

Publikationen

zur rechtlichen Zusammenarbeit

6/2023

შედარებითი სამართლის
ქართულ - გერმანული ჟურნალი

Deutsch-Georgische Zeitschrift
für Rechtsvergleichung



Gefördert durch:



Bundesministerium
der Justiz

aufgrund eines Beschlusses
des Deutschen Bundestages



6/2023

შვედარეზიტი სამარტინს

ქართულ-გერმანული 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.

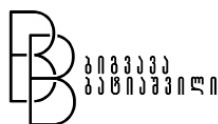


Gefördert durch:



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. საპატიო დოქ. ტიცინა 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

ნორმის ანდა ხელშეკრულების მიზანს აცდენილი უფლების განხორციელების მცდელობა: უფლების ბოროტად გამოყენება და ზიანის ანაზღაურება <i>გიორგი რუსიაშვილი / ულრიხ ჰაგენლოხი</i>	7
პაციენტის ინფორმირება გერმანიაში <i>ულრიხ ჰაგენლოხი</i>	30
პაციენტის წინასწარ გაცხადებული ნება - Living Will <i>ირმა გელაშვილი</i>	96
საქართველოში უზრუნველყოფილი გარიგებების მარეგულირებელი ერთიანი საკანონმდებლო ჩარჩოს შექმნისა და საუკეთესო საერთაშორისო გამოცდილების იმპლემენტაციასთან დაკავშირებული სამართლებრივი პრობლემატიკა <i>ლევან გოთუა</i>	120
ქართული ნოტარიატის გაციფრულება <i>ნინო ხარიტონაშვილი</i>	147

ნორმის ანდა ხელშეკრულების მიზანს აცდენილი უფლების განხორციელების მცდელობა: უფლების ბოროტად გამოყენება და ზიანის ანაზღაურება*

ასოც. პროფ. დოქ. გიორგი რუსიაშვილი
თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტი

ულრიხ ჰაგენლოხი
დრეზდენის უმაღლესი სამხარეო სასამართლოს ყოფილი პრეზიდენტი

A. შესავალი

უკვე დიდი ხანია, სამოქალაქო სამართალში აღიარებულია, რომ ნდობისა და კეთილსინდისიერების (სკ-ის 8 III მუხლი; გსკ-ის 242 პარაგრაფი) ზოგადი პოსტულატიდან გამომდინარე, ყოველგვარი უფლებით სარგებლობის ზღვარს მისი ბოროტად გამოყენების აკრძალვა წარმოადგენს. ამ ტიპის შემთხვევებს განეკუთვნება, მაგალითად, ურთიერთნააღმდეგობრივი ქცევის, *dolo-agit*-შესაგებლის ან პრეკლუზიის შემთხვევები, რომლებიც ამ სტატიაში განხილული არ იქნება. თუმცა, მათ გარდა, მოცემული თემის ნაწილს წარმოადგენს, უფლების არაკეთილსინდისიერი გზით მოპოვება ან მისი არაკეთილსინდისიერი განხორციელება.¹ სწორედ ამ უკანასკნელ შემთხვევათა ჯგუფის ერთ-ერთ ასპექტს შეეხება ქვემოთ მოყვანილი ტექსტი.

I. პრობლემის დასმა და მისი დამუშავების გზები

მოცემული პრობლემატიკის დამუშავების მთავარი მიზანია იმ საკითხის გადწყვეტა, თუ

რა ფარგლებში შეიძლება ფორმალურად არსებული უფლების გამოყენება ისეთი ფორმით, რომელიც სცდება მის კანონისმიერ თუ სახელშეკრულებო მიზანს ან საერთოდ ეწინააღმდეგება მას და რამდენად არის შესაძლებელი, რომ უფლების გამოყენება მისი მიზნის საწინააღმდეგოდ ჩაითვალოს დელიქტად და გახდეს ზიანის ანაზღაურების საფუძველი. ქვემოთ დამუშავებული თემატიკა, პირველ რიგში, შეეხება უფლების ბოროტად გამოყენების აკრძალვით მოხაზულ ჩარჩოს. თუმცა ეს ჩარჩო ყოველთვის ნათლად არ იმიჯნება იმ შიდა, იმანენტური ზღვრისაგან, რომელიც ყოველ უფლებას ახასიათებს. ამიტომაც, ცალკეული პასაჟები სწორედ ამ ზღვართან დაკავშირებულ განაზრებებს დაეთმობა.

1. სასამართლო და ადმინისტრაციული ნაშრომების წამოწყების უფლების ბოროტად გამოყენება:

ყველას აქვს უფლება, სამართალდამცავ ორგანოებს მიმართოს განცხადებით და შეატყობი-

* გერმანულიდან თარგმნა დავით მაისურაძემ. სტატია პირველად გამოქვეყნდა პროფ. ლადო ჭანტურიას 60 წლის იუბილისადმი მიძღვნილ კრებულში (თბილისი, 2023)

¹ იხ. ამასთან დაკავშირებით Staudinger / Looschelders / Olzen (2019) BGB § 242 Rn. 213 ff.; Pfeiffer in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, jurisPK-BGB, 10. Aufl., § 242 BGB (Stand: 01.02.2023) Rn. 62 ff.; Böttcher in: Erman BGB, Kommentar, 16. Aufl., § 242 Rn. 101 ff.

ნოს იმ ფაქტების შესახებ, რომლებიც, მისი აზრით, წარმოადგენს საფუძველს სისხლისსამართლებრივი დევნის დაწყებისათვის (საქართველოს სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსის 101-ე მუხლი, გერმანიის სისხლის სამართლის კოდექსის 158-ე პარაგრაფი). ამ საპროცესო სისხლისსამართლებრივი უფლებამოსილების უკან, გარკვეულწილად, დგას ინდივიდის საჯაროსამართლებრივი ხასიათის მოთხოვნის უფლება [სახელმწიფოს მიმართ] ეფექტურ სამართლებრივ დევნაზე, რომელიც გამომდინარეობს სახელმწიფოს მხრიდან ინდივიდის დაცვის ვალდებულებებიდან. თუმცა, ეს მხოლოდ მაშინ მოქმედებს, როდესაც მნიშვნელოვან დანაშაულს ეხება საქმე – დანაშაულს, რომელიც მიმართულია პიროვნული სიკეთეების (სიცოცხლე, ფიზიკური ხელშეუხებლობა, სქესობრივი თვითგამორკვევა და პიროვნების თავისუფლება) წინააღმდეგ და ამგვარი ქმედებების ეფექტური დევნის გარეშე დატოვება შეარყევდა ძალის გამოყენებაზე სახელმწიფოს მონოპოლიის მიმართ რწმენას, რაც, თავის მხრივ, გამოიწვევდა სამართლებრივი დაუცველობის განცდას და იქნებოდა ძალადობისაკენ ნაქეზება.² სამართალდამცავი ორგანოსათვის მიმართვა, რომლებიც უკავშირდება ფულადი ხასიათის სამოქალაქოსამართლებრივი მოთხოვნების დაფუძნებას ან შესრულებას (თაღლითობა, გაფლანგვა), არ არის მიმართული ამ ტიპის სისხლისსამართლებრივი წარმოების წამოწყებისაკენ. შესაბამისად, მათი მიზანი არ შეიძლება იყოს ის, რომ დანაშაულის შესახებ განმცხადებელს სახელმწიფომ მიაწოდოს დაცვა და სისხლისსამართლებრივი დევნის დაწყების ფორმით აღმოუჩინოს დახმარება ამ ტიპის სამოქალაქოსამართლებრივი მოთხოვნების განხორციელებაში.

მიუხედავად ამისა, სამართალდამცავი ორგანოებისადმი მიმართვით დამუქრებათა თუ რეალურ მიმართვათა უდიდეს ნაწილს, რომლებიც (რეალურად ჩადენილ თუ ნავარაუდებ) თაღლითობისა და გაფლანგვის შესახებ ეჭვს უკავშირდება, სწორედ ზემოთ ხსენებული სამოქალაქოსამართლებრივი მოთხოვნების განხორციელებაში.

ლაქოსამართლებრივი მოთხოვნის განხორციელების სურვილი უდევს საფუძვლად. ეს კი ნორმის მიზნით უკვე აღარ არის მოცული. ეს ყველაზე ნათლად ჩანს იმ გარემოებიდან, რომ, როდესაც ნავარაუდები მოვალე სისხლის სამართლებრივი დევნის შიშით უზდის (ნავარაუდები სამოქალაქოსამართლებრივი მოთხოვნის საფუძველზე) მისი დანაშაულის შესახებ განმცხადებელს, ეს უკანასკნელი, ჩვეულებრივ, სამართალდამცავ ორგანოს ატყობინებს, რომ მისმა განცხადებამ „მიზანს“ (!) მიაღწია და მან დაკარგა ინტერესი სისხლისსამართლებრივი დევნის მიმართ.

თუმცა იმ ფაქტიდან, რომ ინდივიდს არ აქვს სახელმწიფოს მიმართ საჯაროსამართლებრივი მოთხოვნა ეფექტურ სისხლისსამართლებრივ დევნაზე, უკუდასკვნით არ გამომდინარეობს, რომ ნებისმიერ შემთხვევაში მართლსაწინააღმდეგოა, როდესაც რეალური ან ნავარაუდები მოთხოვნის მფლობელი დანაშაულის შესახებ მიმართავს სამართალდამცავ ორგანოებს ან იმუქრება ამით, რათა საკუთარ სამოქალაქოსამართლებრივ მოთხოვნას „წონა“ მიანიჭოს. როგორც ეს C-თავში იქნება ნაჩვენები, სადაც დეტალურად არის აღწერილი სამართლებრივი მდგომარეობა საქართველოსთან მიმართებით, მართლსაწინააღმდეგო ქმედება, ჩვეულებრივ, მხოლოდ მაშინ არის სახეზე, როდესაც დანაშაულის შესახებ განმცხადებელი განზრახ ან დაუდევრად აწვდის სამართალდამცავ ორგანოებს ცრუ ინფორმაციას. მოსაზრებები, რომლებიც ამ ნაწილში ქართულ სამართალთან დაკავშირებით არის გამოთქმული, საერთო ჯამში, ძალაშია ასევე გერმანულ სამართალთან მიმართებითაც, ხოლო საკონსტიტუციოსამართლებრივი ასპექტები საერთოდ იდენტურია საქართველოსა და გერმანიაში.

მოცემული თემატიკა აქტუალურია ასევე სამართლო პროცესისა თუ ადმინისტრაციული წარმოების წამოწყების შემთხვევაშიც. მაგალითად, ისეთი ღონისძიებების შემთხვევაში, რომლებიც მიმართულია სამრეწველო საზედამხებველო უწყების, სასურსათო კონტროლისა თუ

² შდრ. ინდივიდის უფლების, მოთხოვნის სახელმწიფოს ქმედითი სისხლისსამართლებრივი დევნის განხორციელება, ფარგლებთან დაკავშირებით BVerfG, Beschl. v.

15. Januar 2020 - 2 BvR 1763/16 - NJW 2020, 675, juris Rn. 35 ff.; BVerfG, Beschluss vom 2. Juli 2018 - 2 BvR 1550/17 - juris Rn. 38.

შემოსავლების სამსახურის მხრიდან მოკვლევის დაწყებისაკენ. ამ შემთხვევაშიც ძალაშია ის პრინციპი, რომ სამოქალაქოსამართლებრივი მოთხოვნების განხორციელება მხოლოდ შესაბამისი სამოქალაქოსამართლებრივი საპროცესო ინსტრუმენტებით უნდა მოხდეს. მართალია, ადმინისტრაციული წარმოებით „დამუქრება“ წარმოადგენს ქმედით ზომას, რის შემდეგაც რეალური თუ სავარაუდო მოვალე, მეტად თუ ნაკლებად, მაგრამ ყოველთვის წნეხის ქვეშ ექცევა, თუმცა ამ პროცედურების მიზანი არ არის, მისი იძულება სამოქალაქოსამართლებრივი მოთხოვნების შესრულებისაკენ. მიუხედავად ამისა, უნდა გავითვალისწინოთ, რომ სასამართლო ანდა ადმინისტრაციულ წარმოებაზე შეუზღუდავი წვდომა, როგორც სამართლებრივი სახელმწიფოს პრინციპის ნაწილი, კონსტიტუციით არის უზრუნველყოფილი და, შესაბამისად, დაუშვებელია, როგორც მისი პირდაპირი შეზღუდვა, ისე, მისი გართულება იმით, რომ შესაბამისი სახელმწიფო ორგანოსათვის მიმართვის გამო პირი ავტომატურად სხვადასხვა ტიპის პასუხისმგებლობისა და მათგან გამომდინარე არათანაზომიერი რისკების საფრთხის წინაშე აღმოჩნდეს.³

ამგვარად, ამ ტიპის წარმოების წამოწყებით „დამუქრება“ არ ხდება მართლსაწინააღმდეგო მხოლოდ იმის საფუძველზე, რომ სახეზე არ არის, ვინრო გაგებით, საშუალება-მიზნის დასაშვები კომბინაცია. თუ რესტორნის სტუმარს აქვს საფუძვლიანი ეჭვი, რომ ის სწორედ ამ რესტორანში გაფუჭებული თევზის მირთმევის შედეგად მოინამლა, აპრიორი და თავიდანვე მართლსაწინააღმდეგო არ არის, თუ ის რესტორნის მეპატრონეს „აცნობებს“, სასურსათო კონტროლის სამსახურისათვის მიმართვის განზრახვასთან დაკავშირებით, რათა ამით საკუთარ სამოქალაქოსამართლებრივ მოთხოვნას წონა შესძინოს. მართალია, სურსათის უსაფრთხოებასთან დაკავშირებული საჯაროსამართლებრივი დანაწესების მიზანს არ წარმოადგენს სტუმრისათვის სამოქალაქოსამართლებრივი მოთხოვნების

განხორციელებაში ხელის შეწყობა და, ამგვარად, ვინრო გაგებით, საშუალება-მიზნის დასაშვები კომბინაცია სახეზე არ გვაქვს, თუმცა მაინც არსებობს გარკვეული შინაგანი კავშირი ინდივიდის სურსათით მოწამვლასა და საზოგადოებრივი ჯანდაცვის მიზნებს შორის. ამიტომაც, გადამწყვეტია კონკრეტული შემთხვევის გარემოებები და განსაკუთრებით კი ის, თუ ზუსტად „როგორია“ ეს კავშირი საჯარო მიზანსა და ინდივიდის სამოქალაქოსამართლებრივ უფლებას შორის. სწორედ ამ კავშირის ხასიათი წარმოადგენს გადამწყვეტ ფაქტორს იმის განსაზღვრისათვის, მართლსაწინააღმდეგო თუ მართლზომიერია ბმა სამოქალაქოსამართლებრივ მოთხოვნასა და ადმინისტრაციული ორგანოსათვის განცხადებით მიმართვას შორის და ამ მეორე ინსტრუმენტის პირველის განსახორციელებლად გამოყენება. სხვაგვარად იქნებოდა საქმე, თუ სტუმარი, წინასწარ და ყოველგვარი შინაარსობრივი კავშირის გარეშე, განუცხადებდა რესტორნის მეპატრონეს, რომ ის მოთხოვნის შეუსრულებლობის შემთხვევაში მას „შემოსავლების სამსახურის რისხვას დაატყებს თავს“.

2. დამცავი უფლებების ბოროტად გამოყენება:

საქართველოსა და გერმანიაში მომხმარებელთა დაცვის მიზნით, ქუჩაში და დისტანციურად დადებული ხელშეკრულებების შემთხვევაში, კანონით გათვალისწინებულია ხელშეკრულებაზე უარის თქმის უფლება (შდრ. საქართველოში: სკ-ის 336-ე და მომხმარებლის უფლებების დაცვის შესახებ კანონის 13-ე მუხლები; რომელსაც გერმანიაში, ქუჩაში დადებული ხელშეკრულებებისათვის, გსკ-ის 312 I 1 პარაგრაფი შეესაბამება, ხოლო დისტანციურად დადებული ხელშეკრულებებისათვის – 312b). ამ კონტექსტში წარმოიშობა საკითხი, თუ რამდენად არის შესაძლებელი, ხელშეკრულებაზე უარის თქმის ამ უფლების გამოყენება, როდესაც ის არ ემსახურება კანონისმიერ მიზნებს ან ისეთ მიზანს

³ BVerfG, Beschl. v. 15. Dezember 2008 - 1 BvR 1404/04 - juris Rn. 17; BVerfG, Beschl. v. 25. September 2006 - 1 BvR 1898/03 - NJW-RR 2007, 840, juris Rn. 8 ff.

ისახავს, რომელიც სცდება ნორმის დაცვით მიზანს.

გერმანიაში ეს პრობლემატიკა გაცილებით უფრო აქტუალურია, ვიდრე საქართველოში, რადგან – ევროპული სამართლის მოთხოვნებიდან გამომდინარე⁴ –, გსკ-ის 495, 355-ე პარაგრაფების მიხედვით, ასევე სამომხმარებლო კრედიტისა და განვადებით ნასყიდობის შემთხვევაშიც, გათვალისწინებულია ხელშეკრულებაზე უარის თქმის ეს 14-დღიანი უფლება. იგივე მოქმედებს, გსკ-ის 650I პარაგრაფის მიხედვით, სამომხმარებლო სამშენებლო ხელშეკრულებების შემთხვევაშიც, გსკ-ის 485-ე პარაგრაფის მიხედვით – თაიმ-შეარინგის ხელშეკრულებებისათვის (Time-Sharing-ხელშეკრულებები დასასვენებელ სახლებზე) და დისტანციურ სწავლებაში ჩართულ პირთა დაცვის შესახებ კანონის მე-4 პარაგრაფის მიხედვით – დისტანციურ სწავლებაზე დაკავშირებული ხელშეკრულებებისათვის. მაგალითად, თუ სამომხმარებლო კრედიტის ხელშეკრულების დოკუმენტი არ შეიცავს გსკ-ის 492 II პარაგრაფისა და გსკ-ის შესავალი კანონის (EGBGB) 247 VI-XIII მუხლის შესაბამისად გაწერილ სავალდებულო მონაცემთაგან ერთ-ერთს (მაგალითად, ეფექტურ საპროცენტო განაკვეთს, წინმსწრებად დაფარვის შემთხვევაში გადასახდელ კომპენსაციას და ა. შ.) ან, თუ ეს მონაცემები არასრული და არასწორია, გსკ-ის 496b პარაგრაფის მიხედვით, ვადის დენა იწყება მხოლოდ მას შემდეგ, რაც მოხდება ამ ინფორმაციის მოგვიანებით შეტყობინება მომხმარებლისათვის. ასევე, ე. წ. დაკავშირებული გარიგებების შემთხვევაში, მაგალითად, გამყიდველის მიერ დაფინანსებული ნასყიდობისას, სახელშეკრულებო დოკუმენტში (გსკ-ის შესავალი კანონის 247 XII I მუხლისა და გსკ-ის 358-ე პარაგრაფის მიხედვით) სავალდებულოდ უნდა იყოს გათვალისწინებული ნაღდი ანგარიშსწორების საფასური. ამ ვალდებულების დარღვევა იწვევს იმას, რომ, ჩვეულებრივ, ხელშეკრულებაზე უარის თქმის უფლება მისი დადებიდან

წლების შემდეგაც შეიძლება იქნეს გამოყენებული. თუმცა, ხელშეკრულებაზე უარის თქმის ასევე სხვა ტიპის უფლებების შემთხვევაშიც, მენარმის ინფორმაციის მიწოდების ვალდებულებები და, განსაკუთრებით კი, ამ უარის თქმის ვადის დაწყების წინაპირობები, გაცილებით უფრო ფართოა, ვიდრე ქართულ სამართალში (შდრ., ერთი მხრივ, გსკ-ის 356a-356e პარაგრაფები და, მეორე მხრივ, მომხმარებლის უფლებათა დაცვის შესახებ კანონის 13 VIII მუხლი).

გერმანიაში, მოცემულ კონტექსტს განეკუთვნება ასევე შემთხვევათა წრე, რომელთა წარმოქმნაც განაპირობა, დისკრიმინაციული მოპყრობის აკრძალვის უკეთ განხორციელების მიზნით⁵, კანონში გათვალისწინებული კომპენსაციის მოთხოვნის უფლებამ, რომლის წინაპირობასაც ზიანის არსებობა არ წარმოადგენს. ამ ეკონომიკურ სანქციებს, რომელთა გააქტიურებისათვისაც მხოლოდ უფლების ხელყოფაა საკმარისი, ერთი მხრივ, საკმაოდ ეფექტიანი პროფილაქტიკური ზემოქმედება აქვთ. თუმცა, მეორე მხრივ, მათ შეიძლება უზიდავდეს სამოქალაქო ბრუნვის მონაწილეებს იმისკენ, რომ განზრახ ჩაიყენონ თავი დისკრიმინაციის მსხვერპლის მდგომარეობაში და კომპენსაციის გადახდის სახით მიიღონ შესაბამისი ფინანსური სარგებელი.

გარდა ამისა, არსებობს ვითარებები, როდესაც სასამართლოში სარჩელის აღძვრის უფლება გამოიყენება იმ მიზნით, რომლისათვისაც ის არ არის გათვლილი. მაგალითად, შესაბამის საკანონმდებლო ცვლილებებამდე, მინორიტარ აქციონერსაც შეეძლო წინდანიწვე დაუსაბუთებელი შეცდომების სარჩელით, სულ მცირე, დროებით მაინც, დაებლოკა მძიმე ფინანსურ მდგომარეობაში აღმოჩენილი მსხვილი ბანკის სანიშნის პროცესი. დაგეგმილი დიდი ინდუსტრიული მშენებლობისა ან საჯარო ინფრასტრუქტურული პროექტების (მაგისტრალის გაყვანა, აეროპორტის მშენებლობა და ა. შ.) შემთხვევაში, ამ წამოწყების მიმართ კრიტიკულად განწყობილ მოქალაქეებს ან კავშირებს შეუძლიათ მო-

⁴ ამასთან დაკავშირებით: *Hönninger* in: *Herberger / Martinek / Rüßmann / Weth / Würdinger, jurisPK-BGB*, 10. Aufl., § 355 BGB (Stand: 01.02.2023) Rn. 3.

⁵ ნაწილობრივ, ასევე, პირადი მონაცემების დაცვისა და მომხმარებელთა დაცვის სამართლის ცალკეულ სფეროებში, როგორიც არის, მაგალითად, ავიაკომპანიის მგზავრების უფლებები.

იპოვონ ადმინისტრაციულ პროცედურაში მონაწილეობის უფლება ან სარჩელის მეშვეობით ამ წამოწყების ბლოკირების უფლება იმით, რომ მოიპოვონ საკუთრება ერთ-ერთ მინის ნაკვეთზე, რომელსაც ეხება ეს წამოწყება და, ამგვარად, მთლიანად ჩაშალონ ის.

II. ზოგადი პრინციპები

უკვე ფაქტობრივ შემთხვევათა ეს მრავალფეროვნება ნათელყოფს, რომ არ შეიძლება არსებობდეს ზოგადი პასუხი იმ შეკითხვაზე, თუ რა ზღვარი უნდა დაედოს უფლების განხორციელების შესაძლებლობას და როდის ითვლება ეს „უფლების ბოროტად“ გამოყენებად იმ საფუძველით, რომ ის უფლების მიზნით აღარაა მოცული:

1. არაკეთილსინდისიერების განმაპირობებელი ასპექტები; რეგულაციის დამატებითი მიზნის მიღწევის მცდელობა

თუ პირი, რომელიც საკუთარი უფლების განხორციელებისას არ ხელყოფს სხვის სიკეთეებს, მაგრამ, ამასთან, უფლების გამოყენება ხდება არა პირდაპირი დანიშნულებით, არამედ იმ დამატებითი ეფექტის გამოსაწვევად, რომელიც თან სდევს მას, ეს პირის მიერ უფლების გამოყენებას *per se* მართლსაწინააღმდეგოდ არ აქცევს. მისი ქცევის მართლსაწინააღმდეგოდ აღიარებისათვის აუცილებელია, რომ, დამატებით, სახეზე იყოს არაკეთილსინდისიერების მომენტი და სამართლის ფუნდამენტურ ფასეულობებთან შეუთავსებლობა. მართალია, ამის საპირისპიროდ, არსებობს იურიდიულ ლიტერატურაში გამოთქმული მოსაზრება, რომ, ნებისმიერი ნორმის შემთხვევაში მოქმედების ზღვარი, რომელიც განსაზღვრულია მისი სამართლებრივი

ბრივი იდეით და იმ ინტერესთა გადანაწილებით, რომელთა დაბალანსებასაც ისახავს ის მიზნად და ნორმაზე მითითება მხოლოდ ამ ფარგლებშია დასაშვები.⁶ თუმცა ეს მოსაზრება არ არის გაზიარებული დანარჩენ სამეცნიერო ლიტერატურასა თუ სასამართლო პრაქტიკაში.

ამ მოსაზრების საპირისპიროდ, უფლების ბოროტად გამოყენება, ერთმნიშვნელოვნად არ გვაქვს სახეზე, როდესაც უფლებამოსილი პირი მისი გამოყენებით ისახავს არა ამ უფლების „მთავარი მიზნის“ მიღწევას, არამედ ნორმით მოცული დამატებითი მიზნის/ეფექტის გამომწვევას. მაგალითად, სამოქალაქო სამართლებრივი სარჩელების პირველადი მიზანი არის ის, რომ მოსარჩელემ შეძლოს სასამართლოსაგან აღსრულებისათვის გამზადებული გადანაცვეტილების მოპოვება. თუმცა, თუ მოსარჩელეს არ აინტერესებს აღსრულებადი გადანაცვეტილების მოპოვება, რადგან ის გეგმავს/იძულებულია თავისი ეს უფლება სხვა პროცედურის ფარგლებში განახორციელოს (მაგალითად, საარბიტრაჟო დათქმის არსებობის გამო), ხოლო აღძრული სარჩელით მხოლოდ ხანდაზმულობის ვადის დენის შეჩერებას ისახავს მიზნად (გსკ-ის 204 I პარაგრაფი)⁷, ეს არ წარმოადგენს უფლების ბოროტად გამოყენებას. ხანდაზმულობის ვადის დენის შეჩერება წარმოადგენს სარჩელის აღძვრის სამართლებრივ რეზულტატს, რომელიც უნდა ჩაითვალოს ნორმატიული პროგრამის დამატებით მიზნობრივ შედეგად⁸ და არა მხოლოდ რეფლექსურ ეფექტად. განსხვავებულადაა საქმე იმ შემთხვევაში, როდესაც, მოსარჩელეს, ხანდაზმულობის ვადის შეჩერების მიზნით, რეგულარულად შეაქვს ერთი და იმავე შინაარსის სარჩელები და შემდეგ კი მალევე გააქვს უკან.⁹

⁶ Böttcher in: Erman BGB, Kommentar, 16. Aufl., § 242 Rn. 102 და იქ მითითებული ლიტერატურა.

⁷ შემავსებელი შენიშვნა: საქართველოსა და გერმანიაში ამ შემთხვევის სამართლებრივი მოწესრიგება განსხვავებულია, რადგან, გერმანული ვალდებულებითი სამართლის რეფორმის შემდეგ, სკ-ის 140-ე პარაგრაფის შესაბამისი ნორმა გერმანიის სამოქალაქო კოდექსში აღარ არსებობს, ანუ, სარჩელის აღძვრით განპირობებული

ბული ხანდაზმულობის შემაჩერებელი – წარსულში: ხანდაზმულობის ვადის დენის შემწყვეტი – ეფექტი არ ქარწყლდება სარჩელის უკან გატანის შემდეგ.

⁸ BGH, Urt. v. 29. Juli 2021 - VI ZR 1118/20 - BGHZ 231, 1, Rn. 38 ff.

⁹ ამგვარია ფედერალური მთავრობის დასაბუთება ვალდებულებითი სამართლის მოდერნიზაციის კანონთან დაკავშირებით, 31.08.2001, BT-Drucksache 14/6857, 44.

2. უფლების მიმნიჭებელი ნორმისა და შეთანხმების განმარტება

თუ სარჩელი ან შესაგებელი¹⁰, რომელზეც მხარე აპელირებს, არ ემსახურება არც კანონისმიერ და არც სახელშეკრულებო უფლების პირველად თუ მეორეულ მიზანს, იმის დასადგენად, სახეზეა თუ არა უფლების ბოროტად გამოყენება, გადამწყვეტია, წარმოადგენს თუ არა, უფლების მიზნობრივი გამოყენება მის შინაარსობრივ ზღვარს. სხვაგვარად რომ ვთქვათ: გადამწყვეტი მნიშვნელობისაა, წარმოადგენს თუ არა ნორმატიული ან სახელშეკრულებო რეგულატორული მიზანი უფლების მხოლოდ წარმოშობის საფუძველს და ეს უფლება – როდესაც უკვე წარმოშობილია –, ზოგადად, ამ მიზნისაგან მოწყვეტილად შეიძლება იქნეს გამოყენებული და არ აქვს მნიშვნელობა, კონკრეტულ შემთხვევაში, ის ამ მიზნის განხორციელებას ემსახურება, სცდება მას თუ საერთოდ წინააღმდეგობაში მოდის. ამ საკითხის გადასაწყვეტად აუცილებელია, კონკრეტული ნორმატიული თუ სახელშეკრულებო რეგულაციების განმარტება.

თანამედროვე კანონები, ჩვეულებრივ, ამარტივებენ ამ შეკითხვაზე პასუხის გაცემას, გამომდინარე იქიდან, რომ ისინი, ერთი მხრივ, პირდაპირ ასახელებენ კანონის მიზანს და, მეორე მხრივ, შეიცავენ რეგულაციებს იმასთან დაკავშირებით, საჭიროებს თუ არა კანონით მონიჭებული უფლებების გამოყენება შესაბამისი საფუძვლების მითითებას. ამის მაგალითს წარმოადგენს საქართველოს კანონი მომხმარებლის უფლებების დაცვის შესახებ. ამ კანონის პირველ ნაწილში დასახელებულია მისი მიზნები და ფუძემდებლური პრინციპები. ამ ზოგადი მიზნის განსახორციელებლად 13 I მუხლში, დისტანციურად დადებული ხელშეკრულებებისათვის, გათვალისწინებულია ხელშეკრულებაზე უარის თქმის უფლება. ამასთან, ექსპლიციტურად არის განერილი, რომ ამ უფლების გამოყენება არ მოითხოვს რაიმე ტიპის დასაბუთებას. არსობრივად მსგავსად არის მოწყობილი გერმანიასა

და ევროკავშირის სხვა ქვეყნებში მომხმარებელთა დაცვის სამართალში გათვალისწინებული ხელშეკრულებაზე უარის თქმის უფლებები.

ცალკეულ შემთხვევებში, უფლების გამოყენება თავად კანონისმიერი რეგულაციითაა შეზღუდული. მაგალითად, გერმანიაში პირად მონაცემთა დაცვის შესახებ დადგენილების 12 V მუხლი ზღუდავს ამ მონაცემების გამოთხოვის უფლებას, მათ შორის, მისი ექსცესიური გამოყენების ალკვეთის მიზნით. ამ გადაწყვეტის უკან დგას მოსაზრება, რომ მოცემული უფლების ამ ფორმით გამოყენება აღარ არის მოცული ნორმის მიზნით – დაინტერესებული პირის ინფორმირება მასზე არსებულ პირად მონაცემებთან დაკავშირებით – არამედ მიდის უკვე ავზრახულობის მიმართულებით და უფლების შინაარსის გაუმართლებელ გადატვირთვას წარმოადგენს. არაკეთილსინდისიერი კონკურენციის აღკვეთის შესახებ გერმანიის კანონის (UWG) 8c პარაგრაფი (იხ. ამასთან დაკავშირებით B. 3. a)) ზღუდავს კონკურენციულსამართლებრივი მოთხოვნების განხორციელებას, როდესაც მოსარჩელის მიზანს წარმოადგენს არა ჯანსაღი კონკურენტული გარემოს უზრუნველყოფა, არამედ ადვოკატის ჰონორარის მოთხოვნის წარმოშობა.

3. განსხვავება რეგულაციის მიზანზე ორიენტირებულ განმარტებასა და უფლების ბოროტად გამოყენებას შორის

თუმცა, ჩვეულებრივ, არც სამართლის ნორმა და არც სახელშეკრულებო შეთანხმება არ შეიცავს ექსპლიციტურ მოწესრიგებას იმასთან დაკავშირებით, უნდა იყოს თუ არა მათი მეშვეობით დაფუძნებული უფლებები უფლებამოსილი პირის ნება-სურვილისამებრ გამოყენებადი თუ მხოლოდ – კანონისმიერი და სახელშეკრულებო მიზნის (რომელიც ხშირ შემთხვევაში ასევე არ არის ექსპლიციტურად დასახელებული) მისაღწევად ან, სულ მცირე, არ უნდა ეწინააღმდეგებოდეს მას. ამ შემთხვევებისათვის გამოსა-

¹⁰ BGH, Urt. v. 29. Juli 2021 - VI ZR 1118/20 - BGHZ 231, 1, Rn. 38 ff.

ყენებელი განმარტებისათვის არ არსებობს ზოგადად გაწერილი პრინციპები. ამასთან, მოცემული ტიპის შემთხვევებში, გადასვლა უფლების შინაარსობრივი ზღვრიდან, რომელიც ტელეოლოგიური განმარტებიდან გამომდინარეობს, იმ შეზღუდვაზე, რომელიც უკვე უფლების ბოროტად გამოყენების პრინციპებიდან არის გამოყვანილი, ყოველთვის ცალსახა არ არის და ხშირად მათ შორის მიჯნა საკამოდ ბუნდოვანია. ამგვარ, მიჯნაზე მდებარე შემთხვევებს, რეგულაციის მიზანზე ორიენტირებულ განმარტებასა და იმ ქცევას შორის, რომელიც უკვე უფლების ბოროტად გამოყენებად ითვლება, განეკუთვნება, უპირველეს ყოვლისა, არა ის ვითარებები, როდესაც უფლებამოსილი პირი რეგულაციის მიზანს აცდენილ სამართლებრივ შესაძლებლობებს იყენებს მეტ-ნაკლებად ცხადი ავზრახულობით, არამედ, როდესაც ეს სიტუაცია შემთხვევით წარმოიშობა თავსდატეხილი სარგებლის სახით, და ამ ბედის წყალობით წარმოშობილ შესაძლებლობას უფლებამოსილი პირი უკვე თავის სასარგებლოდ იყენებს.

ეს განსაკუთრებით აქტუალურია სახელშეკრულებო მოთხოვნებისა და ინდივიდუალური შეთანხმებებიდან წარმომდგარი მოთხოვნების შემთხვევაში. სწორედ სახელშეკრულებო სამართალია ის სფერო, სადაც მოვლენები ხშირად, არ ვითარდება მხარეთა მიერ წინასწარ (ხელშეკრულების დადების მომენტში) ჩაფიქრებული სცენარის მიხედვით. ამის გამო, შესაძლებელია ინტერესთა გადანაწილებაც შეტრიალდეს და სახელშეკრულებო დათქმა, რომელიც თავიდან მყიდველისათვის იყო ხელსაყრელი და მისი ინიციატივით შეთანხმდა, შეცვლილი გარემოებების წყალობით, გამყიდველისათვის გახდეს ხელსაყრელი და მის ინტერესებს ემსახურებოდეს. ამ შემთხვევების გადაწყვეტისას სახელმძღვანელო პრინციპი უნდა იყოს ის, რომ სახელშეკრულებო მოთხოვნების რაიმე ფორმით იმანენტური შეზღუდვა, დაცვითი მიზნის ასპექტებიდან გამომდინარე, მხოლოდ გამონაკლის შემთხვევაში შეიძლება იქნეს განხილული და ამისა-

თვის, როგორც წესი, კონკრეტული საფუძვლები უნდა იყოს სახეზე. გერმანიის ფედერალური უმაღლესი სასამართლო ამასთან დაკავშირებით ამბობს შემდეგს¹¹:

„... ერთი მხრივ, სწორია, რომ ისეთ სახელშეკრულებო დათქმაზე მითითება, რომელიც მხოლოდ მეორე მხარის ინტერესებს იცავს, შეიძლება ეწინააღმდეგებოდეს ნდობისა და კეთილსინდისიერების პრინციპის (გსკ-ის 242-ე პარაგრაფი). თუმცა, უფლების ბოროტად გამოყენების დაშვებისათვის აუცილებელია კონკრეტული გარემოებების არსებობა. არ არსებობს ზოგადი წესი, რომ ხელშეკრულების ერთ მხარეს არ შეუძლია მიუთითოს იმ პირობაზე, რომელიც მეორე მხარის დაცვას ისახავს მიზნად. პირიქით, ამის საპირისპიროდ, უნდა ითქვას, რომ სახელშეკრულებო დათქმის მხოლოდ ცალმხრივი მბოჭავობა სახელშეკრულებო სამართლისათვის უცხოა, მაშინაც კი, როდესაც ეს დათქმა, თავიდან, მხოლოდ ან უპირატესად ერთი მონაწილის ინტერესების დასაცავად იქნა ხელშეკრულებაში ჩადებული. თუ ხელშეკრულების ერთ-ერთ მხარეს არ უნდა ჰქონდეს უფლება, მიუთითოს მეორე მხარის ინტერესებში შეთანხმებულ პირობაზე, ამის შეთანხმება ან გაცხადებულად უნდა მოხდეს, ან ექსპლიციტურად უნდა გამომდინარეობდეს თავად შეთანხმებიდან და ამ შედეგის დაშვება საჭიროებს შინაარსისა და გამოყენების კონტროლის სპეციალური ტესტის გავლას.“

ამასთან, სწორედ ამ ტიპის შემთხვევები ნათელყოფენ იმ ფაქტს, რომ, ასევე, კანონისმიერი უფლებების შემთხვევაშიც, შეიძლება არა-ცალსახა იყოს გადასვლა რეგულაციისა და ნორმის მიზანზე ორიენტირებული ტელეოლოგიური განმარტებიდან უფლებით სარგებლობის შეზღუდვაზე (მისი ბოროტად გამოყენების მოტივით). ერთი მხრივ, ეს თემატიკა შეიძლება განხილულ იქნეს იმ ჭრილში, რომ უფლება უკვე ობიექტურად არის შეზღუდული დაცვითი მიზნით, როგორც, მაგალითად, ზიანის ანაზღაურების მოთხოვნები გერმანულ სამართალში (შდრ.

¹¹ ამონარიდი გერმანიის ფედერალური უმაღლესი სასამართლოს შემდეგი გადაწყვეტილებიდან: BGH, Urt. v. 22. Oktober 2021 - V ZR 69/20 - BGHZ 231, 310 Rn. 47.

ამასთან დაკავშირებით მე-5 ქვეთავი) და არაკეთილსინდისიერი კონკურენციის აკრძალვის დარღვევიდან გამომდინარე უფლებები (იხ. ქვემოთ B. 2. b)). მეორე მხრივ, მეტი ყურადღება უნდა დაეთმოს ნდობისა და კეთილსინდისიერების პრინციპსა (სკ-ის 8 III და 115-ე მუხლები; გსკ-ის 242-ე პარაგრაფი) და ამ პრინციპიდან გამოყვანილ წესს, რომელიც ზღუდავს უფლებით სარგებლობის შესაძლებლობას, თუ ეს სარგებლობა ბოროტად გამოყენების ზღვარს აღწევს.

მოცემულ პრობლემასთან მიმართებით, გერმანულ სასამართლო პრაქტიკაში ცალკეულ შემთხვევათა ტიპებისა და მიხედვით გამოიკვეთა სახელმძღვანელო პრინციპები, რომლებიც B ქვეთავში იქნება მიმოხილული.

4. უფლების ბოროტად გამოყენების შედეგები

აქ მიმოხილული პრობლემატიკა გერმანულ სასამართლო პრაქტიკასა და სამართლის მეცნიერებაში ცნობილია „პროცესის/სარჩელის ბოროტად გამოყენების“ სახელით („rechtsmissbräuchliche Klage“).

ეს ცნებები ცოტათი დამაბნეველია, რადგან უფლების გამოყენების არაკეთილსინდისიერება, ჩვეულებრივ, მატერიალური სამართლის პრობლემატიკას განეკუთვნება და არა – საპროცესო სამართლის. ანუ, ზოგადად, ბოროტად გამოყენებულად ითვლება მატერიალური კომპეტენცია და არა პროცესის წარმოების შესაძლებლობა. ეს წესი მოქმედებს მაშინაც, როდესაც პირი სასამართლო ან ადმინისტრაციულ წარმოების დანყების შესაძლებლობას არამიზნობრივად იყენებს. ამ შემთხვევაშიც თავად სარჩელი კი არ არის დაუშვებელი ან შესაგებლის წარდგენა კი არ გამოირიცხება პროცესუალური მოტივებით [არამედ მატერიალური უფლების შინაარსი არ მოიცავს მისი ამ ფორმით რეალიზაციის შესაძლებლობას]. სხვაგვარადაა საქმე, როდესაც პირი უშუალოდ სასამართლო

პროცესის წარმოების უფლებას იყენებს ბოროტად. ეს ეხება სარჩელის უფლების ბოროტად გამოყენებას, მაგალითად, კეთილსინდისიერი კონკურენციის დარღვევაზე აპელირებისას (იხ. ქვემოთ B. 3. a)), სააქციოსამართლებრივი შეცდომების სარჩელის ბოროტად გამოყენებას (იხ. ქვემოთ B. 5.) და ასევე ე. წ. „ჩამკეტ ნაკვეთზე“ საკუთრების მოპოვებას იმ მიზნით, რომ შემდეგში მოხდეს მშენებლობის დამტკიცებული გეგმის (Planfeststellungsbeschluss) სასამართლო წესით შეცდომა (იხ. ქვემოთ B. 6.).

5. დაცვითი მიზნიდან გამომდინარე შერაცხვისაგან (Zurechnungszusammenhang) გამიჯვნა ზიანის ანაზღაურების მოთხოვნების შემთხვევაში

გერმანულ მართლწესრიგში ზიანის ანაზღაურების მოთხოვნის (ნორმის დამცავი მიზნიდან თუ სახელშეკრულებო უფლებიდან გამომდინარე) შეზღუდვის საკითხები არ განეკუთვნება უფლების ბოროტად გამოყენების პრობლემატიკას. ამის საპირისპიროდ, ეს შეზღუდვა აღიქმება, როგორც ზიანის ანაზღაურების მოთხოვნის იმანენტური ზღვარი. კერძოდ, ზიანის ანაზღაურება მხოლოდ მაშინ არის დასაშვები, როდესაც, ვალდებულების დარღვევით შექმნილ საფრთხის წყაროსა და ზიანის მომტან ხდომილებას შორის, შეფასებითი პერსპექტივიდან გამომდინარე, არსებობს შინაგანი და არა მხოლოდ „შემთხვევითი“ ბმა.¹² ნორმის მიზანს უნდა წარმოადგენდეს ხელყოფილი სამართლებრივი სიკეთის სწორედ ამ ტიპის დაზიანებისაგან დაცვა.¹³ ეს თემატიკა გერმანულ სამართალში განეკუთვნება ნორმის/ვალდებულების დაცვით მიზანსა და ზიანის მომტან ქმედებას შორის ბმის (ერთის მეორისათვის შერაცხვის), ანუ, ზიანის კაუზალობის, პრობლემატიკას. აქიდან გამომდინარე, მოცემული სტატიის ფარგლებში მას აღარ შევეხებით.

¹² BGH, Urt. v. 27. September 2022 - VI ZR 336/21 - NJW 2022, 3789, juris Rn. 12; BGH, Urt. v. 24. Mai 2022 - VI ZR 206/21 - NJW 2022, 2747, juris Rn. 29; BGH, Urt. v. 22. Mai 2012 - VI ZR 157/11 - NJW 2012, 2024, juris Rn.

13 ff.; BGH, Urt. v. 22. September 2016 - VII ZR 14/16 - BGHZ 211, 375, juris Rn. 14.

¹³ BGH, Urt. v. 27. September 2022 - VI ZR 336/21 - NJW 2022, 3789, juris Rn. 12.

B. უფლების გამოყენების დაუშვებლობა გერმანიაში: უფლების განხორციელება, რომელიც აღარ არის მოცული ნორმის ან ხელშეკრულების მიზნით

ქვემოთ მოცემული იქნება, გერმანულ სასამართლო პრაქტიკაში აქტუალური რამდენიმე კონსტელაცია:

1. ხელშეკრულებაზე უარის თქმის უფლების ბოროტად გამოყენება მომხმარებელთა დაცვის სამართალში:

გერმანიაში ნორმის მიზნიდან გამომდინარე უფლების გამოყენების შეზღუდვას ყველაზე დიდი პრაქტიკული მნიშვნელობა ენიჭება მომხმარებელთა დაცვის კანონებში დაფიქსირებულ ხელშეკრულებაზე უარის თქმის უფლების შემთხვევაში. როგორც სტატიის დასაწყისში იყო ნაჩვენები, ხელშეკრულებაზე უარის თქმის უფლებები გერმანიაში გაცილებით უფრო ფართოა, ვიდრე საქართველოში. თუმცა, გამომდინარე იქიდან, რომ იურიდიული თემატიკა ძირითადად იდენტურია, ქვემოთ, მთავარ პუნქტებზე აქცენტების გაკეთებით, მიმოხილული იქნება, ასევე, ქართული სამართლისათვის ცნობილი, ხელშეკრულებაზე უარის თქმის უფლება ე.წ. დისტანციური გარიგებებისას (მომხმარებელთა უფლებების დაცვის შესახებ კანონის 13 I მუხლი), ხოლო დამატებით ასევე განვიხილავთ უარის უფლებას, სამომხმარებლოს კრედიტისა და მასთან დაკავშირებული გარიგებების შემთხვევაში, რომელიც გერმანულ და ევროპულ სამართალშია აქტუალური.

დისტანციური გარიგებების შემთხვევაში, ხელშეკრულებაზე უარის თქმის უფლება ემსახურება მყიდველის დაცვას იმ სპეციფიკური რისკებისაგან, რომლებიც განპირობებულია იმ გარემოებით, რომ, ხელშეკრულების დადების

მომენტში, მისთვის არ არის შეცნობადი არც კონტრაქტის პიროვნება და არც ნივთია ხილვადი. ხელშეკრულებაზე უარის თქმის უფლებამ ეს დეფიციტი უნდა ამოავსოს იმით, რომ მყიდველს მოსაფიქრებლად მისცეს დრო, რომლის განმავლობაშიც მას, უკვე ნაყიდი საგნის მიღების შემდეგ ექნება შესაძლებლობა, შეამოწმოს ეს ნივთი და გამოსცადოს.¹⁴

ხელშეკრულებაზე უარის თქმის უფლებებმა, სამომხმარებლო კრედიტებისა და სხვა ფინანსური მომსახურებების შემთხვევაში, უნდა უზრუნველყონ მომხმარებლის მიერ მის მოთხოვნილებებზე ყველაზე მეტად მორგებული ხელშეკრულების შერჩევა. ამიტომაც, მას უნდა შეეძლოს, თავიდან მოიშოროს ხელშეკრულება, თუ მისთვის მინიჭებული მოსაფიქრებელი დროის განმავლობაში აღმოჩნდება, რომ ხელშეკრულება არ შეესაბამება მის საჭიროებებს.¹⁵ გარდა ამისა, უარის თქმის უფლებამ, მისი სანქცირებად-დამაფრთხილებელი ეფექტიდან გამომდინარე, უნდა უზრუნველყოს, რომ მომხმარებელმა მიიღოს ყველა საჭირო ინფორმაცია, რომელიც აუცილებელია მისი მხრიდან სახელშეკრულებო ინფორმაციის მოცულობის გაცნობიერებისათვის.¹⁶

თუმცა არსებობს, ასევე, განსხვავებული ვითარებები, როდესაც წამოიჭრება საკითხი, დასაშვებია თუ არა ხელშეკრულებაზე უარის თქმის უფლების გამოყენება, მიუხედავად იმისა, რომ უარის თქმის საფუძვლების კანონისმიერი დაცვითი მიზნით მოცული არ არის. მაგალითად, თუ მყიდველმა რაიმე ნივთი იყიდა საჩუქრად მისი მეგობარი გოგონასათვის, თუმცა სასიყვარულო ურთიერთობა მთავრდება ამ ნივთის გადაცემამდე, ამ მიზნის გაცუდება, გამყიდველის მალაზიაში დადებული ნასყიდობის შემთხვევაში, იქნებოდა ის ზოგადი ცხოვრებისეული რისკი, რომელიც მყიდველმა უნდა ატაროს. ცვლის თუ არა რაიმეს ამასთან დაკავშირებით

¹⁴ EuGH, Urt. v. 3. September 2009 - C-489/07 - NJW 2009, 3015, juris Rn. 20; BGH, Urt. v. 3. November 2010 - VIII ZR 337/09 - BGHZ 187, 268, juris Rn. 23; BGH, Urt. v. 21. Oktober 2004 - III ZR 380/03 - BGHZ 160, 393, juris Rn. 21; BGH, Urt. v. 19. März 2003 - VIII ZR 295/01 - BGHZ 154, 239, juris Rn. 11.

¹⁵ EuGH, Urt. v. 9. September 2021 - C-33/20, C-155/20 und C-187/20 - NJW 2022, 40, juris Rn. 123; EuGH, Urt. v. 19.

Dezember 2019, C-355/18 bis C-357/18 und C-479/18 - NJW 2020, 667, juris Rn. 101; BGH, EuGH-Vorlage vom 31. Januar 2022 - XI ZR 113/21 - ZIP 2022, 472, juris Rn. 71.

¹⁶ EuGH, Urt. v. 9. September 2021 - C-33/20, C-155/20 und C-187/20 - NJW 2022, 40, juris Rn. 124 f.; BGH, EuGH-Vorlage vom 31. Januar 2022 - XI ZR 113/21 - ZIP 2022, 472, juris Rn. 71.

ის ფაქტი, რომ საჩუქრის ყიდვა მოხდა დისტანციური გარიგების ფარგლებში? რა ხდება მაშინ, როდესაც მყიდველი ხელსაწყოს, რომელიც მას მხოლოდ ერთადერთხელ სჭირდება, მაგალითად, ხმის გამაძლიერებლები, ყიდულობს ონლაინ, რათა, მისით ერთჯერადად სარგებლობის შემდეგ, უარი თქვას ხელშეკრულებაზე. ან სხვა შემთხვევა რომ მოვიყვანოთ: პირი, იმისათვის, რომ ყოველ წვეულებაში ახალ ტანისამოსში გამოჩნდეს, ყოველ ჯერზე, წვეულების წინ ონლაინ უკვეთავს შესაბამისი ზომის ტანსაცმელს და მას ამ ღონისძიების შემდეგ უკან უგზავნის გამყიდველს?

როგორც დასაწყისში უკვე აღინიშნა, როგორც საქართველოში, ისე გერმანიაში, კანონითაა განსაზღვრული, რომ ხელშეკრულებაზე უარის თქმა არ საჭიროებს შესაბამის დასაბუთებას. ის ფაქტი, რომ არ საჭიროებს დასაბუთებას, მიუთითებს იმაზე, რომ ეს დასაბუთება შეიძლება საერთოდ არც არსებობდეს. ამ შემთხვევაში ნორმატიული მიზანმიმართულება წარმოადგენს მხოლოდ ბიძგის მიმცემს ხელშეკრულებაზე უარის თქმის უფლების კანონისმიერი რეგულაციისათვის. ხოლო მისით სარგებლობა უკვე სრულებით მომხმარებლის ნება-სურვილზეა დამოკიდებული და უფლების ბოროტად გამოყენება არ გვექნება სახეზე მხოლოდ იმის გამო, რომ უარის თქმის უფლების გამოყენება ნორმის მიზნით არ არის მოცული.¹⁷ ამიტომაც, უარის თქმის უფლების მიზნისაგან სრულებით მოწყვეტილი საფუძვლები, როგორიცაა, დასაჩუქრებულთან სასიყვარულო ურთიერთობის ჩაშლა ან, საერთოდ, ყოველგვარი საგნობრივი მიზეზის არარსებობა, მაგალითად, გახარჯული ფულის უკან დაბრუნებისა და სხვა მიზნით სარგებლობის სურვილი, არ წარმოადგენს უფლების ბოროტად გამოყენებად დაკვალიფიცირების საფუძველს.

თუმცა ეს არ ნიშნავს, რომ ხელშეკრულებაზე უარის თქმის უფლების ბოროტად გამოყენება საერთოდ შეუძლებელია და ის არ იზღუდება ამ პრინციპების მიხედვით. პირველ რიგში, არსებობს ე. წ. „სუფთა სახით“ უფლების ბოროტად გამოყენების შემთხვევები, მაგალითად, როდესაც მომხმარებელი, ცალსახად დამტკიცებულად, სრულებით თვითნებურად აკეთებს შეკვეთებს, რომელთა გამოხმობასაც უკვე გემავს ამ მომენტში.¹⁸ აქ, გამონაკლისის სახით, უარის თქმის უფლების მიზნის საწინააღმდეგო პირველი გამოყენებაც უკვე ბოროტად გამოყენებად ითვლება, როდესაც პროდუქტის ყიდვა ხდება მიზანმიმართულად ერთჯერადი გამოყენებისათვის და შემდეგ წინასწარდაგეგმილად ის უკან იგზავნება (შდრ. ზემოთ მოყვანილი შემთხვევები). თუმცა ამის ფაქტობრივი წინაპირობების დამტკიცება პრაქტიკულად შეუძლებელია. ამიტომაც, უფლების ბოროტად გამოყენების ტენდენციისაგან გამყიდველს თავის დაცვა შეუძლია, ძირითადად, მხოლოდ იმით, რომ ზემოთ ხსენებული პრაქტიკით დაკავებულ მყიდველს „დაუბლოკავს“ შემდგომი შეკვეთის შესაძლებლობას.¹⁹

ამის საპირისპიროდ, უფლების ბოროტად გამოყენების დასადასტურებლად არ არის საკმარისი მხოლოდ ის მიზეზი, რომ კონკრეტული მყიდველი უზშირებს თავიდან (რეალური) განზრახვით შეძენილი პროდუქტების რეტურს. ეს წესი მოქმედებს მით უფრო მაშინ, როდესაც მყიდველს აქვს გამართლებული ინტერესი, შეიძინოს უფრო მეტი პროდუქტი, ვიდრე ეს მას სჭირდება, რათა მიწოდებულიდან შეარჩიოს მისთვის ყველაზე შესაფერისი ან საერთოდ არც ერთი არ დაიტოვოს. ამგვარი ქცევა საბოლოო ჯამში, ისევ და ისევ, დისტანციური გარიგებისათვის დამახასიათებელი უარყოფითი მომენტებითაა განპირობებული, კერძოდ, იმით, რომ

¹⁷ BGH, Urt. v. 12. Juli 2016 - XI ZR 564/15 - BGHZ 211, 123, juris Rn. 44 ff.; BGH, Urt. v. 12. Juli 2016 - XI ZR 501/15 - BGHZ 211, 105, juris Rn. 20 ff.; BGH, EuGH-Vorlage vom 31. Januar 2022 - XI ZR 113/21 - ZIP 2022, 472, juris Rn. 50.

¹⁸ Hönninger in: Herberger / Martinek / Rüßmann / Weth / Würdinger, jurisPK-BGB, 10. Aufl., § 355 BGB (Stand: 01.02.2023) Rn. 65.

¹⁹ შდრ., წარსულში მოქმედი მონაცემთა დაცვის სამართლებრივი სამართლის რეგულაციების მიხედვით, მონაცემთა შენახვისათვის წაყენებულ აუცილებელ წინაპირობებთან დაკავშირებით: Hanseatisches Oberlandesgericht Hamburg, Urt. v. 25. November 2004 - 5 U 22/04 - juris, insb. Rn. 44 ff. und Rn. 55 ff.

მყიდველს – განსხვავებით პროდუქტის უშუალოდ მალაზიაში შერჩევისას – არ შეუძლია, ხელშეკრულების დადებამდე, თავისუფლად შეათვალიეროს, გამოსცადოს თუ ჩაიცვას სხვადასხვა პროდუქტი, რათა წინდანივე შეარჩიოს მისთვის ყველაზე ხელსაყრელი ან საერთოდ უარი თქვას რაიმეს ყიდვაზე.

ზემოთ განხილულისგან გასამიჯნ საკითხს წარმოადგენს, თუ როდის წარმოშობს ნივთის შემონმება – რომელიც სცდება მისი თვისებების გადამონმებას – კომპენსაციის მოთხოვნას, ანუ, მყიდველმა უნდა აანაზღაუროს ნივთის შემცირებული ღირებულება.²⁰ ასე, მაგალითად, ტანსაცმლის მოზომება ან ხანმოკლე პერიოდის განმავლობაში ტარება, ონლაინ-შეკვეთის შემთხვევაში, ემსახურება მის შემონმებას, თუმცა ხანგრძლივი დროის განმავლობაში ტარება უკვე შემონმებად ველარ ჩაითვლება.²¹

გერმანულ სასამართლოებს უკანასკნელ წლებში ე. წ. „დიზელის სკანდალთან“²² დაკავშირებით არაერთხელ მოუწიათ იმ საკითხთან კონფრონტაცია, თუ რა ფარგლებშია დასაშვები ხელშეკრულებაზე უარის თქმის უფლების გამოყენება დაკავშირებული გარიგებების შემთხვევაში (ავტომანქანის ნასყიდობა, რომლის დაფინანსებაც მოხდა სამომხმარებლო კრედიტით). თუმცა ეს თემატიკა ნაკლებად არის დამოკიდებული ზემოთ ხსენებული დაცვითი მიზნისათვის შერაცხვის ასპექტებთან, არამედ ეხება ურთიერთწინააღმდეგობრივ ქცევასა და პრეკლუზიას, განსაკუთრებით, ხელშეკრულებაზე უარის თქმის შემდეგ, ნაყიდი ნივთის შემდგომი გამოყენების ან გაყიდვის შემთხვევაში.²³ იგივე ეხება საკითხს, თუ რა წინაპირობების არ-

სებობის შემთხვევაშია შესაძლებელი, განვადებით ნასყიდობისას, ხელშეკრულებაზე უარის უფლების გამოყენება, მას შემდეგ, რაც ორივე მხარის მიერ ვალდებულებების სრულად დაფარვის შემდეგ უკვე წლებია გასული.²⁴

2. შრომისსამართლებრივი დისკრიმინაციიდან წარმომდგარი კომპენსაციის უფლების ბოროტად გამოყენება

გერმანიაში, საყოველთაო თანასწორი მოპყრობის შესახებ კანონის (*Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz – AGG*) მიხედვით, დამსაქმებელმა, რომლის მხრიდანაც ადგილი აქვს დისკრიმინაციულ მოპყრობას, დისკრიმინირებულ პირს, კონკრეტული ზიანის ანაზღაურების გარდა (კანონის 15 I პარაგრაფი), უნდა გადაუხადოს ასევე ზიანისაგან დამოუკიდებელი კომპენსაცია. დისკრიმინაციად ითვლება ასევე შემთხვევა, როდესაც ხდება კონკურსანტის/პრეტენდენტის არახელსაყრელ მდგომარეობაში ჩაყენება მისი ეთნიკური წარმომავლობის, სქესის, რელიგიის, მსოფლმხედველობის, შეზღუდული უნარების²⁵, ასაკის ან სექსუალური იდენტობის გამო. კომპენსაციის რაოდენობა შეიძლება განისაზღვროს მაქსიმუმ სამი თვის ანაზღაურების ოდენობით.

დამსაქმებლებისთვის დაკისრებული დისკრიმინაციის ეს აკრძალვა და მისგან გამომდინარე ქცევის ვალდებულებები შეიცავენ „ხაფანგში გაბმის“ საფრთხეს, განსაკუთრებით მაშინ, როდესაც ასაკის, სქესისა და მძიმე ფორმით შეზღუდული შესაძლებლობის²⁶ საბაბით დისკრიმინაციის ბრალდებაა სახეზე. ამ მახეში გაბმის

²⁰ იხ. საცურაო ლეიბის წლით ავსებასთან და მის სამდღიან გამოყენებასთან დაკავშირებით: BGH, Urt. v. 3. November 2010 - VIII ZR 337/09 - BGHZ 187, 268, juris Rn. 19 ff.

²¹ Hönninger in: Herberger / Martinek / Rüßmann / Weth / Würdinger, jurisPK-BGB, 10. Aufl., § 357a BGB (Stand: 01.02.2023) Rn. 11 f.

²² დიზელის ძრავზე მომუშავე ავტომობილების ძრავში ჩამხშობი მოწყობილების ჩაშენება, რათა ამით გამონაბოლქვის დასაშვები ნორმის დაცვა მომხდარიყო.

²³ შდრ. მოცემულ საკითხთან დაკავშირებით BGH, Urt. v. 21. März 2023 - XI ZR 42/22 - juris Rn. 21; BGH, EuGH-

Vorlage vom 31. Januar 2022 - XI ZR 113/21 - ZIP 2022, 472, juris Rn. 57 ff.

²⁴ იხ.: Saarländisches Oberlandesgericht Saarbrücken, Urt. v. 6. August 2015 - 4 U 156/14 - NJW-RR 2016, 630, juris Rn. 41 ff.; კონკრეტულ შემთხვევაში სასამართლომ საკუთარი დასაბუთება დაამყარა *venire contra factum proprium verneint*-პრინციპს.

²⁵ შდრ. ასევე Art. 164 Abs. 2 Satz 2 SGB (Sozialgesetzbuch) IX.

²⁶ იხ. სახელმწიფოს, როგორც დამსაქმებლისათვის, მძიმე შეზღუდული შესაძლებლობის მქონე პრეტენდენ-

საფრთხე განსაკუთრებით მაღალია, თუ დამსაქმებელს ადამიანური რესურსის მართვის დეპარტამენტში მაღალკვალიფიკაციური კადრები არ ჰყავს დასაქმებული. ამ დროს ძალიან მარტივია შეცდომის დაშვება და დისკრიმინაციული მოპყრობის გამომჟღავნება ვაკანსიის გამოცხადებისას ან კონკურსის ჩატარებისას. ამით განპირობებულმა კომპენსაციის ვალდებულების არსებობამ შეიძლება უბიძგოს პირებს, წინასწარ შეაფასონ თავისუფალი ვაკანსიები დისკრიმინაციის აკრძალვის შესაძლო დარღვევებზე და, ამ დარღვევის აღმოჩენის/ექვსის არსებობის შემთხვევაში, თუ თავად დისკრიმინირებულ პირთა წრეს განეკუთვნებიან, წინასწარგანზრახულად შეიტანონ განაცხადი შესაბამის ვაკანსიაზე [რათა მათ შემდეგ დასაქმებაზე უარი უთხრან და ანაზღაურება მოითხოვოს].

თუ ამ განზრახვით მოქმედ პრეტენდენტს უარს ეტყვიან დასაქმებაზე, მისი მხრიდან ამის შემდეგ კომპენსაციის მოთხოვნა, შრომის სასამართლოს მყარად დადგენილი პრაქტიკის მიხედვით, წარმოადგენს უფლების ბოროტად გამოყენებას – თუ პრეტენდენტის მიზანი იყო მხოლოდ კომპენსაციისა და ზიანის ანაზღაურების მოთხოვნების მოპოვება პოტენციური დამსაქმებლის მიმართ, დისკრიმინაციული მოპყრობის გამო, და არა რეალური დასაქმება.²⁷ მითითებისა და მტკიცების ტვირთი ეკისრება დამსაქმებელს. თუმცა, ჩვეულებრივ, ამ არაკეთილსინდისიერ განზრახვაზე მიუთითებს უკვე ის გარემოება, რომ პრეტენდენტის კვალიფიკაცია მკვეთრად ჩამოუვარდება დასაკავებელ პოზიციაზე დამსაქმებლის მოთხოვნებს, პრეტენდენტი, სხვადასხვა შეუსაბამო ქცევით, უკვე კონკურსის მიმდინარეობისას ცხადს გახდის თავის რეალურ განზრახვას და ქმნის შთაბეჭდილებას, რომ მას არა დამსაქმებლის კეთილგანწყობის მოპოვება²⁸, არამედ, მისი შეშინება სურს ან, მა-

გალითად, ეს პრეტენდენტი თავის „დიდ ასაკზე“, როგორც პოტენციურ დისკრიმინაციულ ნიშანზე, საკონკურსო განაცხადში, განსაკუთრებული სიხშირითა და განსაკუთრებული დაჟინებით აპელირებს.²⁹

3. არაკეთილსინდისიერ კონკურენციაზე აპელირების უფლების ბოროტად გამოყენება

ა) არაკეთილსინდისიერი კონკურენციის წინააღმდეგ მიმართულ კანონებში გათვალისწინებული უფლებები, რომლებიც დაუშვებელი კონკურენციის აღმოფხვრის წინააღმდეგაა მიმართული, სხვათა გვერდით, სხვადასხვა უფლებაუნარიან გაერთიანებებს ანიჭებენ შესაძლებლობას, მოითხოვონ სამენარმეო და პროფესიული საქმიანობის ხელშეწყობა. ამ უფლების განხორციელების ფარგლებში, თუნდაც სასამართლოს ჩართვის გარეშე, ამ გაერთიანებებს აქვთ მოთხოვნის უფლება წარმოშობილი ხარჯების დაკმაყოფილებაზე, მათ შორის ადვოკატის ჰონორარის ანაზღაურებაზე. გამომდინარე აქედან, პირველ რიგში, ისეთი გაერთიანებებისათვის, რომლებიც ეკონომიკურად ისედაც დაკავშირებულნი არიან საადვოკატო ბიუროებთან, შეიძლება მიმზიდველი იყოს, არა მხოლოდ ფაქტობრივად აღმოაჩინონ მაქსიმალური რაოდენობის დარღვევები (მაგალითად, სარეკლამო სლოგანების სისტემური შემონმების შედეგად) და შემდეგ გააპროტესტონ, არამედ გააკეთონ ეს იმ ფორმით, რომელიც ზემოთხსენებული ხარჯების გაღებისა და შემდეგ მეორე მხარისათვის გადაკისრების კუთხით ამ გაერთიანებისათვის ყველაზე მომგებიანია. ამიტომაც, მოცემული უფლების ბოროტად გამოყენებისათვის ხელშესაშლელად არაკეთილსინდისიერი კონკურენციის აღკვეთის შესახებ გერმანიის კანონის 8c შეიცავს შემდეგ რეგულაციას:

ტის მიმართ დაკისრებულ განსაკუთრებულ პროცედურულ ვალდებულებებთან დაკავშირებით: § 165 SGB IX; BAG, Urt. v. 25. November 2021 - 8 AZR 313/20 - NZA 2022, 63, juris Rn. 18 ff.

²⁷ BAG, Urt. v. 19. Januar 2023 - 8 AZR 437/21 - NZA 2023, 688, juris Rn. 43 ff.; BGH, Urt. v. 25. Oktober 2018 - 8 AZR 562/16 - NZA 2019, 527, juris Rn. 46 ff.; BAG, Urt.

v. 19. Mai 2016 - 8 AZR 470/14 - BAGE 155, 149., juris Rn. 32 ff.

²⁸ მაგალითად, პრეტენდენტი (განზრახ?) მასიურად უშვებს ისეთ ორთოგრაფიულ შეცდომებს, რომლებიც მის მიერ განაცხადში მითითებული განათლების დონესთან და დამსაქმებლის მოთხოვნებთან შეუსაბამოა.

²⁹ შდრ., მაგალითად, BAG, Urt. v. 31. März 2022 - 8 AZR 238/21 - NZA 2022, 1401, juris Rn. 44 ff.

„(1) მე-8 პარაგრაფის 1-ელი აბზაციდან გამომდინარე უფლებების წაყენება არის დაუშვებელი, თუ ეს, საერთო სურათის გათვალისწინებით, უფლების ბოროტად გამოყენებად შეიძლება ჩაითვალოს.

(2) უფლების ბოროტად გამოყენება საექვოობისას სახეზეა, როდესაც:

1. უფლების წაყენება, ძირითადად, ემსახურება დარღვევის ჩამდენი პირის მიმართ დანახარჯების, გაღებული საპროცესო ხარჯებისა თუ პირგასამტეხლოს გადახდის მოთხოვნის მოპოვებას.

2. კონკურენტი, ერთი და იმავე დანანესის დარღვევიდან გამომდინარე, იყენებს გაფრთხილებას, თუმცა დარღვევათა რაოდენობა, რომელზეც ის აპელირებს, შეუსაბამოა მისი სავაჭრო ბრუნვის მოცულობასთან და, ამავდროულად, ეს კონკურენტი არ ატარებს სასამართლო წარმოებისა თუ სასამართლოს ჩართვის გარეშე გადადგმული სამართლებრივი ნაბიჯების ხარჯებს.

3. კონკურენტის მიერ გაფრთხილებისათვის გაღებულ ხარჯთა შეფასება არის შეუსაბამოდ მაღალი.

4. შეთანხმებული თუ მოთხოვნილი პირგასამტეხლო ცალსახად შეუსაბამოდ მაღალია.

5. მოთხოვნილია მოქმედების განხორციელებისაგან თავის შეკავება, რომელიც ცალსახად სცდება იმ სიკეთის ხელყოფის ფარგლებს, რომლის თავიდან ასაცილებლადაც მოხდა გაფრთხილება.

6. რამდენიმე დარღვევის შესახებ გაფრთხილება შეიძლებოდა ერთიანად, თუმცა ეს ცალკე გაფრთხილებების სახით ხდება.

7. დარღვევაზე რამდენიმე პირია პასუხისმგებელი, თუმცა, ყოველგვარი საგნობრივი დასაბუთების გარეშე, მათთვის მოთხოვნების წაყენება არ ხდება ერთობლივად.

(3) თუ სახეზეა მოთხოვნების იმგვარი წაყენება, რაც მათი ბოროტად გამოყენებად ითვლება,

მოთხოვნების ადრესატს შეუძლია მოითხოვოს მათი წამყენებლისაგან იმ ხარჯების ანაზღაურება, რომლებიც მან საკუთრი სამართლებრივი პოზიციების დაცვისათვის გაიღო. ეს გამორიცხავს სხვა ტიპის ზიანის ანაზღაურების მოთხოვნებს.“

გერმანიაში კონკურენციის შესახებ კანონის 8c პარაგრაფი ყველაზე თვალსაჩინო მაგალითია იმისა, რომ სრულებით რაციონალური მიზნის მქონე დამცავი დანანესი შეიძლება შეიცავდეს მის საფუძველზე მინიჭებული უფლების ბოროტად გამოყენების რისკს და როგორ შეუძლია მართლწესრიგს ამ რისკის გასაწეიტრალეზლად ქმედითი ზომების მიღება.³⁰ თუმცა, გერმანიაში კონკურენციის შესახებ კანონის 8c პარაგრაფში ჩამოყალიბებული კრიტერიუმების პირდაპირი გავრცელება სხვა სფეროებზე შეუძლებელია, რადგან კეთილსინდისიერების პრინციპიდან გამომდინარე წესი, რომელიც ზღუდავს უფლებას, ჩვეულებრივ, მოქმედების მხრივ, ვერ უტოლდება პირდაპირ ნორმატიულ მოწესრიგებას.

b) ამ კონტექსტში საინტერესოა კიდევ ერთი გადანყვეტილება, რომელშიც გერმანიის ფედერალურმა უმაღლესმა სასამართლომ, მიუხედავად სარეკლამო განცხადების ობიექტურად შეცდომაში შემყვანი ხასიათისა, ნორმის დაცვითი მიზნის ასპექტებიდან გამომდინარე, თავშივე უარყო საერთოდ არაკეთილსინდისიერი კონკურენციის არსებობა და არ მიიჩნია მხოლოდ (არაკეთილსინდისიერი კონკურენციიდან გამომდინარე) უფლების განხორციელება დაუშვებლად, მისი ბოროტად გამოყენების საბაბით. ამ გადანყვეტილების³¹ შემთხვევაში საქმე ეხებოდა შემდეგს (რაც ქვემოთ შემოკლებულად იქნება გადმოცემული):

მოპასუხე, რომელიც იყო მოვაჭრე, ერთ-ერთ სარეკლამო განცხადებაში იტყობინებოდა სათამაშო მოწყობილობის შესახებ. მოპასუხის შესაბამისმა განყოფილებამ, ერთ-ერთ საცდელ

³⁰ შდრ. დეტალებთან დაკავშირებით: BGH, Urt. v. 26. Januar 2023 - I ZR 111/22 - BGH, Urt. v. 26. Januar 2023 - I ZR 111/22 - juris Rn. 39 ff.; BGH, Urt. v. 21. Januar 2021 - I ZR 17/18 - GRUR 2021, 752, juris Rn. 37 ff.; BGH, Urt. v. 4. Juli 2019 - I ZR 149/18 - NJW 2019, 3377, juris Rn.

46; Seichter in: Seichter, jurisPK-UWG, 5. Aufl., § 8c UWG (Stand: 12.05.2023) Rn. 20 ff.

³¹ BGH, Urt. v. 27. Juni 2002 - I ZR 19/00 - NJW-RR 2002, 1686, juris Rn. 27 ff.

სატელეფონო ზარზე გასცა პასუხი, რომ შესაბამისი პროდუქტი არ იყო მარაგში და მაღაზიიდან მისი დაუყოვნებლივი ნამოღება შეუძლებელი იყო. სატელეფონო ინფორმაცია იყო არასწორი, რადგან გარეკლამებული პროდუქტის მარაგი რეალურად არსებობდა ამ მაღაზიაში. ამგვარად, დისტანციური კომუნიკაცია შეიცავდა შეცდომაში შემყვან ცნობას მარაგის რაოდენობასთან დაკავშირებით, რაც გერმანიაში, არაკეთილსინდისიერი კონკურენციის აღკვეთის შესახებ კანონის მე-3 პარაგრაფის მიხედვით, არაკეთილსინდისიერ სავაჭრო ქცევას წარმოადგენს. თუმცა ეს არ წარმოადგენს კონკურენციის სამართლის გაგებით მნიშვნელოვან ქცევას, რადგან, გერმანიის ფედერალური უმაღლესი სასამართლოს პრაქტიკის მიხედვით, მოცემული დანაწესის გამოყენებებისათვის, ნორმის დაცვითი მიზნიდან გამომდინარე, აუცილებელია, რომ:

მარაგთან დაკავშირებული არასწორი ინფორმაციის მიწოდების აკრძალვა მიზნად ისახავს იმ სავაჭრო პრაქტიკის აღკვეთას, რომ მომხმარებელი არ მიიზიდონ არასწორი ცნობებით, ხოლო შემდგომ მაღაზიაში მისულმა აღმოაჩინოს, რომ პროდუქტის დაუყოვნებლივი შეძენა და ნამოღება შეუძლებელია. სატელეფონო ცნობა, რომ პროდუქტი მაღაზიაში არ მოიპოვება, კი არ იზიდავს დაინტერესებულ პოტენციურ მყიდველს, არამედ, პირიქით, აკარგვინებს მას მაღაზიაში მისვლის სურვილს. ამგვარად, ამ ტიპის შეცდომაში შემყვანი ინფორმაცია, არ ისახავს მიზნად კონკურენციაში ჩართული სუბიექტისათვის სხვა კონკურენტებთან მიმართებით რაიმე უპირატესობის მოპოვებას და, ამგვარად, ნორმის დაცვითი მიზნის ასპექტებიდან გამომდინარე, არ ექცევა, დაცვითი მიზნიდან გამომდინარე, არაკეთილსინდისიერი კონკურენციის აღკვეთის შესახებ გერმანიის კანონის მე-3 პარაგრაფის მოქმედების სფეროში.

4. მოშლის გაცხადების შემდეგ მისი საფუძვლის გაქარწყლება

თუ ხელშეკრულების მოშლა საჭიროებს საფუძველს და ეს საფუძველი ქარწყლდება ამ მო-

შლის გაცხადების შემდეგ, წარმოიჭრება საკითხი, შეიძლება თუ არა, უფლების ბოროტად გამოყენების საბაბით, შეიზღუდოს ამ მოშლაზე შემდგომი მითითება. ამ შემთხვევის განსაკუთრებული პრობლემატიკა მდგომარეობს იმაში, რომ უკვე გამოყენებული გარდაქმნითი უფლების ნამდვილობა, სამართლებრივი სტაბილურობის ჭრილში, განსაკუთრებული ურყეობისა და სამართლებრივი სიცხადის მოთხოვნებს ექვემდებარება, და, მოშლის გაცხადების შემდეგ, მისი ნებისმიერი ფორმით კორექცია – თუნდაც მხოლოდ არაპირდაპირი ფორმით – ამ მოთხოვნების დარღვევა იქნებოდა. ეს პრინციპი მით უფრო მოქმედებს გრძელვადიანი ურთიერთობების შემთხვევაში, როგორც არის, მაგალითად, საცხოვრებელი სადგომის ქირავნობის ხელშეკრულება, რომლის დროსაც უკვე გარდაქმნილი სამართლებრივი მდგომარეობის შედეგების გაქარწყლებას მრავალგვარი ზემოქმედება შეიძლება მოჰყვეს სხვადასხვა ფაქტობრივ თუ სამართლებრივ ურთიერთობაზე, მათ შორის მესამე პირებთან მიმართებითაც.

პირადი საჭიროების გამო მოშლის შემთხვევაში (გსკ-ის 573 II Nr. 2 – რეგულატორული ბირთვი იდენტურია სკ-ის 562 Nr. 2 ბ) მუხლისა), გერმანიის უმაღლესი ფედერალური სასამართლო ამ საკითხს შემდეგნაირად წყვეტს: გამქირავებელი იყენებს უფლებას ბოროტად, თუ ის არ ატყობინებს დამქირავებელს, მოშლის ძალაში შესვლის მომენტამდე, ანუ, მოშლის გაცხადებასა და ქირავნობის ურთიერთობის დასრულებას შორის შუალედში, იმ ფაქტის შესახებ, რომ მას ბინა თავისთვის აღარ სჭირდება და არ სთავაზობს ქირავნობის ურთიერთობის გაგრძელებას. თუმცა, ეს წესი, არ ვრცელდება იმ შემთხვევაზე, როდესაც პირადი საჭიროების განმაპირობებელი გარემოება მხოლოდ მას შემდეგ წყვეტს არსებობას, როდესაც მოშლა უკვე ძალაში შევა; არ აქვს მნიშვნელობა, დამქირავებელს აქვს თუ არა ბინა უკვე დაცლილი, თუ მისი ნივთები (ხელშეკრულების დარღვევით) ჯერ კიდევ

ბინაშია.³² ამ სამართლებრივი გადანაცვების განსაკუთრებულობა, ერთი მხრივ, მდგომარეობს იმაში, რომ, მისი მეშვეობით, ქირავნობის ურთიერთობის დასრულების შემდეგ სამართლებრივი სტაბილურობის შენარჩუნებას გადანაცვები მნიშვნელობა ენიჭება, ხოლო, მეორე მხრივ, ის თავიდან იცილებს და არ უშვებს იმ შემდეგს, რომ მოშლის საფუძვლის გაქარწყლებას – რომელიც ხდება მოშლის გაცხადებასა და სახელშეკრულებო ურთიერთობის დამთავრებას შორის შუალედში – პირდაპირი გავლენა ჰქონდეს მოშლის ნამდვილობაზე. ეს არა მხოლოდ ხელს უწყობს სამართლებრივ სტაბილურობას, არამედ, ასევე, ანგარიშს უწევს დამქირავებლის ინტერესებს, რომელიც, მოცემულ შემთხვევაში, დაცვას იმსახურებს. ეს უკანასკნელი შეიძლება უკვე მოემზადა და მიიღო ზომები მოშლის ნამდვილობის ნდობიდან გამომდინარე და – უკვე იქირავა რა ახალი ბინა – შეიძლება, სწორედ იმით იყოს დაინტერესებული, რომ დამქირავებელი შებოჭილი ყოფილიყო მოშლის ნების გამოსატყვევით, მიუხედავად მისი საფუძვლის გაქარწყლებისა.

ამ მოსაზრებას გერმანიის ფედერალური უმაღლესი სასამართლო, სხვა არგუმენტებთან ერთად, ასევე შემდეგნაირად ასაბუთებს:³³

„bb) თუ მოშლის სამართლებრივი შედეგები ჯერ არ დამდგარა, არ არსებობს ამის გამომრიცხავი საფუძვლები და, პირიქით, ამას მოითხოვს დამქირავებლის ინტერესების დაცვა, რომ თავიდან ნამდვილ მოშლას მოგვიანებით წაერთვას ნამდვილობა, თუ ეს გამართლებულია ზოგადმოქმედი პრინციპებით, მაგალითად, უფლების ბოროტად გამოყენების აკრძალვით (გსკ-ის 242-ე პარაგრაფი). უფლების ბოროტად გამოყენება განსაკუთრებით მაშინ არის სახეზე, როდესაც დამქირავებლის პირადი საჭიროება მოშლის ვადის გასვლამდე და, შესაბამისად, მის საფუძველზე ქირავნობის ურთიერთობის დამთავრებამდე გაქარწყლდა, თუმცა, დამქირავებელს, ამის მიუხედავად, მაინც აქვს გადანაცვებითი

მოშლის ძალაში დატოვება, რომელიც მხოლოდ ფორმალურად იყო მართლზომიერი – მხოლოდ გაცხადების მომენტში ჰქონდა შესაბამისი საფუძველი.

cc) ქირავნობის (სამართლებრივად) დასრულების შემდეგ ქარწყლება ... დამქირავებლის მფლობელობის უფლება, რომელსაც აქვს არაორიგინარული ხასიათი, არამედ მხოლოდ ნაწარმოებია ბინაზე სხვისი უფლებიდან (...); დამქირავებლის, რომელიც, ჩვეულებრივ, ბინის მესაკუთრეა, განკარგვის უფლებამოსილება ამ შემთხვევაში აღსდგება მისი სრული, კონსტიტუციის მე-14 მუხლით აღიარებული და გარანტირებული მოცულობით. დამქირავებელი, რომელიც დამქირავებულ ნივთს არ უბრუნებს დამქირავებელს, ნამდვილი მოშლის მეშვეობით ქირავნობის დასრულების შემდეგ, არღვევს ხელშეკრულების მოთხოვნებს; ბრალი ამ შემთხვევაში უმნიშვნელოა.

dd) არ არის საჭირო დავუშვათ პოსტ-სახელშეკრულებო [ხელშეკრულების დამთავრების შემდეგ განგრძობადი] ერთგულების ვალდებულებების არსებობა, რომლებიც უპირატესობას მიანიჭებდა დამქირავებლის ინტერესს ქირავნობის გაგრძელებასთან დაკავშირებით, დამქირავებლის (ნივთის დაბრუნების) მოთხოვნასთან მიმართებით. სენატმა თავის გადანაცვებულ 2003 წლის 9 ივლისის (BGH, Urt. v. 9. Juli 2003 - NJW 2003, 2604, II.2) მსგავსად გადანაცვლება შემთხვევა, როდესაც, დამქირავებელმა პირადი საჭიროების გამო, რომელიც (მოცემულ ბინაზე) აგრძელებდა არსებობას, მოშალა ხელშეკრულება, თუმცა ამავე პერიოდში თავისუფლდებოდა მისი სხვა ბინა. ზემოთ განხილული შემთხვევის გადანაცვება ამისგან არ უნდა განსხვავდებოდეს. დამქირავებლის პოსტ-სახელშეკრულებო ვალდებულების დაშვება, რომლის მიხედვითაც, მან დამქირავებელს, ქირავნობის ურთიერთობის დასრულების შემდეგ, უნდა აცნობოს მოშლის საფუძვლის არარსებობის შესახებ, ეს იქნებოდა ასისტემური და ხელყოფა იმ

³² შდრ. ამ პრობლემატიკასთან დაკავშირებით ერთობლიობაში: BGH, Urt. v. 9. November 2005 - VIII ZR 339/04 - BGHZ 165, 75, juris Rn. 19 ff.; BGH, Versäumnisurteil v.13. Juni 2012 - VIII ZR 356/11 - juris Rn. 10; BGH, Urt. v. 22. Mai 2019 - VIII ZR 167/17 - NJW-RR 2019, 972,

juris Rn. 28; BGH, Urt. v. 9. Dezember 2020 - VIII ZR 238/18 - NJW 2021, 1232, juris Rn. 15.

³³ ამონარიდი: BGH, Urt. v. 9. November 2005 - VIII ZR 339/04 - BGHZ 165, 75, juris Rn. 19 ff.

პრინციპებისა, რომელთა მიხედვითაც არის კონსტრუირებული მოშლის გაცხადების გარდაქმნითი ეფექტი. დამქირავებლის ინტერესები ბინის დატოვებასთან დაკავშირებით შეგვიძლია გავითვალისწინოთ მხოლოდ იმგვარად, რომ გამქირავებელს დაეკისროს პოსტ-სახელშეკრულებო ვალდებულება, შესთავაზოს დამქირავებელს იმავე ბინაზე ახალი ხელშეკრულების დადება. არასავარაუდოა, რომ კანონმდებლის მიერ ამ ტიპის კონტრაქტების იძულება ნასურვები ყოფილიყო. ნებისმიერ შემთხვევაში, ის არ იკითხება ქირავნობის სამართლის სარეფორმო კანონიდან ...

d) მოშლის ნამდვილობის შემდგომ, გამქირავებლის პირადი საჭიროების განმაპირობებელი გარემოების გაქარწყლების გათვალისწინება, ყველაფერთან ერთად, იქნებოდა გამქირავებლის სამართლებრივი პოზიციების დაუშვებელი ხელყოფა და ვალდებულების დამრღვევი დამქირავებლის უკეთეს მდგომარეობაში ჩაყენება, იმ დამქირავებელთან შედარებით, რომელსაც ეს დარღვევა არ შეერაცხება, რაც გაუმართლებელია.

თუ დამქირავებელს ექნებოდა იმის იმედი, რომ ამ ტიპის, მოგვიანებით წარმოშობილი მოვლენები მის სასარგებლოდ იქნებოდა გათვალისწინებული, მაშინ მას შეიძლება მაქსიმალურად, ყველა შესაძლო ხერხით დაეხანებინა ბინის დაცლა. გამქირავებელი განუსაზღვრელი ვადის განმავლობაში მოკლებული იქნებოდა შესაძლებლობას, დაეცვა საკუთრი უფლებები; მას, სავარაუდოდ, მოუწევდა მომქანცველი პროცესის წარმოება ბინის დაცლასთან დაკავშირებით მაშინაც კი, როდესაც თავიდანვე ცნობილი იქნებოდა, რომ დამქირავებელი არამართლზომიერად რჩებოდა ბინაში. ამით გაუმართლებლად გაიზრდებოდა დამქირავებლის შანსები, რომ, იმ პერიოდში, როდესაც დამქირავებელი ბინის დაცლას ბრალეულად აჭიანურებდა, მოხდებოდა (ამ დაყოვნებით განპირობებული ან მისგან დამოუკიდებელი) მოვლენა, რომელიც გამქირავებლის პირად საჭიროებას გააქარწყლებდა. ამასთანავე, მნიშვნელოვნად შეიზღუდებოდა გამქირავებლის გამართლებული ინტერესი, მინდობოდა მოშლის ნამდვილობას და

მოეხდინა პირადი სფეროს დაგეგმარება მის შესაბამისად; ბინის დაცლასთან დაკავშირებული ხანგრძლივი და მომქანცველი პროცესის მიმდინარეობისას მეტწილად შემთხვევითობაზე გახდებოდა დამოკიდებული, დაიბრუნებდა თუ არა გამქირავებელი ბინას, თუ, წინასწარ განუჭვრეტელი, ნლების შემდეგ შეცვლილი გარემოება მოშლას საფუძველს გამოაცლიდა და ბინა დამქირავებელს დარჩებოდა. ეს მიდგომა შეუთავსებელია სამართლებრივი სტაბილურობისა და ეფექტიანი მართლმსაჯულების პრინციპებთან, რომლებიც, ასევე, რა თქმა უნდა, გამქირავებლის დაცვასაც ემსახურებიან“

5. მინორიტარ აქციონერთა მიერ აქციონერთა კრების გადანყვეტილების შეცილება

სააქციოსამართლებრივ შეცილების სარჩელთან დაკავშირებული საკანონმდებლო რეგულაციები, წარსულში ამ მინორიტარ აქციონერებს ანიჭებდნენ შეუზღუდავ შესაძლებლობას, გაესაჩივრებინათ აქციონერთა საერთო კრების გადანყვეტილებები, რომლებიც ეხებოდა კაპიტალის მოზიდვასა და საწარმოთა შორის ხელშეკრულებებს და ამით ხელი შეეშალათ ამ გადანყვეტილებების ძალაში შესვლისათვის. ეს ინვევდა იმ შედეგს, რომ, განსაკუთრებით, სანიერების საჭიროების მქონე სააქციო საზოგადოებების შემთხვევაში, მინორიტარი აქციონერები ხშირ-ხშირად აღძრავდნენ შეცილებით სარჩელებს, რის შემდეგაც, თავად საზოგადოებები თუ მაჟორიტარი აქციონერები მზად იყვნენ, ამ პროცესის ჩაშლის თავიდან ასაცილებლად, მოსარჩელისათვის შეეთავაზებინათ იმ ტიპის გადახდები, რომლებიც მნიშვნელოვნად სცდებოდა მინორიტართა აქციების ღირებულებას. გერმანიაში, საკანონმდებლო ცვლილებების შედეგად, დღეს ამ ტიპის სარჩელების აღძვრის შესაძლებლობა მნიშვნელოვნად შეზღუდულია. თუმცა, მოცემულ კონტექსტში, ეს საკითხი სამართლის დოგმატიკის კუთხით არის მნიშვნელოვანი და მისი, შეკუმშული სახით, განხილვა მოხდება 2007 წლამდე არსებული სამართლებრივი მდგომარეობის მაგალითზე.

გერმანიის ფედერალურმა უმაღლესმა სასამართლომ³⁴, ამ ტიპის ვითარებებში შეცილებითი სარჩელის აღძვრა ჩათვალა უფლების ბოროტად გამოყენებად, თუ ამ სარჩელის ერთადერთ მიზანს წარმოადგენდა, პირადი გამორჩენის მიზნით, მოპასუხე საზოგადოების იძულება, გადაეხადა მოსარჩელისათვის ფული ან მიენიჭებინა მისთვის სხვა მატერიალური სარგებელი, რისი მოთხოვნის უფლება მას არ ჰქონდა და, სავარაუდოდ, არც მომავალში ექნებოდა. სარჩელის აღძვრის ამ ტიპის ქცევად (უფლების ბოროტად გამოყენებად) დაკვალიფიცირებისათვის, გერმანიის ფედერალურ უმაღლეს სასამართლოს საჭიროდ არ მიაჩნდა, რომ მოსარჩელეს თავად მიემართა საზოგადოებისათვის და სარჩელზე უარის თქმის სანაცვლოდ მოეთხოვა იმ ტიპის მატერიალური სარგებელი, რომელიც მნიშვნელოვანად სცდებოდა მისი აქციების საბაზრო ღირებულებას. ამის საპირისპიროდ, სასამართლო საკმარისად თვლიდა, რომ მოსარჩელეს ჰქონდა მოლოდინი, რომ წნეხის ქვეშ – მაგალითად, ეგზისტენციალურად საჭირო სანიერების პროცესის გაჭიანურების გამო – მოქცეული საზოგადოება თავად გამოიჩენდა ინიციატივას და თავად გაუკეთებდა „შემოთავაზებებს“. გამომდინარე იქიდან, რომ ამ ტიპის მოლოდინი, როგორც სუბიექტური გარემოება, რთულად დამტკიცებადია, სასამართლო მისი არსებობა-არარსებობის შესახებ ასკვნიდა მოსარჩელის მთლიანი ქცევიდან გამომდინარე.

6. ე. წ. „ჩამკეტ ნაკვეთზე“ საკუთრების მოპოვება და მშენებლობის დამტკიცებული გეგმის (Planfeststellungsbeschluss) შეცილების უფლების ბოროტად გამოყენება

გერმანულ ადმინისტრაციულ სასამართლოებს განხილული აქვთ არაერთი სარჩელი, სადაც მთავარ პრობლემას წარმოადგენდა, მშენებლობის დამტკიცებული გეგმის (Planfest-

stellungsbeschluss) შეცილების უფლების ბოროტად გამოყენება. ჩვეულებრივ, საქმე ეხებოდა შემთხვევას, როდესაც პირი სარჩელის უფლებამოსილებას მოიპოვებდა ამ გეგმის ფარგლებში მოქცეულ ნაკვეთზე საკუთრების შეძენით, რათა შემდგომში მისცემოდა მთლიანი გეგმის გასაჩივრების უფლება. თუმცა ზემოხსენებული, მინორიტარი აქციონერების სარჩელები საგან განსხვავებით, აქ მოსარჩელის რეალური მიზანი, ჩვეულებრივ, არ იყო სარჩელზე უარის თქმის სანაცვლოდ „გამოსასყიდის“ მოთხოვნა. ამის საპირისპიროდ, მათ სურდათ ამ ტიპის ნაკვეთებზე საკუთრების მოპოვებით (ე. წ. „ჩამკეტი ნაკვეთი“) სარჩელის წარდგენის უფლების მოპოვება, რათა დაეცვათ გარემო და კლიმატი, მათი წარმოდგენით, მავნე ზეგავლენისაგან.

გერმანიის ფედერალურმა ადმინისტრაციულმა სასამართლომ და სხვა ადმინისტრაციულმა სასამართლოებმა ამ შემთხვევებისათვის შემუშავეს შემდეგი პრინციპი: გეგმის ფარგლებში მოქცეულ ნაკვეთზე საკუთრება მესაკუთრეს ანიჭებს იმ დაინტერესებული პირის სტატუსს, რომლის უფლებაც შეიძლება იყოს ხელყოფილი გერმანიის ადმინისტრაციული საპროცესო კოდექსის 42 II პარაგრაფის³⁵ მიხედვით და, ამასთან, ზოგადად, უმნიშვნელოა, თუ რა მოტივები ამოძრავებდა ამ დაინტერესებულ პირს შესაბამის ნაკვეთზე საკუთრების (რითიც არის მისი სასარჩელო უფლებამოსილება განპირობებული) მოპოვების მომენტში. თუმცა, განსხვავებულად უნდა გადაწყდეს შემთხვევა, როდესაც პირმა საკუთრება მხოლოდ იმ მიზნით შეიძინა, რათა პროცესის წარმოების უფლებამოსილება მოეპოვებინა, რომელიც ადმინისტრაციული საპროცესო კოდექსის მიხედვით, მხოლოდ მესაკუთრის თავის დაცვის ინსტრუმენტს წარმოადგენს. ეს უკანასკნელი შემთხვევაა სახეზე, როდესაც გარემოებებიდან ცალსახად შეცნობადია, რომ მოპოვებული სამართლებრივი პოზიციის მიმართ, საიდანაც გამომდინარეობს სასარჩელო უფლებამოსილება, პირს არ აქვს სხვა

³⁴ BGH, Urt. v. 29. Oktober 1990 - II ZR 146/89 - NJW-RR 1991, 358, juris Rn. 17; BGH, Urt. v. 18. Dezember 1989 - II ZR 254/88 - ZIP 1989, 168, juris Rn. 27 ff.; BGH, Urt. v. 22. Mai 1989 - II ZR 206/88 - BGHZ 107, 296, juris Rn. 25 ff.

³⁵ ეხება სასარჩელო უფლებამოსილებას, რომელიც განპირობებულია პირის უფლებებში ჩარევით; შდრ. საქართველოს ადმინისტრაციული საპროცესო კოდექსის 22 II მუხლი.

ინტერესი, გარდა მის საფუძველზე პროცესის წამოწყებისა.³⁶

C. ზიანის ანაზღაურებისა და უმოქმედობის ვალდებულება ქართული სამართლის მიხედვით სასამართლო წარმოებისა და სისხლისსამართლებრივი დევნით დამუქრებისა და განხორციელების შემთხვევაში

მოცემულ ნაწილში, ზემოთ თქმულიდან გამომდინარე და მის პრიზმაში, ქართული სამართლის მიხედვით განხილული იქნება თავის დაცვის ის სამართლებრივი მოთხოვნები, რომლებიც აქვს პირს მის მიმართ განზრახ დაუსაბუთებელი სარჩელისა თუ წინასწარ შეცნობადად უსაფუძვლო სისხლისსამართლებრივი დევნის დაწყების ინიციატორის (დანაშაულის შესახებ განმცხადებლის) მიმართ, რომლითაც ეს უკანასკნელი ცდილობს მის იძულებას კონკრეტული ქცევისაკენ ან მისთვის მხოლოდ ზიანის მიყენება სურს. ამ შემთხვევებში საქმე უკვე აღარ ეხება ვითარებას, როდესაც სარჩელით „მხოლოდ“ ხანდაზმულობის ვადის დენის შეწყვეტა ნასურვები (იხ. ზემოთ) – აღსრულების კონკრეტული მიზნის გარეშე – რაც, ჯერ კიდევ, შეიძლება, ექცეოდეს გამოყენებული უფლების ჩარჩოებში, არამედ საქმე გვაქვს *per se* არსებული სამართლებრივი ინსტრუმენტების, ცალსახად ნორმისა თუ ხელშეკრულების საწინააღმდეგო სამართლებრივი პროსექუციის საშუალებად ქცევასთან.

I. ზიანის ანაზღაურების მოთხოვნები სკ-ის მიხედვით

უპირველესად, საუბარი შეეხება დელიქტური პასუხისმგებლობის შესაძლებლობას, ნატუ-

რით რესტიტუციის ფორმით უმოქმედობის დაკისრების ვალდებულების ჩათვლით. დამატებით განხილული იქნება ასევე კვაზინეგატორული პასუხისმგებლობაც. სამწუხაროდ, ზემოთ ფართოდ განხილული გერმანული სასამართლო პრაქტიკის საპირწონე საქართველოში არ არსებობს – არ არსებობს გადანყვეტილება, რომელიც თუნდაც ზოგადად მაინც ახსენებდა ამ საკითხს, ამიტომაც, ქვემოთ მოყვანილი განაზრებები მხოლოდ კანონსა და გერმანული სამართლებრივი ფიგურების ქართულ სამართალში გადმოტანის შესაძლებლობაზე იქნება კონცენტრირებული. მოთხოვნათა საფუძვლების ჩამონათვალი, რომელიც გერმანიაში უფრო სახელმძღვანელო ტიპის ლიტერატურას შეეფერება, აქ აუცილებელია, ქართულ სინამდვილეში მოცემულ საკითხთან დაკავშირებული იურიდიული ლიტერატურის ნაკლებობის გამო – ამ საკითხთან დაკავშირებული სამეცნიერო დისკუსია საქართველოში სწორედ კონკრეტული სამართლებრივი ჩარჩოს მოხაზვით უნდა დაიწყოს, ანუ, მოცემულ შემთხვევებში სკ-ის სავარაუდოდ გამოსაყენებელი ნორმების სამართლებრივი წინაპირობებისა და შედეგების თემატიზირებით. ამის საპირისპიროდ, ფაქტობრივი ვითარება, როდესაც ნორმის თუ ხელშეკრულების საწინააღმდეგო მიზნით ხდება უფლების გამოყენება, აბსტრაქტულად იქნება მოხაზული, რადგან მოცემული შინაარსის ზიანის ანაზღაურებისა თუ ქმედებისაგან თავის შეკავების მოთხოვნები ქართული სასამართლოების წინაშე წაყენებული არ ყოფილა³⁷ და ქვემოთ მოყვანილი მოსაზრებები განზოგადებაუნარიანი უნდა დარჩეს, რათა მათი გამოყენება მაქსიმალურად ბევრ შემთხვევაზე იყოს შესაძლებელი. ამიტომაც, ამოსავალი ფაქტობრივი ვითარება იქნება შემთხვევა, როდესაც წინდანინვე უიმედო სარჩელით/სრულებით უსაფუძვლო განცხადებით დანაშაულის შესახებ ხდება იმ პირისაგან, ვის წინააღმდეგაც

³⁶ BVerwG, Urt. v. 25. Januar 2012 - 9 A 6/10 - NVwZ 2012, 567, juris 13; BVerwG, Urt. v. 9. Juli 2008 - 9 A 14/07 - BVerwGE 131, 274, juris Rn. 42; Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg, Urt. v. 28. Februar 2023 - OVG 2 A 18.19 - juris Rn. 53 ff.; Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg, Urt. v. 15. Juli 2022 - 6 S 4216/20 - juris Rn. 65 ff.

³⁷ შდრ. გამონაკლისის სახით რეალური სარჩელის საფუძველზე (რომელიც ყველა ინსტანციაში უკუგდებულ იქნა) შექმნილი კაზუსის ამოხსნა – რუსიაშვილი, შედარებითი სამართლის ჟურნალი 9/2021, 66-ე და მომდევნო გვერდები.

არის სამართლებრივი პროსექუციის ეს ხერხები მიმართული, სახელშეკრულებო შესრულებებისა თუ, ზოგადად, მატერიალური სარგებლის გამოძალვა, რომელზეც მოსარჩელეს/დანაშაულის შესახებ განმცხადებელს შესაბამისი სამართლებრივი მოთხოვნა არ გააჩნია. საქართველოში ეს საკმაოდ გავრცელებული და „პოპულარული“ იძულების ხერხია. ქვემოთ, როდესაც საუბარი იქნება დანაშაულის შესახებ ცრუ განცხადების გამო პასუხისმგებლობაზე, ჩვეულებრივ, აქ მოიაზრება ასევე მოსარჩელე (წინასწარშეცნობადად დაუსაბუთებელი სარჩელის აღმძვრელი) და, ქვემოთ მოცემული პრობლემატიკის დამუშავების მიზნებისათვის, მათი პარალელური პასუხისმგებლობა იქნება ამოსავალი. შესაბამისად, „არარსებული დანაშაულის შესახებ განმცხადებელი“ გამოყენებული იქნება როგორც, გარკვეულწილად, კრებსითი ცნება ორივე შემთხვევისათვის.

1. შესავალი – გენერალური დელიქტური დათქმა ქართულ სამოქალაქო სამართალში

საქართველოს სამოქალაქო კოდექსში (შემდგომში: სკ) გენერალური დელიქტური დათქმა, სკ-ის 992-ე მუხლი, შექმნილია შვეიცარიის ვალდებულებითი სამართლის (OR) 41 I მუხლის მიხედვით. ის საკუთარ თავში აერთიანებს გერმანიის სამოქალაქო კოდექსის (შემდგომში: გსკ) 823 I, 823 II და 826 პარაგრაფების რეგულირების სფეროებს. მართალია, შვეიცარიაში ამორალური გზით ზიანის მიყენების დელიქტური შემაღგენლობა (შვეიცარიის ვალდებულებითი სამართლის 41 II მუხლი = გსკ-ის 826-ე პარაგრაფი) ცალკეა გამოყოფილი, თუმცა საქართველოში ეს შემაღგენლობაც 992-ე მუხლის ქვემოთ მოიაზრება.

სკ-ის 992-ე მუხლი, რომელსაც შვეიცარული 41 I მუხლის იდენტური ფორმულირება გააჩნია, აყალიბებს დელიქტური პასუხისმგებლობის ოთხ წინაპირობას: ქმედება, ზიანი, ბრალი, მართლწინააღმდეგობა. ამგვარად, დელიქტური პა-

სუხისმგებლობის შემოსაზღვრის მთავარი მექანიზმი საქართველოში, განსხვავებით გერმანიისაგან, პირველ რიგში, არის არა აბსოლუტურ სიკეთეებზე აპელირება (გსკ-ის 823 I მუხლში ჩამოთვლილი აბსოლუტური სიკეთეები), არამედ მართლწინააღმდეგობის განზოგადებული შემაღგენლობა. თუმცა, თავის მხრივ, მართლწინააღმდეგობა სახეზე გვაქვს, არა მხოლოდ მაშინ, როდესაც ქმედება წინააღმდეგობაში მოდის სამართლის კონკრეტულ ნორმასთან, არამედ, ასევე, რა თქმა უნდა, აბსოლუტური სიკეთეების დაზიანებისას (რომლებიც აბსოლუტურად არის დაცული) და, გარდა ამისა, ზოგადად სამართლებრივი ფასეულობებისა და პრინციპების ხელყოფისას, როგორც არის, მაგალითად, უფლების ბოროტად გამოყენების აკრძალვა (სკ-ის 115-ე მუხლი) ან, ზოგადად, ამორალურობა.

ზიანის ანაზღაურების ფარგლები (სკ-ის 408-415-ე მუხლები) უკვე პირდაპირ გერმანული თარგის (სკ-ის 249-254-ე პარაგრაფები) მიხედვით არის შექმნილი. საქართველოშიც, ისევე როგორ გერმანიაში, ზიანი, პირველ რიგში, უნდა ანაზღაურდეს ნატურით რესტიტუციის ფორმით (სკ-ის 408 I მუხლი) და მხოლოდ მისი შეუძლებლობის ან სხვა დამატებითი გარემოების თანდასრულის შემთხვევაში ხდება მისი კომპენსაცია ფულით.

2. მოთხოვნა სკ-ის 992-ე მუხლის საფუძველზე – არარსებული დანაშაულის შესახებ წინასწარშეცნობადად ცრუ განცხადება (დაუსაბუთებელი სარჩელი), როგორც ამორალური ქმედება

წინასწარშეცნობადად დაუსაბუთებელი სარჩელისა თუ არარსებული დანაშაულის შესახებ განცხადება („პროცესის/სამართალწარმოების ბოროტად გამოყენება“) შეიძლება წარმოადგენდეს ამორალურ ქმედებას და შეიძლება გახდეს, სკ-ის 992-ე მუხლის საფუძველზე, ზიანის ანაზღაურების საფუძველი³⁸.

³⁸ MüKoBGB/Wagner, 8. Aufl. 2020, BGB § 826 Rn. 247 f.; BVerfG NJW 2015, 3083 Rn. 17; BVerfGE 74, 60 f.; NJW

1961, 2255; BGH NJW 1979, 1352; BGH NJW 1985, 1961.

როგორც ზემოთ ნაწილობრივ უკვე ნაჩვენებია იყო, ამ ქმედების ამორალურად დაკვალიფიცირებისა და მის საფუძველზე დელიქტური პასუხისმგებლობის წარმოშობის წინაპირობებია:³⁹ 1. აღძრული სარჩელი თუ სამართალდამცავი ორგანოსათვის განცხადებით მიმართვა არის დაუსაბუთებელი და მიზნად ისახავს არა კანონით გათვალისწინებული შედეგის გამოწვევას (გადაწყვეტილება, დამნაშავის დასჯა), არამედ მეორე მხარის იძულებას, გადაიხადოს გარკვეული „გამოსასყიდი“ მომჩივანის მიერ მასზე უარის თქმისათვის; 2. ამორალურობა გამომდინარეობს საშუალება-მიზნის დაუშვებელი კომბინაციიდან. იმ მიზნის მიღწევის შესაძლებლობას, რომელიც მომჩივანს/მოსარჩელეს აქვს დასახული, სამართალი ამ საშუალების გამოყენებით არ აღიარებს და ეს ქმედება მთლიანობაში ეწინააღმდეგება მართლწესრიგისა და მორალური წესრიგის ფუნდამენტურ ფასეულობებს; 3. მოსარჩელე/მომჩივანი მოქმედებს განზრახ და გაცნობიერებული აქვს მისი ქმედების ამორალურობის განმაპირობებელი ყველა არსებითი გარემოება; 4. სარჩელის/საჩივრის საფუძველზე გარდაუვალია მეორე მხარისათვის ზიანის მიყენება.

ზიანის ანაზღაურების მოთხოვნის ძირითად საფუძველს გერმანიაში ამ შემთხვევაში წარმოადგენს გსკ-ის 826-ე პარაგრაფი („ამორალური გზით ზიანის მიყენება“), რაც შეესატყვისება შვეიცარიის ვალდებულებითი სამართლის 41 II მუხლს. პასუხისმგებლობის ეს საფუძველები ემყარება პრინციპს, რომ „რაც ამორალურია, ის, ამავედროულად, აპრიორი მართლსაწინააღმდეგოა“, ამიტომაც მათ ფარგლებში მართლწინააღმდეგობა ავტომატურად ინდიცირებულია და ცალკე აღარ მოწმდება.

საქართველოში, როგორც ზემოთ აღინიშნა, ამორალური გზით მიყენებული ზიანისათვის ცალკე მოთხოვნის საფუძველი არ არსებობს და

ის სკ-ის 992-ე მუხლის მიხედვით უნდა ანაზღაურდეს, სადაც აუცილებელია მართლწინააღმდეგობის ცალკე დადგენა. თუმცა პროცესის ბოროტად გამოყენების შემთხვევაში მართლწინააღმდეგობის დადგენა ქართულ სამართალში შესაძლებელია არა მხოლოდ იმ პრინციპზე მითითებით, რომ „ყოველგვარი ამორალური ქმედება მართლსაწინააღმდეგოა“, არამედ ასევე სპეციალურ ნორმაზე, სკ-ის 88-ე მუხლზე, მითითებით.

სკ-ის 88-ე მუხლი, ეს არის ნორმა იძულებით დადებული გარიგების სამართლიდან, რომელიც განსაზღვრავს, რომ, ცალკე აღებული, დასაშვები და მართლზომიერი საშუალების გამოყენება ასევე, ცალკე აღებული, დასაშვები მიზნის მისაღწევად, შეიძლება იყოს მართლსაწინააღმდეგო, თუ სამართალი ამ ორს შორის კავშირის გაბმის შესაძლებლობას არ აღიარებს.⁴⁰ 85–87-ე მუხლების მიხედვით იძულებად არ ჩაითვლება ისეთი მოქმედებები, რომლებიც არ ხორციელდება არც მართლსაწინააღმდეგო მიზნით და არც მართლსაწინააღმდეგო საშუალებათა გამოყენებით, გარდა იმ შემთხვევებისა, როცა საშუალება და მიზანი ერთმანეთს არ შეესაბამებიან.

ეს შემთხვევა გერმანული სამართლის ოჯახის მართლწესრიგებში ცნობილია *unzulässige Zweck-Mittel-Relation*-ის სახელით. მაგალითად, პირს არ აქვს უფლება აიძულოს მეორე მხარე, დააბრუნოს სესხის თანხა (მაშინაც კი, როდესაც ეს მოთხოვნა რეალურად არსებობს) იმის მუქარით, რომ უჩივლებს მას სულ სხვა ურთიერთობიდან (მაგ., ნეგატორული სარჩელით მის ეზოში გადმოსული ხის ტოტების გამო). თუ ამ მუქარის გამო პირი გადაიხდის, ეს გადახდა ჩაითვლება იძულებით დადებულ (შესრულების) გარიგებად და შეცილების შემდეგ იქნება ბათილი. მიუხედავად იმისა, რომ, ცალკე აღებული, როგორც ერთი, ისე მეორე ქმედება მართლზომიერია, ერთის გამოყენების შესაძლებლობას

³⁹ შდრ. BGH 14.10.1991 – II ZR 249/90, WM 1991, 2061, 2062; OLG Frankfurt 13.01.2009 – 5 U 183/07, WM 2009, 309, 311; BGH 14.05.1992 – II ZR 299/90, WM 1992, 1184; იხ. ასევე Wagner, Abwehr und Angriff bei echtsmissbräuchlichen Klagen (<http://www.raun-wagner.de/news/20110321.pdf>).

⁴⁰ იხ. დეტალურად რუსიაშვილი, სამოქალაქო კოდექსის კომენტარი, წიგნი 1, რედ. ჭანტურია, თბილისი 2017, მუხ. 88 მე-6 და მომდევნო ველები.

მეორის მისაღწევად სამართალი არ აღიარებს და ამას მართლსაწინააღმდეგო ქმედებად მიიჩნევს. მსგავსი სიტუაცია გვაქვს სახეზე, როდესაც პირი სისხლისსამართლებრივ დევნას იყენებს მხოლოდ ინსტრუმენტად საკუთარი ქონებრივი მიზნების მიღწევისათვის. ამ მიზნის მისაღწევად სისხლისსამართლებრივი დევნის დანყება აპრიორი არ გამოდგება, რადგან მისი სამართლებრივი შედეგი ვერ იქნება კერძო პირისათვის რაიმე ქონებრივი სარგებლის მინიჭება და არც ამ წარმოების ფარგლებში დადგენილ გარემოებებს აქვთ პრეიუდიციული მნიშვნელობა შემდგომი სამოქალაქოსამართლებრივი სარჩელისათვის.

თუ დანაშაულის შესახებ განმცხადებელი სისხლისსამართლებრივ დევნას კერძოსამართლებრივი ქონებრივი მოთხოვნების განხორციელების – მაგალითად, სახელშეკრულებო შესრულებების გამოძალვის – ინსტრუმენტად იყენებს, დევნის ამ მიზნით გამოყენება ქმნის საშუალება-მიზნის დაუშვებელ კომბინაციას სკ-ის 88-ე მუხლის გაგებით: სისხლის სამართლის სამართლოს არავისთვის არ შეუძლია ქონებრივი სარგებლის მინიჭება და სისხლის სამართლის პროცესზე დადგენილ გარემოებებს არ აქვთ პრეიუდიციული მნიშვნელობა შემდგომი სამოქალაქოსამართლებრივი დავისათვის.

ამ ტიპის შემთხვევებში სამართალი არ აღიარებს სისხლისსამართლებრივ დევნას სამოქალაქო ქონებრივი მოთხოვნების განხორციელებისათვის გამოსადეგ და ამ მიზნით მართლზომიერად გამოსაყენებელ ინსტრუმენტად – წინააღმდეგ შემთხვევაში მას ეს შედეგები ექნებოდა (ქონების დაბრუნება). შესაბამისად, ამ კავშირის გაბმა წარმოადგენს საშუალება-მიზნის დაუშვებელ კომბინაციას სკ-ის 88-ე მუხლის მიხედვით.

ა) 88-ე მუხლი, როგორც მართლწინააღმდეგობის განმსაზღვრელი ნორმა დელიქტურ სამართალში

სკ-ის 88-ე მუხლი ადგენს იძულების მართლსაწინააღმდეგო ხასიათს, თუ იძულების საშუალება და მიზანი ერთმანეთს აცდენილია. ანუ, სამართალი არ მიიჩნევს დასაშვებად, რომ ერთი

მეორის მისაღწევად იქნეს გამოყენებული. ეს ნორმა წარმოადგენს კერძო ეგზეკუციისა და თვითნებობის დაუშვებლობის იმ ზოგად გამოვლინებას, რომელიც ადგენს იძულების მართლსაწინააღმდეგო ხასიათს არა მხოლოდ გარიგების დადების ნაწილში, არამედ, თუ მას მოჰყვა ზიანი, განაპირობებს ამ ქმედების მართლსაწინააღმდეგო ხასიათს ასევე დელიქტური სამართლის გაგებითაც.

ზოგადად, დელიქტური სამართალი და იძულებით დადებული გარიგებების სამართალი მომიჯნავე ინსტიტუტებია. გარიგების იძულებით დადების აკრძალვა იცავს ნების ავტონომიას, რომელიც ასევე დელიქტური სამართლით დაცული სიკეთეა, სხვა აბსოლუტურ სიკეთეებთან ერთად. ორივე ინსტიტუტი მართლწინააღმდეგობას განსაზღვრავს გარკვეულ ობიექტურ გარემოებებსა და სამართლის მიერ აღიარებულ ფასეულობებზე დაყრდნობით. შესაბამისად, მართლწესრიგის ერთიანობის პრინციპიდან გამომდინარე, დაუშვებელია, რომ ის, რაც მართლსაწინააღმდეგოა სკ-ის 88-ე მუხლის გაგებით, მართლზომიერი იყოს სკ-ის 992-ე მუხლის მიხედვით.

ამგვარად, მაშინაც კი, თუ ქართული სასამართლო სკეპტიკურად შეხედავს გერმანული სამართლის ოჯახში მოქმედ პრინციპს, რომ ყოველგვარი ამორალური ქმედება, ამავედროულად, მართლსაწინააღმდეგოა, ის მაინც იძულებული იქნება (ზემოთ მოკლედ მონიშნულ შემთხვევაში) დანაშაულის შესახებ განმცხადებლის ქმედებები დააკვალიფიციროს მართლსაწინააღმდეგოდ, სკ-ის 88-ე მუხლზე დაყრდნობით, ასევე დელიქტური პასუხისმგებლობის ფარგლებში.

ბ) ქართული სასამართლო პრაქტიკა იძულებით დადებული გარიგების მართლსაწინააღმდეგობასთან დაკავშირებით

ზემოთქმულს ამყარებს, ასევე, ის გარემოება, რომ საქართველოში არსებობს სასამართლოს გადანყვეტილებები, სადაც საშუალება-მიზნის შეუსაბამობის გამო გარიგება უფრო მკაცრადაც კი არის სანქციონირებული, კერძოდ, მიჩნეულია არა მხოლოდ იძულებით დადებუ-

ლად, არამედ პირდაპირ ბათილად, ამორალურობისა და მართლწინააღმდეგობის (სკ-ის 54-ე მუხლი = გსკ-ის 134, 138-ე პარაგრაფებს) მოტივით. კერძოდ, შინაგან საქმეთა სამინისტროსათვის მანქანის საჩუქრად გადაცემის მოთხოვნა, პროკურორის მხრიდან საპროცესო შეთანხმებასთან დაკავშირებული დისკრეციული უფლებამოსილების არგამოყენების მუქარით,⁴¹ მიუხედავად იმისა, რომ ცალ-ცალკე აღებული ერთი მართლზომიერია და მეორეც, ქართულმა სასამართლომ მიიჩნია, ამორალურობისა და მართლწინააღმდეგობის მოტივით, ბათილ გარიგებად. ეს შედეგი სასამართლომ დაადგინა დამოუკიდებლად იმისა, დგინდებოდა თუ არა იძულებულის მხრიდან დანაშაულის ჩადენისა და ამით სახელმწიფოსათვის ზიანის მიყენების ფაქტი. სასამართლო შემოიფარგლა მხოლოდ იმის დადგენით, რომ პროკურორის მხრიდან მოთხოვნილი „საჩუქარი“ მიზნად არ ისახავდა სახელმწიფოსათვის იძულებული პირის მიერ მიყენებული ზიანის კომპენსაციას, რაც საკმარისი იყო საშუალება-მიზანს შორის დაუშვებელი კავშირის დასადგენად და მართლსაწინააღმდეგო ქცევის აღიარებისათვის. ეს მოსაზრება გაზიარებულია ასევე სამეცნიერო ლიტერატურაშიც.⁴²

იგივე ფრაზას ვპოულობთ ქართული სასამართლოს 2015 წლის გადაწყვეტილებაშიც⁴³: „... როდესაც სახელმწიფო, საპროცესო შეთანხმების ინსტიტუტს იყენებს არა მისი საჯარო-სამართლებრივი ფუნქციის შესასრულებლად, არამედ სთავაზობს მას მხარეს მატერიალური სარგებლის მიღების მიზნით, რასაც სასამართლო ამორალურად მიიჩნევს.“

ამგვარად, ქართული სასამართლო იცნობს სამართლებრივი დაცვის ინსტრუმენტების არადანიშნულებისამებრ გამოყენებით განპირობებულ მართლწინააღმდეგობას. ზემოთ მოყვანილ შემთხვევებში სასამართლომ ეს გარიგებე-

ბი უფრო მაღალი სანქციის ქვეშ მოაქცია და პირდაპირ ბათილად მიიჩნია. ამის საფუძველი სავარაუდოდ იყო ის გარემოება, რომ იძულება აქ პირდაპირ სახელმწიფო ორგანოს მხრიდან მომდინარეობდა, თუმცა ცალსახაა, რომ ქართული სასამართლო აღიარებს საშუალება-მიზნის შეუსაბამობით განპირობებულ მართლწინააღმდეგობას და, თუნდაც იძულება არა პირდაპირ სახელმწიფო ორგანოს მხრიდან ხორციელდებოდა, არამედ „მხოლოდ“ მისი მეშვეობით, ეს მაინც ჩაითვლება, სულ მცირე, მართლსაწინააღმდეგოდ სკ-ის 88-ე მუხლის გაგებით, რაც საკმარისია სკ-ის 992-ე მუხლის გაგებით დელიქტური პასუხისმგებლობისათვის.

გ) მართლწინააღმდეგობა საშუალებისა და მიზნის დაუშვებლობის გამო

სკ-ის 88-ე მუხლის გაგებით, ცალკე აღებული, დასაშვები საშუალებისა და დასაშვები მიზნის დაუშვებელი ურთიერთკავშირი უკვე საკმარისია მართლწინააღმდეგობის დასადგენად და პირი, რომლის წინააღმდეგაც დაიწყო სისხლისსამართლებრივი დევნა, არა მხოლოდ, არ არის ვალდებული ამ ნაწილში ამტკიცოს, რომ არ ჩაუდენია დანაშაული და არც ის ფაქტი, რომ მეორე მხარეს არ აქვს მის მიმართ მოთხოვნა, არამედ, დანაშაულის შესახებ განმცხადებელი ყველაფერი ამის დამტკიცებას რომც ახერხებდეს, მისი ქმედებები მაინც მართლსაწინააღმდეგო იქნებოდა ამ დაუშვებელი კავშირის გამო. შესაბამისად, დანაშაულის შესახებ განმცხადებელი უკვე მის წინააღმდეგ მიმართულ დელიქტურ სარჩელს ვერ უკუაგდებს იმაზე მითითებით, რომ მოსარჩელემ (ვის წინააღმდეგაც შეიტანა მან განცხადება) მართლაც ჩაიდინა დანაშაული ან ჰქონდა მის მიმართ დაუფარავი ვალდებულება.

თუ დადანიშნულებულ პირს რეალურად არც დანაშაული ჩაუდენია და არც განმცხადებლის

⁴¹ იხ. პირველი ინსტანციის სასამართლოს საპირისპირო მსჯელობა თბილისის სააპელაციო სასამართლოს 2014 წლის 15 აპრილის გადაწყვეტილებაში № 2ბ/4686-13 იხ. ამასთან დაკავშირებით ასევე რუსიაშვილი, სამოქალაქო კოდექსის კომენტარი, წიგნი 1, რედ. ჭანტურია, თბილისი 2017, მუხ. 88 მე-8 და მომდევნო ველეები.

⁴² რუსიაშვილი, სამოქალაქო კოდექსის კომენტარი, წიგნი 1, რედ. ჭანტურია, თბილისი 2017, მუხ. 85 ველი 29.

⁴³ თბილისის საქალაქო სასამართლოს 2015 წლის 3 ოქტომბრის გადაწყვეტილება №2/18112-14.

წინაშე აქვს დაუფარავი ვალდებულება, მაშინ, განმცხადებელმა არა მხოლოდ დაუშვებელი კავშირი გააბა საშუალებასა და მიზანს შორის, არამედ დაისახა, ამავედროულად, დაუშვებელი მიზანი – არარსებული მოთხოვნის საფუძველზე ფულის გადახდის იძულება, რაც, ცალკე აღებული, უკვე მართლსაწინააღმდეგოა, როგორც ამორალური ქმედება, ისევე და ისევე, სკ-ის 88-ე მუხლის საფუძველზე. ზუსტად ასევე: გამოყენებული საშუალება – სამართალდამცავი ორგანოსათვის განზრახ ცრუ/გამოგონილი განცხადებით მიმართვა –, უკვე ცალკე აღებული, იქნება მართლსაწინააღმდეგო.

დ) დადანაშაულებულის მხრიდან (დანაშაულის შესახებ) განმცხადებლისათვის გადახდა – იძულებით დადებული გარიგება

გარდა იმ ფაქტისა, რომ, მართლწესრიგის ერთიანობის პრინციპიდან გამომდინარე, სკ-ის 88-ე მუხლი აქ განაპირობებს მართლწინააღმდეგობას დელიქტური სამართლის გაგებით, თუ დადანაშაულებული დაჰყვება (დანაშაულის შესახებ) განმცხადებლის მხრიდან განხორციელებულ იძულებას და გადაიხდის, ეს უკვე პირდაპირ იძულებით დადებული გარიგება იქნება. ეს გარიგება იქნება საცილო და მის საფუძველზე გადახდილი იქნება უკან დაბრუნებადი შესრულების კონდიქციის მეშვეობით.

ქართულ სამართალში, ისევე, როგორც გერმანულში, მოქმედებს *dolo agit*-პრინციპი (*dolo agit, qui petit, quod statim redditurus est*). დაუშვებელია იმის მოთხოვნა, რაც პირს მყისიერად უკან დასაბრუნებელი ექნება. ეს გამომდინარეობს სკ-ის 8 III მუხლიდან და მისი მოქმედება აღიარებულია სამეცნიერო ლიტერატურაშიც.⁴⁴ მართალია, *dolo agit*-შესაგებელი, პირველ რიგში, მიმართულია სამოქალაქო სამართლებრივი მოთხოვნის განხორციელების წინააღმდეგ, თუმცა, თუ პირი სისხლისსამართლებრივ დევნას იყენებს იმავე მიზნებისათვის – ქონებრივი ინტერესის/მოთხოვნის განხორციელება, მაშინ ეს

შესაგებელი შეიძლება გავრცელდებოდეს იყოს მის ამ ქმედებებზეც (იხ. დეტალურად ქვემოთ).

3. მოთხოვნა სკ-ის 992 და 18 VI მუხლების საფუძველზე – პატივისა და საქმიანი რეპუტაციის ხელყოფა

ზემოთ აღწერილი გაგებით მართლსაწინააღმდეგო სამოქალაქო სამართლებრივი სარჩელის (როგორც იძულების ინსტრუმენტის) წარდგენის შემთხვევაში, პატივის ხელყოფის შემადგენლობა, ჩვეულებრივ, იშვიათად გვექნება სახეზე. თუმცა, ამისაგან განსხვავებით, წინასწარ შეცნობადად, დანაშაულში ცრუ დადანაშაულება, ჩვეულებრივ, ხელყოფს დადანაშაულებულის პატივს. ამ შემთხვევებში, დადანაშაულებულის ზიანის ანაზღაურების მოთხოვნა (არარსებული დანაშაულის შესახებ განმცხადებლის მიმართ) შეიძლება დაემყაროს ისევე სკ-ის 992-ე მუხლს, ამჯერად მისი პატივისა და (შესაძლოა, ასევე) საქმიანი რეპუტაციის, როგორც აბსოლუტური სიკეთეების, ხელყოფის საფუძველით. გარდა სკ-ის 992-ე მუხლისა, ამ სიკეთეების ხელყოფისათვის ზიანის ანაზღაურების მოთხოვნის შესაძლებლობას ითვალისწინებს ასევე სკ-ის 18 VI მუხლიც.

პატივი ქართულ სამართალშიც, გერმანულის ანალოგიურად, განმარტებულია როგორც „სოციალური დაფასებისა და პატივისცემის მოთხოვნა“⁴⁵ და დაცულია, ხელყოფის აღკვეთისა და ზიანის ანაზღაურების მოთხოვნებით სანქციონირებული აკრძალვით, მისი ხელმყოფი მოსაზრებების გამოთქმისაგან. საქმიანი რეპუტაციის შელახვა გულისხმობს პირის პროფესიული თუ სხვა საქმიანი თვისებების დისკრედიტაციას.⁴⁶

წინასწარ შეცნობადად არარსებული დანაშაულის შესახებ განცხადება მასში დადანაშაულებულის საქმიან რეპუტაციას ხელყოფს მისი პატივის ხელყოფის გავლით, კერძოდ, მისთვის სისხლისსამართლებრივ დანაშაულში უსაფუძვლოდ ბრალის დადებით. იმას, რომ ერთმა და

⁴⁴ იხ. რუსიაშვილი/ეგნატაშვილი/სირდაძე, სანივთო სამართალი, თბილისი 2019, 26, 119, 257.

⁴⁵ იხ. ჯორბენაძე, სამოქალაქო კოდექსის კომენტარი, წიგნი 1, რედ. ჭანტურია, თბილისი 2017, მუხ. 18 50-ე

და მომდევნო ველები და იქ მითითებული ლიტერატურა.

⁴⁶ ჯორბენაძე, სამოქალაქო კოდექსის კომენტარი, წიგნი 1, რედ. ჭანტურია, თბილისი 2017, მუხ. 18 ველი 44.

იმავე ქმედებამ შეიძლება ერთდროულად ხელყოს პატივიც და საქმიანი რეპუტაციაც და ერთი მეორის გავლით იყოს ხელყოფილი, ქართული სასამართლოც აღიარებს.⁴⁷

პრესისა და მასმედიის სხვა საშუალებების მეშვეობით განზრახ გავრცელებული ცრუ ცნობები პირის მხრიდან დანაშაულის ჩადენის შესახებ, ქართულ სასამართლო პრაქტიკაში⁴⁸ ცალსახად აღიარებულია ამ პირის პატივის, ღირსებისა და საქმიანი რეპუტაციის ხელმოწყობა და, თუ ეს მოხდა ბრალეულად, წარმოშობს ზიანის ანაზღაურების ვალდებულებას.

იმ შემთხვევაში, როდესაც სისხლისსამართლებრივი დევნის დაწყების შესახებ ცნობა მედიით არ ვრცელდება, პრობლემური შეიძლება იყოს მხოლოდ ის გარემოება, წარმოადგენს თუ არა განმცხადებლის მიერ სამართალდამცავი ორგანოებისათვის ცრუ დასმენით მიმართვა ამ ბრალდებების „გავრცელებას“. ზოგადად, ნიშანი „გავრცელება“ აუცილებლობის ძალით არ გულისხმობს ინფორმაციის გამოქვეყნებას მასმედიის საშუალებებში, არამედ პირად საუბრებში მოყოლაც და ამ პირების მიერ ინფორმაციის შემდეგი გაჟღერება, თუნდაც ჭორის სახით, შეიძლება ჩაითვალოს გავრცელებად. ამ პრინციპს ქართული სასამართლოც იზიარებს, როდესაც ფეისბუქზე „დადებულ“ ინფორმაციასაც მიიჩნევს „გავრცელებულად“ ისე, რომ არ აკეთებს აქცენტს იმაზე, პოსტი იყო საჯარო თუ მხოლოდ ფეისბუქ-მეგობრების შეზღუდული წრისათვის განკუთვნილი.⁴⁹ მხოლოდ ის ფაქტი, რომ ინფორმაცია შეზღუდული პირველადი ადრესატების წრიდან უკვე განუსაზღვრელ პირთა წრეშია გავრცელებადი (მათ შორის, პირადი საუბრების გზით) საკმარისია ამ ინფორმაციის საჯაროდ „გაჟღერებულად“ მიჩნევისათვის.

ამ საზომით განსჯისას, ცრუ ბრალდებები არანაკლებ საჯაროდ გაჟღერებულია, ვიდრე ფეისბუქ-პოსტი, თუ ხდება, მაგალითად, ცრუ

ინფორმაციით პროკურატურისთვის წინასწარ შეცნობით არარსებულ დანაშაულებთან დაკავშირებით მიმართვა, მისთვის მოწმეების დასახელება იმ საქმიანი წრეებიდან, რომელთანაც ჰქონდა შეხება დადანაშაულებულს და ა. შ. ამით ხდება უზრუნველყოფა იმისა, რომ ეს ინფორმაცია გავრცელდეს მთლიან წრეში პროკურატურის მეშვეობით, რადგან ამ წრის წარმომადგენელთაგან თუნდაც ერთისათვის ამ ცნობის მიწოდება, ავტორიტეტული სახელმწიფო ორგანოს მხრიდან, ინფორმაციის მთელ წრეში გავრცელების ტოლფასია – თითოეული ბიზნეს-პარტნიორის ეთიკური ვალდებულებაა ყველა სხვა პარტნიორის ინფორმირება ამ ტიპის მოვლენასთან დაკავშირებით. აქ განმცხადებელი პროკურატურას იყენებს ზუსტად ისეთივე მედიუმად ინფორმაციის გავრცელებისათვის, როგორ მედიუმადაც გვევლინებოდა ფეისბუქი ზემოთ ხსენებულ გადანყვეტილებაში.

4. მოთხოვნა სკ-ის 993 I მუხლის საფუძველზე

გარდა ზემოთ აღნიშნული საფუძვლებისა, პირს, რომელსაც განზრახ უსაფუძვლოდ დასდეს ბრალი დანაშაულში/აღძრეს მის წინააღმდეგ დაუსაბუთებელი სარჩელი, აქვს ზიანის ანაზღაურების მოთხოვნა სკ-ის 993 I მუხლის მიხედვით, რომელიც ითვალისწინებს განზრახ ან გაუფრთხილებლობით გავრცელებული, ქონებრივი ზიანის მომტანი ცნობებისათვის პასუხისმგებლობას.

მოთხოვნის ეს საფუძველი თავისი არსითა და სტრუქტურით მსგავსია გსკ-ის 824 I პარაგრაფისა, თუმცა არის უფრო ფართო⁵⁰, რადგან იცავს არა მხოლოდ ეკონომიკური საქმიანობის მდგენელ ელემენტებს, არამედ იცავს პირს, ზოგადად, ნებისმიერი ტიპის ქონებრივი ზიანისაგან.

⁴⁷ უზენაესი სასამართლოს 2005 წლის 1 დეკემბრის განჩინება № ას-448-775-05; 2013 წლის 15 ნოემბრის განჩინება № ას-378-359-2013.

⁴⁸ უზენაესი სასამართლოს 2002 წლის 25 ივნისის განჩინება № 3კ-337-02; 2003 წლის 24 აპრილის გადანყვეტილება № 3კ-1240-02.

⁴⁹ უზენაესი სასამართლოს 2014 წლის 9 იანვრის გადანყვეტილება № ას-1559-1462-2012.

⁵⁰ შდრ. BeckOK BGB/Förster, 65. Ed. 1.2.2023, BGB § 824 Rn. 26.

ამ შემთხვევაში აუცილებელი არ არის, რომ ცრუ ცნობების გავრცელება აღწევდეს პატივისა თუ ღირსების ან საქმიანი რეპუტაციის ხელყოფის ხარისხს. საკმარისია, თუ ის „გამოსადეგია“ სხვა პირისათვის ქონებრივი დანაკარგების მიყენებისათვის. სისხლისსამართლებრივ დანაშაულში (თუნდაც ცრუ) ბრალის დადება, განსაკუთრებით, თუ ქონებრივ დელიქტს ეხება საქმე, საქმიან წრეებში სრულად ანადგურებს ბიზნესმენის რეპუტაციას და თავის მართლება გაცილებით რთულია, ვიდრე ბრალდების წაყენება. ამ „შესაძლებლობით“ განზრახ სარგებლობა, ზემოთ ხსენებულ დელიქტურ შემადგენლობებთან ერთად, ასევე, ქმნის სკ-ის 993-ე მუხლის შემადგენლობასაც.

5. მოთხოვნა სკ-ის 992-ე მუხლისა და სისხლის სამართლის კოდექსის 181-ე (გამოძალვა) და 373-ე (ცრუ დასმენა) მუხლების საფუძველზე

ზიანის ანაზღაურების შემდეგ საფუძვლად განიხილება მოთხოვნა, რომელიც წარმოსდგება სკ-ის 992-ე მუხლისა და სისხლის სამართლის კოდექსის 181-ე მუხლის (გამოძალვა) ურთიერთკავშირიდან. სისხლის სამართლის კოდექსის 181-ე მუხლში მოწესრიგებული გამოძალვა არის ქონებრივი დელიქტი, რომელიც წარმოადგენს სკ-ის 992-ე მუხლით (ქონების) დამცავ ნორმას, რომლის დარღვევის შემთხვევაში დამზიანებელმა უნდა აანაზღაუროს ამით მიყენებული ზიანი. 181-ე მუხლი გამოძალვის ერთ-ერთ ხერხად ცალსახად ასახელებს სახელის გამტეხი ცნობების გავრცელებას, რაც მოცემულ შემთხვევაში შესრულებულად უნდა ჩაითვალოს (იხ. ზემოთ). სულ მცირე, „ქმედების უმართლობის შესახებ მოძღვრების“ მიხედვით, გამოძალვის შედეგად მიყენებული (ანაზღაურებადი) ზიანის ქვეშ მოიაზრება არა მხოლოდ დამთავრებული დანაშაულის შედეგად მიყენებული ზიანი (მუქარის საფუძველზე გადახდილი), არამედ ასევე

უკვე მცდელობის სტადიაზე წარმოშობილი დანაკლისი.

გარდა ზემოთ თქმულისა, წინასწარშეცნობადად არარსებული დანაშაულის შესახებ განმცხადებული ამით, ჩვეულებრივ, ასრულებს სისხლის სამართლის კოდექსის 373-ე მუხლის შემადგენლობას, რაც სამოქალაქო სამართლებრივი დელიქტური პასუხისმგებლობის ენაზე ითარგმნება დამცავ ნორმად (მართლწინააღმდეგობის განმსაზღვრელ ნომრად) სკ-ის 992-ე მუხლის გაგებით და ასრულებს, ამგვარად, პასუხისმგებლობის ამ შემადგენლობასაც.⁵¹

II. ზიანის ანაზღაურების ფორმა და ფარგლები

ზიანის ანაზღაურების ფორმების ნაწილში ქართული სამართალი, გერმანულის მსგავსად, აღიარებს ნატურით რესტიტუციის პრიმატს.⁵² სკ-ის 408 I მუხლში დაფიქსირებული ზოგადი წესის თანახმად, ზიანის გამომწვევმა პირმა უნდა აღადგინოს ის თავდაპირველი მდგომარეობა, რომელიც ზიანის გამომწვევი მოვლენის გარეშე იარსებებდა. ამგვარად, ეს დანაწესი საკუთარ თავში აერთიანებს, სრულად გამოსწორების პრინციპის გარდა, ნატურით რესტიტუციის პრინციპსაც.⁵³

ნატურით რესტიტუცია, მართლწინააღმდეგო საჩივრის შეტანისა და ცრუ ცნობების გავრცელების შემთხვევაში, გულისხმობს უკუქმედების განხორციელებას – საჩივრის გამოტანა და ცრუ ცნობების უარყოფა იმავე საშუალებებით, რითიც ისინი გავრცელდა (სკ-ის 408 I მუხლის გარდა, ასევე: სკ-ის 18 III 1 მუხლი).

სამოქალაქო სასამართლოს მხრიდან დანაშაულის შესახებ განმცხადებლის დავალდებულება, გამოიტანოს სამართალდამცავ ორგანოში შეტანილი განცხადება, არ წარმოშობს უწყებათა კომპეტენციებს შორის გადაფარვას და არ არღვევს ხელისუფლების დანაწილების პრინ-

⁵¹ OLG Hamm, Urt. v. 28. März 2022 – I-8 U 73/20 –, juris Rn. 263.

⁵² დეტალურად რუსიაშვილი, სამოქალაქო კოდექსის კომენტარი, წიგნი 3, რედ. ჭანტურია, თბილისი 2019, მუხ. 408 მე-16 და მომდევნო ველები.

⁵³ უზენაესი სასამართლოს 2016 წლის 1 ივლისის № ას-167-163-2016 გადაწყვეტილება (58); დეტალურად რუსიაშვილი, სამოქალაქო კოდექსის კომენტარი, წიგნი 3, რედ. ჭანტურია, თბილისი 2017, მუხ. 408 მე-16.

ციპს. კერძოდ, სასამართლო უთითებს არა პროკურატურას, შეწყვეტოს საქმის წარმოება (რისი უფლებაც მას არ აქვს), არამედ – კერძო პირს (განმცხადებელს) გამოიხმოს მის მიერ მართლსაწინააღმდეგოდ და სხვა პირის უფლებათა დარღვევით შეტანილი განცხადება. ამის შემდეგ პროკურატურას მაინც შეუძლია გააგრძელოს დევნა, თუ თვლის რომ სახეზეა დანაშაულის ნიშნები, თუმცა ამის მიზეზი აღარ იქნება განმცხადებელი, რომელიც განცხადების გამოტანით, ნაწილობრივ მაინც, აღმოფხვრავს მის მიერ განპირობებულ მართლსაწინააღმდეგო მდგომარეობას (იხ. ამასთან დაკავშირებით დეტალურად ქვემოთ).

ზიანის იმ ნაწილში, რომლის ნატურით გამოსწორებაც უკვე შეუძლებელია, უსაფუძვლოდ დადანაშაულებული დელიქტური სარჩელით მოითხოვს ფულად ანაზღაურებას, როგორც აბსოლუტური სიკეთეების ხელყოფით (პატივი, საქმიანი რეპუტაცია) გამოწვეული დანაკლისისათვის, ასევე, იმ ქონებრივი ზიანისათვის, რომელიც მას, ამ სიკეთეების ხელყოფის მიღმა, მიადგა პროკურატურაში დაუსაბუთებელი საჩივრის შეტანით.

პატივისა და საქმიანი რეპუტაციის ხელყოფისათვის უსაფუძვლოდ დადანაშაულებულს შეუძლია მოითხოვოს ასევე მორალური ზიანის ანაზღაურებაც, რაც პირდაპირ არის გათვალისწინებული სკ-ის 413 I, 18 VI 3 მუხლებში.⁵⁴

III. განგრძობადი ხელყოფის აღკვეთის მოთხოვნა – კვაზი-ნეგატორული მოთხოვნა

დანაშაულის შესახებ განმცხადებელი, ჩვეულებრივ, არა მხოლოდ ერთჯერადად ხელყოფს დადანაშაულებული პირის აბსოლუტური უფლებებს (პატივი, საქმიანი რეპუტაცია), რომლის შედეგების აღმოფხვრაც უნდა მოხდეს ზიანის ანაზღაურების გზით, არამედ ეს ხელყოფა გრძელდება – თუ განმცხადებელი, ცრუ განცხადებით წამოწყებულ დევნაში, შემდგომშიც

ნებაყოფლობით მონაწილეობს, აწვდის პროკურატურას თუ დადანაშაულებულის ბიზნეს-პარტნიორებს ცრუ ცნობებს.

აბსოლუტური უფლებების ისეთი ხელყოფის აღსაკვეთად, რომელიც ჯერ კიდევ გრძელდება, გამოიყენება კვაზი-ნეგატორული მოთხოვნა სკ-ის 172 II მუხლის (= გსკ-ის 1004-ე პარაგრაფი) ანალოგიით. განგრძობადი ხელყოფის აღკვეთის მოთხოვნის წინაპირობაა პატივის ხელმყოფი ცნობების განმეორებადი გავრცელების საფრთხის არსებობა – უფლებამოსილი პირი არ არის ვალდებული დაელოდოს, თუ როდის დამთავრდება ხელყოფა თავისით და შემდეგ მოითხოვოს მისი შედეგების აღმოფხვრა ზიანის ანაზღაურების გზით (რაც, შეიძლება, საერთოდ არ ექვემდებარებოდეს სრულად გამოსწორებას), არამედ შეუძლია უკვე მიმდინარე ხელყოფის მომენტში მოითხოვოს შემდგომი ხელშეშლის აღკვეთა. ეს თანაბრად ეხება, როგორც საკუთრებას, ისე, ყველა სხვა, აბსოლუტურ უფლებას, რომელთა დასაცავადაც ნეგატორული მოთხოვნა გამოიყენება ანალოგიით.

ქართულ სასამართლო პრაქტიკაში ნეგატორული მოთხოვნით საკუთრების გარდა სხვა აბსოლუტური უფლებების დაცვის მაგალითი არ ფიქსირდება, თუმცა, სპეციალურად პატივის, ღირსებისა და საქმიანი რეპუტაციის ნაწილში, მათი მყისიერი დაცვის, ანუ, ჯერ კიდევ მიმდინარე ხელყოფის მომენტში რეაგირების უფლება, გამყარებულია კანონით – სკ-ის 18 II მუხლი. ეს დანაწესი აქცენტს აკეთებს „შელახვისაგან დაცვაზე“, რაც, უკვე ცნებების დონეზე, გულისხმობს მიმდინარე ხელშეშლის აღკვეთის შესაძლებლობას და არა მხოლოდ უკვე დამთავრებული შელახვისათვის ზიანის ანაზღაურების მოთხოვნას. მიმდინარე ხელყოფის აღკვეთა კი მხოლოდ ნეგატორული მოთხოვნის მეშვეობით არის შესაძლებელი. ასევე, სკ-ის 18 VI 1 მუხლშიც საუბარია ამ დანაწესში ჩამოთვლილი სიკეთეების დაცვაზე ისეთი საშუალებებით, რომლებიც არ განეკუთვნება ზიანის ანაზღაურების მოთხოვნათა წრეს და რომელთა გამოყენებაც ხელმყოფის ბრალის გარეშეა შესაძლებელი. ეს

⁵⁴ სკ-ის 993 მუხლის გარდა, ზემოთ მოყვანილი მოთხოვნის ყველა სხვა საფუძველი ითვალისწინებს ასევე არა-ქონებრივი ზიანის ანაზღაურების შესაძლებლობასაც.

კიდევ ერთი პირდაპირი მითითებაა ნეგატიურულ მოთხოვნაზე. მხოლოდ ლოგიკურია და მართლწესრიგის შინაგანი თანამიმდევრულობის გამოხატულებაა, რომ არსებობდეს ამ სიკეთეების არა მხოლოდ **post factum** (უკვე რეალიზებული ზიანის შემდეგ) დაცვის შესაძლებლობა, არამედ, ასევე, ჯერ კიდევ ხელყოფის პროცესში, შემდგომი ხელყოფისაგან დაცვის ინსტრუმენტი. მხოლოდ ეს შეესაბამება პატივისა და საქმიანი რეპუტაციის, როგორც აბსოლუტური უფლებების, დაცვის შეუზღუდავ ხასიათს; რომ ისინი დაცულია არა მხოლოდ მაშინ, თუ მათ ხელყოფას ქონების შემცირება მოჰყვა შედეგად, არამედ, პირველ რიგში, დაცულია ნებისმიერი ჩარევისაგან.

ამგვარად, მოსარჩელეს შეუძლია მოითხოვოს მოპასუხისაგან მისი აბსოლუტური უფლებების შემდგომი ხელყოფისაგან თავის შეკავება.

IV. ზიანის ანაზღაურებისა და ნეგატიური მოთხოვნების განხორციელების შესაძლებლობა – დასკვნა

პრინციპი, რომ ყველა პირს აქვს კონსტიტუციით გარანტირებული უფლება, დაუსჯელად მიმართოს სასამართლოს თუ სამართალდამცავ ორგანოებს და დაუშვებელია ერთი სამართალწარმოების ფარგლებში პირის ქცევის (მათ შორის, მისი გამონათქვამების) სხვა სამართალწარმოებაში რევიზია, მოქმედებს მხოლოდ იმ ფარგლებში, რა ფარგლებშიც მოსარჩელე/განმცხადებელი კეთილსინდისიერად ცდება საკუთარი ნაგარაუდები უფლების რეალიზაციის მცდელობისას.⁵⁵ ინდივიდის კონსტიტუციით უზრუნველყოფილი უფლება, მიმართოს მართლმსაჯულების თუ სამართალდამცავ ორგანოებს, წინ ვერ აღუდგება მის პასუხისმგებლობას, როდესაც წინასწარ შეცნობადად დაუსაბუთებელ და მართლსაწინააღმდეგო სარჩელს ეხება საქმე.

საქართველოში ეს პრობლემატიკა არ არის თემატიზირებული არც საკონსტიტუციო სასამართლოს და არც საერთო სასამართლოების პრაქტიკაში, განსხვავებით გერმანიისაგან, სადაც ეს საკითხები უკვე ათწლეულებია ყოვლისმომცველად არის დამუშავებული და მათთვის მონახულია, როგორც დოგმატური ისე სამართლის პოლიტიკის კუთხით დამაჯერებელი ჩარჩო-გადაწყვეტა.

გერმანიის ფედერალური უზენაესი სასამართლო⁵⁶ აღიარებს მხოლოდ „შეცდომაზე უფლებას“ და მიიჩნევს დაუშვებლად, რომ მეორეულ პროცესში პირს მოუწიოს პასუხისგება ამ პირველ პროცესზე/წარმოების ფარგლებში გაკეთებული არასწორი გამონათქვამებისათვის, ისევე, როგორც, პირველი პროცესის მიმდინარეობის თანავე, სხვა წარმოებაში მოპოვებული განკარგულებით მოეთხოვოს მას უმოქმედობა და სარჩელის თუ განცხადების გატანა. თუმცა არ არსებობს უფლება პროცესის განზრახ ან დაუდევრობით ბოროტად გამოყენებაზე,⁵⁷ რაზეც ცალსახად უთითებენ გერმანიის როგორც უზენაესი ფედერალური, ისე საკონსტიტუციო სასამართლოები.⁵⁸

გერმანიის ფედერალური საკონსტიტუციო სასამართლოს მიხედვით,⁵⁹ „ზიანის ანაზღაურების მოთხოვნის იმგვარად გამოყენება, რომ მისი მეშვეობით დანაშულის შესახებ კეთილსინდისიერ განმცხადებელს დაეკისროს ზიანის ანაზღაურების ვალდებულება ყველა იმ შემთხვევაში, როდესაც განცხადების საფუძველზე წამოწყებული დევნის ფარგლებში დანაშულის ნიშნები არ დგინდება, არღვევს (სამართლებრივი სახელმწიფოს პრიზმაში განმარტებულ) კონსტიტუციის 2 I მუხლს. თუმცა ფედერალური საკონსტიტუციო სასამართლო თავის იმავე განწყვეტილებაში აგრძელებს: ეს პრინციპი, რომელიც გამოყვანილია სახელმწიფოს კონსტიტუციურსამართლებრივი ვალდებულებიდან, საზოგადოების ინტერესებში უზრუნველყოფს

⁵⁵ BVerfG NJW 1987, 1929.

⁵⁶ BGH NJW 2005, 281; 2008, 996 Rn. 13; BGH NJW-RR 2010, 554; BGH NJW 2012, 1659 Rn. 9 ff.

⁵⁷ BVerfG BeckRS 2009, 30487 Rn. 18; BGH NJW 1962, 244; BGH GRUR 1973, 551; BGH NJW 1986, 2503; BGH 2008, 996 Rn. 14, 18.

⁵⁸ BVerfG BeckRS 2009, 30487 Rn. 18; BGH NJW 1962 244; BGH GRUR 1973, 551; BGH NJW 1986, 2503; BGH 2008, 996 Rn. 14, 18.

⁵⁹ BVerfG NJW 1987, 1929 ff.

ფუქნციონირებადი სისხლისსამართლებრივი მართლმსაჯულება, ზღვარდადებულია და აღარ ვრცელდება იმ შემთხვევებზე, როდესაც საქმე ეხება განზრახ ან დაუდევრად ცრუ დადანაშაულებას (წინასწარშეცნობადად არარსებული დადანაშაულის შესახებ განცხადებას). ამ შემთხვევებში ზემოთ მოყვანილი პრინციპი უკან იხევს უსაფუძვლოდ დადანაშაულებულის ინტერესების დაცვის წინაშე. გერმანიის სისხლის სამართლის კოდექსის 164-ე პარაგრაფით (ცრუ დასმენა) დადგენილი „გაცნობიერებული ქცევისა“ (Wissentlichkeit) და გერმანიის სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსის 469-ე პარაგრაფით დადგენილი ხარჯების განაწილების წესი წარმოადგენენ მხოლოდ ცალკეულ გამოვლინებებს იმ ზოგადი პრინციპისა, რომ პირი, რომელიც სხვას განზრახ ან დაუდევრად უსაფუძვლოდ სდებს ბრალს დადანაშაულში, არ იმსახურებს კონსტიტუციურსამართლებრივ დაცვას.

რაც შეეხება, კონკრეტულად პატივის ხელმყოფ გამონათქვამებს, მართალია, აქ მოქმედებს პრინციპი, რომ გამონათქვამები, რომლებიც სამართლებრივ პროსეკუციასა თუ თავის დაცვას ემსახურება სასამართლო პროცესის/სისხლის სამართლებრივი დევნის ფარგლებში, ჩვეულებრივ, არ შეიძლება მოგერიებულ იქნეს პატივის დამცავი სარჩელების მეშვეობით,⁶⁰ თუმცა, ასევე, ეს პრინციპი აწყდება თავის ზღვარს, როდესაც საქმე ეხება „განზრახ ან დაუდევრად გაკეთებულ უსაფუძვლო განცხადებებს“⁶¹ თუ „გაცნობიერებულად, არასწორი და ისეთი ფაქტების მტკიცებას [Tatsachenbehauptungen], რომელთა სიყალბეც ხელის გულზე დევს“⁶². იგივე ეხება ამ ხარისხის უზუსტობის, შეგნებულად გაკეთებულ შეფასებით მსჯელობას/აზრის გამოთქმას (Meinungsäußerungen).⁶³

გარდა ამისა, მართალია, დადანაშაულებულმა პირმა, ვისი პატივის ხელყოფაც მოხდა, უნდა

მიუთითოს და ამტკიცოს, რომ ამ ტიპის საგამონაკლისო შემთხვევაა სახეზე – „განზრახ არასწორი მტკიცება“⁶⁴, თუმცა მეორეული მითითების ტვირთის პრინციპების (Grundsätze der sekundären Darlegungslast) თანახმად, შესაძლებელია მოხდეს მტკიცების ტვირთის ფაქტობრივი შებრუნება და დადანაშაულის შესახებ განმცხადებლის სამტკიცებელი იყოს იმ გარემოებების არსებობა/სისწორე, რომელსაც დააფუძნა მან თავისი გამონათქვამები.

თუ ზემოთ თქმულს მოკლედ შევაჯამებთ: პირი, რომელიც განზრახ ან უხეში გაუფრთხილებლობით ბოროტად იყენებს პროცესს და არღვევს ამით სხვა პირების უფლებებს და ზიანს აყენებს მათ, არ იმსახურებს ზემოთ ხსენებულ პრივილეგიას (პასუხისმგებლობის არდაკისრება, მიუხედავად უსაფუძვლო სარჩელისა/არარსებული დადანაშაულის შესახებ განცხადებისა) – მას არ უნდა მიეცეს საშუალება, შესაბამისი პროცედურის დასრულებამდე დაუსჯელად გააგრძელოს ეს საქმიანობა. ამიტომაც, უკვე ამ პროცედურის მიმდინარეობის მომენტშივე სამართლებრივი ჩარევა ზიანის ანაზღაურებისა და ქმედებისაგან თავის შეკავების მოთხოვნების მეშვეობით.

პროკურატურა არ და ვერ იმსჯელებს იმის შესახებ, ჩაიდინა თუ არა განმცხადებელმა, წინასწარი შეცნობით დაუსაბუთებელი განცხადების შეტანით, სამოქალაქოსამართლებრივი დელიქტი და სახეზეა თუ არა დადანაშაულებული პირის პატივისა და ღირსების განზრახ ხელყოფა მისი მხრიდან. ამასთან, თუ ეს ხელყოფა სახეზეა, ის გრძელდება სისხლისსამართლებრივი დევნის მთლიანი მიმდინარეობისას, თუ განმცხადებელი აგრძელებს საქმიან წრეებში ამ სისხლისსამართლებრივ დევნაზე მითითებას და პროკურატურისათვის ახალი „მოწმეების“ დასა-

⁶⁰ BGH NJW 2005, 279: მხარეებსა და მათ წარმომადგენლებს უფლება აქვთ, თქვან ყველაფერი, რაც, მათი წარმოდგენის თანახმად, საჭიროა მათი ინტერესების დასაცავად და ამ გამონათქვამების სისწორე უნდა შემოწმდეს მიმდინარე წარმოების ფარგლებში და მხოლოდ ამ წარმოებით გათვალისწინებული ინსტრუმენტებით იყოს სანქცირებული.

⁶¹ BVerfG, stattgebender Kammerbeschluss vom 15. Dezember 2008 – 1 BvR 1404/04, juris1404/04Rn. 18.

⁶² BGH, Urt. v. 28. Februar 2012 – VI ZR 79/11, juris Rn. 14; BGH, Urt. v. 11. Dezember 2007 – VI ZR 14/07, juris Rn. 14, 21 f.

⁶³ BGH, Urt. v. 28. Februar 2012 – VI ZR 79/11, juris Rn. 14; BGH, Urt. v. 11. Dezember 2007 – VI ZR 14/07, juris Rn. 14, 21 f.

⁶⁴ OLG München, Urt. v. 2. August 2002 – 21 U 2188/02, juris Rn. 31.

ხელეებას. პატივისა და საქმიანი რეპუტაციის აბსოლუტურ ხასიათთან და მათ აბსოლუტურ და უპირობო დაცვასთან შეუთავსებელია, რომ პირს დაევალოს ამ ხელყოფის თმენა და არ მიეცეს დაუყოვნებლივი სამართლებრივი რეაგირების შესაძლებლობა. აქ უკვე დასაშვებია ამ ქმედებების განმახორციელებელი პირის წინააღმდეგ (ცალკე პროცესში) ზიანის ანაზღაურებისა თუ შემდგომი ქმედებისაგან თავის შეკავების მოთხოვნების წაყენება.

თუ დანაშაულის შესახებ განმცხადებელი ამ განცხადებას დადანაშაულებული პირისაგან სა-

ხელშეკრულებო შესრულებების გამოძალვისათვის იყენებს, ის კარგავს „შეცდომაზე უფლების“ პრივილეგიას, უკვე მხოლოდ იმის გამო, რომ ის იყენებს მიზანთან შეუსაბამო საშუალებას – სისხლისსამართლებრივი დევნა სამოქალაქოსამართლებრივი ქონებრივი უფლების განსახორციელებლად –, და უმნიშვნელოა, თუ რამდენად კეთილსინდისიერად ცდებოდა ის მოსარჩელის მხრიდან დანაშაულის ჩადენის ფაქტთან დაკავშირებით.

პაციენტის ინფორმირება გერმანიაში*

ულრიხ ჰაგენლოხი

დრეზდენის უმაღლესი სამხარეო სასამართლოს ყოფილი პრეზიდენტი

I. შესავალი

გერმანიაში ექიმის სამედიცინო ახსნა-განმარტებასა და ინფორმირების ვალდებულებასთან დაკავშირებით არსებობს კითხვები სხვადასხვა სამართლებრივი ტერმინში.

1. თვითგამორკვევის შესახებ ინფორმირება/სამედიცინო ჩარევის შესახებ ინფორმირება

ყურადღების ცენტრში დგას, თუ რა სახის ინფორმაცია უნდა მიეცეს პაციენტს, რათა მან თავად გადაწყვიტოს, სურს თუ არა თანხმობა განაცხადოს მკურნალობაზე (ე.წ. თვითგამორკვევა). ეს, უპირველეს ყოვლისა, ეხება ინფორმირებას მკურნალობის რისკების, გამოჯანმრთელების შანსებისა და მკურნალობის ალტერნატიული მეთოდების შესახებ. თუ მკურნალობა დაკავშირებულია ფიზიკური მთლიანობის ხელყოფასთან, ზოგჯერ გამოიყენება ტერმინი „სამედიცინო ჩარევის შესახებ განმარტება“.

2. პაციენტის ფინანსური კუთხით ინფორმირება

პაციენტის ფიზიკურ მთლიანობასა და თვითგამორკვევის უფლებაზე დეტალური საუბარი

ქვემოთ, II. 1.-ში იქნება, ამ ქვეთავში კი საუბარია ექიმის მიერ ფინანსური კუთხით ინფორმირების ვალდებულების შესახებ ან სხვაგვარად რომ ვთქვათ **პაციენტის ქონებაზე ზრუნვის ვალდებულებაზე**. ფინანსური კუთხით ინფორმირების ვალდებულება განსაკუთრებით საგულისხმოა მაშინ, როდესაც კანონით დადგენილი სავალდებულო დაზღვევა კონკრეტული სამედიცინო ღონისძიებებისთვის განსაზღვრული არ არის, როგორც ამას გერმანიაში ვხვდებით. ასევე მაშინ, როდესაც კერძო დაზღვევის მქონე პირისთვის დაზღვევის პაკეტი რიგ ღონისძიებების დაზღვევას ან არ მოიცავს, ან ბუნდოვანია, ან დაზღვევის გარეშე ჩატარებული მკურნალობის ხარჯები პაციენტის ტიპურ მოლოდინს არსებითად აჭარბებს.

გერმანიის სამოქალაქო კოდექსის §630c მუხლის 1 წინადადებაში ამასთან დაკავშირებით ნათქვამია, რომ ექიმმა პაციენტს მკურნალობის დაწყებამდე უნდა მიაწოდოს ინფორმაცია ტექსტური ფორმით მოსალოდნელი ხარჯების შესახებ, თუ მან იცის, რომ მესამე პირის მხრიდან მკურნალობის ხარჯების საკუთარ თავზე აღება არ არის გარანტირებული ან არსებობს ამის საკმარისი ნიშნები.¹ ფინანსური კუთხით ინფორმაციის მიწოდების ვალდებულება მიზნად ისა-

* გერმანულიდან თარგმნა თეიმურაზ ლომიძემ.

¹ ამ თემასთან დაკავშირებით იხილეთ: BGH, Urteil vom 28. Januar 2020 - VI ZR 92/19 - BGHZ 224, 256, juris Rn. 13; BGH, Urteil vom 9. Mai 2000 - VI ZR 173/99 - NJW

2000, 3429, juris Rn. 33; BSG (Bundessozialgericht), Urteil vom 27. Oktober 2020 - B 1 KR 9/20 R - juris Rn. 15; umfassende Übersicht bei: Staudinger/Gutmann (2021) BGB § 630c Rn. 136 ff.

ხავს პაციენტის დაცვას ფინანსური სიურპრიზებისგან და საშუალებას მისცემს მათ, წინასწარ შეაფასონ საკუთარი ეკონომიკური შესაძლებლობები მკურნალობის დაწყებამდე.² გარდა ამისა, სოციალური კანონის SGB V (Sozialgesetzbuch V) § 13 2 აბზაცის წინადადების მიხედვით, მკურნალმა პირმა უნდა აცნობოს კანონით დაზღვევის მქონე პირს, რომ მკურნალობის ხარჯების სადაზღვევო ხაზინიდან დაფარვა არ მოხდება თუ, მკურნალობის ფარგლებში ისეთი მომსახურება უნდა იქნეს გაწეული, რომელსაც დაზღვევა არ აფინანსებს.

თუმცა, კერძო სამედიცინო დაზღვევის მქონე პაციენტების შემთხვევაში, როგორც ეს საქართველოშია გავრცელებული, გასათვალისწინებელია, რომ დაზღვევის ფარგლების ცოდნა ძირითადად პაციენტის პასუხისმგებლობის სფეროში ხვდება. ამ მხრივ, გადამწყვეტია კონკრეტული სადაზღვევო ხელშეკრულების პირობები და ცალკეულ შემთხვევაში პასუხისმგებელი მზღვეველის მარეგულირებელი პრაქტიკა. ამიტომ, კერძო სამედიცინო დაზღვევის შემთხვევაში, გადაჭრით საუბარი მკურნალის მხრიდან ფინანსური კუთხით ინფორმირების ვალდებულებაზე არ იქნება მართებული. როგორც წესი, პაციენტისთვის შესაძლებელია, ეჭვის არსებობის შემთხვევაში, წინასწარ მოითხოვოს დადასტურება მკურნალობის ხარჯთა ანაზღაურების შესახებ.³

ამ ადგილას სიფრთხილით გვსურს აღვნიშნოთ, რომ გერმანიის სამართლებრივი ვითარება მხოლოდ მოკლედ იქნა აღწერილი. ჯანმრთელობის დაზღვევისა და ჯანდაცვის სისტემის ფუნდამენტურად განსხვავებული სტრუქტურის გამო, საქართველოში ფინანსური კუთხით ინფორმირების ვალდებულების შესახებ ზოგიერთ კითხვას შეიძლება განსხვავებული პასუხის გაცემა დასჭირდეს. ფინანსური კუთხით ინფორმირების ვალდებულების ძირითადი იდეა,

ანუ პაციენტის დაცვა ფინანსური სიურპრიზებისგან ან მკურნალობის განხორციელებამდე წინასწარ ფინანსური ვალდებულებების შესახებ ინფორმირება, ასევე უნდა იყოს თანდაყოლილი საქართველოს სამართლებრივ სისტემაში, როგორც ზოგადი სამართლებრივი პრინციპი.

3. თერაპიული ინფორმაცია (ახსნა-განმარტება)

წარსულში გერმანიაში ამ სიტყვის - „ახსნა-განმარტების“ - მნიშვნელობის ფარგლებში ასევე განიხილავდნენ, რა სახით უნდა ეცნობებინა ექიმს იმ ქცევითი ღონისძიებების შესახებ პაციენტისთვის, რომლებიც მას უნდა შეესრულებინა, მკურნალობას შედეგი რომ გამოეღო. ტერმინოლოგიურად ასეთი ტიპის ახსნა-განმარტებას ხშირად მოიხსენიებდნენ, როგორც თერაპიულ ახსნა-განმარტებას ან როგორც უსაფრთხოებით ახსნა-განმარტებას, რაც გულისხმობდა **წარმატებული მკურნალობის უზრუნველყოფას**.

დღეს ძირითადად ტერმინი „თერაპიული ინფორმირება“ გამოიყენება (იხ. § 630c BGB). ამის მიზეზი ის არის, რომ ასეთი ინფორმაცია არ ემსახურება პაციენტის თვითგამორკვევის უფლების დაცვას, არამედ მკურნალობის ფარგლებში ექიმის ვალდებულებათა ნუსხაში შედის.⁴ ამის მიზანია პაციენტის მკურნალობისთვის საჭირო მოქმედების უზრუნველყოფა, იმისთვის რომ მკურნალობით დასახული მიზანი მიღწეულ იქნეს ან/და კონტრაპროდუქტიული მოქმედებით მიზნის მიღწევას ხელი არ შეეშალოს. ვინაიდან თერაპიული ინფორმაციის პაციენტისთვის გაზიარება მკურნალობის ვალდებულების ნაწილია, ამ ვალდებულების დარღვევა - ახსნა-განმარტების მიცემის ვალდებულების დარღვევის-

² BGH, Urteil vom 28. Januar 2020 - VI ZR 92/19 - BGHZ 224, 256, juris Rn. 13; BGH, Urteil vom 9. Mai 2000 - VI ZR 173/99 - NJW 2000, 3429, juris Rn. 33.

³ BGH, Urteil vom 28. Januar 2020 - VI ZR 92/19 - BGHZ 224, 256, juris Rn. 15; Gesetzentwurf der Bundesregierung zum Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Rechte von Patientinnen und Patienten vom 15.08.2012, BT-Drucks. 17/10488, S. 22.

⁴ BGH, Urteil vom 24. Mai 2022 - VI ZR 206/21 - NJW 2022, 2747, juris Rn. 17 ff.; *ჰაგენლოხი*, სამედიცინო სამართლის სიახლეები გერმანიაში – მეორე ნაწილი: გერმანიის სასამართლო პრაქტიკის მნიშვნელოვანი ტენდენციები 2022 წლის მეორე ნახევარში, შედარებითი სამართლის ქართულ/გერმანული ჟურნალი 3/2023, II. 2.

გან განსხვავებით (დანვრილებით II. 1.) - არ ინვეს პაციენტის თანხმობის ბათილობას, არამედ პასუხისმგებლობას მკურნალობის ვალდებულების პრინციპების დარღვევის გამო, ამ მიზეზობრივი კავშირისთვის შემუშავებული პრინციპების ჩათვლით.

თერაპიულ ინფორმაციასთან დაკავშირებული სამართლებრივი საკითხები, რომლებიც პაციენტის ინფორმირების საკითხებს ეხება, შესაბამისად, არ არის განხილული ამ სტატიის მიზანმიმართულად, უნდა აღინიშნოს, რომ თერაპიულ ინფორმაციასთან დაკავშირებული ზოგიერთი სამართლებრივი საკითხი განხილულია ჟურნალის სხვა სტატიებში.⁵

II. თვითგამორკვევის შესახებ ინფორმირება

1. სამართლებრივი საფუძვლები

გერმანიაში მკურნალობის დროს ექიმის მიერ პაციენტისთვის ახსნა-განმარტების ვალდებულებას იმდენად მყარად აქვს ფესვი მოკიდებული, რომ ამ ვალდებულების სამართლებრივი საფუძველი ხშირად არ მოიხსენიება სასამართლო გადაწყვეტილებებში ან სამეცნიერო იურიდიულ დისკუსიებში, მაგრამ თვლიან, რომ ისედაც ცნობილია. ეს მით უფრო ცხადია, მას შემდეგ, რაც 2013 წელს კანონმდებელმა გერმანიის სამოქალაქო კოდექსის § 630d -ის 1 და 2 აბზაცით პირდაპირ განსაზღვრა, რომ სამედიცინო ღონისძიების განხორციელებამდე, კერძოდ, პაციენტის სხეულთან ან მის ჯანმრთელობასთან შეხების დროს, საჭიროა მისი წინსწრებით თანხმობა, ხოლო მისი ნამდვილობისთვის აუცილებელია, რომ მას წინსწრებითი ახსნა-განმარტება სდევდეს თან. ეს ძირითადი სამართლებრივი

პრინციპი არაერთხელ არის ხაზგასმული გერმანიის ფედერალური მიწების უმაღლესი სასამართლოს პრაქტიკაში.⁶

ამ სამართლებრივი კლასიფიკაციის ამოსავალი წერტილი არის ის, რომ გერმანულ სასამართლო პრაქტიკაში, ნებისმიერი ჩარევა სხეულის ფიზიკურ მთლიანობაში, ე.წ. მკურნალობის მიზნით ჩარევის ჩათვლით, გაგებულია, როგორც ფიზიკური დაზიანება ან ჯანმრთელობის დაზიანება; როგორც სამოქალაქო, ასევე სისხლის სამართლის მიხედვით.⁷ შესაბამისად, პაციენტის თანხმობა არაფერს ცვლის დაცული სამართლებრივი სიკეთის დაზიანებასთან მიმართებით, ანუ სხეულის ან ჯანმრთელობის მთლიანობის დარღვევასთან მიმართებით, არამედ „მხოლოდ“ აქცევს ამ ქმედებას კანონიერ ქმედებად.⁸ ამიტომ ნორმის დამახასიათებელი ნიშნების დონეზე იურიდიულად უმნიშვნელოა, რომ ფიზიკურ მთლიანობაში ჩარევა, საბოლოო ჯამში, მიზნად ისახავს პაციენტის ჯანმრთელობის მდგომარეობის გაუმჯობესებას.⁹

ფიზიკური მთლიანობის ეს დაცვა, რომელიც დაკავშირებულია ახსნა-განმარტების ვალდებულებასთან, ეფუძნება პაციენტის თვითგამორკვევის უფლების დაცვას. ბოლო ათწლეულების განმავლობაში სასამართლო პრაქტიკასა და სამართლის სამეცნიერო სფეროში, აქამდე ჯანმრთელობისა და სხეულის დაცვაზე ორიენტირებულმა ინფორმაციის მიწოდების ვალდებულებამ, აშკარად თვითგამორკვევის უფლების დაცვის უზრუნველყოფისკენ გადაინაცვლა. ეს ეფუძნება იმ ფაქტს, რომ საკონსტიტუციო ცვლილებებით თვითგამორკვევის უფლებამ მოიპოვა მნიშვნელობა და წონა, მაგრამ ასევე შეცვლილია ძირითადი მნიშვნელობა მოსახლეობა-

⁵ ჰაგენლოხი, სამედიცინო სამართლის სიახლეები გერმანიაში – მეორე ნაწილი: გერმანიის სასამართლო პრაქტიკის მნიშვნელოვანი ტენდენციები 2022 წლის მეორე ნახევარში, შედარებითი სამართლის ქართულ/გერმანული ჟურნალი 3/2023, II. 2.; ჰაგენლოხი, მნიშვნელოვანი ტენდენციები გერმანიის სასამართლო პრაქტიკაში სამედიცინო სამართლის მიმართულებით 2021 წელს, სამედიცინო სამართლისა და მედიკამენტის ჟურნალი 2/2023, 1, II. 4.

⁶ საბოლოოდ: BGH, Urteil vom 11. Oktober 2016 - VI ZR 462/15 - NJW-RR 2017, 533, juris Rn. 8.

⁷ სისხლის სამართლის პერსპექტივით შესახებ: BGH, Urteil vom 30. Januar 2019 - 2 StR 325/17 - BGHSt 64, 69, juris Rn. 12.

⁸ BGH, Urteil vom 19. Juli 2016 - VI ZR 75/15 - MedR 2017, 132, juris Rn. 9; J. Lange in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, jurisPK-BGB, 9. Aufl., § 823 Abs. 1 BGB (20.09.2021) Rn. 5; Staudinger/J Hager (2021) BGB § 823 Rn. I 76.

⁹ მთლიანობაში: Staudinger/J Hager (2021) BGB § 823 Rn. I 1 ff.

სა და სამართლებრივ სისტემაში. როგორც გერმანიის უზენაესი ფედერალური სასამართლო აცხადებს:¹⁰

„სასამართლო პრაქტიკა ოდითგანვე ითხოვს პაციენტის თანხმობას მკურნალობის დაწყებაზე სხეულის ფიზიკური მთლიანობაში ჩარევის გასამართლებლად (გერმანიის კონსტიტუცია მუხლი 2, 2 აბზაცი; შენიშვნა: საქართველოს კონსტიტუციის მე-10 მუხლის მე-2 პუნქტი - შესატყვისი ნორმა) და ადამიანის ღირსების უფლებიდან გამომავალ მის თვითგამორკვევის უფლების დაცვას (მუხლი 1 გერმანიის კონსტიტუცია; მუხლი 9, პუნქტი 1 საქართველოს კონსტიტუცია). შესაბამისად, დაცულია პაციენტის გადანეცილობის თავისუფლება საკუთარი სხეულის ფიზიკურ მთლიანობაზე, რომლის დარღვევაც ექიმის თვითნებობით დაუშვებელია. სამედიცინო მკურნალობაზე თანხმობა გულისხმობს მკურნალობის ფარგლებში სხეულის დაზიანებისგან დაცვაზე უარის თქმას, რაც ასევე გულისხმობს მკურნალობის გვერდითი ეფექტებისა და შესაძლო გართულებების შედეგად გამოწვეული საფრთხის საკუთარ თავზე აღებას. ამ თვალსაზრისით, ექიმის მიერ სხეულისა და ჯანმრთელობის ფიზიკური მთლიანობის დარღვევის საკითხი დიდწილად უნდა შემოიფარგლოს პაციენტის პერსპექტივიდან, რადგან როდესაც ის თავის კანონიერ ინტერესებს ხელმისაწვდომს ხდის სამედიცინო მკურნალობის პროცესში, ეს მისი თვითგამორკვევის ფარგლებში ხორციელდება. (BGH, 1989 წლის 14 თებერვლის გადაწყვეტილება - VI ZR 65/88 - BGHZ 106, 391,...).“

აქედან გამომდინარეობს ექიმის ვალდებულება, რომ არა მხოლოდ სათანადო სიფრთხილე გამოიჩინოს პაციენტის მკურნალობის დროს, არამედ მიიღოს მისი თანხმობა ამ ღონისძიებებზე. თუ პაციენტი - თვითგამორკვევის უფლების ფარგლებში - აცხადებს, რომ მხოლოდ კონკრეტულ ექიმს აძლევს უფლებას, მას ოპერაცია

გაუკეთოს, სხვა ექიმს უფლება არ აქვს ჩაატაროს ოპერაცია. თუ პაციენტთან შეთანხმებულია, რომელმაც ექიმა უნდა ჩაატაროს ოპერაცია, მას დროულად უნდა ეცნობოს, თუ მის ადგილს სხვა ექიმი დაიკავებს (სენატი, 2010 წლის 11 მაისის გადაწყვეტილება - VI ZR 252/08 - NJW 2010, 2580 პუნქტი 6). თუ არ არსებობს ჩარევის თანხმობა, ასეთ შემთხვევაში ჩარევა სხეულის ფიზიკურ მთლიანობაში უკანონოა (სენატი, 1989 წლის 14 თებერვლის გადაწყვეტილება - VI ZR 65/88 -BGHZ 106, 391...).“

გარდა ამისა, გერმანული სასამართლო პრაქტიკა ყოველთვის აღიარებდა, რომ სამედიცინო მკურნალობა არა მხოლოდ თანხმობას მოითხოვს, არამედ თანხმობა ნამდვილია მხოლოდ იმ შემთხვევაში, თუ პაციენტი საკმარისად არის ინფორმირებული.¹¹ ამ ვალდებულების დედა აზრი მდგომარეობს იმაში, რომ პაციენტი მხოლოდ იმ შემთხვევაში შეძლებს საპასუხისმგებლო გადაწყვეტილების მიღებას იმის შესახებ, სურს თუ არა მას მკურნალობა, თუ იგი მოსალოდნელი შედეგების შესახებ ინფორმირებულია. გერმანიის ფედერალურმა სასამართლომ შემდეგნაირად შეაჯამა თანხმობისა და ახსნაგანმარტების საჭიროების სამართლებრივი საფუძველი:¹²

„ეს შეესაბამება ძირითადად სასამართლო პრაქტიკას... და პრინციპში არც სამედიცინო პროფესიაში არაა სადავო, რომ მკურნალობა კანონიერად რომ ჩაითვალოს, ძირითადად პაციენტის თანხმობაა საჭირო, ხოლო თანხმობა ნამდვილად იმ შემთხვევაში ჩაითვლება, თუ პაციენტი ინფორმირებულია სამედიცინო ჩარევის მიმდინარეობის, მისი წარმატების შანსებისა და რისკების, მკურნალობის შესაძლო მნიშვნელოვნად განსხვავებული დატვირთვის ალტერნატივებისა და მთლიანობაში შანსებისა და საშიშროებების შესახებ. ეს არის მისი თვითგამორკვევის უფლებისა და სხეულის ფიზიკური მთლიანობის უფლების დაცვის ერთადერთი საშუა-

¹⁰ BGH, Urteil vom 19. Juli 2016 - VI ZR 75/15 - MedR 2017, 132, juris Rn.9 f.

¹¹ BGH, Beschluss vom 16. August 2022 - VI ZR 342/21 - MDR 2022, 1480, juris Rn. 9; BGH, Urteil vom 29. Januar 2019 - VI ZR 117/18 - MedR 2020, 128, juris Rn. 15; BGH,

Urteil vom 11. Oktober 2016 - VI ZR 462/15 - NJW-RR 2017, 533, juris Rn. 8; BGH, Urteil vom 7. November 2006 - VI ZR 206/05 - BGHZ 169, 364, juris Rn. 7.

¹² BGH, Urteil vom 14. Februar 1989 - VI ZR 65/88 - BGHZ 106, 391, juris Rn. 9.

ალეზა (ძირითადად BGHZ 29, 46ff; 29, 176ff; შენიშვნა: ეს ეხება გერმანიის ფედერაციის უზენაესი სასამართლოს 1958 წლის 9 დეკემბრის გადაწყვეტილებას - VI ZR 203/57 - BGHZ 29, 46 და ფედერალური სასამართლოს 1959 წლის 16 იანვრის გადაწყვეტილებას - VI ZR 179/57 - BGHZ 29, 176).“

2012 წლის 15 აგვისტოს¹³ პაციენტთა უფლებების გაუმჯობესების შესახებ ფედერალური მთავრობის კანონპროექტის განმარტებით ბარათში ნათქვამია:

„წმინდა დოგმატური თვალსაზრისით, თანხმობა ლეგიტიმაციაა, ერთი მხრივ, პაციენტის თვითგამორკვევის უფლების - როგორც სამოქალაქო სამართალში ასახული თავისუფალი განვითარების კონსტიტუციური უფლების კონკრეტიზაციის - დასაცავად. მეორე მხრივ, თანხმობა ასევე მნიშვნელოვანია დელიქტურ სამართალში სამართლებრივი სიკეთის დაცვის ფარგლებში, კერძოდ, ჩარევის უკანონობისა თუ მისი გამართლების საკითხთან მიმართებით“.

იურიდიულად, ამ დოგმატურ მიდგომას, ანუ პაციენტისთვის საჭირო ინფორმაციის მიწოდების გარეშე ჩატარებული სამედიცინო მკურნალობის უკანონობას, მივყავართ იძულებით შედეგამდე, რომლის მიხედვითაც მკურნალი ძირითადად ყველა არასასურველ შედეგზე აგებს პასუხს, რომელიც გავლენას ახდენს პაციენტის ჯანმრთელობაზე;¹⁴ როგორც ხელშეკრულებით, ასევე დელიქტურად.¹⁵ შესაბამისად, პასუხისმგებლობა მკურნალობის შეცდომის არსებობაზე არ არის დამოკიდებული ამ შემთხვევაში.

ყოველ შემთხვევაში მას შემდეგ, რაც გერმანული სამოქალაქო კოდექსის §§ 630d, 630e

ძალაში შევიდა, ეჭვგარეშეა, რომ ინფორმაციის მიწოდების ვალდებულება არის ძირითადი სახელშეკრულებო ვალდებულება.¹⁶ ადრე ეს საკამათო იყო; თუმცა, განსხვავებული მოსაზრებები შეუსაბამო იყო სამართლებრივი პასუხისმგებლობის მოთხოვნებთან და ვალდებულების დარღვევის სამართლებრივ შედეგებთან.¹⁷

2. სხეულის ფიზიკურ მთლიანობაში ჩარევა

გერმანიის სამოქალაქო კოდექსის § 630d 1 აბზაცის თანახმად, ყველანაირი მკურნალობა მოითხოვს პაციენტის თანხმობას. სხეულისა და ჯანმრთელობის განსაკუთრებული სამართლებრივი დაცვის მიზნით (შდრ. გერმანული კონსტიტუციის მე-2 მუხლის მე-2 აბზაცი; საქართველოს კონსტიტუციის მუხ. 10, პუნქტი 2), მკურნალობის მიზნით ქირურგიული ჩარევის დროს სრულფასოვანი ინფორმაციის მიწოდებისა და თანხმობის მიმართ ტენდენციურად უფრო მკაცრი მოთხოვნების წამოყენების საჭიროება არსებობს, ვიდრე იმ მკურნალობასთან მიმართებით, რომელიც არ არის დაკავშირებული სხეულისა და ჯანმრთელობის ფიზიკურ დაზიანებასთან. ამიტომ მიუთითებს გერმანიის სამოქალაქო კოდექსის 630d I პარაგრაფში, რომ „განსაკუთრებით“ სხეულის ან ჯანმრთელობის მთლიანობაში ჩარევა მოითხოვს შესაბამის ახსნა-განმარტებასა და პაციენტის თანხმობას.

კარგად დამკვიდრებული პრეცედენტული სამართლის მიხედვით, ფიზიკურ მთლიანობაში ნებისმიერი ჩარევა იწვევს სხეულის დაზიანებას.¹⁸ არ აქვს მნიშვნელობა, მოაქვს თუ არა

¹³ BT-Drucks. 17/10488, S. 23.

¹⁴ BGH, Urteil vom 28. Mai 2019 - VI ZR 27/17 - MedR 2020, 32, juris Rn. 6; BGH, Urteil vom 30. September 2014 - VI ZR 443/13 - NJW 2015, 74, juris Rn. 6; BGH, Urteil vom 11. Oktober 2016 - VI ZR 462/15 - NJW-RR 2017, 533, juris Rn. 8; ზოგადი მოსაზრება

¹⁵ BGH, Urteil vom 21. Mai 2019 - VI ZR 119/18 - MedR 2020, 12, juris Rn. 12; Brandenburgisches Oberlandesgericht, Urteil vom 10. Mai 2000 - 1 U 21/99, juris Rn. 39; K. Schmidt in: Herberger / Martinek / Rüßmann / Weth / Würdinger, jurisPK-BGB, 9. Aufl., § 630e BGB (01.02.2020) Rn. 61; Staudinger/Gutmann

(2021) BGB § 630e Rn. 186; ზოგადი მოსაზრება

¹⁶ K. Schmidt in: Herberger / Martinek / Rüßmann / Weth/Würdinger, jurisPK-BGB, 9. Aufl., § 630e BGB (01.02.2020) Rn. 2.

¹⁷ zum Meinungs Rehborn/Gescher in: Erman BGB, 16. Auflage, § 630e Rn. 2.

¹⁸ BGH, Urteil vom 26. Juli 2022 - VI ZR 58/21 - NJW 2022, 3509, juris Rn. 16; BGH, Urteil vom 23. Juni 2020 - VI ZR 435/19. NJW 2020, 3176, juris Rn. 20; BGH, Urteil vom 17. September 2013 - VI ZR 95/13 - NJW 2013, 3634, juris Rn. 12; Staudinger/Hager (2017) § 823 BGB Rn. B 5.

ლონისძიებას ჯანმრთელობისთვის რაიმე სიკეთე. ფიზიკურ დაზიანებას, არ არის აუცილებელი, თან ახლდეს არსებითი ტკივილი.¹⁹ გაყინული სპერმის განადგურება, რომლითაც მოსალოდნელი უნაყოფობის შემთხვევაში საკუთარი შთამომავლობის გაჩენის შესაძლებლობა უნდა შენარჩუნებულიყო, გერმანიის ფედერალურმა სასამართლომ სხეულის დაზიანებადაც კი ჩათვალა, მიუხედავად იმისა, რომ ამას რაიმე სახის ტკივილი არ გამოუწვევია.²⁰ სამედიცინო გამოკვლევის ან მკურნალობისთვის მომზადების დროს სხეულის გაპარსვაც, შესაძლოა ალბათ, ასევე ფიზიკურ დაზიანებად ჩაითვალოს.²¹ მეორე მხრივ, გარკვეული ინტენსივობის ან ხანგრძლივობის ტკივილის მიყენებამ, თუნდაც პირის გარე დამცავ საფარში ჩარევის გარეშე, შესაძლოა ასევე სხეულის დაზიანება გამოიწვიოს, გარდა იმ შემთხვევისა, როდესაც დაზიანება საკმაოდ უმნიშვნელოა.²² თუმცა, აქ არ იგულისხმება სხეულის ტიპური მდგომარეობის მცირედ ცვლილებები, ყოველდღიური ცხოვრებისეული ყოფის ფარგლებში.²³ ამიტომ, გარე სამედიცინო გამოკვლევები, რომლებიც დაკავშირებულია დროებით ზომიერ ტკივილთან, ჩვეულებრივ, არ წარმოადგენს ფიზიკურ დაზიანებას.

ჯანმრთელობის დაზიანებაში იგულისხმება სხეულის ნორმალური ფუნქციისგან ნებისმიერი ნეგატიური გადახრა; არ აქვს მნიშვნელობა, თან ახლავს თუ არა ტკივილი, ღრმა სულიერი

ცვლილებები, თუ გამოწვეულია რაიმე დაავადება.²⁴ ეს უკანასკნელი განსაკუთრებით საყურადღებოა, თუ ინფექცია დაავადების სიმპტომების გარეშე მიმდინარეობს.²⁵

გამიჯვნა **სხეულის ფიზიკურ დაზიანებასა და ჯანმრთელობის დაზიანებას** შორის საკმაოდ რთულია; როგორც წესი, ხშირად ორივე სამართლებრივი სიკეთის დაცვის ფარგლების თანაკვეთა ხდება.²⁶ თუმცა, სხეულის დაზიანება უფრო მეტად ფოკუსირებულია გარე ფიზიკურ მთლიანობაზე, ანუ სხეულის გარე სფეროზე²⁷ და ტკივილის განცდაზე, ხოლო ჯანმრთელობის დაზიანება ფოკუსირებულია სხეულის, სულიერი და გონებრივი ფუნქციების დარღვევაზე.²⁸ სამედიცინო სამართლის პასუხისმგებლობის კონტექსტში ეს განსხვავება პრაქტიკულად არააქტუალურია, ვინაიდან დარღვევის შედეგები იდენტურია.

როგორც წესი, ასევე არ აქვს არსებითი ფაქტობრივი ზეგავლენა, ხდება მხოლოდ პიროვნული ზოგადი უფლების - პაციენტის თვითგამორკვევის უფლების - დარღვევა, თუ ასევე სხეულის ფიზიკური მთლიანობის ან ჯანმრთელობის ხელყოფა, თუ, მაგალითად, არაეფექტურმა კონტრაცეპტულმა ღონისძიებამ არასასურველი ორსულობა გამოიწვია.²⁹

¹⁹ Staudinger/Hager (2017) § 823 BGB Rn. B 5; J. Lange in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, jurisPK-BGB, 9. Aufl., § 823 Abs. 1 BGB (20.09.2021) Rn. 5.

²⁰ BGH, Urteil vom 9. November 1993 - VI ZR 62/93 - BGHZ 124, 52, juris Rn. 10 ff.

²¹ ზოგადად თმის შეჭრაზე: J. Lange in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, jurisPK-BGB, 9. Aufl., § 823 Abs. 1 BGB (20.09.2021) Rn. 5; Staudinger/Hager (2017) § 823 BGB Rn. B 8.

²² J. Lange in: Herberger / Martinek / Rüßmann / Weth / Würdinger, jurisPK-BGB, 9. Aufl., § 823 Abs. 1 BGB (20.09.2021) Rn. 5; Staudinger/Hager (2017) § 823 BGB Rn. B 8

²³ OLG Hamm, Urteil vom 20. Oktober 2011 - I-6 U 116/11 - juris Rn. 10

²⁴ BGH, Urteil vom 14. Juni 2005 - VI ZR 179/04 - BGHZ 163, 209, juris Rn. 9; Staudinger/Hager (2017) § 823 BGB Rn. B 5.

²⁵ BGH, Urteil vom 14. Juni 2005 - VI ZR 179/04 - BGHZ 163, 209, juris Rn. 9; BGH, Urteil vom 30. April 1991 - VI

ZR 178/90 - BGHZ 114, 284, juris Rn. 28, für HIV-Infektion ohne Ausbruch von AIDS; J. Lange in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, jurisPK-BGB, 9. Aufl., § 823 Abs. 1 BGB (20.09.2021) Rn. 7.

²⁶ Staudinger/Hager (2017) § 823 BGB Rn. B 5.

²⁷ Wilhelmi in: Erman, BGB, 16. Auflage, § 823 Rn. 17

²⁸ Wilhelmi in: Erman, BGB, 16. Auflage, § 823 Rn. 19 ff.

²⁹ „ჩავარდნილი“ სტერილიზაციის შემთხვევაში, სხეულის დაზიანება მინიმუმ სამოქალაქო გაგებით დადასტურებულია: BGH, Urteil vom 18. März 1980 - VI ZR 247/78 - BGHZ 76, 25, juris Rn. 16 (საკონსტიტუციო საჩივარში შეტანილი ეს გადაწყვეტილება წარუმატებელი აღმოჩნდა, შდრ. BVerfG, Beschluss vom 12. November 1997 - 1 BvR 479/92 - BVerfGE 96, 375, juris Rn. 58); BGH, Urteil vom 27. Juni 1995 - VI ZR 32/94 - NJW 1995, 2407, juris Rn. 17; მეცნიერთა ნაწილი უფრო ზოგადი პიროვნების უფლებების დარღვევისკენ იხრება: Wilhelmi in: Erman BGB, 16. Auflage, § 823 Rn. 18; dazu umfassend: Staudinger/Hager (2017) § 823 BGB Rn. B 13 ff

3. პაციენტისთვის ახსნა-განმარტების მიწოდების ზოგადი პრინციპები

ახსნა-განმარტების მიწოდების მიზანი, პაციენტს მიეცეს შესაძლებლობა, მიიღოს დამოუკიდებელი გადაწყვეტილება მკურნალობის შესახებ, განსაზღვრავს ინფორმაციის მიწოდების ვალდებულების მოცულობასა და ინტენსივობას. შესაბამისად, საქმე ეხება იმ ინფორმაციას, რომელიც პაციენტისთვის საჭიროა, რათა ის არ იყოს დამოკიდებული ექიმის შეფასებასა და რჩევაზე, მკურნალობის დადებითი და უარყოფითი მხარეების შესახებ გადაწყვეტილების მიღების დროს. პირიქით, იგი თავად უნდა იყოს საქმის კურსში გადაწყვეტილების მიღებისთვის საჭირო ძირითად საფუძვლებზე და საკუთარი შეფასებითი კრიტერიუმის მიხედვით, გადაწყვიტოს ჩაიტარებს მკურნალობას თუ არა. აქედან გამომდინარე, პაციენტი უნდა იყოს ინფორმირებული ყველა იმ გარემოების შესახებ, რაც მას სჭირდება კონკრეტული მკურნალობის დროს, რათა შეძლოს **საკუთარი პასუხისმგებლობის ფარგლებში მკურნალობის შანსების და რისკების ანონ-დანონვა**.

ა) ზოგადი მიმოხილვა, ძირითადი მოსაზრებები

ვინაიდან პაციენტის ინფორმირებით მისი თვითგამორკვევის უფლების დაცვის უზრუნველყოფა ხდება, მთავარი კრიტერიუმად უნდა დასახელდეს შეფასება, თუ რა მნიშვნელობა შეიძლება ჰქონდეს რისკს პაციენტის გადაწყვეტილების მისაღებად. სხვა სიტყვებით რომ ვთქვათ: უპირველეს ყოვლისა, გადამწყვეტია, არის თუ არა რისკი პაციენტისთვის, როგორც სამედიცინო განათლების არმქონე პირისთვის, ისე-დაც მოცემული და თუ გამომდინარეობს იგი მკურნალობის სპეციფიკიდან.³⁰ იმისთვის, რომ პაციენტს ზუსტი წარმოდგენა შეექმნას სამედი-

ცინო ჩარევის სიმძიმისა და მისგან მოსალოდნელი სირთულეების ბუნების შესახებ, მას მოსალოდნელი ყველაზე სერიოზული რისკის შესახებაც უნდა ეცნობოს.³¹

ბ) სასამართლო პრაქტიკის პრინციპები

გერმანიის ფედერალური სასამართლო აჯამებს **ძირითად პრინციპებს**, რომლებიც პაციენტის ინფორმირების ნუსხის შექმნის დროს უნდა იქნეს გათვალისწინებული:³²

„გაბატონებული სასამართლო პრაქტიკის მიხედვით, პაციენტს სჭირდება „მთლიანობაში“ ინფორმირება მკურნალობის შანსებისა და რისკების შესახებ. არ არის საჭირო რისკების ზუსტი სამედიცინო აღწერა. თუმცა, პაციენტს უნდა მიეცეს ზოგადი წარმოდგენა პროცედურასთან დაკავშირებული რისკების მასშტაბის შესახებ, მათი შემსუბუქებისა ან დამძიმების გარეშე. (მდრ. BGH, Urteil vom 6. Juli 2010 - VI ZR 198/09 - VersR 2010, 1220, juris Rn. 11; BGH, Urteil vom 14. März 2006 - VI ZR 279/04 - BGHZ 166, 336, juris 13; BGH, Urteil vom 7. April 1992 - VI ZR 192/91 - VersR 1992, 960, juris Rn. 19). ამასთან, ოპერაციასთან დაკავშირებული სერიოზული რისკების შესახებ ასევე უნდა მოხდეს პაციენტის ინფორმირება, მაშინაც კი, თუ მისი განხორციელების ალბათობა ძალიან დაბალია. ინფორმირების ვალდებულების გადამწყვეტ ფაქტორად ითვლება ის გარემოება, გვაქვს თუ არა საქმე ჩარევის სპეციფიკურ რისკთან და დაანგება თუ არა ის განხორციელების შემთხვევაში პაციენტის ცხოვრების ნებს მიძიმე ტვირთად (BGH, Urteil vom 30. September 2014 - VI ZR 443/13 - VersR 2015, 196, juris Rn. 6; BGH, Urteil vom 15. Februar 2000 - VI ZR 48/99 BGHZ 144, 1, juris Rn. 13; ...). ინფორმაცია ასევე გასაგები უნდა იყოს პაციენტისთვის ენისა და შინაარსის თვალსაზრისით (იხ. § 630e პუნქტი 2 წინადადება 1 No. 3 BGB), სადაც გასათვალისწინებელია

³⁰ BGH, Urteil vom 6. Juli 2010 - VI ZR 198/09 - MedR 2011, 242, juris Rn. 11; BGH, Urteil vom 07. Februar 1984 - VI ZR 174/82 - BGHZ 90, 103, juris Rn. 18.

³¹ BGH, Urteil vom 28. Mai 2019 - VI ZR 27/17 - MedR 2020, 32, juris Rn. 14; BGH, Urteil vom 12. März 1991 - VI ZR

232/90 - VersR 1991, 777, 77, juris Rn. 19; BGH, Urteil vom 30. Januar 2001 - VI ZR 353/99 - VersR 2001, 592, juris Rn. 10.

³² BGH, Urteil vom 11. Oktober 2016 - VI ZR 462/15 - NJW-RR 2017, 533, juris Rn. 10.

აღქმის ინდივიდუალური შესაძლებლობა და შესაბამისად პაციენტის მდგომარეობა.“

ზუსტი ან დაახლოებით ზუსტი მკურნალობის რისკის რეალიზაციის პროცენტული მაჩვენებლის შესახებ პაციენტის ინფორმირება არ წარმოადგენს საჭიროებას. თუმცა, თუ ექიმი, რომელიც ინფორმაციას აწვდის პაციენტს, **ცრუ წარმოდგენას შეუქმნის მას მკურნალობასთან დაკავშირებული საფრთხის რისკებთან მიმართებით** და ამით შესაბამისად გააუბრალოებს ქირურგიული ჩარევის რისკს, რაც სინამდვილეში ხშირად რეალიზდება, ამით მისი ვალდებულება, მოახდინოს პაციენტის სრულყოფილი ინფორმირება, შესრულებულად ვერ ჩაითვლება³³

ინფორმაციის მიწოდების ფარგლები და მისი სიზუსტის ხარისხი დამოკიდებულია ჩარევის გადაუდებლობაზე და განკურნების შანსებზე. ინფორმაციის მიწოდების ინტენსივობა იზრდება იმდენად, რამდენადაც მცირდება სამედიცინო ჩარევის გადაუდებლობის ხარისხი და მისი გამოჯანმრთელების შანსი და პირიქით.³⁴ მაგალითად, ჩარევები, რომლებიც არ არის აბსოლუტურად აუცილებელი და განკურნების შანსი საექვოა, რეგულარულად მოითხოვს ერთდროულ ინფორმაციის მიწოდებას შემდგომი ლოდინის შესაძლებლობის შესახებ.³⁵

როგორც წესი, ინფორმაციის მიწოდების ვალდებულების შესასრულებლად საკმარისია, თუ მიწოდებული ინფორმაცია „**მთლიანობაში**“³⁶

მკურნალობის ფარგლებში კონკრეტული ჩარევის სპეციფიკურ რისკებს აჩვენებს.³⁷ ექიმი არ არის ვალდებული, რისკის ყველა შესაძლო გამოვლინება ჩამოთვალოს.³⁸ საკმარისია, თუ ის რეალურად მოსალოდნელ რისკებს სწორად მიუთითებს.³⁹ დამატებითი დეტალებისთვის, გთხოვთ, იხილოთ განმარტებები II. 4. თავში

თუ პაციენტს სურს, იცოდეს რისკის სახეობისა და მისი მასშტაბების შესახებ **ცალკეული დეტალები**, რომლებიც სტანდარტული საჭირო ინფორმაციის ფარგლებს სცილდება, მან ეს ინფორმაცია დამატებით უნდა გამოითხოვოს.⁴⁰ თუმცა, უკითხავად გასაცემ ინფორმაციის მოცულობის შეფასებისას ექიმმა უნდა გაითვალისწინოს, რომ ამ სიტუაციიდან გამომდინარე დაბნეულობამ შეიძლება ხელი შეუშალოს პაციენტს იმ ინფორმაციის მიღებაში, რომელიც შეიძლება მისთვის საინტერესო იყოს.⁴¹ აქედან გამომდინარე, მან მხოლოდ ის დეტალები უნდა შეინახოს პაციენტის შესაძლო შეკითხვებისთვის, რომელთა ცოდნაც აუცილებელია იმისათვის, რომ ზოგადად მიიღოს სანდო სურათი თანხმობის ფარგლების შესახებ.

კითხვაზე, შეიძლება თუ არა გათვალისწინებულ იქნეს ის გარემოება, რომ ცალკეულ შემთხვევებში მოსალოდნელია, მოსახლეობას თავად ჰქონდეს ინფორმაცია მკურნალობის მიმდინარეობისა და რისკებს შესახებ, მაგალითად, მისი მასშტაბების გამო,⁴² საექვოდ მიგვაჩნია. მართალია, პაციენტს არ სჭირდება ინფორმირება

³³ BGH, Beschluss vom 16. August 2022 - VI ZR 342/21 - MDR 2022, 1480, juris Rn. 9; BGH, Urteil vom 29. Januar 2019 - VI ZR 117/18 - NJW 2019, 1283, juris Rn. 15; BGH, Urteil vom 7. April 1992 - VI ZR 192/91 - NJW 1992, 2351, juris Rn. 19

³⁴ OLG Hamm, Urteil vom 15. Dezember 2017 - I-26 U 3/14 - VersR 2018, 1004, juris Rn. 31

³⁵ OLG Hamm, Urteil vom 15. Dezember 2017 - I-26 U 3/14 - VersR 2018, 1004, juris Rn. 31

³⁶ BGH, Urteil vom 29. Januar 2019 - VI ZR 117/18 - MedR 2020, 128, juris Rn. 15; BGH, Urteil vom 5. Dezember 2006 - VI ZR 228/05 - MedR 2007, 722, juris Rn. 8; BGH, Urteil vom 15. Februar 2000 - VI ZR 48/99 - BGHZ 144, 1, juris Rn. 19; BGH, Urteil vom 7. April 1992 - VI ZR 192/91 - MedR 1992, 277, juris Rn. 19; BGH, Urteil vom 8. Mai 1990 - VI ZR 227/8 - MedR 1990, 264, juris Rn. 15

³⁷ BGH, Urteil vom 28. Mai 2019 - VI ZR 27/17 - MedR 2020, 32, juris Rn. 14; BGH, Urteil vom 30. September 2014 - VI ZR 443/13 - NJW 2015, 74, juris Rn. 6; BGH, Urteil vom

17. April 2007 - VI ZR 108/06 - MedR 2007, 718, juris Rn. 10; BGH, Urteil vom 10. Oktober 2006 - VI ZR 74/05 - MedR 2008, 289, juris Rn. 12

³⁸ BGH, Urteil vom 18. November 2008 - VI ZR 198/07 - MedR 2010, 181, juris Rn. 11; Brandenburgisches Oberlandesgericht, Urteil vom 7. Juli 2022 - 12 U 8/22 - NJW-RR 2022, 1503, juris Rn. 28; OLG Dresden, Urteil vom 15. Juni 2021 - 4 U 1786/20 - juris Rn. 14; OLG Frankfurt, Urteil vom 15. August 2017 - 8 U 102/15 - juris Rn. 24

³⁹ OLG Dresden, Urteil vom 15. Juni 2021 - 4 U 1786/20 - juris Rn. 14

⁴⁰ BGH, Urteil vom 11. Oktober 2016 - VI ZR 462/15 - NJW-RR 2017, 533, juris Rn. 12; BGH, Urteil vom 7. Februar 1984 - VI ZR 174/82 - BGHZ 90, 103, juris Rn. 18

⁴¹ BGH, Urteil vom 23. Oktober 1979 - VI ZR 197/78 - NJW 1980, 633, juris Rn. 21

⁴² ასეთი პოზიციი აქვს BGH, Urteil vom 23. Oktober 1979 - VI ZR 197/78 - NJW 1980, 633, juris Rn. 22 für

იმ რისკების შესახებ, რომლებიც მან იცის (იხ. II. 5. ბ.ბ) და გ.გ.)). თუმცა, ვინაიდან თითოეულ შემთხვევაში კონკრეტული პაციენტის ინფორმირებულობაზე კეთდება აქცენტი, მარტო რისკის სიხშირისა და მედიასაშუალებებში გაკეთებული განცხადებების იმედად პაციენტის ინფორმირებულად ჩათვლა პრობლემურად მიგვაჩნია.

ასეთი უხეში მოხაზულობის **კატალოგი** შესაძლებელია იქნეს გამოყენებული:

- რა სპეციფიკურ რისკებთან არის დაკავშირებული მკურნალობა; რა ალბათობით შეიძლება ეს საფრთხე რეალიზდეს

- მოცემულობის რა მაშტაბებზეა საუბარი (განვითარების რა სტენარია მოსალოდნელი მკურნალობის გარეშე, ანუ რა შესაძლო ალტერნატიული სპექტრი იშლება პაციენტის წინაშე და რა ალბათობით არის მოსალოდნელი);

- ცხოვრების წესის შელახვა და, შესაბამისად, ჯანმრთელობის მდგომარეობის გაუარესება რომელ დასახელებულ მოცემულობასთან არის დაკავშირებული (უფრო დროებითი ხასიათის სირთულეები; მუდმივი ჯანმრთელობის შელახვა; შრომისუნარობის რისკი; სიცოცხლისთვის საშიში მოცემულობა და ა.შ.);

- განსაკუთრებით ქირურგიული ჩარევების შემთხვევაში: მკურნალობის რომელი ალტერნატიული მეთოდები შეიძლება განიხილებოდეს და როგორია მათი წარმატების შანსები; რა შეუქცევად ზიანს უნდა მოველოდეთ, თუ თავდაპირველად კონსერვატიული სახის მკურნალობა გრძელვადიანი წარმატების გარეშე ჩატარდება და საბოლოოდ ქირურგიული ჩარევის აუცილებლობა დადგება, რომელიც დროულად არ განხორციელდა.

- გაიზარდა თუ არა ატიპიური მდგომარეობის განვითარების რისკი პაციენტის სხეულის ან ჯანმრთელობის სპეციფიკური მოცემულობის გამო, თუ არსებობს ინფორმაციის ატიპიური განმარტების საჭიროება, სხვა მიზეზების

გამო (მაგ. მაგალითად, მემკვიდრეობითი მიდრეკილების ან პირადი გამოცდილების ან ოჯახური უბედურების გამო და ა.შ.);

- არჩეულია ზოგადად აღიარებული მკურნალობის მეთოდი თუ გამოიყენება ე.წ. „აუტსაიდერის“ მეთოდი.

ცხადია, რომ, ერთი მხრივ, კრიტერიუმების ეს სია არ არის სრული და, მეორე მხრივ, ამ ასპექტების სქემატური დამუშავება შეუძლებელია. თუმცა, ისინი წარმოადგენენ გარკვეულ ორიენტაციას, სადაც განსაკუთრებული მნიშვნელობა ენიჭება მკურნალობასთან დაკავშირებულ სპეციფიკურ რისკებს, სამედიცინო ჩვენების ხარისხსა და ღონისძიების წარმატების შანსებს, ასევე რისკის წარმოშობის ალბათობასა და მის წონას.

გ) არავითარი თერაპიული პრივილეგია

საბოლოოდ არ არის დაზუსტებული, შეიძლება თუ არა გამონაკლის შემთხვევებში გარკვეულწილად შემცირებული ინფორმაციის მიწოდება თერაპიული მიზეზების გამო, უპირველეს ყოვლისა, პაციენტებზე მოსალოდნელი განსაკუთრებული **ფსიქოლოგიური სტრესის** გამო, რომელიც შესაძლოა გამომწვეული იყოს „სრულყოფილი“ ინფორმაციის მიწოდებით (ე.წ. თერაპიული პრივილეგია).

ადრე მიღებულ გადაწყვეტილებაში გერმანიის ფედერალურმა სასამართლომ ეს საკითხი ღიად დატოვა.⁴³ თუმცა, პაციენტის თვითგამორკვევის უფლების არსებითი მნიშვნელობის გათვალისწინებით, ფუნდამენტურად მოთხოვნილი ინფორმაციის მოცულობის უმნიშვნელო შეზღუდვაც კი არ შეიძლება იყოს გამართლებული.⁴⁴ ეს განსაკუთრებით მას შემდეგ მოქმედებს, რაც გერმანიის კანონმდებელმა, მკურნალობის შესახებ კანონის კოდიფიკაციის პროცესში, თერაპიული მიზეზებიდან გამომდინარე,

Blinddarmoperation; BGH, Urteil vom 8. Januar 1991 - VI ZR 102/90 - MedR 1991, 140, juris Rn. 5 ქირურგიული გუნდის მიერ ჩანასახის მატარებლების ჭრილობის ინფიცირებისთვის.

⁴³ BGH, Urteil vom 7. Februar 1984 - VI ZR 174/82 - BGHZ 90, 103, juris Rn. 24.

⁴⁴ ასევე გარკვევით და ყოვლისმომცველი დასაბუთებით: Staudinger/Gutmann (2021) BGB § 630e Rn. 23; K. Schmidt in: Herberger / Martinek / Rüßmann / Weth / Würdinger, jurisPK-BGB, 9. Aufl., § 630e BGB (01.02.2020) Rn. 52.

სამედიცინო დოკუმენტაციის გაცნობის უფლებაზე მნიშვნელოვანი შეზღუდვები დააწესა (§ 630g, აბზაცი 1, წინადადება 1, პუნქტი 2 BGB), თუმცა აღნიშნული შეზღუდვა ინფორმაციის მიწოდების მოვალეობის შესახებ ნორმატიულ დებულებებს არ ეხება.

სიტუაცია შეიძლება განსხვავდებოდეს გამონაკლის შემთხვევებში, თუ არსებობს მკაფიო ფაქტები, რომლებიც მიუთითებენ იმაზე, რომ „სრულყოფილი“ ინფორმაციის გამჟღავნების შემთხვევაში არსებობს სერიოზული ზიანის კონკრეტული რისკი, განსაკუთრებით ჯანმრთელობისთვის შეუქცევადი ზიანის, სერიოზული ფსიქიკური კრიზისის ან სუიციდის ხელშესახები რისკის სახით.⁴⁵ სულ მცირე, როგორც დასკვნები, ასევე მათგან მიღებული შედეგები უნდა იყოს გამჟღავნებული ფსიქიკურად არასტაბილური პაციენტისთვის **განსაკუთრებული სიფრთხილით**, რათა მაქსიმალურად შემცირდეს ფსიქოლოგიური სტრესი.⁴⁶

4. ცალკეული საკითხები ინფორმაციის მიწოდების მოვალეობის ფარგლების შესახებ

ამ პრინციპებიდან გამომდინარე, გერმანიაში განვითარდა გარკვეული კაზუსტიკა, რომელიც ქვემოთ გარკვეული სიტუაციური მონახაზების სახით იქნება წარმოდგენილი.

ა) მკურნალობის სპეციფიკური მეთოდები, თერაპიის არჩევანი, მკურნალობის ალტერნატიული საშუალებები

აა) პრინციპები

მკურნალობის მეთოდის არჩევა, პირველ რიგში, ექიმის საქმეა.⁴⁷

პრინციპში, ექიმს ეძლევა დისკრეციის ფართო სპექტრი თერაპიის არჩევისას. კერძოდ, ის ყოველთვის არ ირჩევს ყველაზე უსაფრთხო თერაპიულ გზას.⁴⁸ თუმცა, უფრო მაღალი რისკის არჩევანი უნდა იყოს ობიექტურად გამართლებული კონკრეტული შემთხვევის სპეციფიკური შეზღუდვებიდან გამომდინარე ან განკურნების უფრო ხელსაყრელი პროგნოზით.⁴⁹

პაციენტის მხრიდან ინტერესის არარსებობის შემთხვევაში ექიმმა არ უნდა მიანოდოს ინფორმაცია მისი მოქმედების პროცედურის შესახებ, რომლის ჩატარებასაც იგი აპირებს, თუ განსახვავებული ოპერაციის ტექნიკური შესაძლებლობები და მკურნალობის მეთოდები არსებობს, თუმცა ყველა ვარიანტში შანსებსა და რისკებს შორის არსებითი განსხვავება არ არსებობს.⁵⁰ პირიქით, ასეთ სიტუაციაში ექიმმა შეიძლება ჩათვალოს, რომ პაციენტი ენდობა ექიმის გადაწყვეტილებას მკურნალობის მეთოდის არჩევასთან დაკავშირებით და არ ელოდება მისგან დეტალურ ინფორმაციას სპეციალურ სამედიცინო საკითხებზე.⁵¹ უფრო მეტიც, ქირურგიული მეთოდის არჩევა ჩვეულებრივ ექიმს ევალება, თუ კონკრეტული პროცედურა დამოკი-

⁴⁵ იხილეთ გერმანიის ფედერალური მთავრობის კანონპროექტი პაციენტთა უფლებების გასაუმჯობესებლად 08/15/2012 – BT-Drucks. 17/10488, 25; ყოვლისმომცველი მოსაზრებები და ამის შესახებ დამატებითი მტკიცებულებები Staudinger/Gutmann (2021) BGB § 630e Rn. 23 ff.; K. Schmidt in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, jurisPK-BGB, 9. Aufl., § 630e BGB (01.02.2020) Rn. 52.

⁴⁶ BGH, Urteil vom 25. April 1989 - VI ZR 175/88 - BGHZ 107, 222, juris Rn. 17; Staudinger/Gutmann (2021) BGB § 630e Rn. 23.

⁴⁷ BGH, Urteil vom 15. Oktober 2019 - VI ZR 105/18 - MedR 2020, 379, juris Rn. 14; BGH, Urteil vom 13. Juni 2006 - VI ZR 323/04 - BGHZ 168, 103, juris, Rn. 13; BGH, Urteil

vom 15. März 2005 - VI ZR 313/03 - MedR 2005, 599, juris Rn. 10; სასამართლოში გაბატონებული მოსაზრება.

⁴⁸ BGH, Urteil vom 15. Oktober 2019 - VI ZR 105/18 - MedR 2020, 379, juris Rn. 14; BGH, Urteil vom 22. Mai 2007 - VI ZR 35/06 - BGHZ 172, 254, juris Rn. 13.

⁴⁹ BGH, Urteil vom 22. Mai 2007 - VI ZR 35/06 - BGHZ 172, 254, juris Rn. 13; შდრ. ქვემოთ II. 4. ბ) აა).

⁵⁰ OLG Dresden, Beschluss vom 21. Dezember 2020 - 4 U 1775/20 - MedR 2021, 494, juris Rn. 13; OLG Oldenburg, Urteil vom 19. Dezember 2018 - 5 U 114/18 - MDR 2019, 741, juris Rn. 40.

⁵¹ OLG Karlsruhe, Urteil vom 31. Juli 2019 - 7 U 118/18 - juris Rn. 24.

დებულია ინტრაოპერაციული გამოკვლევის შედეგზე, ანუ შეიძლება გაკეთდეს მხოლოდ იმ დასკვნების საფუძველზე, რომლებიც აშკარა ხდება ოპერაციის მიმდინარეობის დროს.⁵² სიტუაცია შეიძლება განსხვავდებოდეს გამონაკლის შემთხვევებში, თუ პაციენტი გამოავლენს სპეციფიკურ ინტერესს ქირურგიული ან მკურნალობის ტექნიკის მიმართ.

თუმცა, გერმანიის სამოქალაქო კოდექსის § 630e 1 აბზაცის მე-3 წინადადების მიხედვით, პაციენტის თვითგამორკვევის უფლების დაცვა მოითხოვს ინფორმაციის მიწოდებას მკურნალობის **ალტერნატიული ვარიანტის შესახებ**, თუ რამდენიმე თანაბრად გონივრული მკურნალობის ვარიანტი არსებობს, რასაც პაციენტზე განსხვავებული ზეგავლენა შეიძლება ჰქონდეს ან განსხვავებულ რისკებთან და წარმატებასთან არის დაკავშირებული.⁵³ რა თქმა უნდა, რეალური მკურნალობის ალტერნატივების არსებობა არ ნიშნავს იმას, რომ ექიმმა კონკრეტული თერაპიის შესახებ გადაწყვეტილების უფლებამოსილება საბედისწეროდ პაციენტს გადასცეს. პირიქით, მან უნდა მისცეს პაციენტს პროფესიონალური რჩევა და აჩვენოს მას მკურნალობის ალტერნატივების დადებითი და უარყოფითი მხარეები. ორმხივი ნდობა და ექიმის კვალიფიკაცია იძლევა იმის საშუალებას, რომ მან ამასთანავე კონკრეტული **ვარიანტი ურჩიოს** პაციენტს.

თუმცა, ასეთი სამედიცინო რჩევა პაციენტს უნდა მიეცეს დიალოგის კონტექსტში, რომელიც ასევე სასურველია პაციენტისთვის და არ უნდა იყოს ცალმხრივად პაციენტისთვის თავს მოხვეული. გარდა ამისა, ის უნდა იქნას მიღებული ისე, რომ საფრთხე არ შეუქმნას პაციენტის თავისუფალი ნების გამოვლენას, რომ არ შეიქმნას ექიმის მიერ პაციენტის გადანყვეტილების, მისი რეკომენდაციისგან განსხვავებული პოზიციის გამო იგნორირების შთაბეჭდილება. თუ ეს რჩევა გონივრულობის ფარგლებს არ სცდება, კლინიკური სურათის ყველა გარემოების გათვალისწინებით, ის, როგორც თერაპიული რჩევის ნაწილი, ვერ იქნება უარყოფილი.⁵⁴

ეს განსაკუთრებით აუცილებელია, თუ, ქირურგიული ჩარევის გარდა, კონსერვატიული ღონისძიება ასევე წარმოადგენს „რეალურ“ მკურნალობის ალტერნატივას.⁵⁵ თუ პაციენტს აქვს რეალური არჩევანის საშუალება, მას სრულყოფილი ინფორმაცია უნდა მიეწოდოს, რათა მიიღოს გადაწყვეტილება, თუ რა სახის მკურნალობა უნდა ჩატარდეს და რა რისკზეა იგი წასასვლელი.⁵⁶

მაგალითად, ასეთ სიტუაციად გერმანიის ფედერალური სასამართლო მიიჩნევს, როდესაც საკეისრო კვეთა (*sectio*) განსაკუთრებული გარემოებების გამო უფრო მიღებულია და ის ამიტომ რეალურ ალტერნატივას წარმოადგენს ვა-

⁵² OLG Bamberg, Beschluss vom 27. November 2015 - 4 U 82/15 - GesR 2016, 492, juris Rn. 29.

⁵³ პრეცედენტული სამართალი - გერმანული სამოქალაქო კოდექსის § 630e 1 აბზაცის, 3 წინადადების ძალაში შესვლამდე: BGH, Urteil vom 28. August 2018 - VI ZR 509/17 - NJW-RR 2019, 17, juris Rn. 23; BGH, Versäumnisurteil vom 28. Oktober 2014 - VI ZR 125/13 - MedR 2015, 721, juris Rn. 6; BGH, Urteil vom 17. Mai 2011 - VI ZR 69/10 - MedR 2012, 252, juris Rn. 10; BGH, Urteil vom 13. Juni 2006 - VI ZR 323/04 - BGHZ 168, 103, juris Rn. 13; aus der neueren Rechtsprechung sei verwiesen auf: BGH, Urteil vom 7. Dezember 2021 - VI ZR 277/19 - NJW-RR 2022, 462, juris Rn. 7; Brandenburgisches Oberlandesgericht, Urteil vom 7. Juli 2022 - 12 U 8/22 - NJW-RR 2022, 1503, juris Rn. 28 f.; OLG Hamm, Urteil vom 15. Februar 2022 - I-26 U 21/21 - NJW-RR 2022, 818, juris Rn. 30, *ჰაგენლოზი*, სამედიცინო სამართლის სიახლეები გერმანიაში - მეორე ნაწილი: გერმანიის სასამართლო პრაქტიკის

მნიშვნელოვანი ტენდენციები 2022 წლის მეორე ნახევარში, შედარებითი სამართლის ქართულ/გერმანული ჟურნალი 3/2023, III. 1; OLG Dresden, Urteil vom 21. August 2020 - 4 U 1349/18 - juris Rn. 27.

⁵⁴ OLG Koblenz, Urteil vom 12. Februar 2009 - 5 U 927/06 - MedR 2010, 108, juris Rn. 13

⁵⁵ BGH, Beschluss vom 27. Oktober 2015 - VI ZR 355/14 - NJW 2016, 641, juris Rn. 8 f., hallux valgus-ის შემთხვევაში; BGH, Beschluss vom 17. Dezember 2013 - VI ZR 230/12 - VersR 2014, 586, juris Rn. 8, ზურგის კათეტერის იმპლანტაციის დროს ტკივილის მედიკამენტოზური საშუალებებით მკურნალობა, მიუხედავად არსებული მედიკამენტოზური ან ფსიქოთერაპიული მკურნალობის ვარიანტებისა.

⁵⁶ BGH, Urteil vom 28. August 2018 - VI ZR 509/17 - NJW-RR 2019, 17, juris Rn. 23; BGH, Urteil vom 15. März 2005 - VI ZR 313/03 - MDR 2005, 988, juris Rn. 10.

გინალურ ან ვაგინალურ-ქირურგიულ მშობიარობასთან მიმართებაში.⁵⁷ გარდა ამისა, მშობიარობის დროს დროულად უნდა მოხდეს ინფორმირება მოსალოდნელი სიტუაციის განვითარებაზე, რომლებიც მშობიარობის დაწყების შემდეგ დაგეგმილ მოქმედების ცვლილებას მოითხოვენ (მკურნალობის მეთოდის ცვლილება, ოპერაციის ფარგლების გაფართოება) ან მინიმუმ სამედიცინო თვალსაზრისით გონივრულად მიიჩნევა.

ცალკეულ შემთხვევებში ასევე შეიძლება მხედველობაში იქნეს მიღებული ვალდებულება, მოხდეს პაციენტისთვის მის ავადმყოფობაზე სპეციალიზირებულ დაწესებულებებზე, როგორც ალტერნატიული მკურნალობის ვარიანტზე, ინფორმაციის მიწოდება. წინასწარ უნდა აღინიშნოს, რომ ეს შეთავაზება მხოლოდ მაშინ უნდა გაკეთდეს, როდესაც ექიმს ან კლინიკას აქვს სპეციალიზირებული ცოდნა და ტექნიკური და ოპერატიული აღჭურვილობა, რათა შეძლოს კონკრეტული მკურნალობის პროფესიონალურად განხორციელება, ანუ ე.წ. „გადაბარებით გამოწვეული ბრალეულობა“ რომ გამოვრიცხოთ.⁵⁸ როდესაც კლინიკის ან ექიმის მიერ მკურნალობის რაიმე კონკრეტულ სტანდარტს ეწევა რეკომენდაცია, სპეციალიზირებულ სამედიცინო დაწესებულებაში მკურნალობის ჩატარება მხოლოდ იმ შემთხვევაში უნდა იყოს შემოთავაზებული, თუ ექიმის მიერ ათვისებული და კლინიკაში ტექნიკური აღჭურვილობის დახმარებით განხორციელებადი მეთოდი აღიარებულია (აუცილებელი არ არის თერაპიის ეს მეთოდი ეგრეთ წოდებულ პირველი რიგის თერაპიას (First-Line-Therapy) წარმოადგენდეს) ან თუ სპეცია-

ლიზებულ სამედიცინო დაწესებულებას უკეთესი შანსების ან უფრო მცირე რისკების შეთავაზება შეუძლია ცალკეულ შემთხვევებში.⁵⁹

გარდა ამისა, საავადმყოფოს ოპერატორს და ექიმებს ევალებათ, პაციენტს, რომელიც მიდის საავადმყოფოში, აცნობონ რიგი გარემოებების შესახებ, რომლებიც სპეციალური მიზეზების გამო ზრდის მკურნალობის რისკებს, როგორცაა, მაგალითად, ცუდი ჰიგიენური პირობები კლინიკაში.⁶⁰ ასეთივე შემთხვევად შეიძლება ჩაითვალოს, თუ მკურნალ ექიმს ან საავადმყოფოს სამედიცინო ღონისძიებების ჩასატარებლად შესამჩნევად დაბალი სტანდარტი აქვს სხვა საავადმყოფოებთან შედარებით ან აღჭურვილობის ან/და მკურნალი ექიმების კვალიფიკაციის თვალსაზრისით. თუ ასეთ შემთხვევას აქვს ადგილი, მაშინ „გადაბარებით გამოწვეული ბრალეულობის“ საზღვარი გადაკვეთილად ითვლება, ანუ მკურნალობის ხარვეზი სახეზეა.⁶¹

ამ მიზეზით, სასამართლო პრაქტიკა საკუთარი პასუხისმგებლობის ქვეშ ჩატარებულ მკურნალობას გამოუცდელი (საკვანძო სიტყვა: დამწყები ქირურგია) ან არასრული განათლების მქონე ექიმის მიერ მიაკუთვნებს არა ინფორმაციის მიწოდების ვალდებულების, არამედ მკურნალობის ვალდებულების სფეროს.

როდესაც მკაფიო საზღვრის გავლება შეუძლებელია, ქცევის ვალდებულების წინა პლანზე არა პაციენტის თვითგამორკვევის უფლება, არამედ არაკვალიფიცირებული პერსონალის გამოყენების გამო მკურნალობისა და ოპერაციის პოტენციურად გაზრდილი რისკი დგას.⁶² ამის არაპირდაპირი შედეგია ის, რომ, ძირითა-

⁵⁷ BGH, Urteil vom 28. August 2018 - VI ZR 509/17 - NJW-RR 2019, 17, juris Rn. 23; BGH, Urteil vom 17. Mai 2011 - VI ZR 69/10 - MedR 2012, 252, juris Rn. 13 ff.

⁵⁸ ამის შესახებ ვრცლად: ჰაგენლოხი, მნიშვნელოვანი ტენდენციები გერმანიის სასამართლო პრაქტიკაში სამედიცინო სამართლის მიმართულებით 2021 წელს, სამედიცინო სამართლისა და მენეჯმენტის ჟურნალი 2/2023, 1, II. 1; აღნიშნულ თემატიკაზე სრულყოფილად: Staudinger/Gutmann (2021) BGB § 630e Rn. 93 ff.

⁵⁹ შეადარეთ OLG Dresden, Beschluss vom 21. Dezember 2020 - 4 U 1775/20 - juris Rn. 14; OLG Hamm, Urteil vom 19. November 2013 - I-26 U 25/13 - juris Rn. 61 f.

⁶⁰ BGH, Urteil vom 27. September 1983 - VI ZR 230/81 - BGHZ 88, 248, juris Rn. 12

⁶¹ იხილეთ ჰაგენლოხი, მნიშვნელოვანი ტენდენციები გერმანიის სასამართლო პრაქტიკაში სამედიცინო სამართლის მიმართულებით 2021 წელს, სამედიცინო სამართლისა და მენეჯმენტის ჟურნალი 2/2023, 1, II. 1.

⁶² BGH, Urteil vom 27. September 1983 - VI ZR 230/81 - BGHZ 88, 248, juris Rn. 12

დად არ ხდება პაციენტის ინფორმირება, რა განათლება და პროფესიული გამოცდილება აქვს მისი მკურნალ ექიმს.⁶³

ბბ) მაგალითები

მკურნალობის ალტერნატიული ფორმები, რომლის ჩატარების დროსაც პაინეტისთვის ინფორმაციის მიწოდების ვალდებულება არსებობს არის:⁶⁴

*OLG Hamm, Urteil vom 15. Februar 2022 - I-26 U 21/21 - NJW-RR 2022, 818, juris Rn. 34,*⁶⁵

ინექციური მკურნალობის დაწყებამდე პაციენტი ინფორმირებული უნდა იყოს ახსნილი რადიკალური ეპიკონდილიტის (ე.წ. ჩოგბურთის იდაყვის - lateral epicondylitis) ალტერნატივების შესახებ. ამ შემთხვევაში საყურადღებოა არაქირურგიული მკურნალობის მეთოდები (მედიკამენტები, ინფილტრაციული თერაპია, ფიზიოთერაპია და სედატიური ღონისძიებები), რადგან ჩოგბურთის იდაყვის მკურნალობა წლების განმავლობაში უკიდურესად საკამათო იყო.

OLG Hamm, Urteil vom 11. November 2016 - I-26 U 16/16 - juris Rn. 53:

მინიმალური ინვაზიური TASH მკურნალობის დაწყებამდე პაციენტს უნდა მიეწოდოს ინფორმაცია (**ძგიდის ჰიპერტროფიის ტრანსკორონარული აბლაცია; სეპტის ჰიპერტროფიის ტრანსკორონარული აბლაცია**), მიექტომიის (კუნთების ქირურგიული რეზექცია ან ნაწილობრივი რეზექცია), როგორც ექვივალენტური მკურნალობის მეთოდის შესახებ. ასეთ შემთხვევაში მიექტომიის მხოლოდ როგორც მკურნალობის უკანასკნელ საშუალებად წარმოდგენა (*ultima ratio*) არ არის საკმარისი.

OLG Hamm, Urteil vom 11. November 2016 - I-26 U 16/16 - juris Rn. 53:

პაციენტი ფსიქოთერაპიული მკურნალობის რისკების შესახებ (წარმატების გარანტიის არარსებობა, დეპრესიული ფონის გამოაშკარავება, სიმპტომების დროებითი გაუარესება, ემოციური სტრესი) უნდა იქნეს ინფორმირებული. თუმცა, არ არის საჭირო ინფორმაციის მიწოდება ალტერნატიული თერაპიული მიდგომების შესახებ, თუ ამ მიდგომებს იგივე რისკები და წარმატების შანსები აქვთ. თერაპევტს აქვს მკურნალობის მეთოდის არჩევის საშუალება. ამ პრინციპების გათვალისწინებით, კოგნიტიური ქცევითი თერაპია (KVT – **cognitive behavioral therapy**) შეიძლება გამოყენებულ იქნას განმარტებაზე ორიენტირებულ ფსიქოთერაპიასთან (KOP - **process-oriented psychotherapy**) ერთად, როგორც არჩევითი მეთოდი, ისე, რომ ალტერნატიული თერაპიული მიდგომების შესახებ პაციენტისთვის ინფორმაციის მიწოდება აუცილებელი არაა.

OLG Hamm, Urteil vom 19. April 2016 - I-26 U 199/15 - VersR 2016, 1192, juris Rn. 38 ff.: ყოველ შემთხვევაში, „მშიშარა“ პაციენტის შემთხვევაში, როდესაც ადგილობრივი ანესთეზიის მეშვეობით **კბილის შემანარჩუნებელი მკურნალობა** ტარდება, ბლოკური ანესთეზია და ლიგატური ანესთეზია წარმოადგენს მკურნალობის რეალურ ალტერნატივებს და შესაბამისად უნდა მოხდეს პაციენტის ინფორმირება.⁶⁶

OLG Koblenz, Urteil vom 20. Januar 2016 - 5 U 1209/13 - VersR 2016, 1502, juris Rn. 52:

თუ ატრიოვენტრიკულური ბლოკირების წარმოშობა გაურკვეველია (Mobitz AV ბლოკი II პაუზის ხანგრძლივობით 2,5 წამი და AV ბლოკი

⁶³ OLG Koblenz, Urteil vom 17. Januar 2018 - 5 U 861/17 - VersR 2018, 937, juris Rn. 35; იხილეთ ასევე. OLG Köln, Urteil vom 6. August 1981 - 7 U 105/80 - VersR 1982, 453, რომელიც ადასტურებს ინფორმაციის მიწოდების ვალდებულების დარღვევას, თუ პაციენტი არ არის ინფორმირებული, რომ ექიმს, რომელიც ოპერაციას აკეთებს, ჯერ განათლება ამ პროფესიული განხრით არ აქვს დასრულებული და მანამდე მსგავსი ოპერაცია ან საერთოდ არ ჩატარებია, ან მხოლოდ ერთ-ორჯერ აქვს ჩატარებული.

⁶⁴ დამატებითი მტკიცებულებები Martis/Winkhart-Martis-დან, MDR 2017, 858, 861 ff.

⁶⁵ განხილული პაგენლოზი, სამედიცინო სამართლის სიახლეები გერმანიაში – მეორე ნაწილი: გერმანიის სასამართლო პრაქტიკის მნიშვნელოვანი ტენდენციები 2022 წლის მეორე ნახევარში, შედარებითი სამართლის ქართულ/გერმანული ჟურნალი 3/2023, III. 1., Rn. 1.

⁶⁶ შდრ. კბილის ამოღების და ადგილობრივი ანესთეზიის დროს პაციენტისთვის ინფორმაციის მიწოდების ვალდებულების შესახებ Nervus lingualis-ის მუდმივი დაზიანების რისკის შესახებ: OLG Hamm, Urteil vom 29. September 2010 I-3 U 169/09 - MedR 2011, 723, juris Rn. 26; OLG Dresden, Beschluss vom 21. Dezember 2020 - 4 U 1775/20 - MedR 2021, 494 - juris Rn. 4 ff.

III პაუზის ხანგრძლივობით 6,5 წამი), პაციენტს უნდა ეცნობოს **კარდიოსტიმულატორის** იმპლანტაციამდე, რა რისკებთან არის დაკავშირებული იმპლანტაციის გადადება ან გაუკეთებლობა.

OLG Koblenz, Urteil vom 15. Oktober 2014 - 5 U 976/13 - VersR 2015, 757, juris Rn. 33:

საზარდულის თიაქრის შემთხვევაში თიაქრის სიმპტომების გარეშე, ტოტალური ექსტრაპერიტონეალური თიაქარი (TEP) შეიცავს ნაკლებ, მაგრამ განსხვავებულ რისკებს, ვიდრე ტრანსაბდომინალური პრეპერიტონეალური თიაქარი (TAPP). ამიტომ, პაციენტი უნდა იყოს ინფორმირებული ორივე მეთოდის შესახებ. ეს ეხება იმ შემთხვევასაც კი, თუ განსახილველი მკურნალობის ალტერნატიული მეთოდი არ გამოიყენება შესაბამის საავადმყოფოში.⁶⁷

OLG Hamm, Urteil vom 29. September 2014 - 3 U 54/14 - juris Rn. 36:

2007 წლის სამეცნიერო მიღწევების საფუძველზე დარღვეულად ჩაითვლება პაციენტის ინფორმირების ვალდებულება, თუ ექიმი **მალთაშუა დისკის ოპერაციას** ხელოვნური მალთაშუა დისკის ჩანაცვლების მაშინდელი საკმაოდ ახალი მეთოდის გამოყენებით ატარებს, ისე, რომ არ ახდენს პაციენტის ინფორმირებას შერწყმის (გამკვრივება) შესაძლებლობის ან კონსერვატიული თერაპიის გაგრძელების შესაძლებლობის შესახებ, ხოლო საჭიროების შემთხვევაში, მორფინის ტუმბოს იმპლანტაციის შესახებ.

Oberlandesgericht des Landes Sachsen-Anhalt, Urteil vom 6. Februar 2014 - 1 U 45/13 - GesR 2015, 99, juris Rn. 14: ეპიდურული ანესთეზიის (PDA) შესაძლებლობის შესახებ ინფორმაციის მიწოდება მხოლოდ იმ შემთხვევაშია აუცილებელი, თუ მომავალი დედა მიუთითებს, რომ დაინტერესებულია ასეთი საკითხებით, ან სურს თავად გადაწყვიტოს, ან თუ მოსალოდნელი რისკები იძლევა ამის საფუძველს.

OLG Nürnberg, Urteil vom 30. März 2012 - 5 U 1610/11 - juris Rn. 38:

ბარძაყის სახსრის ოპერაციების შემთხვევაში პაციენტი უნდა იყოს ინფორმირებული თედოს სახსრის ტოტალური ენდოპროთეზის შესაძლებლობის შესახებ და ამ მკურნალობის მეთოდების უპირატესობებისა და უარყოფითი მხარეების შესახებ მაკმინის ნაწილობრივი პროთეზის იმპლანტაციამდე.

OLG Hamm, Urteil vom 17. November 2004 - 3 U 277/03 - GesR 2005, 70, juris Rn. 23:

ფეხის პრობლემების შემთხვევაში სახსარში კორტიკოსტეროიდების ინექციამდე პაციენტი უნდა იქნეს ინფორმირებული ორალური სახით წამლის მიღების შესაძლებლობის შესახებ. მიუხედავად იმისა, რომ ეს დაკავშირებულია მოქმედების დაგვიანებულ მექანიზმთან, ის ინფექციის რისკის მატარებლად არ გვევლინება.

მკურნალობის ალტერნატივები, რომლებიც არ საჭიროებენ ახსნა-განმარტებას, არის, მაგალითად:⁶⁸

OLG Dresden, Beschluss vom 21. Dezember 2020 - 4 U 1775/20 - MedR 2021, 494, juris Rn. 14:

სათანადო კვალიფიკაციისა და ტექნიკურად აღჭურვილმა სტომატოლოგმა **სიბრძნის კბილის** ამოღებამდე არ უნდა მიუთითოს, რომ ამოღება ასევე შეიძლება განხორციელდეს ყბა-სახის ქირურგიის ან ყბა-სახის კლინიკაში.

Brandenburgisches Oberlandesgericht, Beschluss vom 11. Februar 2020 - 12 U 155/18 - NJW-RR 2020, 596, juris Rn. 21:

ხერხემლის ვენტრალურ სპონდილოდეზამდე (გამაგრების ოპერაცია) პაციენტის ინფორმირება არ არის სავალდებულო ოსტეოქონდროზის შემდგომი კონსერვატიული მკურნალობის შესაძლებლობის შესახებ, ყოველ შემთხვევაში, თუ იგი მისი ორთოპედის მიერ გაგზავნილი იქნა

⁶⁷ თუმცა, ისიც უნდა აღინიშნოს, რომ ტურინგის მხარის უმაღლესმა სასამართლომ ექსპერტებთან კონსულტაციის შემდეგ (*Thüringer Oberlandesgericht, Urteil vom 28. Oktober 2009 - 4 U 883/07 - juris Rn. 66*) არ აღმოაჩინა მნიშვნელოვანი განსხვავება დაზიანებების, რისკების ან წარმატების შანსებში მინიმალურად ინვაზიურ TEP მეთოდსა და ლისტენშტეინის მიერ შემუშავებულ ლია ქირურგიულ

მეთოდს შორის და, შესაბამისად, უარყო პაციენტისთვის ინფორმაციის მიწოდების ვალდებულება. ეს საკითხი ღია დარჩა OLG Koblenz-ის შემდგომ გადაწყვეტილებაში OLG Koblenz, Urteil vom 17. Januar 2018 - 5 U 861/17 - VersR 2018, 937, juris Rn. 28).

⁶⁸ დამატებითი მტკიცებულება Martis/Winkhart-Martisdან, MDR 2017, 858, 861 ff.

კლინიკაში სტაციონარული ტკივილის სამკურნალოდ და ამიტომ ამ მკურნალობის ალტერნატივის შესახებ ინფორმაციას ფლობდა.⁶⁹

Oberlandesgericht des Landes Sachsen-Anhalt, Urteil vom 14. Mai 2019 - 1 U 48/18 - MedR 2020, 217, juris Rn. 45 ff.: მენინგიომის ქირურგიულად მოცილებამდე, Gamma-Knife მეთოდით რადიაციული თერაპიის შესახებ მხოლოდ იმ შემთხვევაში უნდა იყოს ინფორმირებული პაციენტი, თუ სიმსივნე არის თავის ტვინის მგრძნობიარე ზონაში ან თუ ოპერაციის რისკი გაიზარდა სხვა მიზეზების გამო.

OLG Dresden, Urteil vom 18. Oktober 2016 - 4 U 86/16 - MedR 2017, 555, juris Rn. 19:

თითის მოძრაობის მტკივნეული შეზღუდვისთვის დროს 2013 წლისთვის კორტიზონის ინფილტრაცია არ იყო მკურნალობის რეალური ალტერნატივა, მითითებულ რგოლის ლიგატების გაყოფასთან მიმართებით.

OLG Karlsruhe, Urteil vom 17. Februar 2016 - 7 U 32/13 - juris Rn. 23):

ნებისმიერ შემთხვევაში, მუხლის ოპერაციამდე, რომელიც მოიცავს **მუხლის წინა ლიგატებზე პლასტმასის ჩასმას**, არ არის სავალდებულო პაციენტის ინფორმირება შემდგომი კონსერვატიული მკურნალობის (ყოველთვის არსებული) შესაძლებლობის შესახებ, თუ, დიდი ალბათობით, ეს ალტერნატივა ხანგრძლივი დროით ტკივილს, არასტაბილურობის შეგრძნებას და მუხლის სახსრის სწრაფად პროგრესირებად პროგრესს გამოიწვევს.

OLG Köln, Urteil vom 5. Oktober 2015 - I-5 U 2/15 - juris Rn. 45:

საშვილოსნოს ყელის ხერხემლის HW 6/7 სეგმენტში წინა სპონდილოდეზის შემთხვევაში, ძვლის ცემენტის ხრახნის ნაცვლად ქეიჯის ჩასმა მალთაშუა სივრცეში არ წარმოადგენს ალტერნატივას, რომელიც საჭიროებს პაციენტის ინფორმირებას.

OLG Hamm, Urteil vom 19. November 2013 - I-26 U 25/13 - juris Rn. 61 f.:

თუ ზოგად კლინიკაში მკურნალობა სამედიცინო სტანდარტს შეესაბამება, არ არის აუცილებელი **სპეციალიზირებულ კლინიკაზე** პაციენტის ინფორმირება, თუ მკურნალობა სავარაუდოდ იქაც ანალოგიურად ჩატარდებოდა. მკურნალობის შანსები და რისკები იგივეა, ასე რომ არ არსებობს რეალური მკურნალობის სხვა ალტერნატივა, რომლის შესახებ პაციენტისთვის ინფორმაციის მიწოდება აუცილებელია (აქ ენდოსკოპიური რეტროგრადული ქოლანგიოპანკრეატოგრაფია (ERCP, Endoscopic Retrograde Pancreaticocholangiography) პაპილოტომიით და პლასტიკური ენდოპროთეზის დანერგვით და ნაღვლის ბუშტის ლაპაროსკოპიული მოცილებისთვის).

ბ) მკურნალობის მეთოდი, რომელიც არ არის ზოგადად აღიარებული, წამლის დანიშვნა, რომელიც ჯერ არ არის დაშვებული

აა) Neuland-ის მეთოდი, საზღვრები მკურნალობის მეთოდების გამოყენებისას, რომლებიც ზოგადად არ არის აღიარებული

გერმანიის ფედერალური მიწების უზენაესი სასამართლოს⁷⁰ დამკვიდრებული პრეცედენტული სამართლის მიხედვით, სამედიცინო მკურნალობის მეთოდის გამოყენებისას, რომელიც არ არის ზოგადად აღიარებული, პაციენტის ინფორმირებას განსაკუთრებული ყურადღება უნდა მიექცეს, რათა დაცული იქნეს მისი თვითგამორკვევის უფლება. კერძოდ, პაციენტს ამ მკურნალობის მეთოდის არა მხოლოდ დადებითი და უარყოფითი მხარეები უნდა განემარტოს, არამედ ასევე უნდა ეცნობოს, რომ დაგეგმილი ჩარევა არ შეესაბამება ან ჯერ არ აკმაყოფილებს სამედიცინო სტანდარტებს. გარდა ამისა, პაცი-

⁶⁹ შდრ OLG Köln, Urteil vom 5. Oktober 2015 - I-5 U 2/15 - juris Rn. 45

⁷⁰ BGH, Urteil vom 18. Mai 2021 - VI ZR 401/19 - MedR 2021, 897, პაგენლოზი, მნიშვნელოვანი ტენდენციები გერმანიის სასამართლო პრაქტიკაში სამედიცინო სამართლის მიმართულებით 2021 წელს, სამედიცინო

სამართლისა და მენეჯმენტის ჟურნალი 2/2023, 1, II. 5.; BGH, Urteil vom 15. Oktober 2019 - VI ZR 105/18 - MedR 2020, 379, juris Rn. 19; BGH, Urteil vom 27. März 2007 - VI ZR 55/05 - BGHZ 172, 1, juris Rn. 31; BGH, Urteil vom 13. Juni 2006 - VI ZR 323/04 - BGHZ 168, 103, juris Rn. 14

ენტს უნდა ეცნობოს, რომ ახალი მეთოდი შეიცავს აქამდე უცნობ რისკებს. მხოლოდ ამის შემდეგ შეუძლია პაციენტს გულდასმით ანონ-დანონოს, სურს თუ არა ტრადიციული მეთოდით და ცნობილი რისკებით, თუ ახალი მეთოდით მკურნალობა, რომელსაც, ერთი მხრივ, დაპირებული სარგებლის მოიტანა შეუძლია, თუმცა მეორე მხრივ თანხმლები რისკების საიმედოდ შეფასება შეუძლებელია.

(1) მკურნალობის კონცეფციის გამოყენება, რომელიც ზოგადად აღიარებული სამედიცინო სტანდარტების გზიდან უხვევს, თავისთავად არ წარმოადგენს **მკურნალობის შეცდომას**.⁷¹ მკურნალობის მეთოდის არჩევისას, რომელიც, უპირველეს ყოვლისა, სამედიცინო გადანყვეტილებაა, სასამართლო პრაქტიკა ექიმს ფართო შეფასების სპექტრს ანიჭებს. რაც გულისხმობს იმას, რომ ექიმი ვალდებული არ არის საკუთარი არჩევანი ყოველთვის ყველაზე უსაფრთხო თერაპიულ გზაზე გააკეთოს და მკურნალობის პირველი რიგის თერაპიას (**First-Line-Therapy**) გადაუხვიოს და გამოიყენოს ე.წ. **Neuland**-ის მეთოდი.⁷²

თუმცა, მას უფლება აქვს გამოიყენოს მკურნალობის არასტანდარტული მეთოდი, თუ ეს გამართლებულია მოსალოდნელი უპირატესობებისა და მოსალოდნელი ან საეჭვო უარყოფითი მხარეების შედარების შედეგად.⁷³ შესაბამისად, პაციენტისთვის უფრო მაღალი ტვირთი ან რისკები ობიექტურად უნდა იყოს გამართლებული კონკრეტული შემთხვევის სპეციფიკით ან განკურნების უფრო საიმედო პროგნოზებით.⁷⁴ თუ სამართლებრივი წესრიგის მიერ დანესებული ამ ფარგლების დარღვევა არ ხდება, თითოეულ

საკმარისად ინფორმირებულ პაციენტს შეუძლია დამოუკიდებლად გადაწყვიტოს, თუ მკურნალობის რომელ მეთოდს აირჩევს. თუმცა, ასეთ შემთხვევებში პაციენტის ინფორმირებას ბევრად უფრო მეტი ყურადღება უნდა დაეთმოს.

(2) ასევე, პაციენტის თვითგამორკვევის უფლებიდან გამომდინარეობს, რომ ნებისმიერი მკურნალობა, რომელიც არ არღვევს მკურნალობის დამკვიდრებულ წესებს, შეიძლება გამართლდეს, თუ პაციენტის თანხმობა იქნება მიცემული.⁷⁵ იმ პაციენტის შემთხვევაშიც კი, რომელიც სრულყოფილად არის ინფორმირებული და აცნობიერებს მისი გადანყვეტილების შესაძლო შედეგებს, მისი თვითგამორკვევის უფლება მაინც შეიზღუდება, თუ თანხმობა ეთიკის ნორმებთან მოდის წინააღმდეგობაში.

შესაბამისად, ე.წ. ევთანაზია მისი დამახასიათებელი კრიტერიუმების⁷⁶ გათვალისწინებით ვერ ჩაითვლება მკურნალობად, რადგან ევთანაზიის შემთხვევაში პაციენტს თვითმკვლელობა სურს და თანხმობას ამაზე გაცემს. თუმცა საინტერესოა, თუ რამდენად ჩაითვლება კანონთან თანხმედრად სამედიცინო მკურნალობა, რომელიც შეიცავს სიკვდილის მაღალ რისკს, მაგრამ ხორციელდება როგორც ექიმის, ასევე პაციენტის მიერ იმ იმედით, რომ პაციენტი ოპერაციის შემდგომ გადარჩება და მისი ჯანმრთელობა გაუმჯობესდება.

გერმანიაში არ არსებობს უზენაესი სასამართლოს გადანყვეტილება ასეთი სიცოცხლისათვის საშიში სამედიცინო მკურნალობის დამდგენ ფარგლებზე. თუმცა, მაინც აღიარებულია, რომ

⁷¹ BGH, Urteil vom 15. Oktober 2019 - VI ZR 105/18 - MedR 2020, 379, juris Rn. 14; BGH, Urteil vom 30. Mai 2017 - VI ZR 203/16 - MDR 2018, 43, juris Rn. 6 f.; BGH, Urteil vom 22. Mai 2007 - VI ZR 35/06 - BGHZ 172, 254, juris Rn. 12; BGH, Urteil vom 13. Juni 2006 - VI ZR 323/04 - BGHZ 168, 103, juris Rn. 6.

⁷² შდრ. BGH, Urteil vom 15. Oktober 2019 - VI ZR 105/18 - MedR 2020, 379, juris Rn. 14; BGH, Urteil vom 22. Mai 2007 - VI ZR 35/06 - BGHZ 172, 254, juris Rn. 13.

⁷³ შდრ. BGH, Urteil vom 15. Oktober 2019 - VI ZR 105/18 - MedR 2020, 379, juris Rn. 15; BGH, Urteil vom 13. Juni 2006 - VI ZR 323/04 - BGHZ 168, 103, juris Rn. 6; BGH, Urteil vom 27. März 2007 - VI ZR 55/05 - BGHZ 172, 1, juris Rn. 11 und Rn. 17 f.; BGH, Urteil vom 30. Mai 2017

- VI ZR 203/16 - MedR 2018, 43, juris Rn. 7.

⁷⁴ BGH, Urteil vom 15. Oktober 2019 - VI ZR 105/18 - MedR 2020, 379, juris Rn. 15; BGH, Urteil vom 22. Mai 2007 - VI ZR 35/06 - BGHZ 172, 254, juris Rn. 13.

⁷⁵ BGH, Urteil vom 29. Januar 1991 - VI ZR 206/90 - BGHZ 113, 297, juris Rn. 22.

⁷⁶ ევთანაზიასთან დაკავშირებით დეტალურად: BGH, Beschluss vom 28. Juni 2022 - 6 StR 68/21 - NJW 2022, 3021 - juris Rn. 15 ff., *ჰაგენლოხი*, სამედიცინო სამართლის სიახლეები გერმანიაში – მეორე ნაწილი: გერმანიის სასამართლო პრაქტიკის მნიშვნელოვანი ტენდენციები 2022 წლის მეორე ნახევარში, შედარებითი სამართლის ქართულ/გერმანული ჟურნალი 3/2023, II. 3.

სხვა სფეროებში ამორალურობაზე შემუშავებული კრიტერიუმები⁷⁷ (მაგ., სადომაზოხისტური პრაქტიკაში ან მხარეებს შორის შეთანხმებული ჩხუბის შემთხვევაში), რომლებიც თანხმობით სხეულის დაზიანებას ითვალისწინებს, სამედიცინო სფეროში არ ვრცელდება, რადგან ასეთ პრაქტიკებში აღიარების ღირსი მიზნების მიღწევაზე კეთდება აქცენტი.⁷⁸

ერთი მხრივ, ეს იმას ნიშნავს, რომ მკურნალობა, როგორც წესი, ვერ ჩაითვლება არაეთიკურად, თუნდაც ის სიცოცხლისთვის საშიში იყოს ან მნიშვნელოვანი რისკის შემცველი იყოს.⁷⁹ მეორე მხრივ, სამედიცინო მკურნალობა სიცოცხლის გადარჩენის მიზნით არ ჩაითვლება არაეთიკურად, მაშინაც კი, თუ ის არ შეესაბამება აღიარებულ სტანდარტებს, მაგრამ დამყარებულია კონკრეტულ სამედიცინო ხედვებზე და მიუხედავად მაღალი საფრთხისა, პაციენტისთვის ერთგვარ „ბოლო შანსს“ წარმოადგენს. თუმცა, ამ შემთხვევაში მიუხედავად პაციენტის თანხმობისა, მისი ერთგვარ სამედიცინო ექსპერიმენტის ობიექტად ქცევა დაუშვებელია. ასეთი მაღალი რისკის ოპერაციების შემთხვევაში განსაკუთრებით მკაცრი მოთხოვნები უნდა დაწესდეს პაციენტის ინფორმირების ვალდებულებაზე; არა მარტო შინაარსობრივად, არამედ რეალურ გარემოებებზე დაყრდნობით ამომწურავი ინფორმაციის მიწოდების შემდეგ მისთვის საფიქრალი დროის მიცემით (იხ. II. 5. ა) აა)).

ბბ) არავტორიზებული პრეპარატი

წამლის დანიშვნისას, რომელიც ჯერ არ არის დაშვებული, რამდენიმე საკითხი უნდა იქნეს განხილული.

გერმანიის უზენაეს სასამართლოს⁸⁰ ექიმის პასუხისმგებლობის დაყენების საკითხზე უნდა ემსჯელა, რომელმაც ბავშობიდან ეპილეფსიით დაავადებულ პაციენტს აშშ-ში შემუშავებული

ახალი პრეპარატი გამოუწერა. აღნიშნული პრეპარატი გერმანიაში ჯერ დაშვებული არ იყო და კლინიკური კვლევის III ფაზაში იმყოფებოდა, თუმცა ევროპის რიგ ქვეყნებში დაშვებული იყო. ამ მედიკამენტით მკურნალობის შედეგად პაციენტი ამტკიცებდა, რომ მხედველობის გამოუსწორებელი დაზიანება მიიღო.

აა) პუნქტში ჩამოყალიბებულ პრინციპებზე მითითებით, გერმანიის ფედერალური სასამართლო მიიჩნევს, რომ მკურნალობის იმ მეთოდის გამოყენება, რომელიც ჯერ კიდევ არ არის საყოველთაოდ აღიარებული, აპრიორი არ ნიშნავს იმას, რომ მკურნალობა შეცდომა წარიმართა. იმდროინდელი ცოდნის მიხედვით, ამ პრეპარატმა საგრძნობლად შეამცირა ეპილეფსიური კრუნჩხვების რაოდენობა; საშიში გვერდითი მოვლენების, განსაკუთრებით მხედველობის დაქვეითების შესახებ, იმ პერიოდისთვის ჯერ არ იყო ცნობილი.

ჩატარებული პასუხისმგებლობით აღსავე სამედიცინო შეფასებისა და ამ მკურნალობის მეთოდის მოსალოდნელი უპირატესობებისა და საეჭვო უარყოფითი მხარეების შედარების შედეგად, სასამართლომ პაციენტის სასარგებლოდ სტანდარტული მკურნალობისგან გადახვევა გაამართლა. მან დასძინა რომ, ასეთი ქმედება ვერ გამტყუნდებოდა მარტო იმიტომ, რომ გერმანიაში პრეპარატი ჯერ არ იყო დაშვებული, რადგან პრეპარატის დაშვება მხოლოდ ვარაუდს იწვევს, რომ იგი შეიძლება დაინიშნოს კონკრეტულ თერაპიაში. მკურნალობის მცდელობა წამლით, რომლის დაშვება სავალდებულოა, მაგრამ ჯერ არ არის დაშვებული, არ არის აკრძალული მედიკამენტების დაშვების შესახებ სამართლებრივი რეგულაციებით (სამკურნალო პრეპარატების შესახებ კანონი).

შედეგად, გერმანიის ფედერალური სასამართლო - მკურნალობის არასტანდარტული მეთოდების გამოყენების შემთხვევაში ინფორმაციის

⁷⁷ შდრ. მაგალითად: BGH, Urteil vom 22. Januar 2015 - 3 StR 233/14 - BGHSt 60, 166, juris Rn. 39 ff. და შემდგომ, მეტოქე ჯგუფებს შორის შეთანხმებულ ჩხუბზე; BGH, Urteil vom 26. Mai 2004 - 2 StR 505/03 - BGHSt 49, 166, juris Rn. 16 ff., სადომაზოხისტური პრაქტიკისთვის.

⁷⁸ BGH, Urteil vom 30. Januar 2019 - 2 StR 325/17 - BGHSt 64, 69, juris Rn. 19; BGH, Urteil vom 26. Mai 2004 - 2 StR

505/03 - BGHSt 49, 166, juris Rn. 19.

⁷⁹ BGH, Urteil vom 30. Januar 2019 - 2 StR 325/17 - BGHSt 64, 69, juris Rn. 19; BGH, Urteil vom 26. Mai 2004 - 2 StR 505/03 - BGHSt 49, 166, juris Rn. 19.

⁸⁰ BGH, Urteil vom 27. März 2007 - VI ZR 55/05 - BGHZ 172, 1, juris Rn. 10 ff.

მიწოდების წესის დაცვას სავალდებულოს ხდის იმ პრეპარატების გამოყენების შემთხვევაში, რომლებიც არ არის დაშვებული, მაგრამ შეიძლება დაინიშნოს მკურნალობაში შეცდომის დაშვების გარეშე. უპირველეს ყოვლისა, პაციენტს უნდა ეცნობოს, რომ არა მხოლოდ პრეპარატი არ არის დაშვებული, არამედ უცნობი რისკების გამორიცხვაც შეუძლებელია.⁸¹ მხოლოდ ამის შემდეგ შეუძლია პაციენტს გულდასმით აწონდაწონოს, სურს თუ არა მკურნალობა ტრადიციული მეთოდით და ცნობილი რისკებით თუ ახალი მეთოდის გამოყენებით დაპირებული უპირატესობებისა და საშიშროების განსაკუთრებული გათვალისწინებით, რომლებიც ჯერ ბოლომდე არ არის ცნობილი.

გ) სხვა მედიკამენტური კითხვები

ჩამოთვლილი პრინციპები ასევე ვრცელდება იმ წამლის დანიშვნაზე, რომელიც პაციენტს მანამდე არ გამოუყენებია; მიუხედავად იმისა, პირველად ხდება მკურნალობის ჩატარება თუ მკურნალობის მეთოდის ცვლილება. აქედან გამომდინარეობს, რომ პრეპარატის შესაძლო გვერდითი მოვლენების შესახებ პაციენტი ინფორმირებული უნდა იყოს იმ კრიტერიუმების შესაბამისად, რომლებიც ზოგადად გამოიყენება მკურნალობის დროს. ინფორმირების ეს ვალდებულება მოქმედებს მიუხედავად პრეპარატებზე ფარმა-მწარმოებლის მიერ თანდართული ინსტრუქციებისა.⁸²

მედიკამენტების მიღების რისკების შესახებ ინფორმირება ექვემდებარება თვითგამორკვევის სამართლებრივ პრინციპებს და არა თერაპიის შესახებ ინფორმაციას (იხ. I. 3.). აქ საუბარია არა მედიკამენტის სწორად მიღების ინსტრუქციებზე, არამედ პაციენტის ინფორმირებაზე მედიკამენტების მიღების შემთხვევაში წარ-

მოშობილი რისკების შესახებ.⁸³ ამისგან დამოუკიდებლად, პასუხი უნდა გაეცეს კითხვას, რეკომენდირებულია თუ არა, გარდა თვითგამორკვევის ახსნა-განმარტების მიცემისა, პაციენტს ასევე თერაპიული ინფორმაცია მიეცეს, დასაზღვრებლად, რომ მას მედიკამენტის გვერდითი მოვლენების შესახებ ინფორმაცია აქვს, რათა სათანადოდ მიიღოს მედიკამენტი და ცხოვრების წესი შეუთავსოს მკურნალობას, მაგალითად, ალკოჰოლური სასმელის მიღების ჩვევა შეცვალოს.

ა) ახალი პრეპარატით მკურნალობა

მას შემდეგ, რაც გერმანიის სამოქალაქო კოდექსის §630d ძალაში შევიდა, ინფორმაციის მიწოდების ვალდებულება წამლის დანიშვნისას ამ რეგულაციიდან გამომდინარეობს; მიუხედავად იმისა, რომ პაციენტის ჯანმრთელობაზე ზემოქმედება, მის მიერ წამლის მიღების შემდგომ იწყება.⁸⁴ იმ მდგომარეობით, სანამ საკანონმდებლო ცვლილება მოხდებოდა, (§§ 630d, 630e BGB- ამ ნორმების მიღებამდე) რომელიც შეესაბამება საქართველოში არსებულ ამჟამინდელ მდგომარეობას, სასამართლო პრაქტიკა პაციენტის ინფორმირების ვალდებულებას აფუძნებდა იმ მოსაზრებაზე, რომ აგრესიული ან საფრთხის შემცველი მედიკამენტებით მკურნალობა ფართო გაგებით სამედიცინო ჩარევად განიშარტებოდა.⁸⁵

იმისათვის, რომ ექიმმა პაციენტის ინფორმირების ვალდებულების სათანადო შესრულება შეძლოს, ვალდებულია მიიღოს საჭირო ფარმაკოლოგიური ცოდნა (იხ. სამედიცინო ექსპერტიზის შესახებ II. 4. დ თავი)). ასე რომ, მან არა მხოლოდ უნდა იცოდეს მის მიერ დანიშნული მედიკამენტის თერაპიული ეფექტის, ასევე მისი რისკების, გვერდითი მოვლენებისა და უკუჩვე-

⁸¹ BGH, Urteil vom 27. März 2007 - VI ZR 55/05 - BGHZ 172, 1, juris Rn. 32.

⁸² BGH, Urteil vom 15. März 2005 - VI ZR 289/03 - BGHZ 162, 320, juris Rn. 14; K. Schmidt in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, jurisPK-BGB, 9. Aufl., § 630e BGB (01.02.2020) Rn. 17.

⁸³ OLG Frankfurt, Urteil vom 15. September 2015 - 8 U 115/12 - GesR 2016, 287, juris Rn. 69.

⁸⁴ Staudinger/Gutmann (2021) BGB § 630d Rn. 20.

⁸⁵ BGH, Urteil vom 15. März 2005 - VI ZR 289/03 - BGHZ 162, 320, juris Rn. 15; K. Schmidt in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, jurisPK-BGB, 9. Aufl., § 630e BGB (01.02.2020) Rn. 17; BGH, Urteil vom 27. Oktober 1981 - VI ZR 69/80 - VersR 1982, 147, juris Rn. 14 ff.

ნებების შესახებ. პირიქით, მან ასევე უნდა იცოდეს ალტერნატიული მედიკამენტების შესახებ, რათა შეძლოს პაციენტის კომპეტენტური ინფორმირება ფარმაცევტული აქტიური ინგრედიენტების დადებითი და უარყოფითი მხარეების შესახებ, რომლებიც განიხილება სამკურნალოდ სხვადასხვა შესაძლებლობისა და რისკის შემთხვევაში.

მაგალითად, გერმანიის ფედერალური სასამართლო მოითხოვს, რომ ექიმმა, რომელიც უნიშნავს კონტრაცეპტივს დისმენორეით დაავადებულ პაციენტს და იცის, რომ ის მწვევლია, მიუთითოს მონევით გამოწვეული სისხლძარღვთა ზოგჯერ სერიოზული ცვლილებების შედეგების გაზრდილ რისკებზე. რისკის სიმაღლის გათვალისწინებით, საკმარისი არ არის იმის სწავლება, რომ „აბი და მოწვევა ერთმანეთთან თავსებადი არ არის“.⁸⁶ პირიქით, ექიმმა ზაზგასმით და კონკრეტულად უნდა მიუთითოს იამზე, რომ პარალელურ რეჟიმში მოწვევა და კონტრაცეპტივის მიღება გულის შეტევის ან ინსულტის არსებით რისკს შესაძლოა ატარებდეს. მხოლოდ ამის შემდეგ შეუძლია პაციენტს ისარგებლოს თვითგამორკვევის უფლებით და გადაწყვიტოს საკუთარი პასუხისმგებლობის ქვეშ, მიიღოს კონტრაცეპტივი და შეწყვიტოს მოწვევა თუ შეწყვიტოს კონტრაცეპტივების მიღება და გააგრძელოს მოწვევა ან რისკის გათვალისწინებით გააგრძელოს როგორც მოწვევა, ასევე კონტრაცეპტივის მიღება. სწორედ მწვევლებში გასათვალისწინებელი **ნიკოტინზე დამოკიდებულების გამო,** პრეპარატის გამოყენება შეიძლება გამართლებული იყოს მხოლოდ იმ შემთხვევაში, თუ განსაკუთრებული მითითება იქნება გაკეთებული ერთდროულად მისი მიღებისა და მოწვევის შესახებ.⁸⁷ იგივე ეხება ალკოჰოლს და სხვა ნარკოტიკულ ნივთიერებებზე დამოკიდებულებს.

ბბ) მედიკამენტის შეცვლა

იგივე პრინციპები გამოიყენება, როდესაც პრეპარატი არ არის შესაფერისი პაციენტის სამკურნალოდ და ამიტომ ექიმი ურჩევს მის შეცვლას სხვა წამლით. თუ მისი მიღება დაკავშირებულია პაციენტისთვის მნიშვნელოვანი გვერდითი ეფექტების რისკთან, ექიმმა უნდა მიანოდოს ინფორმაცია ამის შესახებ, მაშინაც კი, თუ პრეპარატის გამოყენება მიზანშეწონილია და წინა პრეპარატიც პაციენტისთვის ცნობილ მსგავს რისკებთან იყო დაკავშირებული.⁸⁸ წინა წამლის რისკებსა და ახლად გამოწერილი წამლის რისკებს შორის საერთო ბალანსის შეჯამება „გაქვითვის“ გაგებით, შეუთავსებელია პაციენტის თვითგამორკვევის უფლებასთან.⁸⁹ საუკეთესო შემთხვევაში, ეს შეიძლება იყოს რელევანტური საკითხთან დაკავშირებით, დათანხმდებოდა თუ არა პაციენტი ახალი პრეპარატის მიღებას, თუ იგი სათანადოდ იყო ინფორმირებული მისი გვერდითი ეფექტების შესახებ (იხ. II. 7. ე)).

მედიკამენტის ცვლილების შემთხვევაში, ინფორმაცია უნდა მიენოდოს ახალი მედიკამენტის პირველად გამოყენებამდე და არა საწყისი „წარმატებული“ ცდის შემდეგ, ანუ მედიკამენტის გრძელვადიან გამოყენებაში გადასვლამდე. ამ წესის დაცვა მითუფრო საყურადღებოა, რადგან სხვაგვარად ახალი მედიკამენტით თერაპიის წარმატების დაწყებით და სიმპტომების შემსუბუქებამ მედიკამენტის მნიშვნელოვანი რისკები შეიძლება გადაფაროს.⁹⁰

გგ) მედიკამენტით მიღების ზოგადი კრიტერიუმები/გამოყენების ინსტრუქცია

წამლის დანიშვნისას ინფორმაციის მიწოდების ვალდებულების ფარგლები და შინაარსი ემყარება ზოგად კრიტერიუმებს, ანუ მედიკამენ-

⁸⁶ BGH, Urteil vom 15. März 2005 - VI ZR 289/03 - BGHZ 162, 320, juris Rn. 17.

⁸⁷ BGH, Urteil vom 15. März 2005 - VI ZR 289/03 - BGHZ 162, 320, juris Rn. 17.

⁸⁸ BGH, Urteil vom 17. April 2007 - VI ZR 108/06 - MedR 2007, 718, juris Rn. 9 ff.

⁸⁹ ასევე: BGH, Urteil vom 17. April 2007 - VI ZR 108/06 - MedR 2007, 718, juris Rn. 9 ff.

⁹⁰ BGH, Urteil vom 17. April 2007 - VI ZR 108/06 - MedR 2007, 718, juris Rn. 14.

ტის მიღებასთან არის თუ არა კონკრეტული რისკი დაკავშირებული და მისი რეალიზების შემთხვევაში ხდება თუ არა პაციენტის ცხოვრების მნიშვნელოვნად დამძიმება.⁹¹ თუ ეს უკანასკნელი ასეა, ინფორმირება უნდა მოხდეს თუნდაც უკიდურესად იშვიათ გვერდით მოვლენებზეც.⁹² მეორე მხრივ, პრეპარატის დანიშვნისას გამოიყენება II.4. ა) თავში აღწერილი პრინციპები ექიმის მიერ თერაპიის არჩევის პრიორიტეტულობის შესახებ. ამიტომ, ექიმს არ შეიძლება მოეთხოვოს პაციენტთან განიხილოს ყველა ფარმაცევტული პროდუქტის დადებითი და უარყოფითი მხარეები, რომლებიც ფუნდამენტურად მნიშვნელოვანია მკურნალობისთვის, ან მათი შესაძლო კომბინაციებით მოსალოდნელი შედეგები.⁹³ თუმცა, თუ სხვადასხვა ნივთიერებების შემცველი მედიკამენტების გამოყენება უნდა მოხდეს, რომლებიც სხვადასხვა რისკებით და შანსებით გამოირჩევიან ყველა კომბინაციის საშუალებები უნდა იქნეს განხილული.

ექიმი არ თავისუფლდება ინფორმაციის მიწოდების ვალდებულებისაგან მედიკამენტთან თანდაყოლილი საინფორმაციო ფურცლის (გამოყენების ინსტრუქციის) საშუალებით.⁹⁴ ეს ვალდებულება პირდაპირ გამომდინარეობს გერმანიის სამოქალაქო კოდექსის 630e მუხლის ძალაში შესვლიდან. ამ მუხლის მე-2 აბზაცის №1 პუნქტის მიხედვით, ინფორმაცია უნდა იყოს მიწოდებული ზეპირად. მაგრამ თუნდაც § 630e ძალაში შესვლამდე არსებული სამართლებრივი სიტუაციის მიხედვით, რაც ამჟამად საქართველოში არსებულ სამართლებრივ მდგომარეობას შეესაბამება, თითქმის ერთსულოვანი

იყო მოსაზრება, რომ გამოყენების ეს ინსტრუქცია მხოლოდ ავსებს ექიმის მიერ მიწოდებულ ზეპირ ინფორმაციას, მაგრამ არ ცვლის მას.⁹⁵

წერილობითი საინფორმაციო ფურცლების მსგავსად (იხ. II. 5. ბ) გვ) თავი), გამოყენების ეს ინსტრუქციები, უპირველეს ყოვლისა, ემსახურება სიღრმისეული ინფორმაციის მიწოდებას და - მუდმივი გაცნობის შესაძლებლობით - რისკების სტაბილური გაცნობის საშუალებას. თუმცა ეს მკურნალ ექიმთან სიტყვიერ ინფორმაციულ საუბარს არ ცვლის. ეს მითუმეტეს მოქმედებს, თუ გავითვალისწინებთ, რომ პაციენტს ჩვეულებრივ საინფორმაციო ფურცლის გაცნობის საშუალება მხოლოდ ექიმის მიერ პრეპარატის დანიშვნისა და მისი ყიდვის შემდეგ ეძლევა. ხოლო თუ მას უკვე აქვს წამალი ხელში ექიმთან კონსულტაციის დროს, კითხვების დასასმელად დამთრგუნველი ბარიერი მნიშვნელოვნად მაღალია; ხოლო მკურნალობის მწვავე საჭიროების შემთხვევაში, ასეთი საუბრები ჩვეულებრივ გამორიცხება შეზღუდული დროის გამო.

დ) პასუხისმგებლობის არარსებობა იმ რისკებზე, რომლებიც ზოგადად ან იმ სპეციალიზებულ სფეროს პრაქტიკაში არ არის ცნობილი

თუ მკურნალობის დროს გართულების რისკის შესახებ არ იყო ცნობილი, პასუხისმგებლობა ინფორმაციის მიწოდების მოვალეობის დარღვევის გამო გამოირიცხება.⁹⁶ ეს გამომდინარეობს იქიდან, რომ ზიანის ანაზღაურებაზე პასუხისმგებლობა მოითხოვს ბრალს, როგორც ხელშეკრულებით, ასევე დელიქტურად.⁹⁷

თუმცა, ასეთი შემთხვევები მხოლოდ იშვიათად გვხვდება, რადგან ბუნებრივად ყველა

⁹¹ BGH, Urteil vom 15. März 2005 - VI ZR 289/03 - BGHZ 162, 320, juris Rn. 16; BGH, Urteil vom 17. April 2007 - VI ZR 108/06 - MedR 2007, 718, juris Rn. 10.

⁹² BGH, Urteil vom 17. April 2007 - VI ZR 108/06 - MedR 2007, 718, juris Rn. 10.

⁹³ OLG Koblenz, Urteil vom 20. Januar 2016 - 5 U 1175/12 - ArztR 2017, 95, juris Rn. 52; OLG München, Beschluss vom 09. Februar 2010 - 1 U 4095/09 - juris Rn. 14.

⁹⁴ BGH, Urteil vom 15. März 2005 - VI ZR 289/03 - BGHZ 162, 320, juris Rn. 16; OLG Dresden, Urteil vom 15. Mai 2018 - 4 U 248/16 - MedR 2018, 971, juris Rn. 27; K. Schmidt in: Herberger / Martinek / Rüßmann / Weth /

Würdinger, jurisPK-BGB, 9. Aufl., § 630e BGB (01.02.2020) Rn. 17; Graf/Johannes/Laforge, VersR 2021, 939, 940.

⁹⁵ შეად. BGH, Urteil vom 15. März 2005 - VI ZR 289/03 - BGHZ 162, 320, juris Rn. 16; OLG Oldenburg, Urteil vom 20. Januar 1984 - 6 U 178/79 - VersR 1986, 69; OLG Frankfurt, Urteil vom 15. September 2015 - 8 U 115/12 - GesR 2016, 287, juris Rn. 69.

⁹⁶ BGH, Beschluss vom 29. Mai 2018 - VI ZR 370/17 - VersR 2018, 1001, juris Rn. 12.

⁹⁷ Staudinger/J Hager (2021) BGB § 823 Rn. I 118.

ექიმს თავისი სპეციალობის განხრით საჭირო ცოდნა აქვს, რომელიც მუდმივად მედიცინის მიღწევებისა და ახალი აღმოჩენების შესახებ შემეცნების პროცესშია.⁹⁸ როგორც წესი, ექიმს შეცდომა არ შეერაცხება იმ შემთხვევაში, თუ მკურნალობის თანმდევი რისკების შესახებ საკითხი მედიცინის სხვა სამეცნიერო წრეებში განიხილებოდა და არა ექიმის სპეციალიზებულ სფეროში.⁹⁹ თუმცა, თუ ექიმი თავისი სპეციალობის მიღმა მკურნალობს დაავადებას, მას უნდა ჰქონდეს ამ დამატებითი სპეციალობისთვის დამახასიათებელი ცოდნა; საჭიროების შემთხვევაში, მან ეს უნდა მიიღოს სხვა ექიმთან კონსულტაციის გზით ან სპეციალიზებული ლიტერატურის შესწავლით.¹⁰⁰

ე) ინფორმაცია რისკის სიხშირის შესახებ

როგორც უკვე (II. 3. ბ)) თავში განვმარტეთ, საკმარისია პაციენტის სათანადო ინფორმირება, თუ ის „მეტ-ნაკლებად“ ინფორმირებულია მკურნალობის შანსებისა და რისკების შესახებ და, შესაბამისად, ზოგადი წარმოდგენა აქვს დაავადების მასშტაბის შესახებ, სამედიცინო ღონისძიების დაკავშირებული საშიშროების დრამატიზაციისა და შემსუბუქების გარეშე.¹⁰¹

ამ შემთხვევაში არ არის საჭირო სამედიცინო თვალსაზრისით რისკის ზუსტად აღწერა ან პაციენტისთვის მკურნალობის რისკის რეალიზაციის შესაძლებლობის ზუსტი ან დაახლოებით ზუსტი პროცენტების დასახელება. თუმცა, თუ ექიმი, რომელიც ინფორმაციას აწვდის პაციენტს ცრუ წარმოდგენას შეუქმნის მკურნალობასთან დაკავშირებული რისკის სიდიდის შესახებ

და ამით შედარებით ხშირად რეალიზებულ ქირურგიულ რისკს მის წარმოსახვაში დააკნინებს, მისი მოვალეობა ინფორმაციის მიწოდების შესახებ საკმარისად შესრულებულად ვერ ჩაითვლება.¹⁰²

მუხლის სახსრის ართროზით (მედიალური გონათროზი) დაავადებული პაციენტის მკურნალობასთან დაკავშირებით, გერმანიის უზენაეს სასამართლოს მოუწია საკითხის განხილვა, იყო თუ არა საკმარისად აღწერილი მუხლის პროთეზის ჩასმასთან დაკავშირებული რისკები საინფორმაციო ფურცელში, სადაც „პერიოდულად“ (ხრახნების) მოშვების რისკის შესახებ იყო საუბარი. უფრო კონკრეტულად, მსჯელობა იყო იმაზე, დააკნინა თუ არა ხარისხობრივ ჭრილში მოხსენიებულმა სიტყვა „პერიოდულად“ ამ რისკის რეალიზება, რომელიც სააპელაციო სასამართლოს დასკვნებით თითქმის 9% შეადგენდა. ეს ასე იქნებოდა, თუ პაციენტის ინფორმირებისას სამედიცინო ინფორმაციის მარეგულირებელი აქტივობების სამედიცინო ლექსიკონში (MedDRA®)¹⁰³ გამოყენებულ სიხშირის განმარტებებს, რომლებიც ჩვეულებრივ გამოიყენება მედიკამენტების გამოყენების ინსტრუქციებში, გადამწყვეტი მნიშვნელობა ექნებოდა. ამ ლექსიკონის მიხედვით, ტერმინი „პერიოდულად“¹⁰⁴ აღწერს რისკს 0.1%-დან 1%-მდე.

გერმანიის ფედერალურმა სასამართლომ განმარტა, რომ მედიკამენტების გამოყენების ინსტრუქციების განმარტებების ლექსიკონი MedDRA® არ არის გადამწყვეტი სამედიცინო ინფორმაციის ზოგადი ვერბალური განმარტების დროს.¹⁰⁵ ინფორმაციის მიწოდების აზრი და

⁹⁸ BGH, Urteil vom 29. Januar 1991 - VI ZR 206/90 - BGHZ 113, 297, juris Rn. 25; BGH, Urteil vom 17. Dezember 1991 - VI ZR 40/91 - BGHZ 116, 379, juris Rn. 14.

⁹⁹ BGH, Beschluss vom 29. Mai 2018 - VI ZR 370/17 - VersR 2018, 1001, juris Rn. 12; BGH, Urteil vom 19. Oktober 2010 - VI ZR 241/09 - VersR 2011, 223, juris Rn. 8; BGH, Beschluss vom 16. Juni 2015 - VI ZR 332/14 - VersR 2015, 1293, juris Rn. 13.

¹⁰⁰ BGH, Urteil vom 27. Oktober 1981 - VI ZR 69/80 - VersR 1982, 147, juris Rn. 20.

¹⁰¹ BGH, Urteil vom 29. Januar 2019 - VI ZR 117/18 - MedR 2020, 128 - juris Rn. 15; BGH, Urteil vom 11. Oktober 2016 - VI ZR 462/15 - NJW-RR 2017, 533, juris Rn. 8; BGH, Urteil vom 30. September 2014 - VI ZR 443/13 -

NJW 2015, 74, juris Rn. 6; BGH, Urteil vom 7. November 2006 - VI ZR 206/05 - BGHZ 169, 364, juris Rn. 7.

¹⁰² BGH, Urteil vom 29. Januar 2019 - VI ZR 117/18 - MedR 2020, 128 - juris Rn. 15; BGH, Urteil vom 7. April 1992 - VI ZR 192/91 - NJW 1992, 2351, juris Rn. 19; auch unter II. 3. b).

¹⁰³ ინგლისურენოვანი ვერსია: <https://www.meddra.org/how-to-use/support-documentation/english/welcome>.

¹⁰⁴ ინგლისურ ტექნიკურ ჟარგონში ნიშნავს „არაჩვეულებრივს“ ან „იშვიათს“.

¹⁰⁵ BGH, Urteil vom 29. Januar 2019 - VI ZR 117/18 - MedR 2020, 128, juris Rn. 17 f.

მიზანია პაციენტის თვითგამორკვევის უფლების უზრუნველყოფა. ზუსტი წარმოდგენის მიცემით იმის შესახებ, თუ რა ელოდება მას, თუ მკურნალობაზე დათანხმდება.¹⁰⁶

შესაბამისად - როგორც II. 5. ბ) და გ) თავში დეტალურად აღინიშნა - პაციენტისთვის ინფორმაცია უნდა იყოს გასაგები ენისა და შინაარსის (იხ. გერმანიის სამოქალაქო კოდექსის § 630e 2 აბზაცის, 1. წინადადების მე-3 პუნქტი) და მორგებული უნდა იყოს მისი ინდივიდუალური აღქმის უნარზე.¹⁰⁷ იმისთვის, რომ პაციენტებმა ტერმინი „პერიოდულად“ სწორი მნიშვნელობით გაიგოს, ზოგადად სასაუბრო ენის გამოყენებას უნდა მიენიჭოს უპირატესობა და არა MedDRA®-ს განმარტებას, რომელიც ძირითადად პაციენტისთვის უცნობია და მხოლოდ ირიბად აქვთ შეხება ისიც მედიკამენტის გამოყენების ინსტრუქციასთან შემხებლობის შემთხვევაში. გარდა ამისა, გერმანიაში კლინიკები არ ხმარობენ MedDRA®-ს - ხშირ შემთხვევაში - რთულად გასაგებ განმარტებებს, არამედ ზოგად სასაუბრო ენის იყენებენ. ზემოთთქმულიდან გამომდინარე, გერმანიის ფედერალურმა სასამართლომ დაადგინა, რომ სიტყვაში „პერიოდულად“ 10%-იანი ალბათობა უნდა გავიგოთ.

ვ) ინფორმაციის მიწოდების ვალდებულება არარსებული ან მცირე სამედიცინო ინდიკაციის დროს და სისხლის ან ორგანოს დონორის მიმართ.

როგორც უკვე განვმარტეთ (II. 3. ბ) თავში), ინფორმაციის მიწოდების ვალდებულების ინტენსივობა ურთიერთქმედებს მკურნალობის აუცილებლობასა და გადაუდებლობასთან და მისი წარმატების შანსებთან, ერთი მხრივ, და რისკის სიმძიმესთან, ხანგრძლივობასთან და

მოსალოდნელი რისკის ალბათობასთან, მეორე მხრივ. აქედან გამომდინარე, სისხლის¹⁰⁸ დონაციისა და არაინდიცირებული კოსმეტიკური ოპერაციის¹⁰⁹ შემთხვევაში, განსაკუთრებით მაღალი მოთხოვნები არის წამოყენებული პაციენტისთვის ინფორმაციის მიწოდებასთან მიმართებით, მაშინაც კი, თუ რისკის რეალიზების ძალიან დაბალი ან ზომიერი ალბათობაა მოცემული.

ა) კოსმეტიკური პროცედურები

კოსმეტიკური პროცედურების შემთხვევაში, დადგენილი პრეცედენტული სამართლის მიხედვით, პაციენტი მით უფრო დეტალურად და სიღრმისეულად უნდა იყოს ინფორმირებული ღონისძიების წარმატების შანსებისა და რაიმე მავნე შედეგების შესახებ, რაც უფრო ნაკლებად არის რეკომენდირებული სამედიცინო კუთხით. ეს განსაკუთრებით ეხება იმ კოსმეტიკურ პროცედურებს, რომლებიც ძირითადად ან ექსკლუზიურად ფსიქოლოგიურ ან წმინდა ესთეტიკურ მოთხოვნილებებს ემსახურება.¹¹⁰ ასეთ შემთხვევებში ინფორმაციის მიწოდების მოთხოვნები ძალიან მკაცრია.

ერთი მხრივ, პაციენტს უნდა მიენოდოს ინფორმაცია საუკეთესო შესაძლო გაუმჯობესების შესახებ, რაც მას შეიძლება მოელოდეს. მეორე მხრივ, მას მკაფიოდ უნდა განემარტოს, რა რისკებია მოსალოდნელი. მხოლოდ იმ შემთხვევაში, თუ ეს მოხდება, მას შესაძლებლობა მიეცემა სწორად აწონ-დანონოს, სურს თუ არა დაეთანხმოს კოსმეტიკური ოპერაციის შესაძლო წარუმატებლობას ან სულაც ჯანმრთელობის დარღვევებს, თუნდაც ამის რეალიზება არც თუ რეალური იყოს.¹¹¹ ეს რისკები მისთვის გასაგები უნდა იყოს „ყველა შესაძლო შედეგით“¹¹² ან

¹⁰⁶ BGH, Urteil vom 25. März 2003 - VI ZR 131/02 - NJW 2003, 2012, juris Rn. 18 ff.

¹⁰⁷ BGH, Urteil vom 11. Oktober 2016 - VI ZR 462/15 - NJW-RR 2017, 533, juris Rn. 10.

¹⁰⁸ ამის შესახებ: BGH, Urteil vom 14. März 2006 - VI ZR 279/04 - BGHZ 166, 336, juris Rn. 7 ff.

¹⁰⁹ ამის შესახებ: BGH, Urteil vom 6. November 1990 - VI ZR 8/90 - NJW 1991, 2349, Rn. 11.

¹¹⁰ BGH, Urteil vom 6. November 1990 - VI ZR 8/90 - NJW 1991, 2349, Rn. 11; BGH, Urteil vom 16. November 1971

- VI ZR 76/70 - NJW 1972, 335, juris Rn. 19 ff.; OLG Dresden, Beschluss vom 8. Oktober 2019 - 4 U 1052/19 - NJW-RR 2020, 149, juris Rn. 8; OLG Hamm, Urteil vom 13. Mai 2016 - I-26 U 187/15 - juris Rn. 31.

¹¹¹ BGH, Urteil vom 6. November 1990 - VI ZR 8/90 - NJW 1991, 2349, juris Rn. 11; BGH, Urteil vom 16. November 1971 - VI ZR 76/70 - NJW 1972, 335, juris Rn. 19 ff.

¹¹² BGH, Urteil vom 6. November 1990 - VI ZR 8/90 - NJW 1991, 2349, Rn. 11.

„შელამაზების გარეშე“¹¹³ ან „სრული სიცხადით“.¹¹⁴

ბბ) სისხლისა და ორგანოების დონაცია

ეს პრინციპები უფრო მეტად ეხება სისხლის დონაციას, რომელსაც დონორისთვის ჯანმრთელობის რაიმე სარგებელს არ მოაქვს, არამედ მხოლოდ ფართო საზოგადოების სარგებლობისთვისაა.¹¹⁵ კერძოდ, ასეთი ალტრუისტული ქცევის შემთხვევაში ექიმს განსაკუთრებული პასუხისმგებლობა ეკისრება დონორის რისკების შესახებ ინფორმირებაზე. მხოლოდ მაშინ, როდესაც ის სრულად არის ინფორმირებული, შეუძლია გადაწყვიტოს, მზად არის თუ არა რისკზე წავიდეს და უფრო დიდი სიკეთისთვის საკუთარ ჯანმრთელობას მუდმივი ზიანი მიაყენოს.¹¹⁶ ინფორმაციის მიწოდების ამ განსაკუთრებულმა ტვირთმა წარმატება ვერ ჰპოვა მას შემდეგ, რაც გერმანიის კანონმდებელმა პირდაპირ დაადგინა ინფორმაციის მიწოდების ვალდებულება ტრანსფუზიის¹¹⁷ მარეგულირებელი კანონის §6 ში.

გერმანიაში არსებობს ცალკეული საკანონმდებლო რეგულაციები, რომლებიც არეგულირებს ინფორმაციის მიწოდების ვალდებულების სახეობას და მოცულობას **ორგანოს ცოცხალი დონორისთვის** (ორგანოებისა და ქსოვილების დონაციის, მოცილებისა და გადაცემის შესახებ აქტი).¹¹⁸ ამ კანონის მე-8 ნაწილის თანახმად, არა მხოლოდ განსაკუთრებით მაღალი მოთხოვნების დაცვა უნდა მოხდეს ორგანოების ცოცხალი დონატორის ინფორმირებასთან დაკავში-

რებით, არამედ აუცილებელია დამატებითი გარანტიები, როგორიცაა სხვა ექიმის ჩართვა და ცალკე საექსპერტო დასკვნა კომისიის მიერ.¹¹⁹ ეს მაღალი პროცედურული სტანდარტები უზრუნველყოფს იმას, რომ ორგანოს ცოცხალმა დონორმა შედეგების სრული გაცნობიერებით ნებაყოფლობითი გადაწყვეტილება მიიღოს და ორგანოთა აკრძალული ვაჭრობის აღკვეთა მოხდეს.

გგ) დიაგნოსტიკური ჩარევები

ანალოგიურად, თერაპიული თვითღირებულების გარეშე შინაგანი დიაგნოსტიკური ჩარევების შემთხვევაში, მკაცრი მოთხოვნები უნდა დაწესდეს რისკების შესახებ პაციენტისთვის ინფორმაციის მიწოდებასთან დაკავშირებით.¹²⁰ ისინი საჭიროებენ განსაკუთრებულ ანონ-და-ნონვას სადიაგნოსტიკო გამოკვლევის აუცილებლობის მნიშვნელობასა და პაციენტის განსაკუთრებულ რისკს შორის.¹²¹

ზ) ოპერაციის კერის გაფართოება

ისეთი ქირურგიული ჩარევის შემთხვევაში, რომლებშიც ექიმი არ გამოირიცხავს **ოპერაციის კერის გაფართოებას** ან ქირურგიული ჩარევის მეთოდის არსებითი ცვლილებისას შანსების და რისკების რეალური ცვლილების შესაძლებლობას ხედავს, უნდა მოხდეს ოპერაციამდე პაციენტისთვის ამის შესახებ ინფორმაციის მიწოდება.¹²² ასევე პირიქით, პაციენტს ოპერაციის დაწყებამდე უნდა მიეწოდოს ინფორმაცია მისი შეწყვეტის აუცილებლობის შესახებ, თუ წინასწარ

¹¹³ OLG Dresden, Beschluss vom 8. Oktober 2019 -4 U 1052/19 -NJW-RR 2020, 149, juris Rn. 8.

¹¹⁴ OLG Hamm, Urteil vom 13. Mai 2016 - I-26 U 187/15 - juris Rn. 31.

¹¹⁵ BGH, Urteil vom 14. März 2006 - VI ZR 279/04 - BGHZ 166, 336, juris Rn. 9.

¹¹⁶ BGH, Urteil vom 14. März 2006 - VI ZR 279/04 - BGHZ 166, 336, juris Rn. 9.

¹¹⁷ ტრანსფუზიის კანონი <https://www.gesetze-im-internet.de/tfg/TFG.pdf>.

¹¹⁸ ტრანსფუზიის კანონი (TPG); <https://www.gesetze-im-internet.de/tpg/>; <https://www.global-regulation.com/translation/germany/393029/law-governing-the-transfusion-system.html>).

¹¹⁹ გერმანულენოვანი რეზიუმე: <https://www.organspende-info.de/gesetzliche-grundlagen/gesetze-und-richtlinien/>; ინგლისურად: <https://www.drze.de/in-focus/organ-transplantation/legal-aspects/>.

¹²⁰ BGH, Urteil vom 18. November 2008 - VI ZR 198/07 - MedR 2010, 181, juris Rn. 13; BGH, Urteil vom 15. Mai 1979 - VI ZR 70/77 - VersR 1979, 720, juris Rn. 21.

¹²¹ BGH, Urteil vom 18. November 2008 - VI ZR 198/07 - MedR 2010, 181, juris Rn. 13.

¹²² BGH, Urteil vom 16. Februar 1993 - VI ZR 300/91 - MedR 1993, 388, juris Rn. 21; BGH, Urteil vom 13. Dezember 1988 - VI ZR 22/88 - MedR 1989, 143, juris Rn. 13; OLG Köln, Urteil vom 9. März 2016 - I-5 U 36/15 - VersR 2017, 621, juris Rn. 14; OLG Köln, Urteil vom 11. Januar 2017 -

უკვე აშკარა მინიშნებები არსებობს, რომ ოპერაციის მსვლელობისას შეიძლება წარმოიქმნას სიტუაცია, რომელიც ოპერაციის გაგრძელებას აზრს დაუკარგავს.¹²³ მხოლოდ ამის შემდეგ შეიძლება პაციენტი გადაწყვიტოს, სურს თუ არა ოპერაციასთან დაკავშირებულ ტვირთსა და რისკებზე უარი თქვას, რომლის ჩატარებაც შესაძლოა საერთოდ შეწყდეს.

აა) ოპერაციის კერის გაფართოების სავარაუდო თანხმობა

(1) თუ ოპერაციის წინაეტაპზე ოპერაციის კერის გაფართოების ან ქირურგიული ჩარევის ტიპის ცვლილების შესახებ პაციენტთან არ იყო შეთანხმებული, ოპერაციის გეგმიდან გადახრები პაციენტის სავარაუდო თანხმობის პრინციპს ასე მარტივად ვერ დაეფუძნება¹²⁴ (დანვრილებით II. 7. ბ) აა) თავში).

თუმცა ასეთ სიტუაციებში, პაციენტისთვის ინფორმაციის მიწოდების მოვალეობის დარღვევა წინასაოპერაციო ეტაპზე არ უშლის ხელს სავარაუდო თანხმობის პრინციპების გამოყენებას ოპერაციის მიმდინარეობის დროს. სანყის ეტაპზე ერთადერთ გადამწყვეტ ფაქტორს წარმოადგენს შემდეგი გარემოება, არის თუ არა წინაპირობები იმ მომენტში მოცემული, როდესაც ექიმი არჩევანის წინაშე დგება, უნდა მოხდეს ჩარევის გაფართოება ან საჭიროებას წარმოადგენს ქირურგიული მეთოდის ცვლილება, თუ პაციენტის მიერ გაცემულ თანხმობის ფარგლებში ასეთი მოქმედებები არ არის გათვალისწინებული.¹²⁵ ასეთ შემთხვევაში ფოკუსირება ხდება **ოპერაციის დროს ახალი დიაგნოზის აღმოჩენისა** და ოპერაციამდე მიღებული გადაწყვეტილების წინააღმდეგობაში მოსვლის მომენტზე.

თუმცა ასეთ სიტუაციებში, თუ წინასაოპერაციო სტადიაში ინფორმირების ვალდებულების დარღვევა მოხდა, ეს იმასაც არ ნიშნავს, რომ

ოპერაციის შემდგომ სტადიაზე პაციენტის სავარაუდო თანხმობის პრინციპს ვერ გამოვიყენებთ. თუმცა, აქ საჭიროა გარკვეული თავშეკავება. ამიტომ სასამართლო პრაქტიკა ასეთ შემთხვევაში ირჩევს შუა გზას, ერთი მხრივ, თვითგამორკვევის უფლება დამატებით გარდაუვალად რომ არ შეილახოს, და, მეორე მხრივ, ყოველი ოპერაციული ჩარევის დროს შეცვლილი გარემოებების შემთხვევაში ჩარევა პაციენტის სათანადო ინფორმირების მიზნით რომ არ შეწყდეს, რადგან ასეთი პრაქტიკა პაციენტის ჯანმრთელობისთვის სასარგებლოდ ვერ აისახება.

პირველ რიგში, პრეცედენტული სამართალი მოითხოვს, რომ თუ ექიმმა ოპერაციის კერის შესაძლო გაფართოების შესახებ პაციენტისთვის სათანადოდ ინფორმაციის მიწოდების ვალდებულება დაარღვია, უნდა შეწყვიტოს ოპერაცია, თუ ეს შესაძლებელია და სამედიცინო თვალსაზრისით გამართლებულია.¹²⁶ ამის გარდაუვალი შედეგი ის არის, რომ პაციენტს შეიძლება შემდგომში ორი ცალკეული ოპერაციის ჩატარება მოუწიოს, თუმცა - თავიდანვე სათანადოდ რომ ყოფილიყო ინფორმირებული და ოპერაციის გახანგრძლივებაზე თანხმობა ეთქვა - ერთი ოპერაცია საკმარისი იქნებოდა. პაციენტისთვის დამატებით შექმნილი გართულების გამო, პრეცედენტული სამართალი ოპერაციის შეწყვეტის დროს უპირატესობას ანიჭებს **პაციენტის სავარაუდო თანხმობის** ასპექტებს და მათი ცნობად ჯანმრთელობის საჭიროებებს „**სამედიცინო პასუხისმგებლობის**“ კრიტერიუმებთან მიმართებაში.

სავარაუდო თანხმობა მოცემულად ჩაითვლება იმ შემთხვევაში, თუ, ერთი მხრივ, ოპერაციული კერის გაფართოება ან ქირურგიული მეთოდის ცვლილება შედარებით ზომიერია მთელი პროცედურის სიმძიმესთან მიმართებით, მეორე მხრივ, თუ ასეთ შემთხვევაში დამატებითი რისკები და ტვირთი შესამჩნევად ნაკლებია, ვი-

U 46/16 - juris Rn. 14.

¹²³ OLG Frankfurt, Urteil vom 29. November 2016 - 8 U 143/13, juris Rn. 75.

¹²⁴ შდრ. ამ პრობლემატიკაზე სრულყოფილად Staudinger/Gutmann (2021) BGB § 630d Rn. 248 ff.; ქვემოთ II.7. b).

¹²⁵ სისხლის სამართლის თვალსაზრისით: BGH, Beschluss vom 25. März 1988 - 2 StR 93/88 - BGHSt 35, 246, juris Rn. 8.

¹²⁶ BGH, Urteil vom 16. Februar 1993 - VI ZR 300/91 - MedR 1993, 388, juris Rn. 21; OLG Köln, Beschluss vom 1. Juni 2015 - I-5 U 18/15 - juris Rn. 11.

დრე ოპერაციის შეწყვეტის ან ხელმეორედ ჩატარების შემთხვევაში.¹²⁷ თუ პაციენტი სათანადოდ ინფორმირების შემდგომ უფრო მეტი სიმძიმის ოპერაციის ჩატარებას დათანხმდა, რომელიც შესამჩნევად მაღალ რისკებთან არის დაკავშირებული, მაშინ შეიძლება ვარაუდი იმისა რომ, თუ ოპერაცია სასწრაფო აუცილებლობას წარმოადგენს, პაციენტი სრულყოფილად ინფორმირების შემთხვევაში ოპერაციის კერის გაფართოების შესახებაც დათანხმდებოდა. ეს იმ შემთხვევაშიც ასეა, თუ ოპერაციის კერის გაფართოება თავად ოპერაციის რეალური მიზნის ცვლილებას - ანუ გარკვეული სიმპტომების აღმოფხვრას ან შემსუბუქებას არ იწვევს, არამედ მიმდინარე ოპერაციის დროს მხოლოდ შეცვლილი დასკვნების შედეგია. ოპერაციის კერის გაფართოების დროს ინტერვენციის ადაპტაცია ახალ დიაგნოზთან მხოლოდ მაშინ ჩაითვლება მოცემულად, თუ იგი ოპერაციის მსვლელობისას ხდება, რასაც პაციენტი სავარაუდოდ დაეთანხმება, სანამ ოპერაციის ბუნება მნიშვნელოვნად არ იცვლება, განსაკუთრებით მისი სიმძიმე და რისკები.

ეს დადასტურდა, მაგალითად, სამედიცინო თვალსაზრისით აუცილებლად ჩათვლილი ცენტრალური ვენური კათეტერის განთავსებისას ბრმა ნაწლავის ოპერაციის დროს.¹²⁸ სხვა გადაწყვეტილებაში, გერმანიის ფედერალურმა სასამართლომ, არ მიიჩნია გამართლებულად ოპერაციის შეწყვეტა ვაგინალური კედლის გახსნის შემდეგ პაციენტის ხელახალი ინფორმირების მიზნით, მარტო იმიტომ, რომ მისი სიმპტომები არ იყო გამოწვეული აბსცესით, არამედ დივერტიკულისგან, როგორც ვარაუდობდნენ.¹²⁹ ამ გადაწყვეტილებაში გერმანიის ფედერალურმა სასამართლომ ექიმი უფლებამოსილად მიიჩნია გაეგრძელებინა ოპერაცია, მაგრამ ამავდროულად ხაზგასმით აღნიშნა, რომ ინფორმაციის მიწოდების ვალდებულება დაირღვეოდა, თუ (რაც საჭიროებს სააპელაციო სასამართლოს შემდ-

გომ დადგენილებას) ექიმს ოპერაციის დაწყებამდე სერიოზული საბაზი ჰქონდა იმაზე ფიქრის, რომ საშოს კედლის გახსნის შემდეგ შესაძლოა აბსცესის ნაცვლად დივერტიკული აღმოჩენილიყო.¹³⁰

(2) თუ ოპერაციის დროს გამოვლინდება დიაგნოზი, რომელიც ოპერაციის დაწყებამდე არ იყო მოსალოდნელი, პაციენტის სავარაუდო თანხმობის ზოგად პრინციპზე დაყრდნობით უნდა გადაწყდეს, უნდა შეწყდეს ოპერაცია თუ შეიძლება გაგრძელდეს. მაშასადამე, ზემოთ ჩამოთვლილი პრინციპები შესაბამისად მოქმედებენ.

ვინაიდან ასეთ შემთხვევებში პაციენტის თვითგამორკვევის უფლების დარღვევა ოპერაციის მიმდინარეობისას არ დგინდება, ასეთ შემთხვევაში პაციენტის სავარაუდო თანხმობის დონე გარკვეულწილად დაბალია და შესაბამისად ოპერაციის გაგრძელება შეიძლება უფრო მეტი „გაბედულობით“ განხორციელდეს. თუმცა, დაცული უნდა იქნეს გარე ზღვარი, რაც გულისხმობს იმას, რომ ოპერაციის რეალური მიზანი უცვლელი რჩება, ხოლო თავად ოპერაციული ჩარევა, წინასწარ დადგენილ ფარგლებს არ უნდა სცდებოდეს და ოპერაციის მიმდინარეობის დროს აღმოჩენილ ახალ დიაგნოზზე უნდა იქნეს მისადაგებული. ამრიგად, ოპერაციის სიმძიმე და რისკები და სახეობა, არსებითად იგივე უნდა დარჩეს.

საკითხისადმი ანალოგიური მიდგომაა საჭირო, თუ ოპერაციის მიმდინარეობისას აღმოჩნდება, რომ ქირურგიული ჩარევის თანხმობები რისკი უფრო დიდია, ვიდრე ვარაუდობდნენ ოპერაციამდე. ამ შემთხვევაში ექიმმა უნდა შეწყვიტოს პროცედურა, თუ პაციენტი გაზრდილი რისკების შესახებ არ იყო თავიდანვე ინფორმირებული და ამ შემთხვევაშიც წინასწარ არ ჰქონდა ნათქვამი თანხმობა. ამასთანავე დამატებითი თანხმობის მიღების მიზნით ოპერაციის შეწყვეტა გამართლებული იქნება სამედიცინო თვალსაზრისით.¹³¹

¹²⁷ შდრ. Rehborn/Gescher in: Erman BGB, 16. Auflage, § 630d Rn. 26

¹²⁸ OLG Hamm, Urteil vom 17. September 2001 -3 U 58/01 - juris Rn. 46

¹²⁹ BGH, Urteil vom 17. September 1985 - VI ZR 12/84 - VersR 1985, 1187, juris Rn. 17 ff.

¹³⁰ BGH, Urteil vom 17. September 1985 - VI ZR 12/84 - VersR 1985, 1187, juris Rn. 21

¹³¹ BGH, Urteil vom 2. November 1976 - VI ZR 134/75 - NJW

(3) ამ თემასთან დაკავშირებით - სრული თავშეკავებით უნდა აღინიშნოს, რომ ოპერაციის დროს აღმოჩენილი ახალი დიაგნოზის შემთხვევაში ქირურგს გადაწყვეტილების მიღება წამებში ან წუთებში უნევს, როდესაც ამ გადაწყვეტილების ფილიგრანული ანალიზის გასაკეთებლად სასამართლოს ექსპერტებს, მოსამართლეებს და ადვოკატებს ზედმეტი სტრესის გარეშე შეუძლიათ იმსჯელონ, რათა შეძლონ ყველა ასპექტის ერთმანეთთან აწონ-დანონვა. ცალკეულ შემთხვევებში შეიძლება ეს ბრალეულობის უარყოფის საფუძველს წარმოადგენდეს, თუნდაც იმ შემთხვევაში, თუ მიღებული გადაწყვეტილება რეტროსპექტივაში ეჭვს ბადებდა, მაგრამ გამართლებული იყო კონკრეტულ კონფლიქტურ სიტუაციაში და სტრესის ქვეშ გადაწყვეტილების მისაღების დროს.

ბბ) სავარაუდო თანხმობა მშობიარობის პროცედურის ცვლილებაზე

ამ მხრივ, განსაკუთრებული ყურადღება უნდა მიექცეს მშობიარობის ალტერნატიულ პროცედურებს (იხ. II. 4. ა)), ვინაიდან ამ შემთხვევაში მკურნალობის შეწყვეტა და მისი შემდგომი გაგრძელება თავიდანვე გამორიცხულია.

თუ მშობიარობის დროს დაგეგმილი პროცედურისგან გადახრა სამედიცინო თვალსაზრისით მაინც აუცილებელი ან გონივრული აღმოჩნდება, გადაწყვეტილება დაუყოვნებლივ უნდა იქნას მიღებული მეტ-ნაკლებად კრიტიკულ ფაზაში მშობიარობის სახის ასარჩევად. ამიტომ, ექიმმა, რომელიც მეთვალყურეობს, უფრო დანვრილებით, ვიდრე ეს ხდება ქირურგიული ჩარევის დროს, უნდა აცნობოს პაციენტს მშობიარობის პროცესის დაწყებამდე შესაძლო გართულებების მოსალოდნელობის შესახებ და ასეთი შემთხვევის დადგომისთვის წინსწრებით მოქმე-

დების ნებართვა აიღოს.¹³² თუმცა წინასწარი ინფორმაციის მიწოდების ვალდებულება იმ მასშტაბებში არ უნდა იქნეს გაგებული, რომ ორსულისთვის მშობიარობის სტანდარტული ინფორმაციის მიწოდების დროს თავის დაზღვევის მიზნით, სამედიცინო თვალსაზრისით სასარგებლო, ეპიდურული ანესთეზიის პროცედურის (PDA) შესახებ ინფორმაციის მიწოდების აუცილებლობა არსებობდეს.¹³³ ეს საჭიროა მხოლოდ იმ შემთხვევაში, თუ მომავალი დედა სამედიცინო თემებთან მიმართებაში განსაკუთრებულ ინტერესს იჩენს ან თუ მოსალოდნელი რისკები იძლევა ამის საფუძველს. განსახილველი ნაწილის ახსნის წინაპირობებთან დაკავშირებით მინიმუმი ხდება II. 4. ა) ა) თავის განმარტებაზე.

თ) მკურნალობის შეცდომების და რისკების შესახებ ინფორმაციის მიცემისგან თავის შეკავება

ექიმი არ არის ვალდებული აცნობოს პაციენტს იმ რისკების შესახებ, რომლებიც შეიძლება წარმოიშვას მხოლოდ არასწორი სამედიცინო მკურნალობის შედეგად.¹³⁴ ამის აუცილებლობა არ არსებობს, ვინაიდან თანხმობა ვერ გაამართლებს არასწორად ჩატარებულ მკურნალობას.¹³⁵

თუმცა, ეს არ უშლის ხელს სასამართლოს გადაწყვეტილებების მიღებაში, სადაც ალტერნატიულად ხდება პასუხისმგებლობის დადგენა, თუ მკურნალობის შედეგად პაციენტის ჯანმრთელობას ზიანი მიადგა, რაც გამოწვეული იყო მკურნალობის დროს დაშვებული შეცდომით ან თუ მკურნალობაში არ იყო შეცდომა მაგრამ რეალიზდა რისკი, რომლის შესახებაც ინფორმაციის მიწოდება სავალდებულო იყო. ასეთ შემთხვევებში არ არის საჭირო სასამართლოს ან ადვოკატის მიერ დადგენა, პასუხისმგებლობა სა-

1977, 337, juris Rn. 10 ff.: Staudinger/Gutmann (2021) BGB § 630d Rn. 249.

¹³² BGH, Urteil vom 16. Februar 1993 - VI ZR 300/91 - MedR 1993, 388, juris Rn. 21

¹³³ Oberlandesgericht des Landes Sachsen-Anhalt, Urteil vom 6. Februar 2014 - 1 U 45/13 - GesR 2015, 99, juris Rn. 14

¹³⁴ BGH, Urteil vom 19. März 1985 - VI ZR 227/83 - NJW

1985, 2193, juris Rn. 7; BGH, Urteil vom 3. Dezember 1991 - VI ZR 48/91 - MedR 1992, 156, juris Rn. 25; OLG München, Urteil vom 25. April 1996 - 24 U 742/95 - VersR 1997, 1281, juris Rn. 25; Staudinger/Gutmann (2021) BGB § 630e Rn. 48.

¹³⁵ OLG München, Urteil vom 25. April 1996 - 24 U 742/95 - VersR 1997, 1281, juris Rn. 25; Staudinger/Gutmann (2021) BGB § 630e Rn. 48.

ბოლოოდ მკურნალობის დროს დაშვებულ შეცდომას თუ ინფორმაციის მიწოდების მოვალეობის დარღვევას ეფუძნება.

ი) მაგალითი: მითითება დამბლაზე; ვაქცინაციის შესახებ ინფორმირებულობა

ამ პრინციპების წარმოსაჩენად უნდა მოვიყვანოთ მაგალითები გერმანიის სასამართლო პრაქტიკიდან, იმის საჩვენებლად, თუ როგორ უნდა იყოს პაციენტი ინფორმირებული ვაქცინაციისა და დამბლის რისკის შესახებ.

ერთ ძველ გადაწყვეტილებაში, გერმანიის ფედერალურმა სასამართლომ საკმარისად მიიჩნია იმის აღნიშვნა, რომ დამბლა (გერმანიაში 1998 წლამდე ჩატარებული) პოლიომიელიტის საწინააღმდეგო ორალური ვაქცინაციის დროს უკიდურესად იშვით მოვლენას წარმოადგენს (1 შემთხვევა 5 მილიონ ვაქცინაციაში). მიუხედავად იმისა, რომ დავა სარჩელში იმაზე მიდიოდა, რისკი - დაახლოებით 1: 5 000 000-თან იყო თუ დაახლოებით 1: 750 000-თან, გერმანიის ფედერალურმა სასამართლომ ზუსტი კვოტის გამოთვლა უმნიშვნელოდ მიიჩნია, რადგან ზუსტი სტატისტიკური მნიშვნელობა არ არის გადამწყვეტი ინფორმაციის მიწოდების ვალდებულებისთვის, არამედ, უპირველეს ყოვლისა, გამომდინარეობს თუ არა აღნიშნული რისკი კონკრეტულად სამედიცინო ჩარევისგან და მისი რეალიზების შემთხვევაში ხდება თუ არა პაციენტის ყოფის არსებითად დამძიმება.¹³⁶

ამიტომ ვაქცინირებულმა პირმა უნდა იცოდეს, რომ ვაქცინაცია ნებაყოფლობითია რათა შეეძლოს განსჯა, სურს თუ არა მას ვაქცინაციასთან დაკავშირებული რისკების მიღება. ეს კი გულისხმობს ისეთი საფრთხეების შესახებ ინფორმაციის ქონას, როგორიცაა პოლიომიელიტის ვაქცინაციის შედეგად გამოწვეული დამბლა - რაც ძალზე იშვიათად ხდება, მაგრამ მნიშვნელოვან გავლენას ახდენს ადამიანის ცხოვრებისეულ ყოფაზე.

ის ფაქტი, რომ მთელი მოსახლეობის იმუნიზაცია რეკომენდებული ვაქცინით ხელს უშლის დაავადების ეპიდემიურ გავრცელებას, ამ საკითხთან მიმართებაში არაფერს ცვლის. ნებაყოფლობითი ვაქცინაციის შემთხვევაშიც კი, ინფორმაციის მიწოდების ვალდებულების ინტენსივობა დამოკიდებულია მხოლოდ უკვე დადგენილ ზოგად კრიტერიუმებზე, ე.ი. სამედიცინო რეკომენდაციის მასშტაბებზე (ვაქცინაციის სუბიექტის მიერ მოსალოდნელ ინდივიდუალურ სარგებელზე) და არა მთელი მოსახლეობის იმუნიზაციით საზოგადოებისთვის მიღებულ სარგებელზე.

თუმცა, გერმანიის ფედერალური სასამართლოს აზრით, პოლიომიელიტის ვაქცინაციასთან დაკავშირებით მიწოდებული ზოგადი ინფორმაცია „დამბლის“ რისკთან მიმართებით საკმარისი იყო. თუმცა ამ რისკებთან დაკავშირებული მიზეზებისა და კავშირების შესახებ ახსნა-განმარტებას გერმანიის უზენაესი სასამართლო არ მოითხოვს.¹³⁷ შესაბამისად, პაციენტისთვის გასაზიარებელი ინფორმაცია მოიცავს როგორც ცოცხალი ვირუსების შეყვანით გამოწვეულ საბავშვო დამბლის შესახებ ინფორმაციას (ე.წ. ვაქცინით გამოწვეული პოლიომიელიტი), ასევე გილენ-ბარეს სინდრომის შედეგად გამოწვეულ ფეხების დამბლას.

გერმანიის ფედერალურმა სასამართლომ ეს პოზიცია შემდგომ გადაწყვეტილებებშიც გაამყარა. ვინაიდან მთელი ცხოვრების მანძილზე დამბლით ავადმყოფობა ძლიერ ამძიმებს ადამიანის ცხოვრების ყოფას, ამიტომ ასეთი რისკის არსებობის შესახებ მაშინაც კი უნდა ეუწყოს პაციენტს, თუ ის ძალიან იშვიათად რეალიზდება. მეორე მხრივ, გერმანიის ფედერალური სასამართლო, როგორც წესი, არ მოითხოვს ექიმის მიერ რაიმე გამოხატულ მითითებას იმ ფაქტზე, რომ დამბლა შეიძლება იყოს შეუქცევადი.¹³⁸ უფრო მეტიც, ექიმს შეუძლია ზოგადად ჩათვალოს, რომ პაციენტმა ტერმინი „დამბლის“ მნიშვნელობა სწორედ გაიგო და ინფორმირებულია

¹³⁶ BGH, Urteil vom 15. Februar 2000 - VI ZR 48/99 - BGHZ 144, 1, juris Rn. 13; დამატებით ქვემოთ, II. 3. b), ფედერალური სასამართლოს გადაწყვეტილება 11. Oktober 2016 - VI ZR 462/15 - NJW-RR 2017, 533, juris Rn. 10.

¹³⁷ შდრ. BGH, Urteil vom 15. Februar 2000 - VI ZR 48/99 - BGHZ 144, 1, juris Rn. 19; unter II. 3. b).

¹³⁸ BGH, Urteil vom 29. September 1998 - VI ZR 268/97 - VersR 1999, 190, juris Rn. 9; BGH, Urteil vom 11. Oktober 2016 - VI ZR 462/15 - NJW-RR 2017, 533, juris Rn. 12.

იმის შესახებ, რომ დამბლის არა მხოლოდ დროებით სიმპტომების გამოვლინება ხდება, არამედ სამუდამო დამბლის საფრთხეც არსებობს. თუ პაციენტს სურს იცოდეს დეტალები დამბლის რისკის ტიპის, მასშტაბის და ხანგრძლივობის შესახებ, მან უნდა მოითხოვოს ისინი.¹³⁹

მეორე მხრივ, მხოლოდ მითითება შესაძლო „ნერვების დაზიანებაზე“ საკმარისი არ არის დამბლის შესაძლო რისკის რეალიზების შესახებ პაციენტის გასაფრთხილებლად ნერვული დაზიანების მრავალი გამოვლინების გამო (დროებითი ტკივილის შეგრძნება, დაბუჟება, ქრონიკული და უკონტროლო ტკივილი, ხანმოკლე დამბლა, მუდმივი დამბლა), რომელიც არ შემოიფარგლება დამბლის სიმპტომებით.¹⁴⁰ ამიტომ, მაგალითად, მუხლის ოპერაციის შემთხვევაში, მხოლოდ ზოგადი მითითებები ნერვის დაზიანების შესახებ საკმარისად ვერ ჩაითვლება, რომ პაციენტი მოსალოდნელი პერსონალური ნერვის დაზიანების რისკების შესახებ - რაც მუდმივი დამბლით და ფეხის პერსონალური დამბლით გამოიხატება - საკმარისად ინფორმირებულად ჩაითვალოს.¹⁴¹ ამიტომ, პაციენტს ყოველთვის უნდა ეცნობოს მოსალოდნელი დამბლის შესახებ, თუ ოპერაციის დროს ნერვის დაზიანების რისკები არსებობს.¹⁴²

კ) სხვა მაგალითები

OLG Koblenz, Urteil vom 17. März 2021 - 5 U 1651/19 - MedR 2022, 87, juris Rn. 65 ff.:

ოპერაციის ტიპისა და მოცულობის შესახებ სათანადო ინფორმაციის მისაწოდებლად, საკმარისი არ არის მხოლოდ ოპერაციის რეალური მიზნის შესახებ ინფორმაციის მიწოდება (აქ: თირკმელზედა ჯირკვლებიდან და დაზიანებული ლიმფური კვანძებიდან მეტასტაზების მო-

ცილება) თუ ოპერაცია, სავარაუდოდ, ერთ-ერთი მთავარი არტერიის მოცილებას და ლიგირებასაც მოიცავს. ოპერაციის მიზნის დაზუსტების გარდა, ასევე უნდა დაზუსტდეს, მოხდება თუ არა ოპერაციის ფარგლებში პაციენტის ორგანიზმის სხვა ნაწილის დაზიანება, რომელიც ოპერაციის ფაქტობრივი მოქმედების არეალში არ ხვდება.

ამიტომ პაციენტი არა მხოლოდ თირკმელზედა ჯირკვლის მეტასტაზებსა და დაზარალებული ლიმფური კვანძების მოშორების შესახებ უნდა იქნეს ინფორმირებული, არამედ იმის შესახებაც, რომ ამ პროცედურას - *Arteria mesenterica inferior* - როგორც მუცლის ერთ-ერთი დიდი არტერია, დიდი ალბათობით „შეენირება“. ასევე ყურადღება გასამახვილებელია შესაძლო შედეგებზე, რომ ქვედა მეზენტერული არტერიის მოცილებამ შეიძლება გამოიწვიოს ნაწლავის იშემია და ეს, თავის მხრივ, ნაწლავის ქსოვილის კვდომას გამოიწვევს. მაშინაც კი, თუ ეს რისკი, დიდი ალბათობით, არ რეალიზდება, მან შესაძლოა გავლენა მოახდინოს იმაზე, გადაწყვეტს თუ არა პაციენტი პროცედურას. ეს ასევე ეხებათ, იმ პაციენტთა კატეგორიასაც, რომელთათვისაც ოპერაცია მკურნალობის ბოლო დარჩენილ შანსს წარმოადგენს მაღალი სტადიის კიბოს სამკურნალოდ. განსაკუთრებით იმ პაციენტს, რომელსაც მკურნალობის გარეშე ხანმოკლე სიცოცხლე დარჩენია, შეიძლება მნიშვნელოვანი მიზეზები ჰქონდეს, რომ შეწყვიტოს მკურნალობა მოსალოდნელი მძიმე გართულებების გამო და **მომავლ ბედს მიაწოდოს**.¹⁴³

OLG Köln, Urteil vom 9. März 2016 - I-5 U 36/15 - VersR 2017, 621, juris Rn 14:

მხრის ოპერაციის შემთხვევაში პაციენტს უნდა ეცნობოს შესაძლო ოპერაციის მიმდინა-

¹³⁹ BGH, Urteil vom 7. Februar 1984 - VI ZR 174/82 - BGHZ 90, 103, juris Rn. 23; BGH, Urteil vom 11. Oktober 2016 - VI ZR 462/15 - NJW-RR 2017, 533 - juris Rn. 12.

¹⁴⁰ BGH; Urteil vom 14. März 2006 - VI ZR 279/04 - BGHZ 166, 336, juris Rn. 15 bei fremdnütziger Blutspende; BGH, Urteil vom 11. Oktober 2016 - VI ZR 462/15 - NJW-RR 2017, 533, juris Rn. 11.

¹⁴¹ OLG Dresden, Urteil vom 15. Juni 2021 - 4 U 1786/20 - juris Rn. 14; OLG Koblenz, Urteil vom 12.02.2009 - 5 U

927/06 - MedR 2010, 108, juris Rn. 20.

¹⁴² OLG Köln, Urteil vom 15. Juli 2015 - I-5 U 202/08 - VersR 2016, 191, juris Rn. 34 f.

¹⁴³ უმძიმესი ავადმყოფობის შემთხვევაში იხილეთ აგრეთვე BGH, Urteil vom 7. Februar 1984 - VI ZR 174/82 - BGHZ 90, 103, juris 21, მკურნალობაზე უარის თქმის შესახებ სიცოცხლისთვის განსაკუთრებით მძიმე მდგომარეობის გამო. პარაპლეგიის რისკი ხერხემლის დასხივების შემთხვევაში

რეოზის დროს ართროსკოპიულიდან ღია პროცედურაზე გადასვლის შესახებ (აქ: ზურგის ზედა მყესის შეკერვისას).

OLG Frankfurt, Urteil vom 29. November 2016 - 8 U 143/13 - juris Rn. 69:

პაციენტმა, რომელსაც გულის სარქველის ოპერაცია უნდა გაუკეთდეს, მხოლოდ ის უნდა იცოდეს, რომ ოპერაციის შედეგად გულის შეტევა შეიძლება განვითარდეს, რასაც შესაძლოა ლეტალური შედეგი მოჰყვეს. თუმცა, საჭიროებას არ წარმოადგენს იმ მიზეზების ჩამოთვლა, რამაც შეიძლება გამოიწვიოს გულის შეტევა. ამიტომ იმით არაფერი დაშავდება, თუ პაციენტი არ ეცოდინება, რომ ოპერაციის დროს სისხლძარღვები იმდენად შეიძლება დაზიანდეს, რომ ამან მისი შესაძლო სიკვდილი გამოიწვიოს.

OLG Koblenz, Beschluss vom 3. Juni 2011 - 5 U 1372/10 - juris Rn. 14:

ფარისებრი ჯირკვლის ოპერაციის რისკების ახსნისას საკმარისია პაციენტს მივუთითოთ, რომ ხმის იოგის ნერვების დაზიანების რისკი არსებობს. დაწვრილებით ინფორმაციის მიცემა იმის შესახებ, რომ ნერვი შეიძლება არ გამოჩნდეს გამოყენებული ნეირომონიტორინგის მონაცემებით და რომ არსებობს დაზიანების რისკი ცუდი ხილვადობის გამო, არ წარმოადგენს აუცილებლობას.

5. ინფორმაციის მიწოდების სახე და წესი

2013 წლიდან, გერმანიაში ინფორმაციის მიწოდების წესი რეგულირდება შემდეგნაირად გერმანიის სამოქალაქო კოდექსის § 630e, 2 აბზაცით:

„ინფორმირება უნდა

1. განხორციელდეს ზეპირად მკურნალი პირის ან პირის მიერ, რომელიც სათანადოდ მომზადებულია ღონისძიების განსახორციელებლად; გარდა ამისა, ასევე შეიძლება მიეთითოს დოკუმენტები, რომლებიც პაციენტს დამატებით გადაეცა ბეჭდური სახით,

2. ჩატარდეს დროის მოზომვით, რათა პაციენტმა მიიღოს კარგად გააზრებული გადაწყვეტილება თანხმობის შესახებ,

3. იყოს გასაგები პაციენტისთვის.

პაციენტს უნდა მიეცეს იმ დოკუმენტების ასლები, რომლებსაც ხელი მოაწერა ინფორმირებასთან ან თანხმობასთან დაკავშირებით.“

ამ საკანონმდებლო რეგულაციამ მეტწილად დაარეგულირა პრეცედენტული სამართალში ადრე შემუშავებული პრინციპები, ასე რომ გერმანიის სამოქალაქო კოდექსის § 630e ძალაში შესვლამდე მიღებული გადაწყვეტილებები შეიძლება კვლავ იქნას გამოყენებული ინტერპრეტაციისთვის.

ა) ინფორმაციის მიწოდების დრო

გერმანიის სამოქალაქო კოდექსის § 630e, 2 აბზაცის, No. 2 პუნქტის მიხედვით, კარგად გააზრებული გადაწყვეტილება შეიძლება მიიღოს მხოლოდ მან, ვისაც აქვს საკმარისი დრო ფიქრისთვის. ამიტომ ისეთი ჩარევის შემთხვევაში, რომელთა უმეტესი ნაწილი არ არის „უვნებელი“, ვერ ჩაითვლება თანხმობა ნამდვილად, თუ პაციენტი თანხმობას მაშინვე, უშუალოდ ინფორმაციის მიწოდების შემდეგ გასცემს. პაციენტი, როგორც წესი, ექცევა დიდი ინფორმაციის შთაბეჭდილების ქვეშ, რომელიც მისთვის უცნობია და ძნელად გასაგებია, განსაკუთრებით სერიოზული და მისთვის მოულოდნელი რისკების შემთხვევაში. გასაკვირი არც არის, თუ პაციენტი თავს რთულ სიტუაციაში იგრძნობს.¹⁴⁴

აა) სტაციონარული და ქირურგიული ჩარევები

1) ქირურგიული ჩარევების შემთხვევაში, რომლებიც არ არიან გადაუდებელი სახის, სტაციონარში მოთავსებულ პაციენტებს ოპერაციამდე ერთი დღით ადრე მაინც უნდა მიეწოდოთ ინფორმაცია.¹⁴⁵

¹⁴⁴ იხ. OLG Bremen, Urteil vom 25. November 2021 - 5 U 63/20 - MedR 2022, 493, juris Rn. 50; besprochen bei *პაგენლოზი*, მნიშვნელოვანი ტენდენციები გერმანიის სასამართლო პრაქტიკაში სამედიცინო სამართლის მიმართულებით 2021 წელს, სამედიცინო სამართლისა

და მენეჯმენტის ჟურნალი 2/2023, 1, IV. 3. Rn.3; OLG Köln, Urteil vom 16. Januar 2019 - I-5 U 29/17 - MedR 2020, 483, juris Rn. 20.

¹⁴⁵ BGH, Urteil vom 25. März 2003 - VI ZR 131/02 - MedR 2003, 576, juris Rn. 18; OLG Köln, Urteil vom 16. Januar

თუმცა, შეიძლება არსებობდეს სიტუაციები, როდესაც დაგეგმილი ოპერაციის წინა დღით მიწოდებული ინფორმაცია კი დაგვიანებულია, რათა პაციენტმა შეძლოს ოპერაციის დადებითი და უარყოფითი მხარეების შედარება. ეს განსაკუთრებით ეხება იმ შემთხვევებს, თუ ქირურგიული ჩარევა დაკავშირებულია რისკებთან, რომლებიც სერიოზულ გავლენას ახდენს პაციენტის ცხოვრების წესზე. მაგალითად, გერმანიის ფედერალურმა სასამართლომ ოპერაციის წინა საღამოს მიწოდებული ინფორმაცია იმის შესახებ, რომ პაციენტი შესაძლოა ოპერაციის შედეგად დაბრმავებულიყო, დაგვიანებულად ჩათვალია.¹⁴⁶ მეორე გადაწყვეტილებით, პაციენტისთვის ოპერაციის შესახებ ინფორმაციის მიწოდება, როდესაც მომდევნო დღით ადრე დაგეგმილია გულის ოპერაცია, სადაც მიტრალური სარქელის მინიმალური ინვაზია უნდა განხორციელებულიყო, სასამართლომ ასევე მიიჩნია დაგვიანებულად.¹⁴⁷ რაც უფრო მაღალ რისკებთან არის დაკავშირებული ოპერაცია, მით უფრო მეტი დრო უნდა მიეცეს პაციენტს ამის გონებაში „გადასახარშად.“ (შდრ. II. 4. ბ) აა) (2)).

რისკების სიმძიმისგან დამოუკიდებლად, ინფორმაციის მიწოდება დაგვიანებულად ითვლება, თუ პაციენტი უკვე ოპერაციისთვის ემზადება ან თუნდაც მედიკამენტების ზემოქმედების ქვეშ იმყოფება ან უკვე საოპერაციო მაგიდაზე წევს.¹⁴⁸ ასევე გასათვალისწინებელია, რომ პაციენტი შესაძლოა იმყოფებოდეს მძიმე ფსიქოლოგიურ და ფიზიკურ სტრესში უშუალოდ ოპერაციის დაწყებამდე და, შესაბამისად, შესაძლოა ვეღარ გააანალიზოს შემდგომი სამედიცინო პროცედურის დადებითი და უარყოფითი

მხარეები საპასუხისმგებლო გადაწყვეტილების მისაღებად.¹⁴⁹

თუ ოპერაცია **გეგმიურად მზადდება**, პაციენტისთვის ინფორმაციის მიწოდება **კონსულტაციის ფარგლებში** უნდა მოხდეს, რა დროსაც ოპერაციის გაკეთებაზე გადაწყვეტილების მიღება და პირველი ნაბიჯების გადადგმა ხდება ოპერაციის თარიღის კოორდინაციისთვის.¹⁵⁰ თუ ინფორმაცია მხოლოდ კონსულტაციის შემდგომ გაიცემა, მისი ნამდვილობა დამოკიდებულია იმაზე, ჰქონდა თუ არა პაციენტს მოცემულ გარემოებებში საკმარისი შესაძლებლობა, მიეღო თავისუფალი გადაწყვეტილება.¹⁵¹ თუმცა, გასათვალისწინებელია, რომ ზოგიერთ პაციენტს ოპერაციის თარიღის დანიშვნის შემდგომ ფსიქიკური წინაღობა უყალიბდებათ, რაც ურთულეს მათ ოპერაციაზე თანხმობის გაუქმების ნების გამოხატვას, მაგალითად, თუ მათი ინფორმირება მხოლოდ ოპერაციის წინა დღეს მოხდა.¹⁵²

გადაუდებელი სამედიცინო ჩარევების შემთხვევაში, რომელიც დაუყოვნებლივ არ ტარდება, პაციენტს უნდა ჰქონდეს მიცემული რამდენიმე საათი მაინც ინფორმაციის მიღებასა და მკურნალობის დაწყებას შორის პერიოდში, ყოველ შემთხვევაში მაშინ, თუ რისკები უმნიშვნელო არ არის. კერძოდ, პაციენტის უფლება თვითგამორკვევის შესახებ ისე არ უნდა შეიზღუდოს, რომ მას არ ჰქონდეს დამატებითი ინფორმაციის მოძიების და გაანალიზების საშუალება.¹⁵³ ოპერაციების შემთხვევაში, რომელთა გადადება სამედიცინო თვალსაზრისით შეუძლებელია (სასწრაფო ოპერაციები), ასეთი დროის გამოყოფის აუცილებლობა დღის წესრიგში არ

2019 - I-5 U 29/17 - MedR 2020, 483, juris Rn. 20; OLG Dresden, Urteil vom 21. August 2020 - 4 U 1349/18 - juris Rn. 26.

¹⁴⁶ BGH, Urteil vom 17. März 1998 - VI ZR 74/97 - NJW 1998, 2734, juris Rn. 9.

¹⁴⁷ OLG Köln, Beschluss vom 11. Juli 2011 - I-5 U 184/10 - VersR 2012, 863, juris Rn. 6.

¹⁴⁸ BGH, Urteil vom 7. April 1992 - VI ZR 192/91 - MedR 1992, 277, juris Rn. 15; OLG Karlsruhe, Urteil vom 19. November 2014 - 7 U 51/14 - juris Rn. 21; Staudinger/Gutmann (2021) BGB § 630e Rn. 131.

¹⁴⁹ BGH, Urteil vom 16. Februar 1993 - VI ZR 300/91 - MedR 1993, 388, juris Rn. 20.

¹⁵⁰ BGH, Urteil vom 25. März 2003 - VI ZR 131/02 - MedR 2003, 576, juris Rn. 18

¹⁵¹ BGH, Urteil vom 25. März 2003 - VI ZR 131/02 - MedR 2003, 576, juris Rn. 18; BGH, Urteil vom 7. April 1992 - VI ZR 192/91 - MedR 1992, 277, juris Rn. 15; BGH, Urteil vom 14. Juni 1994 - VI ZR 178/93 - MedR 1995, 20, juris Rn. 18 ff.

¹⁵² BGH, Urteil vom 7. April 1992 - VI ZR 192/91 - MedR 1992, 277, juris Rn. 15

¹⁵³ OLG Köln, Urteil vom 16. Januar 2019 - I-5 U 29/17 - MedR 2020, 483, juris Rn. 20

დგება. მაგრამ მაშინაც კი უნდა მოხდეს ყველა ღონისძიების გატარება იმის უზრუნველსაყოფად, რომ პაციენტს ჰქონდეს იმდენი დრო გადაწყვეტილების მისაღებად, რამდენის საშუალებასაც სამედიცინო თვალსაზრისით ინდივიდუალური შემთხვევა იძლევა.¹⁵⁴

(2) კარგად გააზრებული გადაწყვეტილების მისაღებად საჭიროა გონივრულ დროის მონაკვეთის გამოყოფა - არა მხოლოდ ინფორმაციის მიწოდებასა და მკურნალობის დაწყებას შორის პერიოდში, არამედ ინდივიდუალური შემთხვევის გარემოებებიდან გამომდინარე - **ინფორმაციის მიწოდებასა და თანხმობის გაცემას შორის დროის მონაკვეთში**. ეს განსაკუთრებით ეხება იმ შემთხვევას, თუ არსებობს მნიშვნელოვანი რისკები, რომლებსაც პაციენტი არ მოელოდა და რომელთა შესახებაც დაგეგმილი ჩარევის ფარგლებში მისი ინფორმირების შემდეგ გაიგო.

თუმცა, ვერ უარყოფთ იმას, რომ ასეთ შემთხვევაში კლინიკაში მიმდინარე პროცესები გადაიტვირთება. თუმცა, პაციენტის თვითგამორკვევის უფლებისთვის მინიჭებული მაღალი პრიორიტეტის გათვალისწინებით, ამ სირთულეების გამო ინფორმაციული პროცედურის საჭიროება ვერ იქნება ყურადღების გარეშე დატოვებული, არსებითი რისკის შემცველი ოპერაციების შემთხვევაში მაინც (დროული ინფორმაციის მიწოდება - შესაბამისი დრო დაფიქრებისთვის - თანხმობისთვის წინასწარ გამოყოფილი პროპორციული დრო პროცედურის დაწყებამდე). ეს არის ერთადერთი გზა, პაციენტისთვის ფსიქოლოგიური წნეხის ასარიდებლად იმაზე მეტად, ვიდრე ეს გარდაუვალია, თანხმობის მიცემის დროს, რომ ამის გამო დაგეგმილი ოპერაციის გაუქმება არ მოხდეს. კლინიკაში ოპერაციის ორგანიზების დიდი პრაქტიკული მნიშვნელობიდან გამომდინარე, კიოლნის მხარის უმაღ-

ლესი სასამართლოს დაფიქსირებული მოსაზრება უფრო ფართოდ უნდა იყოს წარმოდგენილი.¹⁵⁵

უპირველეს ყოვლისა, კიოლნის მხარის უმაღლესმა სასამართლომ დაადგინა, რომ ნაადრევად მოთხოვნილი თანხმობა (პაციენტის ინფორმირებისთანავე) ვერ ჩაითვლება ნამდვილად, მაშინაც კი თუ მას თანხმობის მიცემიდან ოპერაციის დაწყებამდე საკმარისი დრო ჰქონდა და გეგმილი მკურნალობის დადებითი და უარყოფითი მხარეების გულდასმით ასანონად და ამ პერიოდში „თანხმობა უკან არ წაიღო“.¹⁵⁶ უფრო მეტიც, ასეთი ნაადრევად მიცემული თანხმობის ნამდვილობა დამოკიდებულია იმაზე, რომ პაციენტს საშუალება მიეცეს დარჩენილი დრო მიღებული ინფორმაციის დასამუშავებლად გამოიყენოს და თავად აწონ-დაწონოს ჩარევის დადებითი და უარყოფითი მხარეები, ხოლო საჭიროების შემთხვევაში საპირისპირო გადაწყვეტილება მიიღოს.

ამიტომ, პაციენტისთვის მიცემული მოსაფიქრებელი დროის გასვლის შემდეგ, ექიმი, რომელიც უშუალოდ ოპერაციის ჩატარებას აპირებს, უნდა თავად დარწმუნდეს, რომ ნაადრევად მოთხოვნილი თანხმობა კვლავ შეესაბამება პაციენტის თავისუფალ ნებას. ნამდვილი თანხმობის მიცემის შემდეგ უნდა მოველოდეთ, რომ პაციენტი თავად მიიღებს ზომებს, თუ მას თანხმობის გაუქმება სურს. მაგრამ საქმე სხვაგვარად ჩაითვლება, თუ თანხმობა ნაადრევად იქნა მოთხოვნილი. მაშინ თანხმობა ბათილია, რაზეც პასუხისმგებლობას მკურნალი იღებს; რადგან მისთვის შესაძლებელი იყო პაციენტისთვის მიეცა საკმარისი მოსაფიქრებელი დრო და ამ დროის გასვლის შემდეგ მოეთხოვა თანხმობის გამოცხადება.¹⁵⁷

მეორე მხრივ, უნდა აღინიშნოს, რომ პაციენტის თანხმობის მოთხოვნა, როგორც წესი, მხოლოდ მაშინ არის დაშვებული, თუ პაციენტს გა-

¹⁵⁴ შდრ. BGH, Urteil vom 7. April 1992 - VI ZR 192/91 - MedR 1992, 277, juris Rn. 16

¹⁵⁵ OLG Köln, Urteil vom 16. Januar 2019 - I-5 U 29/17 - MedR 2020, 483

¹⁵⁶ OLG Köln, Urteil vom 16. Januar 2019 - I-5 U 29/17 - MedR 2020, 483, juris Rn. 21; Staudinger/Gutmann (2021) BGB § 630e Rn. 131.

¹⁵⁷ მთლიანობაში: OLG Köln, Urteil vom 16. Januar 2019 - I-5 U 29/17 - MedR 2020, 483, juris Rn. 21; Staudinger/Gutmann (2021) BGB § 630e Rn. 131

დანევრეტილების მისაღებად სამედიცინო ღონისძიების ყველა დადებითი და უარყოფითი მხარის შესახებ ინფორმაცია მიწოდებული აქვს.¹⁵⁸ აქედან გამომდინარე, შესაბამისი ინფორმაციის მიწოდება მხოლოდ ანალიზების სრულყოფილად შეგროვების შემდეგ არის შესაძლებელი. თუ პაციენტმა უკვე გასცა თანხმობა წინასწარ ან თუ ოპერაციის თარიღი ჩანიშნულია უახლოეს მომავალში, ამან შეიძლება წარმოშვას ფსიქოლოგიური ბარიერები პაციენტში, რაც ხელს შეუშლის მას ამ პერიოდის შუალედში გამოამკარავებული დიაგნოზის გამო თანხმობის გაუქმებაში, რომელიც მანამდე ცნობილი არ იყო.¹⁵⁹ თუ თანხმობა ზემოთ ჩამოთვლილ მიზეზთა გამო არ არის ნამდვილი, მარტოოდენ მის მიერ კლინიკაში გამოცხადება და ოპერაციის ჩატარება კონკლუდენტური ფორმით გამოხატულ თანხმობად ვერ ჩაითვლება.¹⁶⁰

ბბ) ამბულატორიული და დიაგნოსტიკური ჩარევები

„ნორმალური“ ამბულატორიული და დიაგნოსტიკური ჩარევების შემთხვევაში, რომლებიც არ არის დაკავშირებული რაიმე დიდ რისკთან, პაციენტისთვის ინფორმაციის მიწოდება ჩარევის დღეს ზოგადად საკმარისად ითვლება.¹⁶¹ თუმცა, ეს არ ცვლის იმ გარემოებას, რომ პაციენტს უნდა მიეცეს შესაძლებლობა საპასუხისმგებლო გადაწყვეტილების მისაღებად, გადანევიტოს, სურს თუ არა პროცედურის ჩატარება. ეს ასე ვერ ჩაითვლება, თუ კონკრეტული გარე-

მოებების გამო, პაციენტს ექმნება შთაბეჭდილება, რომ უკვე დაწყებული პროცედურისგან თავის დაღწევას ვეღარ შეძლებს.¹⁶²

თუმცა, ამ მხრივ ყოველთვის გადამწყვეტია ინდივიდუალური საქმის გარემოებები. ამიტომ, გერმანიის ფედერალური სასამართლო ხაზს უსვამს, რომ უფრო დიდი ამბულატორიული ოპერაციების შემთხვევაში, რომელსაც მნიშვნელოვანი რისკი შეიძლება ახლდეს, პაციენტისთვის ოპერაციის დღეს ინფორმაციის მიწოდება ვეღარ ჩაითვლება დროულად მიწოდებულად. მით უმეტეს, რომ მსგავს ამბულატორიულ ოპერაციებს, როგორც წესი, წინ უძღვის გამოკვლევები, რომელთა დახმარებითაც შესაძლებელია ადრეულ ეტაპზე პაციენტისთვის საჭირო ინფორმაციის მიწოდება.¹⁶³

ბ) ინფორმაციული საუბრები/წერილობითი დოკუმენტები

სამოქალაქო კოდექსის §630e 2 აბზაცის 1 პუნქტი ადგენს, რომ ინფორმაცია უნდა იყოს მიწოდებული ზეპირად; თავად მკურნალი პირის მიერ ან პირის მიერ, რომელსაც აქვს საჭირო მომზადება ღონისძიების განსახორციელებლად.

ა) ნდობაზე დამყარებული საუბარი

ეს საკანონმდებლო რეგულაცია ეყრდნობა სასამართლო პრაქტიკით უკვე შემუშავებულ პრინციპებს, რომლის მიხედვითაც, ექიმის მიერ პაციენტისთვის ინფორმაციის მიწოდება ურთიერთნდობას უნდა ემყარებოდეს¹⁶⁴ და საქმიანი

¹⁵⁸ Staudinger/Gutmann (2021) BGB § 630e Rn. 132 შემდგომი მითითებით.

¹⁵⁹ Staudinger/Gutmann (2021) BGB § 630e Rn. 132; BGH, Urteil vom 7. April 1992 - VI ZR 192/91 - MedR 1992, 277, juris Rn. 15

¹⁶⁰ OLG Bremen, Urteil vom 25. November 2021 - 5 U 63/20 - MedR 2022, 493, juris Rn. 52; ჰაგენლოხი, მნიშვნელოვანი ტენდენციები გერმანიის სასამართლო პრაქტიკაში სამედიცინო სამართლის მიმართულებით 2021 წელს, სამედიცინო სამართლისა და მენეჯმენტის ჟურნალი 2/2023, 1, IV. 3.

¹⁶¹ ამბულატორიული პროცედურებისთვის: BGH, Urteil vom 14. Juni 1994 - VI ZR 178/93 - MedR 1995, 20, juris Rn. 18 ff.; BGH, Urteil vom 15. Februar 2000 - VI ZR 48/99

- BGHZ 144, 1, juris Rn. 34 ვაქცინაციისთვის; დიაგნოსტიკური ჩარევისთვის: BGH, Urteil vom 4. April 1995 - VI ZR 95/94 - VersR 1995, 1055, juris Rn. 19.

¹⁶² BGH, Urteil vom 15. Februar 2000 - VI ZR 48/99 - BGHZ 144, 1, juris Rn. 34; BGH, Urteil vom 4. April 1995 - VI ZR 95/94 - VersR 1995, 1055 - juris Rn. 19; BGH, Urteil vom 25. März 2003 - VI ZR 131/02 - MedR 2003, 576, juris Rn. 18.

¹⁶³ BGH, Urteil vom 14. Juni 1994 - VI ZR 178/93 - MedR 1995, 20, juris Rn. 20.

¹⁶⁴ BGH, Urteil vom 15. Juni 2010 - VI ZR 204/09 - MedR 2010, 857 - juris Rn. 19; BGH, Urteil vom 25. März 2003 - VI ZR 131/02 - MedR 2003, 576, juris Rn. 16; BGH, Urteil vom 15. Februar 2000 - VI ZR 48/99 - BGHZ 144, 1, juris

საუბრის ფარგლებში უნდა მოხდეს.¹⁶⁵ გარდა ამისა, პაციენტს შეიძლება მიეცეს მხოლოდ პირადი გასაუბრებისას კონსულტაციის შესაძლებლობა;¹⁶⁶ და ეს არის ერთადერთი გზა, მკურნალი ექიმი დარწმუნდეს იმაში, რომ პაციენტისთვის გაზიარებული ინფორმაცია გასაგები იყო. ამიტომ მხოლოდ საინფორმაციო ფურცლის გადაცემა და პაციენტის ხელმოწერა (იხ. II. 5. გ.გ.) საკმარისი არ არის და ვერ ჩაანაცვლებს ექიმსა და პაციენტს შორის პირად საუბრად.¹⁶⁷

რუტინული მკურნალობის დროს, განსაკუთრებით **ვაქცინაციის** შემთხვევაში, ინფორმაციის მიწოდების ვალდებულება გამონაკლისის სახით შეიძლება პაციენტისთვის ენობრივად და შინაარსობრივად აღქმადი საინფორმაციო ფურცლის დროულად გადაცემითაც შესრულდეს, რომლის გაცნობის შესაძლებლობაც მას „მშვიდ გარემოში“ ექნება. თუ თერაპევტი რუტინული მკურნალობისას, კერძოდ, ვაქცინაციის ჩატარებამდე დარწმუნდება, რომ პაციენტი სათანადოდ არის ინფორმირებული და თუ ის მას დამატებით ინფორმაციასაც შესთავაზებს (დამატებითი კითხვების დასმის შემთხვევაში), ეს შეიძლება ჩაითვალოს „ინფორმაციის მიწოდების ვალდებულების“ შესრულებად.¹⁶⁸ თუ პაციენტს ასეთ შემთხვევაში მოსაფიქრებლად დრო სჭირდება, მოსალოდნელია, რომ იგი მიმართავს ექიმს და უარს იტყვის დაუყოვნებლივ მკურნალობაზე, განსაკუთრებით, დაუყოვნებლივი ვაქცინაციისგან თავს შეიკავებს.¹⁶⁹

მარტივ შემთხვევებში ექიმს ასევე შეუძლია **სატელეფონო საუბრისას** აცნობოს პაციენტს მკურნალობის რისკების შესახებ. თუმცა, ამისთვის პაციენტის თანხმობაა საჭირო, რომ მისი

ინფორმირება ტელეფონის მეშვეობით განხორციელდეს, რაც მისთვის აღქმადი უნდა იყოს.¹⁷⁰ თუმცა პაციენტის უფლებაა პირადად მოითხოვოს მკურნალ ექიმთან გასაუბრება. მეორე მხრივ, თუ საქმე ეხება საკმაოდ რთულ ოპერაციას არსებითი რისკებით, სატელეფონო გასაუბრება, როგორც წესი, არასაკმარისად ჩაითვლება პაციენტისთვის ინფორმაციის მისაწოდებლად.¹⁷¹

დისტანციური მკურნალობის შემთხვევაში ვიდეო კონფერენციების ან კომუნიკაციის სხვა საშუალებებით, პაციენტისთვის ინფორმაციის მიწოდება ზოგადად შესაძლებელია.¹⁷² ამ საკითხთან დაკავშირებით სასამართლოს ჯერ არ უმსჯელია. თუმცა, მოქმედების პრინციპი ასეთი უნდა იყოს: იმ შემთხვევაში, თუ დისტანციურად ხდება დიაგნოსტიკა და მკურნალობა, ამ გზითვე უნდა მოხდეს პაციენტისთვის ინფორმაციის მიწოდება.

ბბ) სათანადოდ მომზადებული პირი

პაციენტისთვის ინფორმაციის მიწოდება აუცილებელი არ არის მაინცდამაინც ექიმის მიერ მოხდეს, ასევე დაშვებულია, თუ პაციენტის ინფორმირება სათანადოდ მომზადებული პირის მიერაც მოხდება, რომელიც შემდგომ მკურნალობასაც ჩაატარებს.

(1) ინფორმაციის გაზიარება მოითხოვს, ერთი მხრივ, ინფორმაციის მიმწოდებელ პირს ჰქონდეს მკურნალობისთვის საჭირო **სპეციალური ცოდნა**, ანუ სამედიცინო განათლება შესაბამისი სამედიცინო მიმართულებით.¹⁷³ მეო-

Rn. 38; BGH, Urteil vom 8. Januar 1985 - VI ZR 15/83 - NJW 1985, 1399, juris Rn. 13; Staudinger/Gutmann (2021) BGB § 630e Rn. 105.

¹⁶⁵ BGH, Urteil vom 15. Februar 2000 - VI ZR 48/99 - BGHZ 144, 1, juris Rn. 38; BGH, Urteil vom 25. März 2003 - VI ZR 131/02 - MedR 2003, 576, juris Rn. 16; BGH, Urteil vom 8. Januar 1985 - VI ZR 15/83 - NJW 1985, 1399, juris Rn. 13.

¹⁶⁶ Staudinger/Gutmann (2021) BGB § 630e Rn. 105.

¹⁶⁷ BGH, Urteil vom 8. Januar 1985 - VI ZR 15/83 - NJW 1985, 1399; ზოგადი მოსაზრება.

¹⁶⁸ BGH, Urteil vom 15. Februar 2000 - VI ZR 48/99 - BGHZ 144, 1, juris Rn. 37 ff.; Staudinger/J Hager (2021) BGB § 823 Rn. I 80.

¹⁶⁹ BGH, Urteil vom 15. Februar 2000 - VI ZR 48/99 - BGHZ 144, 1, juris Rn. 3.

¹⁷⁰ BGH, Urteil vom 15. Juni 2010 - VI ZR 204/09 - MedR 2010, 857, juris Rn. 20

¹⁷¹ BGH, Urteil vom 15. Juni 2010 - VI ZR 204/09 - MedR 2010, 857, juris Rn. 20

¹⁷² მეტი ამის შესახებ: Staudinger/Gutmann (2021) BGB § 630e Rn. 106; აგრეთვე ფედერალური მთავრობის კანონპროექტი დიგიტალიზაციისა და ინოვაციების მეშვეობით უკეთესი მოპყრობის შესახებ შესახებ (Digital Care Act - DVG), BT-Drucks. 19/13438 vom 23.09.2019, S. 70

¹⁷³ Staudinger/Gutmann (2021) BGB § 630e Rn. 151; Staudinger/J Hager (2021) BGB § 823 Rn. I 80

რე მხრივ, აუცილებელია, რომ მიღებული ცოდნა განათლების ფარგლებში იყოს შეძენილი, ანუ **თეორიული კვალიფიკაცია** ჰქონდეს პირს.¹⁷⁴ ამიტომ, ხანგრძლივი პერიოდის მანძილზე პრაქტიკული გამოცდილებით მიღებული ცოდნა, რომელსაც დროთა განმავლობაში მედპერსონალი ეუფლება, საკმარისი არ არის.

გადამწყვეტი კრიტერიუმია, შესაძლებელია თუ არა კონკრეტული მკურნალობის სპეციალური ცოდნით აღჭურვილი პირისთვის დელეგირება. არ არის აუცილებელი შესაბამისი ეროვნული კანონმდებლობით განსაზღვრული პროფესიული საქმიანობისთვის დამატებითი მოთხოვნების დაკმაყოფილება, როგორცაა შესაბამისი ლიცენზია ან აპრობაცია.¹⁷⁵ ამ საფუძველით, შესაძლებელია პაციენტისთვის ინფორმაციის მიწოდება მედიცინის სტუდენტს დაევალოს, რომელიც ამ ეტაპზე პრაქტიკას გადის, თუ მისი კვალიფიკაცია სათანადო დონეზეა და მისი მოქმედება მკურნალი ექიმის ხელმძღვანელობით, მეთვალყურეობით და პასუხისმგებლობით ხორციელდება.¹⁷⁶ ასევე დასაშვებია უნდა იყოს, ინტრავენური ინექციის შემთხვევაში, სადიაგნოსტიკო ღონისძიებებისთვის მომზადება, გარკვევა და შესრულება გამოცდილ და პროფესიონალურად განვრთნილ სამედიცინო-ტექნიკურ ასისტენტს დაევალოს რადიოლოგიაში.¹⁷⁷

(2) თუ მკურნალი ექიმი, პაციენტისთვის ინფორმაციის მიწოდების ვალდებულების **დელეგირებას** ახდენს მესამე პირზე, მას წარმოეშობა მეთვალყურეობის ვალდებულება, რომ ვალდებულების შესრულება ზედმინევით განხორციელდეს.¹⁷⁸

(2.1) მკურნალი ექიმის პირადი პასუხისმგებლობის მიუხედავად, არსებობს დეცენტრალიზირებულ სამედიცინო დაწესებულებაში, განსაკუთრებით კი საავადმყოფოში, ორგანიზების და კონტროლის ვალდებულება ხელმძღვანელობის დონეზე. მან უნდა ორგანიზება გაუკეთოს და დააკვირდეს მკურნალობის მთელ პროცესს შრომის დანაწილებისა და პერსონალის აქტივობების საფუძველზე, შესაბამისი ორგანიზაციული სიფრთხილის ზომების გამოყენებით ისე, რომ პაციენტები არ დაზარალდნენ შრომის შიდა დანაწილებით.¹⁷⁹

ეს ეხება როგორც მკურნალობის კურსს, ასევე, ინფორმაციის მიწოდების ვალდებულებას. ამიტომ, მთავარმა ექიმმა, როგორც უფლებამოსილმა პირმა, უნდა გასცეს საკმარისი ორგანიზაციული ინსტრუქციები და აკონტროლოს მათი შესრულება, ხოლო სამართლებრივი დავის შემთხვევაში შესწევდეს იმის უნარი, რომ განმარტოს და დაამტკიცოს (მაგ., შესაბამისი დოკუმენტაციის საშუალებით).¹⁸⁰ შრომის ჰორიზონტალური დანაწილების შემთხვევაში ინფორმაციის მიწოდების ვალდებულებასთან დაკავშირებით მითითებას გავაკეთებთ II 7. დდ) პუნქტში.

(2.2) მკურნალი ექიმი პერსონალური პასუხისმგებლობისგან არ თავისუფლდება კლინიკის ხელმძღვანელობის ამ ორგანიზაციული და საკონტროლო მოვალეობებით აღჭურვის შემთხვევაში. პირიქით, ორივე სახის მოვალეობა ერთმანეთის გვერდიგვერდ მოქმედებს.

ყველაზე მეტი, ცალკეულ შემთხვევებში, შესაძლოა მკურნალი ექიმის პასუხისმგებლობა ბრალის არარსებობის გამო გამოირიცხოს, თუ მას საფუძველი ჰქონდა იმის საფიქრელად, რომ პაციენტი მესამე პირის მიერ სათანადოდ იყო

¹⁷⁴ Staudinger/Gutmann (2021) BGB § 630e Rn. 152

¹⁷⁵ Staudinger/Gutmann (2021) BGB § 630e Rn. 156

¹⁷⁶ OLG Karlsruhe, Urteil vom 29. Januar 2014 - 7 U 163/12 - MedR 2017, 244, juris Rn. 10 ff.

¹⁷⁷ შდრ. OLG Dresden, Urteil vom 24. Juli 2008 - 4 U 1857/07 - MedR 2009, 410, juris 14

¹⁷⁸ K. Schmidt in: Herberger / Martinek / Rüßmann / Weth/Würdinger, jurisPK-BGB, 9. Aufl., § 630e BGB (01.02.2020) Rn. 37; Staudinger/Gutmann (2021) BGB § 630e Rn. 160; Staudinger/J Hager (2021) BGB § 823 Rn. 180; შდრ. შრომის ჰორიზონტალური და ვერტიკალური

გაყოფისათვის ასევე ქვემოთ II. 7. დ)

¹⁷⁹ BGH, Urteil vom 12. Januar 2021 - VI ZR 60/20 - MedR 2021, 820, juris Rn. 17 ff., *ჰაგენლოხი*, მნიშვნელოვანი ტენდენციები გერმანიის სასამართლო პრაქტიკაში სამედიცინო სამართლის მიმართულებით 2021 წელს, სამედიცინო სამართლისა და მეწივემენტის ჟურნალი 2/2023, 1, II. 6; BGH, Urteil vom 18. Juni 1985 - VI ZR 234/83 - BGHZ 95, 63, juris Rn. 18 ff.; Staudinger/Gutmann (2021) BGB § 630e Rn. 161.

¹⁸⁰ შდრ. Staudinger/Gutmann (2021) BGB § 630e Rn. 161

ინფორმირებული.¹⁸¹ თუმცა, ამ შემთხვევაში არსებული საკონტროლო ვალდებულებების გავალისწინებით, მკაცრი მოთხოვნები უნდა დაისვას.¹⁸² გარდა ამისა, თუ ექიმის ბრალეულობა გამოირიცხება გერმანიაში, ეს გავლენას ახდენს მხოლოდ მის დელიქტურ პასუხისმგებლობაზე, ხოლო არა სახელშეკრულებო პასუხისმგებლობაზე. თუ ექიმი თავად არის ხელშეკრულების მხარე, ამ შემთხვევაში მკურნალ ექიმს მესამე პირის არასწორი ქცევა, როგორც მის დაქვემდებარებულს, გერმანიის სამოქალაქო კოდექსის § 278 მუხლის მიხედვით თავად შეერაცხება პასუხისმგებლობა.

გგ) წერილობითი დოკუმენტები (საინფორმაციო ფურცელი)

პაციენტთან, მკურნალობის რისკებზე გასაუბრების გარდა, ასევე, შესაძლებელია მისთვის წერილობითი დოკუმენტების (საინფორმაციო ფურცლის) გადაცემაც, რაც განსაკუთრებით რეკომენდირებულია ქირურგიული ჩარევის შემთხვევაში.¹⁸³ თუ ასეთი საინფორმაციო ფურცლების შინაარსი მორგებულია კონკრეტულ სამედიცინო აღმოჩენაზე და ღონისძიებაზე, ისინი საშუალებას აძლევს პაციენტს, უკეთ გაიაზროს გასაუბრების ფარგლებში მიღებული ინფორმაცია ხელახლა წაკითხვით (ინფორმაციის მიღება სტრესული სიტუაციის გარეშე) და მშვიდად განსაზღვროს დაგეგმილი ოპერაციის დადებითი და უარყოფითი მხარეები. ეს აძლიერებს პაციენტის თვითგამორკვევის უფლებას. ამავდროულად, მათ შეუძლიათ უზრუნველყონ მკურნალობის წარმატება თერაპიული ინფორმაციის მიწოდების საშუალებით.

მეორე მხრივ, ასეთი საინფორმაციო ფურცლები საშუალებას აძლევს ინფორმაციის მიმწოდებელ პირს, გარკვეული საკითხების დეტალურად ჩასაღრმავებლად დამატებით წერილობითი დოკუმენტებზე მიუთითოს - თუმცა არა ინფორმაციის იმ ნაწილზე, რომლის პაციენტისთვის მიწოდება ძირითად ვალდებულების ნაწილს წარმოადგენს.¹⁸⁴ ეს წერილობითი დოკუმენტები ვერ ჩაანაცვლებენ სავალდებულო ინფორმაციის ზეპირ ფორმას.¹⁸⁵

საინფორმაციო ფურცლის მტკიცებულებით ფუნქციასთან დაკავშირებით იხილეთ II.7.თ თავი.

გ) პაციენტის ინფორმირების მიმდინარეობა/ინფორმაციის მიწოდების არასაჭიროება ცალკეულ შემთხვევებში

აა) პრაქტიკოსის პირადი პასუხისმგებლობა/აღქმადობა

ექიმს კანონის ფარგლებში რაიმე კონკრეტულ მითითებს ვერ მივცემთ, თუ როგორ უნდა მიაწოდოს პაციენტს დიაგნოზის ზუსტი სურათი და ინფორმაცია სამედიცინო მკურნალობის რისკების შესახებ. თუმცა, ზოგადი სტანდარტის მიხედვით, ექიმმა მოსალოდნელი რისკები არც უნდა „შეალამაზოს“ და არც ზედმეტად დაამძიმოს.¹⁸⁶ თავისთავად ცხადია, რომ ექიმმა პაციენტის ინფორმირების დროს თანაგრძნობა უნდა გამოიჩინოს - განსაკუთრებით მძიმე დიაგნოზის ან მგრძნობიარე პაციენტების შემთხვევაში.¹⁸⁷

პაციენტისთვის ინფორმაციის მიწოდების მთავარი მოთხოვნაა, რომ ის **გასაგები** იყოს პაციენტისთვის; როგორც ენის, ასევე შინაარსის

¹⁸¹ BGH, Urteil vom 7. November 2006 - VI ZR 206/05 - BGHZ 169, 364, juris Rn. 9

¹⁸² Staudinger/Gutmann (2021) BGB § 630e Rn. 160

¹⁸³ შდრ. საინფორმაციო დისკუსიის წერილობითი დოკუმენტაციის გადაუდებელი რეკომენდაციით: BGH, Urteil vom 28. Januar 2014 - VI ZR 143/13 - MedR 2015, 594, juris Rn. 11.

¹⁸⁴ BGH, Urteil vom 11. Oktober 2016 - VI ZR 462/15 - NJW-RR 2017, 533, juris Rn. 8; BGH, Urteil vom 15. März 2005 - VI ZR 289/03 - BGHZ 162, 320, juris Rn. 16, მედიკამენტების გამოყენების ინსტრუქციებისთვის; იხ. II. 4. გგგ)

¹⁸⁵ Staudinger/Gutmann (2021) BGB § 630e Rn. 108

¹⁸⁶ BGH, Urteil vom 11. Oktober 2016 - VI ZR 462/15 - NJW-RR 2017, 533, juris Rn. 10; BGH, Urteil vom 6. Juli 2010 - VI ZR 198/09 - MedR 2011, 242, juris Rn. 11; BGH, Urteil vom 14. März 2006 - VI ZR 279/04 - BGHZ 166, 336, juris Rn. 13.

¹⁸⁷ 2012 წლის 15 აგვისტოდან პაციენტთა უფლებების გაუმჯობესების კანონის ფედერალური მთავრობის პროექტი - BT-Drucks. 17/10488, 25; BGH, Urteil vom 25. April 1989 - VI ZR 175/88 - BGHZ 107, 222, juris Rn. 17.

თვალსაზრისით.¹⁸⁸ ეს იმას ნიშნავს, რომ ინფორმაციის მიწოდების სახე კონკრეტული პაციენტის აღქმადობაზე უნდა იყოს მისადაგებული (ენობრივი უნარები, სამედიცინო განათლების დონე და ა.შ.).¹⁸⁹ როგორც წესი, ეს ნიშნავს, რომ ტექნიკური ტერმინები, რომლებიც ზოგადად არ არის ცნობილი, არ გამოიყენება.¹⁹⁰

ბბ) კომპეტენციის მქონე პაციენტი

თუ, გამონაკლისად, პაციენტს აქვს საჭირო სპეციალისტის ცოდნა, განსაკუთრებული ახსნა საჭირო არ არის.¹⁹¹ ეს ეფუძნება ზოგად სამართლებრივ პრინციპს, რომ ვისაც უკვე აქვს საჭირო ცოდნა, არ სჭირდება ინფორმირება.

ეს განსაკუთრებით ეხება იმ პაციენტებს, რომლებმაც გაიარეს სამედიცინო მომზადება და კონკრეტულ მკურნალობასთან დაკავშირებით, რომელიც უნდა ჩატარდეს, რეალური სამედიცინო ცოდნა აქვთ.¹⁹² იგივე შეიძლება ეხებოდეს პაციენტებს, რომლებმაც უკვე გაიარეს მსგავსი მკურნალობა და საკმარისად ინფორმირებულები იყვნენ.¹⁹³ ამისთვის საჭიროა, რომ მკურნალობის შესახებ ინფორმაციის მიწოდებიდან დიდი დრო არ იყოს გასული, რომ პაციენტს მიღებული ინფორმაცია საკმარისად ახსოვდეს.¹⁹⁴

ეჭვის შემთხვევაში ექიმი ვალდებულია, გაარკვიოს ახსოვს თუ არა ჯერ კიდევ პაციენტს მიწოდებული ინფორმაცია და თუ სამედიცინო განათლება აქვს მოიცავს თუ არა მისი კომპეტენცია ასევე იმ სპეციალურ ცოდნას, რაც მკურნალობის დროს გამოიყენება.¹⁹⁵

ზოგადად, ასეთი სიტუაციები აშკარა გამონაკლისად უნდა დარჩეს.¹⁹⁶ უსაფრთხოების მიზნით თუ საჭიროება მოითხოვს ხელახლა უნდა მოხდეს პაციენტის ინფორმირება.

გგ) ინფორმაცია, რომელიც ისედაც ცხადია, რომლის განმარტების აუცილებლობა არ არსებობს

თავისთავად ცნობილი ინფორმაციის პაციენტისთვის მიწოდების ვალდებულება არ არსებობს.

ამ ინფორმაციაში შედის, უპირველეს ყოვლისა, სამედიცინო მკურნალობით გამომწვეულ დროებითი, მაგრამ გარდაუვალი ტკივილი. ასევე ამ ინფორმაციას მიეკუთვნება ფაქტი, რომ დიდმა ოპერაციებმა შეიძლება ნაიარევი ან ჭრილობის ინფექცია გამოიწვიოს.¹⁹⁷ თუმცა, უნდა ჩაითვალოს თუ არა ასეთ ინფორმაციად თიაქრის¹⁹⁸ და ემბოლიის¹⁹⁹ რისკები საეჭვოა.

¹⁸⁸ BGH, Urteil vom 11. Oktober 2016 - VI ZR 462/15 - NJW-RR 2017, 533, juris Rn. 10; BGH, Urteil vom 29. Januar 2019 - VI ZR 117/18 - MedR 2020, 128, juris 18; Staudinger/Gutmann (2021) BGB § 630e Rn. 115.

¹⁸⁹ Staudinger/Gutmann (2021) BGB § 630e Rn. 115 ff.

¹⁹⁰ OLG Koblenz, 2014 წლის 30 ივნისის გადაწყვეტილება - 5 U 483/14 - juris para 19.

¹⁹¹ OLG Braunschweig, Urteil vom 10. November 2011 - 1 U 29/09 - juris Rn. 67 ff.; Staudinger/Hager (2021) BGB § 823 Rn. I. 101; K. Schmidt in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/ Würdinger, jurisPK-BGB, 9. Aufl., § 630e BGB (01.02.2020) Rn. 53.

¹⁹² OLG Frankfurt, Urteil vom 12. März 2009 - 15 U 18/08 - MedR 2009, 532, juris Rn. 24; OLG Hamm, Urteil vom 23. November 2009 - I-3 U 41/09 - juris Rn. 46; OLG Braunschweig, Urteil vom 10. November 2011 - 1 U 29/09 - juris Rn. 67 ff.; weitere Nachweise aus Rechtsprechung und Literatur bei: Staudinger/Gutmann (2021) BGB § 630e Rn. 181.

¹⁹³ BGH, Urteil vom 25. März 2003 - VI ZR 131/02 - MedR 2003, 576, juris Rn. 23.

¹⁹⁴ შდრ. OLG Hamm, Urteil vom 29. September 2010 - I-3 U

169/09 - MedR 2011, 723, juris Rn. 30; weitere Nachweise aus Rechtsprechung und Literatur bei: Staudinger/Gutmann (2021) BGB § 630e Rn. 181

¹⁹⁵ შდრ. OLG Frankfurt, Urteil vom 12. März 2009 - 15 U 18/08 - MedR 2009, 532, juris Rn. 24; OLG Hamm, Urteil vom 23. November 2009 - I-3 U 41/09 - juris Rn. 46

¹⁹⁶ Staudinger/Gutmann (2021) BGB § 630e Rn. 181

¹⁹⁷ შდრ. ჭრილობის ინფექციების შესახებ: BGH, Urteil vom 19. November 1985 - VI ZR 134/84 - NJW 1986, 780, juris Rn. 8 mwN; OLG Karlsruhe, Urteil vom 30. Mai 2012 - 7 U 14/10 - juris Rn. 18; OLG Karlsruhe, Urteil vom 9. Mai 2012 - 7 U 44/11 - juris Rn. 7; OLG Braunschweig, Urteil vom 10. November 2011 - 1 U 29/09 - juris Rn. 65.

¹⁹⁸ BGH, Urteil vom 19. November 1985 - VI ZR 134/84 - NJW 1986, 780, juris Rn. 8 mwN; OLG Karlsruhe, Urteil vom 30. Mai 2012 - 7 U 14/10 - juris Rn. 18; OLG Karlsruhe, Urteil vom 9. Mai 2012 - 7 U 44/11 - juris Rn. 7; OLG Braunschweig, Urteil vom 10. November 2011 - 1 U 29/09 - juris Rn. 65

¹⁹⁹ BGH, Urteil vom 19. November 1985 - VI ZR 134/84 - NJW 1986, 780, juris Rn. 8 mwN)

გარდა ამისა, გერმანულ პრეცედენტულ სამართალში დიფერენცირებულია **ჭრილობის ინფექციები**. როგორც განვმარტეთ, ისინი მსხვილ ქირურგიულ ჩარევებში მიჩნეულია ცნობილ ფაქტად. ამ კატეგორიაში ხვდება ასევე კბილის ამოღების შედეგად გამოწვეულ ჭრილობის ინფექციებიც.²⁰⁰ თუმცა, ეს არ ეხება იმ ინფექციებს, რომლებიც შეიძლება გამოწვეულ იქნეს ინექციების და პუნქციის შედეგად, რადგან ეს სამედიცინო ზომები მოსახლეობის მიერ შედარებით უვნებლად არის კლასიფიცირებული.²⁰¹

გაუგებრობების თავიდან აცილების მიზნით, უნდა აღინიშნოს, რომ ეს ეხება მხოლოდ იმ ინექციებს, სადაც ინფექციის საიმედოდ თავიდან აცილება მაშინაც კი თითქმის შეუძლებელია, თუ პროცედურა სწორად ჩატარდება. მაგრამ თუ ეს ინექცია იმ კატეგორიას განეკუთვნება, სადაც ინფექციის გამოწვევის რისკის კონტროლი შესაძლებელია, ამის შესახებ პაციენტისთვის ინფორმაციის მიწოდება საჭიროებას არ წარმოადგენს. ეს გამომდინარეობს იქიდან, რომ რისკები, რომლებიც მხოლოდ მეურნალობის შეცდომის შემთხვევაში რეალიზდება, ინფორმირებას არ საჭიროებენ (იხ. II. 4. თ) ზემოთ). ამგვარ შემთხვევებში, მეურნალობის შეცდომებზე პასუხისმგებლობა დგება იმ რისკების რეალიზების შემთხვევაში, თუ იგი კონტროლს ექვემდებარებოდა.²⁰² თუმცა, სადავო შემთხვევებში მიღებულია სასამართლო გადანაცვლებების დიფერენცირების ღია დატოვება (მეურნალობის შეცდომა ან ინფორმაციის მიწოდების მოვალეობის დარღვევა) და, საჭიროების შემთ-

ხვევაში ექიმის პასუხისმგებლობის ალტერნატიულად დასაბუთება (იხ. II. 4. თ) ბოლოს).

კიდევ ერთი საკითხი, რომელიც არ საჭიროებს ახსნას, არის ის, რომ **სისხლის ალებისას** პუნქციის ადგილზე შეიძლება წარმოიქმნას სინითლე ან მცირე ჰემატომები.²⁰³

გარდა ამისა, ინფორმაციის მიწოდება იმის შესახებ, რომ სისხლის ანალიზის აღების დროს ნერვის გაღიზიანების დაბალი რისკი არსებობს, სულ მცირე, მაშინ არ წარმოადგენს საჭიროებას, თუ სისხლის ანალიზი, დიაგნოზიდან გამომდინარე, რეკომენდირებულია.²⁰⁴ თუმცა რისკების შესახებ ინფორმაციის მიწოდების ვალდებულების იმ მოტივით გამორიცხვა, რომ ინფორმაციის მიწოდების მასობრივი ხასიათი მნიშვნელოვნად გადატვირთავს²⁰⁵ „კლინიკაში სისხლის ანალიზის ბიზნესს“ ვერ ჩაითვლება სავარაუდოდ გამამართლებელ მიზეზად.

ნებისმიერ შემთხვევაში, სისხლის ანალიზის აღების დროს პაციენტის ინფორმირება ცალსახად ზედმეტად ჩაითვლება, თუ ჩარევა მსუბუქი სახისაა და ნერვული აშლილობის რეალიზების რისკი დაბალია, ხოლო მისი რეალიზების შემთხვევაში, როგორც წესი, მძიმე შედეგებს არ გამოიწვევს.

აქედან გამომდინარე, სამართლებრივად რაიმე საწინააღმდეგო მიზეზი არ არსებობს გერმანიაში, როდესაც სისხლის ანალიზისთვის ნიმუშების აღებისას „კლინიკური მასობრივი ბიზნესის“ ფარგლებში, პაციენტის ინფორმირება არ ხდება. ეს უფრო მეტად მოქმედებს როგორც მუდმივი პრაქტიკა, რომელიც საზოგადოებრივ აზრს და პაციენტების მოლოდინებზე ზემოქმედებას ახდენს.

²⁰⁰ ასე მოიქცა ქვედა სასამართლო პროცესზე, რომელიც დასრულდა OLG Koblenz vom 4. Juli 2016 - 5 U 565/16 - VersR 2017, 353, juris Rn. 7, beendeten Verfahren

²⁰¹ BGH, Urteil vom 14. Juni 1994 - VI ZR 260/93 - MedR 1994, 488, juris Rn. 7; BGH, Urteil vom 14. Februar 1989 - VI ZR 65/88 - NJW 1989, 1533, juris Rn.11; OLG Braunschweig, Urteil vom 10. November 2011 - 1 U 29/09 - juris Rn. 65

²⁰² ამაზე: პანგენლოზი, სამედიცინო შეცდომის მტკიცების

ტვირთი გერმანიაში, შედარებითი სამართლის ჟურნალი 2/2023, III. 5. a)

²⁰³ OLG Dresden, Urteil vom 24. Juli 2008 - 4 U 1857/07 - MedR 2009, 410, juris Rn. 18; LG Heidelberg, Urteil vom 29. Juni 2011 - 4 O 95/08 - MedR 2012, 136, juris Rn. 72

²⁰⁴ LG Heidelberg, Urteil vom 29. Juni 2011 - 4 O 95/08 - MedR 2012, 136, juris Rn. 73

²⁰⁵ LG Heidelberg, Urteil vom 29. Juni 2011 - 4 O 95/08 - MedR 2012, 136, juris Rn. 73

6. არასრულწლოვანთათვის, მზრუნველობის საჭიროების მქონეთა, შეზღუდული შესაძლებლობის მქონე პირთა და ენის არმცოდნეთათვის ინფორმაციის მიწოდება.

ა) არასრულწლოვნები

არასრულწლოვანთა შემთხვევაში ინფორმაცია უნდა მიეწოდოს იმ პირებს, რომლებიც უფლებამოსილი არიან განაცხადონ თანხმობა (იხ. გერმანიის სამოქალაქო კოდექსის § 630d 2 აბზაცი.). თუ, საოჯახო სამართლის მიხედვით, თანხმობაში რამდენიმე ადამიანი ფიგურირებს, მაგალითად, ორივე მშობელი, მაშინ ორივე მშობელს ერთდროულად უნდა მიეწოდოს საჭირო ინფორმაცია.

ამ ძირითად პრინციპზე დაყრდნობით, არასრულწლოვანთა ინფორმირების ფარგლებში მკაცრად გასამიჯნია საკითხთა ორი ჯგუფი. ერთი მხრივ, საქმე ეხება იმ საკითხს, თუ რა პირობების გათვალისწინებით უნდა განაცხადონ არასრულწლოვანმა და მისმა კანონიერმა წარმომადგენელმა თანხმობა მკურნალობაზე - და შესაბამისად უნდა იყვნენ ინფორმირებული. მეორე მხრივ, უნდა დადგინდეს არასრულწლოვანზე ერთობლივი მზრუნველობის შემთხვევაში, ორივე მშობელმა ერთობლივად უნდა გამოხატოს თანხმობა, თუ შეძლებისდაგვარად საოჯახო კანონმდებლობის რეგულაციის გათვალისწინებით, ამ თანხმობის გაცემის უფლებით ერთერთი მშობელი არის აღჭურვილი. განსაკუთრებულ ვითარებაში შეიძლება საჭირო გახდეს

ორივეს, ანუ როგორც არასრულწლოვნის, ასევე მისი კანონიერი წარმომადგენლის თანხმობა (ე.წ. თანაკონსენსუსი).

აა) ნებართვის გაცემის უნარიანობა

როგორც ამოსავალი წერტილი, აღიარებულია, რომ ნებართვის გაცემის შესაძლებლობა არ უნდა გაიგივდეს ქმედუნარიანობასთან (იგულისხმება სამოქალაქო კოდექსის მე-12 მუხლის 1 პუნქტი). გაბატონებული აზრის მიხედვით, გადამწყვეტ როლს თამაშობს ბუნებრივი ნების გამოვლენის უნარი; ეს წარმოადგენს ქმედუნარიანობის დამოუკიდებელ სახეს.²⁰⁶

(1) არასრულწლოვნის შემთხვევაში მხედველობაში უნდა იქნეს მიღებული მკურნალობის სპეციფიკური ბუნება და მისი ალქმისუნარიანობა.²⁰⁷

მას უნდა ჰქონდეს ალქმის და დასკვნის გაკეთების უნარი მიწოდებული ინფორმაციის მნიშვნელობის გასაგებად, მკურნალობის სარგებელის და მისი რისკების გრძელვადიან პერსპექტივაში შესადარებლად და საბოლოო გადაწყვეტილების მისაღებად.²⁰⁸ კერძოდ, ასევე ალქმადი უნდა იყოს მკურნალობის ნებისმიერი გვერდითი მოვლენა და მისი ზემოქმედება დარჩენილ მთელ ცხოვრებაზე.²⁰⁹

მკურნალმა ექიმმა უნდა განსაზღვროს, შეუძლია თუ არა არასრულწლოვანს გაითავისოს სამედიცინო ღონისძიების სახეობა, მნიშვნელობა, ფარგლები და რისკები და მისი ნება მათ მორგოს.²¹⁰ ამან შეიძლება ექიმი მნიშვნელოვანი გამოწვევების წინაშე დააყენოს, რადგან მას არა მხოლოდ მშობელსა და ბავშვს შორის არსებულ,

²⁰⁶ Staudinger/Gutmann (2021) BGB § 630d Rn. 52; zur Rechtsnatur auch: BGH, Urteil vom 5. Dezember 1958 - VI ZR 266/57 - BGHZ 29, 33, juris Rn. 12 ff.; და შემდგომ; დამატებითი დეტალები Staudinger/Klump (2021) წინასწარი შენიშვნები §§ 104 ff. Rn. 38. იურიდიული ხასიათის დეტალები სადავოა; ბიზნესის მსგავსი ტრანზაქციისთვის, როგორიცაა Rehborn/Gescher in: Erman BGB, 16, Auflage, § 630d Rn. 4 mwN

²⁰⁷ Staudinger/Gutmann (2021) BGB § 630d Rn. 67 und 79; K. Schmidt in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, jurisPK-BGB, 9. Aufl., § 630d BGB (01.02.2020) Rn. 15.

²⁰⁸ ფედერალური მთავრობის კანონის პროექტი

პაციენტთა უფლებების გაუმჯობესების შესახებ 2012 წლის 15 აგვისტოს BT-Drucks. 17/10488, S. 23; K. Schmidt in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, jurisPK-BGB, 9. Aufl., § 630d BGB (01.02.2020) Rn. 14.

²⁰⁹ შდრ. Staudinger/Gutmann (2021) BGB § 630d Rn. 69 ff. mwN.

²¹⁰ ფედერალური მთავრობის კანონის პროექტი პაციენტთა უფლებების გაუმჯობესების შესახებ 2012 წლის 15 აგვისტოს BT-Drucks. 17/10488, S. 23; K. Schmidt in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, jurisPK-BGB, 9. Aufl., § 630d BGB (01.02.2020) Rn. 14.

ხშირ შემთხვევაში ასაკიდან გამომდინარე, პრობლემატურ ურთიერთობასთან მოუწევს შეხება, არამედ ხშირად შეიძლება საფრთხეებიც არსებობდეს. თუ მშობლებსა და არასრულწლოვნებს შორის კონსენსუსი არსებობს, მაშინ ფაქტობრივი შესაძლებლობების ფარგლებში ყველაზე უსაფრთხო გზად კანონიერი წარმომადგენლის და არასრულწლოვნის წინსწრებით ინფორმირება და თანხმობის გამოთხოვა ჩაითვლება.²¹¹

თანხმობის გაცემის შესაძლებლობა არ არის დაკავშირებული კონკრეტულ ასაკთან, როგორც ქმედუნარიანობის ნაწილი.²¹² მაშასადამე, ნაწილობრივ პრაქტიკაში მიღებული მოსაზრების²¹³ სისწორე ბადებს ეჭვებს, რომლის მიხედვითაც პრეზუმფცია არსებობს იმისა, რომ 14-დან 17 წლამდე პაციენტებს თანხმობის მიცემის უნარიანობა შესწევთ, ხოლო 7-დან 13 წლამდე პაციენტებს ეს უნარი არ აქვთ. თუმცა, არასრულწლოვნის აღქმისუნარიანობასთან დაკავშირებით ძირითად წესად მოქმედებს შემდეგი პრინციპი. რაც უფრო მცირეწლოვანია პაციენტი და ჩარევა ნაკლებად სასწრაფო, მაგრამ მძიმე და კომპლექსური, მით უფრო მცირედ ჩაითვლება აღქმისუნარიანობა.²¹⁴

განსაკუთრებული სიფრთხილე მიზანშეწონილად ჩაითვლება იმ შემთხვევებში, როდესაც არასრულწლოვანი პაციენტი ოპერაციას წმინდა კოსმეტიკური მიზნებით იკეთებს და თუ

ოპერაციის შედეგები შეუქცევადია.²¹⁵ განსაკუთრებით ძლიერდება ეჭვები შეფასების უუნარობაზე, როდესაც ახალგაზრდებს სოციალური მედიის მიერ დაფინანსებული აჟიოტაჟის ან „მოდის“ დამორჩილების რისკი ემუქრებათ.

(2) მძიმე და დიდი მასშტაბების ოპერაციული ჩარევის შემთხვევაში შესაძლოა არასრულწლოვნის თვითგამორკვევის უფლების და კონსტიტუციის მე-6 მუხლით გარანტირებული მშობლის უფლებებს²¹⁶ შორის დაპირისპირებით არასრულწლოვანს მკურნალობაზე თანხმობის უფლება შეეზღუდოს, თუმცა ასევე კანონიერი წარმომადგენლის თანხმობის შემთხვევაში არასრულწლოვანი უარის თქმის უფლებით არის აღჭურვილი. მას შეუძლია ეგრეთ წოდებული ვეტოს უფლება გამოიყენოს მშობლების გადაწყვეტილების წინააღმდეგ (ე.წ. თანაკონსენსი).²¹⁷

არასრულწლოვანს შეუძლია იქამდე დაბლოკოს მკურნალობა, სანამ მისი შემდგომი განვითარება არ მისცემს მას გადაწყვეტილების მიღების შეუზღუდავ უფლებამოსილებას. თუმცა, ლიტერატურაში გარკვეული შემოფოტება გამოითქმება თანაკონსენსუსის ამ „შუალედური გადაწყვეტის“ შესახებ.²¹⁸ გარდა ამისა, ეს მიდგომა, ისეთ შემთხვევებში, როგორიც არის არასრულწლოვანთა²¹⁹ შორის აბორტი, პერიოდულად ფაქტობრივად დაბრკოლებებს აწყდება. მიუხედავად ამისა, ამ წესის დანერგვით, შესაძლებელი უნდა იყოს სათანადო ბალანსის დამყარება

²¹¹ ასევე K. Schmidt in: Herberger / Martinek / Rüßmann / Weth / Würdinger, jurisPK-BGB, 9. Aufl., § 630d BGB (01.02.2020) Rn. 18

²¹² Staudinger/Gutmann (2021) BGB § 630d Rn. 53; K. Schmidt in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, jurisPK-BGB, 9. Aufl., § 630d BGB (01.02.2020) Rn. 15; Staudinger/Gutmann (2021) BGB § 630d Rn. 52; BGH, Urteil vom 5. Dezember 1958 - VI ZR 266/57 - BGHZ 29, 33, juris Rn. 12

²¹³ ამ მოსაზრებასთან დაკავშირებით: Staudinger/Gutmann (2021) BGB § 630d Rn. 79

²¹⁴ LG München II, Urteil vom 22. September 2020 - 1 O 4890/17 - MedR 2021, 1005, juris Rn. 32; auch Bullmann in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/ Würdinger, jurisPK-BGB, 10. Aufl., § 1626 BGB (14.12.2022) Rn. 27; Döll in: Erman BGB, 16. Auflage, § 1626 Rn. 16a

²¹⁵ შდრ. Bullmann in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, jurisPK-BGB, 10. Aufl., § 1626 BGB

(14.12.2022) Rn. 27 mwN; allerdings Einsichtsfähigkeit für eine Tätowierung bei einer 17-Jährigen bejahend: AG München, Urteil vom 17. März 2011 - 213 C 917/11 - NJW 2012, 2452, juris Rn. 31 (სადავო)

²¹⁶ კონსტიტუციურ ასპექტებთან მიმართებით: Staudinger/Gutmann (2021) BGB § 630d Rn. 143 mwN

²¹⁷ ამის შესახებ: BGH, Urteil vom 16. November 1971 - VI ZR 76/70 - NJW 1972, 335, juris Rn. 23; OLG Frankfurt, Urteil vom 16. Juli 2019 - 8 U 228/17 - MedR 2020, 679, juris Rn. 57, nachfolgend auszugsweise zitiert; Staudinger/Klupp (2021) Vorbemerkung zu §§ 104 ff. Rn. 106; Staudinger/Gutmann (2021) BGB § 630d Rn. 85

²¹⁸ Bullmann in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, jurisPK-BGB, 10. Aufl., § 1626 BGB (14.12.2022) Rn. 27; Staudinger/Gutmann (2021) BGB § 630d Rn. 85; Staudinger/Klupp (2021) Vorbemerkung zu §§ 104 ff. Rn. 106.

²¹⁹ OLG Hamm, Beschluss vom 29. November 2019 - II-12 UF 236/19 - MedR 2020, 679, juris Rn. 24.

კონსტიტუციით დაცულ არასრულწლოვანთა თვითგამორკვევის უფლებასა და კონსტიტუციით დაცულ მშობლის უფლებას შორის.

(3) გერმანული სასამართლო პრაქტიკის ძირითადი პრინციპების წარმოსაჩენად ზოგიერთი გადაწყვეტილება უნდა იყოს წარმოდგენილი მაგალითებად. კერძოდ, ფრანკფურტის მხარის უმაღლესი სასამართლოს გადაწყვეტილება, რომელიც ციტირებულია ქვემოთ ამონარიდებში, შეიცავს ახსნა-განმარტებებს მთელ საკითხზე და, შესაბამისად, შეიძლება გამოყენებულ იყოს როგორც სახელმძღვანელო კონკრეტული საქმის მიღმა:

LG München II, Urteil vom 22. September 2020 - 1 O 4890/17 - MedR 2021, 1005, juris Rn. 32 ff., **ჯვარედინი ლიგატების განყვეტის შემდგომ ლიგატების ქირურგიული ჩანაცვლება 16 ½ წლის პაციენტში:**

ქირურგიული ინტერვენციის შემთხვევაში, რომელიც მხოლოდ საშუალოდ არის რეკომენდირებული და მომავალ ცხოვრების წესზე მნიშვნელოვანი ზეგავლენის მოხდენა შეუძლია, არასრულწლოვან პაციენტს, თუ საკმარისი განსჯის უნარი გააჩნია, ეძლევა მინიმუმ ვეტოს უფლება, რომელიც კანონიერი წარმომადგენლის გადაწყვეტილების წინააღმდეგ შეუძლია გამოიყენოს (BGH NJW 2007, 217...). გაბატონებული მოსაზრებით, არასრულწლოვნის ვეტოს უფლება მხოლოდ მაშინ შეიძლება შეიზღუდოს, თუ დაინტერესებულ პირს ჯერ არ აქვს გამჭრიახობა და განსჯის უნარი, რათა დაეთანხმოს ღონისძიების გატარებას, მაგრამ თავისი გადაწყვეტილების მნიშვნელობას და ფარგლებს აცნობიერებს და შეუძლია (სულ მცირე ამ ეტაპზე) უარის თქმა (ანუ „ვეტოს“ გამოთქმა). მეორე მხრივ, არასრულწლოვან პაციენტს, რომელსაც გააჩნია განსჯის უნარი, ეძლევა გადაწყვეტილების მიღების სრული უფლებამოსილება (ასევე BGHZ 29, 33... და BGH NJW 1967, 1177 f; OLG Hamm NJW 2020, 1373... - ... მოცემულ საქმეში 16 წლისა და 6 თვის ასაკში მოსარჩელემ აშკარად მიაღწია სიმწიფის ისეთ დონეს, რომე-

ლითაც დასტურდებოდა არა მხოლოდ სრულფასოვანი განსჯის, არამედ საჭირო გადაწყვეტილების მიღების უნარიც, მომხდარიყო მის შემთხვევაში ქირურგიული ჩარევა. ეს დასკვნა არ გამომდინარეობს მარტოოდენ მოსარჩელის დედისა და მოპასუხის თანხვედრი შეფასებიდან, არამედ დასტურდება იმ ფაქტით, რომ მოსარჩელეს ოპერაციამდე ექვსი თვით ადრე დამოუკიდებლად ესწრებოდა საზღვარგარეთ მთელ სასწავლო წელს ამერიკის შეერთებული შტატებში.

... იმ შემთხვევაში, თუ მკურნალობის სტანდარტი არ არის დაცული ურთიერთშეთანხმებით ... თანხმობის მიცემის უნარის არსებობა ძალიან ფრთხილად უნდა შემოწმდეს. როგორც წესი, ნამდვილი თანხმობა შეიძლება ვივარაუდოთ მხოლოდ იმ შემთხვევაში, თუ პაციენტის მოტივაცია სტანდარტულ გადახრაზე თანხმობის შესახებ მაინც დამაჯერებელია” - მაგალითად, მკურნალობის ახალი მეთოდი ალტერნატივის არარსებობის შემთხვევაში.

OLG Hamm, Beschluss vom 29. November 2019 - II-12 UF 236/19 - MedR 2020, 679, juris Rn. 19 ff., **ორსულობის მოშლა 16 წლის პაციენტში (არსებითად შემოკლებული ვერსია):**²²⁰

„ა)... თუ არასრულწლოვანს გააჩნია განსჯის უნარი, ნებისმიერი სამედიცინო ჩარევის დროს საჭიროა მისი პირადი თანხმობაც. ამ მხრივ, მას უდავო უფლება აქვს, სულ მცირე, უარი თქვას ქირურგიულ ჩარევაზე, რომლებსაც მის ცხოვრების წესზე მნიშვნელოვანი ზეგავლენა შეიძლება ჰქონდეთ (როგორიცაა ყბის ორთოდონტიული მკურნალობა) (შდრ. BGH, NJW 2007, 217; ...). რაც შეეხება ამ საქმეში განხილულ აბორტის შემთხვევაში, ნიშნავს იმას, რომ არასრულწლოვანს, რომელსაც უფლება აქვს გასცეს თანხმობა, ვერ აიძულებენ მშობლები მის ნების საწინააღმდეგოდ გაიკეთოს აბორტი.

ბ) თუმცა, ის ფაქტი, რომ განსჯის უნარის მქონე არასრულწლოვანების თანხმობაზეა დამოკიდებული ქირურგიული ჩარევა, თავისთავად არ გამორიცხავს გარკვეულ შემთხვევებში

²²⁰ შდრ. ასევე Bullmann in: Herberger / Martinek / Rüßmann / Weth / Würdinger, jurisPK-BGB, 10. Aufl., § 1626 BGB (14.12.2022) Rn. 28 mwN.

კანონიერი წარმომადგენლის თანხმობის აუცილებლობას (...). ასევე ბავშვების განსჯის უუნარობის შემთხვევაში, რომელთაც არ შესწევთ ჯერ იმის უნარი, გასცენ თანხმობა, მიმდინარეობს მსჯელობა იმის შესახებ, თუ რა შემთხვევაში და პირობებში შეიძლება მათაც ვეტოს გამოთქმის უფლება მიეცეთ (...).

ის ფაქტი, რომ გერმანიის სამოქალაქო კოდექსის §1626 1 აბზაცი მშობლებს მზრუნველობის უფლებით აღჭურვას, მიუთითებს ასევე გადანყვეტილების მიღებისას მათ თანხმობის უფლებაზეც. ძირითადად, ეს უფლება მოიცავს ბავშვის მოვლის, აღზრდისა და მზრუნველობის უფლებას და ვალდებულებას. ეს უფლება ასევე მოიცავს ფიზიკურ და ფსიქიკურ ჯანმრთელობაზე ზრუნვას. ამასთან, ამავე დროს, გერმანიის სამოქალაქო კოდექსის § 1626 2 აბზაცი ადგენს, რომ მშობლებმა უნდა გაითვალისწინონ მათი შვილის მზარდი უნარი და მზარდი საჭიროება იმოქმედოს დამოუკიდებლად და პასუხისმგებლობით. განსაკუთრებით იმ გადანყვეტილებებთან მიმართებით, რომლებიც ეხება ცხოვრების უაღრესად ინტიმურ სფეროს და, შესაბამისად, კონსტიტუციის მე-2 მუხლის 1-ლი პუნქტით დაცული არასრულწლოვანთა თვითგამორკვევის უფლებას. კანონმდებელმა სხვადასხვა ადგილას გაითვალისწინა ბავშვების მზარდი მომწიფების მოვლენა. ... (უფრო დეტალურად ქვემოთ იქნება ახსნილი).

ეს პრინციპები ვრცელდება არასრულწლოვანთა ორსულობის მოშლაზეც (...). ორსულობის მოშლა ასევე სამედიცინო ჩარევაა, თუმცა მისი შედეგებიდან გამომდინარე სერიოზულ ზეგავლენას ახდენს ჩანასახზე.

თუ მარტოოდენ ჩარევის სერიოზულობის და გადანყვეტილებასთან დაკავშირებული პასუხისმგებლობის მასშტაბების გათვალისწინებით იმ დასკვნამდე მივალთ, რომ დამატებით კანონიერი წარმომადგენლის თანხმობაა საჭირო (OLG Hamburg, FamRZ 2014, 1213), ის ფაქტობრივად კანონმდებლის სურვილისადმი გვერდის ავლა იქნება, რომელიც ცალსახად ცალკეული შემთხვევების ინდივიდუალურად შეფასებას მოითხოვს...

ორსულობის მოშლის გადანყვეტილება გავლენას ახდენს თვითგამორკვევის კონსტიტუციით დაცული უფლების ბირთვზე (კონსტიტუციის მე-2 მუხლის 1-ლი პუნქტი). ... 1993 წლის 28 მაისის გადანყვეტილებაში (FamRZ 1993, 899), უზენაესმა სასამართლომ ყოვლისმომცველი შედარება გააკეთა ორსული ქალის პიროვნულ უფლებასა და არდაბადებული ბავშვის დაცვის უფლებებს შორის (გერმანიის კონსტიტუციის 1 არტიკლი 1 აბზაცი) და დაადგინა, რა შემთხვევაშია შესაძლებელი ორსულობის მოშლა მიუხედავად არსებული აკრძალვისა... (განხილულია ე.წ. კონფლიქტური კონსულტაცია, რომლის ჩატარებაც გერმანიის სისხლის სამართლის კოდექსის § 218a მუხლის მიხედვით სავალდებულოა მშობიარობის შეწყვეტამდე). ამ კონსულტაციის მიზანია განეულ იქნეს ყველანაირი ძალისხმევა, ორსულობის გაგრძელების ნახალისებისა, რათა მომავალ დედას ბავშვთან ცხოვრების პერსპექტივებზე მიეწოდოს ინფორმაცია... ამავდროულად, ქალმა უნდა იცოდეს, რომ არდაბადებულ ბავშვს აქვს სიცოცხლის უფლება ორსულობის ნებისმიერ ეტაპზე და ამიტომ, სამართლებრივი სისტემის მიხედვით, ორსულობის ხელოვნური შეწყვეტა შეიძლება განიხილებოდეს მხოლოდ გამონაკლის შემთხვევებში, თუ ქალისთვის, რომელიც ატარებს ნაყოფს, ბავშვის ტარება ისეთ არაბუნებრივ ტვირთს წარმოადგენს, რომ მსხვერპლის გალების დასაშვებ დონეს აღემატება.

თუმცა, თუ არასრულწლოვანმა, რომელსაც შეუძლია თანხმობის გაცემა, გაიარა კონფლიქტური კონსულტაცია და სერიოზული შემონების შემდეგ, ექიმი მივიდა იმ დასკვნამდე, რომ მას აქვს საკმარისი განსჯის უნარი, აღარ არსებობს მიზეზი, რომ მას ერთპიროვნულ გადანყვეტილების მიღებაზე უარი ეთქვას.“

OLG Frankfurt, Urteil vom 16. Juli 2019 - 8 U 228/17 - MedR 2020, 679, juris Rn. 50 ff., 16 წლის პაციენტში წინადაცვეთაზე (მამაკაცის წინადაცვეთა) მოქმედი სამართლებრივი მდგომარეობის შესახებ. 2013 წლის 25 თებერვლამდე მოქმედები რეგულაციის მიხედვით (იხ. ახლა § 1631d BGB):

„...მოსარჩელეს... პრინციპში არ ჰქონდა იმის უნარი, რომ თვითონ გაეცა თანხმობა. ამის დაზუსტებისას, ზოგადად უნდა შემოწმდეს „შესწავლას თუ არა არასრულწლოვანს იმის უნარი კონკრეტულად შეაფასოს ჩარევის მნიშვნელობა, ფარგლები და მისი დაშვება გონებრივი და მორალური სიმწიფის საფუძველზე“ (შდრ. *BGH, Urteil vom 05.12.1958 - VI ZR 266/57 - BGHZ 29, 33.....*). თუმცა, ამ კოგნიტური ელემენტის გარდა, ნებაყოფლობითი ელემენტიც არის საჭირო. მაშასადამე არასრულწლოვანის თანხმობის გაცემის უნარიანობა ვერ დადასტურდება, თუ მას, მართალია, საჭირო განსჯის უნარი გააჩნია, მაგრამ არ შესწავლეს იმის ძალა, რომ შესაბამისად იმოქმედოს (...). 16 წლის პაციენტში სავარაუდოა, რომ მას წინადაცვეთასთან მიმართებით თანხმობის მიცემის უნარიანობა გააჩნია. ნიშნები იმისა, რომ მოსარჩელე გონებრივად არ არის სათანადოდ მომწიფებული, არ შეინიშნება.

რაიონული სასამართლოს შეხედულებისგან განსხვავებით, მხოლოდ მოსარჩელის თანხმობა არ აღმოჩნდა საკმარისი.

2013 წლის 25 თებერვლამდე მოქმედი კანონის თანახმად, მხოლოდ არასრულწლოვანის თანხმობა საკმარისი არ იყო, თუ გადაწყვეტილების მიღება სერიოზულ ქირურგიულ ჩარევას ეხება (შდრ. *etwa BGH, Urteil vom 16.11.1971 - VI ZR 76/70 - NJW 1972, 335*; კიდევ უფრო ვიწრო გაგებით *BGH, Urteil vom 16.04.1991 - VI ZR 176/90 - NJW 1991, 2344 ... und Urteil vom 15.06.2010 - VI ZR 204/09 - NJW 2010, 2430...*).

წინადაცვეთა უმნიშვნელო ქირურგიულ ჩარევად ვერ ჩაითვლება (...), რაც, ერთი მხრივ, ოპერაციის უდავო შედეგებიდან (იხ. ასევე *LG Frankenthal, Urteil vom 14.09.2004 - 4 O 11/02 - ალწერილია წინადაცვეთის შედეგები*) და, მეორე მხრივ, წინადაცვეთის შედეგების უკუქცევის შეუძლებლობიდან გამომდინარეობს (შდრ. *OLG Frankfurt a.M., Beschluss vom 21.08.2007 - 4 W 12/07 - NJW 2007, 3580,...*). იმისთვის, რომ თანხმობა ქმედითუნარიანი ყოფილიყო, დავის დროს საჭირო იქნებოდა მოსარჩელისა და მოსარჩელის ორივე მშობლის თანხმობა (და წინასწარი განმარტება) (ე.წ. თანაკონსენსუსი). ოპერა-

ციაზე მხოლოდ მოსარჩელის მამის უდავო თანხმობა არ იყო საკმარისი მოსარჩელის ფიზიკურ მთლიანობაში ჩარევის გასამართლებლად: მოსარჩელეზე მზრუნველობის უფლება ორივე მშობელზე თანაბრად იყო განაწილებული. ამას გერმანიის სამოქალაქო კოდექსის § 1627 უზრუნველყოფს. სამართლებრივ გარიგებებში ორივე მშობელი ერთობლივად წარმოადგენს შვილს (გერმანიის სამოქალაქო კოდექსის § 1629, 1 მუხლის, 2 წინადადება). იმ შემთხვევაშიც კი თუ ქირურგიული ჩარევა არ წარმოადგენს გარიგებას, არამედ ნებართვის მიცემას ან ფაქტობრივი მოქმედების განხორციელების უფლებამოსილების მინიჭებას, რომლებიც ასევე იჭრება ნებართვის გამცემის უფლებამოსილების სფეროში, მაშინ ეს ნებართვის მიცემაც მშობლის მზრუნველობის განხორციელებად ჩაითვლება, რომელსაც იმავე სამართლებრივ შედეგამდე მივყავართ, რომ ნამდვილობა მხოლოდ ორივე მშობლის თანხმობის შედეგად მიენიჭება (იხ. *BGH, Urteil vom 28.06.1988 - VI ZR 288/87 - NJW 1988, 2946...*). თუმცა, როდესაც საქმე ეხება არასრულწლოვან ბავშვის სამედიცინო მკურნალობას, ჩვეულებრივ, შეიძლება ვივარაუდოთ, რომ ის მშობელი, რომელსაც ბავშვი ექიმთან მიჰყავს, მეუღლეებს შორის ოჯახური ფუნქციების ზოგადი განაწილების საფუძველზე, უფლებამოსილია მეორე მეუღლისგან, რომ მის მაგივრადაც ნებართვა გასცეს მკურნალობის ჩასატარებლად. ექიმს არ აქვს უფლება ეჭვი შეიტანოს უფლებამოსილებაში, მანამ, სანამ რაიმე საპირისპირო გარემოება გამოიკვეთება. რა თქმა უნდა, ექიმის მიერ დამატებითი საბუთის მოთხოვნა მეორე მშობლის ნებართვასთან დაკავშირებით ნდობით გამსჭვალულ ურთიერთობას ექიმსა და ბავშვის კანონიერ წარმომადგენელს შორის, არსებითად დააზარალებს. ასეთი ბიუროკრატიული მოპყრობა არა მხოლოდ სრულიად არაპრაქტიკული იქნება, არამედ ზოგადად მშობლების ინტერესების წინააღმდეგაც იქნება მიმართული (შდრ. *BGH, Urteil vom 28.06.1988 - VI ZR 288/87 - NJW 1988, 2946.....*). შესაბამისად, ექიმთან სტანდარტული ვიზიტის დროს (შემთხვევების 1-ელი ჯგუფი) არსებობს ვარაუდის საფუძველი, რომ ბავ-

შვთან ერთად მისული მშობელი უფლებამოსილია თანხმობა მისცეს არმყოფი მშობლის მაგივრად მკურნალობაზე, რასაც ექიმი ნდობით უნდა შეხვდეს მანამ, სანამ ამის საპირისპირო გარემოებები მისთვის ცნობილი არ არის (შდრ. *BGH, Urteil vom 28.06.1988 - VI ZR 288/87 - NJW 1988, 2946...; Urteil vom 15.02.2000 - VI ZR 48/99 - NJW 2000, 1784 ...; Urteil vom 15.06.2010 - VI ZR 204/09 - NJW 2010, 2430 ...*).

სხვა შემთხვევებში, როდესაც რთულ ქირურგიულ ჩარევასთან გვაქვს საქმე, რომელიც სერიოზულ რისკებთან არის დაკავშირებული (შემთხვევის მე-2 ჯგუფი), ექიმი ასევე უნდა დარწმუნდეს იმაში, აქვს თუ არა მშობელს მეორე მშობლის თანხმობა და რა მასშტაბებში; თუმცა, თუ საეჭვო არაფერი ხდება, მას უფლება აქვს ენდოს თანხმობები მშობლის მიერ მიწოდებულ ინფორმაციას (შდრ. *BGH, Urteil vom 28.06.1988 - VI ZR 288/87 - NJW 1988, 2946 ...; Urteil vom 15.06.2010 - VI ZR 204/09 - NJW 2010, 2430...*). თუმცა, თუ ბავშვის მკურნალობა რთულ და კომპლექსურ გადანყვეტილებებთან არის დაკავშირებული, რომელსაც ასევე სერიოზული რისკები ახლავს თან (შემთხვევის მე-3 ჯგუფი), მხოლოდ ერთ-ერთი მშობლის თანხმობა ქირურგიულ ჩარევაზე ვერ ჩაითვლება საკმარისად. ამ უფლებამოსილების არსებობა ამ შემთხვევაში ვერც მზრუნველობის ვალდებულებიდან გამომდინარე ფუნქციების განაწილებით ვერ იქნება დასაბუთებული და ვერც ექიმის რწმენით, რომ ერთი მშობელი ასეთი რთული გადანყვეტილების მიღებაზე უფლებამოსილია, მაშინაც კი, თუ მას მეორე მშობლის საპირისპირო პოზიციის შესახებ ინფორმაცია არ აქვს. მხოლოდ გარეგნულ ნიშნებზე დაყრდნობით დასკვნის გაკეთება საკმარისი არ არის. სხვა სამართლებრივი შეფასება ძირს გამოუთხრიდა მეორე მშობლის უფლებას და ვალდებულებას, მზრუნველობა გამოიჩინოს ბავშვის მიმართ განსაკუთრებით მნიშვნელოვან საკითხებში. მას უნდა მიეცეს გავლენის მოხდენის შესაძლებლობა ბავშვის მკურნალობის გადანყვეტილებაზე. ამიტომ ასეთ შემთხვევაში ექიმი უნდა დარწმუნდეს იმაში,

რომ მშობელი, რომელიც არ გამოცხადდა, ეთანხმება ბავშვის დაგეგმილ მკურნალობას (შდრ. *BGH, Urteil vom 28.06.1988 - VI ZR 288/87 - NJW 1988, 2946, 2947; Urteil vom 15.06.2010 - VI ZR 204/09 - NJW 2010, 2430...*). აქ ნახსენები ოპერაცია განეკუთვნება აღწერილი კატეგორიებიდან მეორეს (უფრო სერიოზული ხასიათის სამედიცინო ჩარევები არცთუ უმნიშვნელო რისკებით), ვინაიდან ეს არ არის უბრალო „რუტინული შემთხვევა“ ზემოაღნიშნული განმარტების გაგებით... რაც იმას ნიშნავს, რომ მოპასუხეს უნდა დაედგინა, ჰქონდა თუ არა მოსარჩელის მამას დედის თანხმობა და რა მასშტაბებით.“

OLG Frankfurt, Beschluss vom 17. August 2021 - 6 UF 120/21 - MedR 2022, 224, juris Rn. 17, კორონა ვირუსის ვაქცინაციის შესახებ mRNA ვაქცინით თითქმის 16 წლის პაციენტში - მეცნიერთა კომპეტენტურობა 2021 წლის ზაფხულის მიხედვით:²²¹

... რადგან არასრულწლოვანის მიერ ნებართვის გაცემის უფლებამოსილების დადასტურების შემთხვევაშიც კი, გერმანული სამოქალაქო კოდექსის § 630d არეგულირებს მხოლოდ ფაქტობრივ მკურნალობაზე თანხმობის საკითხს და არა არასრულწლოვანის მშობლებსა და ამცრელ ექიმს შორის დადებული ხელშეკრულების საფუძველზე წარმოშობილ სახელშეკრულებო ურთიერთობას (...). სენატი ასევე იზიარებს გაბატონებულ მოსაზრებას, რომლის მიხედვითაც, არც თუ უმნიშვნელო სამედიცინო ჩარევის შემთხვევაში - მაგალითად, როგორსაც კორონა ვირუსის საწინააღმდეგო ვაქცინა წარმოადგენს, სანამ მას სტანდარტული ვაქცინის სტატუსი არ გააჩნია - პაციენტის თანხმობის ნამდვილობა დამოკიდებულია ასევე მზრუნველობის უფლება-მოვალეობით აღჭურვილი მშობლების ე.წ. თანაკონსენსუსზე...“

(4) არასრულწლოვანის სამედიცინო ჩარევის ნებართვის გაცემის შესაძლებლობა შემოიფარგლება თვითგამორკვევის უფლებისა და ფიზიკური მთლიანობის უფლების ფარგლებში, ანუ ჩარევის დელიქტური და სახელშეკრულებო კა-

²²¹ არასრულწლოვანთა კორონას ვაქცინაციის შესახებ: ბრანდენბურგის უმაღლესი რეგიონალური სასამართლო, 2022 წლის 5 ივლისის გადანყვეტილება

- 13 UF 42/22 - FamRZ 2022, 1704 - juris Rn. 23; OLG Rostock, Beschluss vom 10. Dezember 2021 - 10 UF 121/21 - FamRZ 2022, 192, juris Rn. 2

ნონიერებით. მეორე მხრივ, აქვს თუ არა არასრულწლოვანს უფლება დადოს **ხელშეკრულება მკურნალობის შესახებ** ან მოითხოვს თუ არა ის მშობლების თანხმობას გერმანიის სამოქალაქო კოდექსის § 107-ის მიხედვით (არსებითად შედარებულია სამოქალაქო კოდექსის 15-ე მუხლის და მე-14 მუხლის 2 აბზაცის შინაარსთან) ექსკლუზიურად გარიგების რეგულაციებს ეფუძნება.²²² ამან შეიძლება ნებართვის გაცემის უფლებასა და ქმედუნარიანობას ან უფრო ზუსტად შეზღუდულ ქმედუნარიანობას შორის კოლიზია გამოიწვიოს, რაც სამართლებრივ დარღვევებს წარმოშობს; მაგალითად, მკურნალ ექიმს არასრულწლოვანის ფიზიკური მთლიანობის ხელყოფის ნებართვა მიეცეს კანონის ფარგლებში მკურნალობის მიზნით, მაგრამ არ მიიღოს საფასური მისი მუშაობისთვის ნამდვილი ხელშეკრულების არარსებობის გამო.

ბბ) მზრუნველი პირისთვის ინფორმაციის მიწოდება

თუ არასრულწლოვანს პირადად თანხმობის გაცემის უფლება არ აქვს ან დამატებით სხვის თანხმობას საჭიროებს, თანხმობის გაცემის უფლებამოსილება და ამის პარალელურად ინფორმაციის მიწოდების ვალდებულება საოჯახო კანონმდებლობის ფარგლებში **მზრუნველობის ნორმებით** რეგულირდება.²²³ მკურნალი ექიმი უნდა დარწმუნდეს შესაბამისი ნებართვის არსებობაში და რომ პაციენტი საკმარისად იყოს ინფორმირებული. დეცენტრალიზებულ ორგანიზაციულ სტრუქტურაშიც კი, მას არ აქვს უფლება, კონკრეტული მტკიცებულებების გარეშე, დაეყრდნოს იმ ფაქტს, რომ სხვა ექიმებმა, რომ-

ლებიც ადრე ამ საქმით იყვნენ დაკავებული, უკვე მიიღეს მზრუნველობის მქონე პირთა ნამდვილი თანხმობა.²²⁴

(1) გერმანიის სამოქალაქო კოდექსის § 1626-ის თანახმად, **მშობლებს** გერმანიაში **ერთობლივად** აქვთ მზრუნველობის უფლება, თუ ისინი ბავშვის დაბადების მომენტში უკვე ქორწინებაში იყვნენ.²²⁵ თუ ისინი ბავშვის დაბადების მომენტში არ იყვნენ დაქორწინებულები, მშობლის ერთობლივი მზრუნველობის უფლება-მოვალეობა განცხადების გაკეთების, დაქორწინების ან საოჯახო სასამართლოს გადაწყვეტილების საფუძველზე წარმოეშობათ. სხვა შემთხვევაში მზრუნველობის უფლება მარტო დედას ეძლევა (§ 1626a BGB). გამონაკლისები შეიძლება საოჯახო სასამართლოს მიერ იქნეს მიღებული.

ქართული საოჯახო სამართალი ძირითად ნაწილში შეესაბამება ამ წესს, უპირველეს ყოვლისა, მშობლების ერთობლივ მზრუნველობის ნაწილში (სამოქალაქო კოდექსის 1200 მუხ. და 1198 მუხ.). აქედან გამომდინარე, ქვემოთ განხილული კითხვები - შესაძლოა, ამა თუ იმ უმნიშვნელო ცვლილებით - საქართველოსთვისაც საინტერესო იყოს, იურიდიული თვალსაზრისით.

2) ერთობლივი მზრუნველობის შემთხვევაში მშობლებს შეუძლიათ ერთმანეთი **აღჭურვილ** უფლებით, რომ ერთ-ერთი მათგანი დამოუკიდებლად უფლებამოსილი იყოს, გადაწყვეტილება მიიღოს ოპერაციისა და სხვა მკურნალობის ჩატარების შესახებ.²²⁶ ეს არ ცვლის იმ ფაქტს, რომ მკურნალობის ჩატარებაზე ნებართვის გაცემა არ წარმოადგენს სამართლებრივი ნების გამოვლენას, არამედ ადამიანის ქმედუნარიანობის ნაწილია.²²⁷

²²² BGH, Urteil vom 5. Dezember 1958 - VI ZR 266/57 - BGHZ 29, 33, juris Rn. 15; OLG Frankfurt, Beschluss vom 17. August 2021 - 6 UF 120/21 - MedR 2022, 224, juris Rn. 17, ახლახან ციტირებული ამონაწერები; Bullmann in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, jurisPK-BGB, 10. Aufl., § 1626 BGB (14.12.2022) Rn. 29; Döll in: Erman BGB, 16. Auflage, § 1626 Rn. 16c; ზოგადი მოსაზრება.

²²³ BGH, Urteil vom 28. Juni 1988 - VI ZR 288/87 - BGHZ 105, 45, juris Rn. 12; Bullmann in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, jurisPK-

BGB, 10. Aufl., § 1626 BGB (14.12.2022) Rn. 26; Staudinger/Gutmann (2021) BGB § 630d Rn. 143.

²²⁴ BGH, Urteil vom 28. Juni 1988 - VI ZR 288/87 - BGHZ 105, 45, Rn. 19.

²²⁵ BGH, Urteil vom 28. Juni 1988 - VI ZR 288/87 - BGHZ 105, 45, juris Rn. 12; Döll in: Erman BGB, 16. Auflage, § 1626 Rn. 16b; ზოგადი მოსაზრება

²²⁶ BGH, Urteil vom 28. Juni 1988 - VI ZR 288/87 - BGHZ 105, 45, juris Rn. 14 ff.; BGH, Beschluss vom 29. April 2020 - XII ZB 112/19 - BGHZ 225, 184, juris Rn. 22

²²⁷ Staudinger/Gutmann (2021) BGB § 630d Rn. 52;

ამის საფუძველზე სასამართლო პრაქტიკაში შემუშავდა ე.წ. **სამ საფეხურიანი მოდელი**,²²⁸ რომელიც ასევე აღნიშნულია ფრანკფურტის უმაღლესი რეგიონული სასამართლოს გადაწყვეტილებაში (II. 6. ა) ბ.ბ) (3)). ეს სამ საფეხურიანი მოდელი ადგენს შემდეგს:

- **რუტინული მკურნალობის** შემთხვევაში, ზოგადად შეიძლება ვივარაუდოთ, რომ მშობელი, რომელიც ბავშვს წარუდგენს ექიმს, უფლებამოსილია თანხმობა განაცხადოს არათანხმობები მშობლის ნაცვლად მკურნალობის ჩატარებაზე.

ასეთი რუტინული ღონისძიება, რომელიც სხეულის ფიზიკურ მთლიანობაში ჩარევას გულისხმობს, მხოლოდ გამონაკლის შემთხვევებში მიიღება. ასეთ გამონაკლისად შეიძლება ჩაითვალოს მცირე ზომის ქრილობის დედისცენციის გაკერვა ადგილობრივი ანესთეზიის გარეშე.²²⁹ სადიაგნოსტიკო მიზნებისთვის სისხლის ალების შემთხვევაში წმინდა რუტინული ღონისძიება მით უფრო აშკარაა, რადგან ის არც კი საჭიროებს პაციენტისათვის რაიმეს განმარტებას (ამის შესახებ დანვრილებით II. 5. გ) გ.გ.)). არის თუ არა სტანდარტული ვაქცინაცია რუტინული მკურნალობის ნაწილი, ჯერ არ არის გადაწყვეტილი სასამართლო პრაქტიკაში. ამ მოსაზრების საწინააღმდეგოდ უზენაესი სასამართლო მიიჩნევს, რომ სტანდარტული ვაქცინაცია გერმანიის სამოქალაქო კოდექსის 1687-ე მუხლის (ამასთან დაკავშირებით პუნქტ (3)-ში) ფარგლებში არსებითი მნიშვნელობის საკითხს წარმოადგენს, შესაბამისად, იმ შემთხვევაშიც კი, თუ მშობლების განცალკევებით ცხოვრობენ, მხოლოდ მათი ერთობლივი თანხმობის შემდგომად დაშვებული ვაქცინაციის ჩატარება.²³⁰ ამიტომ

მისი, როგორც წმინდა რუტინულ მკურნალობად კლასიფიცირება, რთულად აღქმადია.

- **სერიოზული ხასიათის ქირურგიული ჩარევის** შემთხვევაში ექიმმა ასევე უნდა გაარკვიოს, აღჭურვილია თუ არა თანხმობები მშობელი მეორე მშობლის უფლებამოსილებით და რა მასშტაბებში ვრცელდება იგი. თუ არ იკვეთება იმის ნიშნები, რომ მშობლებს შორის უთანხმოებას ან დაპირისპირებას აქვს ადგილი მზრუნველობის საკითხთან დაკავშირებით, მაშინ ექიმს, როგორც წესი, შეუძლია დაუჯეროს თანხმობები მშობლის მიერ მიწოდებულ ინფორმაციას. კონკრეტულ შემთხვევაში სიტუაციიდან გამომდინარე, შესაძლოა საჭირო გახდეს თანხმობები მშობლის დაყოლიება, დაგეგმილ სამედიცინო ჩარევისა და მისი შეანსებისა და რისკების შესახებ კიდევ ერთხელ ისაუბროს მეორე მშობელთან და შესაძლებლობის ფარგლებში წერილობითი თანხმობა მოიპოვოს. ამ ჯგუფში მოხვდება ქირურგიული ჩარევის დიდი უმრავლესობა, მათ შორის ასევე ინექციებიც და მცირე ქირურგიული ღონისძიებები.²³¹

- თუ, მეორე მხრივ, ბავშვის მკურნალობა **რთულ და მრავალმომცველ გადაწყვეტილებებთან** არის დაკავშირებული, როგორიცაა გულის ოპერაცია, ტვინის ოპერაცია ან ხერხემლის ოპერაცია, თავისთავად ვერ დადასტურდება ის ფაქტი, რომ მშობელმა, რომელიც ოპერაციის დროს ბავშვს არ ახლავს, უფლებამოსილებით აღჭურვა მეორე მშობელი მის ნაცვლადაც გადაწყვეტილების მიღებაზე. ამიტომ, ასეთ შემთხვევაში, ექიმი უნდა დარწმუნდეს, რომ მშობელი, რომელიც პაციენტთან ერთად არ გამოცხადდა, ეთანხმება დაგეგმილ მკურნალობას. როგორც წესი, ასეთ შემთხვევებში წერილობითი თანხმობა საჭირო.

Staudinger/Klump (2021) Vorbemerkung zu §§ 104 ff. Rn. 38; zur Rechtsnatur auch: BGH, Urteil vom 5. Dezember 1958 - VI ZR 266/57 - BGHZ 29, 33, juris Rn. 12 ff.

²²⁸ BGH, Urteil vom 28. Juni 1988 - VI ZR 288/87 - BGHZ 105, 45, juris Rn. 19 ff.; BGH, Urteil vom 15. Juni 2010 - VI ZR 204/09 - NJW 2010, 2430, juris Rn. 15 ff.; OLG Hamm, Urteil vom 29. September 2015 - I-26 U 1/15 - GesR 2016, 90, juris Rn. 35 ff.; Staudinger/Klump (2021) Vorbemerkung zu §§ 104 ff. Rn. 105; K. Schmidt in: Herberger/Martinek/Rüßmann/ Weth/Würdinger, jurisPK-

BGB, 9. Aufl., § 630d BGB (01.02.2020) Rn. 18

²²⁹ შდრ. რუტინული მოპყრობის შესახებ დოკუმენტაციის ვალდებულების მნიშვნელობით: KG Berlin, Urteil vom 13. Oktober 2014 - 20 U 224/12 - juris Rn. 20

²³⁰ BGH, Beschluss vom 3. Mai 2017 - XII ZB 157/16 - MedR 2018, 39, juris Rn. 18 ff., dazu sogleich unter (3); auch Staudinger/Salgo (2019) BGB § 1688 Rn. 27

²³¹ so OLG Frankfurt, Urteil vom 16. Juli 2019 - 8 U 228/17 - MedR 2020, 679, juris Rn. 50 ff., für Zirkumzision, unter II. 6. a) bb) (3) auszugsweise wiedergegeben

(3) გერმანიის სამოქალაქო კოდექსის 1687-ე მუხლის თანახმად, **განცალკევებით მცხოვრები მშობლების** შემთხვევაში საჭიროა ურთიერთშეთანხმება იმ საკითხებზე გადანაცვეტილების მისაღებად, რომლებიც ბავშვისთვის მნიშვნელოვანია. სხვაგვარად უნდა შეფასდეს მდგომარეობა, თუ საქმე ყოველდღიურ ცხოვრებისეულ საკითხებს ეხება, ანუ ის შემთხვევები, რომლებიც ხშირად ხდება და არ ახდენს ნეგატიურ გავლენას ბავშვის განვითარებაზე, რომლის გამო-სწორებაც სირთულეებთან არის დაკავშირებული. განცალკევებული მშობლების შემთხვევაში, ამის განხორციელების უფლება აქვს იმ მშობელს, რომელთანაც ბავშვი რეგულარულად იმყოფება, იქნება ეს მეორე მშობელთან შეთანხმებით თუ სასამართლოს გადანაცვეტილების საფუძველზე.

გერმანიის ფედერალური სასამართლო მიიჩნევს, რომ თანხმობა ვაქცინაციაზე, მათ შორის ასევე სტანდარტულ ვაქცინაციაზე, მნიშვნელოვან გადანაცვეტილებას წარმოადგენს.²³² ის ამას ამართლებს იმიტომ, რომ სარგებელი და რისკები ცალ-ცალკე უნდა იყოს შეფასებული თითოეული ვაქცინაციისთვის და რომ ზოგადად ვაქცინაციის შესახებ გადანაცვეტილების მიღება ყოველდღიურობის ნაწილი არ არის. ეს ეხება იმ შემთხვევასაც, თუ საჭირო გახდა ვაქცინაციის გამეორება, რადგანაც, როგორც წესი, გადანაცვეტილების მიღება მხოლოდ პირველი ვაქცინაციისთვის ხდება. გარდა ამისა, ვაქცინაციას შეუძლია მოახდინოს ბავშვის განვითარებაზე ისეთი ზეგავლენა, რომლის შეცვლაც რთულია; მიუხედავად იმისა, აჭარბებს თუ არა აუცრელობის შემთხვევაში ინფექციის რისკი აცრის რისკს თუ პირიქით.

იდენტური ფაქტობრივი მოთხოვნებიდან გამომდინარე, ამ გადანაცვეტილებას აქვს არაპირდაპირი ეფექტი, რომ ვაქცინაციის შემთხვევაში საოჯახო დავების განმხილველმა სასამართლოებმა უნდა შეცვალონ მშობლის გადანაცვეტილება, თუ მშობლები ვერ შეთანხმებულან ერთობლივი მზრუნველობის შემთხვევაში. გერმანიის სასამართლოები ამ თემით განსაკუთრებით კოვიდ ვირუსის სანინალმდეგო ვაქცინაციის დროს იყო დაკავებული.²³³

(4) მშობიარობის პროცესში განსაკუთრებული ყურადღება უნდა მიექცეს **ჩანასახის** პრენატალურ დამცავ უფლებებს.²³⁴ ვინაიდან მისი ჯანმრთელობის უზრუნველყოფის საჭიროებები განუყოფლად არის დაკავშირებული დედის საჭიროებებთან, სწორედ დედა წარმოადგენს ჩანასახისთვის იმ ბუნებრივ მეურვეს რომელიც უფლებამოსილია გადანაცვეტილება მიიღოს მშობიარობასთან დაკავშირებულ მკურნალობაზე, თავად მშობიარობის ტიპის ჩათვლით.²³⁵

სასამართლოს მიერ არ არის გადანაცვეტილი, რა მომენტიდან მთავრდება დედის ეს ბუნებრივი მეურვეობა ან როდიდან მოქმედებს დაქორწინებული მშობლების ერთობლივი მზრუნველობა, რომელიც ფორმალურად დაბადებისთანავე წარმოიშობა. დედის ბუნებრივი მეურვეობის სტატუსი, სულ მცირე, მაშინაც მოქმედებს, როდესაც მშობიარობის ოთახში ახალშობილის მკურნალობის შესახებ გადანაცვეტილების მიღების საჭიროება ხდება. საჭირო ზომების დაუყოვნებლივ გატარების მიზნით ივარაუდება, რომ ქმარი ცოლს კონკლუდენტურად აღჭურავს უფლებით სუფთა რუტინულ საკითხებზე, საკუთარ

²³² BGH, Beschluss vom 3. Mai 2017 - XII ZB 157/16 - MedR 2018, 39, juris Rn. 18 ff.

²³³ იხილეთ ფრანკფურტის უმაღლესი რეგიონული სასამართლოს გადანაცვეტილება, რომელიც აღნიშნულია II 6-ში. ა) ა) (3) შემდგომი მითითებით.

²³⁴ ეხლავე ამ ქონებრივი უფლებების შესახებ: BGH, Urteil vom 6. Dezember 1988 - VI ZR 132/88 - BGHZ 106, 153, juris Rn. 12; Wilhelmi in: Erman BGB, 16. Auflage, § 823 Rn. 22; umfassende Zusammenstellung der Rechtsfragen im Zusammenhang mit einer Verletzung der Leibesfrucht bei: Staudinger/Hager (2017) § 823 BGB Rn. B 42.

²³⁵ BGH, Urteil vom 6. Dezember 1988 - VI ZR 132/88 - BGHZ 106, 153, juris Rn. 17; BGH, Urteil vom 14. September 2004 - VI ZR 186/03 - NJW 2004, 3703, juris Rn. 9; BGH, Versäumnisurteil vom 28. Oktober 2014 - VI ZR 125/13 - MedR 2015, 721, juris Rn. 6; BGH, Urteil vom 28. August 2018 - VI ZR 509/17 - NJW-RR 2019, 17, juris Rn. 23; Staudinger/Gutmann (2021) BGB § 630d Rn. 154; K. Schmidt in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, jurisPK-BGB, 9. Aufl., § 630d BGB (01.02.2020) Rn. 17; Staudinger/J Hager (2021) BGB § 823 Rn. I 94.

რი პასუხისმგებლობის ფარგლებში, ახალშობილთან დაკავშირებული გადანყვეტილებების მიხედვით.

5) ოპერაციის შესახებ ინფორმირების პროცესში არასრულწლოვნის აუცილებელი მონაწილეობის გამო, რომელსაც არ აქვს უნარი, თავად გასცეს ნებართვა, აღწერილია II 6. ბ) ა) პუნქტში.

ბ) მოზრდილები/დემენციის მქონე/მზრუნველობის ქვეშ მყოფნი

მოზრდილების შემთხვევაში, რომლებიც არ არიან მკაცრად შეზღუდული კოგნიტური უნარებით, ჩვეულებრივ შეიძლება ვივარაუდოთ, რომ მათ შეუძლიათ მკურნალობაზე თანხმობის გაცემა.²³⁶ თუმცა სიტუაცია შეიძლება განსხვავებული იყოს, მაგალითად, თუ პაციენტს, რომელიც ხშირად კოსმეტიკური მიზეზებით იტარებდა ოპერაციას, ფსიქო-ნევროზული აშლილობა აწუხებს, რაც არასწორი გადანყვეტილების მიღებაზე ნეგატიურ ზეგავლენას ახდენს.²³⁷

დემენციის მქონე ადამიანების და სხვა შეზღუდული შემეცნებითი უნარის მქონე ადამიანების თანხმობის მიცემის უნარი - და ამის პარალელურად ინფორმაციის მიწოდების ვალდებულება - ეფუძნება არასრულწლოვანთათვის წარმოდგენილ კრიტერიუმებს (იხ. II. 6. ა) აა)).

აა) ადამიანის ღირსება და პიროვნებასთან დაკავშირებული უფლებები

ადამიანის ღირსებისა და პიროვნებასთან დაკავშირებული უფლებების გათვალისწინებით, შეზღუდული შემეცნებითი შესაძლებლობის მქონე ადამიანებისთვის უზრუნველყოფილი

უნდა იყოს ჩარჩო პირობები, რაც მათ საშუალებას მისცემთ შესაძლებლობის ფარგლებში მაქსიმალურად აითვისონ ის სიკეთეები, რომლებიც შეუზღუდავი თანხმობის უფლებასთან არის დაკავშირებული. კერძოდ, დემენციის შემთხვევაში, ეს შეიძლება მოიცავდეს განსაკუთრებით მგრძნობიარე საუბარს, სანდო გარემოში და სანდო და ნაცნობი პირების ჩართულობას.²³⁸ როგორც წესი, შეზღუდული შემეცნებითი შესაძლებლობის მქონე ზრდასრულ პირებშიც კი შეიძლება იქნეს დადგენილი, რომ რაც უფრო მეტი ალქმის უნარი არსებობს, მით უფრო დაბალია რისკები და რაც უფრო გადაუდებელი და ნაკლებად რთულია ჩარევა, მით ნაკლებია პაციენტის კოგნიტური უნარების შელახვა (შდრ. არასრულწლოვანთათვის II 6. ა) აა) (1)). ცალკეულ შემთხვევებში, შესაძლოა ასევე გათვალისწინებული იქნეს, ცნობს თუ არა დემენციის დაავადებული პაციენტი განმეორებით ჩატარებულ მკურნალობას იმ დროიდან, როდესაც თანხმობის გაცემის უნარიანობაში ეჭვი არ არსებობდა. თუ პაციენტს ეჭვგარეშე არ შესწევს თანხმობის გაცემის უნარი, დაუშვებელია მისი უბრალო სამედიცინო ქმედების ობიექტად ქცევა.²³⁹ ამიტომ მისი პოზიცია უნდა იქნეს მოსმენილი და ნებართვის გაცემაზე უფლებამოსილ პირთან ერთად ინფორმაციული საუბრის დროს ჩართული უნდა იქნეს გადანყვეტილების მიღებაში; მინიმუმ, რამდენადაც შესაძლებელია, იმდენად იქნეს ინფორმირებული. 2011 წელს ამის შესახებ გერმანიის უზენაესი სასამართლომ განაცხადა.²⁴⁰

„ზედმეტად ვერ ჩაითვლება პირისთვის ინფორმაციის მიწოდება მისთვის დაგეგმილი ლონისძიების შესახებ, მაშინაც კი, როდესაც მას თანხმობის გაცემის უნარი არ აქვს. ამასთანავე

²³⁶ შდრ. ფედერალური მთავრობის კანონპროექტი პაციენტთა უფლებების გაუმჯობესების შესახებ, 2012 წლის 15 აგვისტოს, BT-Drucks. 17/10488, S. 23; K. Schmidt in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, jurisPK-BGB, 9. Aufl., § 630d BGB (01.02.2020) Rn. 15; Staudinger/Gutmann (2021) BGB § 630d Rn. 72.

²³⁷ OLG Düsseldorf, Urteil vom 19. Oktober 2000 - 8 U 116/99 - VersR 2001, 1380, juris Rn. 30; OLG Köln, Urteil vom 3. Februar 1999 - 5 U 118/98 - VersR 1999, 1371, juris Rn. 8.

²³⁸ შდრ. დემენციის მქონე პაციენტებთან საგანმანათლებლო მოლაპარაკებების შესახებ: S2k გაიდლაინი "დემენციის მქონე ადამიანების თანხმობა სამედიცინო ლონისძიებებზე" გერმანიის ნევროლოგიის საზოგადოების e.V., (გერმანიის ნევროლოგიური საზოგადოება) <https://dgn.org/artikel/2090>.

²³⁹ BVerfG, Beschluss vom 18. November 2004 - 1 BvR 2315/04 - MedR 2005, 91, juris Rn. 27.

²⁴⁰ BVerfG, Beschluss vom 23. März 2011 - 2 BvR 882/09 - BVerfGE 128, 282, juris Rn. 59.

აღსანიშნავია, რომ თანხმობის გაცემის უნარის არმქონეს მიერ გაცემული თანხმობა როგორც გამამართლებელი გარემოება ვერ გამოდგება; ამ პერსპექტივით მას არ გააჩნია არანაირი ფუნქცია (...). თუმცა, იმისდა მიუხედავად, ინფორმაციის მიწოდების შემთხვევაში შესაძლებელია თუ არა ნამდვილი თანხმობის მიღება, ასევე თანხმობის გაცემის უუნაროსაც აქვს უფლება, ინფორმაცია მიიღოს მკურნალობის დეტალების შესახებ (...). შესაბამისად, ადრესატისთვის სავარაუდო მკურნალობისა და მისი შედეგების შესახებ იმ ფორმით და ზომით ინფორმაციის მიწოდება, რისი აღქმის უნარიც მას აქვს, ზედმეტად არ ჩაითვლება (იხ. ასევე გაეროს პრინციპები ფსიქიურად დაავადებულთა დაცვისთვის, პრინციპი 11, პუნქტი 9).“

ექიმის ეს ვალდებულება ახლა კანონით არის გათვალისწინებული გერმანიის სამოქალაქო კოდექსის §630 d მეხუთე აბზაციით. ამის მიხედვით, თუ პაციენტს არ შესწევს თანხმობის გაცემის უნარი, თანხმობისთვის აუცილებელი გარემოებები მას მაინც უნდა განემარტოს მისი აღქმის შესაძლებლობის ფარგლებში, რამდენადაც იგი მისთვის სასიკეთო იქნება.

აქვე უნდა აღინიშნოს, რომ ეს უკანასკნელი შეზღუდვა, როგორც წესი, მხოლოდ მშობლისა და შვილის ურთიერთობაზე მოქმედებს. შესაბამისად, თუ რა შეიძლება ბავშვისთვის სიკეთის მომტანი იყოს, ამის დადგენა მათ შორის მკურნალობის შესახებ ინფორმაციის მიწოდება, მშობლის ძირითად ვალდებულებას წარმოადგენს. ისეთი ბავშვის შემთხვევაში, რომელსაც აშკარად ჯერ არ აქვს თანხმობის გაცემის უნარი, ექიმმა პატივი უნდა სცეს მშობლების აზრს, რაც მათ ბავშვისთვის სასიკეთოდ მიაჩნიათ. შესაბამისად, მას არ აქვს მშობლისა და ბავშვის სპეციფიურ ურთიერთობაში მშობლების ნების საწინააღმდეგოდ ჩარევის უფლება, ვალდებუ-

ლია მხოლოდ მშობლების თანხმობის შემთხვევაში მიაწოდოს ბავშვს მკურნალობის შესახებ ინფორმაცია.²⁴¹

თანხმობის გაცემის უუნარო **სრულწლოვანი პაციენტების** შემთხვევაში, მხოლოდ გამონაკლის შემთხვევებში შეიძლება ვივარაუდოთ, რომ სამედიცინო მკურნალობისა და თანხმობისთვის აუცილებელ გარემოებებზე საუბარი ეწინააღმდეგება პაციენტის კეთილდღეობას.²⁴² ეს მაშინაც ასეა, თუ პაციენტს მეურვეს ან წარმომადგენელს დაუნიშნავენ.²⁴³ მეურვის დანიშვნის შემთხვევაში (მეურვისა და მზრუნველის ფუნქციაში საქართველოს კანონმდებლობით; სამოქალაქო კოდექსის მუხ. 1287) გერმანიის სამოქალაქო კოდექსის § 1901 2 აბზაციის, 1 წინადადების მიხედვით, იგი ვალდებულია, უპირველეს ყოვლისა, პაციენტის კეთილდღეობა დააყენოს წინა პლანზე. (იხ. საქართველოს კანონმდებლობაში, მუხლი 1289, ზ.ბ. მე-2 პუნქტი).

თუმცა, მშობლის უფლებებისგან განსხვავებით, ეს უფლებამოსილება არ არის გამყარებული კონსტიტუციით, ასე რომ, პაციენტის ღირსების და პიროვნებასთან დაკავშირებული უფლების დაცვა მკურნალობის ფარგლებში უფრო მკაცრად შეიძლება შეიზღუდოს ექიმის მოვალეობასთან მიმართებით.²⁴⁴ ამიტომ ექიმი, როგორც წესი, ვალდებულია, მზრუნველობის საჭიროების მქონე პირს სამედიცინო მკურნალობისა და პაციენტის თანხმობისთვის ყველა საჭირო გარემოების შესახებ მიაწოდოს ინფორმაცია. თუმცა, ამის საჭიროება შეიძლება არ არსებობდეს, თუ მეურვის მიერ უზრუნველყოფილი იქნება მზრუნველობის საჭიროების მქონე პირისთვის სამედიცინო სტანდარტების დაცვით საჭირო ინფორმაციის მიწოდება. (იხ. მეურვისა და მზრუნველის მოვალეობა საქართველოს კანონმდებლობით: სამოქალაქო კოდექსი მუხ. 1289 2 აბზაცი).

²⁴¹ შდრ. დეტალურად: Staudinger/Gutmann (2021) BGB § 630e Rn. 169.

²⁴² შდრ. ფედერალური მთავრობის კანონპროექტი პაციენტთა უფლებების გაუმჯობესების შესახებ, 2012 წლის 15 აგვისტოს, BT-Drucks. 17/10488, S. 29; Staudinger/Gutmann (2021) BGB § 630e Rn. 169.

²⁴³ შემდეგში, სიმარტივისთვის, ცალკეულ შემთხვევებში განიხილება მხოლოდ ხელმძღვანელის დანიშვნის სამართლებრივი შედეგები; თუმცა, პრინციპში, იგივე ყოველთვის ეხება უფლებამოსილ წარმომადგენელს.

²⁴⁴ შდრ. აგრეთვე Staudinger/Gutmann (2021) BGB § 630e Rn. 169.

ამ ვალდებულების დარღვევა არ იწვევს მეურვის მიერ საკმარისად განმარტებული თანხმობის ბათილობას.²⁴⁵ თუმცა, აღნიშნული დარღვევა წარმოადგენს მზრუნველობის საჭიროების მქონე პირის პიროვნებასთან დაკავშირებული უფლების დარღვევას, რამაც ეროვნულ კანონმდებლობაში ამისთვის შემუშავებული კრიტერიუმების მიხედვით შესაბამისი სამართლებრივი შედეგები შეიძლება გამოიწვიოს.²⁴⁶ საკმაოდ მკაცრი წინაპირობების გამო (მათ შორის - „სერიოზული ქირურგიული ჩარევა“), მოთხოვნები, რომელთაც გერმანიაში პირადი უფლებების დარღვევის შემთხვევაში არამატერიალური ზიანის ანაზღაურება შეიძლება გამოიწვიოს,²⁴⁷ პრაქტიკაში არც თუ ხშირად განიხილება.

ბბ) პროცედურა

თუ ზრდასრულს არ შეუძლია თანხმობის გაცემა, გერმანიის კანონმდებლობით, რეკომენდირებულია შემდეგი პროცედურის დაცვა:²⁴⁸

– უპირველეს ყოვლისა, გადამწყვეტ როლს თამაშობს, ამჟამად გადანყვეტილების მიღების უუნარო პაციენტმა ამ მდგომარეობაში ჩაეარდნამდე პაციენტის განკარგულებაში რა სურვილი გამოხატა (გერმანიის სამოქალაქო კოდექსის § 1901a აბზაცი.1).

– თუ არ არსებობს პაციენტის განკარგულება ან თუ განკარგულებაში დატოვებული სურვილები არ მიესადაგება ამჟამინდელ ცხოვრების ან მკურნალობის სიტუაციას, მაშინ უნდა დადგინდეს, ჰქონდა თუ არა პაციენტს მკურნალობის სურვილი, სანამ ნებართვის გაცემის უუნარო გახდებოდა, ანუ თუ მოხდა მის მიერ ფაქტობრივი პაციენტის სურვილის გამოთქმა. გერმანიის სამოქალაქო კოდექსის 1901a მუხლის მე-2 და მე-6 აბზაციის თანახმად, ეს უნდა განხორციელდეს მისი უფლებამოსილი წარმომადგენლის მიერ, რომელიც დანიშნულია მინდობილობის მეშვეობით (1896-ე მუხლის, მე-2 აბზაცი, მე-2 წინადადება, 1901c 2 წინადადება) ან სასამართლოს მიერ დანიშნული ზედამხედველის მიერ.

– თუ შეუძლებელია ამჟამინდელი ცხოვრებისა და მკურნალობის მდგომარეობის შესახებ დაინტერესებული პირის ნების დადგენა, უფლებამოსილ წარმომადგენელს ან, თუ არ არსებობს მინდობილობა, სასამართლოს მიერ დანიშნულ მეურვეს აქვს შესაძლებლობა, პაციენტის სავარაუდო ნების შესაბამისად (§ 1901a მე-2 და მე-6 აბზაცი, გერმანიის სამოქალაქო კოდექსი) იმოქმედოს.

მეურვის დანიშვნის ან უფლებამოსილი წარმომადგენლის არსებობის შემთხვევაში, პაციენტის ქმედუნარიანობა (მეურვის ან უფლებამოსილი წარმომადგენლის დახმარებით) ძალაშია. ამიტომ ექიმს და სამედიცინო პერსონალს არ აქვს საშუალება, უშუალოდ „შეხება ჰქონდეთ“ თანხმობის გაცემის უნარის არმქონე პაციენტის სავარაუდო სურვილებთან, ანუ მათ არ შეუძლიათ თავად გადანყვეტონ, თუ საით არის მიმართული პაციენტის სავარაუდო ნება და იმის შესაბამისად გააგრძელონ მკურნალობა. პირიქით, მათ პატივი უნდა სცენ იმას, თუ როგორ განსაზღვრავს და ესმის პაციენტის სავარაუდო სურვილი კანონის საფუძველზე დანიშნულ მეურვეს ან წარმომადგენელს.²⁴⁹

მეურვე, თავის მხრივ, ვალდებულია, თავისი გადანყვეტილება მხოლოდ პაციენტის სავარაუდო ნებაზე დააფუძნოს, ანუ არა საკუთარ ღირებულებების სტანდარტებზე ან საკუთარ სავარაუდო გადანყვეტილებაზე. მეურვემ უნდა აღასრულოს პაციენტის ნება, მაშინაც კი, თუ ის მიზნად ისახავს, არ მიიღოს სიცოცხლის შემანარჩუნებელი ან სიცოცხლის გამახანგრძლივებელი ზომები ტანჯვის თანმხლები შეუქცევადი ფატალური მიმდინარეობის შემთხვევაში.²⁵⁰ იმ

(01.02.2020) Rn. 58.

²⁴⁵ Rehborn/Gescher in: Erman BGB, 16. Auflage, § 630e Rn. 24; K. Schmidt in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, jurisPK-BGB, 9. Aufl., § 630e BGB (01.02.2020) Rn. 58; Staudinger/Gutmann (2021) BGB § 630e Rn. 171 mwN.

²⁴⁶ Staudinger /Gutmann (2021) BGB § 630e Rn. 171 mwN; K. Schmidt in: Herberger / Martinek / Rüßmann / Weth / Würdinger, jurisPK-BGB, 9. Aufl., § 630e BGB

²⁴⁷ BGH, Urteil vom 17. Dezember 2013 - VI ZR 211/12 - BGHZ 199, 237, juris Rn. 38 ff. mwN.

²⁴⁸ Staudinger/Gutmann (2021) BGB § 630d Rn. 160.

²⁴⁹ BGH, Beschluss vom 17. März 2003 - XII ZB 2/03- BGHZ 154, 205, juris Rn. 32.

²⁵⁰ BGH, Beschluss vom 17. März 2003 - XII ZB 2/03 - BGHZ 154, 205, juris Rn. 44.

შემთხვევაშიც, თუ მეურვე არღვევს ამ ვალდებულებას, ექიმი მის გადაწყვეტილებას იგნორირებას ვერ გაუკეთებს. ამის შემთხვევა შესაძლებელია მხოლოდ სასამართლოს მიერ ეროვნული საპროცესო კანონმდებლობით გათვალისწინებული გზით.

- თუ სავარაუდო ნების დადგენა შეუძლებელია, მეურვემ ისეთი გადაწყვეტილება უნდა მიიღოს, რომელიც ობიექტურად პაციენტის საუკეთესო ინტერესებს ემსახურება.²⁵¹

– თუ არც მინდობილობით უფლებამოსილი წარმომადგენელი და არც სასამართლოს მიერ დანიშნული მეურვე არ არის დანიშნული, ზომები, რომელთა გადავადება შეუძლებელია, უნდა განხორციელდეს იმდენად, რამდენადაც ისინი შეესაბამება პაციენტის სავარაუდო სურვილს.²⁵²

გ) ინფორმაციის მიწოდება შეზღუდული შესაძლებლობის მქონე პირთათვის და მათთვის, ვინც არ ფლობს ენას

როგორც გაეროს შეზღუდული შესაძლებლობის მქონე პირთა უფლებების კონვენცია, ასევე კონსტიტუციით გარანტირებული დაცვა, მოითხოვს, რომ **შეზღუდული შესაძლებლობის მქონე პირები** მაქსიმალურად იქნენ ინფორმირებული მკურნალობის შესახებ, რაც მისცემთ მათ იმის საშუალებას, რომ მკურნალობის დადებითი და უარყოფითი მხარეები განსაზღვრონ და შესაბამისი გადაწყვეტილება მიიღონ.²⁵³ ეს შეიძლება გაკეთდეს, მაგალითად, სუდო თარ-

ჯიმნების გამოყენებით²⁵⁴ ან სიმბოლოების, ფოტოების, ფილმების, სქემების, ანატომიური ატლასების ან მოდელების გამოყენებით.²⁵⁵

გერმანიაში საბოლოოდ არ არის დაზუსტებული, თუ როგორ უნდა იყოს ინფორმირებული პაციენტი, რომელიც არ საუბრობს ადგილობრივი ქვეყნის ენაზე.²⁵⁶ მართალია, არსებობს შეთანხმება, რომ უცხო ენაზე მოლაპარაკე პაციენტს ასევე უნდა მიეცეს ინფორმაცია იმ ენაზე, რომელსაც ის ფლობს.²⁵⁷ თუმცა, ერთიანი პასუხი არ არის იმის თაობაზე, უნდა გამოიყენებოდეს თუ არა განვრთნილი თარჯიმანი და ვის ხარჯზე უნდა მოხდეს ეს. ან შეიძლება გამოყენებულ იქნეს თუ არა შესაბამისი ენის მცოდნე სამედიცინო პერსონალი ან ოჯახის წევრი. გარდა ამისა, არსებობს განსხვავებული მოსაზრებები იმის თაობაზე, თუ რამდენად მყარად უნდა დარწმუნდეს ინფორმაციის მიმწოდებელი პირი (მაგ., გამოსაცდელი კითხვების დასმით), რომ მთარგმნელი ვინც უშუალოდ პაციენტს უნდა მიაწოდოს ინფორმაცია, საკმარისად კომპეტენტური იყოს.²⁵⁸ ვინაიდან ამ თემას საქართველოში, ნაკლებად პრაქტიკული მნიშვნელობა აქვს ვიდრე გერმანიაში, საკითხთან მხოლოდ ზედაპირული შეხება საკმარისია.

7. განსაკუთრებული სიტუაციები

ა) ინფორმაციაზე მიწოდებაზე უარის თქმა

ძირითადად შესაძლებელია პაციენტი ახსნა-განმარტების გარეშე „ექიმს სრულიად მიენდოს“ (იხ. § 630e აბზაცი 3 გერმანიის სამოქალაქო კოდექსი).²⁵⁹ ინფორმაციის მიღებაზე უარს

²⁵¹ BGH, Beschluss vom 17. März 2003 - XII ZB 2/03 - BGHZ 154, 205, juris Rn. 44; დანვრილებით სავარაუდო თანხმობის შესახებ იხ. II. 7. ბ) თავში.

²⁵² BGH, Beschluss vom 17. März 2003 - XII ZB 2/03 - BGHZ 154, 205, juris Rn. 44; დანვრილებით II 7-ში. ბ) აა).

²⁵³ შდრ. ინკლუსიის თემაზე: Staudinger/Gutmann (2021) BGB § 630e Rn. 77 f., Rn. 119.

²⁵⁴ 2012 წლის 15 აგვისტოდან პაციენტთა უფლებების გაუმჯობესების კანონის ფედერალური მთავრობის პროექტი - BT-Drucks. 17/10488, 25; Staudinger/Gutmann (2021) BGB § 630e Rn. 119.

²⁵⁵ Staudinger/Gutmann (2021) BGB § 630e Rn. 119; generell zu diesen Möglichkeiten: Rehborn/Gescher in Erman BGB, 16. Auflage, § 630e Rn. 27.

²⁵⁶ ამის შესახებ: dazu: OLG Köln, Urteil vom 9. Dezember 2015 - I-5 U 184/14 - VersR 2016, 994, juris Rn. 21 ff.; OLG Koblenz, Beschluss vom 25.02.2014 - 5 U 1535/13 - NJW-RR 2015, 21, juris Rn. 12; KG Berlin, Urteil vom 08.05.2008 - 20 U 202/06 - MedR 2009, 47, juris Rn. 21; პაციენტთა უფლებების გაუმჯობესების შესახებ ფედერალური მთავრობის კანონპროექტი - BT-Drucks. 17/10488, 25; Martis/Winkhart-Martis, MDR 2017, 858, 861 f.; Staudinger/Gutmann (2021) BGB § 630e Rn. 121.

²⁵⁷ Rehborn/Gescher in: Erman BGB, 16. Auflage, § 630e Rn. 30.

²⁵⁸ ამ მოსაზრებასთან მიმართებით: Rehborn/Gescher in: Erman BGB, 16. Auflage, § 630e Rn. 30 ff.

²⁵⁹ BGH, Urteil vom 9. Dezember 1958 - VI ZR 203/57 -

მკაცრი წინაპირობები ახასიათებს. ეს სურვილი ეჭვგარეშე და ცალსახად საერთო გარემოებებიდან უნდა გამომდინარეობდეს.²⁶⁰

ა) ხელშეკრულების სტანდარტული პირობები

ინფორმაციის მიწოდებაზე უარის თქმა არ გამოიხატება იმაში, რომ პაციენტი საავადმყოფოში რეგისტრაციის დროს ხელშეკრულების ფორმულარში ან მისთვის მიცემულ საინფორმაციო ფურცელზე, ხელს აწერს რეგულაციას, რომლითაც ადასტურებს, რომ იგი სრულად და სათანადოდ იყო ინფორმირებული ქირურგიული ინტერვენციის რისკების შესახებ. ერთი მხრივ, ასეთი ტიპის რეგულაციები **ხელშეკრულების სტანდარტულ პირობებში**, რასაც საავადმყოფოში რეგისტრაციის ხელშეკრულება ან საინფორმაციო ფურცელი ეჭვგარეშე წარმოადგენენ,²⁶¹ § 309 No. 12 b BGB მიხედვით, ბათილად ითვლება.²⁶² მეორე მხრივ, ამ განცხადებას საფუძვლად არ უდევს ნებით გამოხატული უარი, რადგან პაციენტი ასეთი განცხადებით ასევე აცხადებს, რომ მას დამატებით კითხვები აღარ აქვს (ამის შესახებ ქვემოთ).

ბ) ნებით გამოხატული უარი

იმისათვის, რომ პაციენტმა უარი განაცხადოს ინფორმაციის მიღებაზე, მინიმუმ უხეში წარმოდგენა უნდა ჰქონდეს იმ ინფორმაციაზე, რომელზეც უარს ამბობს. მან უნდა იცოდეს მინიმუმ საფუძვლები, თუ რა ღონისძიებას ეხება საქმე; ე.ი. იცოდეს ქირურგიული ჩარევის ტიპი და ჩარევის აუცილებლობის შესახებ, ასევე, დიაგნოზი და ჩარევასთან დაკავშირებული რისკების მასშტაბები. გარდა ამისა, მან შეძლებისდა-

გვარად უნდა იცოდეს, არსებობს თუ არა მკურნალობის ალტერნატივები, რომლებსაც მნიშვნელოვნად განსხვავებული სირთულეები, რისკები ან გამოწვევების შესახებ ახასიათებთ.²⁶³ თუ ეს ძირითადი წარმოდგენები „**ნდობის პრინციპის**“ ფარგლების შესახებ არსებობს, პაციენტის თვითგამორკვევის უფლება აძლევს ექიმს თავისუფალი მოქმედების საშუალებას; ეს შესაძლოა ასევე იმ მოტივითაც ხდებოდეს, რომ პაციენტს მოსალოდნელი საფრთხის შესახებ დამატებითი ნერვიულობა არ სურდეს, თუ იგი ისედაც მზადაა გარისკოს.²⁶⁴

უარის შესახებ ნება ვერ ჩაითვლება გამოვლენილად პაციენტისთვის ინფორმაციის მიწოდების შემდგომ ზეპირი ან წერილობითი განცხადების საფუძველზე, სადაც იგი ადასტურებს, რომ **დამატებითი კითხვები არ გააჩნია**. პაციენტისთვის ინფორმაციის მიწოდება არ წარმოადგენს პაციენტის ვალდებულებას, დასვას კითხვა (კითხვის დასმის ვალდებულება), არამედ ექიმის ვალდებულებას, მიაწოდოს ინფორმაცია (ინფორმირების ვალდებულება), რადგან მხოლოდ ამ უკანასკნელმა იცის, რა ინფორმაციას საჭიროებს პაციენტი, სათანადოდ ინფორმირებულად რომ ჩაითვალოს. შესაბამისად, პაციენტის მიერ გაკეთებული განცხადება მხოლოდ იმას ამბობს, რომ მიწოდებულ ინფორმაციასთან დაკავშირებით სიღრმისეული კითხვები არ გააჩნია, შინაარსობრივად გაიგო, რაც მას უთხრეს (ან, სულ მცირე, ვარაუდობს რომ გაიგო) და სხვა დამატებითი - ინფორმაციის მიწოდებისთვის არარელევანტური დეტალები არ აინტერესებს და არც გამოკითხვა არ სურს (იხ. II. 3. ბ)). მეორე მხრივ, პაციენტის ამ განცხადებაში არ იგულისხმება ის, რომ პაციენტს არ სურს დამატებითი ინფორმაცია იმ რისკების მასშტაბების შესახებ, რომელთა შესახებაც მას ინფორმაცია

BGHZ 29, 46, juris Rn. 22; BGH, Urteil vom 28. November 1972 - NJW 1973, 556 - VI ZR 133/71 - juris Rn. 31; Staudinger/Gutmann (2021) BGB § 630e Rn. 177.

²⁶⁰ იხილეთ Staudinger/Gutmann (2021) BGB § 630e Rn. 177; K. Schmidt in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, jurisPK-BGB, 9. Aufl., § 630e BGB (01.02.2020), Rn. 51.

²⁶¹ BGH, Urteil vom 2. September 2021 - III ZR 63/20 - BGHZ 231, 31, juris Rn. 10.

²⁶² K. Schmidt in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, jurisPK-BGB, 9. Aufl., § 630e BGB (01.02.2020) Rn. 59; Staudinger/Gutmann (2021) BGB § 630e Rn. 112.

²⁶³ Staudinger/Hager (2021) BGB § 823 Rn. I 100; Staudinger/Gutmann (2021) BGB § 630e Rn. 177.

²⁶⁴ BGH, Urteil vom 28. November 1972 - VI ZR 133/71 - NJW 1973, 556, juris Rn. 32.

არ აქვს და შესაბამისად, მას არ შესწევს უნარი იმისა, რომ რეალურად შეაფასოს ისინი.

ბ) სავარაუდო თანხმობა

ინფორმაციის მიწოდების საჭიროება არ არსებობს, თუ ეს, განსაკუთრებით გარემოებების გამო, გამონაკლის შემთხვევებში ზედმეტია (§ 630e აბზაცი 3 BGB). ეს ეხება **გადაუდებელ ოპერაციებს**, განსაკუთრებით იმ შემთხვევაში, როდესაც პაციენტი არ რეაგირებს ან ოპერაციის მიმდინარეობისას მოულოდნელ ცვლილებებს ანესთეზირებულ პაციენტებში.

აა) სავარაუდო თანხმობის წინაპირობები

თუ გადაუდებელი სამედიცინო მკურნალობის დროს შეუძლებელია პაციენტისთვის საჭირო ინფორმაციის მიწოდება და უკუქცევითი მისი თანხმობის მიღება, ღონისძიების კანონიერება **სავარაუდო თანხმობის** პრინციპზე დაყრდნობით უნდა შეფასდეს. ეს წესი უკვე გერმანული სამოქალაქო კოდექსის § 630d -ის 1 აბზაცი მე-3 წინადადებაშია დარეგულირებული, თუმცა ნორმის ძალაში შესვლამდე შესაბამებოდა გაბატონებულ მოსაზრებას სასამართლო პრაქტიკაში.²⁶⁵

სავარაუდო თანხმობაზე დაფუძნებული ნებისმიერი სამედიცინო ჩარევა ხელს უშლის პაციენტს საკუთარი პასუხისმგებლობის ფარგლებში გადაწყვეტილების მიღებაში და შესაბამისად ზღუდავს მის თვითგამორკვევის უფლებას.²⁶⁶ ამიტომ მნიშვნელოვანია იმ სამედიცინო

მოთხოვნებთან შესაბამისი ბალანსის დამყარება, რომელიც ემსახურება პაციენტის ჯანმრთელობის დაცვას. საბოლოო ჯამში, საუბარია კონსტიტუციური რანგის მქონე ორი ურთიერთსაზღვრავი სამართლებრივი სიკეთის ოპტიმალურად განონასწორებაზე. ამდენად, სავარაუდო თანხმობის პრინციპის უფრო ფართოდ გამოყენება სიკეთეების შედარების გამო ვერ მოხერხდება. სავარაუდო თანხმობა მით უფრო გამორიცხულია, თუ შესაძლებელი იყო სამედიცინო ღონისძიების გადადება.²⁶⁷

(1) გადაუდებელში იგულისხმება უბედური შემთხვევები, სადაც აუცილებელია სასწრაფოდ მოქმედება, სადაც დროული რეაგირების უგულებელყოფის შემთხვევაში პაციენტის ჯანმრთელობას და სიცოცხლეს საფრთხე ემუქრებათ და ამიტომ პაციენტის ან მისი წარმომადგენლის თანხმობის დროულად მოპოვება ვეღარ ხერხდება.²⁶⁸ სავარაუდო თანხმობის ეს შეზღუდვა ეხება არა მხოლოდ დროის კომპონენტს, არამედ **მკურნალობის ფარგლებსაც**, ასე რომ ის გამართლებულია მხოლოდ იმდენად, რამდენადაც იგი უშუალოდ ემსახურება სიცოცხლის გადარჩენას ან ჯანმრთელობის გაუმჯობესებას.²⁶⁹

(2) ამიტომ გადაუდებელი მკურნალობის შემთხვევაში, დაუშვებელია „ბარემ სხვა ღონისძიებების გატარებაც“, რომელთაც ექიმი სამედიცინო თვალსაზრისით მიზანშეწონილად მიიჩნევს, მაგრამ უშუალოდ იმ კონკრეტული მკურნალობის სასარგებლოდ არ მოქმედებს და უშუალოდ სიცოცხლის გადარჩენას არ ემსახურება.²⁷⁰ ასეთი ღონისძიებები პაციენტთან გადაუდებელი მკურნალობის ჩატარების შემდეგ უნდა

²⁶⁵ BGH, Urteil vom 16. Februar 1993 - VI ZR 300/91 - MedR 1993, 38, juris Rn. 25; BGH, Urteil vom 21. Mai 2019 - VI ZR 119/18 - MedR 2020, 125, juris 19; aus strafrechtlicher Sicht: BGH, Urteil vom 30. Januar 2019 - 2 StR 325/17 - BGHSt 64, 69, juris Rn. 20 ff.; BGH, Beschluss vom 26. Mai 2020 - 2 StR 434/19 - MedR 2021, 728, juris Rn. 15 ff.

²⁶⁶ შდრ. Staudinger/Gutmann (2021) BGB § 630d Rn. 244 ff.

²⁶⁷ BGH, Urteil vom 21. Mai 2019 - VI ZR 119/18 - MedR 2020, 125, juris 19.

²⁶⁸ ფედერალური მთავრობის კანონის პროექტი პაციენტთა უფლებების გაუმჯობესების შესახებ 2012 წლის 15 აგვისტოს BT-Drucks. 17/10488, S. 24;

Staudinger/Gutmann (2021) BGB § 630d Rn. 244; K. Schmidt in:

Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, jurisPK-BGB, 9. Aufl., § 630d BGB (01.02.2020) Rn. 27.

²⁶⁹ ფედერალური მთავრობის კანონის პროექტი პაციენტთა უფლებების გაუმჯობესების შესახებ 2012 წლის 15 აგვისტოს BT-Drucks. 17/10488, S. 24; K. Schmidt in:

Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, jurisPK-BGB, 9. Aufl., § 630d BGB (01.02.2020) Rn. 27.

²⁷⁰ შდრ. OLG Koblenz, Urteil vom 13. Juli 2006 - 5 U 290/06 - MedR 2009, 93, juris Rn. 12 f.

იქნეს განხილული და მხოლოდ პაციენტისთვის ინფორმაციის მიწოდებისა და მისი თანხმობის შემდეგ უნდა მოხდეს მათი ჩატარება.

მისგან განცალკევებულია საკითხი, თუ რომელ ღონისძიებებს მოიცავს სავარაუდო თანხმობა, თუ ოპერაციის დროს წარმოიქმნება სიტუაცია, როდესაც ოპერაციის სასურველ წარმატებას საფრთხე ემუქრება დაგეგმილი და პაციენტთან წინასწარ შეთანხმებული პროცედურის შეცვლის გარეშე ან რომელიც ზრდის ოპერაციის რისკებს. ამ საკითხთან დაკავშირებით იხილეთ II 4. ზ) თავში.

ბ) სავარაუდო თანხმობის სამართლებრივი ფარგლები

თუ პაციენტის განკარგულებით ნამდვილი ნება გამოვლინდა (§ 1901a BGB), ანუ თუ განკარგულება თანხმობის გაცემის უუნარობის მომენტამდე იქნა შედგენილი მკურნალობის შესრულებასთან ან აკრძალვასთან დაკავშირებით, მას მიენიჭება გადამწყვეტი მნიშვნელობა და, შესაბამისად, გათვალისწინებული უნდა იყოს ექიმის მიერ.²⁷¹ ასეთ შემთხვევაში სავარაუდო თანხმობის პრინციპების გამოყენებისთვის ადგილი აღარ რჩება. ეს წესი მოქმედებს შეზღუდვის გარეშე იმ შემთხვევაში, თუ გადაუდებელი სამედიცინო დახმარების ფარგლებში პაციენტთან კომუნიკაცია საერთოდ შეუძლებელია. სხვა შემთხვევაში განმარტება უნდა მოხ-

დეს იმ ფარგლებში, რაც კონკრეტულ სიტუაციაში - პაციენტის ხშირად ექსტრემალური ფსიქოლოგიური სტრესისა და მისი ხშირად შეზღუდული ცნობიერების გათვალისწინებით - სამედიცინო მკურნალობის დაგვიანებას და დამატებით შესამჩნევ რისკებს არ შექმნის.

თუ მკურნალობის კანონიერება სავარაუდო თანხმობის პრინციპებს ემყარება, სავარაუდო ნება პაციენტის პირადი მდგომარეობის და ინდივიდუალური ინტერესების, სურვილების, საჭიროებებისა და ღირებულებების საფუძველზე უნდა განისაზღვროს.²⁷² ამ მიზნით გამოყენებული უნდა იქნეს პაციენტის წინასწარი ზეპირი ან წერილობითი განცხადებები, მისი რელიგიური შეხედულებები, სხვა პიროვნული ღირებულებები, ასაკთან დაკავშირებული ცხოვრებისეული მოლოდინები და მოსალოდნელი ტკივილები და ტანჯვა მკურნალობის დროს ან მის შემდეგ.²⁷³

თუ კონკრეტული გარემოებების საფუძველზე გამოკვლევის შედეგად ვერ დგინდება ინდივიდუალურად პაციენტის სავარაუდო სურვილები, ეს დადგენილ უნდა იქნეს ზოგად ფასეულობათა დახმარებით.²⁷⁴ ექვის შემთხვევაში, ადამიანის სიცოცხლის დაცვას უპირატესობა ენიჭება, იმისგან დამოუკიდებლად თუ რას ფიქრობს ექიმი, ახლობლი თუ სხვა მონაწილე პირი.²⁷⁵ ეს განსაკუთრებით ეხება უბედური შემთხვევის შედეგად მძიმედ ტრავმირებული პაციენტების მკურნალობას, სადაც სიცოცხლის გადარჩენა, როგორც წესი, მთავარი პრიორიტეტია.

²⁷¹ ფედერალური მთავრობის კანონის პროექტი პაციენტთა უფლებების გაუმჯობესების შესახებ 2012 წლის 15 აგვისტოს BT-Drucks. 17/10488, S. 23; K. Schmidt in: Herberger / Martinek / Rüßmann / Weth / Würdinger, jurisPK-BGB, 9. Aufl., § 630d BGB (01.02.2020) Rn. 23; Rehborn/Gescher in: Erman BGB, 16. Auflage, § 630d Rn. 15).

²⁷² BGH, Urteil vom 2. November 1976 - VI ZR 134/75 - NJW 1977, 337 - juris Rn. 10 ff.; Gesetzentwurf der Bundesregierung zum Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Rechte von Patientinnen und Patienten vom 15.08.2012, BT-Drucks. 17/10488, S. 24; Staudinger/Gutmann (2021) BGB § 630d Rn. 246 f.; aus strafrechtlicher Sicht: BGH, Urteil vom 4. Oktober 1999 - 5 StR 712/98 - BGHSt 45, 219, juris Rn. 6; BGH, Urteil vom 13. September 1994 - 1 StR 357/94 - BGHSt 40, 257, juris Rn. 21

²⁷³ Rehborn/Gescher in: Erman BGB, 16. Auflage, § 630d Rn. 27; Staudinger/Gutmann (2021) BGB § 630d Rn. 246 f.; aus strafrechtlicher Sicht: BGH, Urteil vom 13. September 1994 - 1 StR 357/94 - BGHSt 40, 257, juris Rn. 22; BGH, Beschluss vom 25. März 1988 - 2 StR 93/88 - BGHSt 35, 246, juris Rn. 9.

²⁷⁴ სისხლის სამართლის საქმე: BGH, 1999 წლის 4 ოქტომბრის გადაწყვეტილება - 5 StR 712/98 - BGHSt 45, 219, juris para 6; BGH, 1988 წლის 25 მარტის გადაწყვეტილება - 2 StR 93/88 - BGHSt 35, 246, juris para 9.

²⁷⁵ სისხლის სამართლის საქმე: BGH, Urteil vom 13. September 1994 - 1 StR 357/94 - BGHSt 40, 257, juris Rn. 22; auch BGH, Urteil vom 4. Oktober 1999 - 5 StR 712/98 - BGHSt 45, 219, juris Rn. 6.

ზოგიერთ შემთხვევაში, ეს ზოგად ღირებულებებზე დაფუძნებული თანხმობა, მოიხსენიება როგორც ჰიპოთეტური (არასავარაუდო) თანხმობა, რადგან ის არ არის დაფუძნებული სავარაუდო ნებაზე, არამედ ეფუძნება ობიექტურ კრიტერიუმებს.²⁷⁶ მიუხედავად იმისა, რომ ეს დიფერენციაცია სამართლებრივი დოგმატიკის თვალსაზრისით სწორია, ის ენობრივად შეცდომაში შემყვანია, რადგან სამედიცინო-სამართლებრივ ტერმინოლოგიაში, როგორც წესი, სიტყვა ჰიპოთეტური თანხმობის მნიშვნელობით კანონიერი ალტერნატიული ქცევის საკითხები განიხილება (II. 7. ე)).

დამატებითი დეტალები, რომლებიც შესაბამისი მნიშვნელობით მოქმედებს, განხილულია II. 6. ბ) ბ.ბ) თავში.

დ) მოქმედების წესი სამუშაოს განაწილების დროს

მკურნალობის ხანგრძლივობის დროს ხშირია სამუშაოს განაწილების შემთხვევა, რომელიც წარმოშობს საკითს, თუ რომელ მკურნალს რომელი სამედიცინო ღონისძიებებისთვის ევალება პაციენტისთვის მკურნალობის შესახებ ინფორმაციის მიწოდება - რომელი სამედიცინო ზომებისთვის რა პასუხისმგებლობის რისკები წარმოიქმნება, განსაკუთრებით ქირურგიისთვის, თუ სამედიცინო ჩარევის მომზადებაში ჩართულმა სხვა ექიმმა ინფორმაციის მიწოდების ვალდებულება არ შეასრულა.

აა) შრომის ჰორიზონტალური დაყოფა

(1) შრომის ჰორიზონტალური განაწილების შემთხვევაში, ანუ ორ ან მეტ სხვადასხვა სპეცი-

ალობის მქონე ექიმს შორის დაგეგმილი თანამშრომლობის დროს,²⁷⁷ თითოეული ექიმი ვალდებულია პაციენტს მიაწოდოს ინფორმაცია მხოლოდ იმ ღონისძიებებზე, რომლებიც **მის სპეციალობას ეხება** და რომლთაც ის ახორციელებს ან პასუხისმგებელია.²⁷⁸

შრომის ჰორიზონტალური დანაწილების კიდევ ერთი შედეგია ის, რომ, როგორც წესი, მკურნალობის თითოეული განხრისთვის პაციენტის **ცალკეული ნებართვა** უნდა გაიცეს.²⁷⁹ მაგალითად, ანესთეზიაზე თანხმობა არ მოიცავს ოპერაციაზე თანხმობას²⁸⁰ და პირიქით.

თუმცა, ლიტერატურაში ნაწილობრივ გავრცელებულ მოსაზრების²⁸¹ საწინააღმდეგოდ, არ არსებობს ღელვის საფუძველი, თუ კლინიკაში პაციენტის ინფორმირება ცენტრალიზებულად (მაგალითად, პაციენტის მიღებისას) ერთადერთი ექიმის მიერ განხორციელდება და შეძლებისდაგვარად პაციენტის ნებართვა მკურნალობის თითოეულ ეტაპზე ცენტრალიზებულად იქნება მოპოვებული. თუმცა ცენტრალიზებული ინფორმაციის მიწოდების შემთხვევაში, მისი ნამდვილობის წინაპირობას ინფორმაციის მიმწოდებელი ექიმის პროფესიული კვალიფიკაცია წარმოადგენს, რომელიც მას თითოეული ჩასატარებელი მკურნალობის შესახებ უნდა გააჩნდეს. გარდა ამისა, ასეთი ცენტრალიზებული ინფორმაციის ვალდებულებით აღჭურვილ ექიმს აქვს მკაცრი კონტროლის ვალდებულება (იხ. დეტალურად II. 5. ბ) ბბ თავი), რადგან კლინიკის მოქმედების ასეთი ორგანიზების დროს სამუშაოს ჰორიზონტალური განაწილება სირთულით აღემატება სტანდარტულ სამედიცინო მკურნალობის ვერტიკალურ ფორმას და ერთ ექიმზე კონცენტრირებულ სამუშაოს განაწილებას.

სამუშაოს ჰორიზონტალური წესით გაყოფის პრინციპის გამოყენება თავშივე გამოირიცხება,

²⁷⁶ BGH, Beschluss vom 15. Oktober 2003 - 1 StR 300/03 - NSTZ-RR 2004, 16, juris Rn. 7; BGH, Beschluss vom 25. März 1988 - 2 StR 93/88 - BGHSt 35, 246, juris Rn. 9.

²⁷⁷ BGH, Urteil vom 26. Mai 2020 - VI ZR 213/19 - MedR 2021, 41, juris Rn. 14.

²⁷⁸ BGH, Urteil vom 15. Juni 2010 - VI ZR 204/09 - MedR 2010, 857, juris Rn. 13; OLG Frankfurt, Urteil vom 18. April 2006 - 8 U 107/05 - juris Rn. 53; Staudinger/Gutmann (2021) BGB § 630e Rn. 147; K. Schmidt in: Herberger/Martinek/Rüßmann/

Weth/Würdinger, jurisPK-BGB, 9. Aufl., § 630e BGB (01.02.2020) Rn. 38.

²⁷⁹ BGH, Urteil vom 17. Februar 1998 - VI ZR 42/97 - MedR 1998, 516, juris Rn. 14; Staudinger/Gutmann (2021) BGB § 630e Rn. 147.

²⁸⁰ BGH, Urteil vom 17. Februar 1998 - VI ZR 42/97 - MedR 1998, 516, juris Rn. 14; Staudinger/Gutmann (2021) BGB § 630e Rn. 147.

²⁸¹ Staudinger/Gutmann (2021) BGB § 630e Rn. 147.

თუ ორ ან მეტ სხვადასხვა სპეციალიზაციის მქონე ექიმს შორის მკურნალობა **ურთიერთშეთანხმებით** არ მიმდინარეობს და ერთმანეთის მიერ განხორციელებულ მკურნალობაზეც კი არ აქვთ ინფორმაცია.²⁸² მაშინ თითოეული ექიმი თავისი მკურნალობის ფარგლებში თავადვე არის პასუხისმგებელი პაციენტისთვის მკურნალობის შესახებ ინფორმაციის მიწოდებაზე. იგივე წესი მოქმედებს, თუ ექიმმა იცის სხვა ექიმის მკურნალობის შესახებ მასთან რაიმე ფორმით მუშაობის გარეშე. თუმცა თუ ერთმანეთის პარალელურად მიმდინარე მკურნალობის პროცედურებს შორის რაიმე რისკების წარმოქმნის საშიშროება არსებობს, მაგალითად შეუთავსებლობის გამო, მაშინ ამ ინფორმაციის მიწოდებაზეც, როგორც თერაპიის შედეგზე, ასევე არსებობს ინფორმაციის მიწოდების ვალდებულება (ამასთან დაკავშირებით იხ. I. 3).

(2) ამისგან დამოუკიდებლად, პასუხი უნდა გაეცეს კითხვას, შეუძლია თუ არა, შრომის ჰორიზონტალური დანაწილების შემთხვევაში ერთ ექიმს დარწმუნებული იყოს იმაში, რომ თერაპიაში მონაწილე სხვა ექიმის მიერ ინფორმაციის მიწოდების ვალდებულება შესრულებული იქნება.

ამ თემის არსებითი მნიშვნელობა პასუხისმგებლობის სამართლებრივ კონტექსტში მდგომარეობს იმაში, რომ პაციენტის თვალთშეუპყრობით ერთიანი მკურნალობის ღონისძიების მიუხედავად, თვითგამორკვევის უფლება დარღვეულად ჩაითვლება, თუ საკმარისი ინფორმაცია თითოეული ინდივიდუალური მკურნალობის შესახებ პაციენტს არ მიეწოდება. ეს განსაკუთრებით ვლინდება ოპერაციის დროს, სადაც საანესთეზიო და ქირურგიული კომპონენტები პაციენტის წარმოსახვაში ერთიან, განუყოფელ პროცესს ერწყმიან. აქედან გამომდინარე, ქირურგი-

ული ჩარევა მთლიანობაში ვერ ჩაითვლება გამართლებულად, თუ ცალკე, ქირურგიული ღონისძიების შესახებ სრულყოფილად იყო ინფორმაცია მიწოდებული, მაგრამ არა ანესთეზიის შესახებ. ეს ნიშნავს, რომ ქირურგს შეუძლია პასუხისმგებლობის თავიდან აცილება მისი ქმედებების ობიექტური უკანონობის შემთხვევაში, თუ მისი ბრალეულობა არ იკვეთება; კონკრეტულად, თუ მას ვარაუდის საფუძველი ჰქონდა იმისა, რომ ნარკოზის შესახებ პაციენტი საკმარისად იყო ინფორმირებული.

სამუშაოს ჰორიზონტალური განაწილების შემთხვევაში, მაშასადამე, მოქმედებს **ურთიერთდობის პრინციპი**,²⁸³ ისე რომ, თითოეულ ექიმს მოლოდინი შეუძლია ჰქონდეს იმისა, რომ პაციენტისთვის მკურნალობის შესახებ საჭირო ინფორმაცია კვალიფიციურად, შესაბამისი მითითებისა და სათანადო ინფორმაციების ჩათვლით, მიწოდებულ იქნება მკურნალობის პროცესში მონაწილე, სხვა კოლეგისგან.²⁸⁴ ეს განსაკუთრებით ეხება იმ შემთხვევას, თუ ამ უკანასკნელს სპეციალიზირებული კვალიფიკაცია აქვს. ამიტომ, მაგალითად, გინეკოლოგს, როგორც წესი, შეუძლია დაეყრდნოს პათოლოგიის²⁸⁵ ჰისტოლოგიური ან ციტოლოგიური დაზუსტების შედეგს, ხოლო ორთოპედს შეუძლია დაეყრდნოს რადიოლოგის წერილობით დასკვნებს მის მიერ გაკეთებული მაგნიტურ-რეზონანსული ტომოგრაფიის (MRI) შემთხვევაში მუხლის დაზიანების დროს.²⁸⁶

ეს წესი არ მოქმედებს მხოლოდ მაშინ, თუ აშკარა კვალიფიკაციის ხარვეზები ან შეცდომები იკვეთება, რაც სხვა ექიმის მიერ საკუთარი მოვალეობის დაუდევრობით შესრულებაზე მეტყველებს. განსხვავებით შრომის ვერტიკალური დანაწილებისგან აქ არ მოქმედებს მონიტორინგის ვალდებულება²⁸⁷ (იხ. II. 7. დ) ბ.ბ.).

²⁸² BGH, Urteil vom 26. Mai 2020 - VI ZR 213/19 - MedR 2021, 41, juris Rn. 14.

²⁸³ ამ თემაზე *ჰანგელოზი*, სამედიცინო შეცდომის მტკიცების ტვირთი გერმანიაში, შედარებითი სამართლის ჟურნალი 2/2023, III. 5. d).

²⁸⁴ BGH, Urteil vom 26. Mai 2020 - VI ZR 213/19 - MedR 2021, 41, juris Rn. 13; BGH, Urteil vom 26. Januar 1999 - VI ZR 376/97 - BGHZ 140, 309, juris Rn. 14 ff.; OLG Köln, Urteil vom 17. März 2010 - I-5 U 51/09 - GesR 2010, 409,

juris Rn. 30; OLG Köln, Beschluss vom 3. September 2008 - 5 U 51/08 - MedR 2009, 343, juris Rn. 6.

²⁸⁵ OLG Hamm, Urteil vom 26. September 2011 - I-3 U 65/11 - juris Rn. 23

²⁸⁶ OLG München, Urteil vom 22. August 2013 - 1 U 204/12 - juris Rn. 47.

²⁸⁷ BGH, Urteil vom 26. Mai 2020 - VI ZR 213/19 - MedR 2021, 41, juris Rn. 13; BGH, Urteil vom 26. Januar 1999 - VI ZR 376/97 - BGHZ 140, 309, juris Rn. 14.

მაშასადამე ქირურგი, რომელსაც კონკრეტული ოპერაციის ჩატარება აქვს დავალებული შეუძლია ენდოს დიაგნოზის სისწორეს, რომელიც რეფერენტი ექიმის მიერ იქნა დასმული და რომ პაციენტი ნამდვილად დათანხმდა ოპერაციას, მას შემდეგ, რაც სათანადოდ იყო ინფორმირებული ოპერაციის ეფექტიანობისა და მკურნალობის შესაძლო ალტერნატივების შესახებ.²⁸⁸ თუმცა, თუ ოპერაციის დროს გამოვლენილი მონაცემების მიხედვით, დიაგნოზის სისწორეში ან/და პაციენტის სათანადოდ ინფორმირების შესახებ სერიოზული ეჭვი გაჩნდება, ქირურგმა უნდა შეწყვიტოს ოპერაცია, რათა აღმოფხვრას ეჭვი, თუ ოპერაციის გაგრძელება შეუქცევად მძიმე ფიზიკურ ცვლილებებს გამოიწვევს.²⁸⁹

(2.1) თუმცა, ნდობის ეს პრინციპი მხოლოდ იმ საფრთხეებს ეხება, რომლებიც მხოლოდ ერთ-ერთი ჩართული ექიმის პასუხისმგებლობის სფეროზეა დაქვემდებარებული, ანუ იმ რისკებს რომლებიც კონკრეტული გამიჯვნადი სამედიცინო სპეციალიზაციიდან გამომდინარეობენ.²⁹⁰ ასეთი გამიჯვნა, როგორც წესი, ნარკოზით მიმდინარე ოპერაციების მსვლელობის, ანესთეზიოლოგიისა და ქირურგის თანამონაწილეობის, დროს ხორციელდება:

ანესთეზიოლოგი ძირითადად ნარკოზის მედიკამენტების მომზადებაზე, საანესთეზიო პროცედურის შერჩევაზე და პაციენტისთვის საანესთეზიო რისკებზე ინფორმაციის მიწოდებაზე აგებს პასუხს.²⁹¹ ოპერაციის მიმდინარეობის ფაზაში ანესთეზიოლოგი ძირითადად ანესთეზიაზეა პასუხისმგებელი, მათ შორის პაციენტის სასიცოცხლო ფუნქციების მონიტორინგსა

და შენარჩუნებაზე, ხოლო ქირურგი ქირურგიული პროცედურისთვის და შედეგად გამოწვეული რისკებისთვის.²⁹² ანესთეზიოლოგი, რა თქმა უნდა, არ არის პასუხისმგებელი პოსტოპერაციულ ფაზაზე ან ახალშობილის მზრუნველობაზე.²⁹³ იმის მიხედვით, თუ როგორ არის დაყოფილი სამედიცინო სპეციალიზაცია, წარმოიშობა შესაბამისი სპეციალიზაციის ფარგლებში პაციენტისთვის ინფორმაციის მიწოდების ვალდებულება.

მეორე მხრივ, ასეთი გამიჯვნა პირადი პასუხისმგებლობის სფეროებად გამოირიცხულია, თუ პაციენტის დასაცავად **საჭიროა დაგეგმილი ღონისძიებების კოორდინაცია**, რათა გამოირიცხოს რისკები, რომლებიც შეიძლება წარმოიშვას სპეციალიზაციების მიხედვით დაგეგმილი ღონისძიებების შეუთავსებლობით. ამ მხრივ, ნდობის პრინციპისთვის ადგილი აღარ რჩება.²⁹⁴ იგივე ხდება იმ შემთხვევაში, თუ სპეციალიზებული კლინიკის ექიმები ზოგადი კლინიკის ექიმებთან ერთად მუშაობენ ისე, რომ პაციენტი გასინჯულია სპეციალიზებულ კლინიკაში, საჭირო ინფორმაცია სამკურნალო ღონისძიებების შესახებ იქ მიაწოდეს და მისი პროცედურისთვის მომზადებაც იქ მოხდა, ხოლო ოპერაცია ტარდება ზოგად კლინიკაში ექიმების კონსულტაციის შემდეგ. ასეთ შემთხვევაში ასევე, სპეციალიზებული კლინიკის ექიმების ვალდებულებას მიეკუთვნება პაციენტის სრულყოფი-

²⁸⁸ OLG Köln, Beschluss vom 3. September 2008 - 5 U 51/08 - MedR 2009, 343, juris Rn. 10.

²⁸⁹ OLG Köln, Beschluss vom 3. September 2008 - 5 U 51/08 - MedR 2009, 343, juris Rn. 10 f., მდებარეობით ნორმალური ანატომიის ინტრაოპერაციული დასკვნების შესახებ პრეპუბერალური საშვილოსნოს და ნორმალური საკვერცხეების ტესტის. ოვარიექტომია წარმოდგენილია რეფერენტი ექიმის მიერ.

²⁹⁰ BGH, Urteil vom 26. Mai 2020 - VI ZR 213/19 - MedR 2021, 41, juris Rn. 14; BGH, Urteil vom 26. Januar 1999 - VI ZR 376/97 - BGHZ 140, 309, juris Rn. 16

²⁹¹ BGH, Urteil vom 26. Januar 1999 - VI ZR 376/97 - BGHZ 140, 309, juris Rn. 16; OLG Dresden, Urteil vom 17. Mai

2001 - 4 U 311/01 - juris Rn. 29; Gesetzentwurf der Bundesregierung zum Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Rechte von Patientinnen und Patienten vom 15.08.2012, BT-Drucks. 17/10488, S. 24; Staudinger/Gutmann (2021) BGB § 630e Rn. 147

²⁹² BGH, Urteil vom 26. Januar 1999 - VI ZR 376/97 - BGHZ 140, 309, juris Rn. 16; BGH, Urteil vom 26. Februar 1991 - VI ZR 344/89 - MedR 1991, 198, juris Rn. 13

²⁹³ OLG Frankfurt, Urteil vom 18. April 2006 - 8 U 107/05 - juris Rn. 53

²⁹⁴ BGH, Urteil vom 26. Januar 1999 - VI ZR 376/97 - BGHZ 140, 309, juris Rn. 16 ff., ანესთეზიოლოგიისა და ოფთალმოლოგიის თანამშრომლობა ჩახშობის ოპერაციის დროს (სტრაბიზმის ოპერაცია)

ლად ინფორმირება პროცედურის მიმდინარეობის, რისკებისა და წარმატების შანსების შესახებ, თუნდაც ის ზოგად კლინიკაში ჩატარდეს.²⁹⁵

(2.2) საბოლოოდ გადაწყვეტილი არ არის, რამდენად გამოიყენება ნდობის ეს პრინციპი, თუ სამუშაოს ჰორიზონტალური დაყოფის შემთხვევაში ექიმები მკურნალობის სხვა დარგის სპეციალისტებთან ერთად მუშაობენ.²⁹⁶

ამ მხრივ, სავარაუდოდ გადამწყვეტი არის, განეკუთვნება თუ არა ეს კონკრეტული თემატიკა წმინდა სამედიცინო სფეროს, რადგან, ამ მხრივ, ექიმი მისი სპეციფიკური სპეციალიზაციის გამო ავტომატურად იქნება დარწმუნებული იმაში, რომ სხვა მკურნალი სათანადოდ იმოქმედებს. თუ, მკურნალობის ფარგლებში უფრო „ტექნიკური მხარე დომინირებს“ რაიმე კონკრეტულ სამედიცინო თემატიკის ნაცვლად, ექიმისთვის შესაძლებელი იქნება გარკვეულ ფარგლებში ნდობა გაუჩნდეს, რომ სხვა მკურნალი კეთილსინდისიერად მოიქცევა; მაგალითად, სტომატოლოგს კბილის იმპლანტოლოგის მიმართ, რომ კბილის პროთეზს სათანადო ტექნიკური წესების დაცვით დაამზადებს.²⁹⁷

თუმცა აქ უნდა აღინიშნოს რომ, ინტერესის საგანს ერთი საკითხი წარმოადგენს - რა შემთხვევაში დგება ექიმის ბრალი და რა პირობებში. აქედან უნდა გამოიყოს, შეიძლება თუ არა სახელშეკრულებო სამართლებრივი ურთიერთობების ფარგლებში, სამედიცინო ღონისძიებაში ჩართული სხვა დარგის სპეციალისტები (მათ შორის, პროთეზირებისას) ექიმის დამხმარეებად ჩაითვალოს და, გერმანიის სამოქალაქო კოდექსის §278 ან §396 მუხლის მიხედვით, მათი ბრალეულობის შემთხვევაში ექიმს პასუხისმგებლობა დაეკისროს.

ბბ) სამუშაოს ვერტიკალური დანაწილება

შრომის ვერტიკალური დანაწილების ცენტრალური სამართლებრივი თემა არ ეხება ინფორმაციის მიწოდების ვალდებულების ზეგავლენას, არამედ ცალკეული მოქმედი პირების ინდივიდუალურ ვალდებულებებს, ასევე კოორდინაციის, ორგანიზაციისა და კონტროლის ვალდებულებებს.²⁹⁸

შრომის ვერტიკალური დანაწილების შემთხვევაში ინფორმაციის მიწოდების ვალდებულებაზე ვრცელდება II 5. ბ) ბბ) აღწერილი ინფორმაციის დელეგირების პრინციპები;²⁹⁹ მაშინაც კი, თუ განმარტება არ არის გადაცემული ცალკე, არამედ ვერტიკალური სამუშაოს განაწილების ფარგლებში მკურნალობის ნაწილები დასაშვები გზით არის დელეგირებული. დავალებების სხვისთვის დელეგირებით ინფორმაციის მიწოდების ვალდებულებაც დელეგირების ადრესატზე გადადის. თუმცა დავალების მიმცემა ვალდებულია შეარჩიოს ამ ვალდებულების შემსრულებლად შესაფერისი პირი და გააკონტროლოს ის (დანვრილებით შდრ. II. 5. ბ) ბბ)).

ე) კანონიერი ალტერნატიული ქცევა

გერმანიის სამოქალაქო კოდექსის §630h 2 აბზაცის, 2 წინადადების მიხედვით, თუ ინფორმაციის მიწოდების მოვალეობა ირღვევა, დამსწრე ექიმს შეუძლია თავი გაიმართლოს, რომ პაციენტი მკურნალობაზე მაშინაც კი დათანხმდებოდა, თუ მისთვის ინფორმაციის მიწოდება სათანადოდ მოხდებოდა (ე.წ. **ჰიპოთეტური თანხმობა**).

²⁹⁵ BGH, Urteil vom 8. Mai 1990 - VI ZR 227/89 - MedR 1990, 264, juris Rn. 11 ff., პერიკარდექტომია ე.წ. ჯავშნიან გულში

²⁹⁶ ლიად დარჩა ექიმისა და ქიროგიმნასტებს შორის შრომის განაწილების შესახებ საკითხი OLG Hamm, Urteil vom 4. Juni 2007 - I-3 U 185/06 - juris Rn. 36 ff.

²⁹⁷ LG Köln, Urteil vom 26. Oktober 2021 - 3 O 6/20 - juris Rn. 23

²⁹⁸ იხილეთ, მაგალითად: BGH, Urteil vom 12. Januar 2021 - VI ZR 60/20 - MedR 2021, 820, juris Rn. 17 ff., პაგენლოხი, მნიშვნელოვანი ტენდენციები გერმანიის

სასამართლო პრაქტიკაში სამედიცინო სამართლის მიმართულებით 2021 წელს, სამედიცინო სამართლისა და მენეჯმენტის ჟურნალი 2/2023, 1, II. 6; Brandenburgisches Oberlandesgericht, Urteil vom 25. Februar 2010 - 12 U 60/09 - VersR 2010, 1601, juris Rn. 11; OLG Frankfurt, Urteil vom 18. April 2006 8 U 107/05 - juris Rn. 53; OLG Zweibrücken, Urteil vom 2. November 1999 - 5 U 3/99 - MedR 2000, 537, juris Rn 37.

²⁹⁹ auch BGH, Urteil vom 7. November 2006 - VI ZR 206/05 - BGHZ 169, 364 juris Rn. 9 f.

აა) ჰიპოთეტური მიზეზობრივი მიმდინარეობა

ეს საკანონმდებლო რეგულაცია მოიცავს მის ძალაში შესვლამდე მოქმედ დადგენილ სასამართლო პრაქტიკას და ამჟამად საკანონმდებლო რეგულაციის ფორმით აგრძელებს არსებობას.³⁰⁰ ეს ნორმა ეფუძნება ზოგად ზიანის მარეგულირებელ - ე.წ. სამართლებრივი ალტერნატიული ქცევის პრინციპს.³⁰¹ ანუ ეხება საკითხს, რეალიზდებოდა თუ არა სამსახურებრივი ვალდებულების დარღვევით გამოწვეული ზიანი, თუ პროცედურა ნორმის შესაბამისად ჩატარდებოდა. სხვა სიტყვებით რომ ვთქვათ, საუბარია იმაზე, თუ რა მოხდებოდა, თუ ვალდებულების საწინააღმდეგო ქმედებას ან ვალდებულების საწინააღმდეგო უმოქმედობას გამოვრიცხავთ (აქ: ვალდებულების საწინააღმდეგოდ პაციენტის ინფორმირების გამოტოვება).

ამ კითხვის რეალური პრობლემა მდგომარეობს იმაში, რომ უნდა მოხდეს ჰიპოთეტური კაუზალური მიმდინარეობის „პროექტირება“, რომელშიც საბოლოოდ გადამწყვეტი ელემენტი, კერძოდ პაციენტის სავარაუდო ქცევა, როგორც წესი, არ არის დაფუძნებული წმინდა სარგებლის და რისკის ობიექტურ შეფასებაზე, არამედ შესაძლოა გავლენა იქონიოს სუბიექტურმა ასპექტებმა, როგორიცაა შიშები და წუხილი ან პირადი გამოცდილება. გარდა ამისა, პაციენტის შემდგომ მოსაზრებებზე მის სავარაუდო გადაწყვეტილებასთან დაკავშირებით ბუნებრივად გავლენას ახდენს ის, რაც რეალურად მოხდა, ანუ მკურნალობა, რომელმაც მისი მოლოდინები არ გაამართლა ან თუნდაც ბედისწერის მძიმე დარტყმა. მაშინაც კი, თუ პროცესუალური და ტაქტიკური მოსაზრებები (რომლებიც ყოველთვის არ არის გამორიცხული) იგნორირებულია, ასეთი პაციენტი იმ დასკვნამდე მივა,

რომ ის არ გასცემდა თანხმობას, თუ იგი საკმარისად იქნებოდა ინფორმირებული იმ რისკის შესახებ, რომელიც მის შემთხვევაში რეალიზდა. მით უფრო მნიშვნელოვანია სასამართლოს შესაბამის ფაქტობრივ დასკვნებზე განსაკუთრებით მაღალი პროცედურული მოთხოვნების დაწესება და შეფასებითი კრიტერიუმების შემუშავება, რომელიც ასეთ სიტუაციაში ექიმისა და პაციენტის ინტერესებს შორის შესაბამის ბალანსს წარმოშობს (რაც მხოლოდ ობიექტურად „შეზღუდული ზომით არის წარმოებადი“).

ბბ) სამართლო პრაქტიკის პრინციპები

სასამართლო პრაქტიკა ამ შეფასებას შემდეგნაირად აკეთებს:

(1) მტკიცების ტვირთის შესახებ ზოგადი პრინციპების გათვალისწინებით, კანონიერი ალტერნატიული ქცევის შემთხვევაში, **ექიმმა უნდა დაამტკიცოს**, რომ პაციენტი მის მიერ სათანადო ინფორმაციის მიწოდების შემთხვევაშიც სამედიცინო ღონისძიების გატარებაზე დათანხმდებოდა (შეადარეთ გერმანული სამოქალაქო კოდექსის § 630h, 2 აბზაცი, 2 წინადადება).

ამ მტკიცებულების წარმოდგენაზე **მკაცრი მოთხოვნები** უნდა იყოს დაწესებული, რადგან წინააღმდეგ შემთხვევაში პაციენტის უფლება, იყოს ინფორმირებული უგულებელყოფილ იქნება მტკიცებულების მოთხოვნის სამოქალაქო საპროცესო უფლებით.³⁰² შემდგომ საჭიროა, წარმოსახვის ფარგლებში გამოვიძიოთ, მოხდა თუ არა სათანადო და სრულყოფილი ინფორმაციის მიწოდება, რათა დადგინდეს ჰიპოთეტური ნება-რთვა თუ შესაძლებელია ის მოცემულად ჩაითვალოს.³⁰³ ამიტომ, პირველ რიგში, სასამართლომ უნდა დაადგინოს, სრულყოფილი ინფორმაციის მიწოდება რას გულისხმობს. მხოლოდ ამ

³⁰⁰ BGH, Beschluss vom 21. Juni 2022 - VI ZR 310/21 - NJW 2022, 2682, juris Rn. 8; BGH, Urteil vom 7. Dezember 2021 - VI ZR 277/19 - NJW-RR 2022, 462, juris Rn. 10; BGH, Urteil vom 18. Mai 2021 - VI ZR 401/19 - MedR 2021, 897, juris Rn. 14; BGH, Urteil vom 21. Mai 2019 - VI ZR 119/18 - MedR 2020, 125, juris Rn. 17.

³⁰¹ BGH, Urteil vom 18. November 2008 - VI ZR 198/07 - MedR 2010, 181 Rn. 23

³⁰² BGH, Beschluss vom 21. Juni 2022 - VI ZR 310/21 - NJW

2022, 2682, juris Rn. 8; BGH, Urteil vom 7. Dezember 2021 - VI ZR 277/19 - NJW-RR 2022, 462, juris Rn. 10; BGH, Urteil vom 18. Mai 2021 - VI ZR 401/19 - MedR 2021, 897, juris Rn. 14; BGH, Urteil vom 21. Mai 2019 - VI ZR 119/18 - MedR 2020, 125, juris Rn. 17.

³⁰³ BGH, Urteil vom 21. Mai 2019 - VI ZR 119/18 - MedR 2020, 125, juris Rn. 18; BGH, Urteil vom 5. Februar 1991 - VI ZR 108/90 - MedR 1991, 200; juris Rn. 9.

ფაქტობრივ საფუძველზე დაყრდნობით შეიძლება გადაწყდეს მეორე საფეხურზე, დაეთანხმებოდა თუ არა პაციენტი სავარაუდოდ მკურნალობას, თუ იგი სრულყოფილად იქნებოდა ინფორმირებული.

(2) თუმცა, მტკიცების ეს ტვირთი მხოლოდ იმ შემთხვევაში ეკისრება ექიმს, თუ პაციენტმა მანამდე აჩვენა, რომ ის სრულფასოვნად ინფორმაციის მიღების შემთხვევაში ე.წ. **არჩევანის კონფლიქტში** მოხვდებოდა (გაუჭირდებოდა არჩევანის გაკეთება).

ეს იმას ნიშნავს, რომ პაციენტი არ არის ვალდებული ამტკიცოს, რომ მკურნალობაზე უარს იტყოდა სრულფასოვნად ინფორმაციის მიწოდების შემთხვევაში; რისი მტკიცებაც მას ნამდვილად გაუჭირდებოდა. პაციენტმა მხოლოდ **დამაჯერებლად უნდა დაასაბუთოს**, რომ გადაწყვეტილების მიღებისას რეალური არჩევანის კონფლიქტის წინაშე აღმოჩნდებოდა, მისთვის სამედიცინო ჩარევის რისკების შესახებ ინფორმაცია დროულად რომ მიენოდებინათ.³⁰⁴ მეორე მხრივ, მას არ მოუწევს იმის მტკიცება, თუ რა მიზეზით გადაწყვეტდა სამედიცინო ჩარევის შეწყვეტას სათანადოდ რომ ყოფილიყო ინფორმირებული.³⁰⁵

პაციენტის ვალდებულება, წარმოადგინოს ასეთი კონფლიქტი დასაბუთებულად, არ ექვემდებარება **მაღალ მოთხოვნებს**.³⁰⁶ ყურადღება გამახვილებულია პაციენტის პერსონალური გადაწყვეტილების მიღების სიტუაციაზე, ანუ მის სპეციფიურ ცხოვრებისეულ გამოცდილებაზე ან მის გრძნობებზე. ექიმის შეხედულებით, რა

იქნებოდა სასარგებლო და აუცილებელი და როგორ მოიქცეოდა „გონიერი პაციენტი“, ამ შემთხვევაში არ ითვლება რელევანტურად. ასევე, მოსამართლესაც არ აქვს უფლება კონფლიქტის შეფასების დროს საკუთარი შეხედულებით პაციენტის პოზიცია ჩაანაცვლოს.³⁰⁷

(3) სამოქალაქო საპროცესო სამართლის ფარგლებში გასათვალისწინებელია, რომ მოსამართლე პაციენტის არჩევანის კონფლიქტის მიზეზების გამოძიებისას წარმოშობილი სირთულეების გამო **პაციენტის პერსონალური მოსმენის გარეშე** ფაქტების დადგენას ვერ შეძლებს.³⁰⁸ პაციენტის პირადად მოსმენის მიზანია, ნაჩქარევად არ მოხდეს არჩევანის კონფლიქტის ფაქტის არსებობის უარყოფა სასამართლოს მიერ, რაც ობიექტური შეფასებით შესაძლოა გონივრულად და რეალობასთან ახლოსაც კი იყოს, თუმცა რეალურად პაციენტის ნაკლებად გონივრული და არარაციონალური მოსაზრება არ იქნეს გათვალისწინებული.³⁰⁹ პაციენტის პირადი მოსმენა შესაძლებლობას იძლევა ასევე სასამართლოსთვის, თვალყური ადევნოს ადვოკატის მიერ წამოჭრილ საკითხებს და კონკრეტული კითხვების დასმით ჩაუღრმავდეს საკითხს, რათა პაციენტის პირადი შთაბეჭდილების გათვალისწინებით სათანადოდ შეფასდეს გარემოებები.³¹⁰ სიტუაციის საიმედო შეფასებისას თუ უდავო ფაქტობრივი გარემოებები ჰიპოთეტური გადაწყვეტილების მიღების საშუალებას იძლევა, გამონაკლის შემთხვევებში შესაძლებელია პაციენტის პერსონალური დაკითხვის გაუქმება.³¹¹

³⁰⁴ BGH, Beschluss vom 21. Juni 2022 - VI ZR 310/21 - NJW 2022, 2682, juris Rn. 8; BGH, Urteil vom 7. Dezember 2021 - VI ZR 277/19 - NJW-RR 2022, 462, juris Rn. 10; BGH, Urteil vom 21. Mai 2019 - VI ZR 119/18 - MedR 2020, 125, juris Rn. 22.

³⁰⁵ BGH, Urteil vom 7. Dezember 2021 - VI ZR 277/19 - NJW-RR 2022, 462 - juris Rn. 10; BGH, Urteil vom 21. Mai 2019 - VI ZR 119/18 - MedR 2020, 125, juris Rn. 22.

³⁰⁶ BGH, Beschluss vom 21. Juni 2022 - VI ZR 310/21 - NJW 2022, 2682, juris Rn. 9; BGH, Urteil vom 7. Dezember 2021 - VI ZR 277/19 - NJW-RR 2022, 462, juris Rn. 10; BGH, Beschluss vom 8. März 2016 - VI ZR 243/14 - GesR 2016, 351, juris Rn. 11.

³⁰⁷ BGH, Urteil vom 27. März 2007 - VI ZR 55/05 - BGHZ 172, 1, juris Rn. 37; BGH, Urteil vom 1. Februar 2005 - VI ZR 174/03 - MedR 2005, 527, juris Rn. 9

³⁰⁸ BGH, Beschluss vom 21. Juni 2022 - VI ZR 310/21 - NJW 2022, 2682, juris Rn. 10; BGH, Urteil vom 18. Mai 2021 - VI ZR 401/19 - MedR 2021, 897, juris Rn. 16; BGH, Urteil vom 30. September 2014 - VI ZR 443/13 - NJW 2015, 74, juris Rn. 22

³⁰⁹ BGH, Beschluss vom 21. Juni 2022 - VI ZR 310/21 - NJW 2022, 2682, juris Rn. 10; BGH, Urteil vom 30. September 2014 - VI ZR 443/13 - NJW 2015, 74, juris Rn. 22 ff.

³¹⁰ BGH, Urteil vom 30. September 2014 - VI ZR 443/13 - NJW 2015, 74, juris Rn. 2

³¹¹ BGH, Beschluss vom 21. Juni 2022 - VI ZR 310/21 - NJW 2022, 2682, juris Rn. 11; BGH, Urteil vom 30. September 2014 - VI ZR 443/13 - NJW 2015, 74, juris Rn. 19; BGH, Urteil vom 1. Februar 2005 - VI ZR 174/03 - MedR 2005, 527, juris Rn. 7

თუ პაციენტის გარდაცვალების გამო პირადი მოსმენა აღარ არის შესაძლებელი, სასამართლომ უნდა გააანალიზოს პაციენტის ქცევა სიკვდილამდე, მაგალითად, მოწმეები დაკითხოს, რათა წარმოდგენა ჰქონდეს პაციენტის სავარაუდო გადაწყვეტილების შესახებ.³¹²

4) ადრინდელ გადაწყვეტილებაში გერმანიის ფედერალურმა სასამართლომ ჩათვალი, რომ ეს პრინციპები ასევე მოქმედებს იმ შემთხვევაში, როდესაც პაციენტი სათანადოდ არის ინფორმირებული, მაგრამ თანხმობის გაცემის გადაწყვეტილების მიღებამდე ის ხდება ქმედუზუნარო.³¹³ თუმცა, სამართლებრივად აღნიშნულის დაშვება საეჭვოდ მიიჩნევა, რადგან ჰიპოთეტური თანხმობისთვის პაციენტის არასათანადო ინფორმირების შემთხვევაში შემუშავებული პრინციპები, ალტერნატივის სახით კანონიერი ქცევის სპეციფიურ წარმონაქმნს წარმოადგენს. თუმცა, ამ შემთხვევაში ზიანის მიმყენებლის მიერ უკანონო ქცევას უნდა ჰქონდეს ადგილი, რაც ცალსახად ვერ დადასტურდება, რადგან პაციენტისთვის სათანადო ინფორმაციის მიწოდება მოხდა. ამიტომაც ბევრი ფაქტორი მიუთითებს იმაზე, რომ მსგავს შემთხვევებში სავარაუდო თანხმობის ზოგადი პრინციპები იქნეს გამოყენებული (იხ. II. 7. ბ) თავი).

გარდა ამისა, გერმანიის უზენაესი სასამართლოს პრაქტიკის მიხედვით დაუშვებელია ცოცხალი ორგანოს დონაციის შემთხვევაში კანონიერი ალტერნატიული ქცევის პრინციპების გამოყენება.³¹⁴ ეს ეფუძნება იმ ფაქტს, რომ კანონიერი ალტერნატიული ქმედების დაშვება ორგანოებისა და ქსოვილების³¹⁵ დონაციის და გაცემის შესახებ კანონის მე-8 პუნქტთან მოვიდოდა წინააღმდეგობაში, რადგან ამ შემთხვევაში უფრო მკაცრი რეგულაცია მოქმედებს პაციენტისთვის ინფორმაციის მიწოდების ვალდებულებაზე. სისხლის დონაციის შემთხვევაში გერ-

მანიის ფედერალურმა სასამართლომ, მართალია, გაიზიარა პრეტენზია ამასთან დაკავშირებით, მაგრამ კონფლიქტური გადაწყვეტილების დასაშვებობის განმარტებისას ძალიან ზომიერი მოთხოვნები წამოაყენა.³¹⁶

ვ) მიკუთვნების კონტექსტი

დაცვის მიზნის ასპექტები ან უკანონობასთან კავშირი (შემოკლებით - მიკუთვნების კონტექსტი) ინფორმაციის მიწოდების ვალდებულების ფარგლებში, რელევანტურია ორ შემთხვევაში. ერთი მხრივ, კითხვა ჩნდება მაშინ, როდესაც ექიმმა დაარღვია ინფორმაციის მიწოდების მოვალეობა, მაგრამ ის რისკი რის შესახებაც უნდა მომხდარიყო პაციენტისთვის ინფორმაციის მიწოდება არ რეალიზდა, არამედ სხვა რისკი, რომელის შესახებაც პაციენტის ინფორმირების ვალდებულება არ არსებობდა. მეორე მხრივ, როდესაც არის შებრუნებული სურათი, ანუ ექიმის მიერ სათანადოდ იქნა ინფორმაცია მიწოდებული რეალიზებული რისკის მატარებელ სამედიცინო ღონისძიებაზე, მაგრამ ბრალი მიუძღვის სხვა რისკის შესახებ ინფორმაციის მიუწოდებლობაში, რომელიც იმ კონკრეტულ შემთხვევაში არ რეალიზდა.

ამ სამართლებრივი პრობლემის ამოსავალი წერტილი არის ის, რომ **თანხმობის ნამდვილობა** განუყოფელია; თანხმობა სამედიცინო მკურნალობაზე მოქმედებს მთლიანობაში ან ბათილია მთლიანად.³¹⁷ სხვა სიტყვებით რომ ვთქვათ, თანხმობა ინდივიდუალურ რისკებზე ან მისი სხვა ცალკეულ ელემენტებად დაყოფა დაუშვებელია.³¹⁸ აქედან გამომდინარეობს, რომ ორივე ვარიანტში პაციენტის მიერ მიცემული თანხმობა ინფორმაციის არასრულად მიღების გამო მთლიანობაში ბათილად უნდა ჩაითვალოს, რასაც შემდეგ დასკვნამდე მივყავართ, რომ ექიმმა

³¹² OLG Frankfurt, Urteil vom 15. September 2015 - 8 U 115/12 - juris Rn. 73

³¹³ BGH, Urteil vom 5. Februar 1991 - VI ZR 108/90 - MedR 1991, 200; juris Rn. 8 f.

³¹⁴ BGH, Urteil vom 29. Januar 2019 - VI ZR 495/16 - BGHZ 221, 55, juris Rn. 40 ff.

³¹⁵ ტრანსპლანტაციის აქტი - იხ. II. 4. ვ) ბ.ბ.

³¹⁶ BGH, Urteil vom 14. März 2006 - VI ZR 279/04 - BGHZ 166, 336, Rn. 17 f.

³¹⁷ BGH, Urteil vom 28. Mai 2019 - VI ZR 27/17 - MedR 2020, 32, juris Rn. 11; BGH, Urteil vom 14. Februar 1989 - VI ZR 65/88 - BGHZ 106, 391, juris Rn. 21; Staudinger/Gutmann (2021) BGB § 630e Rn. 188

³¹⁸ შდრ. BGH, Urteil vom 7. Februar 1984 - VI ZR 188/82 - BGHZ 90, 96, juris Rn. 14

ობიექტურად უკანონო სამედიცინო ჩარევა განხორციელა პაციენტის სხეულის მთლიანობაში.

ეს აჩენს კითხვებს მიკუთვნების კონტექსტთან მიმართებით, რამდენად უნდა შეიზღუდოს ზიანის ანაზღაურების ვალდებულება ნორმის დამცავი მიზნების გათვალისწინებით. ამასთან დაკავშირებით სასამართლო პრაქტიკამ აღიარა, რომ ზიანის ანაზღაურების ვალდებულება ზიანის იმ ეკვივალენტური და ადეკვატური შედეგებისთვის დგება, რომლებიც წარმოიქმნება ისეთი საფრთხის ზონიდან, რომელთა ასარიდებლადც შეიქმნა დარღვეული ნორმა. მაშასადამე, ზიანს უნდა ჰქონდეს შიდა და არა „შემთხვევითი“ კავშირი ზიანის მიმყენებლის მიერ შექმნილ სახიფათო სიტუაციასთან.³¹⁹

ამაზე დაყრდნობით, გერმანიის უზენაესი სამართლო ზოგადად უარყოფს მიკუთვნების კონტექსტის კავშირს, თუ პაციენტი არ არის სათანადოდ ინფორმირებული, მაგრამ მისთვის ისეთი რისკის რეალიზება ხდება, რომლის შესახებაც ცალკე ინფორმირება საჭიროებას არ წარმოადგენდა. თუმცა, ეს ეხება მხოლოდ იმ შემთხვევებს, თუ პაციენტმა მინიმუმ პროცედურის ტიპისა და სიმძიმის შესახებ **ძირითადი ინფორმაცია** მიიღო. ამ ძირითადი ინფორმაციის მიღება არ გულისხმობს იმასაც, რომ პაციენტმა რისკების შესახებ სრულყოფილი ინფორმაცია მიიღო. უფრო მეტიც, ეს თანხმობა გაცემულად ჩაითვლება, თუ პაციენტს, მიუხედავად არასწორი ინფორმაციის მიწოდებისა, ზუსტი და სწორი შთაბეჭდილება შეექმნება ღონისძიების სიმძიმესა და მის სახეობაზე, რამაც მკურნალობის შედეგად მის ფიზიკურ მთლიანობასა და

ცხოვრების წესზე ზეგავლენა შეიძლება იქონიოს.³²⁰ თუ ექიმმა პაციენტს ძირითადი ინფორმაცია მიაწოდა და პაციენტმა ზიანი სხვა რისკების რეალიზების შედეგად მიიღო, რომელთა შესახებ ინფორმაციის მიწოდება აუცილებლობას არ წარმოადგენდა, ამ შემთხვევაში ექიმის დადანაშაულება ვერ იქნება გამართლებული.³²¹

თუ პირიქით, ერთი რისკის რეალიზება მოხდა რომლის შესახებაც პაციენტი ინფორმირებული იყო, ექიმის პასუხისმგებლობა მარტო იმიტომ ვერ დადგება, რომ პაციენტი სხვა რისკის შესახებ ინფორმირებული არ იქნა, თუ ეს რისკი არ რეალიზდა. რადგან ამ შემთხვევაში პაციენტმა იმ რისკის შესახებ, რომელზეც მან ინფორმაცია მიიღო შეგნებულად განაცხადა თანხმობა და ამ დროს აცნობიერებდა ამ რისკის რეალიზების შესაძლებლობას, რაც რეალიზდა კიდევ, შესაბამისად ამ რისკის რეალიზება ექიმის პასუხისმგებლობას ვერ გამოიწვევს.³²²

ზ) მტკიცების ტვირთი

ა) ექიმის მტკიცების ტვირთი დაზუსტებისთვის

ზოგადი მოსაზრების მიხედვით, რომელიც ასევე დადგენილია კანონით გერმანიის სამოქალაქო კოდექსის § 630h მუხლის 2 აბზაცში, ექიმმა უნდა განმარტოს და დაამტკიცოს, რომ პაციენტს სათანადო ინფორმაცია მიაწოდა.³²³ ეს გამომდინარეობს იქიდან, რომ სამოქალაქო საპროცესო სამართლის მტკიცებულებათა წარმოდგენის შესახებ არსებული პრინციპების მი-

³¹⁹ BGH, Urteil vom 6. Dezember 2022 - VI ZR 168/21 - juris Rn. 24; BGH, Urteil vom 27. September 2022 - VI ZR 336/21 - NJW 2022, 3789, juris Rn. 12 ff.; BGH, Urteil vom 24. Mai 2022 - VI ZR 206/21 - NJW 2022, 2747, juris Rn. 29; BGH, Urteil vom 9. Dezember 2020 - VIII ZR 371/18 - NJW-RR 2021, 20, juris Rn. 27; BGH, Urteil vom 22. September 2016 - VII ZR 14/16 - BGHZ 211, 375, juris Rn. 14

³²⁰ მთლიანობაში: BGH, Urteil vom 28. Mai 2019 - VI ZR 27/17 - MedR 2020, 32, juris Rn. 13; BGH, Urteil vom 14. Februar 1989 - VI ZR 65/88 - BGHZ 106, 391, juris Rn. 22; BGH, Urteil vom 12. März 1991 - VI ZR 232/90 - VersR 1991, 777, juris Rn. 19; BGH, Urteil vom 14. November

1995 - VI ZR 359/94 - VersR 1996, 195, juris Rn. 17; dazu auch oben II. 3. a)

³²¹ BGH, Urteil vom 28. Mai 2019 - VI ZR 27/17 - MedR 2020, 32, juris Rn. 13; BGH, Urteil vom 14. Februar 1989 - VI ZR 65/88 - BGHZ 106, 391, juris Rn. 23

³²² BGH, Urteil vom 28. Mai 2019 - VI ZR 27/17 - MedR 2020, 32, juris Rn. 12 f.; BGH, Urteil vom 28. Mai 2019 - VI ZR 27/17 - MedR 2020, 32, juris Rn. 12; BGH, Urteil vom 30. Januar 2001 - VI ZR 353/99 - VersR 2001, 592, juris Rn. 9.

³²³ შდრ. BGH, Urteil vom 7. Februar 2012 - VI ZR 63/11 - BGHZ 192, 298, juris Rn. 10; Staudinger/Gutmann (2021) BGB § 630h Rn. 58 ff.

ხედვით, პაციენტის თანხმობა ექიმის გამამართლებელ საშუალებად მხოლოდ იმ შემთხვევაში ჩაითვლება, თუ ინფორმირება სრულფასოვნად იქნა განხორციელებული, რაც მისი ნამდვილობის წინაპირობას წარმოადგენს.³²⁴

ბბ) ზიანის შედეგების მიზეზობრიობის მტკიცების ტვირთი

მეორე მხრივ, პაციენტს ეკისრება მტკიცების ტვირთი, რომ ზიანი, რომელიც რეალურად მოხდა, *conditio sine qua non* ფორმულის გაგებით გამონეული იყო მკურნალობით და არა სხვა მიზეზით.³²⁵

ამიტომ ექიმის პასუხისმგებლობისთვის, არ არის აუცილებელი, რომ ჯანმრთელობისთვის ზიანის მიყენების ერთადერთ მიზეზად ინფორმაციის სრულყოფილად მიუწოდებლობით გამონეული სამედიცინო ჩარევის უკანონობა დასახელდეს. **თანამიზეზობრიობა**, თუნდაც მხოლოდ გამომწვევის მნიშვნელობით, სრულიად ექვივალენტურია ერთპიროვნულ მიზეზობრიობასთან, პასუხისმგებლობის სამართლის ზოგადი პრინციპების მიხედვით.³²⁶ **ამიტომ არარელევანტურია, ჰქონდა თუ არა პაციენტს რაიმე ზიანის მიმართ განსაკუთრებული მიდრეკილება თუ ჯანმრთელობის გაუარესება სხვადასხვა ფაქტორებისა და ინფორმაციის მიწოდების ვალდებულების დარღვევათა ერთობლიობით იყო გამომწვეული.**

სხვა შედეგი დგება ეგრეთ წოდებული **ნაწილობრივი მიზეზობრიობის** შემთხვევაში, ანუ თუ ერთმანეთისგან დამოკიდებულად ინფორმაციის მიწოდების ვალდებულების დარღვევამ

და სხვა გარემოებამ, რომელიც არ შეიძლება მიენეროს ექიმს, ზიანი გამოიწვია.³²⁷ ამისთვის აუცილებელია, რომ ინფორმაციის მიწოდების მოვალეობის დარღვევით გამომწვეული ჯანმრთელობის გაუარესება მკაფიოდ იქნეს გამოიწვეული სხვა მიზეზისგან, რამაც გამოიწვია ზიანი - როგორცაა, მაგ., პაციენტის ძველი ტრავმა - რაც შესაძლებლობას მოგვცემს დადგინდეს ექიმის პასუხისმგებლობის წილი.³²⁸ ამის მაგალითი (არასწორი მკურნალობის სფეროდან) შეიძლება იყოს ახალშობილზე კრისტელერის პროცედურით გამომწვეული ცერებრალური სისხლდენა სამედიცინო მოვალეობის დარღვევის გარეშე, რამაც უკვე მშობიარობის დროს ბავშვის გამოუსწორებელი ზიანი გამოიწვია. ექიმმა, რომელიც მკურნალობდა ბავშვს, მშობიარობის შემდგომი ბავშვის სტაბილიზაციის მცდელობაში დაუშვა გამოტოვება, რამაც დამატებითი ზიანი გამოიწვია. ამრიგად, ექიმის პასუხისმგებლობა ნაწილობრივი მიზეზობრიობის პრინციპების მიხედვით ამ „მეტი“ ზიანით შემოიფარგლა.³²⁹

თუმცა უნდა აღინიშნოს, რომ ნაწილობრივი მიზეზობრიობისთვის ზიანის ნაწილი უკვე უნდა არსებობდეს, ანუ ზიანის მხოლოდ შეფასება საკმარისი არ არის. წინააღმდეგ შემთხვევაში, მთელი ზიანისათვის პასუხისმგებლობის აღების ვალდებულება რჩება, თუნდაც ეს გამომწვეული იყო სხვა, საბედისწერო გარემოებებით.³³⁰

თუ მიზეზობრიობის შესახებ მტკიცებულება მოწოდებულია ინფორმაციის მიწოდების მოვალეობის დარღვევიდან გამომდინარე, ექიმმა უნდა ახსნას და დაამტკიცოს, რომ ადრე თუ

³²⁴ BGH, Urteil vom 13. Mai 2022 - V ZR 7/21 - MDR 2022, 894, juris Rn. 27 mwN; ზოგადი მოსაზრება

³²⁵ BGH, Urteil vom 7. Februar 2012 - VI ZR 63/11 - BGHZ 192, 298, juris Rn. 10; Staudinger/Gutmann (2021) BGB § 630h Rn. 64 ff.; ზოგადი მოსაზრება.

³²⁶ BGH, Urteil vom 8. Mai 2018 - VI ZR 295/17 - MDR 2018, 1118, juris Rn. 25; BGH, Urteil vom 20. Mai 2014 - VI ZR 187/13 - MedR 2015, 111, juris Rn. 25; BGH, Urteil vom 5. April 2005 - VI ZR 216/03 - NJW 2005, 2072, juris Rn. 14; BGH, Urteil vom 27. Juni 2000 - VI ZR 201/99 - NJW 2000, 3423, juris Rn. 20; OLG Hamm, Urteil vom 2. Februar 2021 - I-26 U 54/19 - NJW-RR 2021, 888, juris Rn. 63

³²⁷ BGH, Urteil vom 8. Mai 2018 - VI ZR 295/17 - MDR 2018, 1118, juris Rn. 25; BGH, Urteil vom 20. Mai 2014 - VI ZR 187/13 - MedR 2015, 111, juris Rn. 25; BGH, Urteil vom 5. April 2005 - VI ZR 216/03 - NJW 2005, 2072, juris Rn. 14; OLG Hamm, Urteil vom 2. Februar 2021 - I-26 U 54/19 - NJW-RR 2021, 888, juris Rn. 63.

³²⁸ BGH, Urteil vom 20. Mai 2014 - VI ZR 187/13 - MedR 2015, 111, juris Rn. 25.

³²⁹ BGH, Urteil vom 20. Mai 2014 - VI ZR 187/13 - MedR 2015, 111, juris Rn. 25.

³³⁰ BGH, Urteil vom 20. Mai 2014 - VI ZR 187/13 - MedR 2015, 111, juris Rn. 25.

გვიან პაციენტს იგივე სიმპტომები განუვითარდებოდა ინფორმაციის მიწოდების ვალდებულება რომ არ დარღვეულიყო, იმიტომ რომ მისი ძირითადი ჯანმრთელობის მდგომარეობა მკურნალობის გარეშე რაღაც მომენტში, სულ მცირე, მსგავს შედეგებს გამოიწვევდა.³³¹ ასეთი ზიანის (მომავალში რეალიზებადი) შემთხვევაში ზარალის ანაზღაურებაზე პასუხისმგებლობა ე.წ. სარეზერვო მიზეზის პრინციპების შესაბამისად, იმ უარყოფითი გარემოებებით შემოიფარგლება, რომლებიც ადრეული ზიანის დადგომით არის გამოწვეული.³³²

ამიტომ, მისი პასუხისმგებლობა შემოიფარგლება მისი საზიანო მოქმედების განხორციელებიდან (ინფორმირების ვალდებულების დარღვევა) იმ დრომდე, როდესაც ზიანი სხვა მიზეზების გამო (სარეზერვო მიზეზი), მაგალითად, ძირითადი დაავადების შემდგომი განვითარების გამო მსგავსი სიმპტომებით გამოიკვეთებოდა.

გგ) მოთხოვნები ექიმის მტკიცების ტვირთის მიმართ

დაუშვებელია არასამართლიანი მოთხოვნების წამოყენება იმის დასამტკიცებლად, რომ ექიმმა ვალდებულება პაციენტისთვის ინფორმაციის მიწოდებასთან დაკავშირებით სათანადოდ შეასრულა. საქმის შეფასებისას მოსამართლემ უნდა გაითვალისწინოს განსაკუთრებული მდგომარეობა, რომელშიც იმყოფება ექიმი პაციენტის მკურნალობისას, ასევე რისკი იმისა,

რომ პაციენტის მიერ ექიმის მტკიცების ტვირთის ვალდებულების ბოროტად გამოყენება შესაძლოა ხდებოდეს პასუხისმგებლობის დაკისრების მიზნით. ამიტომ საჭიროა ფაქტობრივი გარემოებების გააზრება და გულდასმით ანონდონვა, რისთვისაც მოსამართლეს არსებითი თავისუფლება გააჩნია.³³³

ექვის შემთხვევაში, თუ ექიმი დაადასტურებს, რომ იგი საკონსულტაციო პრაქტიკას უწყვეტად და სტაბილურად ეწევა, შეიძლება დამაჯერებლად ჩაითვალოს, რომ ინფორმაცია პაციენტისთვის კონკრეტულ შემთხვევაშიც სათანადო წესით იყო მიწოდებული.³³⁴ იმის გათვალისწინებით, რომ ექიმი ყოველდღიურად საინფორმაციო და საგანმანათლებლო საუბრებს ატარებს, არაა მოსალოდნელი, როგორც წესი, რომ მას კონკრეტული პაციენტთან ინდივიდუალური და ხშირად დიდი ხნის წინ ჩატარებული, ინფორმაციული საუბრის შესახებ ახსოვდეს.³³⁵

გარდა ამისა, შესაძლებელია პაციენტის ფაილში არსებული ჩანაწერების გამოყენება.³³⁶ თუმცა ეს სამედიცინო ჩანაწერები, მხოლოდ იმ შემთხვევაში იძენს უფრო მეტი მტკიცებულების ძალას, თუ პაციენტის საქმე ინახება ისე, რომ შემდგომი მკურნალობის შედეგების და დამატებების ნახვაც შესაძლებელია; ეს განსაკუთრებით ეხება ელექტრონული ფაილების მართვას.³³⁷ დამატებითი დეტალები იხილეთ II. 7. h თავში ასევე: ჰანგელობი, სამედიცინო შეცდომის მტკიცების ტვირთი გერმანიაში, შედარებითი სამართლის ჟურნალი 2/2023, II. 2. ბ).

³³¹ BGH, Urteil vom 13. Januar 1987 - VI ZR 82/86 - MedR 1987, 237, juris Rn. 12.

³³² BGH, Urteil vom 23. Januar 2020 - III ZR 28/19 - NJW-RR 2020, 626, juris Rn. 13; BGH, Beschluss vom 31. Mai 2016 - VI ZR 305/15 - NJW 2016, 3785, juris Rn. 9; BGH, Urteil vom 22. März 2016 - VI ZR 467/14 - MedR 2016, 973, juris Rn. 14; BGH, Urteil vom 23. Oktober 1984 - VI ZR 24/83 - NJW 1985, 676, juris Rn. 12

³³³ მთლიანობაში: BGH, Urteil vom 2. September 2021 - III ZR 63/20 - BGHZ 231, 31, juris Rn. 11; BGH, Urteil vom 30. September 2014 - VI ZR 443/13 - NJW 2015, 74, juris Rn. 9; BGH, Urteil vom 28. Januar 2014 - VI ZR 143/13 - MedR 2015, 594, juris Rn. 11.

³³⁴ BGH, Urteil vom 2. September 2021 - III ZR 63/20 - BGHZ 231, 31, juris Rn. 12; BGH, Urteil vom 28. Januar 2014 - VI ZR 143/13 - NJW 2014, 1527; OLG Dresden, Urteil

vom 15. März 2022 - 4 U 1972/21 - juris Rn. 29; სადავო მოსაზრება.

³³⁵ BGH, Urteil vom 28. Januar 2014 - VI ZR 143/13 - MedR 2015, 594, juris Rn. 11; OLG Dresden, Urteil vom 15. März 2022 - 4 U 1972/21 - juris Rn. 29; OLG Koblenz, Urteil vom 19. Juli 2017 - 5 U 61/17 - juris Rn. 32

³³⁶ BGH, Urteil vom 2. September 2021 - III ZR 63/20 - BGHZ 231, 31, juris Rn. 12; BGH, Urteil vom 28. Januar 2014 - VI ZR 143/13 - MedR 2015, 594, juris Rn. 11; აგრეთვე II 5-ის ახსნა-განმარტებები. ბ) გ.გ)

³³⁷ ამის შესახებ დეტალურად BGH, Urteil vom 2. September 2021 - III ZR 63/20 - BGHZ 231, 31, juris Rn. 12, ჰანგელობი, მნიშვნელოვანი ტენდენციები გერმანიის სასამართლო პრაქტიკაში სამედიცინო სამართლის მიმართულებით 2021 წელს, სამედიცინო სამართლისა და მენეჯმენტის ჟურნალი 2/2023, 1, II. 6.

მნიშვნელოვან ფაქტს, თუ რა სახის ინფორმაციის მიწოდება მოხდა პაციენტისთვის, წარმოადგენს მისთვის გადაცემული ინფორმაციის ან ასევე მის მიერ ხელმოწერილი თანხმობის ფორმა (საინფორმაციო ფურცელი).³³⁸ თუმცა სასამართლო პრაქტიკა ხაზს უსვამს უკვე, რომ პაციენტისთვის ფორმულარის გადაცემის შემთხვევის (ამასთან დაკავშირებით გერმანიის სამოქალაქო კოდექსის § 630e, 2 აბზაცი, 2 წინადადება) დადასტურებულ ფაქტად აღიარებაც არ ნიშნავს, რომ პაციენტის სათანადოდ ინფორმირებას ჰქონდა ადგილი.³³⁹ თუმცა სასამართლო პრაქტიკაში არ არის იშვიათი შემთხვევა, როდესაც ეს საინფორმაციო ფურცელი საბოლოო გადამწყვეტი გარემოება ხდება სასამართლოს პოზიციის ჩამოსაყალიბებლად.

წერილობითი დოკუმენტების მტკიცებულების ძალა ასევე ექიმის საწინააღმდეგოდაც შეიძლება იქნეს გამოყენებული, განსაკუთრებით იმ შემთხვევაში, თუ გადაცემული ან ხელმოწერილი საინფორმაციო ფურცელი არ მიუთითებს იმ რისკზე, რომლის მითითება სავალდებულოა ან თუ ინფორმაციის მიწოდების შესახებ არ არის გაკეთებული შენიშვნა პაციენტის საქმეში. ექიმის წინააღმდეგ იმოქმედებს, თუ იგი, როგორც წესი, პაციენტის ინფორმირების შესახებ აღრიცხვას აწარმოებს.³⁴⁰

თუმცა, გაუგებრობების თავიდან აცილების მიზნით, ხაზი უნდა გაესვას, რომ ამ მტკიცებულების წარდგენის ეფექტი მხოლოდ რეალურად მომხდარის გამოაშკარავებას - ანუ საინფორმაციო გასაუბრების შინაარს ეხება. თუმცა, მეორე

რე მხრივ, იგი არაფერს ამბობს კითხვაზე, აკმაყოფილებს თუ არა პაციენტისთვის მიწოდებული ინფორმაცია სამართლებრივ მოთხოვნებს.

თ) აღრიცხვა

გერმანიის სამოქალაქო კოდექსის 630f პარაგრაფის მე-2 აბზაცის თანახმად, ექიმი ვალდებულია, ჩაწეროს პაციენტის ფაილში ყველა ღონისძიება და მათი შედეგი, რომელიც მნიშვნელოვანია პროფესიული თვალსაზრისით მიმდინარე და მომავალი მკურნალობისთვის, განსაკუთრებით ახსნა-განმარტებები.³⁴¹

აღრიცხვა არ გულისხმობს პაციენტთან საინფორმაციო გასაუბრების სრული შინაარსის პროტოკოლირებას, როგორც ეს ისტორიის ანკეტაში ხდება.³⁴² თუმცა, ზოგადი მოთხოვნები სათანადო დოკუმენტაციისთვის, უნდა იყოს დაცული, ისე, როგორც დადგენილია გერმანიაში სამოქალაქო კოდექსის § 630f მიხედვით.

ეს მოიცავს, უპირველეს ყოვლისა:

- რომ აღრიცხვა უშუალოდ მკურნალობის დროის პერიოდში ქალაქის ფორმით ან ელექტრონულად უნდა განხორციელდეს,

- პაციენტის ანკეტაში **ჩანაწერების შესწორებები და ცვლილებები** დასაშვებია მხოლოდ იმ შემთხვევაში, თუ ძველი ჩანაწერების შინაარსი შენარჩუნებული იქნება, ისე რომ აღქმადი იყოს, როდის მოხდა მათი ცვლილება და რომ ამ ჩანაწერების შენარჩუნება პაციენტის ელექტრონულ ანკეტაშიც იქნეს უზრუნველყოფილი³⁴³

- რომ ანკეტაში მოგროვებული საბუთების ასლები ცხადყოფდნენ, თუ **რომელი დოკუმენტები მიიღო პაციენტმა.**

³³⁸ BGH, Urteil vom 2. September 2021 - III ZR 63/20 - BGHZ 231, 31, juris Rn. 12; BGH, Urteil vom 11. Oktober 2016 - VI ZR 462/15 - NJW-RR 2017, 533, juris Rn. 8; BGH, Urteil vom 28. Januar 2014 - VI ZR 143/13 - MedR 2015, 594, juris Rn. 13; BGH, Urteil vom 22. Mai 2001 - VI ZR 268/00 - NJW-RR 2001, 143, juris Rn. 10; OLG Dresden, Urteil vom 15. März 2022 - 4 U 1972/21 - juris Rn. 29; საინფორმაციო ფურცლის ფუნქციის შესახებ ზემოთ II 5. ბ) გვ.

³³⁹ BGH, Urteil vom 11. Oktober 2016 - VI ZR 462/15 - NJW-RR 2017, 533, juris Rn. 8; BGH, Urteil vom 28. Januar 2014 - VI ZR 143/13 - MedR 2015, 594, juris Rn. 13.

³⁴⁰ OLG Koblenz, Urteil vom 12. Februar 2009 - 5 U 927/06 - MedR 2010, 108, juris Rn. 19.

³⁴¹ ჰანგელოხი, სამედიცინო შეცდომის მტკიცების ტვირთი გერმანიაში, შედარებითი სამართლის ჟურნალი 2/2023, განსაკუთრებით II. 2. B).

³⁴² OLG Koblenz, Urteil vom 8. März 2017 - 5 U 65/16 - juris Rn. 29.

³⁴³ BGH, Urteil vom 27. April 2021 - VI ZR 84/19 - BGHZ 229, 331, juris Rn. 28, ჰანგელოხი, მნიშვნელოვანი ტენდენციები გერმანიის სასამართლო პრაქტიკაში სამედიცინო სამართლის მიმართულებით 2021 წელს, სამედიცინო სამართლისა და მენეჯმენტის ჟურნალი 2/2023, 1, II. 4.

თუმცა, თუ ჩატარებული აღრიცხვა არ აკმაყოფილებს ამ მოთხოვნებს, არ ნიშნავს, რომ სრულად გამოუსადეგარია მტკიცებულების სახით გამოსაყენებლად. პირიქით, ის კვლავ წარმოადგენს ფაქტობრივ გარემოებას, რომელიც მოსამართლემ, თავისი რწმენის ჩამოყალიბებისას, ყოვლისმომცველ და ფრთხილად შეფასებას უნდა დაუქვემდებაროს, რომელიც მისი ნაკლოვანებების გათვალისწინებით, ასევე კრიტიკულად უნდა შეფასდეს.³⁴⁴ ასე რომ, ასეთ დოკუმენტს დამაჯერებლობის და ნდობის ძალა აქვს მოკლებული. შესაბამისად, საგულდაგულოდ და გამჭვირვალედ შედგენილ დოკუმენტად ვერ ჩაითვლება.³⁴⁵

ი) საპროცესო დავის საგანი

გერმანიაში საკმაოდ საკამათო დისკუსია მიმდინარეობს იმის თაობაზე, შედგება თუ არა სასამართლო დავა ექიმის პასუხისმგებლობის შესახებ ორი ცალკეული დავის საგნისგან, როდესაც პაციენტი ზიანის ანაზღაურების მოთხოვნას, ერთი მხრივ, არასათანადო სამედიცინო ინფორმაციის მიწოდებაზე აფუძნებს, ხოლო, მეორე მხრივ, არასწორ მკურნალობაზე. ეს საკითხი მნიშვნელობას იძენს სამოქალაქო საპროცესო კუთხით, მაგალითად, გადანაცვების მატერიალურ-სამართლებრივად ძალაში შესვლისას, სარჩელის სასამართლოს მიერ მიღებისას და სარჩელის აღძვრით ხანდაზმულობის შეჩერების დროს. გერმანიის ფედერალურმა სასამართლომ ეს საკითხი ჯერჯერობით ღიად დატოვა. თუმცა, მან - განსხვავებულ სამართლებრივ კონტექსტში - სხვადასხვა შემთხვევაში აღნიშ-

ნა, რომ სამედიცინო პასუხისმგებლობა შეიძლება დაფუძნდეს ფაქტებზე, რომლებიც განსხვავდებიან ადგილმდებარეობისა და დროის მიხედვით, მაშინაც კი, თუ კომპენსაცია ერთნაირად მოითხოვება.³⁴⁶

ამ კითხვაზე პასუხი ეროვნულ სამოქალაქო საპროცესო სამართალში დავის საგნის აღქმის მიხედვით უნდა გაეცეს. მაშასადამე, გერმანიის კანონმდებლობაში გადამწყვეტია, გარდა იდენტური პროცედურული მოთხოვნისა, სახეზეა თუ არა, ბუნებრივი დაკვირვებით, ერთიანი კაზუსი.³⁴⁷ ამიტომ, გადამწყვეტი ფაქტორია, არის თუ არა თითოეულ შემთხვევაში წარმოდგენილი კაზუსი პასუხისმგებლობის ფაქტებთან მიმართებაში იმდენად ახლოს, რომ ისინი ერთგვაროვნად ჩანან.³⁴⁸

როგორც წესი, ასე შეიძლება ვივარაუდოთ, ქირურგიული ჩარევის შემთხვევაში, ვინაიდან თითოეული მკურნალობის ეტაპების იზოლირებულად შეფასებას აზრი არ ექნება, რადგან პაციენტი თითოეულ ეტაპს, როგორც ერთი მთლიანი მოქმედების ნაწილად აღიქვამს, რომლის ცალკეულ ელემენტებად დაშლა - მათ შორის ასევე როგორც ინფორმაციის მიწოდების და მკურნალობის ნაწილებად - შეუძლებელია.³⁴⁹ მაგრამ ასევე სხვა სამედიცინო ღონისძიებების შემთხვევაშიც, რაც უფრო ახლოსაა ინფორმაციის მიწოდების და მკურნალობის ვალდებულება დროის, სივრცისა და მედიცინის თვალსაზრისით, მით დამაჯერებელია ის არგუმენტი, რომ საქმე პროცედურულად ერთიანი დავის საგანთან გვაქვს.

გაბატონებული აზრის საპირისპიროდ³⁵⁰ ასეთი შემთხვევები დავის ცალკეულ საგნად ვერ

³⁴⁴ BGH, Urteil vom 27. April 2021 - VI ZR 84/19 - BGHZ 229, 331, juris Rn. 29 ff.

³⁴⁵ BGH, Urteil vom 27. April 2021 - VI ZR 84/19 - BGHZ 229, 331, juris Rn. 29 ff.; BGH, Urteil vom 3. Februar 1998 - VI ZR 356/96 - MedR 1998, 514, juris Rn. 11; BGH, Urteil vom 14. März 1978 - VI ZR 213/76 - VersR 1978, 542, juris Rn. 24 f.

³⁴⁶ BGH, Urteil vom 8. November 2016 - VI ZR 594/15 - MedR 2017, 960, juris Rn. 10; BGH, Urteil vom 5. Dezember 2006 - VI ZR 228/05 - MedR 2007, 722, juris Rn. 11, mit Anmerkung Prütting; BGH, Beschluss vom 24. Oktober 2012 - VI ZR 396/12 - juris.

³⁴⁷ BGH, Urteil vom 19. Oktober 2022 - XII ZR 97/21 - juris Rn. 20; BGH, Urteil vom 25. Juli 2022 - VIa ZR 485/21 - NJW 2022, 3150, juris Rn. 35; ständige Rechtsprechung.

³⁴⁸ შდრ. ცალკეულ ნაწილებში: პაგენლოზი, სამოქალაქო საპროცესო კოდექსის კომენტარი, რჩეული მუხლები, Art. 3 Abs. 1 Anm. 2. b); <http://lawlibrary.info/ge/books/Civil-Procedure-Com.pdf>.

³⁴⁹ შდრ. ასევე BGH, Urteil vom 14. März 2017 - VI ZR 605/15 - MedR 2017, 799, juris Rn. 17.

³⁵⁰ OLG Nürnberg, Urteil vom 20. April 2017 - 5 U 458/16 - MDR 2017, 998, juris Rn. 34; OLG Dresden, Urteil vom 14. Juli 2010 - 4 U 1834/09 - juris Rn. 13; OLG

ჩაითვლება.³⁵¹ გამონაკლისი მხოლოდ მაშინ არის მოცემული, როდესაც პაციენტის გადმოსახედიდან კაზუსი ერთგვაროვანი აღარ არის, განსაკუთრებით პერსონალის, სივრცისა და დროის თვალსაზრისით. ასეა მაგალითად, თუ შესაბამისი ექიმები არ მუშაობენ ერთსა და იმავე კლინიკაში და მხოლოდ შრომის ჰორიზონტალური დანაწილების ფარგლებში არიან დაკავშირებული ერთმანეთთან, ანუ თუ, მაგალითად, ექიმს დიაგნოზის დასმის შეცდომა ედება ბრალად, ხოლო ქირურგ ექიმს პაციენტისთვის ინფორმაციის მიწოდების მოვალეობის დარღვევა.

ეს მოსაზრება მით უფრო მართებულია, მას შემდეგ, რაც გერმანიის ფედერალური სასამართლოს პრეცედენტული გადაწყვეტილების თანახმად, პაციენტისთვის ორი სხვადასხვა ექიმის მიერ ჩატარებული ოპერაციის ფარგლებში და უშუალოდ ოპერაციასთან კავშირში მყოფ მკურნალობის დროს დაშვებული შეცდომების შედეგად მიყენებული ტკივილისა და ტანჯვისთვის პაციენტის მიერ ფულადი კომპენსაციის მოთხოვნა ერთიან დავის საგნად იქნა მიჩნეული.³⁵²

ასევე ჩნდება შთაბეჭდილება, რომ ლიტერატურის ნაწილი და სასამართლო პრაქტიკა დავის საგნის ცალ-ცალკე მისაღებად ფედერალური სასამართლოს გადაწყვეტილებებზე მიუთითებენ, სადაც ხანდაზმულობის (ამასთან დაკავშირებით იხ. კ) თავი) და ახალი საპროცესო გან

ცხადების უარყოფის საკითხებზეა საუბარი.³⁵³ თუმცა, ასეთი დასკვნები არ არის მდგრადი, რადგან არც სხვადასხვა ხანდაზმულობის ვადის მსვლელობას და არც ახალი საპროცესო განცხადების უარყოფის მოთხოვნებს არ აქვს რაიმე კავშირი უშუალოდ პროცესუალურ დავის საგანთან.

კ) ხანდაზმულობა

მოთხოვნები, რომლებიც წარმოშობა მკურნალობის შეცდომების შედეგად, შესაძლებელია სხვა მომენტიდან ჩაითვალოს ხანდაზმულად, ვიდრე ინფორმაციის მიუწოდებლობით წარმოშობილი მოთხოვნები.³⁵⁴ ერთი მხრივ, არასათანადოდ ინფორმაციის მიწოდების ვალდებულების დარღვევასა და, მეორე მხრივ, არასწორ მკურნალობას შორის არსებობს კავშირი იმ მხრივ, რომ პაციენტის ზარალის ანაზღაურების მოთხოვნის მიზანს ერთგვაროვანი კომპენსაციის მოიპოვება წარმოადგენს იმ ჯანმრთელობის დაზიანებისთვის, რაც მას მოჰყვა. თუმცა, პასუხისმგებლობის წინამძღვრები მოვალეობის სხვადასხვა სახის დარღვევას ეფუძნება, რომლებიც შეიძლება განვასხვავოთ ერთმანეთისგან.³⁵⁵ ამიტომ შესაძლებელია ასევე თითოეული პასუხისმგებლობის გამომწვევი ქმედების შესახებ სხვადასხვა დროს გახდეს ცნობილი და, შესაბამისად, ხანდაზმულობის ვადის ათვლა სხვადასხვა დროს დაიწყოს.

Zweibrücken, Urteil vom 11. Oktober 2005 - 5 U 10/05 - MedR 2006, 218, juris Rn. 41; LG Köln, Urteil vom 28. September 2016 - 25 O 15/15 - MedR 2017, 924, juris Rn. 21.

³⁵¹ ასევე Staudinger/J Hager (2021) BGB § 823 Rn. I 79.

³⁵² ასევე: Staudinger/J Hager (2021) BGB § 823 Rn. I 79.

³⁵³ BGH, Urteil vom 5. Dezember 2006 - VI ZR 228/05 - MedR 2007, 722, juris Rn. 11; BGH, Beschluss vom 24. Oktober 2012 - VI ZR 396/12 - juris.

³⁵⁴ BGH, Urteil vom 8. November 2016 - VI ZR 594/15 - MedR 2017, 960, juris Rn. 10; Saarländisches Oberlandesgericht Saarbrücken, Beschluss vom 2. Juli 2014 - 1 W 37/13 - NJW-RR 2014, 1305, juris Rn. 20.

³⁵⁵ BGH, Urteil vom 8. November 2016 - VI ZR 594/15 - MedR 2017, 960, juris Rn. 10.

პაციენტის წინასწარ გაცხადებული ნება - Living Will

პროფ. დოქ. ირმა გელაშვილი
საქართველოს უნივერსიტეტი

შესავალი

პაციენტის ავტონომია-უფლება თავად განსაზღვროს მისთვის სამედიცინო დახმარების აღმოჩენის ყველა საკითხი¹ „ადამიანის უფლებათა ევროპული კონვენციით“ და საქართველოს კონსტიტუციით გარანტირებული პირადი ცხოვრების უფლების გამოვლინებაა. ეს უფლება მოიცავს შესაძლებლობასაც, პირმა წინასწარ გადაწყვიტოს უგონო მდგომარეობაში აღმოჩენისას ან გაცნობიერებული გადაწყვეტილების მიღების უნარის დაკარგვის შემთხვევაში როგორ მოექცნენ მის სხეულს. ამგვარად, წინასწარი ნების/მითითების² მიზანია დაიცვას პაციენტის ავტონომია გაცნობიერებული გადაწყვეტილების მიღების უნარის დაკარგვის შემთხვევაში.

წინასწარ ნების გამოვლენა თანდათან უფრო აქტუალური ხდება, რასაც განაპირობებს, ერთი მხრივ, მზარდი ინტერესი პაციენტის ავტონომიის მიმართ პატერნალისტური მიდგომის სამომხმარებლო ურთიერთობით ჩანაცვლების შემდეგ და, მეორე მხრივ, ის მიღწევები, რაც კლინიკურ მკურნალობასა და სიცოცხლის შემა-

ნარჩუნებელ ტექნოლოგიებში არსებობს, რომლითაც შესაძლებელი გახდა პაციენტის სიცოცხლის ხელოვნურად შენარჩუნება წლების განმავლობაში და ხშირად - ამაოდაც. ახალი ტექნოლოგიები, აპარატურა, მედიკამენტები, მკურნალობის მეთოდები, მართალია, ახანგრძლივებს სიცოცხლეს, მაგრამ, ამავედროულად, ახანგრძლივებს ტერმინალური ავადმყოფის ტანჯვისა და სიკვდილის პროცესსაც. ექიმი, ჰიპოკრატესეული „აკეთე სიკეთე“ პრინციპის შესაბამისად, შესაძლებლობების ამონურვამდე ცდილობს პროფესიული მოვალეობის შესრულებას, ამას, შესაძლოა, დაემატოს პაციენტის ოჯახის წევრების არაგონივრული სიჯიუტე³ და შედეგად, სარგებლის მოტანის ნაცვლად, პაციენტი იქცეს „სამედიცინო ტექნოლოგიების პასიურ ტყვედ.“⁴

მზარდი სამედიცინო სირთულეების ეპოქაში, რომელსაც თან ერთვის სიცოცხლის ხანგრძლივობის ზრდა, არაერთ ადამიანს მიაჩნია, რომ არ უნდა მოხდეს მათი იძულება, გაუჭიანურდეთ სიბერე ან გონებრივი უძლურების სტადია, რადგან იგი ეწინააღმდეგება საკუთარი თავისა და

¹ კანონი „ჯანმრთელობის დაცვის შესახებ“, მიღებულია 10.12.1997.წ

² ხშირად მოიხსენიებენ, როგორც *Advance Directive*-ს.

³ „არაგონივრულ სიჯიუტეზე“ სამედიცინო სფეროს წარმომადგენელთა მსჯელობა იხ. ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს საქმეზე: ლამბერტი და სხვები საფრანგეთის წინააღმდეგ, *Lambert and Others v. France*, No. 46043/14, 05.06.2015.

⁴ ამერიკის ნევროლოგთა ასოციაციის შეფასება მყარ ვეგეტატიურ მდგომარეობაში მყოფ პაციენტზე სასამართლო მეგობრის მოსაზრებაში, საქმეზე *Cruzan v. Director, Missouri Department of Health*, ხელმისაწვდომია:

<https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/497/261>

პირადი იდენტობის მნიშვნელოვან იდეებს.⁵ გარკვეულ მკურნალობაზე უარმა შეიძლება გამოიწვიოს გარდაუვლად ფატალური შედეგი, თუმცა მიუხედავად აღნიშნულისა, სამედიცინო მკურნალობის თავზე მოხვევა გონებრივად თანხმობის გაცემის უნარის მქონე, ზრდასრულ პაციენტზე, განიხილება როგორც ჩარევა პირის ფიზიკურ ხელშეუხებლობაში იმგვარად, რომ შესაძლოა გამოიწვიოს პირადი ცხოვრების უფლების დარღვევა.⁶ ადამიანს კი მრავალი მიზეზით შეიძლება არ სურდეს სარეანიმაციო, სიცოცხლის შემანარჩუნებელი თუ პალიატიური მკურნალობა, მიიჩნევდეს მას ზედმეტ, ამაო, ფსიქოლოგიურად საზიანო ჩარევად და არ აქვს მნიშვნელობა რა ამოძრავებს – შიში, რწმენა, ტკივილისა და ტანჯვის თავიდან არიდება თუ სურვილი, მძიმე ტვირთად არ დაანევს ოჯახს. ინდივიდის უფლება, გადაწყვიტოს თუ როდის და როგორ სურს სიცოცხლის დასრულება, წარმოადგენს პირადი ცხოვრების პატივისცემის უფლების ერთ-ერთ ასპექტს⁷ და უგონო მდგომარეობაში აღმოჩენის ან გაცნობიერებული გადაწყვეტილების უნარის დაკარგვის შემთხვევისთვის ამ უფლების აღსრულების ყველაზე ეფექტიან საშუალებად მიიჩნევა წინასწარ ნების გამოხატვა – თანხმობა ან უარი სამედიცინო ჩარევაზე ან იმ პირის დასახელება, რომელიც პაციენტის ნაცვლად და მისი ინტერესებისთვის მიიღებს გადაწყვეტილებას. ემოციურ დონეზე, წინასწარ გამოვლენილი ნება ოჯახის წევრებისთვისაც შვებაა, ვინაიდან, გარდა იმისა, რომ არ უწევთ მძიმე მორალური გადაწყვეტილების მიღება, იცინ, რომ პაციენტის ნება აღსრულდა.

უგონო მდგომარეობაში აღმოჩენისას სამედიცინო ჩარევაზე წინასწარ ნების გამოვლენა

ფართოდ დაინერგა მსოფლიოს არაერთ ქვეყანაში. კონვენცია „ადამიანის უფლებებისა და ბიომედიცინის შესახებ“⁸ (მე-9 მუხლი) მიუთითებს, რომ „იმ შემთხვევაში, როდესაც სამედიცინო ჩარევისას პაციენტს არ აქვს უნარი გამოხატოს ნება, მხედველობაში უნდა იქნეს მიღებული მის მიერ ადრე გამოხატული ნება.“ საქართველოს კანონი „პაციენტის უფლებების შესახებ“⁹ (24-ე მუხლი) ითვალისწინებს წინასწარი ნების იურიდიულ ძალას, თუმცა კონვენციაც და ეროვნული კანონმდებლობაც მხოლოდ შესაძლებლობის აღიარებით შემოიფარგლება და ღიად რჩება კითხვები: როგორია ნების ნამდვილობის პირობები? როგორ უნდა მოხდეს ნების განმარტება? შეიძლება თუ არა ნების შინაარსის ფარგლების შეზღუდვა? წინასწარი მითითებების არსებობისას აქვს თუ არა წარმომადგენლის ნებას რაიმე მნიშვნელობა? რამდენად სავალდებულოა შესასრულებლად წინასწარ გამოხატული ნება და რა პასუხისმგებლობა მოყვება მის შეუსრულებლობას?

სტატია ამ კითხვებზე პასუხის გაცემის მცდელობაა.

1. წინასწარ გამოვლენილი ნების (Living will) კონცეფცია, წარმოშობა და განვითარება

წინასწარ გამოვლენილი ნების კონცეფცია უკავშირდება ამერიკელი ადვოკატის, უფლებადამცველი ლუის ქათნერის სახელს,¹⁰ რომელმაც გასული საუკუნის 30-იანი წლებში ევთანაზიის საკითხებზე მსჯელობისას პირველმა გამოთქვა მოსაზრება,¹¹ რომ არავინ არ უნდა დაექვემდებაროს იძულებით მკურნალობას და

⁵ ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს გადაწყვეტილება საქმეზე, *Pretty v. The United Kingdom*, #2346/02, 29.04.2002.

⁶ იქვე.

⁷ ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს გადაწყვეტილება საქმეზე *Haas v. Switzerland*, # 31322/07, 20.01.2011.

⁸ კონვენცია ადამიანის უფლებების და ღირსების დაცვისათვის ბიოლოგიასა და მედიცინაში: კონვენცია „ადამიანის უფლებებისა და ბიომედიცინის შესახებ“ (შემდგომში- ოვიდოს კონვენცია), მიღებულია 04.04.1997

წელს, საქართველოსთვის ძალაშია 01.03.2001 წლიდან.

⁹ საქართველოს კანონი „პაციენტის უფლებების შესახებ“, მიღებულია 05.05.2000 წელს.

¹⁰ Benzenhöfer U, Hack-Molitor G., Luis Kutner and the development of the advance directive (living will), 2009; ხელმისაწვდომია <https://publikationen.uni-frankfurt.de/frontdoor/index/index/docId/34515>

¹¹ აღნიშნულის თაობაზე ავტორი მოგვიანებით გამოქვეყნებულ ნაშრომში უთითებს, იხ. Kutner L., *The Living Will: The Epitome of Human Dignity in Coping With the*

ადამიანს, თვითგამორკვევის უფლებიდან გამომდინარე, უნდა ჰქონდეს შესაძლებლობა, სიცოცხლის დასრულებასთან დაკავშირებულ საკითხებზე წინასწარ გამოხატოს ნება. ქათნერი მიუთითებდა, რომ ტერმინალურ მდგომარეობაში მყოფ პაციენტს უნდა შეეძლოს წინასწარ გაცხადებული ინფორმირებული თანხმობით მართოს გარდაცვალება შეუქცევადი კომის, შესაძლებლობების მიძიე შეზღუდვის ან ცნობიერების დაკარგვის შემთხვევაში.¹² ქათნერის მიხედვით, ნება უნდა დამოწმდეს ორი მოწმის მიერ და ყოველი ინდივიდუალური შემთხვევა უნდა შეისწავლოს სამედიცინო დანესებულების ექიმთა კომიტეტმა თუ საბჭომ, რომელიც განიხილავს გარემოებებს, რამ განაპირობა პაციენტის განზრახვა და მიაღწია თუ არა მისმა მდგომარეობამ იმ ნიშნულს, როდესაც აღარ სურს მკურნალობა.¹³ მალევე ევთანაზიის საგანმანათლებლო საბჭომ¹⁴ შეადგინა Living Will-ის სტანდარტული ფორმები, ფლორიდის შტატის საკანონმდებლო ორგანოში კი დაინიჭირდა კანონი წინასწარი დირექტივის შესახებ, თუმცა კანონი მოცემულ ეტაპზე ვერ იქნა მიღებული.¹⁵ 1976 წელს კალიფორნიის შტატმა პირველმა მიიღო კანონი,¹⁶ რომლითაც ექიმს მიეცა უფლება ტერმინალურ მდგომარეობაში მყოფი პაციენტის სიცოცხლის შემანარჩუნებელი მკურნალობა შეწყვეტა მის მიერ წინასწარი მითითებების არსებობის შემთხვევაში. წინასწარ გამოვლენილი ნების აღიარების პროცესში, „სიკვდილის უფლებასთან“ დაკავშირებულ დებატებში დიდი მნიშვნელობა იქონია ნიუ ჯერსის ცნობილმა პრეცედენტმა- Karen Ann Quinlan (1976)-ს საქმემ,¹⁷ რომელმაც კიდევ უფრო ცხადად წარმოაჩინა ის სამართლებრივი და ეთიკური დილემა, რაც პირის ვეგეტატიურ მდგომარეობაში ყოფ-

ნას, მისი სიცოცხლის ხელოვნურად შენარჩუნებას უკავშირდება: კომაში მყოფი ახალგაზრდა ქალი მოათავსეს სამედიცინო დანესებულებაში, შესაბამისი გამოკვლევების შემდეგ ექიმმა ოჯახს შეატყობინა, რომ თავის ტვინის მიძიე დაზიანების გამო პაციენტი ვერასოდეს გამოვიდოდა მდგომარეობიდან, თუმცა სიცოცხლის შემანარჩუნებელი ხელოვნური კვებით (გასტრო-მილით) და რესპირატორის მეშვეობით პაციენტისათვის შეიძლებოდა წლების განმავლობაში გაეხანგრძლივებინათ სიცოცხლე. მშობლების დაჟინებული მოთხოვნის მიუხედავად, ექიმმა პაციენტისათვის რესპირატორის გამორთვაზე უარი თქვა. მშობლებმა მიმართეს სასამართლოს და მოითხოვეს სიცოცხლის შემანარჩუნებელი მკურნალობის შეწყვეტა. პირველი ინსტანციის სასამართლოს განმარტებით, არ არსებობდა სიკვდილის კონსტიტუციური უფლება, რის გამოც სასამართლომ მოსარჩელეებს უარი უთხრა მოთხოვნაზე, თუმცა ნიუ-ჯერსის უზენაესმა სასამართლომ ნორმის ფართო განმარტებით დაადგინა, რომ კონსტიტუციით განმტკიცებული უფლება ხელშეუხებლობაზე შეიძლება განახორციელონ გაცნობიერებული გადანყვეტილების მიღების უნარის არმქონე ან უგონო მდგომარეობაში მყოფი პირის ნაცვლად მისმა მშობლებმა, თუ ოჯახის გადანყვეტილება თანხვედრაში იქნებოდა ამ პირის სავარაუდო ნებასთან. სასამართლოს განმარტებით, ექიმის სისხლისსამართლებრივი პასუხისმგებლობა გამოირიცხებოდა, რადგან სიცოცხლის შემანარჩუნებელი სისტემიდან გამორთვა ვერ შეფასდებოდა მკვლელობად არსებობის ბუნებრივი რესურსის ამოწურვის გამო. სამედიცინო სფეროს წარმომადგენლების შეფასებით, ეს გადანყვეტილება იყო მისაღები და აუცილებელი. სა-

Historical Event of Death, University of Detroit Law Review 64 (1987), 661.

¹² იქვე, 662.

¹³ Kutner L., Due Process of Euthanasia: The living Will, A Proposal, Indiana Law Journal, V. 44, 1969. ხელმისაწვდომია

<https://www.repository.law.indiana.edu/ilj/vol44/iss4/2/>

¹⁴ Euthanasia Education Council, მანამდე Euthanasia Ed

¹⁵ Benzenhöfer U, Hack-Molitor G., Luis Kutner and the development of the advance directive (living will), 2009, 37.

¹⁶ კანონის ანალიზი იხ. Redleaf D., L., Schmitt S.B., Thompson W. CH., The California Natural Death Act: An Empirical Study of Physicians' Practices, Stanford Law Review, Vol. 31, No. 5 (May, 1979), pp. 913-945

¹⁷ გადანყვეტილება ხელმისაწვდომია: <https://law.justia.com/cases/new-jersey/supreme-court/1976/70-n-j-10-0.html>

მედიცინო დანესებულებებმა თანდათან დაიწყეს გაიდლაინის შემუშავება ტერმინალურ მდგომარეობაში მყოფი, თუმცა გაცნობიერებული გადაწყვეტილების მიღების უნარის მქონე პაციენტის მიერ მკურნალობაზე უარის გასათვალისწინებლად.¹⁸

1990 წელს კი აშშ-ის უზენაესმა სასამართლომ განიხილა პირველი საქმე *Cruzan v. Director, Missouri Department of Health*¹⁹ წინასწარ გაცხადებულ ნებასთან დაკავშირებით: ზემოთ მოყვანილი საქმის მსგავსად, ამ შემთხვევაშიც მყარ ვეგეტატიურ მდგომარეობაში მყოფი ახალგაზრდა ქალის მშობლებმა სასამართლოს გზით მოითხოვეს მისი სიცოცხლის შემანარჩუნებელი მკურნალობის შეწყვეტა ექიმთა უარის შემდეგ, თუმცა პირველი შემთხვევისგან განსხვავებით, დასტურდებოდა, რომ პაციენტს წინასწარ ზეპირად ჰქონდა გამოვლენილი ნება, რომ არ ისურვებდა სიცოცხლეს, თუ ჯანმრთელობის დაზიანების გამო დასჭირდებოდა ხელოვნური კვება და ჰიდრატაცია. მისურის პირველი ინსტანციის სასამართლომ კონსტიტუციასთან შესაბამისად მიიჩნია სამედიცინო ჩარევის შეწყვეტა იმ პირობებში, როდესაც ტვინის კოგნიტური ფუნქცია დაკარგული ჰქონდა და მდგომარეობიდან გამოსვლის შანსი არ არსებობდა. ამასთან, სასამართლომ გაითვალისწინა პაციენტის წინასწარ გამოხატული ნებაც, თუმცა მისურის უზენაესმა სასამართლომ შეცვალა პირველი ინსტანციის გადაწყვეტილება და განმარტა, რომ მკურნალობაზე უარის თქმის უფლება ინფორმირებული თანხმობის შემადგენელია და არავის აქვს უფლება სხვის ნაცვლად თქვას

უარი მკურნალობაზე, ხოლო წინასწარ ზეპირად გამოვლენილი ნება სასამართლომ არ მიიჩნია ნამდვილად, რადგან არ იყო მკაფიო, დამაჯერებელი და სარწმუნო.

აშშ-ს უზენაესმა სასამართლომ²⁰ გაიზიარა მისურის სასამართლოს შეფასება სიცოცხლის შემანარჩუნებელ მკურნალობაზე უარის თქმისათვის მკაფიო, დამაჯერებელ მტკიცებულების არსებობის აუცილებლობაზე და დაადგინა, რომ სიკვდილის უფლება არ არის კონსტიტუციით დაცული უფლება, ინდივიდებს უფლება აქვთ წინასწარ შეადგინონ მხოტავი, სავალდებულო ძალის განკარგულება, ქმედუნარიან პირს აქვს უფლება სათანადო სამართლებრივი ნესების დაცვით უარი თქვას მკურნალობაზე.²¹

ქრუზენის საქმემ განსაკუთრებული და საყოველთაო ინტერესი გამოიწვია,²² მან დააჩქარა და გარდამტეხი როლი ითამაშა living will-ის პრაქტიკაში დამკვიდრებაში. 1990 წელს კონგრესმა მიიღო ფედერალური კანონი²³ პაციენტთა თვითგამორკვევის შესახებ, რომელიც ავალდებულებს სამედიცინო და მზრუნველობის განმხორციელებელ დანესებულებებს მოახდინონ პაციენტთა ინფორმირება გადაწყვეტილების მიღების პროცესში მათი უფლებების შესახებ, აგრეთვე, გამოკითხონ ისინი წინასწარი ნებისა და სურვილების შესახებ, ხოლო თუ გამოვლენილი მითითებები შესაბამისი შტატის კანონმდებლობის მოთხოვნებს აკმაყოფილებს, მიიღონ ყველა ზომა მათ აღსასრულებლად.

დღეისათვის, წინასწარ ნების გამოვლენას ყველა შტატის კანონმდებლობა ითვალისწინებს,²⁴ თუმცა განსხვავებული წინაპირობებით:

¹⁸ Warraich, H., *Modern Death, How Medicine changed the End of Life*, 2017, 85.

¹⁹ გადაწყვეტილება ხელმისაწვდომია <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/497/261/>

²⁰ <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/497/261/>

²¹ განსაკუთრებული აღნიშვნის ღირსია მოსამართლე სკალიას მოსაზრება, რომლის თანახმად, თუ მკურნალობაზე უარი გამოიწვევს სიკვდილს, იგი უტოლდება სუიციდს და მათ შორის განსხვავება მხოლოდ სიტყვებშია, სუიციდი კი ვერ იქნება კონსტიტუციით დაცული და სახელმწიფომ უნდა მოახდინოს სუიციდის პრევენცია, თუ აუცილებელია იძულების ნესითაც, მათ შორის სუიციდისა, რომელიც გამოიხატება საჭირო ზომის მი-

ღებაზე უარის თქმაში, რაც სიცოცხლის გადარჩენისათვის აუცილებელია.

<https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/497/261>

²² იხ. Physician-Assisted Suicide, Weir R., (ed.), 1997; Friedman L., *Crime without Punishment*, 2018., Morrison A., *Fundamentals of American Law*, Stefan S., *Rational Suicide, Irrational Laws: Examining current approaches to Suicide in Policy and Law*, 2016.

²³ The Patient Self-determination Act (PSDA), 1990, H.R.4449 - 101st Congress (1989-1990): Patient Self Determination Act of 1990 | Congress.gov | Library of Congress

²⁴ ყველა შტატის შესაბამისი საკანონმდებლო რეგულაცია ხელმისაწვდომია:

უმეტესად სავალდებულოა ნების დამოწმება 2 მონმის ან ნოტარიუსის მიერ, შტატების უმეტესი ნაწილის კანონმდებლობა წინასწარ ნების გამოვლენას უკავშირებს მხოლოდ ტერმინალურ სტადიაში ან ცნობიერების პერმანენტული დაკარგვის შემთხვევაში სამედიცინო ჩარევაზე მიითითებას. უმეტეს შტატებში ნამდვილად არ მიიჩნევა წინასწარ გამოვლენილი ნება ორსულობის პერიოდში. ქალს არ აქვს უფლება წინასწარ უარი თქვას ორსულობის პერიოდში ტერმინალურ ან კომატოზურ მდგომარეობაში აღმოჩენისას სიცოცხლის შემანარჩუნებელ ჩარევაზე, ხოლო თუ ნება გამოვლენილი იყო მანამდე, მისი მოქმედება ჩერდება ორსულობის პერიოდში. ეს შეზღუდვა გამართლებულია დაუბადებელი ბავშვის სიცოცხლის გადარჩენის მიზნით,²⁵ თუმცა ავტორთა ნაწილი აკრძალვას კონსტიტუციის საწინააღმდეგო, ქალის ავტონომიის შემლახველ გაუმართლებელ ზომად მიიჩნევს.²⁶

წინასწარი ნების გამოხატვა აშშ-ში იმდენად აქტუალურია, რომ მინიმუმ ყოველი მესამე მოქალაქე ადგენს განკარგულებას.²⁷ შტატების განსხვავებული რეგულაციების მიუხედავად, უმეტესად გამოიყენება living will-ის მოდელური

ფორმა²⁸ და აქტიურად მიმდინარეობს საერთო, უნიფიცირებული წესების დადგენის კამპანია.²⁹

2. წინასწარ გამოვლენილი ნება (Living Will) ევროპულ სამართალში

თუ აშშ-ში Living Will ფართოდ დამკვიდრებული პრაქტიკაა, ევროპული ქვეყნებისთვის ეს კონცეფცია შედარებით ახალია,³⁰ ქვეყნების ნაწილს დღემდე არ აქვს საკანონმდებლო დონეზე აღიარებული წინასწარი დირექტივები³¹ და ჯერ კიდევ მიდის მსჯელობა ამ ინსტიტუტის პოტენციურ სარგებლიანობასა და მის რეგულირებაზე.

2.1. წინასწარ გამოხატული ნება ადამიანის უფლებათა ევროპულ სამართალში

პაციენტის ავტონომიის უფლება „ადამიანის უფლებათა და ძირითად თავისუფლებათა შესახებ“ კონვენციის მე-8 მუხლით დაცულ პირადი ცხოვრების სფეროს მიეკუთვნება და მოიცავს მკურნალობაზე უარის თქმის უფლებას³² და შესაძლებლობას, თავად განსაზღვროს პირმა

<https://www.findlaw.com/forms/resources/estate-planning/living-will/living-wills-state-laws.html>

²⁵ აღსანიშნავია, რომ სოციალურ მედიაში გავრცელდა ორსული ქალის ვიდეო, სადაც იგი წინასწარ საჯაროდ გამოხატავდა ნებას, რომ არჩევანის წინაშე დადგომის შემთხვევაში ექიმებს მისი სიცოცხლე გადაერჩინათ ბავშვის ნაცვლად, რათა მისი სამი შვილი უდევოდ არ გაზრდილიყო. ამ ვიდეოს მოყვა მილიონობით ადამიანის ინტერესი აშშ-ში და აზრთა სხვადასხვაობა. მართალია, Tik-Tok-ზე გამოვლენილი ნების ნამდვილობა შეიძლება კითხვის ნიშნის ქვეშ დადგეს, რადგან ხშირად ეს პლატფორმა რეკლამისთვის, მიმდევრების ოდენობის გასაზრდელად გამოიყენება, თუმცა ნების დამაჯერებლად/წერილობით გამოვლენის შემთხვევაში ორსულის მოთხოვნა ბავშვზე უპირატესად მის გადარჩენაზე საკამათოა, თუმცა წინასწარი ნება-კოლიზიისას გადაარჩინონ ბავშვი მისი სიცოცხლის ხარჯზე, ანგარიშგასაწევია.

<https://edition.cnn.com/2023/02/18/health/pregnant-women-obgyn-living-wills-cec/index.html>

²⁶ იხ. MacAvoy-Snitzer J., Pregnancy Clauses in living will statutes, Columbia Law Review, Oct. 1987, Vol. 87, No. 6 (Oct., 1987), pp. 1280-1300, ასევე, Benton E., The

Constitutionality of Pregnancy Clauses in Living Will Statutes, Vanderbilt Law Review, V 43, 1821

²⁷ Villarreal E., Pregnancy and Living Wills: A Behavior economic Analysis, The Yale Law Journal, V. 128, 2018-2019.

²⁸ Living Will Form - Living Will 2023 | US Legal Forms

²⁹ Steinle S., Living Will in The United States and Canada: A Comparative analysis. Case Western Reserve Journal of International Law, V 24, 1992, 442.

³⁰ ჯერ კიდევ 2009 წლის რეზოლუციაში- 2004-2008 წლებში ევროკავშირში ადამიანის ფუნდამენტური უფლებების მდგომარეობის შესახებ, ევროპარლამენტი მოუწოდებდა სახელმწიფოებს სიცოცხლის დასასრულს ღირსების დასაცავად დაენერგათ კანონმდებლობაში წინასწარი დირექტივები.

https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-6-2009-0019_EN.html

³¹ ევროკავშირის ქვეყნების სქემატურად გამოხატული ანალიზი იხ.

<https://www.elsevier.es/en-revista-spanish-journal-legal-medicine-446-articulo-advance-directives-comparison-current-legislation-S2445424921000121>

³² იხ. ზემოთ მითითებული საქმე Pretty v. the United Kingdom, #2346/02, 29.04.2002, § 62-63.

როდის და როგორ სურს სიცოცხლე დაასრულოს, თუმცა ვინაიდან საკითხი ეხება რთულ სამეცნიერო, სამართლებრივ, ეთიკურ ასპექტებს სიცოცხლის დასასრულთან დაკავშირებით და ვინაიდან ნევრ სახელმწიფოებს შორის არ არსებობს საკითხზე კონსენსუსი, სახელმწიფოების შეფასების ზღვარი ამ სფეროში საგრძნობია.³³

ევროპული კონვენციის გაგრძელებაა კონვენცია „ადამიანის უფლებებისა და ბიომედიცინის შესახებ“, რომელიც აღიარებს და იცავს ადამიანის უფლებებსა და ღირსებას ბიომედიცინის სფეროში. წინასწარ გამოვლენილი ნების თაობაზე ძირითად სამართლებრივ ჩარჩოს სწორედ ამ კონვენციის მე-9 მუხლი წარმოადგენს, რომლის მიხედვითაც, „იმ შემთხვევაში, როდესაც სამედიცინო ჩარევისას პაციენტს არ აქვს უნარი გამოხატოს თავისი სურვილი, მხედველობაში უნდა იქნეს მიღებული მის მიერ ადრე გამოხატული ნება.“ წინასწარ ნების გამოვლენა ვრცელდება როგორც ოვიდოს კონვენციის მე-8 მუხლით გათვალისწინებულ გადაუდებელ შემთხვევებზე, ისე იმ შემთხვევებზეც, როდესაც ნების გამოვლენისას სამედიცინო ჩარევის საჭიროება არ არსებობს, მაგრამ განჭვრეტა შესაძლებელია (მაგალითად, პროგრესირებადი ასაკობრივი დემენცია).³⁴

მოცემული ნორმა მხოლოდ წინასწარი ნების აღიარებით შემოიფარგლება და სხვა საკითხები, როგორიცაა ნამდვილობის პირობები თუ მისი სავალდებულო ხასიათი, პასუხგაუცემელი რჩება. ჩანანერი, რომ ნება „მხედველობაში უნდა იქნეს მიღებული“, იძლევა ინტერპრეტაციის საშუალებას, რამდენადაც არ არის იმპერატიულად გამოხატული ნების მბოჭავი ხასიათი. შემთხვევითი არაა ისიც, რომ კონვენციაში მითითებულია „წინასწარ გამოვლენილი სურვილი“ ნაცვლად „წინასწარი დირექტივისა“, ეს უკანასკნელი თავისი შინაარსით, სავალდებულებე-

ლია და სიტყვათა წყობაც მიანიშნებს, რომ კონვენციის შემუშავებისას ნორმის მიზანი არ ყოფილა წინასწარი ნების სავალდებულოდ აღსრულების დაწესება,³⁵ არამედ ეს იყო ბალანსის პოვნის საშუალება პაციენტის ავტონომიის პატივისცემასა და ექიმის პროფესიულ ვალდებულებას შორის. კონვენციის განმარტებითი ბარათის მიხედვითაც, ნების მხედველობაში მიღება არ ნიშნავს, რომ იგი სავალდებულოა აღსასრულებლად.³⁶ თუმცა ვერც ექიმის სრული დისკრეცია იქნება თავისი შეხედულებით მიიღოს გადაწყვეტილება და უგულებელყოს პირის ინტერესი, სხვა შემთხვევაში მისი გათვალისწინება კონვენციაში აზრს დაკარგავდა. კონვენციის განმარტებითი ბარათი ასახელებს ორ შემთხვევას, რა დროსაც შესაძლებელია ნებიდან გადახვევა: როდესაც ნება გამოვლენილია სამედიცინო ჩარევამდე დიდი ხნით ადრე ან სახეზეა მეცნიერული პროგრესი ნების გამოვლენის შემდეგ, რაც ქმნის ვარაუდის საფუძველს, რომ პაციენტი ამ მიღწევის ცოდნის შემთხვევაში სხვაგვარად გამოავლენდა ნებას. ეს ჩამონათვალი არ შეიძლება იყოს ამომწურავი, ყოველ კონკრეტულ შემთხვევაში, გარემოებების გათვალისწინებით, საკმარისი საფუძვლის არსებობისას, ექიმს უნდა ჰქონდეს უფლება გადაუხვიოს პაციენტის მიერ გამოვლენილ მითითებას, მაგალითად, თუ ნების გამოვლენისას პირი იყო იეჰოვას მოწმე და წინასწარ განაცხადა უარი სისხლის გადასხმაზე, თუმცა სამედიცინო ჩარევის საჭიროებისას ცნობილი გახდა, რომ იგი აღარ არის ამ მიმდევრობის წარმომადგენელი, ბუნებრივია, ასეთ დროს წინასწარ გამოვლენილი ნება არ უნდა იქნას გათვალისწინებული, ექიმმა გონიერი ადამიანის სტანდარტითა და პაციენტისათვის სარგებლიანობის პრინციპზე დაყრდნობით უნდა გადაწყვიტოს ეს მეტად რთული საკითხი.

³³ ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს გადაწყვეტილება საქმეზე *Haas v. Switzerland*, # 31322/07, 20.01.2011, § 55; *Koch v. Germany*, no 497/09, 19.07.2012.

³⁴ „ადამიანის უფლებების და ბიომედიცინის შესახებ“ კონვენციის განმარტებითი ბარათი, ხელმისაწვდომია <https://rm.coe.int/1680a8e4d0>

³⁵ Andorno R., *Regulating Advance Directives at The Council of Europe*, Negri S. (ed.), *Self-Determination, Dignity and End-of-Life Care. Regulating Advance Directives in National and International Law*, Series: *Queen Mary Studies in International Law*, 2012, 77

³⁶ „ადამიანის უფლებების და ბიომედიცინის შესახებ“ კონვენციის განმარტებითი ბარათი, ხელმისაწვდომია <https://rm.coe.int/1680a8e4d0>

აღსანიშნავია, რომ ოვიედოს კონვენცია ითვალისწინებს მხოლოდ უშუალოდ გამოვლენილ წინასწარი ნებას და არაფერს ამბობს მეორე ფორმაზე-ჯანდაცვის სფეროში წარმომადგენლობაზე. არც განმარტებით ბარათშია მითითება ამ შესაძლებლობაზე. მიუხედავად ამისა, ევროპის საბჭოს 2009/11 რეკომენდაციით,³⁷ ფაქტობრივად, აღმოიფხვრა ეს ხარვეზი, რამდენადაც რეკომენდაციამ დაწვრილებით განსაზღვრა წარმომადგენლობითი უფლებამოსილების მინიჭებისა და ნამდვილობის ყველა მნიშვნელოვანი ასპექტი. რეკომენდაციის თანახმად, წარმომადგენლობითი უფლებამოსილება უნდა იყოს გაცემული წერილობითი ფორმით და იმ შემთხვევისთვის, როდესაც უფლებამოსილ პირს არ შეეძლება გადაწყვეტილების მიღება უგონო მდგომარეობის ან გაცნობიერებული გადაწყვეტილების მიღების უნარის დაკარგვის გამო. მოცემული რეკომენდაციით წარმომადგენლობის სფერო უფრო ფართოა, ვიდრე ჯანმრთელობის დაცვა და მოიცავს სოციალურ კეთილდღეობასა და ფინანსებთან დაკავშირებულ საკითხებში წარმომადგენლობასაც. უფლებამოსილ პირს აქვს შესაძლებლობა წარმომადგენლობა მიანიჭოს რამდენიმე პირს სურვილისამებრ, ერთობლივად, დამოუკიდებლად თუ კონკურენტულად. უფლებამოსილება შეიძლება გაუქმდეს ნებისმიერ დროს უფლებამოსილი პირის მიერ უარით. რაც მთავარია, სახელმწიფოებმა უნდა დაანერგონ სერტიფიცირების, რეგისტრაციისა და შეტყობინების სისტემა, უფლებამოსილების მინიჭების, გამოთხოვის, ძალაში შესვლისა და შეწყვეტის შესახებ (მე-8 პრინციპი). სახელმწიფომ უნდა განიხილოს უფლებამოსილების მიმნიჭებელსა და წარმომადგენელს შორის ინტერესთა კონფლიქტის რეგულირების საკითხი და უზრუნველყოს წარმომადგენელთა

მიერ მინიჭებული უფლებამოსილების ფარგლებში მოქმედების კონტროლის მექანიზმის დანერგვა (მე-11-12 პრინციპები).

აღსანიშნავია, რომ რეკომენდაციის რამდენიმე მუხლი ეთმობა წინასწარ მითითებებსაც, რომლის მიხედვითაც, გაცნობიერებული გადაწყვეტილების მიღების უნარის მქონე პირს შეუძლია წინასწარ გამოხატოს ინსტრუქცია (მითითებები) და სურვილები ცნობიერების დაკარგვის შემთხვევაში წარმოშობილ საკითხებთან დაკავშირებით. ამ ორი ტერმინის „ინსტრუქცია“ და „სურვილების“ ცალკე გამოყოფას ის მნიშვნელობა აქვს, რომ პირველი სავალდებულო ხასიათის მითითებებს გულისხმობს, სურვილი კი – არამბოჭავი ნებაა³⁸ და ამით გამოხატულია მოცემულ საკითხთან არსებული განსხვავებული დამოკიდებულება ევროპულ ქვეყნებში, ამ საკამათო საკითხის ირგვლივ გარკვეული კონსენსუსის მისაღწევად გამოთქმულია სურვილი და მზაობა,³⁹ რომ შემუშავდეს ერთიანი სტანდარტი (მაგალითად, კონვენციის დამატებით პროტოკოლი), რომელიც განსაზღვრავს შემდეგ საკითხებს: როგორია წინასწარი ნების ნამდვილობისათვის მინიმალური ფორმალური ნესები/წინაპირობები (ქმედუნარიანობა, წინასწარი გასაუბრება ექიმთან, ნების გამოთხოვა და ა.შ.), რა არის წინასწარი ნების სამართლებრივი შედეგისი მბოჭავი ხასიათი და ნებიდან გადახვევის საგამონაკლისო საფუძვლები.⁴⁰ ცხადია, პროტოკოლის შემუშავება იქნება ჰარმონიზაციის საუკეთესო საშუალება, თუმცა საკითხი იმდენად რთულ სამეცნიერო, ეთიკურ და სამართლებრივ საკითხს ეხება, რომ სახელმწიფოს ექნება შეფასების ზღვარი, რომლის ფარგლებში პაციენტის ავტონომიასა და სიცოცხლის დაცვის ინტერესს დააბალანსებს. ევროპულმა სასა-

³⁷ Powers of attorney and advance directives for incapacity - European Committee on Legal Co-operation (coe.int)

³⁸ Andorno R., *Regulating Advance Directives at The Council of Europe*, Negri S. (ed.), *Self-Determination, Dignity and End-of-Life Care. Regulating Advance Directives in National and International Law*, Series: Queen Mary Studies in International Law, 2012, 84.

³⁹ ევროპის საბჭოს სამუშაო კომიტეტის მოხსენება თემაზე „წინასწარ გამოვლენილი ნების მიმართება სამედი-

ცინო ზრუნვის საერთო პრინციპებთან და განსახვავებული ნესები ეროვნულ სამართლებრივ სისტემებში, <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=090000168039e8e0>

⁴⁰ ევროკავშირის ქვეყნებისთვის European Living Will-ის საერთო დირექტივის დადგენას ითხოვს ევროკავშირის ქვეყნების სამოქალაქო აქტივისტთა პოპულარული გაერთიანებაც, ხელმისაწვდომია: <https://www.eumans.eu/european-living-will>

მართლმაც საქმეზე ლამბერის საფრანგეთის წინააღმდეგ, სადაც მომჩივნები დავობდნენ, რომ ექიმის გადაწყვეტილება, ვეგეტატიურ მდგომარეობაში მყოფი პაციენტისათვის შეწყვიტა სიცოცხლის ხელოვნურად შემანარჩუნებელი მკურნალობა (ჰიდტრატაცია, გასტრო მილით კვება), არ შეესაბამებოდა სახელმწიფოს პოზიტიურ ვალდებულებას ეზრუნა და დაეცვა ადამიანის სიცოცხლე, განმარტა შემდეგი: ევროპის საბჭოს წევრ სახელმწიფოებს შორის კონსენსუსი არ არსებობს მასზე, დასაშვებია თუ არა სიცოცხლის ხელოვნურად შემანარჩუნებელი მკურნალობის შეწყვეტა, თუმცა სახელმწიფოთა უმრავლესობა როგორც ჩანს უშვებს შეწყვეტას, მაშინ, როდესაც დეტალური წესები მკურნალობის შეწყვეტაზე განსხვავდება სახელმწიფოების მიხედვით, მიუხედავად ამისა, მხარეები თანხმდებიან პაციენტის სურვილების გადამწყვეტ მნიშვნელობაზე გადაწყვეტილების მიღების პროცესში, არ აქვს მნიშვნელობა, რა ფორმითაა მოცემული სურვილები გამოხატული. შესაბამისად, სასამართლო მიიჩნევს, რომ სიცოცხლის მიმწეხრთან ისევე, როგორ სიცოცხლის დასაწყისთან დაკავშირებით, წარმოშობილი თემების განხილვისას სახელმწიფოებს უნდა ენიჭებოდეთ შეფასების ზღვარი არა მხოლოდ იმის განხილვისას დასაშვებია თუ არა სიცოცხლის შემანარჩუნებელი მკურნალობის შეწყვეტა და მოცემული შეწყვეტის მარეგულირებელი დეტალური წესების განსაზღვრა, არამედ ასევე, ბალანსის დაცვა პაციენტის სიცოცხლის უფლების პატივისცემისა და მათი პირადი ცხოვრების და პერსონალური ავტონომიის პატივისცემის უფლებას შორის, თუმცა შეფასების ზღვარი არ არის უსაზღვრო და სასამართლო იტოვებს უფლებას განიხილოს თუ რამდენად დაემორჩილა სახელმწიფო მე-2 მუხლით განსაზღვრულ ვალდებულებებს.⁴¹

აღსანიშნავია, რომ ამ ეტაპზე ევროპულ სასამართლოში კომუნიცირებულია საქმე-მედმუნი საფრანგეთის წინააღმდეგ.⁴² 2022 წლის მაი-

სში მომხდარი ავტოსაგზაო შემთხვევის შედეგად დაზარალებული მამაკაცი კომატოზურ მდგომარეობაში მყოფი მიიყვანეს ჰოსპიტალში. 1 თვის შემდეგ სამედიცინო პერსონალმა მიიღო გადაწყვეტილება სიცოცხლის შემანარჩუნებელი მკურნალობის შეწყვეტის შესახებ იმ საფუძვლით, არსებული მდგომარეობის გათვალისწინებით, მკურნალობის გაგრძელება წარმოადგენდა არაგონივრულ სიჯიუტეს. პაციენტის კანონიერმა წარმომადგენლებმა-მეუღლემ და დებმა, მოითხოვეს გადაწყვეტილების აღსრულების შეჩერება, რამდენადაც პაციენტს წინასწარ, 2 წლით ადრე, უბედურ შემთხვევამდე ჰქონდა გამოხატული ნება და კანონიერ წარმომადგენლებს მიუთითებდა, მიეღოთ აუცილებელი გადაწყვეტილებები, რომ ხელოვნურადც კი შეეძინებინათ მისი სიცოცხლე, მათ შორის, შეუქცევადი კომის შემთხვევაში. ექიმებმა პანელური განხილვის შედეგად კვლავ მიიღეს გადაწყვეტილება შეწყვიტათ მკურნალობა და გადაეყვანათ პაციენტი „სიკვდილამდე ღრმა სედაციურ მდგომარეობაში“. მათი გადაწყვეტილება ეფუძნებოდა საზოგადოებრივი ჯანდაცვის კოდექსის L. 1111 11 მუხლს,⁴³ რომელიც ავალდებულებს ექიმებს, მხედველობაში მიიღონ პაციენტის მიერ წინასწარ გამოხატული ნება, გარდა იმ შემთხვევისა, როდესაც ის „შუკარად შეუსაბამოა ან არ შეესაბამება სამედიცინო მდგომარეობას“.

პაციენტის კანონიერმა წარმომადგენლებმა თავდაპირველად მიმართეს ეროვნულ სასამართლოს სარჩელის უზრუნველყოფის ღონისძიების სახით მკურნალობის შეწყვეტის შესახებ ექიმების გადაწყვეტილების აღსრულების შეჩერებისა და ჯანდაცვის კანონის შესაბამისი მუხლის კონსტიტუციურობის შემოწმების მოთხოვნით. საკონსტიტუციო საბჭომ დაადგინა გასაჩივრებული ნორმის კონსტიტუციასთან შესაბამისობა,⁴⁴ რის შემდეგაც განმცხადებლებმა მიმართეს ევროპულ სასამართლოს რეგლამენტის 39-ე მუხლის შესაბამისად, სიცოცხლის ხელოვნ-

⁴¹ ლამბერი და სხვები საფრანგეთის წინააღმდეგ, *Lambert and Others v. France*, No. 46043/14, 05.06.2015. 147-148.

⁴² *Medmoune v. France*, [55026/22](#)

⁴³ https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article_lc/LEGIARTI000041721077/2020-10-01/

⁴⁴ <https://www.conseil-constitutionnel.fr/en/decision/2022/20221022QPC.htm>

ნურად შემანარჩუნებელი მკურნალობის შეწყვეტის შესახებ გადაწყვეტილების შესაჩერებლად დროებითი ღონისძიების სახელმწიფოსათვის დაკისრების მოთხოვნით, რაც, ასევე, არ დაკმაყოფილდა.

ამ ეტაპზე ევროპული სასამართლოში საქმე კომუნიცირებულია.

2.2. პაციენტის წინასწარი მითითებები ევროპულ ქვეყნებში- შედარებითი ანალიზი

როგორც ზემოთ აღინიშნა, წინასწარ მითითებებთან დაკავშირებით არაერთგვაროვანი მიდგომაა ევროპულ სახელმწიფოებში.⁴⁵ იმ ქვეყნებში, სადაც წინასწარი მითითებები კანონმდებლობით აღიარებულია (გაერთიანებული სამეფო, ავსტრია, ესპანეთი, უნგრეთი, ბელგია, ფინეთი, გერმანია), მათი შესრულება სავალდებულოა გარკვეული წინაპირობების დაკმაყოფილების შემთხვევაში, თუმცა თავად ეს წინაპირობებია განსხვავებული, ხოლო ზოგიერთ ქვეყანას (ბულგარეთი, კვიპროსი, ჩეხეთი, ხორვატია, საბერძნეთი, ლიეტუვა) რატიფიცირებული აქვს ოვიედოს კონვენცია, მაგრამ შესაბამისი კანონი არ შეუმუშავებიათ. შედარებით იშვიათ შემთხვევაში (მაგ. დანია), წინასწარ მითითებები არ არის სავალდებულო შესასრულებლად და მათ გადაწყვეტილების მიღების პროცესში დამხმარე ფუნქცია აქვთ.

არსებული რეგულაციებიდან განსაკუთრებით საინტერესოა რამდენიმე ქვეყნის გამოცდილება:

გაერთიანებული სამეფოში მოქმედებს კანონი მენტალური ქმედუნარიანობის შესახებ,⁴⁶ რომლის მიხედვითაც ყველა ქმედუნარიან, გაცნობიერებული გადაწყვეტილების მიღების უნა-

რის მქონე პირს უფლება აქვს გამოავლინოს წინასწარი ნება სამედიცინო ჩარევასთან დაკავშირებით. ნება უნდა იყოს წერილობითი ფორმით გამოვლენილი, ხოლო სიცოცხლის შემანარჩუნებელ მკურნალობაზე უარის თქმის გადაწყვეტილება დამატებით მოითხოვს დამოწმებას, სადაც ნათლად და მკაფიოდ უნდა მიეთითოს, რომ მკურნალობაზე უარი ეხება ისეთ შემთხვევებს, როდესაც სიცოცხლის რისკი არსებობს, უარი შეიძლება გავრცელდეს ჰიდრატაციასა და ხელოვნურ კვებაზე, მაგრამ არ გაითვალისწინება წინასწარ უარის თქმა ძირითად საარსებო მზრუნველობაზე (გათბობა, ჰიგიენის ზომები, წყლის მიღება ბუნებრივად),⁴⁷ გარდა ამ გამონაკლისისა, წინასწარი უარი არის მბოჭავი, ხოლო, პირიქით, წინასწარი მოთხოვნა მკურნალობაზე არ არის მკაცრად სავალდებულო, არამედ დახმარება შეუძლია გაუწიოს სამედიცინო პერსონალს პაციენტის საუკეთესო ინტერესის განსაზღვრისათვის. გამოვლენილი ნება არ უნდა ეწინააღმდეგებოდეს კანონს, მაგალითად, ბათილია ნება, სადაც პირი მოითხოვს ევთანაზიას. მოცემული კანონი ითვალისწინებს წარმომადგენლობითი უფლებამოსილების სხვისთვის მინიჭებასაც,⁴⁸ რომ ამ უკანასკნელმა მიიღოს გადაწყვეტილება სამედიცინო ჩარევაზე ან უარი თქვას მასზე, თუმცა, ნებისმიერ შემთხვევაში, წარმომადგენელმა უნდა იმოქმედოს პაციენტის საუკეთესო ინტერესებიდან გამომდინარე.

2006 წლიდან ავსტრიაში მოქმედებს სპეციალური კანონი წინასწარი დირექტივის შესახებ.⁴⁹ აღსანიშნავია, რომ ავსტრიის უზენაესმა სასამართლომ ჯერ კიდევ კანონის ძალაში შესვლამდე დაადგინა,⁵⁰ რომ ტერმინალური ავადმყოფისათვის სიცოცხლის შემანარჩუნებელი მკურნალობის შეწყვეტა კანონიერია მის მიერ წინასწარ გამოხატული ნების-მკურნალობაზე

⁴⁵ დეტალურად იხ. Porcar Rodado E. P, Sanchez D. P, Gisbert G. M., Advance Directives, Comparison of current legislation within the European Union, Spanish Journal of Legal Medicine, #4, 2021, 67.

⁴⁶ Mental Capacity Act, 2005, <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2005/9/contents>

⁴⁷ Code of Practice for the Mental Capacity Act: "An advance decision cannot refuse actions that are needed to keep a person comfortable (sometimes called basic or essential care). Examples include warmth, shelter,

actions to keep a person clean and the offer of food and water by mouth" (Section 9.28).

⁴⁸ Lasting Power of Attorney

⁴⁹ კონსოლიდირებული ვერსია ხელმისაწვდომია: <https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=20004723>

⁵⁰ Supreme Court 7 Jul. 2008, 6 Ob 286/07, მითითებულია Leischner-Lenzhofer A., Noe D., Steinbock C., Ernst G., Medical Law In Austria, 2022,

უარის თქმის საფუძველზე. განსაკუთრებულად მნიშვნელოვანია, რომ სასამართლომ ზეპირად გამოვლენილი ნება ნაგარაუდებ/პრეზუმირებულ ნებად შეაფასა და წერილობითი ფორმა არ მიიჩნია ნამდვილობის აუცილებელ წინაპირობად. ეს პრინციპები აისახა კიდევ კანონმდებლობაში. კანონი წინასწარი დირექტივის შესახებ აწესრიგებს მხოლოდ წინასწარ უარს მკურნალობაზე (მე-2 პარაგრაფი) და როგორც წესი, ეხება ჰიდრატაციას, ხელოვნური გასტრო-მით კვებას, ვენტილაციასა და რეანიმაციულ ჩარევას. სამედიცინო პერსონალისთვის ნება მბოჭავია იმ პირობით, თუ: პაციენტმა გაიარა გასაუბრება ექიმთან, ინფორმირებულია (5) და სწორად აფასებს იმ შედეგებს, რაც მოყვება მისი ნების აღსრულებას (მე-4 პარაგრაფი); დოკუმენტი შედგენილია იურისტის ან ნოტარიუსის წინაშე (6); მკურნალობაზე უარი აღწერილია ზუსტად და ნათლად.

წინასწარი ნების მოქმედების ვადაა 8 წელი, თუ პირს უფრო ნაკლები ვადა არ განუსაზღვრავს, ამავდროულად, შესაძლებელია ნების გამოხმობაც და განახლებაც, რაც იწვევს ვადის დენის დაწყებას თავიდან (7). როგორც მკაცრად პიროვნული უფლება, ნება გამოვლენილ უნდა იქნეს პირადად. აუცილებელია წინასწარი დირექტივის რეგისტრაცია შრომის, სოციალურ საკითხთა, ჯანმრთელობის და მომხმარებელთა დაცვის სამინისტროში. თუ მითითებული წინაპირობები არ არის დაცული, ნება მბოჭავი არ არის, მაგრამ შესაძლებელია მისი განმარტება პაციენტის ინტერესების სასარგებლოდ (9). შეიძლება ითქვას, რომ ავსტრიის კანონმდებლობა ამ ნორმით განასხვავებს შესასრულებლად სავალდებულო და არასავალდებულო წინასწარ ნებას-თუ შინაარსობრივი მხარის გარდა, მკაცრი ფორმალური და პროცედურული მოთხოვნები დაცულია, ნება მბოჭავია, სხვა შემთხვევაში, მისი აღსრულება სავალდებულო არ არის, არამედ ექიმმა გამოსატყუი ინტერესი მხედველობაში უნდა მიიღოს.

გამოვლენილი ნება ბათილია არა მხოლოდ მაშინ, თუ ზემოქმედებითაა დადებული ან კანონსაწინააღმდეგოა, არამედ, იმ შემთხვევაშიც, თუ მედიცინის მეცნიერული პროგრესი მნიშვნელოვნად შეიცვალა ნების გამოვლენის შემდეგ (10).

გერმანული სამართალი სამოქალაქო კოდექსით (საოჯახო სამართლის წიგნი, მეურვეობისა და მზრუნველობის თავი) აწესრიგებს პაციენტის წინასწარ გამოვლენილ ნებასთან (*Patientenverfügung*) დაკავშირებულ საკითხებს, § 1901a მიხედვით, პაციენტის წინასწარი ნება გულისხმობს სრულწლოვანი, თანხმობის გაცხადების უნარის მქონე პირის მიერ გაცნობიერებული გადაწყვეტილების მიღების უნარის დაკარგვის შემთხვევისთვის წინასწარი ნების (თანხმობის ან უარის) წერილობით გამოვლენას მკურნალობასა თუ სხვა სამედიცინო ჩარევაზე, რომელიც ნების გამოვლენისას არ არის პროგნოზირებადი. მაშასადამე, თუ წინასწარი ნება ეხება ისეთ შემთხვევებს, სადაც სამედიცინო ჩვენება და ჩარევის საჭიროება ნების გამოვლენის მომენტში გამოკვეთილია, მაშინ საკითხი რეგულირდება მკურნალობაზე ინფორმირებული თანხმობის წესებით და განსხვავებით პირველი შემთხვევისაგან, თანხმობისთვის წერილობითი ფორმის დაცვა არ არის სავალდებულო.⁵¹ აღსანიშნავია, რომ კანონპროექტის განხილვის ეტაპზე კონსერვატიული მოძრაობა მოითხოვდა წინასწარი ნების სანოტარო წესით დამოწმებასა და მის დაშვებას მხოლოდ იმ შემთხვევაში, როდესაც ავადმყოფობა იყო შეუქცევადი, პროგრესირებადი ფატალური პროგნოზით, თუმცა ეს მოსაზრებები არ იქნა გათვალისწინებული⁵² და არსებული რეგულაციით, წინასწარი მითითებები არ მოითხოვს რთულ წერილობით ფორმას და შეიძლება ითვალისწინებდეს გადაწყვეტილებას ნებისმიერ მკურნალობასთან დაკავშირებით, მზრუნველობის ქვეშ მყოფი პირის ავადმყოფობის სიმძიმის მიუხედავად (§ 1901a III), ნების რუტინული დამოწმების მოთხოვნის გარეშე, მაგრამ იმ შემთხვევაში, თუ ნების გამოვლენასა და მკურნალობას შორის არსებობს

⁵¹ Schneider A., German Civil Code, Article-by-article Commentary, V II, Books 4-5, Ed., Dannemann/Schulze, 2022, 713.

⁵² Wiesing U., Jox R., J Heßler H.-J., Borasio G D., A new law on advance directives in Germany, Law, Ethics and Medicine, 2013, #36, 779.

დროის დიდი ინტერვალი, უნდა შემოწმდეს, ხომ არ გამოიხმო ან შეცვალა ნება პაციენტმა და შესაბამემა თუ არა ნება მოცემულ სპეციფიკურ სიტუაციას, განსაკუთრებით, თერაპიულ შესაძლებლობებსა და სპეციალურ პირობებს.⁵³

კოდექსი ნების გამოვლენამდე არც კონსულტაციის ვალდებულებას ადგენს, რაც გაკრიტიკებულია იურიდიულ ლიტერატურაში,⁵⁴ მიიჩნევა, რომ რამდენადაც პაციენტის წინასწარი ნება შეიცავს თანხმობას სამედიცინო ჩარევაზე, გამოვლენი ინფორმირებული უნდა იყოს წინასწარ ამ კონკრეტულ ფაქტზე სამოქალაქო კოდექსის § 630-ე შესაბამისად.

წინასწარი ნება შეიძლება გამოხმობილ იქნეს ნებისმიერ დროს (§ 190a I). საგულისხმოა, რომ ნების გამოვლენისაგან განსხვავებით, რომლისთვისაც კანონმდებელი წერილობით ფორმას მოითხოვს, გა მოხმობისათვის არ არის დადგენილი ფორმა. ის შეიძლება გამოიხატოს ზეპირადაც და მოქმედებითაც, მთავარია, გამოხმობის ნება ჩანდეს საკმარისად მკაფიოდ. კანონი არ მიუთითებს გამოხმობისას გაცნობიერებული გადაწყვეტილების მიღების უნარის არსებობაზე. წინასწარი ნებისაგან განსხვავებით, გამოხმობისათვის საკმარისია მხოლოდ თანხმობის გამოხატვის უნარი და არა გარიგებაუნარიანობა.⁵⁵

წინასწარ გამოვლენილი ნება კონსტიტუციით დაცული თვითგამორკვევის უფლების გამოვლენაა და შესაბამისად, მბოჭავია. ეს არის ცალმხრივი არამიღებასავალდებულო ნების გამოვლენა, რომლის ადრესატია ყველა პირი თუ ინსტიტუცია, ვისთვისაც ცნობილი ხდება ნების შინაარსი და ვინც ჩართულია მკურნალობასა

და მზრუნველობაში.⁵⁶ ამასთან, დაუშვებელია პირის დავალდებულება, შეადგინოს წინასწარი ნება (§ 1901a IV). ეს აკრძალვა მიმართულია საჯარო დაწესებულებების, სადაზღვევო კომპანიებისა და სამედიცინო დაწესებულებების მიმართ, რამდენადაც წინასწარი მითითება მკაცრად პიროვნული გადაწყვეტილებაა, იგი არ შეიძლება გახდეს ხელშეკრულების საგანი.⁵⁷

მკაცრად პიროვნული ხასიათიდან გამომდინარე, ნება უშუალოდ უნდა გამოავლინოს პირმა, შესაბამისად, დაუშვებელია წარმომადგენლობა ნების გამოვლენისას, თუმცა შესაძლებელია ნების გადამტანის ჩართულობა.⁵⁸ ამავდროულად, კოდექსი ითვალისწინებს ჯანდაცვის სფეროში წარმომადგენლობასაც, იმ პირობით, რომ პაციენტს, რომელსაც აღარ შეუძლია გაცნობიერებული გადაწყვეტილების მიღება, მინიჭებული აქვს წინასწარ უფლებამოსილება ნდობით აღჭურვილი პირისათვის (*Bevollmächtigter*) ან სასამართლოს მისთვის ჯანდაცვის სფეროში ჰყავდა მისთვის დანიშნული წარმომადგენელი (*Betreuer*), მათ უნდა დაადასტურონ პაციენტის ნება ექიმის წინაშე. რეკომენდებულია პაციენტის ინტერესების უკეთესად დასაცავად წინასწარ მითითებებში სასურველ თუ აკრძალულ ჩარევასთან დაკავშირებული გადაწყვეტილებების გარდა, პაციენტმა განსაზღვროს სანდო პირისათვის წარმომადგენლობითი უფლებამოსილების მინიჭების საკითხიც, რამდენადაც კლინიკური გამოცდილებიდან გამომდინარე, სუროგატი გადაწყვეტილების მიმღების ჩართულობით უფრო ეფექტიანად ხდება პაციენტის ინტერესების დაცვა.⁵⁹ წინასწარი ნების განხილვისას

⁵³ Schneider A., German Civil Code, Article-by-article Commentary, V II, Books 4-5, Ed., Dannemann/Schulze, 2022, 713.

⁵⁴ Wiesing U., Jox R., J Heßler H-J., Borasio G D., A new law on advance directives in Germany, Law, Ethics and Medicine, 2013, #36, 781.

⁵⁵ Gruneberg BGB/GOTz, 1901 a BGB mn 6. მითითებულია Schneider A., German Civil Code, Article-by-article Commentary, V II, Books 4-5, Ed., Dannemann/Schulze, 2022, 715.

⁵⁶ Schneider A., German Civil Code, Article-by-article Commentary, V II, Books 4-5, Ed., Dannemann/Schulze, 2022, 712.

⁵⁷ 7 Schneider A., German Civil Code, Article-by-article Commentary, V II, Books 4-5, Ed., Dannemann/Schulze, 2022, 716.

⁵⁸ MUKo BGB/Schneider, 1901 a BGB mn.9 მითითებულია: Schneider A., German Civil Code, Article-by-article Commentary, V II, Books 4-5, Ed., Dannemann/Schulze, 2022, 713.

⁵⁹ Wiesing U., Jox R., J Heßler H-J., Borasio G D., A new law on advance directives in Germany, Law, Ethics and Medicine, 2013, #36, 782.

მკურნალმა ექიმმა მეურვესთან ერთად წინასწარ უნდა შეამოწმოს სამედიცინო ჩარევის სახე პაციენტის საერთო მდგომარეობისა და პროგნოზის მიხედვით (§ 1901b), თუ ექიმი და წარმომადგენელი თანხმდებიან სამედიცინო ჩარევაზე ან მასზე უარის თქმაზე წინასწარი ნებიდან გამომდინარე, მზრუნველობის სასამართლოს ნებართვა აღარ მოითხოვება, ხოლო თუ მათი აზრი განსხვავდება ერთმანეთისგან წინასწარ ნებასთან დაკავშირებით, მეურვეს შეუძლია მოიძიოს მეორე აზრი და აირჩიოს სხვა ექიმი, თუმცა საჭიროა სასამართლოს ნებართვა (§ 1904).

მიუხედავად იმისა, რომ წინასწარ გამოვლენილ ნებასთან დაკავშირებით გადანყვეტილების მიღებისას მთავარი უშუალოდ ნების გამოვლენის განზრახვაა, § 1901b მუხლის მიხედვით, ახლო ნათესავებსაც უნდა მიეცეთ შესაძლებლობა გამოხატონ თავიანთი აზრი, თუ ეს შესაძლებელია მნიშვნელოვანი დაყოვნების გარეშე. ახლო ნათესავად მიიჩნევა შვილი, მშობელი, მეუღლე, რეგისტრირებული პარტნიორი, შეიძლება ჩართული იყვნენ სხვა ნათესავებიც ან პირები, რომლებთანაც პაციენტს განსაკუთრებული ურთიერთობა აკავშირებს და ეს უკანასკნელი ფლობს მნიშვნელოვან ინფორმაციას პაციენტის განზრახვებზე, ასეთი შეიძლება იყოს პარტნიორი, მეგობარი, აღმზრდელი თუ მრევლი, მთავარი საკითხი არის ნათესავებს შორის განსხვავებული აზრის შემთხვევაში ვის უნდა მიენიჭოს უპირატესობა პაციენტის ნების დასადგენად, რა დროსაც გადამწყვეტი ფაქტორი უნდა იყოს, ვისთან აქვს პაციენტს რეალური ახლო პერსონალური ურთიერთობა, ვინ ფლობს მნიშვნელოვან ინფორმაციას პაციენტის განზრახვაზე.⁶⁰ კოდექსი ითვალისწინებს პრეზუმირებულ ნებასაც (§ 1901a, 2), რომელიც მხოლოდ მაშინ უნდა იქნას მიღებული მხედველობა-

ში, თუ წინასწარი ნება არ არსებობს ან არანამდვილია. პრეზუმირებული ნება უნდა შეფასდეს ინდივიდუალურად და მხედველობაში უნდა იქნეს მიღებული პაციენტის ზეპირი თუ წერილობითი გამონათქვამები, ეთიკური და რელიგიური მრწამსი და პიროვნული ღირებულებები.

შეიძლება ითქვას, რომ გერმანული მოწესრიგება საკმაოდ ლიბერალურია და არ მოიცავს ფორმალურ შეზღუდვებსა და წინაპირობებს ავსტრიულ თუ ინგლისურ რეგულაციებთან შედარებით.

საფრანგეთის⁶¹ კანონმდებლობაში, კერძოდ, საზოგადოებრივი ჯანმრთელობის შესახებ კანონში 2016 წელს განხორციელებული ცვლილებებით,⁶² ექიმი პაციენტის მიერ წინასწარ გამოხატული ნებით შებოჭილია ნებისმიერი სამედიცინო გამოკვლევის, ჩარევის ან მკურნალობის თობაზე გადანყვეტილების მიღებისას, გარდა გადაუდებელი შემთხვევისა, სადაც პაციენტის წინასწარ გამოხატული ნება აშკარად არ შეესაბამება არსებულ სამედიცინო მდგომარეობას. შესაბამისად, ექიმი უფლებამოსილია არ გაითვალისწინოს პაციენტის წინასწარი მითითებები, როდესაც ნება აშკარად არ შეესაბამება პაციენტის სამედიცინო მდგომარეობას. ექიმი ამგვარ გადანყვეტილებას იღებს კოლეგიური განხილვის/მსჯელობის შემდგომ, რის თაობაზეც ეცნობება პაციენტის მიერ განსაზღვრულ პირს/რწმუნებულს, ხოლო ასეთის არარსებობის შემთხვევაში, ოჯახის წევრს ან სხვა ნათესავს.

ესპანურ სამართალში⁶³ წინასწარი ნების ნამდვილობისათვის აუცილებელია, რომ იგი გამოხატულ იქნას ნოტარიუსის წინაშე, რეგისტრირებული იქნას ჯანმრთელობის სამინისტროს წინასწარი განკარგულების ცენტრალურ რეესტრში⁶⁴ ან დამონმებულ იქნას სამი მოწმის მიერ, საიდანაც ორ მათგანს არ უნდა ჰქონდეს პირდაპირი კავშირი ნების გამომვლენთან. კანონმდე-

⁶⁰ Schneider A., German Civil Code, Article-by-article Commentary, V II, Books 4-5, Ed., Dannemann/Schulze, 2022, 719.

⁶¹ Duguet, A., 'France'. In International Encyclopaedia of Laws: Medical Law, edited by Herman Nys. Alphen aan den Rijn, NL: Kluwer Law International, 2023, გვ. 138.

⁶² Public Health Law, Article L 1111-13-14 CSP, https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article_lc/LEGIARTI000041721077/2020-10-01/

⁶³ Porcar Rodado E. P, Sanchez D. P, Gisbert G. M., Advance Directives, Comparison of current legislation within the European Union, Spanish Journal of Legal Medicine, #4, 2021, 67.

⁶⁴ Romeo-Casabona C, Mora A.U., Armaza E., Beriain I.G., Romeo-Malanda S., 'Spain', International Encyclopaedia of Laws: Medical Law, *

ბლობა არ ითვალისწინებს მითითებების მოქმედების ვადას და მისი გადახედვის აუცილებლობას.

შვეიცარიაში⁶⁵ ტერმინალურ სტადიაზე მყოფი პაციენტის წინასწარ გამოსატული ნება მხოლოდ და შესასრულებლად სავალდებულო ძალის მქონეა, იმ პირობით, თუ ნება თავისუფლად იყო გამოვლენილი, შეესაბამება მის პრეზუმირებულ ნებას და არ ეწინააღმდეგება კანონს (მაგ. თუ პაციენტი ითხოვს სიკვდილში აქტიურ დახმარებას). თუ ნება კანონით გათვალისწინებულ პირობებს აკმაყოფილებს, იგი ისეთივე სავალდებულოა, როგორც თანხმობა. აღსანიშნავია, რომ წინასწარი ნების გამოთხოვაც უნდა მოხდეს წერილობით, რაც უდავოდ საკამათო საკითხია.⁶⁶

ცხადია, ნების გამოთხოვის უფლება ავტონომიის პრინციპიდან გამომდინარე, აქვს ნების გამომვლენს, მიუხედავად იმისა, აღნიშნულია ეს კანონმდებლობაში თუ არა. საკამათოა, წინასწარი ნების ნამდვილობის პირობები (გაცნობიერებული გადაწყვეტილების მიღების უნარი და ფორმა) უნდა გავრცელდეს თუ არა ნების გამოთხოვაზეც. ამ საკითხზე ოგიედოს კონვენციაში არაფერია ნათქვამი, ისევე, როგორც უმეტესი ქვეყნების კანონმდებლობაში. ნების გამოთხოვაც წინასწარი ღირექტივია, ვინაიდან თუ უშუალოდ სამედიცინო ჩარევის საჭიროებისას გამოხატავს პირი ნებას, მასზე ინფორმირებული თანხმობის წესები ვრცელდება, რომელიც წინასწარ ღირექტივას თავისთავად გააქარწყლებს, ამიტომაც, ნაწილი მიიჩნევს, რომ ვინაიდან ორივე ავტონომიის ფორმაა, თანაბარი სტანდარტი და მოთხოვნები უნდა გავრცელდეს თითოეულ მათგანზე, როგორც მკურნალობის სასარგებლოდ, ისე უარზე,⁶⁷ თუმცა, მეორე ნაწილის აზრით (მაგ. გერმანული სამართალი), ნების გამოთხოვის ნამდვილობისათვის მთავარია თანხმობის გაცხადების უნარი და არა გაცნობიერებული გადაწყვეტილების მიღების უნარი.

3. წინასწარი მითითება სისხლის გადასხმაზე უარის თქმის შესახებ

როგორც ზემოთ აღინიშნა, წინასწარი მითითებები, ძირითადად, ეხება სიცოცხლის შემანარჩუნებელ მკურნალობაზე (ხელოვნური კვება, ჰიდრატაცია და ვენტილაცია) უარის თქმას, მაგრამ ხშირად ამ საშუალებას მიმართავენ იეჭოვას მოწმეებიც უგონო მდგომარეობაში აღმოჩენილ სისხლის გადასხმაზე წინასწარ უარის სათქმელად. ამგვარი მითითების სავალდებულო ხასიათი კიდევ უფრო სადავოა, მით უფრო, როდესაც სისხლის გადასხმა გადაუდებელ შემთხვევას ეხება. ადამიანის უფლებათა ევროპულმა სასამართლომ, „მოსკოვის იეჭოვას მოწმეები რუსეთის წინააღმდეგ“⁶⁸ საქმეზე მსჯელობისას, მიუთითა, რომ „სპეციფიკური სამედიცინო მკურნალობის ალტერნატიული ფორმის არჩევა, არის თავისუფლება, რომელიც სასიცოცხლო თვითგამორკვევისა და პიროვნული ავტონომიის პრინციპებისათვის. კომპეტენტური, სრულწლოვანი ადამიანი თავისუფალია გადაწყვეტოს გაიაროს თუ არა ქირურგიული ჩარევა ან მკურნალობა თუ სისხლის გადასხმა, თუმცა ამ თავისუფლებას მნიშვნელობა რომ მიენიჭოს, პაციენტებს უნდა ჰქონდეთ უფლება გააკეთონ არჩევანი, რაც ეფუძნება მათ საკუთარ შეხედულებებსა და ღირებულებებს, მიუხედავად იმისა, რომ სხვებს შეიძლება ეს მოეჩვენოთ ირაციონალურად, არაგოვრულად ან უგუნურად.“

ცხადია, იეჭოვას მოწმეთა წინასწარ მითითებებში ასახული უარის სისხლის გადასხმაზე მათი თვითგამორკვევის უფლებაა. საკამათო მათი არჩევანი და თავისუფლება კი არ არის, რასაც რწმენა განაპირობებს, არამედ ნების ნამდვილობის დადგენა. თუ ინფორმირებული თანხმობის დროს პაციენტი სისხლის გადასხმაზე უარს ექიმის წინაშე აცხადებს, შესაბამისად, სამედიცინო შემთხვევით პრეზუმირებულია, რომ მას აქვს გაცნობიერებული გადაწყვეტილების

⁶⁵ Andrea Büchler & Thomas Gächter, 'Switzerland', in *International Encyclopaedia of Laws: Medical Law*, edited by Herman Nys. Alphen aan den Rijn 2016, 99.

⁶⁶ უფრო ვრცლად ამ თემაზე იხ. Jox R.J., *Revocation of Advance Directives*, Advance Directives, (ed) Lack P., Biller-Andorno N., Brauer S. 2014.

⁶⁷ Jox R.J., *Revocation of Advance Directives*, Advance Directives, (ed) Lack P., Biller-Andorno N., Brauer S. 2014, 79.

⁶⁸ *Jehovah's Witnesses of Moscow and Others v. 31 Russia*, N302/02, 10.06.2010.

მიღების უნარი, ხოლო წინასწარი მითითების შემთხვევაში, იყო თუ არა ფსიქიკურად ჯანმრთელი პირი ნების გამოვლენის დროს, ჰქონდა თუ არა ნების გამომვლენის ინფორმაცია თანმდევი შედეგების შესახებ და რამდენად გააზრებულად, თავისუფლად (გარე ფაქტორების ზემოქმედების გარეშე) იყო მიღებული გადაწყვეტილება, ნაგულისხმევი ვერ იქნება. შესაბამისად, თუ ეს წინაპირობები შემონმბებულია და ნება აკმაყოფილებს ნამდვილობის პირობებს, მაშინ წინასწარი უარი სისხლის გადასხმაზე უნდა შესრულდეს.

ამ იდეას ეფუძნება კანადის უზენაესი სასამართლოს ცნობილი გადაწყვეტილება საქმეზე *Malette v Shulman*.⁶⁹ ავტოსაგზაო შემთხვევის შედეგად უგონო მდგომარეობაში მყოფი ქალი მოათავსეს საავადმყოფოში, სადაც მკურნალმა ექიმმა მასობრივი სისხლდენის გამო გადაუდებელ აუცილებლობად ჩათვალა მისთვის სისხლის ტრანსფუზია. პაციენტს თან ჰქონდა ბარათი, სადაც უთითებდა, რომ აცნობიერებდა მოსალოდნელი შედეგებს სრულად, მაგრამ როგორც იეჰოვას მოწმე, ემორჩილებოდა ბიბლიის დანაწესს და უარს ამბობდა სისხლის გადასხმაზე. ამავდროულად, პაციენტის შვილმაც დედის რწმენიდან გამომდინარე, უარი განუცხადა ექიმს დედისთვის სისხლის ტრანსფუზიაზე, მიუხედავად ამისა, ექიმმა პაციენტს სისხლი მაინც გადაუსხა. გამოჯანმრთელების შემდეგ ქალმა მოითხოვა პაციენტის თვითგამორკვევის უფლების დარღვევისათვის კომპენსაცია 20000 დოლარის ოდენობით. მოპასუხე ექიმის თქმით, პაციენტის გადარჩენა იყო მისი, როგორც ექიმის, პროფესიული პასუხისმგებლობა, ამასთან, ბუნდოვანი იყო, რამდენად ასახავდა ბარათი მისი მფლობელის ჭეშმარიტ ნებას. სასამართლოს განმარტებით, არავითარი მტკიცებულება არ არსებობდა, რომ ბარათი მისი მფლობელის ნამდვილ განზრახვას არ წარმოადგენს პრეზუმფიცია, რომ წინასწარი ნების გამოვლენისას პირს ჰქონდა აცნობიერებული გადაწყვეტილების მიღების უნარი, უნდა გაექარწყლებინა მას,

ვინც სხვაგვარად ამტკიცებდა და რადგან მოცემულ საქმეზე ექიმმა ვერ დაასაბუთა ნების ნამდვილობაში ეჭვის შეტანის საფუძველი, სასამართლომ დაადგინა პაციენტის თვითგამორკვევის უფლების დარღვევა და ექიმს დააკისრა მიყენებული ზიანის ანაზღაურების სახით 20 000 დოლარის გადახდა. სასამართლოს განმარტებით, „მკურნალობაზე უარის თქმის უფლება საკუთარ სხეულზე პაციენტის უფლების უზენაესობის გამოვლინებაა. მკურნალობაზე უარის თქმის უფლება არ უკავშირდება მკურნალობაზე უარის თქმის შედეგების გაცნობიერების/გაგების ფაქტორს. სიცოცხლის გარკვეული ასპექტები ზოგჯერ უფრო მნიშვნელოვანია, ვიდრე თავად სიცოცხლე. საზოგადოებაში ჯერ კიდევ შემორჩენილია ამგვარი საპატიო და ღირსეული მოტივები, იქნება ეს ომში თავგანწირვა, სამართალდამცავების მოვალეობა, მეუღლის, შვილის სიცოცხლის დაცვა, შერცხვენამდე თუ თავისუფლების დაკარგვამდე სიკვდილი თუ რელიგიური მონამეობა. რელიგიური მოტივით მკურნალობაზე უარის თქმაც ამ კატეგორიის ღირებულებაა და თუ მკურნალობაზე უარი ცხადდება რელიგიურ მოტივებზე დაყრდნობით, მაშინ შეუძლებელია მისი შეფასება „გონივრულობის“ პერსპექტივიდან, რაც, დღევანდელი მოცემულობით, წარმოადგენს გარდამავალ სტანდარტს.“

მოცემულ საქმეში ყველაზე დიდი კრიტიკა დაიმსახურა ზიანის ოდენობამ,⁷⁰ ვინაიდან დადგენილი პრაქტიკის მიხედვით, სახეზე არ იყო მოსარჩელის ემოციური დისტრესის/აშლილობის ფიზიკური გამოხატულება, არამედ მხოლოდ მისი განმარტება, რომ „თავს გრძნობდა ძალიან დაბინძურებულად,“ ამასთან, მოსარჩელე აგრძელებდა ჩვეული წესით ცხოვრებას და არც „იეჰოვას მოწმეთა“ გაერთიანებას გაურიყავს სისხლის გადასხმის გამო.

⁶⁹ *Malette v Shulman* (1990) 72 OR (2d) 417, ხელმისაწვდომია: *Malette v. Shulman* (1990), 72 O.R. (2d) 417 (C.A.) - CLTD (ctdj.ca)

⁷⁰ Siebrasse N., *Malette v. Shulman: The Requirement of Consent in Medical Emergencies*, McGill Law Journal, V 34, 1989, 1080.

კანადის პრაქტიკის საპირისპიროდ, ფრანგულ სასამართლო პრაქტიკაში⁷¹ განსხვავებული მიდგომა დამკვიდრდა: პაციენტმა, რომელსაც გადაუდებელი საჭიროებიდან გამომდინარე, მისი წინასწარი ნების საწინააღმდეგოდ გადაუსხეს სისხლი და დამატებით საჭიროებდა სისხლის გადასხმას, მოითხოვა ზიანის ანაზღაურება და სამედიცინო დანესებულებისათვის აკრძალვის დადგენა, შეეწყვიტათ მისთვის იძულებითი ტრანსფუზია. ადმინისტრაციულმა სასამართლომ უარი უთხრა მოსარჩელეს ზიანის ანაზღაურებაზე, თუმცა საყოველთაო ჯანდაცვის შესახებ კანონსა და პაციენტის ავტონომიაზე მითითებით დაავალა სამედიცინო დანესებულებას, შეეწყვიტა მისთვის სისხლის გადასხმის ადმინისტრირება.

აღსანიშნავია, რომ გერმანიის საკონსტიტუციო სასამართლოს გადაწყვეტილებით,⁷² კონსტიტუციის დარღვევად არ შეფასდა „იეჰოვას მოწმე“ პაციენტისათვის სისხლის გადასხმა, მიუხედავად მის მიერ უშუალოდ ოპერაციის წინ საწინააღმდეგო ნების გამოხატვისა. მართალია, პაციენტს თავის წარმომადგენლად სხვა იეჰოვას მოწმე ჰყავდა დოკუმენტურად დასახელებული, თუმცა აღნიშნული დოკუმენტი არ იქნა მიწოდებული შესაბამისი მოსამართლისათვის, რომელმაც მოგვიანებით პაციენტის მეურვედ მისი მეუღლე განსაზღვრა. ქმარმა, რომელიც თავად არ წარმომადგენდა იეჰოვას კონფესიას, თანხმობა გასცა თავისი მეუღლისათვის სისხლის გადასხმაზე, საერთო შვილის ინტერესებიდან გამომდინარე. ეს შეიძლება ჩაითვალოს „სხვა სამართლებრივ ინსტიტუტებთან კონფლიქტში მყოფ მოცემულობად, თუმცა რთულია, სიცოცხლის გადარჩენა შეფასდეს კონსტიტუციის დარღვევად.“

ინგლისური სამართლის მიხედვითაც, წინასწარი უარი სისხლის გადასხმაზე მოითხოვს ნე-

ბის ნამდვილობის ზედმინევენით ფრთხილ შემოწმებას და მაღალ სტანდარტს, ინგლისისა და უელსის უმაღლესმა სასამართლომ⁷³ პირისათვის სისხლის გადასხმა, პაციენტის მიერ წინასწარი გამოხატული უარის მიუხედავად, მიიჩნია გამართლებულად, რამდენადაც სასამართლომ მიიჩნია, რომ არსებობდა ვარაუდის საფუძველი, რომ ნება არ იყო გამოვლენილი თავისუფლად, არამედ დედის გავლენით, რომელიც იყო იეჰოვას მოწმე. სასამართლოს განმარტებით, ზრდასრული პირების შემთხვევაში მოქმედებს პრეზუმფცია, რომ მათ აქვთ სრული უნარი და შესაძლებლობა (ქმედუნარიანობა) უარი განაცხადონ მკურნალობაზე, თუმცა ეს პრეზუმფცია შეიძლება უგულებელყოფილ იქნას მაშინ, როდესაც დგინდება ისეთი ფაქტორები, როგორიცაა დაბნეულობა, დაღლილობა, გაუცნობიერებელი თუ შოკის მდგომარეობის არსებობა, რომელიც გავლენას ახდენს პაციენტის გადაწყვეტილებაზე. ამასთან, როდესაც პაციენტი უარს ამბობს ისეთ მკურნალობაზე, რაც მის სიკვდილს გამოიწვევს, გაცნობიერებული გადაწყვეტილების მიღების უნარის შემოწმება უნდა მოხდეს უმაღლესი სტანდარტით, მოცემულ საქმეში პაციენტს ხელი ჰქონდა მოწერილი სისხლის გადასხმაზე უარის შესახებ სტანდარტულ ბლანკზე და არ ჩანდა, რომ ის დაჟინებით ამბობდა უარს სისხლის გადასხმაზე სიცოცხლისათვის რისკის არსებობისას. შესაბამისად, სასამართლომ ექიმის ქმედებით სიცოცხლის გადარჩევა არ შეაფასა პაციენტის უფლებების დარღვევად.

შეიძლება ითქვას, რომ საერთო სამართლის ქვეყნებში დადგენილი პრაქტიკით, სისხლის გადასხმაზე უარის თქმისას ერთი მხრივ, უნდა შემოწმდეს პირის ფსიქიკური მდგომარეობა გადაწყვეტილების მიღებისას, ნების თავისუფლება და ასევე, რამდენად ჰქონდა სისხლის გადასხმაზე უარის შედეგები გაგებული ნების გამომვლენს.⁷⁴

⁷¹ Administrative Court of Lille, August 25, 2002, no. 02-3138, Mr. Jérôme G. and Mrs. Carole. ხელმისაწვდომია: <https://www.rajf.org/spip.php?article1193>

⁷² BVerfG NJW 2002, 206=FamRZ2002, 312.

⁷³ NHS Trust v T (adult patient: refusal of medical treatment) [2004] EWHC 1279, გადაწყვეტილება ხელმისაწვდომია: T, Re [1992] EWCA Civ 18 (30 July 1992) (bailii.org)

⁷⁴ Chan H. Y., Advance Directives: Rethinking Regulation, Autonomy & Healthcare decision Making, 2018, 41. ასევე, Weller P., New Law and the and Ethics in Mental Health Advance Directives, The convention of the rights of persons with disabilities and the right to choose, 2013, 62.

ზემოაღნიშნული გადაწყვეტილებებით ცხადი ხდება, რომ წინასწარ გამოვლენილი ნების შესრულება გადაუდებელ შემთხვევაში, როდესაც ეს პაციენტის გარდაცვალებას გამოიწვევს, კიდევ უფრო საკამათოა და არ შეიძლება რომელიმე პასუხი იყოს ცალსახად მართებული, ეს არის შეფასების საკითხი, თუმცა გადაუდებელი აუცილებლობისას, როდესაც ექიმს აქვს საფუძველი ეჭვი შეიტანოს ნების ნამდვილობაში და არსებულ გარემოებებთან მის შესაბამისობაში, უარი მითითებების გათვალისწინებაზე უნდა ჩაითვალოს ლეგიტიმურად

4. პაციენტის წინასწარ გამოვლენილი ნება ქართულ სამართალში

დასავლური ქვეყნების მსგავსად, საქართველოს კანონმდებლობაც იცნობს პაციენტის ავტონომიის გამოვლინებას წინასწარი ნების სახით და პირს ანიჭებს უფლებას მომავალში გასაწვევად სამედიცინო ჩარევის შესახებ მიიღოს გადაწყვეტილება, თუმცა გარკვეული წინაპირობებით. „პაციენტის უფლებების შესახებ“ კანონის 24-ე მუხლი⁷⁵ ითვალისწინებს წინასწარი გადაწყვეტილების ორივე ფორმას – პირველი პუნქტის მიხედვით, წერილობითი ფორმით თანხმობა ან უარი გამოხატული უნდა იყოს სარეანიმაციო, სიცოცხლის შემანარჩუნებელი ან პალიატიური მკურნალობის ან/და პაციენტის მიმართ პალიატიური ან ჰოსპისური მზრუნველობის განხორციელების შესახებ, ხოლო ამავე მუხლის მეორე პუნქტი შესაძლებლობას აძლევს პირს, დაასახელოს წარმომადგენელი, რომელიც მის ნაცვლად მიიღებს გადაწყვეტილებას უგონო მდგომარეობაში აღმოჩენისას საჭირო სამედიცინო მომსახურების შესახებ. ამასთან, ნორმაში მკაფიოდ არის მითითებული, რომ ეს გარემოებები (უგონო მდგომარეობა ან გაცნო-

ბიერებული გადაწყვეტილების უნარის დაკარგვა) გამოწვეული უნდა იყოს განუკურნებელი დაავადების ტერმინალური სტადიით ან ისეთი დაავადებით, „რომელიც აუცილებლად გამოიწვევს მძიმე ინვალიდობას.“⁷⁶ „ჯანმრთელობის დაცვის შესახებ“ კანონის მე-10 მუხლით კი, ყველა ქმედუნარიან პირს აქვს უფლება წინასწარ წერილობით გამოხატოს ნება განუკურნებელი დაავადების ტერმინალურ სტადიაში აღმოჩენის შემთხვევაში მისთვის სარეანიმაციო, სიცოცხლის შემანარჩუნებელი ან პალიატიური მკურნალობის ან/და პალიატიური მზრუნველობის ჩატარების შესახებ, ასევე, ამავე კანონის 149-ე მუხლით, „უგონო მდგომარეობაში მყოფ ავადმყოფს უტარდება სათანადო მკურნალობა, თუ ავადმყოფს წინასწარ, როდესაც ჰქონდა გაცნობიერებული გადაწყვეტილების მიღების უნარი, არ ჰქონია განცხადებული უარი სარეანიმაციო, სიცოცხლის შემანარჩუნებელ ან პალიატიურ მკურნალობაზე/მზრუნველობაზე.“

მითითებული ნორმების ანალიზის შედეგად შეიძლება ითქვას, რომ საქართველოს კანონმდებლობა წინასწარი ნების გამოვლენის უფლებას უკავშირებს მხოლოდ ჯანმრთელობის მძიმე მდგომარეობას, ტერმინალური თუ პალიატიური მკურნალობისა და მზრუნველობის პროცესის წინასწარ მართვას და არა ავტონომიის შინაარსს, პირმა საკუთარი შეხედულებისამებრ გადაწყვიტოს სამედიცინო დახმარების აღმოჩენის ყველა საკითხი. მითითებული ნორმების სიტყვა-სიტყვითი გაგებით, წინასწარ ნების გამოვლენის უფლება მხოლოდ უკურნებელი სენითა თუ ქრონიკული ან სიცოცხლისათვის სახიფათო დაავადების მქონე პაციენტებსა და იმ პირებს აქვთ, რომლებიც საჭიროებენ სამედიცინო ჩარევას, რაც მათი შესაძლებლობის მყარ შეზღუდვას გამოიწვევს. ამგვარ დათქმას არც ოვიდოს კონვენცია და არც ევროპული ქვეყნების

⁷⁵ მითითებული ნორმით, წინასწარი ნების გამოვლენის უფლება აქვს „საქართველოს მოქალაქეს,“ რაც ცხადია, ხარვეზია, რამდენადაც პაციენტის ავტონომია და ჯანმრთელობის დაცვა ყველა ადამიანის უფლებაა და არ უკავშირდება მოქალაქეობას. „ჯანმრთელობის დაცვის შესახებ“ საქართველოს კანონში სწორად არის მითითება „პირის“ და არა „საქართველოს მოქალაქის“ უფლებაზე.

⁷⁶ ტერმინი „ინვალიდი“ დისკრიმინაციულია, წინააღმდეგობაშია „შეზღუდული შესაძლებლობის მქონე პირთა“ კონვენციის გაგებასთან და „შეზღუდული შესაძლებლობების მქონე პირთა უფლებების შესახებ“ კანონთან შესაბამისობაში მოყვანის მიზნით, საჭიროა შეიცვალოს ტერმინით-„მნიშვნელოვნად/აშკარად გამოხატული მყარი შეზღუდული შესაძლებლობების მქონე პირით“.

კანონმდებლობა არ ითვალისწინებს. პაციენტის ავტონომიის არსი გულისხმობს ყველა პაციენტის უფლებას წინასწარ გამოავლინოს ნება სამედიცინო ჩარევის შესახებ, მიუხედავად ჯანმრთელობის მდგომარეობისა და მოსალოდნელი შედეგისა. შესაბამისად, თუ წინასწარი მითითებები გაცნობიერებული გადაწყვეტილების მიღების უნარის მქონე პირმა გამოხატა თავისუფლად და დამოუკიდებლად, ფორმადაცულია და არ ეწინააღმდეგება კანონს (მაგ., ევთანაზიის მოთხოვნა), იგი პირის ღირსების, პირადი ცხოვრებისა და თვითგამორკვევის უფლებიდან, პაციენტის ავტონომიის უნივერსალური გაგებიდან გამომდინარე უნდა ჩაითვალოს ნამდვილად..

გამოვლენილი ნების სავალდებულო ხასიათთან დაკავშირებით, კანონი უნდა განიმარტოს ოვიედოს კონვენციის სულისკვეთებით: წინასწარი მითითებები შესასრულებლად სავალდებულოა, თუ არ არსებობს მათ ნამდვილობაში ეჭვის შეტანის საფუძველი: ნება გამოვლენილია გაცნობიერებული გადაწყვეტილების უნარის მქონე პირის მიერ, თავისუფლად და დამოუკიდებლად, ფორმადაცული და კანონშესაბამისია. ამასთან, ექიმს უფლება აქვს არ გაითვალისწინოს წინასწარი ნება, თუ ნება გამოვლენილია სამედიცინო ჩარევამდე დიდი ხნით ადრე, სახეზეა მეცნიერული პროგრესი ნების გამოვლენის შემდეგ, რაც ქმნის ვარაუდის საფუძველს, რომ პაციენტი ამ მიღწევის ცოდნის შემთხვევაში სხვაგვარად გამოავლენდა ნებას, ან სახეზეა სხვა ობიექტური გარემოება, რაც გაამართლებდა ნების უგულებელყოფას.

კანონმდებლობით არ არის მოწესრიგებული ნების გამოთხოვის საკითხი, მასზე არ უნდა გავრცელდეს წინასწარი ნების ნამდვილობის წინაპირობები, მთავარია გამოხატვის უნარის ქონა, არ აქვს მნიშვნელობა აუდიოვიზუალური ჩანაწერი იქნება ეს, ზეპირი თუ კონკლუდენტური ფორმით გამოხატული ნება, მაგრამ ეს იმ შემთხვევაში, თუ გადაწყვეტილება სიცოცხლის სასარგებლოდ იქნა გამოვლენილი, პირიქით შემთხვევაში - ნების ნამდვილობა საკამათოა.

„პაციენტის უფლებების შესახებ“ კანონის 24-ე მუხლი უშვებს ჯანმრთელობის დაცვის სფეროში წარმომადგენლობას, თუმცა ეს საკითხიც მხოლოდ დეკლარირებული შესაძლებლობაა შინაარსობრივი მოწესრიგების გარეშე – ვინ შეიძლება იყოს წარმომადგენელი, ინტერესთა კონფლიქტის საკითხი, წარმომადგენლობითი უფლებამოსილების ფარგლები, უფლებამოსილების შეწყვეტა და სხვა, რეგულირების მიღმაა დარჩენილი. რაც განსაკუთრებით მნიშვნელოვანია, კანონით არ არის მოწესრიგებული წარმომადგენლის ნებასა და წინასწარ ნებას შორის კოლიზიის საკითხი და ექიმის ვალდებულება, როდესაც წარმომადგენლის ნება ეწინააღმდეგება პაციენტის ინტერესებს ან/და პაციენტის წინასწარ თუ პრეზუმირებულ ნებას, მიმართოს სასამართლოს.

წინასწარ გამოვლენილი ნების კონცეფცია ქართული სამართლისთვის ჯერ კიდევ სიახლეა, არ არსებობს დამკვიდრებული სასამართლო პრაქტიკა თუ დოქტრინალური განმარტება. პირველი დავა მოცემულ პრობლემატიკაზე უზენაეს სასამართლოში განხილვის პროცესშია⁷⁷: ავტოსაგზაო შემთხვევის შედეგად დაზარალებული ქალი უგონო მდგომარეობაში, მრავლობითი მოტეხილობებით, ტრავმული შოკით, სისხლჩაქცევებით და მძიმე ტრავმებით მოათავსეს ჰოსპიტალში. პაციენტს გაენია გადაუდებელი დახმარება და ჩაუტარდა ოპერაცია, თუმცა პოსტოპერაციული პერიოდი მიმდინარეობდა მძიმედ, რაც გამონეული იყო სისხლის დიდი დანაკარგით. მიუხედავად იმისა, რომ ჰემოტრანსფუზია საჭირო იყო, პაციენტის შვილის მიერ წერილობით გაცხადებული უარის გამო მოცემულ ეტაპზე ამგვარი ჩარევისგან ექიმმა თავი შეიკავა. განმეორებითი კვლევის საფუძველზე, პაციენტის კრიტიკულად მძიმე მდგომარეობის გამო, ექიმთა კონსილიუმმა სასიცოცხლოდ აუცილებლად მიიჩნია ჰემოტრანსფუზია, რაზეც უარი თქვა მეუღლემ პაციენტის რელიგიურ მოსაზრებებისა და მის მიერ წინასწარ გამოხატულ ნებაზე მითითებით. წარმომადგენელ წერილობით დოკუმენტში, „ნების გამოვლენა

⁷⁷ იხ. თბილისის სააპელაციო სასამართლოს გადაწყვეტილება, № 28/691-22, 25.05.2022წ.

და მინდობილობა სამედიცინო მომსახურების აღმოჩენის შესახებ”, რომელიც პაციენტს უბედურ შემთხვევამდე 2 წლით ადრე ჰქონდა ხელმოწერილი, მითითებული იყო, „მე ვარ იეჰოვას მოწმე და მოვითხოვ, რომ არავითარ შემთხვევაში არ გადამისხან მთლიანი სისხლი, ერითროციტები, ლეიკოციტები, თრომბოციტები ან სისხლის პლაზმა. ეს მოთხოვნა ვრცელდება ისეთ შემთხვევაზეც, როდესაც სამედიცინო მომსახურების გამწვევით თვლის, რომ საფრთხეშია ჩემი სიცოცხლე. უარს ვამბობ საკუთარი სისხლის წინასწარ შეგროვებასა და შენახვაზე მოგვიანებით გადასხმის მიზნით, არავის (მათ შორის ჩემს წარმომადგენელს) არ აქვს უფლება უფლებელს ამ დოკუმენტში გამოხატული ჩემი ნება ან მის საპირისპიროდ იმოქმედოს. ოჯახის წევრებს, ნათესავებს, მეგობრებს შეიძლება ჰქონდეთ განსახვავებული აზრი, მაგრამ ეს არ ახდენს გავლენას ჩემს მტკიცე პოზიციაზე, რომელიც ეხება სისხლის გადასხმას და მკურნალობასთან დაკავშირებულ სხვა მითითებებს.“ ამავე დოკუმენტში პირმა მიუთითა, რომ უგონო მდგომარეობაში აღმოჩენის შემთხვევაში გადაწყვეტილებების მიღების უფლებას ანდობდა თავის წარმომადგენლებს (ოჯახის წევრებს). ბლანკში ჩაბეჭდილი იყო მოწმეთა განცხადება, რომლებიც, ასევე, იეჰოვას მოწმეები იყვნენ, სადაც ისინი ადასტურებდნენ, რომ განმცხადებელმა თავისუფლად და მათი თანდასწრებით მოაწერა ხელი გამოვლენილ ნებას.

პაციენტის რელიგიურ მრწამსიდან გამომდინარე და მისი ნების გათვალისწინებით, ოჯახის წევრებმა უარი თქვეს სისხლის გადასხმაზე, მაგრამ კრიტიკულ მომენტში პაციენტის დამ, რომელიც, ასევე, იეჰოვას მოწმე იყო, ექიმს სთხოვა დის გადარჩენა. მოცემულ ვითარებაში ექიმმა მიიღო სისხლის ტრანსფუზიის გადაწყვეტილება. მოგვიანებით ჩატარებული ექსპერტიზის დასკვნით დადგინდა, რომ ჰოსპიტალიზაციის ყველა ეტაპზე პაციენტის მდგომარეობა შეფასდა სწორად, დაცული იყო კლინიკური მართვის პროტოკოლები და გაიდლაინები, ტრანსფუზია

წარმოადგენდა სასიცოცხლო ჩვენებას, რამდენადაც ანემიის და ქსოვილების ჟანგბადით მონარაგების მწვავე დეფიციტით განვითარებული შეუქცევადი ცვლილებები გამოიწვევდა ავადმყოფის სიკვდილს. ჩატარებული ინტენსიური და ადექვატური რეანიმაციული ღონისძიებების შედეგად ქალის მდგომარეობა გაუმჯობესდა. სტაციონარიდან განერის შემდეგ პაციენტისათვის ცნობილი გახდა სისხლის გადასხმის ფაქტი, რამაც მისი თქმით, ძლიერი სულიერი ტრავმა მიაყენა, ვინაიდან მართალია, გადარჩა, მაგრამ ღირსება შეელახა.

პაციენტმა სარჩელი აღძრა კლინიკისა და ექიმის წინააღმდეგ და მოითხოვა მორალური ზიანის ანაზღაურების სახით 10 000 ლარის სოლიდარულად დაკისრება მოპასუხეებისათვის მისი უფლებების დარღვევი გამო, რაც გამოიხატა რელიგიური მრწამსის საფუძველზე პაციენტის ავტონომიის დარღვევაში (წინასწარ მითითებული არასასურველი მკურნალობის მეთოდის გამოყენებაში). აგრეთვე, ექიმისათვის საექიმო საქმიანობის უფლების (ლიცენზიის) შეჩერება 3 წლის ვადით.

მოპასუხეებმა სარჩელი არ ცნეს და შესაგებელში მიუთითეს, რომ პაციენტისათვის, რომელიც იმყოფებოდა მედიკამენტური ძილის (უგონო) მდგომარეობაში და რომელსაც არ ჰქონდა გაცნობიერებული გადაწყვეტილების მიღების უნარი, სისხლის კომპონენტების შემცველი მასის გადასხმა იყო სასიცოცხლოდ მნიშვნელოვანი, ექიმი და სამედიცინო დაწესებულება მოქმედებდნენ პაციენტის საუკეთესო ინტერესების დაცვით და მკურნალობისათვის დადგენილი სტანდარტის შესაბამისად, რაც გამორიცხავდა პასუხისმგებლობას.

თბილისის საქალაქო სასამართლომ⁷⁸ დავის გადაწყვეტისთვის მოთხოვნის საფუძველად დელიქტური ურთიერთობის მომწესრიგებელი ნორმები გამოიყენა, ხოლო დამხმარე ნორმებად - „ჯანმრთელობის დაცვის შესახებ“ და „პაციენტის უფლებების შესახებ“ საქართველოს კანონები. ვინაიდან სახეზე არ იყო ჯანმრთელობის დაზიანება, არამედ არაქონებრივი უფლებების

⁷⁸ თბილისის საქალაქო სასამართლოს გადაწყვეტილება №2/21258-20; 27.12.2021 წ.

შესაძლო ხელყოფა-სასამართლო უპირველესად იმსჯელა ღირსების უფლებაზე, პირადი ცხოვრების, აზრის, სინდისისა და რელიგიის თავისუფლებაზე, ევროპული სასამართლოს პრაქტიკის შესაბამისად, „იეჰოვას მოწმეთა“ თავისუფლებაზე – უარი თქვან სისხლის გადასხმაზე და „გააკეთონ არჩევანი საკუთარი მოსაზრებებისა და ღირებულებების შესაბამისად, მაშინაც კი თუ ეს არჩევანი სხვებისთვის არარაციონალურად, არაკეთილგონივრულად ან წინადაუხედავად გამოიყურება.“⁷⁹

სასამართლო მიუთითა ეროვნულ კანონმდებლობაში პაციენტის ავტონომიის აღიარებაზე და „პაციენტის უფლებების შესახებ“ კანონის 24 I მუხლის ჩანაწერზე, წინასწარ ნების წერილობით გამოვლენასთან დაკავშირებით განმარტა, რომ: წერილობითი ფორმა საკმარისია, თუ პაციენტი წინასწარ ნებას პირადად და პირდაპირ მკურნალი ექიმის წინაშე გამოხატავს, სხვა შემთხვევაში სიცოცხლის შემანარჩუნებელ მკურნალობაზე უარის თქმა საჭიროებს რთულ წერილობით ფორმას - სანოტარო დამოწმებას ან ელექტრონული ჯანდაცვის თანდათან დანერგვის საფუძველზე მიუკერძოებელი სახელმწიფო ორგანოს მიერ ისეთი რეესტრის შექმნას/წარმოებას, რაც საშუალებას მისცემს ნებისმიერ ლიცენზირებულ სამედიცინო დაწესებულებას/ექიმს უგონო მდგომარეობაში მყოფი პაციენტის მკურნალობისას, მისი ღირსების და აღმსარებლობის პატივისცემისათვის, გადაამოწმოს ასეთ რეესტრში არის თუ არა რეგისტრირებული პაციენტის წინასწარი ნება. მითითებული ნორმის შინაარსი მოიცავს ისეთ შემთხვევებსაც, როდესაც პაციენტი სისხლის გადასხმაზე ან სამედიცინო მანიპულაციის განხორციელებაზე წერილობითი ფორმით უარს აცხადებს უშუალოდ ექიმის, ან სპეციალისტის წინაშე როდესაც პაციენტის მხრიდან ხდება პირდაპირი ფორმით ნების გამოვლენის დაფიქსირება და თან ამგვარი ნების გამოვლენას წინ უსწრებს სპეციალისტის/ექიმის შესაბამისი კონსულტაციის განევა ამ უარის სავარაუდო შედეგების შესახებ. იმ გარემოების გათვალისწინებით,

რომ ადამიანმა სიკვდილ-სიცოცხლის ზღვარზე შეიძლება შეცვალოს გადაწყვეტილება გააგრძელოს სიცოცხლე თუ არა, რეალური საფრთხის დადგომის მომენტში დაეთანხმოს სამედიცინო მანიპულაციას, რაზეც აქამდე არ იყო თანახმა, ამიტომ გადაწყვეტილება უნდა მიიღოს თვითონ და სასამართლოს განმარტებით, მესამე პირს, მათ შორის, კანონით გათვალისწინებულ ნათესავებს, არ უნდა ჰქონდეთ უფლება უგონო/კომატოზურ მდგომარეობაში მყოფი პაციენტის მკურნალობის ისეთი მეთოდის არჩევასთან დაკავშირებით, რაც გამოიწვევს პაციენტის სიკვდილს ან სიკვდილის საფრთხე შექმნის. იმ შემთხვევაში, თუ პაციენტის წინასწარი ნების გამოვლენა უტყუარად არ დადასტურდება მკურნალობის შეწყვეტასთან დაკავშირებით ან მკურნალობის ისეთი მეთოდის გამოყენებაზე უარის შესახებ, რომელსაც მედიცინაში ალტერნატივა არ აქვს, თანხმობა მიღებული უნდა იყოს არა ნათესავებისგან/ოჯახის წევრებისგან, არამედ სასამართლოსგან, გადაუდებელი აუცილებლობისას – მკურნალობა უნდა გაგრძელდეს ამ თანხმობის მიღებამდე, თუ გადაუდებელი აუცილებლობიდან გამომდინარე, შეუძლებელია ასეთი თანხმობის მოპოვება, ექიმის გადაწყვეტილებით, მკურნალობა უნდა გაგრძელდეს თანხმობის მიღებამდე, რაც მოქმედი კანონმდებლობით ამგვარად არ არის მოწესრიგებული, სამედიცინო დაწესებულებას აქვს სასამართლოსადმი მიმართვის უფლება და არა ვალდებულება, სიცოცხლისათვის შეუსაბამო გადაწყვეტილების შესაცვლელად და ამ უფლების ეფექტური მექანიზმები არც საპროცესო კანონმდებლობითაა გათვალისწინებული.

სასამართლო მიუთითა, რომ ნების გამოვლენის ნამდვილობა მცირე ეჭვსაც კი არ უნდა იწვევდეს, იგი უნდა იყოს მკაფიოდ გამოხატული და არაორაზროვანი, უნდა დგინდებოდეს, რომ ადამიანს გადაწყვეტილების მიღების მომენტში, ექიმის მხრიდან ინფორმაციის მიწოდების შემდეგ, გონივრული განსჯა შეეძლო, ასევე, გადაწყვეტილება უნდა იყოს ისეთ პერიოდში მი-

⁷⁹ Jehovah's Witnesses of Moscow and Others v. 31 Russia, N302/02, 10.06.2010, 131-144.

ლებული, რომ არ იყოს მოსალოდნელი გამოვლენილი ნების შეცვლა სხვადასხვა გარემოებებისა თუ მოსაზრებების გამო. სხვა შემთხვევაში, ექიმი და სამედიცინო დაწესებულება შეიძლება იმგვარი შედეგის წინაშე დადგეს რომლის გამოსწორება ფაქტიურად შეუძლებელია (აღამიანის გარდაცვალება),

სასამართლომ განმარტა, რომ სამედიცინო დაწესებულებისათვის წარდგენილი წერილობით ბარათით მოსარჩელის გაცნობიერებული ნების გამოვლენის დადგენა შეუძლებელია, რამდენადაც მოსარჩელემ ხელი მოაწერა ბლანკს, სადაც მითითებული ტექსტი იყო დაბეჭდილი და მოსარჩელეს მისი შეცვლა არ შეეძლო. ახსნა-განმარტებით დადგინდა, რომ მოსარჩელეს კონსულტაცია ექიმთან არ გაუვლია, არც მონებებად მონვეულ პირებს ჰქონდათ სამედიცინო განათლება, ისინიც აღმსარებლობით იეჰოვას მოწმეებს წარმოადგენდნენ და რამდენად თავისუფალი ნების გამოვლენის შედეგად მოხდა ბარათზე ხელმოწერა, უცნობი იყო. შესაბამისად, სასამართლოს აზრით, ლეგიტიმურია სამედიცინო დაწესებულების ინტერესი და კითხვები წერილობით გამოვლენილი ნების პაციენტისადმი კუთვნილების შესახებ.

სასამართლომ იმსჯელა „პაციენტის ნათესავის“ ცნების განმარტებაზეც და მათი აზრის მნიშვნელობაზე გადაწყვეტილების მიღების პროცესში: „პაციენტის უფლებების შესახებ“ კანონის მე-4 ე) მუხლში მითითებული პაციენტის ნათესავი არის პირი, რომელსაც საქართველოს კანონმდებლობით დადგენილი რიგითობის მიხედვით აქვს უპირატესი უფლება მონაწილეობა მიიღოს პაციენტისათვის სამედიცინო მომსახურების აღმოჩენასთან ან მის სიკვდილთან დაკავშირებული საკითხების გადაწყვეტაში. სასამართლოს განმარტებით, სამედიცინო სფეროში მოქმედი კანონმდებლობით, ამგვარი რიგითობა დადგენილი არ არის, სასამართლომ არ გაიზიარა მოსარჩელის მითითება, რომ რიგითობა სამოქალაქო კოდექსის მემკვიდრეობითი თავით დადგენილი რიგითობის მიხედვით უნდა განისაზღვროს და განმარტა, რომ სამოქალაქო კოდექსით დადგენილი რიგითობა ვერ გავრცელდება, რადგან რიგითობის მიზანია კონკრეტული სამკვიდრო ქონების გაყოფა, რაც ჯანმრთელობის დაცვის სამართლებრივ ურთიერთობებზე ანალოგიით არ უნდა გავრცელდეს იმის გათვალისწინებითაც, რომ სამოქალაქო წესების გავრცელების შემთხვევაში მემკვიდრე შეიძლება აღმოჩნდეს პაციენტის გარდაცვალებით დაინტერესებული პირი, რათა სამკვიდრო ქონება მასზე გადავიდეს. ამდენად, ეს საკითხი ცალკე რეგულირებას საჭიროებს, ხოლო ნათესავებს შორის აზრთა სხვადასხვაობისას, სამედიცინო დაწესებულების მიერ გადაწყვეტილების მიღება პაციენტის ინტერესების გათვალისწინებით, როგორც მოცემულ საქმეშია სახეზე, სასამართლოს აზრით, მართებულია.

ჯემოაღნიშნულიდან გამომდინარე, ვინაიდან, სასამართლოს შეფასებით, არ დადასტურდა მოპასუხე სამედიცინო დაწესებულების და ექიმის მხრიდან მართლსაწინააღმდეგო, ბრალეული ქმედების და უშუალოდ ამ ქმედებით მოსარჩელისათვის ზიანის მიყენების ფაქტი, რაც მორალური ზიანის ანაზღაურების შესახებ პაციენტის მოთხოვნის დაკმაყოფილების კანონისმიერი საფუძველია, უარი ეთქვა მოსარჩელეს სასარჩელო მოთხოვნის დაკმაყოფილებაზე.

გადაწყვეტილება სააპელაციო წესით გაასაჩივრა მოსარჩელემ, რომლის მტკიცებით, სასამართლომ უგულებელყო „ჯანმრთელობის დაცვის შესახებ“ საქართველოს კანონის მე-11 მუხლის მოთხოვნა, რომ „მცირეწლოვანი ან გაცნობიერებული გადაწყვეტილების მიღების უნარის არმქონე პაციენტისათვის სამედიცინო ჩარევის ჩატარება დასაშვებია პაციენტის მიერ წარსულში (როდესაც მას ჰქონდა გაცნობიერებული გადაწყვეტილების მიღების უნარი) განცხადებული ნების გათვალისწინებით, ხოლო ასეთის არარსებობისას, – პაციენტის ნათესავის ან კანონიერი წარმომადგენლის ინფორმირებული თანხმობით და ამით, აპელანტის განმარტებით, დაირღვა მისი ავტონომიურობა.

სააპელაციო სასამართლომ მსჯელობა ძირითადად დააფუძნა პაციენტის ღირსების უფლების, რწმენის, აღმსარებლობისა და სინდისის თავისუფლების, პიროვნების თავისუფალი განვითარების უფლების შინაარსს, რაც გულისხმობს თვითგამორკვევისა და ავტონომიურობის

უფლებას. ამ კონტექსტში გამოიყენა ევროპული სასამართლოს⁸⁰ და საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს მნიშვნელოვანი გადაწყვეტილებები⁸¹ და განმარტებები, პაციენტის ავტონომიაზე ხაზგასმისას მიუთითა იურიდიულ მეცნიერებაში არსებულ მოსაზრებებზე და „ჯანმრთელობის დაცვის შესახებ“ კანონის იმ ნორმებზე (მე-9, მე-11), რომლებიც სამედიცინო ჩარევისთვის პაციენტის ინფორმირებულ თანხმობას მოითხოვს, ხოლო თანხმობის მიღების შეუძლებლობისას, სამედიცინო დაწესებულების მიერ გადაწყვეტილების მიღებას ადრე გამოვლენილი ნების ან ნათესავის თანხმობის საფუძველზე. აღსანიშნავია, რომ სასამართლოს არ უმსჯელია „პაციენტის უფლებების შესახებ“ კანონის 24-ე მუხლზე, სავარაუდოდ იმდენად, რამდენადაც მოცემული ნორმა, როგორც ზემოთ აღინიშნა, სუბიექტთა წრეს ზღუდავს და ტერმინალურ/პალიატიული მკურნალობის სტადიაზე მყოფი ან იმ პირის ნების გამოვლენას ეხება, რომელსაც სამედიცინო ჩარევის შედეგად შესაძლოა შესაძლებლობები მყარად შეეზღუდოს. პალატამ ყურადღება გაამახვილა იმ გარემოებებზე, რომ მოსარჩელეს ჰქონდა ცალსახა უარი დაფიქსირებული სისხლის გადასხმაზე და არავის აძლევდა უფლებას მისი ნების საწინააღმდეგოდ ემოქმედა, ხოლო ოჯახის წევრებისა თუ ნათესავების განსხვავებულ აზრს, დოკუმენტის მიხედვით, გავლენა არ უნდა მოეხდინა პაციენტის გადაწყვეტილებაზე. სასამართლოს განმარტებით, **სხვა რაიმე სახით ნების ნამდვილობის დადასტურება, მათ შორის საერთო ფორმა, არ შეიძლება დაწესებულების მიერ ყოფილიყო მოთხოვნილი, არ დასტურდება გარემოებებიც, რაც ეჭვის ქვეშ დაყენებდა პირის მიერ გაცნობიერებული გადაწყვეტილების მიღების შეუძლებლობას და ამგვარ გარემოებებს არ ადასტურებს მოპა-**

სუხის მიერ წარმოდგენილი და საქმეში არსებული მტკიცებულებები. აქედან გამომდინარე, სასამართლომ მიიჩნია, რომ სამედიცინო დაწესებულებამ დაარღვია პაციენტის უფლებები და სააპელაციო საჩივარი ნაწილობრივ დააკმაყოფილა-მორალური ზიანის ანაზღაურების სახით მოპასუხეებს სოლიდარულად დაეკისრათ 1000 ლარის გადახდა. რაც შეეხება სახელმწიფო სერტიფიკატის მოქმედების შეჩერებას, სასამართლოს განმარტებით, სახეზე არ იყო „საექიმო საქმიანობის შესახებ“ კანონის 77-ე მუხლით გათვალისწინებული წინაპირობები, მოცემული საკითხი სამოქალაქო სამართალწარმოების წესით ვერ იქნებოდა განხილული და ამდენად, მოთხოვნა ამ ნაწილში არ დაკმაყოფილდა.

კომენტარი:

პაციენტის უფლება წინასწარ გამოავლინოს ნება უგონო მდგომარეობაში ან გაცნობიერებული გადაწყვეტილების უნარის დაკარგვის შემთხვევაში სამედიცინო ჩარევაზე, მოიცავს უფლებასაც წინასწარ გამოხატოს პირმა უარი სისხლის გადასხმაზე, მათ შორის, გადაუდებელი შემთხვევების დროს. მიუხედავად იმისა, რომ სისხლის გადასხმაზე უარი ექცევა *Living Will*-ის შინაარსში, სიცოცხლის შემანარჩუნებელი იმ მკურნალობისაგან (ხელოვნური კვება, ჰიდტრატაცია), რისთვისაც, როგორც წესი, იწერება წინასწარი მითითებები, იგი მაინც განსხვავდება. პირველ შემთხვევაში პაციენტის სიკვდილის დადგომას თავისი ქმედებით განაპირობებს ექიმი, თუმცა პასუხისმგებლობა გამორიცხულია ქმედების შემადგენლობის არარსებობის გამო. მეორე შემთხვევაში კი, შეიძლება სახეზე იყოს „თერაპიულ თავშეკავება“, როდესაც ექიმი ჩერდება, რადგან მეტი აღარაფრის გაკეთებაა შესაძლებელი. როდესაც ექიმი აღასრულებს წინა-

⁸⁰ Jehovah's Witnesses of Moscow and Others v. 31 Russia, N302/02, 10.06.2010; Pretty v. the United Kingdom, 2346/02, 29.04.2002; Lambert and Others V France, No. 46043/14, 05.06. 2015.

⁸¹ საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს 2014 წლის 4 თებერვლის №21/536 გადაწყვეტილება საქმეზე „საქართველოს მოქალაქეები - ლევან ასათიანი,

ირაკლი ვაჭარაძე, ლევან ბერიანიძე, ბექა ბუჩაშვილი და გოჩა გაბოძე საქართველოს შრომის, ჯანმრთელობისა და სოციალური დაცვის მინისტრის წინააღმდეგ,“ საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს 2017 წლის 9 თებერვლის №1/2/622 გადაწყვეტილება საქმეზე „საქართველოს მოქალაქე ედიშერ გოგუაძე საქართველოს შინაგან საქმეთა მინისტრის წინააღმდეგ.“

სწარ გამოვლენილ უარს სიცოცხლის შემანარჩუნებელ მკურნალობაზე და წყვეტს პაციენტის ხელოვნურ კვებას, ჰიდრატაციას ან ვენტილაციას, რაც იწვევს პაციენტის გარდაცვალებას, ექიმის გადანყვეტილების უკან არის სიკვდილისათვის ბუნებრივი სვლის, თვითდინების საშუალების მიცემა, ტანჯვის შემსუბუქება, ზრუნვა, რომ ადამიანმა იცოცხლოს ღირსეულად, ნაკლები ტკივილით, ეს განსაკუთრებით მნიშვნელოვანია მზრუნველობის განმახორციელებელი პერსონალისათვის, რომლის ფუნქციაც არ არის სიცოცხლის მოსწრაფება,⁸² ხოლო როდესაც გადაუდებელი აუცილებლობისას სისხლის გადასხმაზე უარით ექიმი უშვებს პაციენტის გარდაცვალებას, მის ქმედებას ამართლებს მხოლოდ პაციენტის ჭეშმარიტი უარი მკურნალობაზე, რაც ნების ნამდვილობის შემოწმების განსაკუთრებით მაღალ სტანდარტს უნდა აკმაყოფილებდეს.

პირველი ინსტანციის სასამართლოს განმარტება პაციენტის წინასწარ წერილობით ნებასთან დაკავშირებით, რომ ნება გამოვლენილი უნდა იყოს უშუალოდ ექიმის წინაშე ან მოხდეს სპეციალურ რეესტრში რეგისტრაციის გზით, მიზანშეწონილი და გასაზიარებელი წინადადებაა შემდგომი საკანონმდებლო მონესრიგებისათვის. მართალია, არსებული რეგულაციით, წინასწარი ნება მომავალში სამედიცინო ჩარევაზე მოითხოვს წერილობით ფორმას და მისი ნამდვილობისათვის სხვა წინაპირობები არ არის მითითებული, თუმცა იმგვარი წინასწარი ნება/უარი, რომელიც გადაუდებელ შემთხვევას ეხება და პაციენტის გარდაცვალებას გამოიწვევს, უნდა შეფასდეს განსაკუთრებულად ფრთხილად და გულმოდგინედ. ცხადია, იეჰოვას მოწმეებს აქვთ, ავტონომიის უფლებიდან გამომდინარე, მკურნალობაზე უარის თქმის უფლება და მათი არჩევანი უნდა იყოს დაცული, ნება კი – აღსრულებული, მაგრამ ამისათვის თავად ნება უნდა იყოს ჭეშმარიტი. ევროპული სასამართლოს მიერ დადგენილი პრაქტიკა ქართულმა სასამართ-

ლო პრაქტიკამაც განამტკიცა.⁸³ იეჰოვას მოწმის უარი სისხლის გადასხმაზე, რასაც მისი გარდაცვალება მოჰყვა, ავტონომიის ფარგლებში მიღებულ გადანყვეტილებად შეფასდა, რითაც გამოირიცხა ექიმის პასუხისმგებლობა, თუმცა ეს უარი ინფორმირებული თანხმობის ფარგლებში იქნა გამოხატული ექიმის კონსულტაციის შემდეგ და მის წინაშე, ამგვარად, პაციენტის ნების ნამდვილობაში ეჭვის შეტანის საფუძველი არ არსებობდა. მოცემულ შემთხვევაში კი ის ფაქტი, რომ მოსარჩელემ მხოლოდ ხელი მოაწერა „იეჰოვას მოწმეთათვის“ სტანდარტული ფორმით შედგენილ ბლანკს, მიუხედავად დოკუმენტში მკაფიოდ გამოკვეთილი უარისა, ტოვებს მცირედი ვარაუდის საფუძველს, რომ ხელმოწერა შესაძლოა არ მოხდა გაცნობიერებული გადანყვეტილების მიღების უნარის მქონე პირის მიერ, ინფორმირების შედეგად და თავისუფლად. ამას ამყარებს მოწმეთა სტატუსიც, რომლებიც იმავე აღმსარებლობის მიმდევრები იყვნენ.

თბილისის საქალაქო სასამართლოს განმარტება, რომ პაციენტის ნათესავს არ უნდა ჰქონდეს უფლება უარი თქვას ისეთ სამედიცინო ჩარევაზე, რაც პაციენტის სიკვდილს გამოიწვევს და ასეთი ნებართვა საჭიროა სასამართლოსგან, უპირობოდ არ უნდა იყოს გაზიარებული. წარმომადგენელი სადავოდ არ ხდის ექიმთა კონსილიუმის დასკვნას, რომ პირი იმყოფება ვეგეტატიურ მდგომარეობაში და სახეზეა შეუქცევადი კომა, ხელოვნურად სიცოცხლის შემანარჩუნებელი სისტემიდან გამორთვა აღქმული უნდა იქნეს არა როგორც სიცოცხლის შეწყვეტა, არამედ სიკვდილის თვითდინებაზე მიშვება და ამგვარი ჩარევისთვის ყველა შემთხვევაში სასამართლოსადმი მიმართვა მძიმე ტვირთად დაანება სამედიცინო დაწესებულებას. თუმცა იმ შემთხვევაში, როდესაც გაცნობიერებული გადანყვეტილების მიღების უნარის არმქონე პირისათვის ისეთ ჩარევას ითხოვს ოჯახის წევრი/ნათესავი, რაც აშკარად პაციენტის ინტერესებს ეწინააღმდეგება, სამედიცინო დაწესებულებას უნდა

⁸² „ლეონეტის ბილის“ განხილვისას გამოთქმული მოსაზრებები, იხ. საქმეში ლამბერტი და სხვები საფრანგეთის წინააღმდეგ, *Lambert and Others v. France* No.46043/14, 05.06.2015

⁸³ იხ. თბილისის საქალაქო სასამართლოს გადანყვეტილება, #2/15531-16, 24.02.2017, რომელიც ძალაში დატოვებს ზემდგომმა ინსტანციებმა-უსგ №ას-1124-1044-2017, 30.07.2018.

ჰქონდეს ვალდებულება და არა უფლება მიმართოს სასამართლოს, რაც მოითხოვს ცვლილებას „პაციენტის უფლებების შესახებ“ კანონში.

პირველი ინსტანციის სასამართლოს განმარტება, რომ პაციენტის ნათესავების რიგითობის დადგენა არ უნდა მოხდეს სამოქალაქო კოდექსის მიხედვით მემკვიდრის შესაძლო ინტერესის გამო, გასაზიარებელია, ამავდროულად, ნათესავებს შორის აზრთა სხვადასხვაობისას გადაწყვეტილება, მართალია, სამედიცინო დაწესებულებამ უნდა მიიღოს პაციენტის ინტერესების გათვალისწინებით, თუმცა ამ ინტერესის დასადგენად უპირატესობა უნდა მიენიჭოს იმ პირის აზრს, რომელთანაც პაციენტს ყველაზე ახლო პირადი ურთიერთობა ჰქონდა, რათა მაქსიმალურად იქნას უზრუნველყოფილი პაციენტის ობიექტური ნების დადგენა. მოცემულ შემთხვევაში სამედიცინო დაწესებულების მიერ დის აზრის გათვალისწინება, შესაძლებელია გამართლებული იყოს იმდენად, რამდენადაც ორივე იყო „იეჰოვას მოწმეთა“ მიმდევარი, პაციენტმა სწორედ რწმენის გამო თქვა უარი უგონო მდგომარეობაში აღმოჩენამდე სისხლის გადასხმაზე და ვინაიდან სიკვდილ-სიცოცხლის მიჯნაზე ერთმა მორწმუნემ შეიცვალა აზრი იმ მოტივით, რომ „ღმერთი აპატიებდა“, შეიძლებოდა დაშვება, რომ ცნობიერების ქონის შემთხვევაში სიკვდილის პირას მყოფი მისი დაცე შეიცვლიდა აზრს. თუმცა, გასათვალისწინებელია ის ფაქტი, რომ მოსარჩელეს წინასწარ გამოვლენილ ნებაში წარმომადგენელიც ჰყავდა მითითებული და ამ მითითებით, უპირატესად გასაზიარებელი წარმომადგენელის აზრია და არა ნათესავის, თუმცა, ცხადია, ამ შემთხვევაშიც, მითითების ნამდვილობა არ უნდა იწვევდეს ეჭვს.

სააპელაციო სასამართლოს მსჯელობის ძირითადი ნაწილი ეთმობა წინასწარ გამოვლენილ ნების, როგორც პიროვნების ღირსებისა და პირადი ცხოვრების უფლების გამოვლინების მნიშვნელობას, რაც სადავო არც არის. მთავარ სამართლებრივ საკითხზე – წინასწარ ნების გამოვლენის ფორმის სტანდარტსა და ნამდვილობის წინაპირობებზე სასამართლოს არ უმსჯელია. მითითება, რომ, სტანდარტული ბლანკის მოწმეთა წინაშე ხელმოწერილი დოკუმენტის

გარდა, არ შეიძლება დაწესებულების მიერ ყოფილიყო მოთხოვნილი სხვა დოკუმენტი, არ შეიძლება ჩაითვალოს დასაბუთებულ სტანდარტად გადაუდებელ შემთხვევაში უგონო მდგომარეობაში მყოფი პაციენტის მკურნალობაზე უარის სათქმელად.

„ადამიანის უფლებებისა და ბიომედიცინის შესახებ“ კონვენციის მე-9 მუხლი, რომელიც ევროპული რეგულაციებიდან მთავარი სამართლებრივი საფუძველია მოცემული დავის გადასაწყვეტად, აღიარებს ნების წინასწარ გამოვლენას, თუმცა მიუთითებს მხოლოდ სამედიცინო დაწესებულების მიერ ამ ნების მხედველობაში მიღებაზე და არა მის სავალდებულო ძალაზე. კონვენციის ეს ჩანაწერი სამედიცინო დაწესებულებას თვითნებობის გარეშე, მაგრამ საეჭვოობის შემთხვევაში გამოვლენილი ნების გათვალისწინებაზე უარის თქმის უფლებას აძლევს. შინ დატოვებული ხელმოწერილი სტანდარტული ბლანკი სისხლის გადასხმაზე უარის შესახებ, რაც გადაუდებელ შემთხვევაში ადამიანის სიკვდილს გამოიწვევს, არ უნდა ჩაითვალოს უტყუარ მტკიცებულად და გამართლებად სიცოცხლის შემანარჩუნებელ მკურნალობაზე უარის სათქმელად. საექიმო საქმიანობა მზრუნველობაზე დაფუძნებული პროფესიაა, ექიმმა უნდა იმოქმედოს უპირატესად სარგებლის მოტანის განზრახვით, შესაბამისად, თუ ექიმი უხეში გაუფრთხილებლობის გარეშე, ისევ სხვაზე ზრუნვის მოტივით, შეიტანს ეჭვს წინასწარ ნებაში, რომლის გადამოწმების ბერკეტი არ გააჩნია და ეჭვის გონივრული საფუძველი არსებობს, საკითხი უნდა გადაწყდეს სიცოცხლის სასარგებლოდ *In Dubio pro Vita* პრინციპზე დაყრდნობით, რაც გამორიცხავს ექიმის პასუხისმგებლობას.

დასკვნა

წინასწარი ნების მიზანია დაიცვას პაციენტის ავტონომია უგონო მდგომარეობაში აღმოჩენის ან გაცნობიერებული გადაწყვეტილების მიღების უნარის დაკარგვის შემთხვევაში. ადამიანს აქვს უფლება თავად გადაწყვიტოს, როგორ დაასრულოს სიცოცხლე, რაც მისი პირადი

ცხოვრების პატივისცემის მნიშვნელოვანი ასპექტია.

სიცოცხლის დასრულებასთან დაკავშირებულ შემთხვევებში მკურნალობის განსაზღვრისას სარგებელად უნდა შეფასდეს არა მხოლოდ სიცოცხლის გაგრძელება, არამედ ტკივილისა და ტანჯვის შემსუბუქებაც. სიცოცხლის მიწურულს მკურნალობისას სამედიცინო გადაწყვეტილება უნდა იქნას მიღებული პაციენტის ავტონომიისა და ღირსების პატივისცემით, იმგვარად, რომ მიღწეულ იქნას ბალანსი სიცოცხლის დაცვასა და ადამიანისათვის ტანჯვის შემსუბუქებას შორის..⁸⁴

წინასწარ ნების გამოხატვით გაცნობიერებული გადაწყვეტილების უნარის დაკარგვის შემთხვევაში საკუთარ ჯანმრთელობაზე კონტროლის უფლება აღიარებულია კონვენციით „ადამიანის უფლებებისა და ბიომედიცინის შესახებ“ და „პაციენტის უფლებების შესახებ“ საქართველოს კანონით. მოცემული რეგულაციები მკაფიოდ არ განსაზღვრავს ნების სავალდებულო ძალას. წინასწარი მითითებები „მხედველობაში უნდა იქნას მიღებული“ და ეს ჩანაწერი უნდა გა-

ნიმარტოს იმგვარად, რომ ინდივიდის მიერ გამოხატული ნება სავალდებულოა შესასრულებლად, თუ არ არსებობს ნების ნამდვილობაში ეჭვის შეტანის საფუძველი: ნება გამოვლენილია გაცნობიერებული გადაწყვეტილების მიღების უნარის მქონე პირის მიერ, თავისუფლად და დამოუკიდებლად, წერილობითი ფორმის დაცვით, თუ ნების გამოვლენიდან არ არის გასული დიდი დრო, რაც ასევე, შეფასების საკითხია, სამეცნიერო პროგრესის შედეგად შეიძლება ვარაუდი, რომ ამ ცოდნის შემთხვევაში პირი ნებას სხვაგვარად გამოავლენდა ან არსებობს განსაკუთრებული ობიექტური გარემოება, რაც ექიმის მიერ წინასწარი ნების უგულებელყოფას გაამართლებს.

წინასწარი ნება, რომელიც მკურნალობაზე უარს გულისხმობს, რომლის გარეშე გადაუდებელი საჭიროებისას გარდაიცვლება ადამიანი, უნდა შემოწმდეს განსაკუთრებულად მაღალი სტანდარტით, ნების ნამდვილობაში მცირე ეჭვის შეტანის საფუძველის არსებობისას საკითხი უნდა გადაწყდეს სიცოცხლის სასარგებლოდ, რაც გამორიცხავს ექიმის პასუხისმგებლობას.

⁸⁴ იხ. ევროპის საბჭოს გაიდლაინი სიცოცხლის დასრულებასთან დაკავშირებული გადაწყვეტილების მიღების

პროცესში სამედიცინო მომსახურების შესახებ, ხელმისაწვდომია: <https://rm.coe.int/168039e8c5>

საქართველოში უზრუნველყოფილი გარიგებების მარეგულირებელი ერთიანი საკანონმდებლო ჩარჩოს შემქმნისა და საუკეთესო საერთაშორისო გამოცდილების იმპლემენტაციასთან დაკავშირებული სამართლებრივი პრობლემები

ლევან გოთუა

სამართლის დოქტორი; LL.M. (გერმანული სამართლის მაგისტრი, ბრემენის უნივერსიტეტი, გერმანია); LL.M. *Europae* (ევროპული და საერთაშორისო სამართლის მაგისტრი, ბრემენის უნივერსიტეტი, გერმანია), კავკასიის უნივერსიტეტის პროფესორი; თსუ-ს მონვეული ლექტორი.

წინამდებარე სტატიაში განხილულია საქართველოში უზრუნველყოფილი გარიგებების ერთიანი სამართლებრივი ჩარჩოს შექმნის და საუკეთესო საერთაშორისო გამოცდილების, მათ შორის **UNCITRAL**-ის შესაბამისი მოდელური კანონის იმპლემენტაციასთან დაკავშირებული რიგი სამართლებრივი საკითხების. იკვეთება უზრუნველყოფილი გარიგებების სამართლებრივი რეჟიმის სრულყოფის მიზანშეწონილობა როგორც ეკონომიკური, ისე იურიდიული ფაქტორებიდან გამომდინარე. კერძოდ, ის გარემოება, რომ საქართველოში მოძრავი ქონება და არამატერიალური აქტივები სესხების, კრედიტებისა და სხვა ფულადი ვალდებულებების უზრუნველყოფის მიზნით სათანადოდ არ გამოიყენება, ერთი მხრივ უძრავ ნივთებზე უფლებრივ დატვირთვას შეუსაბამოდ ზრდის და, მეორე მხრივ, როგორც მცირე და საშუალო მენარმეების, ისე ფიზიკური პირების მხრიდან ფინანსურ რესურსებზე წვდომის შესაძლებლობებს ამცირებს. ამავდროულად, იკვეთება კონკრეტული ხარვეზები არსებულ კანონმდებლობაში, იქნება ეს სააღსრულებო პროცედურების არასრულყოფილება, კრედიტორთა რიგითობისა და პრიორიტეტულობის არასაკმარისი განჭვრეტადობა, გაეროს საერთაშორისო სავაჭრო სამართლის კომისიის მიერ შემუშავებული და რეკომენდებული თანამედროვე, შეტყობინებაზე დაფუძნებული (*notice based*) სარეგისტრაციო სისტემის არარსებობა თუ სამოქალაქო ბრუნვის აქტიურ მონაწილეთა მხრიდან მოძრავი ქონებისა და არამატერიალური აქტივების უზრუნველყოფის საგნებად გამოყენებასთან მიმართებით ინფორმირებულობის ნაკლებობა. ნიშანდობლივია, რომ ნახსენებ თემატიკასთან დაკავშირებით არც ქართული იურიდიული ლიტერატურა გვთავაზობს საკმარის მსჯელობასა და წინადადებებს, რამაც მიიძღვა კიდევ უზრუნველყოფილი გარიგებების საკითხებზე ეს სტატია მომემზადებინა და შესაბამისი პრობლემატიკა თეორიული სამართალმცოდნეობის პერსპექტივიდანაც გამეშუქებინა. სტატიაში მსჯელობა წარმართულია როგორც მოქმედი ქართული სამართლის ნორმების, **UNCITRAL**-ის მოდელური კანონის, მასთან დაკავშირებული სახელმძღვანელო მითითებისა და აქტების ირგვლივ, ისე ჩვენში და საზღვარგარეთ დაგროვილი პრაქტიკის შედარებითი ანალიზის საფუძველზე. აქედან გამომდინარე, ნაშრომში წარმოდგენილია საქართველოში უზრუნველყოფილი გარიგებების სამართლებრივი ჩარჩოს ფორმირებასთან დაკავშირებული კონკრეტული წინადადებებიც.

საკვანძო სიტყვები: მოძრავი ქონება, არამატერიალური აქტივები, გირავნობის წარმოშობა, გირავნობის ნამდვილობა, რეესტრი, გირავნობის შეტყობინებაზე დაფუძნებული რეგისტრაცია, ფუნქციური მიდგომა, უფლებათა რიგითობა, **UNCITRAL**.

1. შესავალი

არაერთი საერთაშორისო ორგანიზაციისა თუ კონკრეტული ექსპერტის მიერ უკანასკნელ პერიოდში ჩატარებულმა კვლევებმა ცხადყო, რომ მოძრავი ქონების ვალდებულების უზრუნველყოფის საგნად გამოყენებასთან დაკავშირებით მოქმედ ქართულ კანონმდებლობაში რამდენიმე მნიშვნელოვანი ხარვეზი არსებობს, შესაბამისობაშია სამართლებრივი თუ ინსტიტუციური რეგულირების ფარგლებში, რაც კრედიტორთათვის მნიშვნელოვან რისკებს წარმოშობს და ამცირებს მათ ინტერესს მოძრავი ქონება სხვადასხვა ტიპის ვალდებულების უზრუნველყოფის მიზნებისთვის გამოიყენონ.¹ შედეგად, როგორც წესი, კრედიტორები უზრუნველყოფის საშუალებად უძრავი ქონების გამოყენებას ამჯობინებენ. ამასთან, ყველაზე ლიკვიდური აქტივები, როგორებიც არის მაგალითად მატერიალური საწარმოო მარაგები და მოთხოვნები, უზრუნველყოფის საგნად მათი გამოყენების სამართლებრივი რისკებიდან გამომდინარე, საქართველოში გირავნობის უფლებით გაცილებით იშვიათად იტვირთება, რაც მნიშვნელოვნად ამცირებს ბაზარზე ისეთი ფინანსური პროდუქტების ფართოდ დამკვიდრებას, როგორებიცაა ფაქტორინგი, რევერსიული (უკუ) ფაქტორინგი, ლიზინგი და ა.შ., აფერხებს საფინანსო სექტორის განვითარებასა და მცირე და საშუალო ზომის საწარმოების დაფინანსებას. სწორედ ამ ტიპის ბიზნეს სუბიექტების წინაშე განსაკუთრებული სიმწვავეთ დგება კრედიტზე ხელმისაწვდომობის პრობლემა, რადგან ისინი თავიანთი საქმიანობისთვის უმთავრესად მოძრავ ქონებას იყენებენ, იქნება ეს საწარმოო ინვენტარი, დამხმარე ტექნიკური საშუალებები თუ მოთხოვნები მესამე პირთა მიმართ. ეს გარემოება განსაკუთრებით დასანანი იმ კუთხით, რომ ზოგადად, 2020 წ. მდგომარეობით, კრედიტზე ხელმისაწვდომობის ინდექსით საქართველოს მსოფლიოს მასშტაბით (შესწავლილ იქნა 190 სახელმწიფოს მდგომარეობა) საკმაოდ მაღალი,

მე-15 ადგილი უკავია.² კომერციული ბანკებისა და სხვა საკრედიტო დაწესებულებების მხრიდან ფინანსური ვალდებულებების უზრუნველყოფის საშუალებებს შორის უძრავი ქონებისთვის უპირატესობის მინიჭება მოძრავი ქონებისა და არამატერიალური აქტივების ხარჯზე, რიგი წმინდა ეკონომიკური, არასამართლებრივი ფაქტორებითაც არის განპირობებული (მაგალითად, უძრავ ქონებაზე საბაზრო ფასების ზრდის დინამიკით), თუმცა, ვგონებ, ლოგიკური იქნება, ერთი სამეცნიერო სტატიის ფარგლებში ამდენი საკითხის, თუნდაც საბაზისო ინფორმაციის დონეზე მიმოხილვისგან თავი შევიკავოთ და აქცენტი წმინდა სამართლებრივ პრობლემატიკაზე გავაკეთოთ. შესაბამისად, წინმდებარე ნაშრომში ყურადღებას დავუთმობთ:

- საქართველოში უზრუნველყოფილი გარიგებების მარეგულირებელი კანონმდებლობის ანალიზს, რათა მოვახდინოთ სხვადასხვა საკანონმდებლო აქტში ამ თემასთან დაკავშირებული ნორმატიული დანაწესების იდენტიფიცირება;
- გირავნობის სახელშეკრულებო შეზღუდვის, ე.წ. **negative pledge**-ის ურთიერთმართებას უზრუნველყოფილი გარიგებების რეგულირების თანამედროვე კონცეფციასთან;
- საქართველოში უზრუნველყოფილი გარიგებების რეგისტრაციის ფუნქციური მიდგომის შემუშავების მიზანშეწონილობას, რათა ერთი სამართლებრივი რეჟიმი გავრცელდეს ნებისმიერი სახის გარიგებაზე, რომელსაც აქვს ვალდებულების უზრუნველყოფის ფუნქცია;
- **UNCITRAL**-ის მოდელურ კანონზე დაყრდნობით, დოკუმენტების წარდგენაზე დაფუძნებული რეესტრის შეტყობინებაზე დაფუძნებულ რეესტრად გარდაქმნას, რაც უდავოდ გულისხმობს როგორც მოქმედი კანონმდებლობის მრავალსიმომცველ

¹ შდრ. The World Bank Group, Secured Transactions in Georgia: Legal Review and Recommendations for Reform, Technical Report for discussion, September 2019, 6-7.

² შდრ. <<https://www.doingbusiness.org/content/dam/doingBusiness/country/g/georgia/GEO.pdf>>, 2020, 4, [31.03.2023].

ცვლილებებს, ისე სასამართლოსა თუ საჯარო რეესტრში ახალი მიდგომებისა და პრაქტიკის ჩამოყალიბებას;

- უფლებათა რიგითობის ნათელი და განჭვრეტადი სქემის შექმნასთან დაკავშირებულ მოსაზრებებს, რათა შემცირდეს კრედიტორთა რისკი და გაიზარდოს დაკრედიტების ფარგლები;
- მოძრავი ნივთების უზრუნველყოფის საგნად ფართოდ გამოყენების იმ ხელშემშლელი ასპექტების ანალიზს, მათ შორის ქართული კანონმდებლობით დამკვიდრებულ მიდგომას, რომ აუცილებელია უზრუნველყოფილი ძირითადი მოთხოვნის ზოგადი ან კონკრეტული აღწერა და მაქსიმალური თანხის დაფიქსირება, რომლის ფარგლებშიც უზრუნველყოფილი მოთხოვნა უნდა დაკმაყოფილდეს და სხვ.

ზემოთქმულის პარალელურად, აუცილებლად მიმაჩნია აქვე განვსაზღვროთ, თუ რა საერთაშორისო მნიშვნელობის წყაროები არსებობს კვლევის თემატიკასთან დაკავშირებით.

უზრუნველყოფილი გარიგებების შესახებ ინფორმაციის მიღებისა და სანიმუშო ნორმების გაცნობის მიზნებისთვის მთავარ აქტად უდავოდ UNCITRAL-ის ანუ გაეროს საერთაშორისო სავაჭრო სამართლის კომისიის მიერ 2016 წ. შემუშავებული მოდელური კანონი უნდა მივიჩნიოთ. ჯერ კიდევ 2000 წლიდან ეს კომისია მუშაობდა უზრუნველყოფილი საკრედიტო სამართლის მიმართულების განვითარებაზე.³ მას შემდეგ კი, რაც 2001 წელს ხელი მოეწერა გაეროს კონვენციას საერთაშორისო ვაჭრობაში დებიტორული დავალიანებების დათმობის შესახებ, UNCITRAL-მა 2007 წელს ჯერ უზრუნველყოფილი გარიგებების თაობაზე საკანონმდებლო (გზამკვლევი) სახელმძღვანელო შეიმუშავა, 2010 წელს მას ინტელექტუალურ საკუთრებაში

უზრუნველყოფის უფლებების შესახებ დანართი დაუმატა, 2013 წელს მიიღო უზრუნველყოფილი უფლებების რეესტრის იმპლემენტაციის (გზამკვლევი) სახელმძღვანელო, ხოლო 2016 წელს უშუალოდ სამოდელო კანონი. ეს, ისედაც მდიდარი, ნორმატიული და დამხმარე ინსტრუმენტების შემცველი ბაზა, 2017 წ. უზრუნველყოფილი გარიგებების შესახებ UNCITRAL-ის მოდელური კანონის ამოქმედების, ხოლო 2019 წ. უზრუნველყოფილი გარიგებების შესახებ UNCITRAL-ის მოდელური კანონის პრაქტიკის გზამკვლევი სახელმძღვანელოებით შეივსო. ამ მომენტისთვის, გაეროს სავაჭრო სამართლის კომისიის ეს სანიმუშო ნორმატიული აქტი სხვადასხვა მოცულობით იმპლემენტირებულია ავსტრალიის, კოლუმბიის, ფიჯის, კენიის, ახალი ზელანდიის, ნიგერიის, პაპუა ახალი გვინეის, ფილიპინებისა და ზიმბაბვეს კანონმდებლობაში.⁴ ზოგიერთ შემთხვევაში ინტერესმოკლებული არ უნდა იყოს ქართული სამართლის პერსპექტივიდან აშშ-ს უნიფიცირებული კომერციული კოდექსის დებულებების კვლევა, რომელიც ასევე უფრო სანიმუშო კანონს წარმოადგენს ვიდრე სავალდებულო ნორმატიულ აქტს.⁵

შესაბამისად, წინმდებარე სტატიაში ვეცდებით ამ აქტების შინაარსის ზოგიერთი ასპექტის განზოგადებასა და ქართული სამართლის ჭრილში მათ შედარებით-სამართლებრივ ანალიზს, განსაკუთრებით საქართველოს კანონმდებლობაში მოდელური კანონის დებულებების იმპლემენტაციის პერსპექტივიდან. ასევე ვიმსჯელებთ ქართული სამართლის განვითარებისთვის შესაბამისი საერთაშორისო გამოცდილების ავკარგიანობის თაობაზე.

³ შდრ. https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/09-82670_ebook-guide_09-04-10english.pdf, 2010, iii, [31.05.2023].

⁴ შდრ. https://uncitral.un.org/en/texts/securityinterests/modellaw/secured_transactions/status, [31.05.2023].

⁵ შდრ. *Weldon, Baker, Ross*, Uniform Commercial Code - Current Legislation, Boston College Industrial and Commercial Law Review, Vol. 3, Issue 2 (Winter 1962), 254-258.

2. უზრუნველყოფილი გარიგებების მარეგულირებელი კანონმდებლობა მოქმედ ქართულ სამართალში და მასთან დაკავშირებული პრაქტიკული პრობლემები

უზრუნველყოფილი გარიგებების არსებული მარეგულირებელი საკანონმდებლო ჩარჩო რამდენიმე ნორმატიულ აქტს მოიცავს. ეს სავსებით ლოგიკურია, რადგან კონტინენტურ-ევროპული სამართლის ტრადიციისთვის, იმ ქვეყნებისთვის, სადაც სამოქალაქო კოდექსები არსებობს, გირავნობის, ლიზინგის, ფაქტორინგის და ა.შ. ერთი სამართლებრივი ქოლგის ქვეშ მოქცევა ჯერჯერობით არსებითად უცხოა. კვლევის თემასთან დაკავშირებული სამართლებრივი ნორმები გვხვდება საქართველოს სამოქალაქო კოდექსში, საქართველოს კანონებში: „საჯარო რეესტრის შესახებ“, „სააღსრულებო წარმოებათა შესახებ“, „ნოტარიატის შესახებ“, „საგადახდო სისტემისა და საგადახდო მომსახურების შესახებ“ და „ფასიანი ქაღალდების ბაზრის შესახებ“. ჩამოთვლილთაგან, ზოგიერთი ნორმატიული აქტი უზრუნველყოფილი გარიგებების მხოლოდ ცალკეულ საკითხებს არეგულირებს, მაგალითად ნომინალურ ანგარიშებზე ბროკერების მიერ განთავსებულ ფასიან ქაღალდებს (ე.წ. ნომინალურ მფლობელობაში არსებულ ფასიან ქაღალდებს)⁶. აღსანიშნავია, რომ ამგვარი, „დეცენტრალიზებული“ რეგულირება, რაც თემასთან დაკავშირებულ საკითხთა სხვადასხვა ნორმატიულ აქტებში მონესრიგებას გულისხმობს, არც იმ ქვეყნებისთვისაა უცხო, სადაც უზრუნველყოფილი გარიგებების სამართლებრივი რეგორმა უკვე განხორციელდა.

რა თქმა უნდა, უმთავრესი ნორმატიული წყარო უზრუნველყოფილ გარიგებებთან მიმართებით საქართველოს სამოქალაქო კოდექსია. ის აწესებს ზოგად ნორმებს საქართველოში გარიგებების რეგულირების კუთხით. საერთაშორისო ექსპერტთა შეფასებით, 2005 წ. სამოქალაქო კოდექსში მნიშვნელოვანი ცვლილებები შევიდა

„გირავნობის გაფორმების, წარმოშობისა და აღსრულების მოქნილი, ეფექტური და თანამედროვე საშუალებების არსებობის უზრუნველყოფად“.⁷

ქართული ცივილისტიკის ამ ცენტრალურ აქტში მესამე კარის მე-6 თავი სახელწოდებით „საკუთრება, როგორც მოთხოვნის უზრუნველყოფის საშუალება“ მთლიანად გირავნობასა და იპოთეკას ეთმობა. ზოგად მარეგულირებელ ნორმებთან ერთად, სამოქალაქო კოდექსი განსაზღვრავს უზრუნველყოფილი გარიგებების რეჟიმის გავრცელების ფარგლებს, მათ შორის ახდენს იმ ქონების კატეგორიზაციას, რომლის გამოყენებაც ნებადართულია უზრუნველყოფის საგნად. საქართველოს სამოქალაქო კოდექსი ადგენს გირავნობის გაფორმების, წარმოშობის, უფლებათა რიგითობის განსაზღვრისა და აღსრულების წესებს. ამავე ნორმატიულ აქტში ნაწილობრივ მონესრიგებულია ასევე იძულებითი უზრუნველყოფის ღონისძიებები, უპირველესად - ყადაღა. „რეაბილიტაციისა და კრედიტორთა კოლექტიური დაკმაყოფილების შესახებ“ საქართველოს კანონი ერთგვარად ავსებს სამოქალაქო კოდექსს აღსრულების პროცედურების მარეგულირებელი ნორმებით, მაგალითად, განსაზღვრავს მოვალეთა მიერ ვალდებულებათა დარღვევისას ადმინისტრაციულ პროცედურებს უზრუნველყოფის განკარგვის კუთხით. ქართული სამართლის მოქმედი ნორმები შესაძლებელს ხდის უზრუნველყოფილი უფლების აღსრულება სასამართლოს ჩარევის გარეშე განხორციელდეს, უმთავრესად ნოტარიუსის მიერ გაცემული სააღსრულებო ფურცლის საფუძველზე,⁸ თუმცა პრაქტიკაში ასეთი მექანიზმი საკმაოდ იშვიათად გამოიყენება.

ფინანსური ინსტრუმენტების უზრუნველყოფის საგნად გამოყენება სპეციალური კანონებით რეგულირდება. „საგადახდო სისტემისა და საგადახდო მომსახურების შესახებ“ კანონი განსაზღვრავს ფინანსურ ინსტრუმენტებთან დაკავშირებული უზრუნველყოფილი უფლებების

⁶ შდრ. „ფასიანი ქაღალდების ბაზრის შესახებ“ საქართველოს კანონის მე-2 მუხლის 43-ე პუნქტი, 25/12/1998.

⁷ Commercial laws of Georgia, EBRD, 2013, 16, <www.ebrd.com/downloads/sector/legal/georgia.pdf>, [31.05.2023].

⁸ შდრ. საქართველოს სამოქალაქო კოდექსი, 284-ე მუხლის პირველი ნაწილი, 27/06/1997.

წარმოშობის წესს, ხოლო „ფასიანი ქაღალდების ბაზრის შესახებ“ კანონი აწესრიგებს ფასიან ქაღალდებთან დაკავშირებულ სხვადასხვა გარიგებებს, თუმცა ის არ აკონკრეტებს საჯაროდ განთავსებული ფასიანი ქაღალდების უზრუნველყოფის საგნად გამოყენების პროცედურებს. აქედან გამომდინარე, ვვარაუდობთ, რომ ეს პროცედურებიც სამოქალაქო კოდექსით მიხედვით უნდა დარეგულირდეს.

„საჯარო რეესტრის შესახებ“ კანონი ეხება რეესტრის, მათ შორის მოძრავ ნივთებსა და არამატერიალურ ქონებრივ სიკეთეზე უფლებათა რეესტრის წარმოების საკითხებს.⁹ გირავნობის წარმოშობა ხდება საჯარო რეესტრის ეროვნული სააგენტოს სპეციალურ რეესტრში რეგისტრაციის მეშვეობით. „საჯარო რეესტრის შესახებ“ კანონს ავსებს შესაბამისი ინსტრუქციები, რომლებიც მეტწილად ტექნიკურ დეტალებს განმარტავენ.

არსებული გამოწვევების ფონზე, სესხებისა და კრედიტების მოძრავი ნივთების უზრუნველყოფით გაცემა ხდება ძირითადად მაშინ, როდესაც საქმე ეხება ავტოსატრანსპორტო საშუალებების გირავნობას და შესაბამისი მექანიკური საშუალება არაკომერციული მიზნებისთვის გამოიყენება.¹⁰ ასევე აქტუალურია შემთხვევები, როცა გარიგების უზრუნველსაყოფად მესამე პირის მიერ გაცემული თავდებობა გამოიყენება. საერთო ჯამში, მოძრავი ქონების ფართო სპექტრის უზრუნველყოფის საგნად გამოყენების ხელშემშლელ ფაქტორთა შორის შეგვიძლია დავასახელოთ: უზრუნველყოფილი გარიგებების მარეგულირებელი ნორმების არასრულყოფილება, მათ შორის სასამართლო გზით აღსრულების არაეფექტურობა; უზრუნველყოფის საგნის არა-ავტორიზებული გაყიდვის რისკის თავიდან არიდების სირთულე; უზრუნველყოფის საგნის შეფასებისა და მასში მოვალის პოტენციური უფლების დადგენის მექანიზმების ხარვე-

ზები; მოძრავ ნივთზე ინფორმაციის ხელმისაწვდომობის ნაკლებობა და მცირე და საშუალო ზომის საწარმოების შესაბამისი რეგულირების არარსებობა. სასოფლო-სამეურნეო სექტორის დაფინანსებაც, რომელიც საერთაშორისო პრაქტიკაში ხშირად მოძრავ ნივთებზე გირავნობის სანაცვლოდ ხდება, საქართველოში არასაკმარისი მოცულობით ხორციელდება. აქ ერთგვარი გამოწვევისაა თხილეულისა და ღვინის ზოგიერთი მწარმოებლის მიერ მიღებული სესხები, რომლებიც ძირითადად ექსპორტის მიზნებს ემსახურება. ნიშანდობლივია ასევე, რომ რადგან 2021 წ. ევროპის რეკონსტრუქციისა და განვითარების ბანკის ტექნიკური დახმარებით მომზადებული კანონპროექტი ფაქტორინგის შესახებ კანონად ჯერ კიდევ არ ქცეულა, ფაქტორინგის ბაზარი მოცემული მომენტისთვის მცირეა და ფინანსური მომსახურების ამ მეტად მოქნილ სახეს სულ რამდენიმე კომერციული ბანკი იყენებს,¹¹ ისიც ძირითადად მაშინ, როცა გარიგების ორივე მხარე ერთი და იმავე ბანკის მომხმარებელს წარმოადგენს.

3. უზრუნველყოფილი გარიგებების მარეგულირებელი კანონმდებლობის უმნიშვნელოვანესი ელემენტები საერთაშორისო გამოცდილების პერსპექტივიდან

საქართველოში უზრუნველყოფილი გარიგებების რეგულირების საკითხთან დაკავშირებით კიდევ არაერთი სამართლებრივი პრობლემა იჩენს თავს. პირველ რიგში უნდა ვახსენოთ ჩვენში გირავნობის სახელშეკრულებო შეზღუდვის, ე.წ. **negative pledge**-ს სამართლებრივი სტატუსი. მსოფლიო პრაქტიკაში ერთობ გავრცელებულია შემთხვევები, როცა გირავნობის ხელშეკრულებები შეიცავს პირდაპირ დათქმას, რომ დამგირავებელს არ აქვს უფლება გააფორმოს შემხვედრი უზრუნველყოფა იმავე უზრუნველ-

⁹ შდრ. „საჯარო რეესტრის შესახებ“ საქართველოს კანონის მესამე თავი, 20/08/2008.

¹⁰ შდრ. The World Bank Group, Secured Transactions in Georgia: Legal Review and Recommendations for Reform, Technical Report for discussion, September 2019, 8.

¹¹ შდრ. გოთუა, საქართველოში ფაქტორინგის რეგულირების ზოგიერთი სამართლებრივი ასპექტი, სამართლის ჟურნალი, თსუ, იურიდიული ფაკულტეტი, 2/2018, 22.

ყოფის საგანზე. ამავდროულად, ქართული სამართლიდან გამომდინარე, ასეთი დათქმები აღსრულებადი არაა, ვინაიდან უფლებათა რიგითობის განმსაზღვრელი ნორმები წინააღმდეგობაში მოდის ასეთ გირავნობის სახელშეკრულებო შეზღუდვის პირობებთან. კერძოდ, საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის 170-ე მუხლის თანახმად, „მესაკუთრეს შეუძლია, კანონისმიერი ან სხვაგვარი, კერძოდ, სახელშეკრულებო შეზღუდვის ფარგლებში თავისუფლად ფლობდეს და სარგებლობდეს ქონებით (ნივთით), არ დაუშვას სხვა პირთა მიერ ამ ქონებით სარგებლობა, განკარგოს იგი, თუკი ამით არ ილახება მეზობლების ან სხვა მესამე პირთა უფლებები, ან, თუ ეს მოქმედება არ წარმოადგენს უფლების ბოროტად გამოყენებას.“ ამავდროულად, თუ, მაგალითად, კრედიტორი A გააფორმებს გირავნობის ხელშეკრულებას, რომელიც კრძალავს დამგირავებლის მიერ ქვეგირავნობის გამოყენებას და გირავნობის ხელშეკრულებას არ დაარეგისტრირებს, ხოლო მოგვიანებით დამგირავებელი გირავნობის ხელშეკრულებას კრედიტორ B-სთან უკვე რეგისტრირებული ფორმით დადებს, მიუხედავად სამოქალაქო კოდექსის 170-ე მუხლის მიერ დაშვებული უფლების მესაკუთრემ საკუთრების უფლება ხელშეკრულების ძალით შეიზღუდოს, დასახელებული წესი, სავარაუდოდ, კრედიტორებს შორის უპირატესი უფლების განსაზღვრისას მხედველობაში არ მიიღება, მაშინაც კი, თუ კრედიტორი B ინფორმირებული იყო აკრძალვის შესახებ. შესაბამისად, ვფიქრობ ნახსენებ აკრძალვას გავლენა არ აქვს გირავნობის უფლების რიგითობის განსაზღვრაზე. ამგვარ რთულ შემთხვევებთან მიმართებით სამართლებრივი შედეგების ბუნდოვანების გამოსარიცხად, ალბათ აუპრიანი იქნება გავითვალისწინოთ და ქართულ კანონმდებლობაში შეძლებისდაგვარად დავნერგოთ UNCITRAL-ის მოდელური კანონის შესაბამისი დებულებები, კერძოდ, „უზრუნველყოფილი კრედიტორის მხრი-

დან უზრუნველყოფის საშუალების შესახებ ინფორმაციის ფლობა, ზეგავლენას არ ახდენს უზრუნველყოფის საშუალების რიგითობაზე.“¹² ამავდროულად, UNCITRAL-ის მოდელური კანონი არ იძლევა ზუსტ პასუხს გირავნობის სახელშეკრულებო შეზღუდვის ნამდვილობის საკითხზე და ხსენებულ თემაზე, სასურველია, საერთაშორისო გამოცდილება კიდევ უფრო ფართო კონტექსტში მოვიხმოთ. მაგალითად, აშშ-ს უნიფიცირებული კომერციული კოდექსი ადგენს, რომ მოვალის (დამგირავებლისა) და უზრუნველყოფილი მხარის (მოგირავნის) შეთანხმება, რომელიც კრძალავს უზრუნველყოფის საგანზე მოვალის (დამგირავებლის) უფლებების გადაცემას ან ასეთ გადაცემას თვლის ვალდებულების დარღვევად, გავლენას ვერ მოახდენს ამგვარი უფლების გადაცემის ნამდვილობაზე.¹³

საერთაშორისო კომერციულ პრაქტიკაში ხშირია მზარდი სასოფლო-სამეურნეო კულტურების, როგორებიცაა ხორბალი, სიმინდი და ა.შ. დაგირავება სხვადასხვა ფორმის ვალდებულების, მეტწილად სესხებისა და კრედიტების უზრუნველსაყოფად. ამ შემთხვევაში საქართველოს სინამდვილეში პრობლემურია ის ასპექტი, რომ საბანკო-საფინანსო დაწესებულებების მხრიდან აგროსექტორის დაკრედიტების მცირე მოცულობასთან ერთად, მზარდი სასოფლო-სამეურნეო კულტურების დაფინანსება ძირითადად მიწის იპოთეკით დატვირთვის სანაცვლოდ ხდება. ამგვარი მიდგომა არ შეესაბამება ისეთი ცვალებადი აქტივების დაფინანსების თავისებურებებს, როგორებიცაა რეგულარულად მომკილი კულტურები. რადგან საქართველოს სამოქალაქო კოდექსით: „უძრავ ნივთებს მიეკუთვნება მიწის ნაკვეთი მასში არსებული წიაღისეულით, მიწაზე აღმოცენებული მცენარეები, ასევე შენობა-ნაგებობანი, რომლებიც მყარად

¹² UNCITRAL Model Law on Secured Transactions, Article 45, https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/19-08779_e_ebook.pdf, 2019, [31.03.2023].

¹³ შდრ. Uniform Commercial Code § 9-401, ALIENABILITY OF DEBTOR'S RIGHTS, <[https://www.law.cornell.edu/ucc/9/9/401#:~:text=\(b\)%20%5BAgreement%20does%20not,the%20transfer%20from%20taking%20effect](https://www.law.cornell.edu/ucc/9/9/401#:~:text=(b)%20%5BAgreement%20does%20not,the%20transfer%20from%20taking%20effect)>, 1962, [31.05.2023].

დგას მიწაზე”,¹⁴ მზარდი სასოფლო-სამეურნეო კულტურები უძრავი ქონების ნაწილად განიხილება თუ შეუძლებელია მათი, როგორც მოძრავი ქონების, მიწისგან განცალკევება. ეს ართულებს ნახსენები აქტივების უზრუნველყოფის ცალკე საგნად იდენტიფიცირებას და ხელშეშლელია აგროსექტორის სუბიექტების მხრიდან დაფინანსების მოპოვების მიზნებისთვის. UNCITRAL-ის მოდელურ კანონში ამ საკითხთან მიმართებით კონკრეტული რეგულირების არარსებობისას, ყურადსაღებ გამოსავალს გვთავაზობს აშშ-ს უნიფიცირებული კომერციული კოდექსი, რომელიც მზარდ სასოფლო-სამეურნეო კულტურებს, ფაქტობრივად, როგორც მოძრავ ან ჰიბრიდულ ქონებას განიხილავს და ადგენს, რომ მზარდი კულტურების უზრუნველყოფის საშუალებას უპირატესობა ენიჭება მიწის ნაკვეთის მიმართ არსებულ უფლებებზე, მათ შორის იპოთეკაზე თუ მოვალეს აქვს საკუთრების ან მფლობელობის უფლება უძრავ ქონებასთან მიმართებით.¹⁵ შესაბამისად, რეკომენდებული იქნებოდა ქართულმა კანონმდებლობამ მეტი ყურადღება დაუთმოს ამ საკითხს, რათა სასოფლო-სამეურნეო ურთიერთობებში მონაწილე მეწარმეებს დაფინანსების მიღება მხოლოდ შესაბამისი მზარდი კულტურების გირავნობის სანაცვლოდაც შეეძლოთ, ისე, რომ სესხის ან კრედიტის უზრუნველსაყოფად შესაბამისი უძრავი ქონების იპოთეკით დატვირთვა არ იყოს აუცილებელი.

კიდევ ერთი მიმართულება, სადაც მეწარმეებს დაკრედიტების თვალსაზრისით სირთულეები წარმოეშობათ, არის სამომავლო ქონების გირავნობის უზრუნველყოფით დაფინანსება.

არადა, ამგვარი სამომავლო აქტივების უზრუნველყოფის საშუალებებად გამოყენება კარგა ხანია ერთობ გავრცელებულია განვითარებულ საფინანსო ბაზრებზე,¹⁶ მითუმეტეს, რომ არსებული დოქტრინის თანახმად, „გირაოუნარიანია ყველა მოძრავი ნივთი, რომელიც სარგებლობა-უნარიანია და გასხვისებაუნარიანია. ამ თვისებით უნდა ხასიათდებოდეს არამატერიალური ქონებრივი სიკეთეებიც.“¹⁷ საკანონმდებლო დონეზე, საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის მიხედვით, „მოთხოვნის უზრუნველყოფის საშუალებად შეიძლება გამოყენებულ იქნეს ის ნივთები და არამატერიალური ქონებრივი სიკეთე, რომლებსაც დამგირავებელი შეიძენს მომავალში (სამომავლო ქონება),“¹⁸ რაც არსებითად შესაბამისობაშია საუკეთესო საერთაშორისო პრაქტიკასთან და UNCITRAL-ის მოდელური კანონის მე-6 მუხლის მე-2 პუნქტთან.¹⁹ თუმცა, სამწუხაროდ, სააღსრულებო ფურცლის გასაცემად სასამართლო პრაქტიკა უზრუნველყოფის დეტალურ აღწერას მოითხოვს და ფართო კონტექსტის მატარებელ „მთელ არსებულ და სამომავლო მოძრავ ქონებას“ იდენტიფიკაციისთვის საკმარისად არ მიიჩნევს.²⁰ არადა, ქართული სამართალმცოდნეობის პერსპექტივიდან, საკმარისია სამომავლო ან პირობითი მოთხოვნები განსაზღვრადი იყოს.²¹ სასამართლოსეული მიდგომა ერთგვარად გამართლებულია იმ საშიშროებიდან გამომდინარე, რომ შესაძლოა ვერ მოხდეს მოვალის მიერ სამომავლოდ მოპოვებული ნებისმიერი ტიპის ქონების ამოღება ან შეიძლება ის სულაც მესამე პირს ეკუთვნოდეს. სამომავლო ქონების უზრუნველყოფის საგნად გამოყენების ნახალისებისთვის სასურველია, რომ

¹⁴ საქართველოს სამოქალაქო კოდექსი, 149-ე მუხლი, 27/06/1997.

¹⁵ შდრ. Uniform Commercial Code § 9- 9-334. PRIORITY OF SECURITY INTERESTS IN FIXTURES AND CROPS, < [¹⁶ შდრ. *Squillante*, Pledge as a Security Device - Part III, *Commercial Law Journal*, Vol. 88, Issue 2 \(February 1983\), 79-83.](https://www.law.cornell.edu/ucc/9/9-334#:~:text=%C2%A7%209%2D334.-,PRIORITY%20OF%20SECURITY%20INTERESTS%20IN%20FIXTURES%20AND%20CROPS.,in%20goods%20that%20become%20fixtures>,” 1962, [31.05.2023].</p>
</div>
<div data-bbox=)

¹⁷ *ზოიძე*, ქართული სანივთო სამართალი, თბილისი, 2003, 287.

¹⁸ საქართველოს სამოქალაქო კოდექსი, 254-ე მუხლის მე-5 ნაწილი, 27/06/1997.

¹⁹ შდრ. UNCITRAL Model Law on Secured Transactions, Article 6, https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/19-08779_e_ebook.pdf, 2019, [31.05.2023].

²⁰ შდრ. საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სამოქალაქო საქმეთა პალატის 2016 წლის 11 ნოემბრის №ას-831-797-2016 განჩინება.

²¹ შდრ. *რუსიაშვილი*, საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის კომენტარი, წიგნი II, 2018, 254-ე მუხლის კომენტარი, 332, [31.05.2023]

სამართლის ნორმები რომლებიც არეგულირებენ სასამართლოს მიერ განსახორციელებელ სააღსრულებო პროცედურებს, მკაფიოდ მიუთითებდნენ, რომ სააღსრულებო ფურცლის გასაცემად აუცილებელი არ არის შესაბამის გირავნობის ხელშეკრულებაში უზრუნველყოფის საგნის დეტალური აღწერა.

საინტერესო საკვლევი საკითხი იკვეთება იპოთეკის მოწმობის, როგორც ფასიანი ქაღალდის დაგირავებასთან დაკავშირებით. ამ დოკუმენტის თავისებურებიდან გამომდინარე, იპოთეკის მოწმობა, რომელიც უზრუნველყოფილია უძრავ ქონებაზე უფლებით, შესაძლოა დაგირავდეს, როგორც ფასიანი ქაღალდი.²² ვფიქრობთ, ის გარემოება, რომ უძრავ ქონებაზე უფლება ხელს უწყობს ვალდებულების შესრულებას, არ ნიშნავს ბენეფიციარის უფლების ავტომატურად უძრავ ქონებად კვალიფიცირებას. ნიშანდობლივია, რომ საქართველოს სამოქალაქო კოდექსი იპოთეკის მოწმობის საკითხებს 8 მუხლს²³ უთმობს. ამ ნორმების ანალიზის საფუძველზე მივდივართ დასკვნამდე, რომ თავისთავად იპოთეკის მოწმობა არის მოძრავი ქონება, რომელიც წარმოადგენს უძრავ ქონებასთან დაკავშირებით თანხის გადახდის ვალდებულებას. ნიშანდობლივია, რომ როდესაც 2007 წელს საქართველოს სამოქალაქო კოდექსს დაემატა ხსენებული დებულებები იპოთეკის მოწმობასთან დაკავშირებით, განისაზღვრა, რომ ის უნდა ამოქმედებულიყო „უძრავ ნივთებზე უფლებათა რეგისტრაციის შესახებ“ საქართველოს კანონში ცვლილებებისა და დამატებების შეტანის თაობაზე საქართველოს კანონის ძალაში შესვლისთანავე. ნახსენებ კანონში შესაბამისი ცვლილება-დამატებები მართლაც შევიდა 2007 წ. დეკემბერში, სადაც განისაზღვრა, რომ იპოთეკის მოწმობის რეგისტრაციის სამართლებრივი საფუძვლები განისაზღვრებოდა ინსტრუქციით.²⁴ იუსტიციის მინისტრის შესაბამისი კანონქვემდებარე ნორმატიული აქტი მართლაც მოქმედებდა 2006-2010 წწ., თუმცა მასში იპოთეკის მო-

წმობის რეგისტრაციასთან დაკავშირებული დეტალები არ ასახულა, ისევე როგორც 2010-2020 წწ. მოქმედ საქართველოს იუსტიციის მინისტრის ბრძანება N 4-ში „საჯარო რეესტრის შესახებ ინსტრუქციის დამტკიცების თაობაზე“, რომელმაც გააუქმა და ჩაანაცვლა „უძრავ ნივთებზე უფლებათა რეგისტრაციის შესახებ“ ხსენებული ინსტრუქცია. მეტიც, 2020 წლიდან მოქმედი საქართველოს იუსტიციის მინისტრის ახალი ბრძანება №487 „საჯარო რეესტრის შესახებ ინსტრუქციის დამტკიცების თაობაზე“, რომელმაც, თავის მხრივ, იმავე სახელწოდების წინამორბედი კანონქვემდებარე ნორმატიული აქტი გააუქმა, ასევე არ აწესრიგებს იპოთეკის მოწმობასა და მის დაგირავებასთან დაკავშირებულ საკითხებს. თავად კანონი „უძრავ ნივთებზე უფლებათა რეგისტრაციის შესახებ“ 2008 წ. გაუქმდა „საჯარო რეესტრის შესახებ“ კანონით, რომლის მოქმედი რედაქციითაც იპოთეკის მოწმობის რეგისტრაციის საკითხები კვლავ შესაბამისი ინსტრუქციის რეგულირების კომპეტენციაშია. მაშასადამე, ამ საკმაოდ მნიშვნელოვანი თემატიკის სამართლებრივი მოწესრიგების საკითხი ერთგავარად ჩაიკარგა ზემოთ ჩამოთვლილი კანონებისა და კანონქვემდებარე აქტებში და დღემდე კონკრეტული სამართლებრივი ჩარჩოს მიღმა რჩება, რაც პრაქტიკულად შეუძლებელს ხდის იპოთეკის მოწმობის, როგორც ფასიანი ქაღალდის, გირავნობას.

უზრუნველყოფილი გარიგებების ახალი საკანონმდებლო ჩარჩოს ფორმირების პერსპექტივიდან კიდეც ერთი ნიშანდობლივი ასპექტი უკავშირდება გირავნობის გავრცელებას თავდაპირველად უზრუნველყოფილი საგნის ნაყოფზე. ხშირ შემთხვევაში, ქონება, რომელიც თავდაპირველად წარმოადგენდა უზრუნველყოფის საშუალებას, იყიდება ან ის იცვლება ახალ ქონებაზე. კრედიტორების ნდობის უზრუნველსაყოფად მნიშვნელოვანია, რომ გირავნობა ავტომატურად გადავიდეს ნებისმიერ ისეთ ქონებაზე, რომელიც თავდაპირველი უზრუნველყო-

²² საქართველოს სამოქალაქო კოდექსი, 289⁶-ე მუხლი, 27/06/1997.

²³ 289¹-დან 289⁸ მუხლამდე (ავტორის შენიშვნა).

²⁴ „უძრავ ნივთებზე უფლებათა რეგისტრაციის შესახებ“ საქართველოს კანონში ცვლილებებისა და დამატებების შეტანის თაობაზე საქართველოს კანონის 1-ე მუხლის მე-4 პუნქტი, 18/12/2007.

ფის განკარგვის შედეგად მიღებულ შემოსავალს წარმოადგენს. მიმაჩნია, რომ დღეს მოქმედი კანონმდებლობით, კერძოდ, საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის 154-ე და 264-ე მუხლებით, რომლებიც განსაზღვრავენ საგნის და უფლების ნაყოფისა და სუროგაციის საკითხებს, გირავნობა, თეორიულად მაინც, შეიძლება თავდაპირველი უზრუნველყოფის საგნიდან მიღებულ ნაყოფზე გავრცელდეს. თუმცა, ვფიქრობ, პრაქტიკული პერსპექტივიდან, ამ სახის აქტივების გარიგების უზრუნველსაყოფად გამოყენებისთვის ერთობ სასარგებლო იქნება UNCITRAL-ის მოდელური კანონის მე-2(bb) მუხლის მსგავსი ან იდენტური განმარტების დამკვიდრება: „ნაყოფი, არის ყველაფერი ის, რაც მიღებულია უფლებრივად დატვირთული ქონებიდან, მათ შორის უფლებრივად დატვირთული ქონების, სამოქალაქო და ბუნებრივი ნაყოფის, სადაზღვევო თანხის, უფლებრივად დატვირთული ქონების დეფექტის, დაზიანების ან დაკარგვის შედეგად წარმოშობილი მოთხოვნის, და ასეთი სახით ამონაგები თანხიდან მიღებული შემოსავლის გაყიდვის ან სხვაგვარად გასხვისების, იჯარით ან/და ლიცენზიით გაცემის შედეგად.“

ჩემი აზრით, უზრუნველყოფილი გარიგებების სრულყოფილი სამართლებრივი მონესრიგების მიზნებისთვის გადასახედი და დასამატებელია რიგი დეფინიციებისა, რომლებიც არსებულ კანონმდებლობაში გვაკლია. ამის ყველაზე ნათელი მაგალითი, თავად უზრუნველყოფილი გარიგების ცნების პარალელურად ალბათ მოთხოვნისა და მოთხოვნის უფლების დეფინიციებია, რომლებიც სასურველია გაიმიჯნოს გადახდის სხვა უფლებებისგან, უპირველესად გადახდის მოთხოვნისგან. კერძოდ, საბანკო ანგარიშიდან გადახდის მოთხოვნა ხშირად არსებითად განსხვავდება ჩვეულებრივი მოთხოვნისაგან. მაგალითად, მაშინ როდესაც დებიტორული დავალიანებიდან მომდინარე მოთხოვნის უფლების (აქ უმთავრესად ფაქტორინგული ოპერაციები უნ-

და ვიგულისხმობ) აღსრულება ძირითადად სპეციალური პირობების გარეშე უნდა მოხდეს, საბანკო ანგარიშიდან გადახდის რეგისტრირებული მოთხოვნის აღსრულება შესაძლოა სასამართლო გადანაცვლებას საჭიროებდეს. UNCITRAL-ის მოდელური კანონი ავინროვებს დებიტორული დავალიანების დეფინიციას და მისი შინაარსიდან კონკრეტულ ფინანსურ ინსტრუმენტებთან დაკავშირებულ გადახდის მოთხოვნას გამოირიცხავს, მათ შორის საბანკო ანგარიშზე განთავსებულ თანხებთან მიმართებით.²⁵

4. უზრუნველყოფილ გარიგებებში უფლების წარმოშობა და მისი ცალკეული ასპექტები

უზრუნველყოფილი გარიგებების რეგულირების თანამედროვე კონცეფცია, რომელიც ძირითადად UNCITRAL-ის მოდელურ კანონს ეფუძნება, ქართული სამართლისთვის არსებითად ახალ, ფუნქციურ მიდგომას ამკვიდრებს. ამ უკანასკნელის შინაარსი შემდეგში მდგომარეობს - იმისათვის, რომ მარეგისტრირებელმა ორგანომ მისი მთავარი ამოცანა შეასრულოს რაც, სხვათა შორის, უფლებათა რიგითობის სრულყოფილად და გამჭვირვალედ განსაზღვრაში გამოიხატება, ყველა გარიგება, რომელიც ფუნქციურად უზრუნველყოფის დანიშნულებას ასრულებს, უზრუნველყოფილი გარიგებების შესახებ ერთიან საკანონმდებლო ჩარჩოს უნდა დაექვემდებაროს.²⁶ ეს კი თავის მხრივ ნიშნავს იმას, რომ გარკვეული სახის ქვემოთ განხილული გარიგებები, რომლებზეც არ ვრცელდება საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის მესამე კარის მე-6 თავი, UNCITRAL-ის მოდელურ კანონსა და მასთან დაკავშირებულ აქტებში დამკვიდრებული ფუნქციური მიდგომის შესაბამისად საქართველოს უზრუნველყოფილი გარიგებების ჩარჩოში უნდა მოექცეს. შესაბამისად, მოძ-

²⁵ შდრ. UNCITRAL Model Law on Secured Transactions, Article 2 „dd“, https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/19-08779_e_ebook.pdf, 2019, [31.05.2023].

²⁶ შდრ. Akseli, Financial Inclusion, Access to Credit, and Sustainable Finance: What Role for the UNCITRAL Model Law on Secured Transactions?, Law and Contemporary Problems, Vol. 84, Issue 1 (2021), 181.

რავ ქონებაზე ერთიანი, ყოვლისმომცველი უზრუნველყოფის საშუალება უნდა შეიქმნას, რომელიც მატერიალურ და არამატერიალურ ქონებაზე სხვადასხვა მფლობელობით და არამფლობელობით უფლებას აერთიანებს, მათ შორის გადაცემის უფლებასა და საკუთრების უფლების დროებით შენარჩუნებას.²⁷ ამრიგად, გაეროს სავაჭრო სამართლის კომისიის მოსაზრებით, უზრუნველყოფილი გარიგებების სამართლებრივი ქოლგის ქვეშ რეკომენდებულია ის უზრუნველყოფის საშუალებები გაერთიანდეს, რომლებიც წარმოადგენენ გირავნობასა და მის ფუნქციურ ეკვივალენტებს, მაგალითად, ფაქტორინგს. ამრიგად, UNCITRAL-ის მოდელურ კანონის შინაარსის გათვალისწინებით, ნახსენებ ერთიან საკანონმდებლო ჩარჩოში თავს იყრის სავსებით უფლებები მოძრავ ქონებაზე, რომელიც წარმოიშობა ხელშეკრულებით, რათა უზრუნველყოფილ იქნეს გადახდის ან სხვა ვალდებულების განხორციელება, განურჩევლად იმისა, მხარეებმა განსაზღვრეს თუ არა ეს მოძრავი ქონება უზრუნველყოფის საშუალებად და განურჩევლად ქონების ტიპისა, გამცემის სტატუსისა ან უზრუნველყოფილი კრედიტორისა ან უზრუნველყოფილი ვალდებულების ხასიათისა, ასევე მოთხოვნის პირდაპირი დათმობისას მოთხოვნის დათმობის სახელშეკრულებო უფლება ფაქტორინგის ჩათვლით. ამ პერსპექტივიდან ცალკე ყურადღებას იმსახურებს გარიგების ისეთი თავისებური ფორმა, როგორიცაა ლიზინგი. ჩემი აზრით, ის მართლაც ერთგვარად შეიცავს უზრუნველყოფის ღონისძიების ხასიათს და ამ პერსპექტივიდან ექცევა UNCITRAL-ის მოდელური კანონის ფარგლებში, რადგან ეს უკანასკნელი ეხება უფლებებს, როგორც უზრუნველყოფის საშუალებებს, საკუთრების უფლების სახელშეკრულებო განაწილების მიუხედავად. გაეროს სავაჭრო სამართლის კომისიის პერსპექტივიდან, საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის

576-ე მუხლით გათვალისწინებული ლიზინგის ცნება სწორედ ისეთ უზრუნველყოფის საშუალებას უნდა წარმოშობდეს, რომლის მოწესრიგებაც ფუნქციურად მსგავსი სხვა გარიგებების პარალელურად, ერთიანი წესებით უნდა მოხდეს. ხსენებული მიდგომის თანახმად, უზრუნველყოფილი გარიგებების კანონის მიზნებისთვის, ლიზინგი მიმღები საკუთრების უფლებას იღებს და ლიზინგის გამცემი უზრუნველყოფილ კრედიტორად მიიჩნევა.²⁸ ვფიქრობ, აქედან გამომდინარეობს, რომ გამყიდველის მიერ საკუთრების (ქონების) ნებისმიერი დაკავება ან შენახვა მყიდველისთვის გადაცემულ ან მიწოდებულ ქონებაზე, უზრუნველყოფილი საშუალების ნაწილში სამართლებრივ მნიშვნელობას ინარჩუნებს. თვალსაჩინოა, რომ კოდიფიცირებული სამოქალაქო სამართლის ქვეყნებისთვის ეს კონცეფცია არსებითად რევოლუციურია და არცაა გასაკვირი, რომ ლიზინგთან, ფაქტორინგთან და საკუთრების უფლების შემცველ სხვა მსგავს სამართლებრივ ინსტიტუტთან მიმართებით UNCITRAL-ის მოდელური კანონის იმპლემენტაცია ჯერჯერობით არც ერთ კონტინენტურ-ევროპული სამართლის ქვეყანაში არ მომხდარა. სავსებით ლოგიკურია, რომ, მაგალითად, სალიზინგო კომპანიებს, რომლებიც მოქმედი ქართული სამართლის მიხედვით ლიზინგის საგანზე საკუთრებას ინარჩუნებენ, არნაირი სურვილი არ აქვთ ეს უფლება უზრუნველყოფილ მოთხოვნად გადაკვალიფიცირდეს და საკუთრების აბსოლუტური უფლება,²⁹ მიუხედავად ლიზინგის გამცემთათვის UNCITRAL-ის მოდელური კანონით გამტკიცებული რიგითობის უპირატესობისა,³⁰ ფაქტობრივად მოგირავნის სტატუსს გაუთანაბრდეს.

საქართველოში მოძრავი ნივთების განვადებით შეძენა ფართოდაა გავრცელებული. იმ შემთხვევებში, როცა მომხმარებლის ვალდებულებები

შდრ.

<https://uncitral.un.org/en/texts/securityinterests/modelaw/secured_transactions#:~:text=The%20Model%20Law%20follows%20a,a%20comprehensive%20approach%20under%20which>, [31.05.2023].

²⁸ შდრ. Cook, Fifth Circuit Holds Lease to Be a Secured Loan, Pratt's Journal of Bankruptcy Law, Vol. 15, Issue 1 (January 2019), 45-48.

²⁹ შდრ. ზარანდია, სავსებით სამართლის საფუძვლები, თბილისი, 2016, 16-17.

³⁰ შდრ. UNCITRAL Model Law on Secured Transactions, Article 38, https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/19-08779_e_ebook.pdf, 2019, [31.05.2023].

ბა უზრუნველყოფილია რაიმე ქონებაზე უფლებით, UNCITRAL-ის მოდელური კანონიდან გამომდინარე შესაბამისი საკრედიტო ხელშეკრულებები და სამომხმარებლო საქონლის განვადებით ნასყიდობები უზრუნველყოფილ უფლებად განიხილება. ამ საერთაშორისო პრაქტიკის საფუძველზე ფუნქციური მიდგომა ვრცელდება სხვადასხვა ტიპის საკრედიტო გარიგებებზე, რომელიც ფიზიკური და იურიდიული პირების, მათ შორის მომხმარებლების მიერ, იდება. ვინაიდან ხშირად გაუგებარია, პირის მიერ ქონების შეძენა რა მიზნით ხდება, სამომხმარებლო თუ კომერციული, გაეროს სავაჭრო სამართლის კომისიის პერსპექტივიდან ყველა ასეთი გარიგება, მათ შორის საკრედიტო შეთანხმებები და სამომხმარებლო ქონების ნასყიდობის ხელშეკრულებები, ერთ მარეგულირებელ ჩარჩოში ექცევა.

უზრუნველყოფილი გარიგებების ერთიანი საკანონმდებლო ქოლგის შექმნის მიზნებისთვის დიდი მნიშვნელობა ენიჭება ფაქტორინგს, ოპერაციას, რომლის ძალითაც ხდება დებიტორული დავალიანების ანუ არსებითად ფულადი ხასიათის მოთხოვნის დათმობა. თავისთავად დებიტორული დავალიანება, რომელიც 2021 წ. მომზადებული „ფაქტორინგის შესახებ“ კანონპროექტის მიხედვით არის „ძირითადი ხელშეკრულების საფუძველზე საქონლის მიწოდების ან მომსახურების განევის (ამ კანონის მიზნებისთვის მომსახურების განევა არ მოიცავს შრომით-სამართლებრივ ურთიერთობებს) შედეგად წარმოშობილი ფულადი თანხის გადახდის მოთხოვნის ნებისმიერი არსებული მოკლევადიანი ვადამოუხსელელი ან სამომავლო უფლება, როგორც სრულად, ისე ნაწილობრივ, გარდა ჩეკის, თამასუქის, ფასიანი ქაღალდების, აკრედიტივის ან სადებოზიტო ანგარიშიდან გამომდინარე გადახდის მოთხოვნის უფლებისა“, ³¹ სამენარმეო საქმიანობაში ის ერთ-ერთ ყველაზე ღირებულ აქტივს წარმოადგენს. დებიტორული დავალიანების შეძენის სანაცვლოდ დაფინანსება შეიძლება მოხდეს გირავნობის მეშვეობით ან განხორციელდეს ფაქტორინგული კომპანიისთვის მისი

პირდაპირ მიყიდვის გზით. იმის გათვალისწინებით, მოთხოვნა რეგრესის წესით იყიდება თუ ამ უფლების გარეშე, ფაქტორინგის განხორციელება სხვადასხვა ფორმითაა შესაძლებელი. მიუხედავად იმისა, რომ სამართლამცოდნეობის პერსპექტივიდან გირავნობასა და მოთხოვნის დათმობას/გაყიდვას შორის არსებითი სხვაობაა, ბიზნესისთვის, ფინანსური მიზნიდან გამომდინარე, სხვაობა ამ ორ ინსტიტუტს შორის არცთუ დიდია. სწორედ ამიტომ, რომ UNCITRAL-ის მოდელური კანონით ეს სამართლებრივი ინსტიტუტი უზრუნველყოფილი გარიგებების საკანონმდებლო რეგულირების ქვეშ ექცევა ე.ი. ეს სანიმუშო ნორმატიული აქტი სახელშეკრულებო მოთხოვნების პირდაპირ დათმობაზეც ვრცელდება.

უზრუნველყოფილი გარიგებების ერთიან კონტექსტში რეგულირებისას განსაკუთრებულ მნიშვნელობას იძენს იძულებითი უზრუნველყოფის ღონისძიებების იგივე კანონისმიერი გირავნობის საკითხი, რომლის დროსაც სამართალურთიერთობაში „მონაწილეებს შორის შეთანხმება სავალდებულო არ არის“. ³² კერძოდ, მოქმედი ქართული კანონმდებლობიდან, მაგალითად, საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის 267-ე მუხლის მესამე ნაწილიდან გამომდინარე, ბოლომდე ნათელი არ არის კრედიტორთა რიგითობისა და სამართლებრივი უპირატესობების საკითხი, რადგან ხსენებული ქცევის წესის თანახმად: მიწის ნაკვეთის, სახლის ან ბინის გამქირავებელს დამქირავებლის მიერ იქ შეტანილ ნივთებზე (სსკ-ის 568-ე მუხლი); მიწის ნაკვეთის მოიჯარეს მის მფლობელობაში არსებულ ინვენტარზე მეიჯარის მიმართ (სსკ-ის 586-ე მუხლი); მეიჯარეს მოიჯარის მიერ შემატებულ ნივთებსა და საიჯარო ქონებიდან მიღებულ შემოსავალზე (ნაყოფზე) (სსკ-ის 596-ე მუხლი); მენარდეს მის მიერ დამზადებულ ან შეკეთებულ მოძრავ ნივთზე, თუ ეს ნივთი დამზადების ან შეკეთების მიზნით მენარდის მფლობელობაში იმყოფება (სსკ-ის 634-ე მუხლი); გადამზიდველს გადაზიდვის ხელშეკრულებიდან წარმოშობილი ხარჯების გამო (სსკ-ის 685-ე მუხლი) და შემნახველს

³¹ კანონპროექტი „ფაქტორინგის შესახებ“, 2021, პირველი მუხლის „გ“ პუნქტი.

³² საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სამოქალაქო, სამენარმეო და გაკოტრების საქმეთა პალატის 2006 წლის 18 აპრილის №ას-1147-1394-05 განჩინება.

შენახვის ხარჯების გამო (სსკ-ის 796-ე მუხლი) აქვთ თავიანთი მოთხოვნების უპირატესი დაკმაყოფილების უფლება ყველა სხვა მოგირავნესთან შედარებით. ვფიქრობ ზედმინევით არის დასარეგულირებელი ასეთი არაკონსენსუალური, კანონისმიერი უზრუნველყოფების კონფლიქტის საკითხი სახელშეკრულებო გირავნობებთან მიმართებით, რადგან მსგავსი იძულებითი უზრუნველყოფის ღონისძიებები, რომელთა აღსრულება კანონის ან სასამართლო გადაწყვეტილების საფუძველზე ხდება, შეიძლება გირავნობით დატვირთულ მოძრავ ქონებას უკავშირდებოდეს და ორ კრედიტორს შორის კონფლიქტი წარმოშვას. მაგალითისთვის, თუ გირავნობის უფლებით დატვირთულ მანქანას აკავენ მენარდე, რომელმაც მანქანის ძრავა შეაკეთა და რომელსაც მომსახურების და ნაწილების საფასური ჯერ არ მიუღია და, ამავდროულად, სასესხო ვალდებულება, რომლის უზრუნველყოფის საშუალებასაც ეს მანქანა წარმოადგენს, ჯერ არ არის დაფარული, მოქმედი ქართული კანონმდებლობის თანახმად, მენარდეს მოგირავნის მოთხოვნასთან მიმართებით უპირატესობა ენიჭება. ამასთან ერთად, სსკ-ის 267-ე მუხლის პირველი ნაწილის თანახმად, „ერთი და იგივე ქონება შეიძლება რამდენჯერმე დაგირავდეს და გირავნობის უფლებათა რიგითობა განისაზღვრება მათი სარეგისტრაციოდ წარდგენის დროის შესაბამისად.“ აქედან გამომდინარე, როცა მოგირავნეს თავისი უფლება უკვე ჯერონად აქვს რეგისტრირებული და მენარდეს მის მფლობელობაში არსებული ავტომობილის იძულებით დაკავებაზე შეუძლია, ასეთი სიტუაციის სამართლებრივი შედეგი ცალსახა არაა.

ზემოთქმულის პარალელურად, მაშინ, როდესაც კანონისმიერ მოგირავნეებს თავიანთი მოთხოვნა უზრუნველყოფილ ქონებაზე ჯერონად აქვთ რეგისტრირებული, უნდა ვივარაუდოთ, რომ მათ სხვა, უზრუნველყოფილ კრედიტორებთან მიმართებით უპირატესობა ენიჭებათ. სახელმწიფო უფლებამოსილია კანონისმიერი გირავნობის რეგისტრაცია სავალდებულო

გახადოს. იძულებითი უზრუნველყოფის ღონისძიებები, რომლებიც აღსრულების ეროვნული ბიუროს ბრძანებების ან გადაწყვეტილებების საფუძველზე წარმოიშობა, საქართველოში ისედაც საჭიროებენ რეგისტრაციას.³³ საგადასახადო ვალდებულების დაკისრების შემთხვევაში, საქართველოს ფინანსთა სამინისტროს შემოსავლების სამსახური, ასეთი რეგისტრაციის განხორციელების მიზნით, შესაბამის შეტყობინებას უგზავნის მარეგისტრირებელ ორგანოს. თუმცა, ჩემი აზრით, თავისთავად ასეთი რეგისტრაციის ფაქტი, შესაბამისი კრედიტორისთვის, არანაირ უპირატესობას არ წარმოშობს. მაგალითად, თუ კრედიტორი დააყადაღებს მოვალის გარკვეულ ქონებას, რომელიც უკვე გირავნობით იყო დატვირთული, დიდი ალბათობით უპირატესობა თავდაპირველ მოგირავნეს მიენიჭება. კანონისმიერი გირავნობის რეესტრში რეგისტრაციის უპირატესი მნიშვნელობა, თუკი ის ქართული რეალობისთვის მიზანშეწონილად იქნება მიჩნეული, საკანონმდებლო წესით პირდაპირ უნდა განისაზღვროს. ასეთი შემთხვევებისთვის UNCITRAL-ის მოდელური კანონი ითვალისწინებს „დროში პირველი, უფლებაში პირველის“ პრინციპს.³⁴ ამ მხრივ საინტერესოა ხსენებული სანიმუშო ნორმატიული აქტის ფორმულირება, რომლის მიხედვითაც, კრედიტორის უფლებას, რომელმაც სასამართლო გადაწყვეტილება ან შესაბამისი ადმინისტრაციული ორგანოს ბრძანება მოიპოვა, სხვა უზრუნველყოფის საშუალებასთან მიმართებით უპირატესობა იმ შემთხვევაში ენიჭება, თუ უზრუნველყოფის საშუალების მესამე პირების წინაშე ამოქმედებამდე, ასეთი გადაწყვეტილების/ბრძანების მფლობელ კრედიტორს უზრუნველყოფილი ქონებით თავისი უფლების დასაკმაყოფილებლად უკვე გადადგმული აქვს შესაბამისი ნაბიჯები. UNCITRAL-ის მოდელური კანონი უფრო შორს არ მიდის და ხსენებული ნაბიჯების დაკონკრეტებას შესაბამისი სახელმწიფოსა და მისი კანონმდებლობის პრეროგატივად მიიჩნევს.³⁵

³³ შდრ. „საჯარო რეგისტრის შესახებ“ საქართველოს კანონის მე-19 მუხლი, 20/08/2008.

³⁴ შდრ. UNCITRAL Model Law on Secured Transactions, Article 37,

https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/19-08779_e_ebook.pdf, 2019, [31.05.2023];

³⁵ იქვე.

კანონისმიერი გირავნობის გამოყენებასთან მიმართებით ერთ-ერთი ცენტრალური საკითხი იმ კრედიტორთა რიგითობას უკავშირდება, რომლებიც უზრუნველყოფის საგანს მართლზომიერად ფლობენ. საქართველოს სამოქალაქო კოდექსი რიგ პირებს ანიჭებს უფლებას, ამგვარი ქონება, განხორციელებული შეკეთების და/ან განეული მომსახურების საფასურის მესაკუთრის ან სხვა სათანადოდ უფლებამოსილი პირის მიერ შესაბამის გადახდამდე, დააკავონ. მაგალითად, სამოქალაქო კოდექსის 568-ე მუხლი განსაზღვრავს გირავნობის უფლებას დამქირავებლის ქონებაზე, რაც კანონისმიერ გირავნობას წარმოადგენს და შეიძლება ზეგავლენა იმ მიწის ნაკვეთის იპოთეკით დატვირთვაზე მოახდინოს, რომელზეც სხვადასხვა სასოფლო-სამეურნეო კულტურა იზრდება. გარდა ამისა, სამოქალაქო კოდექსის 685-ე და 776-ე მუხლები სხვადასხვა პირების მიმართ ქონების დაკავების საფუძვლებს განსაზღვრავენ, რომლებიც გარკვეულ ქონებას სხვადასხვა ტიპის გარიგებების საფუძველზე ფლობენ. ქართულ სამართალმცოდნეობაში გავრცელებული შეხედულების თანახმად, კანონისმიერ გირავნობასა და დაკავების უფლებას შორის რიგი სხვაობებია, მათ შორის უმნიშვნელოვანესი ალბათ არის ის, რომ კანონისმიერი გირავნობა ვალდებულების დარღვევის საფუძველზე წარმოშობილი კრედიტორის მოთხოვნის დაკმაყოფილებას ემსახურება, ხოლო დაკავების უფლება მიმართულია ძირითადი ვალდებულების შესრულებისკენ.³⁶ მაგალითად, როცა ტვირთის გადამზიდველს გადაზიდვის საფასური არ მიუღია ან მიბარების ხელშეკრულებით განსაზღვრულ შემნახველს, კუთვნილი საზღაურის მიღებამდე და შენახვისათვის განეული ხარჯების ანაზღაურებამდე, მიბარებული ნივთის დაბრუნებაზე უარის უფლება უჩნდება. ამავდროულად, ქართული სასამართლო პრაქტიკა დაკავებული ნივთის მიმართ გირავნობის შესაბამისი ნორმების გამოყენებას ემხრობა.³⁷ ასეთი კანონისმიერი გირავნობები, როგორც წესი, არ საჭიროებენ რეგისტრაციას,

ვინაიდან მათი მფლობელების მიერ შესაბამისი ქონების ფლობა საჯაროობის პრინციპიდან გამომდინარე,³⁸ შეტყობინების ხასიათს ატარებს. ამავდროულად, სამოქალაქო კოდექსის 267-ე მუხლის მე-3 ნაწილის მიხედვით, სხვა მოგირავნეთა მიმართ უპირატესობა ენიჭება გადამზიდველს, მაგრამ არა შემნახველს, რაც, ვფიქრობ, შესაბამისი საკანონმდებლო ჩარჩოს სრულყოფისას განხილვის საგანი უნდა იყოს. რადგან ხსენებული გადამზიდველები ამ შემთხვევაში კანონისმიერ მოგირავნეებად გვევლინებიან და შესაბამისი უპირატესობითაც სარგებლობენ, უზრუნველყოფილი კრედიტორები ქონების ამ უფლებრივი ტვირთისგან გათავისუფლებას უნდა ეცადონ, რათა მოთხოვნის დაკმაყოფილების მათთვის ხელსაყრელი რიგითობა და აღსრულებასთან დაკავშირებული უფლებები დაიცვან. თეორიულად, შესაძლებელია საკითხის იმგვარი მონესრიგება, რომ ასეთი იძულებითი უზრუნველყოფის საშუალებები რიგითობით უზრუნველყოფილი კრედიტორების უფლებებს ჩამორჩებოდნენ. ეს, სავარაუდოდ, სხვადასხვა ფინანსური დაწესებულებისგან სესხის მიღებას გაადვილებს. ვგონებ, უპრიანი იქნება, ამგვარი მიდგომის ჩვენში დამკვიდრების მიზანშეწონილობის ირგვლივ შესაბამისი მსჯელობა წარიმართოს, თუნდაც კრედიტზე ხელმისაწვდომობის ნახალისების მიზნებისთვის.

იმ შემთხვევაში, თუ საქართველო უზრუნველყოფილი გარიგებების რეგულირების UNCITRAL-ის მოდელური კანონით შეთავაზებულ გზას აირჩევს, გირავნობის წარმოშობა აღარ იქნება დამოკიდებული რეგისტრაციაზე. შესაბამისად, ხსენებული სანიმუშო აქტი გვთავაზობს უზრუნველყოფის ნამდვილობის ორსაფეხურიან სისტემას - უზრუნველყოფილის საშუალების წარმოსაშობად უნდა დაკმაყოფილდეს რიგი აუცილებელი ფორმალური მოთხოვნების, რითიც გირავნობა ამოქმედდება დამგირავებელსა და მოგირავნეს შორის, ხოლო იმისთვის, რომ გირავნობამ მესამე პირების მიმართ სამართლებრივი ძალა შეიძინოს, დამატებითი

³⁶ შოთაძე, სანივთო სამართალი, თბილისი, 2014, 302.

³⁷ შდრ. საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სამოქალაქო, სამეწარმეო და გაკოტრების საქმეთა პალატის 2006 წლის 18 აპრილის №ას-1147-1394-05 განჩინება.

³⁸ შდრ. რუსიაშვილი, საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის კომენტარი, წიგნი II, 2018, 256-ე მუხლის კომენტარი, 333, [31.05.2023]

პროცედურები იქნება საჭირო.³⁹ ამგვარად, UNCITRAL-ის მოდელური კანონის მიხედვით გირავნობის წარმოშობასა და მის გაფორმებას შორის მნიშვნელოვანი სხვაობაა, ამ ორივე მოქმედებას გააჩნია დამოუკიდებელი იურიდიული მნიშვნელობა და ლოგიკურია, რომ ეს მიდგომა თანხვედრაში არაა საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის დებულებებთან, რომელთა ძალითაც გირავნობა წარმოშობილად ითვლება მხოლოდ შესაბამისი რეგისტრაციის განხორციელების შემდეგ. თუ საქართველო დაადგება უზრუნველყოფილი გარიგებების UNCITRAL-ის მოდელური კანონით განსაზღვრულ სამართლებრივი მონესრიგების გზას, ალბათ საჭირო გახდება სამოქალაქო კოდექსმაც ასახოს ხსენებული მიდგომა, რომელსაც დამატებითი ზეგავლენა ექნება უზრუნველყოფილი გარიგებებისთვის დამახასიათებელ არაერთ პროცესზე, განსაკუთრებით უზრუნველყოფის ხელშეკრულების დადებამდე განცხადების (წინასწარ) რეგისტრაციაზე. ამ მხრივ საინტერესოა, რომ ამ სანიმუშო ნორმატიული აქტით შეტყობინების გაგზავნა უზრუნველყოფილი გარიგების შესახებ დასაშვებია წინსწრებითაც ანუ შეტყობინების რეგისტრაცია უზრუნველყოფილი მოთხოვნის წარმოშობამდე ან შესაბამისი გირავნობის ხელშეკრულების დადებამდეც დასაშვებია.⁴⁰

საქართველოში მოძრავი ნივთების ფინანსური ვალდებულებების უზრუნველყოფის საგნად გამოყენების ერთ-ერთ მთავარ წინალოად შეგვიძლია სამოქალაქო კოდექსის ის დებულებები მივიჩნიოთ, რომლის ძალითაც გირავნობის ხელშეკრულება უნდა შეიცავდეს „უზრუნველყოფილი ძირითადი მოთხოვნის ზოგად ან კონკრეტულ აღწერას და მაქსიმალურ თანხას, რომლის

ფარგლებშიც უნდა დაკმაყოფილდეს უზრუნველყოფილი მოთხოვნა.“⁴¹ UNCITRAL-ის მოდელური კანონიდან და სხვა საერთაშორისო წყაროებიდან გამომდინარე, შესაბამისი ხელშეკრულებაში უზრუნველყოფილი მოთხოვნის მაქსიმალური თანხის განსაზღვრა ნებაყოფლობითი უნდა იყოს. თუმცა, აქ მხედველობიდან არ უნდა გამოგვჩქეს, რომ კონტინენტურ-ევროპული სამართლის დოქტრინა ე.წ. განსაზღვრულობის პრინციპს აღიარებს,⁴² როცა პრაქტიკაში, მაქსიმალური თანხის განსაზღვრის აუცილებლობა უარყოფითად ისახება უზრუნველყოფილი კრედიტების ხელმისაწვდომობაზე. გერმანულ სამართალში განსაზღვრულობის პრინციპი ეწინააღმდეგება ასევე მოვალის მთელი მოძრავი ქონების გირვანობით დატვირთვასაც.⁴³ განსაზღვრულობის პრინციპი კარგა ხანია ქართულ სასამართლო პრაქტიკაშიც დამკვიდრდა.⁴⁴ ამასთანავე, დღევანდელი რეგულაცია ართულებს ისეთი გარიგებების დადებას, რომელთა ძალითაც, მაგალითად, მიმწოდებელი მიმღებს კრედიტის მეშვეობით განგრძობად რეჟიმში აწვდის საქონელს - ხელშეკრულების გაფორმებისას ხომ გაუგებარია, შესაბამისი საქონლის რა ოდენობა გაიყიდება მომავალში. ამრიგად, ასეთ შემთხვევებში ნებისმიერი მითითება თანხაზე ჰიპოთეტურია. ჩემს ხელთ არსებული ინფორმაციით, პრაქტიკაში, ხელშეკრულებით განსაზღვრული ოდენობა, როგორც წესი, არ შეესაბამება დაგირავებული ნივთის რეალურ ღირებულებას. კონკრეტული ციფრის მითითებისას ბანკები და სხვა საფინანსო ორგანიზაციები ხშირად უბრალოდ ცდილობენ ივარაუდონ რა ხარჯები შეიძლება გადახდეთ სესხთან დაკავშირებით. ვგონებ, ნახსენები პრობლემის მოსაგვარებლად

³⁹ შდრ. *Veneziano, Attachment/Creation of a Security Interest, Part 2: Building a European Law of Secured Credit: General Issues European Company and Financial Law Review, Vol. 5, Special Issue, 2008, 117.*

⁴⁰ შდრ. UNCITRAL Model Law on Secured Transactions, Model Registry Provisions, Article 4, https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/19-08779_e_ebook.pdf, 2019, [31.05.2023].

⁴¹ შდრ. საქართველოს სამოქალაქო კოდექსი, 268-ე მუხლის მეორე ნაწილის „დ“ ქვეპუნქტი, 27/06/1997.

⁴² შდრ. შტინგერი, კრედიტის უზრუნველყოფის სამართალი საქართველოში, თბილისი, 2011, 8.

⁴³ შდრ. კროპჰოლერი, გერმანიის სამოქალაქო კოდექსი, სასწავლო კომენტარი, მე-13 გამოცემა, თბილისი, 2014, 801.

⁴⁴ შდრ. საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სამოქალაქო, სამეწარმეო და გაკოტრების საქმეთა პალატის 2012 წლის 21 თებერვლის №ას-1220-1240-2011 განჩინება.

საკმარისი იქნება თუ საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის შესაბამის მუხლში გამოყენებული იმპერატული შინაარსის „უნდა“, დისპოზიციური კონტექსტის მატარებელ „შესაძლებელია“-თი ჩანაცვლდება.

უზრუნველყოფილი გარიგებების რეგულირების კონტექსტში ექცევა ასევე შესაბამისი უფლებრივი ობიექტის ნაყოფიც. სამოქალაქო კოდექსის 256-ე მუხლის მეორე ნაწილის თანახმად, „გირავნობის უფლება ვრცელდება გირავნობის საგნიდან მიღებულ ნაყოფზე, თუ მხარეთა შეთანხმებით სხვა რამ არ არის გათვალისწინებული“. UNCITRAL-ის მოდელური კანონი აღიარებს ნივთიდან მიღებულ შემოსავალს, რომელიც უფრო ვიწრო და სპეციალურ კატეგორიად უნდა ჩავთვალოთ ვიდრე ნივთის ნაყოფი. კერძოდ, გაეროს საერთაშორისო სავაჭრო სამართლის კომისიის მიერ შემუშავებული ეს სანიმუშო აქტი ეხება ასევე შემოსავლის იდენტიფიცირების საკითხს და მის სხვა ობიექტებთან გაერთიანების შემთხვევებსაც მოიცავს: „უზრუნველყოფილი მოთხოვნა ვრცელდება უზრუნველყოფის საგნიდან მიღებულ შემოსავალზე. როცა ხდება უზრუნველყოფის საგნიდან მიღებული შემოსავლის (ფული ან საბანკო ანგარიშზე განთავსებული სახსრების) სხვა ერთგვაროვან ქონებასთან გაერთიანება:

(ა) უზრუნველყოფილი მოთხოვნა ვრცელდება გაერთიანებულ თანხაზე ან სახსრებზე, მაშინაც კი როცა მათი იდენტიფიცირება შეუძლებელია;

(ბ) უზრუნველყოფილი მოთხოვნა იმ თანხასა და სახსრებთან მიმართებით, რომელიც წარმოიშვა გაერთიანების შედეგად, შემოიფარგლება იმ თანხით და სახსრებით, რომლებიც არსებობდა ასეთ გაერთიანებამდე; და

(გ) თუ, გაერთიანების განხორციელების შემდეგ ნებისმიერ დროს, გაერთიანებული თანხა

და სახსრები ნაკლებია გაერთიანებამდე არსებულ თანხასა და სახსრებზე, უზრუნველყოფილი მოთხოვნა თანხასა და სახსრებთან მიმართებით გავრცელდება იმ მინიმალურ ოდენობაზე, რომელიც არსებობდა თანხების და სახსრების გაერთიანების დროსა და უზრუნველყოფილი საშუალების გამოყენების დროს შორის.“⁴⁵

უზრუნველყოფილი გარიგებების ერთიანი სამართლებრივი ქოლგის ჩამოყალიბებისა და პრაქტიკაში მისი იმპლემენტაციის მიზნებისთვის გადასახედია სამოქალაქო კოდექსის 199-ე მუხლიც, რომლის ძალითაც დასაშვებია მოთხოვნის დათმობის სახელშეკრულებო აკრძალვა. ეს ქცევის წესი წარმოადგენს ისეთი ფინანსური მომსახურების სამართლებრივ საფუძველს, როგორიც არის ფაქტორინგი და ამ გარიგების მიზნებისთვის ნახსენები სახელშეკრულებო აკრძალვის დაუშვებლობა გათვალისწინებულია ფაქტორინგის შესახებ 2021 წ. შემუშავებულ კანონპროექტშიც.⁴⁶ აქედან გამომდინარე ცხადია, რომ მოთხოვნის დათმობის სახელშეკრულებო აკრძალვები ხელს უშლის ფაქტორინგის ეფექტურ ფინანსურ მომსახურებად ჩამოყალიბებას, მაგალითად მაშინ, როცა სახეზეა სამომავლო ქონების უზრუნველყოფის საშუალებად გამოყენების სურვილი. საერთაშორისო პრაქტიკა ერთობ ცალსახაა მსგავსი საკითხების რეგულირებისას: „უზრუნველყოფილი მოთხოვნა სამართლებრივად ნამდვილად და შესაბამისი ძალის მქონედ ითვლება მიუხედავად პირველადი და ყოველი შემდგომი მოთხოვნის მფლობელსა და მოვალეს შორის ან/და ნებისმიერ უზრუნველყოფილ კრედიტორს შორის არსებული სხვაგვარი შეთანხმებისა, რომელიც ზღუდავს მოთხოვნის მფლობელის უფლებას უზრუნველყოფის საშუალების გამოყენებაზე.“⁴⁷

⁴⁵ შდრ. UNCITRAL Model Law on Secured Transactions, Model Registry Provisions, Article 10, https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/19-08779_e_ebook.pdf, 2019, [31.05.2023].

⁴⁶ კანონპროექტი „ფაქტორინგის შესახებ“, 2021, 30-ე მუხლი.

⁴⁷ UNCITRAL Model Law on Secured Transactions, Model Registry Provisions, Article 13, https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/19-08779_e_ebook.pdf, 2019, [31.05.2023].

5. უზრუნველყოფილი გარიგებების რეგისტრაციასთან დაკავშირებული საკითხები

მიუხედავად იმისა, რომ ჩვენში გირავნობის უფლების წარმოშობა ძირითადად შესაბამისი ხელშეკრულების საჯარო რეესტრში რეგისტრაციასთან ასოცირდება, საქართველოს კანონმდებლობით ხსენებული უფლებრივი დატვირთვა შეიძლება ასევე მფლობელობისა და კონტროლის საშუალებითაც აღმოცენდეს. გერმანული დოქტრინის თანახმად, მფლობელობის მეშვეობით გირავნობის უფლება გარეგნულად შესაძრევი უნდა იყოს, რაც პუბლიკაციის პრინციპიდან გამომდინარეობს.⁴⁸ თუ არსებულ პრაქტიკას თუნდაც ზედაპირულად გავეცნობით, დავრწმუნდებით, რომ უმრავლეს შემთხვევაში მფლობელობითი გირავნობა კრედიტორებისთვის ნაკლებად მიმზიდველი მისი ზოგადი არაპრაქტიკულობის გამოა. აქვე გასათვალისწინებელია დაკავშირებული ხარჯებიც, განსაკუთრებით, როდესაც საჭიროა უზრუნველყოფის საგნის მენეჯერის დაქირავება, რომელიც მასზე კრედიტორის სახელით მფლობელობას ახორციელებს. რაც ეხება უზრუნველყოფის საშუალებაზე კონტროლს, ეს ქართული სამართლისთვის ერთობ ახალი კონცეფციაა და დღესდღეობით მხოლოდ ფინანსური უზრუნველყოფის საგნებზე ვრცელდება. ხსენებული მიდგომა ჩვენში დამკვიდრდა „ფინანსური გირავნობის, ურთიერთგაქვითვისა და დერივატივების შესახებ“ საქართველოს კანონის მიღებით,⁴⁹ თუმცა, ჩემი აზრით, სასურველია, რომ ხსენებული ნორმატიული აქტი კონტროლის ცნების ზუსტ დეფინიციას შეიცავდეს.

ეჭვგარეშეა, რომ მოქმედი ქართული სამართლისა და პრაქტიკიდან გამომდინარე, გირავნობის წარმოშობის ყველაზე გავცელებული ფორმა ამ უფლების საჯარო რეესტრში რეგისტრაციაა. მასთან დაკავშირებული საკითხები საკმაოდ დეტალურად არის მოწესრიგებული საქართველოს სამოქალაქო კოდექსითა და „საჯარო რეესტრის შესახებ“ კანონით. სამოქალაქო კოდექსი გირავნობის ზოგად საფუძვლებსა

და საჯარო რეესტრის მოქმედების ძირითად პრინციპებს განსაზღვრავს, ხოლო „საჯარო რეესტრის შესახებ“ კანონი უფრო ვრცლად შესაბამისი სარეგისტრაციო პროცედურების ადმინისტრაციულ მხარეს არეგულირებს. ამ სფეროში ასევე მოქმედებს არაერთი კანონქვემდებარე ნორმატიული აქტი, რომელთა კონრეტული ინსტრუქციები რეგისტრაციის პროცესის ტექნიკური დეტალების რეგულირების მიზნებისთვის გამოიყენება.

ზემოხსენებული ფუნქციური მიდგომის საპირისპიროდ, ჩვენში და ზოგადად კონტინენტურ-ევროპულ სამართალში გაბატონებულია გირავნობის რეგისტრაციისადმი ე.წ. „ფორმალისტური“ დამოკიდებულება. ის უდავოდ ზრდის საოპერაციო ხარჯებს, გულისხმობს რა დოკუმენტების შესაბამისობის დეტალურ შემოწმებას საჯარო რეესტრის თანამშრომლების მიერ, რომლებიც ზოგჯერ იურისტები არც არიან. უდავოა, რომ არსებული ვითარებიდან გამომდინარე, საქართველოში რეგისტრაციის ფუნქციურ კონცეფციაზე გადასვლა, დოკუმენტების წარდგენაზე დაფუძნებული რეესტრის შეტყობინებაზე დაფუძნებულ რეესტრად გარდაქმნა, გადაჭარბების გარეშე რეგულაციური ცვლილება იქნებოდა. ფუნქციური მიდგომა გულისხმობს იმასაც, რომ ნებისმიერი გარიგება, რომლის რეალურად დანიშნულებასაც კონკრეტული ვალდებულის უზრუნველყოფა წარმოადგენს, უნდა ექვემდებარებოდეს რეგისტრაციას. UNCITRAL-ის მოდელური კანონის შესაბამისი რეგულირების მიხედვით, მარეგისტრირებელი ორგანო რეგისტრაციისას ოდენ ადმინისტრაციულ როლს ასრულებს. ამ სანიმუშო ნორმატიული აქტის მიხედვით, რეესტრი განცხადების წარდგენაზე აწყობილ სისტემას უნდა წარმოადგენდეს, რომელიც დოკუმენტების წარდგენაზე დაფუძნებული რეგისტრაციისგან განსხვავებით ნაკლებ ფორმალურსა საჭიროებს და მარეგისტრირებელი ორგანოს ჩარევა რეგისტრაციის პროცესში საჭირო არ არის. სხვა სიტყვებით რომ ვთქვათ, მარეგისტრირებელი ორგა-

⁴⁸ შდრ. კროპპოლერი, გერმანიის სამოქალაქო კოდექსი, სასწავლო კომენტარი, მე-13 გამოცემა, თბილისი, 2014, 801.

⁴⁹ შდრ. „ფინანსური გირავნობის, ურთიერთგაქვითვისა და დერივატივების შესახებ“ საქართველოს კანონის მე-8 მუხლი, 21/12/2019.

ნოს როლი პროცესში მეტწილად ადმინისტრაციული ხასიათისაა, რაც სრულყოფილი ინფორმაციის წარდგენის კონტროლს გულისხმობს და არა თავად ინფორმაციის ნამდვილობის და სიზუსტის შემოწმებას. ამას გარდა, ფუნქციური მიდგომის თანახმად, დამგირავებელსა და მოგირავნეს უნდა შეეძლოთ გირავნობის ხელშეკრულების თავად, შესაბამისი ორგანოების ჩართულობის გარეშე გაფორმება.⁵⁰ თუ საქართველოში უზრუნველყოფილი გარიგებების რეგულირების გაეროს საერთაშორისო სავაჭრო კომისიის მიერ შემუშავებული საკანონმდებლო ჩარჩოს იმპლემენტაცია დღის წესრიგში დადგება, ალბათ გადასახედი იქნება „საჯარო რეესტრის შესახებ“ კანონის მე-13-ე მუხლის მე-4 პუნქტი, რომლის მიხედვითაც „რეგისტრირებულ უფლებათა რიგითობა განისაზღვრება უფლების რეგისტრაციის შესახებ განცხადების წარდგენის (განცხადების რეგისტრაციის) დროის შესაბამისად...“. ნორმიდან გამომდინარე, ეს განაცხადი უნდა ჩაბარდეს გირავნობის ხელშეკრულებასთან ერთად. UNCITRAL-ის მოდელური კანონის მიხედვით, რეესტრი არ ამოწმებს განცხადების ან მოთხოვნის ფორმას ან შინაარსს, განცხადება არ უნდა იყოს რეგისტრაციისა და მითუმეტეს უფლებათა რიგითობის დადგენის აუცილებელი კრიტერიუმი, რადგან თავად გირავნობის ხელშეკრულება განცხადების რეგისტრაციისთვის აუცილებელ ფორმას წარმოადგენს.

შეტყობინებაზე დაფუძნებული რეგისტრაციის კიდევ ერთი თავისებურება მდგომარეობს იმაში, რომ ის ნამდვილად წინასწარ, უზრუნველყოფის შესახებ შეთანხმების გაფორმებამდე ითვლება.⁵¹ აღნიშნული შესაძლებელი უდნა იყოს მხოლოდ დამგირავებლის თანხმობის შემთხვევაში. ასეთი მიდგომა, სავარაუდოდ, უზრუნველყოფს შესაბამისი გარიგების დეტალე-

ბის შეთანხმებამდე კრედიტორების მიერ თავიანთი უზრუნველყოფის საშუალების უპირატესობის დადგენას. ჩვენში წინასწარი რეგისტრაციის აღიარება უდავოდ რეესტრის ფუნქციის არსებით ცვლილებას გამოიწვევს.

საინტერესოა, რომ მოქმედი ნორმებით⁵² მოძრავ ნივთებსა და არამატერიალურ ქონებრივ სიკეთეზე უფლებათა რეესტრში გირავნობასთან ერთად, რეგისტრაციას ექვემდებარება პიროვნული უზრუნველყოფის ისეთი საშუალება როგორიცაა საბანკო გარანტია. იმავეს თქმა შეიძლება ლიზინგზე, რომელიც თავისთავად უზრუნველყოფის საშუალებას არ წარმოადგენს. ამავდროულად, უზრუნველყოფის საშუალების წარმოშობისთვის კანონი მხოლოდ გირავნობასთან მიმართებით ითხოვს აუცილებელ რეგისტრაციას, მაშინ როდესაც საბანკო გარანტიებსა და ლიზინგთან⁵³ დაკავშირებით რეგისტრაცია მხოლოდ დამატებითი საშუალებაა. ჩემს ხელთ არსებული ინფორმაციით, პრაქტიკაში საბანკო გარანტიების რეგისტრაცია თითქმის არ ხდება. ვინაიდან საბანკო გარანტია წარმოადგენს გაცემის პირად ვალდებულებას და არ წარმოშობს უფლებას კონკრეტულ ქონებრივ ობიექტებზე, ვფიქრობ, მისი რეგისტრაცია არსებითად არარელევანტურია. საბანკო გარანტიების რეგისტრაცია ასევე არაა გათვალისწინებული უზრუნველყოფილი გარიგებების მარეგულირებელი თანამედროვე ნორმებით და არ მგონია „საჯარო რეესტრის შესახებ“ კანონის შესაბამისი დებულებიდან მისმა ამოღებამ რამე ნეგატიური შედეგი იქონიოს. საქართველოში საბანკო გარანტიების რეგისტრაციის პრაქტიკის არარსებობა ასეთი რეგისტრაციის გამორიცხვის აუცილებლობის კიდევ ერთი ინდიკატორია.

უზრუნველყოფილი გარიგებების რეგისტრაციასთან დაკავშირებით ერთ-ერთ ცენტრალურ საკითხად უნდა მივიჩნიოთ შემდეგი - აუცილე-

⁵⁰ შდრ. Beale, Secured Transactions, Juridica International, Vol. 14, 2008, 96.

⁵¹ UNCITRAL Model Law on Secured Transactions, Model Registry Provisions, Article 4 of the Model Registry Provisions, <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media->

[documents/uncitral/en/19-08779_e_ebook.pdf](https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/19-08779_e_ebook.pdf), 2019, [31.05.2023].

⁵² შდრ. „საჯარო რეესტრის შესახებ“ საქართველოს კანონის მე-16 მუხლის პირველი ნაწილი, 20/08/2008.

⁵³ შდრ. საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სამოქალაქო საქმეთა პალატის 2018 წლის 4 მაისის №ას-ა-267-267-2018 განჩინება.

ბელია თუ არა ყველა შესაბამისი გარიგების ერთიან რეესტრში აღრიცხვა თუ მისაღებია ჩვენში დღესდღეობით არსებული მიდგომა, რომ მაგალითად სატრანსპორტო საშუალებასა და სასოფლო-სამეურნეო მანქანის დამხმარე ტექნიკურ საშუალებაზე გირავნობის წარმოშობა ამ უფლების საჯარო სამართლის იურიდიულ პირში – საქართველოს შინაგან საქმეთა სამინისტროს მომსახურების სააგენტოში რეგისტრაციის გზით ხორციელდება.⁵⁴ ამას გარდა, სხვადასხვა ქვეყანაში არსებობს სპეციალური რეესტრებიც, რომელთა გამოყენებაც უზრუნველყოფილი გარიგებების საგნის კატეგორიის გათვალისწინებით ხდება (მაგალითად, ინტელექტუალური საკუთრების რეესტრი).⁵⁵ ზემოთქმულის პარალელურად გასათვალისწინებელია ტექნიკური მხარეც, რადგან შინაგან საქმეთა სამინისტროს მომსახურების სააგენტოს მიერ წარმოებული, სატრანსპორტო საშუალებისა და სასოფლო-სამეურნეო მანქანის დამხმარე ტექნიკურ საშუალებების რეესტრის შერწყმა იუსტიციის სამინისტროს საჯარო რეესტრის ეროვნული სააგენტოს მოძრავ ნივთებსა და არამატერიალურ ქონებრივ სიკეთეზე უფლებათა რეესტრთან, ინფორმაციის აღრიცხვისა და გაცვლის, კომპეტენციის განაწილებისა და სხვა დაკავშირებული ასპექტების გათვალისწინებით, საკმაოდ შრომატევადი და რთული ამოცანა იქნება. რეესტრების შერწყმის ალტერნატივად შეგვიძლია მოძრავ ნივთებსა და არამატერიალურ ქონებრივ სიკეთეზე უფლებათა რეესტრში სატრანსპორტო საშუალებების ინვენტარის ფორმით გირავნობის რეგისტრაცია მივიჩნიოთ. ერთიანი რეესტრის არსებობას დიდი პრაქტიკული მნიშვნელობა გააჩნია პოტენციური კრედიტორებისა თუ უბრალოდ მესამე პირების მიერ შესაბამისი ქონების გირავნობის შესახებ არაოფიციალური კვლევის ჩატარების მიზნებისთვის. განცხადების რეგისტრაციაზე დაფუძნებული რეე-

სტრის ერთიანი სისტემის არსებობა ხელს უწყობს დამოუკიდებელი ძიების შედეგად რეგისტრირებული უზრუნველყოფის საშუალებების აღმოჩენას. თუნდაც მაძიებელმა ვერ შეძლოს მოგირავნის იდენტიფიკაცია, მას საშუალება უნდა ჰქონდეს ასეთი ინფორმაცია დამგირავებისგან მიიღოს. მიუხედავად იმისა, რომ შეტყობინების საფუძველზე გირავნობის რეგისტრაცია ქართულ პრაქტიკაში ჯერ არსებითად არ დამკვიდრებულა, „საჯარო რეესტრის შესახებ“ კანონის მე-18-ე მუხლი ნახსენები უფლების წარმოშობის გარკვეულ კონტურებს უკვე გვათავაზობს: „შეტყობინების საფუძველზე უფლების რეგისტრაციის, რეგისტრირებულ უფლებაში ცვლილების ან რეგისტრირებული უფლების შეწყვეტის რეგისტრაციის მოთხოვნით განცხადების წარმომდგენი კრედიტორი ან მოვალე ვალდებულია რეგისტრაციის შესახებ ინფორმაცია რეგისტრაციიდან ერთი კვირის ვადაში შეატყობინოს მეორე მხარეს.“ გასაკვირი არ იქნება თუ ვიტყვით, რომ UNCITRAL-ის მოდელური კანონი უფრო სიღრმისეულად აწესრიგებს ამ საკითხს და ადგენს, რომ შესაბამისი გარემოებების არსებობისას, დამგირავების მოთხოვნის მიღების შედეგ უზრუნველყოფილმა კრედიტორმა (გარდა მოთხოვნის პირდაპირი დათმობის ხელშეკრულების ფარგლებში გადამცემმა), დამგირავებელს მისსავე მითითებულ მისამართზე უნდა მიაწოდოს: (ა) ცნობა უზრუნველყოფილი ვალდებულების შესახებ; და (ბ) უზრუნველყოფის საგნის აღწერა.⁵⁶ იმავე დებულების შემდეგი პუნქტების მიხედვით, დამგირავებელი უფლებამოსილია მიიღოს პასუხი მოთხოვნაზე ყოველგვარი დამატებითი საფასურის გარეშე ხოლო უზრუნველყოფილმა კრედიტორმა შესაძლებელია ყოველი დამატებითი ინფორმაციის გაცემის მოთხოვნაზე მოითხოვოს საკომისიო თითოეული პასუხისათვის, რომელიც სახელმწიფომ შესაბამის ფარგლებში უნდა მოქციოს.

⁵⁴ საქართველოს სამოქალაქო კოდექსი, 258-ე მუხლის მე-4 ნაწილი, 27/06/1997.

⁵⁵ შტრ. *Raymond, Anjanette*, Intellectual Property as Collateral in Secured Transactions: Collision of Divergent Approaches, *Business Law International*, Vol. 10, Issue 1 (January 2009), 27-28.

⁵⁶ UNCITRAL Model Law on Secured Transactions, Article 56, https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/19-08779_e_ebook.pdf, 2019, [31.05.2023].

საერთაშორისო პრაქტიკაში არცთუ იშვიათია შემთხვევები, როდესაც უზრუნველყოფის საშუალების ფლობა შუამავლის მეშვეობით ხდება. ალბათ უპრიანი იქნება, რომ გირავნობის რეგისტრაციისას შესაძლებელი იყოს ამგვარი მფლობელის, შუამავლისა თუ წარმომადგენლის შესაბამის რეესტრში მითითება. დამატებით, ქართული სამართლებრივი რეალობის პერსპექტივიდან გასაანალიზებელია UNCITRAL-ის მოდელური კანონის დებულებები,⁵⁷ რომელთა ძალითაც რეკომენდებულია რეესტრში შესატანი მონაცემებში იყოს ცალკე სექცია, სადაც შესაძლებელი იქნება კრედიტორის წარმომადგენლის შესახებ ინფორმაციის შეტანა.

6. უფლებათა რიგითობა უზრუნველყოფილ გარიგებებში

სამართლებრივი განჭვრეტადობისა და ზოგადად უზრუნველყოფილი გარიგებების მნიშვნელობის ზრდის კუთხით, უზრუნველყოფის საგანზე არსებულ ნებისმიერ პოტენციურ ინტერესსა და უფლების ზუსტ რიგითობას დიდი მნიშვნელობა გააჩნია. შესაბამისად, სასურველია არსებობდეს უფლებათა რიგითობის განსაზღვრის კომპლექსური და მოქნილი სქემა. ასეთი სქემა არამხოლოდ პოტენციური კრედიტორების სამართლებრივ და ფინანსურ რისკებს შეამცირებს, არამედ გაზრდის მოძრავი ქონების უზრუნველყოფის საგნად გამოყენების ხელმისაწვდომობას.

მოქმედი ქართული სამართლის მიხედვით, რეგისტრირებულ გირავნობასთან მიმართებით უფლებათა რიგითობის განსაზღვრის ძირითად ნორმად უნდა მივიჩნიოთ საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის 254-ე მუხლის მეორე ნაწილი, რომლის მიხედვითაც, „მოგირავნეს გირავნობის საგნიდან აქვს თავისი მოთხოვნის უპირატესი დაკმაყოფილების უფლება სხვა კრედიტორებთან შედარებით.“ იმავე ნორმატიული აქტის 267-ე მუხლი განსაზღვრავს რეგისტრირებული გირავნობისა და უზრუნველყოფის საგანზე სხვა სახის ინტერესის უპირატესობის საკითხს,

რომლიდანაც გამომდინარეობს, რომ უპირატესობის განსაზღვრის ძირითად საფუძველს რეგისტრაციის დრო წარმოადგენს. საერთო ჯამში იმავე მიდგომას ვხვდებით უზრუნველყოფილი გარიგებების საუკეთესო საერთაშორისო პრაქტიკის მიხედვითაც. თუმცაღა, ფუნქციური მიდგომის არარსებობისას, რეგისტრაციის დროის მიხედვით უფლებათა რიგითობის დადგენა მხოლოდ ისეთ უფლებებთან მიმართებით ხდება, რომლებიც რეგისტრაციას ექვემდებარებიან. შესაბამისად, რეესტრის მეშვეობით პირმა შეიძლება უზრუნველყოფის საგანზე ყველა პოტენციური ინტერესის იდენტიფიკაცია ვერ მოახერხოს. ამგვარად, ის ვერც იმას დაადგენს, საკუთარი უზრუნველყოფის უფლება გირავნობის საგანზე არსებულ სხვა ინტერესებთან მიმართებით უპირატესია თუ არა.

ალბათ ეჭვარეშია, რომ უფლებათა რიგითობაში უპირატესობის წესები მაქსიმალურად ზუსტი და თანმიმდევრული უნდა იყოს. UNCITRAL-ის მოდელური კანონის 36-ე მუხლი აღიარებს, რომ შესაძლებელია არსებობდეს გარკვეული ტიპის ქონებრივი უფლებები, რომლებიც უზრუნველყოფის საშუალებებზე უპირატესია, რაც კიდევ უფრო ზრდის ეროვნული კანონმდებლობის დონეზე მკაფიო რეგულირების შემუშავების მნიშვნელობას. ამავდროულად, სასურველია კანონმდებლობა ისეთ სამართლებრივ მატერიებთან დაკავშირებითაც აწესრიგებდეს უფლებათა რიგითობის განსაზღვრის წესს, როგორიცაა საგადასახადო გირავნობა.

ცალკე ყურადღების ღირსია მფლობელობით და რეგისტრირებულ გირავნობებს შორის უპირატესობის განსაზღვრის საკითხი. არსებული საკანონმდებლო რეგულირებით შესაძლებელია ერთი და იგივე ქონება დაიტვირთოს როგორც მფლობელობითი, ისე რეგისტრირებული გირავნობით. უფლებათა რიგითობის განსაზღვრის კომპლექსური სქემა ალბათ ისეთ წესებზე უნდა მიუთითებდეს, რომლებიც შესაძლებელს გახდის სხვადასხვა გზით წარმოშობილ უზრუნველყოფის საშუალებებს შორის უპირატესობის დადგენას (ორ ან მეტ რეგისტრირებულ გირავ-

⁵⁷ იქვე, Article 10 of the Model Registry Provisions.

ნობას შორის რიგითობის განსაზღვრის ნორმებთან ერთად). საქართველოს სამოქალაქო კოდექსი არ ითვალისწინებს მფლობელობით გირავნობას და რეგისტრირებულ გირავნობას შორის უპირატესობის მინიჭების სპეციალურ ნებს. ზოგადი ნორმების საფუძველზე უნდა ვივარაუდოთ, რომ უპირატესობის მინიჭება უნდა განხორციელდეს იმის მიხედვით, გირავნობის რეგისტრაცია უფრო ადრე მოხდა, თუ მფლობელობითი გირავნობის წარმოშობა. გასათვალისწინებელია, რომ გაეროს საერთაშორისო სავაჭრო სამართლის კომისიის სანიმუშო კანონი ნახსენებ საკითხთან დაკავშირებით მაქსიმალურად დეტალურია: „ერთი და იმავე დამგირავებლის ერთსა და იმავე უზრუნველყოფის საგანზე შემხვედრი უზრუნველყოფის საშუალებებს შორის უფლებათა რიგითობის განაწილება შემდეგნაირად უნდა განხორციელდეს:

(ა) უზრუნველყოფის საშუალებებს შორის, რომლებიც მესამე პირთა მიმართ აღსრულებადი გახდა რეესტრში რეგისტრაციის მეშვეობით, რიგითობის განსაზღვრა უნდა მოხდეს რეგისტრაციაზე გადანყვეტილების მიღების თარიღის მიხედვით, მიუხედავად მათი წარმოშობის თარიღისა;

(ბ) უზრუნველყოფის საშუალებებს შორის, რომლებიც მესამე პირთა მიმართ აღსრულებადი გახდა არა რეესტრში რეგისტრაციის მეშვეობით არამედ სხვაგვარად, რიგითობის განსაზღვრა უნდა მოხდეს მათი წარმოშობის თარიღის მიხედვით; და

(გ) უზრუნველყოფის საშუალებებს შორის, რომელთაგან ერთი მესამე პირთა მიმართ აღსრულებადი გახდა რეესტრში რეგისტრაციის მეშვეობით, ხოლო მეორე არა რეესტრში რეგისტრაციის მეშვეობით არამედ სხვაგვარად, რიგითობის განსაზღვრა უნდა მოხდეს იმის მიხედვით, რეგისტრაცია უფრო ადრე განხორციელდა თუ უფლების წარმოშობა.⁵⁸

რეგისტრირებული და მფლობელობითი გირავნობების კონკურენციის საკითხის გადაჭრა იმგვარადაც შეიძლება, რომ რეგისტრირებულ გირავნობას მფლობელობით გირავნობასთან

მიმართებით უპირატესობა მიენიჭოს, მიუხედავად იმისა, მფლობელობითი გირავნობის წარმოშობა უფრო ადრე მოხდა თუ არა. მსგავს პრეცედენტებს საერთაშორისო პრაქტიკა უკვე კარგად იცნობს.⁵⁹ აღნიშნული მიდგომა უპირატესობას ანიჭებს კრედიტორს, რომელმაც საკუთარი უზრუნველყოფილი უფლება დაირეგისტრირა მიუხედავად იმისა, წარმოიშვა თუ არა უფრო ადრე მფლობელობითი გირავნობით მოსარგებლის უფლება. რიგითობის განსაზღვრის ასეთი პრინციპი კრედიტორთათვის გირავნობის რეგისტრაციის წამახალისებელ ფაქტორს წარმოადგენს. ვფიქრობ, ჩვენში ამგვარი მიდგომის დამკვიდრების რელევანტურობის განხილვა შესაძლებელია თუ რეგისტრაციის საფასური დაბალი იქნება და რეესტრს დოკუმენტების ნამდვილობის შემოწმების ფუნქცია მოაკლდება. დამატებით განხილვის ღირსია მფლობელობითი გირავნობის გავრცელების შესაძლებლობა მხოლოდ ისეთ ქონებაზე, რომლისთვისაც მფლობელობის გადაცემა კომერციულად გონივრულია, ვთქვათ სავალო დოკუმენტები და საორდერო ფასიანი ქაღალდები. სხვა სახის ქონებასთან მიმართებით, განსაკუთრებით ტექნიკურ საშუალებებთან და ინვენტართან დაკავშირებით, გირავნობის წარმოშობა რეკომენდებულია მოხდეს მხოლოდ რეგისტრაციის მეშვეობით.

ამ ჭრილში სამართლებრივად მოსაწესრიგებელი იქნება თუ როგორ უნდა მოხდეს სამომავლო/საავანსო ვალდებულებათა უზრუნველყოფის რიგითობის განსაზღვრა. არაერთ საკრედიტო პროდუქტთან დაკავშირებით კრედიტის გამცემი სუბიექტის მიმართ არსებობს მოლოდინი, რომ როცა დამგირავებელი ახალ უზრუნველყოფის საშუალებას შეიძენს, მოხდება მისი წინსწრებით (საავანსო) დაკრედიტება. იმისათვის, რომ კრედიტის გამცემმა სუბიექტმა ეს კონფიდენციალურობის პრინციპის დაცვით მოახერხოს, ის თავისი უფლების უპირატესობაში დარწმუნებული უნდა იყოს, როგორც სამომავლო უზრუნველყოფის საგნის, ისე საავანსო და-

⁵⁸ იქვე, Article 29.

⁵⁹ შდრ. NAFTA, Summary of Amendments to Mexico's General Law on Negotiable Instruments and Credit

Transactions Allowing the Creation of a Non-Possessory Pledge, NAFTA: Law and Business Review of the Americas, Vol. 6, Issue 4 (Fall 2000), 575.

კრედიტების კუთხით. ამ მიმართულებით ქართულ კანონმდებლობაში უკვე მოგვეპოვება ერთგვარი საბაზისო ნორმა, რომლის ძალითაც „სამომავლო ქონება მოთხოვნის უზრუნველყოფის საშუალება ხდება მისი შეძენისთანავე, ხოლო სამომავლო ქონებაზე გირავნობის უფლებათა რიგითობა განისაზღვრება გირავნობის უფლების რეგისტრაციის მომენტის შესაბამისად“.⁶⁰

როგორც ზემოთ ავლენიშნეთ, თანამედროვე, UNCITRAL-ის საერთაშორისო სტანდარტებზე დაფუძნებული უზრუნველყოფილი გარიგებების სრულფასოვანი სამართლებრივი ჩარჩო რთულად წარმოსადგენია მასში ფაქტორინგის ანუ მოთხოვნის დათმობის ინსტიტუტის სპეციალური ფორმის გარეშე. შესაბამისად, მოთხოვნათა რიგითობის საკითხი ამ კონკრეტულ შემთხვევაშიც მეტ დაზუსტებას მოითხოვს. გაეროს სავაჭრო სამართლის კომისიის სანიმუშო კანონის დებულებათა გათვალისწინებით, მოთხოვნათა დათმობის რიგითობა უნდა ეფუძნებოდეს არა მოვალისთვის შესაბამისი შეტყობინების განხორციელების დროს, არამედ დამოკიდებული უნდა იყოს რეგისტრაციის მომენტზე.⁶¹ აქედან გამომდინარე, საქართველოში ფუნქციური მიდგომის დამკვიდრებისა და შეტყობინებაზე დაფუძნებული რეესტრის ფორმირების მიზნებისთვის (რა თქმა უნდა, სახელმწიფოს მხრიდან ამ რეფორმის გატარების ნების არსებობის პირობებში) გადასახედი იქნება ამ საკითხის არსებული სტატუსი, რომლის მიხედვითაც თუ ერთსა და იმავე მოთხოვნის დათმობაზე მოთხოვნის მფლობელი რამდენიმე პირს შეუთანხმდება, მაშინ მოვალის წინაშე უფლებამოსილი იქნება ის პირი, რომელთანაც მოთხოვნის მფლობელმა სხვებზე ადრე დაამყარა ურთიერთობა ხოლო თუკი შეუძლებელია ამის დადგენა, მაშინ უპირატესობა ეძლევა იმ პირს, რომლის შესახებაც მოვალეს უფრო ადრე ეცნობა.⁶²

ბუნებრივია, რომ ხშირად გირავნობის უფლება არა მხოლოდ დამგირავებლისა და მოგირავნის ინტერესის საგანს წარმოადგენს, არამედ პირადპირ თუ არაპირდაპირ მესამე პირების ქონებრივ თუ არაქონებრივ უფლებებსა და ვალდებულებებს ეხება. ასეთი პირები შესაძლოა იყვნენ, მაგალითად, სავალო დოკუმენტების გამცემები და ბანკები, რომლებიც ახორციელებენ მესამე პირთა გირავნობის აღრიცხვას. UNCITRAL-ის მოდელური კანონი ცდილობს მაქსიმალურად კონკრეტული იყოს გირავნობის მესამე პირთა უფლებებზე ზემოქმედების ნაწილში და ადგენს, რომ „გადახდის უფლებაზე უზრუნველყოფის საშუალების წარმოქმნა იმ საბანკო ანგარიშთან მიმართებით, რომელიც ინახება დეპოზიტის მიმღებ დაწესებულებაში:

(ა) არ ახდენს გავლენას დეპოზიტის მიმღები დაწესებულების უფლებებსა და ვალდებულებებზე მისი თანხმობის გარეშე, ან

(ბ) არ ავალდებულებს დეპოზიტის მიმღებ დაწესებულებას მესამე მხარეებისათვის საბანკო ანგარიშის შესახებ რაიმე ინფორმაციის მინოდებაზე.“⁶³

7. უზრუნველყოფილი გარიგებების აღსრულება

მოქმედი ქართული კანონმდებლობა, უფრო კონკრეტულად კი საქართველოს სამოქალაქო კოდექსი და „სააღსრულებო წარმოებათა შესახებ“ კანონი თვალისწინებს მოგირავნის დაკმაყოფილებას გირავნობის საგნის რეალიზაციით ან მოთხოვნის დაკმაყოფილების მიზნით დაგირავებული ნივთის მოგირავნის საკუთრებაში

⁶⁰ საქართველოს სამოქალაქო კოდექსი, 254-ე მუხლის მე-5 ნაწილი, 27/06/1997.

⁶¹ UNCITRAL Model Law on Secured Transactions, Model Registry Provisions, Article 13, https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/19-08779_e_ebook.pdf, 2019, [31.05.2023].

⁶² საქართველოს სამოქალაქო კოდექსი, 202-ე მუხლი, 27/06/1997.

⁶³ UNCITRAL Model Law on Secured Transactions, Model Registry Provisions, Article 69, https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/19-08779_e_ebook.pdf, 2019, [31.05.2023].

გადაცემის გზით.⁶⁴ დაშვებულია ასევე სანოტარო აღსრულებაც, რომელიც წარმოადგენს სასამართლოს მიღმა არსებულ სააღსრულებო წარმოების ფორმას.⁶⁵ მისი გამოყენება ძირითადად კორპორაციული საფინანსო ვალდებულებების სფეროში ხდება, თუმცა თანმდევი ხარჯების გამო, სანოტარო აღსრულება დაბალი ოდენობის სესხებთან მიმართებით თითქმის არასრდოს გამოიყენება. უზრუნველყოფილი გარიგებების თანამედროვე საერთაშორისო რეგულირება ერთგვარ კონფლიქტში შეიძლება მოდიოდეს სამოქალაქო კოდექსის 276-ე მუხლის მე-2 ნაწილთან, რომელიც მიხედვითაც, „მოთხოვნა დაკმაყოფილებულად ითვლება იმ შემთხვევაშიც, როდესაც გირავნობის საგნის რეალიზაციიდან ამონაგები თანხა საკმარისი არ არის გირავნობით უზრუნველყოფილი მოთხოვნის დასაფარავად ან გირავნობის საგნის ღირებულება მთლიანად არ ფარავს ამ მოთხოვნის ოდენობას, თუ მხარეთა შეთანხმებით სხვა რამ არ არის დადგენილი.“ საქმე იმაშია, რომ გაეროს საერთაშორისო სავაჭრო სამართლის კომისიის სანიმუშო აქტით მოვალე პასუხისმგებელი რჩება ნებისმიერი იმ ოდენობის მიმართ, რომლის გადახდის ვალდებულებაც მას გააჩნია, მას შემდეგაც, რაც უზრუნველყოფილ მოთხოვნასთან მიმართებით გამოყენებულ იქნება იძულებითი აღსრულების ღონისძიება.⁶⁶

აღსრულების ის ფორმა, რომლის მიხედვითაც უზრუნველყოფის საგნის მოგირავნის მიერ საკუთრებაში მიღება ხდება, ჩვენთან ხელმისაწვდომია მხოლოდ რეგისტრირებული გირავნობების დროს,⁶⁷ რითაც ხდება ამგვარი უზრუნველყოფის მექანიზმის წახალისება მფლობელობით გირავნობასთან შედარებით. ამავდროულად, ქართული კანონმდებლობა იძლევა სასამართლოს გარეშე უზრუნველყოფის საგნის რეალიზაციის შესაძლებლობასაც.⁶⁸ ჩემს ხელთ

არსებული ინფორმაციით, დაგირავებული ქონების სასამართლოს გარეშე გაყიდვას მისი არაპრაქტიკულობა უშლის ხელს. ეს ძირითადად იმიტაა განპირობებული, რომ მოგირავნემ შესაძლოა უარი თქვას თანამშრომლობაზე, მათ შორის ხელი არ მოაწეროს უზრუნველყოფის საგნის გადაცემასთან დაკავშირებულ დოკუმენტაციას. ჩემს ხელთ არსებული ინფორმაციით, რომელსაც, ამ ეტაპზე, სამწუხაროდ, შესაბამისი პრეცედენტზე მითითებით ვერ ვამყარებ, ქართული სასამართლო პრაქტიკა დამგირავებლისა და მოგირავნის წინასწარ შეთანხმებას გირავნობის საგნის რეალიზაციის განსხვავებულ წესთან მიმართებით არ იწონებს და გირავნობის საგნის სპეციალისტის მეშვეობით გაყიდვას მხოლოდ იმ შემთხვევაში მიიჩნევს დასაშვებად, როცა კრედიტორი და მოვალე ნივთის რეალიზაციის ამ მექანიზმზე ვალდებულების დარღვევის შემდეგ შეთანხმდნენ. აქედან გამომდინარე, შესაბამისი წინასწარი ანუ *apriori* შეთანხმებები, როგორც გირავნობის ხელშეკრულების ნაწილი, მიჩნეულია ბათილად.

აღსრულების ეფექტურობის ერთ-ერთი მთავარი ინდიკატორი მისი სისწრაფეა. დღესდღეობით საქართველოს სამოქალაქო კოდექსი მოგირავნეს გირავნობის საგნის მოსალოდნელი რეალიზაციის შესახებ დამგირავებლისთვის შეტყობინების ვალდებულებისგან მხოლოდ მაშინ ათავისუფლებს, როცა არსებობს გირავნობის საგნის საბაზრო ან საბირჟო ფასის დაცემის რეალური საფრთხე ან გირავნობის საგანი მალეუფებადია.⁶⁹ მაგრამ არის ეს ორიოდე გამონაკლისი საკმარისი შესაბამისი რისკების დასაფარად? უმჯობესი ხომ არ იქნებოდა საერთაშორისო გამოცდილებაზე დაყრდნობით გამონაკლისების ჩამონათვალი გაფართოებულიყო და მოეცვა ასევე საფრთხე, რომელიც გამომდინარეობს ნივთის გაყიდვის შეუძლებლობისგან თუ ის ვერ გასხვისდება სათანადო ბაზარზე?⁷⁰

⁶⁴ საქართველოს სამოქალაქო კოდექსი, 278-ე მუხლი, 27/06/1997.

⁶⁵ იქვე, 285-ე მუხლის პირველი ნაწილი.

⁶⁶ UNCITRAL Model Law on Secured Transactions, Model Registry Provisions, Article 79.1, https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/19-08779_e_ebook.pdf, 2019, [31.05.2023].

⁶⁷ საქართველოს სამოქალაქო კოდექსი, 260¹-ე მუხლი, 27/06/1997.

⁶⁸ იქვე, 284-ე მუხლის მეორე ნაწილი.

⁶⁹ იქვე, 282-ე მუხლის მე-3 ნაწილი.

⁷⁰ შდრ. UNCITRAL Model Law on Secured Transactions, Model Registry Provisions, Article 78.8, <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media->

ამავდროულად, მოვალისთვის სამართლებრივი დაცვის მინიმალური მექანიზმების მინიჭების გარეშე, სწრაფი აღსრულება შეიძლება გართულდეს. სამართლებრივი დაცვის შესაძლებლობა არის გარიგების საიმედოობის საკვანძო შემადგენელი ნაწილი, რომელიც საკრედიტო დაწესებულების მხრიდან ხშირად სესხის გაცემა-არგაცემის საკითხზეც კი ახდენს ზეგავლენას. ამგვარი დაცვის საშუალებების მიღება შესაძლებელია სამართლებრივი გზებით, ნოტარიუსის მიერ გაცემული დოკუმენტის ჩათვლით. სამოქალაქო კოდექსის 284-ე მუხლი ხომ ითვალისწინებს, რომ „მოგირავნესა და დამგირავებელს წერილობითი ფორმით დადებულ გარიგებაში შეუძლიათ გაითვალისწინონ, რომ გირავნობის საგნის მოგირავნისათვის გადაცემა და რეალიზაცია შეიძლება განხორციელდეს ნოტარიუსის მიერ გაცემული სააღსრულებო ფურცლის საფუძველზე.“ „ნოტარიატის შესახებ“ საქართველოს კანონის 38-ე მუხლის მე-5 ნაწილი უფრო აკონკრეტებს შესაბამის უფლებამოსილებას და განმარტავს, რომ ნოტარიუსი სააღსრულებო ფურცელს, სხვათა შორის ფულადი თანხის დავალიანების გადახდევინების ვადადამდგარი მოთხოვნის საფუძველზე გასცემს. ასეთ სამართლებრივი შედეგის მისაღწევად,

<[https://www.law.cornell.edu/ucc/9/9/401#:~:text=\(b\)%200%5BAgreement%20does%20not,the%20transfer%20from%20taking%20effect](https://www.law.cornell.edu/ucc/9/9/401#:~:text=(b)%200%5BAgreement%20does%20not,the%20transfer%20from%20taking%20effect)>, 1962, [31.05.2023].

მხარეებს შორის გაფორმებული გირავნობის ხელშეკრულება სანოტარო წესით უნდა დადასტურდეს. თუმცა, პრაქტიკაში აღნიშნული სანოტარო მოქმედება საკმაოდ ძვირია. უფრო მეტიც, იყო შემთხვევები, როდესაც სასამართლომ შეაჩერა სანოტარო წესით გაცემული სააღსრულებო ფურცლის მოქმედება მოვალის განცხადების საფუძველზე,⁷² რაც ამ ტიპის აღსრულების მეთოდის ეფექტურობას ეჭვქვეშ აყენებს. აქედან გამომდინარე, ვფიქრობ, სიღრმისეულ ანალიზს საჭიროებს საერთაშორისო პრაქტიკისთვის არცთუ უცხო მიდგომა, რომლის ძალითაც მაშინ, როდესაც სასამართლოები მოვალის სარჩელს განიხილავენ, სააღსრულებო პროცესი არ ჩერდება.⁷³

უზრუნველყოფილი გარიგებების სწრაფი და ქმედითი აღსრულების კიდევ ერთი ალტერნატივა თავად „სააღსრულებო წარმოებათა შესახებ“ საქართველოს კანონიდან გამომდინარეობს. მიუხედავად იმისა, რომ საქართველოს პარლამენტში უკვე 2 წელზე მეტია რეგისტრირებულია „აღსრულების კოდექსის“ კანონპროექტი,⁷⁴ მისი კანონად მიღების გაჭიანურებისა გამო, ვგონებ, უპრანი იქნება კონცენტრაცია მხოლოდ მოქმედი სამართლის ნორმებზე გავაკეთოთ. „აღსრულების შესახებ“ კანონით დადგენილია „გამარტივებული“ სამართალწარმოების პროცესი,⁷⁵ რომლის საშუალებითაც კრედიტორებს უფლება აქვთ შესაბამისი ვალდებულების დამადასტურებელი დოკუმენტები წარმოადგინონ და მათ საფუძველზე აღსრულების ეროვნულ ბიუროში აღსრულების პროცედურა დაიწყო. კერძოდ, კრედიტორებს უფლება აქვთ მოითხოვონ სააღსრულებო ფურცლის გაცემა და აღსრულების პროცესის დაწყება სასამართლო წარმოების გვერდის ავლით. შესაბამისი პროცედურების შეჯამების შედეგად მივდივართ დასკვნამდე, რომ მფლობელობით გირავნობებთან მიმართებით, მოგირავნე ვალდებულია უზრუნველყოს აღსრულების ეროვნული

ბიუროსთვის სასამართლოს ბრძანების წარდგენა. აღსრულების ეროვნული ბიურო კი აცნობებს მოვალეს და უფლებამოსილია გამოსცეს სააღსრულებო ფურცელი მხოლოდ იმ შემთხვევაში, თუ მოვალეს არ აქვს საპირისპირო პოზიცია სარჩელთან მიმართებით. თუ აღსრულების ეროვნული ბიურო მიიღებს საჩივარს, მაშინ გამარტივებული პროცედურა წყდება და პროცესი სასამართლოში გრძელდება. რამდენადაც ვიცი, მოვალეთა უმეტესობას ფიზიკური პირები ან მცირე და საშუალო ზომის საწარმოები წარმოადგენენ.

8. დასკვნა და რეკომენდაციები

ზემოთქმულის შეჯამების სახით: მოცემული კვლევა უზრუნველყოფილი გარიგებების მარეგულირებელი ერთიანი საკანონმდებლო ჩარჩოს შექმნასთან დაკავშირებულ ოდენ რამდენიმე საჭირობოროტო იურიდიულ საკითხს ეხება და ვერ ექნება პრეტენზია, რომ ის ამ თემაზე ყოვლისმომცველ სამეცნიერო ნაშრომს წარმოადგენს. ამავდროულად, იმედი მაქვს, მაინც მოხერხდა უზრუნველყოფილ გარიგებებთან დაკავშირებული რიგი აქტუალური პრობლემების იდენტიფიკაცია, რაც შესაბამისი კანონმდებლობისა და პრაქტიკის სრულყოფის ზოგიერთ მიმართულებაზე მაინც მიგვანიშნებს. მიმაჩნია რა, რომ ნებისმიერი ღირებული სამეცნიერო ნაშრომი მის დასკვნით ნაწილში არა მხოლოდ ჩატარებული კვლევის შედეგებს უნდა აჯამებდეს, არამედ, რაც უფრო მთავარია, არსებული სამართლებრივი მდგომარეობის გაუმჯობესებისა და დახვეწის მიზნით პრობლემური საკითხების გადაჭრის გზებსა და კონკრეტულ რეკომენდაციებს უნდა გვთავაზობდეს. ამრიგად, ქვემოთ ვცდებით ნაშრომში მიმოხილული განსაკუთრებით აქტუალური საკითხების შესახებ მოწოდებული ინფორმაციიდან უმნიშვნელოვა-

⁷² შდრ. საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სამოქალაქო საქმეთა პალატის 2015 წლის 24 სექტემბრის №ას-786-743-2015 განჩინება, <https://www.supremecourt.ge/files/upload-file/pdf/+news-mnishvnelovani-ganmarteba83.pdf>, [31.05.2023].

⁷³ შდრ. *Ervo*, Debtor Protection and Enforcement Efficiency according to Finnish Law, Access to Justice in Eastern Europe, Vol. 2020, Issue 4 (December 2020), 265-282.

⁷⁴ <https://info.parliament.ge/file/1/BillReviewContent/269887>.

⁷⁵ „სააღსრულებო წარმოებათა შესახებ“ საქართველოს კანონის თავი XVI¹, 17/04/1999.

ნესი ასპექტების ამოკრებას და მათ სისტემატიზაციას, ამასთან ერთად კონკრეტული საკანონმდებლო ცვლილებების წინადადებების შეთავაზებას:

- **უზრუნველყოფილი გარიგებების მარეგულირებელი ნორმების არსებული სტატუსი ქართულ სამართალში:** კვლევის თემასთან დაკავშირებული სამართლებრივი ნორმები გვხვდება საქართველოს სამოქალაქო კოდექსში, საქართველოს კანონში „საჯარო რეესტრის შესახებ“, საქართველოს კანონში „სააღსრულებო წარმოებათა შესახებ“, საქართველოს კანონში „ნოტარიატის შესახებ“, საქართველოს კანონში „საგადახდო სისტემისა და საგადახდო მომსახურების შესახებ“ და საქართველოს კანონში „ფასიანი ქაღალდების ბაზრის შესახებ.“ ამის საპირისპიროდ, თანამედროვე საერთაშორისო პრაქტიკა, უპირველესად კი UNCITRAL-ის მოდელური კანონი უზრუნველყოფილი გარიგებების მომწესრიგებელი ნორმების ერთიან საკანონმდებლო ჩარჩოში მოქცევას ემხრობა. საკითხის ამგვარი სამართლებრივი მოწესრიგების მოდელი მოიცავს ხელშეკრულებიდან წარმოშობილ სანივთო უფლებებს მოძრავ ქონებაზე, რომელთა მეშვეობით თანხის გადახდა ან სხვა ვალდებულებებია უზრუნველყოფილი, განურჩევლად იმისა, მხარეებმა კონკრეტული მოძრავი ქონება უზრუნველყოფის საშუალებად განსაზღვრეს თუ არა და განურჩევლად ქონების ტიპისა, გამცემის სტატუსისა ან უზრუნველყოფილი კრედიტორისა ან უზრუნველყოფილი ვალდებულების ხასიათისა, მოთხოვნის პირდაპირი დათმობისას დამთმობის სახელშეკრულებო უფლებისა და ფაქტორინგის ჩათვლით. ეჭვგარეშეა, რომ გაეროს სავაჭროს სამართლის კომისიის სანიშნო კანონის სრული იმპლემენტაცია ქართული კერძო სამართლისთვის რეგულაციური ცვლილება იქნებოდა. ამიტომ, ვფიქრობ, მიზანშეწონილია საქართველოს მთავრობის მიერ ამ მიმართულებით უკვე დაწყებული ანალიზის გაგრძელება და გაღრმავება, რათა იდენტიფიცირდეს საქართველოში უზრუნველყოფილი გარიგებების სამართლებრივი რეგულირების ჩვენთვის ამ ახალი კონცეფციის დამკვიდრების ფარგლები და თავისებურებები.

- **გირავნობის სახელშეკრულებო შეზღუდვა, ე.წ. negative pledge:** ერთობ ნიშანდობლივია ამგვარი საკონტრაქტო ინსტრუმენტის ურთიერთმიმართება უზრუნველყოფილი გარიგებების რეგულირების თანამედროვე კონცეფციასთან. არცთუ იშვიათია, როცა გირავნობის ხელშეკრულებები შეიცავს პირდაპირ დათქმას, რომ დამგირავებელს იმავე უზრუნველყოფის საგანზე შემხვედრი უზრუნველყოფის გაფორმების უფლება არ აქვს. იმის პარალელურად, რომ ასეთი დათქმები საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის 170-ე მუხლის დანაწესებთან წინააღმდეგობაში მოდის, ცალსახა და ერთმნიშვნელოვანი არაა, რომ ნახსენებ აკრძალვას გირავნობის უფლების რიგითობის განსაზღვრაზე გავლენა არ აქვს. ცალკეულ რთულ შემთხვევებში სამართლებრივი შედეგების ბუნდოვანების გამოსარიცხად, რეკომენდებულია კანონმდებლობაში შეძლებისდაგვარად დავენერგოთ საუკეთესო საერთაშორისო პრაქტიკის შესაბამისი დებულებები, რომელთა მიხედვითაც, მოვალის (დამგირავებლისა) და უზრუნველყოფილი მხარის (მოგირავნის) შეთანხმება, რომელიც უზრუნველყოფის საგანზე მოვალის (დამგირავებლის) უფლებების გადაცემას კრძალავს ან ასეთ გადაცემას ვალდებულების დარღვევად აფასებს, ამგვარი უფლების გადაცემის ნამდვილობაზე გავლენას ვერ მოახდენს.

- **შეტყობინებაზე დაფუძნებული რეესტრის ფორმირება:** UNCITRAL-ის მოდელური კანონის ერთ-ერთი მთავარი თავისებურებაა დოკუმენტების წარდგენაზე დაფუძნებული რეესტრის შეტყობინებაზე დაფუძნებულ რეესტრად გარდაქმნა. სარეგისტრაციო წარმოების ასეთი, გადაჭარბების გარეშე წყალგამყოფი ცვლილება სამოქალაქო კოდექსის შესაბამისი დებულებების, „საჯარო რეესტრის შესახებ“ კანონისა თუ სხვა ნორმატიულ აქტების საფუძვლიან რევიზიას საჭიროებს. შეტყობინებაზე დაფუძნებული რეესტრი განცხადების წარდგენაზე ანუ ყოველ სისტემას წარმოადგენს, რომელიც ნაკლებ ფორმალობას საჭიროებს და დღეს მოქმედი რეესტრისგან განსხვავებით, რეგისტრაციის პროცესში მარეგისტრირებელი ორგანოს ჩარევა საჭირო არ არის. შესაბამისად, მარეგისტრირ-

რეგული ორგანოს როლი არის ადმინისტრაციული ხასიათის, რაც სრულყოფილი ინფორმაციის წარდგენის კონტროლს და არა თავად ინფორმაციის ნამდვილობის და სიზუსტის შემოწმებას გულისხმობს. ამგვარი კონცეფციის ჩვენში დამკვიდრების შემთხვევაში, გირავნობის წარმოშობა აღარ იქნება დამოკიდებული რეგისტრაციაზე, უზრუნველყოფის ნამდვილობისთვის ორსაფეხურიანი სისტემა დადგინდება, რომლის პირველ ეტაპზე გირავნობის ხელშეკრულების დადებისა და აუცილებელი ფორმალობების დაკმაყოფილების საფუძველზე გირავნობა დამგირავებელსა და მოგირავნეს შორის ამოქმედდება, ხოლო მეორე ეტაპზე, შესაბამისი შეტყობინების წარდგენის შემდეგ, გირავნობა სამართლებრივ ძალას მესამე პირების მიმართაც შეიძენს. შეტყობინებაზე დაფუძნებული რეესტრის ფორმირება, რიგ რისკებსა და საფრთხეებსაც შეიძლება შეიცავდეს, მათ შორის უფლების ბოროტად გამოყენების პერსპექტივიდან. ამ მიდგომის აკვარგიალობა ქართული სამართლისა და ქვეყნის ეკონომიკისთვის, სირღმისეული ანალიზის საგანი უნდა იყოს.

- ფუნქციური მიდგომის დამკვიდრება უზრუნველყოფილ გარიგებებთან მიმართებით: შეტყობინებაზე დაფუძნებულ რეესტრის პარალელურად UNCITRAL-ის მოდელური კანონი ამკვიდრებს ქართული სამართლისთვის არსებითად ახალ, ფუნქციურ მიდგომას, რომლის ძალითაც ყველა გარიგება, რომელიც ფუნქციურად უზრუნველყოფის დანიშნულებას ასრულებს უზრუნველყოფილი გარიგებების შესახებ ერთიან საკანონმდებლო ჩარჩოს უნდა დაექვემდებაროს. თუ ჩვენში ეს კონცეფცია დაინერგება, რიგი გარიგებებისა, რომლებზეც საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის მესამე კარის მე-6 თავი არ ვრცელდება, მოძრავ ქონებაზე ერთიანი, ყოვლისმომცველი უზრუნველყოფის საშუალების შექმნის მიზნით, უზრუნველყოფილი გარიგებების რეგულირების ნიაღში მოექცევა, გაერთიანდება მატერიალურ და არამატერიალურ ქონებაზე სხვადასხვა მფლობელობითი და არა- მფლობელობითი უფლება, მათ შორის ისეთ ინსტრუმენტები, რომლებიც გირავნობის ფუნქციურ ეკვივალენტებს წარმოადგენენ, მაგრამ ჩვენში უზრუნველყოფის საშუალებებად არ

მიიჩნევიან, მაგალითად, ქონების გადაცემა საკუთრების უფლების დროებითი შენარჩუნებით, ლიზინგი და ფაქტორინგი. უდავოა, რომ ფუნქციური მიდგომის შემოღება არა მარტო მოქმედი კანონმდებლობის ძირეულ ცვლილებებს გულისხმობს, არამედ, ჩემი აზრით, ისეთი დამკვიდრებული სამართლებრივი კატეგორიების ხელახლა გააზრებას, როგორიცაა საკუთრების უფლება ან თავად უზრუნველყოფის საშუალება. ამრიგად, ვგონებ, ჩვენში ფუნქციური მიდგომის დამკვიდრება უპრიანი მხოლოდ საფუძვლიანი კვლევების ჩატარების შემდეგ შეიძლება გახდეს, სადაც, სხვათა შორის, გათვალისწინებული იქნება ამ საკითხებთან ორგანულად დაკავშირებული სუბიექტების: საჯარო რეესტრის, ბანკების, სალიზინგო კომპანიების და ა.შ. პრაქტიკაზე დაფუძნებული მოსაზრებები.

- უფლებათა რიგითობის ნათელი და განჭვრეტადი სქემა: კრედიტორთა რისკების შემცირებისა და დაკრედიტების ფარგლების გაზრდის მიზნებისთვის, იმ შემთხვევაშიც კი თუ მოძრავ ნივთებზე გირავნობის რეგისტრაციის ნახსენები ძირეული რეფორმა არ განხორციელდება, ურიგო არ იქნებოდა თუ მოგირავნეთა მოთხოვნების რიგითობის კუთხით მოქმედ ნორმებშიც მეტი სიცხადე შევიდოდა. დღესდღეობით ხომ ზოგიერთ შემთხვევაში ერთმანეთთან კონკურენციაში შეიძლება მოვიდეს რეგისტრირებული, მფლობელობითი და კანონისმიერი გირავნობები, ხოლო გამომდინარე სამართლებრივი შედეგი ყოველთვის ცხადი როდია. გარდა ამისა, ნათელი არაა, სამოქალაქო კოდექსის არაერთ მუხლში განსაზღვრული უფლება, რომ კრედიტორმა ნივთი მოვალის მიერ მისი ვალდებულების შესრულებამდე დააკავოს, გირავნობასთან რა მოცულობით უნდა გავაიგივოთ... ხომ არ უნდა შევიდეს ქონების დაკავების უფლება იმავე ნორმატიული აქტის 267-ე მუხლის მესამე ნაწილით განსაზღვრულ ჩამონათვალში, რომლის ძალითაც ამგვარ, არაკონსესუალურ უზრუნველყოფის საშუალებებს სხვა მოგირავნეთა მოთხოვნებთან შედარებით უპირატესობა აქვთ?

უზრუნველყოფილი ძირითადი მოთხოვნისა და მაქსიმალური თანხის კონკრეტიზაცია:

როგორც არსებული პრაქტიკა ცხადჰყოფს, მოთხოვნის მაქსიმალური თანხის განსაზღვრის აუცილებლობა უარყოფითად ისახება უზრუნველყოფილი კრედიტების ხელმისაწვდომობაზე. კონკრეტული ციფრის მითითებისას ბანკები და სხვა საფინანსო ორგანიზაციები ხშირად უბრალოდ ცდილობენ ივარაუდონ სესხთან დაკავშირებით რა ხარჯები შეიძლება გადახდეთ. ამასთანავე, დღევანდელი რეგულაციით რთულდება ისეთი გარიგებების დადება, რომელთა ძალიათაც, მიმწოდებელი მიმღებს კრედიტის მეშვეობით განგრძობად რეჟიმში აწვდის საქონელს, რადგან ხელშეკრულების გაფორმებისას გაუგებარია, შესაბამისი საქონლის რა ოდენობა გაიყიდება მომავალში. ამგვარად, მითითება თანხაზე უფრო ჰიპოთეტურ ხასიათს ატარებს. UNCITRAL-ის მოდელური კანონიდან და სხვა საერთაშორისო წყაროებიდან გამომდინარე, შესაბამის ხელშეკრულებაში უზრუნველყოფილი მოთხოვნის მაქსიმალური თანხის განსაზღვრა ნებაყოფლობითი უნდა იყოს. ნახსენები პრობლემის მოსაგვარებლად ალბათ საკმარისი იქნებოდა თუ საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის 258-ე მუხლის მეორე ნაწილის „დ“ ქვეპუნქტში გამოყენებული იმპერატიული შინაარსის „უნდა“, დისპოზიციური კონტექსტის მატარებელ „შესაძლებელია“-თი ჩანაცვლდებოდა.

წინმდებარე სტატიაში განხილული თემატიკა ქართული კერძო სამართლისთვის საკმაოდ უცხო და ახალ კონცეფციებს შეიცავს. შესაბამისად, ნაშრომის ავტორი ხელაღებით როდი ემხრობა საქართველოში საუკეთესო საერთაშორისო პრაქტიკის დაუყოვნებლივ იმპლემენტაციას, თუნდაც ის ისეთი ავტორიტეტული სუბიექტის მიერ შემუშავებული მოდელური ნორმები იყოს, როგორიც გაეროს საერთაშორისო სავაჭრო სამართლის კომისიაა. ამგვარი სანიმუშო ნორმატიული აქტები, რომლებიც ხშირ შემთხვევაში ანგლო-ამერიკული ანუ საერთო სამართლის სისტემისთვის დამახასიათებელ ელემენტებს შეიცავენ, ქართული სამართალმცოდნეობის მხრიდან სიღრმისეულ ანალიზს საჭიროებენ, რათა მათმა ნაჩქარევმა იმპლემენტაციამ კერძო სამართლის ჩვენში უკვე კარგად დამკვიდრებული ისეთი საკვანძო ინსტიტუტების, როგორებიცაა საკუთრების უფლება, მოთხოვნის უზრუნველყოფა და ა.შ., პრაქტიკაში გამოყენებაზე ნეგატიური გავლენა არ იქონიოს. იმედს ვიტოვებ, რომ ეს სტატია უზრუნველყოფილი გარიგებების სამართლებრივი რეგულირების თემატიკით დაინტერესებულ პირთათვის საინტერესო წყარო იქნება, რის საფუძველზეც შემდგომში შესაძლებელი გახდება ამ საკითხებზე უფრო სიღრმისეული და მრავლისმომცველი სამეცნიერო კვლევების ჩატარება.

ქართული ნოტარიატის გაცნობიერება

ნინო ხარიტონაშვილი

სამართლის დოქტორი, იურისტი, სსიპ საქართველოს ნოტარიუსთა პალატა, კავკასიის უნივერსიტეტის ასოცირებული პროფესორი, ალტე უნივერსიტეტი, გურამ თავართქილაძის სახ. უნივერსიტეტი

აბსტრაქტი

ნოტარიატი მსოფლიო მასშტაბით მიჩნეულია პრევენტული მართლმსაჯულების განმახორციელებლად. ნოტარიუსის პროფესია უძველესია და დამწერლობის შექმნასთანაა დაკავშირებული, თუმცა ის აქტუალურია ციფრულ ეპოქაშიც. დღეისათვის ნოტარიატები ახორციელებენ თანამედროვე ტექნოლოგიების დანერგვას საანოტარო მომსახურების დახვეწის მიზნით. სტატიის მიზანია, ხაზი გაუსვას გაციფრულების მნიშვნელობას ისეთ იურიდიულ პროფესიაში, როგორიცაა ნოტარიატი.

I. შესავალი

სსიპ „საქართველოს ნოტარიუსთა პალატა“ დაარსდა 1996 წლის 3 მაისს და წარმოადგენს ნევრობაზე დაფუძნებულ ნოტარიუსთა გაერთიანებას. საქართველოს ტერიტორიაზე მოქმედი ყველა ნოტარიუსი პალატის ნევრია. სხვა სამართლის იურიდიული პირებისაგან მისი განმასხვავებელი მახასიათებელი თვითმმართველობის პრინციპში მდგომარეობს, რაც ლათინური ნოტარიატის ტრადიციებითაა განპირობებული. ლათინური ნოტარიატის მსოფლიო ქსელი „ნოტარიუსთა საერთაშორისო კავშირის“ სახელითაა ცნობილი. საქართველოს ნოტარიატი 2007 წლიდან ნოტარიუსთა საერთაშორისო კავშირის სრულუფლებიანი ნევრია და წარმოადგენს კავშირის სტრატეგიულ პარტნიორს კავკასიის რეგიონში, რადგან აქტიურად ახორციელებს ლათინური ნოტარიატის ღირებულებები-

სა და პრინციპების მხარდაჭერას. საქართველოს ნოტარიატი ოფიციალურად წარმოდგენილია ნოტარიუსთა საერთაშორისო კავშირის (UINL) გენერალურ საბჭოში, სოციალური უსაფრთხოების კომისიასა და ევროპის საქმეთა კომისიაში.

სსიპ „საქართველოს ნოტარიუსთა პალატის“ მიზანია ნოტარიუსის პროფესიის განვითარება. ნოტარიუსის პროფესიის ძირითად ფუნქციას წარმოადგენს სახელმწიფოს მიერ დადგენილ ფარგლებში პირებს შორის სამართლებრივი ურთიერთობებისა და იურიდიული ფაქტების დადასტურება. ნოტარიატი მსოფლიო მასშტაბით მიჩნეულია პრევენტული მართლმსაჯულების განმახორციელებელ ორგანოდ. ნოტარიუსებს ე.წ. GATEKEEPER-ებს (კარიბჭის მცველებს)¹ უწოდებენ, რადგან მათი მიზანია, არ დაუშვან საფრთხიანი გარიგებები სამოქალაქო ბრუნვაში.²

¹ ნოტარიუსთა საერთაშორისო კავშირის საპატიო პრეზიდენტი ჟან პოლ დეკორპი, ნოტარიუსთა საერთაშორისო კავშირის სეკრეტარი Rajendra DASSYNE. www.uinl.org.

² კნიპერი, პრევენციული მართლმსაჯულების ეკონომიკური ღირებულება, მოხსენება ჰამბურგის ნოტარიუსთა პალატის წინაშე, 2012 წლის 13 ნოემბერი.

ნოტარიუსის პროფესია უძველესია და დამწერლობის შექმნასთანაა დაკავშირებული,³ თუმცა ის აქტუალურია ციფრულ ეპოქაშიც. ამ ეპოქაში თანამედროვე ტექნოლოგიების როლი და მნიშვნელობა უფრო და უფრო იზრდება. ციფრულმა ტექნოლოგიამ განავითარა ციფრული ეკონომიკა, ელექტრონული ბიზნესი, საქონელი, მომსახურება და თვით ხელოვნება. „ციფრული საზოგადოების“ და „ციფრული უფლებების“ კონცეფცია უკვე გაჩნდა და ის სამოქალაქო უფლებების ახალი ობიექტია, თუმცა ნებისმიერი შეთანხმების საგანი კვლავ მატერიალურია. დისკუსიის საკითხია, გაციფრულება წარმოადგენს თუ არა მხოლოდ ფორმის ცვლილებას და სამართლის კონცეფცია კვლავ იგივე დარჩება თუ არა, რაც ჯერ კიდევ პაპირუსებზე იწერებოდა, მაგრამ დღეისათვის აუცილებელია იმ ორ მნიშვნელოვან პრინციპს შორის, როგორებიცაა კანონის და კოდის უზენაესობა გადაკვეთის წერტილის პოვნა. კვლევები აჩვენებს, რომ ტექნოლოგია სულ უფრო მისაღები ხდება საჯარო სექტორისთვის. საქართველოში უკვე დანერგილია ელექტრონული მმართველობა. ყველა ძირითადი რეესტრი ელექტრონულია.

საქართველოს ნოტარიატი საქმისწარმოებას ახორციელებს ელექტრონულად ჯერ კიდევ 2009 წლის 24 მარტიდან. ამ დროიდან დაიწერა ელექტრონული მმართველობა ნოტარიატში და სანოტარო აქტების რეგისტრაციის მიზნით, დაიწყო **სანოტარო** მოქმედებათა ელექტრონული რეესტრის ამოქმედების პროცესი. აღნიშნულ პროცესში 2009 წლის 1 სექტემბრიდან საქართველოს ყველა ნოტარიუსი ჩაერთო ერთიან ელექტრონულ რეესტრში სანოტარო აქტების რეგისტრაციისათვის. ხოლო, 2010 წლის 1 აპრილიდან ერთიან ელექტრონულ რეესტრში ჩაერთო საზღვარგარეთის ქვეყნებში საქართველოს საკონსულო დაწესებულებები, ასევე პენიტენციური დაწესებულებები.

ელექტრონული ფორმით სანოტარო რეესტრების წარმოებას მრავალი უპირატესობა აქვს. სანოტარო აქტს ავტომატურად ენიჭება სარეგისტრაციო ნომერი; გამოირიცხება სანოტარო

დოკუმენტების გაყალბების რისკი, ვინაიდან შესაძლებელი გახდა სანოტარო აქტის ელექტრონულ რეესტრში რეგისტრაციის გადამოწმება. იმ შემთხვევაში, თუ სამოქალაქო ბრუნვაში ჩაშვებული სანოტარო აქტი არ აღმოჩნდება რეესტრში რეგისტრირებული, ის ბათილად ითვლება. ინტერნეტით შესაძლებელია შემოწმდეს სანოტარო აქტი რეგისტრირებული არის თუ არა ერთიან ელექტრონულ სანოტარო რეესტრში სსიპ საქართველოს ნოტარიუსთა პალატის ოფიციალურ ვებ-გვერდზე www.notary.ge-ზე განთავსებული ელექტრონული პროგრამა „ერთიანი ელექტრონული რეესტრის“ მეშვეობით. აღნიშნული ბანერის საშუალებით გადამოწმებისას ძალაში რჩება სანოტარო მოქმედების საიდუმლოების დაცვის პრინციპი. გადამოწმება შეუძლია იმ პირს, რომელსაც ხელთ აქვს სანოტარო აქტის საიდენტიფიკაციო და სარეგისტრაციო ნომრები და იღებს მისთვის საჭირო ინფორმაციას. აღნიშნული ფორმა გამოირიცხავს ინფორმაციაზე არაავტორიზებულ წვდომას. გარდა ამისა, შესაძლებელია არა მხოლოდ რეესტრში რეგისტრაციის ფაქტის გადამოწმება, არამედ, სანოტარო აქტის ელექტრონული ვერსიის ნახვა. სანოტარო რეესტრში რეგისტრაციისას ნოტარიუსის მიერ საჯარო აქტის ფორმით შესრულებულ სანოტარო მოქმედებას იმავე საშუალო დღეს უნდა დაერთოს დოკუმენტის (სანოტარო აქტის) დედნის ელექტრონული ასლი (დასკანერებული რედაქცია). რეესტრის გაციფრულებით განხორციელდა მინდობილობების ერთიან რეესტრში წარმოება და მათი გაუქმების ფაქტების აღრიცხვა. აღნიშნული განსაკუთრებით მოსახერხებელი აღმოჩნდა ციფრულ ფორმატში სანოტარო აქტების დაარქივების მიზნებისთვის. ელექტრონული რეესტრი ასევე იძლევა სტატისტიკური მონაცემებისა და შედარებითი ანალიზის სწრაფად მიღების შესაძლებლობას. გამარტივდა კომუნიკაცია ნოტარიუსებს შორის და შესაძლებელი გახდა ელექტრონული გზით ნოტარიუსებს შორის დოკუმენტის გადაგზავნა და ინფორმაციის გაცვლა.

³ გოგოლაძე/მარიამიძე, სანოტარო სამართალი, 2016, 13.

II. ერთიანი ელექტრონული რეესტრი

ნოტარიუსი ვალდებულია, აწარმოოს საანოტარო რეესტრი, რომელშიც რეგისტრირდება მის მიერ შესრულებული ყველა საანოტარო მოქმედება, დადგენილებები და სხვა მოქმედებები (აქტები). საანოტარო რეესტრი ინარმოება ელექტრონული ფორმით და შედგება შემდეგი რეესტრებისაგან: საერთო რეესტრი; სამემკვიდრეო საქმეთა რეესტრი; ანდერძების რეესტრი; თამასუქებისა და ჩეკების გაპროტესტების რეესტრი; ფულისა და ფასიანი ქაღალდების რეესტრი; დადგენილებათა რეესტრი.

„სამემკვიდრეო საქმეთა და ანდერძების რეესტრებში რეგისტრირებულ საანოტარო მოქმედებებთან წვდომა გააჩნია ყველა ნოტარიუსს, მიუხედავად იმისა, თუ ვის მიერ არის განხორციელებული ჩანაწერი. დანარჩენ რეესტრებთან წვდომა გააჩნია მხოლოდ იმ ნოტარიუსს, რომლის მიერაც არის განხორციელებული ჩანაწერი საანოტარო რეესტრში.

საანოტარო რეესტრში საანოტარო მოქმედება რეგისტრაციაში ტარდება დოკუმენტზე ნოტარიუსის ხელმოწერისა და ბეჭდის დასმისთანავე ნოტარიუსის ან ბიუროს თანამშრომლის მიერ, რომელსაც ნოტარიუსთან წერილობითი ხელშეკრულებით ნაკისრი აქვს საანოტარო მოქმედების საიდუმლოების დაცვის ვალდებულება.

საანოტარო რეესტრში რეგისტრირებულ თითოეულ საანოტარო მოქმედებას ენიჭება სარეგისტრაციო ნომერი, რომელიც შედგება მიმდინარე კალენდარული წლის აღმნიშვნელი ნაწილისა (მაგ., „10“) და რეესტრში ჩანაწერის რიგითი ნომრისაგან. ყოველი კალენდარული წლის დასაწყისში საანოტარო მოქმედებათა ნუმერაცია იწყება ერთიდან. საანოტარო აქტებს რეესტრი ასევე ანიჭებს უნიკალურ ნომრებს რომლებიც განთავსებულია მარჯვენა ზედა კუთხეში შტრიხკოდის ქვეშ.⁴

საქართველოს ნოტარიუსთა პალატამ მოქალაქეთა ინტერესების გათვალისწინებით 2017 წელს შექმნა ახალი ვებ-პროგრამა

www.memkvidreoba.ge - სამემკვიდრეო საქმეთა და ანდერძების ერთიანი ელექტრონული რეესტრი; სამემკვიდრეო საქმეთა ელექტრონულ რეესტრში ნებისმიერ მსურველს საშუალება აქვს ელექტრონული ფორმით მიიღოს ინფორმაცია სამემკვიდრეო საქმისწარმოების თაობაზე. დაინტერესებული პირი უთითებს მამკვიდრებლის სახელს და გვარს ან პირად ნომერს, რის შემდეგაც გაარკვევს, მიმდინარეობს თუ არა სამემკვიდრეო საქმისწარმოება გარდაცვლილის დანატოვარ ქონებაზე. რეესტრის მეშვეობით ასევე ხელმისაწვდომია ინფორმაცია, არსებობს თუ არა განაცხადი სამკვიდრო მონაძრის გაცემის თაობაზე, უკვე გაცემულია თუ არა სამკვიდრო მონაძრე ან დანიშნულია თუ არა სამკვიდროს მმართველი. ელექტრონულ პროგრამაში დაინტერესებული პირი ასევე იღებს მონაცემებს იმ საანოტარო ბიუროს შესახებ, სადაც დაწყებულია სამკვიდროს საქმისწარმოება. აღნიშნული სერვისი გაციფრულებამდე ფასიან სერვისს განეკუთვნებოდა, რადგან მისი მოძიება და პირისათვის გადაცემა დაკავშირებული იყო გარკვეულ რესურსებთან. გაციფრულებამ მომსახურების უფასოდ გაცემის საშუალება გააჩინა და დღეს მოქალაქეებს სახლიდან გაუსვლელად შეუძლიათ მიიღონ მათთვის საჭირო ინფორმაცია, ისე, რომ არ დაირღვეს კონფიდენციალურობის პრინციპი.

ელექტრონული საანოტარო რეესტრის აღმინისტრირებას და ტექნიკურ მეთვალყურეობას უზრუნველყოფს საქართველოს ნოტარიუსთა პალატა.

საქართველოს ნოტარიუსთა პალატა: ა) გაცემს ნოტარიუსზე (ნოტარიუსის შემცვლელ პირზე) საანოტარო რეესტრთან დაშვების ავტორიზაციას; ბ) შეაჩერებს ან წყვეტს საანოტარო რეესტრთან დაშვების ავტორიზაციას ნოტარიუსის (შემცვლელი პირის) უფლებამოსილების შეჩერების ან შეწყვეტის შემთხვევაში; გ) უზრუნველყოფს საანოტარო რეესტრის მონაცემების უსაფრთხოებას და დაცვას; დ) უზრუნველყოფს ნოტარიუსების (შემცვლელი პირების) და მათი

⁴ საქართველოს იუსტიციის მინისტრის 2010 წლის 31 მარტის №71 ბრძანება „საანოტარო მოქმედებათა შესრულების წესის შესახებ“ ინსტრუქციის დამტკიცების თაობაზე.

დაქირავებული თანამშრომლების სწავლებას სანოტარო რეესტრთან მუშაობის საკითხებზე; ე) ამტკიცებს სანოტარო რეესტრის წარმოების ტექნიკურ ინსტრუქციას.

III. სანოტარო არქივის გაციფრულება

ნოტარიუსის სამუშაო არეალი ელექტრონულია, თუმცა სანოტარო აქტის შედგენა და დამონება, მასზე ხელის მოწერა ნოტარიუსისა და მხარეთა მიერ ხორციელდება მატერიალურ დოკუმენტზე. საჯარო აქტის ფორმით შესრულებული სანოტარო აქტები სავალდებულო წესით, დასკანერებული სახით აიტვირთება ელექტრონულ სანოტარო რეესტრში და ინახება როგორც ელექტრონული, ასევე მატერიალური ფორმით.

მატერიალური ფორმით დაცული არქივები ნოტარიუსების უფლებამოსილების შეწყვეტის შემდეგ გადაეცემა პალატას, რომელიც, თავის მხრივ, ახორციელებს ონლაინ სერვისებს, კერძოდ, ნოტარიუსთა პალატის არქივში დაცული სანოტარო დოკუმენტების თაობაზე ინფორმაციისა და დამონებული ასლების გაცემას. სანოტარო აქტები წარმოადგენენ სახელმწიფოებრივი მნიშვნელობის დოკუმენტებს და მათი კონფიდენციალურობა გარანტირებულია „ნოტარიატის შესახებ“ საქართველოს კანონის მე-8 მუხლით.

ზემოაღნიშნულის გათვალისწინებით, სანოტარო აქტები და მასთან დაკავშირებული დოკუმენტაცია საჭიროებს განსაკუთრებულ დაცულობას, სპეციფიკურ დამუშავებას, შენახვას და შემდგომ ხელმისაწვდომობას, რასაც ესაჭიროება სათანადო ინფრასტრუქტურა, პროგრამული უზრუნველყოფა და უსაფრთხოების მაღალი დონე. მოქალაქის ინტერესებზე მორგებული მომსახურების დაწესების უზრუნველსაყოფად დაწყებულია არქივის გაციფრულების გრძელვადიანი პროექტი. პროექტის მიზანია როგორც მოქალაქეთა სწრაფი მომსახურება, ასევე არქივში არსებული დოკუმენტების დედნების შენარჩუნება და დაცულობა. ციფრულ ბაზებზე წვდომა მიენიჭებათ ნოტარიუსებს. შესაბამისად, ნოტარიუსისთვის, გარდა სანოტარო აქტის თაობაზე ჩანაწერისა, ხელმისაწვდომი

იქნება უშუალოდ სანოტარო საქმის დასკანერებული ვერსია, თანდართული დოკუმენტებითურთ. ამით დაიზოგება დოკუმენტის მატერიალურად მოძიებისა და ნოტარიუსისთვის მიწოდების დრო.

IV. ნოტარიუსის მიერ სარეგისტრაციო მომსახურების განვითარების უფლებამოსილება

დღეს ნოტარიატში დანერგილია „ერთი ფანჯრის პრინციპი“, რაც იმას გულისხმობს, რომ ნოტარიუსი უფლებამოსილია, უზრუნველყოს საქართველოს კანონმდებლობით დადგენილი წესით განაცხადის, სარეგისტრაციო დოკუმენტის ელექტრონული ან/და მატერიალური სახით წარდგენა სახელმწიფო რეესტრის მწარმოებელი ორგანოსათვის, თუ სანოტარო მომსახურების შედეგად დამონებული დოკუმენტი ექვემდებარება რეგისტრაციას.

სურვილისა და შესაბამისი ტრენინგის გავლის შემდეგ, სახელმწიფო რეესტრის მწარმოებელი ორგანოსაგან დელეგირებული უფლებამოსილების ფარგლებში ნოტარიუსს შეუძლია განახორციელოს უფლების, უფლებაში ცვლილების ან/და უფლების შეწყვეტის შესახებ არა მხოლოდ განაცხადის წარდგენა, არამედ აღნიშნული ჩანაწერის რეგისტრაცია (უძრავ ნივთებზე უფლებათა რეესტრში, მენარმეთა და არასამენარმეო (არაკომერციულ) იურიდიულ პირთა რეესტრში, აგრეთვე საქართველოს კანონმდებლობით გათვალისწინებულ სხვა რეესტრებში). ნოტარიუსებს სახელმწიფოსაგან დელეგირებული ფუნქციების შესასრულებლად წვდომა აქვთ შემდეგ ელექტრონულ რეესტრებში დაცულ მონაცემებთან: უძრავ ქონებაზე უფლებათა რეესტრი; გირავნობის რეესტრი; მენარმეთა და არაკომერციული იურიდიული პირების რეესტრი; მოვალეთა რეესტრი; საჯარო სამართლებრივი შეზღუდვების რეესტრი; სახელმწიფო არქივები და ა. შ.

„ერთი ფანჯრის“ პრინციპი დაინტერესებულ პირს აძლევს საშუალებას, გადაჭრას მისთვის საინტერესო საკითხი მინიმალური რაოდენობის ადმინისტრაციული ორგანოებისათვის მიმართვის საშუალებით. თუ პირს სანოტარო მოქმედე-

ბის შესრულების შემდეგ დამოუკიდებლად უნდა მოეხდინა სანოტარო აქტის სახელმწიფო რეესტრის მწარმოებელ ორგანოში, კერძოდ, საჯარო რეესტრის ეროვნულ სააგენტოში რეგისტრაცია, რაც დამატებით დროით და ადამიანური რესურსის დანახარჯს მოითხოვდა, ამჟამად, აღნიშნულის შესაძლებლობა პირდაპირ ნოტარიუსთან არსებობს.

V. დისტანციური სანოტარო აქტები

ციფრულ ეპოქას თავისი გამოწვევები აქვს. ასევე მსოფლიოში მოულოდნელად გაჩენილმა პანდემიამ ასევე ახალი გამოწვევები გააჩინა. დროის სიმცირისა და გადაადგილების შეზღუდვამ აუცილებელი გახადა დისტანციური სანოტარო მომსახურების აუცილებლობა. აღსანიშნავია, რომ თუ სხვა ქვეყნებში პანდემიური პროცესების შედეგად მოხდა დისტანციური სანოტარო მომსახურების დანერგვა, საქართველო ამ პროცესს მომზადებული შეხვდა. 2010 წლის 20 იანვრიდან, ელექტრონული კომუნიკაციის საშუალებით შესაძლებელია განცხადების დამონმება, ხოლო 2010 წლის 1 აპრილიდან, დასაშვებია გახდა მინდობილობების/რწმუნებულებების გაცემა ელექტრონული კომუნიკაციის საშუალებით.

დისტანციური სანოტარო მოქმედებების შესრულება მსოფლიოს ნებისმიერი ადგილიდან დასაშვებია იმ შემთხვევაში, თუ ელექტრონული კომუნიკაცია სანოტარო მოქმედების შესრულებისას იძლევა მოქალაქისა და ნოტარიუსის პირდაპირი ვიზუალური კონტაქტის საშუალებას და შესაძლებელია მისი იდენტიფიცირება და პირადობის დადასტურება სახელმწიფო სერვისების განვითარების სააგენტოს მონაცემთა ბაზაში.

დისტანციური სანოტარო აქტების დამონმებისას განსაკუთრებით მნიშვნელოვანია პიროვნების იდენტიფიცირება. სანოტარო მოქმედების მონაწილე ფიზიკური პირის პირადობას ნოტარიუსი ადგენს პირის მიერ წარდგენილი პირადობის დამადასტურებელი დოკუმენტით: მოქალაქის პასპორტით, პირადობის ან სამშობლოში დაბრუნების დროებითი მოწმობით, სატრან-

სპორტო საშუალების მართვის მოწმობით. აღსანიშნავია, რომ ეს ჩანაწერი საჭიროებს გადახედვას, რადგან ამ ეტაპზე არსებობს პირადობის დამადასტურებელი სხვა დოკუმენტებიც, ხოლო ამომწურავი ჩამონათვალი ზღუდავს ნოტარიუსს, მოახდინოს პირის იდენტიფიცირება სხვა, მაგალითად, სამგზავრო დოკუმენტით.

2017 წლის 17 მარტის ცვლილებებამდე დისტანციური სანოტარო მოქმედებების შესრულება შესაძლებელი იყო იმ უცხო ქვეყნის მოქალაქის მიერაც, რომელსაც არ ჰქონდა ბინადრობის მოწმობა. ამ შემთხვევაში მას, ერთჯერადად და უშუალოდ უნდა ჰქონოდა შესრულებული სანოტარო მოქმედება საქართველოს ნოტარიუსთან და ნოტარიუსს განხორციელებული ჰქონოდა მისი იდენტიფიცირება. 2017 წლის 17 მარტიდან უცხოელ მოქალაქეთა და მოქალაქეობის არმქონე პირთა იდენტიფიცირება ხდება სსიპ – სახელმწიფო სერვისების განვითარების სააგენტოს ელექტრონულ მონაცემთა ბაზაში არსებული ბინადრობის მოწმობის მონაცემების გამოყენებით.

ყველა შემთხვევაში დისტანციური სანოტარო მოქმედების შესრულებისას ნოტარიუსი ვალდებულია, პირადობის დამადასტურებელ დოკუმენტთან ერთად დამატებით გამოიყენოს ელექტრონულ მონაცემთა ბაზაში არსებული პირადობის (ბინადრობის) მოწმობის მონაცემები. ნოტარიუსის დამცავ მექანიზმად გვევლინება მისი ვალდებულება, უარი თქვას სანოტარო მოქმედების შესრულებაზე, თუ ეჭვი ეპარება: წარდგენილი დოკუმენტის წარმდგენისადმი კუთვნილებაში; პირადობის დამადასტურებელი დოკუმენტის ნამდვილობაში; სსიპ-ის ელექტრონულ მონაცემთა ბაზაში არსებული პირის პირადობის (ბინადრობის) მოწმობის მონაცემების შესაბამისობაში იმ პირთან, რომლის იდენტიფიცირებაც უნდა მოხდეს ნოტარიუსის მიერ; არსებობს რაიმე სხვა გარემოება, რომელიც ნოტარიუსს ხელს უშლის პირის იდენტიფიცირებასა და პირადობის დადასტურებაში.

დისტანციური მინდობილობის/განცხადების დამონმებისას გამცემი პირის ნაცვლად და მისი თხოვნით, ხელს აწერს სხვა პირი. ეს პირი უნდა ესწრებოდეს სანოტარო მოქმედების შესრულებას.

ბას. ხელმომწერი შეიძლება იყოს სანოტარო მოქმედების მონაწილის ნათესავი, მაგრამ ამავედროულად არ შეიძლება იყოს სანოტარო აქტის მონაწილე. ნოტარიუსი ვალდებულია, დაადგინოს ამ პირის პირადობაც დადგენილი წესით.

ხელმომწერი პირის გარდა, სავალდებულოა დამატებით მონმის დასწრებაც, რომელიც ხელს აწერს სანოტარო აქტს. მონმე უნდა იყოს სრულწლოვანი და ქმედუნარიანი, წერა-კითხვის მცოდნე პირი. მას არ უნდა ჰქონდეს შეზღუდული სამოქალაქო ქმედუნარიანობა და სანოტარო მოქმედებით არ უნდა იღებდეს სარგებელს პირდაპირი ან არაპირდაპირი სახით. მონმე არ შეიძლება იყოს სანოტარო მოქმედების მონაწილე რომელიმე მხარის და/ან ნოტარიუსის ნათესავი აღმავალი და დამავალი ხაზით მესამე რიგის ჩათვლით ან სანოტარო მოქმედების მონაწილე იურიდიული პირის დაქირავებული პირი.

სანოტარო მოქმედების შესრულებას მონმეები უნდა ესწრებოდნენ ნოტარიუსის მიერ დოკუმენტის წაკითხვის დაწყებიდან - დასრულებამდე. ნოტარიუსი ვალდებულია, სანოტარო მოქმედების ყველა მონაწილე (მონმის ჩათვლით) გააფრთხილოს მონმეობის გამომრიცხავი გარემოებების შესახებ. მხარემ და მონმემ უნდა დაადასტურონ მონმეობის გამომრიცხავი გარემოებების არარსებობის შესახებ.

როგორც ზემოაღნიშნულიდან ჩანს, მიუხედავად იმისა, რომ მოქმედებას ეწოდება დისტანციური, ეს გარკვეული პირების ფიზიკურად სანოტარო ბიუროში გამოცხადებას მაინც მოითხოვს და სანოტარო მოქმედებაც ქალაქში სრულდება. აღნიშნული განპირობებულია იმით, რომ ამ წესის დანერგვისას ჯერ კიდევ არ არსებობდა ციფრული ხელმოწერა. დღეისათვის ციფრული ხელმოწერის გაჩენა შესაძლებელს ხდის სანოტარო მოქმედების რეალურად დისტანციურად ტრანსფორმაციას.

ნოტარიუსი აფრთხილებს მოქალაქეებს, რომ მიმდინარეობს ელექტრონული კომუნიკაციის ვიდეო-ჩანერა. ელექტრონულ სანოტარო რეესტრში პირდაპირი ელექტრონული კომუნიკაციის საშუალებით შესრულებული სანოტარო მოქმედების რეგისტრაციის თაობაზე კონკრეტულ

ჩანაწერს უნდა მიმაგრდეს ამ მოქმედების შედეგად ჩანერილი ვიდეოფაილი. ვიდეოფაილები დაცულია არასანქცირებული წვდომისაგან.

VI. მობილური აპლიკაცია

ტელე-კონფერენციისათვის გამოიყენება სხვადასხვა საკომუნიკაციო საშუალებები „Massenger“, „Viber“, „Whatsapp“ თუ სხვა, რამაც შესაძლებელია დღის წესრიგში დააყენოს კიბერუსაფრთხოების საკითხები. აღნიშნულის პრევენციისათვის ნოტარიუსთა პალატის დაკვეთით იქმნება მობილური აპლიკაცია, რომლის მეშვეობითაც დისტანციური სანოტარო მომსახურება უფრო დახვეწილი და უსაფრთხო იქნება და ხელს შეუწყობს ნოტარიატში დიგიტალიზაციის შემდგომ განვითარებას. მოხდება მისი თავდაპირველად სატესტო, ხოლო შემდეგ ჩვეულებრივ რეჟიმში გაშვება. ბრენდირებული მობილური აპლიკაციის მეშვეობით, მოქალაქე შეძლებს დაუკავშირდეს ნოტარიუსს, შექმნას კონფერენცია და შეასრულოს შესაბამისი სანოტარო მოქმედება. პროგრამაში ასევე ინტეგრირებული იქნება სხვა სასარგებლო ფუნქციონალი: სანოტარო ბიუროების რუკა, ნოტარიუსების სამუშაო გრაფიკი და სხვ. პროექტის ძირითადი მიზანია გაუმარტივოს მოქალაქესა და ნოტარიუსს ონლაინ სანოტარო მოქმედების შესრულება, მოახდინოს პროცედურის სტანდარტიზაცია და გაზარდოს უსაფრთხოების დონე.

VII. დისტანციური კრების ოქმი

დისტანციური სანოტარო მომსახურება საკორპორაციო სფეროშიცაა დანერგილი. ნოტარიუსი უფლებამოსილია დაესწროს სამენარმეო და არასამენარმეო იურიდიული პირების მმართველი ორგანოების კრებებს (სხდომებს), რომლებიც ტარდება კომუნიკაციის ელექტრონული საშუალებების გამოყენებით და შეადგინოს კრების ოქმი იმ შემთხვევაში, თუ პირდაპირი ელექტრონული კომუნიკაცია იძლევა კრებაში გადამწყვეტი ხმის უფლებით მონაწილე ყველა პირის და ნოტარიუსის ერთდროული პირდაპირი ვიზუალური კონტაქტის საშუალებას (ტელე-

კონფერენცია) და შესაძლებელია კრებაში მონაწილე პირთა იდენტიფიცირება და პირადობის დადასტურება დადგენილი წესით. ასეთ შემთხვევაში სავალდებულოა სანოტარო მოქმედების ჩანერა ვიდეოფაილის სახით. ვიდეოფაილი უნდა ჩაინეროს ელექტრონული მონაცემების შემნახველ საშუალებაზე (მაგ., კომპაქტდისკზე), რომელიც თან უნდა დაერთოს სანოტარო აქტს ან სანოტარო რეესტრს. ნოტარიუსი ვალდებულია ოქმში მიუთითოს, რომ სხდომა ჩატარებულია კომუნიკაციის ელექტრონული საშუალებების გამოყენებით. ოქმს ხელს აწერს კრების თავმჯდომარე და მოწმე, რომელიც სრულად უნდა დაესწროს სხდომას.

IX. გარიგების დადება დისტანციურად

დისტანციურად ასევე შესაძლებელია გარიგების დამოწმება მხოლოდ საქართველოს ტერიტორიაზე - გარიგება, რომელშიც მონაწილეობს ორი ან მეტი მხარე, შეიძლება დამოწმდეს საჯარო აქტის ფორმით ორი ან მეტი ნოტარიუსის მონაწილეობით, პირდაპირი ელექტრონული კომუნიკაციის საშუალებების გამოყენებით. სანოტარო მოქმედების მონაწილე ყველა პირი ხელს აწერს გარიგების იდენტიურ ტექსტს. დგება ორი ან რამდენიმე სანოტარო აქტი (რამდენი ნოტარიუსიც მონაწილეობს), საიდანაც თითოეულზე ხელს აწერს ის პირი, რომელიც ნოტარიუსთან იმყოფება. სხვადასხვა ნოტარიუსის მიერ შესრულებულ თითოეულ სანოტარო აქტს ენიჭება დამოუკიდებელი სარეგისტრაციო ნომერი. ამ წესით დამოწმებული გარიგება მესამე პირისათვის ნამდვილია მხოლოდ ყველა სანოტარო აქტის წარდგენის შემთხვევაში. მოცემულ შემთხვევაშიც მხარეთა ფიზიკური მისვლა სანოტარო ბიუროში აუცილებელია და დისტანციურობა მდგომარეობს მხოლოდ სხვადასხვა ლოკაციაზე მდებარე სანოტარო ბიუროებში მისვლაში. აღნიშნული სერვისი, რომელიც თავის დროზე ნოვაციას წარმოადგენდა, გასახლებულია და აუცილებელია მისი სრულად დისტანციურად ტრანსფორმირება ციფრული ხელმოწერის გამოყენებით.

X. ელექტრონული აქტი

საქართველოს ნოტარიუსთა პალატის სტრატეგიული მიზანია, სანოტარო მოქმედებებში ციფრული ხელმოწერის გამოყენების დანერგვა. სანოტარო მოქმედება შესრულდება „ელექტრონული დოკუმენტისა და ელექტრონული საბუღალტრო მომსახურების შესახებ“ საქართველოს კანონით გათვალისწინებული წესითა და საშუალებებით.

ციფრული ხელმოწერის ნოტარიატში დანერგვა ნოტარიუსებს შესაძლებლობას მისცემს შესაბამის პროგრამაში შექმნან ელექტრონული სანოტარო აქტები. ელექტრონული სანოტარო აქტების გამოყენება მიგვაახლოებს გაერთიანებული ერების ორგანიზაციის მიერ გაცხადებულ იმ მიზნებთან, რომლებიც გარემოს დაცვასა და ნაკლები ქაღალდის რესურსის გამოყენებაზეა ორიენტირებული. ელექტრონული აქტების გამოყენება და ზოგადად ნოტარიატების გაციფრულება, თანამედროვე ტექნოლოგიების დანერგვა რეკომენდებულია ნოტარიუსთა საერთაშორისო კავშირის მიერ.⁵

XI. ბლოკჩეინი და ჭკვიანი კონტრაქტები

ტექნოლოგიები ვითარდება და ციფრული ხელმოწერის შემდეგი განვითარება უკვე არსებობს. რიგმა სახელმწიფოებმა და მათ შორის საქართველომ მოახდინა ბლოკჩეინ ტექნოლოგიის ინტეგრირება სახელმწიფო სერვისებში. საქართველო ერთ-ერთი პირველი ქვეყანაა, რომელმაც ბლოკჩეინის ტექნოლოგიური მიღწევა უძრავი ქონებისა და ბიზნესის რეგისტრაციისას გამოიყენა. ბლოკჩეინის ქსელში უძრავ ქონებაზე ამონაწერის ნამდვილობის გადამოწმება ნებისმიერ მოქალაქეს სპეციალურ ვებგვერდებზე: www.blockchain.info, www.blocktrail.com, www.btc.com შეუძლია.⁶ ბლოკჩეინის უსაფრთხოება უზრუნველყოფილია კრიპტოგრაფიულად დაცული პირადი გასაღებით (გრძელი, შემთხვევითი შერჩეული რიცხვები). ერთ კონკრეტულ მონაცემში უკანონო მანიპულაციის ნების

⁵ ნოტარიუსთა საერთაშორისო კავშირის რეკომენდაციები ეროვნული პალატებისთვის.

⁶ <https://napr.gov.ge/p/1515>.

სმიერი მცდელობისას ქსელის ყველა კომპიუტერი საექვო მოქმედებას ავტომატურად ბლოკავს. ის დაცულია, როგორც კიბერშეტევებისგან, ისე ფიზიკური განადგურებისგან.⁷ აღნიშნული მექანიზმი მოქალაქეების თავად სახელმწიფოსაგან დამცავ მექანიზმადაა მოაზრებული, რათა სახელმწიფო რეესტრში არ განხორციელდეს რაიმე მანიპულაცია. საქართველოში ბლოკჩეინ ტექნოლოგიის განვითარების მეორე ფაზა ჭკვიანი კონტრაქტების (Smart Contracts) დანერგვას გულისხმობს. გონიერი კონტრაქტების სისტემის საშუალებით ყიდვა-გაყიდვის შეთანხმებას მხარეები ციფრულ ფორმატში, განაწილებული სააღრიცხვო სისტემის მეშვეობით განახორციელებენ.⁸ ამგვარი კონტრაქტების უპირატესობად მიჩნეულია ორ მხარეს შორის დადებული გარიგების მესამე მხარის მიერ დადასტურებისაგან გათავისუფლება: კლასიკური გაგებით ხელშეკრულება, როგორც ორ პირს შორის გარიგება, არ წარმოადგენს ავტონომიურ მოვლენას, მის შესრულებაში უმრავლეს შემთხვევებში ერევა მესამე პირი, რომელიც ახდენს გარიგების პირობათა ფორმირებას (ადვოკატი), ადასტურებს ხელშეკრულების პირობებს (ნოტარიუსი), ან/ და ახორციელებს საშუამავლო ფუნქციებს (კომერციული ბანკი, სახელმწიფო დაწესებულება ან სხვა სახის შუამავალი).⁹

ვინაიდან ნოტარიუსები მიჩნეული არიან საზოგადოებრივ მხარეებად მოქალაქეებისთვის, ბიზნესისა და სახელმწიფოსთვის,¹⁰ ჭკვიანი კონტრაქტების გამოყენება და სახელმწიფო სერვისებში მისი დანერგვა იძლევა როგორც აზრთა სხვადასხვაობის, ასევე ვარაუდის საფუძველს, რომ იურიდიულ პროფესიებში და მათ შორის ნოტარიატში, შესაძლებელია აღნიშნული ტექ-

ნოლოგიის ინტეგრირება, ვინაიდან მოქალაქეთათვის შესაძლებელია ერთნაირად გაუგებარი იყოს როგორც სამართლებრივი, ასევე ის კომპიუტერული ენა, რომლითაც იქმნება ე.წ. ჭკვიანი კონტრაქტი. მით უმეტეს, რომ თანამედროვე ეტაპზე ყველაზე გავრცელებულია კონტრაქტების შერეული მოდელი, როდესაც ხელშეკრულების ნაწილი შედგენილია ბუნებრივ ენაზე, ხოლო ნაწილი მოცემულია სმარტ კონტრაქტის სახით. მაგალითად, ალგორითმის ნაწილში მხარეები აფიქსირებენ ფასის გადახდის წესს და გადახდის საშუალებებს. დანარჩენი ნაწილი, მათ შორის დავის გადაჭრის წესი, ხელშეკრულების შეწყვეტის პირობები, საქონლის აღწერილობა, ფორს-მაჟორული გარემოებები და სხვა პირობები, მოცემულია ბუნებრივ ენაზე.¹¹ ეფექტიანობა და ხარჯი ცენტრალური ასპექტებია დისკუსიისა, თუ რატომ შეიძლება, სურდეთ მხარეებს გონიერი კონტრაქტების გამოყენება. ეფექტიანობის პოტენციური წყაროა ის ფაქტი, რომ გონიერი კონტრაქტები პროგრამული უზრუნველყოფის საშუალებით, ავტომატიზებული პროცესის შედეგად, ასრულებენ ხელშეკრულებასთან დაკავშირებულ გარკვეულ ამოცანებს.¹² აღნიშნულმა გარემოებამ შესაძლებელია იურიდიულ პროფესიებსაც გაუმარტივოს საქმიანობა. ჭკვიანი კონტრაქტების შემოღების შემთხვევაში, განსაკუთრებით საწყის ეტაპზე მიზანშეწონილი იქნება მისი იურიდიულ პროფესიასთან ინტეგრაცია, რათა არ იქონიოს იგივე შედეგი, რაც მოჰყვა უძრავ ქონებაზე სავალდებულო სანოტარო დამოწმების გაუქმებას - ე.წ. იპოთეკით დაზარალებულთა, უკანასკნელი საცხოვრისის გარეშე დარჩენილ პირთა რაოდენობის ზრდა, იმ გარემოების გამო რომ ხელშეკრულებ-

⁷ <https://napr.gov.ge/p/1515>.

⁸ <https://napr.gov.ge/p/1712>.

⁹ *ხიხაძე*, ბლოკჩეინ ტექნოლოგიებისა და ციფრული კომუნიკაციების განვითარების მომავალი თანამედროვე გლობალურ ბიზნესში, გლობალიზაციის გამოწვევები ეკონომიკასა და ბიზნესში, IV საერთაშორისო სამეცნიერო კონფერენცია, IV საერთაშორისო სამეცნიერო კონფერენცია, შრომების კრებული, 488.

¹⁰ რეკომენდაციები ნოტარიუსთა საერთაშორისო კავშირის (UINL), ნევერ ნოტარიუსთა ეროვნული პალატებისა და ეროვნული საბჭოების მიმართ, ნოტარიუსთა საერთაშორისო 28-ე კონგრესი 2016 წლის 19-22 ოქტომბერი, პარიზი.

¹¹ *ხიხაძე*, ბლოკჩეინ ტექნოლოგიებისა და ციფრული კომუნიკაციების განვითარების მომავალი თანამედროვე გლობალურ ბიზნესში, გლობალიზაციის გამოწვევები ეკონომიკასა და ბიზნესში, IV საერთაშორისო სამეცნიერო კონფერენცია, შრომების კრებული, 488.

¹² გონიერი კონტრაქტები: სამართლებრივი ჩარჩო და სახელმძღვანელო მითითებები კანონმდებლებისთვის, ოქტომბერი 2018, მოხსენება ითარგმნა გერმანიის საერთაშორისო თანამშრომლობის საზოგადოების (GIZ) ფინანსური მხარდაჭერით. <http://lawlibrary.info/ge/books/2019GIZ-GE-Smart-Contracts.pdf>.

ბის მეორე მხარემ ისარგებლა მათი მონყვლადობით და დაბალი სამართლებრივი ცნობიერებით. მითუმეტეს, რომ ჭკვიან კონტრაქტებში მონაწილეობა დაკავშირებულია გარკვეულ ტექნოლოგიურ ცოდნასთან, რაც შესაძლებელია არ გააჩნდეს ყველა მოქალაქეს. შესაბამისად, მოსახლეობის ქონებრივი ინტერესების დაცვის

მიზნით მიზანშეწონილი იქნება ტექნოლოგიების დანერგვა მოხდეს განსაკუთრებით ფრთხილად და ინფორმირებულად, რათა სამართლის სპეციალისტების ჩართულობამ უზრუნველყოს კონტრაქტების განმარტება და სამართლებრივი უსაფრთხოება, განსაკუთრებით, მონყვლადი პირებისათვის.