილები გაქრა, გადავიდა სპინალურ არხში და მარცხენა მხარეს დააჭირა S1 ფეხვზე. ამიტომ მეორე მოპასუხემ პროტეზი 2014 წლის 30 ივნისს ამოიღო და ხერხემლის მალეების ხელოვნური სტაბილიზატორით შეცვალა.

მოსარჩელე ირწმუნება, რომ პლასტიკური პროთეზის გამოყენება სამედიცინო შეცდომა იყო, რადგან მწარმოებელმა უკვე 2010 წელს ყველა კლინიკას აცნობა აღნიშნული ხერხემლის მალეების ხელოვნური სტაბილიზატორის პროტეზებთან დაკავშირებული პრობლემების შესახებ და უკან გაიწვია. გარდა ამისა, 2011 წლის 2 მარტის მანიპულაცია ახალი სახის პლასტიკური პროტეზირების გამოყენებასთან დაკავშირებული რისკების შესახებ ინფორმა-

ციის მიუწოდებლობის გამო მისი თანხმობით არ მომხდარა.

სამართლებრივი საკითხები:

გადაწყვეტილებაში ცენტრალი ადგილი უკავია საკითხებს ახალი მეთოდების გამოყენებისას სამედიცინო ინფორმირების ვალდებულებასა და ჰიპოთეტური თანხმობის შესახებ. ვინაიდან, ჰიპოთეტურ თანხმობასთან დაკავშირებული კითხვების განხილვა მოხდა 2022 წლის 21 ივნისის უზენაესი ფედერალური სასამართლოს გადაწყვეტილებაში³⁷, აქ მხოლოდ ახალი მეთოდის გამოყენების თემატიკა განიხილება უფრო დეტალურად.

გადაწყვეტილება დეტალურად:

1. პირველ რიგში, უზენაესი ფედერალური სასამართლო განსაზღვრავს, რომ მეორე მოპასუხემ გამოიყენა ზოგადად არ აღიარებული სამედიცინო მკურნალობის მეთოდი. კომპანია Fa. R.-is Cadisc L სისტემის ხელოვნური ენდოპროტეზირების იმპლანტაციისას სკიოტი ეხება ჯერ კიდევ არდამკვიდრებულ და კლინიკურად არასაკმარისად გამოცდილ ახალ მეთოდს.

2. ზოგადად არდამკვიდრებული სამედიცინო მკურნალობის მეთოდის გამოყენებისას, პაციენტის თვითგამორკვევის უფლების უზრუნველყოფის მიზნით მისთვის ინფორმაციის მიწოდების გაზრდილი მოთხოვნები უნდა იყოს დაწესებული. პაციენტს უნდა აუხსნან არა მხოლოდ ამ მეთოდის დადებითი და უარყოფითი მხარეები, არამედ უნდა ეცნობოს, რომ დაგეგმილი პროცედურა არ არის, ან ჯერ კიდევ არ

³⁷ VI ZR 310/21 NJW 2022, 2682, მიმოხილვა Hagenloech, იხ. ზემოთ, სქ. 1, 2022, II. 4., Rn. 2. f.

არის, სამედიცინო სტანდარტი.³⁸ თუ ექიმს სურს გამოიყენოს ახალი მეთოდი, რომელიც ჯერ კიდევ არ არის დამკვიდრებული ჯერ კიდევ ბოლომდე გაურკვეველი რისკებით, მან უნდა შეატყობინოს პაციენტს, რომ უცნობი რისკები ამჟამად არ შეიძლება გამოირიცხოს.³⁹ პაციენტისთვის ასეთი ერთმნიშვნელოვანი ინფორმაცია აუცილებელია იმისათვის, რომ მისთვის ნათელი გახდეს, რომ ახალი მეთოდი გულისხმობს უცნობი რისკების შესაძლებლობას. მხოლოდ ამის შემდეგ შეიძლება პაციენტმა ყურადღებით ანონ-დანონოს, სურს თუ არა მას ჩვეულებრივი მეთოდით მკურნალობა ცნობილი რისკებით თუ ახალი მეთოდით, პერსპექტიული უპირატესობებისა და იმ საფრთხეების კონკრეტული გათვალისწინებით, რომლებიც ჯერ კიდევ არ არის ცნობილი.

განმცხადებლისთვის მიწოდებულმა ინფორმაციამ არ დააკმაყოფილა ეს მოთხოვნები. მოსარჩელე არ იყო ინფორმირებული, რომ პლასტიკური ენდოპროთეზის დაგეგმილი იმპლანტაცია ჯერ არ იყო სამედიცინო სტანდარტი და არც ის, რომ იგი დაკავშირებული იყო უცნობი რისკების შესაძლებლობასთან.

6. BGH, Urteil vom 2. September 2021 - III ZR 63/20 - BGHZ 231, 31

სახელმძღვანელო წინადადება (მცირედით შეცვლილი):

ფორმულარი, რომელიც მიზნად ისახავს პაციენტის სამედიცინო განმარტების და გადანყ-

³⁸ შდრ. BGH, Urteil vom 15. Oktober 2019 - VI ZR 105/18 - MedR 2020, 379, ე. წ. გარე მეთოდის (Außenseitermethode) გამოყენებისთვის.

³⁹ შდრ. BGH, Urteil vom 13. Juni 2006 - VI ZR 323/04 - BGHZ 168, 103; BGH, Urteil vom 27. März 2007 - VI ZR 55/05 - BGHZ 172, 1.

ვეტილების დოკუმენტირებას იმის შესახებ, სურს თუ არა მას ჩატარებული გამოკვლევა, ზოგადად, გსკ-ის 307 III 1 მუხლის მიხედვით არ ექვემდებარება კონტროლს სტანდარტული პირობების წესების შესაბამისად (გსკ-ის 307 I და II, 308, 309 მუხლები), რადგან უზენაესი ფედერალური სასამართლოს მიერ დადგენილი სასამართლო პრაქტიკის შედეგად განვითარებული დამოუკიდებელი დათქმები ვრცელდება სამედიცინო განმარტებაზე, რომელსაც ასევე შედეგები აქვს მტკიცების ტვირთისთვის.

სამართლებრივი საკითხები:

გადაწყვეტილება ყურადღებას ამახვილებს იმ ფორმებისა და საინფორმაციო ფურცლების საკითხებზე, რომლებიც პაციენტს სამედიცინო განმარტებასთან ერთად გადაეცემა (ე.წ. საინფორმაციო ფურცლები).

გადაწყვეტილება დეტალურად:

1. პირველ რიგში, უნდა აღინიშნოს, რომ გსკ-ის 307 III მუხლის თანახმად, სტანდარტული პირობების შინაარსობრივი კონტროლი (უფრო დეტალურად რეგულირდება გსკ-ის 307 I და II, 308, 309 მუხლებით) გამოირიცხულია მანამ, სანამ განსხვავებული ან დამატებითი რეგულაციები შესაბამისობაში მოდის სამართლებრივი დებულებების მეშვეობით. უზენაესი ფედერალური სასამართლო ასეთ უპირატეს კანონისმიერ დებულებად მიიჩნევს 2013 წლის თებერვალში ძალაში შესულ სამედიცინო განმარტების ვალდებულების დათქმებს, მათ შორის, სასამართლო პრაქტიკაში განვითარებული მტკიცების ტვირთის პრინციპებს. თუმცა, სსკ-ის 343-ე და შემდგომი მუხლები გსკ-ის 307 III მუხლის მსგავს დათქმას არ მოიცავს და ასევე არ არსებობს ნორმატიული დებულება სამე-

დიცინო განმარტების ვალდებულების შესრულების წინაპირობებისა, ისევე როგორც ვალდებულების დარღვევისას მტკიცების ტვირთის საკითხებთან დაკავშირებით, შესაბამისად, ამ გადაწყვეტილების ფუნდამენტური მოსაზრებები შეუზღუდავად არ უნდა იყოს გადატანილი საქართველოს კანონმდებლობაში. ამ მიზეზით, მოცემულ კონტექსტში უზენაესი ფედერალური სასამართლოს მოსაზრებები განიხილება იმდენადაც, რამდენადაც ისინი პასუხობენ კითხვას, თუ რა მიზანი აქვთ ამ ფორმებს და რა მიზეზით არიან ისინი იურიდიულ მოთხოვნებთან არა მხოლოდ თავსებადი, არამედ სასარგებლოც კი.

2. საერთო მოსაზრებით, სამედიცინო ინფორმაცია ზოგადად მონოდებული უნდა იყოს ზეპირად. საინფორმაციო ფურცლების გადაცემა და ხელმოწერა ვერ შეცვლის საჭირო კონსულტაციას ექიმსა და პაციენტს შორის.⁴⁰ უფრო მეტიც, საინფორმაციო ფურცელი (შინაარსობრივად სპეციფიურ დასკვნებზე და კონკრეტულად დაგეგმილ ღონისძიებაზე მორგებული) მიზნად ისახავს, უკეთ გააგებინოს პაციენტს კონსულტაციით გაკეთებული ზეპირი ახსნა-განმარტებები და მისი ხელახლა ნაკითხვით (კონსულტაციის სტრესული მდგომარეობის გარეშე) მას გააცნოს დაგეგმილი მანიპულაციის დადებითი და უარყოფითი მხარეების ერთმანეთთან შეწონადობის შესაძლებლობა.

ეს ეხება განსაკუთრებით იმ ფაქტს, რომ გსკ-ის 630e II 1 Nr. 2 მუხლის თანახმად, ოპერაციის რისკების შესახებ ინფორმაციის მიწოდება უნდა მოხდეს სწორ დროს ისე, რომ პაციენტმა შეძლოს თანხმობის შესახებ გადაწყვეტილების მიღება მისი კარგად გააზრებით. როგორც წესი, თანხმობა ბათილია, თუ დრო არ აძლევს პაციენტს შესაძლებლობას, კონსულ-

ტაციის მიმდინარეობა და შინაარსი გამყარებული საინფორმაციო ფურცლით დაამუშაოს და მხოლოდ ფრთხილი ფიქრის შემდეგ გადაწყვიტოს.⁴¹ გარდა ამისა, ასეთი საინფორმაციო ფურცლების გადაცემა, განსაკუთრებით იმ შემთხვევაში, თუ ისინი ასევე შეიცავენ თანხმობის წერილობით გამოვლინებას, შეიძლება ჰქონდეს გარკვეული არაპირდაპირი მნიშვნელობა იმ ფაქტისთვის, რომ მოხდა ზეპირი ახსნა-განმარტებაც.

3. ამ პრინციპების საფუძველზე, უზენაესი ფედერალური სასამართლო მიიჩნევს, რომ მოსამართლეთა შინაგანი რწმენის ფორმირებისას საჭიროა კონსულტაციის მიმდინარეობისა და შინაარსის საკითხთან მიმართებით ფაქტობრივი გარემოებების გასაგები და ფრთხილი შეწონადობა.⁴² გასათვალისწინებელ გარემოებებს მიეკუთვნება, მაგალითად, მუდმივი ან ჩვეულებრივი საკონსულტაციო პრაქტიკა. თუ ექიმს შეუძლია აღნიშნულის წარმოდგენა და, საჭიროების შემთხვევაში დამტკიცებაც, ეჭვის შემთხვევაში უნდა ერწმუნონ, რომ განმარტება მოცემულ ინდივიდუალურ შემთხვევებში ასევე მოხდა შესაბამისი გზით.⁴³ გარდა ამისა, შეიძლება გამოყენებულ იქნას ექიმის ჩანაწერები სამედიცინო დოკუმენტებში (პაციენტის საქმეში).⁴⁴ პაციენტისთვის მიწოდებული განმარტების შინაარსისთვის არსებით საკითხს, როგორც დადებითი, ისე უარყოფითი თვალსაზრისით, წარმოადგენს პაციენტისთვის ხელმისაწვდომი ან მის მიერ ხელმოწერილი განმარტების

⁴⁰ შდრ. BGH, Urteil vom 8. Januar 1985 - VI ZR 15/83 - NJW 1985, 1399.

⁴¹ შდრ. ამასთან OLG Bremen, Urteil vom 25. November 2021 - 5 U 63/20 - MedR 2022, 493, nachfolgend unter Ziffer IV. 3. დეტალურად წარმოდგენილი.

⁴² შდრ. ასევე BGH, Urteil vom 28. Januar 2014 - VI ZR 143/13 - NJW 2014, 1527; BGH, Urteil vom 8. Januar 1985 - VI ZR 15/83 - NJW 1985, 1399.

⁴³ იხ. ასევე BGH, Urteil vom 28. Januar 2014 - VI ZR 143/13 - NJW 2014, 1527.

⁴⁴ შდრ. ასევე BGH, Urteil vom 28. Januar 2014 - VI ZR 143/13 - NJW 2014, 1527.

ან თანხმობის ფორმა (საინფორმაციო ფურცელი).⁴⁵

7. BGH, Beschluss vom 9. November 2021 - VIII ZR 362/19 - MedR 2022, 576

საორიენტაციო წინადადება (ნაწყვეტი):

1. ბავარიელი სტომატოლოგების პროფესიული კოდექსის მე-8 მუხლის მე-5 პუნქტის თანხმად, სტომატოლოგს არ აქვს უფლება მოითხოვოს ანაზღაურება ან რაიმე სხვა ეკონომიკური უპირატესობა პაციენტების გადამისამართებისთვის ან საკვლევი მასალისთვის, გაცეს დაპირება ან გარანტია. ეს დებულება არის ამკრძალავი ნორმა გსკ-ის § 134 მუხლის მნიშვნელობით.

2. პაციენტთა ბაზის შეთანხმებული გაყიდვა სტომატოლოგიური საქმიანობის შეწყვეტის გამო არღვევს სასყიდლიანი გადამისამართების პროფესიულ აკრძალვას, თუ სტომატოლოგი ანაზღაურების სანაცვლოდ იღებს ვალდებულებას, დაარწმუნოს თავისი პაციენტები, გააგრძელონ მკურნალობა მყიდველთან, კერძოდ, ზარები გადამისამართოს, ასევე პირდაპირ ურჩიოს სხვა სტომატოლოგი. შესაბამისად, ეს შეთანხმება ბათილია.

სამართლებრივი საკითხები:

გადანწყვეტილება ეხება საკითხს, რამდენად შესაძლებელია პაციენტების ბაზის გადაცემა ექიმების ან სტომატოლოგების შემთხვევაში.

გადანწყვეტილება დეტალურად:

1. ამ გადანწყვეტილების გასაგებად საჭიროა სამედიცინო და სტომატოლოგიური თვითმმართველობის მარეგულირებელი გერმანული კანონმდებლობის გარკვეული საბაზისო ცოდნა.

სხვა ქვეყნებისგან განსხვავებით, გერმანიაში ჯანდაცვის სისტემაში მოქმედებს თვითმმართველობის პრინციპი. ეს ნიშნავს, რომ მართალია, სახელმწიფო უზრუნველყოფს საკანონმდებლო ბაზას, თუმცა, ამ ფარგლებში სამედიცინო დახმარების პროვაიდერები თავად აკეთებენ ორგანიზებას.

ექიმებისა და სტომატოლოგთა ასოციაციებს ენიჭებათ ცენტრალური მნიშვნელობა შესაბამისი სამედიცინო პროფესიული კანონისთვის; ისინი გერმანიაში ექიმებისა და სტომატოლოგების პროფესიული თვითმმართველობის წარმომადგენლები არიან. სავალდებულო წევრად მიიჩნევა ყველა ექიმი და სტომატოლოგი, რომლებიც უფლებამოსილნი არიან ენოდნენ თავიანთ პროფესიულ საქმიანობას მათ რეგიონში. ექიმებისა და სტომატოლოგთა ასოციაციებს ენიჭებათ ვალდებულება საკუთარი პასუხისმგებლობით შეასრულონ ვალდებულებები ჯანდაცვის პროფესიების ასოციაციების შესახებ სახელმწიფო კანონის ფარგლებში (იხ., მაგალითად, ჯანდაცვის პროფესიების ასოციაციების შესახებ სახელმწიფო კანონი <https://www.revosax.sachsen.de/vorschrift/3941-Saechsisches-Heilberufekammergesetz>). აღნიშნული მოიცავს, უპირველეს ყოვლისა, პროფესიული კოდექსების ამოქმედებას, რომლებიც არეგულირებენ ინდივიდუალური ექიმის ან სტომატოლოგის პროფესიულ ვალდებულებებს პაციენტების, პროფესიული კოლეგებისა და სამედიცინო ასოციაციის მიმართ. ამ პროფესიულ კოდექსებში საკითხი ეხება თვითმმართველობის უფლებებს (წესდება; შდრ. რეგულაციის შინაარსი, მაგალითად, გერმანიის სამედიცინო

⁴⁵ ასევე: BGH, Urteil vom 11. Oktober 2016 - VI ZR 462/15 - NJWRR 2017, 533; BGH, Urteil vom 28. Januar 2014 - VI ZR 143/13 - NJW 2014, 1527.

ნო ასოციაციის მიერ გამოქვეყნებული ექიმების დანიშვნის რეგლამენტი https://www.bundesaerztekammer.de/fileadmin/user_upload/_old-files/downloads/pdf-Ordner/Rec ht/_Bek_BAEK_MBO-AE_Online_final.pdf) ან მოცემულ დავაში მნიშვნელოვანი ბავარიელი სტომატოლოგების პროფესიული კოდექსი ([https://www.blzk.de/blzk/site.nsf/gfx/berufsordnung.pdf/\\$file/berufsordnung.pdf](https://www.blzk.de/blzk/site.nsf/gfx/berufsordnung.pdf/$file/berufsordnung.pdf)).

აღნიშნული პროფესიული თვითმმართველობის ასოციაციების გარდა, ჯანდაცვის სისტემაში თვითმმართველ დაწესებულებებს წარმოადგენენ კანონით დადგენილი ჯანმრთელობის დაზღვევის კომპანიები (რომლებსაც არ ეხება წინამდებარე სამართლებრივი დავის საგანი) და სამედიცინო დაზღვევის ექიმთა და სტომატოლოგთა ასოციაციები. ჯანმრთელობის დაზღვევის ექიმთა ასოციაციები წარმოადგენენ შესაბამის ფედერალურ მიწებზე იმ ექიმებსა და სტომატოლოგებს, რომლებიც პასუხისმგებელი არიან იმ პაციენტების მკურნალობაზე, რომლებიც დაზღვეულები არიან კანონისმიერი ჯანმრთელობის დაზღვევით (GKV). ჯანმრთელობის დაზღვევის კომპანიები აფორმებენ ხელშეკრულებებს ე.წ. მომსახურების მიმწოდებლებთან (ექიმებთან, სტომატოლოგებთან, საავადმყოფოებთან და აფთიაქებთან და ა.შ.) აგროვებენ ჯანმრთელობის დაზღვევის შენატანებს წევრებისგან და მათი დამსაქმებლებისგან (რომლებმაც უნდა გადაიხადონ საწევრო გადასახადის ნახევარი) და არეგულირებენ ერთმანეთში (პაციენტების მონაწილეობის გარეშე) განუული მომსახურების ანაზღაურების საკითხს. ისინი არიან საჯარო სამართლის სუვერენული უფლებამოსილების განმახორციელებელი ორგანოები და პასუხისმგებელი არიან ე.წ. კანონისმიერ-სახელშეკრულებო მომსახურებაზე (იგულისხმება: კანონით დაზღვეული პაციენტის მომსახურება) (შდრ. მოკვანმარტება

<https://www.bundesgesundheitsministerium.de/gesundheitswesensselbstverwaltung.html>). კანონისმიერ ჯანმრთელობის დაზღვევაში (GKV), როგორც წესი, ოჯახის ყველა წევრი დაზღვეულია, რომელსაც არ აქვს საკუთარი შემოსავალი.

კანონისმიერ ჯანმრთელობის დაზღვევის წევრებისა და თანადაზღვეულებისგან განსხვავებით, კერძო პაციენტები ე.წ. „თვითგადამხდელები“ არიან. ისინი თავად დებენ ხელშეკრულებას სერვისის მიმწოდებლებთან (ექიმებთან, აფთიაქებთან და ა.შ.). როგორც საქართველოში, მათაც უწევთ ჯანმრთელობის დაზღვევის ხელშეკრულებების გაფორმება კერძო სადაზღვევო კომპანიებთან დაზღვევის პაკეტის მისაღებად. ამ კერძო პაციენტებს, პირველ რიგში, მიეკუთვნებიან თვითდასაქმებულები (თუ ისინი თვითდასაქმების შემდეგ არ დარჩებიან კანონისმიერ სამედიცინო დაზღვევაში, როგორც ეგრეთ წოდებული ნებაყოფლობითი წევრები), საჯარო მოხელეები, მოსამართლეები და დასაქმებულები, რომელთა წლიური ხელფასი აღემატება გარკვეულ მაქსიმალურ ოდენობას (ე.წ. სავალდებულო სადაზღვევო ლიმიტი, რომელიც ამოქმედდება 2022 წლიდან დარიცხული 64350 ევრო წელიწადში) და რომლებიც ამ ლიმიტის გადალახვის შემდეგ არ ითვლებიან ნებაყოფლობით წევრებად.

2. უზენაესი ფედერალური სასამართლოს გადაწყვეტილების საფუძველი იყო შემდეგი რეგულაცია, რომელსაც მოიცავს ბავარიელი სტომატოლოგების პროფესიული კოდექსი:

„§ 8

(5) სტომატოლოგს არ აქვს უფლება მოითხოვოს ანაზღაურება ან რაიმე სხვა ეკონომიკური უპირატესობა პაციენტების გადამისამარ-

თებისთვის ან საკვლევი მასალისთვის, გაცეს დაპირება ან გარანტია.

გარკვეული დამატებითი პირობების არსებობის შემთხვევაში, ასეთი შეთანხმებები ისჯება სისხლის სამართლის კოდექსის 299a მუხლით (ქრთამის აღება ჯანდაცვის სექტორში) და სისხლის სამართლის კოდექსის 299b მუხლით (ქრთამის მიცემა ჯანდაცვის სექტორში).

გარდა ამისა, წინასწარ უნდა აღინიშნოს, რომ ექიმებისა და სტომატოლოგების კაბინეტების ნასყიდობის ხელშეკრულებები ზოგადად დასაშვებია. თუმცა, ასეთი შეთანხმებები ძალდაკარგულია კანონიერი აკრძალვის დარღვევის გამო (გსკ-ის 134 მუხლი, შეადარეთ გსკ-ის 54 მუხლს), რამდენადაც ისინი ითვალისწინებენ, რომ გამყიდველმა უნდა გადასცეს პაციენტის მონაცემები (პაციენტის საქმე) დაინტერესებული პაციენტების თანხმობის გარეშე. მყარად დამკვიდრებული სასამართლო პრაქტიკის მიხედვით⁴⁶, ასეთი შეთანხმებები არღვევს პაციენტის უფლებას ინფორმაციული თვითგამორკვევისა და სამედიცინო კონფიდენციალურობის შესახებ (გერმანიის კონსტიტუციის მე-2 მუხლის 1-ელი აბზაცი, სისხლის სამართლის კოდექსის 203-ე მუხლი). თუ, კაბინეტის ნასყიდობის ხელშეკრულებაში საჭიროების შესაბამისად არის შეთანხმებული, რომ პაციენტის მონაცემები შეიძლება გადაეცეს მხოლოდ პაციენტის თანხმობით, მონაცემთა დაცვის კანონის და თვითგამორკვევის უფლება მოითხოვს, რომ პაციენტის მონაცემები ინახებოდეს უსაფრთხოდ, სანამ თანხმობა არ არის მიცემული.⁴⁷

⁴⁶ BGH, Urteil vom 11. Dezember 1991 - VIII ZR 4/91 - BGHZ 116, 268; BGH, Urteil vom 11. Oktober 1995 - VIII ZR 25/94 - NJW 1996, 773.

⁴⁷ შდრ. მაგ.: LG Kiel, Urteil vom 27. Juni 2014 - 5 O 64/14 - juris.

თუმცა, პაციენტის ბაზის (იზოლირებული) გადაცემა უნდა განვარჩიოთ ასეთი კაბინეტის ყიდვისგან. მარტივად რომ ვთქვათ, ის მიზნად ისახავს „საკუთარი“ პაციენტების მიყვანას სხვა ექიმთან კაბინეტის გასხვისების გარეშე. ზემოაღნიშნული პროფესიული კოდექსის მიხედვით, ეს ნებისმიერ შემთხვევაში დაუშვებელია და შესაძლოა დასჯადიც კი იყოს სისხლის სამართლის კოდექსის 299a, 299b მუხლებით, თუ არსებობს პაციენტებით ფასიანი „ვაჭრობა“. ზემოაღნიშნული დათქმებიდან გამომდინარე, უზენაეს ფედერალურ სასამართლოს უნდა გადაწყვიტოს, პაციენტების დაუშვებელი სასყიდლიანი „გადამისამართება“ ან „მიყვანა“ (სისხლის სამართლის კოდექსის 299a, 299b მუხლები) შეიძლება თუ არა გამოიხატოს იმაში, როდესაც გადამამისამართებელმა სტომატოლოგმა მის პაციენტებს უზიდავს გაეგრძელებინა მკურნალობა მყიდველთან, კერძოდ, მოაწყოს ზარების გადამისამართების შესაძლებლობა და სხვა სტომატოლოგს გაუწიოს პირდაპირი რეკომენდაცია.

3. უზენაესმა ფედერალურმა სასამართლომ დადებითად უპასუხა ამ კითხვას და არსებითად დაასაბუთა შემდეგნაირად:

პროფესიული კოდექსის მე-8 მუხლის მე-5 პუნქტში საკითხი ეხება აკრძალვის დათქმას გსკ-ის 134 მუხლის მნიშვნელობით.⁴⁸ მისი მიზანია, რომ ექიმმა გადაწყვეტილების მიღებისას, რომელ ექიმთან გადაამისამართოს პაციენტი, თავიდანვე არ აიღოს ვალდებულება ანაზღაურების სანაცვლოდ. პირიქით, უზრუნველყოფილი უნდა იყოს, რომ ასეთი გადაწყვეტილება მიიღება მხოლოდ პაციენტის ინტერესებიდან გამომდინარე სამედიცინო მოსაზრებების საფუძველზე.⁴⁹ „გადამისამართებაში“ ან

⁴⁸ ასევე: BGH, Urteil vom 22. Januar 1986 - VIII ZR 10/85 - NJW 1986, 2360.

⁴⁹ შდრ. BGH, Urteil vom 22. Januar 1986 - VIII ZR 10/85 - NJW 1986, 2360.

„მიყვანაში“ პროფესიული კოდექსის მე-8 მუხლის მე-5 პუნქტის მნიშვნელობით სისხლის სამართლის კოდექსის 299a, 299b მუხლების მნიშვნელობით, იგულისხმება ნებისმიერი ზეგავლენა პაციენტზე იმ განზრახვით, რომ მის თავისუფალ არჩევანზე ექიმები ან სხვა მომსახურების მიმწოდებლები ზემოქმედებას მოახდენენ.⁵⁰ ამიტომ გადამწყვეტი ფაქტორი არ არის მოქმედების მოდალობა, ანუ ფორმა, რომლითაც ხდება ზემოქმედება პაციენტზე, არამედ განზრახვა, რომლითაც ეს კეთდება. ეს ასევე ეხება იმ შემთხვევას, როდესაც მკურნალი ექიმი გადამისამართებას (რეკომენდაციას) აკეთებს მისი კაბინეტისთვის დასახულ ამოცანასთან კავშირში.

ასეთი დაუშვებელი გადამისამართება (რეკომენდაცია) მდგომარეობს იმაში, რომ სტომატოლოგი, რომელიც წყვეტს თავის საქმიანობას, იღებს ვალდებულებას, ანაზღაურების სანაცვლოდ, ზეგავლენა მოახდინოს თავის პაციენტებზე, რათა უბიძგოს, რომ მათ გააგრძელონ მკურნალობა სხვა, კონკრეტულ სტომატოლოგთან. ეს შეიძლება მოხდეს აქ ზარების მუდმივი გადამისამართების მოწყობილობის დაყენებით, ზარების ვებსაიტის გადამისამართებით და ამასთან, შეთანხმებული ცირკულარულით. მოცემულ შემთხვევაში პაციენტებს პირდაპირ ურჩევენ, რომ მკურნალობა გააგრძელონ მყიდველთან. ამ „სარეკლამო ღონისძიებების“ ეფექტი ძლიერდება პაციენტის საქმეების დამატებით შეთანხმებული გადაცემით.

**III. მნიშვნელოვანი განვითარებები
ფედერალური ადმინისტრაციული
სასამართლოს პრეცედენტულ
სამართალში:**

2021 წლის საანგარიშო პერიოდის დაწყებამდე ცოტა ხნით ადრე, ფედერალური ადმინისტრაციული სასამართლოს ქვემოთ მოყვანილი გადაწყვეტილება ეხებოდა პრეიმპლანტაციის გენეტიკური ტესტების (PGT, Preimplantation Genetic Testing) საკითხს.

**BVerwG, Urteil vom 5. November 2020 - 3 C
12/19 - BVerwGE 170, 273**

სახელმძღვანელო წინადადება:

1. ეთიკის კომიტეტებს პრეიმპლანტაციის დიაგნოსტიკისთვის არ აქვთ შეფასების არეალი მძიმე მემკვიდრეობითი დაავადების მაღალი რისკის პირობების არსებობის შემთხვევაში ემბრიონის დაცვის შესახებ კანონის 3a III 1 №2 მუხლის, II 1 წინადადებასთან ერთობლიობის მიხედვით.

2. არსებობს თუ არა მძიმე მემკვიდრეობითი დაავადების მაღალი რისკის წინაპირობები ემბრიონის დაცვის შესახებ კანონის 3a III 1 №2 მუხლის, II 1 წინადადებასთან ერთობლიობის მიხედვით, ყოველ ცალკეულ შემთხვევაში განსაკუთრებულად უნდა შეფასდეს. მემკვიდრეობითი დაავადება განსაკუთრებით მძიმეა, თუ დაავადება მნიშვნელოვნად განსხვავდება სხვა მემკვიდრეობითი დაავადებებისგან სიცოცხლის დაბალი ხანგრძლივობის ან კლინიკური სურათის სიმძიმისა და გართულებული განკურნებადობის გამო.

3. თუ კითხვის ნიშნის ქვეშ დგას, უნდა მოხდეს თუ არა მემკვიდრეობითი დაავადების

⁵⁰ შდრ. BGH, Urteil vom 26. April 2018 - I ZR 121/17 - GRUR 2018, 1271.

კლასიფიცირება როგორც მძიმე, იმის გამო, რომ სულ მცირე ერთ-ერთი მშობლის გენეტიკური დისპოზიციის მიხედვით მოსალოდნელი დაავადების გამოსატვა შთამომავლობაშიც მოსალოდნელია, მხედველობაში უნდა იქნეს მიღებული გენეტიკურ დისპოზიციასთან ერთად დაინტერესებული ქალის, ისევე როგორც წყვილის სხვა პრობლემებიც.

ფაქტები:

მოსარჩელემ მიმართა პრეიმპლანტაციის დიაგნოსტიკაზე უფლებამოსილ ბავარიის ეთიკის კომიტეტს (შემდგომში: ეთიკის კომიტეტი), პრეიმპლანტაციის დიაგნოსტიკის (შემდგომში: PGD) ჩატარებაზე თანხმობისთვის. განცხადებას თან დაურთო რამდენიმე სამედიცინო ჩვენება, მათ შორის ადამიანის გენეტიკური კონსულტაციის შეჯამება. აღნიშნულიდან გამომდინარეობდა, რომ მიოტონური დისტროფია ტიპი 1 დადასტურდა მოლეკულური გენეტიკით მოსარჩელის პარტნიორში. მის პარტნიორს, ისევე, როგორც მისი პარტნიორის უფროს დასა და მამას, აღნიშნებოდათ კუნთების მნიშვნელოვანი სისუსტე და მიოტონური დისტროფიის სხვა სიმპტომები. მოსარჩელის ორსულობის შემთხვევაში, 50 პროცენტის ალბათობა იყო იმის, რომ გამოვლენილიყო პირველი ტიპის მიოტონური დისტროფია.

სამართლებრივი საკითხები:

სამართლებრივ დავაში ცენტრალური საკითხი ეხებოდა იმას, დაადასტურა თუ არა მოსარჩელემ, რომ ბავშვს ჰქონდა სერიოზული მემკვიდრეობითი დაავადების განვითარების მაღალი რისკი, ემბრიონის დაცვის შესახებ კანონის 3a III 1 №2 მუხლის, II 1 წინადადებასთან ერთობლიობის მიხედვით.

გადაწყვეტილება დეტალურად:

1. გადაწყვეტილების განხილვამდე წარმოდგენილი უნდა იყოს გერმანიის ემბრიონის დაცვის შესახებ კანონში (<https://www.gesetze-im-internet.de/eschg/ESchG.pdf>) PGD-ს რეგულაციების ძირითადი მახასიათებლები.

ემბრიონის დაცვის შესახებ კანონის არსებითი მიზანია, თავიდან აიცილოს ინვიტრო განაყოფიერების (IVF) ტექნიკის არასათანადო გამოყენება ადამიანის ემბრიონის ჩასახვისთვის და დაიცვას ადამიანის ემბრიონები სხვების სასარგებლოდ გამოყენებისგან. უზენაესმა ფედერალურმა სასამართლომ 2010 წელს მიიღო გადაწყვეტილება იმის შესახებ, რომ ემბრიონის დაცვის შესახებ კანონის იმდროინდელი მოქმედი ვერსია არ კრძალავდა ექსტრაკორპორაციული განაყოფიერების შემდგომ პრეიმპლანტაციის დიაგნოსტიკას ბლასტოციტის ბიოფსიის გამოყენებით და ამოღებული პლურიპოტენტური ტროფობლასტური უჯრედების შემდგომ გამოკვლევას მძიმე გენეტიკური დაზიანების დადგენის მიზნით.⁵¹ საკამათო იურიდიულ-პოლიტიკური და იურიდიულ-ეთიკური დისკუსიების შემდეგ, 2011 წელს მიღებულ იქნა პრეიმპლანტაციის დიაგნოსტიკის შესახებ კანონი (PräimpG), რომლის მეშვეობითაც ემბრიონის დაცვის შესახებ კანონში დამატებული იქნა შემდეგი რეგულაცია:

„§ 3a პრეიმპლანტაციური დიაგნოსტიკა;

(1) ნებისმიერი პირი, რომელიც გენეტიკურად შეისწავლის ემბრიონის უჯრედებს ინვიტრო განაყოფიერებისას მის საშვილოსნოში გადატანამდე (პრეიმპლანტაციური დიაგნოსტიკა);

⁵¹ BGH, Urteil vom 6. Juli 2010 - 5 StR 386/09 - BGHSt 55, 206.

კა), ისჯება თავისუფლების აღკვეთით ერთ წლამდე ან ჯარიმით.

(2) თუ იმ ქალის, რომელშიც კვერცხუჯრედი იქმნება ან მამაკაცის, რომელშიც სპერმის უჯრედი წარმოიშობა, ან ორივე მათგანის გენეტიკური დისპოზიციის საფუძველზე, არსებობს მძიმე მემკვიდრეობითი დაავადების მაღალი რისკი მათი შთამომავლებისთვის, ის პირი, რომელიც ორსულობის წარმოშობისთვის ქალის წერილობითი თანხმობით, რომელშიც კვერცხუჯრედი იქმნება, ზოგადად აღიარებული სამედიცინო მეცნიერებისა და ტექნოლოგიის მდგომარეობის გათვალისწინებით, ემბრიონის უჯრედებს იყენებს ინვიტრო განაყოფიერებისას მის საშვილოსნოში გადატანამდე, გენეტიკური დაავადების საფრთხის დასადგენად, არ მოქმედებს უკანონოდ. იმ პირის ქმედება, რომელიც პრეიმპლანტაციის გენეტიკურ დიაგნოზს ატარებს იმ ქალის წერილობითი თანხმობით, ვისთანაც კვერცხუჯრედი წარმოიშობა, ემბრიონის მძიმე დაზიანების დასადგენად, რომელიც მაღალი ალბათობით სიკვდილს ან აბორტს გამოიწვევს, ასევე არ არის უკანონო.

(3) პრეიმპლანტაციის გენეტიკური დიაგნოზი მე-2 აბზაცის მიხედვით დასაშვებია მხოლოდ

1. მას შემდეგ, რაც ქალის მიერ ნასურვები ემბრიონების უჯრედების გენეტიკური გამოკვლევის სამედიცინო, ფსიქოლოგიური და სოციალური შედეგების შესახებ ინფორმაციის მიწოდება და კონსულტაციის განევა მოხდება, რომლის დროსაც განმარტება ხდება თანხმობის მიღებამდე,
2. მას შემდეგ, რაც პრეიმპლანტაციის გენეტიკური დიაგნოზის დამტკიცებულ ცენტრებში ინტერდისციპლინარული ეთიკის კომიტეტი შეისწავლის მე-2 პუნქტის მოთხოვნების შესრულებას და თანხმობას გასცემს.

3. კვალიფიციური ექიმის მიერ პრეიმპლანტაციის გენეტიკური დიაგნოზისთვის დამტკიცებულ ცენტრებში, რომლებსაც აქვთ დიაგნოსტიკური, სამედიცინო და ტექნიკური საშუალებები, რომლებიც აუცილებელია პრეიმპლანტაციის გენეტიკური დიაგნოზის ღონისძიებების განსახორციელებლად. პრეიმპლანტაციის გენეტიკური დიაგნოზის კონტექსტში განხორციელებულ ზომებს, მათ შორის ეთიკის კომიტეტების მიერ უარყოფილ შემთხვევებს, უფლებამოსილი ცენტრები ცენტრალურ ოფისში ანონიმურ ფორმებში ატყობინებენ და ახდენენ დოკუმენტირებას. ფედერალური მთავრობა ფედერალურ საბჭოსთან ერთად განსაზღვრავს დეტალებს

1....

2. ... პრეიმპლანტაციის გენეტიკური დიაგნოზის ეთიკის კომიტეტების შექმნის, შემადგენლობის, პროცედურისა და დაფინანსების შესახებ, ...

(5) არცერთი ექიმი არ არის ვალდებული განახორციელოს ან მონაწილეობა მიიღოს მე-2 პუნქტით გათვალისწინებულ ნებისმიერ ღონისძიებაში. უმოქმედობა უარყოფითად არ იმოქმედებს დაინტერესებულ პირზე.

(6) ყოველ ოთხ წელიწადში ფედერალური მთავრობა ადგენს ანგარიშს პრეიმპლანტაციის გენეტიკური დიაგნოზით მიღებული გამოცდილების შესახებ....

ეთიკის კომიტეტების შემადგენლობის შესახებ დამატებითი დეტალები რეგულირდება პრეიმპლანტაციის გენეტიკური დიაგნოზის დადგენილების (PIDV) მე-4 მუხლში (<https://www.gesetze-im-internet.de/pidv>). უფლებამოსილმა ეთიკის კომიტეტმა უნდა შეაფასოს განაცხადი PGD- ის ჩატარებაზე შესახებ

ზემოაღნიშნული დადგენილების მე-4 მუხლის მე-4 პუნქტის საფუძველზე, ამასთან, თანხმობა უნდა გასცეს, თუ ის კონკრეტული ინდივიდუალური საქმის შესაბამისი ფსიქოლოგიური, სოციალური და ეთიკური ასპექტების გათვალისწინებით მივა დასკვნამდე, რომ ემბრიონის დაცვის შესახებ კანონის 3 II მუხლში დასახელებული წინაპირობები სრულდება. ის გადაწყვეტილებას იღებს ხმის უფლების მქონე პირთა ორი მესამედის უმრავლესობით.

2020 წლის 5 ნოემბრის ფედერალური ადმინისტრაციული სასამართლოს გადაწყვეტილება ძალიან მოცულობითია და ასევე შეიცავს საკონსტიტუციო საკითხის სიღრმისეულ განმარტებებს. არსებული შეჯამება შემოიფარგლება რამდენიმე ძირითადი საკითხით არსებითი სამართლებრივი მდგომარეობის შესახებ, ანუ ის არ ფარავს კონსტიტუციურ პრობლემებს ან სასამართლო შემონმების ინტენსივობის ასპექტებს (შდრ. სახელმძღვანელო წინადადება 1).

3. ფედერალური ადმინისტრაციული სასამართლო განმარტავს, რომ მემკვიდრეობითი დაავადებების კონცეფცია ემბრიონის დაცვის შესახებ კანონის მე-3 მუხლის მე-2 აბზაცის მნიშვნელობით მიმართულია გენეტიკური დიაგნოსტიკის ზოგადად აღიარებული მდგომარეობისკენ, კერძოდ, მოიცავს მონოგენურ დაავადებებს.⁵² ქვედა ინსტანციის სასამართლოს მიერ მიღებული პოზიციის საწინააღმდეგოდ, ის არ შეიძლება ჩაითვალოს სქესის შერჩევად, რომელიც აკრძალულია ემბრიონის დაცვის შესახებ კანონის მე-3 მუხლით. დიუშენის ტიპის კუნთოვანი დისტროფიის კლასიფიკაციიდან, როგორც სქესთან შეჭიდული სერიოზული მემკვიდრეობითი დაავადებიდან, არ გამომდინარეობს ასევე ის, რომ დიუშენის ტიპის კუნთოვანი

დისტროფიის სიმძიმე მემკვიდრეობითი დაავადების სიმძიმის შეფასების მასშტაბს წარმოადგენს ემბრიონის დაცვის შესახებ კანონის 3 II 1 მუხლის მნიშვნელობით:

ემბრიონის დაცვის შესახებ კანონის მე-3 მუხლის თანახმად, ის პირი, ვინც იღებს ადამიანის კვერცხის უჯრედის ხელოვნურად განაყოფიერების ვალდებულებას სპერმის უჯრედით, რომელიც შეირჩა მასში შემავალი სქესის ქრომოსომის მიხედვით, ისჯება ერთი წლით თავისუფლების აღკვეთით ან ჯარიმით (1-ლი წინადადება). თუმცა, ეს არ ვრცელდება იმ შემთხვევაში, თუ ექიმის მიერ სპერმის უჯრედის შერჩევა ემსახურება ბავშვის დაცვას დიუშენის ტიპის კუნთოვანი დისტროფიისგან ან ანალოგიურად სერიოზული სქესთან შეჭიდული მემკვიდრეობითი დაავადებისგან, როდესაც ბავშვისთვის სარისკო დაავადება მინის კანონის მიხედვით უფლებამოსილი ორგანოს მიერ აღიარებულია, როგორც შესაბამისად მძიმე (მე-2 წინადადება). ემბრიონის დაცვის შესახებ კანონის მე-3 მუხლში მოხსენიებული ტერმინი "მძიმე" ეხება მხოლოდ სქესთან შეჭიდულ გენეტიკურ დაავადებებს. ამის საპირისპიროდ, ემბრიონის დაცვის შესახებ კანონის 3 II 1 მუხლი მოიცავს ყველა მემკვიდრეობით დაავადებას.

4. ემბრიონის დაცვის შესახებ კანონის მე-3 მუხლის მე-2 აბზაცში კონკრეტულად დასახელებული დაავადების, როგორც მემკვიდრეობითი დაავადების სიმძიმის ხარისხის განსაზღვრის შეფასების მასშტაბის, ემბრიონის დაცვის შესახებ კანონის 3 II 1 მუხლის გადატანის წინააღმდეგ მეტყველებს ამ ორი დებულების განსხვავებული მარეგულირებელი მიზანი. ემბრიონის დაცვის შესახებ კანონის მე-3 მუხლი არეგულირებს სქესის მიხედვით ხელოვნური განაყოფიერების სპერმის უჯრედის არჩევის აკრძალვას. მომავალი ბავშვის სქესის მიზანმიმართული განსაზღვრა პრინციპულად დაუშვებელია. ემბრიონის დაცვის შესახებ კანონის მე-3a

⁵² შდრ. დასაბუთება პრეიმპლანტაციის გენეტიკური დიაგნოზის რეგულირების შესახებ კანონის პროექტში, BT Drs. 17/5451 გვ. 8.

მუხლს აქვს განსხვავებული დაცვისა და მონე-სრიგების მიზანი. იგი ემსახურება პრეიმპლან-ტაციის გენეტიკური დიაგნოზის სამედიცინო პროცედურის შეზღუდული გამოყენების სამა-რთლებრივი საფუძვლის შექმნის მიზანს. გამო-ნაკლის შემთხვევებში უნდა დაიშვას ემბრიონის ინვიტრო უჯრედების გენეტიკური გამოკვ-ლევა, რათა გამოვლინდეს განსაკუთრებით მძიმე მემკვიდრეობითი დაავადებები და ქრო-მოსომული ანომალიები და, საჭიროების შემთ-ხვევაში, ემბრიონის იმპლანტაციის გარეშე, ბა-ვშვისთვის დაავადების შემდგომი გადაცემის თავიდან ასაცილებლად.⁵³

პრეიმპლანტაციის გენეტიკური დიაგნოზის ფუნდამენტური აკრძალვა მიზნად ისახავს ემბ-რიონების დაცვას ინვიტრო მეთოდის ბორო-ტად გამოყენებისგან და მოითხოვს სამედიცი-ნო და ეთიკური პრობლემების გათვალისწინე-ბას დიაგნოსტიკის გამოყენებასთან დაკავში-რებით. მეორე მხრივ, პრეიმპლანტაციის გენე-ტიკური დიაგნოზის შეზღუდული დაშვებით ემ-ბრიონის დაცვის შესახებ კანონის 3 II 1 მუხლი მიზნად ისახავს ქალების, ისევე, როგორც, წყ-ვილების დაცვას, რომელთაც სურთ შვილები დაცულები იყვნენ მძიმე ფიზიკური და გონებ-რივი პრობლემებისგან, რაც შეიძლება წარმოი-შვას, რადგან ერთი ან ორივე მშობლის შემთხ-ვევაში გენეტიკური დისპოზიცია მძიმე დაავა-დებებზე მიუთითებს და არსებობს მაღალი რი-სკი, რომ ეს დაავადება მათ შვილს გადაეცე-მა.⁵⁴

5. მძიმე მემკვიდრეობითი დაავადების მაღა-ლი რისკის პირობების არსებობა უნდა გადანყ-დეს ემბრიონის დაცვის შესახებ კანონის 3a III 1 №2 მუხლის, II 1 წინადადებასთან ერთობლი-

ობით თითოეულ ინდივიდუალურ შემთხვევაში. ემბრიონის დაცვის შესახებ კანონის 3a II 1 მუ-ხლით დარეგულირებული რეიმპლანტაციის გე-ნეტიკური დიაგნოზის ფუნდამენტური აკრძა-ლვის მეორე გამონაკლისთან ერთად ერთობ-ლიობაში აჩვენებს, რომ ემბრიონის დაცვის შე-სახებ კანონის 3a II 1 მუხლი არ არის მხოლოდ იმ დაავადებებით შემოფარგლული, რომლებ-მაც შეიძლება გამოიწვიოს სიკვდილი ან ორსუ-ლობის შეწყვეტა.

მემკვიდრეობითი დაავადების სიმძიმის შე-ფასებისას გადამწყვეტია, პირველ რიგში, კონ-კრეტულ ინდივიდუალურ შემთხვევაში, ერთი ან ორივე მშობლის გენეტიკური დისპოზიციის მიხედვით, ყველა იმ მოსალოდნელი დაავადე-ბის გამოხატულება, რომლებიც შეიძლება გა-მოვლინდეს შთამომავლობაში. ემბრიონის დაც-ვის შესახებ კანონის 3 II 1 მუხლის სიტყვასიტ-ყვით მნიშვნელობიდან გამომდინარე, ბავშვის შესაძლო მემკვიდრეობითი დაავადება არის გა-დამწყვეტი კრიტერიუმი სიმძიმის ხარისხის შე-ფასებისთვის. საჭიროა სამედიცინო მითითება, საიდანაც გამომდინარეობს, რომ დაავადებამ შეიძლება გამოიწვიოს ჯანმრთელობის სერიო-ზული დარღვევები შთამომავლობაში. მოსალო-დნელი დაავადების მანიფესტაციის სიმძიმის შეფასების საფუძველია დაავადებასთან დაკავ-შირებული ყველა ფაქტორი, როგორებიცაა კლინიკური სურათის კონკრეტული ტიპი და სიმძიმე, დაავადების სიმპტომების გამოვლინე-ბის დრო (ბავშვობა/მოზარდობა/ზრდასრულო-ბა), დაავადების მიმდინარეობა, დაავადების მკურნალობა და სიცოცხლის საშუალო ხანგრ-ძლივობა.

6. თუ საეჭვო რჩება, არის თუ არა მემკვიდ-რეობითი დაავადება საკმარისად მძიმე პრეიმპ-ლანტაციის გენეტიკური დიაგნოზის შესახებ განცხადების გასამართლებლად, დამატებით გათვალისწინებული უნდა იყოს გენეტიკურ

⁵³ შდრ. დასაბუთება პრეიმპლანტაციის გენეტიკური დიაგნოზის რეგულირების შესახებ კანონის პროექტში, BT Drs. 17/5451 გვ. 2 და შემდეგები.

⁵⁴ BT-Drs. 17/5451 S. 2, 7.

დისპოზიციასთან დაკავშირებული სხვა ფაქტორები.

როგორც ნაჩვენებია, პრეიმპლანტაციის გენეტიკური დიაგნოზის შეზღუდული ავტორიზაციის ერთ-ერთი მარეგულირებელი მიზანია მძიმე სტრესის თავიდან აცილება, უპირველესად დაინტერესებული ქალებისთვის, ასევე მთლიანად წყვილებისთვის ან ოჯახებისთვის. პრეიმპლანტაციის გენეტიკური დიაგნოზის კანონის მიმღები კანონმდებელი ითვალისწინებდა ყველა კონფლიქტურ მდგომარეობას წყვილებისა, რომლებსაც აქვთ გენეტიკური დისპოზიციით მძიმე მემკვიდრეობითი დაავადების მიმართ მიდრეკილება, რომელთაც უკვე ჰყავთ მძიმედ დაავადებული ან შესაძლოა უკვე გარდაცვლილი შვილი, ან როდესაც ქალმა უკვე გაიკეთა აბორტი პრენატალური დიაგნოსტიკისა და სამედიცინო კონსულტაციის შემდეგ სისხლის სამართლის კოდექსის 218ა მუხლის მეორე აბზაცის მიხედვით.⁵⁵ ეს მიუთითებს იმაზე, რომ ეს ფაქტორები უნდა გათვალისწინებული იყოს ემბრიონის დაცვის შესახებ კანონის მე-3 მუხლის მე-2 აბზაცის პირველ წინადადებაში მოხსენიებული კრიტერიუმის „მძიმე-ს“, შემონახვისას. იგივე ეხება წყვილის მსგავს მძიმე ტვირთს, რომლებიც დაკავშირებულია გენეტიკურ დისპოზიციასთან, მაგალითად, ის ფაქტი, რომ ერთი მშობელი თავად ავად არის.

7. ქვედა ინსტანციის სასამართლომ სწორად ივარაუდა, რომ ემბრიონის დაცვის შესახებ კანონის 3 II 1 მუხლით მოთხოვნილი „მაღალი რისკი“, მონოგენური მემკვიდრეობითი დაავადებების შემთხვევაში შეიძლება დადასტურდეს, თუ შთამომავლობასთან მიმართებით დაავადების ალბათობა 25-დან 50 პროცენტამდეა (და მეტი). ამ განმარტებას მხარს უჭერს (როგორც

დეტალურად არის განმარტებული) საკანონმდებლო დათქმები.

თუმცა, 25 პროცენტისანი დადგომის ალბათობის მოთხოვნა არ უნდა იქნას გაგებული, როგორც ხისტი ქვედა ზღვარი. გარკვეულ გენეტიკურ კონსტელაციებში, როგორცაა დაბალანსებული ტრანსლოკაციები, ბავშვის დაავადების ალბათობა რთულია პროცენტულად გამოითვალოს. როგორც განმარტებითი ბარათიდან ხდება ნათელი, საჭიროებისას, სერიოზული მემკვიდრეობითი დაავადების რისკის შემთხვევაში, რომლის პროცენტული მონაცემი 25 % ზე დაბალია, მაინც შეიძლება შესრულდეს ემბრიონის დაცვის შესახებ კანონის 3 II 1 მუხლის მოთხოვნები. ასეთ შემთხვევაში, რისკი „მაღალია“, თუ ის მოსახლეობის ჩვეულებრივი რისკიდან მნიშვნელოვნად არის გადახრილი.

8. შესაბამისად, მოსარჩელეს ემბრიონის დაცვის შესახებ კანონის 3 III 1 №2 მუხლისა და პრეიმპლანტაციის გენეტიკური დიაგნოზის კანონის 6 IV 1 მუხლის საფუძველზე, უფლება აქვს მოითხოვოს, რომ ეთიკის კომიტეტმა მის განცხადებაზე პრეიმპლანტაციის გენეტიკურ დიაგნოზთან დაკავშირებით დადებითად უპასუხოს. სააპელაციო სასამართლოს დასკვნების თანახმად, მოსარჩელის პარტნიორის გენეტიკური დისპოზიციის მიხედვით არსებობს 50 პროცენტისანი ალბათობა და, შესაბამისად, მაღალი რისკი იმისა, რომ მის შთამომავლობას გადაეცემა მიოტონური დისტროფიის პირველი ტიპის კლასიკური ფორმა. მოცემული შემთხვევის გარემოებების გათვალისწინებით, დაავადება ასევე აკმაყოფილებს მის კლასიფიკაციას, როგორც მძიმე. ეს არის მრავალსისტემური დაავადება, რომელმაც, ჩონჩხის კუნთების გარდა, ასევე შეიძლება გავლენა იქონიოს გლუვი კუნთებზე, თვალებზე, გულზე, ჰორმონალურ ბალანსზე და ცენტრალურ ნერვულ სისტემაზე (დეტალურად აიხსნება ქვემოთ). დაავადება პროგრესულად ვითარდება და იწვევს ჯანმრ-

⁵⁵ შდრ. დასაბუთება პრეიმპლანტაციის გენეტიკური დიაგნოზის რეგულირების შესახებ კანონის პროექტში, BT Drs. 17/5451 გვ. 2, 7.

თელობის მნიშვნელოვან შეზღუდვებს და აზიანებს დაავადებულთა ცხოვრების წესს. მათ ასევე აქვთ სიცოცხლის დაბალი ხანგრძლივობა.

შეიძლება თუ არა ასეთი მოსალოდნელი დაავადების საფუძველზე, მოსარჩელის პარტნიორის შთამომავლებში სერიოზული მემკვიდრეობითი დაავადების გამოვლენა ვივარაუდოთ, არ საჭიროებს საბოლოო გადაწყვეტას. წინაპირობები ნებისმიერ შემთხვევაში შესრულდა, რადგან მოსარჩელის პარტნიორი უკვე ავლენს დაავადების ამკარა სიმპტომებს.

9. ამასთან, აღსანიშნავია, რომ ფედერალურმა ადმინისტრაციულმა სასამართლომ 2020 წლის 2 დეკემბრის გადაწყვეტილებაში⁵⁶ ინვიტროთი ჩასახული ემბრიონის მურალური ტროფექტოდერმების უჯრედებით გამოკვლევა ქრომოსომების არასწორ განაწილებაზე (Chromosomen-Screening) დააკვალიფიცირა როგორც პრეიმპლანტაციის გენეტიკური დიაგნოსტიკა ემბრიონის დაცვის შესახებ კანონის 3 III 1 მუხლის გაგებით.

IV. სასამართლოს სხვა გადაწყვეტილებები:

დაბოლოს, უნდა განვიხილოთ სხვა სასამართლოების ზოგიერთი გადაწყვეტილება.

1. OLG Koblenz, Urteil vom 17. März 2021 - 5 U 1651/19 - juris

სახელმძღვანელო წინადადება:

1. სამედიცინო მანიპულაციის ხასიათისა და მასშტაბის შესახებ სათანადო ინფორმაციის მისაღებად საკმარისი არ არის ინფორმაციის

⁵⁶ 3 C 6/19 - BVerwGE 170, 391.

მინოდება მხოლოდ ოპერაციის რეალური მიზნის შესახებ (აქ: თირკმელზედა ჯირკვლისა და ლიმფური კვანძების მეტასტაზების ამოკვეთა), თუ ერთ-ერთი ძირითადი არტერიის ამოკვეთა და ლიგაცია არა მხოლოდ უმნიშვნელო შუალედური ნაბიჯია, არამედ ოპერაციის სავარაუდო მიმართულება.

2. მაშინაც კი, როდესაც მანიპულაციის რისკი ძალიან მინიმალურია, აუცილებელია პაციენტის ინფორმირება ამის შესახებ, თუ რისკს - პაციენტის სიცოცხლის უკვე ისედაც შეზღუდული ხანგრძლივობის გათვალისწინებით - შეიძლება ჰქონდეს მნიშვნელობა პაციენტის გადაწყვეტილებაზე, დათანხმდეს თუ უარი თქვას მანიპულაციაზე.

3. ტკივილისა და ტანჯვის კომპენსაციის გაანგარიშებისას ის ფაქტი, რომ პაციენტის სიცოცხლის ხარისხი სიცოცხლის დარჩენილი პერიოდის განმავლობაში ოპერაციის შედეგების გამო მნიშვნელოვნად მცირდება, თუნდაც ბოლომდე არ ქრებოდეს, განსაკუთრებული მნიშვნელობა ენიჭება.

ფაქტები (მნიშვნელოვნად შემოკლებული):

პაციენტს 2011 წლიდან მძიმე სიმსივნური დაავადებები ჰქონდა. 2011 წელს ჩატარდა სხდომა სიმსივნის მკურნალობის მომავალი ვარიანტების განსახილველად. შედეგად, რეკომენდებული იქნა ახალი ოპერაცია თირკმელზედა ჯირკვლის მეტასტაზის მოსაშორებლად. სხვადასხვა კონსულტაციისა და ახსნა-განმარტებების შემდეგ პაციენტმა ხელი მოაწერა საინფორმაციო ფურცელს „თირკმელზედა ჯირკვლის ქირურგიულ ჩარევასთან დაკავშირებით“. მასში ხელნაწერით მითითებული იყო დიაგნოზი „თირკმელზედა ჯირკვლის მეტასტაზების ჯაჭვები“ და მანიპულაციის აღწერისას „პარააორტული ლიმფური კვანძების ამოკვეთა“. ამ საინ-

ფორმაციო ფურცელზე რისკების ქვეშ წინასწარ დაბეჭდილი იყო:

„(...) თირკმელზედა ჯირკვლები წარმოადგენენ სისხლით კარგად უზრუნველყოფილ ორგანოებს, რომლებიც მდებარეობენ დიდი სისხლძარღვების მახლობლად; ოპერაციის დროს ან მის შემდეგ ძლიერი სისხლდენის მქონე სისხლძარღვების დაზიანება იშვიათი არ არის (...)“.

შემდგომი რისკები დამატებული იყო პირველი მოპასუხის მიერ. თუმცა ცალკე არ იყო განმარტებული, რომ ოპერაციის დროს შეიძლება საჭირო გამხდარიყო ქვედა მეზენტერიული (მუცლის ერთ-ერთი დიდი არტერია) არტერიის ლიგატაცია (გადაკვანდა). 31.03.2016-ში ჩატარებული მანიპულაციის შესახებ ოპერაციის ანგარიშის თანახმად, საოპერაციო ადგილის გახსნის შემდეგ მჭიდროდ მიხორციელებული და ჩანაწერებული ქსოვილი აღმოაჩინეს. მას შემდეგ, რაც ქვედა მეზენტერიული არტერია ოპერაციის ანგარიშის მიხედვით „ამოაშენეს“, მოპასუხებმა ეს არტერია აორტაზე განყვითეს და გადაკვანდეს. თირკმელზედა ჯირკვლის მეტასტაზები, ისევე, როგორც ლიმფური კვანძები, ამოკვეთეს.

ოპერაციის შემდეგ პაციენტის მდგომარეობა გაუარესდა. სადავო იყო, 31.03.2016-ის ოპერაციის შედეგმა რა მოცულობით იქონია გავლენა ჭრილობის მკურნალობის პრობლემებზე და რა გავლენა მოახდინა სიმსივნურ დაავადებაზე. ოპერაციის შემდეგ დაახლოებით ხუთი თვის შემდეგ, 31.03.2016-ში, პაციენტი გარდაიცვალა.

სამართლებრივი საკითხები:

გადანყვეტილება ყურადღებას ამახვილებს განმარტების ვალდებულებაზე, კერძოდ, ოპერაციის მიმდინარეობისას საჭიროდ გამხდარი

არტერიის ლიგატურობის ან განყვეტის შესახებ, და პაციენტისთვის მორალური ზიანის კომპენსაციის განსაზღვრის საკითხზე, რომელიც ოპერაციიდან დაახლოებით ხუთი თვის შემდეგ გარდაიცვალა და რომელსაც რისკებიც შესახებ სათანადოდ არ აცნობეს.

გადანყვეტილება დეტალურად:

1. შესავლის სახით გადანყვეტილება ეხება საკითხს, აგებენ თუ არა სოლიდარულად პასუხს მკურნალი ექიმები მკურნალობის- და ინფორმაციის მიწოდების ნაკლებობის გამო. ამასთან დაკავშირებით, წინასწარ უნდა აღინიშნოს, რომ ორივე მკურნალი ექიმი ე.წ. კერძო ექიმები (Belegärzte) იყვნენ. გერმანულ სამართალში, კერძო ექიმები (Belegärzte) არ არიან კლინიკის მიერ დასაქმებული ექიმები, მათ უფლება აქვთ „თავიანთ“ პაციენტებს (ე.წ. Belegpatienten) საავადმყოფოში უმკურნალონ ამ მიზნით გათვალისწინებული მომსახურების, მონყობილობებისა და საშუალებების გამოყენებით სრულ ან ნახევარ სტაციონარზე.⁵⁷ თუ იმავე სფეროს კერძო ექიმებმა ერთობლივად ჩატარებული მკურნალობა დააორგანიზეს შრომის დაყოფის საფუძველზე, უმაღლესი რეგიონალური სასამართლოს აზრით, ისინი ერთობლივად აგებენ პასუხს, როგორც სოლიდარული მოვალეები მსგავსად ექიმებისა, რომლებსაც ერთობლივი კაბინეტი აქვთ.⁵⁸ აღნიშნული სოლიდარული პასუხისმგებლობისთვის, კითხ-

⁵⁷ შდრ. დეტალურად §§ 38 ff. Des Bundesmantelvertrag – Ärzte (BMV-Ä) - <https://www.kbv.de/media/sp/BMV-Aerzte.pdf>).

⁵⁸ შდრ. BGH, Urteil vom 8. November 2005 - VI ZR 319/04 - BGHZ 165, 36 ერთობლივი კაბინეტი ე.წ. კერძო ექიმების გაერთიანების სახით, ე.ი. ამხანაგობა, რომლისთვისაც რამდენიმე თვითდასაქმებული [დამოუკიდებელი] ექიმი ერთიანდება, რათა ერთობლივად, როგორც კერძო ექიმებმა (Belegärzte), კლინიკაში იმუშაონ.

ვაზე, თუ რა ტიპის უმოქმედობა და სამედიცინო გადაცდომა ჩაიდინა თითოეულმა მკურნალმა ექიმმა უმნიშვნელოა. ესენი მათ ურთიერთ-შეერაცხებათ.

2. უმაღლესი სამხარეო სასამართლო სამედიცინო შეცდომის არსებობის შესახებ განმარტებებთან დაკავშირებით მიუთითებს (აქ არ არის სიტყვასიტყვით გადმოტანილი), რომ არ მომხდარა სათანადო განმარტების მიცემა გსკ-ის 630e I მუხლის მნიშვნელობით. საჭიროა, ოპერაციის მიზნის მითითების გარდა, დაზუსტებულიყო, მუდმივად უკავშირდებოდა თუ არა ოპერაცია სხეულის ნაწილის ან ორგანოს დაზიანებას და მომავალი ცხოვრების წესთან დაკავშირებული როგორი ტვირთი შეიძლება მოჰყოლოდა შედეგად. მტკიცებულებების მიღების შედეგად, ქვედა მეზენტერიალური არტერიის გადაკვანძვა საკმაოდ მოსალოდნელ გარემოებად მიიჩნევა არსებული მანიპულაციისას.

ამრიგად, საჭირო ინფორმაცია, რომ ოპერაციას შეეძლო გამოეწვია სისხლძარღვების დაზიანება და, შესაბამისად, უფრო დიდი სისხლდენა, არ იყო მონოდებული. ვინაიდან, ფუნდამენტურად განსხვავებულია, როდესაც ოპერაციის დროს, გართულების გამო, უნებლიედ სისხლძარღვების დაზიანება ხდება და როდესაც შეგნებულად ხდება არტერიის განყვეტა და გადაკვანძვა. ასეთი განმარტება უნდა შეიცავდეს ინფორმაციას, რომ ლიგაციამ შეიძლება გამოიწვიოს ნაწლავის იშემია (სისხლის ნაკადის ნაკლებობა) და ნაწლავის ქსოვილის სიკვდილი. მიუხედავად იმისა, რომ ეს რისკი სტატისტიკურად ძალიან დაბალ დიაპაზონშია, პაციენტში აღნიშნული გარემოება სხვა რისკ-ფაქტორებმა გაზარდა. საკითხი, იყო თუ არა კონკრეტული რისკი საბოლოოდ ძალიან დაბალ დიაპაზონში, შეიძლება ღიად დარჩეს. ინფორმაციის მიწოდების საჭიროებისთვის გადამწყვეტი ფაქტორი არ არის მისი იშვიათობის მიუხედავად, კონ-

კრეტულ თერაპიასთან დაკავშირებული რისკის გართულებების პროცენტული მოლოდინი, არამედ არსებითია, რა მნიშვნელობა გააჩნია აღნიშნულს პაციენტისთვის გადაწყვეტილების მიღებისას.⁵⁹

მართალია, ექსპერტის დასკვნის თანახმად, პაციენტის მკურნალობის ერთადერთი ალტერნატივა იყო ოპერაციისგან და, შესაბამისად, კიბოს მძიმე ფორმის დაავადების უკანასკნელი თერაპიული მიდგომისგან თავის შეკავება. თუმცა, უკვე შეზღუდული სიცოცხლის ხანგრძლივობის გათვალისწინებით, საშუალო სტატისტიკურ პაციენტს შეიძლება ჰქონდეს მნიშვნელოვანი პირადი მიზეზები, უარი თქვას მკურნალობაზე მასთან დაკავშირებული მძიმე შედეგების გამო და თავის ბედს მიენდოს.⁶⁰

მოგვიანებით, უმაღლესი სამხარეო სასამართლო განიხილავს, დასთანხმდებოდა თუ არა პაციენტი მანიპულაციას, თუ ის სათანადოდ იქნებოდა ინფორმირებული.⁶¹ ვინაიდან, მოცემულ შემთხვევაში, პაციენტის პირადად დაკითხვა შეუძლებელი იყო, სასამართლომ თავად უნდა განსაზღვროს, ინდივიდუალური საქმის გარემოებების ყოვლისმომცველი შეფასების საფუძველზე, იქნებოდა თუ არა პაციენტი, გასაგები მიზეზებიდან გამომდინარე, გადაწყვეტილების მიღებისას სერიოზულ კონფლიქტში.⁶²

3. საბოლოოდ, უმაღლესმა სამხარეო სასამართლომ განიხილა, თუ როგორ უნდა გამოითვალოს ტკივილისა და ტანჯვის კომპენსაცია

⁵⁹ შდრ. BGH, Urteil vom 07. Februar 1984 - VI ZR 174/82 - BGHZ 90, 103.

⁶⁰ შდრ. BGH, Urteil vom 07. Februar 1984 - VI ZR 174/82 - BGHZ 90, 103.

⁶¹ შდრ. დეტალურად: BGH, Beschluss vom 21. Juni 2022 (VI ZR 310/21 - NJW 2022, 2682, განხილული *Hagenloch*, იხ. ზემოთ, სქ. 1, 2022, II. 4., Rn. 3. f.

⁶² ასევე: BGH, Urteil vom 17. April 2007 - VI ZR 108/06 - NJW 2007, 2771.

მოცემულ სიტუაციაში. ექსპერტის განცხადებების საფუძველზე, ვარაუდობდნენ, რომ პაციენტის მდგომარეობა 06.08.2016 წლამდე გამოწვეული იყო 31.03.2016 წელს ჩატარებული მანიპულაციით. მაგრამ ამის შემდეგ, ჩივილები გამოწვეული იყო მისი ძირითადი ანუ მძიმე სიმსივნური დაავადებით. ამის საფუძველზე, უმაღლესი სამხარეო სასამართლო ასკვნის შემდეგ:

„მოპასუხის მიერ 31.03.2016 წელს უკანონოდ ჩატარებული ოპერაცია და პაციენტის სიცოცხლის უფლების დარღვევისთვის პასუხისმგებლობა, რომლებსაც გადამწყვეტი მნიშვნელობა ენიჭება ტკივილისა და ტანჯვის კომპენსაციის შეფასებისთვის, არ იყო ხანგრძლივად გაგრძელებადი ზიანი, მაგრამ სერიოზულმა, გართულებულმა ოპერაციებმა ცალსახად ზეგავლენა იქონია საავადმყოფოში ხანგრძლივად ყოფნისა და სამკურნალო პროცესის გათვალისწინებით პაციენტის დარჩენილ შეზღუდულ ცხოვრებაზე. ოპერაციის გარეშე, პაციენტს სიცოცხლის მნიშვნელოვნად უკეთესი ხარისხი ექნებოდა 31.03.2016 წლისთვის, როდესაც ის, ექსპერტის დასკვნების მიხედვით, ჯერ კიდევ სიმპტომების გარეშე იყო საავადმყოფოდან პირველი გამოსვლის დროს. ზუსტად მისი კიბოს დაავადების გათვალისწინებით პაციენტს ოპერაციის დროისთვის ხანმოკლე სიცოცხლის ხანგრძლივობა, კერძოდ, დაახლოებით ნახევარი წელი ჰქონდა დარჩენილი, ის ფაქტი, რომ დარჩენილი სიცოცხლის განმავლობაში მისი ცხოვრების ხარისხი მნიშვნელოვნად შემცირდა, თუ საერთოდ არ გაქრა ოპერაციის შედეგების გამო, განსაკუთრებული მნიშვნელობა ენიჭება. ოპერაციიდან გარდაცვალებამდე პაციენტმა საავადმყოფოს გარეთ მხოლოდ 3 კვირა გაატარა. არჩევანი, მისი ძირითადი დაავადების ფონზე თავისი ალტერნატივები თავადვე დაელაგებინა, ადამიანებს დამშვიდობებოდა და ბოლო სურვილები შეესრულებინა, გაუფასურდა და

ტკივილითა და ტანჯვით შეეშალა ხელი. ამიტომ სენატი მიიჩნევს, რომ მორალური ტანჯვის კომპენსაცია 60 000 ევროს ოდენობით შესაბამისი და ასევე საკმარისია.“

2. Thüringer Oberlandesgericht, Urteil vom 23. November 2021 - 7 U 62/21 - juris

სახელმძღვანელო წინადადება:

1. დიაგნოზში შეცდომა წინაპირობად აყენებს, რომ ექიმმა სამედიცინო თვალსაზრისით საჭირო დოკუმენტები საერთოდ არ შეაგროვა, იმისთვის რომ დაავადების სიმპტომების კლასიფიკაციისა და შეფასებისთვის საკმარისი საფუძველი შეექმნა.

2. თუ ობიექტურად არასწორი დიაგნოზი განპირობებულია იმით, რომ ექიმმა საერთოდ არ ჩაატარა სამედიცინო თვალსაზრისით საჭირო გამოკვლევები და, შესაბამისად, ნაადრევად დასვა დიაგნოზი, მისი შემდგომი გარკვევის გარეშე, მაშინ დარღვევის თვალსაზრისით არსებობს დასკვნების შეგროვებაში შეცდომა (Befunderhebungsfehler).

3. იშვიათი და არასპეციფიკური კლინიკური სურათის (აქ: პერთეზის სინდრომი) შეფასებისათვის MRT-ის (მაგნიტური რეზონანსული ტომოგრაფიის) დასკვნის არ ქონა არ წარმოადგენს დასკვნების შეგროვებაში შეცდომას (Befunderhebungsfehler), თუ MRT-ის დიაგნოსტიკა, სხვა ჩატარებული გამოსახულებითი დიაგნოსტიკის გარდა, არ იყო საჭირო გაიდლაინების, ისევე, როგორც მიმდინარე გაიდლაინების, შესაბამისად.

სამართლებრივი საკითხები:

დიაგნოზში შეცდომისა და დასკვნების შეგროვებაში შეცდომის (Befunderhebungsfehler) უკვე განხილული გამიჯვნის გარდა⁶³, გადანყვეტილება ყურადღებას ამახვილებს, თუ რომელი წინაპირობების არსებობისას გვაქვს შეცდომა დიაგნოზში, როდესაც იშვიათი და არა სპეციფიკური კლინიკური სურათით დიაგნოზის დადგენა ვერ ხდება. სამედიცინო თვალსაზრისით, ძალიან ფართოდ არგუმენტირებული გადანყვეტილება აქ ძალიან მოკლედ იქნება წარმოდგენილი.

გადაწყვეტილება დეტალურად:

1. პირველ რიგში, უმაღლესი სამხარეო სასამართლო ეხება გამიჯვნას დიაგნოზირებისას შეცდომასა და დასკვნების ჩატარებაში შეცდომას (Befunderhebungsfehler) შორის და სხვა გარემოებებთან ერთად მიუთითებს შემდეგს:

„უზენაესი ფედერალური სასამართლოს მიხედვით⁶⁴, შეცდომა დასკვნების შეგროვებაში, (Befunderhebungsfehler) დიაგნოზში შეცდომისგან განსხვავებით, არსებობს მაშინ, როდესაც სამედიცინო თვალსაზრისით საჭირო დასკვნების შეგროვება არ მომხდარა, ე.ი. თუ ექიმი არ აგროვებს დასკვნებს, რომლებიც საჭიროა დიაგნოზის დასმისთვის ან გადამოწმებისთვის, კონტროლისთვის ან პირველადი დიაგნოზის შემდგომი დაზუსტებისთვის და შედეგად არასწორი დიაგნოზი რჩება. ამის საპირისპიროდ, არსებობს შეცდომა დიაგნოზში, თუ ექიმი არასწორ ინტერპრეტაციას უკეთებს მიღებულ ან

სხვაგვარად არსებულ დასკვნებს და, შესაბამისად, არ იღებს თერაპიულ ან დიაგნოსტიკურ ზომებს, რაც საჭიროა მისი პროფესიული საქმიანობის სფეროს გადმოსახედიდან. მოკლედ რომ ითქვას: შეცდომა დიაგნოზში გულისხმობს, რომ ექიმმა შეაგროვა სამედიცინო თვალსაზრისით საჭირო დასკვნები, რათა შექმნას საკმარისი საფუძველი დაავადების სიმპტომების კლასიფიკაციისა და შეფასებისთვის. თუმცა, თუ ობიექტურად არასწორი დიაგნოზი განპირობებულია იმით, რომ ექიმმა სამედიცინო თვალსაზრისით საჭირო გამოკვლევები არ ჩაატარა და, შესაბამისად, ნაადრევად დაუსვა დიაგნოზი, შემდგომი გარკვევის გარეშე, მაშინ ბრალეულობის საკითხის მიხედვით არის შეცდომა დასკვნების შეგროვებაში (Befunderhebungsfehler). თუ მკურნალი ექიმი ობიექტურად არასწორ დიაგნოზს სვამს და ეს ემყარება იმ ფაქტს, რომ მან ვერ შეაგროვა აუცილებელი დასკვნები ან დიაგნოზის დადგენამდე, ან დიაგნოზისთვის აუცილებელი გადამოწმებისთვის, მკურნალი ექიმი შეიძლება იყოს პასუხისმგებელი ობიექტურად არასწორი დიაგნოზისთვის, რეალური დაავადების არასწორი მკურნალობისა და მისი შედეგებისთვის, რომელიც გამოწვეულია საჭირო დასკვნების შეუგროვებლობით.⁶⁵

ექიმის ქცევა უნდა შეფასდეს შესაბამისი დარგის სამედიცინო სტანდარტების მიხედვით. ეს გვანვდის ინფორმაციას იმის შესახებ, თუ რა ქცევა შეიძლება იყოს მოსალოდნელი კეთილსინდისიერი და ყურადღებიანი ექიმისგან სპეციფიკურ სამკურნალო სიტუაციაში მისი პროფესიული დარგის გადმოსახედიდან მკურნალობის დროს. იგი ფლობს მეცნიერული ცოდნასა და სამედიცინო გამოცდილებას, რომელიც საჭიროა სამედიცინო მკურნალობის მიზ-

⁶³ იხ. მაგალითად, OLG Dresden, Urteil vom 29. März 2022 - 4 U 980/21 - juris, განხილულია: Hagenloech, იხ. ზემოთ, სქ. 1, 2022, III. 3. Rn. 2-4.

⁶⁴ BGH, Urteil vom 26. Januar 2016 - VI ZR 146/14 - MedR 2016, 976; BGH, Urteil vom 02. Juli 2013 - VI ZR 554/12 - MedR 2014, 26.

⁶⁵ შდრ. BGH, Urteil vom 13. Januar 1998 - VI ZR 242/96 - BGHZ 138, 1.

ნის მისაღწევად და გამოცდილებით დადასტურებულია.⁶⁶

2. შემდეგ უმაღლესმა სამხარეო სასამართლომ დეტალურად განმარტა, ექსპერტის განცხადებებზე დაყრდნობით, რომ პერტეზის სინდრომი, რომელიც 6 წლის მოსარჩელეს აღმოაჩინდა, ადრეულ სტადიაზე რთული სადიაგნოსტიკო იყო. სიმპტომები ემთხვეოდა ბევრ დაავადებას, მათ შორის ბარძაყის სახსრის ანთებას (*coxitis fugax*), რასაც თავდაპირველად მოპასუხე საავადმყოფოს ექიმები ვარაუდობდნენ. რევმატული დაავადების დაწყება ძალიან მსგავსია და შეესაბამება ასევე პერტეზის სინდრომის გვერდით მოვლენებს, როგორც ორთოპედიულ დაავადებას. მოკლედ და არსებითად: დასაწყისში, პერტეზის სინდრომი ძალიან არასპეციფიკურია როგორც სიმპტომებით, ასევე ვიზუალური დიაგნოსტიკითაც. თუმცა, თუ რევმატულ დაავადებასა და პერტეზის სინდრომის ერთმანეთისგან საიმედოდ გარჩევა შეუძლებელია, მკურნალმა ექიმმა უნდა გადაწყვიტოს დაავადების რომელი მიზეზი მიაჩნია უფრო სავარაუდოდ და პირველად რომელს უნდა უმკურნალოს. თუ ეს თერაპია საბოლოოდ არ იმუშავებს, მიიღწევა ის წერტილი, როდესაც ექიმს მოუწევს ხელახლა იფიქროს და განიხილოს სხვა დიაგნოზიც.⁶⁷

უმაღლესმა სამხარეო სასამართლომ ასევე უარყო შეცდომის არსებობა დასკვნების შეგროვებაში (*Befunderhebungsfehler*). ძვლის ტკივილის მქონე ბავშვისთვის დიაგნოზის ადრეულ ეტაპებზე არ ჩატარებულა MRT კონტრასტის საშუალებებით. აქ (იგულისხმება: MRT-ის საშუალებით ცოდნის შესაძლო მიღება) ექიმმა

უნდა შეაფასოს ის ფაქტი, რომ კონტრასტით გამოკვლევას შეიძლება ჰქონდეს სერიოზული გვერდითი მოვლენები ღვიძლზე ან ტვინზეც კი, განსაკუთრებით ბავშვებში. ამ რისკის გამო ადრეული MRT-ს ჩატარება ბავშვებში არ იქნა შეტანილი გერმანიის ორთოპედიისა და ორთოპედიული ქირურგიის საზოგადოებისა და ორთოპედ ექიმთა პროფესიული ასოციაციის „პერტეზის სინდრომის“ გაიდლაინში. მამასადაამე, არ არსებობს მოპასუხეების შეცდომა დასკვნების შეგროვებაში (*Befunderhebungsfehler*) იმის გამო, რომ მკურნალობის სანყის ეტაპებზე მათ რენტგენის გამოსახულების და ულტრაბგერითი გამოკვლევის შედეგად მიღებული ცოდნის საფუძველზე დაიწყეს მოსარჩელის მკურნალობა.

3. OLG Bremen, Urteil vom 25. November 2021 - 5 U 63/20 - MedR 2022, 493

სახელმძღვანელო წინადადება:

1. ვინაიდან, გსკ-ის 630e II 1 Nr. 2 მუხლის მიხედვით, ოპერაციის რისკები დროულად უნდა იყოს ახსნილი, რათა პაციენტმა თანხმობის გაცემის შესახებ გადაწყვეტილება მიიღოს საკითხის კარგად გააზრების შემდეგ, თანხმობა, რომელიც ინფორმაციის ფორმაზე ხელმოწერითაა გაცემული კონსულტაციის დასასრულის შემდეგ, ზოგადად, ბათილია, რადგან ეს დრო არ აძლევს პაციენტს საშუალებას, საკონსულტაციო საკითხების შინაარსი ისე დაამუშაოს, რომ გადაწყვეტილება მიიღოს საკითხის კარგად გააზრების შედეგად.

2. პაციენტის კონკლუდენტური თანხმობის ვარაუდი საავადმყოფოში მოგვიანებით მისი სტაციონარული მიღების გზით მუდმივად წარუმატებელია, რადგან, ერთი მხრივ, პაციენტს

⁶⁶ შდრ. BGH, Urteil vom 15. April 2014 - VI ZR 382/12 - NJW-RR 2014, 1053.

⁶⁷ შდრ. საფეხურობრივ დიაგნოსტიკასთან დაკავშირებით ასევე: OLG Dresden, Urteil vom 29. März 2022 - 4 U 980/21 - juris, იხ. Hagenlocher, იხ. ზემოთ, სქ. 1, 2022, III. 2, Rn. 3.

არ აქვს ნების გამოვლენისთვის საჭირო შეცნობადობა და, მეორე მხრივ, საავადმყოფო პაციენტის ქცევით ვერ შეაფასებს მის ნებას, მანამ, სანამ ორივე მხარეს თანხმობის ბათილობის შეცნობადობა აკლია.

ფაქტები:

ყურის შესაძლო ოპერაციასთან დაკავშირებით (მასტოიდექტომია) მოსარჩელე გადაყვანილი იქნა მოპასუხის ყელ-ყურ-ცხვირის კლინიკაში და ამბულატორიაში მკურნალობდა. იქ მას შეატყობინა პროფ. N.-მა ყურის ქრონიკული რეციდიული ანთებისა და ტიმპანური სითხის (ყურში სითხის დაგროვების) შესახებ. მან მოსარჩელეს ურჩია უპირველესად ცხვირის ძვიდის პლასტიკით სუნთქვის გაუმჯობესება და 6-8 კვირის შემდეგ გაეკეთებინა მასტოიდექტომია. ამ კონსულტაციის შემდეგ მოსარჩელემ ხელი მოაწერა თანხმობას ცხვირის ძვიდის ქირურგიულ პლასტიკაზე. სამი დღის შემდეგ მოსარჩელე შეიყვანეს საავადმყოფოში და ჩაუტარეს ცხვირის ძვიდის გასწორება და სინუსების ოპერაცია. პოსტოპერაციულად კომპიუტერულმა ტომოგრაფიამ აჩვენა თავში სისხლდენა. შემდგომი ნეიროქირურგიული ჩარევის დროს დადგინდა, რომ ოპერაციამ გამოიწვია დურას (ტვინის მაგარი გარსის), ასევე წინა ცერებრალური არტერიის დაზიანება და სასუნთქი ნერვის გახლეჩვა.

სამართლებრივი საკითხები:

გადანყვეტილება, უპირველეს ყოვლისა, ეხება მკურნალობის ალტერნატივების შესახებ განმარტების ვალდებულებას და ინფორმაციის მიწოდების დროს.

გადანყვეტილება დეტალურად:

1. უმაღლესი სამხარეო სასამართლო აღნიშნავს, რომ არსებობს მკურნალობის ალტერნატივების შესახებ განმარტების ვალდებულება, თუ, ერთი მხრივ, ხელმისაწვდომია სამედიცინო თვალსაზრისით მიზანშეწონილი თერაპიის რამდენიმე ეკვივალენტური მკურნალობის ვარიანტი და, მეორე მხრივ, თუ ეს იწვევს მნიშვნელოვანად განსხვავებულ დატვირთვას პაციენტზე ან აქვს მნიშვნელოვნად განსხვავებული რისკები ან წარმატების შანსები. თერაპიულ ან წმინდად დაკვირვებად მკურნალობაში რეალური არჩევანის შესაძლებლობა არსებობს მხოლოდ იმ შემთხვევაში, თუ არსებობს დასაბუთებული პერსპექტივა, რომ შესაძლებელია აღნიშნულით მიღწეული იყოს არა მხოლოდ სიმპტომების მოკლევადიანი შემსუბუქება.⁶⁸ ექსპერტის განცხადებით, შემდგომი მკურნალობა ცხვირის სპრეით ან შემდგომი მოლოდინი არ იყო ალტერნატიული მკურნალობის მეთოდი, რომელიც განმარტებას საჭიროებდა.

2. თუმცა, მოსარჩელის თანხმობა, რომელიც მან საინფორმაციო ფურცელზე ხელმოწერით გასცა, ბათილი იყო, რადგან მოსარჩელეს ჩარევის რისკების შესახებ ინფორმაციის მიწოდებასა და თანხმობის შესახებ გადანყვეტილების მიღებას შორის მონაკვეთში არ ჰქონდა დრო, სათანადოდ ეფიქრა. გსკ-ის 630e II Nr. 2 მუხლის ფორმულირების მიხედვით, კარგად გააზრებული გადანყვეტილება შეიძლება მხოლოდ მაშინ იქნეს მიღებული, თუ საკმარისი დრო არსებობს მოფიქრებისთვის. არ შეიძლება ვივარაუდოთ, რომ არსებობს კარგად გააზრებული გადანყვეტილება, თუ პაციენტი თანხმობას გამოხატავს კონსულტაციის შემდეგ დაუყოვნებლივ, რადგან შემდგომში იგი მისთვის

⁶⁸ შდრ. ამ თემაზე: OLG Hamm, Urteil vom 15. Februar 2022 - I-26 U 21/21 - NJW- RR 2022, 818, იხ. Hagenloch, იხ. ზემოთ, სქ. 1, 2022 III. 1, Rn. 1.

უცნობი და ძნელად გასაგები ინფორმაციის დიდი სიმრავლის შთაბეჭდილების ქვეშ ექცევა და აღმოჩნდება პერსონალურად რთულ სიტუაციაში.⁶⁹

ამ გადანყვეტილების შესავსებად უნდა აღინიშნოს, რომ ბათილად ითვლება თანხმობა, რომელიც (გონივრული მოსაფიქრებელი დროის კუთხით) უშუალოდ მოსამზადებელ პროცესში ოპერაციის დაწყებამდეა გაცემული. ეს ეხება, მაგალითად, შემთხვევას, როდესაც პაციენტი ხელს აწერს მხოლოდ ოპერაციამდე რამდენიმე დღით ადრე გადაცემულ თანხმობის ფურცელს საოპერაციო ოთახისკენ მიმავალ გზაზე სედატიური ინექციის შემდეგ; აღნიშნული მოქმედებს მით უმეტეს, თუ პაციენტი ამ სიტუაციაში ექიმის შესაბამის მოთხოვნას აღიქვამს, როგორც ზენოლას.⁷⁰

აქ განხილულ გადანყვეტილებაში, უზენაესმა სამხარეო სასამართლომ ასევე მიუთითა, რომ მოსარჩელე კონკლუდენტურადაც არ დათანხმებულა ოპერაციას ვინაიდან იგი კონსულტაციიდან სამი დღის შემდეგ მივიდა მოპასუნის კლინიკაში ოპერაციის ჩასატარებლად. თანხმობისთვის არავითარი ფორმა არ იყო მითითებული, რომელიც საბოლოოდ და მკაფიოდ იქნებოდა გაცემული. (დამატებითი შენიშვნა: თუმცა, დასაბუთების საფუძვლებიდან გამომდინარე, მიზანშეწონილია გამოყენებულ იქნეს პრაქტიკაში გავრცელებული წერილობითი ფორმა, მით უმეტეს, რომ თანხმობა გსკ-ის 630f II 1 მუხლის საფუძველზე ჩანერილი უნდა იყოს პაციენტის საქმეში.⁷¹ ვინაიდან მოსარჩელეს

თანხმობა უკვე ჰქონდა მიცემული (თუნდაც ბათილი ყოფილიყო), ყველა მონანილემ ჩათვალა, რომ თანხმობა აღარ იყო საჭირო. აღნიშნულის გამო აღარ არსებობდა ნების გამოვლენისთვის საჭირო შეცნობადობა. სხვაგვარი სიტუაცია იქნებოდა, თუ მოსარჩელეს კლინიკაში მიღების მომენტში ეცნობებოდა, რომ მისი წინასწარი წერილობითი თანხმობა ბათილი იყო.

4. გადანყვეტილებების მოკლე შეჯამება:

a) OLG Dresden, Beschluss vom 28. Januar 2021 - 4 U 1775/20 - MedR 2021, 1085

სახელმძღვანელო წინადადება:

1. სტომატოლოგიურ კაბინეტში სიბრძნის კბილის ქირურგიულ ამოღებამდე არ არის საჭირო იმის ახსნა, რომ ჩარევა შეიძლება განხორციელდეს ყბის საოპერაციო კაბინეტშიც.

2. ის ფაქტი, რომ ასეთ ჩარევას მოჰყვა ენის ნერვის დაზიანება, თავისთავად არ ამართლებს დასკვნას, რომ იყო სამედიცინო შეცდომა.

b) OLG München, Urteil vom 25. März 2021 - 1 U 1831/18 - MedR 2021, 1079

სასიკვდილო დაავადების შემთხვევაში (აქ: საშვილოსნოს ყელის კარცინომა), თუ ნატუროპატი ხაზგასმით არ ეწინააღმდეგება მისი პაციენტის გადანყვეტილებას შეწყვიტოს ტრადიციული მედიცინის მიერ მითითებული თერაპია (აქ: სხივური თერაპია) არამტკიცებულებებზე დაფუძნებული ალტერნატიული სამედიცინო მკურნალობის სასარგებლოდ (აქ: ჰორვის გველის შხამის თერაპია) და თუ მკურნალობის ხანგრძლივ პერიოდში ზეგავლენას ახდენს და ყოველთვის უმეორებს პაციენტს, არ განაგრ-

⁶⁹ ასევე: OLG Köln, Urteil vom 16. Januar 2019 - I-5 U 29/17 - MedR 2020, 483.

⁷⁰ შდრ. BGH, Urteil vom 17. Februar 1998 - VI ZR 42/97 - MedR 1998, 516.

⁷¹ ამასთან დაკავშირებით: Staudinger/Gutmann (2021) BGB § 630d Rn. 274; Schmidt in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, jurisPK-BGB, 9. Aufl., § 630d BGB (Stand: 01.02.2020).

ძოს ან არ განაახლოს ტრადიციული მედიცინით აღიარებული თერაპია, ეს წარმოადგენს უხეშ სამედიცინო შეცდომას არასაკმარისი თერაპიული ინფორმაციის მიწოდების გამო.

2. თუ პაციენტის ბრალი თანაბარწონადაა, შესაძლებელია მტკიცების ტვირთის შებრუნება არ მოხდეს (აქ უარყოფილია, თერაპიის დაუდევრობით შეწყვეტა) ან გსკ-ის 254 I მუხლის (შენიშვნა: იდენტიურია სსკ-ის 415 მუხლის შინაარსთან) გამოყენება გახდეს საჭირო (აქ დადასტურებულია ერთობლივი პასუხისმგებლობის კვოტა 1/3 სახით).

3. ყველა ასპექტის გათვალისწინებით (ნატუროპათის სრულიად არაადეკვატური ქმედება კვირების და თვეების განმავლობაში, ტკივილი და გვერდითი მოვლენები, რომლებიც ქალმა გადაიტანა, როგორც ჩვეულებრივი სამედიცინო მკურნალობის ალტერნატივა, საკუთარი სიკვდილის განცდა და ახლად დაბადებული ბავშვის დატოვება), მემკვიდრის სასარგებლოდ მორალური ტკივილის შესაბამის კომპენსაციას შეადგენს 30.000,00 ევრო.

c) OLG Dresden, Beschluss vom 2. September 2021 - 4 U 730/21 - juris

სახელმძღვანელო წინადადება:

1. სამედიცინო პროფესიული საზოგადოებების გაიდლაინები არ უნდა გაიგივდეს სამედიცინო სტანდარტთან.

2. სააპელაციო წესით საქმის განხილვისას

მტკიცებულებების განმეორებითი მიღება, როგორც წესი, გამორიცხულია, თუ პაციენტი არ აჩვენებს რაიმე კონკრეტულ მინიშნებას, რომელიც ეწინააღმდეგება პირველი ინსტანციის ექსპერტის შეფასებას, კერძოდ, თუ ის არ წარმოადგენს კერძო ექსპერტის დასკვნას.

3. სამედიცინო დოკუმენტაციის ნაკლებობაც კი არ წარმოადგენს დამოუკიდებელ საფუძველს ზიანის ანაზღაურების მოთხოვნისთვის, არამედ მხოლოდ იძლევა ვარაუდს, რომ ღონისძიება, რომელიც ექვემდებარება აღრიცხვის ვალდებულებას, არ განხორციელებულა.

d) OLG Celle, Urteil vom 20. September 2021 - 1 U 32/20 - MedR 2022, 582

1. სამშობიარო ოთახში სანოლთან მდებარე ზარი ახალშობილის ყოლისას ემსახურება იმ შემთხვევებს, რომ ბავშვის დედამ შეძლოს დახმარების გამოძახება რაც შეიძლება სწრაფად. ეს განსაკუთრებით ეხება S-ALTE-ს [severe apparent life-threatening event] ან SUPC-ის შედეგებისას (Sudden Unexpected Postnatal Collapse; Fast-Kindstod) არსებულ შემთხვევებს. ასეთი ზარის მოწყობილობა მიეკუთვნება სამედიცინო სტანდარტს.

2. მკურნალობისა და ზრუნვის უხეში შეცდომა შეიძლება ვივარაუდოთ, თუ ჩვილის რეანიმაცია დაგვიანებულია, რადგან გადაუდებელი ზარის ლილაკი ბავშვის დედისთვის მიუწვდომელი იყო მით უფრო მას შემდეგ, რაც ბავშვმა დაბადებიდან თითქმის 2 საათის შემდეგ მძიმე პოსტნატალური ასფიქსიის შედეგად განიცადა ჰიპოქსიურ-იშემიური ენცეპალოპათია (HIE).

ფიზიკური პირების გადახდისუნარობის საკანონმდებლო რეგულაციის მოდელის ანალიზი

რაჟდენ კუპრაშვილი

სსიპ იურიდიული დახმარების სამსახურის დირექტორი, თსუ-ის დოქტორანტი

შესავალი

დღეს საქართველოში არ არსებობს ფიზიკური პირების გადახდისუნარობის საქმის წარმოების შესაძლებლობა. შესაბამისად, ის ფიზიკური პირები, რომლებიც ვადამოსულ ფინანსურ გადასახადებს ვერ იხდიან, ფაქტობრივად, გამოსავლის გარეშე რჩებიან.

საქართველოში პირველი საკანონმდებლო აქტი, რომელიც ამ მიმართულებით იქნა მიღებული იყო საქართველოს კანონი „გაკოტრების შესახებ“, რომელიც 1996 წელს შევიდა ძალაში. ამ კანონის თანახმად, გაკოტრების რეჟიმით სარგებლობა როგორც ფიზიკურ, ისე იურიდიულ პირებს შეეძლოთ. 2007 წელს განხორციელებული ცვლილებების შედეგად, „გაკოტრების შესახებ“ კანონი ჩაანაცვლა „გადახდისუნარობის საქმის წარმოების შესახებ“ საქართველოს კანონმა, რომელიც მხოლოდ იურიდიულ პირებსა და ინდივიდუალურ მენარმეებს აძლევდა სპეციალური რეჟიმით სარგებლობის უფლებას. დღეს უკვე მოქმედებს კანონი „რეაბილიტაციისა და კრედიტორთა კოლექტიური დაკმაყოფილების შესახებ“, რომელმაც მხოლოდ იურიდიული პირებისთვის დატოვა შესაძლებელი გაკოტრების რეჟიმით სარგებლობა. როგორც ვხედავთ, ამ ეტაპზე, ფიზიკური პირები მოკლებული არიან გადახდისუნარობის საქმის წარმოების შესაძლებლობას. ეს შესაძლოა, სხვა მრავალ გარემო ფაქტორთან ერთად, ქვეყანაში ჭა-

რბვლიანობის გამომწვევ ერთ-ერთ მნიშვნელოვან მიზეზად მივიჩნიოთ. ზემოაღნიშნული პრობლემის აღმოფხვრის ერთადერთი გზა შესაბამისი საკანონმდებლო რეგულირების ამოქმედებაში მდგომარეობს.

აუცილებელია, საკანონმდებლო რეფორმა განხორციელდეს ისეთი ფორმით, რომელიც რეალურად უზრუნველყოფს იმ მიზნის მიღწევას, როგორც არის მოვალეებისთვის ცხოვრების სუფთა ფურცლიდან დაწყების შესაძლებლობა, საზოგადოების ეკონომიკურ და სოციალურ სფეროებში რეინტეგრაცია. თავისთავად, მსგავსი რეგულირების შემოღება დაკავშირებულია არა მხოლოდ კანონის ცვლილებასთან, არამედ მნიშვნელოვანია, ამ ცვლილებისთვის მზაობა ჰქონდეს სახელმწიფოსა და საზოგადოებას. მართალია, ჭარბვალანობის პრობლემის აღმოფხვრას დადებითი ეფექტი ექნება ეკონომიკაზე, თუმცა გასათვალისწინებელია თანმდევი შედეგები. სწორედ ამ თანხლებ ფაქტორებზეა დამოკიდებული კანონმდებლობის ცვლილების შემდგომი წარმატება. მნიშვნელოვანია იმის გათვალისწინება, რომ არ არსებობს ერთი კონკრეტული ოპტიმალური მოდელი, რომელიც თანაბრად იმუშავებს ყველა ქვეყანაში.¹

ევროსაბჭოს მინისტრთა კომიტეტი აღიარებს, რომ დღეს ქვეყნები იმ ეპოქაში არიან, როდესაც მოსახლეობის მიერ კრედიტის აღება ცხოვრების განუყოფელი ნაწილი გახდა. კრედიტის რაოდენობის გაზრდასთან ერთად, თავის-

¹ Bricongne, Jean-Charles, Demertzis, Maria, Pontuch, Peter and Turrini, Alessandro, Macroeconomic Relevance of Insolvency Frameworks in a High-debt

Context: An EU Perspective, European Commission, Discussion Paper 032, June, 2016, pg. 3, available at: <https://bit.ly/3pMI0uP>, accessed on February 1, 2021.

თავად, გაიზარდა ქარბვალთანობაც.² როგორც ევროსაბჭო აღნიშნავს, მნიშვნელოვანია, წევრმა ქვეყნებმა მიიღონ შესაბამისი პოლიტიკური, საკანონმდებლო და პრაქტიკული ზომები, რომ ეფექტიანად მოახდინონ ქარბვალთანობის პრევენცია და აღმოფხვრა.

ეს პრობლემა არა მხოლოდ კონკრეტულ ინდივიდზე, არამედ, საბოლოო ჯამში, საზოგადოებაზე ახდენს უდიდეს გავლენას. ფიზიკური პირების გადახდისუნარობის სპეციალური რეჟიმის შემოღების საჭიროება თანასწორობის, სამართლიანობისა და ღირსეული ცხოვრების უფლებებიდან მომდინარეობს. არ არის სადავო ის ფაქტი, რომ ქარბვალთანობის ტვირთი ადამიანში არა მხოლოდ ფსიქოლოგიურ, არამედ ფიზიკურ პრობლემებსაც იწვევს. ემპირიული კვლევები ადასტურებს, რომ მოვალეთა უმეტესობა განიცდის შიშსა და შფოთვას, მუდმივ ნუხილს ფულადი ვალდებულებების დაფარვის შეუძლებლობის გამო.³ გარდა ამისა, კრედიტორების მხრიდან შევიწროების შედეგად წარმოქმნილი სერიოზული ემოციური ფონი ზრდის მოვალეებში დეპრესიის რისკს. აღნიშნული იწვევს იმას, რომ მოვალეს აღარ შეუძლია კონცენტრირდეს სამუშაოსა და სხვა პასუხისმგებლობაზე და ეს ყველაფერი იწვევს მოვალის ისეთ მდგომარეობას, რომელიც საკუთარ თავში ჩაკეცივით, დეპრესიითა და უიმედობით სრულდება. შესაძლოა, აღნიშნულს თან ახლდეს მოვალისათვის მოტივაციის დაკარგვა, ჩაერთოს სამუშაოში და მეტიც, შესაძლებელია საბოლოოდ ამ ყველაფერმა სუიციდისკენ მიდრეკილებაც კი გაზარდოს. გადახდისუნარიანობის აღდგენის სისტემები, ფაქტობრივად, მოვალეს სთავაზობს, მყისიერად იგრძნოს სიმშვიდე, მიეცეს იმედი, რომ დაუბრუნდება ნორმალურ სოციალურ პირობებს. კვლევები ამტკიცებს, რომ მოვალეები, რომლებიც გადახდისუნარიანობის აღდგენის სისტემაში არიან ჩართული, საქმის წარმოების

დანწყებისას გრძნობენ შვებას, სიმშვიდეს, რაც მათთვის ძალიან დიდი ხნის მანძილზე უცხო იყო.⁴

გამომდინარე იქიდან, რომ საქართველოს აღებული აქვს გეზი, ქვეყნის კანონმდებლობა მოარგოს ევროპულ სტანდარტებს და ამ გზით შექმნას დემოკრატიულ სტანდარტებზე ფუნქციონირებადი, განვითარებული სახელმწიფო, აუცილებელია ისეთი მნიშვნელოვანი სფეროს საკანონმდებლო ჩარჩოში მოქცევა, როგორც არის ფიზიკური პირების გადახდისუნარობა. მითუმეტეს, თუ გავითვალისწინებთ იმ ფაქტს, რომ ბოლო წლების განმავლობაში ქარბვალთანობა სეგმენტი შემაშფოთებლად დიდი რიცხოვრივი მაჩვენებლით გამოირჩევა, არა თუ მნიშვნელოვანი, არამედ აუცილებელიც კია ქვეყანაში ზემოაღნიშნული რეგულირების შემოღება იმ მიზნით, რომ ფიზიკურ პირებს მიეცეთ შესაძლებლობა, დაუბრუნდნენ ნორმალურ სოციალურ პირობებს, რეინტეგრირდნენ საზოგადოებაში და საბოლოოდ გათავისუფლდნენ იმ ვალდებულებებისგან, რომლებიც წლების მანძილზე მათ მდგომარეობაზე უკიდურესად უარყოფითად მოქმედებს.

ფიზიკური პირების გადახდისუნარობის კანონმდებლობას არაერთი ქვეყანა იცნობს, მათ შორის გერმანია და ამერიკის შეერთებული შტატები. წინამდებარე სტატია სწორედ, რომ კონტინენტური ევროპისა და ანგლოამერიკული სამართლის ქვეყნებში მოქმედი ფიზიკური პირების გადახდისუნარობის სისტემის მიმოხილვას, მათ შედარებით-სამართლებრივ ანალიზს დაეთმობა.

² Council of Europe, Recommendation Rec (2007)8 and explanatory memorandum on Lega Solutions to Debt Problems, Strasbourg, 2008, 10 (8)

³ Laura Choi, Federal Reserve Bank of San Francisco, Financial Stress and Its Physical Effects on Individuals and Communities, Community Development Investment Review 120 (2009); AP-AOL/ABT SRBI, Credit Card / Debt Stress Study (2008).

⁴ Götz Lechner/Wolfram Backert, Menschen in der Verbraucher-insolvenz: Rechtliche und soziale Wirksamkeit des Verbraucherinsolvenzverfahrens einschließlich Darstellung der Haushaltsstrukturdaten des untersuchten Personen-kreises, in BMFSFJ, Materialien zur Familienpolitik: Lebenslagen von Familien und Kindern: Überschuldung privater Haushalte, 33-54 (2008).

1. ფიზიკური პირების გადახდისუნარობის საერთაშორისო მოდელები

1.1. ანგლოამერიკული მოდელი - „ახალი დასაწყისის“ დოქტრინა

ფიზიკური პირების გადახდისუნარობის რეგულირების საერთაშორისო გამოცდილების ანალიზის შედეგად გამოიკვეთება ორგვარი მიდგომა. კერძოდ, ანგლოამერიკული „სუფთა დასაწყისის“ სისტემა, რომელსაც იზიარებს აშშ-სა და დიდი ბრიტანეთის კანონმდებლობა, ხოლო მეორე სისტემა არის კონტინენტურ ევროპაში მოქმედი „დამსახურებელი ახალი დასაწყისის“ სისტემა, სადაც განსაკუთრებული მნიშვნელობა ენიჭება მოვალის გამოუვალ მდგომარეობაში ყოფნის ფაქტსა და მის კეთილსინდისიერებას.⁵

ანგლოსაქსური სისტემის ძირითადი განმასხვავებელი ნიშანი იმაში მდგომარეობს, რომ ინდივიდს შეუძლია, თავად აირჩიოს გადახდისუნარობის სტრატეგია მაშინ, როცა გერმანულ მოდელში კანონით განსაზღვრული სტანდარტული წესია დადგენილი. აღნიშნული განპირობებულია იმით, რომ ანგლოსაქსური მოდელი ლიბერალური მიდგომით გამოირჩევა, სადაც კრედიტორის რისკი უფრო მაღალია. შესაბამისად, მოვალისთვის გადახდისუნარობის პროცედურა შედარებით გამარტივებულია.⁶ აქვე აღსანიშნავია, რომ, მაგალითად, ინგლისსა და უელსში მზარდი ინტერესით სარგებლობს ინდივიდუალური ნებაყოფლობითი შეთანხმებები (**Individual Voluntary Agreements - IVA**), რომლებიც წარმოადგენენ გადახდისუნარობის პროცედურის ალტერნატივას.⁷ მიუხედავად ამისა, ბოლო პერიოდის ტრენდი ანგლოსაქსური სისტემის ქვეყნებში შედარებით გადახრილია ევროპული მოდელის გარკვეული ასპექტების იმპლემენტაციისკენ. ამის მაგალითია ამერიკის გადახდისუნარობის კოდექსის მე-13 თავი, რო-

მელიც ითვალისწინებს გადახდისუნარობის გეგმას და გადახდისუნარობის პერიოდის გავლის შემდეგ დარჩენილი ვალდებულებების ჩამონერას. ასევე აშშ-ის 2005 წლის გადახდისუნარობის ბოროტად გამოყენების პრევენციისა და მომხმარებელთა დაცვის აქტი (**Bankruptcy Abuse Prevention and Consumer Protection Act - BAPCPA**), რომელიც კეთილსინდისიერების პრინციპის წინ წამოწევით აბალანსებს კრედიტორისა და გადახდისუნარო მოვალის სამართლებრივ მდგომარეობებს.⁸

ა) ამერიკის შეერთებული შტატები

ამერიკის შეერთებულ შტატებში ფიზიკური პირების გადახდისუნარობის რეჟიმს არეგულირებს გაკოტრების კოდექსი, რომელიც ითვალისწინებს ორ რეჟიმს, კერძოდ, გადახდისუნარიანობის კოდექსის მე-7 და მე-13 თავებით განსაზღვრული რეგულაციის მიხედვით.⁹ კოდექსის მე-7 თავი ორიენტირებულია მოვალის ქონების ლიკვიდაციაზე, თუმცა, აქ იგულისხმება მოვალის ის ქონება, რომელიც არ ითვლება საგამონაკლისო ქონებად. საგამონაკლისო ქონება არის ისეთი ქონება, რომელიც ნებისმიერ შემთხვევაში დაცულია ლიკვიდაციისგან. გადახდისუნარიანობის კოდექსი შესაძლებლობას აძლევს ყველა შტატს, თავად დაადგინონ, რომელი ქონება შეიძლება ჩაითვალოს საგამონაკლისო ქონებად. როგორც წესი, საგამონაკლისო ქონება ძირითადად ერთნაირია და მას განეკუთვნება: საავტომობილო სატრანსპორტო საშუალებები, გარკვეულ ღირებულებამდე გონივრულად საჭირო ტანსაცმელი, გონივრულად საჭირო საყოფაცხოვრებო ნივთები და ავეჯი, საყოფაცხოვრებო ტექნიკა, სამკაულები, გარკვეულ ღირებულებამდე პენსიები, მოვალის სახლში მოვალის სავაჭრო ან პროფესიული ინსტრუმენტები გარკვეულ ღირებულებამდე, მიუღებ-

⁵ Arvydas, Paškevičius, Neringa, Jurgaitytė, Bankruptcy of Natural Persons in Lithuania: Reasons and Problems, *Procedia - Social and Behavioral Sciences*, Vol. 213, December 1, 2015, pp. 521-526.

⁶ Ondersma C., a Human Rights Framework for Debt Relief, 2015, 321 [ხელმისაწვდომია: <https://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1887&context=jil>, წვდომის თარიღი: 31/03/2021].

⁷ Tolmie F., *Corporate and Personal Insolvency Law*, Second Edition, School of Law, Kingston University, 2003, p. 86-87.

⁸ Iain Ramsay, *Towards an International Paradigm of Personal Insolvency Law: A Critical View*, 17 QUT L. REV. 15 (2017), 25-29, 38.

⁹ Braun, *German Insolvency Code - Article-by-Article Commentary Second Edition*, 2017, p.18.

ლი გამომუშავებული ხელფასის ნაწილი, საჯარო სარგებელი, მათ შორის სახელმწიფო დახმარება (კეთილდღეობა), სოციალური უზრუნველყოფა და საბანკო ანგარიშზე დაგროვილი უმუშევრობის კომპენსაცია, პირადი ზიანის ანაზღაურების შედეგად მიღებული სარგებელი. არასაგამონაკლისო ქონების მაგალითებია: ძვირადღირებული მუსიკალური ინსტრუმენტები, საკოლექციო ბარათები ან სხვა ღირებული საოჯახო საგნები, ნაღდი ფული, საბანკო ანგარიშები, აქციები, ბონდები ან სხვა სახის ინვესტიციები, მეორე მანქანა ან მეორე სახლი/აგარაკი.¹⁰

გადახდისუნარიანობის კოდექსის მე-13 თავი მოვალეს საშუალებას აძლევს გაკოტრების 3-5 წლიანი წარმოების ფარგლებში გათავისუფლდეს ვალდებულებებისგან და შეინარჩუნოს ქონება.

გადახდისუნარიანობის კოდექსის მე-7 თავით განსაზღვრული წარმოება, განსხვავებით მე-13 თავისგან, არ ითვალისწინებს გადახდის გეგმის შემუშავებას. ამის ნაცვლად, გაკოტრების მეურვე (trustee) თავს უყრის მოვალის სრულ ქონებას, რომელიც არ ხვდება საგამონაკლისო ნაწილში, და, გაკოტრების კოდექსით დადგენილი წესების თანახმად, ახორციელებს მის რეალიზაციას, რის შემდეგაც მოვალე სრულად თავისუფლდება ყველა სახის ვალდებულებებისგან.¹¹

მე-13 თავით დადგენილ გაკოტრების წარმოებას ხშირად მოიხსენიებენ, როგორც „მუშაკის გეგმას“ (a wage earner's plan), რომელიც მუდმივი შემოსავლის მქონე პირს საშუალებას აძლევს გადახდის გეგმის (repayment plan) თანახმად, სრულად ან ნაწილობრივ დაფაროს ვალდებულებები სამიდან ხუთ წლამდე პერიოდში. თუ მოვალის თვითნებური შემოსავალი ნაკლებია სახელმწიფოში არსებულ საშუალო მაჩვენებელზე, დგება სამწლიანი გეგმა გარდა იმ შემთხვევისა,

როცა სასამართლო საჭიროდ ჩათვლის უფრო გრძელვადიანი გეგმის დამტკიცებას. იმ შემთხვევაში, თუ მოვალის თვითნებური შემოსავალი აჭარბებს სახელმწიფოში არსებულ საშუალო მაჩვენებელს, შედგება ხუთწლიანი ხანგრძლივობის გეგმა.¹² კანონით აკრძალულია 5 წელზე გრძელვადიანი გეგმის განერა.¹³ გეგმის ხანგრძლივობის განმავლობაში ცხადდება ასევე მორატორიუმი მოვალის ქონების რეალიზაციაზე.¹⁴

მაშასადამე, მე-7 თავის მიზანია მოვალის ქონების რეალიზაციის გზით, რაც შეიძლება, სწრაფი ახალი დასაწყისის უზრუნველყოფა. სწორედ ამიტომ ამ თავს სათაურად ჰქვია - „ლიკვიდაცია“.¹⁵ ხოლო მე-13 თავის მიზანია გადახდის გეგმის შედგენისა და მისი აღსრულების მეშვეობით მოვალის რეაბილიტაცია. შესაბამისად, მე-13 თავის პროცედურები დროში განელილია. სამაგიეროდ, მოვალის ქონების შენარჩუნების შანსი უფრო მაღალია. კონკრეტულ პროცედურებზე საუბარი იქნება ქვემოთ შესაბამისი თემატური თავების ფარგლებში. აქვე აღსანიშნავია, რომ თუ ინდემნარმე აირჩევს ბიზნესში დარჩენას (ნაცვლად მე-7 თავით ქონების ლიკვიდაციისა), ამ შემთხვევაში, მე-13 თავის გარდა, არსებობს მე-11 თავით დადგენილი ალტერნატივა. ამ ორს შორის განსხვავება მდგომარეობს მეურვის ნაწილში. კერძოდ, თუ მე-13 თავით განსაზღვრულია მოვალის ქონების მართვა მეურვის მიერ, მე-11 თავი ეხება თვითადმინისტრირებას. სხვა სიტყვებით რომ ითქვას, მეურვის ფუნქცია-მოვალეობებს ახორციელებს თავად მოვალე, რომელსაც შესაძლებლობა ეძლევა, განაგრძოს ბიზნეს-საქმიანობა და ისე სხოს ფული. რაც შეეხება რეორგანიზაციის გეგმას, ის ძალაში შედის კრედიტორთა კრების კენჭისყრისა და სასამართლოს მიერ მისი დამტკიცების შედეგად.¹⁶

¹⁰ Dobbie, Will, Song, Jae, „Debt Relief and Debtor Outcomes: Measuring the Effects of Consumer Bankruptcy Protection”, NBER Working Paper Series, p. 4-5.

¹¹ ხელმისაწვდომია: <https://www.uscourts.gov/services-forms/bankruptcy/bankruptcy-basics/chapter-7-bankruptcy-basics>.

¹² Dobbie, Will, Song, Jae, „Debt Relief and Debtor Outcomes: Measuring the Effects of Consumer Bankruptcy Protection”, NBER Working Paper Series, p. 4-5.

¹³ 11 U.S.C. § 1322(d).

¹⁴ Chapter 13 - Bankruptcy Basics, ხელმისაწვდომია: <https://www.uscourts.gov/services-forms/bankruptcy/bankruptcy-basics/chapter-13-bankruptcy-basics>.

¹⁵ 11 U.S. Code Chapter 7 - LIQUIDATION, ხელმისაწვდომია: <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/11/chapter-7>.

¹⁶ Chapter 11 - Bankruptcy Basics, ხელმისაწვდომია: <https://www.uscourts.gov/services->

ბ) დიდი ბრიტანეთი

დიდ ბრიტანეთში გადახდისუნარობის კანონმდებლობა მოიცავს სპეციალური რეჟიმის გავრცელებას როგორც ფიზიკური პირებისთვის, ასევე იურიდიული პირებისთვის. დიდ ბრიტანეთში მოქმედებს UK Insolvency Law, რომელიც ვრცელდება უშუალოდ კორპორაციებზე, ხოლო ფიზიკური პირებისთვის მოქმედებს ე.წ. გაკოტრების კანონი, Bankruptcy Law¹⁷. შოტლანდიაში, ინგლისსა და უელსში გადახდისუნარობის კანონმდებლობის ძირითადი აქტი არის 1986 წლის გადახდისუნარობის აქტი (Insolvency Act), ასევე Companies Act 2006.¹⁸

გადახდისუნარო ფიზიკური პირებისათვის არსებობს 3 ალტერნატივა, ესენია გაკოტრება, ვალის პატიების ორდერი (Debt Relief Order - DRO) ინგლისსა და უელსში და ინდივიდუალური ნებაყოფლობითი შეთანხმება (Individual Voluntary Arrangement - IVA).¹⁹ გაკოტრებისა და DRO-ს პროცედურები ნორმატიულად არის განერილი, ხოლო IVA მეტწილად დამოკიდებულია გადახდისუნარობის პრაქტიკოსის მიერ წარმოდგენილ მოვალესა და კრედიტორს შორის დადებულ შეთანხმებაზე. მაშასადამე, IVA არის კონსენსუალური ვალის რესტრუქტურისა და პროცედურა, ხოლო გაკოტრება და DRO კი ნორმატიული პროცედურები. აღსანიშნავია, რომ DRO გამოიყენება შემოსავლისა და ქონების არმქონე (No Income No Assets - NINA) მოვალეების მიმართ. იმ შემთხვევაში, თუ პირი აკმაყოფილებს შესაბამის მოთხოვნებს, 12 თვის შემდეგ მას სრულად ჩამოენერება ვალდებულებები.²⁰ მაშასადამე, DRO იდეურად ახლოს დგას ამერიკის გაკოტრების კოდექსის მე-7 თავთან, ხოლო ფიზიკური პირის გაკოტრების წარმოება, რომელიც წესრიგდება 1986 წლის გადახდისუნარობის აქტის მე-9 თავით,²¹ გარკვეულნი-

ლად მსგავსია ამერიკული მოდელის მე-13 თავის პროცედურისა. რაც შეეხება DRO-ს, ის მოქმედებს იმ შემთხვევაში თუ მოვალის ვალდებულება არ აღემატება £ 30,000, მას არ აქვს დამატებითი შემოსავალი, არ ფლობს უძრავ ქონებას ან მანქანას, რომლის ღირებულებაც აღემატება £ 2,000, ასევე ბოლო 3 წლის მანძილზე ცხოვრობს ინგლისში ან უელსში და ბოლო 6 წლის მანძილზე არ უსარგებლია DRO პროცედურით. ამ შემთხვევაში კრედიტორებს არ შეუძლიათ მოვალისგან ვალდებულების იძულების წესით ამოღება სასამართლოს ნებართვის გარეშე, ხოლო მოვალეს 12 თვის შემდეგ სრულად ჩამოენერება ვალდებულებები. DRO-ს მიღება შესაძლებელია გაკოტრების სასამართლო ოფიცრის გადაწყვეტილებით, თუმცა პირმა ამისთვის უნდა მიმართოს ავტორიზებულ ვალდებულების კონსულტანტს. DRO-ს პროცედურის დაწყების საფასური შეადგენს £ 90-ს. DRO არ ათავისუფლებს პირს ქირის ან სხვა მსგავსი გადასახადებისგან, ასევე სტუდენტური სესხებისგან ან სასამართლო ბაჟისგან. DRO გაუქმდება, თუ მოვალის ფინანსური მდგომარეობა გაუმჯობესდება ან მოვალე სათანადოდ არ ითანამშრომლებს სასამართლო ოფიცერთან, მაგალითად, არ მიანვდის დროულ და ამომწურავ ინფორმაციას მისი ფინანსური მდგომარეობის შესახებ. თუ პირი ახალ ვალს აიღებს DRO-ის პერიოდში, მის მიმართ დაიწყება გაკოტრების პროცედურა, ხოლო თუ ახალი ვალის შესახებ ის არ შეატყობინებს კრედიტორებს, მოვალე შესაძლოა აღმოჩნდეს სისხლის სამართლებრივი პასუხისმგებლობის ქვეშ. DRO აისახება მოვალის საკრედიტო ჩანაწერებში მომდევნო 6 წლის მანძილზე.²²

მთავარი მსგავსება გაკოტრების და DRO პროცედურებს შორის არის ის, რომ ორივე შემთხვევაში ინდივიდს ჩამოენერება ვალდებულებ-

forms/bankruptcy/bankruptcy-basics/chapter-11-bankruptcy-basics.

¹⁷ McKenzie-Skene, Insolvency Law in Scotland (T&T Clark, Edinburgh 1999) 23.

¹⁸ Tsvetan Petrov, Harmonising Restructuring Law in Europe: A Comparative Analysis of the Legislative Impact of the Proposed Restructuring Directive on Insolvency Law in the UK and Germany, University of Edinburgh, 2017, p. 135.

¹⁹ Braun, German Insolvency Code - Article-by-Article Commentary Second Edition, 2017, p. 16-17.

²⁰ Tolmie F., Corporate and Personal Insolvency Law, Second Edition, School of Law, Kingston University, 2003, p. 86.

²¹ Chapter A1 Adjudicators: bankruptcy applications by debtors and bankruptcy orders, ხელმისაწვდომია: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1986/45/part/IX>.

²² ხელმისაწვდომია: <https://www.gov.uk/options-for-paying-off-your-debts/debt-relief-orders>.

ბები წარმოების დასრულების კვალდაკვალ. გაკოტრების წარმოება გულისხმობს გადახდისუუნარო პირის მიერ ქარბი აქტივებისა და შემოსავლის დათმობას და მისი ფინანსების ფაქტობრივ კონტროლს, ვალებისგან განთავისუფლების სანაცვლოდ. ქარბ აქტივში შეიძლება ჩაითვალოს იმგვარი შემოსავალი, რაც არ განეკუთვნება საარსებო მინიმუმს. როგორც კრედიტორებს, ასევე მოვალეებს შეუძლიათ გაკოტრების წარმოების დაწყება, თუმცა განმცხადებლების უმეტესობას წარმოადგენენ მოვალეები, რომლებიც საჭიროებენ მხარდაჭერას (და არა კრედიტორები, რომელთა მიზანია ვალის ამოღება). გაკოტრება ძირითადად ადმინისტრაციულ სამართალწარმოების ნაწილია. ფიზიკურ პირებს შეუძლიათ შეავსონ ონლაინ აპლიკაცია, რომლის საფასურია £ 680. განცხადებას ამონებს გადახდისუუნარობის სამსახურის არბიტრი (Insolvency Service Adjudicator). არბიტრი, როგორც წესი, განმცხადებელს გაკოტრებულად გამოაცხადებს რამდენიმე დღის ვადაში, თუ რაიმე განსაკუთრებული გარემოება სხვაგვარად არ მოითხოვს.²³

1.2. ევროპული მოდელი - „დამსახურებულის ახალი დასაწყისის“ დოქტრინა

ევროპული ქვეყნების გადახდისუუნარობის კანონმდებლობებს მოიხსენიებენ, როგორც „დამსახურებული ახალი დასაწყისის“ მოდელს,²⁴ რადგან ანგლოსაქსური მოდელისგან განსხვავებით, აქ განსაკუთრებული როლი ეკი-

სრება მოვალის კეთილსინდისიერებას, გადახდისუუნარობის გეგმასა და გადახდისუუნარობის ადმინისტრატორს. მოვალეს მხოლოდ იმ შემთხვევაში ჩამოენერება დადგენილი ვადის გასვლის შემდეგ დარჩენილი ფულადი ვალდებულებები, თუ ის კეთილსინდისიერად შეასრულებს გადახდისუუნარობის გეგმით დაკისრებულ მოვალეობებს.²⁵

გერმანია: გადახდისუუნარობის წარმოება გერმანიაში მონესრიგებულია უნიფიცირებული მოდელით, რაც ნიშნავს იმას, რომ გადახდისუუნარობის კოდექსი (InsO) სრულად აწესრიგებს გაკოტრების წესებს როგორც ფიზიკური, ასევე იურიდიული პირებისთვის.²⁶ მაშასადამე, გარდა იმ საკანონმდებლო შემთხვევებისა, როდესაც კანონით სხვა რამე პირდაპირ არ არის გათვალისწინებული, საერთო წესები ვრცელდება როგორც ფიზიკურ, ისე იურიდიულ პირებზე.²⁷ გარდა აღნიშნული გადახდისუუნარობის კოდექსისა, გერმანიაში ასევე მოქმედებს სპეციალური კანონები, რომლებიც ძირითადად იურიდიულ პირებს და სპეციფიკურ შემთხვევებს ეხება.²⁸

იმ შემთხვევაში, თუ მოვალე აღმოჩნდება ისეთ პოზიციაში, როდესაც შეუძლებელია ყველა კრედიტორის დაკმაყოფილება, ინდივიდუალური იძულებითი აღსრულების ნაცვლად, ირთვება გადახდისუუნარობის კოლექტიური აღსრულების მექანიზმი, რომელიც აწესრიგებს როგორც მოვალის, ასევე კრედიტორების სამართლებრივ პოზიციებს. იმისთვის, რომ დაიფაროს მოვალის ვალდებულებები, მოვალის აქტივები

²³ ხელმისაწვდომია: <https://www.law.ox.ac.uk/housing-after-grenfell/blog/2020/07/explaining-personal-insolvency-and-law>. DRO-ის პროცედურებზე დეტალურად იხ.: <https://researchbriefings.files.parliament.uk/documents/SN04982/SN04982.pdf>.

²⁴ Arvydas P., Neringa J., Bankruptcy of Natural Persons in Lithuania: Reasons and Problems, Bankruptcy of Natural Persons in Lithuania: Reasons and Problems, 522.; ასევე Edita Gruodyte, Julija Kirsienė, Application of "Fresh start" Doctrine for Individual Debtors in Lithuania: EU and US perspective, Inzinerine Ekonomika-Engineering Economics, 2010, 21(3), p 266.

²⁵ Kilborn J.J., The Innovative German Approach to Consumer Debt Relief: Revolutionary Changes in German Law, and Surprising Lessons for the United States, Northwestern Journal of International Law & Business, Volume 24, 2004, ხელმისაწვდომია

<https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1576&context=njilb>, წვდომის თარიღი: 31/03/2021.

²⁶ Sections 155-159 Bankruptcy Act 2016.

²⁷ Petrov T., Harmonising Restructuring Law in Europe: A Comparative Analysis of the Legislative Impact of the Proposed Restructuring Directive on Insolvency Law in the UK and Germany, 3 ANGLO-GER. L.J. 129, 2017, p. 12.

²⁸ მაგალითად, Limited Liability Companies Act (Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, GmbHG) or section 92 of the Stock Corporation Act (Aktiengesetz, AktG); Bond Act (Schuldverschreibungsgesetz, SchVG); Act on the Reorganisation of Credit Institutions (Gesetz zur Reorganisation von Kreditinstituten, KredReorgG); the Restructuring and Liquidation Act (Sanierungs- und Abwicklungsgesetz, SAG).

გადადის მართვის სპეციალური რეჟიმის ქვეშ, რა დროსაც მოვალეს ჩამოერთმევა ავტონომიური გადაწყვეტილების მიღების თავისუფლება აღნიშნულ აქტივებთან მიმართებით. ამასთან, ხდება კრედიტორთა პრიორიტეტულობის პრინციპზე დაფუძნებული მოთხოვნების შეჩერება, მოვალის აქტივებს ყველა კრედიტორის სასარგებლოდ ყადაღა ედება იმგვარად, რომ მოხდეს პროპორციული, კოლექტიური დაკმაყოფილება აღსრულების ეტაპზე. ამ მიზნის მიღწევა შესაძლებელია როგორც მოვალის ქონების რეალიზაციის, ასევე გადახდისუნარობის გეგმაში არსებული ალტერნატიული შეთანხმების გზით, რომლის მიზანია მოვალის რეაბილიტაცია და ქონების შენარჩუნება. გერმანიის გადახდისუნარობის პროცედურებს უნიფიცირებულს არა მხოლოდ იმის გამო უწოდებენ, რომ იგი აერთიანებს რესტრუქტურისაციისა და ლიკვიდაციის პროცედურებს, არამედ იგი თანაბრად ეხება იურიდიულ პირებს, ინდივიდუალურ მენარმეებსა და ფიზიკურ პირებს. ამასთან, დამატებით, მხოლოდ ფიზიკურ პირებზე ვრცელდება კოდექსის 304-ე-311-ე მუხლები, რომლებიც ითვალისწინებენ კრედიტორებსა და მოვალეს შორის ვალის გადახდის გეგმაზე შეთანხმებას. ფიზიკური პირებისთვის უზრუნველყოფილია არა მხოლოდ გადახდისუნარობის წარმოებით სარგებლობა, არამედ ასევე შესაძლებლობა, რომ განხორციელდეს დარჩენილი ვალდებულებების ჩამონერა იმ შემთხვევაში, თუ მოვალე 3 წლის განმავლობაში კეთილსინდისიერად შეასრულებს თავის ვალდებულებებს (286-303a მუხლები). თავისთავად, ამ პროცესის მიმდინარეობისას მნიშვნელოვანი როლი აკისრია გადახდისუნარობის სასამართლოს, რომელიც საბოლოო ზედამხედველობას უწევს აღნიშნულ პროცესს.²⁹

ბალტიის ქვეყნები: 2010 წლის აპრილამდე ლიეტუვას არ გააჩნდა ეფექტური თანამედროვე კანონი ფიზიკური პირების გაკოტრების შე-

სახებ, ხოლო 2012 წლის მაისამდე ასევე არ არსებობდა ფიზიკური პირების გაკოტრების სამართლებრივი განზომილების მარეგულირებელი ეროვნული აქტი. ლიეტუვაში ფიზიკური პირების გადახდისუნარობის პროცესის სუბიექტების საერთო მახასიათებელია იურიდიული პირის სტატუსის არარსებობა. ასეთი სუბიექტები, რომლებსაც შეუძლიათ დაიწყონ გაკოტრების საქმის წარმოება, იყოფა სამ ჯგუფად: ფიზიკურ პირები, ფერმერები, და სხვა ფიზიკური პირები, რომლებიც ახორციელებენ ინდივიდუალურ საქმიანობას (ინდემნარმეები), მოქმედებენ კეთილსინდისიერად, როგორც ეს განსაზღვრულია ლიეტუვის რესპუბლიკის კანონით პირადი საშემოსავლო გადასახადის შესახებ. ამრიგად, შეიძლება ითქვას, რომ ლიეტუვაში ფიზიკური პირების ფართო სპექტრს შეუძლია გაკოტრდეს. ლიეტუვის მოდელით სუბიექტი და ინიციატორი ერთმანეთს ემთხვევა - ანუ პირადი გაკოტრების საქმის წარმოება შეიძლება დაიწყოს მხოლოდ ფიზიკურმა პირმა (ლიტვის BA-ს მუხლი 1(4)).³⁰

ლატვიაში ფიზიკური პირის გადახდისუნარობის ახალი კანონი ძალაში შევიდა 2010 წლის 1 ნოემბრიდან. ფიზიკური პირის გადახდისუნარობის საქმის წარმოებამ გაზარდა ამ სამართალწარმოების ხელმისაწვდომობა და არსებითად გაზარდა ზედმეტად დავალიანებული მომხმარებლის შანსები, წარმატებით დაფარონ თავიანთი დავალიანება. ფიზიკური პირის გადახდისუნარობის საქმის წარმოების საგანი შეიძლება იყოს ნებისმიერი ფიზიკური პირი, რომელიც იყო ლატვიის რესპუბლიკაში გადასახადის გადამხდელი წინა ექვს თვეში და რომელსაც ფინანსურად უჭირს (127-ე მუხლი). მხოლოდ თავად მოვალეს შეუძლია მოითხოვოს გადახდისუნარობის წარმოების დაწყება (133-ე მუხლი).³¹

ესტონეთის გადახდისუნარობის კანონი აღიარებს ფიზიკურ პირთა ორ განსხვავებულ წარმოებას: ვალის რესტრუქტურისაციას და გაკოტრებას. ვალის რესტრუქტურისაციის

²⁹ Braun, German Insolvency Code - Article-by-Article Commentary Second Edition, 2017, paras. 2-6, https://www.schultze-braun.de/fileadmin/en/Schultze_Braun_German-Insolvency-Code_k2.pdf?_=1569241778.

³⁰ Mari Schihalejev et al., Conditions for the Bankruptcy of Natural Persons: Which Baltic State is The Most Attractive

for Bankruptcy, International Comparative Jurisprudence 2021 Volume 7 Issue 1, p. 103 <http://dx.doi.org/10.13165/j.icj.2021.06.008>.

³¹ Mari Schihalejev et al., Conditions for The Bankruptcy of Natural Persons: Which Baltic State is the Most Attractive for Bankruptcy, International Comparative Jurisprudence 2021 Volume 7 Issue 1, p. 105.

პროცედურები რეგულირდება ვალის რესტრუქტურისა და ვალების დაცვის აქტით (DRDPA, 2010), რომლის მიზანია, ხელი შეუწყოს ფიზიკური პირის ვალების რესტრუქტურისა და ვალების რესტრუქტურის თავედან ასაცილებლად. მეორე მხრივ, გაკოტრების საქმის წარმოება რეგულირდება გაკოტრების შესახებ კანონით (BA, 2004) და ხორციელდება იმ შემთხვევაში, თუ მოვალე გადახდისუუნაროა. ესტონეთის BA-ს 1(2) მუხლის თანახმად, მოვალე გადახდისუუნაროა, თუ ის ვერ ახერხებს კრედიტორ(ებ)ის მოთხოვნას და ამგვარი ფინანსური მდგომარეობა დროებითი არ არის, ე. ი. არ იკვეთება ფინანსური მდგომარეობის გაუმჯობესების პერსპექტივა ახლო მომავალში. ესტონეთის BA-ს მე-2 მუხლის თანახმად, მოვალეს, რომელიც არის ფიზიკური პირი, ასევე ეძლევა შესაძლებლობა, გათავისუფლდეს ვალდებულებებისგან გაკოტრების საქმის წარმოების გზით. ესტონეთის მოქმედი გაკოტრების კანონი არ იძლევა განმარტებას, თუ ვინ არის ფიზიკური პირი და ვისზე ვრცელდება ესტონეთის BA. მხოლოდ ესტონეთის DRDPA მუხლი 4 (1)–(2) იძლევა განმარტებას, რომ მოვალე ექვემდებარება ვალის რესტრუქტურის პროცესს, მიუხედავად მათი მენარმეობის სტატუსისა. ვალის რესტრუქტურის შეიძლება მიმართოს მოვალემ, რომლის საცხოვრებელი ადგილი ესტონეთშია და რომელიც ცხოვრობდა ესტონეთში ვალის რესტრუქტურის პეტიციის წარდგენამდე არანაკლებ ორი წლის განმავლობაში.³²

ფიზიკური პირების გადახდისუუნარობაზე მსჯელობისას ყურადსაღებია რეგულაციის ფოკუსი სოციალური, ეკონომიკური, ფინანსური მარკეტების, მენარმეობის და შრომითი ბაზრის მიმართ. 2021 წელს ჩატარებული საერთაშორისო კვლევის ფარგლებში შეფასდა ევროკავშირის 25 სახელმწიფოს კანონმდებლობა და გაიზომა ამ ქვეყნების შემწყნარებლობის ინდექსი აშშ-ის გაკოტრების კანონმდებლობასთან შედარების კონტექსტში. კვლევის მეთოდოლოგიის ფარგლებში, ყურადღება გამახვილდა საკანონ-

მდებლო მოდელზე, კანონის ასაკზე და რეგიონზე. კვლევის ფარგლებში დადგინდა, რომ ევროკავშირის ქვეყნების კანონმდებლობა ფიზიკური პირების გადახდისუუნარობის შესახებ მეტწილად ჰეტეროგენულია. აღინიშნება მყარი კორელაცია მოვალის შემწყნარებლობის ინდექსსა და კანონმდებლობის ასაკს შორის. კერძოდ, ევროკავშირის ქვეყნების კანონმდებლობა დასაწყისში უფრო მეტად კრედიტორის ინტერესებისკენ არიან გადახრილი, თუმცა დროის გასვლის კვალდაკვალ ეტაპობრივად ხდება მოვალის ინტერესებისკენ გადახრა.³³

სახელმწიფო	მოვალის შემწყნარებლობის ინდექსი	სახელმწიფო	მოვალის შემწყნარებლობის ინდექსი
დანია	1.58	პორტუგალია	1.12
შვედეთი	1.47	ჰოლანდია	1.11
პოლონეთი	1.41	სლოვენია	1.11
საფრანგეთი	1.38	ხორვატია	1.08
ლუქსემბურგი	1.37	იტალია	1.05
საბერძნეთი	1.29	ბელგია	1.04
სლოვაკეთი	1.27	კვიპროსი	0.98
ავსტრია	1.25	გერმანია	0.97
ჩეხეთი	1.24	რუმინეთი	0.97
ესტონეთი	1.22	ლატვია	0.87
ფინეთი	1.19	უნგრეთი	0.87
ესპანეთი	1.16	ლიეტუვა	0.85
ირლანდია	1.14	აშშ	1.37

მაშასადამე, როგორც მოსალოდნელი იყო, აშშ-ის შემწყნარებლობის ინდექსი გაცილებით მაღალია ევროკავშირის ქვეყნების უმეტესობის ინდექსზე. ამერიკული მოდელი იყო პირველი, რომელმაც შემოიტანა ვალის ჩამონერის იდეა, რაც წარმოადგენს ლიბერალური³⁴ და საბაზრო-

³² იქვე, გვ 106.
³³ ხელმისაწვდომია: https://www.researchgate.net/publication/354404359_Th

e_Leniency_of_Personal_Bankruptcy_Regulations_in_the_EU_Countries.
³⁴ Efrat, Rafael, Global trends in personal bankruptcy. American Bankruptcy Law Journal 76: 81–110.

³⁵ ბანაკების ერთგვარ სინთეზს და უპირატესობას ანიჭებს ინდივიდის ინტერესებს.³⁶ ევროკავშირის მოდელი, როგორც წესი, უფრო მეტად იცავს საფინანსო და საბანკო სექტორების ინტერესებს.³⁷ მიუხედავად ამისა, ევროკავშირის ზოგიერთი სახელმწიფო (შვედეთი, დანია, პოლონეთი, საფრანგეთი) უფრო მეტად გადაიხარა ამერიკული მოდელისკენ და საკანონმდებლო რეფორმების შედეგად გაიზარდა მოვალის უფლებების დაცვის ინდექსი. აქვე მხედველობაშია მისაღები ის ფაქტიც, რომ 2005 წელს ამერიკის „გაკოტრების ბოროტად გამოყენების პრევენციისა და მომხმარებელთა დაცვის აქტის“ ამოქმედებით ამერიკული მოდელიც გარკვეულწილად დაუახლოვდა ევროპულ მოდელს.³⁸

დასკვნა

ფიზიკური პირების გადახდისუუნარობის საკითხზე მსჯელობისას, თავისთავად ყურადსაღებია ისეთი ფაქტორები, როგორებიც არის თავად ამ რეგულაციის ფოკუსი სოციალური, ეკონომიკური, ფინანსური მარკეტების, მენარმეობისა და შრომითი ბაზრის მიმართ. კონტინენტური ევროპის ქვეყნებში მოქმედი ფიზიკური პირების გადახდისუუნარობის კანონმდებლობის შედარებით-სამართლებრივი ანალიზის ფარგლებში შეგვიძლია განვიხილოთ 2021 წელს

ჩატარებული საერთაშორისო კვლევა, რომლითაც შეფასდა ევროკავშირის 25 სახელმწიფოს კანონმდებლობა და გაიზომა ამ ქვეყნების შემწყნარებლობის ინდექსი აშშ-ის გაკოტრების კანონმდებლობასთან მიმართებით. კვლევის ფარგლებში, ყურადღება გამახვილდა ქვეყნების საკანონმდებლო მოდელებზე, კანონის ასაკზე, ამ ქვეყნებში საკანონმდებლო რეგულირების შემოღების ძირითად მიზეზებზე.³⁹

კვლევის შედეგებმა გვაჩვენა, რომ ევროკავშირის ქვეყნების კანონმდებლობა ფიზიკური პირების გადახდისუუნარობის შესახებ მეტად ჰეტეროგენულია. ევროკავშირის ქვეყნებში, კანონმდებლობა თავდაპირველად კრედიტორთა ინტერესებისკენ შესამჩნევად იყო გადახრილი, თუმცა, ეტაპობრივად ხდება მოვალის ინტერესების პრიორიტეტულობის წინა ფლანგზე წამოწევა.⁴⁰

როგორც კვლევიდან ჩანს, აშშ-ის შემწყნარებლობის ინდექსი გაცილებით მაღალია ევროკავშირის ქვეყნების უმეტესობის ინდექსზე. სწორედ ამერიკულმა მოდელმა შემოგვთავაზა პირველად ვალის ჩამონერის იდეა, რაც ლიბერალური⁴¹ და საბაზრო⁴² ბანაკების ერთგვარ სინთეზს ქმნის და საბოლოოდ, ინდივიდის ინტერესებს ანიჭებს პრიორიტეტულობას.⁴³

რაც შეეხება ევროკავშირში მოქმედ კანონმდებლობას, იგი უფრო მეტად ორიენტირებულია საფინანსო და საბანკო სექტორების დაცვა-

³⁵ Heuer, Jan-Ocko, Rules and Norms of Consumer Insolvency and Debt Relief: A Comparison and Classification of Personal Bankruptcy Systems in 15 Economically Advanced Countries. Ph.D. thesis, University of Bremen, Bremen, Germany; ხელმისაწვდომია: https://media.suub.uni-bremen.de/bitstream/elib/4657/7/PhD-Thesis_Jan-OckoHeuer_SubmittedVersion.pdf.

³⁶ Jia, Ye, The impact of personal bankruptcy law on entrepreneurship. Canadian Journal of Economics 48: 464–493, ხელმისაწვდომია: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1111/caje.12133>.

³⁷ Ramsay, Iain, Between neo-liberalism and the social market: Approaches to debt adjustment and consumer insolvency in the EU. Journal of Consum Policy 35: 421–441.

³⁸ ხელმისაწვდომია: https://www.researchgate.net/publication/354404359_The_Leniency_of_Personal_Bankruptcy_Regulations_in_the_EU_Countries.

³⁹ ხელმისაწვდომია: https://www.researchgate.net/publication/354404359_Th

e_Leniency_of_Personal_Bankruptcy_Regulations_in_the_EU_Countries.

⁴⁰ ხელმისაწვდომია: https://www.researchgate.net/publication/354404359_The_Leniency_of_Personal_Bankruptcy_Regulations_in_the_EU_Countries.

⁴¹ Efrat, Rafael, Global trends in personal bankruptcy. American Bankruptcy Law Journal 76: 81–110.

⁴² Heuer, Jan-Ocko, Rules and Norms of Consumer Insolvency and Debt Relief: A Comparison and Classification of Personal Bankruptcy Systems in 15 Economically Advanced Countries. Ph.D. thesis, University of Bremen, Bremen, Germany, ხელმისაწვდომია: https://media.suub.uni-bremen.de/bitstream/elib/4657/7/PhD-Thesis_Jan-OckoHeuer_SubmittedVersion.pdf.

⁴³ Jia, Ye, The impact of personal bankruptcy law on entrepreneurship. Canadian Journal of Economics 48: 464–493; ხელმისაწვდომია: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1111/caje.12133>.

ზე.⁴⁴ მარტივად რომ ვთქვათ, მეტად ფრთხილია. თუმცა, აქ უნდა აღინიშნოს ისიც, რომ ევროპის ზოგიერთ სახელმწიფოში, მაგალითად, შვედეთში, დანიასა და პოლონეთში, შეინიშნება ამერიკული მოდელების გავლენა და საკანონმდებლო რეფორმების ლიბერალური ხასიათი. აქვე მხედველობაშია მისაღები ის ფაქტიც, რომ 2005 წელს ამერიკის „გაკოტრების ბოროტად გამოყენების პრევენციისა და მომხმარებელთა დაცვის აქტის“ ამოქმედებით ამერიკული მოდელიც გარკვეულწილად დაუახლოვდა ევროპულს.⁴⁵

ზემოაღნიშნულიდან გამომდინარე, როგორც კონტინენტური ევროპისა და ანგლო-ამერიკული სამართლის ქვეყნების საკანონმდებლო ანალიზის შედეგად ჩანს, მსოფლიოში ქვეყნების უმრავლესობა იცნობს ფიზიკური პირების გადახდისუუნარობის საქმის წარმოების შესაძლებლობას და ეს, თავისთავად, ნორმატიულ დონეზეა მონესრიგებული. შესაბამისად, ვინაიდან, ჩვენს ქვეყანაში ჭარბვალიანობა დღეს ერთერთ მნიშვნელოვან გამონკვევად რჩება, საჭიროა, საზოგადოებას შევთავაზოთ მოქნილი მექანიზმი, რომელიც ადამიანების ფინანსურ მდგომარეობას გარკვეულწილად შეამსუბუქებს, შესაძლებლობას მისცემს დაუბრუნდნენ ნორმალურ სოციალურ მდგომარეობას. აღნიშნულის უზრუნველსაყოფად, ერთადერთი ოპტიმალური გზა სწორედ, რომ ევროპული და ანგლო-ამერიკული ქვეყნების საუკეთესო პრაქტიკის ანალიზის საფუძველზე, საკანონმდებლო ცვლილებების შემუშავებაშია.

ანგლოამერიკული და კონტინენტური ევროპის ქვეყნების საუკეთესო პრაქტიკის საფუძველზე, საჭიროა შეიქმნას ისეთი საკანონმდებლო ჩარჩო, რომელიც შესაძლებლობას მისცემს ფიზიკურ პირებს, დაძლიონ ჭარბი ვალი, რაც არა მხოლოდ კონკრეტული ადამიანისთვის იქნება ხსნა და გამოსავალი, არამედ, სამომავლო პერსპექტივაში მნიშვნელოვნად გააუმჯობესებს ქვეყნის ეკონომიკურ-სოციალურ მდგომარეობას, რაც დღეს ერთ-ერთ ძირითად გამოწვევას წარმოადგენს.

ვინაიდან, საქართველო განვითარებადი ქვეყანაა, რომელიც კანონმდებლობის სრულყოფას, სხვადასხვა სფეროს მონესრიგებისთვის, ეტაპობრივად ახორციელებს, შესაძლებლობა გვაქვს, განვითარებული და წარმატებული ქვეყნების მაგალითზე ჩამოვაყალიბოთ სფეროს ისეთი რეგულირება, რომელიც სინთეზურად მოიცავს სხვადასხვა ქვეყნების საუკეთესო პრაქტიკას. რა თქმა უნდა, სხვა ქვეყნის კანონმდებლობის პირდაპირ გადმოტანა ჩვენს ქვეყანაში არა თუ სასარგებლო, არამედ პირიქით, შესაძლოა დამანგრეველიც იყოს, რადგან აქ გასათვალისწინებელია საზოგადოების მზაობა კონკრეტული ცვლილებების მიმართ, მათი ცნობიერების დონე, სოციალური ფონი და ტრადიციებიც კი. შესაბამისად, ჩვენ აქ ერთგვარი პრივილეგია გვაქვს იმისა, რომ რამდენიმე ქვეყნის საუკეთესო პრაქტიკის მაგალითზე შევქმნათ ისეთი სინთეზური რეგულაციები, რომლებიც სრულად იქნება მორგებული ჩვენს რეალობას.

⁴⁴ Ramsay, Iain, Between neo-liberalism and the social market: Approaches to debt adjustment and consumer insolvency in the EU. *Journal of Consum Policy* 35: 421–441.

⁴⁵ ხელმისაწვდომია: https://www.researchgate.net/publication/354404359_The_Leniency_of_Personal_Bankruptcy_Regulations_in_the_EU_Countries

საქართველოს კონსტიტუციის მე-8 მუხლის ნორმატიული შინაარსი: ნეიტრალურობა და პარიტეტი ტრადიციულად ქრისტიანულ ქვეყანაში

დავით მაისურაძე

თსუ, თინათინ წერეთლის სახელობის სახელმწიფოსა და სამართლის ინსტიტუტის მეცნიერი თანამშრომელი,
იურიდიული ფაკულტეტის უფროსი სპეციალისტი

საქართველოს კონსტიტუციის მე-8 მუხლი ადგენს მართლმადიდებელი ეკლესიის ორ ძირითად უპირატესობას სხვა რელიგიურ გაერთიანებებთან შედარებით: 1. სახელმწიფო აღიარებს მის განსაკუთრებულ როლს საქართველოს ისტორიაში და 2. მასთან ურთიერთობას განსაზღვრავს კონსტიტუციური შეთანხმებით. განსაკუთრებული ისტორიული როლის აღიარება არ შეიძლება მხოლოდ ნომინალურ დათქმად მივიჩნიოთ, მას აქვს ნორმატიული შინაარსიც. კონსტიტუციური შეთანხმებით ურთიერთობის მოწესრიგება კი ორ ასპექტში წარმოადგენს კონსტიტუციურ პრივილეგიას: უპირველესად, სხვა რელიგიურ გაერთიანებებთან სახელმწიფოს ურთიერთობებს უფრო დაბალი რანგის საკანონმდებლო ან კანონქვემდებარე აქტები არეგულირებენ, რის გამოც მართლმადიდებელი ეკლესიისა და სხვა გაერთიანებათა ერთი და იმავე შინაარსის მქონე უფლებები (მაგ., სამხედრო სამსახურისგან გათავისუფლება, საეკლესიო საკუთრების დაცვა, საგადასახადო შეღავათები) სხვადასხვა ხარისხითაა დაცული: დაბალი რანგის საკანონმდებლო აქტის ცვლილება გაცილებით მარტივი პროცედურით ხდება, ვიდრე კონსტიტუციური შეთანხმებისა. უპირატესობის მეორე ასპექტი კი ისაა, რომ კონსტიტუციური შეთანხმება არის შეთანხმება, ე. ი. ურთიერთობის საკანონმდებლო მოწესრიგებაში თავად

მართლმადიდებელი ეკლესიის აქტიური მონაწილეობა კანონითაა უზრუნველყოფილი, რაც, სხვა რელიგიურ გაერთიანებათა შემთხვევაში, მხოლოდ სახელმწიფოს კეთილ ნებაზეა დამოკიდებული. ეკლესიის ასეთი პრივილეგირება *per se* არც კონსტიტუციას ეწინააღმდეგება (კონსტიტუციის საწინააღმდეგო ვერ იქნება თავად კონსტიტუცია) და არც საერთაშორისო-სამართლებრივ მოთხოვნებს, რადგან იგი უშუალო ზეგავლენას არ ახდენს ადამიანის ძირითად უფლებებზე.¹

გარდა ამისა, საქართველოს კონსტიტუციის მე-8 მუხლით აღიარებულია მართლმადიდებელი ეკლესიის განსაკუთრებული როლი საქართველოს ისტორიაში. კონსტიტუციური შეთანხმების პრეამბულის მიხედვით კი მართლმადიდებლურმა ქრისტიანობამ „ჩამოაყალიბა მრავალსაუკუნოვანი ქართული კულტურა, ეროვნული მსოფლმხედველობა და ფასეულობები“. საკითხავია, ამ დათქმებს უმაღლესი რანგის საკანონმდებლო აქტებში მხოლოდ სიმბოლური დეკლარაციული ხასიათი აქვს თუ გარკვეულ ნორმატიულ შინაარსსაც შეიცავს. ამ საკითხზე პასუხის გასაცემად შეიძლება განხილულ იქნას გერმანულ ლიტერატურაში გამოთქმული მოსაზრებებიც.

ზოგადად, რომელიმე რელიგიის ტრადიციულობა და განსაკუთრებული ისტორიული როლი

¹ EKMR, DR 5, 157; *Grabenwarter/Pabel*, EMRK, § 22, Rn. 96; *Charrier*, Code de la CEDH, 2005, Art. 9, Rn. 0536; *Classen*, Religionsrecht, 2. Aufl., 2015, 55.

ქვეყნის კულტურულ ღირებულებათა ჩამოყალიბებაში სახელმწიფოსთვის წარმოადგენს გამონვევას ნეიტრალურობისა და პარიტეტის პრინციპების სათანადოდ განხორციელებაში.² საქართველოს მსგავსად, გერმანიის ფედერაციული რესპუბლიკაც, თავისი კულტურითა და მართლწესრიგით ქრისტიანულ საწყისებზეა აგებული. ორივე ქვეყანაში დღევანდელი სოციალური ღირებულებები მეტწილად სწორედ ქრისტიანულმა ტრადიციამ განსაზღვრა. გარდა ამისა, როგორც გერმანიის, ისე საქართველოს ისტორია თუ მხატვრული ლიტერატურა ქრისტიანული ტრადიციების ცოდნის გარეშე რთული გასააზრებელი იქნებოდა,³ ამიტომ განათლების სისტემაზე რელიგიური შინაარსისაგან სრულიად დაცლილი ვერ იქნება.

ამ ფონზე არაა გასაკვირი, რომ გერმანიის საკონსტიტუციო სასამართლოც საქართველოს კონსტიტუციის მე-8 მუხლის მსგავს ფორმულირებას გვთავაზობს და მიიჩნევს, რომ სახელმწიფომ ხაზი არ უნდა გადაუსვას იმ კულტურულ ფასეულობებსა და შეხედულებებს, რომელთა ისტორიულად ჩამოყალიბებაშიც ქრისტიანულმა სარწმუნოებამ და ეკლესიებმა იქონიეს გადაამწყვეტი გავლენა.⁴ ამ ისტორიულ-კულტურული როლის აღიარების სამართლებრივ შედეგს კი გერმანიის საკონსტიტუციო სასამართლო იმაში ხედავს, რომ სახელმწიფოს მიერ საზოგადოებრივ ცხოვრებაში ქრისტიანული ელემენტის გარკვეულ პრივილეგირებას არა მხოლოდ დასაშვებად, არამედ აუცილებლადაც მიიჩნევს, მაგრამ მხოლოდ იმ ფარგლებში, რა ფარგლებშიც ეს პრივილეგია რელიგიურად ნეიტრალური საფუძვლითაც შეიძლება იქნას ლეგიტიმირებული.⁵ ასეთი ნეიტრალური საფუძველი კი სახეზეა მაშინ, როცა ქრისტიანობიდან მომდინარე ესა თუ ის ტრადიცია ეროვნული კულტურული მემკვიდრეობის ნაწილადაა ქცეული და მხოლოდ რელიგიური დატვირთვა აღარ აქვს.

ქრისტიანული საწყისები კანონმდებლობაშიც საგრძნობია. გერმანიის ძირითადი კანონი იწყება იმის დეკლარირებით, რომ ეს ფუძემ-

დებლური აქტი გერმანელმა ხალხმა „ღვთისა და ერის წინაშე პასუხისმგებლობის გააზრებით“ მიიღო. საქართველოს კონსტიტუციაც, მისივე პრეამბულის თანახმად, „ღვთისა და ქვეყნის წინაშე“ გამოცხადებული. როგორც საქართველოს⁶ (კონსტიტუციის 51 I მუხლი), ისე გერმანიის⁷ პრეზიდენტი (ძირითადი კანონის 56-ე მუხლი) თანამდებობის დაკავების წინ რელიგიური შინაარსის ფიცს დებს. მართალია, ფიცის ტექსტში კონკრეტული რელიგია არაა გამოკვეთილი, მაგრამ ცხადია, ორივე შემთხვევაში ეს სიმბოლური ფიცი ქრისტიანული სულისკვეთების მატარებელია. გერმანიაში, ზოგიერთი მიწის კონსტიტუციაში პირდაპირაა მითითებული, რომ ბავშვთა აღზრდის მიზანი ქრისტიანულ ღირებულებათა გადაცემაა.⁸

ქრისტიანობის გავლენა განსაკუთრებით თვალშისაცემია უქმე დღეების საკანონმდებლო მონესრიგებაში. საქართველოს შრომის კოდექსის მე-20 მუხლით გათვალისწინებული 13 უქმე დღესასწაულიდან 7 ქრისტიანულია. დარჩენილი ექვსიდან კი ერთ-ერთია ახალი წელი, რომლის თარიღიც ისტორიულად აგრეთვე ქრისტიანულ შობას უკავშირდება. გერმანიაშიც, თუ არ ჩავთვლით ახალ წელს, 1 მაისსა (შრომის დღე) და 3 ოქტომბერს (ერთიანობის დღე), ყველა უქმე დღე ტრადიციული ქრისტიანული დღესასწაულია.⁹ მიუხედავად იმისა, რომ კანონით განვირეულ უქმე დღეებში სხვა რელიგიის დღესასწაულები გათვალისწინებული არაა, ეს მაინც არ შეიძლება ჩაითვალოს პარიტეტის დარღვევად, რადგანაც ყველა რელიგიური უქმე დღე იმავედროულად ეროვნული სახალხო დღესასწაულიცაა და როგორც საქართველოში, ისე გერმანიაში, მათ მხოლოდ საეკლესიო დატვირთვა არ აქვთ. გარდა ამისა, შრომის კოდექსის მე-20 მუხლის მე-2 ნაწილის თანახმად, დასაქმებული უფლებამოსილია კანონით დადგენილი უქმე დღეების ნაცვლად მოითხოვოს სხვა დასვენების დღეები, რაც უზრუნველყოფს პირადი რწმენისა და აღმსარებლობის სათანადოდ დაცვასაც.

² Classen, Religionsrecht, 2. Aufl., 2015, 65.

³ იქვე.

⁴ BVerfGE 93, 1 (22).

⁵ BVerfGE 93, 1 (19).

⁶ „ღვთისა და ერის წინაშე ვფიცავ...“

⁷ „So wahr mir Gott helfe“, „ღმერთი იყოს ჩემი შემწე“.

⁸ Classen, Religionsrecht, 2. Aufl., 2015, 67.

⁹ Classen, Religionsrecht, 2. Aufl., 2015, 66.

რელიგიური დღესასწაულების უქმე დღეებად აღიარება საინტერესოა სახელმწიფოსა და რელიგიური გაერთიანებების ურთიერთდამოუკიდებლობის თვალსაზრისითაც. სახელმწიფოს არ აქვს უფლება, დააფუძნოს რელიგიური დღესასწაული ან მისი თარიღი. ამის უფლებამოსილება მხოლოდ რელიგიურ გაერთიანებას აქვს. ამიტომ სახელმწიფო, რელიგიური დღესასწაულების შემთხვევაში, კანონით უქმე დღეებს კი არ აფუძნებს, არამედ უკვე არსებულ ეროვნულ დღესასწაულს აღიარებს და ამ აღიარებით, ფაქტობრივად რელიგიურ გაერთიანებაზე დამოკიდებული ხდება. ეს დამოკიდებულება განსაკუთრებით თვალნათელია აღდგომის შემთხვევაში, რომელიც მოძრავია და რომლის თარიღსაც ყოველწლიურად მართლმადიდებელი ეკლესია განსაზღვრავს. მიუხედავად ურთიერთდამოუკიდებლობის პრინციპიდან გადახვევისა, სააღდგომო დღეების გამოცხადება უქმე დღედ მაინც ლეგიტიმურია ამ დღესასწაულის არა მხოლოდ დიდი რელიგიური, არამედ საქართველოში მისი განსაკუთრებული სოციალური მნიშვნელობის გათვალისწინებითაც.

ქრისტიანული საფუძველი აქვს აგრეთვე კვირა დღის დასვენების დღედ გამოცხადებას. გერმანიაში კვირა დღეს დასვენების უფლება ვაიმარის კონსტიტუციის 139-ე მუხლით კონსტიტუციურ დონეზეა დაცული. კონსტიტუციური შეთანხმების 1-ლი მუხლის მე-6 ნაწილით კვირა დასვენების დღედაა გამოცხადებული საქართველოშიც. ამით სხვა აღმსარებლობის მქონე პირები ფაქტობრივად შეზღუდულები არიან:¹⁰ მაგალითად, იუდეველისთვის – შაბათი, ხოლო მუსლიმისთვის პარასკევია წმინდა დღე და მათთვის გაცილებით რთულია სამსახურისა და რელიგიური აღმსარებლობის შეთავსება, ვიდრე ნებისმიერი ქრისტიანისთვის. მიუხე-

დავად ამისა, არც ამ შემთხვევაში გვაქვს საქმე დისკრიმინაციასთან. კვირის ნებისმიერი სხვა დღის გამოცხადება დასვენების დღედ ამავე პრობლემას გამოიწვევდა, ამიტომ ერთადერთი გამართლებული გზა ქვეყნის რელიგიური, კულტურული და სოციალური ტრადიციების გათვალისწინებაა, რაც ერთმნიშვნელოვნად კვირა დღის სასარგებლოდ მეტყველებს.

ქრისტიანულის ეროვნულად ქცევის ყველაზე თვალსაჩინო მაგალითია საქართველოს სახელმწიფო სიმბოლიკა. საქართველოს დროშაზე ხუთი ჯვარია გამოსახული,¹¹ გერბზე კი ტრადიციული ქრისტიანული იკონოგრაფიით წარმოდგენილია წმინდა გიორგის გამოსახულება. გერბი დაგვირგვინებულია ჯვრიანი გვირგვინით.¹² სახელმწიფო სიმბოლიკის ანალოგიით, ჯვარი, წმინდანთა გამოსახულებები ანდა სხვა ქრისტიანული სიმბოლოები თითქმის ყველა მუნიციპალიტეტის,¹³ თვითმმართველი ქალაქისა¹⁴ და ავტონომიური რესპუბლიკის¹⁵ დროშებზე და გერბებზე მეორდება. ქრისტიანული სიმბოლოებითაა დატვირთული აგრეთვე საქართველოს პრეზიდენტის რეგალიები¹⁶ და სამხედრო სიმბოლიკა.¹⁷ სახელმწიფოს ასეთი რეპრეზენტაცია, საქართველოს შემთხვევაში, ვერ იქნება მიჩნეული ქრისტიანულ რელიგიასთან ანდა რელიგიურ გაერთიანებასთან მართლსაწინააღმდეგო თვითიდენტიფიკაციად, რადგან ქრისტიანობიდან მომდინარე ყველა ეს სიმბოლო ისტორიულად ჩამოყალიბდა და იქცა ეროვნული იდენტობისა და კულტურის ნაწილად და დღესაც არ აღიქმება მხოლოდ და მხოლოდ რელიგიური დატვირთვის ნიშნებად. ნიშანდობლივია, რომ საქართველოში სამართლებრივ პრაქტიკაშიც არც ერთი მაგალითი არ მოიძებნება იმისა, რომ სხვა რელიგიის აღმსარებელი სახელმწიფოს ასეთ რეპრეზენტაციას საკუთარი რწ-

¹⁰ Sacksofsky, Religiöse Freiheit als Gefahr? VVDStRL 68, 2009, 7 (36).

¹¹ საქართველოს ორგანული კანონი საქართველოს სახელმწიფო დროშის შესახებ, მუხ. 2.

¹² საქართველოს ორგანული კანონი საქართველოს სახელმწიფო გერბის შესახებ, მუხ. 3.

¹³ იხ. მუნიციპალიტეტების გერბები და დროშები საქართველოს პარლამენტთან არსებული ჰერალდიკის ეროვნული საბჭოს ოფიციალურ საიტზე: <http://www.heraldika.ge/index.php?m=41> <07.02.2023>.

¹⁴ იხ. იქვე, თვითმმართველი ქალაქების სიმბოლიკა: <http://www.heraldika.ge/index.php?m=42> <07.02.2023>.

¹⁵ იხ. იქვე, ავტონომიური რესპუბლიკების სიმბოლიკა: <http://www.heraldika.ge/index.php?m=43> <07.02.2023>.

¹⁶ იხ. იქვე, რეგალიები: <http://www.heraldika.ge/index.php?m=32> <07.02.2023>.

¹⁷ იხ. იქვე, სამხედრო სიმბოლიკა: <http://www.heraldika.ge/index.php?m=31> <07.02.2023>.

მენისა და აღმსარებლობის შეზღუდვად თვლი-
დეს.

რომელიმე რელიგიის წამყვანი როლი ქვეყ-
ნის ისტორიაში, კულტურასა და საზოგადოებ-
რივ ცხოვრებაში, რა თქმა უნდა, გავლენას ახ-
დენს პოლიტიკურ გადაწყვეტილებებზედაც.
მრავალსაუკუნოვანი ქრისტიანული ტრადიციე-
ბის მქონე ქვეყნებში, სადაც ეს ტრადიციები უკ-
ვე კულტურის ნაწილადაა ქცეული, გარკვეული
პოლიტიკური გადაწყვეტილებები აუცილებ-
ლად უფრო ახლოს იქნება ქრისტიანულ შეხე-
დულებებთან, ვიდრე სხვა რელიგიათა მსოფლ-
მხედველობასთან.¹⁸ მანამ, სანამ ეს გაუცნობი-
ერებლად ხდება და არ ზღუდავს სხვათა უფლე-
ბებს, ასეთი გადაწყვეტილებებიც დემოკრატი-
ული პროცესითაა ლეგიტიმირებული.¹⁹

ამრიგად, საქართველოს კონსტიტუციის მე-8
მუხლით საქართველოს ისტორიაში მართლ-
მადიდებელი ეკლესიის განსაკუთრებული რო-
ლის აღიარება ნორმატიული შინაარსის მქონეა
და გულისხმობს სახელმწიფოს მიერ ნეიტრა-
ლურობისა და პარიტეტის პრინციპებიდან გა-
დახვევის დასაშვებობას იმ ფარგლებში, რა ფა-
რგლებშიც ამას ამართლებს ქრისტიანული
ტრადიციების ქცევა ეროვნული კულტურისა
და სოციალური ფასეულობების ნაწილად. ეს
პრინციპი, მიუხედავად იმისა, არის თუ არა კა-
ნონმდებლობით პირდაპირ გათვალისწინებუ-
ლი, ფაქტობრივად, მოქმედებს ყველა იმ ქვეყა-
ნაში, სადაც ქრისტიანობა ტრადიციული რელი-
გიაა.

¹⁸ *Classen, Religionsrecht*, 2. Aufl., 2015, 67.

¹⁹ *Möllers, Religiöse Freiheit als Gefahr? VVDStRL* 68,
2009, 47 (57).

განზრახვა და მისი სახეები

ასისტ. პროფ. დოქ. თემურ ცქიტიშვილი

თსუ, თინათინ წერეთლის სახელობის სახელმწიფოსა და სამართლის ინსტიტუტი

1. განზრახვის არსი და არასაკანონმდებლო სახეები

დანაშაული შეიძლება განხორციელდეს განზრახ ან განზრახვის გარეშე. ზოგიერთი დანაშაული შეიძლება განხორციელდეს როგორც განზრახ, ისე გაუფრთხილებლობით. მაგალითად, სხვისთვის განსაკუთრებით საშიში ინფექციური დაავადების შეყრა (132-ე მუხ., მე-2 ნაწილი). მაგრამ არსებობს დანაშაულები, რომელთა განხორციელება მხოლოდ განზრახ შეიძლება. ასეთია ძალადობა (126-ე მუხ.), გაუპატიურება (137-ე მუხ.), თავისუფლების უკანონო აღკვეთა (143-ე მუხ.) და სხვა.

განზრახვის არსთან და მნიშვნელობასთან დაკავშირებით სისხლის სამართლის ლიტერატურაში დღემდე არაერთგვაროვანი შეხედულებაა გამოთქმული, კერძოდ, განზრახვა არის ქმედების შემადგენლობის ნიშანი თუ ბრალის ფორ-

მა. თუ დანაშაულის კლასიკური და ნეოკლასიკური მოძღვრება განზრახვას ბრალის ფორმად განიხილავს¹ დანაშაულის ნორმატიული მოძღვრების შესაბამისად, განზრახვა ქმედების სუბიექტური შემადგენლობის ნიშანია,² რომლის დადგენაც მნიშვნელოვანია სსკ-ის ამა თუ იმ მუხლით ქმედების კვალიფიკაციისთვის. განზრახვის გარეშე გამოირიცხება ზოგიერთი ტიპის უმართლობის განხორციელება. მაგალითად, ეს ეხება მკვლელობის უმართლობას, რომელიც გულისხმობს მხოლოდ განზრახ ქმედებას და გამოირიცხავს გაუფრთხილებლობას. მკვლელობა არის სხვისი სიცოცხლის განზრახი ხელყოფა. შესაბამისად, განზრახვა მნიშვნელოვან როლს თამაშობს უმართლობის ტიპის განსაზღვრაში. განზრახვა არა მხოლოდ უმართლობის ტიპს შეიძლება განსაზღვრავდეს, არამედ უმართლობის და ქმედების სოციალური საშიშროების ხარისხსაც.³ განზრახ მკვლელობა საზოგადო-

¹ ქართულ სისხლის სამართლის მეცნიერებაში განზრახვას ბრალის ფორმად მიიჩნევენ ავტორთა ერთი ნაწილი: ალ. ვაჩიშვილი, დანაშაულის სუბიექტური მხარე საბჭოთა სისხლის სამართალში, თბ., 1957, გვ. 190; თ. წერეთელი, ვ. მაყაშვილი, ნიგნში: თ. წერეთელი, გ. ტყეშელიაძე, (რედ.), საქართველოს სსრ სისხლის სამართლის კოდექსის კომენტარები, თბ., 1976, გვ. 47; გ. ტყეშელიაძე, ნიგნში: სისხლის სამართლის ზოგადი ნაწილი, სახელმძღვანელო, თბ., 2007, გვ. 128; გ. ნაჭყებია, ნ. თოდუა, ნიგნში: გ. ნაჭყებია, ნ. თოდუა, (რედ.), სისხლის სამართალი, ზოგადი ნაწილი, სახელმძღვანელო, მეოთხე გამოცემა, თბ., 2019, გვ. 259, 264-265; ლ-გ. კუტალია, ბრალი სისხლის სამართალში, თბ., 2001, გვ. 833; მ. ლეკვიშვილი, ნიგნში: გ. ნაჭყებია, ნ. თოდუა, (რედ.), სისხლის სამართალი, ზოგადი ნაწილი, სახელმძღვანელო, მეოთხე გამოცემა, თბ., 2019, გვ. 129.

² ქართულ სისხლის სამართალში ნორმატიულ მოძღვრებას იზიარებენ: ო. გამყრელიძე, შერაცხვის პრობლემა

სისხლის სამართალში და ბრალის ნორმატიული ცნების დასაბუთების ცდა, კრებულში: სისხლის სამართლის კანონმდებლობისა და თანამედროვე კრიმინოლოგიის პრობლემები, ეძღვნება თ. შავგულიძის 75 წლის იუბილეს, თბ., 2006, გვ. 37-38; მ. ტურავა, სისხლის სამართალი, ზოგადი ნაწილი, დანაშაულის მოძღვრება, თბ., 2011, გვ. 264.

³ თ. შავგულიძე, აუცილებელი მოგერიების მართლობიერების საფუძველი საბჭოთა სისხლის სამართლის მიხედვით, მეცნიერებათა აკადემიის ეკონომიკი ინსტიტუტის შრომები, ტ. XIII, 1962, გვ. 75; თ. შავგულიძე, ლ. სურგულაძე, საზოგადოებრივი საშიშროების გამომრიცხველი გარემოებანი სისხლის სამართლის კანონმდებლობაში, თბ., 1988, გვ. 14-15; გ. ტყეშელიაძე, ნიგნში: სისხლის სამართლის ზოგადი ნაწილი, სახელმძღვანელო, თბ., 2007, გვ. 128; გ. ნაჭყებია, სისხლის სამართალი, ზოგადი ნაწილი, სახელმძღვანელო, თბ., 2015, გვ. 421.

დობრივად უფრო საშიში ქმედებაა, ვიდრე გაუფრთხილებლობით სხვისი სიცოცხლის ხელყოფა. თუმცა, განზრახვის მნიშვნელობა ამით არ შემოიფარგლება და ის მხედველობაში მიიღება ბრალის ხარისხის განსაზღვრის თვალსაზრისითაც.⁴ ის ვინც განზრახ ჩადის დანაშაულს, უფრო მკაცრად იკიცხება იმასთან შედარებით, ვინც გაუფრთხილებლობით მოქმედებდა.

განზრახვას ლაკონურად განმარტავენ როგორც ცოდნას და ნებელობას ქმედების შემადგენლობის განხორციელებასთან დაკავშირებით,⁵ ქმედების შემადგენლობის ნიშნებთან მიმართებით. რასაკვირველია, იგულისხმება ცოდნა ქმედების ობიექტური შემადგენლობის ნიშნებისადმი. ხოლო ნებელობა ქმედების საკანონმდებლო შემადგენლობისადმი. ცოდნა და ნებელობა დგინდება არა აბსტრაქტულად, არამედ ცალკეული გარემოებების მიმართ. განზრახვის საყრდენი ელემენტია ის გარემოებები, რომლებიც ქმედების შემადგენლობას ეკუთვნის.⁶ განზრახვის აღნიშნული დეფინიციიდან გამომდინარეობს, რომ განზრახვა ორი ელემენტისგან შედგება. ესენია ინტელექტუალური (კოგნიტური) და ნებელობითი (ვოლუნტატური) ელემენტები.

როდესაც საუბარია ქმედების შემადგენლობის ნიშნებისადმი ცოდნაზე, იგულისხმება ცოდნა ისეთ ნიშნებთან მიმართებით, როგორცაა: ქმედების ობიექტი, მიზეზობრივი კავშირის განვითარება, დანაშაულის საგანი, ხერხი. განზრახ მკვლელობისთვის მნიშვნელოვანია იმის

დადგენა, თუ როგორი წარმოდგენა ჰქონდა მოქმედ პირს ქმედების ობიექტთან დაკავშირებით. იცოდა თუ არა ის, რომ მისი ქმედებით მოკვდებოდა არა ცხოველი, არამედ ადამიანი. ვინაიდან განზრახ მკვლელობის შემადგენლობა იცავს მხოლოდ ადამიანის სიცოცხლეს, სწორედ ადამიანს უნდა განიხილავდეს მოქმედი პირი მისი ქმედების, დანაშაულებრივი ზემოქმედების ობიექტად. თუ მოქმედ პირს ჰგონია, რომ კლავს ცხოველს და შედეგად დგება ადამიანის სიცოცხლის ხელყოფა, სახეზე იქნება არა მკვლელობის, არამედ გაუფრთხილებლობით სიცოცხლის მოსპობის შემადგენლობა.

ქმედების ობიექტში შეცდომის დროს შეიძლება მოხდეს პირიქითაც. შეიძლება მოქმედ პირს სურდეს ადამიანის სიცოცხლის ხელყოფა და დაშვებული შეცდომის გამო დააზიანოს ნივთი, კერამიკის ფიგურა. მოცემულ შემთხვევაში გამოირიცხება მკვლელობის შემადგენლობა და სახეზე იქნება მკვლელობის მცდელობა უფარვის ობიექტზე. ხოლო დამდგარ შედეგთან, ნივთის დაზიანებასთან მიმართებით განზრახვა გამოირიცხება, ვინაიდან მოქმედ პირს სურდა არა ნივთის დაზიანება, არამედ სხვისი სიცოცხლის ხელყოფა. სახეზეა ქმედების შემადგენლობასთან დაკავშირებული შეცდომა⁷ შესაბამისად, ქმედება დანაშაულთა ერთობლიობის წესით დაკვალიფიცირდება როგორც მკვლელობის მცდელობა და გაუფრთხილებლობით სხვისი ნივთის (ქონების) დაზიანება-განადგურება.

⁴ ო. გამყრელიძე, შერაცხვის პრობლემა სისხლის სამართალში და ბრალის ნორმატიული ცნების დასაბუთების ცდა, კრებულში: სისხლის სამართლის კანონმდებლობისა და თანამედროვე კრიმინოლოგიის პრობლემები, ეძღვნება თ. შავგულიძის 75 წლის იუბილეს, თბ., 2006, გვ. 374; მ. ტურავა, სისხლის სამართალი, ზოგადი ნაწილი, დანაშაულის მოძღვრება, თბ., 2011, გვ. 264.

⁵ Eisele, in: Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Lehrbuch, 12. Auflage, Bielefeld, 2016, S. 249, §11 Rn. 7. განზრახვის აღნიშნულ განმარტებასთან დაკავშირებით ქართულ სისხლის სამართლის ლიტერატურაში კრიტიკული მოსაზრება გამოითქვა და აღინიშნა, რომ ასეთი განმარტების შესაძლებლობას ქართული სსკ-ის მე-9 მუხლი არ იძლევა, ვინაიდან აღნიშნული ნორმის თანახმად, არაპირდაპირი განზრახვა, რომელიც განზრახვის ერთ-ერთი სახეა, არ გულისხმობს სურვილს დანაშაულებრივ შედეგთან მიმართებით. იხ. ქ. მჭედლიშვილი-ჭედრიხი, კაზუსის ამოხსნის მეთოდიკა სისხლის სამართალში, თბ., 2010, გვ. 89. თუმცა, საკამათო შეიძლება იყოს ნებელობის დაყვანა სურვილამდე, ნებელობის და სურვილის გაიგივება, ისევე

როგორც არასწორია სურვილის და ნდომის გაიგივება. საგულისხმოა მოსაზრება, რომელიც არაპირდაპირი განზრახვის დროს ნებელობას კი არ გამოირიცხავს, არამედ მიუთითებს ცოდნის და ნებელობის სხვადასხვა ხარისხზე განზრახვის სახეების (გამიზვნა, პირველი და მეორე ხარისხის პირდაპირი განზრახვა და არაპირდაპირი განზრახვა) მიხედვით. Eisele, ebenda, S. 250, §11 Rn. 10. მიუხედავად იმისა, რომ დასახელებული ავტორი არაპირდაპირ განზრახვას და თვითიმედოვნებას მხოლოდ ნებელობის მიხედვით მიჯნავს, რაც ასავე საკამათოა, გასაზიარებელია მოსაზრება, რომლის თანახმადაც სურვილი და ნებელობა, სურვილი და ნდომა, ერთმანეთზე არ დაიყვანება. მოცემული მსჯელობის მიუხედავად არ გამოირიცხება ის, რომ სურვილი არის განზრახვის ნებელობითი ანუ ვოლუნტატური ელემენტი.

⁶ Heinrich B., Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Auflage, 2012, S. 108, Rn.264-266.

⁷ Heinrich B., Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Auflage, 2012, S. 504, Rn. 1101.

მაშინ, როცა ქმედების ობიექტში შეცდომამ ცალკეულ შემთხვევებში განზრახვა შეიძლება გამორიცხოს, განზრახვა არ გამოირიცხება დანაშაულის მსხვერპლის პიროვნებაში შეცდომის (**error in persona**) დროს, რაც გამომდინარეობს სამართლებრივ სიკეთეთა თანაბარმნიშვნელობიდან. მკვლელობის განზრახვისთვის მნიშვნელოვანია იმის ცოდნა და სურვილი, რომ საქმე ეხება სხვა ადამიანის სიცოცხლის ხელყოფას. მკვლელობის განზრახვისთვის არა აქვს გადამწყვეტი მნიშვნელობა იმას, ვინ არის ეს ადამიანი. მკვლელობის შემადგენლობა იცავს სხვა ადამიანის სიცოცხლეს, განურჩევლად იმისა, თუ ვის ეკუთვნის ის. სამართლისთვის ყველა ადამიანის სიცოცხლე არის თანაბარღირებულნი.⁸

მსხვერპლის პიროვნებაში შეცდომა მაშინ ახდენს გავლენას ქმედების კვალიფიკაციაზე, როცა პირი, რომლის მიმართაც იქნა შეცდომა დაშვებული, განსხვავებული სამართლებრივი დაცვის რეჟიმში იმყოფება. მაგალითად, სსკ-ის 325-ე მუხლით ისჯება საქართველოს სახელმწიფო-პოლიტიკური თანამდებობის პირზე თავდასხმა. მართალია, აღნიშნული ქმედება განხორციელებული უნდა იყოს მსხვერპლის სახელმწიფოებრივ მოღვაწეობასთან დაკავშირებით, მაგრამ რაც მთავარია, მსხვერპლის პიროვნება მნიშვნელოვანია დასახელებული მუხლით ქმედების კვალიფიკაციისთვის. ასეთ დროს, ბუნებრივია, ქმედების კვალიფიკაციაზე ასახვას პოვებს შეცდომა მსხვერპლის პიროვნებაში. გასათვალისწინებელია ისიც, რომ 325-ე მუხლის დისპოზიციაში სიტყვა „ხელყოფა“ ფართო გაგებითაა გამოყენებული და გულისხმობს სამართლებრივი სიკეთის არა მხოლოდ ხელყოფის, არამედ ხელყოფის მცდელობის სტადიასაც. შესაბამისად, საკამათოდ უნდა მივიჩნოთ აღნიშნულ შემთხვევაში ქმედების ისეთი კვალიფიკაცია, რომელსაც ზოგიერთი ავტორი გვთავაზობს (19, 325-ე მუხლით).⁹

შეხედულება, რომლის შესაბამისადაც, მსხვერპლის პიროვნებაში შეცდომა განზრახვას არ გამოირიცხავს, გაბატონებულ შეხედულებად ითვლება. განსახილველ საკითხზე არსებობს სხვა მოსაზრებაც, რომელიც უმცირესობის შეხედულებად ითვლება და გულისხმობს ქმედების ორმაგ კვალიფიკაციას, როგორც განზრახვი, ისე გაუფრთხილებლობითი დანაშაულის მუხლით. აღნიშნული მოძღვრება კონკრეტიზაციის თეორიის სახელწოდებითაა ცნობილი.

პიროვნებაში შეცდომისგან უნდა განვასხვაოთ აცდენილი ისრის შემთხვევა (**aberratio ictus**), რომელიც სახეზეა მაშინ, როცა ზიანდება არა ის ობიექტი, რომელსაც დამნაშავემ დაუმიზნა, არამედ სხვა, გვერდით მდგომი. აღნიშნულ შემთხვევაში საკითხის გადანყვეტაზე სხვადასხვა მოსაზრება არსებობს.

თანაბარღირებულების თეორიის მიხედვით ობიექტის თანაბარღირებულების დროს აცდენილი ისრის შემთხვევა არ არის გასათვალისწინებელი. პიროვნებაში შეცდომის მსგავსად მოქმედი პირი დამთავრებული განზრახვი დანაშაულისთვის უნდა დაისაჯოს. ვინაიდან სურდა განსაზღვრული სამართლებრივი სიკეთის ხელყოფა და ხელყო კიდეც ეს სამართლებრივი სიკეთე.¹⁰ თუმცა, ასეთ დროს არ შეიძლება მხედველობის მიღმა დარჩეს ის გარემოებაც, რომ ობიექტურად საფრთხე შეექმნა იმ სამართლებრივ სიკეთეს, რომელსაც ტყვია ასცდა, რაც ქმედების კვალიფიკაციის დროს მოითხოვს გათვალისწინებას.¹¹ ქმედების შემადგენლობის აბსტრაქტულ ნიშანზე კანონი არ მოითხოვს განზრახვის კონკრეტიზებას. აღნიშნული თეორიის წინააღმდეგ მიუთითებენ, რომ აცდენილი ისრის შემთხვევაში დამთავრებული განზრახვი დანაშაულის დაშვება ბრალის პრინციპს ეწინააღმდეგება, ვინაიდან დამნაშავე განსაზღვრული ტიპის განზრახვით მოქმედებდა. აღნიშნული თეორიის გამოყენებას პრობლემურად მიიჩნევენ მაშინაც, როცა ქმედებით გარდაცვლილია არა სამიზნე ობიექტი, არამედ სხვა ადამიანი.¹²

⁸ თ. ნერეთელი, წიგნი: მაყაშვილი/მაჭავარიანი/ნერეთელი/შავგულიძე, დანაშაული პიროვნების წინააღმდეგ, თბ., 1980, გვ. 12-13; მ. ტურავა, სისხლის სამართალი, ზოგადი ნაწილი, დანაშაულის მოძღვრება, თბ., 2011, გვ. 513; Heinrich B., *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 3. Auflage, 2012, S. 505, Rn. 1103.

⁹ ი. ხერხეულიძე, წიგნი: გ. ნაჭყებია, ნ. თოდუა, (რედ.), სისხლის სამართალი, ზოგადი ნაწილი, სახელმძღვანელო, მეოთხე გამოცემა, თბ., 2019, გვ. 320.

¹⁰ Heinrich B., *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 3. Auflage, 2012, S. 507, Rn. 1106.

¹¹ თ. ცქიტიშვილი, ადამიანის სიცოცხლისა და ჯანმრთელობისთვის საფრთხის შემქმნელი დელიქტები, თბ., 2015, გვ. 149.

¹² Heinrich B., *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 3. Auflage, 2012, S. 507, Rn. 1106.

განჭვრეტადობის თეორიის მიხედვით, აცდენილი ისრის შემთხვევა მაშინ არ არის გასათვალისწინებელი, როცა თანაბარღირებული ქმედების ობიექტისთვის ქმედების აცდენა იყო განჭვრეტადი. როცა ქმედების ობიექტი არ არის თანაბარღირებული ან ქმედების აცდენა არ იყო განჭვრეტადი, მაშინ ქმედება უნდა დაკვალიფიცირდეს როგორც მცდელობა. მაგალითად, როცა ადამიანის მიმართულებით ნასროლი ტყვია ხვდება არა ადამიანს, არამედ მის გვერდით მდგარ ცხენს. ქმედების კვალიფიკაციის ასეთი დასაბუთება ხდება იმით, რომ აცდენილი ისრის შემთხვევა არის მიზეზობრივი კავშირის განვითარებაში შეცდომის ნაირსახეობა და საკითხიც უნდა გადაწყდეს იმ წესის მიხედვით, რომელიც მოქმედებს მიზეზობრიობაში შეცდომის შემთხვევაში. განსახილველი თეორიის მიხედვით, აცდენილი ისრის შემთხვევაში დამთავრებული განზრახვი დანაშაული მხოლოდ მაშინ გამოირიცხება, როცა მიზეზობრიობის განვითარებაში გადახრა არსებითია.¹³

გაბატონებული შეხედულების მიხედვით, აცდენილი ისრის შემთხვევა წარმოადგენს გასათვალისწინებელ შეცდომის შემთხვევას. დამნაშავე გამიზნულ ობიექტთან მიმართებით შეიძლება დაისაჯოს მხოლოდ მცდელობისთვის, ხოლო ხელყოფილ ობიექტთან მიმართებით გაუფრთხილებლობითი დანაშაულის განხორციელების გამო. საკითხის ასეთი გადაწყვეტა გამომდინარეობს იქიდან, რომ ქმედების ობიექტის მიმართ განზრახვის კონკრეტიზაცია პრინციპულ აუცილებლობას წარმოადგენს.¹⁴

როგორც ზემოთ აღნიშნა, განზრახვა უნდა მოიცავდეს მიზეზობრივი კავშირის განვითარებას, თუ საქმე ეხება შედეგიან დანაშაულს. მაგრამ, აქ მხედველობაშია მიზეზობრივი კავშირის განვითარების არსებითი რგოლი და არა უმნიშვნელო დეტალები, რომელიც გავლენას ვერ ახდენს საერთო სურათზე. მაგალითად, როდესაც დამნაშავე მკვლელობის მიზნით ცურვის არმცოდნე ადამიანს ხიდიდან აგდებს და სასიკვდილო შედეგის დადგომას უშვებს დახრჩობის შედეგად, შეიძლება სასიკვდილო შედეგი დადგეს

არა დახრჩობით, არამედ გულის გახეთქვით, მაგრამ ამის მიუხედავად შედეგისადმი განზრახვი დამოკიდებულება არ გამოირიცხება.

სხვაგვარად გადაწყვეტა საქმე, როცა დამნაშავე მკვლელობის მიზნით დაჭრის ადამიანს, დამნაშავეს ჰგონია რომ მსხვერპლი გარდაიცვალა, მაგრამ მსხვერპლი კვდება იმის გამო, რომ გამვლელმა მანქანამ გადაუარა. მოცემულ შემთხვევაში სახეზეა არსებითი შეცდომა მიზეზობრივი კავშირის განვითარებაში, რის გამოც მოქმედი პირი მხოლოდ დანაშაულის მცდელობისთვის დაისჯება.¹⁵

როგორც უკვე ითქვა, განზრახვა გულისხმობს ქმედების შემადგენლობის ფაქტობრივი გარემოებების ცოდნას, მაგრამ ე. წ. თანაცნობიერების თეორიის (*Mitbewusstseinslehre*) მიხედვით, განზრახვა ამასთან ერთად მოიცავს იმ გარემოებების ცოდნასაც, რომელზეც მოქმედ პირს დანაშაულის ჩადენისას არ უფიქრია, თუმცა მის შეგნებაში, ცნობიერებაში არსებობდა. ამასთან ერთად, აღნიშნული თეორიის მიხედვით, თანაცნობიერებისას არსებობს არა მხოლოდ ინტელექტუალური, არამედ ასევე ნებელობითი მომენტიც. განზრახვის აღნიშნული მომენტი განსაკუთრებით რელევანტურად მიიჩნევა ნორმატიულ ნიშნებთან მიმართებით.¹⁶ მაგალითად, 16 წლის ასაკს მიუღწეველთან სქესობრივი კავშირის დროს, მოქმედი პირი ქმედების განხორციელებისას შეიძლება არც ფიქრობდეს იმაზე, რომ ვისთანაც სქესობრივი კავშირს ამყარებს, 16 წლის ასაკს მიუღწეველია, მაგრამ ეს აღნიშნული თეორიის მიხედვით განზრახვას არ გამოირიცხავს, თუ მოქმედ პირს ქმედების განხორციელებამდე გაგონილი ჰქონდა მსხვერპლის ასაკის შესახებ. საკითხის ასეთ გადაწყვეტას აკრიტიკებს ავტორთა ერთი ნაწილი და თვლიან, რომ განზრახვის ასეთი გაგება შეიძლება წინააღმდეგობაში მოდიოდეს სიმულტანობის პრინციპთან და იმ მოთხოვნასთან, რომლის მიხედვითაც განზრახვა გულისხმობს დანაშაულის ჩადენის ყველა ეტაპზე განზრახვის კონკრეტულად და უწყვეტად არსებობას.¹⁷ თუმცა,

¹³ Heinrich B., *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 3. Auflage, 2012, S. 507, Rn.1107.

¹⁴ Heinrich B., *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 3. Auflage, 2012, S. 508, Rn.1108.

¹⁵ ო. გამყრელიძე, სისხლის სამართლის პრობლემები, III ტომი, თბ., 2013, გვ. 192.

¹⁶ Roxin C., *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band I, Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 4. Auflage, München 2006, S. 498, §12 Rn. 123.

¹⁷ ლ. მაღლაკელიძე, განზრახვა და მართლწინააღმდეგობის შეგნება ქართული და გერმანული სისხლის სამართლის

აღნიშნული კრიტიკის საფუძვლიანობა შეიძლება საკამათო იყოს.

ქმედების განხორციელების დროს მოქმედი პირი შეიძლება ასევე არ ფიქრობდეს იმ გარემოების შესახებ, რომელიც მისთვის ცნობილია პროფესიიდან გამომდინარე, მაგრამ ამის მიუხედავად არ გამოირიცხოს განზრახვა. მაგალითად, როცა ადვოკატი ან ექიმი გათქვამენ მათთვის განდობილ საიდუმლოებას, ისინი ხშირად არ ფიქრობენ იმაზე, რომ არიან ადვოკატი ან ექიმი. ამის მიუხედავად მათ აქვთ განზრახვა აღნიშნულ ნიშნებთან დაკავშირებით, ვინაიდან ცოდნა, ინფორმაცია, რომელიც მათ გაანდეს პროფესიული საქმიანობის დროს, მათ ცნობიერებაში არსებობდა და¹⁸ მათთვის ზოგადად, ცნობილი იყო ისიც, რომ აღნიშნული ინფორმაციის გასაჯაროება არ შეიძლებოდა.

ქმედების შემადგენლობა, როგორც ცნობილია, არა მხოლოდ ფაქტობრივი, არამედ ნორმატიული, შეფასებითი ნიშნებისგანაც შედგება. ასეთი შეფასებითი ნიშნებია ქურდობის შემადგენლობაში (177-ე მუხ.) „სხვისი“, 363-ე მუხლით გათვალისწინებულ შემადგენლობაში „დოკუმენტი“, 141-ე მუხლის შემადგენლობაში „გარყვნილი“ და სხვა. დასახელებულ შემადგენლობათა განხორციელებისას აუცილებელია აღნიშნული შეფასებითი ნიშნები განზრახ მოქმედი დამნაშავეს ცნობიერებაში აისახოს. მაგრამ ეს არ ნიშნავს იმის აუცილებლობას, რომ დამნაშავეს ზუსტად ჰქონდეს შეგნებული შეფასებითი ელემენტების ზუსტი შინაარსი. ასეთი ზუსტი წარმოდგენა შეფასებით ნიშნებზე დამნაშავეს კი არა, შესაბამისი დარგის სპეციალისტსაც შეიძლება არ ჰქონდეს. ამიტომ განზრახვისთვის საკმარისია შეზღუდული წარმოდგენაც ასეთი ნიშნების შესახებ. მაგალითად, გარყვნილი ქმედების განხორციელებისას, საკმარისია დამნაშავემ იცოდეს, რომ სჩადის ისეთ ქმედებას, რომელიც გასაკიცხადაა მიჩნეული ფართო საზოგადოებაში.¹⁹

თუ განზრახვა ქმედების შემადგენლობის ფაქტობრივი ნიშნების გარდა ნორმატიულ ნიშნებსაც არ მოიცავს, განზრახვა გამოირიცხება. მაგალითად, უკანონო აბორტის შემადგენლობის

განსახორციელებლად მოქმედ პირს არა მხოლოდ ის უნდა ჰქონდეს გაცნობიერებული, რომ აბორტს აკეთებს, არამედ ისიც, რომ აბორტი მის მიერ კეთდება იმ ფორმალურ მოთხოვნათა დარღვევით, რომელიც აბორტთან დაკავშირებით მოქმედებს. თუმცა, აღნიშნულ მოთხოვნათა დარღვევა ჯერ კიდევ არ გულისხმობს ქმედების მართლწინააღმდეგობას, რომლის დადგენა მოითხოვს მართლწინააღმდეგობის გამომრიცხავ გარემოებათა გამორიცხვასაც. ქმედების შემადგენლობის ნორმატიული ნიშანი იმიჯნება მართლწინააღმდეგობისგან, რომელიც დანაშაულის მეორე ნიშანია, ვინაიდან ქმედების შემადგენლობის ნორმატიული ნიშნის არსებობა ქმედების მართლწინააღმდეგობის დასადგენად არასაკმარისი პირობაა. შეიძლება ჯანმრთელობის დაცვის შესახებ საქართველოს კანონის ფორმალური მოთხოვნის დარღვევით, მაგალითად, სახლის პირობებში, გაკეთდეს აბორტი, მაგრამ უკიდურესი აუცილებლობის მდგომარეობაში, როცა ობიექტური პირობების გამო ორსული ქალის საავადმყოფოში გადაყვანა შეუძლებელია, რაც განხორციელებულ ქმედებას მართლზომიერად აქცევს. შესაბამისად, ერთმანეთისგან იმიჯნება ქმედების ნორმატიული ნიშნის გაცნობიერება და ქმედების მართლწინააღმდეგობის შეგნება, რომელიც ბრალის ნიშანია.

მართლწინააღმდეგობის შეგნება, საქართველოს სსკ-ის მე-9 მუხლის თანახმად, განზრახვის მესამე კომპონენტია, მაგრამ მისი დადგენა ხდება არა ქმედების შემადგენლობის, არამედ ბრალის ეტაპზე. მართლწინააღმდეგობის შეგნების არარსებობა ანუ აკრძალვაში შეცდომა 36-ე მუხლის თანახმად, როცა შეცდომა მიუტევებელია, განზრახვას გამორიცხავს და ინვესს პასუხისმგებლობას იმ მუხლით, რომლითაც ისჯება გაუფრთხილებლობითი დანაშაული, თუ შესაბამისი ქმედების გაუფრთხილებლობით განხორციელება მოქმედი სისხლის სამართლის კანონმდებლობით დასჯადია.

როცა აკრძალვაში შეცდომა მისატყვევებელია პასუხისმგებლობა საერთოდ გამოირიცხება ბრალის გამორიცხვის შედეგად. აკრძალვაში მისატყვევებელი შეცდომა თუ ბრალს გამორიცხ-

თლის მიხედვით (შედარებით-სამართლებრივი ანალიზი), თბ., 2013, გვ. 26-27.

¹⁸ Roxin C., Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band I, Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre, 4. Auflage, München 2006, S. 498, §12 Rn. 123.

¹⁹ თ. წერეთელი, ვ. მაყაშვილი, ნიგნში: თ. წერეთელი, გ. ტყეშელაძე, (რედ.), საქართველოს სსრ სისხლის სამართლის კოდექსის კომენტარები, თბ., 1976, გვ. 53-54.

ხავს, მიუტევებელი შეცდომა ბრალს ამსუბუქებს. ამიტომაც არის აკრძალვაში შეცდომა გათვალისწინებული ბრალის შემამსუბუქებელ და დამამძიმებელ გარემოებათა თავში. ნორმის მოთხვნის დარღვევა აკრძალვის არცოდნის პირობებში მიუთითებს მოქმედი პირის ნაკლებ საშიშროებაზეც, რაც საფუძველი ხდება მოქმედი პირის უფრო მსუბუქად გაკიცხვის, დასჯის. მეტ საშიშროებას ავლენს ის, ვინც შეგნებულად უგულბელყოფს სამართლის ნორმის მოთხოვნას. აღნიშნულიდან გამომდინარე, გაუგებრობას ინვესს სისხლის სამართლის ლიტერატურაში გამოთქმული მოსაზრება, რომ „სისხლის სამართლის სუბიექტის მიერ სისხლის სამართლის ნორმის უცოდინარობა უნდა გამოცხადდეს ბრალის დამამძიმებელ გარემოებად“.²⁰

როდესაც შედეგიან დელიქტს ეხება საქმე, განზრახი დანაშაული გულისხმობს განზრახ ქმედებას შედეგთან დამოკიდებულების გათვალისწინებით. ქმედება განხორციელდა თუ არა განზრახ, არ შეიძლება დადგინდეს შედეგისგან მონყვეტი. აღნიშნულიდან გამომდინარე შეიძლება ითქვას, რომ განზრახი ქმედება გულისხმობს არა მხოლოდ შეგნებულ ქმედებას, არამედ ქმედების შემადგენლობით გათვალისწინებული შედეგისადმი ქმედების შეგნებულ წარმართვასაც. შეგნებული ქმედება მაშინ არის საკმარისი განზრახი ქმედებისთვის, როცა სახეზეა ე. წ. ფორმალური ანუ უშედეგო დელიქტი, რომლის ნიშნადაც შესაბამისი მუხლის დისპოზიციით არ არის გათვალისწინებული შედეგი. თუ განზრახი ქმედებისთვის შედეგიან დელიქტებში არარელევანტური იქნებოდა შედეგისადმი დამოკიდებულების გათვალისწინება, შეუძლებელი გახდებოდა განზრახვის და გაუფრთხილებლობის (კერძოდ, თვითიმედოვნების) ერთმანეთისგან გამიჯვნა და განზრახვა-გაუფრთხილებლობის კომბინაციას მივიღებდით არა მხოლოდ შედეგით კვალიფიცირებულ დელიქტებში, არამედ ასევე ქმედების ძირითად შემადგენლობებშიც,²¹ ვინაიდან შეგნებული ქმედება შეიძლება განხორციელდეს თვითიმედოვნების დროსაც, როდესაც

საც ინტელექტუალური მომენტი არ არის ნულის ტოლი, რამეთუ მოქმედი პირი აცნობიერებს ქმედების საშიშროებას და ითვალისწინებს წინდახედულობის ნორმის დარღვევას.

სისხლის სამართლის ლიტერატურაში არაერთგვაროვანი შეხედულებაა იმასთან დაკავშირებით, არის თუ არა იდენტური განზრახვა და გადაწყვეტილების მიღება. ერთი შეხედულების მიხედვით, განზრახვა არის გადაწყვეტილების მიღება,²² ხოლო მეორე შეხედულებით განზრახვა არ შეიძლება გაიგივებული იქნას გადაწყვეტილების მიღებასთან.²³ ამ უკანასკნელი მოსაზრების შესაბამისად, გადაწყვეტილება მიიღება პირდაპირი განზრახვით, მაგრამ არაპირდაპირი განზრახვით გადაწყვეტილების მიღება შეუძლებელია.²⁴

იმისთვის, რომ ქმედება განზრახ განხორციელდებულად ჩაითვალოს, გასათვალისწინებელია ქმედების შემადგენლობის ნიშნებისადმი ინტელექტუალური (კოგნიტური) და ნებელობითი (ვოლუნტატური) დამოკიდებულება ქმედების განხორციელების მომენტში და არა მანამდე ან ქმედების განხორციელების შემდგომ. აღნიშნული მოთხოვნა გამომდინარეობს ე. წ. სიმულტანობის ანუ თანადროულობის პრინციპიდან, რაც იმას ნიშნავს, რომ მხედველობაში არ მიიღება **წინმსწრები** და (ქმედების) **შემდგომი** განზრახვა. წინმსწრები განზრახვა სახეზე, როცა მძლოლს სურს კონკრეტული პირის, მისთვის არასასურველი ადამიანის სიცოცხლის მოსპობა, შემთხვევით ეჯახება წინდახედულობის ნორმის დარღვევის გამო და ქმედებას მყისიერად მოსდევს სასიკვდილო შედეგი. შემდგომი განზრახვა სახეზე, როცა მძლოლი წინდაუხედაობის გამო ეჯახება ქვეითს და აღმოაჩენს, რომ შეჯახების შედეგად გარდაცვლილი ქვეითი მისი მტერია, ხოლო დამდგარი შედეგი სიხარულს მოჰგვრის. ორივე შემთხვევაში ქმედება დაკვალიფიცირდება არა როგორც განზრახი, არამედ როგორც გაუფრთხილებლობითი.

ლიტერატურაში გამოყოფენ განზრახვის რამდენიმე სახეს: განზრახვა შეიძლება იყოს **უეც-**

²⁰ ლ-გ. კუტალია, ბრალის ნორმატივისტული მოდელი, თბ., 1999, გვ. 37.

²¹ თ. ცქიტიშვილი, ადამიანის სიცოცხლისა და ჯანმრთელობისთვის საფრთხის შემქმნელი დელიქტები, თბ., 2015, გვ. 264-265.

²² თ. წერეთელი, ვ. მაყაშვილი, წიგნში: თ. წერეთელი, გ. ტყეშელიაძე, (რედ.), საქართველოს სსრ სისხლის სამართლის კოდექსის კომენტარები, თბ., 1976, გვ. 47-48;

Öhler D., Das objektive Zweckmoment in der rechtswidrigen Handlung, Berlin, 1959, S. 119.

²³ Mezger E., Moderne Wege der Strafrechtsdogmatik, Berlin-München, 1950, S. 28.

²⁴ გ. ნაჭყებია, სისხლის სამართალი, ზოგადი ნაწილი, სახელმძღვანელო, თბ., 2011, გვ. 383.

რად მოფიქრებული ან წინასწარ ჩამოყალიბებული. წინასწარ მოფიქრებული განზრახვით დანაშაულის ჩადენას წინ უსწრებს დანაშაულის ჩადენის დაგეგმვა, დანაშაულის ჩადენის დროის, საშუალების განსაზღვრა და ა. შ.²⁵ წინასწარ ჩამოყალიბებული განზრახვით ხორციელდება ის დანაშაულები, რომლებიც გადიან მომზადების და მცდელობის სტადიას. უეცრად ჩამოყალიბებული განზრახვით ხორციელდება ის დანაშაული, რომელიც არ გადის დასახელებულ ეტაპებს. განზრახვის დასახელებული სახით დანაშაულის ჩადენა იმ დანაშაულისთვისაც არის დამახასიათებელი, რომელსაც ახასიათებს მცდელობის სტადია, მაგრამ ხორციელდება სპონტანურად, სიტუაციურად, წინასწარი მოფიქრების გარეშე. ასეთია აფექტში ჩადენილი დანაშაული.²⁶ თუმცა, წინასწარი მოფიქრების გარეშე დანაშაულის ჩადენა ყოველთვის არ გულისხმობს მოქმედებას აფექტში. შეიძლება უეცრად აღმოცენებული განზრახვით დანაშაული აფექტის გარეშეც განხორციელდეს. აფექტში ჩადენილ დანაშაულთან დაკავშირებით შეიძლება შემდეგი მაგალითი მოვიშველიოთ: “გ”, დედას და ძმას წლების განმავლობაში სისტემატიურად აყენებდა სიტყვიერ და ფიზიკურ შეურაცხყოფას. “გ”-სთან მის ძმას საყოფაცხოვრებო ნიადაგზე კამათი მოუვიდა, რაც გადაიზარდა “გ”-ს მხრიდან მისი ძმის მიმართ ძალადობაში, კერძოდ “გ”-მ ხელებით შებოჭა ძმა, წააქცია და სხეულის არეში ხელის დარტყმით დაუნყო ძალადობა, აღნიშნული ძალადობის შედეგად “გ”-ს ძმას გაუჩნდა სიკვდილის შიში, შეეკრა სუნთქვა და განიცადა ძლიერი ტკივილი, რის გამოც ჯიბიდან ამოიღო დანა, დაუსვა ხელებზე და გათავისუფლდა შებოჭვისაგან, შემდეგ “გ” გაიქცა ეზოს მიმართულებით, რომელსაც გაჰყვა “გ”-ს ძმა და სახლის ეზოში სულიერი აღელვების მდგომარეობაში მყოფმა განზრახ მოკვლის მიზნით ხელთარსებული დანით სხეულის სხვადასხვა ადგილზე მიაყენა მრავლობითი ჭრილობები, რის შედეგადაც “გ” მიყენებული დაზიანებებით გარდაიცვალა²⁷. “გ”-ს ძმის ქმედება აფექტში, უეცრად აღძრული ემოციით არის განხორ-

ცილებული, რაც უეცრად ჩამოყალიბებულ განზრახვას გულისხმობს.

აფექტში ჩადენილ დანაშაულთან დაკავშირებით სისხლის სამართლის ლიტერატურაში გამოითქვა მოსაზრება, რომ იგი განსხვავდება როგორც განზრახი, ისე გაუფრთხილებლობითი დანაშაულისგან, ვინაიდან, აღნიშნული შეხედულებით, განზრახ დანაშაულის ჩადენისას ადგილი აქვს დანაშაულის ჩადენის უპასუხისმგებლო გადაწყვეტილების მიღებას. აფექტის დროს კი ასეთი გადაწყვეტილება დამნაშავეს მიღებული არ აქვს და, მაშასადამე, იგი არ მოქმედებს განზრახ. ანალოგიური მოსაზრება გამოითქვა სიმთვრალეში ჩადენილ დანაშაულთან დაკავშირებითაც, ასევე ავტომატიზმის გავლენით განხორციელებულ ქმედებაზე. თუმცა, აღნიშნული მოსაზრება სამართლიანად იქნა გაკრიტიკებული, ვინაიდან აფექტი განზრახვას კი არ გამოირიცხავს, არამედ ბრალის ხარისხის, შესაბამისად, პასუხისმგებლობის შემამსუბუქებელი გარემოებაა.²⁸ აფექტში მოქმედება რომ განზრახი მოქმედებაა, იქიდან გამომდინარეობს, რომ აფექტში ჩადენილი დანაშაული არის დამნაშავეს რეაქცია მხვერპლის მხრიდან მისი ან მისი ახლო ნათესავის მისამართით განხორციელებულ ქმედებაზე, რაც იმას გულისხმობს, რომ დამნაშავე შეფასებას აძლევს მსხვერპლის წინარე ქმედებას, რომელიც საფუძვლად დაედო დამნაშავეს ძლიერი სულიერი ემოციის წარმოქმნას და მის შედეგად განხორციელებულ დანაშაულებრივ ქმედებას. შესაბამისად, აფექტში ჩადენილი ქმედება გაცნობიერებული ქმედებაა და არ არის გასაზიარებელი მოსაზრება, რომ აფექტის დროს ქმედება გაუცნობიერებლად მიმდინარეობს, რაც გამორიცხავდა ქმედების მართლწინააღმდეგობის და სოციალური საშიშროების შეგნებას.²⁹ აღნიშნული მოსაზრების გაზიარებისას, მოქმედი ქართული სსკ-ის მიხედვით, მოგვიწევდა განზრახვის გამორიცხვა, რამეთუ განზრახი დანაშაული მოქმედი ქართული სსკ-ის მიხედვით ქმედების მართლწინააღმდეგობის და სოციალური საშიშროების შეგნებას გულისხმობს. აფექტის დროს განზრახვის გამო-

²⁵ გ. ტყეშელიძე, წიგნში: სისხლის სამართლის ზოგადი ნაწილი, სახელმძღვანელო, თბ., 2007, გვ. 133-134; ნ. თოდუა, წიგნში: გ. ნაჭყებია, ნ. თოდუა, (რედ.), სისხლის სამართალი, ზოგადი ნაწილი, სახელმძღვანელო, მეოთხე გამოცემა, თბ., 2019, გვ. 273.

²⁶ ო. გამყრელიძე, სისხლის სამართლის პრობლემები, III ტომი, თბ., 2013, გვ. 190.

²⁷ აღნიშნული კაზუსი მოტანილია საქართველოს უზენაესი სასამართლოს პრაქტიკიდან.

²⁸ თ. შავგულიძე, ბრალის მესამე ფორმა სისხლის სამართალში, წიგნში: იურიდიული ძიებანი, თ. წერეთლის 70 წლისადმი მიძღვნილი საიუბილეო კრებული, თბ., 1977, გვ. 78-79.

²⁹ თ. შავგულიძე, დასახ. ნაშრ., გვ. 79.

რიცხვის შედეგად, შეუძლებელი გახდებოდა აფექტში სხვისი სიცოცხლის ხელყოფისას ქმედების კვალიფიკაცია მკვლელობად (სსკ-ის 111-ე მუხ.), განზრახვი ქმედების უმართლობად.

სისხლის სამართლის ლიტერატურაში ასევე ადგილი ჰქონდა მცდელობას, რომ აფექტური განზრახვისთვის ადგილი მოენახათ პირდაპირ და არაპირაპირ განზრახვას შორის და ელიარეზინათ განზრახვის მესამე, დამოუკიდებელ სახედ,³⁰ მაგრამ აღნიშნულმა იდეამ ვერ ჰპოვა მხარდაჭერა და რაც მთავარია, მას არ აღიარებს არც მოქმედი სისხლის სამართლის კანონმდებლობა.

როდესაც საქმე ეხება შედეგიან დანაშაულს და ქმედების შემადგენლობა ითვალისწინებს ალტერნატიულ შედეგებს, განზრახვა შეიძლება მოიცავდეს კონკრეტულ, განსაზღვრულ შედეგს ან მოქმედი პირი შეიძლება უშვებდეს ერთ-ერთი შედეგის დადგომას, რომელიც მოქმედი პირისთვის შეიძლება თანაბრად სასურველი იყოს. აქედან გამომდინარე, განასხვავებენ **კონკრეტიზებულ და არაკონკრეტიზებულ განზრახვას**. თუ არაკონკრეტიზებული განზრახვის დროს ქმედება დამდგარი შედეგის მიხედვით კვალიფიცირდება,³¹ კონკრეტიზებული განზრახვის დროს ქმედების კვალიფიკაცია ხდება იმის მიხედვით, თუ საითკენ იყო მიმართული განხორციელებული ქმედება.

არის შემთხვევა, როცა ქმედება ერთდროულად მიმართულია ორი ან მეტი სამართლებრივი სიკეთის ხელყოფისკენ, შესაბამისად, მოქმედი პირი უშვებს ორი ან მეტი მართლსაწინააღმდეგო შედეგის დადგომას. განზრახვის აღნიშნული სახე **კუმულაციური განზრახვის** სახელწოდებითაა ცნობილი. ქმედების კვალიფიკაციისას, ქმედება კვალიფიცირდება დანაშაულთა ერთობლიობის წესით, ვინაიდან განზრახვა მოიცავდა არა მხოლოდ ერთი, არამედ მეტი დანაშაულის ჩადენას.³² მაგალითად, როდესაც ბოროტმოქმედი ცეცხლსასროლი იარაღიდან ისვრის და ითვალისწინებს, რომ ქმედებას შეიძლება მოჰყვეს როგორც ადამიანის სიცოცხლის ხე-

ლყოფა, ისე ცხოველის (სხვისი ნივთის) მოკვდინება.

თუ დანაშაულის საგანი ისეთი ნივთიერებაა, რომელიც არ არის ბრუნვაში და აკრძალულია ან ღირებულება არ გააჩნია, დანაშაულბრივი ქმედების განზრახ განხორციელება მოითხოვს დანაშაულის საგნის უკანონობის ან მისი მნიშვნელობის გაცნობიერებასაც. განზრახვის აღნიშნული სახე **სპეციალური განზრახვის** სახითაა ცნობილი.³³ მაგალითად, იარაღის უკანონო ტარების განსახორციელებლად აუცილებელია მოქმედ პირს ჰქონდეს გაცნობიერებული, რომ იარაღს უკანონოდ ატარებს (236-ე მუხ.). იგივე ეხება ნარკოტიკული საშუალების უკანონოდ შეძენა, შენახვას (260-ე მუხ.), დოკუმენტის, ბეჭდის, შტამპის ან ბლანკის მართლსაწინააღმდეგო მისაკუთრებას (363-ე მუხ.).

მოქმედი პირი ზოგჯერ უშვებს ქმედების ერთი ან მეორე, სხვა შემადგენლობის განხორციელებას. ქმედების აღნიშნულ შემადგენლობათა განხორციელება შეიძლება მოქმედი პირისთვის თანაბრად სასურველი იყოს ან ერთ-ერთი შემადგენლობის განხორციელება მეორესთან შედარებით მეტად სურდეს. განზრახვის აღნიშნულ სახეს **ალტერნატიული განზრახვა** ეწოდება.³⁴

არსებობს ალტერნატიული განზრახვის სხვადასხვა სახე: 1. მოქმედი პირი უშვებს სხვადასხვა რანგის სიკეთეთა ხელყოფის შესაძლებლობას, რომლებიც სხვადასხვა ქმედების ობიექტშია განსხეულებული; 2. მოქმედი პირი უშვებს სხვადასხვა ღირებულების სიკეთეთა ხელყოფის შესაძლებლობას, რომელიც ერთსადაიმავე ადამიანშია განსხეულებული; 3. მოქმედი პირი უშვებს თანაბარი რანგის სიკეთეებიდან ერთ-ერთის ხელყოფას, რომელიც სხვადასხვა ობიექტშია განსხეულებული.³⁵

ალტერნატიული განზრახვის დროს ქმედების კვალიფიკაციისას დიდი მნიშვნელობა ენიჭება იმ სამართლებრივ სიკეთეთა ღირებულების გათვალისწინებას, რომლის ხელყოფის შესაძლებლობასაც მოქმედი პირი აცნობიერებდა. ალტერნატიული განზრახვის დროს ქმედება

³⁰ თ. შავგულიძე, დასახ. ნაშრ., გვ. 79.

³¹ ო. გამყრელიძე, დასახ. ნაშრ., გვ. 189.

³² Rengier R., Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Auflage, München, 2011, S. 109, §14 Rn. 45.

³³ სპეციალურ განზრახვაზე იხ. ო. გამყრელიძე, სისხლის სამართლის პრობლემები, III ტომი, თბ., 2013, გვ. 190-191; ნ. თოდუა, წიგნში: ლეკვიშვილი/მამულაშვილი-

/თოდუა, სისხლის სამართლის კერძო ნაწილი, წიგნი II, მეექვსე გამოცემა, თბ., 2020, გვ. 66-67.

³⁴ Rengier R., Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Auflage, München, 2011, S. 110, §14 Rn. 48.

³⁵ ქ. მჭედლიშვილი-ჰედრიხი, სისხლის სამართალი, ზოგადი ნაწილი I, დანაშაული, თბ., 2014, გვ. 104.

მხოლოდ დამდგარი შედეგის მიხედვით დაკვალიფიცირდება თუ დანაშაულთა ერთობლიობის წესით, გაბატონებული შეხედულების მიხედვით, დამოკიდებულია იმაზე, განხორციელებული ქმედებით რომელი სიკეთე იქნა ხელყოფილი. როცა დამდგარი შედეგი უფრო მნიშვნელოვანი სიკეთის ხელყოფაში არის გამოხატული, ქმედება დამდგარი შედეგის მიხედვით კვალიფიცირდება, მაგრამ თუ ხელყოფილი სიკეთე ნაკლები ღირებულებისაა, ხელყოფილი სიკეთე ვერ შთანთქავს უფრო მნიშვნელოვან სიკეთეს და ქმედება დანაშაულთა ერთობლიობის წესით დაკვალიფიცირდება. მაგალითად, თუ მოქმედი პირი უშვებდა ცხოველის მოსპობას ან ადამიანის სიცოცხლის ხელყოფას, ქმედება მოქმედი კანონმდებლობის მიხედვით დაკვალიფიცირდება როგორც სხვისი ნივთის დაზიანება და მკვლელობის მცდელობა. სხვაგვარად გადაწყვეტა საკითხი მაშინ, როცა დამნაშავე ქმედების განხორციელებისას უშვებს ჯანმრთელობის დაზიანების ან სიცოცხლის ხელყოფის გამოწვევას. ასეთ დროს ქმედების კვალიფიკაციის საკითხი სადავო არ არის, როცა სასიკვდილო შედეგი დგება. სახეზე იქნება მკვლელობა და გამოირიცხება ქმედების დანაშაულთა ერთობლიობის წესით კვალიფიკაცია. ხოლო მაშინ, როცა პირიქით ხდება და უფრო მსუბუქი შედეგი, ჯანმრთელობის დაზიანება დგება, ერთი შეხედულებით, ქმედება დამდგარი შედეგის მიხედვით უნდა დაკვალიფიცირდეს,³⁶ მაგრამ მეორე შეხედულებით, ქმედება უნდა შეფასდეს არა დამდგარი შედეგის, არამედ უფრო მძიმე შედეგის მიხედვით, მიუხედავად იმისა, რომ აღნიშნული შედეგი ობიექტურად არ დამდგარა. ე. ი. სახეზე იქნება მკვლელობის მცდელობა. შედარებით უფრო მსუბუქ შედეგთან დაკავშირებული ბრალდება ვერ შთანთქავს ბრალდებას უფრო მძიმე შედეგთან მიმართებით.³⁷ თუ განხორციელებული ქმედება ორივე სიკეთის ხელყოფას იწვევს, მაშინ ქმედება დანაშაულთა ერთობლიობის წესით არ უნდა დაკვალიფიცირდეს. როდესაც განხორციელებული ქმედება ერთდროულად ორ შედეგს იწვევს, შეიძლება საქმე ეხებოდეს როგორც არათანაბარი, ისე თანაბარი ღირებულების სამართლებრივ სიკეთეთა ხელყოფას. მაგალითად, მოქმედი პირი ფიქრობდა, რომ მის მიერ განხორციელებული ქმედებით, ხელყუმბარის აფეთქებით, ორი ადამიანიდან ერთ-ერთი შეიძლება გარდაცვლილიყო, მაგრამ ორივე გარდაიცვალა. გამოთქმული შეხედულებით, ასეთ დროს სახეზე იქნება განზრახი და გაუფრთხილებლობით დანაშაულთა ერთობლიობა,³⁸ ვინაიდან მოქმედი პირი უშვებდა ქმედების მხოლოდ ერთ-ერთი შემადგენლობის განხორციელებას. თუმცა, საკამათოა საკითხის ასეთი გადანწყვეტა და ჩნდება კითხვა, რატომ არ შეიძლება ორივე დანაშაული მიჩნეულ იქნას განზრახ დანაშაულად? ის რაც შედეგის დადგომამდე განზრახვა იყო, როგორ შეიძლება გაუფრთხილებლობად გადაიქცეს შედეგის დადგომის გამო.³⁹

ალტერნატიული განზრახვის დროს, არაკონკრეტიზებული განზრახვის მსგავსად, ავტორთა ნაწილი მხარს უჭერს ქმედების კვალიფიკაციას დამდგარი შედეგის მიხედვით.⁴⁰ თუმცა, ალტერნატიული განზრახვა არ არის არც პირდაპირი და არც არაპირდაპირი განზრახვის იდენტური. ალტერნატიული განზრახვა შეიძლება გამოვლინდეს როგორც პირდაპირი, ისე არაპირდაპირი განზრახვის ფორმით. შესაბამისად, ალტერნატიული განზრახვა შეიძლება დაიყოს პირდაპირ ალტერნატიულ და არაპირდაპირ ალტერნატიულ განზრახვად.⁴¹

დამნაშავის ქმედებას განზრახული შედეგი შეიძლება არ მოჰყვეს ქმედების განხორციელებისას, მაგრამ იგი ფიქრობდეს, რომ შედეგი დამდგარია, რეალურად კი, შედეგი შეიძლება დადგეს მეორე ქმედების შედეგად, რომელიც განხორციელდა დამნაშავის შეხედულებით, პირველი ქმედებით გამოწვეული შედეგის დაფარვის მიზნით. ამ შემთხვევაში შედეგი დგება არა პირ-

და დამნაშავის ქმედებას განზრახული შედეგი შეიძლება არ მოჰყვეს ქმედების განხორციელებისას, მაგრამ იგი ფიქრობდეს, რომ შედეგი დამდგარია, რეალურად კი, შედეგი შეიძლება დადგეს მეორე ქმედების შედეგად, რომელიც განხორციელდა დამნაშავის შეხედულებით, პირველი ქმედებით გამოწვეული შედეგის დაფარვის მიზნით. ამ შემთხვევაში შედეგი დგება არა პირ-

³⁶ ნ. თოდუა, ნიგნში: ლეკვეიშვილი/მამულაშვილი/თოდუა, სისხლის სამართლის კერძო ნაწილი, ნიგნი I, თბ., 2019, გვ. 114-115.

³⁷ თ. წერეთელი, სისხლის სამართლის პრობლემები, I ტომი, თბ., 2007, გვ. 492; ქ. მჭედლიშვილი-ჭედრიხი, სისხლის სამართალი, ზოგადი ნაწილი, დანაშაულის გამოვლინების ცალკეული ფორმები, თბ., 2011, გვ. 69; ი. დვალიძე, ნიგნში: ნაჭყეზია გ., დვალიძე ი., (რედ.), სისხლის სამართლის ზოგადი ნაწილი, სახელმძღვანელო, თბ., 2007, გვ. 170.

³⁸ მ. ტურავა, სისხლის სამართალი, ზოგადი ნაწილი, დანაშაულის მოძღვრება, თბ., 2011, გვ. 313.

³⁹ თ. ცეციტიშვილი, ადამიანის სიცოცხლისა და ჯანმრთელობისთვის საფრთხის შემქმნელი დელიქტები, თბ., 2015, გვ. 150-151.

⁴⁰ თ. გამყრელიძე, სისხლის სამართლის პრობლემები, III ტომი, თბ., 2013, გვ. 189.

⁴¹ თ. ებრაელიძე, ნიგნში: თ. გამყრელიძე (რედ.), სისხლის სამართლის სასამართლო პრაქტიკის კომენტარი, დანაშაული ადამიანის წინააღმდეგ, თბ., 2002, გვ. 107.

ველი, არამედ მეორე ქმედების შედეგად, მაგრამ დამნაშავე ფიქრობს, რომ შედეგი პირველმა ქმედებამ გამოიწვია. აღნიშნულ შემთხვევაში ქმედების კვალიფიკაციაზე არსებობს ურთიერთგამომრიცხავი შეხედულებები. **გენერალური განზრახვის** თეორიით შედეგისადმი ქმედება კვალიფიცირდება როგორც განზრახი, მიუხედავად იმისა, რომ შედეგი იმ მეორე ქმედებით არის დამდგარი, რომლის განხორციელებისას მოქმედ პირს შედეგი დამდგარი ეგონა. გენერალური განზრახვის თეორიის მიხედვით, პირველი ქმედების განხორციელებისას არსებული განზრახვა ვრცელდება მეორე ქმედებაზეც. საკითხის ასეთი გადაწყვეტა არ არის მართებული, ვინაიდან ქმედება მაშინაა განზრახ განხორციელებული, როცა განზრახვა ქმედების განხორციელებისას აქტუალური ფორმით არსებობს. შედეგის გამომწვევი ქმედების განხორციელებისას თუ მოქმედმა პირმა არ იცის რომ კონკრეტული ქმედება განსაზღვრულ შედეგს გამოიწვევს, ქმედება ვერ ჩაითვლება აღნიშნული შედეგის განზრახვით განხორციელებულად. ამიტომ, გენერალური განზრახვის თეორიისგან განსხვავებულ გადაწყვეტას გვთავაზობს მეორე მოძღვრება, რომლის მიხედვით, ქმედება განსახილველ შემთხვევაში დანაშაულთა ერთობლიობით უნდა დაკვალიფიცირდეს. კერძოდ, პირველი ქმედება, როგორც განზრახი დანაშაულის (მკვლელობის) მცდელობა, ხოლო მეორე ქმედება, როგორც გაუფრთხილებლობითი დანაშაული (გაუფრთხილებლობით სიცოცხლის მოსპობა). საკითხის ასეთი გადაწყვეტა მიზანშეწონილია. ის უკეთ გამოხატავს შედეგისადმი შესაბამის სუბიექტურ დამოკიდებულებას.

გენერალური განზრახვის შემთხვევა წარმოადგენს მიზეზობრივი კავშირის განვითარებაში შეცდომას. შესაბამისად, უნდა მოხდეს იმის გათვალისწინება, რამდენად არსებითია შეცდომა,⁴² ვინაიდან არსებითი შეცდომის დროს განზრახვა გამოირიცხება, ხოლო არაარსებითი შეცდომისას ქმედება რჩება განზრახ განხორციელებული.

განზრახვის ზემოთ განხილული სახეები განზრახვის არასაკანონმდებლო სახეებია, რო-

მელთა დეფინიცია მხოლოდ სახელმძღვანელოებსა და კომენტარებშია წარმოდგენილი⁴³. გარდა განზრახვის აღნიშნული სახეებისა, არსებობს განზრახვის საკანონმდებლო სახეებიც პირდაპირი და არაპირდაპირი განზრახვის სახით.

2. განზრახვის საკანონმდებლო სახეები

2.1. პირდაპირი განზრახვა

სსკ-ის მე-9 მუხლის მე-2 ნაწილის შესაბამისად, „ქმედება პირდაპირი განზრახვითაა ჩადენილი, თუ პირს გაცნობიერებული ჰქონდა თავისი ქმედების მართლწინააღმდეგობა, ითვალისწინებდა მართლწინააღმდეგო შედეგის დადგომის შესაძლებლობას და სურდა ეს შედეგი, ანდა ითვალისწინებდა ასეთი შედეგის განხორციელების გარდაუვალობას“. პირდაპირი განზრახვის მოცემულ განსაზღვრებაში გამოკვეთილია განზრახვის ისეთი ელემენტები, როგორცაა ა) ქმედების მართლწინააღმდეგობის გაცნობიერება, ბ) მართლწინააღმდეგო შედეგის დადგომის შესაძლებლობის გათვალისწინება და გ) ასეთი შედეგის გამომწვევის სურვილი ან მისი განხორციელების გარდაუვალობის გათვალისწინება. წარმოდგენილ დეფინიციაში ხაზგასმია შედეგისადმი დამოკიდებულებაზე, შედეგის განხორციელების გაცნობიერებასა და სურვილზე, რაც განზრახვის დასადგენად სათვალავში მიიღება შედეგიან დანაშაულებში, მაგრამ არსებობს უშედეგო ანუ ფორმალური დანაშაულებიც, სადაც განზრახვის დადგენა მოხდება არა შედეგისადმი, არამედ ქმედებისადმი დამოკიდებულების გათვალისწინებით. კანონმდებელმა მე-9 მუხლში იმიტომ გაუსვა ხაზი შედეგისადმი დამოკიდებულებაზე, რომ შედეგიანი დანაშაული წარმოადგენს დანაშაულის შედარებით უფრო სრულყოფილ ფორმას,⁴⁴ სადაც ქმედების ობიექტური შემადგენლობის ყველა (დანაშაულებრივი შედეგი, მიზეზობრივი კავშირი) ნიშანია წარმოდგენილი. გარდა ამისა, კანონმდებელმა ასევე მიგვითითა იმაზეც, რომ შედეგიან დანაშაულებში ქმედების განზრახულობის

⁴² მ. ტურავა, სისხლის სამართალი, ზოგადი ნაწილი, დანაშაულის მოძღვრება, თბ., 2011, გვ. 318.

⁴³ აღნიშნულ საკითხზე ასევე იხ. ნ. თოდუა, წიგნში: გ. ნაჭყებია, ნ. თოდუა, (რედ.), სისხლის სამართალი, ზოგადი ნაწილი, სახელმძღვანელო, მეოთხე გამოცემა, თბ.,

2019, გვ. 272-277; მ. ტურავა, სისხლის სამართალი, ზოგადი ნაწილი, დანაშაულის მოძღვრება, თბ., 2011, გვ. 310-318.

⁴⁴ მ. უგრეხელიძე, ბრალი საფრთხის დელიქტებში, თბ., 1982, გვ. 14.

დასადგენად არ არის საკმარისი მხოლოდ ქმედებისადმი დამოკიდებულების გათვალისწინება და აუცილებელია განზრახვით იყოს მოცული შედეგიც.

პირდაპირი განზრახვა განზრახვის ერთ-ერთი სახეა, მაგრამ თვით პირდაპირი განზრახვაც სისხლის სამართლის ლიტერატურაში იყოფა სახეებად. ესენია პირველი ხარისხის და მეორე ხარისხის პირდაპირი განზრახვა.

პირველი ხარისხის პირდაპირი განზრახვის დროს მოქმედ პირს გაცნობიერებული აქვს მართლსაწინააღმდეგო შედეგის გამონვევის შესაძლებლობა და სურს მისი დადგომა, ხოლო მეორე ხარისხის პირდაპირი განზრახვისას გაცნობიერებული აქვს შედეგის დადგომის არა მხოლოდ შესაძლებლობა, არამედ გარდაუვალობა, თუმცა არ არსებობს შედეგის გამონვევის მკვეთრად გამოხატული სურვილი.⁴⁵ მაგალითად, მოქმედი პირი ასაფეთქებელ მონყობილობას დაამონტაჟებს თვითმფრინავში და თვითმფრინავს ააფეთქებს, ვინაიდან იცოდა, რომ აღნიშნული თვითმფრინავით უნდა ემგზავრა მის მტერს, თუმცა აცნობიერებდა იმასაც, რომ თვითმფრინავის აფეთქების შედეგად თვითმფრინავში მყოფი სხვა პირებიც აუცილებლად დაიღუპებოდნენ. მტრის მიმართ ქმედება პირველი ხარისხის პირდაპირი განზრახვით, ხოლო სხვა პირთა მიმართ მეორე ხარისხის პირდაპირი განზრახვითაა განხორციელებული. პირველი ხარისხის პირდაპირი განზრახვასთან გვექნება საქმე, როცა მკვლელობის მიზნით ბოროტმოქმედი ცეცხლს წაუკიდებს სახლს, ვინაიდან მოქმედ პირს სურს შენობაში მყოფი პირების სიცოცხლის მოსპობა. თვითმფრინავის აფეთქების შემთხვევაში პირველი ხარისხის განზრახვა გვექნება მაშინ, თუ მოქმედი პირი აღნიშნულ ქმედებას განახორციელებს არა თვითმფრინავში მყოფი ერთი კონკრეტული პირის, არამედ თვითმფრინავში მყოფი ყველა პირის სიცოცხლის მოსპობისთვის. მეორე ხარისხის პირდაპირი განზრახვის დროს არ არსებობს შედეგის გამონვევის მკვეთრად გამოხატული სურვილი, მაგრამ არსებობს დანაშაულის ჩადენის ნდომა. მო-

ცემული თვალსაზრისით სურვილი და ნდომა არ არის იდენტური ცნებები და ნდომა შეიძლება არსებობდეს იქ, სადაც მკვეთრად გამოხატული სურვილი არ არსებობს.⁴⁶ აქვე უნდა ითქვას ისიც, რომ აღნიშნული ვრცელდება მეორე ხარისხის პირდაპირ განზრახვაზე და არა ირიბ, არაპირდაპირ განზრახვაზე. კერძოდ, მხედველობაში მისაღებია ის გარემოება, რომ მკვეთრად გამოხატული სურვილის არარსებობის მიუხედავად, ქმედება შედეგის დადგომის გარდაუვალობის გაცნობიერებით ხორციელდება, რაც არაპირდაპირ განზრახვას არ ახასიათებს. არაპირდაპირი განზრახვის დროს მოქმედი პირი უშვებს როგორც შედეგის დადგომის, ისე თავიდან აცილების შესაძლებლობას.

ლიტერატურაში გამოითქვა მოსაზრება, რომ დანაშაულებრივი შედეგის მიმართ გულგრილი დამოკიდებულება არა მხოლოდ არაპირდაპირი განზრახვის, არამედ მეორე ხარისხის პირდაპირი განზრახვის დროსაც არსებობს.⁴⁷ აღნიშნული მოსაზრება საკამათოდ უნდა ჩაითვალოს არა მხოლოდ იმიტომ, რომ სსკ-ის მე-9 მუხლის მე-2 ნაწილში კანონმდებელი პირდაპირი განზრახვის დეფინიციაში შედეგისადმი გულგრილ დამოკიდებულებაზე არ მიუთითებს, არამედ იმის გამოც, რომ ბოროტმოქმედი შედეგის დადგომის გარდაუვალობის გაცნობიერებით მოქმედებს. სადაც შედეგის დადგომის გარდაუვალობის გაცნობიერებით ხორციელდება ქმედება, იქ შედეგისადმი გულგრილი დამოკიდებულებისთვის ადგილი არ რჩება. თუმცა, ეს ასევე არ გულისხმობს შედეგის დადგომის გარდაუვალობის გაცნობიერებისას შედეგთან მიმართებით ყოველთვის მკვეთრად გამოხატული სურვილის არსებობას.

განზრახვის დაყოფა პირდაპირ და არაპირდაპირ განზრახვად მნიშვნელოვანია როგორც ქმედების დანაშაულად კვალიფიკაციის, ისე სასჯელის დანიშვნის თვალსაზრისით. პირდაპირი განზრახვით ნებისმიერი განზრახი დანაშაულის ჩადენა შეიძლება. უფრო მეტიც, ზოგიერთ შემთხვევაში დანაშაულის ჩადენა მოითხოვს პირდაპირი განზრახვით მოქმედებას.

⁴⁵ მეორე ხარისხის პირდაპირ განზრახვასთან დაკავშირებით განსხვავებულ შეხედულებას გამოხატავენ თ. წერეთელი და ვ. მაყაშვილი, რომლებიც შედეგის გამონვევის გარდაუვალობის გაცნობიერებისას შედეგთან მიმართებით მოქმედი პირის სურვილის არსებობაზე მიუთითებენ. იხ. თ. წერეთელი, ვ. მაყაშვილი, წიგნი: თ. წერეთელი, გ. ტყემელიძე, (რედ.), საქართველოს სსრ

სისხლის სამართლის კოდექსის კომენტარები, თბ., 1976, გვ. 57.

⁴⁶ ო. გამყრელიძე, სისხლის სამართლის პრობლემები, III ტომი, თბ., 2013, გვ. 188.

⁴⁷ ნ. თოდუა, წიგნი: გ. ნაჭყებია, ნ. თოდუა, (რედ.), სისხლის სამართალი, ზოგადი ნაწილი, სახელმძღვანელო, მეოთხე გამოცემა, თბ., 2019, გვ. 267.

მიზნით დაფუძნებული დელიქტები (ქურდობა,⁴⁸ ძარცვა, ყაჩაღობა) გაბატონებული შეხედულებით, მხოლოდ პირდაპირი განზრახვითაა შესაძლებელი. თუმცა, საყურადღებოდ შეიძლება ჩაითვალოს საპირისპირო მოსაზრება, რომელიც მიზნით დაფუძნებული დელიქტის არაპირდაპირი განზრახვით განხორციელების შესაძლებლობას არ გამორიცხავს.

განზრახვის სახეები სასჯელის დანიშვნის დროს მხედველობაში მიიღება როგორც ბრალის ხარისხის განმსაზღვრელი გარემოება.⁴⁹ ვისაც დანაშაული პირდაპირი განზრახვით აქვს ჩადენილი უფრო მკაცრად შეიძლება დაისაჯოს, ვიდრე ის, ვინც არაპირდაპირი განზრახვით მოქმედებდა.⁵⁰ თუმცა, პირაპირი განზრახვით დანაშაულის ჩადენა ყოველთვის არ შეიძლება უფრო მკაცრად დასჯადად იქნას მიჩნეული არაპირდაპირი განზრახვით ჩადენილ დანაშაულთან შედარებით. ზოგჯერ არაპირდაპირი განზრახვით ჩადენილი დანაშაული უფრო მკაცრად ისჯება, ვიდრე პირდაპირი განზრახვით განხორციელებული.⁵¹ განზრახვის ფორმასთან ერთად მხედველობაში მიიღება სხვა სუბიექტური გარემოებებიც, როგორცაა, მაგალითად, აფექტი, ანგარების მოტივი და ა. შ. აფექტში დანაშაულის განხორციელება პირდაპირი განზრახვით ტიპურია, მაგრამ პირდაპირი განზრახვით მოქმედების მიუხედავად, დანაშაული უფრო მსუბუქად დაისჯება, თუ დანაშაული აფექტშია ჩადენილი, რის დასტურადაც შეიძლება ჩაითვა-

ლოს სსკ-ის 111-ე მუხლის არსებობა (მკვლელობა ძლიერი სულიერი აღელვების მდგომარეობაში). იქ, სადაც აფექტი ქმედების შემადგენლობის მაპრივილეგირებელ გარემოებად არ არის გათვალისწინებული, მხედველობაში მიიღება სასჯელის დანიშვნის დროს. ვინაიდან საუბარი აფექტში ჩადენილ დანაშაულს შეეხება და მის მნიშვნელობას განზრახვი დანაშაულის დროს ბრალის ხარისხის განსაზღვრისთვის. აქვე უნდა ითქვას ისიც, რომ ქართულ სისხლის სამართლის ლიტერატურაში აფექტში დანაშაულის ჩადენა მხოლოდ პირდაპირი განზრახვით მიიჩნევა დასაშვებად. გამოთქმულია მოსაზრება, რომ თუ პირი სხვისი სიცოცხლის მოსპობის მიმართ იჩენდა არაპირდაპირ განზრახვას, მაშინ არც ყოფილა აფექტში, ვინაიდან არაპირდაპირი განზრახვის დროს არ არსებობს შედეგის გამოწვევის სურვილი, დამნაშავე გულგრილ დამოკიდებულებას იჩენს შედეგისადმი. აფექტში მყოფი პირის გული ისეა გადახურებული, რომ გულგრილობისთვის ადგილი არ რჩება. ცნობიერება ისეა შეზღუდული, რომ შედეგის შეგნებულად დაშვებისთვის ადგილი არაა.⁵² ქართულ სისხლის სამართლის ლიტერატურაში არაპირდაპირი განზრახვით აფექტში მკვლელობას გამორიცხავენ სხვა ავტორებიც, რომლებიც თვლიან, რომ აფექტური განზრახვა პირდაპირი განზრახვაა და გულისხმობს კონკრეტული შედეგისკენ მიზანმიმართულ ქმედებას.⁵³

⁴⁸ გერმანულ სისხლის სამართლის ლიტერატურაში გამოთქმულია მოსაზრება, რომლის მიხედვითაც, ქურდობა, მიუხედავად იმისა, რომ მიზნით დაფუძნებული დელიქტია, შეიძლება არაპირდაპირი განზრახვითაც განხორციელდეს. იხ. Fischer T., *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 57. Aufl., München, 2010, S. 1627, §242 Rn. 31; Roxin C., *Strafrecht, AT, Band II*, München, 2003, S. 354, §29 Rn. 76. გამოთქმული შეხედულებით, სხვისი ნივთის მართლსაწინააღმდეგო მისაკუთრების მიზანი ქურდობის განზრახვის შემადგენელი კომპონენტი არ არის და იგი განზრახვის მიღმაა. აღნიშნული თვალსაზრისის მართებულობის დასასაბუთებლად იშველიებენ იმ არგუმენტსაც, რომ სხვისი ნივთის დაუფლება და მისაკუთრების მიზანი შეიძლება ქურდობის გარდა სხვა დანაშაულის განხორციელების გზითაც იყოს მიღწეული. ქმედება რომ გერმანული სსკ-ის 242-ე პარაგრაფით დაკვალიფიცირდეს, აუცილებელია დამნაშავეს ხვისი ნივთის მისაკუთრების მიზნით მოქმედებდეს, მაგრამ აღნიშნული სუბიექტური ნივთი შეიძლება გააჩნდეს ქურდობის (როგორც სხვისი ნივთის მართლსაწინააღმდეგო მისაკუთრების ერთ-ერთი ხერხის) განხორ-

ციელებასთან დაკავშირებით ევენტუალური განზრახვით მოქმედ პირსაც.

⁴⁹ გ. ნაჭყებია, ბრალის ხარისხის ზოგიერთი საკითხი სისხლის სამართალში, „სამართლის ჟურნალი“, 2009, #2, გვ. 32-33.

⁵⁰ ო. გამყრელიძე, სისხლის სამართლის პრობლემები, III ტომი, თბ., 2013, გვ. 182.

⁵¹ თ. ციციტიშვილი, სასჯელი და მისი შეფარდება, თბ., 2019, გვ. 162.

⁵² მ. ლეკვეიშვილი, ნ. თოდუა, ნიგნში: გ. ნაჭყებია, ნ. თოდუა, (რედ.), სისხლის სამართალი, ზოგადი ნაწილი, სახელმძღვანელო, მეოთხე გამოცემა, თბ., 2019, გვ. 88, 157.

⁵³ თ. შავგულიძე, ნიგნში: ვ. მაყაშვილი, მ. მაჭავარიანი, თ. წერეთელი, თ. შავგულიძე, დანაშაული პიროვნების წინააღმდეგ, თბ., 1980, გვ. 51; ო. გამყრელიძე, ნიგნში: სისხლის სამართლის სასამართლო პრაქტიკის კომენტარი, დანაშაული ადამიანის წინააღმდეგ, თბ., 2002, გვ. 59; ბ. ჯიშკარიანი, სისხლის სამართლის კერძო ნაწილი, დანაშაული ადამიანის წინააღმდეგ, თბ., 2016, გვ. 61.

არაპირდაპირი განზრახვით აფექტში მკვლელობის იდეის უარყოფა არამართებული და მეტად საკამათოა. მართებულად უნდა ჩაითვალოს შეხედულება, რომ აფექტში მკვლელობა შეიძლება განხორციელდეს როგორც პირდაპირი, ისე არაპირდაპირი განზრახვით.⁵⁴ არაპირდაპირ განზრახვას შეიძლება ადგილი ჰქონდეს სწორედ ჯანმრთელობის დამაზიანებელი ქმედების განხორციელებისას. დამნაშავე რომ აფექტშია, ეს არ გამოორიცხავს არაპირდაპირ განზრახვას სასიკვდილო შედეგის მიმართ. აფექტი არის საპასუხო რეაქცია მსხვერპლის ქმედებაზე, მაგრამ დამნაშავე მსხვერპლის წინარე ქმედებისთვის პასუხის გასაცემად შეიძლება აუცილებლად არ მიიჩნევდეს მისი სიცოცხლის ხელყოფას და საკმარისად თვლიდეს მხოლოდ ჯანმრთელობის დაზიანებას. თუმცა, ამავდროულად შეიძლება არ გამოორიცხავდეს უფრო მძიმე შედეგის, სიცოცხლის მოსპობის დადგომას, რაც მისთვის არ იქნებოდა სასურველი შედეგი. ასეთ დროს, თუ შედეგად მსხვერპლის სიკვდილი დადგა, ქმედება 111-ე მუხლით უნდა დაკვალიფიცირდეს. გასათვალისწინებელია ის, რომ ჯანმრთელობის (მძიმე) დაზიანებიდან სიცოცხლის ხელყოფამდე ერთი ნაბიჯია. აფექტში დამნაშავე შეიძლება იყოს არა მხოლოდ მსხვერპლის მკვლელობის, არამედ ჯანმრთელობის დაზიანების დროსაც და ამაზე მიუთითებს სსკ-ში 121-ე მუხლის არსებობაც. დამნაშავე რომ აფექტშია, ყოველთვის არ ნიშნავს იმას, რომ ის მოქმედებს სასიკვდილო შედეგის გამოწვევის მიზნით და მსხვერპლის ქმედების საპასუხოდ მიზანშეწონილად მიაჩნია მსხვერპლის მოკვდინება. დამნაშავე შეიძლება მსხვერპლის ჯანმრთელობის მძიმე დაზიანებას განიხილავდეს საკმარის საპასუხო რეაქციად, მაგრამ ამავდროულად უშვებდეს სიცოცხლის ხელყოფის შესაძლებლობასაც ანუ პირდაპირი განზრახვით მოქმედებდეს ჯანმრთელობის დაზიანებას-

თან დაკავშირებით, ხოლო არაპირდაპირი განზრახვით სიცოცხლის ხელყოფასთან მიმართებით, რა დროსაც ქმედება დამდგარი შედეგის მიხედვით კვალიფიცირდება.

მიუხედავად იმისა, რომ პირდაპირი განზრახვით დანაშაულის ჩადენა განზრახი დანაშაულის ტიპურ შემთხვევას წარმოადგენს და შესაბამისად, შეიძლება არსებობდეს დასკვნის გაკეთების შესაძლებლობა, რომ პირდაპირი განზრახვით ნებისმიერი განზრახი დანაშაულის ჩადენა შესაძლებელი, სისხლის სამართლის ლიტერატურაში საკამათოდ მიიჩნევა პირდაპირი განზრახვით დანაშაულის ჩადენა აუცილებელი მოგერიების ფარგლების გადაცილებით და აღნიშნულია, რომ აუცილებელი მოგერიების ფარგლების გადაცილებით მკვლელობის ჩადენა პირდაპირი განზრახვით შეუძლებელია,⁵⁵ მაგრამ აღნიშნულ საკითხზე არსებობს მეორე შეხედულებაც, რომელიც არ გამოორიცხავს პირდაპირი განზრახვით 113-ე მუხლით გათვალისწინებული დანაშაულის განხორციელების შესაძლებლობას⁵⁶.

2.2. არაპირდაპირი განზრახვა

განზრახვის მეორე საკანონმდებლო სახეა არაპირდაპირი (ირიბი) განზრახვა. სსკ-ის მე-9 მუხლის მე-3 ნაწილის შესაბამისად, „ქმედება არაპირდაპირი განზრახვითაა ჩადენილი, თუ პირს გაცნობიერებული ჰქონდა თავისი ქმედების მართლწინააღმდეგობა, ითვალისწინებდა მართლსაწინააღმდეგო შედეგის დადგომის შესაძლებლობას და არ სურდა ეს შედეგი, მაგრამ შეგნებულად უშვებდა ან გულგრილად ეკიდებოდა მის დადგომას“. პირდაპირი განზრახვის მსგავსად, არაპირდაპირი განზრახვის დროს მოქმედი პირი ითვალისწინებს ქმედების მართლწინააღმდეგობას, მართლსაწინააღმდეგო შედეგის დადგომის შესაძლებლობას, მაგრამ პირ-

⁵⁴ ზ. ნულაია, სისხლის სამართალი, კერძო ნაწილი, პირველი ტომი, თბ., 2000, გვ. 92. არაპირდაპირი განზრახვით აფექტში მკვლელობის განხორციელებას უშვებენ რუსი ავტორებიც. იხ. Радченко В.И., Михлин А.С. (Ред.), Комментарий к уголовному кодексу Российской Федерации, Санкт-Петербург, 2008, 196; Журавлев М.П., Никулин С.И. (Ред.), Уголовное право, Общая и особенная части, 2-е издание, М., 2008, 329.

⁵⁵ მ. ლეკვიშვილი, ნ. თოდუა, წიგნში: გ. ნაჭყებია, ნ. თოდუა, (რედ.), სისხლის სამართალი, ზოგადი ნაწილი, სახელმძღვანელო, მეოთხე გამოცემა, თბ., 2019, გვ. 93.

⁵⁶ ო. გამყრელიძე, წიგნში: სისხლის სამართლის სასამართლო პრაქტიკის კომენტარი, დანაშაული ადამიანის წინააღმდეგ, თბ., 2002, 83-84; Журавлев М.П., Никулин С.И. (Ред.), Уголовное право, Общая и особенная части, 2-е издание, М., 2008, 331; Радченко В.И., Михлин А.С. (Ред.), Комментарий к уголовному кодексу Российской Федерации, Санкт-Петербург, 2008, 197.

დაპირი განზრახვისგან განსხვავებით, არ სურს შედეგი, თუმცა შეგნებულად უშვებს ან გულგრილად ეკიდება მის დადგომას. როგორც ზემოთ აღინიშნა, შედეგის დადგომის მკვეთრად გამოხატული სურვილი არ არსებობს მეორე ხარისხის პირდაპირი განზრახვის დროსაც, მაგრამ პირი მოქმედებს შედეგის დადგომის გარდაუვალობის გაცნობიერებით, ხოლო არაპირდაპირი განზრახვის დროს პირი უშვებს შედეგის დადგომის შესაძლებლობას ან გულგრილად ეკიდება მას.

სისხლის სამართლის ლიტერატურაში გამოთქმული მოსაზრებით, გულგრილი, ინდიფერენტული დამოკიდებულება გულისხმობს მდგომარეობას, როდესაც შეგნება და ნებისყოფა არ ახდენს რეაქციას ამა თუ იმ მოვლენაზე, რომელიც ხასიათდება პასიურობით.⁵⁷ არაპირდაპირი განზრახვასთან დაკავშირებით შემდეგი მაგალითის მოშვლება შეიძლება: „ლ“-მ და „თ“-მ „კ“-ს მოსთხოვეს ავტომანქანის გაჩერება, გადმოსვლა და პასუხის გაცემა, რატომ ატყუებდა მათ და მათგან რატომ მალავდა ავტომანქანაში „ე“-ს. „კ“ უხსნიდა, რომ არავის მალავდა და მათ არ ატყუებდა, რის შედეგადაც „თ“-მ ხელი დაარტყა „კ“-ს, რაც გადაიზარდა ფიზიკურ ანგარიშსწორებაში. ჩხუბში ჩაერთო „ლ“-ც. ფიზიკური დაპირისპირების დროს „კ“-მ მიიღო არაერთი დაზიანება სახის არეში, რამდენჯერმე ნაიქცა და წამოდგა, რა დროსაც, საკუთარი ჯანმრთელობის დაცვის მიზნით, დანის ქნევით სცადა „თ“-ს და „ლ“-ს მოშორება, როცა დანას იქნევდა ყვიროდა, რომ არ მიკარებოდნენ. მოქნეული დანა მოხვდა „ლ“-ს, რომელსაც აღნიშნულის შედეგად მიადგა სიცოცხლისთვის სახიფათო დაზიანება, რამაც „ლ“-ს სიკვდილი გამოიწვია.⁵⁸ „კ“-ს ქმედება დამდგარ შედეგთან მიმართებით არაპირდაპირი განზრახვითაა განხორციელებული, ვინაიდან განხორციელებულ ქმედებაში არ იკვეთება სურვილი დამდგარ შედეგთან მიმართებით. ამაზე მიუთითებს ის, რომ დანის ქნევისას ყვიროდა, რომ არ მიკარებოდნენ. აღნიშნული მოწოდება მან განახორციელა არა მხოლოდ თავის დაცვის მიზნით, რომ თავდასხმა შეენწყვიტათ, არამედ იმიტომაც, რომ არ სურდა თავის დაცვა

ისეთი ქმედებით, რომელიც უშუალოდ გამოიწვევდა სასიკვდილო შედეგს. თუმცა, მოქმედებისას აცნობიერებდა, რომ შეიძლება დამდგარიყო მართლსაწინააღმდეგო შედეგი. ყოველივე აღნიშნულის გათვალისწინებით, შეიძლება ითქვას, რომ სახეზეა არაპირდაპირი განზრახვით მკვლელობა.

კანონმდებელი არაპირდაპირი განზრახვის დროს მართლსაწინააღმდეგო შედეგის გამოწვევის სურვილის არარსებობაზე მიუთითებს, მაგრამ ლიტერატურაში ავტორთა ერთი ნაწილი ერთმანეთისგან მიჯნავს სურვილს დესკრიფციულ-ფსიქოლოგიური გაგებით და სურვილს ნორმატიული გაგებით. აღნიშნული ავტორები არაპირდაპირი განზრახვის დროს გამორიცხავენ სურვილის არსებობას დესკრიფციულ-ფსიქოლოგიური გაგებით და მიუთითებენ ნორმატიული გაგებით სურვილის არსებობაზე და აღნიშნავენ, რომ თუ მოქმედ პირს გაცნობიერებული აქვს ფაქტობრივი გარემოებები და საზიანო შედეგის გამოწვევის შესაძლებლობა, შედეგის არდადგომის შემთხვევაში არ შეუძლია ამტკიცოს, რომ შედეგის გამოწვევა არ სურდა, რაც სისხლის სამართლის ნორმატივიზაციის შედეგია.⁵⁹ თუმცა, საკამათო შეიძლება იყოს არაპირდაპირი განზრახვის ასეთი გაგების შესაბამისობა საქართველოს სსკ-ის მე-9 მუხლის მე-3 ნაწილში მოცემულ საკანონმდებლო დეფინიციასთან, ვინაიდან კანონმდებელი ცალსახად მიუთითებს არაპირდაპირი განზრახვის დროს შედეგთან მიმართებით სურვილის არარსებობაზე და თუ დავუშვებთ არაპირდაპირი განზრახვის დროს მართლსაწინააღმდეგო შედეგის გამოწვევის სურვილის არსებობას ნორმატიული გაგებით, მივალთ დასკვნამდე, რომ კანონმდებელმა განზრახვის საკანონმდებლო დეფინიციის უპირატესობა მიანიჭა სურვილის ფსიქოლოგიურ და არა ნორმატიულ გაგებას, რაც საკამათოდ შეიძლება მივიჩნიოთ.⁶⁰

არაპირდაპირი განზრახვის საკანონმდებლო განსაზღვრებაში კანონმდებელი ერთმანეთისგან განასხვავებს არაპირდაპირი განზრახვის ორ შემთხვევას. ერთი, როცა მოქმედი პირი შეგნებულად უშვებს შედეგის დადგომას და მეო-

⁵⁷ ალ. ვაჩიშვილი, დანაშაულის სუბიექტური მხარე საბჭოთა სისხლის სამართალში, თბ., 1957, გვ. 237.

⁵⁸ აღნიშნული კაზუსი მოტანილია საქართველოს უზენაესი სასამართლოს პრაქტიკიდან.

⁵⁹ მ. ტურავა, სისხლის სამართალი, ზოგადი ნაწილი, დანაშაულის მოძღვრება, თბ., 2011, გვ. 274.

⁶⁰ ნ. თოდუა, ნიგში: გ. ნაჭყებია, ნ. თოდუა, (რედ.), სისხლის სამართალი, ზოგადი ნაწილი, სახელმძღვანელო, მეოთხე გამოცემა, თბ., 2019, გვ. 270-271.

რე, როცა გულგრილად ეკიდება შედეგის განხორციელებას. ორივე შემთვევაში არ არსებობს შედეგის გამონვევის სურვილი. შედეგის შეგნებულად დაშვება და გულგრილი დამოკიდებულება შედეგისადმი ნიშნავს იმას, რომ მოქმედი პირი ერთნაირად უშვებს შედეგის როგორც დადგომას, ისე მის თავიდან აცილებას. თვითიმედოვნებისგან განსხვავებით, არ არის დარწმუნებული შედეგის თავიდან აცილებაში. მაგალითად, პირი მოქმედებს თაღლითურად სადაზღვევო კომპანიისაგან თანხის მიღების მიზნით და ცეცხლი ნაუკიდა საკუთარ საცხოვრებელ სახლს. ამ დროს უშვებს იმას, რომ განხორციელებულ ქმედებას შეიძლება ემსხვერპლოს მეზობლად მცხოვრები პირის სიცოცხლე. არ სურს აღნიშნული შედეგის დადგომა, არც შედეგის დადგომის გარდუვალობის გაცნობიერებით მოქმედებს, მაგრამ სადაზღვევო კომპანიისგან თანხის მიღების სურვილი იმდენად დიდია, რომ შეგნებულად მიდის მეზობლის სიცოცხლის ხელყოფის საფრთხის შემცველ ქმედებაზე.

მაშინ როცა განზრახი დანაშაულების პირდაპირი განზრახვით განხორციელების საკითხი არ არის სადავო, არაპირდაპირი განზრახვით დანაშაულის ჩადენა ცალკეულ შემთხვევებში სადავოდ მიიჩნევა. ქართულ სისხლის სამართლის ლიტერატურაში უშედეგო, ფორმალურ დანაშაულებთან, აბსტრაქტული საფრთხის დელიქტებთან დაკავშირებით ურთიერთგამომრიცხავი შეხედულებებია გამოთქმული. ერთი შეხედულებით აბსტრაქტული საფრთხის დელიქტები

შეიძლება განხორციელდეს არაპირდაპირი განზრახვით,⁶¹ ხოლო მეორე მოსაზრებით, არაპირდაპირი განზრახვით აბსტრაქტული საფრთხის დელიქტის ჩადენა შეუძლებელია,⁶² ვინაიდან ქმედების საშიშროება აბსტრაქტული საფრთხის დელიქტებში ქმედების თვისებაა. თუ მოქმედ პირს გაცნობიერებული აქვს რა სახის ქმედებას ახორციელებს, მას სურს კიდევაც იმ საფრთხის შექმნა, რომელიც აბსტრაქტული საფრთხის დელიქტისთვისაა დამახასიათებელი. გამოთქმული მოსაზრებით შეუძლებელია მოქმედი პირი უშვებდეს იმას, რომ ქმედება, რომელსაც ახორციელებს, დაკარგავს სასიმ ხასიათს. ტერმინი „დაშვება“ სრულიად გარკვეული მნიშვნელობისაა და გამოიყენება მართლსაწინააღმდეგო შედეგის და არა ქმედების აბსტრაქტული საშიშროების მიმართ. თუმცა, მიუხედავად იმისა, რომ ზოგიერთ აბსტრაქტული საფრთხის დელიქტში არაპირდაპირი განზრახვა ძნელი წარმოსადგენია, ცალკეულ შემთხვევებში დასაშვებად უნდა მივიჩნიოთ⁶³. გაუმართლებელია ყველა აბსტრაქტული საფრთხის დელიქტთან მიმართებით არაპირდაპირი განზრახვის შესაძლებლობის გამორიცხვა.

სისხლის სამართალში საკამათოდ მიიჩნევა არაპირდაპირი განზრახვით მცდელობის შესაძლებლობაც. ერთ-ერთი მოსაზრებით, დანაშაულის მცდელობა შეიძლება განხორციელდეს არა მხოლოდ პირდაპირი, არამედ არაპირდაპირი განზრახვითაც.⁶⁴ არაპირდაპირი განზრახვით იმ დანაშაულის მცდელობა დასაშვები, რომ-

⁶¹ ვ. მაყაშვილი, ევენტუალური განზრახვის საკითხისათვის, „საბჭოთა სამართალი“, 1965, #4, გვ. 19.

⁶² მ. უგრეხელიძე, ბრალი საფრთხის დელიქტებში, თბ., 1982, გვ. 16.

⁶³ გერმანულ სისხლის სამართლის ლიტერატურაშიც არ გამოიციხავენ აბსტრაქტული საფრთხის დელიქტის არაპირდაპირი განზრახვით განხორციელების შესაძლებლობას. მაგალითად, გერმანიის სსკ-ის 315d პარაგრაფის პირველი ნაწილით გათვალისწინებულ ქმედებასთან მიმართებით - აკრძალული ავტორბოლა. *Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Auflage, 2018, §315d Rn. 6.* თუმცა, მიუთითებენ იმასაც, რომ დანაშაულებს არაპირდაპირი განზრახვით დამოკიდებულება შეიძლება ჰქონდეს ქმედების აკრძალვასთან დაკავშირებით. ხოლო რაც შეეხება თვითონ შემადგენლობით გათვალისწინებულ ქმედებას (ავტორბოლის ჩატარება, მასში მონაწილეობა), არაპირდაპირი განზრახვით პრაქტიკულად რთული წარმოსადგენია. *Fischer T., Strafgesetzbuch, Kommentar, 68. Auflage, 2021, §315d Rn. 19; Pegel Ch., in: Münchener*

Kommentar, Strafgesetzbuch, 3. Auflage, 2019, §315d Rn. 27. ხოლო ზოგიერთ აბსტრაქტულ საფრთხის დელიქტთან მიმართებით მხოლოდ პირდაპირი განზრახვით მოქმედებას უშვებენ და უარყოფენ არაპირდაპირი განზრახვის შესაძლებლობას დანაშაულის ბუნების და ქმედების შემადგენლობის, ნორმის დისპოზიციის გათვალისწინებით. *Fischer T., Strafgesetzbuch, Kommentar, 68. Auflage, 2021, §323b Rn. 4.*

⁶⁴ მ. ტურავა, სისხლის სამართალი, ზოგადი ნაწილი, დანაშაულის მოძღვრება, თბ., 2011, გვ. 298; თ. ებრაღიძე, ნიგნში: სისხლის სამართლის სასამართლო პრაქტიკის კომენტარი, დანაშაული ადამიანის წინააღმდეგ, თბ., 2002, გვ. 106-107; ლ. ხარანაული, დაუმთავრებელი დანაშაულის დასჯადობა ქართული და გერმანული სისხლის სამართლის მიხედვით (შედარებით-სამართლებრივი ანალიზი), თბ., 2014, გვ. 148; ბ. ჯიშკარიანი, სისხლის სამართლის კერძო ნაწილი, დანაშაული ადამიანის წინააღმდეგ, თბ., 2016, გვ. 119; *Jescheck H-H/Weigend T., Lehrbuch des Strafrechts, AT, Berlin, 1996, S. 515; Roxin C., Strafrecht, AT, Band II, München, 2003,*

ლის სრულად განხორციელება არაპირდაპირი განზრახვით არ გამოირიცხება, მაგალითად, მკვლელობის შემთხვევაში. თუ დასრულებულ და დაუმთავრებელ დანაშაულს შორის სხვაობა შედეგშია, არ შეიძლება შედეგის განხორციელებლობამ გავლენა მოახდინოს დაუმთავრებელი დანაშაულის ქმედების სუბიექტურ შემადგენლობაზე. არაპირდაპირი განზრახვით დანაშაულის შესაძლებლობის იდეა გაზიარებულ იქნა ქართულ სასამართლო პრაქტიკაშიც. აღნიშნულთან დაკავშირებით საინტერესოა შემდეგი შემთხვევა, რომელსაც ადგილი ჰქონდა სასამართლო პრაქტიკაში: „კ“ მივიდა მეგობართან - „ლ“-სთან, რომელიც იმ დროს იმყოფებოდა თავისი საცხოვრებელი კორპუსის ეზოში, სადაც ასევე იმყოფებოდა მისი ბიძაშვილი - „ზ“. „კ“-მ „ლ“-სა და „ზ“-თან საუბარში დაჰყო დაახლოებით 40 წუთი, რა დროსაც მათ შეუერთდა „ლ“-ს მეგობარი, „გ“, რომელიც გადმოვიდა ავტომანქანიდან და ისე საუბრობდა მათთან. „კ“ კი დაჯდა აღნიშნულ ავტომანქანაში და ხმა აუწია მაგნიტოფონს. ხმაურზე „ლ“-ს სახლიდან დაურეკა და შენიშვნა მისცა ბაბუამისმა, რის გამოც მან ხმა ჩაუწია მაგნიტოფონს. აღნიშნულის გამო „კ“ განაწყენდა და გადმოვიდა ავტომანქანიდან. შემდეგ „ლ“-მ, შეიძინა რა ლუდი და მინერალური წყალი „ნაბელლავი“, „ზ“-თან და „კ“-თან ერთად გადაინაცვლა იქვე სკოლის ეზოში, სადაც მათ განაგრძეს საუბარი. მათთან ერთად ასევე იმყოფებოდნენ „ზ“-ს უმცროსი ძმა, „ლ“-ს მეგობარი „ჩ“ და „ქ“. „კ“ ზემოაღნიშნული მცირე საბაბის გამო განიზრახა „ლ“-ს მიმართ ანგარიშსწორება. აღნიშნული განზრახვის სისრულეში მოსაყვანად, თითქოს სალაპარაკოდ, ცალკე გაიხმო იგი და გაიყვანა იქ მყოფებისგან მოშორებით, სადაც ყოველგვარი მიზეზის გარეშე, თან ნაქონი დანა ორჯერ ზედიზედ დაარტყა „ლ“-ს კისრის არეში და მიაყენა დაზიანებები. „ლ“ საშველად უხმობდა მეგობრებს და ცდილობდა მის-

გან გაქცევას. „კ“ არ აძლევდა მას ამის საშუალებას და მეორე ხელით იჭერდა. „კ“-მ, შენიშნა რა მათკენ მომავალი „ზ“, რომელმაც დაინახა, თუ როგორ ურტყამდა „კ“ დანას „ლ“-ს, უყვიროდა და მოუწოდებდა, რომ შეენწყვიტა აღნიშნული ქმედება, მხოლოდ ამის შემდეგ გაუშვა ხელი „ლ“-ს, თვითონ კი მიიმალა შემთხვევის ადგილიდან. „ლ“ მიღებული დაზიანებებით გადაიყვანეს სამედიცინო კლინიკაში, სადაც სამედიცინო დახმარების შედეგად სიკვდილს გადაურჩა. მოცემულ შემთხვევაში უზენაესმა სასამართლომ ქმედება დააკვალიფიცირა როგორც არაპირდაპირი განზრახვით მკვლელობის მცდელობა (მე-19, 108-ე მუხ.).⁶⁵ სასამართლომ თავის გადაწყვეტილებაში მიუთითა, რომ დამნაშავე არ მოქმედებდა დაზარალებულის მოკვლის მიზნით. თუმცა, ხაზი გაუსვა იმ გარემოებას, რომ მძიმე დაზიანება მიყენებული იყო სიცოცხლისთვის ძალზედ სასიფათო ადგილზე, შესაბამისად, დამნაშავე ითვალისწინებდა შესაძლო სასიკვდილო შედეგსაც- დაზარალებულის სიკვდილს და გულგრილად ეკიდებოდა მის დადგომას. სასამართლოს აღნიშნული მოსაზრება არაპირდაპირი განზრახვით დანაშაულის მცდელობაზე, არ არის გასაზიარებელი. დანაშაულის მცდელობის დროს არ შეიძლება დანაშაულებრივ შედეგთან მიმართებით დამნაშავე გულგრილ დამოკიდებულებას იჩენდეს. მცდელობის სუბიექტური ელემენტი გულისხმობს მიზანს. მცდელობის დროს სუბიექტი მოქმედებს იმ მიზნით, რომელსაც სურს მიაღწიოს ქმედებით, რომელიც მცდელობას წარმოადგენს. იმას, ვინც მცდელობას ახორციელებს, სურს მიზნის განხორციელება. ვინც ცდილობს რაღაც შედეგის გამოწვევას, ის მიისწრაფვის კიდევ იმ მიზნისკენ, რისი განხორციელებაც სურს⁶⁶.

ქართულ სისხლის სამართალში გაბატონებული თვალსაზრისით, დანაშაულის მცდელობა შეიძლება მხოლოდ პირდაპირი განზრახვით.⁶⁷

S. 353, §29 Rn. 71; Heinrich B., *Strafrecht*, AT, 3. Aufl., Stuttgart, 2012, S. 292, Rn. 658.

⁶⁵ საქართველოს უზენაესი სასამართლოს 2008 წლის 24 სექტემბრის გადაწყვეტილება, #745-აპ-08.

⁶⁶ Alwart H., *Strafwürdiges Versuch, Eine Analyse zum Begriff der Strafwürdigkeit und zur Struktur des Ver-suchsdelikts*, Berlin, 1982, S. 142-143.

⁶⁷ თ. გამყრელიძე, საქართველოს სისხლის სამართლის კოდექსის განმარტება, მე-3 გამოცემა, წიგნი: მისივე, სისხლის სამართლის პრობლემები, თბ., 2013, გვ. 245; თ. წერეთელი, სისხლის სამართლის პრობლემები, I ტო-

მი, თბ., 2007, გვ. 350, 488; მ. უგრესელიძე, ბრალი საფრთხის დელიქტებში, თბ., 1982, გვ. 15; ქ. მჭედლიშვილი-ჭედრიხი, სისხლის სამართალი, ზოგადი ნაწილი, დანაშაულის გამოვლენის ცალკეული ფორმები, თბ., 2011, გვ. 71; გ. მამულაშვილი, ნ. თოდუა, წიგნი: ლეკვეიშვილი, მამულაშვილი, თოდუა, სისხლის სამართლის კერძო ნაწილი, წიგნი I, მეშვიდე გამოცემა, თბ., 2019, გვ. 181; ნ. თოდუა, საფრთხის შემქმნელი დანაშაულები საქართველოს სისხლის სამართლის კოდექსის მიხედვით, „მართლმსაჯულება და კანონი“, 2007, #2/3, გვ. 155; ი. დვალაძე, წიგნი: გ. ნაჭყებია, ი. დვალაძე,

არაპირდაპირი განზრახვით დანაშაულის მცდელობა გამოირიცხება, ვინაიდან სსკ-ის მე-19 მუხლში დანაშაულის მცდელობა განმარტებულია როგორც დანაშაულის ჩადენისკენ უშუალოდ მიმართული განზრახვი ქმედება. სიტყვები „უშუალოდ მიმართული“ თუ ავტორთა ერთი ნაწილის მიერ განმარტება როგორც მცდელობის ობიექტური დახასიათება, ქმედების შემადგენლობის განხორციელების დაწყება და კონკრეტული საფრთხის შექმნა,⁶⁸ მეორე მოსაზრებით, აღნიშნული სიტყვები გამოხატავს მცდელობის სუბიექტურ მხარეს, იმას, რომ მცდელობა მიზნით დეტერმინირებული, პირდაპირი განზრახვით განხორციელებული ქმედებაა.⁶⁹

არაპირდაპირი განზრახვა უნდა განიხილებოდეს თუ არა განზრახვის სახედ, სისხლის სამართლის ლიტერატურაში საკამათოდ მიიჩნევა. ერთ-ერთი მოსაზრებით, უნდა შეიქმნას სპეციალური სამართლებრივი ფიგურა, რომელიც თავის თავში გააერთიანებს არაპირდაპირ განზრახვას და თვითიმედოვნებას, რომელსაც შეიძლება ეწოდოს დანაშაულებრივი გულგრილობა.⁷⁰ აღნიშნული მოსაზრება კიდევ უფრო სადა-

ვოს ხდის არაპირდაპირი განზრახვით დანაშაულის მცდელობის შესაძლებლობას.⁷¹

საკამათოდ მიიჩნევა ასევე არაპირდაპირი განზრახვით დანაშაულში თანამონაწილეობა. სსკ-ის 23-ე მუხლის მიხედვით, დანაშაულში თანამონაწილეობა გულისხმობს განზრახ დანაშაულში ორი ან მეტი პირის განზრახ მონაწილეობას. ამ შემთხვევაშიც არ არის დაკონკრეტებული თუ როგორი განზრახვით არის თანამონაწილეობა დასაშვები. ერთ-ერთი მოსაზრებით, დანაშაულში თანამონაწილეობა არაპირდაპირი განზრახვითაც შეიძლება,⁷² მაგრამ მეორე მოსაზრების თანახმად, თანამონაწილეობა მოითხოვს პირდაპირი განზრახვით განხორციელებულ ქმედებას, ვინაიდან თანამონაწილეობის დასჯადობის საფუძველია ერთიანი მიზნით განხორციელებული უმართლობა.⁷³

არაპირდაპირი განზრახვით საკამათოდ მიიჩნევა არა მხოლოდ დანაშაულში თანამონაწილეობა ვინრო გაგებით, როცა ბოროტმოქმედებს როლები განაწილებული აქვთ, არამედ თანამსრულებლობაც,⁷⁴ რომელიც თანამონაწილეობას წარმოადგენს ფართო გაგებით. აღნიშ-

(რედ.), სისხლის სამართლის ზოგადი ნაწილი, სახელმძღვანელო, თბ., 2007, გვ. 169; ი. დვალაძე, მოტივისა და მიზნის ზეგავლენა ქმედების კვალიფიკაციასა და სისხლის სამართლებრივ პასუხისმგებლობაზე, თბ., 2008, გვ. 89; დ. სულაქველიძე, დანაშაულის მცდელობა და ნებავოფლობით ხელის აღება დანაშაულის ჩადენაზე, „სამართალი“, 1991, #3-4, გვ. 11; ლ. სურგულაძე, ნიგში: სისხლის სამართლის სასამართლო პრაქტიკის კომენტარი, დანაშაული ადამიანის წინააღმდეგ, თბ., 2002, გვ. 52, მისივე, სისხლის სამართალი, დანაშაული, თბ., 2005, გვ. 327; თ. ცქიტიშვილი, ადამიანის სიცოცხლისა და ჯანმრთელობისთვის საფრთხის შემქმნელი დელიქტები, თბ., 2015, გვ. 225; გ. ნაჭყებია, ნ. თოდუა, (რედ.), სისხლის სამართალი, ზოგადი ნაწილი, სახელმძღვანელო, მეოთხე გამოცემა, თბ., 2019, გვ. 271, 374; Puppe I., Der halbherzige Rücktritt, NSTz, 1984, S. 491; Streng F., Rücktritt und dolus eventualis, JZ, 1990, S. 219; Közl-Ott M., Eventualvorsatz und Versuch, Zürich, 1974, S. 39, 98; Stooss C., Dolus eventualis und Gefährdung, ZStW 1895 (15), S. 200; Lampe E., Genügt für den Entschluß des Täters in §43 StGB sein bedingter Vorsatz?, NJW 1958, S. 333; Bauer W., Die Abgrenzung des dolus eventualis - ein Problem der Versuchsdogmatik, Wistra 1991, S. 171.

⁶⁸ მ. ტურავა, სისხლის სამართალი, ზოგადი ნაწილი, დანაშაულის მოძღვრება, თბ., 2011, გვ. 305; ლ. ხარანაული, დაუმთავრებელი დანაშაულის დასჯადობა ქართული და გერმანული სისხლის სამართლის მიხედვით (შე-

დარებით-სამართლებრივი ანალიზი), თბ., 2014, გვ. 148.

⁶⁹ თ. წერეთელი, ნიგში: თ. წერეთელი, გ. ტყეშელიაძე, (რედ.), საქართველოს სსრ სისხლის სამართლის კოდექსის კომენტარები, თბ., 1976, გვ. 119; ო. გამყრელიძე, საქართველოს სისხლის სამართლის კოდექსის განმარტება, მე-3 გამოცემა, ნიგში: მისივე, სისხლის სამართლის პრობლემები, თბ., 2013, გვ. 245.

⁷⁰ მ. ტურავა, სისხლის სამართალი, ზოგადი ნაწილი, დანაშაულის მოძღვრება, თბ., 2011, გვ. 288-289.

⁷¹ თ. ცქიტიშვილი, ევენტუალური განზრახვის საკითხისათვის, „მართლმსაჯულება და კანონი“, 2014, #4, გვ. 107.

⁷² თ. წერეთელი, სისხლის სამართლის პრობლემები, II ტომი, თბ., 2007, გვ. 152; მ. ტურავა, სისხლის სამართლის ზოგადი ნაწილის მიმოხილვა, მე-9 გამოცემა, თბ., 2013, გვ. 334; გ. ნაჭყებია, ნიგში: სისხლის სამართლის ზოგადი ნაწილი, სახელმძღვანელო, თბ., 2007, გვ. 198.

⁷³ ო. გამყრელიძე, სისხლის სამართლის პრობლემები, II ტომი, თბ., 2013, გვ. 325-ე და შემდგომნი; თ. ცქიტიშვილი, ადამიანის სიცოცხლისა და ჯანმრთელობისთვის საფრთხის შემქმნელი დელიქტები, თბ., 2015, გვ. 309 და შემდგომნი; გ. ნაჭყებია, ნ. თოდუა, (რედ.), სისხლის სამართალი, ზოგადი ნაწილი, სახელმძღვანელო, მეოთხე გამოცემა, თბ., 2019, გვ. 271.

⁷⁴ გ. ნაჭყებია, ნ. თოდუა, (რედ.), სისხლის სამართალი, ზოგადი ნაწილი, სახელმძღვანელო, მეოთხე გამოცემა, თბ., 2019, გვ. 271, 415.

ნული მოსაზრების თანახმად, არაპირდაპირი განზრახვით თანაამსრულებლობას შეუძლებელს ხდის თანამონაწილეთა მოქმედება ერთიანი განზრახვით. ერთიანი განზრახვა კი გულისხმობს პირდაპირ განზრახვას. ერთიანი განზრახვით მოქმედებისას ქმედება ერთიანი მიზნით ხორციელდება.⁷⁵ როგორც ო. გამყრელიძე მიუთითებს, არაპირდაპირი (ევენტუალური) განზრახვის დროს არ არსებობს ამსრულებელთა უმართლობის გამაერთიანებელი ელემენტი, რომელიც ამსრულებელთა მოქმედებებს ერთ მთლიანად შეკრავს და ერთ საერთო უმართლობად წარმოგვიდგენს. არაპირდაპირი განზრახვის დროს ამსრულებელთა მოქმედებების კავშირი გარეგანია, კაუზალურია, რაც მას თანაამსრულებლობისთვის საკმარის პირობად არ მიაჩნია, ვინაიდან, მისი თვალსაზრისით, არაპირდაპირი განზრახვით განხორციელებულ ქმედებებს აკლია ის შინაგანი რგოლი, რომლის გარეშე თანაამსრულებლობა შეუძლებელია წარმოვიდგინოთ.⁷⁶ ო. გამყრელიძეს არაპირდაპირი განზრახვით თანაამსრულებლობა ისევე მიაჩნია შეუძლებლად, როგორც თანაამსრულებლობა გაუფრთხილებლობით.

მეორე მოსაზრების თანახმად, თანაამსრულებლობა შესაძლებელია როგორც პირდაპირი, ისე არაპირდაპირი განზრახვით⁷⁷. აღნიშნულთან დაკავშირებით თ. წერეთელს მოყავს მაგალითი, სადაც სადაზღვეო კომპანიისგან თანხის მისაღებად სახლის მესაკუთრეები სახლს ცეცხლს უკიდებენ და აღნიშნულის შედეგად არაპირდაპირი განზრახვით უშვებენ სხვისი სიცოცხლის მოსპობის შესაძლებლობას, მოქმედ პირებს კი თანაამსრულებლად მიიჩნევენ.⁷⁸

უნდა ითქვას, რომ თანაამსრულებლობისთვის ტიპურია პირდაპირი განზრახვით მოქმედე-

ბა და ეს განსაკუთრებით ეხება ისეთ შემთხვევას, სადაც საქმე ეხება წინასწარი შეთანხმებით მოქმედ ჯგუფს. მაგრამ არ უნდა დაგვავიწყდეს, რომ ასევე არსებობს წინასწარი შეთანხმების გარეშე მოქმედი ჯგუფიც (სსკ-ის 27-ე მუხ.).⁷⁹ ჯგუფური მოქმედება თანაამსრულებლობას მოითხოვს. იქ, სადაც თანაამსრულებლობა არ არსებობს, ჯგუფური დანაშაულიც გამოირიცხება. თუ ჯგუფურად, თანაამსრულებლობით დანაშაულის ჩადენა შესაძლებელია თანაამსრულებელთა წინასწარი შეთანხმების გარეშე, ეს იმაზე უნდა მიუთითებდეს, რომ თანაამსრულებლობა შესაძლებელია ურთიერთშეთანხმებული (წინასწარშეთანხმებული) გადაწყვეტილების და პირდაპირი განზრახვის გარეშეც. როდესაც დაწყებულ დანაშაულებრივ ქმედებას, ჩხუბს უერთდება მოგვიანებით შემოერთებული ამსრულებელი, არა დაზარალებულზე პირადი ჯავრის ამოყრის მიზნით, არამედ ბოროტმოქმედი მეგობრისთვის თანადგომის მიზნით, შეიძლება უშვებდეს იმას, რომ ქმედებას (ჩხუბს) მოჰყვება მსხვერპლის ჯანმრთელობის მძიმე დაზიანება ან სიცოცხლის მოსპობა, თუმცა არ სურდეს ამ უკანასკნელის გამონევა. თუ განხორციელებულმა ქმედებამ სასიკვდილო შედეგი გამოიწვია, ორივე პირი, როგორც თავიდან მოქმედი, ისე გვიან შემოერთებული უნდა დაისაჯოს მკვლელობის თანაამსრულებლობით განხორციელებისთვის.⁸⁰ თუკი ვინრო გაგებით თანამონაწილეობა, მაგალითად, დანაშაულზე დაყოლიება ან ორგანიზება მეტად საკამათოა არაპირდაპირი განზრახვით, წაქეზების და ორგანიზების ბუნების გათვალისწინებით, იგივე არ შეიძლება ითქვას თანაამსრულებლობაზე, მით უფრო, როცა საქმე ეხება თანაამსრულებლობას წინასწარი შეთანხმების გარეშე.

⁷⁵ ქ. მჭედლიშვილი-ჰედრიხი, სისხლის სამართალი, ზოგადი ნაწილი, დანაშაულის გამოვლინების ცალკეული ფორმები, თბ., 2011, გვ. 166-167; ი. დვალაძე, მოტივისა და მიზნის ზეგავლენა ქმედების კვალიფიკაციასა და სისხლისსამართლებრივ პასუხისმგებლობაზე, თბ., 2008, გვ. 111.

⁷⁶ ო. გამყრელიძე, სისხლის სამართლის პრობლემები, I ტომი, თბ., 2011, გვ. 308-309.

⁷⁷ მ. ტურავა, სისხლის სამართალი, ზოგადი ნაწილის მიმოხილვა, მეცხრე გამოცემა, თბ., 2013, გვ. 330.

⁷⁸ თ. წერეთელი, სისხლის სამართლის პრობლემები, მე-2 ტომი, თბ., 2007, გვ. 145.

⁷⁹ ო. გამყრელიძე, საქართველოს სისხლის სამართლის კოდექსის განმარტება, მესამე გამოცემა, წიგნი: მისი-

ვე, სისხლის სამართლის პრობლემები, მე-3 ტომი, თბ., 2013, გვ. 266; თ. წერეთელი, თანამონაწილეობა დანაშაულში, წიგნი: მისივე, სისხლის სამართლის პრობლემები, მე-2 ტომი, თბ., 2007, გვ. 145; გ. ნაჭყებია, ნ. თოდუა, (რედ.), სისხლის სამართალი, ზოგადი ნაწილი, სახელმძღვანელო, მეოთხე გამოცემა, თბ., 2019, გვ. 427-428.

⁸⁰ თანაამსრულებლობის საკითხზე ასევე იხ. თ. ცქიტიშვილი, რეცენზია: ქეთევან მჭედლიშვილი-ჰედრიხი, სისხლის სამართალი, ზოგადი ნაწილი, დანაშაულის გამოვლინების ცალკეული ფორმები, შედარებითი სამართლის ქართულ-გერმანული ჟურნალი, 2019, #1, გვ. 66-68.

ასევე საკამათოდ მიიჩნევა არაპირდაპირი განზრახვით დანაშაულზე ნებაყოფლობით ხელის აღება. თუ ერთი მოსაზრებით დანაშაულზე ნებაყოფლობით ხელის აღება შესაძლებელია ევენტუალური განზრახვით,⁸¹ მეორე მოსაზრებით არაპირდაპირი განზრახვით ხელის აღება გამოირიცხება, რასთან დაკავშირებითაც ერთ-ერთ არგუმენტად სახელდება ის, რომ ნებაყოფლობით ხელის აღებას ადგილი აქვს დანაშაულის მომზადების ან მცდელობის სტადიაზე,⁸² რომელიც ქართულ სისხლის სამართლის ლიტერატურაში გაბატონებული შეხედულებით, მოითხოვს მოქმედებას პირდაპირი განზრახვით.

დანაშაულზე ნებაყოფლობით ხელის აღების შესაძლებლობა საკამათოა მაშინ, როცა დამნაშავე ევენტუალური განზრახვით მოქმედებდა (მაგალითად, სასიკვდილო შედეგთან დაკავშირებით), თუმცა სურდა სხვა მიზნის მიღწევა (სხვისი ფულადი თანხის დაუფლება) და მიაღწია კიდეც, რის გამოც წყვეტს მოქმედებას და უშვებს ქმედების შემადგენლობით გათვალისწინებული შედეგის (სიცოცხლის მოსპობის) დადგომას. მაგალითად, რესტორანში „ა“-ს საფულე მოპარა „ბ“-მ. როცა „ბ“ რესტორანს ტოვებდა, „ა“ გამოედევნა მას თავისი ფულის უკან დასაბრუნებლად. როდესაც „ბ“ ფულის უკან დაბრუნებასთან დაკავშირებით გაუძალიანდა, „ა“-მ პისტოლეთიდან ცეცხლი გახსნა „ბ“-ს მიმართ, რა დროსაც უშვებდა მისი სიცოცხლის ხელყოფის შესაძლებლობას (ევენტუალური განზრახვა). განხორციელებული ქმედების შედეგად „ბ“ დაიჭრა, რა დროსაც „ა“-მ წაართვა თავისი საფულე და გაუჩინარდა. ამასთან მან ნახა, რომ „ბ“ გადაიჭრა და ის მხოლოდ დაჭრილი იყო. მან იცის, რომ „ბ“ შემდგომი სროლის შედეგად უპრობლემოდ შეუძლია მოკლას, თუმცა ამის არანაირი ინტერესი არ გააჩნია, ვინაიდან მან ფულის უკან დაბრუნებასთან დაკავშირებით თავის მიზანს მიაღწია.⁸³ ერთ-ერთი თეორია აღნიშნულ შემთხვევაში უშვებს პირის პასუხისმგებლობისგან გათავისუფლებას დანაშაულზე ნებაყოფლობით ხელის აღების გამო, ვინაიდან აღნიშნული შეხედულების წარმომადგენლები გაუმართ-

ლებლად თვლიან არაპირდაპირი განზრახვით მოქმედი პირის პასუხისმგებლობისგან გათავისუფლების შესაძლებლობის გამორიცხვას იმის გამო, რომ მოქმედი პირი მსხვერპლის სიცოცხლის მოსპობის მიზნით არ მოქმედებდა.⁸⁴ მოცემულ შემთხვევაში საკითხი იმის შესახებ, აქვს თუ არა ადგილი ნებაყოფლობით ხელის აღებას, მოითხოვს იმის გარკვევას, თუ რომელ დანაშაულზე ნებაყოფლობით ხელის აღების შესაძლებლობა განიხილება, ვინაიდან დანაშაულზე ნებაყოფლობით ხელის აღებას ადგილი აქვს დანაშაულის მომზადების ან მცდელობის სტადიაზე და თუ მომზადება ან მცდელობა გამოირიცხა, ნებაყოფლობით ხელის აღებაც გამოირიცხება. მომზადება და მცდელობა კი მოითხოვს შესაბამის სუბიექტურ ნიშნებს, რომელთაგან ერთ-ერთი, ქართულ სისხლის სამართლის ლიტერატურაში გაბატონებული მოსაზრების თანახმად, არის გამიზვნა, შესაბამისად, პირდაპირი განზრახვა. ზემოთ მოყვანილ მაგალითში გამიზნული მოქმედება სასიკვდილო შედეგთან დაკავშირებით არ არსებობს, რის გამოც მკვლელობის მცდელობა უნდა გამოირიცხოს. ეს კი თავისთავად გამოირიცხავს მკვლელობაზე ნებაყოფლობით ხელის აღებასაც. იქ, სადაც არ არსებობს მკვლელობის მომზადება და მცდელობა, არც ნებაყოფლობით ხელის აღებას ექნება ადგილი.

3. არაპირდაპირი განზრახვის გამიჯვნა გაუფრთხილებლობისგან (თვითიმედოვნებისგან)

არაპირდაპირი განზრახვის გამიჯვნა თვითიმედოვნებისგან ერთ-ერთ მნიშვნელოვან პრობლემას წარმოადგენს სისხლის სამართალში, როგორც თეორიული, ისე პრაქტიკული თვალსაზრისით, ვინაიდან საქმე ეხება ქმედების დანაშაულად კვალიფიკაციის საკითხს. არაპირდაპირი განზრახვის თვითიმედოვნებისგან გამიჯვნასთან დაკავშირებით არსებობს სხვადასხვა თეორია, რომლებიც ორ ჯგუფად იყოფა: **ცოდნის და ნებელობის** თეორიები.⁸⁵ ცოდნის ანუ, როგორც მას სხვაგვარად უწოდებენ, **წარ-**

⁸¹ ლ. ხარანაული, დაუმთავრებელი დანაშაულის დასჯადობა ქართული და გერმანული სისხლის სამართლის მიხედვით (შედარებით-სამართლებრივი ანალიზი), თბ., 2014, გვ. 331.

⁸² გ. ნაჭყებია, ნ. თოდუა, (რედ.), სისხლის სამართალი, ზოგადი ნაწილი, სახელმძღვანელო, მეოთხე გამოცემა, თბ., 2019, გვ. 271-272.

⁸³ აღნიშნული მაგალითი იხ. Heinrich B., *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 3. Auflage, 2012, S. 371-372, Rn. 835.

⁸⁴ Krey/Esser, *Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil*, 4. Auflage, 2011, S. 521, Rn. 1293.

⁸⁵ აღნიშნულ თეორიებზე ქართულად იხ. მ. ტურავა, სისხლის სამართალი, ზოგადი ნაწილი, დანაშაულის მოძღვრება, თბ., 2011, გვ. 291-298.

მოსახვის თეორიის მიხედვით, ქმედებას განზრახ ახორციელებს ის, ვინც ქმედების შემადგენლობით გათვალისწინებული შედეგის დადგომას შესაძლებლად (შესაძლებლობის თეორია), სააღბათოდ (აღბათობის თეორია) მიიჩნევს და მიუხედავად ამისა, მაინც მოქმედებს. აღნიშნული თეორიის მიხედვით მნიშვნელოვანია ინტელექტუალური (კოგნიტიური) და არა ნებელობის ელემენტის არსებობა. ის ვინც ქმედების შემადგენლობის განხორციელებას მხოლოდ შესაძლებლად და სააღბათოდ მიიჩნევს, შეგნებულად უგულვებელყოფს ნორმით დაწესებულ აკრძალვას. ამაზე მეტი მოთხოვნა კი განზრახ ქმედებას არ წაყენება და ეს საკმარისი კრიტერიუმია ქმედების განზრახ განხორციელებულად კვალიფიკაციისთვის. შედეგის დადგომის შესაძლებლობის დაშვება და შედეგისადმი შეგუება, შედეგის დადგომის აღბათობის დაშვება მიიჩნევა იდენტური მნიშვნელობის მქონედ. **შესაძლებლობის თეორიის** მიხედვით, იგულისხმება განსაზღვრული აღბათობის დაშვება ქმედებასთან დაკავშირებით და საკმარისად არ მიიჩნევა მოქმედი პირის მიერ შედეგის დადგომასთან დაკავშირებით შორეული შესაძლებლობის წარმოსახვა. მაგალითად, არაპირდაპირი განზრახვით მკვლელობისას, სასიკვდილო შედეგის დადგომის შორეული შესაძლებლობის წარმოსახვით არ უნდა მოქმედებდეს დამნაშავე.⁸⁶ წინააღმდეგ შემთხვევაში არაპირდაპირი განზრახვა გამოირიცხება.

ნებელობის თეორიის მიხედვით, არაპირდაპირი განზრახვისთვის საჭიროა დამატებითი ნებელობითი, ვოლუნტატური ელემენტის არსებობა. განზრახ მოქმედებს ის, ვინც შედეგის დადგომას შესაძლებლად მიიჩნევს და გარდა ამისა, ეგუება კიდევ მის დადგომას (მონონების თეორია), თანამდევნი შედეგის დადგომას თანაბარმნიშვნელოვნად თვლის (თანაბარმნიშვნელობის თეორია), შედეგის დადგომის შესაძლებლობას სერიოზულად აღიქვამს და ურიგდება

მას (შედეგის დადგომის შესაძლებლობის სერიოზულად აღქმის თეორია). სხვა შეხედულების თანახმად, განზრახ მოქმედებს ასევე ის, ვინც შედეგის დადგომის შესაძლებლობას აცნობიერებს და თავის ნებას არ წარმართავს დანაშაულებრივი ქმედების, შესაბამისად, შედეგის დადგომის თავიდან აცილებისკენ (თავიდან აცილების თეორია). მოცემული მოსაზრების თანახმად, ნებელობითი კრიტერიუმით გადამწყვეტია გამიჯვნის თვალსაზრისით.⁸⁷

ქართული სსკ-ის მიხედვით არაპირდაპირი განზრახვასა და თვითიმედოვნებას შორის არსებობს შემდეგი განსხვავება: არაპირდაპირი განზრახვის დროს პირს გაცნობიერებული აქვს, რომ მართლსაწინააღმდეგოდ მოქმედებს, სხვაგვარად რომ ვთქვათ, პირდაპირი განზრახვის მსგავსად ადგილი აქვს კანონის მოთხოვნის შეგნებულ უგულვებელყოფას,⁸⁸ სოლო თვითიმედოვნებისას პირი აცნობიერებს წინდახედულობის ნორმით გათვალისწინებული აკრძალვის დარღვევას. არაპირდაპირი განზრახვის დროს პირს არ სურს მართლსაწინააღმდეგოდ შედეგის დადგომა, მაგრამ შეგნებულად უშვებს ან ურიგდება მის დადგომას, ან გულგრილად ეკიდება შედეგის განხორციელებას. თვითიმედოვნების დროს კი მოქმედი დარწმუნებულია შედეგის თავიდან აცილებაში.⁸⁹ მაგალითად, როდესაც მძლოლი მოძრაობს გადაჭარბებული სისწრაფით, შეიძლება უშვებდეს იმას, რომ ამას შეიძლება მოჰყვეს ადამიანის სიცოცხლის მოსპობა (არაპირდაპირი განზრახვა) ან დარწმუნებული იყოს იმაში, რომ ასეთი შედეგი არ დადგება (თვითიმედოვნება). ეს ყოველივე, მაგალითად, მოქმედი პირი უშვებს შედეგის დადგომას, თუ დარწმუნებულია მის თავიდან აცილებაში, დამოკიდებულია სხვადასხვა გარემოებებზე, როგორც მძლოლის გამოცდილებაზე, ისე სხვა იმ გარემოებებზე, რომლებიც თან ახლავს მძლოლის მიერ გადაჭარბებული სიჩქარით მოძრაობას. კერძოდ, ტერიტორიულად სად და რა პირო-

⁸⁶ აღნიშნული თეორიების შესახებ იხ. Heinrich B., *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 3. Auflage, 2012, S. 120, Rn. 299.

⁸⁷ აღნიშნულ თეორიასთან დაკავშირებით იხ. Heinrich B., *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 3. Auflage, 2012, S. 121, Rn. 300. ნებელობის თეორიის მხარდამჭერი მოსაზრება იხ. Eisele, in: *Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Lehrbuch*, 12. Auflage, Bielefeld, 2016, S. 295, §12 Rn.7.

⁸⁸ არ არის გასაზიარებელი მოსაზრება, რომ კანონის მოთხოვნათა უგულვებელყოფა უფრო ეთიკის საქმეა. იხ. ლ. ხარანაული, გაუფრთხილებლობის ევოლუცია დანაშაულის კლასიკური მოძღვრებიდან თანამედროვე სისტემამდე (დოგმატურ-სისტემური ანალიზი), „სამართლის ჟურნალი“, 2018, #1, გვ. 183.

⁸⁹ გ. ნაჭყებია, ნ. თოდუა, (რედ.), სისხლის სამართალი, ზოგადი ნაწილი, სახელმძღვანელო, მეოთხე გამოცემა, თბ., 2019, გვ. 286.

ბებში გადაადგილდება მძლოლი: მაგალითად, ხალხით სავსე ქუჩა, გადაადგილება ღამის საათებში, ნისლიანი ამინდი, როდესაც ხილვადობა შეზღუდულია და ა. შ.

არაპირდაპირი განზრახვის და თვითიმედოვნების გამიჯვნა მნიშვნელოვანია იმდენად, რამდენადაც ზოგიერთი დანაშაულის ჩადენა მხოლოდ განზრახ შეიძლება პირდაპირი ან არაპირ-

დაპირი განზრახვის სახით და გაუფრთხილებლობას გამორიცხავს. ასეთია მაგალითად, მკვლელობის უმართლობა, რომელიც გაუფრთხილებლობით სიცოცხლის მოსპობისგან შედეგისადმი სუბიექტური დამოკიდებულებით განსხვავდება. შესაბამისად, არ არის გასაზიარებელი მოსაზრება, რომ თუ დანაშაულის ჩადენა არაპირდაპირი განზრახვით შეიძლება იგივე შესაძლებელია თვითიმედოვნებითაც.⁹⁰

⁹⁰ ო. გამყრელიძე, სისხლის სამართლის პრობლემები, II ტომი, თბ., 2013, გვ. 325-326.

ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლო
მეხუთე სექცია

*თარგმანი მომზადებულია ია უჯმაჯურიძის¹ მიერ და წარმოადგენს
ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს მონაცემთა ბაზაში
გამოქვეყნებულის რედაქტირებულ ვერსიას.*

საქმე ა.პ., გარსონი და ნიკო საფრანგეთის წინააღმდეგ
CASE OF A.P., GARÇON AND NICOT v. FRANCE

საჩივრები NN 79885/12, 52471/13, 52596/13

გადანყვეტილება

სტრასბურგი
6 აპრილი 2017

ეს გადანყვეტილება საბოლოო კონვენციის 44-ე მუხლის მე-2 პუნქტის შესაბამისად. ის შეიძლება
დაექვემდებაროს რედაქციულ შესწორებებს

საქმეზე ა.პ., გარსონი და ნიკო საფრანგეთის წინააღმდეგ (**A.P., Garçon and Nicot v. France**),
ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს (მეხუთე სექცია) პალატამ შემდეგი
შემადგენლობით:

ანგელიკა ნიუსბერგერი, თავმჯდომარე
ანდრე პოტოცკი,
ფარის ვეჰაბოვიჩი,
იონკო გროზევი,
კარლო რანცონი,
მარტინშ მითსი,
ლატიფ ჰუსეინოვი, მოსამართლეები,
და მილან ბლაშკო, სექციის მდივნის მოადგილე,

¹ თბილისის ივ. ჯავახიშვილის სახელობის სახელმწიფო უნივერსიტეტის დოქტორანტი, თბილისის საქალაქო
სასამართლოს მთავარი კონსულტანტი - მოსამართლის თანაშემწე, მეორადი სტრუქტურული ერთეულის
ხელმძღვანელი.

დახურული თათბირის შედეგად, 2017 წლის 21 თებერვალსა და 28 თებერვალს, მითითებული უკანასკნელი თარიღით მიიღო წინამდებარე გადაწყვეტილება:

პროცესი

1. საქმისწარმოების დაწყების საფუძველი იყო სასამართლოს წინაშე წარდგენილი სამი საჩივარი (NN 79885/12, 52471/13, 52596/13) საფრანგეთის რესპუბლიკის წინააღმდეგ, ადამიანის უფლებათა და ძირითად თავისუფლებათა დაცვის კონვენციის („კონვენცია“) 34-ე მუხლის საფუძველზე, საფრანგეთის სამი მოქალაქის: ა.პ.-ს („პირველი მომჩივანი“), ემილი გარსონის („მეორე მომჩივანი“) და სტეფან ნიკოს („მესამე მომჩივანი“) მიერ, 2012 წლის 5 დეკემბერსა (პირველი მომჩივანი) და 2013 წლის 13 აგვისტოს (მეორე და მესამე მომჩივანი). სექციის თავმჯდომარის თანხმობით, პირველი მომჩივნის ვინაობა არ იქნა გამჟღავნებული (სასამართლოს რეგლამენტის 47-ე წესის მე-4 პარაგრაფის თანახმად).

2. პირველ მომჩივანს სასამართლოში წარმოადგენდა *SCP Gatineau-Fattaccini*, იურიდიული კომპანია, რომელიც უფლებამოსილია, განახორციელოს საქმიანობა სახელმწიფო საბჭოსა და საკასაციო სასამართლოში. დანარჩენ ორ მომჩივანს წარმოადგენდა იურიდიული კომპანია *SCP Thouin-Palat and Boucard*, უფლებამოსილი, განახორციელოს საქმიანობა სახელმწიფო საბჭოსა და საკასაციო სასამართლოში და ბატონები: ჟულიენ ფურნი და ემანუელ პიერა, ადვოკატები, რომლებიც საქმიანობენ პარიზში. საფრანგეთის მთავრობას („მთავრობა“) წარმოადგენდა მთავრობის წარმომადგენელი, დირექტორი სამართლებრივ საკითხებზე საგარეო საქმეთა სამინისტროდან, ბატონი ფრანსუა ალაბრუნი.

3. მომჩივნები, არიან რა ტრანსგენდერი პირები, ჩიოდნენ, რომ მათ უარი ეთქვათ მოთხოვნაზე, შეეტანათ შესწორებები მათ დაბადების მოწმობებში სქესის მითითების შესახებ. უარის საფუძველს ის წარმოადგენდა, რომ ასეთი მოთხოვნის წარმდგენი პირი ვალდებული იყო, მოთხოვნა დაესაბუთებინა იმით, რომ ნამდვილად განიცდიდა გენდერულ იდენტობასთან დაკავშირებულ აშლილობას და, რომ გარეგნობის ცვლილება იყო შეუქცევადი. მომჩივნების აზრით, აღნიშნული ინვევდა კონვენციის მე-8 მუხლის დარღვევას (მე-3 მუხლთან ერთობლიობაში პირველი მომჩივნის შემთხვევაში). დავობდა რა, მე-8 მუხლის დარღვევაზე, მე-3 მუხლთან ერთობლიობაში, პირველი მომჩივანი ასევე აკრიტიკებდა იმ გარემოებას, რომ ეროვნულმა სასამართლოებმა მის დაბადების მოწმობაში ცვლილების შეტანის პირობად განსაზღვრეს მისთვის მიუღებელი და დამამცირებელი სამედიცინო ექსპერტიზის ჩატარება. იგი, ასევე, კონვენციის მე-6 მუხლის პირველი პუნქტის საფუძველზე, „შესაძლოა, მე-8 მუხლთან ერთობლიობაში“, ჩიოდა სამართლიან სასამართლო მოსმენაზე მისი უფლების დარღვევაზე, იქიდან გამომდინარე, რომ ეროვნულმა სასამართლოებმა აშკარა შეცდომა დაუშვეს იმის შეფასებისას, რომ მან ვერ წარადგინა გარეგნობის შეუქცევადი ცვლილების დამადასტურებელი მტკიცებულება. მეორე და მესამე მომჩივნები ასევე ჩიოდნენ კონვენციის მე-14 მუხლის დარღვევის გამო, მე-8 მუხლთან ერთობლიობაში.

4. 2015 წლის 18 მარტს მთავრობას გაეგზავნა შეტყობინება საჩივრების შესახებ კონვენციის მე-3, მე-8 და მე-14 მუხლებთან დაკავშირებით.

5. 2015 წლის 15 ივნისს არასამთავრობო ორგანიზაციებს: Alliance Defending Freedom (ADF) International and, jointly, Transgender Europe, Amnesty International and the European Region of the International Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex Association (ILGA-Europe), უფლება მიეცათ ჩართულიყვნენ წერილობით პროცესში (კონვენციის 36-ე მუხლის მე-2 პუნქტისა და 44-ე წესის მე-3 პუნქტის თანახმად).

ფაქტები

I. საქმის გარემოებები

6. სამოქალაქო კანონმდებლობის მიზნებისთვის, მომჩივნები მიჩნეულნი იყვნენ მამაკაცებად საჩივრების წარდგენის მომენტისთვის. ამ მიზეზით მათი დასახელებისას, გამოყენებულია მამრობითი სქესი, რაც არ შეიძლება იმგვარად იქნეს გაგებული, რომ ამით გამოირიცხება მათი მიკუთვნება იმ სქესისადმი, რასაც ისინი თავს მიაკუთვნებენ.

ა. საჩივარი N 79885/12

7. პირველი მომჩივანი დაიბადა 1983 წელს და ცხოვრობს პარიზში.

8. პირველი მომჩივანი მიუთითებდა, რომ მართალია, მის დაბადების მონმობაში მითითებული იყო მამრობითი სქესი, იგი ყოველთვის იქცეოდა, როგორც გოგონა და მისი ფიზიკური გარეგნობა ყოველთვის იყო გამორჩეულად ქალური. მას მოზარდობაშიც და მონიფულობისასაც უხდებოდა ბრძოლა მის გენდერულ იდენტობასთან დაკავშირებით, რამდენადაც დაბადებისას მისთვის მამრობითი სქესის მიკუთვნება არ ასახავდა მის მდებარეობით ფსიქოლოგიურ და სოციალურ იდენტობას. 2006 წელს, მას შემდეგ, რაც რამდენიმე ექიმმა დაუსვა მას „ჰარი ბენჯამინის სინდრომის“ სახელით ცნობილი, გენდერული იდენტობის აშლილობის დიაგნოზი, მისთვის დაიწყო გარდამავალი ფაზა. ის საზოგადოებაში ცხოვრობდა როგორც ქალი და გადიოდა ჰორმონულ მკურნალობას ენდოკრინოლოგის ექ. ჰ.-ს და ფსიქონევროლოგ, ექ. ბო.-ს მეთვალყურეობით.

9. მომჩივანმა წარადგინა ამ ექიმების მიერ სადავო პერიოდში გაცემული სამი სამედიცინო ცნობა. პირველ ორ ცნობაში, რომლებიც დათარიღებული იყო 2007 წლის 12 აპრილით, ექ. ბო. მიუთითებდა, რომ პირველი მომჩივანი მისი მეთვალყურეობის ქვეშ იმყოფებოდა 2005 წლის 27 აპრილიდან, „გენდერული იდენტობის აშლილობისთვის დამახასიათებელი სინდრომის გამო“. იგი აცხადებდა, რომ „არსებობდა შესამჩნევი განსხვავება მის ახლანდელ ფსიქიკასა და მისი პირადობის მონმობის ფოტოს შორის“ და რომ არ არსებობდა სამედიცინო ან ფსიქოლოგიური უკუჩვენებები ... ადამის ვაშლზე ოპერაციის ჩასატარებლად“. 2008 წლის 16 იანვრით დათარიღებულ მესამე ცნობაში ექ. ჰ. მიუთითებდა რა, რომ იგი ზედამხედველობდა მომჩივნის ჰორმონულ მკურნალობას „ტიპიური პირველადი გენდერული იდენტობის აშლილობის გამო 2006 წლის 1 ივნისიდან ექ. ბ.-სთან ერთად“ და, რომ „ენდოკრინული და მეტაბოლური, მათ შორის, ქრომოსომული ნყვილების, ანალიზების შედეგების მიხედვით, მას მკურნალობდნენ ანტი ანდროგენებითა და ესტროგენებით. იგი, ასევე, ასკვნიდა, რომ „აღნიშნული, გენდერული დისფორიის გამოკვეთილი და ნამდვილი ფორმა, „ნამდვილი ცხოვრების ტესტთან“ ერთად, მას გარდამქმნელი ოპერაციის ჩატარების უფლებას აძლევდა, რის მიმართაც მას გააჩნდა ლეგიტიმური მოლოდინი“.

10. პირველმა მომჩივანმა ასევე წარადგინა 2008 წლის 3 აპრილს ექ. ბა.-ს, სხვა ფსიქიატრის მიერ, გაცემული სამედიცინო ცნობა, რომელიც ადასტურებდა, რომ მას ჰქონდა „ტიპიური ჰარი ბენჯამინის სინდრომი“ და იმ დროისათვის არ არსებობდა რაიმე უკუჩვენება სამედიცინო და/ან ქირურგიული ჩარევისთვის, პაციენტისთვის სასურველი სქესის გარდაქმნის მიზნისთვის“.

11. პირველი მომჩივანი ხაზს უსვამდა, რომ მას თავდაპირველად არ ჰქონია განზრახული დამახასიათებელი, სქესის გარდამქმნელი ოპერაციის გაკეთება, მაგრამ მას ეს მოუწია, რადგან ფრანგულმა სასამართლო პრაქტიკამ ეს მისთვის მისი სამოქალაქო სტატუსის შეცვლის აუცილებელ პირობად აქცია.

12. პირველ მომჩივანმა გადანყვიტა ოპერაციის ტაილანდში ჩატარება. ოპერაცია ჩატარდა 2008 წლის 3 ივლისს, ექ. ს.-ს მიერ, რომელიც ცნობილი იყო, როგორც „მსოფლიოში ცნობილი სპეციალისტი“. ექ. ს.-მ გასცა შემდეგი სამედიცინო ცნობა

„... ფსიქოსექსოლოგიის სპეციალისტის მიერ დიაგნოსტიკებიდან და სრულად, როგორც ქალის გენდერით ცხოვრების დროის გათვალისწინებით, აღნიშნულ პიროვნებას დაესვა გენდერული იდენტობის აშლილობის დიაგნოზი (F64.0), - DSM IV, ICD-10. მას ჩაუტარდა შესაბამისი ქირურგიული ოპერაცია, სახელდობრ, გენდერის გარდაქმნის ოპერაცია.

... ქირურგიულმა ოპერაციამ ერთად მოიცვა: ორქიდეტომია, ვაგინოპლასტიკა, კლიტოროპლასტიკა და ლაბიაპლასტიკა. ოპერაციის დასრულების შემდეგ მამაკაცის სასქესო ორგანოები ... შეიცვალა ისეთი ორგანოებით, რომლებიც გარეგნულად და ფუნქციონალურად ქალურია, რეპროდუქციული ორგანოების გამოკლებით. აღნიშნულის შედეგად ამოიკვეთა მამაკაცის რეპროდუქციული ორგანოები, რაც იწვევს შეუქცევად უნაყოფობას.

ყველა ცნობილი სამედიცინო და საკანონმდებლო განმარტებების მიხედვით, ოპერაცია არის შეუქცევადი და ნიშნავს რომ ბატონი [ა.პ.] -ს მამაკაცის სქესობრივი იდენტობა სამუდამოდ შეიცვალა ქალის სქესობრივი იდენტობით.“

13. 2008 წლის 10 სექტემბერს გაცემულ ცნობაში ექ. ჰ. ადასტურებდა, რომ პირველმა მომჩივანმა „ჩაიტარა დანიშნული, შეუქცევადი, მამრობითიდან-მდედრობითად სქესის გარდაქმნის ოპერაცია“ და ხაზგასმით აღნიშნავდა, რომ „სამოქალაქო სტატუსის შეცვლის მოთხოვნა იყო საფუძვლიანი და დასაშვები და წარმოადგენდა მკურნალობის განუყოფელ ნაწილს“.

14. პირველმა მომჩივანმა წარადგინა კიდევ ოთხი ცნობა, პირველი, დათარიღებული 2009 წლის 26 მაისით, რომელსაც ხელს აწერდა ქირურგი, ექ. ვ. ცნობაში აღნიშნული იყო, რომ პირველმა მომჩივანმა გაიკეთა კოსმეტიკური ლარინგოპლასტიკა, როგორც მამრობითიდან-მდედრობითად ტრანსფორმირების ნაწილი, გარე გენიტალიის შეუქცევადად შეცვლის ქირურგიული ოპერაციის ჩატარების შემდეგ.“ მეორე ცნობაში, რომელიც დათარიღებული იყო 2009 წლის 27 მაისით, ლოგოპედი მიუთითებდა, რომ „იგი მუშაობდა [ა.პ.] -სთან ორი წლის განმავლობაში მისი ხმის ფემინიზაციაზე“ და, რომ „მისი ხმა და გარეგნობა ამჟამად სრულად არის ქალური და ერთმანეთთან შესაბამისი“. მესამე, 2009 წლის 23 ივლისით დათარიღებული ცნობის, რომელიც გაცემული იყო ექ. ბ. -ს მიერ, მიხედვით:

„... [ა.პ.] იმყოფება მეთვალყურეობის ქვეშ ტიპიური ჰარი ბენჯამინის სინდრომის გამო, ვის მიმართაც წლების განმავლობაში მიმდინარეობს გენდერის შეცვლის პროცესი. მას ჩაუტარდა ჰორმონული მკურნალობა და ქირურგიული ჩარევა, რამაც მის გარეგნობა და ქცევა ქალურად აქცია. აღნიშნულიდან გამომდინარე, მისი სოციალური და პროფესიული ინტეგრაციის ინტერესებისთვის, ლეგიტიმურია, რომ მისი სამოქალაქო სტატუსი შესაბამისობაში მოვიდეს მის გარეგნობასა და მის სურვილებთან. ...“

15. მეოთხე ცნობაში, რომელიც დათარიღებული იყო 2010 წლის 16 მარტით, ექ. პ. რომელიც სპეციალიზებული იყო ფუნდამენტურ ფსიქოანალიზსა და ფსიქოთერაპიაში, აცხადებდა, რომ მან დაიწყო ფსიქოთერაპიის სეანსები პირველ მომჩივანთან და „აღნიშნა ქალბატონ [ა.პ.] -ს განცხადებებსა და შერჩეულ სქესობრივ იდენტობას შორის შესაბამისობა“.

1. პარიზის პირველი ინსტანციის სასამართლოს 2009 წლის 17 თებერვლის და 10 ნოემბრის გადაწყვეტილებები

16. 2008 წლის 11 სექტემბერს მომჩივანმა პარიზის სახელმწიფო საბჭოს წინააღმდეგ პირველი ინსტანციის სასამართლოში წარადგინა სარჩელი იმის დეკლარირების მოთხოვნით, რომ იგი ამჯერად იყო ქალი და მისი სახელი იყო A. (ქალის სახელი). მან კერძოდ წარადგინა 2007 წლის 12 აპრილის და 2008 წლის 16 იანვრისა და 10 სექტემბრის სამედიცინო ცნობები. 2008 წლის 16 ოქტომ-

ბერს სახელმწიფო მრჩეველმა მოითხოვა კომისიური ექსპერტიზის ჩატარება, იმის გამო, რომ მომჩივნის ქირურგიული ოპერაცია საზღვარგარეთი იყო ჩატარებული.

(ა) 2009 წლის 17 თებერვლის შუალედური გადაწყვეტილება

17. 2009 წლის 17 თებერვალს, შუალედურ გადაწყვეტილებაში, *პარიზის პირველი ინსტანციის სასამართლომ* ხაზი გაუსვა შემდეგს:

„როდესაც გენდერული იდენტობის აშლილობის დიაგნოზი დასმულ იქნა სრულყოფილი შეფასების შედეგად და შესაბამის პირს შეუქცევადად შეეცვალა ფიზიკური ნიშნები თერაპიული მიზნებისთვის, არსებითია აღინიშნოს, რომ მიუხედავად იმისა, რომ პირის ახალი გენდერული სტატუსი შეუთავსებელია მის შეუცვლელ ქრომოსომულ აგებულებასთან, მისი ფიზიკური გარეგნობით, აზროვნებითა თუ სოციალური ერთიანობით იგი უფრო ახლოსაა მის მიერ არჩეულ სქესთან, ვიდრე იმასთან, რაც განისაზღვრა მისი დაბადებისას“.

თუმცა, სასამართლომ ასევე დაადგინა:

„საჩივრის დასასაბუთებლად წარმოდგენილი სამედიცინო ცნობების ავტორთა სტატუსის მიუხედავად, კატეგორიული დიაგნოზის აუცილებლობა გულისხმობს იმას, რომ წარმოდგენილი უნდა იყოს კომპლექსური ექსპერტიზის დასკვნა, რომელიც უნდა ჩატარდეს იმ მიზნით, რომ დადგინდეს მომჩივნის ამჟამინდელი მდგომარეობა ფსიქოლოგიურ, ბიოლოგიურ და ფსიქოლოგიურ პერსპექტივაში და, რომელმაც უნდა გამოიკვლიოს წარსულში სავარაუდო აშლილობის არსებობა“.

სასამართლომ დანიშნა სამი ექსპერტი: ფსიქიატრი, ენდოკრინოლოგი და გინეკოლოგი და დაავალა მათ პირველ მომჩივანთან გასაუბრებისა და გასინჯვის შემდეგ და სამედიცინო ცნობების და ოპერაციის ჩანაწერების მხედველობაში მიღებით:

„(ა) აღენერათ მომჩივნის ამჟამინდელი ფიზიკური მდგომარეობა ... ერთ-ერთი სქესის გარეგანი ან შინაგანი გენიტალიის არსებობა-არარსებობა; მომჩივნის თანხმობით, აელოთ საჭირო ნიმუშები ან ლაბორატორიული ანალიზები, იმისთვის, რომ დაედგინათ მომჩივნის სქესის ბიოლოგიური და გენეტიკური მახასიათებლები; დაედგინათ, რამდენად შეიძლებოდა შეცდომა ყოფილიყო დაშვებული დაბადების მონმობაში სქესის ჩანერისას, ან მომავალში წარმოშობილიყო ორგანული ან ბიოლოგიური ცვლილებები; გამოეკვლიათ შესაძლო ქირურგიული ოპერაციის კვალი, რომლის შედეგადაც მოხდა გენიტალიების ან მეორადი სქესობრივი ნიშნების საბოლოო ტრანსფორმირება ან გადატანა; დაედგინათ მკურნალობდნენ, თუ არა პაციენტს რაიმე მედიკამენტით ან ჰორმონებით; დაედგინათ, ქირურგიული ოპერაცია ან ჰორმონალური მკურნალობა ჩატარდა არსებული ფიზიკური ანომალიების გამო, თუ პაციენტის ფსიქოლოგიური მდგომარეობის გამო, რომ არაფერი ითქვას მის გაცნობიერებულ მისწრაფებებზე;

(ბ) აღენერათ [პირველი მომჩივნის] ფსიქიკური მდგომარეობა და ქცევა მის სქესთან მიმართებით, რამდენადაც შესაძლებელი იქნებოდა, განესაზღვრა მათი წარმოშობა და გამოეკვლიათ მათი განვითარება; მოემზადებინათ ანგარიში ნებისმიერი ჩატარებული ფსიქოთერაპიის შესახებ, აღენერათ მისი მიმდინარეობა და შედეგი; განესაზღვრათ, რამდენად ანუხებდა პაციენტს რაიმე ფსიქიკური აშლილობა და თუ ასე იყო, აღენერათ ამ აშლილობის ხასიათი;

(გ) გამოეთქვათ მოსაზრება შესაძლო გენდერულ იდენტობასთან დაკავშირებული აშლილობის არსებობის შესახებ, დაედგინათ ასეთი დიაგნოზის დასმის ან მისით ხელმძღვანელობის მიზეზები; ყველა შესაძლო სამედიცინო მონაცემის გათვალისწინებით (ფსიქოლოგიური, ბიოლოგიური და ფიზიკური) დაედგინათ, შესაბამისი პირი რომელს უნდა მიკუთვნებოდა მამრობით, თუ მდედრობით სქესს.“

18. სასამართლომ გადაწყვიტა, რომ ექსპერტიზის ხარჯები პირველ მომჩივანს უნდა დაკისრებოდა და ამ მიზნით, დააკისრა მას 1,524 (EUR) ევროს გადახდა.

19. პირველმა მომჩივანმა უარი თქვა ასეთი სახის ექსპერტიზის ჩატარებაზე, როგორც იმ მიზეზით, რომ ის ძვირადღირებული იყო, ასევე იმიტომ, რომ ის შესაბამისი პირის ფიზიკურ თუ ფსიქიკურ ხელშეუხებლობას ხელყოფდა. მისი მოსაზრებით, ის დოკუმენტები, რომლებიც მან წარადგინა, სპეციალისტი ექიმების მიერ იყო შედგენილი და მიუთითებდა, რომ ნამდვილად შეიცვალა სქესი, საკმარისზე მეტი იყო და არ არსებობდა საჭიროება ჩატარებინა ტრავმატული ანალიზები.

20. პარიზის სააპელაციო სასამართლოს თავმჯდომარის 2009 წლის 13 მარტის ბრძანებით მომჩივნის სააპელაციო საჩივარი ამ შუალედურ გადაწყვეტილებაზე დაუშველად იქნა ცნობილი.

(ბ) 2009 წლის 10 ნოემბრის გადაწყვეტილება

21. 2009 წლის 10 ნოემბრის გადაწყვეტილებით პარიზის დიდი ინსტანციის სასამართლომ არ დააკმაყოფილა მომჩივნის სარჩელი. [სასამართლო] მიუთითებდა, რომ მომჩივნის მიერ წარდგენილი ცნობები, მართალია, ინფორმატიული იყო, მაგრამ არ პასუხობდა სასამართლოს შეკითხვას სადავო აშლილობის წარმომავლობაზე, ხასიათზე, არსებობასა და მის შედეგებზე და იმაზე, რომ ექიმებს, რომლებმაც გასწიეს კონსულტაცია, არ შეეძლოთ, რამდენიმე მიმართულებით წარემართათ ოპერაცია, განეხორციელებინათ სამი ექსპერტის სამუშაო ძალიან ფართო და დეტალიზებული მანდატით. სასამართლომ, კერძოდ, აღნიშნა, რომ ცნობები არ მიუთითებდა მომჩივნის ფსიქიკურ დამოკიდებულებასა და განწყობაზე მისი სქესის მიმართ, არ ყოფილა გამოთქმული მოსაზრება როგორც აშლილობის წარმომავლობის, ისე მისი განვითარების შესახებ. ასევე, ისინი არ მიუთითებდნენ, ხომ არ აწუხებდა მომჩივანს ფსიქიკური ჯანმრთელობის პრობლემები და ხომ არ ჰქონდა მას გავლილი ფსიქოთერაპიის კურსი და, არც მისი იმჟამინდელი მდგომარეობის შესახებ იძლეოდნენ რაიმე ინფორმაციას, რაც ჩანერილი იქნებოდა სქესის გარდაქმნის წინ. სასამართლომ დასძინა, რომ პაციენტებმა, რომლებსაც ოპერაცია საფრანგეთში ჩატარდა, წარადგინეს სრულყოფილი ანკეტა, რომელიც მოიცავდა ყველა დისციპლინას, რაც დაკავშირებული იყო [სქესის] შეცვლის ოპერაციასთან, ამათგან რაღაც [ინფორმაციის] ნაწილი ექიმს, რომელმაც ტაილანდში ჩატარა ოპერაცია პირველ მომჩივანს, სავარაუდოდ, არ მოუთხოვია. იმისათვის, რომ მათი ხარჯები დაფარულიყო სოციალური უზრუნველყოფის სისტემის მიერ, საფრანგეთში პაციენტებს უნდა გაეწეოთ მკაცრი შემოწმების მთელი სერია. სასამართლომ დაადგინა, რომ ანკეტაში მოცემული მტკიცებულებების ფონზე, მომჩივანს თავისი ნებით უნდა წარედგინა განცხადება ექსპერტიზის ჩატარებაზე. სამოქალაქო საპროცესო კოდექსის მე-11 მუხლის თანახმად, რომლის საფუძველზეც სასამართლოები უფლებამოსილი იყვნენ, განეხორციელებინათ ყველა შესაბამისი ჩარევა იმ შემთხვევაში, თუ მხარე უარს განაცხადებდა საგამოძიებო ზომების გამოყენებაზე, სასამართლომ დაადგინა, რომ კომპლექსური ექსპერტიზის დასკვნის არარსებობის პირობებში, პირველი მომჩივნის მოთხოვნა სათანადოდ არ იყო დასაბუთებული.

2. პარიზის სააპელაციო სასამართლოს 2010 წლის 23 სექტემბრის გადაწყვეტილება

22. პარიზის სააპელაციო სასამართლომ 2010 წლის 23 სექტემბრის გადაწყვეტილებით უცვლელი დატოვა 2009 წლის 10 ნოემბრის გადაწყვეტილება, რომლითაც უარი ეთქვა პირველი მომჩივნის მოთხოვნას მის დაბადების მონობაში გასწორებულიყო მითითება სქესის შესახებ.

23. პირველ რიგში სააპელაციო სასამართლომ კონვენციის მე-8 მუხლთან მიმართებით აღნიშნა, რომ „როდესაც სამედიცინო მკურნალობისა და თერაპიული მიზნებისთვის ქირურგიული ოპერაციის ჩატარების შედეგად,“ გენდერულ იდენტობასთან დაკავშირებული აშლილობის მქონე პირი აღარ ატარებდა მისი დაბადებისდროინდელი სქესის მახასიათებელ ნიშნებს და მიღებული ჰქონდა საპირისპირო სქესის გარეგნობისთვის უფრო მეტად დამახასიათებელი ნიშნები, რაც აისახებოდა მის სოციალურ ქცევაზე, პირადი ცხოვრების პატივისცემის პრინციპი იყო გარანტი იმისა, რომ სა-

მოქალაქო სტატუსის შესახებ ჩანაწერში შეტანილი ყოფილიყო პირის გარეგნობის შესაბამისი ცვლილება.

24. სააპელაციო სასამართლომ დასკვნა, რომ პირველი მომჩივნის მიერ წარდგენილი ყველა დოკუმენტის შეფასების შედეგად „არ იყო დადგენილი, რომ იგი აღარ ატარებდა მამაკაცის სქესისთვის დამახასიათებელ ყველა ნიშანს“. ამასთან დაკავშირებით სასამართლომ ხაზი გაუსვა იმას, რომ მიუხედავად იმისა, რომ ფსიქიატრებს: ბო.-ს და ბა.-ს დასმული ჰქონდათ გენდერულ იდენტობის აშლილობის დიაგნოზი 2007 წლის 12 აპრილისა და 2008 წლის 3 აპრილის ცნობებში, მათ არ მიუთითებიათ „ფსიქიკური ჯანმრთელობის პრობლემების არარსებობაზე“. სააპელაციო სასამართლომ ასევე აღნიშნა, რომ ჰორმონული მკურნალობა, რომელზეც მითითებული იყო ექ. ჰ-ს მიერ 2008 წლის 16 იანვარს გაცემულ ცნობაში, დიდი ხნის წინანდელი იყო. ასევე მიუთითა, რომ ექიმ ს.-ს, რომელმაც პირველ მომჩივანს ჩაუტარა ოპერაცია ტაილანდში, 2008 წლის 3 ივლისს იყო „ძალიან მოკლე“ და შეიცავდა მხოლოდ სამედიცინო ინფორმაციის ჩამონათვალს, რაც არ მიუთითებდა იმაზე, თუ რამდენად ეფექტიანი იყო სქესის შეცვლის ოპერაცია. გარდა ამისა, პირველი მომჩივნის მიერ წარდგენილი დოკუმენტაცია კლინიკასთან დაკავშირებით, მოპოვებული იყო ინტერნეტის მეშვეობით და არ იყო საკმარისი იმისთვის, რომ დადგენილიყო ქირურგის, რომელმაც ჩაატარა ოპერაცია, სამეცნიერო თუ სამედიცინო თუ ქირურგიული რეპუტაცია, ან რამდენად აკმაყოფილებდა ქირურგიული ოპერაცია სამედიცინო პრაქტიკის სტანდარტებს. აღნიშნული არ დგინდებოდა, არც ექ. ვი-ს მიერ, 2009 წლის 26 მაისს გაცემული ცნობით, „რომელშიც არ იყო მითითებული რაიმე დეტალებზე“.

25. სააპელაციო სასამართლომ, ასევე, აღნიშნა, რომ პირველმა მომჩივანმა დაჟინებით პრინციპული უარი თქვა ექსპერტიზის ჩატარებაზე და არ ითანამშრომლა პირველი ინსტანციის სასამართლოსთან, სასამართლოს მიერ დანიშნული ექსპერტიზის ჩატარებასთან დაკავშირებით, „მისი პირადი ცხოვრების დაცვის არარელევანტური საბაბით, მიუხედავად იმისა, რომ მიზანი იყო იმის დადგენა, რომ პირი, რომელიც გენდერული იდენტობის აშლილობის მატარებელი იყო, უკვე აღარ ატარებდა იმ ნიშნებს, რაც დამახასიათებელი იყო დაბადებისდროინდელი სქესისთვის“. სასამართლომ ხაზი გაუსვა, რომ „პირად ცხოვრებაში შესაძლო ჩარევა იყო იმ მოთხოვნების პროპორციული, რაც დადგენილი იყო პირის გენდერული იდენტობის გასარკვევად, რაც წარმოადგენდა სამოქალაქო სტატუსის კომპონენტს, როგორც საჯარო წესრიგისთვის დამახასიათებელი პრინციპის - განუსხვისებლობის გამოხატულებას“.

26. სააპელაციო სასამართლომ, იმის გათვალისწინებით, რომ პირველი მომჩივანი ქალის სახელით იყო ცნობილი, რაც მასთან დაკავშირებული მრავალი განცხადებიდან ირკვეოდა და, რაც განამტკიცებდა რწმენას იმის შესახებ, რომ იყო ქალი, ფაქტი, რომ მას სხვადასხვა სამედიცინო მკურნალობა და ოპერაცია ჰქონდა ჩატარებული და „მისი სოციალური ცხოვრების რეალობა“ მიუთითებდა, რომ მას გააჩნდა ლეგიტიმური ინტერესი, მამაკაცის სახელები შეეცვალა ქალის სახელებით. შესაბამისად, სასამართლომ მიიღო გადაწყვეტილება, რომ მის დაბადების მონუმობაში სახელები შესწორებულიყო.

3. საკასაციო სასამართლოს პირველი სამოქალაქო პალატის 2012 წლის 7 ივნისის გადაწყვეტილება

(ა) საჩივრის საფუძვლები

27. პირველი მომჩივანი 2010 წლის 23 სექტემბრის გადაწყვეტილებას ასაჩივრებდა სამართლის საკითხებზე წარდგენილი საჩივრით.

28. იგი, პირველ რიგში, დავობდა, რომ პირადი ცხოვრების პატივისცემის უფლება ნიშნავდა, რომ გენდერის შეცვლა უნდა ყოფილიყო ნებადართული იმ პირებისთვის, რომელთა ფიზიკური გა-

რეგნობა უფრო დაახლოებული იყო სანინააღმდეგო გენდერთან და რომელსაც შეესაბამებოდა მათი სოციალური ქცევა. იგი აკრიტიკებდა სააპელაციო სასამართლოს უარს მის მოთხოვნაზე, შეცვლილიყო მითითება მისი გენდერის შესახებ, იმის გამო, რომ მან უარი თქვა ექსპერტიზის ჩატარებასთან დაკავშირებულ თანამშრომლობაზე, რომლის მიზანიც იყო მისი გენდერული იდენტობის აშლილობის წარმოშობის და მისი განვითარების მიზეზების დადგენა, მიუთითებდა რა, რომ იგი აღარ ატარებდა მამაკაცის სქესისთვის დამახასიათებელ ყველა ნიშანს. მისი მოსაზრებით, სააპელაციო სასამართლომ ამგვარი გადაწყვეტილებით, მას შემდეგ, რაც დადგენილად მიიჩნია, რომ იგი ცნობილი იყო ქალის სახელით, რომ მასზე შექმნილი რწმენის მიხედვით, იგი მიეკუთვნებოდა მდებდრობით სქესს და, რომ მას მოუხდა ჩატარებინა სხვადასხვა სამედიცინო და ქირურგიული ჩარევა და საზოგადოებაში ცხოვრობდა, როგორც ქალი, სააპელაციო სასამართლომ დაარღვია კონვენციის მე-8 მუხლი. პირველი მომჩივანი, კერძოდ, ეყრდნობოდა ევროსაბჭოს ადამიანის უფლებათა კომისიის მოსაზრებას, რაც გადმოცემული იყო მის 2009 წლის ოქტომბრის ბეჭდურ გამოცემაში, სათაურით „ადამიანის უფლებები და გენდერული იდენტობა“ და ევროსაბჭოს საპარლამენტო ასამბლეის 1728-ე (2010) რეზოლუციაში „სექსუალური ორიენტაციისა და გენდერული იდენტიფიკაციის ნიშნით დისკრიმინაციის შესახებ“ (იხ. 73-ე და 75-ე პარაგრაფები ქვემოთ).

29. მეორე, იგი ამტკიცებდა, რომ მის მიერ წარდგენილი სამედიცინო ცნობების მიხედვით სრულყოფილად იყო დადგენილი, რომ იგი იყო ტრანსგენდერი და, რომ მან ჩაიტარა ქირურგიული ოპერაცია, რომლის შედეგადაც გახდა ქალი და, რომ მისი გარეგნობა და სოციალური ქცევა იყო ქალური. სქესის შეცვლის გარემოებების დასადგენად იმ დოკუმენტების არასაკმარისად მიჩნევის და ექსპერტიზის ჩატარებასთან დაკავშირებით თანამშრომლობაზე უარის გამო, აკრიტიკებდა სააპელაციო სასამართლოს, რომ მან არასათანადოდ შეაფასა მტკიცებულებები.

30. მესამე, იგი მიუთითებდა კონვენციის მე-14 მუხლის დარღვევაზე მე-8 მუხლთან ერთობლიობაში, იმის გამო, რომ სააპელაციო სასამართლომ დადგინა რა, რომ მას უნდა წარედგინა ექსპერტიზის დასკვნა და უარი უთხრა სააპელაციო საჩივარზე, თავისი გადაწყვეტილება დაამყარა დისკრიმინაციულ საფუძვლებს.

(ბ) გადაწყვეტილება

31. 2012 წლის 7 ივნისის გადაწყვეტილებით საკასაციო სასამართლომ (პირველი სამოქალაქო კოლეგია, ბიულეტენი 2012, I, N123) არ დააკმაყოფილა სააპელაციო საჩივარი, შემდეგი მოტივაციით:

„... იმისათვის, რომ დაასაბუთოს მოთხოვნა დაბადების მოწმობაში მისი გენდერის მითითების შეცვლის შესახებ, შესაბამისმა პირმა სამეცნიერო საზოგადოებაში ფართოდ გავრცელებული პოზიციიდან უნდა დაამტკიცოს, რომ იგი ნამდვილად დაავადებულია გენდერულ იდენტობასთან დაკავშირებული აშლილობით და, რომ მისი გარეგნობის ცვლილება არის შეუქცევადი. წარმოდგენილი დოკუმენტების მიუკერძოებლად შესწავლის შედეგად და, პირველ რიგში, იმის გათვალისწინებით, რომ ტაილანდში ჩატარებული ოპერაციის აღმწერი ცნობა იყო ძალიან მოკლე (სამედიცინო ინფორმაციით იყო დახუნძლული და არაფერს ამბობდა ოპერაციის ეფექტურობის შესახებ), და მეორეც, რადგან [პირველმა] მომჩივანმა პრინციპული უარი განაცხადა, ჩატარებინა პირველი ინსტანციის სასამართლოს მიერ დანიშნული ექსპერტიზა, სააპელაციო სასამართლო უფლებამოსილი იყო, არ დაეკმაყოფილებინა სააპელაციო საჩივარი დაბადების მოწმობაში გენდერზე მითითების შესწორების შესახებ...“

ბ. საჩივარი N 52471/12

32. მეორე მომჩივანი დაიბადა 1958 წელს და ცხოვრობს პერუ სიურ მარნეში (Le Perreux-Sur-Marne) [პარიზის აღმოსავლეთით მდებარე გარეუბანში].

33. მან განმარტა, რომ მიუხედავად იმისა, რომ იგი დაბადებიდან რეგისტრირებულია, როგორც მამაკაცი, ძალიან ადრეული ასაკიდან ჰქონდა გაცნობიერებული, რომ მიეკუთვნებოდა ქალთა სქესს.

34. სოციალური ზენოლის გამო, მას უხდებოდა დაემალა თავისი ნამდვილი ბუნება და სანამ ცხოვრობდა მამაკაცის იდენტობის შესახებ ჩანაწერით თავის დაბადების მოწმობაში, ორჯერ იქორწინა, თუმცა, ქორწინებები, რომელთაგან მას შვილები ჰყავდა, დასრულდა განქორწინებით.

35. იგი იმოსებოდა, როგორც ქალი და სხვების მიერ აღიქმებოდა ქალად. 2004 წლის შემდეგ იგი გადიოდა ჰორმონებით მკურნალობას ფემინიზაციისთვის და ჩაიტარა გენიტალიების გადაკეთების ოპერაცია.

1. კრეტის (Créteil) პირველი ინსტანციის სასამართლოს 2010 წლის 9 თებერვლის გადაწყვეტილება

36. 2009 წლის 17 მარტს მეორე მომჩივანმა სარჩელი აღძრა სახელმწიფო საბჭოს წინააღმდეგ კრეტის (Créteil) პირველი ინსტანციის სასამართლოში, იმ მოთხოვნით, რომ მის დაბადების მოწმობაში სიტყვა „მამრობითი“ შესწორებულიყო „მდედრობითით“ და მისი მამაკაცის სახელები შეცვლილიყო სახელით „ემილი“ („Émilie“). იგი ეყრდნობოდა ექიმ ბ-ს, ფსიქიატრის მიერ გაცემულ ცნობას, რომელიც მიუთითებდა, იმაზე, რომ მეორე მომჩივანი იყო ტრანსგენდერი პირი.

37. სასამართლომ გადაწყვეტილება მიიღო 2010 წლის 9 თებერვალს. სასამართლომ აღნიშნა, რომ მეორე მომჩივანმა მხოლოდ წარადგინა 2008 წლით დათარიღებული რამდენიმე ინვოისი, რომლებიც გაცემული იყო „ემილი“ გარსონის სახელზე. მოწმეების მიერ მიცემულ ოთხ ჩვენებაში 2008 წელს, ისინი მიუთითებდნენ, რომ მომჩივანს წლებია იცნობდნენ, როგორც „ტრანსგენდერ“ პირს (ან „ტრანსსექსუალს“, როგორც ერთმა მათგანმა აღნიშნა) და მომსწრენი იყვნენ მისი, როგორც „ქალის განვითარებისა, რაიმე აშკარა გართულებების გარეშე“. აგრეთვე წარმოდგენილი იქნა სამედიცინო ცნობა, გაცემული 2009 წლის 23 აპრილს ექიმ ტ.-ს მიერ, რომლის მიხედვითაც, მეორე მომჩივანი გადიოდა მკურნალობას გენდერული დისფორიის გამო 2006 წლიდან და იღებდა ფემინიზაციის ჰორმონებს 2004 წლიდან, მკურნალობის რა მეთოდიც ფართოდ იყო მიღებული და მიიჩნეოდა ეფექტურად. აღნიშნა რა ისიც, რომ მეორე მომჩივანმა არ წარადგინა ექ. ბ.-ს მიერ გაცემული ცნობა, სასამართლომ დაასკვნა, რომ მან ვერ „დაასაბუთა, რომ ნამდვილად იყო ტრანსგენდერი, როგორც ამას მიუთითებდა“. რამდენადაც მან არ დაასაბუთა, რომ ნამდვილად იყო დაავადებული ამ აშლილობით, მისი სარჩელი არ უნდა დაკმაყოფილებულიყო, რამდენადაც სამოქალაქო სტატუსის განმსაზღვრელ დოკუმენტში სქესის მითითების შესახებ ცვლილება „შესაძლებელი იქნებოდა მხოლოდ *de facto* მდგომარეობის ოფიციალურად დადასტურების შემთხვევაში“. სასამართლომ ასევე აღნიშნა, რომ მისთვის უარი უნდა ეთქვათ სახელის შეცვლის მოთხოვნაზე, რადგან ეს მოთხოვნა გამომდინარეობდა სამოქალაქო სტატუსის შეცვლის მოთხოვნიდან.

2. პარიზის სააპელაციო სასამართლოს 2011 წლის 27 იანვრის გადაწყვეტილება

38. 2011 წლის 27 იანვარს, მეორე მომჩივნის სააპელაციო საჩივრის გამო, პარიზის სააპელაციო სასამართლომ უცვლელი დატოვა 2010 წლის 9 თებერვლის გადაწყვეტილება, შემდეგი მოტივაციით:

„... რამდენადაც სამოქალაქო სტატუსის განუსხვისებლობის პრინციპი გამორიცხავს კანონით პირის ნების საფუძველზე ცვლილების აღიარების შესაძლებლობას, ეს არ ნიშნავს, რომ სამოქალაქო სტატუსი არ შეიძლება შეიცვალოს.

როდესაც ნამდვილი გენდერული იდენტობის აშლილობის, როგორც სამედიცინო დონეზე აღიარებულის და განუკურნებელის, დიაგნოზი იქნა დასმული მკაცრი შემონმების შედეგად და ტრანსგენდერმა პირმა განიცადა შეუქცევადი ფიზიკური ცვლილებები თერაპიის მიზნებისთვის, გამართლებულია, მივიჩნიოთ, რომ მიუხედავად იმისა, რომ პირის ახალი გენდერული სტატუსი არასრულყოფილია, რადგან ქრომოსომული აგებულება შეუცვლელია, იგი, ფიზიკური გარეგნობის, აზროვნების და სოციალური ინტეგრაციის თვალსაზრისით, უფრო მეტად ახლოსაა შერჩეულ სქესთან, ვიდრე იმ სქესთან, რომელიც დაბადებისას განსაზღვრეს. ამ გარემოებებში და რამდენადაც, სამოქალაქო კოდექსის 57-ე მუხლის თანახმად, დაბადების მოწმობა უნდა შეიცავდეს შესაბამისი პირის სქესზე მითითებას, მიღებულ უნდა იქნეს შეცვლის პრინციპი.

მოცემულ საქმეში ემილი მორის ჟან მარკ გარსონი ... სამოქალაქო სტატუსის განმსაზღვრელ რეესტრში შეყვანილ იქნა, როგორც მამაკაცი.

აპელანტმა უნდა წარმოადგინოს საფუძვლები, კერძოდ, სამედიცინო მტკიცებულებები, თუ რატომ უნდა დაკმაყოფილდეს მისი მოთხოვნა ქალად აღიარების შესახებ.

აპელანტი დავობს, რომ იგი არის ტრანსგენდერი, ვინც ცხოვრობდა ქალის სქესით წლების განმავლობაში. იგი ამტკიცებს, რომ განსხვავება მის იმ სქესსა, რომელსაც იგი ანიჭებს უპირატესობას და იმ სქესს შორის, რაც მას მიაკუთვნეს დაბადებისას, საკმარისია იმისათვის, რომ უზრუნველყოფილი იყოს ცვლილება მის სამოქალაქო სტატუსში, იმის დამტკიცების გარეშე, რომ მან ჩაიტარა სქესის შეცვლის ქირურგიული ოპერაცია.

სამედიცინო ასპექტთან დაკავშირებით, მან უბრალოდ წარადგინა, ისევე, როგორც პირველი ინსტანციის სასამართლოში, ექ. [ტ.]-ს მიერ 2009 წლის 23 აპრილს გაცემული ცნობა ექ. [დ. ს.-ბ.]-ს ტიტულიან ფურცელზე, რომელშიც ექიმი „ადასტურებდა, რომ ენდოკრინოლოგი ექ. [ს.-ბ.] მკურნალობდა ბატონ ემილი გარსონს გენდერული დისფორიის გამო ... 2006 წლიდან და აზუსტებს, რომ აპელანტი ფემინიზაციის ჰორმონებით 2004 წლიდან მკურნალობდა და, რომ ამგვარი მკურნალობა ფართოდ არის მიღებული და ეფექტურია.

სამედიცინო ცნობა, რომ მომჩივანმა ჩაიტარა ფემინიზაციის ჰორმონული მკურნალობის კურსი 2004 წლიდან 2009 წლამდე, თავისთავად არ ამტკიცებს სამუდამო ფიზიკური ან ფსიქოლოგიური ცვლილების არსებობას და შესაბამისად, გენდერული ცვლილების შეუქცევად პროცესს.

ექსპერტის დასკვნა მნიშვნელობას მოკლებული ხდება, როდესაც აპელანტი, უარყოფს იდეას, რომ ჩაიტაროს გენიტალიების ოპერაცია, არ მიუთითებს რაიმე პლასტიკური ქირურგიული ოპერაციის ჩატარებაზე ჰორმონულ თერაპიასთან ერთად და არ წარმოუდგენია ფსიქიატრის რაიმე მოსაზრება, რომელიც მიუთითებს ხსენებული აშლილობის არსებობაზე, მიუხედავად იმისა, რომ ემილი გარსონის დაბადების მოწმობის მიხედვით, იგი ორჯერ იყო დაქორწინებული ... და ორჯერ -განქორწინებული ... “

3. საკასაციო სასამართლოს პირველი სამოქალაქო კოლეგიის 2013 წლის 13 თებერვლის გადაწყვეტილება

(ა) საჩივრის საფუძვლები

39. მეორე მომჩივანმა 2011 წლის 27 იანვრის გადაწყვეტილებაზე წარადგინა საჩივარი სამართლებრივ საკითხებზე. იგი, კერძოდ, დავობდა, რომ მისი მოთხოვნის დაკმაყოფილებაზე უარის თქმა

მოხდა იმ საბაბით, რომ მას არ დაუდასტურებია ან „სამუდამო ფიზიკური ან ფსიქოლოგიური ცვლილება და შესაბამისად სქესის შეცვლის პროცესის შეუქცევადი ბუნება“ ან „სავარაუდო აშლილობის არსებობა“. აღნიშნულით სააპელაციო სასამართლომ დაარღვია კონვენციის მე-8 მუხლი, რამდენადაც პირადი ცხოვრების პატივისცემის უფლება გულისხმობს პირთა უფლებას, განსაზღვრონ თავიანთი სქესობრივი იდენტობა და [მოითხოვონ] თავიანთი სამოქალაქო სტატუსის ამსახველი დოკუმენტების იმგვარად შეცვლით, რაც ასახავს მათ მიერ შერჩეულ გენდერულ იდენტობას, იმის დადასტურების გარეშე, რომ განიცდიან გენდერული იდენტობის აშლილობას ან გენდერულ დისფორიას ან, რომ ჩაიტარეს სქესის გარდაქმნის შეუქცევადი პროცედურა. სამოქალაქო სტატუსის განმსაზღვრელ დოკუმენტებში ცვლილების შეტანის დაქვემდებარებით იმის დასადასტურებლად, რომ [პირმა] ჩაიტარა სქესის გარდაქმნის შეუქცევადი პროცედურა ამ უფლებების მატარებლისგან მოითხოვდა სტერილიზაციას, იმისათვის, რომ უფლებით ესარგებლათ. შესაბამისად ეს წარმოადგენდა ჩარევას მათ ღირსებაში, მათი სხეულის სათანადო პატივისცემასა და პირად ინტიმურ ცხოვრებაში. მეორე მომჩივანი აღნიშნულიდან გამომდინარე მიუთითებდა, რომ ადგილი ჰქონდა მე-8 მუხლის დარღვევას, რადგან სააპელაციო სასამართლომ მისგან მოითხოვა იმის დამტკიცება, რომ ჩაიტარა ის პროცედურა. მან დაამატა, რომ დისკრიმინაციული და მე-14 მუხლის სანინააღმდეგო იყო ამ უფლების ამგვარი მტკიცების საგნად ქცევა და გენდერული იდენტობის აშლილობისა ან გენდერული დისფორიის მტკიცება.

(ბ) 2013 წლის 13 თებერვლის გადაწყვეტილება

40. 2013 წლის 13 თებერვალს საკასაციო სასამართლომ (პირველი სამოქალაქო კოლეგია) არ დააკმაყოფილა სამართლის საკითხებზე წარდგენილი საჩივარი, შემდეგი მოტივებით:

„...იმისათვის, რომ დაასაბუთოს სარჩელი დაბადების მონმობაში მისი გენდერის მითითების შეცვლის შესახებ, შესაბამისმა პირმა სამეცნიერო წრეებში ფართოდ გავრცელებული პოზიციიდან უნდა დაამტკიცოს, რომ იგი ნამდვილად დაავადებულია გენდერულ იდენტობასთან დაკავშირებული აშლილობით და, რომ მისი გარეგნობის ცვლილება არის შეუქცევადი.

... სააპელაციო სასამართლომ დაადგინა, რომ მხოლოდ სამედიცინო ცნობა არ ამტკიცებს გენდერულ იდენტობასთან დაკავშირებული აშლილობის არსებობას, ან სქესის შეცვლის პროცესის შეუქცევად ბუნებას. აღნიშნული არ წარმოადგენს დისკრიმინაციულ გარემოებებს და, არც არღვევს ადამიანის უფლებათა ევროპული კონვენციის მე-8 და მე-14 მუხლებს და სამოქალაქო კოდექსის მე-16 და მე-16-1 მუხლებს, რამდენადაც ისინი ეფუძნება, ერთი მხრივ, სამართლებრივ განსაზღვრულობისა და სამოქალაქო სტატუსის მუდმივობის და, მეორე მხრივ, პირადი ცხოვრებისა და ადამიანის სხეულის პატივისცემის უფლებას შორის სამართლიან ბალანსს...“

C. საჩივარი N 52471/12

41. მესამე მომჩივანი დაიბადა 1952 წელს და ცხოვრობს ნანსში (Essey-les-Nancy).

42. მან მიუთითა, რომ, მართალია, დაბადებისას დარეგისტრირდა, როგორც მამაკაცი, იგი უკვე ძალიან ადრეული ასაკიდან ქალის სქესს მიაკუთვნებდა თავს. იგი ქალთან ერთად ცხოვრობდა 1975 წლიდან 1991 წლამდე და მათ შეეძინათ ბავშვი 1978 წელს.

43. მესამე მომჩივანმა აღნიშნა, რომ იგი მალავედა თავის ნამდვილ ბუნებას დიდი ხნის განმავლობაში, რადგან მას ეშინოდა რომ დაექვემდებარებოდა ბულინგს და მოგვიანებით კი, - რომ დაკარგავდა თავისი ქალიშვილის მიმართ მეურვეობის უფლებას. მას შემდეგ, რაც მისი ქალიშვილი გაიზარდა, მან თავისი გარეგნობა და სოციალური ქცევა შეუთავსა მის ქალურ გენდერულ იდენტობას. რამდენადაც მისი დოკუმენტების უმეტესობა, რომელთაც იგი იყენებდა ყოველდღიურ ცხოვ-

რებაში, ასახავდა მის გენდერულ იდენტობას, ეს ასე არ იყო სამოქალაქო სტატუსის განმსაზღვრელ დოკუმენტებში, პასპორტში, მართვის მოწმობაში, ტრანსპორტის სარეგისტრაციო საბუთებში ან ეროვნების რეგისტრაციისას. შედეგად, იგი მუდმივად იძულებული იყო მიეთითებინა მის ტრანსგენდერულ იდენტობაზე, რითაც მისი პირადი ცხოვრების უფლება ილახებოდა.

1. ნანსის პირველი ინსტანციის სასამართლოს 2008 წლის 7 ნოემბრისა და 2009 წლის 13 მარტის გადაწყვეტილებები

44. 2007 წლის 13 ივნისს მომჩივანმა სარჩელი აღძრა სახელმწიფო საბჭოს წინააღმდეგ ნანსის პირველი ინსტანციის სასამართლოში იმ მოთხოვნით, რომ მის დაბადების მოწმობაში სიტყვა „მამრობითი“ შეცვლილიყო „მდედრობითით“ და მისი სახელები შეცვლილიყო სახელით „სტეფანი“ (Stéphanie).

(ა) 2008 წლის 7 ნოემბრის გადაწყვეტილება

45. ნანსის პირველი ინსტანციის სასამართლომ 2008 წლის 7 ნოემბერს მიიღო პირველი გადაწყვეტილება, რომელშიც აღნიშნული იყო, რომ „ამჟამად ერთხმად აღიარებულია როგორც ეროვნული, ისე ევროპული სასამართლო პრაქტიკით, რომ ტრანსგენდერ პირებს აქვთ პირადი ცხოვრების პატივისცემის უფლება“ და შესაბამისად, უფლებამოსილი იყვნენ მოეთხოვათ მათი სქესის და სახელების შეცვლა სამოქალაქო სტატუსის განმსაზღვრელ დოკუმენტში. თუმცა სასამართლომ ზაზი გაუსვა, რომ უნდა დაკმაყოფილებულიყო რიგი გარემოებები, კერძოდ:

„გენდერული იდენტობის აშლილობა დადასტურებული უნდა იყოს არა მხოლოდ სამედიცინო დონეზე (ჩვეულებრივ, მრავალპროფილიან ექიმთა გუნდის, ქირურგების, ენდოკრინოლოგის, ფსიქოლოგის, ფსიქიატრის მიერ), არამედ, ასევე, სამართლებრივად, საექსპერტო დასკვნით (მიუხედავად იმისა, რომ სასამართლოს არ ევალუა მისი დანიშვნა) ან სამედიცინო ცნობებით, რომლებიც გაცემულია შესაბამისი პირის მიერ, რომლითაც აშკარად დგინდება, რომ მას გადატანილი აქვს სამედიცინო მკურნალობა ან ქირურგიული ოპერაცია, იმისათვის, რომ მიაღწიოს გენდერის შეცვლას.“

სასამართლომ ასევე დაადგინა:

„პირებს, რომელთაც სურვილი აქვთ შეცვალონ გენდერი თავიანთ სამოქალაქო სტატუსის განმსაზღვრელ დოკუმენტებში, უნდა დაადასტურონ, რომ მათ თერაპიული მიზნით ჩაიტარეს სამედიცინო მკურნალობა ან ქირურგიული ჩარევა და თავდაპირველი სქესის მახასიათებელი გარეგნული ნიშნების ამოკვეთის მიზნით მანამდე ჩატარებული ჰქონდათ ქირურგიული ოპერაცია.“

შესაბამისად, მხოლოდ „ნამდვილ“ ტრანსგენდერ პირებს შეუძლიათ მათი გენდერის აღმნიშვნელი მონაცემების შეცვლა თავიანთ სამოქალაქო სტატუსის განმსაზღვრელ დოკუმენტებში, ანუ, შეიძლება ითქვას, რომ პირებს, რომელთაც უკვე გადაიტანეს სქესის შეცვლის შეუქცევადი პროცედურა.

სხვა სიტყვებით, სასამართლოს შეუძლია მხოლოდ იმ შემთხვევაში მიიღოს გადაწყვეტილება ფიზიკური პირების სამოქალაქო სტატუსის განმსაზღვრელ დოკუმენტში ცვლილების შესახებ, მათ მიერ შერჩეული გენდერის სასარგებლოდ, როდესაც ისინი ნამდვილად შეიცვლიან მათ სქესობრივ ანატომიას იმგვარად, რომ ის რამდენადაც შესაძლებელია, შეესაბამებოდეს მათ მიერ შერჩეულ გენდერს.

ეს სამედიცინო და ქირურგიული წინაპირობები იმ ფაქტით აიხსნება, რომ ნამდვილი გენდერული იდენტობის აშლილობა, რასაც ახასიათებს „ღრმად გამჯდარი და შეურყეველი გრძობა, რომ მიეკუთვნება გენეტიკურად, ანატომიურად და სამართლებრივად განსაზღვრულ გენდე-

რის საპირისპირო გენდერს, რასაც თან ახლავს ძლიერი და მუდმივი მოთხოვნა, რომ პირმა შეიცვლოს გენდერული და სამოქალაქო სტატუსი“ უნდა განვსხვავოთ სხვა მასთან დაკავშირებულ, მაგრამ განსხვავებული კატეგორიებისგან, როგორცაა ტრანსვესტიტიზმი, რაც მხოლოდ გარეგნობის შეცვლაზე დამოკიდებული და არ უკავშირდება ანატომიური სქესის შეცვლას.

მოცემულ საქმეში, მართალია, ს. ნიკო გარეგნულად იყო ქალი და წარმოადგინა დოკუმენტები და მის, როგორც ქ-ნ სტიფანი ნიკოს სახელზე, სხვადასხვა პირის მიერ გაცემული ინვონისები, ეს გარემოებები სასამართლოს არ აძლევდა შესაძლებლობას, გადაეწყვიტა, ნამდვილად შეიცვალა, თუ არა გენდერი. მოსმენისას, როდესაც თავმჯდომარემ ჰკითხა, თუ რა მკურნალობა ჩაიტარა, ს. ნიკომ შეუვალა პოზიცია დაიკავა, რისი სრული უფლებაც მას გააჩნდა და დაეყრდნო თავისი პირადი ცხოვრების კონფიდენციალობას ...“

46. სასამართლომ აღნიშნულიდან გამომდინარე, შეაჩერა პროცესი მესამე მომჩივნის მოთხოვნების გამო და მას დაავალა „რაიმე სამედიცინო დოკუმენტების წარდგენა სამედიცინო და ქირურგიული მკურნალობის შესახებ, რაც დაადასტურებდა, რომ მან ნამდვილად შეიცვალა სქესი“.

(ბ) 2009 წლის 13 მარტის გადაწყვეტილება

47. მესამე მომჩივანმა უარი თქვა, წარედგინა სამედიცინო დოკუმენტები იმის გათვალისწინებით, რომ მან საკმარისად დაასაბუთა, რომ ფსიქოლოგიურად და ფსიქიკურად იყო მდებარეობითი სქესის და სოციალურად ინტეგრირებული იყო, როგორც ქალი. მან მხოლოდ მიუთითა, რომ მისმა მკურნალმა ექიმმა გამოუწერა მას ჰორმონული თერაპია, რაც იმაზე მიუთითებდა, რომ მას ჰქონდა მეორადი მდებარეობითი სქესობრივი მახასიათებლები, როგორც არის მკერდი. სახელმწიფო საბჭომ დაასკვნა, რომ შეუძლებელი იყო მისი სამოქალაქო სტატუსის შეცვლა გენდერის შეცვლის ქირურგიული ოპერაციის ჩატარების დადასტურების გარეშე.

48. 2009 წლის 13 მარტის გადაწყვეტილებაში ნანსის პირველი ინსტანციის სასამართლომ აღნიშნა, რომ მესამე მომჩივანს არ წარუდგენია სქესის შეცვლის სამედიცინო და ქირურგიული მტკიცებულება და შესაბამისად უარი თქვა მისი მოთხოვნის დაკმაყოფილებაზე. სასამართლომ გაიმეორა 2008 წლის 7 ნოემბრის გადაწყვეტილებაში ჩამოყალიბებული დასაბუთება. სასამართლომ მიუთითა შემდეგი:

“[სამოქალაქო სტატუსის განმსაზღვრელ დოკუმენტებში სქესის შეცვლა შეიძლება მხოლოდ] „ნამდვილი“ ტრანსგენდერებისთვის, ანუ, იმ პირებისთვის, რომელთაც უკვე ჩაიტარეს შეუქცევადი სქესის შეცვლის ოპერაცია და არა იმათთვის, რომლებიც უბრალოდ მიუთითებენ, რომ არიან „ტრანსგენდერები“ იმ საფუძველზე, რომ ისინი მიჩნეულები არიან, რომ სოციალურად მიეკუთვნებიან იმ გენდერს, რომელიც მათ გარეგნობას ასახავს, მაგრამ ეწინააღმდეგებიან გენდერის შეცვლის ოპერაციის ჩატარებას ან უარს აცხადებენ წარადგინონ სამედიცინო და ქირურგიული მტკიცებულება ჩატარებული სამედიცინო მკურნალობის ან ქირურგიული ოპერაციისა.“

სასამართლომ ასევე დაადგინა:

„ს. ნიკოს მოთხოვნის დაკმაყოფილება შედეგად გამოიწვევს სასამართლოების მიერ „მესამე სქესის“ შექმნას, კერძოდ, პირების, რომელთაც აქვთ მდებარეობითი სქესის გარეგნობა, მიუხედავად იმისა, რომ ატარებენ მამრობით გარეგნულ სასქესო ანატომიას, მაგრამ შეუძლიათ იქორწინონ მამაკაცზე. საპირისპირო შემთხვევაში, პირი, ვინც არის მამაკაცი გარეგნობით, გააგრძელებს არსებობას ქალის გენიტალიით და შესაბამისად, შეიძლება დაბადოს შვილი!!! როგორც ამჟამინდელი სასამართლო პრაქტიკა მიუთითებს, ამგვარი სრულად აკრძალულია.“

2. ნანსის სააპელაციო სასამართლოს 2011 წლის 3 იანვრის გადაწყვეტილება

49. ნანსის სააპელაციო სასამართლოს 2011 წლის 3 იანვრის გადაწყვეტილებით უცვლელი დარჩა 2009 წლის 13 მარტის გადაწყვეტილება. [სასამართლომ] კერძოდ ხაზი გაუსვა იმას, რომ „სამოქალაქო სტატუსში ცვლილების შეტანის მოთხოვნა აუცილებლად არ მოითხოვს ისეთი ქირურგიული ცვლილების დამტკიცებას, როგორცაა, გენიტალიის ამოკვეთა ან შეცვლა ან პლასტიკური ქირურგია“, არამედ იგულისხმებოდა ის, რომ „სქესის შეცვლის პროცესის შეუქცევადობა უკვე ყოფილიყო დადგენილი“. სასამართლომ ასევე დაადგინა, რომ „მესამე მომჩივანს არ წარუდგენია სპეციფიური მტკიცებულება, რაც რაიმე ფორმით გამომდინარეობდა იმ ფაქტიდან, რომ იგი სხვების მიერ მიჩნეული იყო მდედრობითად.“ სასამართლომ დასძინა, რომ პირადი ცხოვრების პატივისცემის უფლება მესამე მომჩივნისთვის არ გამორიცხავდა „ვალდებულებას, წარედგინა მტკიცებულება, რომელიც არ იქნებოდა იმგვარად ჩამოყალიბებული, რაც ერთმანეთში აღრევდა ტრანსგენდერიზმსა და ტრანსსექსუალიზმს, არამედ, რომელიც, არა მხოლოდ სამოქალაქო სტატუსის მუდმივობის, არამედ სამოქალაქო სტატუსის შესახებ ჩანაწერის სისრულისა და სანდოობის გარანტიც იქნებოდა“. ეს მოთხოვნა, რომელიც იყო ლეგიტიმური და არავითარ შემთხვევაში დისკრიმინაციული, არ არღვევდა კონვენციის მე-14 მუხლს და სასამართლო არ იყო ვალდებული, გამოესწორებინა ის ნაკლოვანებები, რაც მომჩივნის მიერ წარდგენილ მტკიცებულებებს ახლდა.

3. საკასაციო სასამართლოს 2013 წლის 13 თებერვლის გადაწყვეტილება

(ა) საჩივრის საფუძვლები

50. მესამე მომჩივანმა 2011 წლის 3 იანვარს წარადგინა საჩივარი სამართლის საკითხებზე. იგი ამტკიცებდა, რომ პირადი ცხოვრების პატივისცემის უფლება იძლეოდა უფლებას, დადგენილიყო პირის გენდერული იდენტობა და შეცვლილიყო სამოქალაქო სტატუსის ამსახველი დოკუმენტები იმგვარად, რომ აესახა პირის მიერ შერჩეული გენდერი, წინასწარი ვალდებულების გარეშე ჩაეტარებინა სქესის შეცვლის შეუქცევადი პროცედურა და შესაბამისად ემტკიცებინა აღნიშნული. სააპელაციო სასამართლომ იმით, რომ მას დაავალა სქესის შეცვლის შეუქცევადი პროცედურის დამტკიცება, დაარღვია კონვენციის მე-8 მუხლი, კერძოდ, რამდენადაც არც სამოქალაქო სტატუსის შეუცვლელობის პრინციპი და, არც სამოქალაქო სტატუსის განმსაზღვრელი ჩანაწერების სისრულისა და სანდოობის საჭიროება არ ავალუბდა ფიზიკურ პირებს, ჩაეტარებინათ გენდერის შეცვლის შეუქცევადი პროცედურა და წარედგინათ აღნიშნულის მტკიცებულებები, იმისათვის, რომ ცვლილება ყოფილიყო შეტანილი მათ სამოქალაქო სტატუსის განმსაზღვრელ დოკუმენტებში. მესამე მომჩივანმა დასძინა, რომ დისკრიმინაციული იყო და კონვენციის მე-14 მუხლის ეწინააღმდეგებოდა ის, რომ ფიზიკური პირების უფლება, მათი სამოქალაქო სტატუსის განმსაზღვრელი დოკუმენტში ცვლილების შეტანისა, დაქვემდებარებოდა იმის მტკიცებას, რომ მათი გენდერის შეცვლა იყო შეუქცევადი.

(ბ) 2013 წლის 13 თებერვლის გადაწყვეტილება

51. მესამე მომჩივნის საჩივარი განხილულ იქნა მეორე მომჩივნის საჩივრის განხილვის დროსვე.

52. საკასაციო სასამართლომ (პირველი სამოქალაქო პალატა) 2013 წლის 13 თებერვალს უარყო სააპელაციო საჩივარი შემდეგი საფუძვლებით:

„... იმისათვის, რომ დასაბუთდეს გენდერის შესახებ ჩანაწერის შეცვლა დაბადების მოწმობაში, შესაბამისმა პირმა, სამეცნიერო წრეებში ფართოდ მიღებული პოზიციიდან, უნდა დაა-

დასტუროს ის, რომ პირს ნამდვილად აწუხებს გენდერულ იდენტობასთან დაკავშირებული აშლილობა და, რომ ცვლილება მის გარეგნობაში არის შეუქცევადი.

იმის გათვალისწინებით, რომ [მესამე მომჩივანს] არ წარუდგენია სპეციფიური მტკიცებულებები გენდერის შეცვლის პროცედურის შეუქცევადობისა ამ საქმეში, რაც არ შეიძლება მხოლოდ იმ ფაქტზე იყოს დამოკიდებული, რომ იგი სხვების მიერ მიჩნეულია მდებრად, მისი მოთხოვნების დაკმაყოფილებაზე უარით სააპელაციო სასამართლოს არ დაურღვევია კონვენციის მე-8 და მე-14 მუხლებში ასახული პრინციპები..., არამედ უფრო დაადგინა სამართლიანი ბალანსი სამართლებრივ განსაზღვრულობასა და სამოქალაქო სტატუსის მუდმივობას შორის ერთი მხრივ, და პირადი ცხოვრების დაცვას შორის, მეორე მხრივ ...“

II. ჯანმრთელობის დაცვის მაღალი ავტორიტეტის ორგანოს ანგარიში

53. 2009 წლის ნოემბერში ჯანმრთელობის დაცვის მაღალი ავტორიტეტის მქონე ორგანომ გამოაქვეყნა ანგარიში „გენდერული იდენტობის აშლილობის მკურნალობა საფრანგეთში - მდგომარეობა და პერსპექტივა“.

54. სხვა საკითხებს შორის, ის მხარს უჭერდა „მზრუნველობის გზას“, რაც მრავალ საფეხურს მოიცავდა. პირველი შედეგობა „გენდერული იდენტობის აშლილობის“ დიაგნოსტიკისა და შეფასების საკითხებისგან; მიზანი იყო „რამდენადაც შესაძლებელია, აცილებული ყოფილიყო შეუსაბამო შეუქცევადი ცვლილებები“. მეორე სტადია მოიცავდა „ნამდვილი ცხოვრების გამოცდილებას“, მიზანი – შესწავლილი ყოფილიყო პირის შესაძლებლობა, ეცხოვრა შერჩეული როლით. პირი, მის სოციალურ და პროფესიულ საქმიანობაში, ცხოვრობდა სრულად იმ სქესის ცხოვრებით, რომელსაც იგი უპირატესობას ანიჭებდა და წარმოაჩენდა მის სოციალურ ინტეგრაციას იმ როლში, შეირჩევა ახალ სახელს და შეატყობინებდა ოჯახის წევრებს მის მიერ განზრახული ცვლილების შესახებ. მესამე სტადია მოიცავდა ჰორმონულ ჩანაცვლებას, როდესაც ეგზოგენური ჰორმონები იმართებოდა, „რომ გაენადგურებინა თავდაპირველი სქესის მეორეული სქესობრივი ნიშნები და შეეცვალა ისინი, რამდენადაც შესაძლებელი იქნებოდა, საპირისპირო სქესის ნიშნებით.“ მეოთხე სტადია შეიცავდა სქესის შეცვლის ოპერაციას. ანგარიში ამასთან დაკავშირებით აზუსტებდა, რომ მიუხედავად იმისა, რომ ტრანსგენდერი პირების უმეტესობის სურვილია სქესის შეცვლის ოპერაციის ჩატარება, რამდენიმე პაციენტი ამას ეწინააღმდეგებოდა სამედიცინო საფუძვლებით მაშინ, როდესაც სხვები მიიჩნევდნენ, რომ ეს სტადია არ იყო საჭირო მათ შემთხვევაში და, რომ, მაგალითად, ჰორმონული ჩანაცვლება, „პერიფერიული“ ქირურგია და ხმის თერაპია საკმარისი იყო იმისთვის, რომ მათთვის მიეცათ იმგვარი გარეგნობა, რომ მიკუთვნებოდნენ საპირისპირო სქესს და შესაძლებლობა ჰქონოდათ, ასეთებად ყოფილიყვნენ აღიარებული საზოგადოების მიერ. ანგარიში ასევე განიხილავდა საკითხს, რომ ოპერაციის ჩატარების მიმართ უხერხულობის განწყობა ასევე შეიძლებოდა განპირობებული ყოფილიყო მნიშვნელოვანი ტექნიკური სირთულეებით და იმ ოპერაციებთან დაკავშირებული მეორადი შედეგებით.

III. შესაბამისი ეროვნული კანონმდებლობა და პრაქტიკა

ა. სამოქალაქო საპროცესო კოდექსი

55. სამოქალაქო საპროცესო კოდექსის შესაბამისი მუხლები ასე იკითხება:

მუხლი 11

„მხარეებმა უნდა ითანამშრომლონ საგამოძიებო ზომების მიღებისას. მოსამართლეს შეუძლია გამოიყენოს ყველა საჭირო ღონისძიება იმ შემთხვევაში, თუ მხარეები ვერ შეძლებენ ან უარს განაცხადებენ აღნიშნულზე. ...“

მუხლი 143

„ფაქტები, რომლებზეც დავის შედეგებია დამოკიდებული, შეიძლება მხარეთა თხოვნით, ან სასამართლოს ინიციატივით იყოს კანონით გათვალისწინებული საგამოძიებო ზომების მიღების საგანი“.

მუხლი 144

„საგამოძიებო ზომები შეიძლება გამოყენებულ იქნეს ნებისმიერ შემთხვევაში, როდესაც მოსამართლეს ხელთ არ აქვს საქმის გადასაწყვეტად საკმარისი ინფორმაცია.“

მუხლი 147

„მოსამართლე უნდა შემოიფარგლებოდეს იმ ზომების არჩევანით, რაც საკმარისია დავის გადასაწყვეტად, უნდა აირჩიოს ყველაზე მარტივი და ნაკლებ დანახარჯიანი შესაძლებლობა“.

მუხლი 232

„მოსამართლემ უნდა მიიღოს განმარტებები ნებისმიერი სხვა პირისგან, ვისაც ის შეარჩევს, მისი ახსნა-განმარტების, კონსულტაციის ან საექსპერტო დასკვნის ფორმით იმ ფაქტობრივ საკითხებზე, რაც მოითხოვს ტექნიკურ ცოდნას.“

მუხლი 263

„ექსპერტის დასკვნა მხოლოდ იმ შემთხვევაში უნდა იქნეს მოთხოვნილი, როდესაც განმარტება ან კონსულტაცია სასამართლოს ვერ აწვდის საკმარის ცოდნას.“

ბ. საკასაციო სასამართლოს პრაქტიკა

56. 1992 წლის 11 დეკემბრის ორ გადაწყვეტილებაში (NN 91-11900 და 91-12373; ბიულეტენი 1992 N 13), საკასაციო სასამართლომ სრული შემადგენლობით, დაადგინა შემდეგი:

„როდესაც გენდერული იდენტობის აშლილობის მქონე პირი აღარ ატარებს მისი თავდაპირველი სქესისთვის დამახასიათებელ ყველა ნიშანს და მისი გარეგნობა უფრო მეტად არის დაახლოებული საპირისპირო სქესისასთან, რაც აისხება მის სოციალურ ქცევაზე, მის სამოქალაქო სტატუსის განმსაზღვრელ დოკუმენტებში იმ სქესის მითითება, რაც ასახავს პირის გარეგნობას, გარანტირებულია პირადი ცხოვრების პატივისცემის პრინციპით.“

საკასაციო სასამართლომ ხაზი გაუსვა, რომ „სტატუსის შეუცვლელობის პრინციპი არ გამოიყენება ამგვარ ცვლილებას“. შესაბამისად, გააუქმა გასაჩივრებული გადაწყვეტილებები, რომლებითაც უარი ეთქვათ ტრანსგენდერ პირებს, თავიანთ დაბადების მოწმობებში გაესწორებინათ სქესის აღმნიშვნელი მონაცემები.

57. ამ საქმეთაგან მეორეზე სააპელაციო სასამართლომ არ დააკმაყოფილა აპელანტის მოთხოვნა სამედიცინო ექსპერტიზის დანიშვნასთან დაკავშირებით, იმისათვის, რომ დაედასტურებინა მის მიერ გავლილი ფემინიზაციის პროცესი და დაედასტურებინა, რომ იგი იყო ტრანსგენდერი. საკასაციო სასამართლომ აღნიშნა, რომ რამდენადაც ფაქტი, რომ იგი იყო მდებარეობით სქესის, დამონმებული იყო ქირურგის მიერ გაცემულ ცნობაში, ვინც ჩაატარა ოპერაცია და აპელანტის ექიმის არაოფიციალური მოსაზრებით, გენდერული იდენტობის აშლილობის რეალურად არსებობა-არარ-

სებობა შეიძლება დადგენილიყო მხოლოდ ექსპერტის შეფასებით. შესაბამისად, გაკრიტიკებული იყო გასაჩივრებული გადაწყვეტილება, რომლითაც აპელანტის მოთხოვნა არ დაკმაყოფილდა.

58. საკასაციო სასამართლომ, პლენარულ სხდომაზე, 1992 წელს დაადგინა დაბადების მონმობაში სქესის აღმნიშვნელი მონაცემის შეცვლის ხუთი პირობა. შესაბამის პირს უნდა: (1) ჰქონოდა გენდერული იდენტობის აშლილობა, (2) თერაპიული მიზნით ჩატარებული უნდა ჰქონოდა სამედიცინო და ქირურგიული მკურნალობა, (3) აღარ ატარებდა დაბადებისას განსაზღვრული სქესისთვის დამახასიათებელ ყველა ნიშანს, (4) გარეგნობით ემსგავსებოდა უფრო მეტად საპირისპირო სქესს, (5) ამჟღავნებდა იმ სქესისთვის დამახასიათებელ სოციალურ ქცევას. თუმცა, 2012 წლის 7 ივნისს მიღებულ ორ გადაწყვეტილებაში (ბიულეტენი 2012, I, NN 123 და 124), რომელთაგან ერთი პირველი მომჩივნის საქმეზე იყო, პირველმა სამოქალაქო პალატამ დაადგინა შემდეგი:

„იმისათვის, რომ დასაბუთდეს სქესის აღმნიშვნელი მონაცემების შეცვლა დაბადების მონმობაში, შესაბამისმა პირმა, სამეცნიერო წრეებში ფართოდ მიღებული ფორმით, უნდა დაადასტუროს, რომ იგი რეალურად დაავადებულია გენდერული იდენტობის აშლილობით და, რომ მისი გარეგნობის ცვლილება არის შეუქცევადი.“

პირველმა სამოქალაქო პალატამ დაადასტურა 2013 წლის 13 თებერვლის [გადაწყვეტილებაში] ჩამოყალიბებული მიდგომები.

გ. 2010 წლის 8 თებერვლის დეკრეტი N2010-125

59. N2010-125 დეკრეტით სოციალური დაცვის კოდექსის 322-1 მუხლის დანართ D.-დან ამოღებულ იქნა „გენდერული იდენტობის აშლილობის ადრეული სტადია“, როგორც სამედიცინო კატეგორია, რომელიც გამოყენებული იყო „ხანგრძლივ ფსიქიატრიულ აშლილობის“ განსაზღვრისთვის ხანგრძლივი აშლილობების კატეგორიაში.

დ. 2010 წლის 4 მაისის N CIV/07/10 ცირკულარი სამოქალაქო სტატუსის განმსაზღვრელ დოკუმენტებში სქესის შეცვლის შესახებ მოთხოვნებზე

60. იუსტიციის და თავისუფლებების სამინისტრომ N CIV/07/10, ცირკულარით მიმართა მთავარ სახელმწიფო მრჩეველსა და სახელმწიფო მრჩეველს, რომელიც საკასაციო სასამართლოში გამოდიოდა და სახელმწიფო მრჩეველსა და მთავარ სახელმწიფო მრჩეველს სააპელაციო სასამართლოებში:

“...[იმისათვის, რომ] პასუხი გაეცათ სამოქალაქო სტატუსის ცვლილების მოთხოვნასთან დაკავშირებით [ტრანსსექსუალი და ტრანსგენდერი პირისა], როდესაც ჰორმონულ მკურნალობას შედეგად მოჰყვა შეუქცევადი ფიზიკური და ფსიქოლოგიური ცვლილებები, საჭიროებისამებრ პლასტიკურ ქირურგიულ ოპერაციასთან ერთად (მკერდის პროთეზები, ან მამრობითი ჯირკვლების ამოკვეთა, სახის პლასტიკური ქირურგია და სხვ.), რამაც შედეგად გამოიწვია სქესის შეუქცევადი ცვლილებები, გენიტალიის ამოკვეთის საჭიროების გარეშე.“

ცირკულარი ასევე სთხოვდა მათ „ექსპერტულ შეფასებას, მხოლოდ იმ შემთხვევაში, თუ წარდგენილი ინფორმაცია წარმოშობდა სერიოზულ ეჭვებს იმასთან დაკავშირებით, რომ შესაბამისი პირი იყო ტრანსგენდერი“.

ე. იუსტიციის და თავისუფლებების მინისტრის N14524 პასუხი წერილობით შეკითხვაზე (სენატის ოფიციალური გამოცემა, 30 დეკემბერი 2010)

61. წერილობითი შეკითხვაში N14524 (სენატის ოფიციალური გამოცემა, 22 ივლისი 2010, გვ. 1904) იუსტიციისა და თავისუფლებების სამინისტროს ეთხოვა სიტყვა „შეუქცევადის“ განმარტება 2010 წლის 14 მაისის N CIV/07/10 ცირკულარში.

62. იუსტიციისა და თავისუფლებების მინისტრის პასუხის მიხედვით, (სენატის ოფიციალური გამოცემა, 30 დეკემბერი 2010, გვ. 3373):

„2010 წლის 14 მაისის ცირკულარში დამონმებული სქესის შეუქცევადი ცვლილების შინაარსი ეყრდნობა ევროსაბჭოს N1117 რეზოლუციას ტრანსსექსუალთა მდგომარეობის შესახებ, რაც ციტირებულია ჯანმრთელობის დაცვის მაღალი ავტორიტეტის მქონე ორგანოს ანგარიშში „გენდერული იდენტობის აშლილობის მკურნალობა საფრანგეთში, მდგომარეობა და პერსპექტივა“. ეს უფრო მეტად სამედიცინო ტერმინია, ვიდრე სამართლებრივი. ზოგიერთი სპეციალისტის მოსაზრებით, შეუქცევადი ცვლილება შეიძლება იყოს ჰორმონული ცვლილების შედეგი, რომელიც შლის გარკვეულ ფსიქოლოგიურ მახასიათებლებს, მათ შორის, ნაყოფიერებას, ზოგიერთ შემთხვევაში, შეუქცევადად. შესაბამისმა პირებმა, ვინც შეიცვალეს სქესი, უნდა წარადგინონ აღნიშნულის დამადასტურებელი მტკიცებულებები, კერძოდ, შესაბამის დარგში აღიარებული სპეციალისტების (ფსიქიატრების, ენდოკრინოლოგების და, სადაც საჭიროა, ქირურგების) მიერ გაცემული ცნობები. სახელმწიფო საბჭოს მოსაზრება, ყოველი საქმის მიხედვით, დაფუძნებული იქნება შესაბამისი პირის მიერ წარდგენილ სამედიცინო დოკუმენტაციაზე.“

ვ. ადამიანის უფლებების ეროვნული საკონსულტაციო კომისიის (CNCDH) 2013 წლის 27 ივნისის მოსაზრება

63. 2013 წლის იანვარში იუსტიციის მინისტრმა და ქალთა უფლებების მინისტრმა ორი შეკითხვით მიმართა ადამიანის უფლებების ეროვნულ საკონსულტაციო კომისიას „გენდერული იდენტობის“ განმარტებასთან, ფრანგულ სამართალში, აღნიშნულზე მათ პოზიციასთან და იმ პირობებთან დაკავშირებით, რაც უკავშირდება სქესის განსაზღვრის ცვლილებას სამოქალაქო სტატუსის განმსაზღვრელ დოკუმენტებში. კომისიამ მოისმინა განმარტებები მკვლევრებისგან, სამართლის ლექტორებისგან, სენატისა და ასოციაციების წარმომადგენლებისგან და მხედველობაში მიიღო არასამთავრობო ორგანიზაციების, ექიმების, სოციალურ მეცნიერებათა მკვლევრების და უფლებადამცველთა წერილობითი მოსაზრებები.

64. 2013 წლის 27 ივნისის მოსაზრებაში CNCDH-მა აღნიშნა, რომ საკასაციო სასამართლოს 2012 წლის 7 ივნისისა და 2013 წლის 13 თებერვლის ზემოხსენებულ გადაწყვეტილებებში ჩამოყალიბებული იყო სამოქალაქო სტატუსის განმსაზღვრელ დოკუმენტებში გენდერზე მითითების ცვლილების ორი პირობა, სახელდობრ, გენდერული იდენტობის აშლილობის დიაგნოზი და შეუქცევადი ცვლილება გარეგნობაში. მასში მითითებული იყო, რომ „მართალია, ქირურგიული ჩარევა არ იყო სავალდებულო მოთხოვნა, კანონი მაინც მოითხოვდა შეუქცევად სამედიცინო მკურნალობას, რომელიც, მრავალ სხვას შორის, იწვევდა სტერილიზაციას“. CNCDH ასევე მიუთითებდა, რომ შეუქცევადობის მნიშვნელობა, „რაც სუსტად იყო განსაზღვრული და რთული დასამტკიცებლად ... ხშირ შემთხვევაში იწვევდა სამედიცინო ექსპერტიზის ჩატარებას“ და, რამდენადაც სასამართლოს გადაწყვეტილებები ამ საკითხზე სხვადასხვაგვარი იყო, ამ მიმართებით ტრანსგენდერ პირებთან დაკავშირებით არსებობდა თვალშისაცემი უთანასწორობა. დასძენდნენ, რომ სამედიცინო ექსპერტიზა იყო ინვაზიური და დამამცირებელი შესაბამისი პირებისთვის და ხელს უწყობდა სამოქალაქო

სტატუსის განმსაზღვრელ დოკუმენტებში სქესის შეცვლის შესახებ მითითების ცვლილების პროცესის გაჭიანურებასა და სასამართლო პრაქტიკაში მოთხოვნილი მტკიცებულებების რაოდენობა და სამედიცინო ექსპერტიზის დანიშვნის სიხშირე, ზრდიდა იმ ეჭვების წამოჭრის რისკს, რაც სულ უფრო მეტად ჩნდებოდა ტრანსგენდერი პირების გარშემო და, რასაც ისინი მიიჩნევდნენ მათი იდენტობის უარყოფის ფორმად.

65. CNCDH-მა ასევე მხარი დაუჭირა სამედიცინო მოთხოვნების გაუქმებას. ამასთან დაკავშირებით, მან მხედველობაში მიიღო, რომ სამართლებრივ კონტექსტში განხილვის შედეგად, იმის მოთხოვნა, რომ დაედასტურებინათ „გენდერული დისფორია“ პრობლემური იყო, რამდენადაც „თავად ფორმულირება იმგვარი იყო, რომ აქცენტი გადაჰქონდა ტრანსგენდერულ იდენტობაზე, როგორც ავადმყოფობაზე, მაშინ როდესაც გენდერული იდენტობის აშლილობა ამოღებული იყო ფსიქიატრიულ დაავადებათა სიიდან [2010 წლის 8 თებერვლის 2010-125 დეკრეტით]“. CNCDH-ის მოსაზრებით, იმგვარი ვითარება, რომელიც დიფერენცირებული დიაგნოზის მიზნებისთვის, მკაცრად სამედიცინო პროცედურების კონტექსტში უნდა გაეგლოთ ტრანსგენდერ პირებს, ხელს უწყობდა ამ პირთა სტიგმატიზაციის სამართლებრივ პროცესს და ტრანსგენდერის იდენტობის არასრულფასოვან აღქმას. შეუქცევადი ცვლილების დადასტურების საკითხთან დაკავშირებით, CNCDH-მა ხაზი გაუსვა შემდეგს:

„23. ... ეს გარემოება შესაბამის პირებს აიძულებს ჩაიტარონ სამედიცინო მკურნალობა ძალიან შორს მიმავალი შედეგებით, რაც მოიცავს სტერილიზაციის დავალდებულებას. ეს ვალდებულება აუცილებლად არ გულისხმობს გენდერის შეცვლის ქირურგიული ოპერაციის ჩატარებას, ის შეიძლება მიღწეულ იქნეს ჰორმონული მკურნალობის გზითაც, რასაც ჯანმრთელობის დაცვის მაღალი ავტორიტეტის ორგანოს მიხედვით, ხანგრძლივად მიღების შემთხვევაში, შეუძლია გამოიწვიოს შეუქცევადი მეტაბოლური ცვლილებები. პაციენტები ჰორმონულ მკურნალობაზე სხვადასხვაგვარად რეაგირებენ, რომელთა შედეგები (სტერილიზაციის ჩათვლით) დგება სხვადასხვა დროის შემდეგ. სხვა სიტყვებით, სამართლებრივი პროცესი დამოკიდებულია გაურკვეველ სამედიცინო პროცესის განვითარებაზე, რაც შესაბამისად, იწვევს შესაბამისი პირების მნიშვნელოვან უთანასწორობას. უფრო მეტიც, გარეგნობაში ცვლილების შეუქცევადი ხასიათი რთული დასამტკიცებელია და ძალიან ხშირად, სასამართლოების მოსაზრებით, მოითხოვს სამედიცინო ექსპერტიზის ჩატარებას, 2010 წლის 14 მაისის ცირკულარის რეკომენდაციების მიუხედავად, რომელიც მოსამართლეებს მოუწოდებდა „ექსპერტის დასკვნა მოეთხოვათ მხოლოდ იმ შემთხვევაში, თუ წარდგენილი ინფორმაცია წამოჭრიდა სერიოზულ ეჭვებს იმასთან დაკავშირებით, თუ რამდენად წარმოადგენდა შესაბამისი პირი ტრანსგენდერს“. გარდა ამისა, შესაბამისი პირების მიერ გასაღები ხარჯი, ექსპერტიზის დასკვნა, არის ის ფაქტორები, რაც პროცესს მიუღებლად აჭიანურებს. უფრო მეტიც, როდესაც ჰორმონული თერაპია არასაკმარისია გარეგნობაში ცვლილების შეუქცევადობის დადასტურებისათვის, პირები, რომლებიც ცდილობენ, მიაღწიონ თავიანთი სამოქალაქო სტატუსის განმსაზღვრელ დოკუმენტში გენდერის შესახებ ჩანაწერის შეცვლას, ხშირად, იძულებულნი არიან, როგორც უკიდურეს ზომას, დასთანხმდნენ ქირურგიულ ოპერაციას (კერძოდ, პენექტომიას ან მასტექტომიას). კანონით გათვალისწინებული სამედიცინო მოთხოვნები შესაბამისად, პრობლემურია, რამდენადაც პირები, რომლებსაც არ სურთ ასეთ კურსში ჩართვა ან ქირურგიული ოპერაციის გაკეთება, მიუხედავად ამისა, თანხმდებიან ამგვარ შეზღუდვას იმ იმედით, რომ მასთან დაკავშირებით მიაღწევენ წარმატებულ სამართლებრივ შედეგებს. შედეგად, CNCDH მოუწოდებს, დასრულდეს გენდერის შეცვლის მოთხოვნა ნებისმიერი ფორმით, ჰორმონული თერაპიითა, რომელიც იწვევს სტერილიზაციას, თუ ქირურგიული ჩარევის გზით. ...“

ზ. კანონპროექტები

66. გენდერული იდენტობის დაცვის კანონპროექტი (N 216) რეგისტრირებულ იქნა სენატის პრეზიდენტის მიერ 2013 წლის 22 დეკემბერს. მისი მიზანია ტრანსგენდერი პირებისთვის იმ პროცედურის შემუშავება, რომ მათ გონივრულ ვადაში და იმგვარად, რომ არ მოუწიოთ სამედიცინო ან ქირურგიული მკურნალობა, მიაღწიონ სამოქალაქო სტატუსის განმსაზღვრელ დოკუმენტებში სქესის შესახებ ჩანაწერისა და შესაბამისი სახელის შეცვლას. დასაბუთება შეიცავდა შემდეგ პასაჟებს:

„საკასაციო სასამართლოს ოთხი გადაწყვეტილებით [2012 წლის 7 ივნისის და 2013 წლის 13 თებერვლის] დადგინდა პრინციპი: „იმისათვის, რომ დასაბუთდეს გენდერის აღმნიშვნელი მონაცემების შეცვლა დაბადების მოწმობაში, შესაბამისმა პირმა, სამეცნიერო საზოგადოებაში ფართოდ მიღებული პოზიციიდან, უნდა დაამტკიცოს, რომ იგი ნამდვილად დაავადებულია გენდერული იდენტობის აშლილობით და, რომ ცვლილება მის გარეგნობაში არის შეუქცევადი. შესაბამისად, დასაკმაყოფილებელია ორი პირობა: გენდერული იდენტობის აშლილობის დიაგნოზი და გარეგნობის შეუქცევადი ცვლილება. რამდენადაც კანონი არ ავალდებულებს ქირურგიული ოპერაციის ჩატარებას, ის მოითხოვს შეუქცევად სამედიცინო მკურნალობას, რაც გამოიწვევს სტერილიზაციას.“

67. შემდგომი კანონპროექტი გენდერული იდენტობის შესახებ შემუშავებულ იქნა ტრანსგენდერთა ეროვნული ასოციაციის მიერ 2014 წლის მაისში. ის ტრანსგენდერ პირებს შესაძლებლობას აძლევს მიაღწიონ ცვლილების შეტანას სამოქალაქო სტატუსის განმსაზღვრელ დოკუმენტში რაიმე სამედიცინო მოთხოვნის დაკმაყოფილებისა და სასამართლოსთვის მიმართვის გარეშე. საკასაციო სასამართლოს 2012 წლის 7 ივნისის და 2013 წლის 13 თებერვლის გადაწყვეტილებებზე დაყრდნობით, განმარტებით ბარათში ხაზი აქვს გასმული შემდეგს: „რამდენადაც საკასაციო სასამართლო სახელდებით არ ითხოვდა ქირურგიულ ოპერაციას, ის, მიუხედავად ამისა, გარეგნობის შეუქცევადი ცვლილების ბუნდოვანი კრიტერიუმით, მოითხოვდა სამედიცინო მკურნალობას, რაც იწვევდა სტერილიზაციას“. განმარტებით ბარათში ასევე აღნიშნულია, რომ „სასამართლოთა უმეტესობის მიერ ამ კრიტერიუმის განმარტების შედეგად ტრანსგენდერ პირებს მოეთხოვებათ ქირურგიული ოპერაციის ჩატარება, რაც იწვევს სტერილიზაციას“.

თ. კანონი ოცდამეერთე საუკუნეში მართლმსაჯულების მოდერნიზაციის შესახებ

68. ოცდამეერთე საუკუნეში მართლმსაჯულების მოდერნიზაციის შესახებ კანონის 56-ე მუხლის ძალით (ძალაში შევიდა 2016 წლის 12 ოქტომბერს) შეტანილ იქნა შემდეგი ცვლილებები სამოქალაქო კოდექსის მუხლებში, რომლებიც შეეხებოდა სამოქალაქო სტატუსის განმსაზღვრელ დოკუმენტებში ცვლილებების შეტანას:

მუხლი 61-5

„სრულწლოვნები ან ემანსიპირებული არასრულწლოვნები, რომლებიც საკმარის გარემოებებზე მითითებით დაადასტურებენ, რომ მათ სამოქალაქო სტატუსის განმსაზღვრელ დოკუმენტებში მითითებული გენდერი არ ემთხვევა იმ გენდერს, რომელსაც ისინი თავს მიაკუთვნებენ, შეუძლიათ მოითხოვონ ამ მითითების შეცვლა.

ძირითადი გარემოებები, რაც მხედველობაში უნდა იქნეს მიღებული და რომელთა დაკავშირებითაც უნდა განხორციელდეს მტკიცება, არის შემდეგი:

1. ფაქტი, რომ შესაბამისი პირები თავიანთი თავის იდენტიფიცირებას ახდენენ მათ მიერ შეჩვეულ გენდერთან;

2. ფაქტი, რომ მათ ოჯახის წევრები, მეგობრები და კოლეგები მიაკუთვნებენ შერჩეულ გენდერს;

3. ფაქტი, რომ მათ თავიანთი სახელი იმგვარად შეიცვალეს, რომ ეს შეესაბამება შერჩეულ გენდერს.“

მუხლი 61-6

„საჩივარი შეიძლება წარედგინოს *პირველი ინსტანციის სასამართლო*მ.

მომჩივანმა უნდა დაასაბუთოს თავისი თავისუფალი და ინფორმირებული გადაწყვეტილება სამოქალაქო სტატუსის განმსაზღვრელ დოკუმენტებში გენდერის შეცვლის შესახებ და წარადგინოს მტკიცებულებები თავისი საჩივრის დასასაბუთებლად.

უარის საფუძველს არ წარმოადგენს გარემოება, რომ მომჩივანს არ ჩაუტარებია სამედიცინო მკურნალობა, ქირურგიული ოპერაცია ან სტერილიზაცია.

სასამართლო შენიშნავს, რომ თუ მომჩივანი აკმაყოფილებს 61-5 მუხლში ჩამოყალიბებულ პირობებს და გადაწყვეტს სამოქალაქო სტატუსის განმსაზღვრელ დოკუმენტებში შეტანილ იქნეს ცვლილებები გენდერის ისევე, როგორც სახელის შესახებ მითითებაში.“

მუხლი 61-7

„სახელმწიფო საბჭოს თხოვნით, პირის დაბადების მოწმობაში შეიცვლება ჩანაწერი სქესის და, თუ შესაძლებელია, სახელების შესახებ. აღნიშნული განხორციელება სასამართლოს მიერ მიღებული შესაბამისი გადაწყვეტილების კანონიერ ძალაში შესვლიდან თხუთმეტი დღის ვადაში.

61-4 მუხლისგან გადახვევის გზით, სახელებთან დაკავშირებული ცვლილებები, რაც დაკავშირებულია გენდერის შეცვლასთან, განქორწინებული მეუღლის და შვილების სამოქალაქო სტატუსის განმსაზღვრელ დოკუმენტებში განხორციელება მხოლოდ მათი ან მათი კანონიერი წარმომადგენლების თანხმობით.

გენდერის შეცვლასთან დაკავშირებით გამოიყენება მე-100 და 101-ე მუხლები.“

მუხლი 61-8

„სამოქალაქო სტატუსის განმსაზღვრელ დოკუმენტებში გენდერის შეცვლა გავლენას არ მოახდენს მესამე პირებთან არსებულ ვალდებულებებსა და მშობელსა და შვილს შორის იმ ურთიერთობებზე, რასაც ადგილი ჰქონდა სქესის შეცვლამდე.“

69. 2016 წლის 17 ნოემბერს საკონსტიტუციო საბჭომ კანონის 56-ე მუხლი მიიჩნია კონსტიტუციის შესაბამისად (N 2016-739 DC გადაწყვეტილება). გადაწყვეტილებაში, კერძოდ, საზი გაესვა, რომ „ნორმები, რომლებიც პირებს შესაძლებლობას აძლევს, შეცვლილ იქნეს გენდერის აღმნიშვნელი მითითება მათ სამოქალაქო სტატუსის განმსაზღვრელ დოკუმენტებში, იმგვარად, რომ არ მოეთხოვოთ ქირურგიული ჩარევა ან სტერილიზაცია, არავითარ შემთხვევაში არ ლახავს ადამიანის ღირსების პატივისცემის პრინციპს.“

IV. შედარებითი სამართლის მასალები

70. არასამთავრობო ორგანიზაცია ტრანსგენდერი ევროპის მიერ 2016 წლის 22 აპრილს გამოცემული „ევროპის ტრანს უფლებების 2016 წლის რუკიდან“ (იხ. ასევე „სქესობრივი ორიენტაციისა და გენდერული იდენტობის ნიშნით დისკრიმინაცია ევროპაში“, ევროსაბჭოს გამომცემლობა, 2011 წლის ივნისი და შედარებითი სამართლის მასალები, რომელიც გამოყენებულია გადაწყვეტილებაში *Y.Y. თურქეთის წინააღმდეგ (Y.Y. v. Turkey)* (N 14793/08, §§ 35-43, ECHR 2015 (ამონარიდები)), იკვეთება, რომ იმ დროისათვის ტრანსგენდერი ქალების გენდერული იდენტობის სამართლებრივი

აღიარება ჯერ კიდევ არ იყო შესაძლებელი ევროპის საბჭოს წევრ შვიდ ქვეყანაში (ალბანეთი, ანდორა, კვიპროსი, ლიხტენშტეინი, მონაკო, სან მარინო და ყოფილი იუგოსლავიის რესპუბლიკა მაკედონია).

71. დოკუმენტი ასევე გამოკვეთს, რომ ასეთი აღიარება სავალდებულოს ხდიდა სტერილიზაციის ოპერაციის ჩატარებას ევროპის საბჭოს წევრ ოცდაოთხ ქვეყანაში (სომხეთი, აზერბაიჯანი, ბელგია, ბოსნია და ჰერცეგოვინა, ბულგარეთი, ხორვატია, ჩეხეთის რესპუბლიკა, ფინეთი, საფრანგეთი, საქართველო, საბერძნეთი, ლატვია, ლიტვა, ლუქსემბურგი, მონტენეგრო, ნორვეგია, რუმინეთი, რუსეთის ფედერაცია, სერბეთი, სლოვაკეთი, სლოვენია, შვეიცარია, თურქეთი და უკრაინა). თექვსმეტ წევრ სახელმწიფოში ეს შესაძლებელი იყო სტერილიზაციის ჩატარების გარეშე (ავსტრია, დანია, ესტონეთი, გერმანია, უნგრეთი, ისლანდია, ირლანდია, იტალია, მალტა, მოლდოვა, ნიდერლანდები, პოლონეთი, პორტუგალია, ესპანეთი, შვედეთი და გაერთიანებული სამეფო). საფრანგეთი (იხ. 68-ე პარაგრაფი ზემოთ) და ნორვეგია (2016 წლის 17 ივნისის კანონის შესაბამისად) დღემდე მეორე კატეგორიას არიან მიკუთვნებული. წევრი სახელმწიფოების რიცხვი, სადაც აღიარება სამართლებრივად არ მოითხოვს სტერილიზაციას, შესაბამისად, გაიზარდა თვრამეტამდე, (ცხრამეტამდე - ევროპაში, ბელარუსის ჩათვლით), განსხვავებით ოცდაორი ქვეყნისგან, სადაც ეს მოითხოვება. მრავალ შესაბამის ქვეყანაში ამ მოთხოვნის გაუქმება არის სამართლის ბოლოდროინდელი განვითარების შედეგი (ადმინისტრაციული სასამართლოს 2009 წლის 27 თებერვლის გადაწყვეტილება ავსტრიაში; 2010 წლის 15 მარტის კანონი პორტუგალიაში; ფედერალური საკონსტიტუციო სასამართლოს 2011 წლის 11 იანვრის გადაწყვეტილება გერმანიაში; 2013 წლის 22 მაისის კანონი შვედეთში; 2013 წლის 18 დეკემბრის კანონი ნიდერლანდებში; 2014 წლის 11 ივნისის კანონი დანიაში; 2015 წლის 1 აპრილის კანონი მალტაში; 2015 წლის 15 ივლისის კანონი ირლანდიაში; საკასაციო სასამართლოს 2015 წლის 21 ივლისის გადაწყვეტილება იტალიაში; 2016 წლის 17 ივნისის კანონი ნორვეგიაში და 2016 წლის 12 ოქტომბრის კანონი საფრანგეთში). ასევე იკვეთება, რომ მრავალი წევრი ქვეყანა ამჟამად განიხილავს ან განზრახული აქვს განიხილოს პირობები ტრანსგენდერი პირების სამართლებრივი აღიარებისთვის იმ მიმართულებით, რომ შეცვალონ, რომელიმე [პირობა], რაც მიიჩნევა დაუსაბუთებლად. (ევროსაბჭოს ადამიანის უფლებათა საორგანიზაციო კომიტეტის CDDH(2013)R77 დანართი VI, 2013 წლის 21 მარტის ანგარიში მინისტრთა კომიტეტის სქესობრივი ორიენტაციის და გენდერული იდენტობის ნიშნით დისკრიმინაციის წინააღმდეგ ბრძოლის ზომების შესახებ CM/Rec(2010)5 რეკომენდაციის იმპლემენტაციისათვის).

72. ამ უკანასკნელი დოკუმენტიდან, კერძოდ, ასევე გამომდინარეობს ის, რომ ფსიქიატრიული დიაგნოზები არის ერთ-ერთი წინაპირობა ტრანსგენდერის იდენტობის დასადგენად ოცდათექვსმეტ ევროპულ ქვეყანაში, რომელთაგან მხოლოდ დანიას, ისლანდიას, მალტას და ნორვეგიას აქვს მიღებული კანონმდებლობა, რომელიც ადგენს აღიარების პროცედურას, რაც ასეთ დიაგნოზს გამორიცხავს (ესპანეთის ჩვიდმეტი ავტონომიური ერთეულიდან ორს ასევე აქვს იგივე კანონმდებლობა).

V. საერთაშორისო დოკუმენტები

ა. ევროპის საბჭო

1. ევროპის საბჭოს ადამიანის უფლებათა კომისარი

73. 2009 წლის ოქტომბერში ევროპის საბჭოს ადამიანის უფლებათა კომისარმა გამოსცა დოკუმენტი სახელწოდებით „ადამიანის უფლებები და გენდერული იდენტობა“, რომელშიც მან განავითარა მოსაზრება ტრანსგენდერი პირების გენდერული იდენტობის აღიარების აუცილებელ პი-

რობად შეუქცევადი სტერილიზაციის ოპერაციის ჩატარების სანინააღმდეგოდ. კომისარი კერძოდ მიუთითებდა:

„...“

ხაზი უნდა გაესვას, რომ შესაბამისი პირობები სქესის შეცვლასთან დაკავშირებით, ევროპის მასშტაბით არსებულ დოკუმენტებში მნიშვნელოვნად განსხვავდება. შეიძლება უხეშად გამოიყოს ქვეყნების სამი კატეგორია. პირველ კატეგორიაში ოფიციალური აღიარებისათვის საერთოდ არ არსებობს რაიმე ნორმა. როგორც ზემოთ აღინიშნა, ეს ნარმოადგენს ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს პრაქტიკის აშკარა დარღვევას. ქვეყნების მეორე და შედარებით მცირე კატეგორიაში, არ მოითხოვება ჰორმონული მკურნალობის ან ქირურგიული ოპერაციის ჩატარება იმისათვის, რომ პირმა მიაღწიოს იმ გენდერის ოფიციალურად აღიარებას, რომელსაც ანიჭებს უპირატესობას. გენდერის სამართლებრივად აღიარება შესაძლებელია იმ შემთხვევაში, თუ გენდერული დისფორიის არსებობის შესახებ მტკიცებულება წარდგენილი იქნება კომპეტენტურ ორგანოში, ასეთია: ჯანმრთელობის სამინისტროს ექსპერტები (უნგრეთში), გენდერის შეცვლის პანელი (გაერთიანებულ სამეფოში) ან ექიმი ან კლინიკური ფსიქოლოგი. ქვეყნების მესამე კატეგორიაში, რაც მოიცავს ევროპის საბჭოს უმეტეს წევრ ქვეყანას, პირმა უნდა დაამტკიცოს, რომ:

1. მან სამედიცინო ზედამხედველობით - ხშირად შეზღუდულით გარკვეული, სახელმწიფოს მიერ დანიშნული ექიმებით ან ინსტიტუტების წრით, ჩაიტარა გენდერის გარდაქმნა;
2. მას ჩაუტარდა შეუქცევადი უშილობის (სტერილიზაციის) ქირურგიული ოპერაცია და/ან
3. მას ჩაუტარდა სხვა სამედიცინო პროცედურები, როგორცაა ჰორმონული თერაპია.

ასეთი მოთხოვნები აშკარად ეწინააღმდეგება პიროვნების ფიზიკური ხელშეუხებლობის პატივისცემას. სტერილიზაციის ან სხვა ქირურგიული ჩარევის მოთხოვნას, რაც წარმოადგენს წინაპირობას იმ გენდერის სამართლებრივად აღიარებისთვის, რომელსაც პირმა მიაღწია უპირატესობა, აბათილებს ის ფაქტი, რომ ეს ოპერაციები ხშირად თვით ტრანსგენდერი პირების მიერ არის მოთხოვნილი, თუმცა არა ყოველთვის. უფრო მეტიც, ასეთი სახის ქირურგიული ოპერაციები, სამედიცინო თვალსაზრისით, ყოველთვის შესაძლებელი არც არის და, არც ხელმისაწვდომი, იმის გათვალისწინებით, რომ არ ხდება სადაზღვევო ანაზღაურება. ეს მკურნალობა შეიძლება არ ეხმიანებოდეს პიროვნების სურვილებსა და საჭიროებებს და, არც იყოს დანიშნული მისი ექიმის მიერ. რამდენადაც პირის მიერ არჩეული გენდერის სამართლებრივი აღიარება შეუძლებელია ამგვარი სამედიცინო ჩარევის გარეშე, ეს ტრანსგენდერ პირს ათავსებს იმგვარ მარწმუნებში, საიდანაც არ არსებობს აშკარა გამოსავალი. დიდ შემოფოთებას იწვევს ის, რომ როგორც აღმოჩნდა, ტრანსგენდერი ადამიანები ის განცალკევებული ჯგუფია ევროპაში, რომლებიც ექვემდებარებიან სამართლებრივად განწერილ, სახელმწიფოს მიერ აღსრულებად სტერილიზაციას.

უნდა აღინიშნოს, რომ მრავალი ტრანსგენდერი პირი და, სავარაუდოდ, მათ შორის, ტრანსსექსუალთა უმეტესობა, ირჩევს გადაიტანოს ეს ჩარევა, რაც ხშირად მოიცავს გამრავლების ორგანოების ამოკვეთას. ეს მკურნალობა ამ ჯგუფისთვის ხშირად მიჩნეულია აუცილებლობად. თუმცა, სამედიცინო მკურნალობა ყოველთვის უნდა წარმოადგენს პიროვნების საუკეთესო ინტერესების გათვალისწინებით და მისი სპეციფიური მოთხოვნებისა და მახასიათებელი გარემოებების მხედველობაში მიღებით. სახელმწიფოს მხრიდან არაპროპორციულია მოთხოვნა იმ ფორმით, რომ ყველას „ერთი ხელის მოსმით“ დაენიშნოს მკურნალობა. ამასთან დაკავშირებით უნდა გამოიკვეთოს, ძირითად უფლებებთან მიმართებით, კერძო პირების პირად ცხოვრებაში სახელმწიფოს მხრიდან ასეთი ძლიერი ჩარევა რა მოცულობით შეიძლება იყოს გამართლებული და სტერილიზაცია, თუ რა სახის სხვა სამედიცინო ჩარევა უნდა მოითხოვებოდეს იმისათვის, რომ ესა თუ ის პირი მიეკუთვნოს ამა თუ იმ სქესს.

...

... სახელმწიფოები, რომლებიც აწესებენ ინვაზიურ ფიზიკურ პროცედურებს ტრანსგენდერი პირებისთვის, საბოლოოდ ძირს უთხრიან მათ უფლებას, იყოლიონ ოჯახი.
...”

2. ევროსაბჭოს მინისტრთა კომიტეტი და საპარლამენტო ასამბლეა

74. 2010 წლის 31 მარტს ევროსაბჭოს მინისტრთა კომიტეტმა მიიღო რეკომენდაცია CM/Rec(2010)5 სქესობრივი ორიენტაციის და გენდერული იდენტობის ნიშნით დისკრიმინაციის წინააღმდეგ ბრძოლის ზომების შესახებ. ეს დოკუმენტი კერძოდ მიუთითებს, რომ „უპირველესი მოთხოვნები, რაც მოიცავს ფიზიკური ხასიათის ცვლილებებს, გენდერის შეცვლის სამართლებრივი აღიარებისთვის, რეგულარულად უნდა გადაიხედოს, იმისათვის, რომ თავიდან იქნეს აცილებული შეურაცხმყოფელი მოთხოვნები“ და, რომ „წევრმა სახელმწიფოებმა უნდა მიიღონ შესაბამისი ზომები იმისათვის, რომ გარანტირებული იყოს სრულყოფილი სამართლებრივი აღიარება პიროვნების გენდერის ცვლილებისა ცხოვრების ყველა სფეროში, კერძოდ, სწრაფი, გამჭვირვალე და მისაღები ფორმით შესაძლებლობის მიცემით, შეიცვალოს სახელი, ან გენდერი ოფიციალურ დოკუმენტებში (დანართი, მე-20 და 21-ე პუნქტები).

75. 2010 წლის 29 აპრილის 1728-ე (2010) რეზოლუციაში, სქესობრივი ორიენტაციის და გენდერული იდენტობის საფუძველზე დისკრიმინაციის შესახებ, ევროსაბჭოს საპარლამენტო ასამბლეამ სახელმწიფოებს მოუწოდა „უზრუნველყონ კანონმდებლობასა და პრაქტიკაში ტრანსგენდერი პირების უფლება ... ოფიციალურ დოკუმენტებში, რომლებიც გავლენას ახდენენ იმ გენდერულ იდენტობაზე, რომელსაც პირებმა მიანიჭეს უპირატესობა, რაიმე აუცილებელი ვალდებულების გარეშე, ჩაიტარონ სტერილიზაციის ან სხვა სამედიცინო პროცედურა, როგორცაა, სქესის შეცვლის ოპერაცია ან ჰორმონალური თერაპია“ (პუნქტი 16.11.2).

76. 2013 წლის 26 ივნისს საპარლამენტო ასამბლეამ ასევე მიიღო 1945-ე (2013) რეზოლუცია, სათაურით „იძულებითი სტერილიზაციისა და კასტრაციის დასრულების შესახებ“, რომელშიც აღნიშნულია:

„... მცირეა, მაგრამ მნიშვნელოვანია როგორც სტერილიზაციის, ისე კასტრაციის რაოდენობა, რაც ექცევა „იძულებითის“ სხვადასხვაგვარი განმარტების ქვეშ. ისინი უმეტესად მიმართულია ტრანსგენდერი პირების წინააღმდეგ, ბოშა ქალებისა და სქესობრივი დანაშაულისთვის მსჯავრდებულებისთვის. არც სავალდებულო და, არც იძულებითი კასტრაცია ან სტერილიზაცია არ შეიძლება, რაიმე ფორმით, გამართლდეს 21-ე საუკუნეში - ისინი უნდა დასრულდეს“ (პუნქტი 4).

მან მოუწოდა წევრ სახელმწიფოებს „საჭიროებისამებრ გადასინჯონ თავიანთი კანონები და პოლიტიკა, იმისათვის, რომ უზრუნველყონ არავის აიძულონ კასტრაციის და სტერილიზაციის ჩატარება რაიმე ფორმით და რაიმე მიზეზით“ (პუნქტი 7.1).

77. საპარლამენტო ასამბლეამ 2015 წლის 22 აპრილს მიიღო 2048-ე (2015) რეზოლუცია ტრანსგენდერი პირების დისკრიმინაციის წინააღმდეგ ევროპაში. ის წევრ სახელმწიფოებს, სხვა საკითხებთან ერთად, მოუწოდებდა, გაეუქმებინათ სტერილიზაცია და სხვა იძულებითი სამედიცინო მკურნალობა, ისევე, როგორც ფსიქიკურ ჯანმრთელობასთან დაკავშირებული დიაგნოზები, როგორც აუცილებელი საკანონმდებლო მოთხოვნა იმისათვის, რომ აღიარებული ყოფილიყო პირის გენდერული იდენტობა კანონმდებლობაში, რომლებიც აწესრიგებენ სახელის და რეგისტრირებული სქესის შეცვლის პროცედურას, შეიცვალოს იმ დაავადებათა ჩამონათვალი, რომლებიც ეროვნულ დონეზე იყო მიღებული და მხარი დაეჭირათ საერთაშორისო ჩამონათვალის მოდიფიცირებისთვის, იმის საგარანტიოდ, რომ ტრანსგენდერი პირები, მათ შორის, ბავშვებიც, არ ყოფილიყვნენ

იმ კლიშეს მატარებელი, რომ არიან ფსიქიკურად დაავადებულები და უფრო მეტად ხელი შეუწყონ სტიგმებისგან თავისუფალ მკურნალობას.

B. გაერო

1. გაეროს ადამიანის უფლებათა უმაღლესი კომისარი

62. 2011 წლის 17 ნოემბრის ანგარიშში ადამიანის უფლებათა საბჭოსადმი, სახელწოდებით „პირთა სქესობრივი ორიენტაცია და გენდერულ იდენტობაზე დაფუძნებული დისკრიმინაციული კანონები, პრაქტიკა და ძალადობრივი ქმედებები“ (A/HRC/19/41), გაეროს ადამიანის უფლებათა უმაღლესმა კომისარმა მიმოიხილა საკითხი, რომ იმ ქვეყნების კანონმდებლობა, რომლებიც აღიარებენ გენდერის ცვლილებებს, ხშირად, განმცხადებლის მოთხოვნის დაკმაყოფილების პირობად, პირდაპირ, თუ მინიშნებით, მოითხოვენ სტერილიზაციის ოპერაციის ჩატარებას (72-ე პარაგრაფი). მან კერძოდ რეკომენდაცია გაუწია, (84-ე (h) პარაგრაფი), რომ სახელმწიფოებმა:

„ხელი შეუწყონ ტრანსგენდერი პირების მიერ შერჩეული სქესის სამართლებრივ აღიარებას და დაანესონ იმგვარი რეგულირება, რომ ნება დართონ შესაბამის საიდენტიფიკაციო დოკუმენტებში შეცვლილ იქნეს შესაფერისი, შერჩეული გენდერი და სახელი, ადამიანის სხვა უფლებების შელახვის გარეშე.“

2. წამებისა და სხვა სასტიკი, არაადამიანური ან დამამცირებელი მოპყრობის ან დასჯის შესახებ სპეციალური მომხსენებელი

79. 2013 წლის 1 აპრილის ანგარიშში (A/HRC/22/53) გაეროს ადამიანის უფლებათა საბჭოს წამებისა და სხვა სასტიკი, არაადამიანური ან დამამცირებელი მოპყრობის ან დასჯის შესახებ სპეციალურმა მომხსენებელმა გამოკვეთა შემდეგი (პარაგრაფი 78):

„ბევრ ქვეყანაში ტრანსგენდერ პირებს მოეთხოვებათ, ჩაიტარონ სტერილიზაციის არასასურველი ქირურგიული ოპერაცია იმისათვის, რომ მიაღწიონ მათ მიერ შერჩეული გენდერის სამართლებრივ აღიარებას. ევროპაში 29 ქვეყანა მოითხოვს სტერილიზაციის პროცედურას იმისათვის, რომ სამართლებრივად აღიარონ ტრანსგენდერი პირების გენდერი. 11 ქვეყანაში არ არსებობს კანონმდებლობა, გენდერის სამართლებრივად აღიარების შესახებ, თუმცა იძულებითი სტერილიზაცია პრაქტიკაში მაინც გამოიყენება. როგორც 2008 წელს ამერიკის შეერთებულ შტატებში, 20 შტატი ავალედა ტრანსგენდერ პირს, ჩაეტარებინა „სქესის დამადასტურებელი ქირურგიული ოპერაცია“ ან „სქესის გარდაქმნის ქირურგიული ოპერაცია“ მანამ, სანამ სამართლებრივად მიეცემოდა სქესის შეცვლის შესაძლებლობა. კანადაში მხოლოდ ონტარიოს პროვინციაში არ აიძულებენ „ტრანსექსუალურ ქირურგიას“ იმისათვის, რომ დაბადების მოწმობაში შეცვლილ იქნეს ჩანაწერი სქესის შესახებ. ზოგიერთი ქვეყნის ეროვნულმა სასამართლოებმა დაადგინეს, რომ იძულებითი ქირურგიული ოპერაცია, რომელსაც შედეგად მოჰყვება სამუდამო სტერილიზაცია და შეუქცევადი ცვლილებები სხეულში, ინვეს ჩარევას ოჯახურ და რეპროდუქციულ ცხოვრებაში და ასევე ინვეს პიროვნების განვითარების უფლებაში მძიმე და შეუქცევად შეჭრას. 2012 წელს შვედეთის სააპელაციო ადმინისტრაციულმა სასამართლომ დაადგინა, რომ იძულებითი სტერილიზაციის მოთხოვნა, რომლითაც ხდება ჩარევა პიროვნების განვითარების უფლებაში, არ შეიძლება მიჩნეულ იქნეს ნებაყოფლობითად. 2011 წელს გერმანიის საკონსტიტუციო სასამართლომ მიიღო გადაწყვეტილება, რომ გენდერის შეცვლის ქირურგიული ოპერაციის მოთხოვნა არღვევდა პიროვნების განვითარებისა და თვითგამოხატვის

უფლებას. 2009 წელს ავსტრიის უმაღლესმა ადმინისტრაციულმა სასამართლომ ასევე გადაწყვიტა, რომ სავალდებულო გენდერის შეცვლა, როგორც გენდერული იდენტობის სამართლებრივი აღიარების პირობა, იყო უკანონო. 2009 წელს ევროსაბჭოს ადამიანის უფლებათა ყოფილმა კომისარმა განაცხადა, რომ [არანებაყოფლობითი სტერილიზაციის] მოთხოვნა აშკარად წინააღმდეგობაში მოდიოდა პიროვნების ფიზიკური ხელშეუხებლობის უფლებასთან.“

63. თავის დასკვნებსა და რეკომენდაციებში იგი ყველა სახელმწიფოს მოუწოდებდა (პარაგრაფი 88):

„... გაეუქმებინათ ნებისმიერი კანონი, რომელიც ითვალისწინებდა ინტრუზიულ და შეუქცევად მკურნალობას, მათ შორის, გენიტალიების ნორმალიზების იძულებით ქირურგიულ ოპერაციას, არანებაყოფლობით სტერილიზაციას, არაეთიკურ ექსპერიმენტებს, სამედიცინო ჩარევას პირად ცხოვრებაში, „რეპარაციულ თერაპიას“ ან „კონვერსიულ თერაპიას“, როდესაც ეს ხორციელდება იძულებით ან შესაბამისი პირის თავისუფალი ან ინფორმირებული თანხმობის გარეშე. იგი ასევე მოუწოდებს მათ, ყველა ვითარებაში უკანონოდ გამოაცხადონ იძულებითი სტერილიზაცია და შეიმუშაონ სპეციალური დაცვა იმ პირებისთვის, რომლებიც მიეკუთვნებიან მარგინალიზებულ ჯგუფებს.“

3. ჯანდაცვის მსოფლიო ორგანიზაცია (WHO), გაეროს ბავშვთა ფონდი (UNICEF), ადამიანის უფლებათა უმაღლესი კომისრის ოფისი (OHCHR), გაეროს ქალები (UNAIDS), გაეროს განვითარების პროგრამა (UNDP) და გაეროს მოსახლეობის ფონდი

64. 2014 წლის მაისში WHO-მ, UNICEF-მა, OHCHR-მა, UNAIDS-მა, UNDP-მა და გაეროს მოსახლეობის ფონდმა გამოაქვეყნა უწყებათაშორისი განცხადება იძულებით, ძალდატანებით ან სხვა ფორმით არანებაყოფლობით სტერილიზაციასთან დაკავშირებით. კერძოდ, ისინი მიუთითებდნენ, რომ მრავალ ქვეყანაში ტრანსგენდერ პირებს მოეთხოვებოდათ, ჩაეტარებინათ ხშირად არასასურველი სტერილიზაციის ქირურგიული ოპერაცია, როგორც მათ დოკუმენტებში გენდერის შესახებ ჩანაწერის შეცვლის წინაპირობა. ავტორებმა ასევე აღინიშნეს, რომ საერთაშორისო და რეგიონული ადამიანის უფლებათა ორგანიზაციების და ზოგიერთი საკონსტიტუციო სასამართლოს მოსაზრებით, რამაც გავლენა მოახდინა კანონმდებლობის ბოლოდროინდელ ცვლილებებზე მრავალ ქვეყანაში, სტერილიზაციის ეს მოთხოვნები ეწინააღმდეგება პირის ფიზიკურ ხელშეუხებლობას, თვითგამოხატვას და ღირსებას და შეუძლია გამოიწვიოს და მუდმივად აქციოს დისკრიმინაცია ტრანსგენდერი და ბისექსუალი პირების მიმართ. ისინი მოუწოდებდნენ მოქმედებებისთვის, რომ სტერილიზაცია, რაც ინვევდა უშვილობას, არ ყოფილიყო შერჩეული სქესის/გენდერის სამართლებრივად აღიარების პირობად.

სამართალი

...

II. კონვენციის მე-8 მუხლის სავარაუდო დარღვევა

83. მომჩივნები ჩიოდნენ იმის გამო, რომ მათ უარი ეთქვათ მოთხოვნაზე, მათ დაბადების მონობებში მითითებული გენდერი შესწორებულიყო იმ საფუძვლით, რომ ასეთი მოთხოვნის მქონე პირებს მოეთხოვებათ იმის დასაბუთება, რომ მათ ნამდვილად ანუხებთ გენდერული იდენტობის აშლილობა და, რომ ცვლილება მათ გარეგნობაში არის შეუქცევადი. ისინი აკრიტიკებდნენ ფაქტს, რომ ეს უკანასკნელი მთხოვნა ტრანსგენდერ პირებს, რომლებიც, მათ მსგავსად, ითხოვდნენ მათი სქესის შეცვლას სამოქალაქო სტატუსის განმსაზღვრელ დოკუმენტებში, აიძულებდა, წინასწარ ჩაეტარებინათ ქირურგიული ოპერაცია ან მკურნალობა, რომლის შედეგი უნდა ყოფილიყო შეუქცევადი სტერილიზაცია. მომჩივნები ეყრდნობოდნენ კონვენციის მე-8 მუხლს, რომლის მიხედვითაც:

„1. ყველას აქვს უფლება, პატივი სცენ მის პირად და ოჯახურ ცხოვრებას, მის საცხოვრებელსა და მიმონერას.

2. დაუშვებელია ამ უფლების განხორციელებაში საჯარო ხელისუფლების ჩარევა, გარდა ისეთი შემთხვევებისა, როდესაც ასეთი ჩარევა ხორციელდება კანონის შესაბამისად და აუცილებელია დემოკრატიულ საზოგადოებაში ეროვნული უშიშროების, საზოგადოებრივი უსაფრთხოების ან ქვეყნის ეკონომიკური კეთილდღეობის ინტერესებისათვის, უნესრიგობის ან დანაშაულის თავიდან ასაცილებლად, ჯანმრთელობის ან მორალისა თუ სხვათა უფლებათა და თავისუფლებათა დასაცავად.“

პირველი მომჩივანი (საჩივარი N 79885/12) ასევე ეყრდნობოდა კონვენციის მე-3 მუხლს, რომელიც ითვალისწინებს:

„ არავინ შეიძლება დაექვემდებაროს წამებას, არაადამიანურ ან ღირსების შემლახველ მოპყრობას ან დასჯას.“

84. მეორე მომჩივანი (საჩივარი N 52471/13) სხვებისგან განსხვავებით, ასევე ჩიოდა იმ გარემოების გამო, რომ პირველი მოთხოვნა (პირებისთვის, რომელთაც უნდა ემტკიცებინათ, რომ ისინი დაავადებულნი იყვნენ გენდერულ იდენტობასთან დაკავშირებული აშლილობით) ლახავდა შესაბამის პირთა ღირსებას, რამდენადაც ამ ფორმით ივარაუდება, რომ ისინი დაავადებულნი არიან ფსიქიკური დაავადებით. იგი ეყრდნობოდა ზემოთდასახელებულ მე-8 მუხლს.

85. პირველი მომჩივანი (საჩივარი N 79885/12) ასევე აკრიტიკებდა ეროვნულ სასამართლოებს იმის გამო, რომ მათ მის დაბადების მონმობაში სქესის აღნიშვნის შეცვლის აუცილებელ პირობად დაანესეს ტრავმატული სამედიცინო ექსპერტიზის ჩატარება. მისი მოსაზრებით, ექსპერტიზის დასკვნები, რომლებიც ამ კონტექსტში მოთხოვნილი იყო, საფრანგეთის საკასაციო სასამართლოს მიერ, მოითხოვდა, სულ მცირე, პოტენციურად, დამამცირებელ მოპყრობას. იგი ეყრდნობოდა კონვენციის მე-8 მუხლს, მე-3 მუხლთან ერთობლიობაში, ორივე ციტირებულია ზემოთ.

...

B. არსებითი მხარე

1. შესავალი

(ა) კონვენციის მე-8 მუხლის გამოყენება

92. სასამართლომ არაერთხელ გაუსვა ხაზი, რომ „პირადი ცხოვრება“ არის ფართო მნიშვნელობის ცნება, რაც არ ექვემდებარება ამომწურავ განმარტებას. ის მოიცავს არა მხოლოდ პირის ფიზიკურ ან ფსიქიკურ ხელშეუხებლობას, არამედ, ზოგჯერ შეიძლება მოიცავდეს პირის ფსიქიკური თუ სოციალური თვითმყოფადობის ასპექტებს. ისეთი საკითხები, როგორცაა გენდერული თვითმყოფადობა, ან იდენტიფიკაცია, სახელები, სქესობრივი ორიენტაცია და სქესობრივი ცხოვრება ექვევა პირად სფეროში, რაც დაცულია კონვენციის მე-8 მუხლით (იხ., კერძოდ, *ვან კუკი გერმანიის წინააღმდეგ (Van Kück v. Germany)*, N 35968/97, § 69, ECHR 2003-VII; *შლუმფვი შვეიცარიის წინააღმდეგ (Schlumpf v. Switzerland)*, N 29002/06, § 77, 8 იანვარი 2009; და *ზემოთდასახელებული Y.Y. თურქეთის წინააღმდეგ (Y.Y. v. Turkey)*, § 56 და იქ არსებული მითითებები).

93. სასამართლომ ასევე ხაზი გაუსვა, რომ პირადი ავტონომია არის ის მნიშვნელოვანი პრინციპი, რომელიც წარმოადგენს კონვენციის მე-8 მუხლით განსაზღვრული გარანტიების განმარტების საფუძველს. (იხ. *Pretty v. the United Kingdom*, N 2346/02, § 61, ECHR 2002-III). ტრანსგენდერი

პირების მიმართ ამ დებულების გამოყენება [სასამართლოსთვის] გახდა იმის აღიარების საფუძველი, რომ ის მოიცავს თვითგამორკვევის უფლებასაც (იხ. ზემოთდასახელებული: *ვან კუკი (Van Kück)*, § 69, და *შლუმფი (Schlumpf)*, § 100), რისი ერთ-ერთი ძირითადი ელემენტი არის სქესობრივი თვითმყოფადობა (იხ. ზემოთდასახელებული *ვან კუკი (Van Kück)*, § 73). [სასამართლომ] ასევე დაადგინა, რომ ტრანსგენდერი პირების პიროვნული განვითარების და ფიზიკური და მორალური ხელშეუხებლობის უფლებები გარანტირებულია მე-8 მუხლით (იხ., მრავალ სხვა მნიშვნელოვან გადაწყვეტილებას შორის, ზემოთ დასახელებული: *ვან კუკი (Van Kück)*, § 69; *შლუმფი (Schlumpf)*, § 100 და *Y.Y. თურქეთის წინააღმდეგ (Y.Y. v. Turkey)*, § 58).

94. სასამართლოს შეფასება ამ სფეროში დღემდე უკავშირდებოდა იმ ტრანსგენდერი პირების სქესობრივი იდენტობის სამართლებრივ აღიარებას, ვინც ჩაიტარა სქესის შეცვლის ქირურგიული ოპერაცია (იხ. *რისი გაერთიანებული სამეფოს წინააღმდეგ (Rees v. the United Kingdom)*, 17 ოქტომბერი 1986, სერია A N 106; *ქოსი გაერთიანებული სამეფოს წინააღმდეგ (Cossey v. the United Kingdom)*, 27 სექტემბერი 1990, სერია A N 184; *B. საფრანგეთის წინააღმდეგ (B. v. France)*, 25 მარტი 1992, სერია A N 232-C; *ქრისტინ გუდვინი გაერთიანებული სამეფოს წინააღმდეგ (Christine Goodwin v. the United Kingdom)* [დიდი პალატა], N 28957/95, ECHR 2002-VI; ი. გაერთიანებული სამეფოს წინააღმდეგ (*I. v. the United Kingdom*) [დიდი პალატა], N . 25680/94, 11 ივლისი 2002; გრანტი გაერთიანებული სამეფოს წინააღმდეგ (*Grant v. the United Kingdom*), N 32570/03, ECHR 2006-VII; და *ჰამალაინენი ფინეთის წინააღმდეგ (Hämäläinen v. Finland)* [დიდი პალატა], N 37359/09, ECHR 2014) და ასეთ ოპერაციებზე ხელმისაწვდომობის პირობებს (იხ. ზემოთ დასახელებული *ვან კუკი (Van Kück)*, *შლუმფი (Schlumpf)*, ასევე, *ლ. ლიეტუვას წინააღმდეგ (L. v. Lithuania)*, N 27527/03, ECHR 2007-IV; და ზემოთ დასახელებული *Y.Y. თურქეთის წინააღმდეგ (Y.Y. v. Turkey)*). თუმცა, აღნიშნულიდან არ გამომდინარეობს, რომ ტრანსგენდერი პირების სქესობრივი იდენტობის სამართლებრივი აღიარების საკითხი, რომელთაც არ ჩაუტარებიათ ხელისუფლების მიერ დადასტურებული, სქესის შეცვლისკენ მიმართული მკურნალობა, ან, რომლებსაც არ სურთ ამგვარი მკურნალობის ჩატარება, არ ექცევიან კონვენციის მე-8 მუხლის გამოყენების არეალში.

95. კონვენციის მე-8 მუხლით განმტკიცებული, პირადი ცხოვრების უფლება, სრულად ვრცელდება სქესობრივ თვითმყოფადობაზე, როგორც პიროვნული თვითმყოფადობის კომპონენტზე. ეს ასეა ყველა პირის მიმართ.

96. ამ საქმეში მე-8 მუხლის „პირადი ცხოვრების“ ასპექტი უნდა იქნეს გამოყენებული, მით უფრო, რომ მთავრობა ამას არ შეწინააღმდეგებია.

(ბ) ჩარევის თუ პოზიტიური ვალდებულებების საკითხი

97. მთავრობამ, საქმეებზე: *I. გაერთიანებული სამეფოს წინააღმდეგ (I. v. the United Kingdom)*, *ქრისტინ გუდვინი (Christine Goodwin)*, და *ვან კუკი (Van Kück)* (ყველა დასახელებულია ზემოთ), აღნიშნა, რომ მე-8 მუხლი აწესებს წვერი სახელმწიფოების ვალდებულებას, კანონით აღიარონ ტრანსგენდერი პირების მიერ სქესის შეცვლა; სახელმწიფოების ჰქონდათ დისკრეცია მხოლოდ იმ ვითარებების განსაზღვრასთან დაკავშირებით, რაც უნდა დაეკმაყოფილებინათ ტრანსგენდერ პირებს, მათი სქესის სამართლებრივად აღიარებისთვის, იმ მიზნით, რათა დაემტკიცებინათ, რომ ნამდვილად შეიცვალეს სქესი. აღნიშნულიდან გამომდინარე, მთავრობამ მიუთითა, რომ საჩივარი უნდა განხილულიყო სახელმწიფოს პოზიტიური ვალდებულებების პოზიციიდან.

98. მეორე და მესამე მომჩივანს ამ საკითხზე პირდაპირი კომენტარები არ გაუკეთებიათ.

99. სასამართლო ეთანხმება მთავრობას. როგორც, მაგალითად, საქმეში *შეფილდი და ჰორშამი გაერთიანებული სამეფოს წინააღმდეგ (Sheffield and Horsham v. the United Kingdom)* (30 ივლისი 1998, § 51, გადაწყვეტილებებისა და განჩინებების ანგარიშები 1998-V), მომჩივანთა საჩივრები განხილულ უნდა იქნეს იმ პერსპექტივიდან, მოპასუხე სახელმწიფომ რამდენად მოახერხა შეესრულა

ლებინა თავისი პოზიტიური ვალდებულებები, დაეცვა შესაბამის პირთა პირადი ცხოვრების პატივისცემის უფლება. სასამართლო ასევე ეყრდნობა ზემოთდასახელებულ ჰამალაინენის (*Hämäläinen*), საქმეს, რომელიც, ამ საქმის მსგავსად, შეეხებოდა ტრანსგენდერი პირის გენდერული იდენტობის სამართლებრივი აღიარების შესაბამისობას კონვენციის მე-8 მუხლთან. იმ საქმეში სასამართლომ დაადგინა, რომ უფრო მართებული იქნებოდა მომჩივნის საჩივრის განხილვა სახელმწიფოს პოზიტიური ვალდებულებების პერსპექტივიდან. სხვა სიტყვებით რომ ვთქვათ, არსი საკითხისა, რომელიც უნდა გადაწყდეს, არის ის, თუ მომჩივანთა პირადი ცხოვრების პატივისცემის უფლება რამდენად იწვევს სახელმწიფოს პოზიტიურ ვალდებულებას, მათთვის შეიმუშავოს პროცედურა, რაც მათ საშუალებას მისცემს მათი გენდერული იდენტობა სამართლებრივად იქნეს აღიარებული იმ პირობების შესრულების გარეშე, რის გამოც ისინი ჩივიან (იხ. *mutatis mutandis*, ზემოთდასახელებული ჰამალაინენი (*Hämäläinen*), § 64).

100. სასამართლო აღნიშნავს, რომ ერთი შეხედვით, საფრანგეთი ასრულებს თავის პოზიტიურ ვალდებულებებს, რადგანაც ფრანგული კანონმდებლობა ტრანსგენდერ პირებს შესაძლებლობას უქმნის სამართლებრივად იქნეს აღიარებული მათი იდენტობა მათ სამოქალაქო სტატუსის განმსაზღვრელ დოკუმენტში ცვლილების შეტანით. თუმცა, მომჩივანთა საქმეების განხილვის დროს საფრანგეთის კანონმდებლობით, სამართლებრივი აღიარების პირობად წამოყენებული იყო ის, რომ შესაბამის პირებს, უნდა დაემტკიცებინათ, რომ ისინი დაავადებულნი იყვნენ სქესობრივ იდენტობასთან დაკავშირებული აშლილობით და, რომ მათი გარეგნობის ცვლილება ატარებდა შეუქცევად ხასიათს. ამგვარი მოთხოვნის გამო მეორე და მესამე მომჩივნებს, შესაბამისად, უარი ეთქვათ იმ საფუძვლით, რომ მათ არ შეასრულებს სადავო პირობა. შესაბამისად, მეორე და მესამე მომჩივნებთან მიმართებით გასარკვევი საკითხი არის ის, თუ მათთვის ხსენებული პირობების წაყენებით, საფრანგეთმა რამდენად ვერ შეასრულა მისი პოზიტიური ვალდებულება, დაეცვა მათი პირადი ცხოვრების პატივისცემის უფლება. პირველი მომჩივნის მიმართ კი, უნდა დადგინდეს, რამდენად ვერ დაიცვა საფრანგეთმა თავისი აღნიშნული ვალდებულება, მომჩივნის იდენტობის სამართლებრივი აღიარება დაუკავშირა რა, მის მიერ სამედიცინო ექსპერტიზის ჩატარებას.

101. შესაბამისად, სასამართლო შეამოწმებს, საფრანგეთის ხელისუფლებამ, შეფასების საკუთარი თავისუფლების ფარგლებში, მომჩივანთა სქესობრივი იდენტობის სამართლებრივი აღიარების პირობად აღნიშნული პირობების დანესებით რამდენად დაიცვა სამართლიანი ბალანსი, შესაბამისი პიროვნებების და მთელი საზოგადოების კონკურენტულ ინტერესებს შორის, ეს ის მიზნებია, რომლებსაც კონვენციის მე-8 მუხლის მე-2 პუნქტი კონკრეტულ მნიშვნელობებს ანიჭებს (იხ. მაგ. ზემოთდასახელებული, ჰამალაინენი (*Hämäläinen*), § 65).

2. გარეგნობაში შეუქცევადი ცვლილების დადასტურების მოთხოვნა

(ა) მხარეთა განმარტებები

(i) მეორე და მესამე მომჩივნები

102. ორივე მომჩივანი დავობდა იმის გამო, რომ პირებისთვის წაყენებული მოთხოვნა, ემტკიცებინათ „გარეგნობაში შეუქცევადი ცვლილებები“ იწვევდა მათ სტერილიზაციას.

103. მომჩივნებს არ წარუდგენიათ წერილობითი მოსაზრებები, მათ თავიანთი არგუმენტები ჩამოაყალიბეს საჩივრებში. მათი მოსაზრებით, სასამართლოს პრეცედენტული პრაქტიკიდან ნათელი იყო, რომ გენდერული იდენტობის განსაზღვრის ძირითადი თავისუფლება ასახულია მე-8 მუხლში, იმგვარად, რომ მისი გამოყენება არ უნდა უკავშირდებოდეს ფსიქიატრიული აშლილობის დიაგნოზს ან სამედიცინო თუ ქირურგიულ მკურნალობას; ამ მიდგომას ასევე მხარს უჭერდნენ საპარლამენტო ასამბლეის (დასახელებულია ზემოთ) 1728-ე (2010) რეზოლუციაში. კრიტიკრიუმი, რომე-

ლსაც საკასაციო სასამართლო ეყრდნობოდა, ეწინააღმდეგებოდა ამ მიდგომას, რამდენადაც ის ეფუძნებოდა არა იმ იდეას, რომ გენდერის შეცვლა იყო ძირითადი თავისუფლება, არამედ, იმას, რომ პირები, რომლებიც ცდილობდნენ სამოქალაქო სტატუსის შეცვლას, დაავადებულნი იყვნენ ფსიქიატრიული აშლილობით, რაც გავლენას ახდენდა მათ გენდერულ იდენტობაზე და რა შემთხვევაშიც გამოსავალი შეიძლებოდა ყოფილიყო [სქესის] შეცვლის ქირურგიული ოპერაცია. უფრო მეტიც, ეს მიდგომა გამართლებული არ ყოფილა ირაციონალური შიშით, რომ პირებს შეეძლებოდათ თავიანთი სქესის განმსაზღვრელი მონაცემი თავიანთ სამოქალაქო სტატუსის განმსაზღვრელ დოკუმენტებში უსაფუძვლოდ და ახირების გამო შეეცვალათ, რითაც საფრთხეს შეუქმნიდნენ სამოქალაქო სტატუსის მუდმივობის პრინციპს. ეს იყო მნიშვნელოვანი, პირველ რიგში ნორმათა იერარქიის გამო და მეორე იმიტომ, რომ ეს პრინციპი არ გულისხმობდა იმას, რომ სტატუსის შეცვლა იყო შეუქცევადი, უფრო მეტიც, ასეთი ცვლილება შესაძლებელი იყო, მაგალითად, ოჯახურ სტატუსთან და პირის სახელებთან დაკავშირებით. არ არსებობდა მორალური ღირებულება, რაც ამართლებდა პირებისთვის ძირითად უფლების შეზღუდვას, აერჩიათ თავიანთი გენდერული იდენტობა და გარანტირებული ყოფილიყო ამ იდენტობის ასახვა მათ სამოქალაქო სტატუსის განმსაზღვრელ დოკუმენტში, იმ საფუძველზე, რომ მათ არ გაუვლიათ სქესის შეცვლის შეუქცევადი პროცედურა. ეს გამოიწვევდა იმ პირთა სტერილიზაციას, ვისაც ჰქონდა აღნიშნულის სურვილი, მათი ღირსების, სხეულისა და პირადი ცხოვრების ინტიმური სფეროს უპატივცემულობით.

(ii) მთავრობა

104. თავიანთ წერილობით მოსაზრებებში მთავრობამ აღიარა, რომ როგორც ზემოთდასახელებული, *Y.Y. თურქეთის წინააღმდეგ (Y.Y. v. Turkey)* საქმიდან გამომდინარეობდა, გენდერის შეცვლისთვის აპრიორ მოთხოვნად სამუდამო სტერილიზაციის დაწესება იწვევდა კონვენციის მე-8 მუხლის დარღვევას. თუმცა, ცვლილების შეუქცევადი ბუნება, რაც საკასაციო სასამართლოს 2012 წლის 7 ივნისის გადაწყვეტილებით იყო მოთხოვნილი, „აუცილებლად არ იწვევდა“ სტერილიზაციას და არ აკისრებდა პირებს ჩაეტარებინათ სტერილიზაცია. „სამედიცინო და ქირურგიული მკურნალობა“, რასაც უფრო ადრეული პრეცედენტული პრაქტიკა აწესებდა, „ტრადიციულად გაგებული იყო, როგორც თავდაპირველი გენიტალიების ამოკვეთა და მათი შეცვლა შერჩეული სქესის ხელოვნური გენიტალიებით (ცნობილი, როგორც გენდერის შეცვლის ოპერაცია)“. საკასაციო სასამართლომ ეს მოთხოვნა შეცვალა გარეგნობაში შეუქცევადი ცვლილების დემონსტრირების მოთხოვნით, იმის გათვალისწინებით, რომ მხედველობაში მიიღო სამედიცინო ტექნიკის განვითარება. მიზეზი, რის გამოც მას არ ჩამოუყალიბებია ეს აზრი, იყო ის, რომ ეს სამედიცინო საკითხი უფრო იყო, ვიდრე სამართლებრივი. მთავრობამ აღიარა, რომ სქესის შეცვლის ოპერაცია იწვევდა სტერილურობას, მაგრამ ამტკიცებდა, რომ მეცნიერებს არ ჰქონდათ ერთიანი აზრი ნაყოფიერებაზე ჰორმონული თერაპიის გავლენის შესახებ. თუმცა, ასეთ მკურნალობას ჰქონდა შეუქცევადი გავლენა გარეგნობაზე, ჯანმრთელობის დაცვის ავტორიტეტული ორგანოს განცხადებით, ესტროგენების მიღებით გამოწვეული მკერდის გაზრდისა და სათესლეების ატროფია „[უნდა] ყოფილიყო შეუქცევადი“. მოსამართლის შეფასება, ჰქონდა თუ არა ადგილი იმდენად შეუქცევად გარეგნულ ცვლილებას, რომ პირის სამოქალაქო სტატუსის განმსაზღვრელ დოკუმენტებში შეცვლილიყო გენდერის მითითების შესახებ მონაცემი, ჩამოყალიბებული იყო ამ ყველა სამედიცინო ინფორმაციის ფონზე. მრავალი ბოლოდროინდელი გადაწყვეტილება ადასტურებდა, რომ სასამართლოებმა ასეთი ცვლილების შეტანის ნება დართეს სამედიცინო ცნობების საფუძველზე, რომლებიც მიუთითებდა, რომ შესაბამისმა პირმა ჩაიტარა ქირურგიული ან ჰორმონული მკურნალობა, ისე, რომ არ მოუთხოვიათ სტერილურობის დამტკიცება.

105. მთავრობა იმ ფაქტს ეყრდნობოდა, რომ საჩივარი განხილული უნდა ყოფილიყო პოზიტიური ვალდებულებების კუთხით, რომ „აუცილებელი არ იყო შემონიშნულიყო, რამდენად ჰქონდა ად-

გილი ჩარევას კანონის შესაბამისად“. მომჩივანთა თხოვნაზე უარის თქმა ემსახურებოდა კანონიერ მიზანს, რამდენადაც ის ნაკარნახევი იყო სამოქალაქო სტატუსის ხელშეუვალობის ფრანგული პრინციპით, რომლის მიხედვითაც, დაბადების მოწმობის შეცვლის გადაწყვეტილება არ შეიძლებოდა ყოფილიყო მხოლოდ პირის არჩევანი, მიუხედავად იმისა, რომ ის არჩევანი თავსდებოდა პირადი ცხოვრების პატივისცემის სფეროში. სამოქალაქო სტატუსის განმსაზღვრელი ჩანაწერების სანდოობისა და სისრულის ფრანგული [ნესისა] და სოციალურ და სამართლებრივ საკითხებთან დაკავშირებით სქესობრივი იდენტობის სტრუქტურული როლის გათვალისწინებით, სამოქალაქო სტატუსის განმსაზღვრელ დოკუმენტში სქესის შეცვლა შეიძლებოდა მხოლოდ მაშინ, როდესაც ობიექტურად დადასტურდებოდა გენდერის შეცვლის შეუქცევადობა.

106. უფრო მეტიც, სასამართლომ თავის ზემოთ დასახელებულ გადაწყვეტილებაში *Y.Y. თურქეთის წინააღმდეგ (Y.Y. v. Turkey)*, გაიმეორა, რომ მიუხედავად იმისა, რომ სახელმწიფოს შეფასების თავისუფლების ზღვარი შეზღუდული იყო ინდივიდის არსებობისა თუ იდენტობის განსაკუთრებით მნიშვნელოვან საკითხთან დაკავშირებით, ის უფრო ფართო იყო იქ, სადაც არ არსებობდა კონსენსუსი ნევრ სახელმწიფოებს შორის, ხოლო ევროპული ქვეყნების უმცირესობა არ მოითხოვდა რაიმე ქირურგიულ ოპერაციას ან ჰორმონულ მკურნალობას. მიუთითა რა იმაზე, რომ სასამართლომ იმავე გადაწყვეტილებაში განიხილა საკითხი, რომ თანამედროვე ტენდენცია მიმართული იყო წინასწარი სტერილიზაციისა და გენდერის შეცვლის ქირურგიულ ოპერაციის ჩატარებასთან მიმართებით კანონით დადგენილი კრიტერიუმის შემსუბუქებისკენ, მთავრობამ ხაზი გაუსვა, რომ როგორც ამ საქმეში ფაქტებზე მითითებისას გამოიკვეთა, ეს ტენდენცია ფრანგულ პოზიტიურ სამართალში იმდენად აისახა, რომ ის გენდერზე მითითების შეცვლას აღარ უკავშირებდა გენდერის შეცვლის ქირურგიულ ოპერაციას, არამედ მხოლოდ იმის დამტკიცებას, რომ ჰორმონულმა მკურნალობამ ან ქირურგიულმა ოპერაციამ შეუქცევადი ზემოქმედება იქონია პირის გარეგნობაზე. მთავრობამ აღნიშნულიდან გამომდინარე დაასკვნა, რომ გენდერზე მითითების შეცვლაზე უარი არაპროპორციული არ ყოფილა, რადგან გარეგნობაში ცვლილების შეუქცევადი ბუნება არ დადასტურებულა. ასეთი უარით დამყარდა სამართლიანი ბალანსი სამოქალაქო სტატუსის მუდმივობის პრინციპსა და სამოქალაქო განსაზღვრულობის მოთხოვნებს შორის ერთი მხრივ, და, მეორე მხრივ, ყველა პირის უფლებას შორის, პატივი სცენ მათ პირადი ცხოვრების უფლებას.

107. მესამე მომჩივნის სპეციფიურ საქმეში მთავრობა ამტკიცებდა, რომ მის მოთხოვნას უარი ეთქვა იმ საფუძვლით, რომ იგი მხოლოდ იმას ემყარებოდა, რომ სხვების მიერ იქნა მიჩნეული ქალად, მან ვერ დაამტკიცა გენდერის შეცვლის შეუქცევადობა. მეორე მომჩივანთან მიმართებით, მისი მოთხოვნა უარყოფილ იქნა წარდგენილი სამედიცინო ჩანაწერების არასაკმარისობის საფუძვლით, რამდენადაც საკასაციო სასამართლოს პრეცედენტული პრაქტიკით დადგენილი არცერთი პირობა მის საქმეში დაკმაყოფილებული არ ყოფილა.

108. მთავრობამ საბოლოოდ, 2017 წლის 17 იანვრით დათარიღებული წერილით შეატყობინა სასამართლოს, რომ სამართლებრივი ჩარჩო, რომლითაც რეგულირდებოდა სქესის შეცვლის საკითხები შეიცვალა კანონით ოცდამეერთე საუკუნეში სამართლის მოდერნიზაციის შესახებ, რომელიც ძალაში შევიდა 2016 წლის 18 ნოემბერს (იხ. 68-ე პარაგრაფი ზემოთ). ისინი მიუთითებდნენ, რომ ახალი ნორმებით „მოთხოვნები იმ პირების მიმართ, ვისაც სურდათ სამოქალაქო სტატუსის განმსაზღვრელ დოკუმენტებში სქესის აღმნიშვნელი მონაცემის შეცვლა, შეიცვალა სპეციფიური, გამარტივებული და „ქალადებით დაუტვირთავი“ სამართლებრივი მოწესრიგებით“. ...

მთავრობამ ასევე დააკონკრეტა, რომ „გამოკვეთილად იყო გაცხადებული, რომ სამედიცინო მკურნალობის, ქირურგიული ოპერაციის ან სტერილიზაციის არ ჩატარების ფაქტი არ შეიძლებოდა დასახელებულიყო უარის თქმის საფუძვლად.“

(ბ) მესამე პირის მოსაზრებები**(i) ADF International**

109. ADF International-ის მოსაზრებით, ამ სამმა მოსარჩელემ წამოსწიეს შედარებით ახალი საკითხები იმასთან დაკავშირებით, თუ როგორ მოქმედებდა მე-8 მუხლი, გენდერის შეცვლასთან დაკავშირებულ ეროვნულ სამართალწარმოების პროცესში.

110. მესამე პირმა აღნიშნა, რომ სასამართლოს პრაქტიკა ამ სფეროში ფოკუსირებული იყო აღიარებასთან დაკავშირებული შეზღუდვების კანონიერებაზე, რამდენადაც სასამართლო მუდმივად იმ პოზიციაზეა, რომ სახელმწიფოებმა უნდა შეიმუშავონ აღიარების მექანიზმები. ამან წარმოშვა ცნებებთან დაკავშირებული ფუძემდებლური საკითხები, რომლებსაც ჰქონდა თავისი მიმართებები ეთიკის, ფსიქოლოგიისა და მედიცინის სფეროში და რასთან დაკავშირებითაც სახელმწიფოებს უნდა ჰქონოდათ ფართო დისკრეცია. ის ფორმები, რაგვარადაც სახელმწიფოები ეკიდებოდნენ ტრანსგენდერთა პრობლემებს, იცვლებოდა სახელმწიფოების მიხედვით, თითოეული ეროვნული გარემოსთვის დამახასიათებელი თავისებურებების შესაბამისად, თითოეული სახელმწიფო ამ წესებს შეიმუშავებდა დაპირისპირებულ, საზოგადოებისა და პირად ინტერესებს შორის სამართლიანი ბალანსის დამყარების ფონზე. ეს მიდგომა გამყარებული იყო სახელმწიფოების მნიშვნელოვნად განსხვავებული სამართლებრივი მოსაზრებებით ამ საკითხთან დაკავშირებით.

111. და ბოლოს, ADF International-მა აღნიშნა, რომ არანაირი მნიშვნელობა არ უნდა მინიჭებოდა ჯოჯიაკარტას პრინციპებს ადამიანის უფლებათა საერთაშორისო საერთაშორისო სამართლის გამოყენების შესახებ სექსუალური ორიენტაციის და გენდერული იდენტობის საკითხებში ამ სამი მომჩივნის საქმესთან მიმართებით, რამდენადაც ის პრინციპები გავლენას არ ახდენს აღიარებულ საერთაშორისო სამართალზე და ეწინააღმდეგება იმას, რაც სასამართლოს მიერ იყო მიღებული აღნიშნულთან მიმართებით.

(ii) Amnesty International, ILGA Europe და Transgender Europe (TGEU)

112. მესამე პირმა პირველ რიგში მიუთითა ადამიანის უფლებებისა და ბიომედიცინის შესახებ ოვიდოს კონვენციის მე-5 მუხლზე, რომლის მიხედვითაც, ნებისმიერი ჩარევა ჯანმრთელობის სფეროში შეიძლება განხორციელებულიყო მხოლოდ მაშინ, თუ შესაბამის პირს მიცემული ჰქონდა ნებაყოფლობითი და ინფორმირებული თანხმობა ამაზე. საფრანგეთში ტრანსგენდერ პირებს, ვისაც სურს თავისი გენდერის სამართლებრივად აღიარება, მოეთხოვებათ, ჩაიტარონ რიგი სამედიცინო მკურნალობა. მათი სურვილი კომპრომისს ემორჩილებოდა, რამდენადაც, ისინი ვერ მიაღწევდნენ აღიარებას, თუ არ ჩაიტარებდნენ სადავო მკურნალობას. შედეგად, მათ არჩევანი უნდა გაეკეთებინათ ორ ძირითად, მათი გენდერული იდენტობის აღიარებისა და მათი პიროვნების განვითარების უფლებას შორის. ტრანს საზოგადოება არაერთგვაროვანი იყო. მაშინ, როცა ზოგიერთ ტრანსგენდერს სურდა ჩაეტარებინა გენიტალიების ქირურგიული ოპერაცია ან ჰორმონული თერაპია, სხვებს იგივე არ სურდათ, ან არ შეეძლოთ, მაგალითად, ფასის, ხანდაზმულობის, მძიმე ფიზიკურ მდგომარეობაში ყოფნის, პოსტ-ოპერაციული ჩივილების შიშით, რელიგიური ან პირადი რწმენის, ან მათი შეყვარებულების წინააღმდეგობის გამო, თავიანთი რეპროდუქციული ფუნქციის შენარჩუნების სურვილით, ხელისუფლების მხრიდან წინააღმდეგობის გამო, ან იმიტომ, რომ მათ არ სჭირდებოდათ ქირურგიული ოპერაცია იმისათვის, რომ თავი კომფორტულად ეგრძნოთ თავიანთი გენდერული იდენტობის ქვეშ.

113. უფრო მეტიც, „შეუქცევადობის“ მოთხოვნის საფუძველზე მრავალმა ფრანგულმა სასამართლომ სამოქალაქო სტატუსში ცვლილება დაუქვემდებარა ქირურგიული ჩარევის გზით სტერილიზაციას. მესამე პირმა ხაზი გაუსვა იმას, რომ გენიტალიების ქირურგია უნდა ჩატარებოდათ მხო-

ლოდ იმ პირებს, ვინც ამას ითხოვდა ან, ვინც გასცა ნებაყოფლობითი და ინფორმირებული თანხმობა. მათ ასევე გააკრიტიკეს ის ფაქტი, რომ საფრანგეთში გენდერის აღიარების პროცესი მიდრეკილი იყო იქითკენ, რომ ტრანსგენდერი პირების მდგომარეობა აღქმულიყო როგორც აშლილობა. ფსიქიკურ დაავადებად მიიჩნევდნენ რა ტრანს იდენტობას, ეს ხელს უწყობდა ტრანსგენდერი პირების სტიგმატიზაციას და მათ გარიყვას.

114. ექიმთა აბსოლუტური უმრავლესობა უარყოფდა იმ მოსაზრებას, რომ გარდამავალი პროცესი აუცილებლად და გარდაუვლად უნდა დასრულებულიყო გენიტალიების ქირურგიით. მესამე მხარე სახელდებით ეფუძნებოდა ტრანსგენდერთა ჯანმრთელობის მსოფლიო პროფესიონალთა ასოციაციის მოსაზრებას. საფრანგეთის საკასაციო სასამართლოს პრეცედენტული პრაქტიკით გამყარებული გარეგნობაში შეუქცევადი ცვლილების მოთხოვნა ეფუძნებოდა ირაციონალურ შიშს, რომ პირები ერთ ჯერზე მეტად შეიცვლიდნენ თავიანთ გენდერს; ფაქტობრივად კი, როგორც გამოკვლევებმა აჩვენა, ეს მოსალოდნელი არ უნდა ყოფილიყო.

115. მესამე მხარემ აღნიშნა, რომ იძულებითი სტერილიზაცია და იძულებითი სამედიცინო მკურნალობა კარდინალურად იჭრებოდა ფიზიკური ხელშეუხებლობისა და რეპროდუქციულ უფლებებში და, როგორც ასეთი, შეუთავსებელი იყო კონვენციის მე-3 მუხლით დადგენილ არაადამიანური და დამამცირებელი მოპყრობის აკრძალვასთან. ისინი ასევე არღვევდნენ კონვენციის მე-8 მუხლს, რამდენადაც სახელმწიფოებს ჰქონდათ მხოლოდ ძალიან შეზღუდული თავისუფლება, როდესაც შესაფერსებელი იყო პირთა ინტიმური იდენტობის საკითხი.

(c) სასამართლოს შეფასება

(i) შესავალი

116. პირველი საკითხი, რაც ამ საქმესთან მიმართებით წარმოიშობა, არის ის, თუ ტრანსგენდერი პირებისთვის მათი სქესობრივი იდენტობის აღიარების პირობად იმის დავალდებულებით, რომ მათ უნდა ემტკიცებინათ „მათი გარეგნობის შეუქცევადი ცვლილების ფაქტი“, საფრანგეთის პოზიტიური სამართალი, რომელიც მოქმედებდა იმ დროისათვის, როდესაც აღნიშნულ საქმეები განიხილებოდა, ასეთ აღიარებისთვის აუცილებელ პირობად რამდენად აწესებდა ისეთ ქირურგიულ ჩარევას, ან მკურნალობას, რაც იწვევდა სტერილიზაციას.

117. სასამართლო პირველ რიგში ყურადღებას გაამახვილებს გამოყენებულ ტერმინთა ბუნდოვანებაზე. „გარეგნობაზე“ მითითება მიანიშნებს ზედაპირულ ცვლილებებზე, მაშინ, როდესაც შეუქცევადობის მნიშვნელობა ასახავს რადიკალურ ტრანსფორმაციას, რომელიც ტრანსგენდერი პირების სამართლებრივი იდენტობის ცვლილებასთან მიმართებით, დღის წესრიგში აყენებს სტერილობის საკითხს. სასამართლო ამ ბუნდოვანებას პრობლემურად მიიჩნევს, რამდენადაც აქ სასწორზე დგება პირთა ფიზიკური ხელშეუხებლობის საკითხი.

118. სასამართლო აღნიშნავს, რომ მთავრობა დაეყრდნო (თუმცა, არ წარუდგენია) ეროვნული [სასამართლოების] გადაწყვეტილებებს, რომ პირველი ინსტანციის რამდენიმე სასამართლომ დაადასტურა ტრანსგენდერი პირების სამოქალაქო სტატუსის ცვლილება მათთვის სტერილობის დადასტურების მოთხოვნის გარეშე. თუმცა, ის აღნიშნავს, რომ ერთ-ერთი მომჩივანი ეყრდნობოდა იმავე პერიოდში მიღებულ გადაწყვეტილებებს (წარადგინა ორი მათგანი), რომლებიც მიუთითებდა, რომ ამგვარი მტკიცებულება რამდენიმე სასამართლომ მოითხოვა.

119. სასამართლო ასევე აღნიშნავს, რომ მის 2013 წლის 27 ივნისის მოსაზრებაში CNCDH-მა ხაზი გაუსვა იმას, რომ „მიუხედავად იმისა, რომ ქირურგიული ჩარევა არ წარმოადგენდა აუცილებელ მოთხოვნას, კანონმდებლობა ითხოვდა შეუქცევად სამედიცინო მკურნალობას, რაც, სხვათაგან ერთად, იწვევდა სტერილიზაციას“ და, რომ ეს ვითარება შესაბამის პირებს აიძულებდა, ჩაეტარებინათ სამედიცინო მკურნალობა ძალიან შორს მიმავალი შედეგებით, რაც იწვევდა სტერილუ-

რობის იძულებას. CNCDH-მა ხაზი გაუსვა, რომ „ეს პირობა აუცილებლად არ ავალდებულებდა გენდერის შეცვლის ქირურგიული ოპერაციის ჩატარებას, არამედ, შეიძლებოდა, ასევე მიღწეულიყო ჰორმონული მკურნალობის გზით, რასაც ჯანმრთელობის დაცვის ავტორიტეტული ორგანოს მოსაზრებით, შეიძლებოდა, გამოენვია შეუქცევადი მეტაბოლური ცვლილებები, თუ ის ხანგრძლივი იქნებოდა“ (იხ. 63-ე პარაგრაფი ზემოთ). ეს მოსაზრება გაზიარებული იყო გენდერული იდენტობის დაცვის შესახებ კანონპროექტის (N 216) ავტორთა მიერ, რაც სენატის მიერ რეგისტრირებული იყო 2013 წლის 11 დეკემბერს, რომლის დასაბუთებაში მითითებულია, რომ მიუხედავად იმისა, რომ მოქმედი პოზიტიური სამართალი „არ მოითხოვდა ქირურგიულ ოპერაციას, ის მოითხოვდა შეუქცევად სამედიცინო მკურნალობას, რაც გამოიწვევდა სტერილიზაციას“ (იხ. 66-ე პარაგრაფი ზემოთ). ასოციაციები, რომლებიც ჩართული იყვნენ ტრანსგენდერი პირების დაცვის საკითხებში, როგორც ბიკაა: ტრანსგენდერი ევროპა (იხ. 71-ე პარაგრაფი ზემოთ) და ტრანსგენდერთა ეროვნული ასოციაცია (იხ. 67-ე პარაგრაფი ზემოთ), ანალოგიურად აღნიშნავენ, რომ საფრანგეთის პოზიტიური სამართალი დადგენილი ერთ-ერთი პირობა, რაც მოქმედებდა ამ საქმის განხილვის დროს, იყო სტერილიზაცია.

120. აღნიშნულიდან გამომდინარე სასამართლო ასევე მიუთითებს, რომ მომჩივანთა საქმეების განხილვის დროისთვის საფრანგეთის პოზიტიურმა სამართალმა ტრანსგენდერი პირების სქესობრივი იდენტობის აღიარების პირობად დაანება სტერილიზაციის ოპერაციის ან იმგვარი მკურნალობის ჩატარება, რაც მისი ხასიათისა და ინტენსივობის გათვალისწინებით, ძალიან დიდი ალბათობით გამოიწვევდა სტერილიზაციას.

(ii) შეფასების თავისუფლება

121. თავიანთი პოზიტიური ვალდებულებების განხორციელებისას მე-8 მუხლის ფარგლებში, სახელმწიფოები სარგებლობენ შეფასების გარკვეული თავისუფლებით. ამ თავისუფლების ზღვარის შესაფასებლად მთელი რიგი საკითხები უნდა იქნეს მხედველობაში მიღებული. აქედან გამომდინარე, არ არსებობს კონსენსუსი ევროსაბჭოს წევრ სახელმწიფოებს შორის არც კონკურენტული ინტერესების მნიშვნელობის ხარისხთან და, არც მათი დაცვის საუკეთესო გზებთან დაკავშირებით, კერძოდ, როდესაც, საქმესთან დაკავშირებით წამოიჭრება მგრძობიარე მორალური თუ ეთიკური საკითხები, ხსენებული ზღვარი ფართოვდება. ასევე ყოველთვის ფართოა ზღვარი, როდესაც სახელმწიფოს მოეთხოვება, დაიცვას ბალანსი კონკურენტულ კერძო და საზოგადო ინტერესებს შორის კონვენციურ უფლებებთან მიმართებით. მიუხედავად ამისა, როდესაც შესაფასებელია პიროვნების არსებობის ან თვითმყოფადობის განსაკუთრებულად მნიშვნელოვანი ასპექტი, სახელმწიფოსთვის მინიჭებული თავისუფლების ზღვარი ვიწროვდება (იხ. კერძოდ, ზემოთ დასახელებული ჰამალაინენი (*Hämäläinen*), § 67 და იქ არსებული მითითებები).

122. მოცემულ საქმესთან დაკავშირებით სასამართლო აღნიშნავს, რომ, სტერილიზაციის მოთხოვნებთან დაკავშირებით სახელმწიფოები გაყოფილი არიან (იხ. 71-ე პარაგრაფი ზემოთ), შესაბამისად, არ არსებობს კონსენსუსი საკითხთან მიმართებით. ასევე, აღნიშნავს, რომ შესაფასებელია საჯარო ინტერესები, მთავრობის მიერ სამოქალაქო სტატუსის მუდმივობის უზრუნველყოფისა და სამოქალაქო სტატუსის განმსაზღვრელი ჩანაწერების სანდოობის და სისრულის გარანტირება. ეს საქმე ასევე წამოჭრის მგრძობიარე მორალურ და ეთიკურ საკითხებს.

123. სასამართლო ასევე აღნიშნავს, რომ პირის ინტიმური იდენტობის ძირითადი ასპექტი, შეიძლება ითქვას სასიცოცხლოც, ამ მომჩივნებისთვის ცენტრალური საკითხია. პირველ რიგში იმიტომ, რომ სტერილიზაციის საკითხი უპირველესად პირის ფიზიკურ ხელშეუხებლობას უკავშირდება და, მეორე, იმიტომ, რომ საჩივრები შეეხება პიროვნებების გენდერულ იდენტობას. ამასთან დაკავშირებით, სასამართლომ წინათ ხაზი გაუსვა იმ გარემოებას, რომ „პირადი ავტონომიის ცნება არის მნიშვნელოვანი პრინციპი, რომელიც წარმოადგენს კონვენციის მე-8 მუხლით განსაზღვრული

გარანტიების განმარტების საფუძველს.“ (იხ. ზემოთდასახელებული: ფრიტი (*Pretty*), § 61; ვან კუკი (*Van Kück*), § 69; და შლუმფი (*Schlumpf*), § 100). ეს მიდგომები სასამართლოს უბიძგებს, დაასკვნას, რომ სახელმწიფოს, ამ საქმესთან მიმართებით, ჰქონდა შეფასების მხოლოდ შეზღუდული თავისუფლება.

124. უფრო მეტიც, სასამართლო აღნიშნავს, რომ სადავო პირობა იყო თერთმეტი ქვეყნის, მათ შორის, საფრანგეთის, პოზიტიური კანონმდებლობის ნაწილი 2009 წლიდან 2016 წლამდე და მსგავსი რეფორმების განხორციელება განიხილება სხვა ხელშემკვრელ სახელმწიფოებშიც. ეს მიუთითებს იმაზე, რომ ევროპაში ხსენებულ წლებში შეინიშნება ამ პირობის გაუქმების ტენდენცია, რაც ნაკარნახევია ტრანსგენდერიზმის მიმართ დამოკიდებულების შეცვლით.

125. სასამართლო ასევე აღნიშნავს, რომ არაერთმა ევროპულმა და საერთაშორისო აქტორმა, რომლებიც ჩართულნი არიან ადამიანის უფლებების პროპაგანდისა და დაცვის საქმეში, შეიმუშავეს ძალიან ნათელი პოზიცია იმის სასარგებლოდ, რომ გაუქმებულიყო სტერილიზაციის კრიტერიუმი, რამდენადაც ის მათ მიერ მიჩნეულ იქნა ძირითადი უფლებების შემლახველად. მათ შორისაა ევროსაბჭოს ადამიანის უფლებათა კომისარი, ევროსაბჭოს საპარლამენტო ასამბლეა, გაეროს სპეციალური მომხსენებელი წამებისა და სხვა სასტიკი, არაადამიანური ან დამამცირებელი მოპყრობის ან დასჯის შესახებ, ჯანდაცვის მსოფლიო ორგანიზაცია, გაეროს ბავშვთა ფონდი, გაეროს ადამიანის უფლებების უმაღლესი კომისარი, გაეროს ქალები, გაეროს განვითარების პროგრამა და გაეროს მოსახლეობის ფონდი (იხ. 73-81-ე პარაგრაფები ზემოთ). [ევროსასამართლო] აღნიშნავს, რომ მათი ბევრი განცხადება გაკეთდა უფრო ადრე ან დაახლოებით იმავე დროს, როდესაც მეორე და მესამე მომჩივანთა საქმეები განიხილებოდა საკასაციო სასამართლოში.

(iii) რამდენად იქნა დაცული სამართლიანი ბალანსი მომჩივნისა და საზოგადო ინტერესებს შორის

126. სასამართლო აღნიშნავს, რომ მომჩივანთა მსგავს სიტუაციაში მყოფ პირებს, ვისაც სურთ თავიანთი იდენტობის აღიარება, არ აქვთ არჩევანი, გარდა იმისა, რომ ჩაიტარონ რთული სამედიცინო მკურნალობა ან ქირურგიული ოპერაცია, რაც საფრანგეთის პოზიტიური სამართლით, რომელიც ამ საქმესთან დაკავშირებული საქმეების დროს მოქმედებდა, შედეგად იწვევდა გარეგნობის შეუქცევად ცვლილებას. როგორც სასამართლომ წინათაც აღნიშნა, ეს ყველა შემთხვევაში ნიშნავდა იმას, რომ ისინი უნდა გამხდარიყვნენ სტერილურები. თუმცა, ყველა ტრანსგენდერ პირს არ სურს, ან არ შეუძლია, ჩაიტაროს მკურნალობა ან ოპერაცია, რაც გამოიწვევს ასეთ შედეგებს. სასამართლო აღნიშნავს, რომ თავის 2013 წლის 27 ივნისის მოსაზრებაში CNCDH-მა ხაზი გაუსვა იმას, რომ ის პირები, რომელთაც არ სურდათ ასეთი მკურნალობა ან ქირურგიული ჩარევა, მაინც დაეთანხმნენ ამ შემზღუდველ წესს იმ იმედით, რომ მიაღწევდნენ სასურველ შედეგს მათ სამოქალაქო სტატუსთან მიმართებით (იხ. 65-ე პარაგრაფი ზემოთ).

127. სამედიცინო მკურნალობა და ამ სახის ოპერაციები შეეხება პირის ფიზიკურ ხელშეუხებლობას, რაც დაცულია კონვენციის მე-3 მუხლით (მიუხედავად იმისა, რომ ამ მუხლს არ ეყრდნობიან მეორე და მესამე მომჩივნები) და მე-8 მუხლით.

128. სხვადასხვა კონტექსტში სასამართლომ დაადგინა ამ მუხლების დარღვევა საქმეებზე, რომლებიც შეეხებოდა ფსიქიკურად ჯანმრთელი სრულწლოვანი პირების სტერილიზაციას, რომელთაც არ ჰქონდათ გაცხადებული ინფორმირებული თანხმობა. კერძოდ, [ევროსასამართლომ] დაადგინა, რომ სტერილიზაცია შეეხება სხეულის ძირითად ფუნქციას, ის გავლენას ახდენს პირის თავისუფალი განვითარების უფლების მრავალ ასპექტზე, მათ შორის, მათ ფიზიკურ და ფსიქიკურ კეთილდღეობაზე და მათ ემოციურ და სულიერ და ოჯახურ ცხოვრებაზე. [ევროსასამართლომ] ხაზი გაუსვა, რომ, მართალია, ის შეიძლება მართლზომიერად განხორციელდეს, შესაბამისი პირის თხოვნით, მაგალითად, როგორც კონტრაცეპციის საშუალება, ან თერაპიული მიზნებისთვის, რო-

დესაც სამედიცინო საჭიროების საკითხი დამაჯერებლად არის გამოკვეთილი, თუმცა სხვა სიტუაციაა, როდესაც ეს ეხება ფსიქიკურად ჯანმრთელ სრულწლოვან პაციენტს, მისი თანხმობის გარეშე. სასამართლოს მოსაზრებით, ასეთი ქმედება შეუთავსებელია ადამიანის თავისუფლებისა და ღირსების პატივისცემასთან, რაც წარმოადგენს კონვენციის ფუძემდებლურ პრინციპებს (იხ. *სუარეს დე მელი პორტუგალიის წინააღმდეგ (Soares de Melo v. Portugal)*, N 72850/14, §§ 109-11, 16 თებერვალი 2016, და *G.B. და R.B. მოლდოვას რესპუბლიკის წინააღმდეგ (G.B. and R.B. v. the Republic of Moldova)*, N 16761/09, §§ 29-30 და 32, 18 დეკემბერი 2012).

129. უფრო ფართო გაგებით, სასამართლომ დაადგინა, რომ სამედიცინო დახმარების სფეროში, თუნდაც მაშინ, როცა უარმა რაიმე მკურნალობაზე შეიძლება გამოიწვიოს ფატალური შედეგი, სამედიცინო მკურნალობის დანიშვნა ფსიქიკურად ჯანმრთელი პაციენტის თანხმობის გარეშე, გამოიწვევდა ჩარევას მის ფიზიკურ ხელშეუხებლობის უფლებაში (იხ. *V.C. სლოვაკეთის წინააღმდეგ (V.C. v. Slovakia)*, N 18968/07, § 105, ECHR 2011 და მასში დასახელებული საქმეები: ზემოთდასახელებული ფრითი (*Pretty*), §§ 63 და 65; გლასი გაერთიანებული სამეფოს წინააღმდეგ (*Glass v. the United Kingdom*), N 61827/00, §§ 82-83, ECHR 2004-II; და იეჰოვას მოწმეები მოსკოვში რუსეთის წინააღმდეგ (*Jehovah's Witnesses of Moscow v. Russia*), N 302/02, § 135, 10 ივნისი 2010; იხ. ასევე, ზემოთდასახელებული *სუარეს დე მელი (Soares de Melo)*, § 109).

130. როდესაც სამედიცინო მომსახურებაზე უარი აფერხებს შესაბამისი პირის გენდერული იდენტობის და პიროვნული განვითარების უფლების სრულად განხორციელებას, რაც, როგორც ზემოთაღნიშნა, არის პირადი ცხოვრების პატივისცემის უფლების ფუძემდებლური ასპექტი, არ შეიძლება ჩაითვალოს რომ სამედიცინო მომსახურება გაცნობიერებული თანხმობის საფუძველზე ტარდება (იხ. ზემოთ დასახელებული *ვან კუკი (Van Kück)*, § 75).

131. ტრანსგენდერი პირების გენდერული იდენტობის აღიარების პირობად სტერილიზაციის ქირურგიული ოპერაციის ჩატარების ან მკურნალობის დაწესება, რასაც, მაღალი ალბათობით, შედეგად მოჰყვება სტერილიზაცია, რისი სურვილიც მათ არ აქვთ, შესაბამისად, იწვევს კონვენციის მე-8 მუხლით დაცული მათი პირადი ცხოვრების პატივისცემის უფლების ისეთ განხორციელებას, რაც გამორიცხავს ამ მუხლით დაცულ ფიზიკური ხელშეუხებლობის უფლებას, რაც დაცულია იმავე მუხლითა და ასევე კონვენციის მე-3 მუხლით.

132. სასამართლოსთვის სრულიად მისაღებია, რომ სამოქალაქო სტატუსის ხელშეუვალობის პრინციპის დაცვა, რაც უზრუნველყოფს სამოქალაქო სტატუსის განმსაზღვრელი ჩანაწერების სანდოობასა და სისრულეს, წარმოადგენს საერთო ინტერესის საგანს. თუმცა, ასევე აღნიშნავს, რომ საერთო ინტერესის ამ განმარტების საფუძველზე, ფრანგული პოზიტიური სამართალი, რა ფორმითაც ის მოქმედებდა იმ პერიოდისათვის, ტრანსგენდერ პირებს, რომელთაც არ სურდათ გენდერის სრულად შეცვლა, აყენებდა გადაუჭრელი დილემის წინაშე. მათ, თავიანთი სურვილის სანაწინააღმდეგოდ, ან უნდა ჩაეტარებინათ სტერილიზაციის ქირურგიული ოპერაცია ან მკურნალობა, რომელიც მაღალი ალბათობით გამოიწვევდა სტერილიზაციას, რითაც გამორიცხებოდა მათი ფიზიკური ხელშეუხებლობის პატივისცემის უფლება, რაც შეადგენს კონვენციის მე-8 მუხლით დაცულ, პირადი ცხოვრების პატივისცემის უფლების ნაწილს; ან მათ უარი უნდა ეთქვათ გენდერული იდენტობის აღიარებაზე და შესაბამისად იმავე უფლების სრულად განხორციელებაზე. სასამართლოს მოსაზრებით, აღნიშნული იწვევდა სამართლიანი ბალანსის დარღვევას საერთო ინტერესსა და შესაბამისი პირების ინტერესებს შორის, რისი დაცვის უზრუნველყოფაც ხელშემკვრელ მხარეებს მოეთხოვებათ.

133. სასამართლო ამასთან დაკავშირებით იმეორებს იმას, რაც დაადგინა ზემოთ დასახელებულ საქმეში *Y.Y. თურქეთის წინააღმდეგ (Y.Y. v. Turkey)*, § 119, რომ მომჩივნის (ტრანსგენდერი პირის, რომლის თხოვნა, ჩატარებოდა გენდერის შეცვლის ქირურგიული ოპერაცია, არ დაკმაყოფილდა იმ საფუძველზე, რომ მან ვერ დაადასტურა, რომ სამუდამოდ წართმეული ჰქონდა განაყოფიერების შესაძლებლობა) ფიზიკური ხელშეუხებლობის სათანადო პატივისცემა გამორიცხავდა

რაიმე ვალდებულების დაკისრებას, ჩაეტარებინა მკურნალობა, რაც შედეგად გამოიწვევდა სამუდამო უნაყოფობას. [ევროსასამართლო] ასევე აღნიშნავს, რომ ზემოთ დასახელებულ საქმეში სუარეს დე მელიო (*Soares de Melo*), (§ 111) დაადგინა დარღვევა მომჩივანთან მიმართებით, რომელსაც მოეთხოვა ჩაეტარებინა სტერილიზაციის ქირურგიული ოპერაცია, იმისათვის, რომ განეხორციელებინა მშობლის უფლება, რომელიც დაცულია იგივე ნორმით.

134. სასამართლო აღნიშნავს, რომ, რაც მთავარია, 2016 წლის 12 ოქტომბერს, ფრანგულმა საკანონმდებლო ორგანომ სტერილიზაცია გამორიცხა იმ პირობათა რიცხვიდან, რაც ტრანსგენდერმა პირებმა უნდა დააკმაყოფილონ იმისთვის, რომ აღიარებულ იქნეს მათი იდენტობა. სამოქალაქო კოდექსის განახლებული 61-6 მუხლი აწესებს, რომ „გარემოება, რომ მომჩივანს არ ჩაუტარებია სამედიცინო მკურნალობა, ქირურგიული ოპერაცია ან სტერილიზაცია, არ წარმოადგენს [სამოქალაქო სტატუსის განმსაზღვრელ დოკუმენტში სქესის აღმნიშვნელი მონაცემის შეცვლის შესახებ] მოთხოვნის დაკმაყოფილებაზე უარის საფუძველს“ (იხ. 68-ე პარაგრაფი ზემოთ).

135. შესაბამისად, მეორე და მესამე მომჩივნის მოთხოვნაზე, სამოქალაქო სტატუსში ცვლილების შეტანაზე უარის თქმით, იმ საფუძველით, რომ მათ ვერ დაამტკიცეს მათი გარეგნობის ცვლილების შეუქცევადი ხასიათი, ანუ, ვერ აჩვენეს, რომ მათ ჩაიტარეს სტერილიზაციის ქირურგიული ოპერაცია ან სამედიცინო მკურნალობა, რომელიც ძალიან დიდი ალბათობით გამოიწვევდა სტერილიზაციას, მიანიშნებს მოპასუხე სახელმწიფოს მიერ მისი პოზიტიური ვალდებულებების ვერ შესრულებაზე, დაეცვა კერძო პირების პირადი ცხოვრების უფლება. შესაბამისად, ადგილი ჰქონდა კონვენციის მე-8 მუხლის დარღვევას, ამ მომჩივნებთან მიმართებით.

3. მოთხოვნა პირების მიმართ, რომ დაემტკიცებინათ სქესობრივ იდენტობასთან დაკავშირებული აშლილობის არსებობა (საჩივარი N 52471/13)

(ა) მხარეთა განმარტებები

136. მეორე მომჩივანმა მიუთითა, რომ ტრანსგენდერი პირების სამართლებრივი აღიარების დაქვემდებარება იმის მტკიცებაზე, რომ „ისინი ნამდვილად განიცდიდნენ გენდერულ აშლილობას“, იწვევდა მათთვის იმ დამლის დასმას, რომ ისინი წარმოადგენდნენ ფსიქიკურად დაავადებულებს და შესაბამისად, ლახავდა მათ ღირსებას.

137. მთავრობამ განმარტა, რომ გენდერული აშლილობის წინასწარი დიაგნოზის არსებობა მრავალი ქვეყნის მოთხოვნას წარმოადგენდა. თავის 2009 წლის ანგარიშში ჯანმრთელობის დაცვის ავტორიტეტულმა ორგანომ ხაზი გაუსვა იმას, რომ ტრანსგენდერი პირის მორფოლოგიაში ცვლილების შეტანის სამედიცინო პროცედურაში გენდერული დისფორიის დიაგნოზი დიფერენცირებული დიაგნოზის მიზნებისთვის მოითხოვებოდა, იმისათვის, რომ ჰორმონალური მკურნალობის ან ქირურგიული ჩარევის წინ ექიმები დარწმუნებულები ყოფილიყვნენ, რომ პაციენტის ჩივილი არ ყოფილა წარმოშობილი სხვა მიზეზებისგან, როგორც არის ფსიქიკური დაავადება.

(ბ) სასამართლოს შეფასება

138. სასამართლო ყურადღებას მიაქცევს იმ გარემოებას, რომ მეორე მომჩივანი ასახავდა არასამთავრობო ორგანიზაციების, რომლებიც მუშაობენ ტრანსგენდერი პირების უფლებების დასაცავად, პოზიციას, რომ ტრანსგენდერიზმი არ არის დაავადება და სქესობრივი თვითმყოფადობის განხილვა ფსიქოლოგიური აშლილობის პერსპექტივიდან იწვევს ტრანსგენდერი პირების კიდევ უფრო მეტად სტიგმატიზაციას. იგივე პოზიცია აქვს CNCDH-ს, რომელმაც თავის 2013 წლის 27 ივნისის მოსაზრებაში (იხ. 63-65-ე პარაგრაფები ქვემოთ) ხაზი გაუსვა შემდეგს:

„სამართლებრივი კონტექსტიდან, მოთხოვნა, რომ შემონმდეს „გენდერული დისფორიის“ არსებობა, პრობლემურია, რამდენადაც სიტყვა-სიტყვითი მნიშვნელობა აძლიერებს ტრანსგენდერული იდენტობის მიჩნევას დაავადებად, მიუხედავად იმისა, რომ გენდერული იდენტობის აშლილობა ამოღებულ იქნა ფსიქიატრიულ დიაგნოზთა სიიდან [2010 წლის 8 თებერვლის 2010-125 დეკრეტით].“

CNCDH-მა ასევე აღნიშნა:

„ტრანსგენდერი პირებისთვის მოთხოვნა, ეჩვენებინათ, რომ დაავადებულნი არიან გენდერული დისფორიით, რაც წარმოადგენს დიფერენცირებული დიაგნოზით მათ მიერ სამედიცინო პროცედურების ჩატარების საფუძველს, სამართლებრივ კონტექსტში მოწმობს ამ პირების სტიგმატიზაციასა და ტრანსგენდერული იდენტობის აღქმასთან დაკავშირებულ ნაკლოვანებებს.“

ის შესაბამისად, რეკომენდაციას იძლეოდა, რომ ეს მოთხოვნა აღარ ყოფილიყო სამოქალაქო სტატუსის განმსაზღვრელ დოკუმენტებში ცვლილების შეტანის პროცედურის ნაწილი.

139. ამასთან, სასამართლო აღნიშნავს, რომ ორმოცი ხელშემკვრელი სახელმწიფოს აბსოლუტურ უმრავლესობაში, სადაც დაშვებულია ტრანსგენდერი პირების სქესის აღიარება, აუცილებელი წინაპირობაა ფსიქიატრიული დიაგნოზის შედეგების წარდგენა; მხოლოდ ოთხს აქვს მიღებული ისეთი კანონმდებლობა, რომელიც შესაბამის პროცედურის საფუძველად არ მიიჩნევს ასეთ დიაგნოზს (იხ. 72-ე პარაგრაფი ზემოთ). შესაბამისად, ამ საკითხზე ამჯერად არ არსებობს ერთიანი აზრი. სასამართლო ასევე აღნიშნავს, რომ ჯანდაცვის მსოფლიო ორგანიზაციის დაავადებათა საერთაშორისო ჩამონათვალში „ტრანსსექსუალიზმს“ დათმობილი აქვს V თავი (ICD-10, no. F64.0), სახელწოდებით „ფსიქიკური და ქცევითი აშლილობები“, კატეგორიის ქვეშ „მოზრდილთა პიროვნული და ქცევითი აშლილობები“, ქვეკატეგორიაში „სქესობრივ იდენტობასთან დაკავშირებული აშლილობები“. ამასთან, სტერილიზაციის პირობისგან განსხვავებით, წინასწარი ფსიქიატრიული დიაგნოზის მოპოვება პირდაპირ გავლენას არ ახდენს პირთა ფიზიკურ ხელშეუხებლობაზე. დაბოლოს, რამდენადაც ევროსაბჭოს ადამიანის უფლებათა კომისარმა ხაზი გაუსვა იმას, რომ ფსიქიატრიული დიაგნოზის მოპოვების მოთხოვნამ შეიძლება ხელი შეუშალოს პირების ძირითადი უფლებების გამოყენებას, განსაკუთრებით, როდესაც ის იმისთვის არის შექმნილი, რომ შეზღუდოს მათი უფლებაუნარიანობა ან დააკისროს სამედიცინო მკურნალობის ჩატარება, ევროპის და საერთაშორისო ადამიანის უფლებების დამცველი ორგანიზაციების პოზიცია ამასთან დაკავშირებით ნაკლებად გამოკვეთილია, ვიდრე სტერილიზაციასთან მიმართებით.

140. აღნიშნულიდან გამომდინარე, სასამართლო ასკვნის, რომ ხელშემკვრელი სახელმწიფოები ინარჩუნებენ ფართო დისკრეციას ტრანსგენდერი პირების იდენტობის მნიშვნელოვანი ასპექტის შეფასებისას მათი გენდერული იდენტობის კონტექსტში (იხ. 123-ე პარაგრაფი ზემოთ).

141. სასამართლომ ასევე აღნიშნა, რომ მთავრობა დაეყრდნო ჯანმრთელობის მაღალი ორგანოს შენიშვნებს იმ შედეგებთან დაკავშირებით, რომ გენდერული დისფორიის დიაგნოზის დასმისთვის დიფერენცირებული დიაგნოზი მოითხოვება, ამიტომ ექიმები, ჰორმონული მკურნალობის დაწინაურებამდე და ქირურგიული ოპერაციის ჩატარებამდე, დარწმუნებულები უნდა იყვნენ, რომ პაციენტის ჩივილი არ გამომდინარეობს სხვა მიზეზებისგან. რამდენადაც, მთავრობა, შესაბამისად, ცდილობდა იმის დამტკიცებას, რომ წინასწარი ფსიქიატრიული დიაგნოზი არის საშუალება იმის უზრუნველსაყოფად, რომ პირებს, ვინც არ არიან ნამდვილად ტრანსგენდერები, არ მოუხდეთ სქესის შეუქცევადი ცვლილებისკენ მიმართული სამედიცინო მკურნალობის ჩატარება, მათი არგუმენტი არ არის ბოლომდე დამაჯერებელი იმ პირებთან მიმართებით, ვინც, მეორე და მესამე მომჩი-

ვნების მსგავსად, უარს ამბობენ იმგვარი მკურნალობის ჩატარებაზე, რაც ინვესს შეუქცევად სტერილიზაციას. თუმცა, სასამართლო ამას მიიჩნევს ამ პირთა ინტერესების დაცვისკენ მიმართულ ზომად, რომ ამ პირებმა არაგონივრულად არ წამოიწყონ მათი სქესის შეცვლის სამართლებრივი პროცედურა.

142. ამასთან დაკავშირებით, მეორე და მესამე მომჩივანთა ინტერესები გარკვეულწილად უპირატესია იმ საერთო ინტერესთან მიმართებით, რაც გულისხმობს სამოქალაქო სტატუსის ხელშეუვალობის პრინციპის დაცვას, სამოქალაქო სტატუსის განმსაზღვრელი ჩანაწერების საიმედოობას და თანმიმდევრულობას და სამართლებრივ განსაზღვრულობას, იმის გათვალისწინებით, რომ ეს მოთხოვნა თავის მხრივ ხელს უწყობს სტაბილურობას გენდერთან დაკავშირებულ ცვლილებებთან მიმართებით სამოქალაქო სტატუსის განმსაზღვრელ დოკუმენტებში.

143. შედეგად, და განსაკუთრებით შეფასების ფართო თავისუფლების გათვალისწინებით, რომლითაც ისინი სარგებლობდნენ, სასამართლო მიიჩნევს, რომ საფრანგეთის ხელისუფლებამ მეორე მომჩივნისთვის უარის თქმით შეცვლილი მის დაბადების მოწმობაში სქესის მითითების შესახებ ჩანაწერი, იმ საფუძველზე, რომ მან ვერ დაასაბუთა, ნამდვილად იყო, თუ არა დაავადებული სქესობრივ იდენტობასთან დაკავშირებული აშლილობით, დაიცვა სამართლიანი ბალანსი კონკურენტულ ინტერესებს შორის.

144. სხვა სიტყვებით, აღნიშნული საფუძველებით მეორე მომჩივნისთვის უარის თქმით, არ მუდღავნდება საფრანგეთის მიერ თავისი პოზიტიური ვალდებულებების შეუსრულებლობა მისი პირადი ცხოვრების დაცვის უზრუნველყოფასთან მიმართებით. შესაბამისად, ადგილი არ ჰქონია მე-8 მუხლის დარღვევას მეორე მომჩივანთან მიმართებით.

4. სამედიცინო ექსპერტიზის ჩატარების ვალდებულება (საჩივარი N 79885/12)

(i) მომჩივანი

145. პირველი მომჩივანი, რომელიც ამტკიცებდა, რომ ეს საჩივარი უნდა განხილულიყო ნეგატიური ვალდებულებების კონტექსტში, რამდენადაც ტრანსგენდერული ექსპერტიზის ჩატარების ვალდებულება წარმოადგენდა ჩარევას მის ინტიმურ სფეროში, აღნიშნავდა, რომ სადავო ჩარევა არ იყო კანონით გათვალისწინებული. მან ამასთან დაკავშირებით აღნიშნა, რომ არ არსებობს რაიმე სპეციალური ნორმა, რომელიც ამართლებდა ექსპერტიზის დანიშვნას, რომ დადასტურდეს ტრანსგენდერი პირის გარეგნობის ცვლილება და მისი შეუქცევადი ხასიათი, როგორც მის სამოქალაქო სტატუსის დამდგენ დოკუმენტებში ცვლილების შეტანის პროცედურის ნაწილი. ეს ნიშნავდა, რომ როგორც აღნიშნა იუსტიციის სამინისტროს ზემოთ ხსენებულ ცირკულარში, სასამართლოების პრაქტიკა განსხვავებული იყო მტკიცებულებათა სახეობით მიმართებით, განსაკუთრებით კი, საზღვარგარეთ ჩატარებულ ქირურგიულ ოპერაციასთან დაკავშირებით. შედეგად, შესაბამისი პირებს თვითნებურად ეპყრობოდნენ. უფრო მეტიც, ხსენებული ჩარევა არ ემსახურებოდა რაიმე ლეგიტიმურ მიზანს, რომლებიც ჩამოთვლილია მე-8 მუხლის მე-2 პუნქტში. სამოქალაქო სტატუსის მუდმივობის პრინციპთან დაკავშირებით, პირველმა მომჩივანმა აღნიშნა, რომ ის არ იგულისხმებოდა, რომელიმე ლეგიტიმური მიზნით. მან ზემოთდასახელებულ გადაწყვეტილებაზე *B. საფრანგეთის წინააღმდეგ (B. v. France)* (§§ 52 და ყველა შემდგომი) დაყრდნობით აღნიშნა, რომ ეს პრინციპი თავისთავად არ შეიძლება წარმოადგენდეს ლეგიტიმურ მიზანს. რაც შეეხება მთავრობის მიერ დასახელებულ მეორე მიზანს, შეუძლებელი იყო იმის მტკიცება, რომ სამედიცინო მკურნალობის ჩატარების შემდეგ, რომელსაც შედეგად მოჰყვა გარეგნობის შეუქცევადი ცვლილება, სტერილიზაციასთან ერთად, რომ არაფერი ითქვას დასახიჩრებაზე, საექსპერტო გამოკვლევა გამიზნული იყო, რათა დაცული ყოფილიყო შესაბამისი პირის ჯანმრთელობა.

146. რაც შეეხება პროპორციულობის საკითხს, პირველი მომჩივანი ხაზს უსვამდა, რომ სახელმწიფოებს აქვთ მხოლოდ შეზღუდული, ან უფრო ზუსტად, მინიმალური, სივრცე მანევრებისთვის, როდესაც გადასაწყვეტი საკითხი უკავშირდებოდა ტრანსგენდერი პირების უფლებას მათი პირადი ცხოვრების პატივისცემაზე, განსაკუთრებით, როდესაც საკითხი მათ ფიზიკურ ხელშეუხებლობას ეხება. მან განსაკუთრებით ხაზი გაუსვა სამედიცინო ექსპერტიზის გამორჩეულად ტრავმულ ხასიათს, რითაც იგი დაავალდებულეს მოცემულ საქმეში. CNCDH-მა თავის ანგარიშში, რომელზეც ზემოთ იყო მითითებული, აღნიშნა, რომ ის აღიქმებოდა, როგორც „ინვაზიური და დამამცირებელი“ და წარადგინა იმ ტრანსგენდერი პირების მიერ ამ ეფექტთან დაკავშირებით გაკეთებული განცხადებები, რომლებმაც გაიარეს აღნიშნული. მისი მოსაზრებით, არსებობდა იმის უზრუნველყოფის გზები, რომ შესაბამის პირებს დაედასტურებინათ გარეგნობის შეუქცევადი ცვლილება მათი თავისუფლების ნაკლებად მზღუდავი ფორმით, ვიდრე მათთვის იმის მოთხოვნა იყო, რომ წარედგინათ მათ მიერ შერჩეული, სხვადასხვა ექიმის მიერ გაცემული ცნობები. მომჩივანმა ასევე წარადგინა სამართლებრივ მკვლევართა რამდენიმე კომენტარი ამ საკითხზე საკასაციო სასამართლოს გადაწყვეტილებასთან დაკავშირებით, რომელშიც ავტორები გამოთქვამდნენ გაკვირვებას სასამართლოს იმ დასკვნასთან დაკავშირებით, რომელიც ეხებოდა არასაკმარისი მტკიცებულებების წარდგენას სასამართლოში.

(ii) მთავრობა

147. მთავრობამ აღნიშნა, რომ ჩარევა კანონის საფუძველზე განხორციელდა, რადგან მოსამართლე უფლებამოსილი იყო დაენიშნა ექსპერტიზა სამოქალაქო საპროცესო კოდექსის 143-174-ე, 232-248-ე და 263-284-1-ე მუხლებით. სასამართლო პრაქტიკა უფრო ლიბერალი გახდა საკასაციო სასამართლოს მიერ ზემოთდასახელებული გადაწყვეტილებების მიღების შემდეგ 1992 წელს. ექსპერტიზა ამჯერად ინიშნებოდა მხოლოდ იმ შემთხვევაში, თუ მომჩივნის მიერ წარდგენილი სამედიცინო დოკუმენტები არასაკმარისად იყო მიჩნეული იმისათვის, რათა დადგენილიყო, რომ პირს ნამდვილად აწუხებდა გენდერული იდენტობის აშლილობა და, რომ გარეგნობაში ცვლილება იყო შეუქცევადი. უფრო მეტიც, ჩარევა ემსახურებოდა ლეგიტიმურ მიზანს სამოქალაქო სტატუსის განმსაზღვრელი დოკუმენტების სანდოობის შენარჩუნების საჭიროებისა და შესაბამისი პირების ჯანმრთელობის დაცვის გათვალისწინებით (მთავრობა ამასთან დაკავშირებით დაეყრდნო ზემოთ დასახელებულ გადაწყვეტილებას *Y.Y. თურქეთის წინააღმდეგ (Y.Y. v. Turkey, § 79)*. ამ უკანასკნელ საკითხზე მათ, დამატებითი დეტალიზების გარეშე აღნიშნეს, რომ „სასამართლოსთვის მისაღები იყო, რომ სახელმწიფო [უნდა] ჩარეულიყო, იმისათვის, რომ დაედგინა, ჯანმრთელობის დაცვის მიზნებისთვის, მომჩივნის მიერ ჩატარებული ქირურგიული ჩარევის ან სამედიცინო მკურნალობის შეუქცევადი ხასიათი“.

148. პროპორციულობის საკითხთან დაკავშირებით მთავრობამ ხაზი გაუსვა, რომ სამედიცინო ექსპერტიზის დანიშვნა არ ყოფილა თვითმიზანი, არამედ, დაინიშნა მხოლოდ იმიტომ, რომ შეესაბამებოდა იმ ნაკლოვანებებს, რაც ახლდა იმ განზრახვით წარდგენილ სამედიცინო მტკიცებულებებს, რომ დამტკიცებელიყო გარეგნობის ცვლილების შეუქცევადი ხასიათი. ეს გამყარებული იყო პირველი ინსტანციის სასამართლოს მრავალი ბოლოდროინდელი გადაწყვეტილებით. მაგალითად, 2010 წელს, ექსპერტიზა დაინიშნა მხოლოდ საქმეების 17 %-ზე. მთავრობამ დასძინა, რომ იუსტიციის სამინისტროს მიერ 2010 წლის 14 მაისს გამოცემულ ცირკულარში დაზუსტებული იყო, რომ ექსპერტიზა შეიძლებოდა მოეთხოვათ მხოლოდ იმ შემთხვევაში, როდესაც წარდგენილი მტკიცებულება წარმოშობდა სერიოზულ ეჭვებს იმასთან დაკავშირებით, თხოვნის წარმდგენი პირი წარმოადგენდა, თუ არა ტრანსგენდერს. შესაბამისად, ამ საქმეში პირველი ინსტანციის სასამართლომ ექსპერტიზა დაინიშნა მომჩივნის მიერ წარდგენილი დოკუმენტების არასაკმარისობის გამო. ექსპერტების მოსაზრებები, რომლებიც, პრინციპში, სავალდებულო არ იყო, მაგრამ რომლებსაც სასამარ-

რთლოები უნდა დაყრდნობოდნენ თვით მომჩივანთა ინტერესებისათვის, როდესაც ისინი მიიჩნევენ, რომ წარდგენილი მტკიცებულებები არასაკმარისი იყო, წარმოადგენდა საკითხის დასაბუთებულ გადაწყვეტას დაპირისპირებული ინტერესების მნიშვნელობის გათვალისწინებით.

(ბ) სასამართლოს შეფასება

149. სასამართლო აღნიშნავს, რომ პირველი მომჩივნის მტკიცება ეყრდნობოდა კონვენციის მე-8 მუხლს, მე-3 მუხლთან ერთობლიობაში. **რადგან სასამართლო წყვეტს როგორი სამართლებრივი შეფასება უნდა მიეცეს საქმის ფაქტებს**, ის მიიჩნევს, რომ პირველი მომჩივნის განცხადებები განხილულ უნდა იქნეს მხოლოდ მე-8 მუხლთან მიმართებით.

150. აღნიშნულიდან გამომდინარე, სასამართლო მხედველობაში მიიღებს იმ გარემოებას, რომ პირველი მომჩივანი, რომელმაც არჩია, საზღვარგარეთ ჩაეტარებინა სქესის შეცვლის ოპერაცია, ეროვნულ სასამართლოებში ამტკიცებდა, რომ მან შესაბამისად შეასრულა ის პირობები, რაც დადგენილი იყო პოზიტიური სამართლით, იმისათვის, რომ მიეღწია სამოქალაქო სტატუსში ცვლილების შეტანისთვის. სადავო ექსპერტიზის წარდგენის, როგორც დამატებითი მტკიცებულების მოთხოვნა, რომლის მიზანი უნდა ყოფილიყო მტკიცების სიზუსტის დადგენა, იმ სფეროში, სადაც სასამართლო ხელშემკვრელ მხარეებს მანევრირების ფართო ადგილს უტოვებს, მეტყველებს იმაზე, რომ ის თვითნებურად არ მოქმედებს.

151. ეროვნული სასამართლოების საქმეა, შეაფასოს მათ წინაშე წარდგენილი მტკიცებულებების მტკიცებულებითი ღირებულება. მოცემულ საქმეში პარიზის *პირველი ინსტანციის სასამართლო*, თავის 2009 წლის 17 თებერვლის გადაწყვეტილებაში (იხ. მე-17 პარაგრაფი ზემოთ), წარმოადგინა ზუსტი მიზეზები იმისა, თუ რატომ მიიჩნია პირველი მომჩივნის მიერ წარდგენილი მტკიცებულება არასაკმარისად. მან შესაბამისად დანიშნა სამი, სხვადასხვა სპეციალობის, მაგრამ ერთმანეთის შემავსებელი დარგების ექსპერტები და მათ წინაშე წარადგინა საქმის დეტალები. არაფერი მიანიშნებს იმაზე, რომ ეს გადაწყვეტილება თვითნებური იყო. როგორც მთავრობამაც აღნიშნა, სასამართლო მოქმედებდა ფრანგული კანონმდებლობით ნაბოძები ექსკლუზიური იურისდიქციის საფუძველზე. სამოქალაქო საპროცესო კოდექსი პირველი ინსტანციის მოსამართლეს უფლებას აძლევს, მოითხოვოს ნებისმიერი საგამოძიებო ზომის განხორციელება, „ნებისმიერ შემთხვევაში, როდესაც მოსამართლეს ხელთ არ აქვს საქმის გადასაწყვეტად საკმარისი მონაცემები“ (144-ე მუხლი); ეს ზომები მოიცავს ექსპერტიზასაც (232-ე და 263-ე მუხლები).

152. ამ მსჯელობის შედეგად, სასამართლო ასკვნის, რომ მიუხედავად იმისა, რომ სასამართლოს მიერ დანიშნული ექსპერტიზა გამოინვევდა პირველი მომჩივნის გენიტალიების ინტიმურ გასინჯვას, მისი პირადი ცხოვრების უფლებაში აღნიშნულით გამოწვეული ჩარევის ხარისხი, უნდა შეფასდეს, როგორც მნიშვნელოვანი.

153. შესაბამისად, სასამართლო მიიჩნევს, რომ პირველი მომჩივნისთვის უარის თქმით, მის დაბადების მოწმობაში შეცვლილიყო მისი დაბადების დროინდელი გენდერი, იმ საფუძველით, რომ მან პრინციპულად უარი თქვა სამედიცინო ექსპერტიზის ჩატარებაზე, რომელიც დანიშნა ეროვნულმა სასამართლომ, რომელსაც, აღნიშნულიდან გამომდინარე, სამოქალაქო საპროცესო კოდექსის მე-11 მუხლის საფუძველზე, ნებისმიერი შეფასების გაკეთება შეეძლო, ეროვნულმა სასამართლომ უზრუნველყო სამართლიანი ბალანსის დაცვა კონკურენტულ ინტერესებს შორის.

154. სხვა სიტყვებით, ამ ფაქტით არ ვლინდება ის, რომ საფრანგეთმა ვერ შეძლო თავისი პოზიტიური ვალდებულებების შესრულება პირველი მომჩივნის პირადი ცხოვრების ხელშეუხებლობასთან მიმართებით. შესაბამისად, ამ მიმართებით, პირველ მომჩივანთან დაკავშირებით, ადგილი არ ჰქონია კონვენციის მე-8 მუხლის დარღვევას.

აღნიშნულიდან გამომდინარე, სასამართლო

...

4. ადგენს, ექვსი ხმით ერთის წინააღმდეგ, რომ ადგილი ჰქონდა კონვენციის მე-8 მუხლის დარღვევას მეორე და მესამე მომჩივნებთან მიმართებით, იმ მოთხოვნის გამო, რომ მათ უნდა დაედასტურებინათ გარეგნობის შეუქცევადი ცვლილება (საჩივრები NN 52471/13 და 52596/13);

5. ადგენს, ერთხმად, რომ ადგილი არ ჰქონია კონვენციის მე-8 მუხლის დარღვევას მეორე მომჩივნის იმ მოთხოვნასთან მიმართებით, რომ დაედასტურებინა სქესობრივ იდენტობასთან დაკავშირებული აშლილობის არსებობა (საჩივარი N 52471/13);

6. ადგენს, ერთხმად, რომ ადგილი არ ჰქონია კონვენციის მე-8 მუხლის დარღვევას პირველ მომჩივანთან მიმართებით, რომ ჩაეტარებინა სამედიცინო ექსპერტიზა (საჩივარი N 79885/12);

...

შესრულებულია ფრანგულად, წერილობით გახდა ცნობილი 2017 წლის 6 აპრილს, სასამართლოს რეგლამენტის 77-ე წესის მე-2 და მე-3 პარაგრაფების თანახმად.

მილან ბლაშკო
მდივნის მოადგილე
M.B.

ანგელიკა ნიუსბერგერი
თავმჯდომარე
A.N.

კონვენციის 45-ე მუხლის მე-2 პუნქტისა და სასამართლოს რეგლამენტის 74-ე მუხლის მე-2 პუნქტის თანახმად, გადანყვეტილებას თან ერთვის მოსამართლე რანცონის განსხვავებული აზრი.

**მოსამართლე რანცონის განსხვავებული აზრი
(თარგმანი)**

1. მე არ ვეთანხმები პალატის უმრავლესობას კონვენციის მე-8 მუხლის დარღვევის დადგენასთან დაკავშირებით მეორე და მესამე მომჩივანთან (საჩივრები NN 52471/13 და 52596/13) მიმართებით, იმ ვალდებულების დაკისრების გამო, რომ მათ უნდა დაედასტურებინათ თავიანთი გარეგნობის შეუქცევადი ცვლილება. შესაბამისად, მე ხმა მივეცი იმ დასკვნის წინააღმდეგ, რომ ამ ორ მომჩივანთან მიმართებით არ ყოფილა საჭიროება, მათი საჩივარი ცალკე განხილულიყო მე-14 მუხლის საფუძველზე მე-8 მუხლთან ერთობლიობაში.

2. 2009 წლის 17 მარტს მეორე მომჩივანმა მოითხოვა, რომ მის დაბადების მონუმბაში შეტანილიყო ცვლილება, იმგვარად, რომ მითითებული გენდერი „მამრობითი“ შეცვლილიყო „მდედრობითი“ და მისი მამაკაცის სახელი შეცვლილიყო ქალის სახელით. მისი მოთხოვნა არ დაკმაყოფილდა, რაკი მან ვერ დაადასტურა გენდერის შეცვლის შეუქცევადი პროცესი, რაც იმ დროს მოქმედი ეროვნული კანონმდებლობის მოთხოვნას წარმოადგენდა. 2013 წლის 13 თებერვლის გადანყვეტილებაში საკასაციო სასამართლომ უარყო მისი საჩივარი, დაადგინა რა,

რომ ეს მოთხოვნა არ იყო დისკრიმინაციული და არ ლახავდა კონვენციის მე-8 და მე-14 მუხლით დადგენილ პრინციპებს (იხ. გადაწყვეტილებების 32-ე და მე-40 პუნქტები).

3. 2009 წლის 13 ივნისს მესამე მომჩივანმა, მეორე მომჩივნის მსგავსად, წარადგინა თავისი დაბადების მონუმენტის კორექტირების მოთხოვნა. ეს მოთხოვნაც უარყოფილ იქნა, იმ საფუძველით, რომ მომჩივანმა სარწმუნოდ ვერ დაადასტურა, რომ მან ჩაიტარა გენდერის შეცვლისთვის აუცილებელი სამედიცინო და ქირურგიული მკურნალობა. საკასაციო სასამართლომ მესამე მომჩივნის საჩივარი განიხილა მეორე მომჩივნის საჩივართან ერთად და იგივე დასკვნამდე მივიდა (იხ. გადაწყვეტილების 41-52-ე პუნქტები).

4. როგორც 2012 წლის 7 ივნისს მიღებულ ორ გადაწყვეტილებაში დაადგინა საკასაციო სასამართლომ, იმისათვის რომ დასაბუთებული იყოს მოთხოვნა დაბადების მონუმენტში გენდერზე მითითების შესწორების შესახებ, შესაბამის პირს, სამეცნიერო წრეებში ფართოდ მიღებული პოზიციიდან უნდა დაედასტურებინა, რომ იგი ნამდვილად იყო დაავადებული გენდერული იდენტობის აშლილობით და, რომ მისი გარეგნობის ცვლილება ატარებდა შეუქცევად ხასიათს (იხ. გადაწყვეტილების 58-ე პარაგრაფი). ეს მეორე მოთხოვნა პალატის უმრავლესობის მოსაზრებით, მიუთითებდა სახელმწიფოს მხრიდან თავისი პოზიტიური ვალდებულების ვერ შესრულებაზე, უზრუნველყო მომჩივნების პირადი ცხოვრების პატივისცემის უფლება. (იხ. გადაწყვეტილების 135-ე პარაგრაფი).

5. მე სადავოდ არ ვხედავ ფაქტს, რომ საფრანგეთის პოზიტიური კანონმდებლობით აღიარებულ იქნა ის, რომ ტრანსგენდერი პირების გენდერული იდენტობის ცნობა დაკავშირებული იყო სტერილიზაციის ქირურგიული ოპერაციის ჩატარებასთან, ან მკურნალობასთან, რაც, მისი ხასიათისა და ინტენსივობის გათვალისწინებით, ძალიან დიდი ალბათობით, იწვევდა სტერილიზაციას (იხ. გადაწყვეტილების 120-ე პარაგრაფი). მე შემძლია ასევე ყოველგვარი უხერხულობის გარეშე დავეყრდნო ამ გადაწყვეტილების მიმღებთა უმრავლესობის შეფასებას, რომ ეს საქმე შეეხება პირის ინტიმური იდენტო-

ბის ძირითად ასპექტს, რადგან გენდერულ იდენტობისა და პიროვნების თავისუფალი განვითარების უფლება არის კონვენციის მე-8 მუხლით დაცული პირადი ცხოვრების პატივისცემის უფლების ფუძემდებლური ასპექტი (იხ. კერძოდ, გადაწყვეტილების 123-ე პარაგრაფი). უფრო მეტიც, ასეთი სამედიცინო მკურნალობა, თუ ოპერაციები უკავშირდება პირის ფიზიკურ ხელშეუხებლობას, თუმცა როგორც მეორე, ისე მესამე მომჩივანი კონვენციის მე-3 მუხლს არ დაყრდნობია (იხ. გადაწყვეტილების 128-ე პარაგრაფი).

6. მე ასევე შემძლია გავიზიარო ის, რომ საერთო ინტერესსა და მომჩივანთა ინტერესებს შორის სამართლიანი ბალანსის დადგენისას (იხ. გადაწყვეტილების 126-135-ე პარაგრაფები), ძლიერი არგუმენტები არსებობს იმ დასკვნისათვის, რომ სტერილიზაციის გამომწვევი ქირურგიული ოპერაციის ჩატარება ან მკურნალობა იმისათვის, რომ აღიარებული იქნეს პირის გენდერული იდენტობა, არღვევს ამ სამართლიან ბალანსს და იწვევს კონვენციის მე-8 მუხლის დარღვევას. მიუხედავად ამისა, არსებობს წონადი არგუმენტები, რომლებიც ბალანსს ხრიან მოპასუხე სახელმწიფოს შეფასების თავისუფლებისკენ და შესაბამისად, იმისკენ, რომ ადგილი არ ჰქონია მე-8 მუხლის დარღვევას.

7. 2016 წლის ოქტომბერში ტრანსგენდერი პირების გენდერულ იდენტობასთან დაკავშირებული ვითარება ევროსაბჭოს წევრ ქვეყნებში იყო იმგვარი, რაც მითითებულია (იხ. გადაწყვეტილების 70-71-ე პარაგრაფები). შვიდ ქვეყანაში აღიარება შეუძლებელი იყო; ოცდაორ ქვეყანაში ეს შესაძლებელი იყო, მაგრამ ექვემდებარებოდა საკანონმდებლო მოთხოვნებს, რომელთა შორისაც იყო შესაბამისი პირების სადავო სტერილიზაცია და „მხოლოდ“ თვრამეტ წევრი ქვეყანაში აღარ მოითხოვებოდა სტერილიზაცია ტრანსგენდერი პირების გენდერული იდენტობის აღიარებისთვის.

8. უფრო მეტიც, იმ თვრამეტ ქვეყანაში ეს არის მხოლოდ ბოლოდროინდელი განვითარების შედეგი, რაზეც მეტყველებს გადაწყვეტილების უმეტესი ნაწილი. შესაბამისი ქვეყნებიდან თერთმეტმა გააუქმა სტერილიზაციის მოთხოვნა, როგორც სამართლებრივად აღიარების

პირობა 2009 წლის თებერვლიდან 2016 წლის ოქტომბრამდე (იხ. გადაწყვეტილებების 71-ე პარაგრაფი). აღნიშნულიდან გამომდინარე, მაგალითად, მეორე და მესამე მომჩივანთა საქმეებზე პირველი ინსტანციის სასამართლოს მიერ გადაწყვეტილებების გამოტანისას, შესაბამისად, 2009 წლის 9 თებერვალსა და 13 მარტს (იხ. გადაწყვეტილებების 37-ე და 48-ე პარაგრაფები), მხოლოდ რვა წევრი ქვეყანა არ ითხოვდა სტერილიზაციას. საკასაციო სასამართლოს მიერ გადაწყვეტილების მიღებისას, 2013 წლის 13 თებერვალს (იხ. გადაწყვეტილების 50-ე და 52-ე პარაგრაფები) ტრანსგენდერი პირების გენდერული იდენტობის აღიარება სტერილიზაციის საკანონმდებლო მოთხოვნის გარეშე შესაძლებელი იყო თერთმეტ წევრ სახელმწიფოში.

9. როგორც პალატა იმეორებს (იხ. გადაწყვეტილების 121-ე პარაგრაფი), კონვენციის მე-8 მუხლით ნაკისრი ვალდებულებების განხორციელებისას წევრი სახელმწიფოები სარგებლობენ შეფასების გარკვეული თავისუფლებით. ამ თავისუფლების საზღვრების შეფასებისას ფაქტორების მთელი რიგი უნდა იყოს მხედველობაში მიღებული. როდესაც ადამიანის არსებობის ან იდენტობის გამორჩეულად მნიშვნელოვანი ფორმა დგას საფრთხის წინაშე, სახელმწიფოსთვის მინიჭებული თავისუფლების ზღვარი ფართოვდება. ზღვარი უფრო ფართოვდება იქ, სადაც არ არსებობს კონსენსუსი ევროსაბჭოს წევრ ქვეყნებს შორის როგორც საფრთხის წინაშე არსებული ინეტერესების, ისე მათი დაცვის საუკეთესო საშუალებებთან დაკავშირებით, განსაკუთრებით მაშინ, როდესაც საქმე წამოჭრის მგრძობიარე მორალურ ან ეთიკურ ღირებულებებს, ეს ზღვარი უფრო ფართოვდება. როგორც წესი, უფრო ფართო ზღვარი იარსებებს ასევე იმ შემთხვევაში, როდესაც სახელმწიფოს მოეთხოვება სამართლიანი ბალანსის უზრუნველყოფა კონკურენტულ კერძო და საჯარო ინტერესებს შორის (იხ. *ჰამალაინენი ფინეთის წინააღმდეგ (Hämäläinen v. Finland)* [დიდი პალატა], N 37359/09, § 67, ECHR 2014, იქვე არსებული მითითებებით).

10. მოცემულ საქმეში, საკასაციო სასამართლოს 2013 წლის 13 თებერვლის სადავო გადაწყვეტილებების მიღებისას, წევრ სახელმწიფო-

ებს შორის არ არსებობდა კონსენსუსი გენდერული იდენტობის აღიარების მიზნისთვის სტერილიზაციის მოთხოვნის, როგორც წინასწარი პირობის, საკითხზე. მხოლოდ თერთმეტი ორმოცდაშვიდი წევრი ქვეყნიდან არ ითხოვდა ამგვარ პირობას. დღეისათვის, უფრო ზუსტად კი, 2016 წლის ოქტომბრისთვის, ასეთი აღიარება შესაძლებელია, კანონმდებლობის მიერ სტერილიზაციის მოთხოვნის გარეშე, მხოლოდ თერთმეტში ორმოცდაშვიდი წევრი ქვეყნიდან, ესეც ნაკლებად გამოხატავს ევროპული კონსენსუსს, რაც ჯერ კიდევ შორსაა.

11. კონსენსუსის არარსებობისას და იმ ფაქტის გათვალისწინებით, რომ მოცემული საქმე უდავოდ წამოჭრის მგრძობიარე მორალურ და ეთიკურ საკითხებს, შეფასების თავისუფლების ზღვარი, რაც უნდა შეუნარჩუნდეს მოპასუხე სახელმწიფოს, რჩება ფართო (იხ. ზემოთდასახელებული *ჰამალაინენი (Hämäläinen)*, § 75, და *X, Y და Z გაერთიანებული სამეფოს წინააღმდეგ (X, Y and Z v. the United Kingdom)*, 22 აპრილი 1997, § 44, *გადაწყვეტილებებისა და განჩინებების ანგარიშები 1997-II*). თუმცა ეს ზღვარი იმლება იმ ანალიზში, რაც ჩამოყალიბებულია გადაწყვეტილების უმეტეს პარაგრაფებში 121-დან 135-ემდე. როგორ შეიძლება ეს აიხსნას? რა თქმა უნდა, დასკვნით, რომ როდესაც პირის ინტიმური იდენტობის ძირითადი ასპექტი დევს სასწორზე, შეფასების ზღვარი შეიძლება შევიწროვდეს, მაგრამ არა სრულად. სხვა რა ფაქტორებმა უზიდავს იმას, რომ უმრავლესობამ შეფასების თავისუფლების სრული უგულვებლყოფა მოახდინა და ასევე ფაქტს, რომ დღეისათვის მხოლოდ უმცირეს წევრ ქვეყანას აქვს გაუქმებული სტერილიზაციის მოთხოვნა?

12. ხსენებულთან დაკავშირებით გადაწყვეტილება ხაზს უსვამს ამ მოთხოვნის გაუქმების „ტრენდის“ არსებობას (იხ. 124-ე პარაგრაფი). მე ვაღიარებ, რომ ევროპაში არსებობს ამგვარი ტენდენცია, მაგრამ ის, როგორც ზემოთ იქნა ნაჩვენები, მხოლოდ ბოლოდროინდელია. არის ეს საკმარისი გამართლება იმისთვის, რომ მნიშვნელოვნად შევიწროვდეს სახელმწიფოთა შეფასების თავისუფლება, რომელიც, პრინციპში, ფართოა? მე ამაში ეჭვი მეპარება. საზოგადოებები მხოლოდ თანდათანობით გადადიან სტე-

რილიზაციის, როგორც ტრანსგენდერი პირების გენდერული იდენტობის აღიარების პირობის, გაუქმებაზე.

13. ჩემთვის გასაგებია ის გარემოება, რომ სასამართლომ საქმე *Y.Y. თურქეთის წინააღმდეგ (Y.Y. v. Turkey)* (N 14793/08, § 108, ECHR 2015) განიხილა საქმეზე ქრისტინ გუდვინი გაერთიანებული სამეფოს წინააღმდეგ (*Christine Goodwin v. the United Kingdom*) [დიდი პალატა], N 28957/95, § 85, ECHR 2002-VI), მითითებით „რომ მან ნაკლები მნიშვნელობა მიანიჭა საერთო ევროპული მიდგომის არარსებობას სამართლებრივი და პრაქტიკული საკითხების გადანყვეტასთან დაკავშირებით, რაც მაშინ წარმოიშვა განგრძობადი საერთაშორისო ტენდენციის აშკარა და უდავო არსებობასთან დაკავშირებით არამხოლოდ ტრანსგენდერი პირების მიღების მიმართ გამძაფრებულ სოციალურ მიდგომასთან, არამედ ტრანსგენდერი პირების, რომელთაც ოპერაცია ჩაიტარეს, ახალი გენდერული იდენტობის სამართლებრივ აღიარებასთან დაკავშირებით“. მართალია, ეს ორი საქმე შეეხებოდა სხვა საკითხებს, სახელდობრ, უკვე შეცვლილი გენდერის სამართლებრივ აღიარებას (*ქრისტინ გუდვინი (Christine Goodwin)*) და ტრანსგენდერი პირის შესაძლებლობას, გენდერი შეეცვალა იმგვარად, რომ არ დაეკარგა განაყოფიერების უნარი (*Y.Y. თურქეთის წინააღმდეგ (Y.Y. v. Turkey)*). უნდა აღინიშნოს, რომ როგორც სასამართლომ აღნიშნა, *ქრისტინ გუდვინის (Christine Goodwin)*, საქმეში სახელმწიფოს საქმე იყო განესაზღვრა, *inter alia*, ის პირობები, რაც პირს, რომელიც მოითხოვდა ტრანსსექსუალობის სამართლებრივ აღიარებას დაედასტურებინა, რომ გენდერის შეცვლამ სრულყოფილი შედეგი გამოიღო (იხ. ზემოთ დასახელებული *ქრისტინ გუდვინი (Christine Goodwin)*, § 103). უფრო მეტიც *Y.Y. თურქეთის წინააღმდეგ (Y.Y. v. Turkey)* საქმეში სასამართლოს მიერ ჩატარებული, ოცდათორმეტი წევრი სახელმწიფოს კანონმდებლობის შედარებითმა კვლევამ აჩვენა, რომ ტრანსგენდერი პირებისთვის არჩევანის მიცემა, რომ ჩაეტარებინათ სქესის შეცვლასთან დაკავშირებული მკურნალობა უკვე შესაძლებელი იყო ოცდაოთხ ქვეყანაში ოცდათორმეტი წევრი ქვეყნიდან, სხვაგვარად რომ ითქვას,

გამოკვლეულ ქვეყანათა უმრავლესობაში. ეს მიუთითებს, რომ არც ერთ ამ სახელმწიფოთაგანს არ დაუნესებია მკურნალობის პირობად განაყოფიერების უნარის დაკარგვა (იხ. ზემოთ-დასახელებული *Y.Y. თურქეთის წინააღმდეგ (Y.Y. v. Turkey)*, §§ 35-39). სხვა სიტყვებით რომ ითქვას, ეს იყო მეტი, ვიდრე უბრალოდ ტენდენცია: სახელმწიფოთა აშკარა უმრავლესობა არ ანესებდა იმის მსგავს პირობებს, რაც მოპასუხე სახელმწიფოს მიერ იყო დანესებული იმ საქმეში.

14. ასევე საჭიროა შეფასდეს და დადგინდეს, თუ რამდენად არსებობდა არსებითი და დასაბუთებული საფუძვლები, რომლითაც შესაძლებელი იქნებოდა განაყოფიერების უნარის დაკარგვის გამართლება და შესაბამისი სისტემების შენარჩუნებისა წევრ სახელმწიფოთა უმრავლესობაში (შეკითხვა, რომელიც დაისვა მოსამართლე ლემენის მიერ თავის განსხვავებულ აზრში, რომელიც თან ერთვის ზემოთ დასახელებულ გადაწყვეტილებას *Y.Y. თურქეთის წინააღმდეგ (Y.Y. v. Turkey)*). მოცემულ საქმეში, სამწუხაროდ, სასამართლომ ამ შეკითხვას პასუხი არ გასცა, მხოლოდ უბრალოდ მიუთითა, რომ ზემოთმითითებული ტენდენცია „განპირობებული იყო ტრანსგენდერიზმის ცნებასთან დაკავშირებული მიდგომის განვითარებით“ (იხ. გადაწყვეტილების 124-ე პარაგრაფი). ეს ჩემში წარმოშობს გარკვეულ, ღრმა ეჭვს, რაც არ არის გაბათილებული გადაწყვეტილების არცერთი დებულებით. იმ ფაქტების მხედველობაში მიღებით, რაც დადგინდა ამ საქმეზე, სასამართლოსთვის უცნობია ის მიზეზები, რაც წევრი ქვეყნების უმეტესობას უბიძგებდა დღემდე შეენარჩუნებინა ეს წინასწარი პირობა ტრანსგენდერი პირების გენდერული იდენტობის აღიარებისათვის.

15. რაც შეეხება შეფასების თავისუფლებას, უმრავლესობამ აღნიშნა, რომ „მრავალმა ევროპულმა და საერთაშორისო ინსტიტუციურმა აქტორებმა ადამიანის უფლებათა სფეროში, შეიმუშავეს ძალიან ნათელი პოზიცია სტერილიზაციის მოთხოვნის გაუქმებასთან დაკავშირებით“ (იხ. გადაწყვეტილების 125-ე პარაგრაფი). ჩემი აზრით, ეს არგუმენტი არასაკმარისია შეფასების ძალიან ვიწრო თავისუფლების გასამართლებლად, ან იმის დასადგენად, რომ არსებობს

ამკარა ევროპული ტენდენცია. რეალურად ევროსაბჭოს ადამიანის უფლებათა კომისარმა 2009 წელს შეიმუშავა პოზიცია იმის საწინააღმდეგოდ, რომ ტრანსგენდერი პირების გენდერული იდენტობის აღიარების პირობად ქცეულიყო შეუქცევადი სტერილიზაციის ქირურგიული ოპერაციის ჩატარება (იხ. გადანყვეტილების 73-ე პარაგრაფი). თუმცა, სანამ ვალიარებდეს გადანყვეტილების 125-ე პარაგრაფში ჩამოთვლილი ინსტიტუტებისა და ორგანიზაციების დიდ მნიშვნელობას, მინდა აღვნიშნო ის, რომ ისინი უფრო მეტად ადამიანის უფლებების „პრომოუშენით“ არიან დაკავებული. შეფასებების უმეტესობა არ ეფუძნება ევროპული ან ადამიანის უფლებათა „დაცვის“ საერთაშორისო ორგანიზაციებს ან ხელშემკვრელ საერთაშორისო კონვენციებს, ან წევრ ქვეყნებს შიგნით დადგენილ სასამართლო პრაქტიკას.

16. რამდენადაც განსახილველია პიროვნების ინტიმური იდენტობის საკითხი, სადავოა, რომ ევროპულ დონეზე კონსენსუსის არარსებობის პირობებში, წევრი სახელმწიფოების შეფასების თავისუფლების ზღვარი რჩება ფართო, განსაკუთრებით მაშინ, როდესაც საფრთხის ქვეშ დგას ძლიერ მგრძობიარე საკითხი. ამ მიზეზით ასევე შეიძლება სადავო იყოს, რომ ხელშემკვრელი სახელმწიფო, მოცემულ შემთხვევაში საფრანგეთი, არ უნდა ყოფილიყო გაკრიტიკებული 2017 წელს იმისათვის, რომ 2009 წლიდან 2013 წლამდე პრიორიტეტი მიანიჭა იმ მოთხოვნას, რომ დადასტურებულიყო გარეგნობის ცვლილების შეუქცევადობა. იმ სიტუაციაში, როცა სტანდარტები ვითარდებოდა, მაგრამ სადაც ტენდენცია ცოტათი უფრო ბუნდოვანი იყო, ვიდრე ახლაა, მოპასუხე სახელმწიფომ გამოთქვა მოსაზრება, რომ ეს რეგულირება იმ დროისათვის უფრო შესაფერი იყო, ეს პოზიცია წევრი ქვეყნების უმეტესობის მიერ არის გაზიარებული. მიიღო რა ეს მოსაზრება, სასამართლოს შეეძლო დაედინა, რომ მოპასუხე სახელმწიფო, იმ დროისათვის, როდესაც გადანყვეტილებები იყო მიღებული, არ გასცდენია თავის შეფასების თავისუფლების ფარგლებს, ან შესაბამისად, დაარღვია კონვენციის მე-8 მუხლი. ეს შეიძლებოდა ასევე ყოფილიყო მონოდება სხვა წევრი ქვეყნებისთვის გაეგრძელებინათ დაკვი-

რება ამ საქმეში წამოჭრილ საკითხზე და გაეგრძელებინათ მუშაობა მითითებული ტენდენციის მიმართულებით.

17. ამის საპირისპიროდ, კონვენციის მე-8 მუხლის დარღვევის დადგენას ამ საქმეში რეალურად აქვს ის შედეგი, რომ ოცდაორ წევრ ქვეყანას მოეთხოვოს, შეცვალონ თავიანთი კანონმდებლობა და გააუქმონ სტერილიზაცია, იმისათვის, რომ თავიდან იქნეს აცილებული ამ ნორმის სამომავლო დარღვევა, როგორც ტრანსგენდერი პირების იდენტობის აღიარების პირობა, რომ არაფერი ითქვას იმ შვიდ წევრ ქვეყანაზე, რომლებშიც ამგვარი სამართლებრივი აღიარება დღეისათვის შესაძლებელი არ არის.

18. ამ ტიპის საქმეებში, როდესაც არ არსებობს ევროპული კონსენსუსი, სასამართლო იყო ფრთხილი და მხოლოდ მოკრძალებული ნაბიჯები გადადგა. სასამართლო პრაქტიკა ტრანსგენდერი პირების შესახებ, ამის დასტურია.

მაგალითად, საქმეში *რისი გაერთიანებული სამეფოს წინააღმდეგ (Rees v. the United Kingdom)* (17 ოქტომბერი 1986, სერია A N 106), გაერთიანებული სამეფოს კანონმდებლობა არ ანიჭებდა ტრანსსექსუალ პირებს თავიანთი სტატუსის შესაფერი სამართლებრივ სტატუსს. სასამართლომ დაადგინა, რომ ადგილი არ ჰქონია მე-8 მუხლის დარღვევას, დაადგინა რა, რომ „დღეისათვის ხელშემკვრელ სახელმწიფოებს შორის ამ საფუძველთან დაკავშირებით ერთიანობა მცირეა და ზოგადად, შეიძლება ითქვას, რომ სამართალი არის გარდამავალ ეტაპზე“. საბოლოოდ დაასკვნა, რომ „ეს ის სფეროა, სადაც სახელმწიფოები სარგებლობენ შეფასების ფართო თავისუფლებით (§ 37). [ევროსასამართლომ] კერძოდ მიუთითა, რომ „სათანადო სამართლებრივი ზომები სამეცნიერო და სოციალური განვითარებების შეფასების კვალდაკვალ უნდა იქნეს გამოყენებული“ (§ 47).

ქოსი გაერთიანებული სამეფოს წინააღმდეგ (Cossey v. the United Kingdom) (27 სექტემბერი 1990, სერია A N 184) საქმეში, სასამართლო მსგავს დასკვნამდე მივიდა და ასევე აღნიშნა, რომ დაბადების რეგისტრაციის დროინდელი ანოტაცია არ უნდა ყოფილიყო სათანადო დასაბუთება.

საქმეში *B. საფრანგეთის წინააღმდეგ (B. v. France)* (25 მარტი 1992, სერია A N 232-C), სასამართლომ პირველად დაადგინა კონვენციის მე-8 მუხლის დარღვევა ტრანსსექსუალი პირების აღიარებასთან დაკავშირებით იმ ფაქტორების მხედველობაში მიღებით, რაც ამ საქმეს განასხვავებდა *რისის* და *ქოსის* საქმეებისგან.

ზემოთდასახელებულ *X, Y და Z გაერთიანებული სამეფოს წინააღმდეგ (X, Y and Z v. the United Kingdom)* და *შეფილდი და ჰორშემი გაერთიანებული სამეფოს წინააღმდეგ (Sheffield and Horsham v. the United Kingdom)* (30 ივლისი 1998, ანგარიშები 1998-V) საქმეებში სასამართლოს გადაწყვეტილება არ განსხვავდებოდა *რისის (Rees)* და *ქოსის (Cossey)* საქმეებზე მიღებული გადაწყვეტილებებისგან. აუცილებლად არ ჩაუთვლია „დაესკვნა, რომ მხოლოდ სამეცნიერო და სამართლებრივი განვითარების საფუძველზე, მოპასუხე სახელმწიფო აღარ შეიძლება დაყრდნობოდა შეფასების თავისუფლებას, რათა დაეცვა თავისი განგრძობდი უარი, ელიარებინა ტრანსგენდერი პირების პოსტოპერაციული გენდერი“, დაადგინა რა, რომ „ტრანსსექსუალიზმი ჯერ კიდევ წარმოშობს კომპლექსურ სამეცნიერო, სამართლებრივ, მორალურ და სოციალურ პრობლემებს, რომელთა დაკავშირებითაც არ არსებობს ერთნაირად გაზიარებული მიდგომა წევრ სახელმწიფოებს შორის“ (*შეფილდი და ჰორშემი გაერთიანებული სამეფოს წინააღმდეგ (Sheffield and Horsham, § 58)*).

თავის გადაწყვეტილებაში, ზემოთ დასახელებულ, ქრისტინ გუდვინის (*Christine Goodwin*) საქმეზე, დიდმა პალატამ, *რისის (Rees)* საქმეზე გადაწყვეტილების მიღებიდან თექვსმეტი წლის შემდეგ, დაადგინა, რომ ადგილი ჰქონდა მე-8 მუხლის დარღვევას საერთაშორისო ტენდენციის გათვალისწინებით ტრანსსექსუალების სოციალური მისაღებობის სასარგებლოდ და ოპერაციის შემდეგომ ტრანსსექსუალთა ახალი სქესობრივი იდენტობის სამართლებრივი აღიარებით „რამდენადაც არ არსებობს მნიშვნელოვანი ფაქტორები, რომ საზოგადოებრივმა ინტერესმა გადანონოს ინდივიდუალურ მომჩივანთა ინტერესი, რომელთაც სურთ მიაღწიონ თავიანთი სქესის შეცვლის სამართლებრივ აღიარებას“ (§ 93). მიუხედავად ამისა, სასამართლომ კიდევ

ერთხელ დაადასტურა, რომ ხელშემკვრელ სახელმწიფოს უნდა განესაზღვრა, *inter alia*, ამ აღიარების პირობები (იხ. მე-13 პარაგრაფი ზემოთ).

ქრისტინ გუდვინის (*Christine Goodwin*) შემდეგ სასამართლომ მრავალი გადაწყვეტილება მიიღო მე-8 მუხლთან დაკავშირებით, რომლებიც ასევე შეეხებოდა ტრანსგენდერი პირების, რომელთაც ჩაიტარეს სქესის შეცვლის ქირურგიული ოპერაცია, გენდერული იდენტობის სამართლებრივ აღიარებას და სხვა შედეგებს, რომლებიც წარმოეშვებოდათ ამ პირებს მათი მდგომარეობიდან გამომდინარე (იხ. მაგალითად, *ვან კუკი გერმანიის წინააღმდეგ (Van Kück v. Germany)*, N 35968/97, ECHR 2003-VII (დარღვევა); *გრანტი გაერთიანებული სამეფოს წინააღმდეგ (Grant v. the United Kingdom)*, N 32570/03, ECHR 2006-VII (დარღვევა); *ლიტვის წინააღმდეგ (L. v. Lithuania)*, N 27527/03, ECHR 2007-IV (არ დადგინდა დარღვევა); *შლუმფი შვეიცარიის წინააღმდეგ (Schlumpf v. Switzerland)*, N 29002/06, 8 იანვარი 2009 (დარღვევა); *P.V. ესპანეთის წინააღმდეგ (P.V. v. Spain)*, N 35159/09, 30 ნოემბერი 2010 (არ დადგინდა დარღვევა); *P. პორტუგალიის წინააღმდეგ (P. v. Portugal)* (განჩინება), N 56027/09, ECHR 2011 (ამორიცხულ იქნა სიიდან); *კასარი მალტის წინააღმდეგ (Cassar v. Malta)*, N 36982/11, 9 ივლისი 2013 (ამორიცხულ იქნა სიიდან); და ზემოთ დასახელებული *ჰამალაინენი (Hämäläinen)*, (არ დადგინდა დარღვევა).

ზემოთდასახელებული *Y.Y. თურქეთის წინააღმდეგ (Y.Y. v. Turkey)* (საქმე შეეხებოდა ხელისუფლების უარს ტრანსგენდერი პირისთვის ნება დაერთო შეეცვალა გენდერი იმ საფუძველით, რომ შესაბამის პირს სამუდამოდ არ ჰქონია დაკარგული გამრავლების უნარი. რამდენადაც ვიცი, ეს იყო პირველი საქმე, როდესაც სასამართლომ ამ მოთხოვნაზე იმსჯელა, თუმცა ამ საქმისგან განსხვავებულ კონტექსტში. მან დაადგინა კონვენციის მე-8 მუხლის დარღვევა, მაგრამ იმ ფაქტის მხედველობაში მიღებით, რომ წევრი სახელმწიფოების აშკარა უმრავლესობა არ ადგენდა მოპასუხე სახელმწიფოს მიერ დადგენილი

პირობების მსგავს პირობებს (იხ. მე-13 პარაგრაფი ზემოთ).

19. რისის (Rees) საქმეზე მიღებული გადაწყვეტილებიდან, 1986 წელს, Y.Y.-ს საქმეზე, 2015-ში, მიღებულ გადაწყვეტილებამდე სასამართლო მუდმივად ავითარებდა თავის სამართლო პრაქტიკას ამ სფეროში, მაგრამ ამას აკეთებდა სიფრთხილით, „ნელ-ნელა“ ან, სხვაგვარად, „ნაბიჯ-ნაბიჯ“. მართალია, ამ საქმეში სასამართლომ არა მხოლოდ ნაბიჯი გადადგა, არამედ მთელი ნახტომი გააკეთა და, რაც მთავარია, ძალიან ძლიერ მგრძობიარე თემაზე, ტრანსსექსუალიზმის, ან უფრო ზუსტად, ტრანსგენდერიზმის ახალ ასპექტზე, ნევრ სახელმწიფოებს შორის ამ სპეციფიურ ასპექტთან დაკავშირებით კონსენსუსის არარსებობის პირობებში და ყველა ამ ფაქტორის გათვალისწინებით, შეფასების თავისუფლების ზღვარის სიფართოვის გაცნობიერებით.

20. მე ვაღიარებ, რომ ჩემთვის რთული აღმოჩნდა გადაწყვეტილების მიღება ამ ძალიან რთულ და მგრძობიარე საკითხზე. როგორც ადრეც აღვნიშნე, მე-6 პარაგრაფში, არსებობს ნონადი არგუმენტები იმ გადაწყვეტილების სასარგებლოდ, რომ სტერილიზაციის ოპერაციის ან მკურნალობის ჩატარების დავალდებულება იმისათვის, რომ აღიარებულ იქნეს პირის გენდერული იდენტობა, არღვევს სამართლიან ბალანსს საზოგადო ინტერესსა და მომჩივანთა ინტერესებს შორის და შესაბამისად იწვევს კონვენციის მე-8 მუხლის დარღვევას. თუმცა, უმრავლესობა ასევე შეთანხმდა საკითხზე, სავსებით მართებულად, რომ „სამოქალაქო სტატუსის შეუცვლელი პრინციპი, რაც უზრუნველყოფს სამოქალაქო სტატუსის განმსაზღვრელი დოკუმენტების სანდოობასა და სიზუსტეს და უფრო ზოგადად, სამართლებრივ სიცხადეს, წარმოადგენს საზოგადო ინტერესის საგანს“. მათ, მიუხედავად ამისა, მიიჩნიეს, რომ ბალანსი შესაბამისი პირების საწინააღმდეგოდ გადაიხარა (იხ. გადაწყვეტილების 132-ე პარაგრაფი) უნდა აღინიშნოს, რომ ამგვარი შეფასება გაკეთდა რაიმე დასაბუთების გარეშე.

21. მეორე მხრივ, ჯერ კიდევ შორია ევროპულ კონსენსუსამდე ამ საკითხზე მხოლოდ ნევრი ქვეყნების უმცირესობამ გააუქმა მოთხოვნა

და რომლებიც იმ დროისთვის, კიდევ უფრო მცირერიცხოვანნი იყვნენ. ამგვარი მოსაზრებების გამო მე ვყოყმანობ, ჩემი ყოყმანი გაიზარდა უმრავლესობის მიერ წარმოდგენილი არგუმენტებით ნევრი სახელმწიფოების შეფასების თავისუფლების ზღვართან დაკავშირებით და ევროპული და საერთაშორისო „ტრენდებით“, არგუმენტებით, რომლებიც, ჩემი აზრით, არ არის სრულად დამარწმუნებელი. მე არც ის მიმაჩნია შესაფერისად, რომ დავეყრდნო მე-3 მუხლს არგუმენტის გასამყარებლად (იხ. გადაწყვეტილების 127-ე და 131-ე პარაგრაფები), რამდენადაც მეორე და მესამე მომჩივანი არ დაეყრდნენ ამ დებულებას.

22. უფრო მეტიც, გადაწყვეტილების 134-ე მუხლში ჩამოყალიბებული მოსაზრება, რომელიც შეეხება ფაქტს, რომ ფრანგული კანონმდებლობა 2016 წლის 12 ოქტომბრიდან პირდაპირ გამორიცხავდა სტერილიზაციას იმ პირობებიდან, რაც უნდა დაეკმაყოფილებინა ტრანსგენდერ პირებს თავიანთი გენდერული იდენტობის შესახებ ჩანანერის შეცვლისათვის, მე მანუხებს, როგორც პრობლემური არგუმენტი, რადგან ჩვენ გადაწყვეტილებაში ჩამოყალიბებული პრინციპები გავრცელდება არა მხოლოდ მოპასუხე სახელმწიფოზე, არამედ სხვა ნევრ სახელმწიფოებზეც.

23. მე არ ვარ დარწმუნებული, რა გადაწყვეტილებას მიიღებდა პალატა, საფრანგეთს ჩვენი გადაწყვეტილების მიღებამდე რამდენიმე თვით ადრე რომ არ შეეცვალა კანონმდებლობა და შეენარჩუნებინა გარეგნობის ცვლილების შეუქცევადობის მოთხოვნა. მაინც დაადგენდა ის, რომ მოპასუხე სახელმწიფომ გადააბიჯა თავის შეფასების თავისუფლების ზღვარს, როდესაც ასეთი საკანონმდებლო არჩევანი გააკეთა?

24. ყოველივე ზემოაღნიშნულიდან გამომდინარე, და სასამართლოს გადაწყვეტილების შედეგების მნიშვნელობის გათვალისწინებით, მე ვარჩევდი, სასამართლოს იურისდიქცია დაეთმო დიდი პალატისთვის კონვენციის 30-ე მუხლის საფუძველზე. საქმის გადაცემის პირობები იარსებებდა, რამდენადაც საქმე წარმოშობდა სერიოზულ საკითხებს კონვენციის მე-8 მუხლის განმარტებასთან დაკავშირებით და „შეფასების თავისუფლებისა“ და „კონსენსუსის“ მნიშვნე-

ლობებზე. ამ გადაწყვეტილების ყველა წევრ სახელმწიფოს მიმართ გამოყენება გარანტირებული იქნებოდა დიდი პალატის ავტორიტეტით. ვწუხვარ, რომ უმრავლესობამ არ გაიზიარა ეს მოსაზრება.

25. ზემოხსენებულის გაანალიზების შედეგად, მე მივიღე გადაწყვეტილება წევრი სახელმწიფოებისთვის მინიჭებული შეფასების თავისუფლების სასარგებლოდ, რაც მათ ეძლევათ

თავიანთი პოზიტიური ვალდებულებების შესასრულებლად, რათა დაიცვან მეორე და მესამე მომჩივნის პირადი ცხოვრების პატივისცემის უფლება ძლიერ მგრძნობიარე საკითხზე, რაც წარმოშობს ძალიან რთულ ნახნაგებს და რაზედაც ევროპული კონსენსუსი არ არსებობს. აღნიშნულიდან გამომდინარე, მე ხმა მივეცი კონვენციის მე-8 მუხლის დარღვევის წინააღმდეგ.

კაზუსი: მოვალისათვის ვალის პატიების შედეგები თანამსახურისათვის, თანამკისრებლისათვის და უზრუნველყოფის გამცემისათვის

ასოც. პრო. დოქ. გიორგი რუსიაშვილი, თსუ

ბანკსა და მსესხებელს (პირველი კლიენტი) შორის დადებულია გენერალური საკრედიტო ხაზის ხელშეკრულება, რომელშიც „კლიენტის“ ქვეშ მითითებულია ასევე მეორე პირი (მეორე კლიენტი). ხელშეკრულების შესაბამისი პირობები ჩამოყალიბებულია შემდეგნაირად:

1. ხელშეკრულების მიზნებისათვის, „კლიენტის“ დეფინიციის მოცემულ პირებზე ხელშეკრულების პირობები გავრცელდება სრულად, გარდა იმ შემთხვევისა, როდესაც შესაბამისი პირის სამართლებრივი სტატუსიდან გამომდინარე კონკრეტული პირობა ვერ გავრცელდება ამგვარ პირზე.
2. თითოეული ასეთი კლიენტი წარმოადგენს ბანკის მიმართ სოლიდარულ მოვალეს ხელშეკრულებიდან გამომდინარე ვალდებულებებზე.
3. თითოეული კლიენტის სოლიდარული პასუხისმგებლობა ვრცელდება მასთან დაკავშირებულ სხვა ხელშეკრულებით გათვალისწინებულ ვალდებულებებთან მიმართებაშიც, მიუხედავად იმისა, წარმოადგენს თუ არა ეს კლიენტი ამგვარი მასთან დაკავშირებული სხვა ხელშეკრულების მხარეს.

გენერალური საკრედიტო ხაზის ხელშეკრულებას ხელს აწერდა ორივე კლიენტი და მის საფუძველზე წარმოშობილი ყველა ვალდებულება უზრუნველყოფილი იყო თავდებობითა და იპოთეკით. მოგვიანებით პირველმა კლიენტმა აიღო გენერალური საკრედიტო ხელშეკრულების ფარგლებში სესხი, რომლის დამფუძნებელ ხელშეკრულებასაც მხოლოდ თავად მოაწერა ხელი.

ბანკის სურვილია, რომ მეორე კლიენტი გაათავისუფლოს მის მიერ ნაკისრი ყოველგვარი ვალდებულებისგან და აინტერესებს, თუ როგორ აისახება ეს მის მოთხოვნებზე სხვა პირებთან მიმართებით?

შეაფასეთ სამართლებრივი მდგომარეობა!

ამოხსნა

საკითხავია, თუ როგორ აისახება ბანკის მხრიდან მეორე კლიენტის გათავისუფლება ბანკსა და პირველ კლიენტს შორის ურთიერთობაზე, ხომ არ იწვევს ეს მის სრულ ან ნაწილობრივ გათავისუფლებას და, ასევე, ხომ არ ათავისუფლებს ეს, სრულად ან ნაწილობრივ, თავდებსა და იპოთეკის მოვალეს.

I. 1-ელ კლიენტსა და ბანკს შორის ურთიერთობა

მეორე კლიენტის ბანკის მხრიდან გათავისუფლებასთან ერთად შეიძლება ბანკის წინაშე ნაკისრი ვალდებულებისაგან გათავისუფლებულიყო ასევე პირველი კლიენტიც, თუ ბანკის

მხრიდან მეორე კლიენტისათვის ვალის პატივ-ბიდან შესაბამისი ნება იკითხება.

1. გენერალური საკრედიტო ხაზის პირობების განმარტება

გენერალური საკრედიტო ხაზის ხელშეკრულება არის ჩარჩო-ხელშეკრულება, რომელიც არ არის სესხი და არც წინარე-სესხი (არ ავალდებულებს ბანკს სესხის გაცემას და ა. შ.), ჩვეულებრივ, არ ითვალისწინებს რაიმე კონკრეტულ ვალდებულებას, არამედ ადგენს მომავალში (მასზე დაფუძნებული) ცალკეული ხელშეკრულებებიდან გამომდინარე ვალდებულებებისა და უფლებების პირობებს. ეს პირობები არ „აქტიურდება“ მანამ, სანამ კონკრეტული სესხი (ან სხვა საბანკო პროდუქტზე შეთანხმება) არ დაიდება.

მოცემულ შემთხვევაში გენერალური საკრედიტო ხაზის ხელშეკრულებაში ჩადებულია სოლიდარულ მოვალეებად ქცევის ორი პირობა: 1. „თითოეული ასეთი კლიენტი წარმოადგენს ბანკის მიმართ სოლიდარულ მოვალეს ხელშეკრულებიდან გამომდინარე ვალდებულებებზე“ და მე-2 პირობა: „თითოეული კლიენტის სოლიდარული პასუხისმგებლობა ვრცელდება მასთან დაკავშირებულ სხვა ხელშეკრულებით გათვალისწინებულ ვალდებულებებთან მიმართებაშიც, მიუხედავად იმისა, წარმოადგენს თუ არა ეს კლიენტი ამგვარი მასთან დაკავშირებული სხვა ხელშეკრულების მხარეს“.

პირველი შეიძლება წარმოადგენდეს თანასესხებას, ხოლო მეორე – ვალდებულების თანაკისრებას.

ა) თანასესხება

ზემოთ მოყვანილი პირველი პირობა შეიძლება განიმარტოს იმგვარად, რომ სესხის აღებით თითოეული „კლიენტი“ ავალდებულებს ასევე სხვა „კლიენტსაც“ ამ სესხის ფარგლებში, როგორც მისი წარმომადგენელი. წარმომადგენ-

ლობითი უფლებამოსილება გაცემულად უნდა ჩაითვალოს თავად ამ დათქმის გაკეთებით გენერალური საკრედიტო ხაზის ხელშეკრულებაში.

თანასესხებას ხელს არ უშლის ის, რომ სესხზე მხოლოდ ერთი ხელმოწერაა. ორმაგი წარმომადგენლობა ზოგადად დასაშვებად არის მიჩნეული და გულისმობს შემთხვევას, როდესაც პირი საკუთარი სახელით და სხვისი სახელით ერთდროულად მოქმედებს და ორივესთვის მხოლოდ გარიგებას დებს. ჩვეულებრივ, ორმაგი წარმომადგენლობა უნდა იყოს გაცხადებული (საკუთარი თავის გარდა, მოქმედმა პირმა უნდა დაასახელოს ასევე ის, ვისი სახელითაც მოქმედებს), მაგრამ ეს არ არის აუცილებელი, თუ საკუთარი სახელით მოქმედებასთან ერთად სხვისი სახელით მოქმედება გარემოებებიდან იკითხება.¹ ამიტომ, რეალურად ხელშეკრულებაზე ერთი ხელმოწერაც საკმარისია, თუ გარემოებებიდან და *falsa demonstratio*-თი იკითხება, რომ ორივეს წარმოადგენს.

ამ გადანყვეტას ხელს არ უშლის არც ფორმალური ვალდებულობა, რადგან აქ წერილობითი ფორმა წარმოადგენს ნებაყოფლობით არჩეულს და არა კანონით განწერილს.

ბ) ვალის თანაკისრება

ვალის თანაკისრება (*Schuldbeitritt*, სხვაგვარად ასევე: ვალდებულების კუმულატიურად კისრება), ვალის გადაკისრების მსგავსად, ასევე წარმოადგენს ინტერცესიის ნაირსახეობას, რომლის ფარგლებშიც ერთი პირი იღებს პასუხისმგებლობას სხვისი ვალისათვის.² თუმცა, განსხვავებით ვალის გადაკისრებისაგან, თანაკისრებისას თავდაპირველი მოვალის ვალდებულება რჩება ძალაში. კრედიტორი იღებს ვალის თანაკისრებლის სახით ახალ მოვალეს, რითაც ამცირებს თავდაპირველი მოვალის გადახდისუნარიობის რისკს.³

ვალის თანაკისრება სამოქალაქო კოდექსში მონესრიგებული არ არის, თუმცა ხელშეკრუ-

¹ MüKoBGB/Schubert, 9. Aufl. 2021, § 164 Rn. 130.

² დეტალურად თანაკისრებასთან დაკავშირებით იხ. შედარებითი სამართლის ჟურნალი 2/2020, 67-ე და მომდევნო გვერდები; Kocher, Grundzüge der

Privatrechtsentwicklung und der Geschichte der Rechtswissenschaft in Österreich, Wien 1997, 99.

³ Grüneberg, in Palandt BGB Kommentar, 75. Aufl., 2016, Vor. § 414, Rn. 1.

ლების თავისუფლების პრინციპიდან გამომდინარე (სკ-ის 317 I მუხლი) მისი დასაშვებობა უპირობოდ და ერთმნიშვნელოვნად აღიარებულია გერმანული სამართლის ოჯახის ყველა მართლ-ნესრიგის მსგავსად.⁴ ვალის თანაკისრების შემდეგ თავდაპირველი და შემომატებული მოვალე ხდებიან სოლიდარული მოვალეები 463-ე და მომდევნო მუხლების მიხედვით. თანაკისრება ძირითადად გავრცელებულია საკრედიტო ურთიერთობებში, ასევე საცხოვრებელი ფართის ქირავნობისას.⁵

მოცემულ შემთხვევაში ბანკის ინტერესის საგანი შეიძლება ყოფილიყო შემდეგი: 1. მხოლოდ პირველ კლიენტთან დადებული დამხმარე ხელშეკრულებებიდან წარმომდგარი ვალდებულებების თანაკისრება მეორე კლიენტის მიერ, რადგანაც პირობაში ხსენებული მიზეზის გამო ეს ხელშეკრულება ვერ დაიდებოდა ასევე მეორე კლიენტთან და, შესაბამისად, აქედან წარმოშობილი ვალდებულება ვერ იქნებოდა სოლიდარული; 2. იმ ვალდებულებებიდან – რომლებიც ვერ იქნებოდა სოლიდარულად წარმოშობილი პირველი და მეორე კლიენტის პიროვნებაში – წარმომდგარი მეორადი ვალდებულებების თანაკისრება მეორე კლიენტის მიერ:

კერძოდ, მხოლოდ პირველ კლიენტთან დადებული ხელშეკრულებებისა და იმ ვალდებულებების შემთხვევაში, რომლებიც წარმოადგენს პირად ვალდებულებებს, ანუ, შეიძლება წარმოიშვას მხოლოდ პირველი კლიენტის პიროვნებაში. მაგალითად, გარკვეული დამატებითი ხელშეკრულებები და გარკვეული ტიპის ინფორმაციის მიწოდების ვალდებულებები – საკუთარ ქონებასთან დაკავშირებით ან ცალკეულ ქონებაზე ყადაღის არარსებობის შესახებ და ა. შ. – შეიძლება წარმოიშვას მხოლოდ პირველი კლიენტის პიროვნებაში და მეორე კლიენტი ვერ იქნება მათი სოლიდარული მოვალე. თუმცა მეორე კლიენტი შეიძლება იყოს ამ ხელშეკ-

რულებებიდან და პირადი (პირველადი) ვალდებულებების დარღვევიდან წარმოშობილი (მეორადი) ვალდებულებების მოვალე – მაგ., ზიანის ანაზღაურების ვალდებულება ინფორმაციის მიწოდების ვალდებულების დარღვევის გამო (რომელიც პირადი ვალდებულებაა).

ბანკის მიერ ხელშეკრულებაში ჩადებული პირობა უნდა განიმარტოს სწორედ იმგვარად, რომ ისეთი ხელშეკრულების/ვალდებულებების შემთხვევაში, რომელთა სოლიდარული მოვალეც მეორე კლიენტი (თავიდანვე) ვერ იქნება, ნასურვებია, სულ მცირე, ამ ხელშეკრულებებიდან გამომდინარე კისრებაუნარიანი ვალდებულებებისა თუ პირადი ვალდებულებების დარღვევის გამო პირველი მოვალის პიროვნებაში წარმოშობილი მეორადი ვალდებულებების თანაკისრება. ამის შედეგად მეორე კლიენტი ხდება ამ ვალდებულებების სოლიდარული მოვალე.

შესაბამისად, მოცემულ შემთხვევაში ყველა ინდივიდუალური ვალდებულება, რომელიც მხოლოდ ამ ფორმით შეიძლება წარმოშობილიყო პირველი კლიენტის პიროვნებაში, სოლიდარულად იქცა მეორე კლიენტის მხრიდან თანაკისრების შედეგად.

II. სკ-ის 449-ე მუხლის საფუძველზე გათავისუფლება

ამგვარად, როგორც ზემოთ იქნა აღნიშნული, ყველა იმ ვალდებულების ნაწილში, რომლებიც შეიძლება წარმოიშვას სოლიდარულად, პირველი და მეორე კლიენტის პიროვნებაში, ისინი არიან თანამსესხებლები, ხოლო იმ ხელშეკრულების/ვალდებულებების ნაწილში, რომელიც მხოლოდ პირველი მსესხებლის პიროვნებაში წარმოიშობა, მხოლოდ პირველი კლიენტია თავდაპირველი მოვალე, თუმცა მეორე კლიენტი თანამკისრებელია, რამდენადაც იძლევა ამის

⁴ MüKoBGB/Heinemeyer, 8. Aufl. 2019, Rn. 35, 36; Reichel, Die Schuldmitübernahme, München 1909, 349 ff.; Böttcher in Ermann BGB, 13. Aufl., 2011, § 422 Rn. 9; Ehmann, in Ermann BGB, 12. Aufl. 2008, § 425 Rn. 12.

⁵ თანაკისრების ხელშეკრულება შეიძლება დაიდოს როგორც კრედიტორსა და თანამკისრებელს, ასევე თავდაპირველ მოვალესა და თანამკისრებელს შორის,

მესამე პირის სასარგებლოდ დადებული ნამდვილი ხელშეკრულების ფორმით (349-ე და მომდევნო მუხლების მიხედვით), Bartels, Der vertragliche Schuldbeitritt im Gefüge gegenseitiger Dauerschuldverhältnisse, Tübingen 2003, 42. პირველი ფორმა ძირითადად გავრცელებულია საკრედიტო ინსტიტუტების პრაქტიკაში.

შესაძლებლობას კონკრეტული ვალდებულების ხასიათი.

საკითხავია, მეორე კლიენტის, როგორც ბანკის წინაშე სოლიდარული მოვალის, გათავისუფლება როგორ აისახება ბანკსა და პირველ კლიენტს შორის ურთიერთობაზე.

სკ-ის 449-ე მუხლის მიხედვით, ვალის პატიება ერთ-ერთი სოლიდარული მოვალისათვის ათავისუფლებს სხვა სოლიდარულ მოვალეებსაც, თუმცა კრედიტორს შეუძლია დაიტოვოს მათ მიმართ მოთხოვნები. ამ შემთხვევაში კრედიტორს შეუძლია დარჩენილი სოლიდარული მოვალეების მიმართ მხოლოდ ერთი მოთხოვნა გამოიყენოს განთავისუფლებული მოვალის წილის გამოკლებით. ამ ნორმატიული მოცემულობის ფარგლებში გამოყოფენ სამ ვარიანტს: 1. ვალის პატიება ყველას მიმართ ეფექტით – კრედიტორი პატიობს ერთს და ამით უნდა ყველას გათავისუფლება; 2. ვალის პატიება ინდივიდუალური ეფექტით – კრედიტორი ათავისუფლებს ერთ მოვალეს, ხოლო სხვა მოვალეები რჩებიან და სრულად აგებენ პასუხს; 3. ინდივიდუალური ვალის პატიება შეზღუდული ეფექტით ყველას მიმართ – კრედიტორი პატიობს ერთ მოვალეს სრულად, ხოლო დანარჩენებს მხოლოდ იმ ნაწილში, რა ნაწილშიც მის მიმართ რეგრესის უფლება ექნებოდათ. საკითხავია, მოცემულ სიტუაციაში შეიძლება თუ არა ბანკის მიერ მეორე კლიენტის გათავისუფლება ინვევდეს პირველი კლიენტის სრულად ან ნაწილობრივ გათავისუფლებას.

პირველ რიგში, აღსანიშნია, რომ სკ-ის 449-ე მუხლი, არის სრულებით დისპოზიციური – თუ კრედიტორი ცალსახად დაადგენს, რომ ერთ სოლიდარულ მოვალეს ათავისუფლებს და სხვებს კი იტოვებს სრულად, მისი ამ ფიქსირებული ნების კორექცია კანონის საფუძველზე არ ხდება, რადგან სოლიდარული მოვალეების შიდა რეგრესს ეს ვალის პატიება არ ეხება. დარჩენილებს უნარჩუნდებათ უფლება, მაინც მოითხოვონ გათავისუფლებულისაგან შიდა რეგრესი (სკ-ის 473-ე მუხლი), შესაბამისად, კრედიტორი ამ პა-

ტიებით არ იჭრება მათ შიდა სფეროში (სოლიდარულ მოვალეებს შორის ურთიერთობაში)⁶ და თავისი მოთხოვნა შეუძლია ისე განკარგოს, როგორც უნდა.

ა) ერთ-ერთი თანამსესხებლისათვის ვალის პატიება

ამიტომაც, თუ ბანკი ერთ-ერთი თანამსესხებლისათვის ვალის პატიებისას ცალსახად დააფიქსირებს, რომ მხოლოდ მეორე კლიენტს ათავისუფლებს, ხოლო პირველს სრულად იტოვებს, ვალის პატიებას სკ-ის 449-ე მუხლის შესაბამისი ეფექტი არ ექნება.

განმარტებისას (როდესაც ცალსახად არ აფიქსირებს კრედიტორი, რომ სხვა სოლიდარულ მოვალეებს იტოვებს), ჩვეულებრივ, ეს ყველას მიმართ ეფექტი, არ არის ნასურვები და არ გამომდინარეობს შეთანხმებიდან.⁷ ანუ, სხვა სოლიდარული მოვალეები რჩებიან ვალდებულებაში. ზოგადად, განმარტების აუცილებლობა დგება მაშინ, როდესაც არაცალსახაა, კრედიტორმა მხოლოდ ერთი სოლიდარული მოვალე გაათავისუფლა, ყველა გაათავისუფლა თუ ერთი გაათავისუფლა სრულად და ნაწილობრივ შეიკვეცა თავისი მოთხოვნა დარჩენილების მიმართ. ზოგადად, ყველას გაშვება ვალდებულებიდან მხოლოდ მაშინ არის ნასურვები, როდესაც: კრედიტორი იმ სოლიდარულ მოვალეს ათავისუფლებს, რომელიც შიდა ურთიერთობაში სრულად არის პასუხისმგებელი⁸ და კრედიტორს ცალსახად სურს, რომ ამ გათავისუფლებულ მოვალეს საერთოდ არ მოუწიოს გადახდა – ეს კი მხოლოდ მაშინ მოხდება, თუ სხვა სოლიდარულ მოვალეებსაც გაათავისუფლებს, რის გარეშეც ვალდებულებით ურთიერთობაში დარჩენილი ეს სხვა სოლიდარული მოვალეები, საბოლოო ჯამში, გათავისუფლებულისაგან მიიღებენ რეგრესს. იგივე ეხება სხვა სოლიდარული მოვალეების ნაწილობრივ გათავისუფლებასაც (იხ. ქვემოთ).

⁶ BGH NJW 1972, 942; BGH NJW 1967, 2155.

⁷ BeckOK BGB/Gehrlein, 63. Ed. 1.8.2022, BGB § 423 Rn.

2.

⁸ BGH NJW 2000, 1942; OLG Bremen NJW-RR 1998, 1745; OLG Hamm NJW-RR 1998, 486.

ბ) თანამკისრებლისათვის ვალის პატიება

რაც შეეხება თანამკისრებელს, ჩვეულებრივ, მის შემთხვევაში, საკმაოდ ცალსახა სიტუაციაა – თანამკისრებელი არის ის, ვინც მხოლოდ უზრუნველყოფის ფუნქციით ერთვება ურთიერთობაში და შიდა ურთიერთობაში არ აგებს თავდაპირველი მოვალის წინაშე პასუხს – ჩვეულებრივ, ის არ არის კრედიტორისაგან მიღებული შესრულების ერთადერთი ბენეფიციარი. დამოუკიდებლად იმისა, რომ მოცემულ სიტუაციაში მხარეთა შეთანხმება გარკვეულწილად განსხვავებულად უნდა განიმარტოს (იხ. ქვემოთ), თანამკისრებლისათვის ვალის პატიება *per se* ვერ ჩაითვლება იმ შემთხვევადაც, როდესაც მასთან ერთად თავდაპირველი მოვალეც უნდა გათავისუფლდეს.

მოცემულ შემთხვევაში ბანკს მეორე კლიენტის გათავისუფლებასთან ერთად პირველის გათავისუფლების ნება არ გააჩნია, ეს შეცნობადია ამ ურთიერთობის მონაწილე ყველა პირისათვის, შესაბამისად, მაშინაც კი, როდესაც ის ცალსახად არ დააფიქსირებს, რომ პირველ კლიენტს მოვალედ იტოვებს, მისი ნების გამოხატვა მაინც ამგვარად განიმარტება.

გ) ნაწილობრივი გათავისუფლება

რაც შეეხება, წილობრივ გათავისუფლებას, აქაც იგივე პრინციპი მოქმედებს, ინდივიდუალური ვალის სრული პატიებით სხვა სოლიდარული მოვალეების თუნდაც მხოლოდ წილობრივი გათავისუფლება მხოლოდ მაშინ არის ნასურვები, როდესაც, ამის გარეშე, ეს ერთის მიმართ სრული პატიება (ნაწილობრივ) აზრს კარგავს, რადგან მას შიდა ურთიერთობის ძალით მაინც მოუწევს გადახდა, თუნდაც ნაწილის და კრედიტორს კი სურს, რომ მას ეს არ მოუწიოს.⁹

შესაბამისად, აქაც იგივე არგუმენტები მოქმედებს, რაც ზემოთ. მეორე კლიენტი, არც როგორც თანამკისრებელი და არც როგორც თანამსესხებელი, ასეთ სიტუაციაში არ იმყოფება. ბანკის ნებიდან არ იკითხება მეორე კლიენტის იმგვარად გათავისუფლების მიზანი, რომ მას

შიდა ურთიერთობაშიც არ მოუწიოს პასუხისგება პირველი კლიენტის წინაშე. საკრედიტო ინსტიტუტს, რომელთანაც კლიენტებს მხოლოდ საქმიანი ურთიერთობა აკავშირებთ მათ შორის არსებული შიდა ურთიერთობა და რეგრესის შესაძლებლობა არ აინტერესებს.

III. სოლიდარული მოვალისათვის ვალის პატიების შედეგები უზრუნველყოფის გამცემებისათვის

საკითხავია, თუ როგორ აისახება ბანკის მხრიდან პირველი კლიენტის გათავისუფლება უზრუნველყოფის გამცემთა ვალდებულებებზე, მაგალითად, თავდების ვალდებულებაზე. თავდების გათავისუფლების ინსტრუმენტებად აქ განსახილველია აქცესორულობის პრინციპი, რომლის მიხედვითაც თავდებობა მიბმულია უზრუნველყოფის მოთხოვნაზე და წყვეტს არსებობას, თუ ეს მოთხოვნა აღარ არსებობს და, გარდა ამისა, სკ-ის 901-ე მუხლი.

1. თავდების გათავისუფლება აქცესორულობის პრინციპის საფუძველზე

თავდებობა შეიძლება იყოს ნაკისრი, როგორც თითოეული სოლიდარული მოვალისათვის ცალ-ცალკე, ისე, ყველა სოლიდარული მოვალისათვის ერთობლივად ან მხოლოდ გათავისუფლებული სოლიდარული მოვალისათვის. უკანასკნელ შემთხვევაში, აქცესორულობის გამო, თავდებობა ქარწყდება (სკ-ის 450 I მუხლი). თუმცა ეს მოცემულობა აქ ცალსახად არ არის სახეზე, კაზუსის ფაბულიდან არ იკითხება თავდების მხრიდან მხოლოდ მეორე კლიენტის ვალდებულების უზრუნველყოფის ნება.

თუ თავდებს მხოლოდ დარჩენილი მოვალისათვის (პირველი კლიენტი) აქვს ნაკისრი თავდებობა, აქ თავდებობა სრულად რჩება ძალაში და სკ-ის 450 I მუხლი საერთოდ არ გამოიყენება¹⁰. თავდები დაცულია იმით, რომ კრედიტორის დაკმაყოფილების შემდეგ 905-ე მუხლის მიხედვით მასზე გადადის დარჩენილი მოვალის მიმართ მოთხოვნა და ასევე გამოთიშულისაგან

⁹ BGH NJW1986, 1098.

¹⁰ MüKoBGB/Habersack, 8. Aufl. 2020, BGB § 776 Rn. 7.

შეუძლია მოითხოვოს რეგრესი 473-ე მუხლის ანალოგიით,¹¹ იმ ფარგლებში, რა ფარგლებშიც ამის გაკეთება დარჩენილ (არაგათავისუფლებულ) მოვალეს შეეძლო.

ამის საპირისპიროდ, თუ თავდებმა ყველა სოლიდარული მოვალისათვის ერთობლივად იკისრა თავდებობა, აქ თავდები თავად თავდებობის ხელშეკრულების შინაარსის მიხედვით უნდა გათავისუფლდეს ერთ-ერთი მოვალისათვის ვალის პატიებასთან ერთად.¹² თუმცა მოცემულ შემთხვევაში თავდები ვერ მიუთითებს იმ ფაქტზე, რომ ეს ვალდებულება მხოლოდ როგორც სოლიდარული ისე უზრუნველყო, რადგან გენერალური საკრედიტო ხაზის ხელშეკრულებაში ცალსახად არის განერილი, რომ თავდები ამ ხელშეკრულებაზე დაფუძნებული ყველა ვალდებულების უზრუნველყოფაზეა თანახმა, ანუ, როგორც ინდივიდუალურის, ისე სოლიდარულის. შესაბამისად, უმნიშვნელოა, ვალდებულება როგორც სოლიდარული ისე წარმოიშვა და მხოლოდ შემდეგ გახდა ინდივიდუალური, თუ თავიდანვე ინდივიდუალური იყო. მაინც, ნებისმიერ შემთხვევაში, უზრუნველყოფს ამ ინდივიდუალურსაც, რადგან თავდაპირველად ეს ნება აქვს დაფიქსირებული და არ აქვს მნიშვნელობა მოგვიანებით რა ფორმით წარმოიშვა ეს ვალდებულება.

2. თავდების გათავისუფლება სკ-ის 901-ე მუხლის საფუძველზე

სკ-ის 901-ე მუხლის მიხედვით, თუ ძირითადი მოვალის ვალდებულება უზრუნველყოფილი იყო ასევე სხვა უზრუნველყოფის საშუალებებით და კრედიტორი უარს ამბობს მათზე, თავ-

დების პასუხისმგებლობის ოდენობა მცირდება იმ ოდენობით, რა ოდენობითაც მას უმცირდება მათგან რეგრესის შესაძლებლობა სკ-ის 905-ე მუხლის საფუძველზე მოთხოვნის გადასვლის შემდეგ.

სკ-ის 901-ე მუხლი დისპოზიციურია, თუმცა აქ საპირისპირო შეთანხმება კაზუსიდან არ იკვეთება.¹³

თანასესხებაზე სკ-ის 901-ე მუხლი აპრიორი არ ვრცელდება,¹⁴ რადგან თანამსესხებელი არ უზრუნველყოფს „ძირითადი“ მოვალის ვალს ამ დანაწესის გაგებით და, გარდა ამისა, თავდები არ საჭიროებს დაცვას, რადგან მას (გათავისუფლებული თანამსესხებლის მიმართ) უნარჩუნდება რეგრესის შესაძლებლობა, სკ-ის 473 მუხლის შესაბამისად – იმ ფარგლებში, რა ფარგლებშიც ეს ექნებოდა დარჩენილ მოვალეს. თუმცა, გადამწყვეტია, რომ თავდები და თანამსესხებელი არ არიან ერთ საფეხურზე მდგომი უზრუნველყოფის გამცემები (თანამსესხებელი საერთოდ არ არის უზრუნველყოფის გამცემი) და თავდებს, თუ სურს, რომ დაზღვეული იყოს მისი გამოთიშვისაგან, უნდა დააზღვიოს სოლიდარული ვალდებულება, როგორც ასეთი და არა მხოლოდ ერთი (დარჩენილი) მსესხებლის ვალი.

ზოგადად, განსხვავებულად არის საქმე ვალის თანაკისრების შემთხვევაში. თანაკისრება, ისევე, როგორც თავდებობა, ემსახურება ძირითადი მოვალის ვალდებულების უზრუნველყოფას. შესაბამისად, თუ შიდა ურთიერთობაში თანამკისრებლის მიმართ ძირითადი მოვალის რეგრესი გამორიცხულია, თანამკისრებლის გათავისუფლებით კრედიტორი თავდებს აკარგვინებს რეგრესის შესაძლებლობას (სოლიდარულ მოვალეთა შორის სხვაგვარი შეთანხმების არა-

¹¹ MüKoBGB/Heinemeyer, 9. Aufl. 2022, BGB § 423 Rn. 10.

¹² MüKoBGB/Habersack, 8. Aufl. 2020, BGB § 776 Rn. 7.

¹³ თავდებს შეუძლია თავისუფლად თქვას უარი საკუთარი დაცვის მექანიზმზე. ის ამით სხვის სფეროში არ იჭრება, ხოლო საკუთარი პოზიციები შეუძლია საკუთარი სურვილისებრ შეკვეცოს. პრობლემურია შემთხვევა, როდესაც ეს უარი დაფიქსირებულია სტანდარტულ პირობებში. ესეთი სტანდარტული პირობა ბათილია, რადგან ეწინააღმდეგება კანონისმიერ პარადიგმას (კანონში დაფიქსირებულ სახელმძღვანელო პრინციპს – აქ: თავდებისთვის

რეგრესის მინიჭებას) სკ-ის 346 I 1 მუხლის მიხედვით. გამონაკლისის სახით, გირავნობის უფლების განკარგვას ბანკის მიერ თავდების საზიანოდ, უშვებს გერმანული სამართალი, თუ ეს ჩვეულებრივი კომერციული საქმიანობის ფარგლებში თავსდება. შდრ. გერმანული ბანკების სტანდარტული პირობების მე-14 მუხლი

(https://bankenverband.de/media/uploads/2022/06/03/40000_0921_muster.pdf).

¹⁴ RG WarnR 1913 Nr. 286, 338; RG SeuffA 89 Nr. 83, 175; RG JW 1937, 1410; KG OLGE 25, 22.

რსებობის პირობებში რეგრესი დასაშვებია მხოლოდ შესრულებული ვალდებულების ნახევრის ნაწილში (სკ-ის 473 II მუხლი). ამიტომაც, სკ-ის 901-ე მუხლი ამ შემთხვევაზე ანალოგიით გამოიყენება.¹⁵

თუმცა მოცემულ შემთხვევაში ეს კონსტელაცია ცალსახად არ იყო სახეზე. პირველი და მეორე კლიენტი, ორივე, წარმოადგენდნენ როგორც გენერალური საკრედიტო ხელშეკრულების, ისე მის საფუძველზე აღებული კონკრეტული სესხის მხარეებს, რაც ნიშნავს იმას, რომ ეს ორივე ხელშეკრულება მათ საერთო ინტერესს ემსახურებოდა და ისინი იყოფნენ მათთან დაკავშირებულ რისკებსა და ხარჯებს. საპირისპირო შეთანხმება ან მითითება იმ ფაქტზე, რომ ეს კონკრეტული სესხი მხოლოდ 1-ელი კლიენტის ინტერესებს ემსახურებოდა და შიდა ურთიერთობაში რეგრესი გამორიცხული იყო, აქ არ არსებობდა. შიდა ურთიერთობაში ამ ექსპლიციტური შეთანხმების თუ მითითების არარსებობის პირობებში პირველ და მეორე კლიენტს შორის შიდა ურთიერთობა უნდა განიმარტოს იმგვარად, რომ მათ შეუზღუდავად აქვთ ერთმანეთის მიმართ რეგრესი როგორც თანასესხებით აღებული სესხის ნაწილში, ისე იმ ვალდებულების მიმართ, რომელიც თავიდან მხოლოდ პირველი კლიენტის პიროვნებაში წარმოიშვა და მეორე კლიენტი მხოლოდ თანაკისრების საფუძველზე გახდა ამ ვალდებულების სოლიდარული

მოვალე. ამგვარად, სკ-ის 901-ე მუხლის საფუძველზე, თავდების გათავისუფლება (სოლიდარული ვალდებულების ნახევრის ნაწილში) მოცემულ შემთხვევაში გამორიცხული უნდა იყოს. ის დაცვას არ საჭიროებს, რადგანაც მას უნარჩუნდება რეგრესის მოთხოვნა გათავისუფლებული მოვალისგან.

3. იპოთეკის მოვალის გათავისუფლება

იპოთეკის შემთხვევაზე ვრცელდება ზემოთ თქმული, იმ განსხვავებით, რომ 901-ე მუხლის შესატყვისი დანაწესი იპოთეკის სამართალში არ მოიპოვება და ამ დროს იპოთეკა მთლიანად დარჩება ძალაში. აქცესორულობის პრინციპიდან გამომდინარე, იპოთეკის მოვალის გათავისუფლება შესაძლებელი იქნებოდა მხოლოდ მაშინ, თუ იპოთეკა უზრუნველყოფდა გამოთიშული თანამსესხებლის (თანამკისრებლის) ვალდებულებას ან ვალდებულებას, როგორც მხოლოდ სოლიდარულს, რაც, თავდებობის მსგავსად არც აქ არ არის სახეზე. შესაბამისად, მეორე კლიენტის გათავისუფლება იპოთეკის მოვალეზე არ აისახება.

საბოლოო შედეგი: მეორე კლიენტისათვის ვალის პატიება არ იწვევს არც პირველი კლიენტის და არც თავდებისა თუ იპოთეკის მოვალის სრულ ან ნაწილობრივ გათავისუფლებას.

¹⁵ MüKoBGB/Habersack, 8. Aufl. 2020, BGB § 776 Rn. 7.