

№ 19

2021

სექტემბერი
SEPTEMBER

სამართალი და მსოფლიო

ევროპის უნივერსიტეტის სამართლის
სამეცნიერო კვლევითი ინსტიტუტის
საერთაშორისო სამეცნიერო
რეფერირებადი ჟურნალი

LAW AND WORLD

INTERNATIONAL SCIENTIFIC
PEER-REVIEWED JOURNAL OF THE
EUROPEAN UNIVERSITY SCIENTIFIC
RESEARCH INSTITUTE OF LAW

სამართალი და მსოფლიო – თქვენი გამკვლევი სამართლის სამყაროში

LAW AND WORLD – Your Guide in Legal World

თბილისი
Tbilisi

www.lawandworld.ge



ჟურნალის საერთაშორისო აღიარება
International Recognition of Journal



დამატებითი გამოცემა
Supplementary Edition

გამოქვეყნებული სტატიის სიზუსტეზე პასუხისმგებელია ავტორი. მისი პოზიცია შეიძლება არ ემთხვეოდეს ჟურნალის სარედაქციო კოლეგიის შეხედულებებს.

ჟურნალი ფლობს საერთაშორისო ლიცენზიას CC BY-SA.

The authors of the articles published in this journal are each solely responsible for the accuracy of their respective articles. Their respective views do not necessarily coincide with the views of the Editorial Board.

The journal holds International license: CC BY-SA.

მთავარი რედაქტორი:
ტექნიკური რედაქტორი:
ინგლისური ტექსტის კორექტორი:
დაკაბადონება:

იოსებ კელენჯერიძე
ნათია გაბედავა
მარიამ ბობოხიძე
თამარ ძავჟარაძე

Chief Editor:
Technical Editor:
Proof-reader of English text:
Imposer:

IOSEB KELENJERIDZE
NATIA GABEDAVA
MARIAM BOBOKHIDZE
TAMAR QAVZHARADZE

გამომცემლობა „დანი“
Publishing „Dani“
ISSN 2346-7916

ჟურნალის ელექტრონული ვერსია შეგიძლიათ იხილოთ ჟურნალის ვებგვერდზე:
The online version of the journal is available on the website:



www.lawandworld.ge
E-mail: info@lawandworld.ge

სარედაქციო ხოლგია

იოსებ კელენჯერიძე
მთავარი რედაქტორი, საერთაშორისო სამართლის დოქტორი, ევროპის უნივერსიტეტის აფილირებული პროფესორი

მერაბ ტურავა
სამართლის დოქტორი, გრიგოლ რობაქიძის სახელობის უნივერსიტეტის პროფესორი. საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს თავმჯდომარე

ლევან ბაყალი
საერთაშორისო სამართლის დოქტორი, ბათუმის შოთა რუსთაველის სახელობის სახელმწიფო უნივერსიტეტის ასოცირებული პროფესორი

თამარ ლალიაშვილი
სამართლის დოქტორი, ევროპის უნივერსიტეტის პროფესორი

შალვა შურდაძე
სამართლის დოქტორი, გურამ თავართქილაძის სახელობის თბილისის სასწავლო უნივერსიტეტის პროფესორი, ადვოკატი

ალექსანდრე ლლონტი
ფრაიბურგის ალბერტ ლუდვიგის სახელობის უნივერსიტეტის სამართლის მეცნიერებათა დოქტორის კანდიდატი. საერთაშორისო კიბერუსაფ-

რთობის კვლევითი ცენტრის დამფუძნებელი

ანა ჭილიტაშვილი
სამართლის დოქტორი, ევროპის უნივერსიტეტის პროფესორი

ლევან მისხორაძე
ევროკავშირის პროექტის ხელმძღვანელი, ევროკავშირის, ევროპის საბჭოს, ამერიკის იურისტთა ასოციაციის ეროვნული/საერთაშორისო ექსპერტი

ბაკურ ლიუაშვილი
სამართლის დოქტორი, ევროპის უნივერსიტეტის აფილირებული პროფესორი

თათული დოლიძე
სამართლის დოქტორი, ევროპის უნივერსიტეტის აფილირებული პროფესორი

როინ მიგრიაული
ივანე ჯავახიშვილის სახელობის თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტის ასოცირებული პროფესორი, საქართველოს ადვოკატთა ასოციაციის წევრი, ადვოკატი

მკატერინე ლაფაჩი
სამართლის დოქტორი, ევროპის უნივერსიტეტის აფილირებული პროფესორი

გიორგი გორაძე
სამართლის დოქტორი, სულხან საბა ორბელიანის უნივერსიტეტის პროფესორი

გიორგი ხატიძე
საქართველოს საზოგადოებრივ საქმეთა ინსტიტუტის (GIPA) სამართლის და პოლიტიკის სკოლის ასოცირებული პროფესორი

ბაბა გოშაძე
სამართლის დოქტორი, ევრო-

პის უნივერსიტეტის აფილირებული პროფესორი

მამუკა შენგელია
სამართლის აკადემიური დოქტორი, აკაკი წერეთლის სახელმწიფო უნივერსიტეტის ბიზნესის, სამართლის და სოციალურ მეცნიერებათა ფაკულტეტის სამართლის დეპარტამენტის ხელმძღვანელი, პროფესორი

უცხოელი წევრები

ჰანს იურგენ ზახორკა
ევროპული ინსტიტუტის ლიბერტას დირექტორი, ყოფილი ევროპარლამენტარი, ევროკავშირის საგარეო საქმეთა შურნალის მთავარი რედაქტორი, ადვოკატი (გერმანია)

პატრიკ ტერი
კენტის უნივერსიტეტის სამართლის დოქტორი (ინგლისი), კვლის საჯარო ადმინისტრაციის უნივერსიტეტის პროფესორი (გერმანია)

ლემილ კოლბე
ვალპარაისოს უნივერსიტეტის სამართლის დოქტორი, ინდიანას შტატის ადვოკატთა ასოციაციის წევრი (აშშ)

უილიამ ბილ მოტოკინსი
სამხრეთ კაროლინას მოქმედი პროკურორი. ოუკლენდის დამოუკიდებელი ინსტიტუტის მკვლევარი (აშშ)

მარკ სპეისერი
ფლორიდის შტატის საოლქო სასამართლოს მოსამართლე (აშშ)

მარტინ კოლე
Panthéon-Assas-ის (Paris II) უნივერსიტეტის პროფესორი (საფრანგეთი)

მატიუ მერპოელი
საფრანგეთის ლილის კათოლიკური უნივერსიტეტის სამართლის ფაკულტეტის ასოცირებული პროფესორი საჯარო სამართალში (საფრანგეთი)

Editorial Board

IOSEB KELENJERIDZE
Editor-in-Chief, Doctor of International Law, Affiliated professor of European University

MERAB TURAVA
Doctor of Law, Professor of Grigol Robakidze University. President of the Constitutional Court of Georgia

LEVAN JAKELI
Doctor of International Law, Associate Professor of Batumi Shota Rustaveli State University

TAMAR LALIASHVILI
Doctor of Law, Professor of The European University

SHALVA KURDADZE
Doctor of Law, Professor of Guram Tavartkiladze Tbilisi Teaching University, Advocate

ALEKSANDRE GLONTI
J.D. Candidate at Freiburg University. Founder of an International Cybersecurity Company The Project Andromeda

ANNA CHIGITASHVILI
Doctor of Law, Professor of European University

LEVAN MESKHORADZE
Head of the European Union projects, international/national consultant of the Council of Europe/American Bar Association Rule of Law Initiative (ABA ROLI)/Promoting Rule of Law in Georgia (PROLoG)/Georgia Bar Association (GBA)

BAKUR LILUASHVILI
Doctor of Law, Affiliated professor of European University

TATULI DOLIDZE
Doctor of Law, Affiliated professor of European University

ROIN MIGRIAULI
Associate Professor of Iv. Javakishvili Tbilisi State University, Member of LEPL Georgian Bar Association, Advocate

EKATERINE LAPHACHI
Doctor of Law, Affiliated professor at the European University

GEORGE GORADZE
Doctor of Law, professor Sulkhani-Saba Orbeliani University

GEORGE KHATIDZE
Associate Professor at the Georgian Institute of Public Affairs, School of Law and Politics (GIPA)

HANS-JÜRGEN ZAHORKA
The director of European Institute „Liberta“, Former member of European Parliament, Chief Editor of European Union Foreign Affairs Journal (EU-FAJ), Advocate (Germany)

PATRICK C. R. TERRY
Doctor of Law at Kent University (England), Professor of University of Kelly Public Administration (Germany)

DAVID C. KOLBE
Doctor of Law at Valparaiso University, Lawyer of Indiana State Bar Association (USA)

KAKHA GOSHADZE
Doctor of Law, Affiliated professor of European University

MAMUKA SHENGELIA
Academic Doctor of Law, Head of the Department of Law, Faculty of Business, Law and Social Sciences, Akaki Tsereteli State University, Professor

WILLIAM J. WATKINS
Acting prosecutor of South Carolina, (representative at the Appeal Court). Researcher of the independent Institute of Oakland (USA)

MARK A. SPEISER
Judge of circuit court of Florida (USA)

MARTIN COLLET
Professor of Law at Université Panthéon-Assas (Paris II), (France)

MATTHIEU MEERPOEL
Associate Professor in public Law at the Law Faculty of the Catholic University of Lille (France)

- 6** COMPARISON OF SUBROGATION WITH CESSION AND REGRESSION
Giorgi Kumsiashvili, Ketevan Chkhaidze
სუბროგაციის შედარება ცესიასთან და რეგრესთან
გიორგი ქუშიაშვილი, ქეთევან ჩხაიძე
- 30** CONSULTATION IN NATO AND ITS LEGAL ASPECTS
Rati Bakhtadze
კონსულტაციები ნატოში და მისი სამართლებრივი
ასპექტები
რატი ზახტაძე
- 55** LAW AND ECONOMICS, OR PUNCTUM ARCHIMEDIS
IN ENVIRONMENTAL LAW
Iviko Khavtasi
სამართალი და ეკონომიკა, ანუ Punctum Archimedis
გარემოს დაცვის სამართალში
ივიკო ხავთასი
- 92** THE SCOPE OF THE RIGHT TO GIVE BIRTH AT HOME AS
REPRODUCTIVE SELF-DETERMINATION IN THE LEGISLATION
OF GEORGIA AND THE PRACTICE OF THE EUROPEAN COURT
OF HUMAN RIGHTS
Nino Mdinardze
ბინაზე მშობიარობის უფლების, როგორც
რეპროდუქციული თვითგამორკვევის, ფარგლები
საქართველოს კანონმდებლობასა და ადამიანის
უფლებათა ევროპული სასამართლოს პრაქტიკაში
ნინო მდინარაძე
- 125** PRINCIPLE AS A MEANS OF IDENTIFYING A LEGISLATIVE GAP
(On the example of juvenile justice)
Salome Guliashvili

კრინცივი, როგორც საკანონმდებლო ხარვეზის
დადგენის საშუალება
(იუვენალური იუსტიციის მაგალითზე)
სალომე გულიაშვილი

- 152** კონსტიტუციით გათვალისწინებული ადამიანის ძირითადი უფლებებისა და პერსონალური მონაცემების დაცვის მნიშვნელობა (მექანიზმები) იძულებითი სააღსრულებო სამართალწარმოების განხორციელების პროცესში
თამარ ხუჯაძე, მარიამ ხუჯაძე
IMPORTANCE (A MECHANISM) OF CONSTITUTIONALLY STIPULATED BASIC HUMAN RIGHTS AND PERSONAL DATA PROTECTION IN ENFORCEMENT PROCEEDING PROCESS
Tamar Khujadze, Mariam Khujadze
- 166** ფსიქიკური ჯანმრთელობა და მასთან დაკავშირებული რამდენიმე პრობლემური საკითხის სამართლებრივი მიმოხილვა
ხატია ცეცხლაძე
- 184** შვილად აყვანის საიდუმლოების დაცვასთან დაკავშირებული პრობლემები სამოქალაქო სამართალში
ანი გოცირიძე
PROBLEMS RELATED TO ADOPTION SECRECY IN CIVIL LAW
Ana Gotsiridze
- 199** ზოგიერთი სახის სასჯელი ქართული ჩვეულებებით სამართლის მიხედვით
(ზემო აჭარის მაგალითზე)
ოთან გოგოლიშვილი
SEVERAL TYPES OF PUNISHMENT ACCORDING TO GEORGIAN CUSTOMARY LAW
(On the example of Upper Adjara)

COMPARISON OF SUBROGATION WITH CESSION AND REGRESSION

Giorgi Kumsiashvili

Bachelor of ilia state university, Master's Student at Ilia State University, Lawyer at law company "martali"

Ketevan Chkhaidze

Bachelor of ilia state university, Master's Student at Ilia State University, Lawyer at "safety consulting services"

KEYWORDS: Insurance, Compare, Problems

ABSTRACT

The purpose of this article is to present one of the most problematic issues in the Civil Code of Georgia, which is manifested in the confusion of the institution of subrogation in insurance law with such institutions as cession and the condition of regression.

They are close in content to each other, and this fact makes it difficult to see differences between them. Seeing the difference in content between them has not only theoretical but also practical significance, as each institution is characterized by a different legal outcome, and in each specific case the proper qualification of the relationship is crucial.

One of the most practical different legal consequences of the given institutions is revealed in the different terms of the statute of limitations. For example, until 2012, it was unknown to the Georgian court that the statute of limitation of a subrogation starts from the period when the insurer has the right to claim damages against the insurance underwriter. Before then, it was an unknown fact that, different from regression, only legal relationship is established with one obligation in subrogation.

In this article, we have discussed the distinctive features of subrogation, cession, and the condition of regression, and the accompa-

nying legal consequences. We have discussed the decisions of the Supreme Court of Georgia, which discuss the differences in the content and results of the above-mentioned institutions. As a result, it was revealed that the practice of the Civil Court of Georgia before 2012 was unknown about the institution of subrogation, which is a really significant problem. It can be said that a uniform practice of the Supreme Court has been established at the Subrogation Institute and the problems that existed before have been solved.

INTRODUCTION

The use of insurance law is also increasing over time. There is a growing tendency for the origin of the insurance relationship in everyday life. That is why it is important to understand the essence of insurance law. It is closely related to economic and social relations. The development and increasing use of this field contributes to the diversity of practices, which show the gaps in the legislation. Economic principles are particularly clear in insurance law, which also affects the state of society.

The Civil Code of Georgia provides for the doctrine of subrogation, but this term is not used. The legislature refers to the relationship as the right to claim damages from a third party, which is a problematic. The Civil Code provides institutions with similar content, such as regression and cession. In these cases the terms that would make the relationship clearer are not used. In the absence of a term, the risk of confusion increases. That is why it is important to understand the purpose of each of them. This is necessary not only to show the theoretical difference, but also practical. Subrogation, cession, and regression are remedies. In legal relations, we have three parties who have certain rights and responsibilities. Court decisions also reflected the need to differentiate relationships. The term "subrogation" was first used by the Supreme Court of Georgia in 2012. He also drew the line between the doctrine of subrogation and regression. In this regard, it is important to focus on the con-

sequences of legal relationships in the wake of differences, where the calculation of time of limitations is of particular practical importance.

Although the common and distinguishing signs of subrogation, regression, and cession have been discussed in the legal literature and practice, the problem has not been eliminated and the threat of relationship confusion is still relevant today.

The aim of the present study is to clearly distinguish between obligation-legal relationships. To do this, it is important to characterize each institution in terms of their specifics, in order to clarify the content of the relationship. At the same time, it is important to consider their similar features, as well as the distinguishing factors that are necessary, both theoretically and practically, since it leads to different legal consequences.

THE CONCEPT OF INSURANCE LAW

Insurance law dates back to ancient times and it was formed when statehood and civilization emerged¹. Under the insurance contract, the insurer undertakes to claim damage the insured in case of realization of the insured event.² Damages can even be caused by encroachment on non-property and property interests, which can be subject to compensation.³ Through the insurance contract, the insurer maximizes the prevention of the expected harmful factors.⁴ In the doctrine of law, the insurance contract is also referred to as a measure to secure damages.⁵ Insurance contract can be of different types

- 1 Verulava, T., 2013. History of Insurance. Tbilisi. Ilia State University Publishing House. p. 2.
- 2 A. Martin, E., 2001. Oxford dictionary of law. Fifth edition. Published by. oxford university. p. 256.
- 3 Vashakidze, G., 2010. Complicated Obligation System of the Civil Code. Tbilisi. GIZ Publishing House. p. 193.
- 4 Amiranashvili, G., 2011. Inadmissibility of the right of subrogation. Student Law Journal. p. 9. Tsiskadze, M., 2001. Commentary on the Civil Code of Georgia. Publishing House "Law". p. 106.
- 5 Iremashvili, K., 2016. Commentary on the Civil Code. Article 799. Tbilisi. p. 2. [19.04.2020]. www.gccc.ge

(property, personal, civil liability), but each has the purpose of restoring the original condition.⁶ Through it, the insurer compensates the damage caused in a short period of time, thus avoiding lengthy court proceedings against the person who caused the damage.⁷

The insurance relationship with other institutions also includes subrogation,⁸ However, the Civil Code does not recognize such a term⁹ Which indicates a flaw in the institute. Subrogation means the replacement of one person by another¹⁰ Which reveals its transport function.¹¹ The institution of subrogation is closely related to cession and regression, which often causes even terminological confusion in many people.¹² The right of operation of law may arise by law (cessio legis)¹³ And the person entitled to recourse is given the opportunity to claim reimbursement for the expenses incurred due to the fulfillment of another's obligation.¹⁴ Consequently, it is difficult to see the differences between them and subrogation. In the following chapters we will discuss the mentioned institutions and offer the legal and practical issues of their separation.

SUBROGATION

The term "subrogation" is used in the modern legal literature to mean substitution.¹⁵ It involves the process by which an insurer can claim a third party for damages as a result of its fault.¹⁶ The existence of the institution of subrogation is not foreign to Georgian law, although the term "subrogation" is not used to describe this relationship.¹⁷ The relationship defined by Article 832 of the Civil Code of Georgia is known as a claim for damages from a third party,¹⁸ Which in its content is an institution of subrogation.¹⁹ Subrogation is based on the principles of reparation for damages, restoration of the original condition and prohibition of making a profit.²⁰

Under the institution of subrogation, the insurer can compensate the damage through the insured.²¹ In turn, the insurer has the right to claim against a third party after it has reimbursed the insured for damages.²² The Supreme Court of Georgia refers to the transfer of the right of claim in the relationship provided for in Article 832 by the principle of subrogation.²³ As a result, the statute of limitations for claiming damages against the insurer is extended in the same way as it was for the insured.

Subrogation can arise on the basis of a contract or law.²⁴ Article 832 of the Civil Code

6 Iremashvili, K., 2016. Criteria of legal ratio of parties in insurance relations. Tbilisi. Ivane Javakhishvili Tbilisi State University Publishing House. p. 44.
 7 Dolden, E., Richardson, D., 2015. Practical and substantive aspects of subrogation. Published by Dolden wallace folick (LLP). p. 11-12.
 8 Imnadze, K., 2019. Separation of subrogation from compensation and cession by regression. Tbilisi. Ivane Javakhishvili State University Publishing House. p. 6.
 9 Motsonelidze, N., 2014. Separation of subrogation from regression and cession. Tbilisi. Law Journal, N1. p. 158.
 10 Robinson, A., 2006. Subrogation. p. 3.
 11 Meskhishvili, K., 2020. Current issues of private law. Tbilisi. GIZ Publishing House. p. 71.
 12 Motsonelidze, N., 2015. Subrogation as a means of satisfying the insurer's claim. Tbilisi. Ivane Javakhishvili Tbilisi State University Publishing House. p. 120-121.
 13 Civil Code of Georgia. Article 207. [19.04.2020]. www.matsne.gov.ge – Rusiashvili, G., Sirdadze, L., Egnatashvili, D., 2019. Commodity law (collection of cases). Tbilisi. GIZ Publishing House. p. 408.
 14 Rusiashvili, G., 2020. Reform proposal of the law of unjust enrichment. Tbilisi. GIZ Publishing House. p. 90-91.

15 Motsonelidze, N., 2015. Subrogation as a means of satisfying the insurer's claim. Tbilisi. Ivane Javakhishvili Tbilisi State University Publishing House. p. 17.
 16 A. Martin, E., 2001. Oxford dictionary of law. Fifth edition. Published by oxford university. p. 483.
 17 Motsonelidze, N., 2014. Separation of subrogation from regression and cession. Tbilisi. Law Journal, N1, p. 158.
 18 Civil Code of Georgia. Article 832. [23.04.2020]. www.matsne.gov.ge
 19 Amiranashvili, G., 2011. Inadmissibility of the right of subrogation. Student Law Journal. p. 20.
 20 Imnadze, K., 2019. Separation of subrogation from compensation and cession by regression. Tbilisi. Ivane Javakhishvili Tbilisi State University Publishing House. p. 25.
 21 Iremashvili, K., 2016. Commentary on the Civil Code. [23.04.2020]. Article 832. Tbilisi. p. 1. www.gccc.ge
 22 Amiranashvili, G., 2011. Inadmissibility of the right of subrogation. Student Law Journal. p. 21.
 23 Judgment of the Supreme Court of Georgia of September 5, 2012 (Case NAS-581-549-2011).
 24 Imnadze, K., 2019. Separation of subrogation from

of Georgia is a form of legal subrogation.²⁵ Unlike the Civil Code of Georgia, the term subrogation is used in the Civil Code of the Russian Federation.²⁶ In the United States and the United Kingdom, subrogation is described as a change of right in which one party replaces the other and is empowered to claim damages from the third party.²⁷ According to the Civil Code of Georgia if the right of the policyholder to claim damages concerns family members living with him/her, the right may not be transferred if the family member has intentionally caused the damage.²⁸ The opinion expressed in the legal literature, according to the provision of the article contains a technical defect, the word “no” is omitted and it should be formulated as follows: When a family member did not intentionally cause harm.²⁹ Existing flawed edits allow for misinterpretation.

Despite the shortcomings of the existing institution, it is important to understand the doctrine of subrogation, since insurance relationships are constantly evolving. That is why we need to see its similarities and differences with other institutions.

INSTITUTION OF ASSIGNMENT OF CLAIM

Under a contract of assignment of claim, the creditor assigns his claim to the third party.³⁰

compensation and cession by regression. Tbilisi. Ivane Javakhishvili Tbilisi State University Publishing House. p. 19.

25 Motsonelidze, N., 2014. Separation of subrogation from regression and cession. *Journal of Law*, N1, p. 178-179.

26 Amiranashvili, G., 2011. Inadmissibility of the right of subrogation. *Student Law Journal*. p. 20.

27 Kozubovska, D., 2010. Subrogation in insurance: theoretical and practical aspects. Vilnius. p. 16.

28 Civil Code of Georgia. Article 832. [24.04.2020]. www.matsne.gov.ge

29 Iremashvili, K., 2016. Commentary on the Civil Code. [24.04.2020]. Article 832. Tbilisi. p. 1. www.gccc.ge

30 Proprietary effects of the assignment of claims (The impact of future regulation in the land registry). 2019. General assembly. Brussels. p. 4. <https://www.elra.eu/wp-content/uploads/2019/06/Gabriel-Alonso-Colegio-de-Registradores-de->

The debtor's consent was required for the valid claim,³¹ later the cession became possible even without his consent.³² The assignment of claim may be by contract or by law³³. The creditor is replaced by a cession agreement between the claim holder (assignor) and a third party (assignee).³⁴ The common sign of subrogation and cession is the transfer of the right of claim from one person to another, which makes it difficult and problematic to see the difference between them.³⁵ The old creditor is replaced by a new creditor not by contract, but by the force of law (ibso jure).³⁶ Article 832 is the legal form of assignment of claim.³⁷ An example of legal cession is often encountered in the legal literature as subrogation.³⁸ Nevertheless, subrogation transfers to the insurer the right of claim that the insured has over the third party.³⁹

Cession is an abstract and disposable transaction because as a result of the creditor replacement, the right to claim the assignment passes to the assignee.⁴⁰ An exception to the general rule is the transfer of a mortgage right, which, by

[Espana-Draft-Regulation-on-law-applicable-to-the-third-party-effects-of-assignments-of-claims-The-Impact-for-Land-Registries-pdf](#) – Decision of the Supreme Court of December 4, 2019 (Case No. AS-559-2019).

31 Zoidze, B., 2002. *Georgian Commodity Law*. Tbilisi. Science Publishing House. p. 190.

32 Akhvlediani, Z., 1999. *Commentary on the Civil Code of Georgia (Book 2)*. Tbilisi. Law Publishing House. p. 140.

33 Shotadze, T., 2014. *Commodity Law*. Tbilisi. Meridian Publishing House. p. 190.

34 Totladze, L., 2018. *Commentary on the Civil Code (Book 2)*. Tbilisi. GIZ Publishing House. p. 182-183.

35 Motsonelidze, N., 2014. Separation of subrogation from regression and cession. Ivane Javakhishvili Tbilisi State University Publishing House. *Journal of Law*. N1. p. 167.

36 Kozubovska, D., 2010. Subrogation in insurance: theoretical and practical aspects. Vilnius. p. 9-10.

37 Iremashvili, K., 2016. *Commentary on the Civil Code. Article 832*. Tbilisi. p. 2. [20.04.2020]. www.gccc.ge

38 Darjania, T., 2012. Secured Cession and Debtor Guarantee. *Student Law Journal*. Tbilisi. Publisher "GIZ". p. 68.

39 Decision of the Supreme Court of Georgia of September 5, 2012 (Case NAS-581-549-2011).

40 Imnadze, K., 2019. Separation of subrogation from compensation and cession by regression. Tbilisi. Ivane Javakhishvili Tbilisi State University Publishing House. p. 49.

its accessory nature, cannot be transferred to a new creditor without a principal claim.⁴¹ A request for security may be granted, which is referred to in Georgian court practice as a secured cession.⁴² This is the case when the cession serves the purpose of securing the performance of the obligation.⁴³ We find a completely different model in France, because the concept of transfer of obligation is foreign to them and cession is considered as a field of contract law, which requires a contractual agreement.⁴⁴ Unlike in France, the German Civil Code recognizes the institution of assignment of claims and the possibility of transferring a claim from a cedant to a concessionaire⁴⁵ as it is in Georgia. Unlike a contract cession, a legal cession is characterized by the transfer of the claim not in full, but only in the part (to the extent) in which part (in what volume) the person fulfills the obligation to the creditor.⁴⁶ A prerequisite for the origin of the right to claim under the law is the existence of a law that provides a legal basis for the claim (*cessio legis*).⁴⁷ The legal basis of *cessio legis* exists in article 832⁴⁸ but the existence of subrogation has been overlooked in the Civil Code for a long time.

- 41 Chanturia, L., 2012. Credit Security Law. Tbilisi. Law Publishing House. p. 95 – A. Martin, E., 2001. Oxford dictionary of law. Fifth edition. Published by oxford university. p. 401.
- 42 Decision of the Supreme Court of Georgia of October 19, 2010 (Case NAS-379-352-2010).
- 43 Kropholler, I., 2014. German Civil Code (Study Commentary). Tbilisi. GIZ Publishing House. P. 277.
- 44 Chechelashvili, Z., 2008. Assignment of demand and transfer of debt. Tbilisi. Ivane Javakhishvili Tbilisi State University Publishing House. p. 25.
- 45 Chachanidze, E., (Editor), Darzhania, T., (Editor), 2019. German Civil Code (BGB). Tbilisi. GIZ Publishing House. p. 102 – Kropholler, I., 2014. German Civil Code (Study Commentary). Tbilisi. GIZ Publishing House. p. 287.
- 46 Meskhishvili, K., 2020. Current issues of private law. Tbilisi. GIZ Publishing House. p. 72.
- 47 Shotadze, T., 2014. Commodity Law. Tbilisi. Meridian Publishing House. p. 191.
- 48 Civil Code of Georgia. Article 832. [20.04.2020]. www.matsne.gov.ge

Condition of regression

Unjust enrichment (*legis actio per condictionem*) originates from Roman law and its main purpose is the obligation of an unjustly enriched person to return to an authorized person unjustly received.⁴⁹ Therefore, a person who has received a goods without a legal basis is obliged to return it to the authorized person.⁵⁰ Private individual or legal entity is unjustly enriched if it has received or saved anything without a legal basis.⁵¹ For continental law countries, unjust enrichment is considered part of the law of obligation⁵² as well as in Georgia. The norms of unjust enrichment are subsidiary, therefore their use is possible only if another norm does not regulate a specific relationship.⁵³

Fulfillment of another's obligation by a person gives rise to a right of regression.⁵⁴ It (*Regressus*) is a Latin word and means payment claim,⁵⁵ However, we can not use regression if it is possible to return by other means, due to its subsidiary nature.⁵⁶ Fulfillment of a Third Party Obligation

- 49 Schnittger, H., Shatberashvili, L., Comments on the Civil Code. Article 976. [23.04.2020]. www.gccc.ge
- 50 Weinrib, E., 2005. Restoring restitution (book review). Published by Cambridge University. p. 863-864. [23.04.2020]. https://pdfs.semanticscholar.org/0b93/fa39336cee697355c67a5b59b7830f6f76e3.pdf?_ga=2.157259070.445622018.1587650365-2139241803.1587650365 – Schnittger, H., Shatbokh. Article 986. Tbilisi. p. 2. [23.04.2020]. www.gccc.ge
- 51 Long, R., Avalon, A., 2018. The doctrine of unjust enrichment. Published by long international. [23.04.2020]. p. 1. http://www.long-intl.com/articles/Long_Intl_The_Doctrine_of_Unjust_Enrichment.pdf
- 52 Stevens, R., When and why does unjustified enrichment justify the recognition of proprietary rights. [23.04.2020]. p. 919. <http://www.bu.edu/law/journals-archive/bulr/documents/stevens.pdf>
- 53 Bichia, M., 2016. Legally Obligatory Relationships. Tbilisi. Bona Causa Publishing House. p. 154 – Decision of the Supreme Court of Georgia of December 20, 2019 (Case NAS-1021-2019).
- 54 Shengelia, R., 2001. Commentary on the Civil Code of Georgia (Book IV, Volume 2). Tbilisi. Samartali Publishing House. p. 370.
- 55 Imnadze, K., Separation of subrogation from compensation and cession by regression. Tbilisi. Ivane Javakhishvili Tbilisi State University Publishing House. p. 31.
- 56 Rusiashvili, G., 2020. Reform proposal of the law of

A contingent liability arises because third party property is saved without a legal basis.⁵⁷ The scope of the condition of regression includes the payment of the nominal value of the claim by an unreasonably enriched person.⁵⁸ A regression liability arises after the performance of a principal obligation performed by an authorized person instead of a debtor.⁵⁹ The condition of regression is substantially similar to subrogation,⁶⁰ Which is why it often happens that they are confused and it is quite difficult to see the difference. Subrogation can be seen as a means of avoiding unjust enrichment,⁶¹ Because the liable person (whose actions caused the damage) would be released from the damages and thus unjustifiably save the legal goods.

COMPARATIVE ANALYSIS OF SUBROGATION AND CESSION

Institutions of subrogation and cession refer to the transfer of the right of creditor claim to a third party, despite the differences between them is often confused.⁶² In case of subrogation, the claim is transferred to a new creditor by force of law.⁶³ The change of creditor takes place on the basis of a transaction at the time of regression of cession.⁶⁴ The basis of the legal relationship

is one of the main differences between these institutions.⁶⁵ In the Civil Code of Georgia we find examples of legal cession, which are equated with subrogation in the legal literature.⁶⁶ Article 207 of the Civil Code of Georgia refers to legal cession.⁶⁷ The Civil Code provides a number of examples of *cessio legis*, including the institution of waiver of claims under Article 372.⁶⁸ The existence of *cessio legis* makes it difficult to separate it from subrogation.

Cession is a form of abstract transaction in which the assignment of a claim does not depend on the legal basis – the cause of the cause.⁶⁹ At the time of assignment of claim, we encounter the principle of abstraction, according to which the main contract may be void, although it will not affect the validity of the concession.⁷⁰ In the case of subrogation, the authenticity of the cause is the determinant of the authenticity of the existing obligation-legal relationship, which is another major distinguishing mark.⁷¹

Under Georgian law, the terms "subrogation" and "cession" are not used to describe these legal relationships.⁷² That is why, despite this difference, the risk of confusing relationships increases in the absence of terms.

During the cession, when the creditors change, the whole transfer of power takes place, at which time the old creditor leaves the obligation-legal relationship.⁷³ Article 827 of the Civil

unjust enrichment. Tbilisi. GIZ Publishing House. p. 90.

57 Decision of the Supreme Court of Georgia of March 22, 2019 (Case NAS-1298-2018).

58 Rusiashvili, G., 2020. Reform proposal of the law of unjust enrichment. Tbilisi. GIZ Publishing House. p. 94.

59 Motsonelidze, N., 2015. Subrogation as a means of satisfying the insurer's claim. Tbilisi. Ivane Javakhishvili Tbilisi State University Publishing House. p. 122-123.

60 Kozubovska, D., 2010. Subrogation in insurance: theoretical and practical aspects. Vilnius. Published by Mykolas romeris university. p. 22-23.

61 Amiranashvili, G., 2014. Claim for damages from a third party. Georgian Bar Association Magazine "Lawyer", N2. Tbilisi. Miniature Publishing House. p. 68.

62 Motsonelidze, N., 2015. Subrogation as a means of dividing the insurer's claim. Tbilisi. Ivane Javakhishvili Tbilisi State University Publishing House, p. 130.

63 Iremashvili, K., 2016. Commentary on the Civil Code. Article 832. Tbilisi. p. 2. [28.04.2020]. www.gccc.ge

64 Akhvlediani, Z., 1999. Commentary on the Civil Code of Georgia (Book 2). Tbilisi. Law, p. 140.

65 Amiranashvili, G., 2011. Inadmissibility of the right of subrogation. Student Law Journal. p. 21 – Judgment of the Supreme Court of Georgia of June 22, 2016 (Case NAS-380-364-2016).

66 Meskhishvili, K., 2020. Current issues of private law. Tbilisi. GIZ Publishing House. p. 71-72.

67 Civil Code of Georgia. Article 207. [29.04.2020]. www.matsne.gov.ge

68 Totladze, L., 2018. Commentary on the Civil Code (Book 2). Tbilisi. GIZ Publishing House. p. 197.

69 Chechelashvili, Z., 2008. Assignment of demand and transfer of debt. Tbilisi. Ivane Javakhishvili Tbilisi State University Publishing House. p. 40.

70 Zoidze, B., 2002. Georgian Commodity Law. Tbilisi. Science Publishing House. p. 193.

71 Imnadze, K., 2019. Separation of subrogation from compensation and cession by regression. Tbilisi. Ivane Javakhishvili State University Publishing House. p. 51.

72 Motsonelidze, N., 2014. Separation of subrogation from regression and cession. Journal of Law, N1, p. 166.

73 Motsonelidze, N., 2015. Subrogation as a means of

Code of Georgia defines the possibility of reduced and incomplete insurance.⁷⁴ Withdrawal of the old creditor (insurer) from the obligation-legal relationship when conceding a claim for subrogation may pose a problem if the insurer has not fully satisfied its claim.⁷⁵ He will not be able to get the same amount of money he actually needs to get. It is in this aspect that the different nature of these legal relationships (subrogation and cession) is evident.

The content of subrogation and cession is determined by the transfer of the right of claim, which is why the existing obligation-legal relations are often considered as identical relations in the legal literature and practice.⁷⁶ The above examples show that the institutions of subordination and regression actually have a different legal nature and it is important to understand their specifics.

COMPARATIVE ANALYSIS OF SUBROGATION AND REGRESSION

Article 832 of the Civil Code describes the relationship of subrogation.⁷⁷ It involves the relationship of three subjects,⁷⁸ Which is why they are so similar to each other and for a long time it was even impossible to see the difference. In both cases the debtor is released from the obligation to the original creditor and the latter is replaced by another creditor.⁷⁹ Both institutions of the Civil Code represent the prevention of unjust enrichment of the debtor.⁸⁰ Through subrogation,

dividing the insurer's claim. Tbilisi. Ivane Javakhishvili Tbilisi State University Publishing House, p. 135.

- 74 Civil Code of Georgia. Article 827. [29.04.2020]. www.matsne.gov.ge
- 75 Motsonelidze, N., 2014. Separation of subrogation from regression and cession. *Journal of Law*, N1, p. 172.
- 76 Meskhishvili, K., 2020. Current issues of private law. Tbilisi. GIZ Publishing House. p. 71.
- 77 Tsiskaradze, M., 2001. Commentary on the Civil Code of Georgia (Book 2). Tbilisi. Law Publishing House. p. 153.
- 78 Schnittger, H., Shatberashvili, L., Comments on the Civil Code. Article 832. [29.04.2020]. www.gccc.ge
- 79 Rusiashvili, G., 2020. Reform proposal of the law of unjust enrichment. Tbilisi. GIZ Publishing House. p. 91.
- 80 Amiranashvili, G., 2011. Inadmissibility of the right of

the insurer can only claim damages from a third party if the insurer has the right to claim against a third party.⁸¹

One of the fundamental distinguishing marks between subrogation and regression is that the condition of regression is derived from an existing obligation-legal relationship (we have two obligations-legal relationship in the face), while subrogation is based on a single obligation-legal relationship.⁸² In this case, we are not dealing with the right of recourse, but with the change of creditor into a tortious obligation, while the essence of the obligation itself remains unchanged.⁸³ In the case of regression, a new obligation-legal relationship arises.⁸⁴ It should be noted that if the insured refuses to pay damages from a third party, then the insurer is also released from the obligation to pay.⁸⁵ The Supreme Court of Georgia has come to the conclusion that in case of subrogation the right of the insured passes to the insurer and is replaced, at which point it makes no sense to use the condition of regression.⁸⁶

Despite the change of the person entitled to the claim when the claim is granted, the statute of limitations remains unchanged,⁸⁷ And during subrogation, in contrast to regression, the flow of the statute of limitations will continue.⁸⁸ By trans-

subrogation. *Student Law Journal*. p. 20.

- 81 Insurance law and practice. 2014. Published by: The institute of company secretaries of India. p. 18. www.icsi.edu
- 82 Motsonelidze, N., 2015. Subrogation as a means of meeting the insurer's claim. Tbilisi. Ivane Javakhishvili Tbilisi State University Publishing House. p. 122-123.
- 83 Decision of the Supreme Court of Georgia of February 17, 2012 (Case NAS-663-624-2011).
- 84 Motsonelidze, N., 2014. Separation of subrogation from regression and cession. *Journal of Law*, N1, p. 161.
- 85 Iremashvili, K., 2016. Commentary on the Civil Code. Article 832. Tbilisi. p. 5. [29.04.2020]. www.gccc.ge
- 86 Imnadze, K., 2019. Separation of subrogation from compensation and cession by regression. Tbilisi. Ivane Kavakhishvili Tbilisi State University Publishing House. p. 34 – Decision of the Supreme Court of Georgia of September 5, 2012 (Case NAS-581-549-2011).
- 87 Decision of the Supreme Court of Georgia of April 15, 2016 (Case NAS-80-77-2016)
- 88 Motsonelidze, N., 2014. Separation of subrogation from regression and cession. *Journal of Law*, N1, p.

ferring a claim, the creditor may receive a natural, unenforceable claim at the time the claim is due to its statute of limitations,⁸⁹ Which does not take place during subrogation. In case of regression, after the tortious obligation, a new obligation arises, therefore, one obligation is replaced by another, and in the case of subrogation, the obligation is unchanged.⁹⁰ It is noteworthy that according to the case law of the Supreme Court of Georgia, the approach of Article 129, Part 3 of the same Code is used to calculate the statute of limitations, which means that the statute of limitations is calculated in each case.⁹¹ For example, the court extended the one-year statute of limitations to subrogation under the contract of carriage and explained that Article 699 of the Civil Code provided for a special period and that it should be given priority.⁹²

The problematic issue is well illustrated by the fact that the term "subrogation" did not exist until 2012 and its meaning was foreign. After its discovery, the difference between the institutions of the Civil Code (subrogation, cession, regression) and the different legal consequences between them became clear.

CONCLUSION

The aim of the study was to distinguish between subrogation, regression, and cession. We first reviewed the characteristics of each institute. We have identified common signs that put us at risk of confusion. First of all, it is important to note that all three legal relationships are a form of reverse. In each relationship, there are three parties whose powers constitute the content of

the relationship. According to the Civil Code, the terms "subrogation", "cession", "regression" are not used. In the legal literature or case law, there is a description of these legal relationships and the distinguishing marks that we talked about in the article.

The term "subrogation" was first used by a court in a 2012 decision. Also, in the decision or legal literature, the focus is on the origins of cession and subrogation. The relationship defined in Article 832 of the Civil Code arises by force of law, and in the case of cession the legal basis is a transaction. However, we also find examples of legal cession in the Civil Code, which makes it difficult to see the difference between them. Another important difference between subrogation and cession is the effect of the cause on the legal transaction of liability, which we have discussed in the article.

On the difference between subrogation and regression, the Supreme Court clarified that in subrogation there is one obligation-legal relationship, and in regression – two obligation-legal transactions. This, in turn, affects the calculation of the statute of limitations that was considered during the study.

Consequently, at first glance, there are three legal institutions that have commonalities, which is why even today their content is often confused, and the purpose of the article was to show the differences between the given institutions.

163 – Decision of the Supreme Court of Georgia of 5 September 2012 (Case NAS-581-549-2011).

89 Meskhishvili, K., 2020. Current issues of private law. Tbilisi. GIZ Publishing House. p. 70.

90 Amiranashvili, G., 2011. Inadmissibility of the right of subrogation. Student Law Journal. p. 21.

91 Imnadze, K., 2019. Separation of subrogation from compensation and cession by regression. Tbilisi. Ivane Kavakhishvili Tbilisi State University Publishing House. p. 40-41.

92 Decision of the Supreme Court of Georgia of September 5, 2012 (Case NAS-581-549-2011).

BIBLIOGRAPHY:

1. Verulava, T., 2013. History of insurance. Tbilisi. published by Ilia state university. (In Georgian)
2. A. Martin, E., 2001. Oxford dictionary of law. Fifth edition. Published by oxford university. Pg. 256. (In English)
3. Vashakidze, G., 2010. Complicated liability system of civil code. Tbilisi. published by "GIZ". (In Georgian)
4. Amiranashvili, G., 2011. Vulnerability to the right of subrogation. Student law journal. (In English)
5. Ciskadze, M., 2001. Comments of civil code. Published by "samartali". (In English)
6. Iremashvili, Q., 2016. Criteria for the legal ratio of the parties in insurance relations. Tbilisi. published by tbilisi state university. (In English)
7. Dolden, E., Richardson, D., 2015. Practical and substantive aspects of subrogation. Published by Dolden wallace folick (LLP). (In English)
8. Imnadze, Q., 2019. Separation of subrogation from regression compensation and cessio. Tbilisi. published by tbilisi state university. (In Georgian)
9. Motsonelidze, N., 2014. Separation of subrogation from regression and cessio. Tbilisi. law journal, N1. (In Georgian)
10. Robinson, A., 2006. Subrogation. (In English)
11. Meskhishvili, Q., 2020. Current issues of private law. Tbilisi. published by: "GIZ". (In Georgian)
12. Motsonelidze, N., 2015. Subrogation as a satisfying the insurance's claim. Tbilisi. published by tbilisi state university. (In Georgian)
13. Rusiashvili, G., Sirdadze, L., Ekaterine, D., 2019. Law of things (a collection of casus). Tbilisi. published by "GIZ". (In Georgian)
14. Rusiashvili, G., 2020. A perform proposal for the law of unjust enrichment. Tbilisi. published by "GIZ". (In Georgian)
15. Kozubovska, D., 2010. Subrogation in insurance: theoretical and practical aspects. Vilnius. (In English)
16. Iremashvili, Q., 2016. Comments of civil code. [24.04.2020]. Article 832. Tbilisi. www.gccc.ge (In Georgian)
17. Proprietary effects of the assignment of claims (The impact of future regulation in the land registry). 2019. General assembly. Brussels. (In English)
18. Zoidze B., 2002. Georgian things of law. Tbilisi. published by "scient". (In Georgian)
19. Akhvlediani, Z., 1999. Comments of civil code (book 2). Tbilisi. published by "scient". (In Georgian)
20. Shotadze T., 2014. LAW OF THINGS. Tbilisi. published by "meridiani". (In Georgian)
21. Totladze, L., 2018. Comments of civil code (book 2). Tbilisi. published by "GIZ". (In Georgian)
22. Darjania, T., 2012. Secured cessio and debtor's guarantee. Student law journal. Tbilisi. published by "GIZ". (In Georgian)
23. Chanturia L., 2012. LAW OF CREDIT. Tbilisi. published by "samartali". (In Georgian)
24. Kropholer I., 2014. CIVIL CODE OF GERMAN. Tbilisi. published by "GIZ". (In Georgian)
25. Chechelashvili, Z., 2008. Assignment of claims and assignment of debt. Tbilisi. published by tbilisi state university. (In Georgian)

26. Chachanidze, E., (Redactor)., Darjania, T., (Redactor). 2019. Civil code of german (BGB). Tbilisi. published by "GIZ". (In Georgian)
27. Meskhishvili, Q., 2020. Current issues of private law. Tbilisi. published by: "GIZ". (In Georgian)
28. Weinrib, E., 2005. Restoring restitution (book review). Ppublished by Cambridge University. (In English)
29. Bichia, M., 2016. Statutory obligations. Tbilisi. published by "bona kauza". Pg. 154. (In Georgian)
30. Shengelia, R., 2001. Comments of civil code. (book 4, tribe 2). Tbilisi. published by "samartali". (In Georgian)
31. Amiranashvili, G., 2014. Claim for damages from a third party. Journal of bar association, N2. Tbilisi. published by "miniatura". (In Georgian)
32. Akhvlediani, Z., 1999. Comments of civil code (book 2). Tbilisi. published by "samartali". (In Georgian)
33. Zoidze B., 2002. Georgian things of law. Tbilisi. published by "scient". (In Georgian)

Literatures:

1. Amiranashvili, G., 2011. Inadmissibility of the right of subrogation. Student Law Journal.
2. Amiranashvili, G., 2014. Claim for damages from a third party. Georgian Bar Association Magazine "Lawyer", N2. Tbilisi. Miniature Publishing House.
3. Akhvlediani, Z., 1999. Commentary on the Civil Code of Georgia (Book 2). Tbilisi. Law Publishing House.
4. Bichia, M., 2016. Legal Obligations. Tbilisi. Bona Causa Publishing House.
5. Darjania, T., 2012. Secured Cession and Debtor Guarantee. Student Law Journal. Tbilisi. Publisher "GIZ".
6. Vashakidze, G., 2010. Complicated Obligation System of the Civil Code. Tbilisi. GIZ Publishing House.
7. Verulava, T., 2013. History of Insurance. Tbilisi. Ilia State University Publishing House.
8. Zoidze, B., 2002. Georgian Commodity Law. Tbilisi. Science Publishing House.
9. Totladze, L., 2018. Commentary on the Civil Code (Book 2). Tbilisi. GIZ Publishing House.
10. Imnadze, K., 2019. Separation of subrogation from compensation and cession by regression. Tbilisi. Ivane Javakhishvili Tbilisi State University Publishing House.
11. Iremashvili, K., 2016. Criteria of legal ratio of parties in insurance relations. Tbilisi. Ivane Javakhishvili Tbilisi State University Publishing House.
12. Iremashvili, K., 2016. Commentary on the Civil Code. Article 799. Tbilisi.
13. Iremashvili, K., 2016. Commentary on the Civil Code. Article 832.
14. Kropholler, I., 2014. German Civil Code (Study Commentary). Tbilisi. GIZ Publishing House.
15. Meskhishvili, K., 2020. Current issues of private law. Tbilisi. GIZ Publishing House.
16. Motsonelidze, N., 2014. Separation of subrogation from regression and cession. Ivane Javakhishvili Tbilisi State University Publishing House. Journal of Law. N1.
17. Motsonelidze, N., 2015. Subrogation as a means of satisfying the in-

- surer's claim. Tbilisi. Ivane Javakhishvili Tbilisi State University Publishing House.
18. Rusiashvili, G., 2020. Reform proposal of the law of unjust enrichment. Tbilisi. GIZ Publishing House.
 19. Rusiashvili, G., Sirdadze, L., Egnatashvili, D., 2019. Commodity law (collection of cases). Tbilisi. GIZ Publishing House.
 20. Shengelia, R., 2001. Commentary on the Civil Code of Georgia (Book IV, Volume 2). Tbilisi. Law Publishing House.
 21. Schnittger, H., Shatberashvili, L., Comments on the Civil Code. Article 976
 22. Shotadze, T., 2014. Commodity Law. Tbilisi. Meridian Publishing House.
 23. Chachanidze, E., (Editor)., Darzhania, T., (Editor)., 2019. German Civil Code (BGB). Tbilisi. GIZ Publishing House.
 24. Tsiskradze, M., 2001. Commentary on the Civil Code of Georgia (Book 2). Tbilisi. Law Publishing House.
 25. Tsiskadze, M., 2001. Commentary on the Civil Code of Georgia. Publishing House "Law".
 26. Chanturia, L., 2012. Credit Security Law. Tbilisi. Law Publishing House.
 27. Chechelashvili, Z., 2008. Assignment of demand and transfer of debt. Tbilisi. Ivane Javakhishvili Tbilisi State University Publishing House.
 28. A. Martin, E., 2001. Oxford dictionary of law. Fifth edition. Published by oxford university.
 29. Dolden, E., Richardson, D., 2015. Practical and substantive aspects of subrogation. Published by Dolden wallace folick (LLP).
 30. Insurance law and practice. 2014. Published by: The institute of company secretaries of India.
 31. Kozubovska, D., 2010. Subrogation in insurance: theoretical and practical aspects. Vilnius.
 32. Long, R., Avalon, A., 2018. The doctrine of unjust enrichment. Published by long international.
 33. Proprietary effects of the assignment of claims (The impact of future regulation in the land registry). 2019. General assembly. Brussels.
 34. Robinson, A., 2006. Subrogation.
 35. Stevens, R., When and why does unjustified enrichment justify the recognition of proprietary rights.
 36. Weinrib, E., 2005. Restoring restitution (book review). Published by Cambridge University.

Normative materials:

1. Civil Code of Georgia [30.04.2020]. Available at <https://matsne.gov.ge/>
2. Commentary on the Civil Code. [30.04.2020]. Available at www.gccc.ge

Judicial Acts:

1. Decision of the Supreme Court of Georgia of 17 February 2012 (Case №ს-663-624-2011).
2. Decision of the Supreme Court of Georgia of September 5, 2012 (Case №ს-581-549-2011).
3. Decision of the Supreme Court of Georgia of April 15, 2016 (Case №ს-80-77-2016).

4. Decision of the Supreme Court of Georgia of December 4, 2019 (Case Nას-559-2019).
5. Decision of the Supreme Court of Georgia of October 19, 2010 (Case Nას-379-352-2010).
6. Decision of the Supreme Court of Georgia of December 20, 2019 (Case Nას-1021-2019).
7. Decision of the Supreme Court of Georgia of March 22, 2019 (Case Nას-1298-2018).
8. Decision of the Supreme Court of Georgia of June 22, 2016 (Case NAS-380-364-2016).

სუბროგაციის შედარება ცესიასთან და რეგრესთან

გიორგი ქუმსიაშვილი

*ილიას სახელმწიფო უნივერსიტეტის მაგისტრანტი,
იურიდიული კომპანია „მართალი“-ს იურისტი*

ქეთევან ჩხაიძე

*ილიას სახელმწიფო უნივერსიტეტის მაგისტრანტი,
„სეიფთი ქონსალთინგ სერვისიზ“-ს იურისტი*

საკვანძო სიტყვები: დაზღვევა, შედარება, პრობლემატიკა

შესავალი

დროის მსვლელობასთან ერთად იზრდება დაზღვევის სამართლის გამოყენებაც. ყოველდღიურ ურთიერთობებში სადაზღვევო ურთიერთობების წარმოშობის სულ უფრო მზარდი ტენდენცია შეინიშნება. სწორედ ამიტომ, მნიშვნელოვანია გავი-აზროთ სადაზღვევო სამართლის არსი. იგი მჭიდროდ არის და-კავშირებული ეკონომიკურ და სოციალურ ურთიერთობებთან. აღნიშნული სფეროს განვითარება და გამოყენების ზრდადობა პრაქტიკის მრავალფეროვნებასაც უწყობს ხელს, რაც თავის მხრივ, დაგვანახებს კანონმდებლობაში არსებულ ხარვეზებს. დაზღვევის სამართალში განსაკუთრებით ნათლად იკვეთება

ეკონომიკური პრინციპები, რაც საზოგადოების მდგომარეობაზეც აისახება.

საქართველოს სამოქალაქო კოდექსში მოცემულია სუბროგაციის დოქტრინა, თუმცა აღნიშნული ტერმინი არ გამოიყენება. კანონმდებელი ურთიერთობის მოიხსენიებს, როგორც ზიანის მოთხოვნის უფლებას მესამე პირისაგან, რაც, თავის მხრივ, პრობლემას წარმოადგენს. სამოქალაქო კოდექსში, ასევე, მოცემულია მსგავსი შინაარსის ისეთი ინსტიტუტები, როგორებიცაა რეგრესი და ცესია. აღნიშნულ შემთხვევებშიც ტერმინები, რომლებიც ურთიერთობას უფრო ნათელს გახდიდა, არ გამოიყენება. ტერმინის არარსებობის პირობებში კი იზრდება მათი აღრევის რისკი. სწორედ ამიტომ, მნიშვნელოვანია თითოეული მათგანის დანიშნულების გააზრება. ეს აუცილებელია არა მარტო თეორიული განსხვავებების დასაანახად, არამედ პრაქტიკული თვალსაზრისითაც.

სუბროგაცია, ცესია და რეგრესი უკუმოთხოვნის საშუალებებს წარმოადგენენ. სამართლებრივ ურთიერთობებში კი გვყავს სამი მხარე, რომელთაც განსაზღვრული უფლება-მოვალეობები გააჩნიათ. სასამართლო გადაწყვეტილებებშიც აისახა ურთიერთობათა განსხვავების აუცილებლობა. პირველად 2012 წელს უზენაესმა სასამართლომ გამოიყენა ტერმინი „სუბროგაცია“. მან ასევე მიჯნა გაავლო სუბროგაციის დოქტრინასა და რეგრესს შორის. ამ მხრივ, მნიშვნელოვანია განსხვავებების კვალდაკვალ ყურადღება გავამახვილოთ სამართლებრივი ურთიერთობების შედეგებზე, სადაც განსაკუთრებით დიდი პრაქტიკული დანიშნულება გააჩნია ხანდაზმულობის ვადების გამოთვლას.

მიუხედავად იმისა, რომ იურიდიულ ლიტერატურასა და პრაქტიკაში განხილულ იქნა სუბროგაციის, რეგრესისა და ცესიის საერთო და განმასხვავებელი ნიშნები, პრობლემა მაინც ვერ აღმოიფხვრა და დღესაც აქტუალურია ურთიერთობების აღრევის საფრთხე.

წინამდებარე კვლევის მიზანია, მკაფიოდ გავმიჯნოთ ვალდებულებით-სამა-

რთლებრივი ურთიერთობები. ამისათვის მნიშვნელოვანია დავახასიათოთ თითოეული ინსტიტუტი მათი სპეციფიკის გათვალისწინებით, რათა ნათელი გახდეს ურთიერთობის შინაარსი. ამასთან ერთად კი, მნიშვნელოვანია განვიხილოთ როგორც მათი მსგავსი ნიშან-თვისებები, ასევე, განმასხვავებელი ფაქტორები, რომლებიც აუცილებელია როგორც თეორიული, ასევე პრაქტიკული თვალსაზრისით, ვინაიდან იგი განსხვავებულ სამართლებრივ შედეგებს იწვევს.

დაზღვევის სამართლის ცნება

დაზღვევის სამართალი უხსოვარი დროიდან იღებს სათავეს და იგი მაშინ ჩამოყალიბდა, როდესაც სახელმწიფოებრიობის ნიშნები და ცივილიზაცია გაჩნდა.¹ დაზღვევის ხელშეკრულებით მზღვეველი იღებს ვალდებულებას, სადაზღვევო შემთხვევის რეალიზაციის შემთხვევაში დამზღვევს აუნაზღაუროს მიყენებული ზიანი.² ზიანი შეიძლება იყოს არაქონებრივი და ქონებრივი ინტერესების ხელყოფით გამოწვეული, რომელიც შეიძლება ექვემდებარებოდეს ანაზღაურებას.³ დაზღვევის ხელშეკრულების მეშვეობით, დამზღვევი მოსალოდნელი მავნე ფაქტორებისგან მაქსიმალურ პრევენციას ახდენს.⁴ სამართლის დოქტრინაში დაზღვევის ხელშეკრულებას ზიანის ანაზღაურების უზრუნველყოფის ღონისძიებადაც მოიხსენიებენ.⁵ დაზღვევის ხელ-

1 ვერულავა, თ., 2013. დაზღვევის ისტორია. თბილისი. ილიას სახელმწიფო უნივერსიტეტის გამომცემლობა. გვ. 2.

2 A. Martin, E., 2001. Oxford dictionary of law. Fifth edition. Published by. oxford university. p. 256.

3 ვაშაკიძე, გ., 2010. სამოქალაქო კოდექსის გართულებული ვალდებულებითი სისტემა. თბილისი. გამომცემლობა „GIZ“. გვ. 193.

4 ამირანაშვილი, გ., 2011. სუბროგაციის უფლების დაუშვებლობა. სტუდენტური სამართლის ჟურნალი. გვ. 9. – ცისკაძე, მ., 2001. საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის კომენტარი. გამომცემლობა „სამართალი“. გვ. 106.

5 ირემაშვილი, ქ., 2016. სამოქალაქო კოდექსის კომენტარი. მუხლი 799. თბილისი. გვ. 2. [19.04.2020]. www.gccc.ge

შეკრულება შეიძლება იყოს სხვადასხვა სახის (ქონების, პირადი, სამოქალაქო პასუხისმგებლობის), თუმცა, თითოეულს პირვანდელი მდგომარეობის აღდგენის მიზანი გააჩნია.⁶ მისი მეშვეობით დამზღვევი მიყენებულ ზიანს დროის მოკლე მონაკვეთში ინაზღაურებს, რითიც თავს არიდებს სასამართლო პროცესების ხანგრძლივ პროცედურებს ზიანის მიმყენებლის წინააღმდეგ.⁷

სადაზღვევო ურთიერთობა სხვა ინსტიტუტებთან ერთად მოიცავს სუბროგაციასაც,⁸ თუმცა სამოქალაქო კოდექსი მსგავს ტერმინს არ იცნობს,⁹ რაც მიუთითებს ინსტიტუტის ხარვეზზე. „სუბროგაცია“ ერთი ადამიანის მეორეთი ჩანაცვლებას ნიშნავს,¹⁰ რაშიც მისი ტრანსპორტირების ფუნქცია ვლინდება.¹¹ სუბროგაციის ინსტიტუტს მჭიდრო კავშირი აქვს ცესისთან და რეგრესთან, რაც ხშირად ტერმინოლოგიურ აღრევასაც კი იწვევს ბევრ ადამიანში.¹² კანონისმიერი ცესით მოთხოვნაზე უფლება შეიძლება წარმოიშვას კანონის ძალით (cessio legis),¹³ ხოლო რეგრესის კონდიქცი-

ით უფლებამოსილ პირს წარმოეშობა შესაძლებლობა, სხვისი ვალდებულების შესრულების გამო, მას მოსთხოვოს განუული ხარჯების ანაზღაურება¹⁴. შესაბამისად, სირთულეს წარმოადგენს მათსა და სუბროგაციას შორის არსებული განსხვავებების დანახვა. მომდევნო თავებში სწორედ ხსენებულ ინსტიტუტებს განვიხილავთ და მათი გამიჯვნის სამართლებრივ და პრაქტიკულ პრობლემატიკას შემოვთავაზებთ.

სუბროგაცია

ტერმინი „სუბროგაცია“ თანამედროვე იურიდიულ ლიტერატურაში ჩანაცვლების მნიშვნელობით გამოიყენება.¹⁵ იგი მოიცავს პროცესს, რომლის შედეგად მზღვეველს შეუძლია მესამე პირს მოსთხოვოს მისი ბრალის შედეგად დამზღვევისთვის მიყენებული ზიანის ანაზღაურება.¹⁶ სუბროგაციის ინსტიტუტის არსებობა უცხო არ არის საქართველოს კანონმდებლობისთვის, თუმცა, აღნიშნული ურთიერთობის აღსაწერად ტერმინი „სუბროგაცია“ არ გამოიყენება,¹⁷ რამაც გარკვეულ შემთხვევებში ბუნდოვნება შეიძლება წარმოშვას. საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის 832-ე მუხლით განსაზღვრული ურთიერთობა ცნობილია, როგორც ზიანის ანაზღაურების მოთხოვნა მესამე პირისაგან,¹⁸ რომელიც თავისი შინაარსით სუბროგაციის ინსტიტუტს წარმოადგენს.¹⁹

6 ირემაშვილი, ქ., 2016. მხარეთა უფლებრივი თანაფარდობის კრიტერიუმები სადაზღვევო ურთიერთობებში. თბილისი. ივანე ჯავახიშვილის სახელობის თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტის გამომცემლობა. გვ. 44.

7 Dolden, E., Richardson, D., 2015. Practical and substantive aspects of subrogation. Published by Dolden wallace folick (LLP). p. 11-12.

8 იმნაძე, ქ., 2019. სუბროგაციის გამიჯვნა რეგრესის წესით ზიანის ანაზღაურებისა და ცესისაგან. თბილისი. ივანე ჯავახიშვილის სახელმწიფო უნივერსიტეტის გამომცემლობა. გვ. 6.

9 მოწონელიძე, ნ., 2014. სუბროგაციის გამიჯვნა რეგრესისა და ცესისაგან. თბილისი. სამართლის ჟურნალი, N1. გვ. 158.

10 Robinson, A., 2006. Subrogation. p. 3.

11 მესხიშვილი, ქ., 2020. კერძო სამართლის აქტუალური საკითხები. თბილისი. გამომცემლობა „GIZ“. გვ. 71.

12 მოწონელიძე, ნ., 2015. სუბროგაცია როგორც მზღვეველის მოთხოვნის დაკმაყოფილების საშუალება. თბილისი. ივანე ჯავახიშვილის სახელობის თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტის გამომცემლობა. გვ. 120-121.

13 საქართველოს სამოქალაქო კოდექსი. მუხლი 207. [19.04.2020]. www.matsne.gov.ge – რუსიაშვილი, გ., სირდაძე, ლ., ეგნატაშვილი, დ., 2019. საინვთო სამართალი (კაზუსების კრებული). თბილისი. გამომცემლობა „GIZ“. გვ. 408.

14 რუსიაშვილი, გ., 2020. უსაფუძვლო გამდიდრების სამართლის სარეფორმო წინადადება. თბილისი. გამომცემლობა „GIZ“. გვ. 90-91.

15 მოწონელიძე, ნ., 2015. სუბროგაცია როგორც მზღვეველის მოთხოვნის დაკმაყოფილების საშუალება. თბილისი. ივანე ჯავახიშვილის სახელობის თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტის გამომცემლობა. გვ. 17.

16 A. Martin, E., 2001. Oxford dictionary of law. Fifth edition. Published by oxford university. p. 483.

17 მოწონელიძე, ნ., 2014. სუბროგაციის გამიჯვნა რეგრესისა და ცესისაგან. თბილისი. სამართლის ჟურნალი, N1, გვ. 158.

18 საქართველოს სამოქალაქო კოდექსი. მუხლი 832. [23.04.2020]. www.matsne.gov.ge

19 ამირანაშვილი, გ., 2011. სუბროგაციის უფლების დაუშვებლობა. სტუდენტური სამართლებრივი ჟურნალი. გვ. 20.

სუბროგაცია ემყარება ზიანის ანაზღაურების, თავდაპირველი მდგომარეობის აღდგენისა და მოგების მიღების აკრძალვის პრინციპებს.²⁰

სუბროგაციის ინსტიტუტით დამზღვევს შეუძლია მიყენებული ზიანი აინაზღაუროს მზღვეველის მეშვეობით.²¹ თავის მხრივ, მზღვეველს წარმოეშვება მოთხოვნის უფლება მესამე პირის მიმართ, მას შემდეგ, როცა იგი დამზღვევს აუნაზღაურებს ზიანს.²²

საკასაციო სასამართლო თავის ერთ-ერთ გადაწყვეტილებაში, 832-ე მუხლით განსაზღვრული ურთიერთობისას, მოთხოვნის უფლების გადასვლას სუბროგაციის პრინციპით მოიხსენიებს და დასძენს, რომ მოთხოვნის დათმობის შედეგად კრედიტორთა ცვლილებისას არ იცვლება არსებული ვალდებულებით-სამართლებრივი ურთიერთობის არც შინაარსი და არც მოთხოვნა,²³ შედეგად, მზღვეველზე ზიანის ანაზღაურების მოთხოვნის ხანდაზმულობის ვადა ისეთი სახით გადადის, როგორც იყო დამზღვევის მიმართ.

სუბროგაცია შეიძლება წარმოიშვას ხელშეკრულების ან კანონის საფუძველზე.²⁴ საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის 832-ე მუხლი კანონისმიერი სუბროგაციის სახეს წარმოადგენს.²⁵ განსხვავებით საქართველოს სამოქალაქო კოდექსისაგან ტერმინი

„სუბროგაცია“ გამოიყენება რუსეთის ფედერაციის სამოქალაქო კოდექსში.²⁶ ამერიკის შეერთებულ შტატებსა და დიდ ბრიტანეთში აღწერილია სუბროგაცია, როგორც უფლების ცვლილება, რომლის დროსაც ერთი მხარე ანაცვლებს მეორეს და ანიჭებს უფლებამოსილებას – მოითხოვოს ზიანი პასუხისმგებელი პირისაგან.²⁷

საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის მიხედვით, თუ დამზღვევის უფლება ზიანის ანაზღაურების თაობაზე ეხება მასთან ერთად მცხოვრებ ოჯახის წევრებს, მაშინ უფლების გადასვლა გამორიცხულია, როცა ოჯახის წევრმა ზიანი განზრახ გამოიწვია.²⁸ იურიდიულ ლიტერატურაში გამოთქმულია მოსაზრება, რომლის მიხედვითაც მუხლის დანაწესი შეიცავს ტექნიკურ ხარვეზს, გამორჩენილია სიტყვა „არ“ და იგი უნდა ჩამოყალიბდეს შემდეგი რედაქციით: „როცა ოჯახის წევრმა ზიანი განზრახ არ გამოიწვია“.²⁹ არსებული ხარვეზიანი რედაქცია არასწორი ინტერპრეტაციის გაკეთების საშუალებას იძლევა.

მიუხედავად არსებული ინსტიტუტის ხარვეზებისა, მნიშვნელოვანია სუბროგაციის დოქტრინის გააზრება, ვინაიდან სადაზღვევო ურთიერთობები მუდმივად ვითარდება. სწორედ ამიტომ, უნდა დავინახოთ მისი მსგავსება-განსხვავება სხვა ინსტიტუტებთან მიმართებით.

მოთხოვნის დათმობის ინსტიტუტი

მოთხოვნის დათმობის ხელშეკრულებით კრედიტორი მესამე პირს უთმობს თავის მოთხოვნას მოვალის მიმართებით.³⁰

20 იმნაძე, ქ., 2019. სუბროგაციის გამოყენა რეგრესის წესით ზიანის ანაზღაურებისა და ცესისაგან. თბილისი. ივანე ჯავახიშვილის სახელობის თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტის გამომცემლობა. გვ. 25.

21 ირემაშვილი, ქ., 2016. სამოქალაქო კოდექსის კომენტარი. [23.04.2020]. მუხლი 832. თბილისი. გვ. 1. www.gccc.ge

22 ამირანაშვილი, გ., 2011. სუბროგაციის უფლების დაუშვებლობა. სტუდენტური სამართლებრივი ჟურნალი. გვ. 21.

23 საქართველოს უზენაესი სასამართლოს 2012 წლის 5 სექტემბრის გადაწყვეტილება (საქმე Nა-581-549-2011).

24 იმნაძე, ქ., 2019. სუბროგაციის გამოყენა რეგრესის წესით ზიანის ანაზღაურებისა და ცესისაგან. თბილისი. ივანე ჯავახიშვილის სახელობის თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტის გამომცემლობა. გვ. 19.

25 მოწონელიძე, ნ., 2014. სუბროგაციის გამოყენა რეგრესისა და ცესისაგან. სამართლის ჟურნალი, N1, გვ. 178-179.

26 ამირანაშვილი, გ., 2011. სუბროგაციის უფლების დაუშვებლობა. სტუდენტური სამართლებრივი ჟურნალი. გვ. 20.

27 Kozubovska, D., 2010. Subrogation in insurance: theoretical and practical aspects. Vilnius. p. 16.

28 საქართველოს სამოქალაქო კოდექსი. მუხლი 832. [24.04.2020]. www.matsne.gov.ge

29 ირემაშვილი, ქ., 2016. სამოქალაქო კოდექსის კომენტარი. [24.04.2020]. მუხლი 832. თბილისი. გვ. 1. www.gccc.ge

30 Proprietary effects of the assignment of claims

თავდაპირველად, მოთხოვნის დათმობის ნამდვილობისთვის მოვალის თანხმობა იყო აუცილებელი,³¹ თუმცა, მოგვიანებით, ცესია მისი თანხმობის გარეშეც გახდა შესაძლებელი.³² მოთხოვნის დათმობა შესაძლოა ხელშეკრულებით ან კანონის საფუძველზე.³³ მოთხოვნის მფლობელსა (ცედენტი) და მესამე პირს (ცესიონერი) შორის დადებული ცესიის ხელშეკრულებით ხდება კრედიტორის ჩანაცვლება.³⁴ სუბროგაციისა და ცესიის საერთო ნიშანი სწორედ მოთხოვნის უფლების ერთი პირიდან მეორეზე გადაცემას წარმოადგენს, რის გამოც რთული და პრობლემატურია მათ შორის განსხვავების დანახვა.³⁵

კანონისმიერი ცესიით ძველი კრედიტორის ჩანაცვლება ახალი კრედიტორით ხდება არა ხელშეკრულებით, არამედ კანონის ძალით (iure jure).³⁶ 832-ე მუხლი მოთხოვნის დათმობის კანონისმიერ სახეს წარმოადგენს.³⁷ იურიდიულ ლიტერატურაში კანონისმიერი ცესიის მაგალითად ხშირად

შევხვდებით სუბროგაციას.³⁸ მიუხედავად ამისა, სუბროგაციით და არა კანონისმიერი ცესიით მზღვეველზე გადადის მოთხოვნის ის უფლება, რაც დამზღვევეს გააჩნია პასუხისმგებელი პირის მიმართ.³⁹

ცესია აბსტრაქტული და განკარგვითი გარიგებაა, რადგან კრედიტორის ჩანაცვლების შედეგად ცედენტის მოთხოვნის უფლება ცესიონერზე გადადის.⁴⁰ ზოგადი წესიდან გამონაკლისს წარმოადგენს იპოთეკის უფლების გადაცემა, რომელიც თავისი აქცესორული ბუნებიდან გამომდინარე, არ შეიძლება ძირითადი მოთხოვნის გარეშე გადაეცეს ახალ კრედიტორს.⁴¹ შესაძლოა, განხორციელდეს უზრუნველყოფის მიზნით მოთხოვნის დათმობა, რასაც ქართული სასამართლო პრაქტიკა „უზრუნველყოფილი ცესიის“ ტერმინით მოიხსენიებს.⁴² ეს ის შემთხვევაა, როცა ცესია ემსახურება ვალდებულების შესრულების უზრუნველყოფის მიზანს.⁴³

საქართველოში არსებული რეგულაციებისგან სრულიად განსხვავებულ მოდელს ვხვდებით საფრანგეთში, რადგან მათთვის უცხო ვალდებულების გადაცემის ცნება და ცესია განიხილება სახელშეკრულებო სამართლის სფეროდ, რაზეც ხელშეკრულებით

(The impact of future regulation in the land registry). 2019. General assembly. Brussels. p. 4. <https://www.elra.eu/wp-content/uploads/2019/06/Gabriel-Alonso-Colegio-de-Registadores-de-Espana-Draft-Regulation-on-law-applicable-to-the-third-party-effects-of-assignments-of-claims-The-Impact-for-Land-Registries-.pdf> – საქართველოს უზენაესი სასამართლოს 2019 წლის 4 დეკემბრის გადაწყვეტილება (საქმე Nას-559-2019).

31 ზოიძე, ბ., 2002. ქართული სანივთო სამართალი. თბილისი. გამომცემლობა „მეცნიერება“. გვ. 190.
 32 ახვლედიანი, ზ., 1999. საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის კომენტარი (წიგნი 2). თბილისი. გამომცემლობა „სამართალი“. გვ. 140.
 33 შოთაძე, თ., 2014. სანივთო სამართალი. თბილისი. გამომცემლობა „მერიდიანი“. გვ. 190.
 34 თოთლაძე, ლ., 2018. სამოქალაქო კოდექსის კომენტარი (წიგნი 2). თბილისი. გამომცემლობა „GIZ“. გვ. 182-183.
 35 მოწონელიძე, ნ., 2014. სუბროგაციის გამიჯვნა რეგრესისა და ცესიისაგან. ივანე ჯავახიშვილის თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტის გამომცემლობა. სამართლის ჟურნალი. N1. გვ. 167.
 36 Kozubovska, D., 2010. Subrogation in insurance: theoretical and practical aspects. Vilnius. p. 9-10.
 37 ირემაშვილი, ქ., 2016. სამოქალაქო კოდექსის კომენტარი. მუხლი 832. თბილისი. გვ. 2. [20.04.2020]. www.gccc.ge

38 დარჯანია, თ., 2012. უზრუნველყოფილი ცესია და მოვალის გარანტია. სტუდენტური სამართლის ჟურნალი. თბილისი. გამომცემელი „GIZ“. გვ. 68.
 39 საქართველოს უზენაესი სასამართლოს 2012 წლის 5 სექტემბრის გადაწყვეტილება (საქმე Nას-581-549-2011)
 40 იმნაძე, ქ., 2019. სუბროგაციის გამიჯვნა რეგრესის წესით ზიანის ანაზღაურებისა და ცესიისაგან. თბილისი. ივანე ჯავახიშვილის სახელობის თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტის გამომცემლობა. გვ. 49.
 41 ჭანტურია, ლ., 2012. კრედიტის უზრუნველყოფის სამართალი. თბილისი. გამომცემლობა „სამართალი“. გვ. 95 – A. Martin, E., 2001. Oxford dictionary of law. Fifth edition. Published by oxford university. p. 401.
 42 საქართველოს უზენაესი სასამართლოს 2010 წლის 19 ოქტომბრის გადაწყვეტილება (საქმე Nას-379-352-2010).
 43 კროპჭოლერი, ი., 2014. გერმანიის სამოქალაქო კოდექსი (სასწავლო კომენტარი). თბილისი. გამომცემლობა „GIZ“. გვ. 277.

შეთანხმებაა საჭირო.⁴⁴ საფრანგეთისგან განსხვავებით, გერმანიის სამოქალაქო კოდექსი იცნობს მოთხოვნის დათმობის ინსტიტუტს და ცედენტიდან ცესიონერზე მოთხოვნის გადასვლის შესაძლებლობას,⁴⁵ ისევე, როგორც ეს საქართველოშია.

სახელშეკრულებო ცესიისგან განსხვავებით კანონისმიერი ცესიისთვის დამახასიათებელია მოთხოვნის გადასვლა არა სრულად, არამედ მხოლოდ იმ ნაწილში (იმ მოცულობით), რა ნაწილშიც (რა მოცულობითაც) პირი კრედიტორის წინაშე ვალდებულია ასრულებს.⁴⁶ მოთხოვნის უფლების კანონის საფუძველზე წარმოშობის წინაპირობაა კანონის არსებობა, რომელიც მოთხოვნის სამართლებრივ საფუძველს იძლევა (cessio legis).⁴⁷ კანონისმიერი ცესიის სამართლებრივი საფუძველის არსებობა 832-ე მუხლში⁴⁸ ქართული სასამართლო პრაქტიკისთვის დამაბნეველი აღმოჩნდა, რადგან სუბროგაციის არსებობა სამოქალაქო კოდექსში დიდი ხნის განმავლობაში შეუმჩნეველი იყო.

რეგრესის კონდიცია

უსაფუძვლო გამდიდრება (legis actio per condictionem) სათავეს რომის სამართლიდან იღებს და მისი მთავარი დანიშნულება უსაფუძვლოდ გამდიდრებული პირის დავალდებულებაა, დაუბრუნოს უფლება-

მოსილ პირს უსაფუძვლოდ მიღებული.⁴⁹ აქიდან გამომდინარე, პირი, რომელმაც სამართლებრივი საფუძვლის გარეშე მიიღო სიკეთე, ვალდებულია იგი უფლებამოსილ პირს დაუბრუნოს.⁵⁰ სუბიექტი უსაფუძვლოდ გამდიდრებულად ითვლება, თუ მან სამართლებრივი საფუძვლის გარეშე მიიღო ან დაზოგა რაიმე.⁵¹ კონტინენტური სამართლის ქვეყნებისთვის უსაფუძვლო გამდიდრება განიხილება ვალდებულებითი სამართლის ნაწილად,⁵² ისევე, როგორც ეს საქართველოშია. უსაფუძვლო გამდიდრების ნორმები სუბსიდიურ ხასიათს ატარებს, რის გამოც მათი გამოყენება მხოლოდ მაშინაა შესაძლებელი, თუ სხვა ნორმა არ არეგულირებს კონკრეტულ ურთიერთობას.⁵³

პირის მიერ სხვისი ვალდებულების შესრულება რეგრესული მოთხოვნის უფლებას წარმოშობს.⁵⁴ იგი (Regressus) ლათინური სიტყვაა და გადახდილის უკუმოთხოვნას გულისხმობს,⁵⁵ თუმცა რეგრესს ვერ გა-

44 ჭეჭელაშვილი, ზ., 2008. მოთხოვნის დათმობა და ვალის გადაკისრება. თბილისი. ივანე ჯავახიშვილის სახელობის თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტის გამომცემლობა. გვ. 25.

45 ჩაჩანიძე, ე. (რედაქტორი), დარჯანიძე, თ. (რედაქტორი), 2019. გერმანიის სამოქალაქო კოდექსი (BGB). თბილისი. გამომცემლობა „GIZ“. გვ. 102 – კროპჰოლერი, ი., 2014. გერმანიის სამოქალაქო კოდექსი (სასწავლო კომენტარი). თბილისი. გამომცემლობა „GIZ“. გვ. 287.

46 მესხიშვილი, ქ., 2020. კერძო სამართლის აქტუალური საკითხები. თბილისი. გამომცემლობა „GIZ“. გვ. 72.

47 შოთაძე, თ., 2014. სანივთო სამართალი. თბილისი. გამომცემლობა „მერიდიანი“. გვ. 191.

48 საქართველოს სამოქალაქო კოდექსი. მუხლი 832. [20.04.2020]. www.matsne.gov.ge

49 შნიტგერი, ჰ., შატბერაშვილი, ლ., სამოქალაქო კოდექსის კომენტარები. მუხლი 976. [23.04.2020]. www.gccc.ge

50 Weinrib, E., 2005. Restoring restitution (book review). Published by Cambridge University. p. 863-864. [23.04.2020]. https://pdfs.semanticscholar.org/0b93/fa39336cee697355c67a5b59b7830f6f76e3.pdf?_ga=2.157259070.445622018.1587650365-2139241803.1587650365 – შნიტგერი, ჰ., შატბერაშვილი, ლ., 2018. სამოქალაქო კოდექსის კომენტარები. მუხლის 986. თბილისი. გვ. 2. [23.04.2020]. www.gccc.ge

51 Long, R., Avalon, A., 2018. The doctrine of unjust enrichment. Published by long international. [23.04.2020]. pg. 1. http://www.long-intl.com/articles/Long_Intl_The_Doctrine_of_Unjust_Enrichment.pdf

52 Stevens, R., When and why does unjustified enrichment justify the recognition of proprietary rights. [23.04.2020]. p. 919. <http://www.bu.edu/law/journals-archive/bulr/documents/stevens.pdf>

53 ბიჭია, მ., 2016. კანონისმიერი ვალდებულებითი ურთიერთობები. თბილისი. გამომცემლობა „ბონა კაუზა“. გვ. 154 – საქართველოს უზენაესი სასამართლოს 2019 წლის 20 დეკემბრის გადაწყვეტილება (საქმე №ას-1021-2019).

54 შენგელია, რ., 2001. საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის კომენტარი (წიგნი მეოთხე, ტომი 2). თბილისი. გამომცემლობა „სამართალი“. გვ. 370.

55 იმნაძე, ქ., სუბროგაციის გამიჯვნა რეგრესის წესით ზიანის ანაზღაურებისა და ცესიისაგან.

მოვიყენებთ, თუ უკან დაბრუნება სხვა საშუალებით იქნება შესაძლებელი, მისი სუბსიდიური ხასიათიდან გამომდინარე.⁵⁶ მესამე პირის ვალდებულების შესრულება კონდიციურ ვალდებულებას იმიტომ წარმოშობს, რომ მესამე პირის ქონების დაზოგვა ხდება სამართლებრივის საფუძვლის გარეშე.⁵⁷ რეგრესის კონდიციის შესრულების ფარგლები მოიცავს უსაფუძვლოდ გამდიდრებული პირის მიერ მოთხოვნის ნომინალური ღირებულების გადახდას.⁵⁸ რეგრესული ვალდებულება ძირითადი ვალდებულების შესრულების შემდეგ წარმოიშობა, რომელსაც უფლება მოსილი პირი მოვალის ნაცვლად ასრულებს.⁵⁹ რეგრესის კონდიცია შინაარსობრივად წააგავს სუბროგაციას,⁶⁰ რის გამოც ხშირად ხდება მათი აღრევა და განსხვავების დანახვა საკმაოდ რთულია. სუბროგაცია შეიძლება განხილულ იქნეს, როგორც უსაფუძვლო გამდიდრების თავიდან აცილების საშუალება,⁶¹ რადგან ვალდებულები პირი (რომლის ქმედებამაც გამოიწვია ზიანი) გათავისუფლდებოდა ზიანის ანაზღაურებისგან და ამით უსაფუძვლოდ დაზოგვდა სამართლებრივ სიკეთეს.

სუბროგაციისა და ცესიის შედარებითი ანალიზი

სუბროგაციისა და ცესიის ინსტიტუტები ეხება კრედიტორის მოთხოვნის უფლების გადასვლას მესამე პირზე, რის გამოც, მათ შორის არსებული განსხვავებების მიუხედავად, ხშირად ურთიერთობების აღრევა ხდება.⁶² სუბროგაციისა და ცესიის კანონის ძალით გადადის ახალ კრედიტორზე.⁶³ ცესიის დროს კი კრედიტორის ცვლილება გარიგების საფუძველზე ხდება.⁶⁴ სწორედ სამართლებრივი ურთიერთობის წარმოშობის საფუძველი არის ერთ-ერთი მთავარი განსხვავება აღნიშნულ ინსტიტუტებს შორის.⁶⁵ საქართველოს სამოქალაქო კოდექსში ვხვდებით კანონისმიერი ცესიის მაგალითებსაც, რომლებიც იურიდიულ ლიტერატურაში სუბროგაციასთან არის გაიგივებული.⁶⁶ საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის 207-ე მუხლი კანონისმიერ ცესიაზე მიგვითითებს.⁶⁷ სამოქალაქო კოდექსში კი კანონისმიერი ცესიის (Cesio legis) არაერთი მაგალითია მოცემული, მათ შორის არის 372-ე მუხლით განსაზღვრული მოთხოვნის დათმობის ინსტიტუტი.⁶⁸ კანონისმიერ

Giorgi Kumsiashvili, Ketevan Chkhaidze

თბილისი. ივანე ჯავახიშვილის სახელობის თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტის გამომცემლობა. გვ. 31.

56 რუსიაშვილი, გ., 2020. უსაფუძვლო გამდიდრების სამართლის სარეფორმო წინადადება. თბილისი. გამომცემლობა „GIZ“. გვ. 90.

57 საქართველოს უზენაესი სასამართლოს 2019 წლის 22 მარტის გადაწყვეტილება (საქმე Nას-1298-2018)

58 რუსიაშვილი, გ., 2020. უსაფუძვლო გამდიდრების სამართლის სარეფორმო წინადადება. თბილისი. გამომცემლობა „GIZ“. გვ. 94.

59 მოწონელიძე, ნ., 2015. სუბროგაცია როგორც მზღვეველის მოთხოვნის დაკმაყოფილების საშუალება. თბილისი. ივანე ჯავახიშვილის სახელობის თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტის გამომცემლობა. გვ. 122-123.

60 Kozubovska, D., 2010. Subrogation in insurance: theoretical and practical aspects. Vilnius. Published by Mykolas romeris university. p. 22-23.

61 ამირანაშვილი, გ., 2014. ზიანის ანაზღაურების მოთხოვნა მესამე პირისგან. საქართველოს ადვოკატთა ასოციაციის ჟურნალი „ადვოკატი“, N2. თბილისი. გამომცემლობა „მინიატურა“. გვ. 68.

62 მოწონელიძე, ნ., 2015. სუბროგაცია, როგორც მზღვეველის მოთხოვნის დამაყოფილების საშუალება. თბილისი. ივანე ჯავახიშვილის სახელობის თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტის გამომცემლობა, გვ. 130.

63 ირემაშვილი, ქ., 2016. სამოქალაქო კოდექსის კომენტარი. მუხლი 832. თბილისი. გვ. 2. [28.04.2020]. www.gccc.ge

64 ახვლედიანი, ზ., 1999. საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის კომენტარი (წიგნი 2). თბილისი. სამართალი, გვ. 140.

65 ამირანაშვილი, გ., 2011. სუბროგაციის უფლების დაუშვებლობა. სტუდენტური სამართლებრივი ჟურნალი. გვ. 21 – საქართველოს უზენაესი სასამართლოს 2016 წლის 22 ივნისის გადაწყვეტილება (საქმე Nას-380-364-2016)

66 მესხიშვილი, ქ., 2020. კერძო სამართლის აქტუალური საკითხები. თბილისი. გამომცემლობა „GIZ“. გვ. 71-72.

67 საქართველოს სამოქალაქო კოდექსი. მუხლი 207. [29.04.2020]. www.matsne.gov.ge

68 თოთლაძე, ლ., 2018. სამოქალაქო კოდექსის კომენტარი (წიგნი 2). თბილისი. გამომცემლობა „GIZ“. გვ. 197.

რი ცესიის არსებობა კი სუბროგაციისგან მის გამიჯვნას ართულებს.

ცესია აბსტრაქტული გარიგების სახეს წარმოადგენს, რომლის მიხედვითაც მოთხოვნის დათმობა არ არის დამოკიდებული სამართლებრივი საფუძვლის – კაუზის ნამდვილობაზე.⁶⁹ მოთხოვნის დათმობისას ვხვდებით აბსტრაქციის პრინციპს, რომლის მიხედვითაც, შესაძლებელია მთავარი ხელშეკრულება იყოს ბათილი, თუმცა იგი გავლენას ვერ მოახდენს უფლების დათმობის ნამდვილობაზე.⁷⁰ სუბროგაციის დროს კი კაუზის ნამდვილობა განმსაზღვრელია არსებული ვალდებულებით-სამართლებრივი ურთიერთობის ნამდვილობისათვის, რაც კიდევ ერთ მთავარ განმასხვავებელ ნიშანს წარმოადგენს.⁷¹

საქართველოს კანონმდებლობით აღნიშნული სამართლებრივი ურთიერთობების აღსაწერად ტერმინები „სუბროგაცია“ და „ცესია“ არ გამოიყენება.⁷² სწორედ ამიტომ, მიუხედავად აღნიშნული განსხვავებისა, ტერმინთა არარსებობის პირობებში იზრდება ურთიერთობათა აღრევის რისკი.

ცესიის დროს კრედიტორთა ცვლილებისას ხდება უფლებამოსილების მთლიანი გადაცემა, რა დროსაც ძველი კრედიტორი გადის ვალდებულებულებით-სამართლებრივი ურთიერთობიდან.⁷³ საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის 827-ე მუხლით კი განსაზღვრულია შემცირებული და არასრუ-

ლი დაზღვევის შესაძლებლობა.⁷⁴ სუბროგაციაში მოთხოვნის დათმობისას ვალდებულებით-სამართლებრივი ურთიერთობიდან ძველი კრედიტორის (დამზღვევის) გასვლამ შესაძლოა წარმოქმნას პრობლემა, თუ დამზღვევმა სრულად ვერ დაიკმაყოფილა თავისი მოთხოვნა.⁷⁵ იგი ვერ შეძლებს იმ თანხის მიღებას, რომელიც მას რეალურად უნდა მიეღო. სწორედ ამ ასპექტშიც იკვეთება აღნიშნული სამართლებრივი ურთიერთობების (სუბროგაციისა და ცესიის) განსხვავებული ბუნება.

სუბროგაციისა და ცესიის შინაარსი მოთხოვნის უფლების გადაცემით განისაზღვრება, რის გამოც არსებული ვალდებულებით-სამართლებრივი ურთიერთობები იურიდიულ ლიტერატურასა და პრაქტიკაში ხშირად იდენტურ ურთიერთობებად მოიაზრება.⁷⁶ მოყვანილი მაგალითები კი ცხადყოფს, რომ სუბროგაციისა და რეგრესის ინსტიტუტებს რეალურად განსხვავებული სამართლებრივი ბუნება გააჩნიათ და მნიშვნელოვანია გავიაროთ მათი სპეციფიკა.

სუბროგაციისა და რეგრესის შედარებითი ანალიზი

სამოქალაქო კოდექსის 832-ე მუხლი სუბროგაციის ურთიერთობას აღწერს.⁷⁷ იგი, ისევე როგორც რეგრესის კონდიქცია, სამი სუბიექტის ურთიერთობას მოიცავს,⁷⁸ რის გამოც ძალიან ჰგვანან ერთმანეთს და დიდი ხნის განმავლობაში განსხვავების დანახვა შეუძლებელიც კი იყო. ორივე შემ-

69 ჭეჭელაშვილი, ზ., 2008. მოთხოვნის დათმობა და ვალის გადაკისრება. თბილისი. ივანე ჯავახიშვილის სახელობის თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტის გამომცემლობა. გვ. 40.

70 ზოიძე, ბ., 2002. ქართული სანივთო სამართალი. თბილისი. გამომცემლობა „მეცნიერება“. გვ. 193.

71 იმნაძე, ქ., 2019. სუბროგაციის გამიჯვნა რეგრესის წესით ზიანის ანაზღაურებისა და ცესიისაგან. თბილისი. ივანე ჯავახიშვილის სახელმწიფო უნივერსიტეტის გამომცემლობა. გვ. 51.

72 მოწონელიძე, ნ., 2014. სუბროგაციის გამიჯვნა რეგრესისა და ცესიისაგან. სამართლის ჟურნალი, N1, გვ. 166.

73 მოწონელიძე, ნ., 2015. სუბროგაცია, როგორც მზღვეველის მოთხოვნის დამყოფილების საშუალება. თბილისი. ივანე ჯავახიშვილის სახელობის თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტის გამომცემლობა. გვ. 135.

74 საქართველოს სამოქალაქო კოდექსი. მუხლი 827. [29.04.2020]. www.matsne.gov.ge

75 მოწონელიძე, ნ., 2014. სუბროგაციის გამიჯვნა რეგრესისა და ცესიისაგან. სამართლის ჟურნალი, N1, გვ. 172.

76 მესხიშვილი, ქ., 2020. კერძო სამართლის აქტუალური საკითხები. თბილისი. გამომცემლობა „GIZ“. გვ. 71.

77 ცისკარაძე, მ., 2001. საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის კომენტარი (წიგნი 2). თბილისი. გამომცემლობა „სამართალი“. გვ. 153.

78 შნიტგერი, ჰ., შატბერაშვილი, ლ., სამოქალაქო კოდექსის კომენტარები. მუხლი 832. [29.04.2020]. www.gccc.ge

თხვევაში მოვალე თავისუფლდება თავდაპირველი კრედიტორის მიმართ ვალდებულების შესრულებისგან და ამ უკანასკნელს სხვა კრედიტორი ანაცვლებს.⁷⁹ სამოქალაქო კოდექსის ორივე ინსტიტუტი წარმოადგენს მოვალის უსაფუძვლოდ გამდიდრების პრევენციას.⁸⁰ სუბროგაციის მეშვეობით მზღვეველს მხოლოდ მაშინ შეუძლია მოსთხოვოს მესამე პირს ზიანის ანაზღაურება, თუ დამზღვევს მესამე პირის მიმართ მოთხოვნის უფლება წარმოეშვა.⁸¹

ერთ-ერთი ფუნდამენტური განმასხვავებელი ნიშანი სუბროგაციასა და რეგრესს შორის გახლავთ ის, რომ რეგრესის კონდიქცია ნაწარმოები და წარმოშობილია უკვე არსებული ვალდებულებით-სამართლებრივი ურთიერთობიდან (სახეზე გვაქვს ორი ვალდებულებით-სამართლებრივი ურთიერთობა), ხოლო სუბროგაცია დაფუძნებულია ერთ ვალდებულებით-სამართლებრივ ურთიერთობაზე.⁸² მოცემულ შემთხვევაში საქმე გვაქვს არა რეგრესული მოთხოვნის უფლებასთან, არამედ დელიქტურ ვალდებულებაში კრედიტორის შეცვლასთან, ხოლო თვით ვალდებულების არსი უცვლელი რჩება.⁸³ რეგრესის კონდიქციის დროს კი წარმოიშობა ახალი ვალდებულებით-სამართლებრივი ურთიერთობა.⁸⁴ გასათვალისწინებელია, რომ თუ დამზღვევი უარს იტყვის მესამე პირისგან

ზიანის ანაზღაურებაზე, მაშინ მზღვეველიც თავისუფლდება ანაზღაურების ვალდებულებისაგან.⁸⁵ საქართველოს უზენაესი სასამართლო მივიდა იმ დასკვნამდე, რომ სუბროგაციისას დამზღვევის უფლება გადადის მზღვეველზე და ხდება მისი ჩანაცვლება, რა დროსაც აზრს მოკლებულია რეგრესის კონდიქციის გამოყენება.⁸⁶

მოთხოვნის დათმობისას მოთხოვნის უფლების მქონე პირის ცვლილების მიუხედავად, ხანდაზმულობის ვადები უცვლელი რჩება,⁸⁷ ხოლო სუბროგაციის დროს, რეგრესისგან განსხვავებით, გაგრძელდება ხანდაზმულობის ვადის დენა.⁸⁸ მოთხოვნის გადასვლის გზით, კრედიტორმა შეიძლება ნატურალური, აღუსრულებელი მოთხოვნა მიიღოს მოთხოვნის გადასვლის მომენტში მისი ხანდაზმულობის გამო,⁸⁹ რასაც ადგილი არ აქვს სუბროგაციის დროს. რეგრესის დროს დელიქტური ვალდებულების შემდეგ ახალი ვალდებულება წარმოიშობა, შესაბამისად ერთი ვალდებულების მეორეთი ჩანაცვლება ხდება, სუბროგაციისას კი – ვალდებულება უცვლელია.⁹⁰ ნიშანდობლივია, რომ საქართველოს უზენაესი სასამართლოს პრაქტიკის მიხედვით, სუბროგაციის ხანდაზმულობის ვადის გა-

79 რუსიაშვილი, გ., 2020. უსაფუძვლო გამდიდრების სამართლის სარეფორმო წინადადება. თბილისი. გამომცემლობა „GIZ“. გვ. 91.
 80 ამირანაშვილი, გ., 2011. სუბროგაციის უფლების დაუშვებლობა. სტუდენტური სამართლის ჟურნალი. გვ. 20.
 81 Insurance law and practice. 2014. Published by: The institute of company secretaries of India. p. 18. www.icsi.edu
 82 მოწონელიძე, ნ., 2015. სუბროგაცია როგორ მზღვეველის მოთხოვნის დაკმაყოფილების საშუალება. თბილისი. ივანე ჯავახიშვილის სახელობის თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტის გამომცემლობა. გვ. 122-123.
 83 საქართველოს უზენაესი სასამართლოს 2012 წლის 17 თებერვლის გადაწყვეტილება (საქმე Nას-663-624-2011).
 84 მოწონელიძე, ნ., 2014. სუბროგაციის გამიჯვნა რეგრესისა და ცესიისაგან. სამართლის ჟურნალი, N1, გვ. 161.

85 ირემაშვილი, ქ., 2016. სამოქალაქო კოდექსის კომენტარი. მუხლი 832. თბილისი. გვ. 5. [29.04.2020]. www.gccc.ge
 86 იმნაძე, ქ., 2019. სუბროგაციის გამიჯვნა რეგრესის წესით ზიანის ანაზღაურებისა და ცესიისაგან. თბილისი. ივანე ჯავახიშვილის სახელობის თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტის გამომცემლობა. გვ. 34 – საქართველოს უზენაესი სასამართლოს 2012 წლის 5 სექტემბრის გადაწყვეტილება (საქმე Nას-581-549-2011).
 87 საქართველოს უზენაესი სასამართლოს 2016 წლის 15 აპრილის გადაწყვეტილება (საქმე Nას-80-77-2016)
 88 მოწონელიძე, ნ., 2014. სუბროგაციის გამიჯვნა რეგრესისა და ცესიისაგან. სამართლის ჟურნალი, N1, გვ. 163 – საქართველოს უზენაესი სასამართლოს 2012 წლის 5 სექტემბრის გადაწყვეტილება (საქმის Nას-581-549-2011).
 89 მესხიშვილი, ქ., 2020. კერძო სამართლის აქტუალური საკითხები. თბილისი. გამომცემლობა “GIZ”. გვ. 70.
 90 ამირანაშვილი, გ., 2011. სუბროგაციის უფლების დაუშვებლობა. სტუდენტური სამართლის ჟურნალი. გვ. 21.

მოსათვლელად გამოიყენება ამავე კოდექსის 129-ე მუხლის მე-3 ნაწილის მიდგომა, რაც იმას ნიშნავს, რომ ყოველ კონკრეტულ შემთხვევაში სამსჯელოა ხანდაზმულობის ვადის გამოთვლა.⁹¹ მაგალითად, სასამართლომ, გადაზიდვის ხელშეკრულებიდან გამომდინარე სუბროგაციაზე, გაავრცელა ხანდაზმულობის ერთწლიანი ვადა და განმარტა, რომ სამოქალაქო კოდექსის 699-ე მუხლით სპეციალური ვადა იყო განსაზღვრული და მას უნდა მინიჭებოდა უპირატესობა.⁹²

საკითხის პრობლემატურობა კარგად ვლინდება იმ ფაქტში, რომ 2012 წლამდე ტერმინი „სუბროგაცია“ არ არსებობდა და მისი მნიშვნელობა უცხო იყო. მისი გამოვლენის შემდეგ კი ნათლად წარმოჩინდა სამოქალაქო კოდექსის ინსტიტუტებს შორის (სუბროგაცია, ცესია, რეგრესი) განსხვავება და მათ შორის არსებული განსხვავებული სამართლებრივი შედეგები.

დასკვნა

კვლევა მიზნად ისახავდა სუბროგაციის, რეგრესიისა და ცესიის ერთმანეთისაგან გამიჯნას. თავდაპირველად მიმოვიხილეთ თითოეული ინსტიტუტის მახასიათებლები. გამოვყავით საერთო ნიშნები, რომლებიც აღრევის საშიშროების წინაშე გვაყენებს. უპირველესად, მნიშვნელოვანია აღვნიშნოთ, რომ სამივე სამართლებრივი ურთიერთობა უკუმოთხოვნის სახეს წარმოადგენს. თითოეული ურთიერთობისას არსებობს სამი მხარე, რომელთა უფლებამოსულებებიც ურთიერთობის შინაარსს ქმნის. სამოქალაქო კოდექსით ტერმინები „სუბროგაცია“, „ცესია“, „რეგრესი“ არ გამოიყენება. იურიდიულ ლიტერატურაში თუ სასამართლო

პრაქტიკაში შეინიშნება მოცემული სამართლებრივი ურთიერთობების დახასიათება და განმასხვავებელი ნიშნების გამოყოფა, რომლებზეც სტატიაში ვისაუბრეთ.

პირველად ტერმინი „სუბროგაცია“ სასამართლომ 2012 წლის გადაწყვეტილებაში გამოიყენა. ასევე, გადაწყვეტილებაში თუ იურიდიულ ლიტერატურაში ყურადღება გამახვილებულია ცესიისა და სუბროგაციის წარმოშობის საფუძვლებზე. სამოქალაქო კოდექსის 832-ე მუხლით განსაზღვრული ურთიერთობა კანონის ძალით წარმოიშობა, ხოლო ცესიის შემთხვევაში სამართლებრივი საფუძველი გარეგებია. თუმცა სამოქალაქო კოდექსში კანონისმიერი ცესიის მაგალითებსაც ვხვდებით, რაც ართულებს მათ შორის განსხვავების დანახვას. კიდევ ერთი მნიშვნელოვანი განსხვავება სუბროგაციასა და ცესიას შორის არის კაუზის გავლენა ვალდებულებით სამართლებრივ გარიგებაზე, რომელთან დაკავშირებითაც სტატიაში გავამახვილეთ ყურადღება.

სუბროგაციასა და რეგრესს შორის განსხვავებაზე უზენაესმა სასამართლომ განმარტა, რომ სუბროგაციისას არსებობს ერთი ვალდებულებით-სამართლებრივი ურთიერთობა, ხოლო რეგრესისას – ორი ვალდებულებით-სამართლებრივი გარიგება. ეს კი, თავის მხრივ, გავლენას ახდენს ხანდაზმულობის ვადის გამოთვლაზე, რომელიც კვლევის დროს იქნა განხილული.

შესაბამისად, ერთი შეხედვით, არსებობს სამი სამართლებრივი ინსტიტუტი, რომლებსაც აქვთ საერთო ნიშნები, რის გამოც დღესაც ხშირად ხდება მათი შინაარსობრივი აღრევა და სტატიის მიზანს წარმოადგენდა მოცემული ინსტიტუტებს შორის განსხვავებების წარმოჩენა.

91 იმნაძე, ქ., 2019. სუბროგაციის გამოკვლა რეგრესის წესით ზიანის ანაზღაურებისა და ცესიისაგან. თბილისი. ივანე კავახიშვილის სახელობის თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტის გამომცემლობა. გვ. 40-41.

92 საქართველოს უზენაესი სასამართლო 2012 წლის 5 სექტემბრის გადაწყვეტილება (საქმე Nას-581-549-2011)

გამოყენებული ლიტერატურა:

1. ამირანაშვილი, გ., 2011. სუბროგაციის უფლების დაუშვებლობა. სტუდენტური სამართლის ჟურნალი.
2. ამირანაშვილი, გ., 2014. ზიანის ანაზღაურების მოთხოვნა მესამე პირისგან. საქართველოს ადვოკატთა ასოციაციის ჟურნალი „ადვოკატი“, N2. თბილისი. გამომცემლობა „მინიატურა“.
3. ახვლედიანი, ზ., 1999. საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის კომენტარი (წიგნი 2). თბილისი. გამომცემლობა „სამართალი“.
4. ბიჭია, მ., 2016. კანონისმიერი ვალდებულებითი ურთიერთობები. თბილისი. გამომცემლობა „ბონა კაუზა“.
5. დარჯანია, თ., 2012. უზრუნველყოფილი ცესია და მოვალის გარანტია. სტუდენტური სამართლის ჟურნალი. თბილისი. გამომცემელი „GIZ“.
6. ვაშაკიძე, გ., 2010. სამოქალაქო კოდექსის გართულებული ვალდებულებითი სისტემა. თბილისი. გამომცემლობა „GIZ“.
7. ვერულავა, თ., 2013. დაზღვევის ისტორია. თბილისი. ილიას სახელმწიფო უნივერსიტეტის გამომცემლობა.
8. ზოიძე, ბ., 2002. ქართული სანივთო სამართალი. თბილისი. გამომცემლობა „მეცნიერება“.
9. თოთლაძე, ლ., 2018. სამოქალაქო კოდექსის კომენტარი (წიგნი 2). თბილისი. გამომცემლობა „GIZ“.
10. იმნაძე, ქ., 2019. სუბროგაციის გამიჯვნა რეგრესის წესით ზიანის ანაზღაურებისა და ცესიისაგან. თბილისი. ივანე ჯავახიშვილის სახელობის თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტის გამომცემლობა.
11. ირემაშვილი, ქ., 2016. მხარეთა უფლებრივი თანაფარდობის კრიტერიუმები სადაზღვევო ურთიერთობებში. თბილისი. ივანე ჯავახიშვილის სახელობის თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტის გამომცემლობა.
12. ირემაშვილი, ქ., 2016. სამოქალაქო კოდექსის კომენტარი. მუხლი 799. თბილისი.
13. ირემაშვილი, ქ., 2016. სამოქალაქო კოდექსის კომენტარი. მუხლი 832.
14. კროპჰოლერი, ი., 2014. გერმანიის სამოქალაქო კოდექსი (სასწავლო კომენტარი). თბილისი. გამომცემლობა „GIZ“.
15. მესხიშვილი, ქ., 2020. კერძო სამართლის აქტუალური საკითხები. თბილისი. გამომცემლობა „GIZ“.
16. მოწონელიძე, ნ., 2014. სუბროგაციის გამიჯვნა რეგრესისა და ცესიისაგან. ივანე ჯავახიშვილის თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტის გამომცემლობა. სამართლის ჟურნალი. N1.
17. მოწონელიძე, ნ., 2015. სუბროგაცია როგორც მზღვეველის მოთხოვნის დაკმაყოფილების საშუალება. თბილისი. ივანე ჯავახიშვილის სახელობის თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტის გამომცემლობა.
18. რუსიაშვილი, გ., 2020. უსაფუძვლო გამდიდრების სამართლის სარეფორმო წინადადება. თბილისი. გამომცემლობა „GIZ“.
19. რუსიაშვილი, გ., სირდაძე, ლ., ეგნატაშვილი, დ., 2019. სანივთო სამართალი (კაზუსების კრებული). თბილისი. გამომცემლობა „GIZ“.

20. შენგელია, რ., 2001. საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის კომენტარი (წიგნი მეოთხე, ტომი 2). თბილისი. გამომცემლობა „სამართალი“.
21. შნიტგერი, ჰ., შატბერაშვილი, ლ., სამოქალაქო კოდექსის კომენტარები. მუხლი 976.
22. შოთაძე, თ., 2014. სანივთო სამართალი. თბილისი. გამომცემლობა „მერიდიანი“.
23. ჩაჩანიძე, ე., (რედაქტორი), დარუხანია, თ., (რედაქტორი), 2019. გერმანიის სამოქალაქო კოდექსი (BGB). თბილისი. გამომცემლობა „GIZ“.
24. ცისკარაძე, მ., 2001. საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის კომენტარი (წიგნი 2). თბილისი. გამომცემლობა „სამართალი“.
25. ცისკაძე, მ., 2001. საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის კომენტარი. გამომცემლობა „სამართალი“.
26. ქანტურია, ლ., 2012. კრედიტის უზრუნველყოფის სამართალი. თბილისი. გამომცემლობა „სამართალი“.
27. ქეჭელაშვილი, ზ., 2008. მოთხოვნის დათმობა და ვალის გადაკისრება. თბილისი. ივანე ჯავახიშვილის სახელობის თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტის გამომცემლობა.
28. A. Martin, E., 2001. Oxford dictionary of law. Fifth edition. Published by oxford university.
29. Dolden, E., Richardson, D., 2015. Practical and substantive aspects of subrogation. Published by Dolden wallace folick (LLP).
30. Insurance law and practice. 2014. Published by: The institute of company secretaries of India.
31. Kozubovska, D., 2010. Subrogation in insurance: theoretical and practical aspects. Vilnius.
32. Long, R., Avalon, A., 2018. The doctrine of unjust enrichment. Published by long international.
33. Proprietary effects of the assignment of claims (The impact of future regulation in the land registry). 2019. General assembly. Brussels.
34. Robinson, A., 2006. Subrogation.
35. Stevens, R., When and why does unjustified enrichment justify the recognition of proprietary rights.
36. Weinrib, E., 2005. Restoring restitution (book review). Published by Cambridge University.

ნორმატიული მასალა:

1. საქართველოს სამოქალაქო კოდექსი [30.04.2020]. ხელმისაწვდომია <https://matsne.gov.ge/>
2. სამოქალაქო კოდექსის კომენტარი. [30.04.2020]. ხელმისაწვდომია www.gccc.ge

სასამართლო აქტები:

1. საქართველოს უზენაესი სასამართლოს 2012 წლის 17 თებერვლის გადაწყვეტილება (საქმე Nას-663-624-2011).
2. საქართველოს უზენაესი სასამართლოს 2012 წლის 5 სექტემბრის გადაწყვეტილება (საქმე Nას-581-549-2011).
3. საქართველოს უზენაესი სასამართლოს 2016 წლის 15 აპრი-

- ლის გადაწყვეტილება (საქმე Nას-80-77-2016)
4. საქართველოს უზენაესი სასამართლოს 2019 წლის 4 დეკემბრის გადაწყვეტილება (საქმე Nას-559-2019).
 5. საქართველოს უზენაესი სასამართლოს 2010 წლის 19 ოქტომბრის გადაწყვეტილება (საქმე Nას-379-352-2010).
 6. საქართველოს უზენაესი სასამართლოს 2019 წლის 20 დეკემბრის გადაწყვეტილება (საქმე Nას-1021-2019).
 7. საქართველოს უზენაესი სასამართლოს 2019 წლის 22 მარტის გადაწყვეტილება (საქმე Nას-1298-2018)
 8. საქართველოს უზენაესი სასამართლოს 2016 წლის 22 ივნისის გადაწყვეტილება (საქმე Nას-380-364-2016)

CONSULTATION IN NATO AND ITS LEGAL ASPECTS

Rati Bakhtadze

Student of LL.M. Institute of Law

KEYWORDS: NATO, Consultations, Security

ABSTRACT

The main goal of this paper is to outline the importance of Article 4 in the daily work of the North Atlantic Treaty Association. The paper answer the questions such as: in what cases are consultations called? Who can apply for consultations in NATO? What role does consultation play in the organization's decision-making? What kind of consultations can hold in the organization?

A broad definition of consultation in the paper demonstrates its importance and effectiveness in the work of an organization. At the same time, practical examples indicate that it is very effective, and based on it, the Member States can make the best decisions. This allows the Member States not only to respond to threats of territorial integrity, political independence and security but also to have a preventive nature.

The paper also includes the definition of bases of consultations that may threaten: that's are territorial integrity, political independence or security. Accordingly, the political and legal meanings of these terms are widely defined.

Finally, the paper provides a clear legal definition of Article 4 of the founding Treaty of the North Atlantic Treaty Organization, which will enable the interested party to comprehend the conditions of this paper.

INTRODUCTION

The North Atlantic Treaty Organization (NATO) gives big attention to consultations. Consultation is an important part of the organization. Consultations define the organization's policies and various action plans. Based on the consultations, important decisions are made, including the implementation of the right of collective defense, which is the main purpose of the organization.

The main goal of this article is to outline the importance of Article 4 in the daily work of the organization. The article will answer the questions such as: In what cases consultations will be called? Who can apply for consultations in NATO? What role does consultation play in the organization's decision-making? What kind of consultations can be held in the organization?

The article discusses and reviews such legal terms as territorial integrity, political independence, security, and threat. Each term is important, because if those are in a threat that is the basis to call the consultation.

The first chapter explains Article 4 of the NATO founding treaty and the role of consultation in NATO. The second chapter covers territorial integrity and political independence and their link to consultations. The third chapter reviews the security issues that are covered in NATO. The fourth chapter interprets the threat and its connection to territorial integrity, political independence, and security.

1. ARTICLE 4 OF THE WASHINGTON TREATY – LEGAL THOUGHT ON THE CONSULTATION OF THE NORTH ATLANTIC TREATY

The NATO Treaty is often referred to as the Washington Treaty. The treaty consists of 14 articles and protocols (protocol on membership of non-founding members). Despite the size of the treaty, the explanation of each article can be quite comprehensive. The explorative material is consultations, therefore we will discuss it widely.

According to Article 4 of the Washington Treaty: „*The Parties will consult together whenever, in the opinion of any of them, the territorial integrity, political independence or security of any of the Parties is threatened.*“¹

The only obligation expressed in this Article is for signatory countries to consult together if the territorial integrity or political independence of one of them is endangered. Such consultation may be requested by a country other than the one threatened.² At the same time, it is not necessary that whichever state requests the consultation should be directly concerned with the threat, it may be related to another member State.

Consultation plays an important role in the NATO decision-making process and ends, as a practice, with consensus. It covers the various issues of the Alliance and the day-to-day activities of NATO. Consultations allow member States to listen to each other and state their official position.

Political consultation in NATO began as a systematic exercise when the Council first met in September 1949, shortly after the North Atlantic Treaty came into force. Since that time it has been strengthened and adapted to suit new developments. The principal forum for political consultation remains the Council. Its meetings take place with a minimum of formality; discussion is frank and direct. The Secretary General, under his chairmanship, plays an essential part in its deliberations and acts as its principal representative and spokesman both in contacts with individual governments and in public affairs.³

Consultation and consensus were accepted as the basis for all NATO decisions when the Alliance was created in 1949. However, it was only gradually that NATO set up a consultation system. In broad terms, this was done in three stages:⁴

- 1 The North Atlantic Treaty, Washington D.C., 4 April 1949, Article 4 <http://www.nato.int/cps/en/natolive/official_texts_17120.htm> [Last seen 26.10.2020]
- 2 Aspects of NATO-Analysis and Text of the North Atlantic Treaty 1962, 5 <<http://archives.nato.int/aspects-of-nato-analysis-and-text-of-north-atlantic-treaty:isad>> [Last seen 26.10.2020]
- 3 NATO HANDBOOK, Public Diplomacy Division NATO, 1110 Brussels, 2006, 38.
- 4 Ibid.

- 1949-1952: at the signing of the Treaty, NATO introduced the consultation process as a key principle in its working mechanisms. This was reinforced at the Lisbon Conference (1952) where the contours of today's NATO were put into place: the NAC was made permanent and the position of Secretary General was created, together with an international staff that would support Council decisions on a permanent basis;
- 1952-1956: between 1952 and the publishing of the Committee of Three reports on non-military cooperation, attempts had been made to encourage political consultation beyond the geographical limitations defined in the founding treaty, i.e, beyond the defined NATO area.
- From 1956: the principles of the Report of the Committee of Three were further developed and implemented. The Committee recommended measures in the area of political cooperation with regard to foreign policies, the peaceful settlement of inter-member disputes, economic cooperation, scientific and technical cooperation, cultural cooperation, and cooperation in the information field.

1.1. Consultation mechanisms and their forms

Political consultation among the members of the Alliance is not limited to events taking place within the Euro-Atlantic area. Events elsewhere that have potential implications for the Alliance regularly feature on the agenda of the Council and its subordinate committees. The consultative machinery of NATO is readily available and extensively used by the members in such circumstances, to identify at an early stage areas where, in the interests of security and stability, coordinated action may be taken.⁵

In accord with Article 4, the Parties may put any matter on the agenda, in particular those re-

lating to the security of the member States, and maybe discussed by the North Atlantic Council.

The North Atlantic Council is the principal political decision-making body within NATO. It oversees the political and military process relating to security issues affecting the whole Alliance. It brings together representatives of each member country to discuss policy or operational questions requiring collective decisions, providing a forum for wide-ranging consultation between members on all issues affecting their peace and security.⁶ The member states of the Council enjoy equal rights. Items discussed and decisions taken at meetings of the Council cover all aspects of the Organization's activities and are frequently based on reports and recommendations prepared by subordinate committees at the Council's request.⁷

At North Atlantic Council, as in other organs of the organizations, decisions are made based on consensus. When there is a need for a decision, actions are agreed on unanimity and a common basis. Here is no voting or decision made by the majority system. And that explains the strength and reliability of the organization. Politically it creates a stable environment between member countries because every decision is made by agreement from each member state. Decisions made by consensus give a chance to the states to keep sovereignty in defense and security issues.

So, decisions in the Council are made by consensus. Therefore, the NAC is the body that decides whether a specific attack on a Member State will invoke a collective defense right (based on consultations under Article 4 of Washington) – Therefore Article 5 of Washington is invoked accordingly.

This or other decisions, which were made by consensus, for the member states are binding.

As soon as it is invoked, the issue is discussed and can potentially lead to some form of joint decision or action on behalf of the Alliance. Whatever the scenario, fellow members sitting

⁵ Ibid.

⁶ The North Atlantic Council, <http://nato.int/cps/en/natohq/topics_49763.htm> [Last seen 26.10.2020]

⁷ Ibid.

around the Council table are encouraged to react to a situation brought to their attention by a member country.⁸

The consultation takes many forms. At its most basic level, it involves simply the exchange of information and opinions. At another level, it covers the communication of actions or decisions, which governments have already taken or maybe about to take. Finally, it can encompass discussion to reach a consensus on policies to be adopted or actions to be taken.⁹

The consultation and consultation process does not mean any legal or/and political obligation. It does not mean the position of any states. This is the mechanism, which gives states the possibility discusses security challenges, and in the necessity, make concrete steps, which will be taken only after the consensus.

Consultation on the high level includes North Atlantic councils, Military Comity, and Nuclear Planning Group. And those organs so-called subsidiary organs, which were created to help the three main organs, we have to consider as low-level consultation mechanism.

Consultation is continuous and takes place both on a formal and informal basis. It can happen quickly due to the fact that all member states have permanent delegations at NATO Headquarters in Brussels.¹⁰

Governments can come together at short notice whenever necessary, often with prior knowledge of their respective national preoccupations, in order to agree on common policies or take action on the basis of consensus.¹¹

1.2. The practice of Consultation under article 4

Since the Alliance's creation in 1949, Article 4 has been invoked several times.

On 10 February 2003, Turkey formally invoked Article 4, asking for consultations in the NAC on defensive assistance from NATO in the event of a threat to its population or territory resulting from armed conflict in neighboring Iraq. NATO agreed on a package of defensive measures and conducted Operation Display Deterrence from the end of February to early May 2003.¹² The main aim of the operation was to defend Turkish air territorial integrity.

On two occasions in 2012, Turkey requested a NAC meeting under Article 4: once on 22 June after one of its fighter jets was shot down by Syrian air defense forces and the second time on 3 October when five Turkish civilians were killed by Syrian shells. Following these incidents, on 21 November, Turkey requested the deployment of Patriot missiles. NATO agreed to this defensive measure to help Turkey defend its population and territory, and help de-escalate the crisis along the border.¹³

Poland invoked Article 4 on 3 March 2014 following increasing tensions in neighboring Ukraine, as a result of Russia's aggressive actions.¹⁴ Poland pointed, that the developments in and around Ukraine are seen to constitute a threat to neighboring Allied countries and having direct and serious implications for the security and stability of the Euro-Atlantic area.¹⁵ After the consultation parties agreed on:

- To undertake to pursue and intensify our rigorous and on-going assessment of the implications of this crisis for Alliance security, in close coordination and consultation;
- To continue to support all constructive efforts for a peaceful solution to the current crisis in accordance with international law. To welcome the ongoing efforts undertaken by the United Nations, the European Union, the OSCE, and the Council of Europe;

8 The consultation process and Article 4, <https://www.nato.int/cps/en/natohq/topics_49187.htm> [Last seen 26.10.2020]

9 Ibid.

10 Ibid.

11 Ibid.

12 Ibid.

13 Ibid.

14 Ibid.

15 Secretary General announces North Atlantic Council to meet following Poland's request for Article 4 consultations, <https://www.nato.int/cps/en/natohq/news_107711.htm> [Last seen 26.10.2020]

- They will continue to consult with Ukraine within the NATO-Ukraine Commission;
- They will engage with Russia in the NATO-Russia Council.¹⁶

On 26 July 2015, Turkey made the same request in view of the seriousness of the situation following terrorist attacks, and to inform Allies of the measures it was taking. On 28 February 2020, Turkey requested to hold consultations under Article 4 on the latest developments in Syria, which resulted in the loss of several Turkish soldiers.¹⁷ In both cases, there was no agreement on a specific action, but a member of the Alliance stood in strong solidarity with Turkey. Even more, NATO continues defense of Turkish air territory against missiles coming from Syria.¹⁸

Take into mind those practices we can conclude that the consultation process is effective. NATO's main goal is collective defense, and this goal can be considered as a prevention mechanism against attack. To use force for the defense is the last measure for NATO. Consultation and decisions based on it in essence is a conflict prevention mechanism. Turkish cases show that NATO action had a positive consequence. There is not more missile attack against Turkey.

Consultations about the 9/11 attacks also took place in 2001, where the North Atlantic Council made an important decision and the Council agreed that if it is determined that this attack was directed from abroad against the United States, it shall be regarded as an action covered by Article 5 of the Washington Treaty, which states that an armed attack against one or more of the Allies in

Europe or North America shall be considered an attack against them all.¹⁹ This was the first time that Article 5 of Washington had come into force.

Article 4 sets out the grounds for assembling consultations. Consequently, the member states of the Alliance can be invited for consultations only when a particular thing is threatened. What is the threat will be discussed below, and what can be threatened? Those are territorial integrity, political independence, or security.

1.3. Consultation with non-member countries

Where we talk about consultations within Alliance member states, it is important to mention also consultation with the partner and non-member states. Even it does not address Article 4 of the Washington Treaty, it does play an important role in the Alliance's day-to-day policy and planning of agenda.

As it was mentioned above, this kind of platform was used during the Ukraine crisis, when the consultation process was moved to the NATO-Ukraine Commission, to hear the opinion of the involved party.

Cooperation with non-member countries of NATO is an integral part of the Alliance's security policy and plays a fundamental role in its day-to-day work. Through its pursuit of cooperation and different forms of partnership with non-member countries, NATO not only increases security and stability for its Partner countries but also reinforces its security. Partnership and cooperation are therefore part of a two-way process benefiting both Partner countries and member countries. It provides the opportunity for each of them to discuss security issues and cooperate in different fields, helping to overcome divisions and potential areas of disagreement that could lead to instability and conflict.²⁰

16 Statement by the North Atlantic Council following meeting under article 4 of the Washington Treaty, <https://www.nato.int/cps/en/natohq/news_107716.htm> [Last seen 26.10.2020]

17 The consultation process and Article 4, <https://www.nato.int/cps/en/natohq/topics_49187.htm> [Last seen 26.10.2020]

18 Statement by the North Atlantic Council following meeting under Article 4 of the Washington Treaty (28.07.2015).” <https://www.nato.int/cps/en/natohq/official_texts_121926.htm> [Last seen 26.10.2020]; Statement by the Secretary General after Article 4 consultations (28.02.2020) <https://www.nato.int/cps/en/natohq/opinions_173939.htm> [Last seen 26.10.2020]

19 North Atlantic Treaty Organization (NATO): "Statement by the North Atlantic Council", 2001. 40 ILM 1267.

20 NATO HANDBOOK, Public Diplomacy Division

There are different forms of cooperation in NATO. This can be in the form of group cooperation, for example, the Euro-Atlantic Partnership Council or the Mediterranean Cooperation Group (within the framework of the NATO Mediterranean Dialogue). Also, NATO may carry out similar cooperation individually, for example, the NATO-Ukraine Commission or the NATO-Georgia Commission.

The principles which guide consultations in these forums are modeled on those which have long formed the basis for consultations within the Alliance itself and are conducted with the same openness and spirit of cooperation. There are provisions for NATO consultations with any active participant in the Partnership for Peace if that Partner perceives a direct threat to its territorial integrity, political independence, or security.²¹ In practice, it is very effective. In 2014, when Poland asked for the consultation, NATO with the NATO-Ukraine commission could have the communication. And only after it could decide how to strengthen Alliance security.

Below is an explanation of the ground that made NATO meet for consultations based on Article 4. As mentioned, those are territorial integrity, political independence, or security.

2. TERRITORIAL INTEGRITY AND POLITICAL INDEPENDENCE – THE BASIS TO CALL THE CONSULTATION UNDER ARTICLE 4 OF THE WASHINGTON TREATY

Article 4 of Washington highlights three important things that can be threatened. Those are territorial integrity, political independence, or security. These three notions are intertwined, but territorial integrity and political independence are more linked with each other.

The notions of territorial integrity and political independence constitute two basic facets of State – sovereignty which is traditionally interwoven with the fundamental principle of the prohibi-

tion of the threat or – use of force and are largely recognized as independent principles of international law. The notion of territorial integrity refers to the material elements of the – State, namely the physical and demographic resources that lie within its territory (land, sea, and airspace) and are delimited by the State's frontiers and – boundaries. The notion of political independence covers the non-material elements of State sovereignty and power, namely the freedom of political decision-making and the direction of State organs in respect of the internal and international affairs of a State.²²

Territorial integrity is mention in the UN Charter Article 2(4)²³:

*“All Members shall refrain in their international relations from the threat or use of force against the territorial integrity or political independence of any state, or in any other manner inconsistent with the Purposes of the United Nations.”*²⁴

As we see territorial integrity is an important subject. Threats are indeed prohibited under the UN Charter, but if a threat happens against a NATO member state, the member state asks for a consultation with the North Atlantic Council. It is, therefore, enough to have a threat, in this case, the threat against territorial integrity. After, the member states of the Alliance go for the consultation and take deterrence steps.

Each state determines its jurisdiction, which is limited by the borders of the territory. This authority is targeting all individuals and organizations in the area. Every foreigner, regardless of his nationality, upon entering this territory falls under the jurisdiction of that State, which can be restricted only based on an international treaty or customary law (e.g. members of the diplomatic and consular missions). The territory of each sovereign state is unfringeable by the government of another state. No other State shall have

NATO, 1110 Brussels, 2006, 40.

21 Ibid.

22 Rozakis C., 1987. Territorial Integrity and Political Independence, Encyclopedia of Public International Law, Rudolf Dolzer, Dr. iur., S.J.D. (eds.), Amsterdam, p. 481.

23 Charter of the United Nations, San Francisco, 24 October 1945, Article 2 (4).

24 Both in UN charter and Article 4 in NATO treaty is underlined – Territorial integrity [Last seen Auth.].

the right to violate the sovereignty and to attempt to confer its jurisdiction on its nationals living in the territory of another State, unless, as an exception, that State itself agrees on it.²⁵

Territorial sovereignty is an indivisible notion, it includes both the sovereign rights of the state over the people living in the territory, as well as the right of sovereign disposition over the territory itself. Land, its entrails, inland territorial waters, the airspace above the territory are under the sovereignty of a given state.²⁶

Political independence is an expression of the state's sovereignty, which enables it to make independent decisions in both domestic and foreign affairs.

The concepts of territorial integrity and political independence, together with the related notions of, domestic jurisdiction, territorial sovereignty, sovereign equality, non-intervention, the prohibition of the threat or use of force, and non-recognition of acts or situations resulting therefrom, form the legal panoply for the protection of a State from external threats and interferences. It is only natural that the weight and significance of all these concepts have increased since the end of World War II as a result of the emergence in the international community of a large number of small or weak States which are, more or less, the offspring of the process of decolonization. Their political and military weakness, their typically multi-ethnic and multi-national origin are elements which make the majority of these States eager to legally protect themselves from any reappearance of political or military interferences of third States in their internal and international affairs. Consequently, the new States are the most fervent proponents of the legal protection of their identity and, thus, of the legal concepts which substantiate their legitimate claims. The antagonistic trends in the relations of the two superpowers have also increased the importance of these concepts. The protection of sovereignty, territorial integrity and political independence mean, in the last instance, recognition of the political – *status quo* within the powers' –

25 Aleksidze, L., Contemporary International Law, 55.

26 Ibid.

spheres of influence and unhindered control of the operation of the respective ideologies and political dogmas. The threats to the elements of sovereignty in today's world have increased owing to the development of sophisticated means of interference "in the affairs of a State, the economic interdependence of States and the emergence of supra-national forces in international relations."²⁷

Georgia is an example of the violation of territorial integrity.

Russia occupied the Georgian regions of Abkhazia and Tskhinvali / So-called South Ossetia, and illegal deployment of military bases violate Georgia's territorial integrity within internationally recognized borders; Significantly delays the peaceful development of the country and poses a serious threat to security and stability, both at the national and regional levels.

3. SECURITY

Creating a threat to security is a fairly broad precept. As we have seen above, the threat to territorial integrity and political independence in itself poses a threat to security because these two things are closely intertwined. It is difficult to talk about the violation of territorial integrity and not mention security.

Security addresses many issues of state interest, including security, the territorial integrity of the state, and political independence.

As these three components have been separated, it is necessary to study them independently in reality when the treaty was signed. Based on the experience of World War II (the occupation of neighboring countries by Nazi Germany through threats and other means) it was expected that the threat would be directed directly at the territorial integrity of a member state of the Alliance.

Also, the influence of the Soviet Union's political independence was under question. As a

27 Rozakis C., 1987. Territorial Integrity and Political Independence, Encyclopedia of Public International Law, Rudolf Dolzer, Dr. iur., S.J.D. (eds.), Amsterdam, p. 486.

matter of fact that the two political wings, the socialist and the democratic, were opposed to each other.

Even though the word security has many meanings, it is still possible to give it some meaning and define what security is, for whom security is, what is considered a security issue, and how we can achieve security.

Security is most commonly associated with the alleviation of threats to cherished values; especially those which, if left unchecked, threaten the survival of a particular referent object in the near future.²⁸

Put in rather stark terms, it is possible to identify two prevalent philosophies of security, each emerging from fundamentally different starting points. The first philosophy sees security as being virtually synonymous with the accumulation of power. From this perspective, security is understood as a commodity (i.e. to be secure, actors must possess certain things such as property, money, weapons, armies, and so on). In particular, power is thought to be the route to security: the more power (especially military power) actors can accumulate, the more secure they will be.²⁹

The second philosophy challenges the idea that security flows from power. Instead, it sees security as being based on emancipation; that is, a concern with justice and the provision of human rights. From this perspective, security is understood as a relationship between different actors rather than a commodity. These relationships may be understood in either negative terms (i.e. security is about the absence of something threatening) or positive terms (i.e. involving phenomena that are enabling and make things possible).³⁰

Asking whose security we are talking about is the next important and unavoidable step in the analytical process. Without a referent object, there can be no threats and no discussion of security because the concept is meaningless with-

out something to secure. As a result, we need to be clear about the referent objects of our analysis.³¹ In the long sweep of human history, the central focus of security has been people.³² As noted above, however, within academic IR, security was fused with 'the state'. Even more specifically, it was fused with a particular conception of 'the national interest' as set out in the US National Security Act of 1947. This helped promote the rather confusing idea that security in international politics was synonymous with studying (and promoting) 'national security'.³³ At the time when the UN and later NATO were founded, there was a different perception and understanding of security. Security was directed exclusively towards the states and it did not include a narrower understanding.

However, more specific security issues have been addressed: "human security", "social security", "individual security", and the recently developed approach "environmental security".³⁴

Which approach we take is not relevant to this article as it is not the subject of research. However, it is important to understand that security means preventing, blocking, and deterrence the fears that in a broad sense might pose a threat to the actor (state, state alliance, etc.), and in a narrow sense to each individual, society, and the environment around them.

What can become a security issue? Or what can pose a threat to international security? What dangers should Member States address in their efforts to ensure that international security is not threatened? There is no final answer as each state faces a different challenge and has different problems to solve. At the same time, modern technological advances have made it virtually impossible to determine the nature of future threats.

In 2004 UN Secretary-General's High-level

28 Williams, Paul D., 2008. *Security Studies: An Introduction*, Routledge, p. 5.

29 Williams, Paul D., 2008. *Security Studies: An Introduction*, Routledge, p. 6.

30 Ibid.

31 Williams, Paul D., 2008. *Security Studies: An Introduction*, Routledge, p. 7.

32 Williams, Paul D., 2008. *Security Studies: An Introduction*, Routledge, p. 7, see the cite: Rothschild E., What is security? *Daedalus*, 1995, 124(3): 53=98.

33 Williams, Paul D., 2008. *Security Studies: An Introduction*, Routledge, p. 7.

34 Williams, Paul D., 2008. *Security Studies: An Introduction*, Routledge, pp. 7-8.

el Panel on Threats, Challenges and Change (2004), the Panel's report, *A More Secure World*, identified six clusters of threats exercising the world's governments: economic and social threats, including poverty, infectious disease and environmental degradation; inter-state conflict; internal conflict, including civil war, genocide and other large-scale atrocities; nuclear, radiological, chemical and biological weapons; terrorism; and transnational organized crime.³⁵ The list of threats is not an exhaustive explanation and may have a broader definition and can be more specific.

NATO identifies specific problems and threats that member states may or may not face. They take certain actions to ensure safety.

As a practice, the reflection of security challenges by NATO member states adopted at NATO summits and reflected in the declaration. For example, such a document is the Brussels Summit Declaration³⁶, which sets out 79 paragraphs. It defines NATO challenges and what kind of actions member states should take.

The second paragraph of the declaration lists the threats that this organization faces:

„We face a dangerous, unpredictable, and fluid security environment, with enduring challenges and threats from all strategic directions; from state and non-state actors; from military forces; and terrorist, cyber, and hybrid attacks. Russia's aggressive actions, including the threat and use of force to attain political goals, challenge the Alliance and are undermining Euro-Atlantic security and the rules-based international order. Instability and continuing crises across the Middle East and North Africa are fuelling terrorism. They also contribute to irregular migration and human trafficking. The ongoing crisis in Syria has a direct effect on the stability of the region and the security of the Alliance as a whole. We face hybrid challenges, including disinformation campaigns and malicious cyber activities. The

proliferation of weapons of mass destruction and advanced missile technology also continues to threaten the security of our nations. In light of all this, our unity and solidarity are stronger than ever; we will take all necessary steps to ensure our collective defense.”³⁷

The declaration of the Brussels Summit clearly shows the security threats NATO and its member states facing.

4. WHAT IS THE THREAT?

Article 4 states the concepts and elements we have discussed above (Territorial integrity, political independence and security) must be threatened. So, there has to be some kind of threat.

Threatening is a precondition for the use of force, though not necessary. Threats are characterized by many aspects.

Article 1 of the Washington Treaty also uses the term “threat”, though Article 1 refers directly to the refrain of member states to use threats. Therefore fulfillment of the obligation under the UN Charter not to use threat in international relations to achieve their own political, economic, or other goals.

The threat and to define its legal frame is very difficult. It is even more difficult to define those mechanisms or weapons, by which threat is realized.

It also should be commented distinguish between the threat of use force and threat (which is under article 4 of the Washington Treaty). It is not specified that threat of use of force is directed to territorial integrity, political independence, and security. It specifies only the threat against those three elements. How can it be manifested? There is no specific answer. However, we can write down a shortlist based on experience. Those can be terrorist acts, missile attacks, the conflict between member or non-member states, crises, etc.

If we look at the history of the establishment

35 Williams, Paul D., 2008. *Security Studies: An Introduction*, Routledge, p. 8.

36 NATO, Brussels Summit Declaration, 11.07.2018, <https://www.nato.int/cps/ic/natohq/official_texts_156624.htm> [Last seen 26.10.2020]

37 NATO, Brussels Summit Declaration, 11.07.2018, <https://www.nato.int/cps/ic/natohq/official_texts_156624.htm> [Last seen 26.10.2020] p. 2.

of NATO, the main threat that could be against the member states was the future aggression from the Soviet Union – both: the threat of foreign aggression and internal coups.

Between 1947 and 1949 a series of dramatic political events brought matters ahead. These included direct threats to the sovereignty of Norway, Greece, Turkey, and other Western European countries, the June 1948 coup in Czechoslovakia, and the illegal blockade of Berlin which began in April of the same year.³⁸

Changing threats and threat perceptions have resulted in a continuous process of adaptation of this strategy to ensure that the political framework, military structures and military capabilities needed to deal with modern security challenges are all in place.³⁹

The threats are unpredictable, and what existed at the time of the treaty foundation may no longer exist today at all, so the alliance may face new threats.

In the wake of the September 11 attacks on the United States, the priority has been given to aspects such as better sharing of intelligence relating to the threat from terrorism, strengthening cooperation and partnership with other countries outside the Alliance and with other organizations across the board.⁴⁰

It is important to note that Turkey summoned consultations on Iraq under Article 4 in 2003. On 8 November 2002, the UN Security Council issued Resolution 1441 to offer Iraq, suspected of possessing weapons of mass destruction, a final chance to comply with its disarmament obligations that had been repeatedly stated in previous Security Council resolutions. In a special declaration issued at the Prague Summit on 21–22 November, NATO leaders also pledged support for the implementation of this resolution. However, Iraq's leader, Saddam Hussein, was still not complying and therefore raised suspicions among Council members, prompting some to

support immediate military action and others to insist that the weapon inspectors be given more time to conduct their work. The division in international opinion was also reflected at NATO where, in the meantime, the Turkish government requested consultations within the framework of Article 4 of the North Atlantic Treaty in the event of a threat from Iraq.⁴¹ After intense discussion, defensive measures were implemented to assist Turkey under Operation Display Deterrence.⁴²

Consequently, threats to NATO are identified based on consultations and are subsequently reflected in various documents, including summit declarations. This kind of approach allows the organization to take specific actions and make efforts to address specific threats prevention.

What can be defined as a threat to security, is not interpreted by NATO, but by the perception of an independent state. Therefore, this state can call consultation under article 4, on the subjects he thinks are a threat against his territorial integrity, political independence, or security.

CONCLUSION

Article 4 of the Washington Treaty plays a vital role in the functioning of the organization. Its existence enables not only to respond to threats of territorial integrity, political independence, and security but also to prevent those threats. Hence, based on consultations the organization determines the action plan and ways of implementation. Those actions guarantee peace and security in the Euro-Atlantic Area.

The paper defined the international legal content of territorial integrity, political independence, and their connection to article 4 of the treaty. Also, listed those security aspects (it is not comprehensive), which can threaten NATO and its member countries.

Consultations can be called by the Member

38 NATO HANDBOOK, Public Diplomacy Division NATO, 1110 Brussels, 2006, 17.

39 NATO HANDBOOK, Public Diplomacy Division NATO, 1110 Brussels, 2006, 18.

40 NATO HANDBOOK, Public Diplomacy Division NATO, 1110 Brussels, 2006, 20.

41 NATO HANDBOOK, Public Diplomacy Division NATO, 1110 Brussels, 2006, 23.

42 The consultation process and Article 4, <https://www.nato.int/cps/en/natohq/topics_49187.htm> [Last seen 26.10.2020]

States and it can be convened at the request of any Member State, either on a planned basis or immediately. It is not necessary that the Member State which is convened consultation even though the threat is not addressed directly to them. Also, we have determined that the consultation not only addresses already existing threats but can also address future potential threats to enable the organization to respond preventively.

The article defined the international law con-

tent of territorial integrity, political independence. It also listed the security aspects (which itself is not a complete list) that threaten NATO and NATO member states.

In conclusion, consultations under article 4 of the Washington Treaty give the possibility for the member states to be heard, to discuss and value the threat. And if there is a need to come to conclusion and take steps to guaranteed peace and security in the Euro-Atlantic Area.

BIBLIOGRAPHY:

1. Charter of the United Nations, San Francisco, 24 October 1945, Article 2 (4).
2. The North Atlantic Treaty, Article 4, Washington D.C. – 4 April 1949, <http://www.nato.int/cps/en/natolive/official_texts_17120.htm> [26.10.2020]
3. Aleksidze, L., Contemporary International Law, 55.
4. Aspects of NATO-Analysis and Text of the North Atlantic Treaty 1962, 5 <<http://archives.nato.int/aspects-of-nato-analysis-and-text-of-north-atlantic-treaty;isad>> [26.10.2020]
5. NATO HANDBOOK, Public Diplomacy Division NATO, 1110 Brussels, 2006. 38-40.
6. Rozakis, C., Encyclopedia of Public International Law, Territorial Integrity and Political Independence (), 1987, pp. 481-486.
7. Williams, Paul D., Security Studies: An Introduction, Routledge, 2008. 5-8.
8. NATO, Brussels Summit Declaration, 11.07.2018, <https://www.nato.int/cps/ic/natohq/official_texts_156624.htm> [26.10.2020]
9. North Atlantic Treaty Organization (NATO): “Statement by the North Atlantic Council”, (2001) 40 ILM 1267.
10. The consultation process and Article 4, <https://www.nato.int/cps/en/natohq/topics_49187.htm> [26.10.2020]
11. The North Atlantic Council, <http://nato.int/cps/en/natohq/topics_49763.htm> [26.10.2020]

კონსულტაციები ნატოში და მისი სამართლებრივი ასპექტები

რათი ბახტაძე

ოსუ, დოქტორანტი (იურიდიული ფაკულტეტი)

საკვანძო სიტყვები: ნატო, კონსულტაციები, უსაფრთხოება

აბსტრაქტი

სტატიის მიზანია, წარმოაჩინოს ჩრდილო ატლანტიკური ხელშეკრულების ორგანიზაციის სადამფუძნებლო ხელშეკრულების მეოთხე მუხლის მნიშვნელობა ორგანიზაციის მუშაობაში. გასცეს პასუხი ისეთ კითხვებს, როგორებიცაა: რა შემთხვევაში მოიწვევა კონსულტაციები? ვის შეუძლია მიმართოს კონსულტაციებს ნატოში? რა როლს თამაშობს კონსულტაციები ორგანიზაციის მიერ გადაწყვეტილების მიღებაში? რა სახის კონსულტაციები შეიძლება გაიმართოს ორგანიზაციაში?

ნაშრომში კონსულტაციების ფართო განმარტება წარმოაჩენს მის მნიშვნელობას და ეფექტიანობას ორგანიზაციის მუშაობაში. პრაქტიკული მაგალითების საშუალებით კონსულტაციების სარგებელი ნათელია. შესაბამისად, ისინი წევრ სახელმწიფოებს შესაძლებლობას აძლევს, მიიღონ საუკეთესო გადაწყვეტილება. უფრო მეტიც, მათ არა მარტო შეუძლიათ რეაგირება მოახდინონ ტერიტორიული მთლიანობის, პოლიტიკური დამოუკიდებლობისა და უსაფრთხოებისთვის შექმნილ საფრთხეებზე, არამედ ეს რეაგირება პრევენციული ხასიათის იყოს.

სტატია ასევე შეეხება კონსულტაციების მოწვევის საფუძვლებს, რომელთაც შეიძლება საფრთხე შეექმნას. ესენია: ტერიტორიული მთლიანობა, პოლიტიკური დამოუკიდებლობა ან უსაფრთხოება. შესაბამისად, ფართოდ არის განმარტებული ამ

ტერმინების პოლიტიკური და სამართლებრივი ცნებები.

საბოლოოდ, სტატია ნათლად წარმოაჩინს ჩრდილო ატლანტიკური ხელშეკრულების ორგანიზაციის სადამფუძნებლო ხელშეკრულების მეოთხე მუხლის ზუსტ სამართლებრივ განმარტებას, რაც საშუალებას მისცემს ამ სფეროთი დაინტერესებულ პირებს, მაქსიმალურად აღიქვან აღნიშნული მუხლით გათვალისწინებული მოთხოვნები.

შესავალი

ჩრდილო ატლანტიკური ხელშეკრულების ორგანიზაცია (ნატო) დიდ როლს ანიჭებს კონსულტაციებს, როგორც გადაწყვეტილების მიღების ინსტრუმენტს. კონსულტაციების მექანიზმი ორგანიზაციის საქმიანობის მნიშვნელოვან ნაწილს წარმოადგენს. მათი საშუალებით განისაზღვრება ორგანიზაციის პოლიტიკა და სხვადასხვა სამოქმედო გეგმები. კონსულტაციებზე დაყრდნობით მიიღება ისეთი მნიშვნელოვანი გადაწყვეტილება, როგორცაა კოლექტიური თავდაცვის უფლების გამოყენება, ეს უკანასკნელი კი ორგანიზაციის შექმნის მთავარ მიზანს წარმოადგენს.

სტატიის მიზანია, წარმოაჩინოს ნატოს სადამფუძნებლო ხელშეკრულების მეოთხე მუხლის მნიშვნელობა ორგანიზაციის მუშაობაში. გასცეს პასუხი ისეთ კითხვებს, როგორცაა: რა შემთხვევაში მოიწვევა კონსულტაციები? ვის შეუძლია მიმართოს კონსულტაციებს ნატოში? რა როლს თამაშობს კონსულტაციები ორგანიზაციის გადაწყვეტილების მიღებაში? რა სახის კონსულტაციები შეიძლება გაიმართოს ორგანიზაციაში?

სტატიაში მიმოხილული და განმარტებულია ისეთი სამართლებრივი ცნებები, როგორცაა ტერიტორიული მთლიანობა, პოლიტიკური დამოუკიდებლობა, უსაფრთხოება და დამუქრება. თითოეული ცნება მნიშვნელოვანია, რადგან კონსულტაციების მოწვევის საფუძველი მათთვის საფრთხის შექმნის შემთხვევაში ჩნდება.

სტატიის პირველი თავი განმარტავს ზოგადად ნატოს სადამფუძნებლო ხელშეკრულების მეოთხე მუხლს და ზოგადად, კონსულტაციების როლს ნატოში. მეორე თავი შეეხება ტერიტორიულ მთლიანობას და პოლიტიკური დამოუკიდებლობის ცნებების განმარტებას და მათ მიმართებას კონსულტაციებთან. მესამე თავში საუბარია იმ უსაფრთხოებაზე, რომლებზეც საუბარია ნატოში. მეოთხე თავში კი განმარტებულია დამუქრება და მათი მიმართება ტერიტორიულ მთლიანობასთან, პოლიტიკურ დამოუკიდებლობასა და უსაფრთხოებასთან. ბოლოს დასკვნის სახით წარმოდგენილია სტატიის შეჯამება.

1. ვაშინგტონის ხელშეკრულების მეოთხე მუხლი – ჩრდილო ატლანტიკური ხელშეკრულების ორგანიზაციის კონსულტაციების სამართლებრივი შეფასება

ნატოს სადამფუძნებლო ხელშეკრულებას ხშირად მოიხსენიებენ, როგორც „ვაშინგტონის ხელშეკრულებას“. ხელშეკრულება შედგება 14 მუხლისგან და პროტოკოლებისგან (პროტოკოლები არადადამფუძნებელი სახელმწიფოს განვრცობასთანაა დაკავშირებული). მიუხედავად ხელშეკრულების მცირე ზომისა, თითოეული მუხლის განმარტება საკმაოდ ფართოდ შეიძლება. საკვლევ მასალას კონსულტაციები წარმოადგენს, შესაბამისად, ამ მექანიზმს სიღრმისეულად შევხებით.

ვაშინგტონის ხელშეკრულების მეოთხე მუხლის მიხედვით:

„მხარეები ერთობლივ კონსულტაციებს გამართავენ, თუკი, რომელიმე მათგანის აზრით, ხელშეკრულების მონაწილე რომელიმე მხარის ტერიტორიულ მთლიანობას, პოლიტიკურ დამოუკიდებლობას ან უსაფრთხოებას საფრთხე ემუქრება.“¹

1 The North Atlantic Treaty, Article 4, Washington D.C. – 4 April 1949, <<http://www.nato.int/cps/en/natolive/>>

მეთხე მუხლიდან გამომდინარეობს ვალდებულება, რომ ხელმომწერმა სახელმწიფოებმა ერთობლივი კონსულტაციები უნდა გამართონ, თუ ტერიტორიულ მთლიანობას ან პოლიტიკურ დამოუკიდებლობას საფრთხე შეექმნება. კონსულტაციები შესაძლებელია ერთი ან ერთზე მეტი სახელმწიფოს მიერ იქნას მოთხოვნილი.² არაა აუცილებელი, რომ რომელი სახელმწიფოც ითხოვს კონსულტაციების მოწვევას, უშუალოდ მას ეხებოდეს ეს საფრთხე.

ნატოს გადაწყვეტის მიღების პროცესში კონსულტაციები, როგორც წესი, კონსენსუსით მთავრდება. ის ალიანსის სხვადასხვა საკითხებს და ნატოს ყოველდღიურ საქმიანობას მოიცავს. კონსულტაციები წევრ სახელმწიფოებს საშუალებას აძლევს, მოუსმინონ ერთმანეთს და დააფიქსირონ საკუთარი ოფიციალური პოზიცია.

ნატოში პოლიტიკური კონსულტაციები პირველად 1949 წელს გაიმართა საბჭოს [ჩრდილო ატლანტიკური საბჭო. ავტ.] პირველ შეხვედრაზე, მას შემდეგ რაც ჩრდილო ატლანტიკური ხელშეკრულება შევიდა ძალაში. შემდგომ პერიოდში პოლიტიკური კონსულტაციები ახალ გამომწვევებებთან ერთად გაძლიერდა და ადაპტირდა. ჩრდილო ატლანტიკურ საბჭოშია პოლიტიკური კონსულტაციების ძირითადი განხილვის ადგილი. შეხვედრების მოწვევა მინიმალური ფორმალურობით იმართება; დისკუსიები არის თავისუფალი და ღია. თათბირებში ნატოს გენერალურ მდივანს, როგორც თავმჯდომარეს, მნიშვნელოვანი ადგილი უკავია და ძირითადი წარმომადგენელი და დიქტორია, აქვს კონტაქტი ინდივიდუალურ მთავრობებთან და ახორციელებს საქმიან ურთიერთობებს.³

კონსულტაციები და კონსენსუსის პრო-

ცედურები მიღებულ იქნა, როგორც ნატოს გადაწყვეტების მიღების საფუძველი, როცა ალიანსი 1949 წელს შეიქმნა. საკონსულტაციო სისტემა დროთა განმავლობაში ჩამოყალიბდა. ფართოდ რომ განვიხილოთ, მან სამი ეტაპი განვლო⁴:

- 1949-1952 წწ: ხელშეკრულების ხელმოწერისას ნატომ წარმოადგინა საკონსულტაციო პროცესი, როგორც ძირითადი მუშაობის პრინციპი. ეს პრინციპი ლისაბონის კონფერენციაზე (1952 წ.) გაძლიერდა, სადაც უკვე ჩამოყალიბდა ნატოს ამჟამინდელი ჩარჩო: ჩრდილო ატლანტიკური საბჭო გახდა, როგორც მუდმივმოქმედი ორგანო და გენერალური მდივნის პოზიცია შეიქმნა საერთაშორისო პერსონალთან ერთად, რომელიც საბჭოს გადაწყვეტილებებს მუდმივ რეჟიმში მხარდაჭერას უწევს;
- 1952-1958 წწ: 1952 წლიდან და სამთა კომიტეტის მიერ გამოქვეყნებული ანგარიშამდე არასამხედრო თანამშრომლობის შესახებ, მრავალი მცდელობა განხორციელდა, რათა პოლიტიკური განხილვები გეოგრაფიულ არეალს გასცილებოდა, რაც სადამფუძნებლო ხელშეკრულებით იყო განსაზღვრული. მაგალითად, ნატოს მიერ განსაზღვრული არეალის მიღმა;
- 1956 წლიდან: სამთა კომიტეტის ანგარიშის პრინციპები უფრო განვითარდა და მისი განხორციელების ხარისხი გაიზარდა. კომიტეტი რეკომენდაციას იძლევა შემდეგ სფეროებში გასატარებელი ღონისძიებების შესახებ: საგარეო პოლიტიკა, წევრ სახელმწიფოებს შორის კონფლიქტის დავის მშვიდობიანი მოგვარება, ეკონომიკური თანამშრომლობა, სამეცნიერო და ტექნოლოგიური თანამშრომლობა, კულტურული და საინფორმაციო თანამშრომლობა.

[official_texts_17120.htm](#)> [Last seen 26.10.2020]
 2 Aspects of NATO-Analysis and Text of the North Atlantic Treaty 1962, 5 <<http://archives.nato.int/aspects-of-nato-analysis-and-text-of-north-atlantic-treaty;isad>> [Last seen 26.10.2020]
 3 NATO HANDBOOK, Public Diplomacy Division NATO, 1110 Brussels, 2006, 38.

4 იქვე.

1.1. კონსულტაციების მექანიზმი და ფორმები

პოლიტიკური კონსულტაციები ალიანსის წევრ სახელმწიფოებს შორის არაა შეზღუდული იმ აქტებით, რომელიც ევრო-ატლანტიკურ არეალში [გეოგრაფიულ არეალში. ავტ] ხორციელდება. აქტები, რომლებსაც შესაძლებელია ალიანსისთვის პოტენციური შედეგები ჰქონდეს, საბჭოს და სხვა ქვეკომიტეტების დღის წესრიგში რეგულარულად აისახება. ნატოში კონსულტაციების მექანიზმი მუდმივად ხელმისაწვდომია. ის ხშირად წევრი სახელმწიფოების მიერ ადრეულ ეტაპზე კოორდინირებული ქმედებების განსახორციელებლად გამოიყენება, მაშინ როცა ერთმანეთთან იკვეთება უსაფრთხოებისა და სტაბილურობის ინტერესები.⁵

მუხლი 4-ის შესაბამისად, მხარებს დღის წესრიგში ნებისმიერი საკითხი შეუძლიათ დააყენონ და ჩრდილო ატლანტიკური საბჭოს ფარგლებში განიხილონ. განსაკუთრებით ის საკითხები, რომლებიც წევრი სახელმწიფოების უსაფრთხოებას ეხება.

ჩრდილო ატლანტიკური საბჭო ნატოს წევრი სახელმწიფოების მაღალი დონის წარმომადგენლებს აერთიანებს, სადაც ორგანიზაციის პოლიტიკის ან ისეთ სამოქმედო საკითხებს განიხილავენ, რომლებიც კოლექტიურ გადაწყვეტას მოითხოვს.⁶ საბჭოში წევრი ქვეყნები თანასწორი უფლებებით სარგებლობენ. საბჭოს მიერ განიხილება და გადაწყვეტილებები მიიღება (განსახილველ საკითხებს სუბსიდიური ორგანო ანგარიშებისა და რეკომენდაციების სახით წარუდგენს) შეხვედრებზე, რომელიც ალიანსის თითქმის ყველა საკითხს მოიცავს.⁷

ჩრდილო ატლანტიკურ საბჭოში, ისევე როგორც ალიანსის სხვა ორგანოებში, გადაწყვეტილება მიიღება კონსენსუსის საფუძველზე. როდესაც გადაწყვეტილება საჭიროა, შეთანხმებული ქმედება ერთსულოვნებისა და საერთო თანხმობის

საფუძველზე მიიღება. აქ არ გვაქვს ხმის მიცემის თუ ხმათა უმრავლესობით გადაწყვეტილების მიღების მექანიზმი. სწორედ მსგავსი მიდგომით აიხსნება ორგანიზაციის სიძლიერე და საიმედოობა. პოლიტიკურად ეს ქმნის სტაბილურ გარემოს წევრებს შორის, ვინაიდან ყველა გადაწყვეტილება ყველა წევრი სახელმწიფოს თანხმობის საფუძველზე მიიღება. კონსენსუსით მიღებული გადაწყვეტილება სახელმწიფოებს საშუალებას აძლევს, შეინარჩუნონ ეროვნული სუვერენიტეტი თავდაცვისა და უსაფრთხოების საკითხების მიმართ.

ჩრდილო ატლანტიკურ საბჭოა ის ორგანო, რომელიც წყვეტს (კონსენსუსის საფუძველზე) კონკრეტული თავდასხმა წევრი სახელმწიფოს მიმართ წარმოშობს თუ არა კოლექტიური თავდაცვის უფლებას (ვაშინგტონის მუხლი 4-ის ფარგლებში გამართულ კონსულტაციებზე დაყრდნობით), შესაბამისად, ამოქმედდება თუ არა ვაშინგტონის მე-5 მუხლი.

ეს თუ სხვა გადაწყვეტილებები, რომელიც ორგანიზაციაში კონსენსუსის საფუძველზე მიიღება, წევრი სახელმწიფოებისთვის სამართლებრივად სავალდებულო ხასიათისაა.

მას შემდეგ, რაც საკითხი დღის წესრიგში დადგება, ის განიხილება და პოტენციურად მიემართება ალიანსის საერთო დეკლარაციისკენ ან ქმედებისკენ – არ აქვს მნიშვნელობა, რა სცენარია. წევრი სახელმწიფოები მოწოდებულნი არიან, მათ წინაშე დასმული საკითხის მიმართ ქმედება განახორციელონ.⁸

კონსულტაციები სხვადასხვა ფორმისაა. ზოგადად ის მოიცავს დაბალ დონეზე ინფორმაციისა და პოზიციების გაცვლას. შედარებით მაღალ დონეზე ის მოიცავს კომუნიკაციას ქმედებებსა და გადაწყვეტილებებზე, რომელთაც სახელმწიფოებმა უკვე განახორციელეს ან აპირებენ, რომ განახორციელონ. საბოლოო ჯამში, ის იძლევა საშუალებას – შედგეს შეხვედრა, რათა

5 იქვე.

6 The North Atlantic Council, <http://nato.int/cps/en/natohq/topics_49763.htm> [Last seen 26.10.2020]

7 იქვე.

8 The consultation process and Article 4, <https://www.nato.int/cps/en/natohq/topics_49187.htm> [Last seen 26.10.2020]

პოლიტიკურ დოკუმენტზე ან ქმედებებზე, რომლებიც უნდა განხორციელდეს, მიღწეულ იქნას კონსენსუსი.⁹

კონსულტაციები და კონსულტაციის პროცესი არ ქმნის რაიმე სამართლებრივად ან/და პოლიტიკურად დამტვირთავ ვალდებულებებს. ის არ გულისხმობს კონკრეტული სახელმწიფოს ოფიციალური პოზიციის დაფიქსირებას. ეს არის მექანიზმი, რომელიც წევრ სახელმწიფოებს საშუალებას აძლევს, განიხილონ უსაფრთხოების არსებული გამოწვევები და, აუცილებლობის შემთხვევაში, გადადგან კონკრეტული ნაბიჯები მხოლოდ და მხოლოდ მას შემდეგ, რაც მასზე მიღწეულ იქნებ კონსენსუსი.

კონსულტაციების მაღალ დონეზე განხილვა გულისხმობს სამ ძირითად ორგანოს: ჩრდილო ატლანტიკურ საბჭოს, სამხედრო კომიტეტს და ბირთვული დაგეგმარების ჯგუფს. ხოლო ის ორგანოები (ე.ი. სუბსიდიური ორგანოები), რომლებიც შექმნილია ამ სამი ძირითადი ორგანოს დასახმარებლად, უნდა მივიჩნიოთ დაბალ დონეზე კონსულტაციების გამართვის მექანიზმებად.

კონსულტაციები მუდმივია და ის როგორც ფორმალურ, ისე არაფორმალურ საფუძველზე იმართება. ის შეიძლება შედგეს მყისიერად, რის საშუალებას ნატოს სათაო ოფისში, ბრიუსელში, წევრი სახელმწიფოების მუდმივი წარმომადგენლობა იძლევა.¹⁰

მთავრობები შესაძლოა მოწვეულ იქნან წინასწარი გაფრთხილების საფუძველზე, თუ ეს საჭირო გახდა, რათა მიღწეულ იქნას საერთო პოლიტიკა ან განხორციელდეს გარკვეული ქმედებები კონსენსუსის საფუძველზე.¹¹

1.2. მუხლი 4-ით მოწვეული კონსულტაციების პრაქტიკა

ალიანსის შექმნიდან დღემდე მუხლი 4-ის საფუძველზე კონსულტაციები რამდენჯერმე იქნა მოწვეული.

9 იქვე.
10 იქვე.
11 იქვე.

2003 წელს თურქეთმა მოითხოვა კონსულტაციები ჩრდილო ატლანტიკურ საბჭოში ნატოსგან თავდაცვის მექანიზმების მიღების მოთხოვნით. საფრთხე ექმნებოდა თურქეთის მოსახლეობას და ტერიტორიას მეზობელ ერაყში მიმდინარე კონფლიქტის გამო. ნატო შეთანხმდა თავდაცვითი პაკეტის უზრუნველყოფაზე და ოპერაცია Operation Display Deterrence აამოქმედა 2003 წლის თებერვლიდან იმავე წლის მაისამდე.¹² ოპერაციის მთავარი მიზანი იყო თურქეთის საჰაერო სივრცის მთლიანობის დაცვის უზრუნველყოფა.

2012 წელს თურქეთმა მოითხოვა NAC-ის შეხვედრა მეოთხე მუხლის საფუძველზე, 22 ივნისს, როცა მისი სამხედრო თვითმფრინავი სირიის საჰაერო დაცვის ძალებმა ჩამოაგდო და 3 ოქტომბერს, როცა ხუთი თურქი სამოქალაქო პირი სირიის არტილერიამ იმსხვერპლა. ამ ინციდენტების შემდგომ, 21 ნოემბერს თურქეთმა მოითხოვა Patriort-ის ტიპის რაკეტების გაგზავნა თურქეთში. ნატო მსგავსი თავდაცვით ღონისძიებებს დათანხმდა, რათა დახმარებოდა თურქეთს, დაეცვა მისი მოსახლეობა და ტერიტორია, და მოეხდინა საზღვარზე კრიზისის დეესკალაცია.¹³

2014 წლის 3 მარტს, პოლონეთმა გამოიყენა მუხლი 4, მეზობელ უკრაინაში გაზრდილი დაძაბულობის გამო,¹⁴ რაც გამოწვეული იყო რუსეთის მიერ ყირიმის უკანონო ანექსიით. პოლონეთი აღნიშნავდა, რომ ეს საფრთხეს უქმნიდა უსაფრთხოებასა და სტაბილურობას, როგორც მეზობელ სახელმწიფოებში, ისე ევრო-ატლანტიკურ არეალში.¹⁵ კონსულტაციების შემდგომ მხარეები რამდენიმე საკითხზე შეთანხმდნენ:

- აიღეს ვალდებულება, გააგრძელონ კრიზისზე დაკვირვება ალიანსის უსაფრთხოების ქრილში;
- მხარი დაუჭირეს მიმდინარე კრიზი-

12 იქვე.
13 იქვე.
14 იქვე.
15 Secretary General announces North Atlantic Council to meet following Poland's request for Article 4 consultations, <https://www.nato.int/cps/en/natohq/news_107711.htm> [Last seen 26.10.2020]

სის მშვიდობიან მოგვარებას საერთაშორისო სამართლის შესაბამისად, და მხარი დაუჭირეს გაეროს, ევროკავშირის, ეუთოსა და ევროსაბჭოს მიერ გატარებულ ღონისძიებებს;

- მხარი დაუჭირეს კონსულტაციების გაგრძელებას უკრაინასთან ნატო-უკრაინის კომისიის ფარგლებში;
- მხარი დაუჭირეს რუსეთთან კომუნიკაციის დამყარებას ნატო-რუსეთის კომისიის ფარგლებში.¹⁶

2015 წლის 25 ივლისს, თურქეთმა ჩრდილო ატლანტიკური საბჭოს მოწვევა მოითხოვა, მეოთხე მუხლის საფუძველზე, სიტუაციის სერიოზულობის გათვალისწინებით (რაც გამოიხატა ტერორისტულ თავდასხმებში) და იმ მიზნით, რათა პარტნიორი სახელმწიფოებისთვის ინფორმაცია მიეწოდებინა დაგეგმილ ქმედებებთან დაკავშირებით. 2020 წლის თებერვალს თურქეთმა ისევ მოითხოვა კონსულტაციები მეოთხე მუხლის საფუძველზე სირიაში განვითარებული მოვლენების მიმართ, რასაც თურქი ჯარისკაცების სიცოცხლე ემსხვერპლა.¹⁷ ორივე შემთხვევაში რაიმე კონკრეტულ შეთანხმებაზე არ ყოფილა საუბარი, თუმცა ალიანსის წევრმა სახელმწიფოებმა თურქეთს გამოუცხადეს სოლიდარობა. ამასთანავე, ნატო აგრძელებს თურქეთის საჰაერო სივრცის დაცვას, რაც ეხმარება თურქეთს სირიიდან მომავალი სარაკეტო საფრთხეების გაუვნებელყოფაში.¹⁸

აღნიშნული პრაქტიკით შეგვიძლია და-

16 Statement by the North Atlantic Council following meeting under article 4 of the Washington Treaty, <https://www.nato.int/cps/en/natohq/news_107716.htm> [Last seen 26.10.2020]

17 The consultation process and Article 4, <https://www.nato.int/cps/en/natohq/topics_49187.htm> [Last seen 26.10.2020]

18 Statement by the North Atlantic Council following meeting under Article 4 of the Washington Treaty (28.07.2015).” <https://www.nato.int/cps/en/natohq/official_texts_121926.htm> [Last seen 26.10.2020]; Statement by the Secretary General after Article 4 consultations (28.02.2020) <https://www.nato.int/cps/en/natohq/opinions_173939.htm> [Last seen 26.10.2020]

ვასკვნათ, რომ კონსულტაციების პროცესი საკმაოდ ეფექტიანია. ნატოს მთავარი მიზანი ერთობლივი თავდაცვაა, ეს კი ერთგვარი პრევენციის მექანიზმია თავდასხმის წინააღმდეგ. თავდაცვის საფუძველზე ძალის გამოყენება უკიდურესი ზომაა, რომელსაც ნატო მიმართავს. კონსულტაციებიც და მათზე დაყრდნობით მიღებული გადაწყვეტილებებიც წინააღმდეგობრივად კონფლიქტის პრევენციის ერთგვარი მექანიზმია. თურქეთის მაგალითზე შეგვიძლია დავასკვნათ, რომ ნატოს მიერ განხორციელებულმა ქმედებებმა შედეგი გამოიღო – თურქეთის ტერიტორიის წინააღმდეგ მიმართული სარაკეტო თავდასხმა აღარ განხორციელებულა.

2001 წელს ასევე მოხდა კონსულტაციების გამართვა 11 სექტემბრის ტერაქტთან დაკავშირებით, სადაც ჩრდილო ატლანტიკურმა საბჭომ მნიშვნელოვანი გადაწყვეტილება მიიღო და დაასკვნა, რომ თავდასხმა პირდაპირ მომდინარეობდა საზღვარგარეთიდან შეერთებული შტატების წინააღმდეგ, რაც მიიჩნის ქმედებად, რომელზეც ვრცელდება ვაშინგტონის ხელშეკრულების მე-5 მუხლი, რომელიც აცხადებს: შეიარაღებული თავდასხმა ალიანსის ერთ ან მეტ წევრზე ევროპასა და ჩრდილოეთ ამერიკაში, განისაზღვრება თავდასხმად ყველას წინააღმდეგ.¹⁹ ეს იყო ფაქტობრივად პირველი შემთხვევა, როდესაც ვაშინგტონის ხელშეკრულების მე-5 მუხლი ამოქმედდა.

მუხლი 4 კონსულტაციების მოწვევის ერთგვარ საფუძველს განსაზღვრავს. შესაბამისად, მხოლოდ მაშინ შეიძლება კონსულტაციებისთვის ალიანსის წევრი სახელმწიფოების მოწვევა, როცა კონკრეტული რამ დგას საფრთხის წინაშე. თუ რა არის საფრთხე – ქვევით იქნება საუბარი, ხოლო რას შეიძლება დაემუქროს საფრთხე? ესენია ტერიტორიული მთლიანობა, პოლიტიკური დამოუკიდებლობა ან უსაფრთხოება.

19 North Atlantic Treaty Organization (NATO): "Statement by the North Atlantic Council", 2001. 40 ILM 1267.

1.3. კონსულტაციები არანევრ სახელმწიფოებთან

როდესაც ალიანსის წევრ სახელმწიფოებს შორის კონსულტაციებზე ვსაუბრობთ, აუცილებელია, აღინიშნოს კონსულტაციები პარტნიორ და არანევრ სახელმწიფოებთან. მართალია, ის არ მიემართება ვაშინგტონის ხელშეკრულების მეოთხე მუხლს, თუმცა მნიშვნელოვან როლს თამაშობს ალიანსის ყოველდღიურ პოლიტიკაში და დღის წესრიგის დაგეგმვაში.

როგორც ზემოთ ვიხილეთ, მსგავსი სახის პლატფორმა გამოყენებულ იქნა უკრაინაში მიმდინარე კრიზისის დროს, როდესაც კონსულტაციების პროცესი ნატო-უკრაინის კომისიის ფარგლებში გადაიტანეს, რათა გარკვეული საკითხები უშუალოდ მონაწილე მხარისგან მოესმინათ.

თანამშრომლობა ნატოს არანევრ სახელმწიფოებთან არსებითი შემადგენელი ნაწილია ალიანსის უსაფრთხოების პოლიტიკაში და მის ყოველდღიურ საქმიანობაში ფუნდამენტურ როლს თამაშობს. არანევრ სახელმწიფოებთან ყოველდღიური ურთიერთობით და სხვადასხვა ფორმის პარტნიორობით, ნატო არა მარტო ზრდის უსაფრთხოებასა და სტაბილურობას პარტნიორ ქვეყნებში, არამედ აძლიერებს საკუთარ უსაფრთხოებასაც. პარტნიორობა და ურთიერთობა არის ორმხრივი სარგებლის მომტანი როგორც პარტნიორი სახელმწიფოსთვის, ისე წევრი სახელმწიფოებისთვის. თითოეულ მათგანს აქვს საშუალება, უსაფრთხოების საკითხები განიხილოს და სხვადასხვა სფეროებში ითანამშრომლოს; დაეხმარონ და დაძლიონ ის საკითხები (რომლებიც, შესაძლოა, არასტაბილურობისა და კონფლიქტის მიზეზი გახდეს), სადაც უთანხმოებაა.²⁰

ნატოში პარტნიორობთან ურთიერთთანამშრომლობის სხვადასხვა ფორმები არსებობს. ეს, შესაძლებელია, ჯგუფური თანამშრომლობის სახით იყოს, როგორცაა ევრო-ატლანტიკური პარტნიორობის საბჭო

ან ხმელთაშუაზღვის თანამშრომლობის ჯგუფი (ნატოს ხმელთაშუა ზღვის დიალოგის ფარგლებში). ნატომ შესაძლოა ინდივიდუალურად განახორციელოს მსგავსი თანამშრომლობა, როგორცაა, ნატო-უკრაინის კომისია და ნატო-საქართველოს კომისია.

პარტნიორობთან კონსულტაციების პრინციპი იგივეა, რომელიც ალიანსში დიდხანია არსებობს, იგი ღიად და თანამშრომლობის სულისკვეთებით ტარდება. პროგრამა „პარტნიორობა მშვიდობისათვის“ ფარგლებში წევრ სახელმწიფოს შეუძლია ნატოში კონსულტაციები მოითხოვოს, თუ ეს პარტნიორი სახელმწიფო განიხილავს, რომ არსებობს პირდაპირი საფრთხე მისი ტერიტორიული მთლიანობის, პოლიტიკური დამოუკიდებლობისა და უსაფრთხოების მიმართ.²¹ პრაქტიკაში მსგავსი მიდგომა საკმაოდ ეფექტიანია. როგორც 2014 პოლონეთის მიერ მოთხოვნილ კონსულტაციებზე ვნახეთ, ნატომ რეალურად ნატო-უკრაინის კომისიის ფარგლებში შეძლო პირდაპირი კონსულტაციები ჰქონოდა კონფლიქტის მხარესთან. შემდგომ კი მიეღო ის გადაწყვეტილებები, რომელიც ალიანსში გააძლიერებდა უსაფრთხოებას.

ქვემოთ მიმოვიხილავთ იმ მიზეზების განმარტებას, რამაც შესაძლებელი გახადა ნატოს კონსულტაციების მოწვევა მეოთხე მუხლის საფუძვლებზე – ესენია ტერიტორიული მთლიანობა, პოლიტიკური დამოუკიდებლობა ან უსაფრთხოება.

2. ტერიტორიული მთლიანობა და პოლიტიკური დამოუკიდებლობა – ვაშინგტონის ხელშეკრულების მუხლი 4-ით განსაზღვრული კონსულტაციების მოწვევის საფუძვლები

ვაშინგტონის ხელშეკრულების მუხლი 4 გამოყოფს სამ მნიშვნელოვან ასპექტს, რასაც შეიძლება საფრთხე შეექმნას. ესენია: ტერიტორიული მთლიანობა, პოლიტი-

20 NATO HANDBOOK, Public Diplomacy Division NATO, 1110 Brussels, 2006, 40.

21 იქვე.

კური დამოუკიდებლობა ან უსაფრთხოება. მათგან ტერიტორიული მთლიანობა და პოლიტიკური დამოუკიდებლობა ერთმანეთთან განსაკუთრებით მჭიდროდაა დაკავშირებული, სწორედ ამიტომ მათი ერთად განხილვა უპრიანია.

ტერიტორიული მთლიანობისა და პოლიტიკური დამოუკიდებლობის ცნებები სახელმწიფოს ძირითადი შემადგენელი ასპექტებია. სუვერენიტეტი, რომელიც ტრადიციულად დაკავშირებულია ისეთ ფუნდამენტურ პრინციპთან, როგორცაა ძალის დამუქრების ან ძალის გამოყენებაზე უარის თქმა, საერთაშორისო სამართალში აღიარებულია დამოუკიდებელ პრინციპად. ტერიტორიული მთლიანობის ცნება მიემართება სახელმწიფოს მატერიალურ ელემენტებს, კერძოდ, ფიზიკურ და დემოგრაფიულ რესურსებს, რომლებიც მის ტერიტორიაზეა (მიწა, წყალი და საჰაერო სივრცე) და გამიჯნულია სახელმწიფოს საზღვრებით. პოლიტიკური დამოუკიდებლობის ცნება სახელმწიფოს არა-მატერიალურ ცნებებს ფარავს – სუვერენიტეტსა და ძალაუფლებას, კერძოდ, პოლიტიკური გადაწყვეტილებების მიღების შესაძლებლობასა და სახელმწიფოს შიდა და საგარეო საქმეების ორიენტაციის თვით განსაზღვრის შესაძლებლობას.²²

ტერიტორიული მთლიანობის ხელშეუხებლობის საკითხი ასევე გამომდინარეობს გაეროს წესდებიდან²³, კერძოდ გაეროს წესდების მუხლი 2(4)-ის მიხედვით:

„გაერთიანებული ერების ორგანიზაციის ყველა წევრი თავის საერთაშორისო ურთიერთობებში თავს იკავებს ძალის, მუქარის ან მისი გამოყენებისაგან როგორც ნებისმიერი სახელმწიფოს ტერიტორიული ხელშეუხებლობის ან პოლიტიკური დამოუკიდებლობის წინააღმდეგ, ისე გაერთიანებული ერების მიზნებისათვის შეუფერებელი სხვა ნებისმიერი სახით.“²⁴

22 Rozakis, C., 1987. Territorial Integrity and Political Independence, Encyclopedia of Public International Law, Rudolf Dolzer, Dr. iur., S.J.D. (eds.), Amsterdam, p. 481.

23 Charter of the United Nations, San Francisco, 24 October 1945, Article 2 (4).

24 როგორც გაეროს წესდებაში, ისე ნატოს მეო-

გაეროს წესდების მიხედვით, აკრძალულია მუქარა. თუ მსგავსი რამ ნატოს წევრ სახელმწიფოს წინააღმდეგ იქნება მიმართული, წევრ სახელმწიფოს შეუძლია ჩრდილო ატლანტიკურ საბჭოს კონსულტაციებისთვის მიმართოს. შესაბამისად, საკმარისია არსებობდეს მუქარა ტერიტორიული მთლიანობის წინააღმდეგ, რათა ალიანსის წევრმა სახელმწიფოებმა გამართონ კონსულტაციები და გადადგან შემაკავებელი ნაბიჯები.

ყოველი სახელმწიფო თავის იურისდიქციას თვითონ განსაზღვრავს, რომელიც ტერიტორიის საზღვრებითაა შემოფარგლული. ეს ხელისუფლება ვრცელდება ყველა ამ ტერიტორიაზე მცხოვრებ პირსა და ორგანიზაციებზე. ყოველი უცხოელი, მიუხედავად მისი მოქალაქეობისა, ამ ტერიტორიაზე შესვლისთანავე ექცევა მოცემული სახელმწიფოს იურისდიქციის ქვეშ, რომლის შეზღუდვა შესაძლებელია მხოლოდ საერთაშორისო ხელშეკრულების ან ჩვეულებების საფუძველზე (მაგ. დიპლომატიური და საკონსულო წარმომადგენლობის წევრების მიმართ). ყოველი სუვერენული სახელმწიფოს ტერიტორია შეუვალია სხვა სახელმწიფოს ხელისუფლებისათვის. არც ერთ სხვა სახელმწიფოს არ აქვს უფლება, ეს უზენაესობა დაარღვიოს და შეეცადოს, თავისი იურისდიქცია სხვა სახელმწიფოს ტერიტორიაზე მცხოვრებ თავის-სავე მოქალაქეებზე გაავრცელოს გამონაკლისის სახით, თუ თვით ეს სახელმწიფო ამის თანხმობას არ მისცემს.²⁵

ტერიტორიული უზენაესობა განუყოფელი ცნებაა, იგი მოიცავს როგორც სახელმწიფოს სუვერენულ უფლებებს ტერიტორიაზე მცხოვრებ ადამიანებზე, ასევე თვით ტერიტორიის მიმართ უზენაესი განკარგვის უფლებას. ხმელეთი, მისი წიაღი, შიდა ტერიტორიული წყლები, ტერიტორიის თავზე მდებარე საჰაერო სივრცე მოცემული სახე-

თხე მუხლში მოცემულია Territorial integrity [Last seen ავტ].

25 ალექსიძე, ლ., თანამედროვე საერთაშორისო სამართალი, 55.

ლმწიფოს სუვერენიტეტს ექვემდებარება.²⁶

პოლიტიკური დამოუკიდებლობა სახელმწიფოს ერთგვარი სუვერენიტეტის გამოხატულებაა, რომელიც აძლევს მას უფლებას – მიიღოს დამოუკიდებელი გადაწყვეტილებები როგორც საშინაო, ისე საგარეო საქმეებში.

ტერიტორიული მთლიანობისა და პოლიტიკური დამოუკიდებლობის კონცეფცია ერთად დაკავშირებულია შემდეგ ცნებებთან: საშინაო იურისდიქცია, ტერიტორიული სუვერენიტეტი, სუვერენული თანასწორობა, ინტერვენციის აკრძალვა. ამასთანავე ძალის გამოყენების და ძალის მუქარის აკრძალვასთან და არალიარება იმ შედეგით, რომელიც ძალის გამოყენებით არის მიღებული. შესაბამისად, ეს ქმნის სამართლებრივი დაცვის გარანტიას სახელმწიფოს საგარეო საფრთხეებისგან და ჩარევისაგან. ამ კონცეფციის წონა და მნიშვნელობა მეორე მსოფლიო ომის დასრულების შემდგომ გაიზარდა, რაც გამოიწვია მზარდმა საერთაშორისო საზოგადოებამ, პატარა ან სუსტი სახელმწიფოების წარმოშობამ (კერძოდ, დეკოლონიზაციის შედეგად). მათი პოლიტიკური და სამხედრო სისუსტე, მათი ტიპური მრავალეთნიკური და მრავალეროვნული წარმომავლობა არის ის საფუძვლები, რაც სახელმწიფოების უმრავლესობას აიძულებს, სამართლებრივად დაიცვან თავი ნებისმიერი მესამე სახელმწიფოს პოლიტიკურად თუ სამხედრო სახით მათ საშინაო საქმეებსა და საერთაშორისო ურთიერთობებში ხელახალი ჩარევისგან. დროთა განმავლობაში, ახალი სახელმწიფოები მგზნებარედ იცავენ სამართლებრივ კონცეფციას, რომელიც ამტკიცებს მათ ლეგიტიმურ მოთხოვნებს. ორ დაპირისპირებულ სუპერძალას შორის არსებულმა ურთიერთობამ ასევე მნიშვნელოვანი გახადა ეს კონცეფცია. სუვერენიტეტის დაცვა, ტერიტორიული მთლიანობა და პოლიტიკური დამოუკიდებლობა, მინიმუმ, გულისხმობს, პოლიტიკის აღიარებას – *status quo* შიდა ძალაუფლებას – გავლენების სფეროებს და დაუბრკოლებელ კონტროლს ოპერაციების

შესაბამისი იდეოლოგიისა და პოლიტიკური დოგმების შესაბამისად. თანამედროვე მსოფლიოში სუვერენიტეტის მიმართ საფრთხეები გაიზარდა. ეს კი დაკავშირებულია გაზრდილ შიდასახელმწიფოებრივ საქმეებში ჩარევასთან, რაც გამოიხატება ეკონომიკაში – სახელმწიფოები მეტად არიან ერთმანეთზე დამოკიდებულები, ამასთან საერთაშორისო ურთიერთობებში გვხვდებიან ე.წ. ზესახელმწიფოებრივი ძალები.²⁷

ტერიტორიულ მთლიანობის დარღვევის მაგალითად შეგვიძლია მოვიყვანოთ საქართველო.

რუსეთის მიერ საქართველოს რეგიონების – აფხაზეთისა და ცხინვალის (ე.წ. სამხრეთ ოსეთის) – ოკუპაცია და სამხედრო ბაზების უკანონო განლაგება საერთაშორისოდ აღიარებულ საზღვრებში საქართველოს ტერიტორიულ მთლიანობას არღვევს; მნიშვნელოვნად აფერხებს ქვეყნის მშვიდობიან განვითარებას და სერიოზულ საფრთხეს უქმნის უსაფრთხოებისა და სტაბილურობის შენარჩუნებას, როგორც ეროვნულ, ასევე რეგიონულ დონეზე.

3. რა არის უსაფრთხოება?

უსაფრთხოებისთვის საფრთხის შექმნა საკმაოდ ფართო ცნებაა. ტერიტორიული მთლიანობისთვის და პოლიტიკური დამოუკიდებლობისთვის საფრთხის შექმნა თავისთავად უსაფრთხოებისთვის გამოწვევაა. რთულია, ისაუბრო ტერიტორიული მთლიანობის დარღვევაზე და არ შეეხო უსაფრთხოებას.

უსაფრთხოება მიემართება სახელმწიფო ინტერესების მრავალ საკითხს, მათ შორის უსაფრთხოებაა სახელმწიფოს ტერიტორიული მთლიანობა და პოლიტიკური დამოუკიდებლობა.

გამომდინარე იქიდან, რომ ეს სამი კომპონენტი ცალ-ცალკე გამოიყო, აუ-

26 იქვე.

27 Rozakis, C., 1987. Territorial Integrity and Political Independence, Encyclopedia of Public International Law, Rudolf Dolzer, Dr. iur., S.J.D. (eds.), Amsterdam, p. 486.

ცილებელია მათი დამოუკიდებლად განხილვა ხელშეკრულების დადების დროს არსებულ რეალობასთან მიმართებით. მეორე მსოფლიო ომის გამოცდილებიდან გამომდინარე (ნაცისტური გერმანიის მიერ მუქარითა და სხვა ხერხებით მეზობელი ქვეყნების ტერიტორიის მიტაცება), მოსალოდნელი იყო, მუქარა პირდაპირ მიმართული ყოფილიყო ალიანსის წევრი სახელმწიფოს ტერიტორიული მთლიანობის მიმართ; ასევე, პოლიტიკური დამოუკიდებლობა საბჭოთა კავშირის ზეგავლენით დამდგარიყო კითხვის ნიშნის ქვეშ. გამომდინარე იქიდან, რომ ერთმანეთს უპირისპირდებოდა ორი პოლიტიკური ფრთა – სოციალისტური და დემოკრატიული წყობა.

მიუხედავად იმისა, რომ სიტყვა – „უსაფრთხოება“ – მრავლისმომცველია, მაინც შესაძლებელია, მას გარკვეული მნიშვნელობა მივანიჭოთ და განვსაზღვროთ, თუ რა არის უსაფრთხოება, ვისთვის არის უსაფრთხოება, რა ითვლება უსაფრთხოების საკითხებად და როგორ შეიძლება მივაღწიოთ უსაფრთხოებას.

უსაფრთხოება უმეტესად უკავშირდება მნიშვნელოვანი ღირებულებებისადმი მიმართულ საფრთხის შესუსტებას. განსაკუთრებით მაშინ, როდესაც დაუცველობის შემთხვევაში ახლო მომავალში მის არსებობას საფრთხე ემუქრება. სიცხადისთვის, მიუხედავად იმისა, რომ ტერმინებს – „უსაფრთხოება“ და „არსებობა“ ერთმანეთთან აკავშირებენ, ისინი სინონიმებს არ წარმოადგენენ.²⁸

შესაძლებელია გამოვყოთ უსაფრთხოების ფართოდ გავრცელებული ორი ფილოსოფია, რომელთაც ფუნდამენტურად განსხვავებული საწყისი წერტილები აქვთ. პირველი უსაფრთხოებას ძალაუფლების თავმოყრის თითქმის სინონიმად მიიჩნევს. ამ გადმოსახედიდან, უსაფრთხოება აღიქმება, როგორც პროდუქტი (მაგალითად: იყო დაცული, აქტორები უნდა ფლობდნენ კონკრეტულ მექანიზმებს, როგორცაა, საკუთრება, ფული, იარაღი, სამხედრო ძალა და

ა.შ.). უფრო კონკრეტულად, ძალაუფლება აღიქმება, როგორც გზა უსაფრთხოებისკენ: რაც უფრო მეტი ძალა (განსაკუთრებით სამხედრო) აქვთ აქტორებს, უფრო მეტი უსაფრთხოება იქმნება.²⁹

მეორე მიდგომით, უსაფრთხოება მომდინარეობს ძალაუფლებისგან. ის ხედავს უსაფრთხოებას, როგორც დაფუძნებულს ემანსიპაციასზე, რაც დაკავშირებულია სამართლიანობასთან და ადამიანის უფლებების უზრუნველყოფასთან. ამ გადმოსახედიდან, უსაფრთხოება განიხილება, როგორც კავშირი განსხვავებულ აქტორებს შორის, ვიდრე პროდუქტი. ეს კავშირი შესაძლოა გაგებულ იქნას ნეგატიურად (მაგ: უსაფრთხოება ეს არის რაიმე საფრთხის არარსებობა) ან პოზიტიური გაგებით (მაგ: მოიცავს მოვლენას, რომელიც იძლევა საშუალებას და ახორციელებს რაიმე შესაძლებელს).³⁰

კითხვა – თუ ვის უსაფრთხოებაზე ვსაუბრობთ – შემდეგი მნიშვნელოვანი და გარდაუვალი ნაბიჯია ანალიტიკური პროცესისთვის. დაკავშირებული ობიექტის არარსებობის შემთხვევაში, არ იარსებებს საფრთხე და რაიმე სახის დისკუსია უსაფრთხოებაზე რაიმეს დაცვის გარეშე აზრს მოკლებულია.³¹ კაცობრიობის ისტორიის დიდი ხნის განმავლობაში, უსაფრთხოების კონცეფციის ცენტრალური ფოკუსი ხალხი იყო.³² მიუხედავად ამისა, საერთაშორისო ურთიერთობებისთვის უსაფრთხოება დაკავშირებული იყო „სახელმწიფოსთან“. უფრო კონკრეტულად, ის გაჭერებული იყო „ეროვნული ინტერესების“ კონცეფციით, როგორც ეს მოცემულია აშშ-ის National Security Act of 1947-ში. ეს გარკვეულ წილად ქმნიდა გაუგებრობას და საერთაშორისო პოლიტიკაში უსაფრთხოება „ეროვნული უსაფრთხოების“

28 Williams, Paul D., 2008. Security Studies: An Introduction, Routledge, p. 5.

29 Williams, Paul D., 2008. Security Studies: An Introduction, Routledge, p. 6.

30 იქვე.

31 Williams, Paul D., 2008. Security Studies: An Introduction, Routledge, p. 7.

32 Williams, Paul D., 2008. Security Studies: An Introduction, Routledge, p. 7, იხ. ციტირება: Rothschild E., What is security? Daedalus, 1995, 124(3): 53-98.

სინონიმად ისწავლებოდა.³³ იმ დროისთვის, როდესაც გაერო და შემდგომში ნატო დაფუძნდა, უსაფრთხოების გაგების განსხვავებული აღქმა და გაგება იყო. შეგვიძლია ვთქვათ, რომ უსაფრთხოება მიმართული იყო მხოლოდ და მხოლოდ ექსკლუზიურად სახელმწიფოების მიმართ და ის არ მოიცავდა უფრო ვიწრო გაგებას.

მიუხედავად ამისა, უსაფრთხოების ცნება უფრო კონკრეტული საკითხებისკენ იქნა მიმართული: „ადამიანის უსაფრთხოება“, „სოციუმის უსაფრთხოება“, „ინდივიდის უსაფრთხოება“, და ბოლო პერიოდში განვითარებული მიდგომა – „გარემოს უსაფრთხოება“.³⁴

ის, თუ რომელი მიდგომით ვიხელმძღვანელებთ, ამ ნაშრომისთვის არ არის არსებითი, ვინაიდან ეს არ წარმოადგენს კვლევის საგანს. თუმცა, აუცილებელია გვესმოდეს, რომ უსაფრთხოება გულისხმობს იმ შიშების პრევენციას, დაბლოკვასა და შეკავებას, რომელიც ფართო გაგებით შესაძლოა საფრთხეს უქმნიდეს აქტორს (სახელმწიფოს, სახელმწიფოთა გაერთიანებას და ა.შ.), ხოლო, ვიწრო გაგებით, თითოეულ ინდივიდს, სოციუმს და მათ გარშემო არსებულ გარემოს.

რა შეიძლება გახდეს უსაფრთხოების საკითხი? ანუ რამ შეიძლება შეუქმნას საფრთხე საერთაშორისო უსაფრთხოებას? რომელი საფრთხის წინააღმდეგ უნდა მიმართონ წევრმა სახელმწიფოებმა ძალისხმევა, რომ საერთაშორისო უსაფრთხოებას საფრთხე არ შეექმნას? ამომწურავი პასუხი არ არსებობს, გამომდინარე იქიდან, რომ თითოეულ სახელმწიფო განსხვავებული გამოწვევის წინაშე დგას და განსხვავებული პრობლემების გადაჭრა უწევს. ამასთანავე, თანამედროვე ტექნოლოგიური განვითარებამ მომავალი საფრთხის ბუნების განსაზღვრება ფაქტობრივად შეუძლებელი გახადა.

2004 წელს გაეროს გენერალური მდივ-

ნის მიერ ჩატარებული მაღალი დონის პანელმა „Threats, Challenges and Change (2004)“-მა მიიღო ანგარიში A More Secure World, სადაც გამოიყო საფრთხეების ექვსი ჯგუფი, რომელთა წინაშეც სახელმწიფოები დგანან: ეკონომიკური და სოციალური საფრთხეები, მათ შორის სიღარიბე, ინფექციური დაავადებები და გარემოს დეგრადაცია; სახელმწიფოებს შორის კონფლიქტები; შიდასახელმწიფოებრივი კონფლიქტი, მათ შორის სამოქალაქო ომი, გენოციდი და სხვა ფართომშტაბიანი დანაშაულები; ატომური, რადიოლოგიური, ქიმიური და ბიოლოგიური იარაღები; ტერორიზმი; და ბოლოს, ტრანსნაციონალური ორგანიზებული დანაშაულები.³⁵ აღნიშნული არ წარმოადგენს საფრთხეების ამომწურავ ჩამონათვალს და ის შეიძლება მეტ ფართო ჯგუფებს და მეტ კონკრეტულ საფრთხეებს შეიცავდეს.

ნატოში ხდება კონკრეტული პრობლემების იდენტიფიკაცია და იმ საშიშროებების გამოყოფა, რომელთა წინაშე დგანან წევრი სახელმწიფოები ან შეიძლება დადგნენ. ისინი მიმართავენ გარკვეულ ქმედებებს, რათა უზრუნველყოფილ იქნას უსაფრთხოება.

ხშირ შემთხვევაში, უსაფრთხოების გამოწვევების ასახვა ნატოს წევრი სახელმწიფოების მიერ ნატოს სამიტებზე ფიქსირდება და აისახება დეკლარაციაში. მაგალითად, ასეთ დოკუმენტს წარმოადგენს „Brussels Summit Declaration“,³⁶ სადაც 79 პუნქტში ჩამოთვლილია, თუ რა გამოწვევების წინაშე დგას ნატო და რა სახის ქმედებები უნდა განახორციელოს ალიანსის წევრმა სახელმწიფოებმა.

დეკლარაციის მეორე პუნქტში ჩამოთვლილია ის საფრთხეები, რომელთა წინაშე ეს ორგანიზაცია დგას:

„ჩვენ ვდგავართ სახიფათო, არაპროგნოზირებად, და არამდგრადი უსაფრთხოების გარემოში, მტკიცე გამოწვევებისა და საფრ-

33 Williams, Paul D., 2008. Security Studies: An Introduction, Routledge, p. 7.
34 Williams, Paul D., 2008. Security Studies: An Introduction, Routledge, pp. 7-8.

35 Williams, Paul D., 2008. Security Studies: An Introduction, Routledge, p. 8.
36 NATO, Brussels Summit Declaration, 11.07.2018, <https://www.nato.int/cps/ic/natohq/official_texts_156624.htm> [Last seen 26.10.2020]

თხეების წინაშე მომავალი ყველა სტრატეგიული მიმართულებებით; მომავალი სახელმწიფო და არასახელმწიფო აქტორებისგან; მომავალი სამხედრო ძალებისგან; და მომავალი ტერორისტული, კიბერ და ჰიბრიდული თავდასხმებისგან. რუსეთის აგრესიული ქმედებები, მათ შორის, მუქარა და ძალის გამოყენება, რათა მიაღწიოს პოლიტიკურ მიზნებს, გამოწვევის წინაშე აყენებს ალიანსს და ძირს უთხრის ევროატლანტიკურ უსაფრთხოებას და წესებზე დაფუძნებულ საერთაშორისო წესრიგს. არასტაბილური და განგრძობადი კრიზისები ახლო აღმოსავლეთსა და ჩრდილოეთ აფრიკაში აღვივებს ტერორიზმს. ის ასევე წყაროა არარეგულარული მიგრაციის და ადამიანთა ტრეფიკინგისა. მიმდინარე კრიზისს სირიაში პირდაპირი გავლენა აქვს რეგიონის სტაბილურობასა და მთლიანი ალიანსის უსაფრთხოებაზე. ჩვენ ვდგავართ ჰიბრიდული გამოწვევების წინაშე, მათ შორის დეზინფორმაციული კამპანიებისა და საფრთხის შემცველი კიბერ აქტივობების წინაშე. მასობრივი განადგურების იარაღებისა და მოწინავე სარაკეტო ტექნოლოგიების გავრცელება ასევე საფრთხეს უქმნის ჩვენი სახელმწიფოების უსაფრთხოებას. მიუხედავად ამ ყველაფრისა, ჩვენი ერთობა და სოლიდარობა ისეთი ძლიერია, როგორც არასდროს; ჩვენ მივიღებთ ყველა ზომას, რათა უზრუნველვყოთ კოლექტიური თავდაცვა³⁷.

ბრიუსელის სამიტის დეკლარაციაში კარგად ჩანს უსაფრთხოების გამომწვევის ის საფრთხეები, რომელთა წინაშე ნატო და ალიანსში შემავალი სახელმწიფოები დგანან.

4. რა არის დამუქება?

მუხლი 4-ში წარმოჩენილია, რომ იმ ცნებებს და ელემენტებს, რომლებზეც ზემოთ გვქონდა საუბარი (ტერიტორიული მთლიანობა, პოლიტიკური დამოუკიდებლობა და

უსაფრთხოება) საფრთხე უნდა ემუქრებოდეს. ანუ უნდა არსებობდეს გარკვეული მუქარა.

დამუქება ერთგვარი წინაპირობაა ძალის გამოყენების, თუმცა არა აუცილებელი. დამუქებას თავისთავად მრავალი ასპექტი ახასიათებს.

ვაშინგტონის ხელშეკრულების პირველ მუხლში ტერმინი „მუქარა“ მოყვანილია, თუმცა პირველ მუხლში საუბარია უშუალოდ წევრი სახელმწიფოების მხრიდან უარის თქმაზე მუქარის გამოყენების შესაძლებლობაზე, რაც, თავისთავად, გაეროს წესდებიდან გამომდინარეა – ვალდებულება, რომ საერთაშორისო ურთიერთობებში არ გამოიყენონ მუქარა, საკუთარი პოლიტიკური, ეკონომიკური თუ სხვა მიზნების მისაღწევად.

დამუქება და მისი სამართლებრივი ჩარჩოს განსაზღვრა საკმაოდ რთულია. რთულია, განისაზღვროს ის მექანიზმები თუ იარაღები, რითაც არის შესაძლებელი დამუქების განხორციელება.

აქვე უნდა განიმარტოს, რომ ერთმანეთისგან განვასხვავოთ ძალის გამოყენების მუქარა და დამუქება, რომელიც მოცემული გვაქვს ვაშინგტონის ხელშეკრულების მეოთხე მუხლში. აქ არ გვაქვს დაკონკრეტებული, რომ ძალის გამოყენების მუქარა მიემართება ტერიტორიულ მთლიანობას, პოლიტიკურ დამოუკიდებლობასა და უსაფრთხოებას, არამედ საუბარია ამ სამი ასპექტის მიმართ ზოგად დამუქებაზე. რაში შეიძლება ეს გამოიხატოს? ამომწურავი პასუხი არ არსებობს. თუმცა შეგვიძლია წარსულის ფაქტებიდან გამომდინარე მოკლე ჩამონათვალი გავაკეთოთ, კერძოდ: ტერორისტული აქტი, სარაკეტო თავდასხმა, კონფლიქტი როგორც წევრ, ისე არაწევრ სახელმწიფოში, კრიზისული სიტუაციები და სხვა.

ნატოს დაფუძნების ისტორიას თუ გადავხედავთ, პირველი შესაძლო მუქარა, რომელიც შესაძლებელი იყო წევრ სახელმწიფოებს ემოეცნოთ, იყო საბჭოთა კავშირიდან მომავალი აგრესია – საფრთხე როგორც საგარეო აგრესიის, ასევე შიდა გადატრიალებისა.

37 NATO, Brussels Summit Declaration, 11.07.2018, <https://www.nato.int/cps/ic/natohq/official_texts_156624.htm> [Last seen 26.10.2020] პარ. 2.

1947 და 1949 წლებში მნიშვნელოვანმა პოლიტიკურმა მოვლენებმა იჩინა თავი. მათ შორის, ნორვეგიის, საბერძნეთის და დასავლეთის სხვა ქვეყნების სუვერენიტეტს საფრთხე დაემუქრა. 1948 წელს მოხდა გადატრიალება ჩეხოსლოვაკიაში და იმავე წლის აპრილში ბერლინის არალეგალური ბლოკადა.³⁸

ცვალებადმა საფრთხეებმა და მისმა სწორად აღქმამ ასახვა სტრატეგიის მუდმივ ადაპტაციაში ჰპოვა, რათა პოლიტიკური ჩარჩოს, სამხედრო სტრუქტურებსა და შესაძლებლობებს უსაფრთხოების თანამედროვე გამოწვევებისთვის ადგილზე ეკაუსუბა.³⁹

საფრთხეები თავისთავად ცვალებადია – ის, რაც ხელშეკრულების დაფუძნებისას არსებობდა, შეიძლება დღეს საერთოდ აღარ იყოს და ალიანსი ახალი საფრთხეების წინაშე იდგეს.

აშშ-ზე 11 სექტემბერს განხორციელებული თავდასხმის შემდგომ, პრიორიტეტი მიენიჭა ისეთ ასპექტებს, როგორცაა ინფორმაციის გაცვლა, რომელიც შეეხება ტერორიზმისგან მომდინარე საფრთხეებს; ურთიერთანამშრომლობის და ალიანსის არაწევრ სახელმწიფოებთან პარტნიორობის გაძლიერება; ასევე, სხვა ორგანიზაციებთან თანამშრომლობა, რომელთა საქმიანობა უკავშირდება ტერორიზმის საფრთხეებს.⁴⁰

ხელახლა აღსანიშნავია 2003 წელს მეოთხე მუხლის ფარგლებში თურქეთის მიერ კონსულტაციების მოწვევა ერაყთან დაკავშირებით. საუბარია გაეროს უშიშროების საბჭოს მიერ მიღებული 1441 რეზოლუციაზე, რომელიც შეეხებოდა ერაყის მიერ სავარაუდო მასობრივი განადგურების იარაღის განიარაღებას. 2002 წლის 21-22 ნოემბერს, ნატოს ლიდერებმა მხარი დაუჭირეს რეზოლუციის იმპლემენტაციას. თუმცა ერაყის ლიდერი, სადამ ჰუსეინი, მას

არ დაემორჩილა და შესაბამისად, ეჭვები გააჩინა უშიშროების საბჭოს წევრებში, და უფრო მეტად მოითხოვეს სასწრაფო სამხედრო ჩარევა და ექსპერტების მიერ იარაღის შემოწმებისთვის მეტი დროის გამონახვა. საერთაშორისო პოზიციამ ასახვა ჰპოვა ნატოშიც, სადაც თურქეთმა მუხლი 4-ის ფარგლებში მიმართა ნატოს კონსულტაციებისთვის ერაყიდან მომდინარე საფრთხეებთან მიმართებით.⁴¹ ინტენსიური განხილვების შემდგომ ნატო დათანხმდა თავდაცვით ზომებს თურქეთისთვის Operation Display Deterrence ქოლგის ქვეშ.⁴²

შესაბამისად, ნატოში საფრთხეების განსაზღვრა კონსულტაციების საფუძველზე და მისი ასახვა შემდგომში ხდება სხვადასხვა დოკუმენტებში, მათ შორის, სამიტების დეკლარაციებში. მსგავსი მიდგომა ორგანიზაციას აძლევს საშუალებას, განახორციელოს კონკრეტული ქმედებები და ძალისხმევა მიმართოს კონკრეტული საფრთხეების პრევენციისაკენ.

თუ რა ჩაითვლება საფრთხის დამუქრებად, ამას არა უშუალოდ ნატო განსაზღვრავს, არამედ ეს დამოკიდებულია წევრი სახელმწიფოების აღქმაზე. სწორედ მას აქვს უფლება, მეოთხე მუხლის საფუძველზე მოითხოვოს კონსულტაციები იმ საკითხის მიმართ, რომელსაც ის აღიქვამს, როგორც საფრთხედ საკუთარი ტერიტორიული მთლიანობის, პოლიტიკური დამოუკიდებლობისა და უსაფრთხოების მიმართ.

დასკვნა

ვაშინგტონის ხელშეკრულების მეოთხე მუხლი სასიცოცხლო როლს თამაშობს ორგანიზაციის ფუნქციონირებაში. მისი არსებობა შესაძლებლობას იძლევა არა მარტო რეაგირება მოახდინოს ტერიტორიული მთლიანობის, პოლიტიკური დამოუკიდებ-

38 NATO HANDBOOK, Public Diplomacy Division NATO, 1110 Brussels, 2006, 17.
39 NATO HANDBOOK, Public Diplomacy Division NATO, 1110 Brussels, 2006, 18.
40 NATO HANDBOOK, Public Diplomacy Division NATO, 1110 Brussels, 2006, 20.

41 NATO HANDBOOK, Public Diplomacy Division NATO, 1110 Brussels, 2006, 23.
42 The consultation process and Article 4, <https://www.nato.int/cps/en/natohq/topics_49187.htm> [Last seen 26.10.2020]

ლობისა და უსაფრთხოებისთვის შექმნილ საფრთხეებზე, არამედ მას შესაძლებელია ჰქონდეს პრევენციული ხასიათი. ორგანიზაციას კონსულტაციების საფუძველზე და შემდგომ ერთობლივად მიღებულ გადაწყვეტილებით განსაზღვრავს სამოქმედო გეგმას და განხორციელების გზებს, რამაც უნდა უზრუნველყოს ევროატლანტიკურ არეალში მშვიდობა და უსაფრთხოება.

სტატიაში განისაზღვრა ტერიტორიული მთლიანობის, პოლიტიკური დამოუკიდებლობის საერთაშორისო სამართლებრივი შინაარსი და მათი მიმართება ხელშეკრულების მეოთხე მუხლთან. ამასთანავე ჩამოითვალა ის უსაფრთხოების ასპექტები (რაც თავისთავად არაა ამომწუხავი სია), რომელთა მიმართაც შესაძლებელია ნატოში და ნატოს წევრი სახელმწიფოების მიმართ მოხდეს საფრთხის შექმნა.

კონსულტაციების გამართვა წევრ სახელმწიფოებს შეუძლიათ გეგმიურად ან ნებისმიერი მათგანის მოთხოვნის შემთხვევაში მყისიერად. ამასთანავე, აუცილებელი

არაა, კონსულტაციის მომწვევი წევრი სახელმწიფოს მიმართ იყოს მიმართული საფრთხე, არამედ შესაძლებელია, სხვა წევრი სახელმწიფოს საფრთხეებზე იქნას საუბარი. ამასთანავე, განისაზღვრა, რომ კონსულტაციები არა მარტო უკვე არსებულ საფრთხეებს ეხება, არამედ ის, შესაძლებელია, მიმართულ იქნას მომავალ საგარეუდო საფრთხეებზე, რათა ორგანიზაციას, კონსულტაციების საფუძველზე მიღებული გადაწყვეტილებით, პრევენციული რეაგირების მოხდენის საშუალება მიეცეს.

შეგვიძლია დავასკვნათ, რომ ვაშინგტონის ხელშეკრულების მეოთხე მუხლით განსაზღვრული კონსულტაციები იძლევა საშუალებას წევრი სახელმწიფოების მოსმენის, მათი მხრიდან საფრთხეების შეფასების და დასკვნების განხილვის. შემდგომ კი, აუცილებლობის შემთხვევაში, კონკრეტული ქმედების განხორციელებაზე შეთანხმებისა, რათა უზრუნველყოფილ იქნას მშვიდობა და უსაფრთხოება ევროატლანტიკურ არეალში.

ბიბლიოგრაფია:

1. ალექსიძე, ლ., თანამედროვე საერთაშორისო სამართალი, 55.
2. Charter of the United Nations, San Francisco, 24 October 1945, Article 2 (4).
3. The North Atlantic Treaty, Article 4, Washington D.C. – 4 April 1949, <http://www.nato.int/cps/en/natolive/official_texts_17120.htm> [Last seen 26.10.2020]
4. Aspects of NATO-Analysis and Text of the North Atlantic Treaty 1962, 5 <<http://archives.nato.int/aspects-of-nato-analysis-and-text-of-north-atlantic-treaty:isad>> [Last seen 26.10.2020]
5. NATO HANDBOOK, Public Diplomacy Division NATO, 1110 Brussels, 2006. 38-40
6. Rozakis, C., 1987. Encyclopedia of Public International Law, Territorial Integrity and Political Independence (), pp. 481-486.
7. Williams, Paul D., 2008. Security Studies: An Introduction, Routledge, pp. 5-8.
8. NATO, Brussels Summit Declaration, 11.07.2018, <https://www.nato.int/cps/ic/natohq/official_texts_156624.htm> [Last seen 26.10.2020]
9. North Atlantic Treaty Organization (NATO): 'Statement by the North Atlantic Council', 2001 40 ILM 1267.
10. The consultation process and Article 4, <https://www.nato.int/cps/en/natohq/topics_49187.htm> [Last seen 26.10.2020]
11. The North Atlantic Council, <http://nato.int/cps/en/natohq/topics_49763.htm> [Last seen 26.10.2020]

LAW AND ECONOMICS, OR PUNCTUM ARCHIMEDIS IN ENVIRONMENTAL LAW

Iviko Khavtasi

*Iv. Javakhishvili Tbilisi State University,
4th year undergraduate student*

“For the rational study of law, the black-letter man may be the man of the present, but the man of the future is the man of statistics and the master of economics.”¹

KEYWORDS: Law and Economics, Coase Theorem, Environmental Law, Cap and Trade

ABSTRACT

This article examines the autonomous field of Law and Economics, indicates the importance of integrating the economical methodology in the process of comprehensively understanding the normative order and laments over the undesirable shortage of interdisciplinary education and academic dialogue regarding Law and Economics in Georgia. Moreover, this paper deliberates on the relevance of the Coase theorem for lawyers and policy-makers, displays the specific recommendations of its application in jurisprudence, including elucidating property rights, maximizing economic productivity and minimizing transaction costs. The following article discusses attempts and shortcomings to harmonize a decentralized market solution in environmental law and demonstrates regarding the example of the EU emission trading system that the method of Law and Economics can be used not only for a thorough analysis of the existing model but also as a pragmatic instrument for defining a normative program.

1 Holmes, O.W., 1897. Path of the Law, Boston Law School Magazine 1 (4), p. 11.

INTRODUCTION

In the modern commonwealth, the moral consensus is replaced in many respects by the idea of a free market, while the architecture of social association between individuals is framed through the medium of the economic demand and supply.² Under these circumstances, the field of law and economics – which merges jurisprudence and social science of economics – has become the most influential interdisciplinary methodology in the United States³ and Western Europe since the 1960s, although it has still not managed to consolidate with the Georgian academia.

Formally speaking, for lawyers, economics remains an esoteric field that seeks to explain macro and microeconomic phenomena with diagrams and formulas, though more substantially, it is repugnant for most lawyers to think that the eclectic social system of law and order can be based on the precision of the economic efficiency, as they are well aware of an attempt by a foreign discipline to occupy an autonomous field of jurisprudence.⁴ The economic analysis of law remains for many a symbol of calculative indifference, while the economic and sociological immediate or side effects of normative acts are neglected.⁵

2 Golecki, M., 2008. The Coase Theorem and Philosophical Foundations of Law and Economics, 2 Masaryk U. J.L. & Tech. 209, pp. 213-214, See note Fukuyama F., 1989, The End of History, The National Interest 6, p. 8.

3 Kronman, T. A., 1993. The Lost Lawyer: Failing Ideals of the Legal Profession, p. 166.

4 Posner, R., 1975. The Economic Approach to Law, 53 Texas Law Review 758, p. 764.

5 Interestingly, from January 1, 2020, amendments to the Organic Law of Georgia on Normative Acts came into force and it became mandatory to attach a regulatory impact assessment to the draft acts, but in order for this reform not to become mere formal yarn, it is decisive to promote a stable academic analysis in this area, including a broad and narrow sectoral or methodological analysis, which this article seeks to address, see How Regulatory Impact Assessments can Include Sustainable Development Goals, Ministry of Justice of Georgia, 2019, p. 5; See also Organic Law of Georgia on Normative Acts, Article 171, [ნორმატიული აქტების შესახებ | სსიპ „საქართველოს სა-](#)

Jurisprudence, like the science of economics, has its unequivocal linguistics. The study of each of these fields largely involves the process of converging with the language and phenomena characteristic to the field, which further determines the rule of thinking and standards of methodology.⁶ Therefore, the autonomous field of law and economics turns out to be bilingual, thus formal education becomes critical in the process of rapprochement. It is lamentable that the faculties of law and economics in Georgia do not offer interdisciplinary education to students in line with modern challenges. To the extent that practicing or academic lawyers have extensive connection with financial institutions in conjunction with forming the framework of regulations within the legislative process, on the one hand, it is unfortunate, and on the other hand, it is alarming to have a livid and hermetic attitude towards the field of law and economics in the circles of Georgian lawyers or economists.

Prior to the theoretical development of law and economics in the United States, distinguished judges of the common law system, such as Oliver Holmes, Henry Friendly, Benjamin Cardozo, and Learned Hand, had already used the methodology typical to the economic thinking in their judicial practice,⁷ one could argue that practice preceded academia. In Georgia, therein, scholars should bear the struggle of Sisyphus.

[კანონმდებლო მაცნე“ \(matsne.gov.ge\)](#) [Last seen 06/03/2021]

6 Sage-Fuller, B., Lippe, F. P., Conaill, O. S., 2013. Law and Language (s) at the Heart of the European Project: Educating Different Kinds of Lawyers, Law and Language, Edited by Freeman M., Smith F., p. 500.

7 The Economic methodology has helped to establish law as a field of the scientifically verifiable research field, and since economics inter alia is a theory of choice, it becomes a generator/apparatus of finding an optimal policy for judges and legislators, see, Cooter R., Ulen T., 1997. Law and Economics, Massachusetts: Addison Wesley, 3.

INTERDISCIPLINARY FIELD OF LAW AND ECONOMICS

Economics is a relatively young sphere of study, but since the middle of the 20th century it has had the greatest authority among the social sciences, which is why it is often called the Queen of the social sciences, however, it is blamed for a kind of imperialism⁸ which implies the tendency of active dissemination of economic analysis into such classically non-market areas as religion, culture, law, family, etc. The reason for this augmentation is what distinguishes the discipline of economics from other social sciences – a flexible approach, a methodology⁹ that seeks to apprehend primary and secondary outcomes; Examine the consequences, including side effects, not only in the short term but, most importantly, in the long run.¹⁰ Also, the methodology of economics is made more alluring by the fact that it is not only a means of a reasonable understanding of the direct predominance or biting effects of the normative system but also offers policymakers a normative program for reforming legal fields and institutions.¹¹

The genesis of the autonomous field of law and economics dates back to the 1960s; It was from this time that various authors began to bring the sciences of economics and law closer together, including, apply economic methodology not only in commercial and antitrust law, but also widely in other fields; That was, on the one hand, positive analysis, or factual reevaluation, and on the other hand, attempt to define normative, or optimal reforms. The convergence of economics and jurisprudence can be explained by the fact

that judges needed the pragmatic usage of other disciplines and classically meta-legal instruments in the face of hard cases,¹² hence law lost its status of autonomous discipline and became interdisciplinary in the face of these complex casuistic challenges.¹³ This judicial trend has, over time, become the professional strategy for the entire Guild of Lawyers.¹⁴

One of the main social functions of the normative order should be to stimulate economic productivity growth.¹⁵ Economics is important for the field of law insofar as it helps to better understand the consequences of the system, while for economics law is a medium for analyzing the foundations of the market.¹⁶ The impact of law on the economy is essential because without a legal system there is no market structure – the rights that individuals have are defined by law – therefore economic activity is largely controlled by the legal system.¹⁷ Law and economics are closely linked. Now reconsider one of the first and most influential attempts to discover this connection to date.

8 Boulding, E. K., 1969. Economics as a Moral Science, *American Economic Review*, 59 (1), p. 8; See also Lazear P. E., 2000. Economic Imperialism, *Quarterly Journal of Economics*, 115 (1), pp. 99-146.

9 Becker, G. S., 1976. *The Economic Approach to Human Behavior*, University of Chicago Press, p. 5.

10 Hazlitt, H., 1978. *Economics in One Lesson*, Crown Publishers, Inc., p. 191.

11 Guerra-Pujol, F. E., 2012. Modelling the Coase Theorem, 5 *Eur. J. Legal Stud.* 179, p. 181, see in Medema G. S., 1999. Legal Fiction: The Place of the Coase Theorem in Law and Economics, 15 *Economics & Philosophy*, p. 209.

12 Posner, like Ronald Dworkin, does not deny the essential role of morality in the practice of the judge, but unlike Dworkin, equates moral assertions with political preferences and considers economic methodology as a more objective and pragmatic vector for judicial philosophy, see Posner A. R., 2007. *Tribute to Ronald Dworkin and a note on Pragmatic Adjudication*, 63 *New York University Annual Survey of American Law* 9, p. 10.

13 Domnarski, W., 2016. *Richard Posner*, Oxford University Press, pp. 140-141.

14 Following the complication of legal relations in the future, even economic methodology will not be able to explain the legal reality with sufficient clarity; Against this background, so-called legal economists may give way to other "Renaissance men" and professions. For example, such a trend is observed in the wake of the emergence of behavioral economics and the field of law, where psychology and neuroscience are used to better explain the existing economic-legal reality, see Calabresi G., 2016. *The Future of Law and Economics*, Yale University Press, p. 5.

15 Compare "The purpose of the law is to encourage moral behavior", Zoidze B., 2013. *An attempt to understand the practical existence of law*, p. 205.

16 Cooter, R., Ulen T., 2010. *Law & Economics*, The Pearson Series in Economics, 6th edition, 9.

17 Coase, H. R., 1992, *The Institutional Structure of Production*, *American Economic Review*, 82, pp. 713-19, 718; See also Coase H. R. 1993, *Law and Economics at Chicago*, 36 *J.L. & ECON.* 239, p. 251.

“COASE THEOREM”

One of the indicators of the academician's impact is the quotation of his texts,¹⁸ the name of the British economist, Nobel Laureate Ronald Coase is associated with the most consequential scientific articles in the field of law and economics, for example, Coase's "The Problem of Social Cost"¹⁹ is considered as the most frequently cited scientific article in the field of law and economics.²⁰ It is in this text that the so-called Coase theorem is implied,²¹ according to which if the parties to the negotiation have no operational, that is transactional costs and their information is complete, legal influence (including fixations of property rights, tort liability or other aspects) on the allocation of freely disposable resources becomes irrelevant, while the configuration of rights independently determined by the parties will be economically efficient.

To understand the theorem it is necessary to clarify several issues, first of all, the notion of transaction costs. In the first half of the 20th century, the prevailing theory in economics was that nothing hindered the free functioning of market mechanisms, therefore, market relations between the parties were chargeless, i.e without costs. Coase intuitively sensed the fallacy

of this assumption; He asked the simple question if the market system is "free", why is there "a firm" that is the fruit of the command-control system, instead of the parties defining their rights and obligations within an individual agreement in each relationship? Why is there an employment contract in some cases instead of a service contract? Coase studied the establishment/operation of corporations in the United States empirically and came to this day unequivocal but at that time paradigm-shifting conclusion, that in free-market relations there are costs incurred by market participants, such as contract pricing, preparation, party and term identification, etc. Inter alia these costs contribute to the existence of corporations in the market.²² This view, set out in an article published in 1937, has shaken the theoretical foundations of the economic systems of ideal worlds.

Coase used this then ground damaged model of an ideal world in "The Problem of Social Cost" as a thought experiment, and pointed out that in a world where information is perfect and operating costs are zero, maximum economic productivity is achieved without public intervention in a decentralized manner and regardless of to whom the law confers ownership, contractual or tort law liabilities. The actual existence of such a world is a utopia, and he wrote that it was not significant for him to examine the hypothetical worlds of utopia, but to demonstrate that the conditions of ideal competition, where social and private costs are equal,²³ are fictitious and consequently, those in charge of determining policy or laws must take into account the existence of operating costs and their negative role on economic productivity.²⁴

18 Landes, M. W., Lahr-Pastor S., 2011. Measuring Coase's Influence, 54 J.L. & Econ. p. 383.

19 Coase, H. R., 1960. The Problem of Social Cost, The Journal of Law and Economics, vol. 3.

20 Shapiro, R. F., Pearse M., 2012. The Most-Cited Law Review Articles of All Time, 110 MICH. L. REV. p. 1483.

21 The theorem given in the paragraph was first discussed by Coase in 1959 in an earlier article; He criticized the practice of the US Federal Communications Commission (FCC) on the centralized/directive distribution of radio frequencies. In his view, instead of this practice, if the ownership of the frequencies had been clearly defined and operating costs reduced, economic productivity would have reached Pareto efficiency through of private negotiations. In the process, the FCC's concern that a private system would cause a complete collapse of radio frequencies was off the topic, as parties obsessed with profit-seeking behavior would not allow industrial chaos with the help of private negotiations and technological innovation, see Coase H. R., 1959. The Federal Communications Commission, Journal of Law and Economics, 1-40.

22 Coase, H. R., 1937. The Nature of the firm, *Economica*, 4(16), pp. 386-405, 392.

23 "Coase theorem" was first summarized by Nobel Prize-winning economist George Stigler; According to Stigler, the theorem implied that "under ideal competition, social and private costs are equal." See Stigler J. G., 1966. *The Theory of Price*, Macmillan Co., 3rd ed., p. 113.

24 It is a great misery that to date the subject of Coase Theorem's research has focused on the utopian worlds of zero transactions costs. According to studies conducted in 2003 and 2010, 75-80% of the most cited articles on

Most economists, no matter their political vectors, draw the system of an ideal economy and, when observing the real world, do not analyze how the economy actually works; instead, they spend more energy figuring out how the ideal can be achieved.²⁵ Ronald Coase named such economists "board economists"²⁶ whose reasoning is far removed from real problems and falls within the bounds of the hypothetical *ceteris paribus*. In contrast, Coase wanted to comprehend the hypothetical model and take into account the essential role of legislation in determining policy for the socially optimal distribution of resources and growth of production when operating costs are high and information is imperfect.²⁷

Coase accorded with a modern understanding of property rights;²⁸ In particular he thought that

Coase Theorem and economics textbooks inaccurately represent the notion of the theorem, see Shirley M. M., 2013. Battles Lost and Wars Won: Reflections on the Problem of Social Cost, *Journal of Natural Resources Policy Research* 5 (4), p. 243. Perhaps academic lawyers or economists feel untroubled exploring hypothetical worlds away from the real universe, see Coase H. R., 1988. *The Firm, the Market and the Law*, University of Chicago Press, p. 15.

25 According to Coase, when defining a policy we must keep in mind that a choice is made between viable alternatives; In terms of operating costs, the choice of "either all or nothing" is never a pragmatic solution. See E.W. Williams W. E., Coase H. R., 1964. Discussion, *The American Economic Review*, vol. 54, no. 3, p. 195.

26 According to Coase, "board economics" meant a methodology in which economists resembled a "teacher" who is omniscient and omnipotent, though far removed from empiricism. Their economic analysis may look flawless on the school board, but of little practical importance. See Medema G. S., 1994. Ronald Coase, *The Macmillan Press*, edited by John Pheby, pp. 156-157.

27 It must be empirically assessed whether the benefits obtained under the established normative order outweigh the harms when changing the status quo ante. See Coase H. R., 1960. *The Problem of Social Cost*, *Journal of Law & Economics*, 3, pp. 1-44, 27.

28 There are two conceptions of property rights, the monolithic understanding of property rights, which is the fruit of English common law, according to which property is understood as an integral part of which only one person can possess, use and dispose of, and according to which, property law examines the relationship between man and property. A more recent conception belongs to the English philosopher Jeremy Bentham, according to which property is the right to one or more

if the right to purchase and sell certain activities could be feasible in a free market when transaction costs were not suboptimal high, the right would be acquired by the person for whom it is most valuable to exercise right for production or mere pleasure. The use of a right acquired by one person always restricts others for whom the use of that right is less valuable. Such regrouping of rights will only be attainable if the operating costs are less than the overall welfare increased as a result of the reorganizing. Therefore, the existence and quantity of operating costs are crucial to how far or at all whether the right will be exercised optimally. From this perspective, the goal of the new class of Lawyer-Economists in the process of defining social policy should be to minimize transaction costs, ie to promote the maximum growth of market economic productivity.

According to classical economic theory, for the proper functioning of private market relations, it is necessary for the parties to bear all the possible costs and benefits of a certain action, although due to complex social relations, the reality is often contrasting and therefore problematic; One person's actions can unintentionally have a positive or negative impact on a third person. Coase theorem is primarily concerned with alternative solutions to the problem of negative externalities in economics. In the simplest terms, a negative external effect is the irreversible impact of one person's actions on the well-being of another, with the proviso that there is no willingness between the parties, namely, the decision-maker does not or cannot take into account the adverse effects on third parties. As a result, external effects on the overall economic well-being have a negative impact to the extent that the costs of production

types of interest out of many, while the subject of the study of property law is human interrelations in connections to things. Different types of rights may be enjoyed by different persons for the same thing or interest; This reasoning is developed in the lecture "Property and Liability" by Richard Adelstein, Wesleyan University; Coase also perceived property as solely and exclusively in personam, i.e. the unity of rights defined in relation to specific individuals. See Baron B. J., 2014. Rescuing the Bundle-of-Rights Metaphor in Property Law, *University of Cincinnati Law Review*, Vol. 82, Issue 1, pp. 57-101, 65.

are greater for society than for the manufacturer.²⁹ The unintended effects by the individual and the increased social costs ultimately undermine the impulsive connections between the parties, hence market optimality; Before everything else, the abovementioned problem is reflected in the title of Coase's article published in 1960.³⁰

One of the most acutely criticized aspects of Coase's rationale is an important element of the theorem, the new paradigm of tort causality.³¹ Namely, Coase rejected the popular "polluter pays" principle of tort law and instead developed a theory of the harm reciprocity, the so-called "it takes two to tango." Coase observed and realized that from the perspective of economic optimality, the source of the damage is never the industrial production by A alone, and the harm is done, including by the fact that B lives in the neighborhood. Accordingly, economic productivity requires that the interests of both B and A be taken into account when determining the configuration of rights. In particular, A has an interest in claiming the chargeless issuance of an industry effect (e.g., emissions), while neighbor B has the right to claim the right to live in an environment free of such effects.³²

29 Mankiw, G., 2008. Principles of Economics, Diogenes Publishing, pp. 193-194.

30 Coase, H. R., 1960. The Problem of Social Cost, The Journal of Law and Economics, vol. 3.

31 The assertion that if a person is punched in the face, he is just as much connected to causal pain as the person who knocked him is absurd to the extent that our viewpoint is more or less defined by ethical and moral categories. Whereas, Coase pointed to a morally independent and solely analytical tool for maximizing production, although the fact is that production maximization cannot be the only analytical method in judicial or academic analysis; If not such a decision can create much more undesirable side effects in a society where there is a value system independent of price incentives. The field of Law and Economics, unlike the Economic Analysis of Law, is not a system of dry cost-benefit calculations, but rather a method of more complete empirical analysis. See Drobak N. J., Coase on Property Rights, 2016. The Elgar Companion to Ronald H. Coase, Edited by Menard C., Bertrand E., Edward Elgar Publishing, p. 88. See also Calabresi G., 2016. The Future of Law and Economics, Yale University Press, pp. 5-7.

32 Suppose A's industry inflicts 100 GEL damage on neighboring B. If they apply to the court of D, ac-

The problem of the negative externalities between A and B was first considered by the English economists Arthur Pigou, in his book published in 1920, where he concluded that it was necessary to create a system of taxation that would correct these external factors identified as "market defects". For example, if A and B reside in State D and A runs an industry that has a detrimental effect on B independently of his will, Pigou believes that State D should have effective legislation and tax A to offset the negative impact on its neighbor. More generally, Arthur Pigou argues that in any industry in which unrestrained individuals influence the redistribution of resources through negative externalities of production in such a way as to increase the public cost in comparison with the benefits of society, there is a prima facie justification for centralized intervention.³³

Pigou's aforementioned approach was considered as the sole universal solution by 1960 when Coase criticized it and undermined the idea of a so-called Welfare State, following which government intervention in Europe and America was evergrowing. In a 1960 article, on the one hand, it was shown that the presumption of the mainstream "board economy" on the theory of zero transaction costs market automatically precluded the need for central government intervention, as remedial effects of private negotiation would

cording to the theory of harm reciprocity, the court may resolve this in two different directions: 1) A must compensate the damage; Suppose for this it has to install 60 GEL technology in the factory. 2) B should ensure the elimination of damage effect and for this, he should spend 20 GEL to install the appropriate nets in the house. Regardless of how the court decides if transaction costs in State D are small and the information between the parties is complete, according to Coase theorem, parties A and B will be able to reach a private agreement that is economically efficient. If the court imposes liability on A for damages, it is highly probable that he will agree with B in the range of 20 to 60 GEL and, instead of installing a filter at the factory, pay B to purchase the appropriate nets for the B's house, see Faure G. M., Partain A. R., 2019, Environmental Law and Economics, Cambridge University Press, p. 19.

33 Pigou, C. A., 1952, The Economics of Welfare, Macmillan & Co. 5th ed., p. 331.

lead to economic efficiency; And in the face of operating costs – that is, in a world where we all are destined to live in – it would have been certainly unreasonable to advocate for intervention or non-intervention without empirical analysis.³⁴ Furthermore, Coase was pointing to one seemingly self-evident truth that most economists do not take into account; Either market-based relations or public intervention by the government come at a cost, which will not contribute to the increase of overall production, but quite the opposite, hinder it. Part of the public policy-making groups, without any serious empirical analysis, exaggerates the effectiveness of government intervention.³⁵ The government is presented as the Messiah, the savior from the market's diseases, which manages to generate socially optimal results through taxes, subsidies and regulations. According to Coase, such groups do not take into account the cost of government activities, they improperly study the architecture of the market and the normative order, fail to analyze the market-based and governmental policies in an institutional comparativist manner.³⁶

As a matter of fact a public authority is not an ideal seen through the lenses of the Pigovian tradition, but often the government can also be ignorant and corrupt. Ronald Coase did not fall within the bounds of any ideology, even the so-called laissez-faire capitalism, although this is a general outward appearance of his method. According to Coasean rationale, an intervention of the government may sometimes be justified, it would be wrong to argue that economic theory establishes a kind of presumed formula for interference or non-interference. Each case must be determined by examining the empirical circumstances.³⁷ Furthermore, merely showing

that a particular regulation is flawed does not imply a priori that centralized regulation of economic activity in specific and all the more so in each following case is concurrently not optimal, such an approach is illusory until comparative analysis specifically identifies the advantages of the proposed alternative over-regulation.³⁸ Moreover, according to Coase, there was no single best and irreplaceable design for the optimal economic system, as the practical effectiveness of the system is determined by society and its normative order. Consequently, it was unremarkable for him to focus on an ideal abstract market-based economy when an actually functioning, albeit non-utopian, economy remained unassessed.³⁹ The main problem of Georgian libertarianism today is such an "all or nothing" approach when the mantra of a free market-based economy leaves no room for empirical analysis.

According to the Coase theorem, the problem of negative externalities can be resolved if the transaction costs in the market economy are not too high. However, when negotiation between parties is impossible due to transaction costs and/or incomplete information, the role of legislation becomes essential for economic productivity.⁴⁰ In an ideal world, the sole function of the government is to create and ensure a system of rights that does not increase the operating costs of an agreement between private parties,⁴¹ although beyond utopia

34 Coase, H. R., 1993. *Law and Economics at Chicago*, 36 J.L. & ECON., pp. 252-253.

35 Coase, H. R., 1974, *Economists and Public Policy, Large Corporations in a Changing Society*, New York University Press, Edited by J.E Weston, p. 183.

36 Medema, G. S., 1994. *Ronald H. Coase*, The Macmillan Press LTD, Edited by Pheby J., etc, p. 132.

37 Nevertheless, Coase also noted that studies known to him in the United States at that time formed a prima facie assumption against intervention, as state intervention in various industries largely worsened

overall results of production. see Coase H. R., 1988. *The Firm, the Market and the Law*, University of Chicago Press, p. 26.

38 Williamson, E. O., 1976. Franchise bidding for natural monopolies in general and with respect to CATV, *Bell Journal of Economics*, 7(1), p. 76.

39 Coase, H. R., 1997. Interview at International Society for New Institutional Economics, see [Ronald Coase: Interview about New Institutional Economics](#) [Last seen 05/03/2021]

40 Calabrese mentioned Coase Theorem's tautological reasoning, but acknowledged the great importance of experimenting with this idea in modern legal thought as the "Mimic the market criterion." See Calabresi G., 1965, *Transaction Costs, Resource Allocation and Liability Rules – A Comment*, 11 J.L. & Econ. 67, p. 68.

41 Weimann, J., 2006. *Wirtschaftspolitik: Allokation und kollektive Entscheidung*, Springer-Verlag, S. 382.

the role of an independent judiciary and legislature is crucial as they are obliged to find the so-called Punctum Archimedis; it is institution's duty to use the scientific method characteristic of law and economics, balance the interests and determine a policy that will be economically efficient.

The most practical recommendation from the Coase theorem is to ensure the definiteness of legislation and single out among alternative policy solutions one that aims to maximize economic productivity and minimize transaction costs.⁴² Coase explained in his Nobel Prize lecture that neglecting transaction costs is unacceptable and, therefore, his theorem is a thought experiment, from the practical analysis of which two normative conclusions can be drawn; Firstly, the legislature or judicature must impose the liability for relief of the harmful effects to the party for whom it is less costly to evade them and second, there ex-ante must be institutions in the State that enable private parties to rectify with the low transaction costs the non-optimal allocation of rights.⁴³ To illustrate the soundness of these recommendations, let's analyze the application of the Coase theorem in environmental law with the context of radically high transaction costs.

ENVIRONMENTAL LAW

The existential functions of the modern state have expanded. According to the classical "social contract theory", individuals form a state for the purpose of defense,⁴⁴ handing over limited legitimacy that extends to ensuring the security of individuals' property, life and liberty. However, the 20th century has made it clear that the commonwealth has another public administration

function,⁴⁵ which in turn derives from a broader understanding of security – the protection of the environment.⁴⁶ Although the exact and natural sciences will answer some existential challenges after some time, such as how to treat a new coronavirus (SARS-COV-2) infection, there is still considerable disagreement on policy issues. Almost all scientists agree that global warming is a fact, but there is no consensus on an adequate economic response to this threat.⁴⁷

Georgian legislation has never neglected the protection of the environment, the Law on Environmental Protection was adopted in 1996.⁴⁸ However, the law may undoubtedly become nothing but pulp fiction if its enforcement is not carried out, or even worse, it is carried out inefficiently. The change of paradigm in the context of environmental protection in Georgia is related to the signing of the Association Agreement with the EU in the recent past.⁴⁹ Integration with the

42 Miceli, J. T., 2017. *The Oxford Handbook of Law and Economics: Volume 1: Methodology and Concepts*, Edited by Parisi F., pp. 10-11.

43 Moszoro, W. M., Spiller, T. P., 2016. Coase and the transaction cost approach to regulation, *The Elgar Companion to Ronald H. Coase*, Edited by Menard C., Bertrand E., Edward Elgar Publishing, p. 267.

44 Locke, J., 1988, *Two Treatises of Government*, Cambridge University Press, Edited by Laslett P., p. 357.

45 The right to environmental protection is enshrined in Article 29 of the Constitution of Georgia, in the second chapter of the constitution regarding basic human rights. The Constitutional Court of Georgia has not yet substantially considered the obligation of the state implied in this area which is directly protected by this right; According to international practice, for example, in the German Constitution from 1994 you will also find a provision stating that all three branches of government are limited by the responsibility of preserving the environment for future generations, but it is considered that individuals cannot apply to the court for violating this constitutional provision. See *Die Verfassung für die Bundesrepublik Deutschland*, Artikel 20a; See also Faure G. M., Partain A. R., 2019. *Environmental Law and Economics*, Cambridge University Press, p. 97.

46 Izoria, L., 2009. *Modern State and Modern Administration*, Siesta, p. 60.

47 Harari, Y. N., 2018. *21 lessons for the 21st Century*, NY, Spiegel & Grau, p. 120. Although objective scientific research is neutral from the value system, the same cannot be said with certainty about the use of information obtained from such research. Compare Ashford A. N. 1988. *Science and Values in the Regulatory Process*, *Statist. Sci.* 3 (3), p. 377.

48 Law of Georgia on Environmental Protection, See <<http://matsne.gov.ge/ka/document/view/2496959>> [Last seen 05/03/2021]

49 Georgia has set several commitments, including on environmental protection, which states that "the parties will develop and strengthen cooperation on environmental issues, thus contributing to the long-

European Union is enshrined as a constitutional norm in the transitional provisions of the Constitution of Georgia, in particular in Article 78.⁵⁰ And in Article 11 of the Treaty on the Functioning of the European Union,⁵¹ we read that the protection of the environment and the promotion of sustainable development is a fundamental requirement for integration into the European Union.

The importance of environmental law in Georgian legal practice or theory is developing, but classical legal methods cannot adequately address the acute problems of this field, as modern anthropogenic environmental challenges require, including the complete transformation of energy production in the industrial sector and therefore transcends beyond legal categories,⁵² so it is vital to have a multifaceted analysis of reality and the development of effective normative theory, integrating appropriate methodology of law and economics, forasmuch having clean atmosphere, rivers or generally speaking, environment is an economic problem⁵³ as the supply and demand of food, education or health care. Consequently, the real issue of a clean atmosphere, which must be addressed following a thorough analysis, is how much emission-free air is regarded as a social optimum.⁵⁴

It has already been pointed out that one of the determinants for the origination of the Coase theorem, its *raison d'être* is the problem of negative externalities, which implies an impact on the environment and its protection. However, the application of the Coase theorem on environmental issues is impeded by several circumstances. First, the reality is radically different from the example of state D, where only A and B lived, with unintended environmental impacts affecting not two persons but thousands. Consequently, with the number of parties, operating costs increase and there is no room left for private negotiations.⁵⁵ Second, the information is asymmetric between the parties because there is no objective methodology and sometimes even willingness to determine the scale of damages, interests and costs. Third, there is an especially noticeable level of wealth redistribution between the parties, the industrial party manages to accumulate much greater wealth than individuals who do not engage in industrial activities, hence they have predominant market power and leverage.

At the time Coase's famous article was published, environmental issues were still regional.⁵⁶

term goals of sustainable development and the green economy." Association Agreement between Georgia and the European Union, see [ასოციაციის შესახებ შეთანხმება ერთი მხრივ, საქართველოსა და მეორე მხრივ, ევროკავშირს და ევროპის ატლანტიკური ენერჯის გაერთიანებას და მათ წევრ სახელმწიფოებს შორის | სსიპ „საქართველოს საკანონმდებლო მაცნე“ \(matsne.gov.ge\)](#) [Last seen 05/03/2021]

50 The Constitution of Georgia, see <<http://matsne.gov.ge/ka/document/view/33340?publication=27>> [Last seen 05/03/2021]

51 Treaty on the Functioning of the European Union, Article 11.

52 Faure, G. M., Partain, A. R., 2019. Environmental Law and Economics, Cambridge University Press, p. 3.

53 Environmental pollution is not a brand new issue and is inherently an economic problem, any alternative view that rejects this initial presumption is doomed to inefficiency, see Ruff L., 1972. The Economic Common Sense of Pollution, In Robert Dorfman and Nancy S. Dorfman, Economics of the Environment, V. W. Norton, pp. 3-4.

54 Pratten, S., 2016. Coase on the nature and assessment

of social institutions, The Elgar Companion to Ronald H. Coase, Edited by Claude Menard & Elodie Bertrand, Edward Elgar Publishing, p. 115, see citation Coase H. R., 1972. Comment on "The Muted Voice of the Consumer in Regulatory Agencies", In Samuels J. W., Trebing M. H. (eds), A Critique of Administrative Regulation of Public Utilities, East Lansing, MI: Institute of Public Utilities, Michigan State University, p. 313.

55 The applicability of the Coase theorem is made even more hopeless by the fact that European courts are developing a so-called "common interests" theory that gives any individual the power to sue; a person does not need to indicate direct and indirect harm. See. Kalichava K., 2016. Legal Foundations of Public Administration, ed. Giorgi Khubua, Karl-Peter Sommerman, Tbilisi, p. 335.

56 We must also take into account the situation in which Coase's thinking was formed, particularly, in the Anglo-American world, in addition to the fact that the case law system is very flexible in reflecting on dynamic economic relations, the political system is imbued with the principle of check and balance and the practical experience of strong institutionalism. Coase, for example, was not confident with unwavering optimism in the success of the market-based economy in post-communist countries, notably, he pointed out

Today the worldview has completely changed and become global (greenhouse gas emissions, global warming, ocean water pollution, ozone depletion, etc.).⁵⁷ The effectiveness of private initiatives to solve global problems is questionable, and on the other hand, the behavior of international actors, states are driven by short-term political (often unpredictable) impulses. In this context, international environmental law is vague and non-binding, there is no effective enforcement mechanism.⁵⁸ Adapting Coase theorem to world challenges becomes an unfulfilled mission, though not of Coasean logic, the implementation of which in environmental law may once have been considered heretical, but today the trend is changing.

The problem of externalities remains the most relevant research question in both economic theory⁵⁹ and environmental law, for which there are alternatives including centralized command-control and decentralized market-based solutions. Command and control mechanisms, such as direct product bans and taxation, are often economically counterproductive because they are too inflexible and non-dynamic for mar-

ket relations, although in some sectors, analysis of operating costs and cost-effectiveness⁶⁰ may even demonstrate advantages of centralized regulation. The market-based solution involves optimizing the productivity of relationships according to the changing incentives of individuals. If in a particular state or economic union it is pre-arranged to limit the total amount of emissions for a certain period of time, the emission-control and/or other market-based mechanisms can be used to achieve a socially optimal level.⁶¹

For more precision, let's consider one of the market-based mechanisms which is the issuance of certification for emissions trading, this instrument is in its essence a continuation of the Coasean logic⁶² and a product of law and economics;⁶³ Trading with emission's licenses implies a system where the upper issuance limit is set (capped), within which emission's rights are distributed to individual entities in the form of certificates, which in turn can make the certificate a

that without stable institutions it would be impossible to maintain an optimal market system. see Coase H. R., 1991. The Institutional Structure of Production, Lecture to the memory of Alfred Nobel, <[Ronald H. Coase – Prize Lecture: The Institutional Structure of Production – NobelPrize.org](#)> [Last seen 05/03/2021]

57 Environmental Law and Economics, Edited by Klaus Mathis and Bruce R. Huber, Springer International Publishing, 2017, XIII.

58 Miller C. D., 1995. Applying the Coase Theorem to International Environmental Law or Bright Lines and the Compensated Tax, 7 Int'l Legal Persp., p. 155, 156.

59 Two radically different discourses on environmental protection issues have emerged, the Schools of Environmental Economics and the School of Ecological Economics. The Former shares the presumptions of neo-classical macroeconomics, and its object of observation is the relationship between people on scarce resources, including the optimal social level for a polluting, while the School of Ecological Economics observes the connection between humans and ecosystems, aims at sustainable development and inculcates the "Precautionary Principle" as a mechanism of prevention, see van den Bergh J., 2001. Ecological Economics: Themes, Approaches, and Differences with Environmental Economics, Regional Environmental Change 2(1), pp. 15-17.

60 Cost-Benefit Analysis is the most sensible method for selecting among alternative political ideas and vectors and is an integral tool in the field of law and economics, involves confronting the possible positive and negative consequences of the regulation or policy decision under consideration. The analysis takes into account the probability of actual results, possible costs and benefits are expressed in monetary terms, and the expected total social benefit/harm of a particular decision is calculated by multiplying the benefits or costs by the probability of their feasibility, see Adler D. M., Posner A. R., 1999. Rethinking Cost-Benefit Analysis, Yale Law Journal 109, no. 2, pp. 177-181.

61 A socially optimal level in the economy implies the existence of an incentive to reduce emissions until the marginal benefit of the reduction equals the marginal cost, ie if a reduction in a certain amount of emissions does more harm to society than benefit, regulation has been socially non-optimal, see Faure G. M., Partain A. R., 2019. Environmental Law and Economics, Cambridge University Press, p. 109.

62 The mechanism is the most cost-effective, and the initial arrangement of the rights cannot dictate their final allocation unless the operating costs are too high, see Hahn W. R., Stavins N. R., 2011. The Effect of Allowance Allocations on Cap-and-Trade System Performance, Journal of Law and Economics, Vol. 54, No. 4, Markets, Firms, and Property Rights: A Celebration of the Research of Ronald Coase, p. 268.

63 First appears in academic literature in 1968, see Dales H. J., 1968. Land, Water and Ownership, The Canadian Journal of Economics, 1(4), pp. 791-804.

business subject for trading, price is determined by market demand and supply, which is a kind of social compromise of dynamic market incentives, as well as a mechanism of communication between producers and consumers and an optimal means for generating information.⁶⁴ In such a system, instead of restricting the economic rights of companies through inflexible centralized intervention, market demand-supply impulses optimize externalities; and the revenue from the trade of certificates are often colossal.

At the initial stage of initiating emissions trading, a certain number of certificates are circulated, the upper limit is gradually tightening to achieve a specific level of emission reduction in the future. It is essential that the interests of the parties be taken into account when allocating rights and setting the upper limit; There is a risk that the issuance of certificates could become a source of corrupt practice in the hands of political instability and large interest groups. Which, on the one hand, will prevent a stable reduction of external effects, and on the other hand, demand-supply instability in market-based relations will have a negative impact on optimal economic productivity. Insurance against this risk can be the disposal of certificates using a method of auction;⁶⁵ before the auction the right had to be

defined exclusively and the owners had to be able to alienate the rights in order to be able to trade the certificates within the market. Unless the competition between the parties is limited by high operating costs, after practicing this emissions trading mechanism, the right to emission will be in the hands of the entity that values the latter the most.⁶⁶ And the total revenue from the auctions can be used to reduce a deficit budget, to pay off foreign or domestic debts, as well as to support innovative eco-technologies.

Speaking of market-based instruments, we can highlight their advantages over the command and control system, namely, the market-based solution is highly cost-effective, on the one hand, it is very flexible because companies independently determine the size of emissions according to the structure, production form and assets and choose the most economically efficient method for reducing emissions.⁶⁷ On the other hand, accumulated money from the sale of certificates at an auction is preserved and it may even increase revenues to the state budget. At the same time, the administrative pressure is reduced; The system retains a voluntary element, and given this, the mechanism also faces much less political backlash than, for example, the system of blanket taxes or subsidies. The private sector is given the opportunity to independently determine the number of emissions by considering alternatives, which creates a greater sense of freedom and, consequently, less political resistance; One of the most important advantages of a market-based solution is that it creates a significant incentive for eco-technological innovation. Companies are trying to find new ways to reduce emissions and consequently increase economic productivity.⁶⁸ Unlike the command-control sys-

64 Pratten, S., 2016. Coase on the nature and assessment of social institutions, *The Elgar Companion to Ronald H. Coase*, Edited by Menard C., Bertrand E., Edward Elgar Publishing, pp. 115-116.

65 There are two methods for issuing emission certificates; The first is free of charge according to quotas, which is determined by historical experience in a specific area or sector (Grandfathering) and the second one is by auction; Of course, the system of free quotas is very favorable for the industrial sector and familiar to Coase theorem, however, market experience – including the 2008 crisis and its following nonoptimal administration – has shown that the abundance (oversupply) of certificates in the market has an unhealthy effect on pricing. In 2009, the system of free quotas was changed, as a general rule, by an auction to make the market more dynamic, create incentives for eco-innovation, for more transparency, non-discriminatory practice and, most importantly, for complying with the "polluter pays" principle, which is a moral panacea in the EU. See Borghesi S., Montini M., Barreca A., 2016. *The European Emission Trading System and its Followers Comparative Analysis and*

Linking Perspectives, Springer, pp. 6-7.

66 Saraiva, R., 2017. *Behavioural and Evolutionary Approach to the Law and Economics of Cap-and-Trade*, *Economic Analysis of Law in European Legal Scholarship*, Volume 4, Edited by Mathi K., Huber R. B., p. 411.

67 EU ETS Handbook, p. 5, ob. [ets_handbook_en.pdf](https://ec.europa.eu/ets_handbook_en.pdf) (europa.eu). [Last seen 05/03/2021]

68 Weber, H. R., 2017. *Emission Trading Schemes: A Coasean Answer to Climate Change? Economic Analysis of Law in European Legal Scholarship*,

tem, market mechanisms are highly adaptable to inflation.⁶⁹

Free market relations are one and the only mechanism for providing information on the demand and optimal value of any given resource. Bureaucrats do not possess this type of information to determine the optimal tax rate or effective regulations, so often the established taxes are improperly high or low, and the regulations are too harsh or too bland. Politicians always rely on information provided by interest groups (whether they are greens or industrialists), the quality of which depends on the competition between the groups themselves and the extent to which they are driven by public interests. In this context, the negative impact of external effects on social interests does not disappear. In addition to the imperfection of information, the situation is exacerbated by the fact that bureaucrats are never responsible for their actions as and to what extent market actors are.⁷⁰

One of the foremost and most relevant successful experiences for Georgia in emissions trading is the supranational EU, where the previous failures regarding the taxes on greenhouse gas⁷¹ have shown the necessity to think of a more cost-effective alternative that would be less restrictive for the economy and at the same time respond adequately to the regional environmental challenges. Introduced in 1997, the EU Emissions Trading Initiative was launched in 2005 under a 2003 EU Directive.⁷² The market-based

mechanism was foreseen in the 1997 Kyoto Protocol, where the signatories tried to balance the economic pressures on the energy sector with the ambitious goal of reducing emissions, and they incorporated 3 innovative market-based mechanisms into the protocol, including emissions trading.⁷³ Since 2005, the trade initiative has covered all the EU member states plus Iceland, Norway, Liechtenstein, up to 12,000 heavy industrial facilities and 50% of the greenhouse gas emissions of the participating countries.⁷⁴

According to a study which was conducted in 2020, the emissions trading system in the European Union is efficient and has reduced carbon dioxide emissions by 4.3% compared to the previous year⁷⁵ and by 33% compared to 2005.⁷⁶ Although the complete functioning of the initiative was hampered by several circumstances like the period of implementation coincided with the largest financial crisis in the history of the European Union in 2008; Furthermore, the program had a model according to which states independently set emission caps, which proved to be an ineffective method for supranational union,⁷⁷ whereas the centralized structure of the EU, including primarily the European Court of Justice (ECJ), was

[EUR-Lex \(europa.eu\), Directive 2009/29/EC EUR-Lex – 32009L0029 – EN – EUR-Lex \(europa.eu\)](https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/2009/29/ec/dir_l/2009/0029/eng) > [Last seen 05/03/2021]

Volume 4, Edited by Mathi K., Huber R. B., pp. 361-362.

69 Faure, G. M., Partain A. R., 2019. Environmental Law and Economics, Cambridge University Press, p. 125.

70 Libecap, D. G., 2016. Coasean bargaining to address environmental externalities, The Elgar Companion to Ronald H. Coase, Edited by Menard C., Bertrand E., Edward Elgar Publishing, p. 100.

71 Initially, since the 1990s, the EU has focused on a centralized command and control system that has met with widespread political opposition and proved ineffective. See Saraiva R., 2017. Behavioural and Evolutionary Approach to the Law and Economics of Cap-and-Trade, Economic Analysis of Law in European Legal Scholarship, Volume 4, Edited by Mathi K., Huber R. B., p. 422.

72 Directive of the European Parliament and of the Council 2003/87/EC see <[EUR-Lex – 32003L0087 – EN –](https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/2003/87/ec/dir_l/2003/0087/eng)

73 Baron, R., 2001. International Emission Trading From Concept to Reality, International Energy Agency, p. 13.

74 Faure, G. M., Partain, A. R., 2019. Environmental Law and Economics, Cambridge University Press, p. 126.

75 Bayer, P., Aklin M., 2020. The European Union Emissions Trading System reduced CO2 emissions despite low prices, Proceedings of the National Academy of Sciences. 117 (16), p. 8804–8812; See also Early estimates of CO2 emissions from energy use, Eurostat, 78/2020 – 6 May 2020, <[e1dd6cfl-09b5-d7ee-b769-ffe63e94561e \(europa.eu\)](https://ec.europa.eu/eurostat/tgm/table.do?tab=table&init=1&language=en&plugin=1&code=sdg_13_70&plugin=1)> [Last seen 05/03/2021]

76 Graichen, J., Gores, S., Schmid, C., Mandl, N., 2021. Trends and projections under the Effort Sharing Legislation, European Topic Centre on Climate change mitigation and energy, p. 5.

77 In economic theory, there is a so-called "free-rider" problem when an individual enjoys a specific service in a large group and in return, does not incur or incur fewer costs than the rest of the group. See Mankiw G. N., 2001. Principles of Microeconomics, South-Western Cengage Learning, 6th edition, p. 220.

not prepared to monitor the full implementation of the new initiative.⁷⁸ From this perspective, the main problem of the emissions trading system today is the oversupply of certificates.⁷⁹ During the third phase of the program (2013-2020), the EU introduced a single standard on emission ceilings and removed a large number of excessive certificates from circulation in order to regulate prices, the general rule of free distribution of permits was substituted by the mechanism of trading at auction,⁸⁰ discussions have also begun on setting a minimum price for permit certificates.⁸¹

An inconsistent state intervention, even in times of crisis, will negatively affect the market of certificates; If ownership on emissions is being limited in scale and time, the EU emission market will share the fate of other failed attempts, and striving to internalize external harmful effects will also fall flat. Frequent centralized pressure will jeopardize the autonomy of this system, for example, imposing a marginal minimum market price on permit certificates with the removal of an

excessive number of certificates from the market is unjustified since there is no source of information other than market pricing that the central government could use to comprehend the dynamic market demand-supply model. Furthermore, in industrial sectors where there is a risk of resource outflow and high competition from other regions (where emission restrictions are more lenient and production costs are lower), the integrated method of auctioning and free licensing must be maintained, otherwise the EU's energy future will be energy-dependent. The example of the emission trading system demonstrates that the law and economics method can be used not only to better analyze the existing economical model but also as a tool for defining a normative program, however, it is unfortunate that the impacts of operating costs on the optimal functioning of the market structure are still neglected in academic circles in regard to defining a normative program; In light of this context further popularization of empirical analysis is needed.⁸²

78 Massai, L., *The Revision of the EU Emissions Trading System*, European Energy Law Report 7, p. 6.

79 The financial crisis of 2008, by its very nature and impact on the abundance (oversupply) of certificates, is already lagging behind the Covid-19 recession, which in the industrial sector can also be labeled as an economic depression, so the post-crisis phase will be even more difficult for the European emissions trading system. The weakening of economic activity has in itself reduced the number of emissions. This negative shock in demand has also affected the price of certificates, although the post-crisis fortune of the emissions market is still unclear. See Brunix K., Ovaere M., 2020. *Estimating the Impact of COVID-19 on Emissions and Emission Allowance Prices Under EU ETS*.

80 Article 192 (2) of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU) refers to the principle of "polluter pays", the practical implementation of which was exercised from the very outset – after a period of transition – in the 2003 Directive, see Commission Delegated Regulation (EU) 2019/331, Official Journal of the European Union, p. 31. See also *The Treaty of the Functioning of the European Union*, Article 192 (2), <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:12012E/TXT&from=EN>> [Last seen 05/03/2021]

81 Borghesi, S., Montini, M., Barreca, A., 2016. *The European Emission Trading System and its Followers Comparative Analysis and Linking Perspectives*, Springer, p. 20.

CONCLUSION

Ronald Coase along with Adam Smith truly had one of the outstanding instincts among social scientists. He can be compared to another revolutionary British man, Charles Darwin, like whom Coase carefully collected facts, data, evidence, and after thoroughly investigating the matter, did not shy away from establishing the

82 Baudry, M., Faure, A., Quemin, S., 2020. *Emissions trading with transaction costs*, Centre for Climate Change Economics and Policy Working Paper 371/ Grantham Research Institute on Climate Change and the Environment Working Paper 341, London School of Economics and Political Science, p. 3.

most daring⁸³ yet empirical theories.⁸⁴ As far as the end of his life he did not lose the distinct style of British, Humean empiricism. The field of economics founded by Ronald Coase first noticed the "dark matter"⁸⁵ of market relations, which he also intuitively accused of shaping relations between the parties and the market structure as a whole. The main niche of Coasean methodology is to doubt the preconceived, even very convincing, assumptions and to practice exhaustive analysis, which is also central to the interdisciplinary field of law and economics.

The introduction and development of such a law and economics methodology is vital in the Georgian jurisprudence in order to better understand the architecture of various fields and optimize them to the Georgian reality, one of which is environmental law. Providing safe environment is a modern challenge for mankind, although the problem itself cannot be responded to in a way that does more harm than benefit. Unfortunately, in environmental law, depending on the belonging to the political spectrums, there is still a *prima facie* justification of the need for a state intervention on the one hand and market *laissez-faire* capitalism as an alternative solution on the other. Such an attitude is unjustified. Coase was hostile

to aforesaid scholastic "board economic" theories and science.

Emissions trading is one of the tools, though not the only one, that becomes relevant for Georgia in the process of rapprochement with the European Union. In analyzing either environmental or other branches of law, it is necessary to consider the general principle of the methodology of law and economics, according to which free-market exchange is the most accurate and rapid means for accumulating information including regarding the fair prices and demand for various resources; and state intervention is never free of charge; it is necessary to scrupulously weigh alternative social solutions, take into account price incentives and opportunity costs, empirically analyze the transaction costs.⁸⁶ In market relations, if property rights are not precisely defined and the parties who have possession over these rights are not identified, the exchange becomes hardly possible, economic productivity is unattainable, and the derelict temple is often subject to incursion by demons.⁸⁷

83 Another example of Coase's academic stubbornness is linked to the "lighthouse problem" in economic theory; To this day, there is a prevailing view that the lighthouse is a structure, public benefits of which outweigh the individual benefits, private persons may not have an interest in doing such a venture, therefore, a centralized supply of these services is justified. Coase thoroughly researched the specifics of lighthouse construction in England and Wales in the 16th and 19th centuries and concluded that the prevailing economic theory was a product of misconceptions because economists were not interested in research but in the so-called "board economy." See Coase H. R., 1974. The Lighthouse in Economics, *The Journal of Law and Economics*, 17(2), pp. 357-376.

84 Wallen, D., Barzel, Y., 2016. Coase's Contribution to Contract Theory, *The Elgar Companion to Ronald H. Coase*, Edited by Menard C., Bertrand E., Edward Elgar Publishing, p. 77.

85 Dark Matter is a form of matter researched in the branch of Particle Physics, occupies a large part of the universe known to us and is thought to form the structure of the whole universe, see [Dark Energy, Dark Matter | Science Mission Directorate \(nasa.gov\)](#) [Last seen 05/03/2021]

86 McCann, L., 2013. Transaction costs and environmental policy design, *Ecological Economics*, Elsevier, vol. 88(C), pp. 253-262; See also Krutilla K., Krause R., 2011. Transaction Costs and Environmental Policy: An Assessment Framework and Literature Review. *International Review of Environmental & Resource Economics*, 4(3-4), pp. 261-354.

87 The allusion to the "Tragedy of the Commons", in a situation when no one has an exclusive right to own property, but everyone enjoys it without restraint, after some time their collective actions damage and destroy the common resource, practical examples are the ozone hole and greenhouse gases. See Radkau J., 2002. *Natur und Macht, Eine Weltgeschichte der Umwelt*, C. H. Beck, S. 15; The economic effects of the "Tragedy of the Commons" are mitigated by a system of private property unequivocally defined by law, however, the direct arrangement regarding the ownership of air and water is difficult to imagine even for the most enthusiastic supporters of the free market economy, therefore, the essence of the problem is very specific and requires the integration of non-classical methodology. Compare Hardin G., 1968. The Tragedy of the Commons, 162 *Science* 1243, p. 1245.

NOTES:

1. Holmes, O.W., 1897. Path of the Law, Boston Law School Magazine 1 (4), p. 11. (In English)
2. Golecki, M., 2008. The Coase Theorem and Philosophical Foundations of Law and Economics, 2 Masaryk U. J.L. & Tech. 209, pp. 213-214. (In English)
3. Kronman, T. A., 1993. The Lost Lawyer: Failing Ideals of the Legal Profession, p. 166. (In English)
4. Posner, R., 1975. The Economic Approach to Law, 53 Texas Law Review 758, p. 764. (In English)
5. Organic Law of Georgia on Normative Acts, Article 17¹. (In Georgian)
6. How Regulatory Impact Assessments can Include Sustainable Development Goals, Ministry of Justice of Georgia, 2019, p. 5. (In English)
7. Sage-Fuller, B., Lippe, F. P., Conaill, O. S., 2013. Law and Language (s) at the Heart of the European Project: Educating Different Kinds of Lawyers, Law and Language, Edited by Freeman M., Smith F., p. 500. (In English)
8. Cooter, R., Ulen, T., 1997. Law and Economics, Massachusetts: Addison Wesley, 3. (In English)
9. Boulding, E. K., 1969. Economics as a Moral Science, American Economic Review, 59 (1), p. 8. (In English)
10. Lazear, P. E., 2000. Economic Imperialism, Quarterly Journal of Economics, 115 (1), pp. 99-146. (In English)
11. Becker, G. S., 1976. The Economic Approach to Human Behavior, University of Chicago Press, p. 5. (In English)
12. Hazlitt, H., 1978. Economics in One Lesson, Crown Publishers, Inc., p. 191. (In English)
13. Guerra-Pujol, F. E., 2012. Modelling the Coase Theorem, 5 Eur. J. Legal Stud. 179, p. 181. (In English)
14. Posner, A. R., 2007. Tribute to Ronald Dworkin and a note on Pragmatic Adjudication, 63 New York University Annual Survey of American Law 9, p. 10. (In English)
15. Domnarski, W., 2016. Richard Posner, Oxford University Press, pp. 140-141. (In English)
16. Calabresi, G., 2016. The Future of Law and Economics, Yale University Press, p. 5. (In English)
17. Zoidze, B., 2013. The method of perception of the practical existence of law, p. 205. (In Georgian)
18. Cooter, R., Ulen T., 2010. Law & Economics, The Pearson Series in Economics, 6th edition, 9. (In English)
19. Coase, H. R., 1992, The Institutional Structure of Production, American Economic Review, 82, pp. 713-19, 718; Coase H. R. 1993, Law and Economics at Chicago, 36 J.L. & ECON. 239, p. 251. (In English)
20. Landes, M. W., Lahr-Pastor S., 2011. Measuring Coase's Influence, 54 J.L. & Econ. p. 383, 383. (In English)
21. Coase, H. R., 1960. The Problem of Social Cost, The Journal of Law and Economics, vol. 3. (In English)
22. Shapiro, R. F., Pearse, M., 2012. The Most-Cited Law Review Articles of All Time, 110 MICH. L. REV. p. 1483. (In English)
23. Coase, H. R., 1959. The Federal Communications Commission, Journal of Law and Economics, 1-40. (In English)
24. Coase, H. R., 1937. The Nature of the firm, *Economica*, 4(16), pp.

- 386-405, 392. (In English)
25. Stigler, J. G., 1966. *The Theory of Price*, Macmillan Co., 3rd ed., p. 113. (In English)
 26. Shirley, M. M., 2013. *Battles Lost and Wars Won: Reflections on the Problem of Social Cost*, *Journal of Natural Resources Policy Research* 5 (4), p. 243. (In English)
 27. Coase, H. R., 1988. *The Firm, the Market and the Law*, University of Chicago Press, p. 15. (In English)
 28. Williams, W. E., Coase, H. R., 1964. Discussion, *The American Economic Review*, vol. 54, no. 3, p. 195. (In English)
 29. Medema, G. S., 1994. *Ronald Coase*, The Macmillan Press, edited by John Pheby, pp. 156-157. (In English)
 30. Coase, H. R., 1960. *The Problem of Social Cost*, *Journal of Law & Economics*, 3, pp. 1-44, 27. (In English)
 31. *Property and Liability* by Richard Adelstein, Wesleyan University. (In English)
 32. Baron, B. J., 2014. *Rescuing the Bundle-of-Rights Metaphor in Property Law*, *University of Cincinnati Law Review*, Vol. 82, Issue 1, pp. 57-101, 65. (In English)
 33. Mankiw, G., 2008, *Principles of Economics*, Diogenes Publishing, pp. 193-194. (In Georgian)
 34. Coase, H. R., 1960. *The Problem of Social Cost*, *The Journal of Law and Economics*, vol. 3. (In English)
 35. Drobak, N. J., *Coase on Property Rights*, 2016. *The Elgar Companion to Ronald H. Coase*, Edited by Menard C., Bertrand E., Edward Elgar Publishing, p. 88. (In English)
 36. Calabresi, G., 2016. *The Future of Law and Economics*, Yale University Press, pp. 5-7. (In English)
 37. Faure, G. M., Partain A. R., 2019, *Environmental Law and Economics*, Cambridge University Press, p. 19. (In English)
 38. Pigou, C. A., 1952, *The Economics of Welfare*, Macmillan & Co. 5th ed., p. 331. (In English)
 39. Coase, H. R., 1993. *Law and Economics at Chicago*, 36 *J.L. & ECON.*, pp. 252-253. (In English)
 40. Coase, H. R., 1974, *Economists and Public Policy, Large Corporations in a Changing Society*, New York University Press, Edited by J.E Weston, p. 183. (In English)
 41. Medema, G. S., 1994. *Ronald H. Coase*, The Macmillan Press LTD, Edited by Pheby J., etc, p. 132. (In English)
 42. Coase, H. R., 1988. *The Firm, the Market and the Law*, University of Chicago Press, p. 26. (In English)
 43. Williamson, E. O., 1976. *Franchise bidding for natural monopolies in general and with respect to CATV*, *Bell Journal of Economics*, 7(1), p. 76. (In English)
 44. Coase, H. R., 1997. *Interview at International Society for New Institutional Economics*. (In English)
 45. Calabresi, G., 1965, *Transaction Costs, Resource Allocation and Liability Rules – A Comment*, 11 *J.L. & Econ.* 67, p. 68. (In English)
 46. Weimann, J., 2006. *Economic policy: allocation and collective decision-making*, Springer-Verlag, p. 382. (In German)
 47. Miceli, J. T., 2017. *The Oxford Handbook of Law and Economics: Volume 1: Methodology and Concepts*, Edited by Parisi F., pp. 10-11. (In English)
 48. Moszoro, W. M., Spiller, T. P., 2016. *Coase and the transaction cost*

- approach to regulation, *The Elgar Companion to Ronald H. Coase*, Edited by Menard C., Bertrand E., Edward Elgar Publishing, p. 267. (In English)
49. Locke, J., 1988. *Two Treatises of Government*, Cambridge University Press, Edited by Laslett P., p.357. (In English)
 50. The Constitution for the Federal Republic of Germany, Article 20a. (In German)
 51. Faure, G. M., Partain, A. R., 2019. *Environmental Law and Economics*, Cambridge University Press, p. 97. (In English)
 52. Izoria, L., 2009. *Modern State and Modern Administration*, Siesta, p. 60. (In Georgian)
 53. Harari, Y. N., 2018. *21 lessons for the 21st Century*, NY, Spiegel & Grau, p. 120. (In English)
 54. Ashford, A. N. 1988. *Science and Values in the Regulatory Process*, *Statist. Sci.* 3 (3), p. 377. (In English)
 55. *Law of Georgia on Environmental Protection*. (In Georgian)
 56. *Association Agreement between Georgia and the European Union*. (In Georgian)
 57. *The Constitution of Georgia*. (In Georgian)
 58. *Treaty on the Functioning of the European Union*, Article 11. (In English)
 59. Faure, G. M., Partain, A. R., 2019. *Environmental Law and Economics*, Cambridge University Press, p. 3. (In English)
 60. Ruff, L., 1972. *The Economic Common Sense of Pollution*, In: Robert Dorfman and Nancy S. Dorfman, *Economics of the Environment*, V. W. Norton, pp. 3-4. (In English)
 61. Pratten, S., 2016. *Coase on the nature and assessment of social institutions*, *The Elgar Companion to Ronald H. Coase*, Edited by Claude Menard & Elodie Bertrand, Edward Elgar Publishing, p. 115. (In English)
 62. Kalichava, K., 2016. *Legal Foundations of Public Administration*, ed. Khubua, G., Somerman, P. K., Tbilisi, p. 335. (In Georgian)
 63. Coase, H. R., 1991. *The Institutional Structure of Production*, Lecture to the memory of Alfred Nobel. (In English)
 64. *Environmental Law and Economics*, Edited by Klaus Mathis and Bruce R. Huber, Springer International Publishing, 2017, XIII. (In English)
 65. Miller, C. D., 1995. *Applying the Coase Theorem to International Environmental Law or Bright Lines and the Compensated Tax*, *7 Int'l Legal Persp.*, pp. 155-156. (In English)
 66. Van den Bergh, J., 2001. *Ecological Economics: Themes, Approaches, and Differences with Environmental Economics*, *Regional Environmental Change* 2(1), pp. 15-17. (In English)
 67. Adler, D. M., Posner, A. R., 1999. *Rethinking Cost-Benefit Analysis*, *Yale Law Journal* 109, no. 2, pp. 177-181. (In English)
 68. Faure, G. M., Partain, A. R., 2019. *Environmental Law and Economics*, Cambridge University Press, p. 109. (In English)
 69. Hahn, W. R., Stavins, N. R., 2011. *The Effect of Allowance Allocations on Cap-and-Trade System Performance*, *Journal of Law and Economics*, Vol. 54, No. 4, *Markets, Firms, and Property Rights: A Celebration of the Research of Ronald Coase*, p. 268. (In English)
 70. Dales, H. J., 1968. *Land, Water and Ownership*, *The Canadian Journal of Economics*, 1(4), pp. 791-804. (In English)
 71. Pratten, S., 2016. *Coase on the nature and assessment of social institutions*, *The Elgar Companion to Ronald H. Coase*, Edited by Menard

- C., Bertrand, E., Edward Elgar Publishing, pp. 115-116. (In English)
72. Borghesi, S., Montini, M., Barreca, A., 2016. The European Emission Trading System and its Followers Comparative Analysis and Linking Perspectives, Springer, pp. 6-7. (In English)
 73. Saraiva, R., 2017. Behavioural and Evolutionary Approach to the Law and Economics of Cap-and-Trade, *Economic Analysis of Law in European Legal Scholarship*, Volume 4, Edited by Mathi K., Huber R. B., p. 411. (In English)
 74. EU ETS Handbook, p. 5. (In English)
 75. Weber, H. R., 2017. Emission Trading Schemes: A Coasean Answer to Climate Change? *Economic Analysis of Law in European Legal Scholarship*, Volume 4, Edited by Mathi K., Huber R. B., pp. 361-362. (In English)
 76. Faure, G. M., Partain, A. R., 2019. *Environmental Law and Economics*, Cambridge University Press, p. 125. (In English)
 77. Libecap, D. G., 2016. Coasean bargaining to address environmental externalities, *The Elgar Companion to Ronald H. Coase*, Edited by Menard C., Bertrand E., Edward Elgar Publishing, p. 100. (In English)
 78. Saraiva, R., 2017. Behavioural and Evolutionary Approach to the Law and Economics of Cap-and-Trade, *Economic Analysis of Law in European Legal Scholarship*, Volume 4, Edited by Mathi K., Huber R. B., p. 422. (In English)
 79. Directive of the European Parliament and of the Council 2003/87/EC (In English)
 80. Directive 2009/29/EC (English)
 81. Baron, R., 2001. International Emission Trading From Concept to Reality, International Energy Agency, p. 13. (In English)
 82. Faure, G. M., Partain, A. R., 2019. *Environmental Law and Economics*, Cambridge University Press, p. 126. (In English)
 83. Bayer, P., Aklin, M., 2020. The European Union Emissions Trading System reduced CO² emissions despite low prices, *Proceedings of the National Academy of Sciences*. 117 (16), pp. 8804-8812. (In English)
 84. Early estimates of CO² emissions from energy use, Eurostat, 78/2020 – 6 May 2020. (In English)
 85. Graichen, J., Gores, S., Schmid, C., Mandl, N., 2021. Trends and projections under the Effort Sharing Legislation, *European Topic Centre on Climate change mitigation and energy*, p. 5. (In English)
 86. Mankiw, G. N., 2001. *Principles of Microeconomics*, South-Western Cengage Learning, 6th edition, p. 220. (In English)
 87. Massai, L., The Revision of the EU Emissions Trading System, *European Energy Law Report* 7, p. 6. (In English)
 88. Brunix, K., Ovaere, M., 2020. Estimating the Impact of COVID-19 on Emissions and Emission Allowance Prices Under EU ETS. (In English)
 89. Commission Delegated Regulation (EU) 2019/331, *Official Journal of the European Union*, p. 31. (In English)
 90. The Treaty of the Functioning of the European Union, Article 192 (2). (In English)
 91. Borghesi, S., Montini, M., Barreca, A., 2016. The European Emission Trading System and its Followers Comparative Analysis and Linking Perspectives, Springer, p. 20. (In English)
 92. Baudry, M., Faure, A., Quemin, S., 2020. Emissions trading with transaction costs, *Centre for Climate Change Economics and Policy Working Paper 371/Grantham Research Institute on Climate Change and*

- the Environment Working Paper 341, London School of Economics and Political Science, p. 3. (In English)
93. Coase, H. R., 1974. The Lighthouse in Economics, *The Journal of Law and Economics*, 17(2), pp. 357-376. (In English)
94. Wallen, D., Barzel, Y., 2016. Coase's Contribution to Contract Theory, *The Elgar Companion to Ronald H. Coase*, Edited by Menard C., Bertrand E., Edward Elgar Publishing, p. 77. (In English)
95. Dark Energy, Dark Matter, Science Mission Directorate. (In English)
96. McCann, L., 2013. Transaction costs and environmental policy design, *Ecological Economics*, Elsevier, vol. 88(C), pp. 253-262. (In English)
97. Krutilla, K., Krause R., 2011. Transaction Costs and Environmental Policy: An Assessment Framework and Literature Review. *International Review of Environmental & Resource Economics*, 4(3-4), pp. 261-354. (In English)
98. Radkau, J., 2002. Nature and Force, *A World History of the Environment*, C. H. Beck, p. 15. (In German)
99. Hardin, G., 1968. The Tragedy of the Commons, 162 *Science* 1243, p. 1245. (In English)

სამართალი და ეკონომიკა, ანუ Punctum Archimedis* გარემოს დაცვის სამართალში

ივიკო ხავთასი

ივ. ჯავახიშვილის სახელობის თბილისის სახელმწიფო
უნივერსიტეტის ბაკალავრიატის პროგრამის
მე-4 კურსის სტუდენტი

*„სამართლის შესწავლის ამოცანებს თანამედროვე,
„თეთრზე შავად ნაბეჭდის ადამიანი“¹ შეიძლება თავს ართმევდეს,
მავრამ მომავალი სტატისტიკისა და ეკონომიკის ოსტატთათვისა.“²*

საკვანძო სიტყვები: სამართალი და ეკონომიკა, ქოუზის
თეორემა, გარემოს დაცვის სამართალი, ზედა ზღვარი და
ემისიებით ვაჭრობა

შესავალი

თანამედროვე სახელმწიფოში მორალურ კონსენსუსს მრავალ ასპექტში ანაცვლებს თავისუფალი ბაზრის იდეა, ხოლო ინდივიდებს შორის სოციალური კავშირის არქიტექტონიკას ეკონომიკური მოთხოვნა-მიწოდება აყალიბებს.³ ამ ფონზე სამართლისა და ეკონომიკის დარგი (რომელიც იურისპრუდენციასა და ეკონომიკის სოციალურ მეცნიერებებს აერთიანებს)

* ლათ. „არქიმედეს წერტილი“, ანუ ის პუნქტი, საიდანაც შესაძლებელია დაკვირვების საგნის (მათ შორის, სოციალური წესრიგის) მაქსიმალურად სრულყოფილად გათავისება.

1 ინგ. Black Letter Man – იურისტი, რომელიც ნორმატიულ ტექსტს შეისწავლის ვიწროდ და განმარტავს სიტყვასიტყვით.

2 Holmes, O.W., 1897. Path of the Law, Boston Law School Magazine 1 (4), p. 11.

3 Golecki M., 2008. The Coase Theorem and Philosophical Foundations of Law and Economics, 2 Masaryk U. J.L. & Tech. 209, pp. 213-214, იხ. ციტირება Fukuyama F., 1989, The End of History, The National Interest 6, p. 8.

წინა საუკუნის 60-იანი წლებიდან ყველაზე გავლენიან ინტერდისციპლინურ მეთოდოლოგიად იქცა ამერიკის შეერთებულ შტატებსა⁴ და დასავლეთ ევროპაში, თუმცა, საქართველოს აკადემიურ სფეროსთან კონსოლიდაცია ჯერ კიდევ შეძლო.

ფორმალურად, იურისტთათვის ეკონომიკა რჩება ეხოთერულ სფეროდ, რომელიც ცდილობს დიაგრამებითა და ფორმულებით ახსნას მაკრო- და მიკროეკონომიკური ფენომენები, ხოლო, უფრო შინაარსობრივად, იურისტთა უმრავლესობისთვის მიუღებელია იდეა, რომ ეკლექტური სამართლის სოციალური სისტემა ეკონომიკური ოპტიმალურობის კანონზომიერებას შეიძლება ემყარებოდეს, რადგან ისინი ასეთ მოცემულობაში უცხო დისციპლინის მიერ ავტონომიური დარგის ოკუპაციის მცდელობას შეიცნობენ.⁵ სამართლის ეკონომიკური ანალიზი ბევრისთვის კალკულაციური გულცივობის სიმბოლოდ რჩება, ხოლო ნორმატიული აქტების ეკონომიკური და სოციოლოგიური პირდაპირი თუ გვერდითი ეფექტები უგულებელყოფილია.⁶

იურისპრუდენციას, ისევე როგორც ეკონომიკის მეცნიერებას, აქვს დამახასიათებელი ლინგვისტიკა. თითოეული ამ დარგის

შესწავლა მეტწილად გულისხმობს დარგისთვის დამახასიათებელ ენასა და ფენომენებთან დაახლოების პროცესს, რაც თავის მხრივ, შემდგომში განსაზღვრავს აზროვნებისა და მეთოდოლოგიის წესსა.⁷ სამართლისა და ეკონომიკის ავტონომიური დარგი ბილინგვური გამოდის, ხოლო დაახლოების პროცესში მნიშვნელოვანი ხდება ფორმალური განათლება. სამწუხაროა, რომ საქართველოში სამართლისა და ეკონომიკის ფაკულტეტები სტუდენტებს ვერ სთავაზობს თანამედროვე გამოწვევებთან შესაბამის ინტერდისციპლინურ განათლებას. იმდენად, რამდენადაც პრაქტიკოს თუ თეორეტიკოს იურისტებს, როგორც მინიმუმ, ფართო შემხებლობა აქვთ ფინანსურ ინსტიტუტებთან და აგრეთვე, საკანონმდებლო პროცესის ფარგლებში ქმნიან რეგულაციათა ჩარჩოს, ერთი მხრივ, სამწუხაროა, ხოლო მეორე მხრივ, სახიფათოა ქართველ იურისტთა თუ ეკონომისტთა წრეებში მწყრალი და ჰერმეტიკული დამოკიდებულება სამართლისა და ეკონომიკის დარგის მიმართ.

ამერიკაში სამართლისა და ეკონომიკის დარგის თეორიულ განვითარებამდე, საერთო სისტემის გამორჩეული მოსამართლეები, მაგალითად, ოლივერ ჰოლმსი, ჰენრი ფრენდლი, ბენჟამინ კარდოზო თუ ლერნდ ჰენდი, უკვე იყენებდნენ ეკონომიკური აზროვნებისთვის დამახასიათებელ მეთოდოლოგიას სამოსამართლო პრაქტიკაში,⁸ შეიძლება ითქვას, პრაქტიკა წინ უსწრებდა აკადემიას. საქართველოში ამ მხრივაც თეორიამ უნდა სწიოს სიზიფს ტვირთი.

4 Kronman T. A., 1993. The Lost Lawyer: Failing Ideals of the Legal Profession, p. 166.
5 Posner R., 1975. The Economic Approach to Law, 53 Texas Law Review 758, p. 764.
6 საინტერესოა რომ 2020 წლის პირველი იანვრიდან ამოქმედდა ცვლილებები ორგანულ კანონში „ნორმატიული აქტების შესახებ“ და სავალდებულო გახდა, აქტების პროექტს თან დაერთოს რეგულირების ზეგავლენის შეფასების ანგარიში, თუმცა იმისთვის, რათა აღნიშნული რეფორმა მხოლოდ ფორმალურ ბელეტრისტიკად არ იქცეს, აუცილებელია ამ მიმართულებით სტაბილური აკადემიური, მათ შორის, ფართო და ვიწრო დარგობრივი თუ მეთოდოლოგიური ანალიზის განვითარება, რის მცდელობასაც წარმოადგენს წინამდებარე სტატია, იხ. How Regulatory Impact Assessments can Include Sustainable Development Goals, Ministry of Justice of Georgia, 2019, p. 5; ასევე იხ. საქართველოს ორგანული კანონი „ნორმატიული აქტების შესახებ“, მუხლი 171, [ნორმატიული აქტების შესახებ | სსიპ „საქართველოს საკანონმდებლო მაცნე“ \(matsne.gov.ge\)](http://matsne.gov.ge) [Last seen ბოლოს გადამოწმებული 06/03/2021]

7 Sage-Fuller B., Lippe F. P., Conaill O. S., 2013. Law and Language (s) at the Heart of the European Project: Educating Different Kinds of Lawyers, Law and Language, Edited by Freeman M., Smith F., p. 500.
8 ეკონომიკურმა მეთოდოლოგიამ სამართალი მეცნიერულად გადამოწმებად კვლევის დარგად ჩამოაყალიბა, ხოლო რადგანაც ეკონომიკა inter alia არჩევანის თეორიაა, იგი მოსამართლეთათვისა და კანონმდებლებისთვის ოპტიმალური პოლიტიკის გენერატორად/ინსტრუმენტად იქცევა, იხ. Cooter R., Ulen T., 1997. Law and Economics, Massachusetts: Addison Wesley, 3.

სამართლისა და ეკონომიკის ინტერდისციპლინური დარგი

ეკონომიკა შედარებით ახალგაზრდა დარგია, თუმცა მე-20 საუკუნის შუახნიდან ყველაზე დიდი გავლენა აქვს სოციალურ მეცნიერებებს შორის, ამიტომაც უწოდებენ ხოლმე „სოციალური მეცნიერებების დედოფალს“, თუმცა თავის მხრივ, ადანა-შაულეებენ ერთგვარ იმპერიალიზმში,⁹ რაც გულისხმობს ეკონომიკური ანალიზის აქტიური გავრცელების ტენდენციას ისეთ კლასიკურად არასაბაზრო სფეროებზე, როგორებიცაა რელიგია, კულტურა, სამართალი, ოჯახი და ა.შ. ამ გაფართოების გამომწვევი მიზეზია ის, რაც ეკონომიკის დისციპლინას განასხვავებს სხვა სოციალური მეცნიერებებისგან – მოქნილი მიდგომა, მეთოდოლოგია,¹⁰ რომელიც გულისხმობს პირველადი და მეორეული შედეგების გათავისების მცდელობას; ეფექტების, მათ შორის გვერდითი რეზულტატების მოკვლევას არა მხოლოდ მოკლევადიან, არამედ რაც მთავარია, გრძელვადიან პერსპექტივაშიც.¹¹ აგრეთვე, ეკონომიკის მეთოდოლოგიას მეტად მიმზიდველს ხდის ის გარემოება, რომ იგი ნორმატიული სისტემის პირდაპირი გავლენებისა თუ სუსხის არა მხოლოდ გონივრული გააზრების საშუალებაა, არამედ აგრეთვე სთავაზობს პოლიტიკის შემქმნელებს ნორმატიულ პროგრამას სამართლის დარგებისა თუ ინსტიტუტთა რეფორმირებისთვის.¹²

სამართლისა და ეკონომიკის დამოუკიდებელი დარგის გენეზისი მე-20 საუკუნის 60-იან წლებს უკავშირდება; სწორედ ამ

დროიდან დაიწყო სხვადასხვა ავტორმა ეკონომიკისა და სამართლის მეცნიერებების დაახლოება, მათ შორის, ეკონომიკის მეთოდოლოგიის არა მხოლოდ კომერციულ და კონკურენციის სამართალში, არამედ სხვა დარგებში ფართოდ გამოყენებაც; ერთი მხრივ, პოზიტიური ანალიზი, ანუ ფაქტობრივი გადააზრება და მეორე მხრივ, ნორმატიულ, ანუ ოპტიმალურ რეფორმათა განსაზღვრის მცდელობები. ეკონომიკისა და იურისპრუდენციის დაახლოება შეიძლება აიხსნას იმ გარემოებით, რომ მოსამართლეებს რთულ შემთხვევებთან¹³ პირისპირ სჭირდებოდათ სხვა დისციპლინებისა და კლასიკურად მეტაიურიდიული ინსტრუმენტების პრაგმატული გამოყენება, შესაბამისად, სამართალმა ამ კომპლექსური კაზუსტიკური გამოწვევების ფონზე დაკარგა ავტონომიური დისციპლინის სტატუსი და ჩამოყალიბდა ინტერდისციპლინურ დარგად.¹⁴ ეს სამოსამართლო ტენდენცია კი დროთა განმავლობაში იურისტთა მთელი გილდიის პროფესიულ სტრატეგიად იქცა.¹⁵

9 Boulding E. K., 1969. Economics as a Moral Science, *American Economic Review*, 59 (1), p. 8; ასევე იხ. Lazear P. E., 2000. Economic Imperialism, *Quarterly Journal of Economics*, 115 (1), pp. 99-146.
10 Becker G. S., 1976. *The Economic Approach to Human Behavior*, University of Chicago Press, p. 5.
11 Hazlitt H., 1978. *Economics in One Lesson*, Crown Publishers, Inc., p. 191.
12 Guerra-Pujol F. E., 2012. Modelling the Coase Theorem, 5 *Eur. J. Legal Stud.* 179, p. 181, იხ. ციტირება Medema G. S., 1999. Legal Fiction: The Place of the Coase Theorem in Law and Economics, 15 *Economics & Philosophy*, p. 209.

13 იხ. Hard Cases, პოზნერი, რონალდ დვორკინის მსგავსად, არ უარყოფს მორალის არსებით როლს მოსამართლის საქმიანობაში, მაგრამ განსხვავებით დვორკინისგან, მორალურ მტკიცებებს პოლიტიკურ პრეფერენციებთან აიგივებს და სამოსამართლო ფილოსოფიის მეტად ობიექტურ და პრაგმატულ ვექტორად ეკონომიკური მეთოდოლოგია მიაჩნია, ვრცლად იხ. Posner A. R., 2007. Tribute to Ronald Dworkin and a note on Pragmatic Adjudication, 63 *New York University Annual Survey of American Law* 9, p. 10.

14 Domnarski W., 2016. Richard Posner, Oxford University Press, pp. 140-141.

15 მომავალში სამართლებრივი ურთიერთობების გართულების კვალდაკვალ ეკონომიკური მეთოდოლოგიაც ვეღარ შეძლებს სამართლებრივი რეალობის საკმარისი სიცხადით ახსნას; ამ ფონზე ე.წ. იურისტ-ეკონომისტებმა შეიძლება ადგილი დაუთმონ სხვა „რენესანსულ“ პირებსა და პროფესიებს. მაგალითად, ასეთი ტენდენცია შეიმჩნევა ქცევითი ეკონომიკისა და სამართლის დარგის ჩამოყალიბების კვალდაკვალ, სადაც ფსიქოლოგია და ნეირო-მეცნიერებებია გამოყენებული არსებული ეკონომიკურ-სამართლებრივი რეალობის უკეთ ასახსნელად, იხ. Calabresi G., 2016. *The Future of Law and Economics*, Yale University Press, p. 5.

ნორმატიული წესრიგის ერთ-ერთი მთავარი სოციალური ფუნქცია ეკონომიკური პროდუქტიულობის ზრდისთვის ხელის შეწყობა უნდა იყოს.¹⁶ სამართლის დარგისთვის ეკონომიკა მნიშვნელოვანია იმდენად, რამდენადაც მისი დახმარებით სისტემის შედეგების უკეთ გააზრება შესაძლებელი, ხოლო ეკონომიკისთვის სამართალი წარმოადგენს ბაზრის საფუძვლების გასიგრძეგანების მედიუმს.¹⁷ სამართლის გავლენა ეკონომიკაზე არსებითია, რადგან სამართლებრივი სისტემის გარეშე არ არსებობს საბაზრო სტრუქტურა – უფლებები, რომლებიც ინდივიდებს გააჩნიათ განსაზღვრული კანონმდებლობით – შესაბამისად, ეკონომიკურ საქმიანობას მეტწილად აკონტროლებს იურიდიული სისტემა.¹⁸ სამართალი და ეკონომიკა მჭიდროდაა ერთმანეთთან დაკავშირებული. განვიხილოთ ამ კავშირის აღმომჩენი ერთ-ერთი პირველი და დღემდე ყველაზე გავლენიანი მცდელობა.

„ქოუზის თეორემა“

აკადემიკოსის გავლენის ერთ-ერთი მარჯვენებელია მისი ტექსტების ციტირება,¹⁹ ხოლო ბრიტანელი ეკონომისტის, ნობელის პრემიის ლაურეატის რონალდ ქოუზის სახელი უკავშირდება სამართლისა და ეკონომიკის დარგში ყველაზე გავლენიან სამეცნიერო სტატიებს, მაგალითად, ქოუზის „სოციალური დანახარჯის პრობლემა“²⁰ ითვლება ყველაზე ხშირად ციტირე-

ბად სამეცნიერო სტატიად სამართლისა და ეკონომიკის დარგში.²¹ სწორედ აღნიშნულ ტექსტშია²² ნაგულისხმევი მსჯელობა ე.წ. ქოუზის თეორემის შესახებ, რომლის მიხედვით, თუკი მხარეთა მოლაპარაკებისას არ არსებობს ოპერაციული, იგივე ტრანზაქციის დანახარჯები და ინფორმაცია სრულყოფილია, იურიდიული გავლენა (მათ შორის, სანივთო უფლებათა ფიქსაცია, დელიქტური პასუხისმგებლობის განსაზღვრა თუ სხვა) თავისუფლად გასხვისებადი რესურსების განაწილებაზე არარელევანტური ხდება, ხოლო მხარეთა მიერ დამოუკიდებლად განსაზღვრული უფლებათა კონფიგურაცია იქნება ეკონომიკურად ყველაზე ოპტიმალური.

თეორემის გასააზრებლად აუცილებელია განიმარტოს რამდენიმე საკითხი, პირველ რიგში, ტრანზაქციის დანახარჯების ცნება. მე-20 საუკუნის პირველ ნახევარში ეკონომიკის თეორიაში გაბატონებული იყო მოსაზრება, რომ საბაზრო მექანიზმების თავისუფალ ფუნქციონირებას არაფერი აბრკოლებს, შესაბამისად, მხარეებს შორის საბაზრო ურთიერთობები უფასოდ, ანუ დანახარჯების გარეშე შეიძლება წარმართოს. ქოუზი ინტუიციურად გრძნობ-

16 შეად. „სამართლის მიზანი მორალური ქცევის წახალისებაა“, ზოიძე ბ., 2013. სამართლის პრაქტიკული ყოფიერების შემეცნების გზა, გვ. 205.
 17 Cooter R., Ulen T., 2010. Law & Economics, The Pearson Series in Economics, 6th edition, 9.
 18 Coase H. R., 1992, The Institutional Structure of Production, American Economic Review, 82, pp. 713-19, 718; იხ. აგრეთვე Coase H. R. 1993, Law and Economics at Chicago, 36 J.L. & ECON. 239, p. 251.
 19 Landes M. W., Lahr-Pastor S., 2011. Measuring Coase’s Influence, 54 J.L. & Econ. p. 383, 383.
 20 Coase H. R., 1960. The Problem of Social Cost, The Journal of Law and Economics, vol. 3.

21 Shapiro R. F., Pearse M., 2012. The Most-Cited Law Review Articles of All Time, 110 MICH. L. REV. p. 1483.
 22 აბზაცში მითითებული თეორემა პირველად 1959 წელს ქოუზმა ადრინდელ სტატიაში განიხილა; გააკრიტიკა აშშ-ის კომუნიკაციების ეროვნული კომისიის (FCC) პრაქტიკა რადიოსიხშირეების ცენტრალიზებული/დირექტიული განაწილების შესახებ. მისი აზრით, ამ პრაქტიკის ნაცვლად, თუკი სიხშირეებზე საკუთრების უფლება მკაფიოდ იქნებოდა განსაზღვრული და ოპერაციული ხარჯები შემცირებული, ეკონომიკური პროდუქტიულობა კერძო მოლაპარაკებების შემდეგ (პარეტო) ოპტიმალურობას მიაღწევდა. ამ პროცესში კი FCC-ის შემოფოთება, თითქოს კერძო სისტემა გამოიწვევდა რადიოსიხშირეების სრულ კოლაფსს, უადგილო იყო, რადგან მოგების მაქსიმიზაციის სურვილით შეპყრობილ მხარეები კერძო მოლაპარაკებებისა და ტექნოლოგიური ინოვაციების ფონზე არ დაუშვებდნენ ინდუსტრიული ქალის არსებობას. იხ. Coase H. R., 1959. The Federal Communications Commission, Journal of Law and Economics, 1-40.

და აღნიშნული ვარაუდის სიმცდარეს; მან დასვა მარტივი შეკითხვა, თუკი საბაზრო სისტემა „უფასოა“, რატომ არსებობს კომპანია, რომელიც სანებართვო-საკონტროლო სისტემის ნაყოფია, ნაცვლად იმისა, რომ მხარეები ყოველ ცალკეულ ურთიერთობაში ინდივიდუალიზებული ხელშეკრულებით განსაზღვრავდნენ უფლებებსა და მოვალეობებს? რატომ არსებობს შრომითი ხელშეკრულება ზოგიერთ შემთხვევაში ნარდობის ხელშეკრულების ნაცვლად? ქოუზმა აშშ-ში კორპორაციების დაარსება/ფუნქციონირება შეისწავლა ემპირიულად და მივიდა დღეს თითქოს ცალსახა, თუმცა იმდროინდელ აკადემიაში პარადიგმის ამომყირავებელ დასკვნამდე, რომ თავისუფალ საბაზრო ურთიერთობებშიც არსებობს დანახარჯები, რომელთა გაწევაც უწევს საბაზრო ტრანზაქციაში მონაწილე პირებს, მაგალითად, ხელშეკრულების ფასის გამორკვევა, მომზადება, მხარეების ვინაობის დადგენა, პირობების განსაზღვრა. მათ შორის, ეს ხარჯები განაპირობებენ კორპორაციათა არსებობას ბაზარზე.²³ 1937 წელს გამოქვეყნებულ სტატიაში დაფიქსირებულმა ამ შეხედულებამ იდეალური სამყაროების ეკონომიკურ სისტემებს თეორიული საფუძველი შეურყია.

სწორედ საფუძველშერყეული იდეალური სამყაროს ათვლის წერტილი გამოიყენა ქოუზმა „სოციალური დანახარჯის პრობლემაში“ აზრობრივ ექსპერიმენტად და მიუთითა, რომ სამყარო, სადაც ინფორმაცია სრულყოფილია და ოპერაციული ხარჯები ნულის ტოლი, ეკონომიკურად მაქსიმალური პროდუქტიულობა მიიღწევა საჭარო ინტერვენციის გარეშეც დეცენტრალიზებულად და დამოუკიდებლად იმისა, თუ ვის მიანიჭებს კანონმდებლობა საკუთრების უფლებას, სახელშეკრულებო თუ დელიქტური სამართლის პასუხისმგებლობებს. ასეთი სამყაროს ფაქტობრივი არსებობა უტოპიაა და აღნიშნულის შესახებ იგი წერდა, რომ მისთვის მნიშვნელოვანი არ ყოფილა უტოპიის ჰიპოთეტური სა-

მყარობის კვლევა, არამედ იმის ჩვენება, რომ იდეალური კონკურენციის პირობები, სადაც სოციალური და კერძო დანახარჯები ერთმანეთს უტოლდება,²⁴ ფიქციურია და შესაბამისად, პოლიტიკისა თუ სამართლის განსაზღვრაზე უფლებამოსილმა პირებმა აუცილებლად უნდა გაითვალისწინონ ოპერაციული დანახარჯების არსებობა და მათი ნეგატიური როლი ეკონომიკურ პროდუქტიულობაზე.²⁵

ეკონომისტთა დიდი ნაწილი, მნიშვნელობა არ აქვს მათ პოლიტიკურ ვექტორებს, ხატავს იდეალური ეკონომიკის სისტემას და რეალურ სამყაროზე დაკვირვებისას არ აანალიზებს იმას, თუ ფაქტობრივად როგორ მუშაობს ეკონომიკა, სანაცვლოდ, ისინი მეტ ენერჯიას ხარჯავენ იმის გამორკვევაზე, თუ როგორ შეიძლება წარმოდგენილი იდეალის განხორციელება.²⁶ რონალდ ქოუზი თავისი თეორემით

24 „ქოუზის თეორემა“, როგორც კერძო სახელი, პირველად ნობელიანტმა, ეკონომისტმა ჯორჯ სტიგლერმა გამოიყენა; სტიგლერის აზრით, თეორემა გულისხმობდა, რომ „იდეალური კონკურენციის პირობებში სოციალური და კერძო დანახარჯები ერთმანეთის ტოლია.“ იხ. Stigler J. G., 1966. The Theory of Price, Macmillan Co., 3rd ed., p. 113.

25 სამწუხაროდ, დღემდე ქოუზის თეორემის კვლევის საგანი კონცენტრირებულია ნულოვანი ოპერაციული დანახარჯების უტოპიურ სამყაროებზე, 2003 და 2010 წლებში ჩატარებული კვლევების თანახმად, ეკონომიკის სახელმძღვანელოებისა და ქოუზის თეორემის შესახებ ყველაზე ციტირებადი სტატიების 75-80% არაზუსტად წარმოადგენს თეორემის არსს, იხ. Shirley M. M., 2013. Battles Lost and Wars Won: Reflections on the Problem of Social Cost, Journal of Natural Resources Policy Research 5 (4), pp. 243-7. ალბათ, აკადემიკოსი იურისტები თუ ეკონომისტები კომფორტულად გრძნობენ თავს რეალური სამყაროსგან მოშორებული ჰიპოთეტური სამყაროების კვლევისას, იხ. Coase H. R., 1988. The Firm, the Market and the Law, University of Chicago Press, p. 15.

26 ქოუზის აზრით, პოლიტიკის განსაზღვრისას უნდა გვახსოვდეს, რომ არჩევანი კეთდება პრაქტიკულად განხორციელებად ალტერნატივებს შორის; ოპერაციული დანახარჯების პირობებში არჩევანი „ან ყველაფერი, ან არაფერი“ არასდროსაა პრაგმატული გადაწყვეტა. იხ. E.W. Williams W. E., Coase H. R., 1964. Discussion, The American Economic Review, vol. 54, no. 3, p. 195.

23 Coase H. R., 1937. The Nature of the firm, *Economica*, 4(16), pp. 386-405, 392.

ასეთ დაინტერესებულ ეკონომისტებს „დაფის ეკონომისტებს“²⁷ უწოდებდა, რომელთა მსჯელობები დაშორებულია რეალურ პრობლემებს და ექცევა ჰიპოთეტურ *ceteris paribus*-ის საზღვრებში. ამისგან საპირისპიროდ, ქოუზს სურდა აღნიშნული ჰიპოთეტური მოდელის გააზრებით, ოპერაციული დანახარჯებისა და ინფორმაციის არასრულყოფილების პირობებში პოლიტიკის განსაზღვრისას გათვალისწინებული ყოფილიყო კანონმდებლობის არსებითი როლი რესურსების სოციალურად ოპტიმალური გადანაწილებისა და წარმოების გაზრდისთვის.²⁸

ქოუზი იზიარებდა საკუთრების უფლების მოდერნულ გაგებას,²⁹ კერძოდ მიაზრ

ნდა, რომ თუ გარკვეული მოქმედებების განხორციელებაზე უფლებების შექმნა და გასხვისება შესაძლებელი იქნებოდა თავისუფალი ბაზრის პირობებში, მაშინ, როდესაც ტრანზაქციის ხარჯები არ იყო არაოპტიმალურად მაღალი, უფლებას შეიძენდა პირი, რომლისთვისაც ყველაზე ფასეული/ღირებული იქნებოდა ამ უფლების გამოყენება წარმოებისთვის ან უბრალო სიამოვნებისთვის. ერთი ადამიანის მიერ მოპოვებული უფლებით სარგებლობა ყოველთვის შეზღუდავს სხვებს, რომელთათვისაც აღნიშნული უფლებით სარგებლობა ნაკლებად ღირებულია. უფლებათა ამგვარი გადაჯგუფება მხოლოდ მაშინ განხორციელდება, თუკი ოპერაციული დანახარჯები იმაზე ნაკლებია, ვიდრე გადაჯგუფების შედეგად გაზრდილი საერთო კეთილდღეობა. შესაბამისად, ოპერაციული დანახარჯების არსებობასა და სიდიდეს გადამწყვეტი მნიშვნელობა აქვს, თუ როგორ ან საერთოდ იქნება თუ არა გამოყენებული ესა თუ ის უფლება ოპტიმალურად. ამ ფონზე იურისტ-ეკონომისტთა ახალი კლასის მიზანი სოციალური პოლიტიკის განსაზღვრის პროცესში უნდა გახდეს ტრანზაქციის ხარჯების მინიმუმამდე დაყვანა, ანუ საბაზრო ეკონომიკური პროდუქტიულობის მაქსიმალურად ზრდისთვის ხელის შეწყობა.

კლასიკური ეკონომიკური თეორიის თანახმად, კერძო საბაზრო ურთიერთობების იდეალურად ფუნქციონირებისთვის აუცილებელია, რომ მხარეებმა თავიანთ თავზე მიიღონ ყველა შესაძლო დანახარჯი და სარგებელი, თუმცა კომპლექსური სოციალური ურთიერთობების გამო, ხშირად რეალობა სხვაგვარი და შესაბამისად, პრობლემურია; ერთი პირის მოქმედება შეიძლება გაუცნობიერებლად დადებით ან ნეგატიურ გავლენას ახდენდეს მესამე

27 ქოუზის აზრით, „დაფის ეკონომიკა“ გულისხმობდა იმგვარ მეთოდოლოგიას, რომლის ფარგლებშიც ეკონომისტები ემსგავსებიან ისეთ „მასწავლებელს“, რომელიც ყოველისმცოდნე და ყოველისშემძლეა, თუმცა დაშორებულია ემპირიას. მათი ეკონომიკური ანალიზი შეიძლება უზადოდ გამოიყურებოდეს სასკოლო დაფაზე, მაგრამ პრაქტიკული მნიშვნელობა მცირე ჰქონდეს. Medema G. S., 1994. Ronald Coase, The Macmillan Press, edited by John Pheby, pp. 156-157.

28 ემპირიულად უნდა შეფასდეს, დადგენილი ნორმატიული წესრიგით მიღებული სარგებელი აჭარბებს თუ არა *status quo ante*-ს შეცვლით დამდგარ ზიანს, იხ. Coase H. R., 1960. The Problem of Social Cost, Journal of Law & Economics, 3, pp. 1-44, 27.

29 სანივთო საკუთრების უფლების ორგვარი გაგება არსებობს, საკუთრებაზე უფლების მონოლითური გაგება, რომელიც ინგლისური საერთო სამართლის ნაყოფია და რომლის მიხედვით, საკუთრება გაგებულია როგორც განუყოფელი ობიექტი, რომლის ფლობა, სარგებლობა და განკარგვა შეუძლია მხოლოდ ერთ პირს ექსკლუზიურად, ხოლო სანივთო სამართალი შეისწავლის ურთიერთობას ადამიანსა და საკუთრებას შორის და მეორე, უფრო ახალი გადააზრება, რომელიც ეკუთვნის ინგლისელ ფილოსოფოს ჯერემი ბენტამს, რომლის მიხედვით საკუთრება არის *inter alia* მრავალ სარგებლიანობათაგან ერთი ან მეტი ტიპის ინტერესზე უფლება, ხოლო სანივთო სამართლის შესწავლის საგანი არის ადამიანების ურთიერთობები ნივთებთან დაკავშირებით. ერთ ნივთსა თუ ინტერესზე სხვადასხვა ტიპის სარგებლობის უფლება შეიძლება ჰქონდეს სხვადასხვა პირს; აღნიშნული მსჯელობა განვითარებულია ლექციათა ციკლში Property and

Liability by Richard Adelstein, Wesleyan University; ქოუზიც საკუთრებას აღიქვამდა როგორც მხოლოდ და მხოლოდ *in personam*, ანუ კონკრეტულ პირებთან მიმართებით განსაზღვრული უფლებების ერთიანობად. იხ. Baron B. J., 2014. Rescuing the Bundle-of-Rights Metaphor in Property Law, University of Cincinnati Law Review, Vol. 82, Issue 1, pp. 57-101, 65.

პირზე. ქოუზის თეორემა ც უპირველესად უკავშირდება ნეგატიური, იგივე გარეგანი მავნე ეფექტების (ინგ. Negative Externality) პრობლემის ალტერნატიულ გადაწყვეტას ეკონომიკაში. ყველაზე მარტივად, ნეგატიური გარეგანი ეფექტი არის ერთი პირის ქმედების აუნაზღაურებელი გავლენა მეორეს კეთილდღეობაზე, იმ დათქმით, რომ მხარეთა შორის არ არსებობს ამ გავლენის შესახებ ნებელობა, კერძოდ, გადაწყვეტილების მიმღები არ/ვერ ითვალისწინებს მავნე ეფექტის გავლენებს მესამე პირებზე და შედეგად, საერთო ეკონომიკურ კეთილდღეობაზე გარეგან ეფექტებს აქვთ ნეგატიური გავლენა იმდენად, რამდენადაც წარმოებულ პროდუქტზე დანახარჯები საზოგადოებისთვის მეტია, ვიდრე თავად მწარმოებლისთვის.³⁰ ინდივიდის მიერ გაუთვალისწინებელი ეფექტები და მომეტებული სოციალური დანახარჯი საბოლოოდ ძირს უთხრის მხარეთა შორის იმპულსურ კავშირებს, შესაბამისად, საბაზრო ოპტიმალურობას; პირველ რიგში, მითითებულ პრობლემატიკას აირეკლავს ქოუზის 1960 წელს გამოქვეყნებული სტატიის სათაურიც.³¹

ქოუზის ლოგიკის ერთ-ერთი ყველაზე მწვავედ გაკრიტიკებული³² ასპექტია თეო-

რემის მნიშვნელოვანი ელემენტი, დელიქტური მიზეზობრიობის ახალი პარადიგმა. კერძოდ, ქოუზმა უარყო დელიქტური მიზეზობრიობის შესახებ პოპულარული „დამაბინძურებელი იხდის“ პრინციპი და სანაცვლოდ განავითარა ზიანის ორმხრივი ბუნების თეორია, ე.წ. „ტანგოს მართო ვერ იცეკვებ“ პრინციპი. ქოუზი დააკვირდა და მიხვდა, რომ ეკონომიკური ოპტიმალურობის პერსპექტივიდან, ზიანის საფუძველი მხოლოდ A-ს მიერ ინდუსტრიის წარმოება არასდროსაა და ზიანი დგება, მათ შორის, B-ს სამეზობლოში ცხოვრების ფაქტით. შესაბამისად, ეკონომიკური პროდუქტიულობა მოითხოვს, რომ უფლებათა კონფიგურაციის განსაზღვრისას, როგორც B-ს, ისე A-ს ინტერესები იყოს გათვალისწინებული. კერძოდ, A-ს აქვს ინტერესი მოითხოვოს ინდუსტრიის ეფექტის (მაგალითად, გამონახობა) თავისუფლად გავრცელება, ხოლო მეზობელ B-ს უფლება აქვს მოითხოვოს ასეთი ეფექტისგან თავისუფალ გარემოში ცხოვრების უფლება.³³

მიკური ანალიზისგან, არ წარმოადგენს მშრალ ხარჯსარგებლიანობის კალკულაციების სისტემას, არამედ მეტად სრული ემპირიული ანალიზის მეთოდია. იხ. Drobak N. J., Coase on Property Rights, 2016. The Elgar Companion to Ronald H. Coase, Edited by Menard C., Bertrand E., Edward Elgar Publishing, p. 88. აგრეთვე იხ. Calabresi G., 2016. The Future of Law and Economics, Yale University Press, pp. 5-7.

30 მენქიუ გ., 2008. ეკონომიკის პრინციპები, გამომცემლობა დიოგენე, გვ-გვ. 193-194.

31 Coase H. R., 1960. The Problem of Social Cost, The Journal of Law and Economics, vol. 3.

32 მტკიცება, რომ თუკი ადამიანს ცხვირში მუშტი უთავაზებს, იგი ისევეა დაკავშირებული მიზეზობრივად მიყენებულ ტკივილთან, როგორც ის, ვინც მას მუშტი მოუქნია, აბსურდულად გვეჩვენება იმდენად, რამდენადაც ჩვენ თვალთახედვას მეტ-ნაკლებად ეთიკური და ზნეობრივი კატეგორიები განსაზღვრავენ. ქოუზი კი მიუთითებდა მორალისგან დამოუკიდებელ მხოლოდ და მხოლოდ წარმოების მაქსიმიზაციის განმპირობებელ ანალიტიკურ ინსტრუმენტზე, თუმცა ფაქტია, რომ წარმოების მაქსიმიზაცია ვერ იქნება ერთადერთი ანალიტიკური მეთოდი სამოსამართლო თუ აკადემიური ანალიზისას; ასე მიღებულმა გადაწყვეტილებამ შეიძლება შექმნას ბევრად არასასურველი გვერდითი შედეგები საზოგადოებაში, სადაც არსებობს ფასობრივი სტიმულებისგან დამოუკიდებელი ღირებულებათა სისტემა. სამართლისა და ეკონომიკის დარგი, განსხვავებით ნორმის ეკონო-

33 დავუშვათ, A-ს ინდუსტრია მეზობლად მყოფ B-ს აყენებს 100 ლარის ზიანს. თუკი ისინი მიმართავენ D-ს სასამართლოს, ორმხრივი დელიქტური მიზეზობრიობის თეორიის თანახმად, სასამართლომ შეიძლება დაადგინოს ორგვარი გადაწყვეტილება: 1) A-მ უნდა აანაზღაუროს მიყენებული ზიანი; დავუშვათ, ამისთვის მან უნდა დაამონტაჟოს 60 ლარიანი ტექნოლოგია ქარხანაში. 2) B-მ უნდა უზრუნველყოს ზიანის აღმოფხვრა და ამისთვის უნდა დახარჯოს 20 ლარი სახლში შესაბამისი ბაღეების დასაყენებლად. მიუხედავად იმისა, თუ როგორ გადაწყვეტილებას მიიღებს სასამართლო, თუკი D სახელმწიფოში ტრანზაქციის ხარჯები მცირეა და მხარეებს შორის ინფორმაცია სრული, ქოუზის თეორემის თანახმად, A და B მხარეები მოახერხებენ კერძო შეთანხმების მიღწევას, რაც ეკონომიკურად მაქსიმალურად ოპტიმალური იქნება. თუკი სასამართლო A-ს დააკისრებს ზიანზე პასუხისმგებლობას, მეტად სავარაუდოა,

A-სა და B-ს შორის არსებული ნეგატიური ეფექტების პრობლემა ერთ-ერთმა პირველმა ინგლისელმა ეკონომისტმა არტურ პიგომ განიხილა თავის წიგნში 1920 წელს და მივიდა დასკვნამდე, რომ აუცილებელი იყო შექმნილიყო ისეთი დაბეგვრის სისტემა, რომელიც მოახდენდა აღნიშნული გარეგანი ფაქტორების, როგორც „საბაზრო დეფექტების“, კორექტირებას. მაგალითისთვის, თუკი A და B ცხოვრობენ D სახელმწიფოში და A შექმნის ისეთ ინდუსტრიას, რომელიც მავნე გავლენას ახდენს B-ზე მისი ნებისგან დამოუკიდებლად, პიგოს აზრით, სახელმწიფო D-ს უნდა შეექმნა ეფექტიანი კანონმდებლობა და მოეხდინა A-ს დაბეგვრა, რათა ნეგატიური გავლენა მებოზელზე განეიტრალებულიყო. უფრო ზოგადად კი, არტურ პიგოს გადაწყვეტის თანახმად, ნებისმიერ ინდუსტრიაში, რომელშიც თავისუფლად მოქმედი პირები წარმოების ნეგატიური გარეგანი ეფექტებით ახდენენ გავლენას რესურსების გადანაწილებაზე იმგვარად, რომ იზრდება საზოგადოების ხარჯი სოციუმის სარგებელთან მიმართებით, საჭარო ცენტრალიზებული ინტერვენციის *prima facie* გამართლება არსებობს.³⁴

1960 წლისთვის პიგოს დასახელებული მიდგომა ითვლებოდა ერთადერთ უნივერსალურ გადაწყვეტად, როდესაც ქოუზმა გააკრიტიკა იგი და შეარყია ე.წ მზრუნველი სახელმწიფოს იდეა, რომლის კვალდაკვალ მთავრობათა ინტერვენცია ევროპაშიც და ამერიკაშიც უფრო და უფრო იზრდებოდა. 1960 წლის სტატიაში ერთი მხრივ, ნაჩვენებია, რომ მეინსტრიმული ე.წ „დაფის ეკონომიკის“ თეორიის პრეზუმფცია საბაზრო ნულოვანი ოპერაციული დანახარჯების შესახებ თავისთავად გამორიცხავდა ცენტრალური ხელისუფლების ინტერვენციის საჭიროებას, რადგან მავნე

გავლენების ეფექტის გამოსწორება კერძო მოლაპარაკებების გზით ეკონომიკურად ოპტიმალური იქნებოდა; ხოლო ოპერაციული დანახარჯების არსებობის პირობებში – ანუ სამყაროში, სადაც ყველას გვიწევს ცხოვრება – ცალსახად არაგონივრული უნდა ყოფილიყო ჩარევის თუ ჩაურევლობის ადვოკატირება ემპირიული ანალიზის გარეშე.³⁵ გარდა ამისა, ქოუზი მიუთითებდა ერთ, თითქოს თავისთავად, ქვეშარტებაზე, რომელსაც ეკონომისტთა დიდი ნაწილი არ ითვალისწინებს – როგორც საბაზრო ურთიერთობებს, ისე მთავრობის საჭარო ინტერვენციასაც თავისი ხარჯები ახლავს თან, რამაც შეიძლება საერთო წარმოების გაზრდას არათუ შეუწყოს ხელი, არამედ შეუშალოს. საჭარო პოლიტიკის განმსაზღვრელი ჯგუფების ნაწილი, ყოველგვარი სერიოზული ემპირიული ანალიზის გარეშე, აზვიადებს სამთავრობო ინტერვენციის ეფექტიანობას.³⁶ მთავრობა წარმოდგენილია, როგორც საბაზრო სწეულებებისგან მხსნელი მესია, რომელიც გადასახადებით, სუბსიდირებითა და რეგულაციებით ახერხებს სოციალურად ოპტიმალური შედეგების გენერირებას. ქოუზის აზრით, ასეთი ჯგუფები არ ითვალისწინებენ სამთავრობო საქმიანობის ხარჯს, არასათანადოდ იკვლევენ ბაზრისა და ნორმატიული წესრიგის არქიტექტონიკას, ვერ ახორციელებენ ინსტიტუციურ კომპარატივისტიკას საბაზრო და სამთავრობო პოლიტიკას შორის.³⁷ რეალურად, საჭარო ხელისუფლება არ წარმოადგენს პიგოსიანური ტრადიციის თვალთ დანახულ იდეალს, არამედ ხშირად მთავრობაც შეიძლება იყოს უმეცარი და კორუმპირებული. რონალდ ქოუზი არ ექცეოდა რომელიმე იდეოლოგიის, თუნდაც ე.წ *laissez-faire* კაპიტალიზმის საზღვრებში, თუმცა ფართო შეხედულება მისი მეთოდის მიმართ ასეთია. ქოუზიანური ანალიზის თა-

რომ იგი შეუთანხმდება B-ს 20-დან 60 ლარის ფარგლებში და ქარხანაში დასაყენებელი ფილტრის ნაცვლად, გადაუხდის თანხას B-ს სახლისთვის შესაბამისი ბაღეების შესაძენად, იხ. Faure G. M., Partain A. R., 2019, *Environmental Law and Economics*, Cambridge University Press, p. 19.

34 Pigou C. A., 1952, *The Economics of Welfare*, Macmillan & Co. 5th ed., p. 331.

35 Coase H. R., 1993. *Law and Economics at Chicago*, 36 J.L. & ECON., pp. 252-253.

36 Coase H. R., 1974. *Economists and Public Policy, Large Corporations in a Changing Society*, New York University Press, Edited by J.E Weston, p. 183.

37 Medema G. S., 1994. *Ronald H. Coase, The Macmillan Press LTD*, Edited by Pheby J., etc, p. 132.

ნახმად, შეიძლება ხელისუფლების ინტერვენცია ზოგჯერ გამართლებულიც იყოს, არასწორი იქნება იმის მტკიცება, რომ ეკონომიკური თეორია ადგენს ერთგვარ პრეზუმირებულ ფორმულას ჩარევის ან ჩაურევლობის შესახებ. ყოველი შემთხვევა უნდა იყოს განსაზღვრული ემპირიული გარემოებების მოკვლევის შედეგად.³⁸ მეტიც, მხოლოდ იმის ჩვენება, რომ ცალკეული რეგულაცია ნაკლოვანია, არ გულისხმობს a priori იმას, რომ ეკონომიკური აქტივობის ცენტრალიზებული რეგულირება კონკრეტულ და მით უფრო, ყოველ მომდევნო შემთხვევაში ამავედროულად არაოპტიმალურია, ასეთი მიდგომა ილუზიურია მანამ, სანამ შედარებით ანალიზი კონკრეტულად არ დაადგენს რეგულირებასთან მიმართებით შემოთავაზებული ალტერნატივის უპირატესობას.³⁹ მეტიც, ქოუზის აზრით, არ არსებობდა ოპტიმალური ეკონომიკური სისტემის ერთადერთი საუკეთესო და უალტერნატივო მოდელი, რადგან სისტემის პრაქტიკულ ეფექტიანობას განსაზღვრავს საზოგადოება და ნორმატიული სისტემა. შესაბამისად, მისთვის უინტერესო იყო იდეალურ აბსტრაქტულ საბაზრო ეკონომიკაზე ორიენტირება, როდესაც რეალურად მოქმედი, თუმცა არაუტოპიური ეკონომიკა შეფასების გარეშე რჩება.⁴⁰ დღეს ქართული ლიბერტარიანიზმის მთავარ პრობლემაც ასეთი „ან ყველაფერი, ან არაფერი“ მიდგომაა, როდესაც თავისუფალი ბაზრის მანტრა ადგილს არ ტოვებს ემპირიული ანალიზისთვის.

38 თუმცა ქოუზი იმასაც აღნიშნავდა, რომ იმ პერიოდში შეერთებულ შტატებში ჩატარებული მისთვის ცნობილი კვლევები ქმნიდა prima facie ვარაუდს ინტერვენციის წინააღმდეგ, რადგან სხვადასხვა ინდუსტრიაში სახელმწიფო ინტერვენციამ ძირითადად გააუარესა საერთო წარმოების მაჩვენებელი იხ. Coase, H. R., 1988. *The Firm, the Market and the Law*, University of Chicago Press, p. 26.

39 Williamson E. O., 1976. Franchise bidding for natural monopolies in general and with respect to CATV, *Bell Journal of Economics*, 7(1), p. 76.

40 Coase H. R., 1997. Interview at International Society for New Institutional Economics, იხ. [Ronald Coase: Interview about New Institutional Economics](#) [ბოლო წვდომა 05/03/2021]

ქოუზის თეორემის თანახმად, ნეგატიური გარეგანი ეფექტების პრობლემა მოგვარებადია, თუკი ტრანზაქციის დანახარტები ბაზარზე ზედმეტად მაღალი არ არის. თუმცა, როდესაც მხარეებს შორის მოლაპარაკება ტრანზაქციის დანახარტების ან/და ინფორმაციის არასრულყოფილების გამო შეუძლებელია, კანონმდებლობის როლი ეკონომიკური პროდუქტიულობისთვის არსებითი ხდება.⁴¹ იდეალურ სამყაროში სამთავრობო ფუნქცია მხოლოდ და მხოლოდ უფლებათა სისტემის შექმნა და უზრუნველყოფაა იმის, რომ კერძო მხარეებს შორის შეთანხმების ოპერაციული დანახარტები არ გაიზარდოს,⁴² თუმცა უტოპიის მიღმა დამოუკიდებელი სასამართლოსა და კანონმდებლის როლიც უმნიშვნელოვანესია, რადგან ისინი ვალდებულნი არიან იპოვონ ე.წ. Punctum Archimedis, გამოიყენონ სწორედ სამართლისა და ეკონომიკისთვის დამახასიათებელი მეცნიერული მეთოდი და ინტერესების დაბალანსებით მიიღონ ისეთი გადაწყვეტილება თუ განსაზღვრონ პოლიტიკა, რომელიც ეკონომიკურად ოპტიმალური იქნება.

ქოუზის თეორემის ყველაზე პრაქტიკული რეკომენდაციაა, რომ კანონმდებლობა იყოს განსაზღვრული და ალტერნატიულ პოლიტიკურ გადაწყვეტებს შორის შეირჩეს ისეთი, რომლის მიზანს წარმოადგენდეს ეკონომიკური პროდუქტიულობის მაქსიმიზაცია და ტრანზაქციის ხარტების მინიმუმამდე დაყვანა.⁴³ ქოუზმა თავის ნობელის პრემიის ლექციაში განმარტა, რომ ოპერაციული დანახარტების უგულებელყოფა მიუღებელია და შესაბამისად, მისი თე-

41 კალაბრეზიმ ქოუზის თეორემას „ტავტოლოგიური მსჯელობა“ უწოდა, თუმცა, აღიარა თანამედროვე იურიდულ აზროვნებაში ამ აზრის ექსპერიმენტის, როგორც „საბაზრო მიბაძვის კრიტერიუმის“ (ინგ. Mimic the market criterion), უდიდესი მნიშვნელობა, იხ. Calabresi, G., 1965. *Transaction Costs, Resource Allocation and Liability Rules – A Comment*, 11 *J.L. & Econ.* 67, p. 68.

42 Weimann J., 2006. *Wirtschaftspolitik: Allokation und kollektive Entscheidung*, Springer-Verlag, S. 382.

43 Miceli J. T., 2017. *The Oxford Handbook of Law and Economics: Volume 1: Methodology and Concepts*, Edited by Parisi F., pp. 10-11.

ორემაც აზრის ექსპერიმენტი, რომლის პრაქტიკული ანალიზიდანაც ორი ნორმატიული დასკვნის გაკეთება შეიძლება. პირველი, კანონმდებელი თუ კანონშემდგომი რეგულირების ზიანის ეფექტის აღმოფხვრის ვალდებულებას უნდა განუსაზღვრავდეს იმ პირს, რომლისთვისაც აღნიშნული ზიანის ეფექტის აცილება ნაკლებად ხარჯიანია და მეორე, სახელმწიფოში ex ante უნდა არსებობდეს ისეთი ინსტიტუტები, რომელთა საშუალებითაც კერძო მხარეებს ექნებათ საშუალება უფლებათა არაოპტიმალური გადახარჯების შეასწორონ მცირე ოპერაციული დანახარჯების პირობებში.⁴⁴ აღნიშნული რეკომენდაციების გონივრულობა პრაქტიკული მაგალითით რომ გახდეს ნათელი, განვიხილოთ, რადიკალურად მაღალი ოპერაციული დანახარჯების პირობებში, გარემოს დაცვის სამართალში ქოუზის თეორემის გამოყენება.

გარემოს დაცვის სამართალი

თანამედროვე სახელმწიფოს ეგზისტენციური ფუნქციები გაფართოვდა. კლასიკური „სოციალური ხელშეკრულების თეორიის“ თანახმად, ინდივიდები სახელმწიფოს ქმნიან თავდაცვის მიზნით,⁴⁵ გადასცემენ რა შეზღუდულ ლეგიტიმაციას, რომელიც ვრცელდება ინდივიდთა საკუთრების, სიცოცხლისა და თავისუფლების უსაფრთხოების უზრუნველყოფაზე. თუმცა მე-20 საუკუნემ თვალსაჩინო გახადა, რომ სახელმწიფოს კიდევ ერთი საჭარო მმართველობითი ფუნქცია გააჩნია,⁴⁶ რომელიც

თავის მხრივ, გამომდინარეობს უსაფრთხოების ფართო გაგებისგან – გარემოს დაცვა.⁴⁷ ზუსტი მეცნიერების დარგები ზოგიერთ ეგზისტენციურ გამოწვევას გარკვეული დროის შემდეგ პასუხს გასცემენ, მაგალითად, როგორ ვუმკურნალოთ ახალი კორონავირუსით (SARS-COV-2) გამოწვეულ ინფექციას, თუმცა მნიშვნელოვანი უთანხმოებები არსებობს პოლიტიკის საკითხებზე, მართალია, თითქმის ყველა მეცნიერი თანხმდება, რომ გლობალური დათბობა ფაქტია, მაგრამ ამ საფრთხეზე ადეკვატური ეკონომიკური რეაქციის შესახებ არ არსებობს კონსენსუსი.⁴⁸

გარემოს დაცვა ქართულ კანონმდებლობას უყურადღებოდ არასდროს დაუტოვებია, ჯერ კიდევ 1996 წელს მიღებული „გარემოს დაცვის შესახებ“ საქართველოს კანონი.⁴⁹ თუმცა, რა თქმა უნდა, კანონი მკულატურასთან იგივედება, თუკი არ ხორციელდება მისი აღსრულება, ან კიდევ უფრო ცუდი, ხორციელდება არაეფექტიანად. სა-

ზე, ჯერჯერობით, არსებითად არ უმსჯელია; საერთაშორისო პრაქტიკის თანახმად, მაგალითად, გერმანიის კონსტიტუციაში 1994 წლიდან აგრეთვე შეხვდებით გარემოს დაცვის შესახებ დათქმას, რომ ხელისუფლების სამივე შტო იზღუდება მომავალი თაობებისთვის გარემოს შენარჩუნების პასუხისმგებლობით, მაგრამ მიხნეულია, რომ ინდივიდები აღნიშნული კონსტიტუციური დებულების დარღვევისთვის სასამართლოს ვერ მიმართავენ, შესაბამისად, ასეთი დათქმა სახელმწიფოსთვის განსაზღვრული უზოგადესი პრინციპია, იხ. Die Verfassung für die Bundesrepublik Deutschland, Artikel 20a; ასევე იხ. Faure, G. M., Partain, A. R., 2019. Environmental Law and Economics, Cambridge University Press, p. 97.

44 Moszoro, W. M., Spiller, T. P., 2016. Coase and the transaction cost approach to regulation, *The Elgar Companion to Ronald H. Coase*, Edited by Menard C., Bertrand E., Edward Elgar Publishing, p. 267.

45 Locke, J., 1988. *Two Treatises of Government*, Cambridge University Press, Edited by Laslett P., p. 357.

46 საქართველოს კონსტიტუციაში გარემოს დაცვის უფლება 29-ე მუხლში, ადამიანის ძირითადი უფლებების თავშია განმტკიცებული. საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს უშუალოდ ამ უფლებით დაცულ სფეროში ნაგულისხმევ სახელმწიფოს ვალდებულება-

47 იზორია, ლ., 2009. თანამედროვე სახელმწიფო და თანამედროვე ადმინისტრაცია, სიესტა, გვ. 60.

48 Harari, Y. N., 2018. *21 lessons for the 21st Century*, NY, Spiegel & Grau, p. 120. მიუხედავად იმისა, რომ ობიექტური სამეცნიერო კვლევა ღირებულებათა სისტემისგან ნეიტრალურია, იგივე არ შეიძლება დარწმუნებით ითქვას ასეთი კვლევების შედეგად მიღებული ინფორმაციის გამოყენებაზე, შეად. Ashford A. N. 1988. *Science and Values in the Regulatory Process*, *Statist. Sci.* 3 (3), p. 377.

49 საქართველოს კანონი „გარემოს დაცვის შესახებ“, იხ. <<http://matsne.gov.ge/ka/document/view/2496959>> [ბოლო წვდომა 05/03/2021]

ქართველოში გარემოს დაცვის პარადიგმის ცვლილება დაკავშირებულია უახლოეს წარსულში ევროპასთან ასოცირების ხელშეკრულებაზე ხელმოწერასთან.⁵⁰ ევროკავშირთან ინტეგრაცია საქართველოს კონსტიტუციის გარდამავალ დებულებებში, კერძოდ, 78-ე მუხლში განმტკიცებულია როგორც კონსტიტუციური ნორმა-პრინციპი.⁵¹ ხოლო „ევროკავშირის ფუნქციონირების შესახებ ხელშეკრულების“⁵² 11-ე მუხლში ვკითხულობთ, რომ გარემოს დაცვა და მდგრადი განვითარების ხელშეწყობა ევროპის კავშირში ინტეგრაციისთვის ფუნდამენტური მოთხოვნაა.

ქართულ იურიდიულ პრაქტიკასა თუ თეორიაში გარემოს დაცვის სამართლის მნიშვნელობა მზარდია, თუმცა კლასიკური იურიდიული მეთოდები ამ დარგის მწვავე პრობლემატიკას ადეკვატურად ვერ უზუსუხებენ, რადგან გარემოს დაცვის თანამედროვე ანთროპოგენური გამოწვევები მოითხოვს, მათ შორის, ინდუსტრიულ სექტორში ენერჯის წარმოების სრულიად ტრანსფორმაციას და შესაბამისად, სცდება მხოლოდ სამართლებრივ კატეგორიებს,⁵³ ამიტომაც მნიშვნელოვანია რეალობის მრავალნახნაგოვანი ანალიზი და ეფექტიანი ნორმატიული თეორიის განვითარება,

სამართლისა და ეკონომიკის შესაბამისი მეთოდოლოგიის ინტეგრირება, რადგან სუფთა ჰაერის, მდინარეებისა თუ ზოგადად გარემოს ქონა თავისი არსით ეკონომიკური პრობლემაა⁵⁴ ისევე, როგორც სურსათის, განათლების თუ ჯანდაცვის მიწოდება-მოთხოვნა. შესაბამისად, საკითხი, რომელიც საფუძვლიანი ანალიზის შედეგად უნდა გადაწყდეს, სუფთა ჰაერთან მიმართებაშიც არის, რა რაოდენობით ემისიებისგან თავისუფალი ჰაერი წარმოადგენს დადგენილ სოციალურ ოპტიმუმს.⁵⁵

უკვე აღინიშნა, რომ ქოუზის თეორემის ჩამოყალიბების ერთ-ერთი განმაპირობებელი ფაქტორი, მისი raison d'être ნეგატიური გარეგანი ეფექტების პრობლემაა, რაც არსობრივად გარემოსა და მის დაცვაზე ზეგავლენას გულისხმობს. თუმცა გარემოს დაცვის თემატიკასთან დაკავშირებით ქოუზის თეორემის გამოყენებას ხელს უშლის რამდენიმე გარემოება. პირველი, რეალობა კარდინალურად განსხვავდება D ქვეყნის მაგალითისგან, სადაც მხოლოდ A და B ცხოვრობდნენ, გარემოზე ზემოქმედების გაუთვალისწინებელ ეფექტებს განიცდის არა ორი პირი, არამედ ათასობით. შესაბამისად, მხარეთა რაოდენობასთან ერთად იზრდება ოპერაციული დანახარჯები და კერძო მოლაპარაკებებისთვის ადგილი აღარ რჩება.⁵⁶ მეორე, ინფორმაცია მხა-

50 საქართველომ აიღო განსაზღვრული ვალდებულებები, მათ შორის, გარემოს დაცვასთან დაკავშირებით, მასში ნათქვამია, რომ „მხარეები განავითარებენ და განამტკიცებენ თანამშრომლობას გარემოს დაცვის საკითხებზე, რითაც წვლილს შეიტანენ მდგრადი განვითარებისა და მწვანე ეკონომიკის გრძელვადიანი მიზნების განხორციელებაში.“ საქართველოსა და ევროკავშირის შორის ასოცირების შესახებ შეთანხმება, იხ. [ასოცირების შესახებ შეთანხმება ერთის მხრივ, საქართველოსა და მეორეს მხრივ, ევროკავშირს და ევროპის ატლანტიკური ენერჯის გაერთიანებას და მათ წევრ სახელმწიფოებს შორის | სსიპ „საქართველოს საკანონმდებლო მაცნე“ \(matsne.gov.ge\)](#) [ბოლო წვდომა 05/03/2021]

51 საქართველოს კონსტიტუცია, იხ. <http://matsne.gov.ge/ka/document/view/33340?publication=27> [ბოლო წვდომა 05/03/2021]

52 Treaty on the Functioning of the European Union, Article 11.

53 Faure G. M., Partain A. R., 2019. Environmental Law and Economics, Cambridge University Press, p. 3.

54 გარემოს დაბინძურება არაახალია და თავისი არსით ეკონომიკურ პრობლემას წარმოადგენს, ნებისმიერი ალტერნატიული თვალთახედვა, რომელიც ამ თავდაპირველ პრეზუმფციას უარყოფს, განწირულია არაეფექტიანობისთვის, იხ. Ruff L., 1972. The Economic Common Sense of Pollution, In: Robert Dorfman and Nancy S. Dorfman, Economics of the Environment, V. W. Norton, pp. 3-4.

55 Pratten S., 2016. Coase on the nature and assessment of social institutions, The Elgar Companion to Ronald H. Coase, Edited by Claude Menard & Elodie Bertrand, Edward Elgar Publishing, p. 115, იხ. ციტირება Coase H. R., 1972. Comment on "The Muted Voice of the Consumer in Regulatory Agencies", In Samuels J. W., Trebing M. H. (eds), A Critique of Administrative Regulation of Public Utilities, East Lansing, MI: Institute of Public Utilities, Michigan State University, p. 313.

56 ქოუზის თეორემის გამოყენებას კიდევ უფრო შეუძლებელს ხდის ის ფაქტი, რომ ევროპული სასამართლოები ავითარებენ ე.წ. „საერთო

რეებს შორის ასიმეტრიულია, რადგან არ არსებობს ობიექტური მეთოდოლოგია და ზოგჯერ ნებელობაც ზიანის, ინტერესების და დანახარჯების მასშტაბის დასადგენად. მესამე, მხარეთა შორის არსებობს სიმდიდრეთა გადანაწილების მეტად შესამჩნევი დონე, ინდუსტრიული მხარე მეტად დიდი სიმდიდრის დაგროვებას ახერხებს, ვიდრე პირები, რომლებიც არ ახორციელებენ ინდუსტრიულ საქმიანობას, შესაბამისად, მათ უპირატესი საბაზრო ძალაუფლება და გავლენები აქვთ.

იმ პერიოდში, როდესაც ქოუზის ცნობილი სტატია გამოქვეყნდა, გარემოს დაცვა-სთან დაკავშირებული პრობლემატიკა ჯერ კიდევ რეგიონალური მასშტაბების იყო.⁵⁷ დღეს მსოფლხედვა სრულიად შეიცვალა და გლობალური მასშტაბის გახდა (სათბური გაზების ემისია, გლობალური დათბობა, ოკეანის წყლების დაბინძურება, ოზონის შრის შემცირება და ა.შ).⁵⁸ გლობალური პრობლემების გადაწყვეტის შესახებ კერ-

ძო ინიციატივების ეფექტიანობა სათუთა, ხოლო საერთაშორისო სუბიექტების, სახელმწიფოების ქცევას მოკლევადიანი პოლიტიკური (ხშირად არაპროგნოზირებადი) იმპულსები განაპირობებს. ამ ფონზე საერთაშორისო გარემოს დაცვის სამართალი ბუნდოვანი და არასავალდებულოა, არ არსებობს რეალური აღსრულების მექანიზმი.⁵⁹ მსოფლიო გამოწვევებზე ქოუზის თეორემის მორგება შეუსრულებელი მისია ხდება, თუმცა არა ქოუზიანური ლოგიკის, რომლის იმპლემენტაცია გარემოს დაცვის სამართალში შეიძლება ერთ დროს ერთიკულ მჩხიბავობად ითვლებოდა, თუმცა დღეს ტენდენცია იცვლება.

გარეგანი ეფექტების პრობლემა, როგორც ეკონომიკის თეორიაში,⁶⁰ ისე ცალკე გარემოს დაცვის სამართალში რჩება ყველაზე აქტუალური კვლევის საგნად, რომლის ცენტრალიზებული სანებართვო-საკონტროლო და დეცენტრალიზებული საბაზრო მოგვარების ალტერნატივები არსებობს. სანებართვო-საკონტროლო მექანიზმები, მაგალითად, პროდუქტის უშუალო აკრძალვა და გადასახადის დაწესება, ეკონომიკურად ხშირად კონტრპროდუქტიულია, რადგან საბაზრო ურთიერთობებისთვის ზედმეტად მოუქნელი და არადინამიურია, თუმცა შეიძლება ცალკეულ

ინტერესების” თეორიას, რომელიც სასარჩელო უფლებამოსილებას აძლევს ნებისმიერ პირს; საჭირო არ არის პირმა მიუთითოს უშუალო და პირდაპირ მიყენებულ ზიანზე. იხ. ყალიჩავა კ., 2016. საჯარო მმართველობის სამართლებრივი საფუძვლები, რედ. გიორგი ხუბუა, კარლ-ჰეტერ ზომერმანი, თბილისი, გვ. 335.

57 უნდა გავითვალისწინოთ ადგილიც, სადაც ქოუზის ამროვნება ყალიბდებოდა, კერძოდ, ანგლო-ამერიკულ სამყაროში გარდა ამისა, რომ პრეცედენტული სამართლის სისტემა მეტად მოქნილად ახერხებს ეკონომიკური დინამიური ურთიერთობების არეკვლას, აგრეთვე პოლიტიკური სისტემა გაჟღერებულია შეკავება-გაწონასწორების პრინციპითა და ძლიერი ინსტიტუციონალიზმის პრაქტიკული გამოცდილებით. მაგალითად, ქოუზი პოსტ-კომუნისტურ სახელმწიფოებში საბაზრო ეკონომიკის წარმატებას შეურყეველი ოპტიმიზმით არ უყურებდა, კერძოდ, იგი მიუთითებდა, რომ სტაბილური ინსტიტუტების გარეშე შეუძლებელი იქნებოდა ოპტიმალური საბაზრო სისტემის შენარჩუნება, იხ. Coase H. R., 1991. The Institutional Structure of Production, Lecture to the memory of Alfred Nobel, [Ronald H. Coase – Prize Lecture: The Institutional Structure of Production – NobelPrize.org](#) [ბოლო წვდომა 05/03/2021]

58 Environmental Law and Economics, Edited by Klaus Mathis and Bruce R. Huber, Springer International Publishing, 2017, xiii.

59 Miller C. D., 1995. Applying the Coase Theorem to International Environmental Law or Bright Lines and the Compensated Tax, 7 Int'l Legal Persp., pp. 155- 156.

60 გარემოს დაცვის პრობლემატიკაზე ორი რადიკალურად განსხვავებული დისკურსი ჩამოყალიბდა, გარემოს დაცვის (ინგ. Environmental Economics) და ეკოლოგიური ეკონომიკის (ინგ. Ecological Economics) სკოლები, პირველი იზიარებს ნეო-კლასიკური მაკროეკონომიკის პრეზუმფციებს და მისი დაკვირვების ობიექტია ადამიანებს შორის ურთიერთობები დეფიციტურ რესურსებზე, მათ შორის გარემოს დაბინძურების სოციუმისთვის ოპტიმალური დონე, ხოლო ეკოლოგიური ეკონომიკის სკოლა აკვირდება ადამიანებისა და ეკოსისტემის კავშირს, მიზნად ისახავს მდგრად განვითარებას, ამკვიდრებს „სიფრთხილის პრინციპს“ (ინგ. Precautionary Principle), როგორც პრევენციის მექანიზმს, იხ. Van den Bergh, J., 2001. Ecological Economics: Themes, Approaches, and Differences with Environmental Economics, Regional Environmental Change 2(1), pp. 15-17.

სექტორებში, ოპერაციული დანახარჯებისა და ხარჯფექტიანობის ანალიზმა⁶¹ აჩვენოს ცენტრალიზებული რეგულაციების სარგებელიანობაც. საბაზრო გადაწყვეტა კი გულისხმობს პირთა ცვალებადი სტიმულების მიხედვით ურთიერთობათა პროდუქტიულობის ოპტიმიზაციას. თუკი ცალკეულ სახელმწიფოში თუ ეკონომიკურ კავშირში გადაწყვეტენ რაღაც დროის მონაკვეთში ემისიების საერთო ოდენობის შეზღუდვას, სოციალურად ოპტიმალური დონის⁶² მისაღწევად შეიძლება გამოყენებული იყოს სწორედ სანებართვო-საკონტროლო ან/და საბაზრო მექანიზმები.

უფრო კონკრეტულად, განვიხილოთ ერთ-ერთი საბაზრო მექანიზმი ემისიების სერტიფიკატით ვაჭრობა, რომელიც თავისი არსით ქოუზიანური ლოგიკის გაგრძელება⁶³ და სამართლისა და ეკონომიკის

დარგობრივი პროდუქტია,⁶⁴ ემისიების სანებართვო სერტიფიკატებით ვაჭრობა გულისხმობს სისტემას, სადაც განსაზღვრულ ტერიტორიაზე დაწესებულია ემისიის ზედა ზღვარი, რომლის ფარგლებშიც ემისიაზე უფლებები ნაწილდება ცალკეულ სუბიექტებზე სერტიფიკატების სახით, რომელთაც, თავის მხრივ, შეუძლიათ სერტიფიკატი აქციონ ვაჭრობის საგნად (ინგ. Cape and Trade), ფასი განისაზღვრება საბაზრო მოთხოვნითა და მიწოდებით, რომელიც წარმოადგენს დინამიური საბაზრო სტიმულების ერთგვარ სოციალურ კომპრომისს, აგრეთვე ურთიერთკავშირის მექანიზმს მწარმოებელთა და მომხმარებელთა შორის და ინფორმაციის გენერირების ოპტიმალური საშუალებას.⁶⁵ ასეთ სისტემაში, იმის ნაცვლად, რომ შეიზღუდოს კომპანიების ეკონომიკური უფლებები მოუქნელი ცენტრალიზებული ინტერვენციით, მოთხოვნა-მიწოდების საბაზრო იმპულსები მავნე გარეგანი ეფექტების ოპტიმიზაციას ახდენენ, ხოლო სერტიფიკატების აუქციონზე გასხვისებიდან შემოსული თანხები ხშირად კოლოსალურია.

ემისიების სერტიფიკატებით ვაჭრობის ინიცირების საწყის ეტაპზე განისაზღვრება სერტიფიკატების გარკვეული რაოდენობა, ზედა ზღვარი თანდათანობით მკაცრდება, რათა მიღწეული იყოს ემისიების შემცირების მომავალში განსაზღვრული კონკრეტული დონე. აუცილებელია, რომ უფლებათა განაწილებისა და ზედა ზღვრის დაწესების დროს გათვალისწინებული იყოს მხარეთა ინტერესები; არსებობს რისკი, რომ სერტიფიკატების გამოცემა შეიძლება გახდეს პო-

61 ინგ. Cost-Benefit Analysis – ალტერნატიულ პოლიტიკურ იდეებსა და ვექტორებს შორის ყველაზე სასურველის შერჩევის მეთოდი, რომელიც მათ შორის, სამართლისა და ეკონომიკის დარგის განუყოფელი ინსტრუმენტი და გულისხმობს განსახილველი რეგულაციის თუ პოლიტიკური გადაწყვეტილების შესაძლო პოზიტიური და ნეგატიური შედეგების შეპირისპირებას. ანალიზში გათვალისწინებულია შედეგების რეალურად დადგომის ალბათობა, შესაძლო ხარჯი და სარგებელი გამოხატულია მონეტარულ სიდიდეებში, ხოლო ცალკეული გადაწყვეტილების მოსალოდნელი მთლიანი სოციალური სარგებელიანობა/ზიანი გამოითვლება სარგებლისა თუ ხარჯის გამრავლებით მათი განხორციელებადობის ალბათობაზე, იხ. Adler D. M., Posner A. R., 1999. Rethinking Cost-Benefit Analysis, Yale Law Journal 109, no. 2, pp. 177-181.

62 სოციალურად ოპტიმალური დონე ეკონომიკაში გულისხმობს ემისიების შემცირების სტიმულის არსებობას მანამ, სანამ შემცირების ზღვრული ღირებულება არ გაუტოლდება ზღვრულ სარგებელს, ანუ თუკი ემისიის ცალკეული რაოდენობის შემცირებით საზოგადოებას ადგება უფრო მეტი ზიანი, ვიდრე სარგებელი, რეგულაცია სოციალურად არაოპტიმალური ყოფილა, იხ. Faure, G. M., Partain, A. R., 2019. Environmental Law and Economics, Cambridge University Press, p. 109.

63 მექანიზმი ყველაზე ხარჯფექტიანია, ხოლო უფლებების თავდაპირველი ფიქსაცია ვერ განსაზღვრავს მათ საბოლოო მდებარეობას, თუკი ოპერაციული ხარჯები ზედმეტად მაღალი

არ არის, იხ. Hahn W. R., Stavins N. R., 2011. The Effect of Allowance Allocations on Cap-and-Trade System Performance, Journal of Law and Economics, Vol. 54, No. 4, Markets, Firms, and Property Rights: A Celebration of the Research of Ronald Coase, p. 268.

64 ლიტერატურაში პირველად ფიქსირდება 1968 წელს, იხ. Dales H. J., 1968. Land, Water and Ownership, The Canadian Journal of Economics, 1(4), pp. 791-804.

65 Pratten, S., 2016. Coase on the nature and assessment of social institutions, The Elgar Companion to Ronald H. Coase, Edited by Menard C., Bertrand E., Edward Elgar Publishing, pp. 115-116.

ლიტიკური არასტაბილურობისა და დიდი ინტერესის ჯგუფების ხელში კორუფციული საქმიანობის წყარო. რაც ერთი მხრივ, ხელს შეუშლის გარეგანი ეფექტების სტაბილურ რედუქციას, მეორე მხრივ კი მოთხოვნა-მიწოდების არასტაბილურობა საბაზრო ურთიერთობებში ნეგატიურ გავლენას მოახდენს ოპტიმალურ ეკონომიკურ პროდუქტიულობაზე. ამ რისკის დაზღვევა სერტიფიკატების საერთო აუქციონზე გასხვისება⁶⁶ შეიძლება იყოს, მანამდე უფლება უნდა განისაზღვროს ექსკლუზიურად და მესაკუთრეებს შეეძლოთ უფლებათა გასხვისება, რათა შეძლონ ბაზარზე სერტიფიკატებით ვაჭრობა. თუკი მხარეებს შორის კონკურენცია არ იქნება შეზღუდული მაღალი ოპერაციული დანახარტებით, ემისიებით ვაჭრობის მექანიზმის გამოყენებით უფლება აღმოჩნდება იმ სუბიექტის ხელში, რომელიც მაქსიმალურად აფასებს ამ უკანასკნელს.⁶⁷ ხოლო აუქციონებიდან შემოსული საერთო თანხა შეიძლება გამოყენებული

იყოს დეფიციტური ბიუჯეტის შესავსებად, საგარეო თუ საშინაო ვალების გასასტუმრებლად, აგრეთვე ინოვაციური ეკოტექნოლოგიების მხარდასაჭერად.

საბაზრო ინსტრუმენტებზე საუბრისას, შეგვიძლია გამოვყოთ მათი უპირატესობები სანებართვო-საკონტროლო სისტემასთან მიმართებით, კერძოდ, საბაზრო გადაწყვეტა მეტად ხარტეფექტიანია, ერთი მხრივ, მეტად მოქნილია, რადგან კომპანიები სტრუქტურის, წარმოების ფორმისა და აქტივების შესაბამისად დამოუკიდებლად განსაზღვრავენ ემისიის ზომასა და არჩევენ ემისიების შემცირების მათთვის ეკონომიკურად ყველაზე ოპტიმალურ მეთოდს.⁶⁸ მეორე მხრივ, სერტიფიკატების აუქციონის წესით გაყიდვიდან შემოსული თანხებით ნარჩუნდება და შეიძლება გაიზარდოს კიდევ შემოსავლები სახელმწიფოს ბიუჯეტში. პარალელურად კი მცირდება ადმინისტრაციული ტვირთი; სისტემაში შენარჩუნებულია ნებაყოფლობითი ელემენტი და ამის გათვალისწინებით, მექანიზმი პოლიტიკურადაც ბევრად ნაკლებ წინაღობას აწყდება, ვიდრე, მაგალითად, ბლანკეტური გადასახადების ან სუბსიდირების სისტემა. კერძო სექტორს ეძლევა შესაძლებლობა, ალტერნატივათა გათვალისწინებით, დამოუკიდებლად განსაზღვროს ემისიათა რაოდენობა, რაც ქმნის მეტი თავისუფლების განცდას, შესაბამისად, ნაკლებ პოლიტიკურ წინაღობას; საბაზრო გადაწყვეტის ერთ-ერთი ყველაზე მნიშვნელოვანი უპირატესობაა ის, რომ იგი ქმნის ეკოტექნოლოგიური ინოვაციებისთვის მნიშვნელოვან სტიმულს. კომპანიები ცდილობენ, რომ მიაგნონ ახალ გზებს, რითაც შემცირდება ემისია და შესაბამისად, გაიზარდება ეკონომიკური პროდუქტიულობა.⁶⁹ სანებართვო-საკონტროლო სისტემისგან განსხვავებით, საბაზრო მექანიზმები მე-

66 ნებართვის სერტიფიკატების გაცემის ორგვარი წესი არსებობს, კვლავის მიხედვით უფასოდ, რაც განისაზღვრება კონკრეტულ ტერიტორიისა და სექტორში ისტორიული გამოცდილებით (ინგ. Grandfathering) და აუქციონის წესით; რა თქმა უნდა, ინდუსტრიული სექტორისთვის შეტად ხელსაყრელი და ქლუზის თეორემასთან ახლოებული უფასო კვლავის სისტემა, თუმცა საბაზრო გამოცდილებამ, მათ შორის, 2008 წლის კრიზისა და არაოპტიმალური ადმინისტრირების პირობებში, აჩვენა, რომ ბაზარზე სერტიფიკატების სიჭარბეს (არადეფიციტურობას) ფასწარმოებაზე არაჯანსაღი გავლენა აქვს. 2009 წელს შეიცვალა უფასო კვლავის სისტემა, როგორც ზოგადი წესი, აუქციონით, რომელსაც უფრო დინამიური უნდა გაეხადა ბაზარი, შეექმნა სტიმულები ეკო-ინოვაციებისთვის, ყოფილიყო გამჭვირვალე, არადისკრიმინაციული მეთოდი და, რაც მთავარია, შესაბამისი ყოფილიყო „დამაბინძურებელი იხდის“ პრინციპთან, რომელიც ევროკავშირში ერთგვარი მორალური პანაცეაა. იხ. Borghesi, S., Montini M., Barreca, A., 2016. The European Emission Trading System and its Followers Comparative Analysis and Linking Perspectives, Springer, pp. 6-7.

67 Saraiva, R., 2017. Behavioural and Evolutionary Approach to the Law and Economics of Cap-and-Trade, Economic Analysis of Law in European Legal Scholarship, Volume 4, Edited by Mathi, K., Huber, R. B., p. 411.

68 EU ETS Handbook, p. 5, იხ. [ets_handbook_en.pdf \(europa.eu\)](https://ec.europa.eu/ets/handbook_en.pdf) [ბოლო წვდომა 05/03/2021]

69 Weber, H. R., 2017. Emission Trading Schemes: A Coasean Answer to Climate Change? Economic Analysis of Law in European Legal Scholarship, Volume 4, Edited by Mathi, K., Huber, R. B., pp. 361-362.

ტად ადაპტირებადი ინფლაციასთან.⁷⁰

ამა თუ იმ რესურსზე მოთხოვნისა და ოპტიმალური ღირებულების შესახებ ინფორმაციის მოწოდებისთვის თავისუფალი საბაზრო ურთიერთობები წარმოადგენს უალტერნატივო მექანიზმს. ბიუროკრატები ასეთი ტიპის ინფორმაციას ვერ ფლობენ, რათა დაადგინონ გადასახადების ოპტიმალური განაკვეთი ან ეფექტიანი რეგულაციები, ამიტომაც ხშირად დადგენილი გადასახადები არაოპტიმალურად მაღალი ან დაბალია, ხოლო რეგულაციები ძალიან მკაცრი ან მსუბუქი. პოლიტიკოსები ყოველთვის ეყრდნობიან ინტერესთა ჯგუფების (არ აქვს მნიშვნელობა, მწვანეები იქნებიან თუ ინდუსტრიალისტები) მიერ მოწოდებულ ინფორმაციას, რომლის ხარისხი დამოკიდებულია თავად ჯგუფებს შორის კონკურენციასა და იმ გარემოებაზე, რამდენად ამოძრავებთ მათ საზოგადოებრივი ინტერესები. ამ ფონზე გარეგანი ეფექტების ნეგატიური გავლენა სოციალურ ინტერესებზე არ ქრება. გარდა ინფორმაციის არასრულყოფილებისა, სიტუაციას აუარესებს ისიც, რომ ბიუროკრატები არასდროს არიან პასუხისმგებელი პირები თავიანთ ქმედებებზე, როგორც და რა ხარისხითაც საბაზრო სუბიექტები.⁷¹

ემისიების სერტიფიკატებით ვაჭრობის ერთ-ერთი პირველი დასაქართველოსთვის საინტერესო წარმატებული გამოცდილებაა სუპრანაციონალური ევროკავშირი, სადაც წარსულში სათბურ აირებზე საგადასახადო სისტემის კრახმა⁷² აჩვენა, რომ აუცილებელი

იყო მეტად ეფექტიანი ალტერნატივის მოფიქრება, რომელიც ნაკლებად შეზღუდავდა ეკონომიკას და თან ადეკვატურად უზარალებდა გარემოს დაცვის რეგიონალურ გამოწვევებს. 1997 წელს საფუძველი ჩაეყარა ევროკავშირის ემისიათა სავაჭრო ნიციბატივას, რომელმაც მოქმედება 2005 წლიდან დაიწყო ევროკავშირის საბჭოს 2003 წლის დირექტივით.⁷³ საბაზრო მექანიზმი გათვალისწინებული იყო 1997 წლის კიოტოს პროტოკოლით, სადაც ხელმომწერმა მხარეებმა ემისიათა შემცირების ამბიციური მიზნით გამოწვეული ეკონომიკური ზეწოლა ენერჯის სექტორზე დააბალანსეს და პროტოკოლში გაითვალისწინეს 3 ინოვაციური საბაზრო მექანიზმი, მათ შორის, ემისიებზე ვაჭრობა.⁷⁴ 2005 წლიდან დროთა განმავლობაში სავაჭრო ნიციბატივამ მოიცვა ევროკავშირის წევრი ყველა სახელმწიფო, ამას დაემატა ისლანდია, ნორვეგია, ლიხტენშტაინი, საერთო ჯამში 12 ათასამდე მძიმე ინდუსტრიული ობიექტი, რაც გულისხმობს ნიციბატივაში მონაწილე სახელმწიფოთა სათბური აირების ემისიების დაახლოებით 50%-ს.⁷⁵

2020 წლის კვლევა აჩვენებს, რომ ევროპის კავშირში ემისიებით ვაჭრობის სისტემა ეფექტიანია და შემცირებულია ნახშირბადის დიოქსიდის გამოყოფა 4.3%-ით წინ წელთან შედარებით,⁷⁶ ხოლო 2005 წელთან მიმართებით 33%-ით.⁷⁷ თუ-

70 Faure, G. M., Partain, A. R., 2019. Environmental Law and Economics, Cambridge University Press, p. 125.

71 Libecap, D. G., 2016. Coasean bargaining to address environmental externalities, The Elgar Companion to Ronald H. Coase, Edited by Menard, C., Bertrand, E., Edward Elgar Publishing, p. 100.

72 საწყის ეტაპზე, 1990-იანი წლებიდან ევროკავშირი ორიენტირებული იყო ცენტრალიზებულ სანებართვო-საკონტროლო სისტემაზე, რომელსაც ფართო პოლიტიკური წინააღმდეგობა შეხვდა და არაეფექტიანი აღმოჩნდა, იხ. Saraiva R., 2017. Behavioural and Evolutionary Approach to the Law and Economics of Cap-and-Trade, Economic Analysis of Law in European Legal Scholarship, Volume 4, Edited by Mathi, K., Huber, R. B., p. 422.

73 Directive of the European Parliament and of the Council 2003/87/EC იხ. [EUR-Lex – 32003L0087 – EN – EUR-Lex \(europa.eu\)](#), Directive 2009/29/EC [EUR-Lex – 32009L0029 – EN – EUR-Lex \(europa.eu\)](#) [ბოლო წვდომა 05/03/2021]

74 Baron, R., 2001. International Emission Trading From Concept to Reality, International Energy Agency, p. 13.

75 Faure, G. M., Partain, A. R., 2019. Environmental Law and Economics, Cambridge University Press, p. 126.

76 Bayer, P., Aklin, M., 2020. The European Union Emissions Trading System reduced CO2 emissions despite low prices, Proceedings of the National Academy of Sciences. 117 (16), pp. 8804–8812; ასევე იხ. Early estimates of CO2 emissions from energy use, Eurostat, 78/2020 – 6 May 2020, [e1dd6cfl-09b5-d7ee-b769-ffe63e94561e \(europa.eu\)](#) [ბოლო წვდომა 05/03/2021]

77 Graichen, J., Gores, S., Schmid, C., Mandl, N., 2021.

მცა, ინიციატივის სრულყოფილად ფუნქციონირებას ხელი შეუშალა რამდენიმე გარემოებამ: ამოქმედების პერიოდი დაემთხვა 2008 წელს ევროკავშირის ისტორიაში მანამდე ყველაზე დიდ ფინანსურ კრიზისს; იმ პერიოდში პროგრამის ფარგლებში მოქმედებდა მოდელი, რომლის თანახმადაც სახელმწიფოები დამოუკიდებლად განსაზღვრავდნენ ემისიების ზედა ზღვარს, რაც სუპრანაციონალური კავშირისთვის არაეფექტიანი მეთოდი აღმოჩნდა,⁷⁸ ხოლო ევროკავშირის ცენტრალიზებული სტრუქტურა, მათ შორის, უპირველესად ევროკავშირის მართლმსაჯულების სასამართლო (ECJ) მზად არ იყო თვალის ედევნებინა ახალი ინიციატივის სრულყოფილი იმპლემენტაციისთვის.⁷⁹ ამ ფონზე ემისიებზე ნებართვით ვაჭრობის სისტემის მთავარი პრობლემა დღეს არის სერტიფიკატების სიჭარბე.⁸⁰ ევროკავშირმა პროგრამის მოქმედების მესამე ფაზის (2013-2020) დროს შემოიღო ერთიანი სტანდარტი ემისიების ზედა ზღვრის შესახებ

და მიმოქცევიდან ამოიღო დიდი რაოდენობით ჭარბი სერტიფიკატები ფასებზე გავლენის მოხდენის მიზნით, ნებართვების უსასყიდლოდ განაწილების წესი შეიცვალა აუქციონზე გასხვისების პრინციპით,⁸¹ ასევე დაიწყო მსჯელობა ნებართვის სერტიფიკატებზე მინიმალური ფასის დაწესების შესახებ.⁸²

არათანმიმდევრული ინტერვენცია, თუნდაც კრიზისების დროს, სერტიფიკატების ბაზარზე ნეგატიურად იმოქმედებს; თუ საკუთრების უფლება ემისიებზე მასშტაბსა და დროში შეიზღუდება, ევროკავშირის სანებართვო სერტიფიკატების ბაზარი გაიზიარებს სხვა წარუმატებელი მცდელობების ბედს და გარეგანი მავნე ეფექტების ინტერნალიზაციის მცდელობაც კრახით დამთავრდება. ხშირი ცენტრალიზებული გავლენები ამ სისტემის თავისთავადობას საფრთხეს უქმნის, მაგალითად, ჭარბი რაოდენობით სერტიფიკატების ბაზრიდან ამოღებასთან ერთად ნებართვის სერტიფიკატებზე ზღვრული მინიმალური საბაზრო ფასის დაწესება გაუმართლებელია, რამდენადაც საბაზრო ფასწარმოების გარეშე არ არსებობს ინფორმაციის იმგვარი წყარო, რომლის გამოყენებითაც ცენტრალიზებული ხელისუფლება შეძლებდა საბაზრო მოთხოვნა-მიწოდების დინამიური მოდელის აღქმას. აგრეთვე, ისეთი ინდუსტრიულ სექტორებში, სადაც არსებობს რესურსების გადინების რისკი და კონკურენციაც მაღალია სხვა რეგიონებთან

Trends and projections under the Effort Sharing Legislation, European Topic Centre on Climate change mitigation and energy, p. 5.

78 ეკონომიკის თეორიაში არსებობს ე.წ. „უბილეთო მგზავრის პრობლემა“ (ინგ. Free-Rider Problem), როდესაც დიდ ჯგუფში სერვისის მომხმარებელი სარგებლობს და სანაცვლოდ, არ გაიღებს ან გაიღებს ნაკლებ ხარჯს, ვიდრე სხვები. იხ. Mankiw, G. N., 2001. Principles of Microeconomics, South-Western Cengage Learning, 6th edition, p. 220.

79 Massai, L., The Revision of the EU Emissions Trading System, European Energy Law Report 7, p. 6.

80 2008 წლის ფინანსური კრიზისი თავისი არსითა და გავლენით სერტიფიკატების სიჭარბეზე უკვე ჩამორჩება კოვიდ-19-ის რეცესიას, რომელსაც ინდუსტრიულ სფეროში შეიძლება ეკონომიკური დეპრესიაც დაერქვას, ამიტომაც პოსტ-კრიზისული ეტაპი კიდევ უფრო რთული იქნება ამ ასპექტში ემისიებით ვაჭრობის ევროპული სისტემისთვის. ეკონომიკური აქტივობის შესუსტებამ თავისთავად ემისიების რაოდენობაც შეამცირა. მოთხოვნის ამ ნეგატიურმა შოკმა კი სერტიფიკატების ფასზეც იქონია გავლენა, თუმცა ჯერ კიდევ გაურკვეველია ემისიების საბაზრო ვაჭრობის პოსტ-კრიზისული სვე-ბედი. იხ. Brunix, K., Ovaere, M., 2020. Estimating the Impact of COVID-19 on Emissions and Emission Allowance Prices Under EU ETS.

81 „ევროკავშირის ფუნქციონირების შესახებ ხელშეკრულების“ (TFEU) 192-ე მუხლის მე-2 პუნქტში მითითებაა „დამაბინძურებელი იხდის“ პრინციპზე, რომლის პრაქტიკაში იმპლემენტაციაც თავიდანვე განისაზღვრა – ერთგვარი გარდამავალი პერიოდის გასვლის შემდეგ – 2003 წლის დირექტივაში, იხ. Commission Delegated Regulation (EU) 2019/331, Official Journal of the European Union, p. 31. ასევე იხ. The Treaty of the Functioning of the European Union, Article 192 (2), <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:12012E/TXT&from=EN> [ბოლო წვდომა 05/03/2021]

82 Borghesi, S., Montini, M., Barreca, A., 2016. The European Emission Trading System and its Followers Comparative Analysis and Linking Perspectives, Springer, p. 20.

მიმართებით (სადაც ემისიებზე შეზღუდვები უფრო ლმობიერია და წარმოების ხარჯები უფრო ნაკლები) აუცილებლად უნდა იყოს შენარჩუნებული აუქციონისა და უფასოდ ნებართვების გადაცემის ინტეგრირებული მეთოდი, სხვაგვარად ევროკავშირის ეკონომიკური მომავალი იქნება ენერგოდამოკიდებული. ნებართვის ემისიებით ვაჭრობის სისტემის მაგალითზე კარგად ჩანს, რომ სამართლისა და ეკონომიკის მეთოდი შეიძლება გამოვიყენოთ არა მხოლოდ არსებული მოდელის უკეთ გასაანალიზებლად, არამედ როგორც ნორმატიული პროგრამის განსაზღვრის ინსტრუმენტი, თუმცა სამწუხაროა, რომ ნორმატიული პროგრამის განსაზღვრისას აკადემიურ წრეებში ჯერ კიდევ უგულებელყოფილია ოპერაციული დანახარჯების გავლენები საბაზრო სტრუქტურის ოპტიმალურ ფუნქციონირებაზე, ამ მხრივ აუცილებელია ემპირიული ანალიზის შემდგომი პოპულარიზება.⁸³

დასკვნა

რონალდ ქოუზი ადამ სმიდტთან ერთად ნამდვილად იყო ერთ-ერთი ყველაზე მკაფიო ალღოს პატრონი სოციალური მეცნიერი. მისი შედარება შეიძლება კიდევ ერთ რევოლუციონერ ბრიტანელთან, ჩარლზ დარვინთან, რომლის მსგავსად ქოუზიც საგულდაგულოდ აგროვებდა ფაქტებს, მონაცემებს, მტკიცებულებებს და საკითხის სრულყოფილად მოკვლევის შემდეგ, არ ერიდებოდა ყველაზე კადნიერი,⁸⁴ თუმცა

ემპირიული თეორიების დაწესებას.⁸⁵ სიცოცხლის ბოლომდე იგი არ კარგავდა ბრიტანული, ჰუმანიური ემპირიზმის მკაფიო სტილს. რონალდ ქოუზის მიერ საფუძველჩაყრილმა ეკონომიკის დარგმა პირველად შეამჩნია საბაზრო ურთიერთობების „ბნელი მატერია“,⁸⁶ რომელსაც მანვე ინტუიციურად მხარეთა შორის ურთიერთობებისა და მთლიანად საბაზრო სტრუქტურის ფორმირებაში დასდო ბრალი. ქოუზიანური მეთოდოლოგიის მთავარ ნიშად რჩება წინასწარ განსაზღვრულ, თუნდაც ძალიან დამატერებელ, ვარაუდებში დაეყვება და საფუძველანი პრაქტიკული ანალიზი, რაც ასევე წარმოადგენს სამართლისა და ეკონომიკის ინტერდისციპლინური დარგისთვის ცენტრალურ ღირებულებას.

ასეთი სამართლისა და ეკონომიკის მეთოდოლოგიის დანერგვა და განვითარება ქართულ იურისპრუდენციაში სასიცოცხლო მნიშვნელობისაა, რათა განხორციელდეს სხვადასხვა დარგის არქიტექტურის უკეთ გადააზრება და მათი ოპტიმირება ქართულ რეალობასთან, ერთ-ერთია გარემოს დაცვის სამართალი. უსაფრთხო გარემოს უზრუნველყოფა კაცობრიობის თანამედრო-

არ შეიძლება ჰქონდეთ და გამართლებულია მომსახურების ცენტრალიზებული მიწოდება. ქოუზმა 1974 წელს საფუძველიანად მოიკვლია მე-16-მე-19 საუკუნეებში ინგლისსა და უელსში შუქურათა მშენებლობის სპეციფიკა და მივიდა დასკვნამდე, რომ გაბატონებული ეკონომიკური თეორია მცდარი წარმოდგენების პროდუქტია, რადგან ეკონომისტები არ ინტერესდებოდნენ საკითხის გამოკვლევით, არამედ დაკავებულნი იყვნენ ე.წ. „დაფის ეკონომიკით“. იხ. Coase, H. R., 1974. The Lighthouse in Economics, The Journal of Law and Economics, 17(2), pp. 357-376.

83 Baudry, M., Faure, A., Quemin, S., 2020. Emissions trading with transaction costs, Centre for Climate Change Economics and Policy Working Paper 371/ Grantham Research Institute on Climate Change and the Environment Working Paper 341, London School of Economics and Political Science, p. 3.

84 ქოუზის აკადემიური სიკიუტის კიდევ ერთი მაგალითია „აკვატორიის შუქურის პრობლემა“ ეკონომიკის თეორიაში; დღემდე არსებობს გაბატონებული მოსაზრება შუქურის, რომ აღნიშნული ნაგებობა წარმოადგენს პროდუქტს, რომლის საზოგადოებრივი სარგებელი აღემატება კერძო სარგებელს, შესაბამისად, კერძო პირებს ასეთი ბიზნესის კეთების ინტერესი

85 Wallen, D., Barzel, Y., 2016. Coase's Contribution to Contract Theory, The Elgar Companion to Ronald H. Coase, Edited by Menard, C., Bertrand, E., Edward Elgar Publishing, p. 77.

86 ელემენტარული ნაწილაკების ფიზიკაში წარმოდგენილი შეუმჩნეველი მატერიის ფორმა, რომელსაც ჩვენთვის ცნობილი სამყაროს დიდი ნაწილი უკავია და ნავარაუდევია, რომ განაპირობებს მთლიანი სამყაროს სტრუქტურის ფორმირებას, იხ. [Dark Energy, Dark Matter | Science Mission Directorate \(nasa.gov\)](https://www.nasa.gov/science-mission-directorate) [ბოლო წვდომა 05/03/2021]

ვე გამოწვევაა, თუმცა თავად პრობლემაზე რეაგირება არ შეიძლება იმგვარად, რომ დაზიანდეს უფრო მეტი, ვიდრე მიღებული სარგებელია. სამწუხაროდ, გარემოს დაცვის სამართალში, იმისდა მიხედვით, თუ ვინ რომელ პოლიტიკურ სპექტრს მიეკუთვნება, დღემდე არსებობს ერთი მხრივ, სახელმწიფოს ინტერვენციის აუცილებლობის და მეორე მხრივ, საბაზრო *laissez faire* კაპიტალიზმის, როგორც უალტერნატივო გადაწყვეტების *prima facie* გამართლება. მსგავსი დამოკიდებულება გაუმართლებელია. ქოუზიცი ასეთი „დაფის“ სქოლასტიკური ეკონომიკური თეორიებისა და მეცნიერების მიმართ მტრულად იყო განწყობილი.

ემისიების სერტიფიკატებით ვაჭრობა წარმოადგენს სწორედ ერთ-ერთ, თუმცა არა ერთადერთ, ინსტრუმენტს, რომელიც ევროკავშირთან დაახლოების პროცესში საქართველოსთვის რელევანტური ხდება. როგორც გარემოს დაცვის, ისე სამართლის სხვა დარგების ანალიზისას აუცილებელია გათვალისწინებული იყოს სამართლისა და ეკონომიკის მეთოდოლოგიის ზოგადი პრინციპი, რომლის თანახმად თავისუფალი საბაზრო გაცვლა-გამოცვლა ინფორმაციის დაგროვების – მათ შორის, სამართლიან ფასებსა და სხვადასხვა რესურსის მოთხოვნაზე – ყველაზე ზუსტი და სწრაფი საშუალებაა, ხოლო სახელმწიფო ინტერვენცია არასდროსაა „უფასო“, აუცილებელია ალტერნატიული სოციალური გადაწყვეტილებების სკრუპულოზურად აწონ-დაწონვა, ფასობრივი სტიმულებისა და შედარებითი ალტერნატიული დანახარჯების გათვალისწინება, ოპერაციული დანახარჯების ემპირიული ანალიზი.⁸⁷ საბაზრო სამართლებრივ ურთიერთობებში, თუკი საკუთრების უფლება ზუსტად არ არის განსაზღვრული და უფლებაზე მოვაჭრე მხარეები იდენტიფიცირებული, გაცვლა-გამო-

ცვლა შეუძლებელი ხდება, ეკონომიკური პროდუქტიულობა მიუღწეველი, უპატრონო ეკლესიას კი ეშმაკები შეესევნიან ხოლმე.⁸⁸

87 McCann, L., 2013. Transaction costs and environmental policy design, *Ecological Economics*, Elsevier, vol. 88(C), pp. 253-62; აგრეთვე იხ. Krutilla K., Krause R., 2011. Transaction Costs and Environmental Policy: An Assessment Framework and Literature Review. *International Review of Environmental & Resource Economics*, 4(3-4), pp. 261-354.

88 „საზიარო რესურსების ტრაგედიის“ (ინგ. Tragedy of the Commons) ალუზია, როდესაც ქონებაზე საკუთრების უფლება ინდივიდუალურად არავის აქვს, თუმცა სარგებლობს შეუზღუდავად ყველა, გარკვეული დროის შემდგომ მათი კოლექტიური მოქმედებები აზიანებს და სპობს საერთო მოხმარების რესურსს, პრაქტიკული მაგალითებია ოზონის ხვრელი და სათბური აირები, იხ. Radkau J., 2002. *Natur und Macht, Eine Weltgeschichte der Umwelt*, C. H. Beck, S. 15; „საზიარო რესურსების ტრაგედიის“ ეკონომიკურ ეფექტებს ამსუბუქებს კანონმდებლობით ცალსახად განსაზღვრული კერძო საკუთრების სისტემა, თუმცა ჰაერისა და წყლის საკუთრების უფლებაში პირდაპირ კონსტრუირება რთულად წარმოსადგენია თავისუფალი ბაზრის ყველაზე გულმხურვალე მხარდაჭერისთვისაც კი, შესაბამისად, პრობლემის არსიც მეტად სპეციფიკურია და საჭიროებს არაკლასიკური მეთოდოლოგიის ინტეგრირებას, შეად. Hardin, G., 1968. *The Tragedy of the Commons*, 162 *Science* 1243, p. 1245.

THE SCOPE OF THE RIGHT TO GIVE BIRTH AT HOME AS REPRODUCTIVE SELF-DETERMINATION IN THE LEGISLATION OF GEORGIA AND THE PRACTICE OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

Nino Mdinradze

Ph.D. student at New Vision University

KEYWORDS: Home Birth, Reproductive Self-determination, Human Rights

ABSTRACT

This article discusses the scope of the right to give birth at home as reproductive self-determination in the context of Georgian law and the case-law of the European Court. Georgia, like many other member states of the Council of Europe, unconditionally prefers the model of hospital delivery to protect maternal and fetal life and health. It is true that under Georgian law, home birth is not prohibited as such, however except for emergencies, medical staff is authorized to provide medical care only in a licensed medical premise. That equates to a restriction of the right. Despite the legitimate interest in restricting the right to give birth at home, scientific studies have confirmed the similarity between the consequences of home birth and hospital delivery in the case of low-risk pregnancies.

The blanket ban on the right to give birth at home became the object of debate in the European Court in 2010. The court explained that the right to respect for private life enshrined in the Convention includes not only a person's decision to become or not to become a parent, but also the choice of conditions. According to the court, childbirth is a unique and delicate moment in a woman's life, and the determination of the place of childbirth is fundamentally related to a woman's personal life. The European Court has discussed the availability and foreseeability of national legislation in the context of restricting the right to give birth at home. The Court has ruled that national authorities must ensure the clarity (if any) of the responsibility for providing obstetric services at home. However, the Court has still left open the issue of the need to restrict the right to give birth at home on the grounds of a lack of consensus among the member states of the Council of Europe and the complex socio-economic aspects of the issue.

INTRODUCTION

For centuries, home birth had been the norm, the only alternative.¹ In 1847, for the first time in the United States (Massachusetts), a Boston physician administered anesthesia to Ms. Fanny Appleton Longfellow to ease labor pains.² In

the following years, the active use of anesthesia during childbirth significantly led to the establishment of the practice of hospital delivery.³ By the 1970s, hospital delivery had actually (99%) replaced the model of home birth.⁴ Herewith, the development of medical technology facilitated this transformation.⁵ At the same time, one of the important factors that led to the radical increase in the rate of hospital delivery was the international scientific consensus on better protection of the life and health of both mother and newborn in a medical premise.⁶

In the second half of the 20th century, several international and regional human rights instruments were adopted,⁷ which unanimously recognized the immanent link between human dignity and personal autonomy. The international community focused on issues of human self-determination and respect for private life, including the right to reproduction. However, unlike the right to contraception and abortion, the right to give birth at home as a component of reproductive self-determination has remained beyond the legal agenda.⁸ As a result, the legal regulation of home birth has become subject to the consideration and evaluation of each state.

Be noted that most countries, including Georgia, give an unconditional advantage to

1 Hildingsson, I., Waldenstrom, U., & Radestad, I., 2003. Swedish Women's Interest in Home Birth and In-Hospital Birth Center Care, *Birth*, (30:1), 11; Leachman, E. (2019, February 11). Most women give birth in hospital – but it's got more to do with World War II than health, *The Conversation*, Retrieved from <<http://theconversation.com/most-women-give-birth-in-hospital-but-its-got-more-to-do-with-world-war-ii-than-health-110647>> [Last seen 27.05.2021]; American Pregnancy Association, (2019, April 25), Home Births, Retrieved from <<http://americanpregnancy.org/healthy-pregnancy/labor-and-birth/home-birth-652/>> [Last seen 06.06.2021].

2 Pittinger, B. C., 1987. The anesthetization of Fanny Longfellow for Childbirth on April 7, 1847, *Anesthesia & Analgesia*, (66), 368-369, in McCartney, C., 2014. Childbirth Rights: Legal Uncertainties Under the European Convention after *Ternovsky v. Hungary*, *North Carolina Journal of International Law and*

Commercial Regulation, Vol(40), N(2), p. 548.

3 MacDorman, F. M., Mathews, T. J., & Declercq, E., 2012. Home Births in the United States: 1990-2009, NCHS data brief, (84), in McCartney, C., 2014. 549.

4 McCartney, C., 2014. p. 549.

5 Ibid.

6 Hatcher, L. (Leavitt, W. J. Ed.), 1999. "The Living Mother of a Living Child"; *Midwifery and Mortality in Postrevolutionary New England, Women and Health in America: Historical Readings* (48), 49-55, in McCartney, C., 2014. p. 544.

7 E.g., Universal Declaration of Human Rights of 10 December, 1948; Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms of 4 November, 1950; International Covenant on Civil and Political Rights of 16 December, 1966; Charter of Fundamental Rights of the European Union of 18 December, 2000, etc.

8 Spence, A. R., 2012. Abandoning Women to Their Rights: What Happens When Feminist Jurisprudence Ignores Birthing Rights, *The Cardozo Journal of Law and Gender*, Vol (19), N (1), 75-76. in McCartney, C., 2014. p. 544.

the model of hospital delivery to reduce the rate of maternal and infant morbidity and mortality. Indeed, most national laws do not provide for a direct ban on home birth.⁹ However, except for emergencies, the inability to obtain the services of licensed medical staff (obstetricians and gynecologists) outside of medical premises factually restricts the exercise of the right to give birth at home.

The right to respect for private life is not absolute,¹⁰ although its restriction is allowed only in cases strictly defined by law. Not only national but also under international human rights law, one of the legitimate aims of restricting the right to respect for one's private life is to protect the rights of others,¹¹ which in the context of home birth undoubtedly means protecting the right to life of fetus/newborn. However, numerous studies have confirmed the similarity of the outcomes of maternal and neonatal life and health status in low-risk pregnancies in inpatient (hospital) and home births.¹² According to the World Health Organization, based on an analysis of data from 1990-2013, in the Netherlands, where the home birth rate is high (up to 30%),¹³ only 6 cases of maternal deaths per 100,000 live births were reported, while the figures have risen to 8 in the United Kingdom and 28 in the United States, where the hospital delivery rate is up to 99%.¹⁴

9 McCartney, C., 2014. p. 546.

10 Gelashvili, I., 2012. Civil status of the embryo, (Dissertation,), TSU, 30.

11 See. Article 8(2) of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms; Article 15(1) of the Constitution of Georgia.

12 Rossi, A. C & Prefumo, F., 2018. Planned home versus planned hospital births in women at low-risk pregnancy: A systematic review with meta-analysis, *European Journal of Obstetrics & Gynecology and Reproductive Biology*, (222), 106; Jonge, A., et al., 2009. Perinatal mortality and morbidity in a nationwide cohort of 529 688 low-risk planned home and hospital births, *BJOG: an international journal of obstetrics and gynaecology*, Vol (116).

13 See. <http://www.expatica.com/nl/healthcare/womens-health/home-births-in-the-netherlands-100749/> [Last seen 06.06.2021].

14 WHO, Maternal Mortality in 1990-2013, in McCartney, C., 2014. p. 544.

Recently, following scientific research, the right to give birth at home has gained special actuality.¹⁵ Regulations that impose blanket or implicit exclusion of the service of medical staff during home birth and thus violate the concept of personal self-determination and autonomy¹⁶ are the subject to adjudication by the courts, including the European Court of Human Rights (*hereafter 'European Court'*). Although the issue of the right to give birth at home has not been the subject to scientific discussion in Georgia so far, given the urgency and importance of the European Convention and case-law of European Court for Georgian law, it is advisable to analyze the compatibility of the legislation of Georgia with the case-law of the European Court.

THE RIGHT TO GIVE BIRTH AT HOME AS A COMPONENT OF REPRODUCTIVE SELF-DETERMINATION

In the scientific literature, reproductive self-determination is considered an integral component of reproductive rights, which, in a general sense, implies the right to make decisions freely and independently on reproductive health issues.¹⁷ More specifically, reproductive rights include a wide range of rights related to the functioning of the reproductive system, including the right to receive information regarding contraception, abortion, conceiving, safe pregnancy, and childbirth, to decide independently the number of children, and the time of birth, etc.¹⁸ Moreover, reproductive rights include issues related to pregnancy, including prenatal care and delivery conditions.¹⁹

15 Nove, A., Berrington, A., & Matthews, Z., 2012. The methodological challenges of attempting to compare the safety of home and hospital birth in terms of the risk of perinatal death, *Midwifery*, 28(5), p. 619.

16 McCartney, C., 2014. p. 546.

17 Lencio, A. D., 2018. Towards Reproductive Justice: The Human Rights Implications and the Constitutionality of the No Home Birthing Ordinances, *Ateneo Law Journal*, 63(2), p. 443.

18 Lencio, A. D., 2018. 444; Gelashvili, I., 2012. p. 29.

19 Hayden, S., 2004. The Business of Birth: Obstacles Facing Low-Income Women in Choosing Midwifery

Be noted that the right to reproductive self-determination is examined in both negative and positive aspects.²⁰ In particular, the negative aspect of reproductive self-determination includes the right to freedom, intimacy (isolation), protection from unjustified interference with one's private life.²¹ As for the positive aspect of reproductive self-determination, it implies the right to autonomy,²² the right to make decisions freely and independently on reproductive health.²³ Thus, in the context of determining the conditions of childbirth, the right to give birth at home is a component of reproductive self-determination.

THE SCOPE OF THE RIGHT TO GIVE BIRTH AT HOME IN THE LEGISLATION OF GEORGIA

The legislation of Georgian recognizes and protects human rights in the field of reproduction. Citizens of Georgia have the right to determine the number of children and the time of their birth under article 136 of the Law of Georgia on Health Care. Though, the legislation leaves beyond regulation the exercise of the right to give birth at home. In Georgia, as in many states of the Council of Europe, home birth is not explicitly prohibited.²⁴ However, except for emergencies, one can only receive the medical services of certified obstetricians within a licensed medical premise, particularly in a perinatal service provider.²⁵

Moreover, the legislation of Georgia provides for the classification of perinatal care providers considering their capacity (levels), which, according to the risk, ensures the implementation of a differentiated care system for pregnant women, mothers, and infants.²⁶ So, this regulation excludes even low-risk women (uncomplicated pregnancies) to receive the services of an obstetrician-gynecologist during a planned home birth.

Herewith, a basic (I) level institution providing basic care for mothers and newborns, in addition to technical requirements,²⁷ must meet staffing requirements.²⁸ In particular, the basic (I) level institution should have obstetrician-gynecologist, midwives, and nurses with the necessary skills and experience in physiological childbirth management, a neonatologist with neonatal resuscitation skills, anesthesiologist-resuscitator. Under the regulation, all deliveries have to be managed by an obstetrician-gynecologist. The neonatologist has to evaluate and monitor the newborn. In addition, a sub-legal normative act defines the professional competencies and specializations of medical specialties. Even a basic (I) level premise designed for low-risk physiological childbirth should have a referral network inclusion plan for complications.

Article 36 of the Law of Georgia on Patients' Rights and Article 46 of the Law of Georgia on Medical Practice protect the right of a woman giving birth as a patient to refuse undesirable medical intervention unless it is necessary for live birth and carries minimal risks to woman's health and life. Indeed, the law protects the autonomy of the woman. However, it operates within the scope of receiving obstetric services in a medical premise, not the home.

Considering the nature of the legislation reg-

Care after the Licensed Practice Act of 1993, Berk. Women's L. J. 19(1), 257-267, in Lencio, A. D., 2018. p. 448.

20 Shalev, C., 2000. Rights to Sexual and Reproductive Health: The ICPD and the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women, Health Hum. RTS. 4, 38, 46, in Lencio, A. D., 2018. p. 447.

21 Lencio, A. D., 2018. p. 447.

22 U. N. Committee on the Elimination of Discrimination against Women 1999. Report of the Committee on the Elimination of Discrimination Against Women, 14, U.N. Doc. A/54/38/Rev.1, in Lencio, A. D., 2018. 472.

23 Shalev, C., 2000. in Lencio, A. D., 2018. p. 447.

24 ECHR, *Dubská and Křežzová v. The Czech Republic*, no.28859/11, no.28473/12, 15.11.2016, §68.

25 A medical premise that provides partum and postpartum services.

26 See. Article 1(2) of the Order N01-2/N of the Minister of Labor, Health and Social Affairs of Georgia of 15 January 2015 on the approval of the levels of regionalization of perinatal services and the criteria of patient referral.

27 Annex XVI of the Resolution N385 of the Government of Georgia of December 17, 2010 on the Approval of the Regulations on the Rules and Conditions for Issuing a Medical Activity License and a Stationary Institution Permit establishes additional technical requirements for an obstetric-neonatal service provider.

28 Ibid. Annex 1.2., Article 1, Paragraph 2.

ulating health care and the system-logical interpretation of the mentioned norms, we can conclude that obstetric services are not allowed in Georgia during the planned home birth.

THE CONSTITUTIONAL BASIS OF THE RIGHT TO GIVE BIRTH AT HOME

In the field of health care, one of the main declared principles of Georgian state policy is the protection of human rights and freedoms, recognition of dignity and autonomy of the patient,²⁹ which undoubtedly indicates the impact of constitutional law on healthcare legislation.

Articles 12 and 15 of the Constitution, which protect the rights to free development and private and family life, should be considered the constitutional basis of reproductive rights in Georgia.³⁰ The right to free development of the person includes the right to feel one's own personality, which, among other rights, encompasses a wide range of reproductive rights.³¹

At the same time, the right to free development of the person protects "freedom of will and action of a person, both in private and public space."³² Article 12 of the Constitution of Georgia "protects the freedom of a person to lead his own life at his discretion"³³ and "includes the freedom of a person to dispose of his physical and mental realm at his discretion, regardless of whether such a decision will have a positive or negative effect on him."³⁴

The most important component of the right to free development of the person is personal autonomy,³⁵ which is also an integral part of the

fundamental right to liberty.³⁶ It is worthy to note, that most women decide to give birth at home to have control over the birth process, to feel like an autonomous and independent individual during the most important life experience.³⁷ Herewith, hospital (inpatient) delivery carries a high risk of performing medical interventions without the informed consent of the mother-to-be.³⁸

According to the Constitutional Court of Georgia, freedom of behavior also includes a person's right to choose the content, form, and timing of its implementation.³⁹ As the private sphere of a person's private life is the specification of the right to free development of the person, the free and independent behavior of a person within the framework of reproductive self-determination automatically falls into the sphere protected by the right to private life.

The right to private life protects all possible aspects of reproduction,⁴⁰ while the right to free development of the person ensures the freedom of reproductive rights, action within the framework of reproductive self-determination, freedom of behavior.

Of the greatest importance of the above rights, they are not absolute and unlimited.⁴¹ In the context of the free development of a person, one enjoys the freedom of behavior, the scope of which is conditioned only by conduct prohibited by law. Therefore, a person has the right to do everything according to his will, choice, and ability, which is not prohibited by law.⁴² Herewith, "action prohibited by law" is always subject to

29 Paragraph "b" of Article 4 of the Law of Georgia on Health Care.

30 Gelashvili, I., 2012. p. 29.

31 Gelashvili, I., 2012. p. 30.

32 Constitutional Court of Georgia, Case N2/4/570 August 4, 2016, II, 9, in Eremadze, K., 2020. Fundamental Rights for Liberty, Tbilisi, p. 136.

33 Eremadze, K., 2020. p. 145.

34 Constitutional Court of Georgia, Case N2/4/532,533, October 8, 2014, II, 35, in Eremadze, K., 2020. pp. 145-146.

35 Constitutional Court of Georgia, Case N2/1/536,

February 4, 2014, II, 54, in Eremadze, K., 2020. 135.

36 Shalev, C., 2000. in Lencio, A. D., 2018. p. 447.

37 Cohen, A. F., 2005. The Midwifery Stalemate and Childbirth Choice: Recognizing Mothers-to-Be as the Best Late Pregnancy Decisionmakers, *Indiana Law Journal*, Vol (80:849), 874, in Lencio, A. D., 2018. 435.

38 Spence, A. R., 2012. Abandoning Women to Their Rights: What Happens When Feminist Jurisprudence Ignores Birthing Rights, *The Cardozo Journal of Law and Gender*, Vol (19), N (1), 82, in McCartney, C., 2014. p. 545.

39 Eremadze, K., 2020. p. 146.

40 Gelashvili, I., 2012. p. 30.

41 Eremadze, K., 2020. p. 146.

42 Constitutional Court of Georgia, Case N1/1/625,640, April 14, 2016, II, 8, in Eremadze, K., 2020. p. 146.

evaluation in the context of proportionality.⁴³ In particular, the right to free development of a person may be restricted following from the rights and common good protected preferably.⁴⁴ Thus, the basis for the restriction of human freedom may be only a law that, in its normative content, meets the requirements of the protection of the fundamental rights of another person, the constitutional order.⁴⁵ Therefore, to justify a restriction of the right to give birth at home within the framework of reproductive self-determination, the legitimate aim of the interference with the right be to protect others' interests or rights of fundamental importance, taking into account the principle of proportionality.

According to Article 15(1) of the Constitution of Georgia, the right to private life is restricted only by the law, to ensure necessary state or public security in a democratic society or to protect the rights of others, which in the context of home birth undoubtedly encompasses the right to life of newborn and legitimate interest of society in public health care. The subject of the legal assessment is the legality (in the broadest sense) of the restriction of the right to give birth at home, the need and the proportionality of the interference with the right to achieve a legitimate aim. Given the importance of the normative content of the rights protected by the European Convention for Georgia⁴⁶ and the existence of the case-law of the European Court on this cases, the issue of restricting the right to give birth at home will be discussed in the following chapters in the context of the European Convention and case-law of the European Court.

THE RIGHT TO GIVE BIRTH AT HOME ACCORDING TO THE EUROPEAN CONVENTION

The European Convention does not provide for a private right to give birth at home. It is part of the reproductive rights, which, in turn, falls within the scope of the right to respect for private life as protected by Article 8 of the European Convention. The European Court, in the case of *Costello-Roberts v. the United Kingdom*,⁴⁷ has clarified that private life in its broadest sense is not subject to an exhaustive definition.⁴⁸ Though, cases related to reproduction, including homebirth, are discussed on the grounds of the alleged violation of Article 8 of the Convention.⁴⁹

Be noted that the right to respect for private life, like most rights protected by the European Convention, is not absolute. In addition, the European Convention sets out the scope of the exercise of the restriction of rights.⁵⁰ In particular, any right protected by the Convention may not be restricted for any aim other than that provided for in the Convention.⁵¹ All possible grounds for restriction of the rights protected by Article 8, including the necessary protection of national security, public safety, morals, rights, and freedoms of others, are given in the second part of the same article.

The fact that the European Convention allows for the restriction of specific rights does not necessarily alleviate the Contracting States exercising discretionary powers as the burden of proving the legality of any interference with the law rests with the State. For a restriction to

43 Eremadze, K., 2020. p. 146.

44 Constitutional Court of Georgia, Case N 2/1/536, February 4, 2014, II, 65, in Eremadze, K., 2020. p. 147.

45 Eremadze, K., 2020. p. 147.

46 Korkelia, K., 2008. Towards the integration of European standards: the European Convention on Human Rights and the experience of Georgia, Tbilisi, pp. 6-7, 26.

47 ECHR, *Costello-Roberts v. the United Kingdom*, no.13134/87, 25.03.1993.

48 Human Rights Center of the Supreme Court of Georgia, 2017. The right to respect for private and family life and the obligations of the state, p. 23.

49 UN, 2014. Reproductive Rights Are Human Rights, Handbook For National Human Rights Institutions, 206. Retrieved from <http://www.ohchr.org/documents/publications/nhrihandbook.pdf> [Last seen 25.05.2021].

50 Article 18 of the European Convention of Human Rights.

51 Korkelia, K., 2008. p. 23.

meet the test of legitimacy, it must be provided by law, serve a legitimate aim, and be necessary in a democratic society.⁵² For the states, it is less difficult to meet the requirements of the lawfulness of the restriction or legitimate aim than to justify a "necessity in a democratic society." The European Court has stated in several cases that "necessity" does not necessarily mean favorable, reasonable, or even desirable.⁵³ The notion of necessity implies that the restriction of rights must be proportionate to the achievement of a legitimate aim and conditioned by an urgent social need.⁵⁴ To determine the proportionality of the restriction, one has to assess many factors, including the rights of an individual, the nature (severity) of the restriction, the public interest, and the public policy.⁵⁵ According to the principle of margin of appreciation established in the case law of the European Court, the Court imposes self-restraint on its power of review, accepting that domestic authorities are best placed to settle a dispute.⁵⁶

Herewith, the lack (even non-existence) of consensus among the Member States on a particular issue increases the likelihood that states will act within the margin of appreciation.⁵⁷ Nevertheless, this principle does not imply the unrestricted exercise of powers. The legitimacy of the restriction is subject to review by the European Court.⁵⁸ As the European Court principally determines the normative content of the rights protected by the European Convention, it is advisable to consider the scope and content of the right to give birth at home in the context of the case-law of the European Court.

THE RIGHT TO GIVE BIRTH AT HOME ACCORDING TO THE CASE-LAW OF THE EUROPEAN COURT

a) Ternovsky v. Hungary

For the first time, the European Court considered the right to give birth at home in 2010 in the case of *Ternovszky v. Hungary* (no. 67545/09).⁵⁹ According to the present case, on 15 December 2009, a Hungarian citizen, Ms. Anna Ternovsky (*hereafter the 'applicant'*), applied to the European Court. The applicant intended to give birth at her home, with the help of medical staff, rather than in a hospital or a birth home.⁶⁰ However, given the Decree of the Hungarian Government, any health professional assisting a home birth run the risk of conviction for a regulatory offense. Herewith, at least one such prosecution had taken place in recent years. In the applicant's view, current provisions effectively dissuaded health professionals from assisting those wishing home birth which amounted to a violation of her right to respect for private life under Article 8 of the European Convention.

The applicant further pointed out that making an informed choice of the conditions of giving birth belonged to the hardcore of self-determination provided for in Article 8, which she was not able to do under the existing legislation. Relying on a Recommendation⁶¹ of the World Health Organization, the applicant emphasized that hospital and home births were equal alternatives and an informed choice of mother-to-be must be respected.

According to the Hungarian Government, the right to self-determination under Article 8 did not yield any positive obligation to widen the range of choices available within the health care system.

52 Korkelia, K., 2008. p. 17.

53 Bokhashvili, B., Khutsishvili, K., 2004. Case law of the European Court of Human Rights, GYLA, Tbilisi, 282; Korkelia, K., 2008. p. 21.

54 Korkelia, K., 2008. p. 21.

55 Bokhashvili, B., Khutsishvili, K., 2004. pp. 283-284.

56 Korkelia, K., 2008. p. 22.

57 Bokhashvili, B., Khutsishvili, K., 2004. p. 257.

58 Korkelia, K., 2008. pp. 21-22.

59 ECHR, *Ternovszky v. Hungary*, no., 67545/09, 14.12.2010; Lencio, A. D., 2018. p. 456.

60 At the time of the introduction of the application, the applicant was pregnant with her second child.

61 Recommendation of the World Health Organization (WHO/FRH/MSM/96.24), Care in Normal Birth: a practical guide, Retrieved from <<http://helid.digicollection.org/en/d/Jwho06e/3.4.html>> [Last seen 01.06.2021].

In the Government's view, in any event, the right to self-determination might be subject to restrictions within the margin of appreciation enjoyed by the Contracting State.

It should be noted that where there was no consensus amongst the Member States of the Council of Europe, either as to the relative importance of the interest at stake or as to the best means of protecting it, particularly where the case raises sensitive moral or ethical issues, this margin would be wider. There would also usually be a wide margin if the State was required to strike a balance between competing private and public interests or Convention rights. The Hungarian Government indicated that home birth was not supported or regulated in many other Member States, and there was no consensus as to how to strike a fair balance between the mother's right to give birth at home and the child's right to life and health.

According to the Hungarian Government, home birth was no longer prohibited. However, it was not encouraged or supported either because of the inherent risks of mothers' and newborns' health and lives. According to statistics, in 2008-2009, there were about 150 cases of planned home births in Hungary while only one administrative procedure was instituted in connection with home birth, which, in the Government's view, indicated the fact that the legislation did not effectively dissuade medical staff from providing assistance at home. The Hungarian government further indicated that, in recent years, there had been several home births assisted by health professionals, which ended in hospitals or resulted in the death or serious injury of the newborn. With this in mind, On 14 December 2009, the Hungarian Parliament adopted an act authorizing the Government to regulate the conditions of birth outside an institution and to define the grounds for excluding home birth. At the stage of proceedings before the European Court, the legislative process was currently underway. Thus, the Government submitted that the lack of regulations on home birth in the relevant period did not amount to a breach of the applicant's right to self-determination under Article 8 of the Convention.

The European Court clarified that for Article 8 of the Convention, "*Private life is a broad term encompassing, inter alia, aspects of an individual's physical and social identity including the right to personal autonomy, personal development and to establish and develop relationships with other human beings and the outside world,*⁶² and it incorporates the right to respect for both the decisions to become and not to become a parent"⁶³.

The Court clarified that for the Convention, the circumstances of giving birth incontestably form part of one's private life. Indeed, the applicant was not prevented as such from giving birth at home. However, the choice of giving birth in one's home would normally entail the involvement of medical staff. Accordingly, for the European Court, legislation which dissuaded medical staff from assisting during homebirth amounted to breach of the right to respect for private life. Once the European Court had found a violation of the applicant's right to respect for her private life, he had to determine the lawfulness of the interference. The Court explained that the concept of the lawfulness of the interference apart from conformity with national law also implies qualitative requirements in the domestic law such as foreseeability and, generally, an absence of arbitrariness.

The Court clarified that "the State should provide adequate legal protection to the right in the regulatory scheme, notably by ensuring that the law is accessible and foreseeable, enabling individuals to regulate their conduct accordingly". According to the court, indeed, the State acted within the wide margin of appreciation, however, the regulation should ensure a proper balance between societal interests and the right at stake. In the context of homebirth, this implies respect for the personal choice of a mother-to-be, except where other rights render necessary the restriction thereof. Herewith, the exercise of childbirth-related choices requires some legal

62 See further. ECHR, *Pretty v. the United Kingdom*, no., 2346/02, 29.04.2002, §61.

63 See further. ECHR, *Evans v. the United Kingdom*, no., 6339/05, 10.04.2007, §71.

certainty that the choice is lawful and not subject to sanctions, directly or indirectly. In addition, for the Court, it is debated in medical science whether homebirth as such carries significantly higher risks than giving birth in a hospital.⁶⁴

The Court indicated that the Hungarian Health Act recognized patients' right to self-determination in the context of medical treatment, including the right to reject certain interventions. At the same time, Government Decree sanctioned medical personnel who carry out activities within their qualifications in a manner that is incompatible with the law or their license. Given that the Hungarian legislation did not contain norms regulating home birth, the Court found that the existed provisions were contradictory in the context of home birth. Indeed, according to the parliamentary act, the Hungarian government should have determined the conditions of out-of-hospital childbirth and its exclusionary grounds, although legislative changes had not yet been implemented at the time of consideration of the complaint. Given that proceeding had already been instituted against the medical staff for providing services at home during childbirth, the Court concluded that Hungarian law was generally unpredictable, meaning that the interference with the law failed to meet the criterion of legality. Accordingly, the European Court found a violation of Article 8 of the Convention.

b) Dubska and Krejzova v. The Czech Republic

The Grand Chamber of the European Court of Human Rights discussed the right to give birth at home in the context of the negative obligation of the State in the case of *Dubska and Krejzova v. the Czech Republic*.⁶⁵ According to the present case, the first applicant, Sarka Dubska, gave birth to her first child in a hospital without any complications, in 2007. According to the applicant, she had a bad experience of hospital deliv-

ery, including unnecessary manipulations, giving birth in an uncomfortable position, being hospitalized despite the satisfactory state of health of the mother and newborn, and so on.

In 2010, the applicant became pregnant with her second child. Studies conducted during pregnancy indicated that the pregnancy proceeded without complications. Given the stressful experience of hospital delivery, the applicant wanted to give birth at home. However, under Czech law, health professionals, including obstetricians, were authorized to provide medical care only within a medical premise with the appropriate technical equipment.⁶⁶ The applicant gave birth to her second child at home without the assistance of obstetricians on 11 May 2011.

The second applicant, Alexandra Krejzova, gave birth to her children at home in 2008 and 2010 with the assistance of a midwife. The midwives attended the births without any authorization from the State. According to the applicant, before deciding to give birth at home, she had visited several medical premises which had all refused her requests to deliver the baby without any medical intervention that was not strictly necessary. They had also refused to agree to her wish for uninterrupted contact with the baby from the moment of birth, as the regular practice was to take the child away from the mother immediately after the birth to be weighed and measured and for further medical observation which took about two hours in total.

In 2011, the second applicant became pregnant with her third child. She still wished to give birth at home, but this time she couldn't find a midwife willing to assist because of the risk of a heavy fine if medical services were provided without authorization. So, the applicant was forced to give birth in a maternity hospital. Although both she and the newborn were healthy and no complications had occurred during the delivery, they were detained in the hospital for seventy-two hours. The newborn had been separated from the applicant after the birth, and before leaving the maternity hospital the remains of

64 Jonge, A., et al., 2009. 1177-84, in ECHR, *Ternovszky v. Hungary*, no., 67545/09, 14.12.2010, § 24.

65 ECHR, *Dubska and Krejzova v. The Czech Republic*, no.28859/11, no.28473/12, 15.11.2016.

66 Dute, J., 2017. *European Court of Human Rights, European Journal of Health Law*, Vol. 24, no. 2, p. 210.

the child's umbilical cord had been cut off despite her wishes to the contrary.

The applicants appealed to the European Court. They argued that under Czech law, health professionals were not allowed to attend home birth and assist women giving birth at home that amounted to a violation of Article 8 of the European Convention. The court noted that issues related to childbirth, including the choice of place of birth, fell within the scope of the mother's private life. The court considered it appropriate to analyze the applicants' claim in the context of the State's negative obligation. Thus, the European Court had to assess whether the fact that it had been impossible for the applicants to be assisted by midwives when giving birth at home amounted to an interference with their right to respect for their private life.

At first, the European Court clarified that the interference was in accordance with the law since, although the Czech legislation was not entirely clear and obvious, the applicants had nevertheless been able to foresee with a degree that was reasonable in the circumstances that the assistance of a health professional at a home birth was not permitted by law. According to the court, the interference had served a legitimate aim to protect the health and safety of both the newborn and the mother.

As to whether the interference had been necessary in a democratic society, the Court explained that the present issue fell within the scope of a wide margin of appreciation. While it is true that the most of the studies available to the European Court indicated that there was no increased risk of home birth compared to hospital delivery, however, the Court estimates that this did not exclude the danger of homebirth. The reduction of risk depended on several factors, including that the delivery was low-risk, attended by a qualified midwife and close to a hospital in the event of an emergency. The Czech Government indicated that even where a pregnancy seemed to be without complications there was a risk of complication of delivery, and in case of need the absence of emergency medical care endangered the life and health of the mother and

fetus. Thus, the Court held that the Czech authorities had not exceeded the wide margin of appreciation. Therefore, there was no violation of article 8. On 10 March 2015, under Article 43 of the European Convention, the applicants requested that the present case be heard by the Grand Chamber.

In the present case, the Grand Chamber extended the concept of private life protected by Article 8 of the European Convention. It reiterated in this connection that in the case of *Odièvre v. France*⁶⁷ the Court held that "birth, and in particular the circumstances in which a child is born, forms part of a child's, and subsequently the adult's, private life guaranteed by Article 8 of the Convention". Moreover, in the case of *Ternovszky v. Hungary (no. 67545/09)*, the court held that "the circumstances of giving birth incontestably form part of one's private life protected by the convention". Herewith, the Grand Chamber explained that giving birth is a unique and delicate moment in a woman's life. It includes issues of physical and moral integrity, medical care, reproductive health, and the protection of health-related information. These issues, including the determination of the place of birth, are fundamentally linked to a woman's private life and thus fall within the scope of Article 8 of the Convention.

The Grand Chamber, like the Chamber, approached the present case in the context of a negative obligation on the part of the State, as applicants relied mainly on a legislative ban on the provision of medical care during a planned home birth. First, the court noted that giving birth at home as such was not prohibited by Czech law.⁶⁸ The Grand Chamber clarified that the Medical Services Act entered into force in 2012, according to which, except in exceptional cases, only licensed medical personnel was authorized to provide medical services.

In addition, the decree of the Ministry of Health defined the criteria that must be met by the medical institutions indicated in the license. A

67 ECHR, *Odièvre v. France*, no., 42326/98, 13.02.2013, §29.

68 Lencio, A. D., 2018. p. 457.

person provided medical services otherwise than in accordance with the law could be fined.

The court explained that despite some inaccuracies or ambiguities in the law, the applicants were nevertheless able to foresee that their private homes did not satisfy the requirements set out for the maternity ward. The legitimacy of the state policy encouraging inpatient delivery, which was to protect the life and health of the mother and newborn, was also clear to the Court. The Grand Chamber of the European Court clarified that "interference will be considered "necessary in a democratic society" for the achievement of a legitimate aim if it answers a "pressing social need" and, in particular, if it is proportionate to the legitimate aim pursued". The court explained that it is primarily up to the national authorities to assess the necessity of interference to achieve the legitimate aim. Because of their direct connection to the issue, a wide margin is usually allowed to the States when there is no consensus amongst member states and the issue to be discussed is morally and ethically sensitive. It should be noted that home birth, rather than ethical or moral issues, relates to a significant public interest in the area of public health.⁶⁹ At the same time, to fulfill the obligations undertaken by the state in the field of public health, a wide scope of action is required to establish the rules for the functioning of the health care system.⁷⁰ The Court noted that the present case, due to its complexity, required a comprehensive assessment of the issue by the national authorities, including the study of scientific data on risks associated with inpatient and home births.⁷¹ In addition, general social and economic policy considerations come into play, including the allocation of financial means, since budgetary resources may need to be changed.⁷²

Moreover, the European Court held that there is no consensus amongst the member states of the Council of Europe on this issue. In particular, the Court noted that home births are provided for in domestic law and regulated in twenty member

States, but the right to choose this mode of delivery is never absolute and is always dependent on certain medical criteria.⁷³ In addition, national health insurance covers home birth in only fifteen of these countries.⁷⁴ The Court further noted that home births are beyond the regulation in twenty-three other countries, some of which had reported cases of home births, albeit in a legal vacuum, without state funding.⁷⁵ In the light of these considerations, the Court took the view that the margin of appreciation to be afforded to the national authorities in the present case must be a wide one, while not being unlimited.⁷⁶ The Court took into consideration the Government's argument that considering all available studies, home birth might be riskier than hospital delivery even if childbirth proceeds without any complications since unexpected difficulties can arise during the delivery which would require immediate cesarean intervention. The Court noted that, in this case, the full medical service might be provided only within the medical premises.

The Court clarified that in States, where home births are allowed, certain preconditions must be fulfilled, including the pregnancy must be "low risk", a qualified midwife must be present at the birth and transfer the woman to hospital if necessary, and such a transfer must be ensured in a very short time.⁷⁷ The Court noted that the applicants could have opted to give birth in one of the local maternity hospitals, where their wishes would in principle have been satisfied. Here-with, the Court noted the progress in improving the maternity wards but called on the Czech government to take further steps. Based on the above reasoning, the Court found that interference with the applicants' right to respect for their private life was not disproportionate. Thus, the Grand Chamber of the European Court found no violation of Article 8 in the present case.

69 Dute, J., 2017. p. 211.

70 Ibid.

71 Ibid.

72 Ibid.

73 Ibid.

74 Ibid.

75 Dute, J., 2017. 212.

76 See further. Mdinardze, N., 2020. The right to self-determination on genetic origin in the practice of the European Court of Human Rights, *Law and Justice*, N3 (67)20, p. 128.

77 Dute, J., 2017. p. 212.

Be noted that the present decision is accompanied by the dissenting opinion of several judges. According to the judges, the European Court should have considered the issue in the context of not a negative but a positive obligation of the state since Czech law as such did not prohibit home birth.⁷⁸ The judges argued that Czech law did not even promote public health but endangered the lives of women who wanted to give birth at home but were forced to give birth without the assistance of qualified medical personnel.⁷⁹

The judges held that there could be no equality between protecting the safety of mothers and newborns and giving blanket preference for childbirth in a medical premise.⁸⁰ They referred to an excerpt from the decision of the Czech Constitutional Court: *"a modern democratic State founded on the rule of law is based on the protection of individual and inalienable freedoms, the delimitation of which closely relates to human dignity. That freedom, which includes freedom in personal activities, is accompanied by a certain degree of acceptable risk. The right of parents to a free choice of the place and mode of delivery is limited only by the interest in the safe delivery and health of the child. That interest cannot, however, be interpreted as an unambiguous preference for deliveries in hospital."*

The judges held that Czech legislation renders home births de facto impossible. This constituted an interference with mothers' freedom of choice that is not proportionate.⁸¹ They explained that in "low-risk" pregnancies, it is reasonable for parents to determine the place of birth of their child, of course, taking into account the protection of the life of the newborn. It is noteworthy that in 2018-2019, the European Court of Human Rights has again discussed the right to give birth at home,⁸² although it has not set a standard different from existing practice.

78 Lencio, A. D., 2018. pp. 458-459.

79 Ibid.

80 Ibid.

81 Dute, J., 2017. p. 213.

82 ECHR, Pojatina v. Croatia, no., 18568/12, 04.10.2018; ECHR, Kosaite-Cypiene and Others v. Lithuania, no., 69489/12. 04.06.2019.

CONCLUSION

The right to give birth at home is a component of reproductive self-determination. The European Court of Human Rights, in the first case regarding the right to give birth at home,⁸³ has further expanded the concept of private life protected by Article 8 of the Convention and held that it involves not only the decision of a person to become or not to become a parent but also the choice of conditions for becoming a parent. Later, the Grand Chamber of the European Court explained that childbirth is a unique and delicate moment in a woman's life. It includes issues of physical and moral integrity, medical care, reproductive health, and the protection of health-related information. These issues, including the determination of the place of birth, are fundamentally linked to a woman's private life.

The European Court of Human Rights has discussed the availability and foreseeability of national legislation in the context of restricting the right to give birth at home and has ruled that local authorities must ensure the clarity of the liability (if any) for providing obstetric services at home. However, the Court has still left open the issue of the necessity and proportionality to restrict the right to give birth at home on the grounds of a lack of consensus among the member states of the Council of Europe and the complex socio-economic aspects of the issue.

Nevertheless, in some member states of the Council of Europe, where regulatory legislation blanketly restricted the right to give birth at home, significant steps have been taken supported by the European Court of Human Rights. In particular, the European Court has instructed the Contracting States to ensure, as far as possible, the proportionate protection of private and public interests, and to prevent disproportionate restrictions on a woman's reproductive rights by a blanket restriction on the right to give birth at home. In addition, states should take into account the health status of the pregnant woman, the degree of pregnancy complication, the expe-

83 ECHR, Ternovszky v. Hungary, no., 67545/09, 14.12.2010.

rience of childbirth, the geographical location of the planned home birth, the possibility of finding emergency medical care, and so on.

The law of Georgia mainly meets the standard set by the European Court, as the current legislation provides an opportunity to foresee a

ban on planned home births. However, given the latest trends of the European Court, it is recommended to ensure the exercise of the right to give birth at home in low-risk pregnancy, taking into account the protection of the right to life of the fetus.

NOTES:

1. Hildingsson, I., Waldenstrom, U., & Radestad, I., 2003. Swedish Women's Interest in Home Birth and In-Hospital Birth Center Care, *Birth*, (30:1), 11; Leachman, E. (2019, February 11). Most women give birth in hospital – but it's got more to do with World War II than health, *The Conversation*, Retrieved from <<http://theconversation.com/most-women-give-birth-in-hospital-but-its-got-more-to-do-with-world-war-ii-than-health-110647>> [Last seen 27.05.2021]; American Pregnancy Association, (2019, April 25), Home Births, Retrieved from <<http://americanpregnancy.org/healthy-pregnancy/labor-and-birth/home-birth-652/>> [Last seen 06.06.2021]. (In English)
2. Pittinger, B. C., 1987. The anesthetization of Fanny Longfellow for Childbirth on April 7, 1847, *Anesthesia & Analgesia*, (66), 368-369, in McCartney, C., 2014. *Childbirth Rights: Legal Uncertainties Under the European Convention after Ternovsky v. Hungary*, *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation*, Vol(40), N(2), p. 548. (In English)
3. MacDorman, F. M., Mathews, T. J., & Declercq, E., 2012. Home Births in the United States: 1990-2009, NCHS data brief, (84), in McCartney, C., 2014. p. 549. (In English)
4. McCartney, C., 2014. p. 549. (In English)
5. Ibid.
6. Hatcher, L. (Leavitt, W. J. Ed.), 1999. "The Living Mother of a Living Child"; *Midwifery and Mortality in Postrevolutionary New England, Women and Health in America: Historical Readings* (48), 49-55, in McCartney, C., 2014. p. 544. (In English)
7. E.g., Universal Declaration of Human Rights of December 10, 1948; Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms of 4 November 1950; International Covenant on Civil and Political Rights of 16 December 1966; Charter of Fundamental Rights of the European Union of 18 December 2000, etc. (In Georgian)
8. Spence, A. R., 2012. Abandoning Women to Their Rights: What Happens When Feminist Jurisprudence Ignores Birthing Rights, *The Cardozo Journal of Law and Gender*, Vol (19), N (1), pp. 75-76. in McCartney, C., 2014. p. 544.
9. McCartney, C., 2014. p. 546. (In English)
10. Gelashvili, I., 2012. Civil status of the embryo, (Dissertation,), TSU, 30. (In Georgian)
11. See. Article 8(2) of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms; Article 15(1) of the Constitution of Georgia. (In Georgian)
12. Rossi, A. C & Prefumo, F., 2018. Planned home versus planned hospital births in women at low-risk pregnancy: A systematic review with meta-analysis, *European Journal of Obstetrics & Gynecology and*

- Reproductive Biology, (222), 106; Jonge, A., et al., 2009. Perinatal mortality and morbidity in a nationwide cohort of 529 688 low-risk planned home and hospital births, *BJOG: an international journal of obstetrics and gynaecology*, Vol (116). (In English)
13. See further. <<http://www.expatica.com/nl/healthcare/womens-health/home-births-in-the-netherlands-100749/>> [Last seen 06.06.2021]. (In English)
 14. WHO, Maternal Mortality in 1990-2013, in McCartney, C., 2014. p. 544. (In English)
 15. Nove, A., Berrington, A., & Matthews, Z., 2012. The methodological challenges of attempting to compare the safety of home and hospital birth in terms of the risk of perinatal death, *Midwifery*, 28(5), p. 619. (In English)
 16. McCartney, C., 2014. p. 546. (In English)
 17. Lencio, A. D., 2018. Towards Reproductive Justice: The Human Rights Implications and the Constitutionality of the No Home Birthing Ordinances, *Ateneo Law Journal*, 63(2), p. 443. (In English)
 18. Lencio, A. D., 2018. 444; (In English); Gelashvili, I., 2012. p. 29. (In Georgian)
 19. Hayden, S., 2004. The Business of Birth: Obstacles Facing Low-Income Women in Choosing Midwifery Care after the Licensed Practice Act of 1993, *Berk. Women's L. J.* 19(1), pp. 257-267, in Lencio, A. D., 2018. p. 448. (In English)
 20. Shalev, C., 2000. Rights to Sexual and Reproductive Health: The ICPD and the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women, *Health Hum. RTS.* 4, 38, 46, in Lencio, A. D., 2018. p. 447. (In English)
 21. Lencio, A. D., 2018. p. 447. (In English)
 22. U. N. Committee on the Elimination of Discrimination against Women 1999. Report of the Committee on the Elimination of Discrimination Against Women, 14, U.N. Doc. A/54/38/Rev.1, in Lencio, A. D., 2018. p. 472. (In English)
 23. Shalev, C., 2000. in Lencio, A. D., 2018. p. 447. (In English)
 24. ECHR, *Dubska and Krejzova v. The Czech Republic*, no.28859/11, no.28473/12, 15.11.2016, § 68. (In English)
 25. A medical premise that provides partum and postpartum services.
 26. See. Article 1(2) of the Order N01-2/N of the Minister of Labor, Health and Social Affairs of Georgia of 15 January 2015 on the approval of the levels of regionalization of perinatal services and the criteria of patient referral. (In Georgian)
 27. Annex XVI of the Resolution N385 of the Government of Georgia of December 17, 2010 on the Approval of the Regulations on the Rules and Conditions for Issuing a Medical Activity License and a Stationary Institution Permit establishes additional technical requirements for an obstetric-neonatal service provider. (In Georgian)
 28. Ibid. Annex 1.2., Article 1, Paragraph 2. (In Georgian)
 29. Paragraph "b" of Article 4 of the Law of Georgia on Health Care. (In Georgian)
 30. Gelashvili, I., 2012. p. 29. (In Georgian)
 31. Ibid.
 32. Constitutional Court of Georgia, Case N2/4/570 August 4, 2016, II, 9, in Eremadze, K., 2020. *Fundamental Rights for Liberty*, Tbilisi, 136. (In Georgian)
 33. Eremadze, K., 2020. 145. (In Georgian)

34. Constitutional Court of Georgia, Case N2/4/532,533, October 8, 2014, II, 35, in Eremadze, K., 2020. pp. 145-146. (In Georgian)
35. Constitutional Court of Georgia, Case N2/1/536, February 4, 2014, II, 54, in Eremadze, K., 2020. p. 135. (In Georgian)
36. Shalev, C., 2000. in Lencio, A. D., 2018. p. 447. (In English)
37. Cohen, A. F., 2005. The Midwifery Stalemate and Childbirth Choice: Recognizing Mothers-to-Be as the Best Late Pregnancy Decisionmakers, Indiana Law Journal, Vol (80:849), 874, in Lencio, A. D., 2018. p. 435. (In English)
38. Spence, A. R., 2012. Abandoning Women to Their Rights: What Happens When Feminist Jurisprudence Ignores Birthing Rights, The Cardozo Journal of Law and Gender, Vol (19), N (1), 82, in McCartney, C., 2014. p. 545. (In English)
39. Eremadze, K., 2020. p. 146. (In Georgian)
40. Gelashvili, I., 2012. p. 30. (In Georgian)
41. Eremadze, K., 2020. p. 146. (In Georgian)
42. Constitutional Court of Georgia, Case N1/1/625,640, April 14, 2016, II, 8, in Eremadze, K., 2020. p. 146. (In Georgian)
43. Eremadze, K., 2020. p. 146. (In Georgian)
44. Constitutional Court of Georgia, Case N 2/1/536, February 4, 2014, II, 65, in Eremadze, K., 2020. p. 147. (In Georgian)
45. Eremadze, K., 2020. 147. (In Georgian)
46. Korkelia, K., 2008. Towards the integration of European standards: the European Convention on Human Rights and the experience of Georgia, Tbilisi, 6-7, p. 26. (In Georgian)
47. ECHR, Costello-Roberts v. the United Kingdom, no.13134/87, 25.03.1993. (In English)
48. Human Rights Center of the Supreme Court of Georgia, 2017. The right to respect for private and family life and the obligations of the state; p. 23. (In Georgian)
49. UN, 2014. Reproductive Rights Are Human Rights, Handbook For National Human Rights Institutions, 206. Retrieved from <http://www.ohchr.org/documents/publications/nhrihandbook.pdf> [Last seen 25.05.2021]. (In English)
50. Article 18 of the European Convention of Human Rights. (In Georgian)
51. Korkelia, K., 2008. p. 23. (In Georgian)
52. Korkelia, K., 2008. p. 17. (In Georgian)
53. Bokhashvili, B., Khutsishvili, K., 2004. Case law of the European Court of Human Rights, GYLA, Tbilisi, 282; Korkelia, K., 2008. p. 21. (In Georgian)
54. Korkelia, K., 2008. p. 21. (In Georgian)
55. Bokhashvili, B., Khutsishvili, K., 2004. pp. 283-284. (In Georgian)
56. Korkelia, K., 2008. p. 22. (In Georgian)
57. Bokhashvili, B., Khutsishvili, K., 2004. p. 257. (In Georgian)
58. Korkelia, K., 2008. pp. 21-22. (In Georgian)
59. ECHR, Ternovszky v. Hungary, no., 67545/09, 14.12.2010; Lencio, A. D., 2018. p. 456. (In English)
60. At the time of the introduction of the application, the applicant was pregnant with his second child.
61. Recommendation of the World Health Organization (WHO/FRH/MSM/96.24), Care in Normal Birth: a practical guide, Retrieved from <http://helid.digicollection.org/en/d/Jwho06e/3.4.html> [Last seen 01.06.2021]. (In English)
62. See further. ECHR, Pretty v. the United Kingdom, no., 2346/02,

- 29.04.2002, §61. (In English)
63. See further. ECHR, *Evans v. the United Kingdom*, no., 6339/05, 10.04.2007, §71. (In English)
64. Jonge, A., et al., 2009., 1177-84, in ECHR, *Ternovszky v. Hungary*, no., 67545/09, 14.12.2010. §24. (In English)
65. ECHR, *Dubska and Krejzova v. The Czech Republic*, no.28859/11, no.28473/12, 15.11.2016. (In English)
66. Dute, J., 2017. *European Court of Human Rights*, *European Journal of Health Law*, Vol. 24, no. 2, 210. (In English)
67. ECHR, *Odievre v. France*, no., 42326/98, 13.02.2013, §29. (In English)
68. Lencio, A. D., 2018. 457. (In English)
69. Dute, J., 2017. 211. (In English)
70. Ibid.
71. Ibid.
72. Ibid.
73. Ibid.
74. Ibid.
75. Ibid, p. 212.
76. See further. Mdinradze, N., 2020. *The right to self-determination on genetic origin in the practice of the European Court of Human Rights*, *Law and Justice*, N3(67)20, p. 128. (In Georgian)
77. Dute, J., 2017. p. 212. (In English)
78. Lencio, A. D., 2018. 458-459. (In English)
79. Ibid.
80. Ibid.
81. Dute, J., 2017. p. 213. (In English)
82. ECHR, *Pojatina v. Croatia*, no., 18568/12, 04.10.2018; ECHR, *Kosaite-Cypiene and Others v. Lithuania*, no., 69489/12. 04.06.2019. (In English)
83. ECHR, *Ternovszky v. Hungary*, no., 67545/09, 14.12.2010. (In English)

ბინაზე მშობიარობის უფლების, როგორც რეპროდუქციული თვითგამორკვევის, ფარგლები საქართველოს კანონმდებლობასა და ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს პრაქტიკაში

ნინო მდინარაძე

ნიუ ვიჟენ უნივერსიტეტის სამართლის სკოლის
დოქტორანტი

საკვანძო სიტყვები: ბინაზე მშობიარობა, რეპროდუქციული
თვითგამორკვევა, ადამიანის უფლებები

აბსტრაქტი

წინამდებარე სტატია განიხილავს ბინაზე მშობიარობის უფლების, როგორც რეპროდუქციული თვითგამორკვევის ფარგლების საკითხს საქართველოს კანონმდებლობისა და ევროპული სასამართლოს პრაქტიკის ქრილში. საქართველო, ევროპის საბჭოს წევრი არაერთი სახელმწიფოს მსგავსად, უპირობო უპირატესობას ანიჭებს სტაციონარულ მშობიარობას დედათა და ნაყოფის სიცოცხლისა და ჯანმრთელობის დაცვის მოტივით. მართალია, ქართული კანონმდებლობით, ბინაზე მშობიარობა, როგორც ასეთი აკრძალული არ არის, თუმცა, სამედიცინო პერსონალი გადაუდებელი შემთხვევების გარდა, უფლებამოსილია

სამედიცინო მომსახურება განიოს მხოლოდ ლიცენზირებულ სამედიცინო დაწესებულებაში, რაც ფაქტობრივად უფლების შეზღუდვას უტოლდება. ბინაზე მშობიარობის უფლების შეზღუდვის ლეგიტიმური ინტერესის მიუხედავად, მეცნიერული კვლევებით დადასტურდა დაბალი რისკის ფეხმძიმობისას ბინაზე და სტაციონარული მშობიარობის შედეგების მსგავსება.

ბინაზე მშობიარობის უფლების ბლანკეტური აკრძალვა 2010 წელს გახდა ევროპული სასამართლოს მსჯელობის საგანი, სადაც სასამართლომ განმარტა, რომ კონვენციით დაცული პირადი ცხოვრების პატივისცემის უფლება მოიცავს არა მხოლოდ პირის გადაწყვეტილებას გახდეს ან არ გახდეს მშობელი, არამედ მშობლად გახდომის პირობების არჩევასაც. სასამართლომ განმარტებით, მშობიარობა წარმოადგენს ქალის ცხოვრებაში უნიკალურ და დელიკატურ მომენტს, ხოლო მშობიარობის ადგილის განსაზღვრა ფუნდამენტურ კავშირშია ქალის პირად ცხოვრებასთან. ევროპულმა სასამართლომ ბინაზე მშობიარობის უფლების შეზღუდვის კონტექსტში იმსჯელა ეროვნული კანონმდებლობის ხელმისაწვდომობისა და განჭვრეტადობის საკითხზე და დაადგინა, რომ ეროვნულმა ხელისუფლებებმა უნდა უზრუნველყონ ბინაზე სამედიცინო მომსახურების გაწვევისთვის დაკისრებული პასუხისმგებლობის (ასეთის არსებობის შემთხვევაში) სიცხადე და მკაფიოობა. თუმცა, სასამართლომ ჯერ კიდევ ღიად დატოვა ბინაზე მშობიარობის უფლების შეზღუდვის საჭიროებისა და თანაზომიერების საკითხი ევროპის საბჭოს წევრ სახელმწიფოთა შორის კონსენსუსის ნაკლებობისა და საკითხის რთული სოციალურ-ეკონომიკური ასპექტების საფუძვლით.

შენსაკალი

საუკუნეების განმავლობაში, ბინაზე მშობიარობა¹ წარმოადგენდა ნორმას, ერ-

თადერთ ალტერნატივას.² 1847 წელს, პირველად ამერიკის შეერთებულ შტატებში (მასაჩუსეტსი), ბოსტონელმა ექიმმა ქალბატონ ლონგფელოუს (*Fanny Appleton Longfellow*), სამშობიარო ტკივილების შემცირების მიზნით, გაუკეთა გაუტკივარება, ანესთეზია.³ მომდევნო წლებში, მშობიარობის პროცესში ანესთეზიის აქტიურად გამოყენებამ მნიშვნელოვნად განაპირობა სამედიცინო დაწესებულებაში (სტაციონარში) მშობიარობის პრაქტიკის დამკვიდრება.⁴ მე-20 საუკუნის 70-იანი წლებისთვის სტაციონარულმა მშობიარობამ ფაქტობრივად სრულად ჩაანაცვლა (99%-ით) ბინაზე მშო-

ბიარობის (Homebirth) სამართლებრივი დეფინიციისთვის გამოვიყენოთ „ბინაზე მშობიარობის“ ცნება რამდენადაც, ერთი მხრივ, ქართულ კანონმდებლობაში არ გვხვდება “Homebirth”-ის ზუსტი შესატყვისი, ხოლო, მეორე მხრივ, ქართული კანონმდებლობა იცნობს ბინაზე, როგორც სამედიცინო დაწესებულების მიღმა მკურნალობის ცნებას. მაგალითად, „ნარკოზის ჩანაცვლებითი სპეციალური პროგრამით მკურნალობის განხორციელების შესახებ“ საქართველოს შრომის, ჯანმრთელობისა და სოციალური დაცვის მინისტრის 2014 წლის 3 ივლისის №01-41/ნ ბრძანების მე-8 მუხლის მე-2 პუნქტის თანახმად, პაციენტის სხვა სტაციონარში ან ბინაზე მკურნალობის შემთხვევაში მისთვის ანალიზის ჩატარების სიხშირე და მიზანშეწონილობა დგინდება მკურნალი ექიმის მიერ.

2 Hildingsson, I., Waldenstrom, U., & Radestad, I., 2003. Swedish Women’s Interest in Home Birth and In-Hospital Birth Center Care, *Birth*, (30:1), 11; Leachman, E. (2019, February 11). Most women give birth in hospital – but it’s got more to do with World War II than health, *The Conversation*, Retrieved from <<http://theconversation.com/most-women-give-birth-in-hospital-but-its-got-more-to-do-with-world-war-ii-than-health-110647>> [Last seen 27.05.2021]; American Pregnancy Association, (2019, April 25), Home Births, Retrieved from <<http://americanpregnancy.org/healthy-pregnancy/labor-and-birth/home-birth-652/>> [Last seen 06.06.2021].

3 Pittinger, B. C., 1987. The anesthetization of Fanny Longfellow for Childbirth on April 7, 1847, *Anesthesia & Analgesia*, (66), 368-369, in McCartney, C., 2014. Childbirth Rights: Legal Uncertainties Under the European Convention after *Ternovsky v. Hungary*, *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation*, Vol(40), N(2), p. 548.

4 MacDorman, F. M., Mathews, T. J., & Declercq, E., 2012. Home Births in the United States: 1990-2009, NCHS data brief, (84), in McCartney, C., 2014. p. 549.

1 წინამდებარე ნაშრომის მიზნებისთვის, მიზანშეწონილია, რომ სახლის პირობებში, შინ მშო-

ბიარობის მოდელი, რასაც, თავის მხრივ, ხელი შეუწყო სამედიცინო ტექნოლოგიების განვითარებამ.⁵ ამასთან, ერთ-ერთი მნიშვნელოვანი ფაქტორი, რამაც სტაციონარული მშობიარობის მაჩვენებლის რადიკალური ზრდა გამოიწვია, გახლდათ სამედიცინო დაწესებულების პირობებში როგორც დედის, ასევე ახალშობილის სიცოცხლისა და ჯანმრთელობის უკეთ დაცვის შესახებ საერთაშორისო სამეცნიერო კონსენსუსი.⁶

მე-20 საუკუნის მეორე ნახევარში მიღებულ იქნა ადამიანის უფლებების დაცვის მიმართულებით არაერთი საერთაშორისო და რეგიონალური დოკუმენტი,⁷ რომლებმაც ერთხმად აღიარა ადამიანურ ღირსებასა და პირად ავტონომიას შორის იმანენტური კავშირი. საერთაშორისო საზოგადოების ყურადღების ცენტრში მოექცა ადამიანის პიროვნული თვითგამორკვევისა და პირადი ცხოვრების პატივისცემის, მათ შორის რეპროდუქციის უფლებრივი საკითხები. თუმცა, კონტრაცეფციისა და აბორტის უფლებისგან განსხვავებით, ბინაზე მშობიარობის უფლება, როგორც რეპროდუქციული თვითგამორკვევის კომპონენტი სამართლებრივი დღის წესრიგის მიღმა აღმოჩნდა.⁸ შედეგად, ბინაზე მშობიარობის სამართლებრივი რეგულირება ინდივიდუალური, თითოეული სახელმწიფოს მიხედულებისა და შეფასების საგნად იქცა.

5 McCartney, C., 2014. p. 549.

6 Hatcher, L. (Leavitt, W. J. Ed.), 1999. "The Living Mother of a Living Child"; Midwifery and Mortality in Postrevolutionary New England, Women and Health in America: Historical Readings (48), 49-55, in McCartney, C., 2014. p. 544.

7 მაგ., 1948 წლის 10 დეკემბრის ადამიანის უფლებათა საყოველთაო დეკლარაცია; 1950 წლის 4 ნოემბრის ადამიანის უფლებათა და ძირითად თავისუფლებათა დაცვის კონვენცია; 1966 წლის 16 დეკემბრის საერთაშორისო პაქტი სამოქალაქო და პოლიტიკური უფლებების შესახებ; 2000 წლის 18 დეკემბრის ევროპის კავშირის ძირითად უფლებათა ქარტია და სხვ.

8 Spence, A. R., 2012. Abandoning Women to Their Rights: What Happens When Feminist Jurisprudence Ignores Birthing Rights, The Cardozo Journal of Law and Gender, Vol (19), N (1), 75-76. in McCartney, C., 2014. p. 544.

აღსანიშნავია, რომ სახელმწიფოთა უმეტესობა, მათ შორის საქართველოც, მშობიარობასთან დაკავშირებული ავადობისა და გარდაცვალების მაჩვენებლის შემცირების მიზნით, უპირობო უპირატესობას სტაციონარული მშობიარობის მოდელს ანიჭებს. მართალია, ეროვნულ კანონმდებლობათა უმეტესობა არ მიუთითებს ბინაზე მშობიარობის პირდაპირ აკრძალვაზე, თუმცა, გადაუდებელი შემთხვევების გარდა, სამედიცინო დაწესებულებების მიღმა ლიცენზირებული სამედიცინო პერსონალის (მებან-გინეკოლოგების) მომსახურების მიღების შეუძლებლობა ფაქტობრივად წარმოადგენს ბინაზე დაგეგმილი მშობიარობის უფლების რეალიზების შეზღუდვას.⁹

ცხადია, პირადი ცხოვრების პატივისცემის უფლება არ არის აბსოლუტური უფლება,¹⁰ თუმცა მისი შეზღუდვა დაიშვება მხოლოდ კანონით მკაცრად განსაზღვრულ შემთხვევებში. არა მხოლოდ ეროვნული, არამედ ადამიანის უფლებათა საერთაშორისო სამართლით პირადი ცხოვრების პატივისცემის უფლების შეზღუდვის ერთ-ერთ ლეგიტიურ მიზნად განსაზღვრულია „სხვათა უფლებების“ დაცვა,¹¹ რაც ბინაზე მშობიარობის კონტექსტში, უდავოდ გულისხმობს ნაყოფის (ახალშობილის) სიცოცხლის უფლების დაცვას. თუმცა, არაერთმა კვლევამ დაადასტურა დაბალი რისკის ფემინიზმისას სტაციონარსა და ბინაზე მშობიარობის შემთხვევებში დედათა და ახალშობილთა (ნეონატალური) სიცოცხლისა და ჯანმრთელობის მდგომარეობის შედეგების მსგავსება.¹² ამასთან, ჯანდაცვის მსოფლიო

9 McCartney, C., 2014. p. 546.

10 გელაშვილი, ი., 2012. ჩანასახის სამოქალაქო-სამართლებრივი მდგომარეობა, (დის.), თსუ, 30.

11 იხ., ადამიანის უფლებათა და ძირითად თავისუფლებათა დაცვის კონვენციის მე-8 მუხლის მე-2 პუნქტი; საქართველოს კონსტიტუციის მე-15 მუხლის 1-ლი პუნქტი.

12 Rossi, A. C & Prefumo, F., 2018. Planned home versus planned hospital births in women at low-risk pregnancy: A systematic review with meta-analysis, European Journal of Obstetrics & Gynecology and Reproductive Biology, (222), 106; Jonge, A., et al., 2009. Perinatal mortality and morbidity in a nationwide cohort of 529

ორგანიზაციის ანგარიშის მიხედვით, 1990-2013 წლების მონაცემთა ანალიზის საფუძველზე, ნიდერლანდებში, სადაც ბინაზე მშობიარობის ყველაზე მაღალი მაჩვენებელი (30%-მდე) და სახელმწიფოს მიერ წახალისებული სისტემა,¹³ 100 000 ნაყოფის ცოცხლად დაბადებაზე ქალთა გარდაცვალების მხოლოდ 6 შემთხვევა დაფიქსირდა, მაშინ როდესაც აღნიშნულმა მაჩვენებელმა გაერთიანებულ სამეფოში 8-ს, ხოლო ამერიკის შეერთებულ შტატებში 28-ს მიაღწია, სადაც სტაციონარული მშობიარობის ნიშნული 99%-მდეა.¹⁴

უკანასკნელ პერიოდში, სამეცნიერო კვლევების კვალდაკვალ, ბინაზე მშობიარობის უფლებრივმა საკითხმა განსაკუთრებული აქტუალობა შეიძინა.¹⁵ რეგულაციები, რომლებიც ბლანკეტურად თუ იმპლიციტურად გამორიცხავს სამედიცინო პერსონალის დახმარებით ბინაზე დაგეგმილი მშობიარობის შესაძლებლობას და ამდენად, ხელყოფს პიროვნული თვითგამორკვევისა და ავტონომიის კონცეფციას,¹⁶ წარმოადგენს სასამართლოების, მათ შორის ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს განსჯის საგანს. მიუხედავად იმისა, რომ საქართველოში ბინაზე მშობიარობის უფლებრივი საკითხი დღემდე არ გამხდარა სამეცნიერო დისკუსიის საგანი, ქართული მართლწესრიგისთვის ევროპული კონვენციისა და სასამართლოს პრაქტიკის აქტუალობისა და მნიშვნელობის გათვალისწინებით, მიზანშეწონილია, გაანალიზდეს ქართული კანონმდებლობის ევროპული სასამართლოს პრაქტიკასთან შესაბამისობა.

ბინაზე მშობიარობის უფლება, როგორც რეპროდუქციული თვითგამორკვევის კომპონენტი

სამეცნიერო ლიტერატურაში, რეპროდუქციული თვითგამორკვევა რეპროდუქციული უფლებების შემადგენელ კომპონენტად განიხილება, რაც, ზოგადი განმარტებით, რეპროდუქციული ჯანმრთელობის საკითხებთან დაკავშირებული გადაწყვეტილების თავისუფლად და დამოუკიდებლად მიღების უფლებას გულისხმობს.¹⁷ უფრო კონკრეტულად, რეპროდუქციული უფლებები გულისხმობს რეპროდუქციული სისტემის ფუნქციონირებასთან დაკავშირებულ უფლებათა ფართო სპექტრს, მათ შორის, კონტრაცეფციის, აბორტის, ჩასახვის, უსაფრთხო ფეხმძიმობასა და მშობიარობასთან დაკავშირებული ინფორმაციის მიღების, შვილების რაოდენობისა და დაბადების დროის დამოუკიდებლად განსაზღვრის უფლებებს და სხვ.¹⁸ მეტიც, რეპროდუქციული უფლებები მოიცავს ფეხმძიმობასთან, მათ შორის პრენატალურ მზრუნველობასთან და მშობიარობის პირობებთან დაკავშირებულ საკითხებს.¹⁹

აღსანიშნავია, რომ რეპროდუქციული თვითგამორკვევის უფლება განიხილება როგორც ნეგატიური, ასევე პოზიტიური ასპექტის კონტექსტში.²⁰ კერძოდ, რეპროდუქციული თვითგამორკვევის ნეგატიური ასპექტი მოიცავს თავისუფლების, ინტიმურობის (განმარტოების), პირად ცხო-

688 low-risk planned home and hospital births, BJOG: an international journal of obstetrics and gynaecology, Vol (116).
 13 დამატებით იხ., <<http://www.expatica.com/nl/healthcare/womens-health/home-births-in-the-netherlands-100749/>> [Last seen 06.06.2021].
 14 WHO, Maternal Mortality in 1990-2013, in McCartney, C., 2014. p. 544.
 15 Nove, A., Berrington, A., & Matthews, Z., 2012. The methodological challenges of attempting to compare the safety of home and hospital birth in terms of the risk of perinatal death, Midwifery, 28(5), p. 619.
 16 McCartney, C., 2014. p. 546.

17 Lencio, A. D., 2018. Towards Reproductive Justice: The Human Rights Implications and the Constitutionality of the No Home Birthing Ordinances, Ateneo Law Journal, 63(2), p. 443.
 18 Lencio, A. D., 2018. 444; გელაშვილი, ი., 2012. p. 29.
 19 Hayden, S., 2004. The Business of Birth: Obstacles Facing Low-Income Women in Choosing Midwifery Care after the Licensed Practice Act of 1993, Berk. Women's L. J. 19(1), 257-267, in Lencio, A. D., 2018. p. 448.
 20 Shalev, C., 2000. Rights to Sexual and Reproductive Health: The ICPD and the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women, Health Hum. RTS. 4, 38, 46, in Lencio, A. D., 2018. p. 447.

ვრებაში დაუსაბუთებელი ჩარევისგან დაცულობის უფლებას.²¹ რაც შეეხება რეპროდუქციული თვითგამორკვევის პოზიტიურ ასპექტს, იგი გულისხმობს ავტონომიის,²² რეპროდუქციულ ჯანმრთელობასთან დაკავშირებით არჩევანის, გადაწყვეტილების თავისუფლად და დამოუკიდებლად მიღების უფლებას.²³ ამდენად, მშობიარობის პირობების განსაზღვრის კონტექსტში, ბინაზე მშობიარობის უფლება წარმოადგენს რეპროდუქციული თვითგამორკვევის კომპონენტს.

ბინაზე მშობიარობის უფლების ფარგლები ქართულ კანონმდებლობაში

საქართველოს კანონმდებლობა აღიარებს და იცავს ადამიანის უფლებებს რეპროდუქციის სფეროში. მიუხედავად იმისა, რომ „ჯანმრთელობის დაცვის შესახებ“ საქართველოს კანონის 136-ე მუხლის თანახმად, საქართველოს ყველა მოქალაქეს უფლება აქვს დამოუკიდებლად განსაზღვროს შვილების რაოდენობა და მათი დაბადების დრო, პოზიტიური კანონმდებლობა რეგულირების მიღმა ტოვებს მშობიარობის პირობების, კერძოდ ბინაზე მშობიარობის უფლებით სარგებლობის საკითხს. საქართველოში, ევროპის საბჭოს არაერთი სახელმწიფოს მსგავსად, ბინაზე მშობიარობა, როგორც ასეთი, პირდაპირ არ იკრძალება.²⁴ თუმცა, მშობიარობის პროცესში სერტიფიცირებული ექიმ-სპეციალისტების სამედიცინო მომსახურებით სარგებლობა მხოლოდ ლიცენზირებული სამედიცინო დაწესებულებების, კერძოდ პერინატალური სერვისების მიმწოდებელი

დაწესებულებების²⁵ ფარგლებში შეიძლება, გარდა გადაუდებელი შემთხვევებისა.

მეტიც, საქართველოს კანონმდებლობა ითვალისწინებს ორსულთა, დედათა და ახალშობილთა პერინატალური მომსახურების მიმწოდებელი დაწესებულებების კლასიფიკაციას მათი სიმძლავრეების (დონეების) მიხედვით, რაც, რისკის შესაბამისად, უზრუნველყოფს ორსულების, დედებისა და ახალშობილებისთვის მოვლის დიფერენცირებული სისტემის დანერგვას,²⁶ რაც გამორიცხავს თუნდაც დაბალი რისკის ჯგუფის ქალისთვის (გაურთულებელი ორსულობა) სერტიფიცირებული მეან-გინეკოლოგის მომსახურების მიღებას ბინაზე დაგეგმილი მშობიარობისას.

ამასთან, დადგენილია, რომ საბაზისო (I) დონის დაწესებულება, რომელიც აწარმოებს დედათა და ახალშობილთა ბაზისურ მოვლას, გარდა ტექნიკური მოთხოვნებისა,²⁷ უნდა აკმაყოფილებდეს საკადრო მოთხოვნებს.²⁸ კერძოდ, საბაზისო (I) დონის დაწესებულებას, უნდა ჰყავდეს: მეან-გინეკოლოგი, ბებიქალები და ექთნები, რომლებსაც გააჩნიათ ფიზიოლოგიური მშობიარობის მართვის გამოცდილება და საჭირო უნარ-ჩვევები, ნეონატალოგი ახალშობილთა რეანიმაციის უნარ-ჩვევებით, ანესთეზიოლოგ-რეანიმატოლოგი. ასევე, განსაზღვრულია, რომ ყველა მშობიარობა მართოს მეან-გინეკო-

21 Lencio, A. D., 2018. p. 447.

22 U. N. Committee on the Elimination of Discrimination against Women 1999. Report of the Committee on the Elimination of Discrimination Against Women, 14, U.N. Doc. A/54/38/Rev.1, in Lencio, A. D., 2018. p. 472.

23 Shaley, C., 2000. in Lencio, A. D., 2018. p. 447.

24 ECHR, Dubska and Krejzova v. The Czech Republic, no.28859/11, no.28473/12, 15.11.2016, §68.

25 სამედიცინო დაწესებულება, რომელიც ახლორციელებს მშობიარობასთან დაკავშირებულ და მშობიარობის შემდგომ მომსახურებებს.

26 „პერინატალური სამსახურების რეგონალიზაციის დონეებისა და პაციენტის რეფერალის კრიტერიუმების დამტკიცების შესახებ“ საქართველოს შრომის, ჯანმრთელობისა და სოციალური დაცვის მინისტრის 2015 წლის 15 იანვრის N01-2/6 ბრძანების 1-ლი მუხლის მე-2 პუნქტი.

27 „სამედიცინო საქმიანობის ლიცენზიისა და სტაციონარული დაწესებულების ნებართვის გაცემის წესისა და პირობების შესახებ დებულებების დამტკიცების თაობაზე“ საქართველოს მთავრობის 2010 წლის 17 დეკემბრის N385 დადგენილების XVI დანართით დადგენილია სამედიცინო-ნეონატალური მომსახურების გამწევი სტაციონარისთვის დამატებითი ტექნიკური მოთხოვნები.

28 იქვე, დანართი 1.2. 1-ლი მუხლის მე-2 პუნქტი.

ლოგმა, ხოლო ახალშობილის შეფასება და მასზე დაკვირვება განახორციელოს ნეონატოლოგმა. ასევე, საექიმო სპეციალობათა პროფესიული კომპეტენციები და სპეციალიზაციები განსაზღვრულია კანონქვემდებარე ნორმატიული აქტით. საბაზისო (I) დონის დაწესებულებასაც კი, რომელიც განკუთვნილია დაბალი რისკის ფიზიოლოგიური მშობიარობისთვის, უნდა ჰქონდეს გართულებების შემთხვევებისთვის რეფერალურ ქსელში ჩართულობის გეგმა.

აღსანიშნავია, რომ „პაციენტის უფლებების შესახებ“ საქართველოს კანონის 36-ე და „საექიმო საქმიანობის შესახებ“ საქართველოს კანონის 46-ე მუხლებით დაცულია მშობიარე ქალის, როგორც პაციენტის უფლება უარი განაცხადოს მისთვის არასასურველ სამედიცინო ინტერვენციაზე, გარდა იმ შემთხვევისა, თუ სამედიცინო ჩარევა საჭიროა ცოცხალი ნაყოფის დაბადებისთვის და მშობიარის ჯანმრთელობისა და სიცოცხლისთვის მინიმალური რისკის მატარებელია. მიუხედავად იმისა, რომ კანონმდებლობით დაცულია მშობიარე ქალის ავტონომია, მისი მოქმედების არეალი ლიმიტირებულია არა ბინაზე, არამედ სამედიცინო დაწესებულებაში სამედიცინო მომსახურების მიღების ფარგლებით.

ჯანმრთელობის დაცვის სფეროს მარეგულირებელი კანონმდებლობის საჯარო-სამართლებრივი ხასიათის გათვალისწინებითა და ზემოაღნიშნულ ნორმათა სისტემურ-ლოგიკური განმარტების საფუძველზე, შეგვიძლია დავასკვნათ, რომ საქართველოში, ბინაზე დაგეგმილი მშობიარობის პროცესში არ არის ნებადართული სამედიცინო მომსახურების განევა.

ბინაზე მშობიარობის უფლების კონსტიტუციურსამართლებრივი საფუძვლები

ჯანმრთელობის დაცვის სფეროში ქართული სახელმწიფო პოლიტიკის ერთ-ერთ ძირითად დეკლარირებულ პრინციპს წარმოადგენს ადამიანის უფლებათა და თა-

ვისუფლებათა დაცვა, პაციენტის პატივის, ღირსებისა და ავტონომიის აღიარება,²⁹ რაც უდაოდ მიუთითებს კონსტიტუციური სამართლის გავლენაზე ჯანდაცვის მარეგულირებელ კანონმდებლობაში.

საქართველოში რეპროდუქციული უფლებების კონსტიტუციურ-სამართლებრივ საფუძვლად კონსტიტუციის მე-12 და მე-15 მუხლები უნდა მივიჩნიოთ, რომლებითაც დაცულია პიროვნების თავისუფალი განვითარებისა და პირადი და ოჯახური ცხოვრების უფლებები.³⁰ პიროვნების თავისუფალი განვითარების უფლება მოიცავს საკუთარი პიროვნების შეგრძნების უფლებას, რომელიც სხვა უფლებებთან ერთად მოიცავს რეპროდუქციული უფლებების ფართო სპექტრს.³¹

ამასთან, პიროვნების თავისუფალი განვითარების უფლებით დაცულია „პირის ნებისა და ქმედების თავისუფლება, როგორც კერძო, ასევე საჯარო სივრცეში“.³² საქართველოს კონსტიტუციის მე-12 მუხლი „იცავს ადამიანის მიერ საკუთარი ცხოვრების საკუთარივე შეხედულებისამებრ წარმართვის თავისუფლებას“,³³ „მოიცავს პირის თავისუფლებას, საკუთარი შეხედულებით განკარგოს თავისი ფიზიკური და გონებრივი სფერო, იმისგან დამოუკიდებლად, მისი ასეთი გადაწყვეტილება იქნება დადებითი თუ უარყოფითი შედეგის მომტანი მისთვის“.³⁴

პიროვნების თავისუფლად განვითარების უფლების უმნიშვნელოვანეს კომპო-

29 „ჯანმრთელობის დაცვის შესახებ“ საქართველოს კანონის მე-4 მუხლის „ბ“ პუნქტი.

30 გელაშვილი, ი., 2012. გვ. 29.

31 გელაშვილი, ი., 2012. გვ. 30.

32 საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს 2016 წლის 4 აგვისტოს N2/4/570 გადაწყვეტილება საქმეზე საქართველოს მოქალაქე ნუგზარ ჯაყელი საქართველოს პარლამენტის წინააღმდეგ, II, 9, მითითებულია: ერემაძე, ქ., 2020. ძირითადი უფლებები თავისუფლებისთვის, თბილისი, გვ. 136.

33 ერემაძე, ქ., 2020. გვ. 145.

34 საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს 2014 წლის 8 ოქტომბრის N2/4/532,533 გადაწყვეტილება საქმეზე საქართველოს მოქალაქეები – ირაკლი ქემოკლიძე და დავით ხარაძე საქართველოს პარლამენტის წინააღმდეგ, II, 35, მითითებულია: ერემაძე, ქ., 2020. გვ. 145-146.

ნენტს წარმოადგენს პერსონალური ავტონომია,³⁵ რომელიც ასევე წარმოადგენს თავისუფლების ფუნდამენტური უფლების განუყოფელ ნაწილს.³⁶ აღსანიშნავია, რომ ქალების უმეტესობა ბინაზე მშობიარობის გადაწყვეტილებას იღებს მშობიარობის პროცესზე კონტროლის ქონის, ავტონომიურ, დამოუკიდებელ ინდივიდად საკუთარი პიროვნების შეგრძნების სურვილით მათთვის ყველაზე მნიშვნელოვანი ცხოვრებისეული გამოცდილების პროცესში.³⁷ ამასთან, გასათვალისწინებელია, რომ სტაციონარული მშობიარობა შეიცავს მშობიარე ქალის ინფორმირებული თანხმობის გარეშე სამედიცინო ჩარევების განხორციელების მაღალ რისკს.³⁸

საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს განმარტებით, ქცევის თავისუფლება ასევე მოიცავს ადამიანის არჩევანის უფლებას ქცევის შინაარსზე, მისი განხორციელების ფორმასა და დროზე.³⁹ რამდენადაც ადამიანის პირადი ცხოვრების კერძო სფერო წარმოადგენს უფრო ზოგადი, პიროვნების თავისუფალი განვითარების უფლების დაკონკრეტებას, ამდენად, რეპროდუქციული თვითგამორკვევის ფარგლებში პირის თავისუფალი და დამოუკიდებელი ქცევა ავტომატურად ხვდება პირადი ცხოვრების უფლებით დაცულ სფეროში. შეიძლება ითქვას, რომ პირადი ცხოვრების უფლებით დაცულია რეპრო-

დუქციის ყველა შესაძლო ასპექტი,⁴⁰ ხოლო პიროვნების თავისუფალი განვითარების უფლება უზრუნველყოფს რეპროდუქციული უფლებების, რეპროდუქციული თვითგამორკვევის ფარგლებში ქმედების, ქცევის თავისუფლებას.

ზემოაღნიშნულ უფლებათა უდიდესი მნიშვნელობისა, იგი არაა აბსოლუტური და შეუზღუდავი უფლება.⁴¹ კერძოდ, „პიროვნების თავისუფალი განვითარების კონტექსტში ადამიანი სარგებლობს ქცევის თავისუფლებით, რომლის ფარგლები პირობადებულია მხოლოდ კანონით აკრძალული ქცევით. მაშასადამე, ადამიანს აქვს საკუთარი ნების, არჩევანისა და შესაძლებლობების მიხედვით ყველაფრის კეთების უფლება, რაც აკრძალული არაა კანონით“.⁴² ამასთან, „კანონით აკრძალული ქმედება“ ყოველთვის ექვემდებარება შეფასებას თანაზომიერების კონტექსტში.⁴³ კერძოდ, პიროვნების თავისუფალი განვითარების უფლება შეიძლება შეიზღუდოს „უპირატესად დაცული, საყოველთაო ინტერესებიდან და უფლებებიდან გამომდინარე“.⁴⁴ ამდენად, ადამიანის თავისუფლების შეზღუდვის საფუძვლად შესაძლოა გამოდგეს

35 საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს 2014 წლის 4 თებერვლის N2/1/536 გადაწყვეტილება საქმეზე საქართველოს მოქალაქეები – ლევან ასათიანი, ირაკლი ვაჭარაძე, ლევან ბერიანიძე, ბექა ბუჩიშვილი და გონა გაბოძე საქართველოს შრომის, ჯანმრთელობისა და სოციალური დაცვის მინისტრის წინააღმდეგ, II, 54, მითითებულია: ერემაძე, ქ., 2020. გვ. 135.

36 Shalev, C., 2000. in Lencio, A. D., 2018. გვ. 447.

37 Cohen, A. F., 2005. The Midwifery Stalemate and Childbirth Choice: Recognizing Mothers-to-Be as the Best Late Pregnancy Decisionmakers, *Indiana Law Journal*, Vol (80:849), 874, in Lencio, A. D., 2018. 435.

38 Spence, A. R., 2012. Abandoning Women to Their Rights: What Happens When Feminist Jurisprudence Ignores Birthing Rights, *The Cardozo Journal of Law and Gender*, Vol (19), N (1), 82, in McCartney, C., 2014. გვ. 545.

39 ერემაძე, ქ., 2020. გვ. 146.

40 გელაშვილი, ი., 2012. 30.

41 ერემაძე, ქ., 2020. 146.

42 საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს 2016 წლის 14 აპრილის N1/1/625,640 გადაწყვეტილება საქმეზე საქართველოს სახალხო დამცველი, საქართველოს მოქალაქეები – გიორგი ბურჯანაძე, ლიკა საჯაია, გიორგი ვოცირიძე, თათია ქინქლაძე, გიორგი ჩიტაძე, ლაშა ტულუში, ზვიად ქორიძე, ააიპ „ფონდი ღია საზოგადოება საქართველო“, ააიპ „საერთაშორისო გამჭვირვალობა – საქართველო“, ააიპ „საქართველოს ახალგაზრდა იურისტთა ასოციაცია“, ააიპ „სამართლიანი არჩევნებისა და დემოკრატიის საერთაშორისო საზოგადოება“ და ააიპ „ადამიანის უფლებათა ცენტრი“ საქართველოს პარლამენტის წინააღმდეგ, II, 8, მითითებულია: ერემაძე, ქ., 2020. გვ. 146.

43 ერემაძე, ქ., 2020. გვ. 146.

44 საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს 2014 წლის 4 თებერვლის N2/1/536 გადაწყვეტილება საქმეზე საქართველოს მოქალაქეები – ლევან ასათიანი, ირაკლი ვაჭარაძე, ლევან ბერიანიძე, ბექა ბუჩიშვილი და გონა გაბოძე საქართველოს შრომის, ჯანმრთელობისა და სოციალური დაცვის მინისტრის წინააღმდეგ, II, 65, მითითებულია: ერემაძე, ქ., 2020. გვ. 147.

მხოლოდ ისეთი კანონი, რომელიც თავისი ნორმატიული შინაარსით სხვა ადამიანის ფუნდამენტური უფლებების, კონსტიტუციური წესრიგის დაცვის მოთხოვნებს შეესაბამება.⁴⁵ ამდენად, იმისთვის, რომ რეპროდუქციული თვითგამორკვევის ფარგლებში ბინაზე დაგეგმილი მშობიარობის უფლების შეზღუდვა გამართლებულად იქნეს ჩათვლილი, საჭიროა, რომ უფლებაში ჩარევის ლეგიტიმურ მიზანს წარმოადგენდეს სხვა ფუნდამენტური მნიშვნელობის ინტერესისა თუ უფლების დაცვა, თანაზომიერების პრინციპის გათვალისწინებით.

საქართველოს კონსტიტუციის მე-15 მუხლის 1-ლი პუნქტის თანახმად, პირადი ცხოვრების უფლების შეზღუდვა დასაშვებია მხოლოდ კანონის შესაბამისად, დემოკრატიულ საზოგადოებაში აუცილებელი სახელმწიფო ან საზოგადოებრივი უსაფრთხოების უზრუნველყოფის ან სხვათა უფლებების დაცვის მიზნით, რაც, ბინაზე მშობიარობის უფლების კონტექსტში უდაოდ მოიაზრებს ნაცოფის (ახალშობილის) სიცოცხლის უფლებისა და ჯანდაცვის მიმართულ საზოგადოებრივი ინტერესის დაცვის ლეგიტიმურ მიზნებს. სამართლებრივი შეფასების საგანს, ცხადია, წარმოადგენს ბინაზე მშობიარობის უფლების შეზღუდვის კანონიერება (ფართო გაგებით), საჭიროება და ლეგიტიმური მიზნის მისაღწევად უფლებაში ჩარევის პროპორციულობა. საქართველოსთვის ევროპული კონვენციით დაცული უფლებების ნორმატიული შინაარსის მნიშვნელობისა⁴⁶ და წინამდებარე საკითხზე ევროპული სასამართლოს პრაქტიკის არსებობის გათვალისწინებით, ბინაზე მშობიარობის უფლების შეზღუდვის საკითხი მომდევნო თავებში განხილული იქნება სწორედ ევროპული კონვენციისა და სასამართლო პრაქტიკის ქრილში.

ბინაზე მშობიარობის უფლება ევროპული კონვენციის მიხედვით

ევროპული კონვენციით ბინაზე მშობიარობის ცალკე მდგომი უფლება განსაზღვრული არ არის. იგი წარმოადგენს რეპროდუქციული უფლებების ნაწილს, რაც, თავის მხრივ, ექცევა ევროპული კონვენციის მე-8 მუხლით დაცული პირადი ცხოვრების პატივისცემის უფლების სფეროში. ევროპულმა სასამართლომ საქმეზე კოსტელო-რობერტის გაერთიანებული სამეფოს წინააღმდეგ (*Costello-Roberts v. the United Kingdom*)⁴⁷ განმარტა, რომ პირადი ცხოვრების ფართო კონცეფციიდან გამომდინარე, იგი არ ექვემდებარება ამომწურავ განსაზღვრებას,⁴⁸ თუმცა, რეპროდუქციულ, მათ შორის, ბინაზე მშობიარობის უფლებასთან დაკავშირებული საქმეები სწორედ კონვენციის მე-8 მუხლის სავარაუდო დარღვევის საფუძვლით იხილება.⁴⁹

გასათვალისწინებელია, რომ პირადი ცხოვრების პატივისცემის უფლება, ევროპული კონვენციით დაცული უმეტესი უფლების მსგავსად, არაა აბსოლუტური. ამასთან, ევროპული კონვენცია ადგენს უფლებათა შეზღუდვის გამოყენების ფარგლებს.⁵⁰ კერძოდ, კონვენციით დაცული რომელიმე უფლების შეზღუდვა დაუშვებელია სხვა მიზნით, გარდა კონვენციით გათვალისწინებულისა.⁵¹ მე-8 მუხლით დაცული უფლებათა შეზღუდვის ყველა შესაძლო საფუძველი, მათ შორის, ეროვნული უშიშროების, საზოგადოებრივი უსაფრთხოების, მორალის,

45 ერემაძე, ქ., 2020. გვ. 147.

46 კორკელია, კ., 2008. ევროპული სტანდარტების ინტეგრაციისკენ: ადამიანის უფლებათა ევროპული კონვენცია და საქართველოს გამოცდილება, თბილისი, გვ. 6-7, 26.

47 ECHR, *Costello-Roberts v. the United Kingdom*, no.13134/87, 25.03.1993.

48 საქართველოს უზენაესი სასამართლოს ადამიანის უფლებათა ცენტრი, 2017. პირადი და ოჯახური ცხოვრების პატივისცემის უფლება და სახელმწიფოს ვალდებულებები, გვ. 23.

49 UN, 2014. *Reproductive Rights Are Human Rights, Handbook For National Human Rights Institutions*, 206. Retrieved from <<http://www.ohchr.org/documents/publications/nhrihandbook.pdf>> [Last seen 25.05.2021].

50 ადამიანის უფლებათა ევროპული კონვენციის მე-18 მუხლი.

51 კორკელია, კ., 2008. გვ. 23.

სხვათა უფლებებისა და თავისუფლებების აუცილებელი დაცვა, მოცემულია ამავე მუხლის მეორე ნაწილში.

ის ფაქტი, რომ ევროპული კონვენცია უშვებს კონკრეტულ უფლებათა შეზღუდვის შესაძლებლობას, სულაც არ უმსუბუქებს ხელშემკვრელ სახელმწიფოებს დისკრეციული უფლებამოსილების განხორციელების სიმძიმეს იმდენად, რამდენადაც უფლებათაში ნებისმიერი ჩარევის მართლზომიერების მტკიცების ტვირთი სწორედ სახელმწიფოებს ეკისრებათ. იმისათვის, რომ შეზღუდვამ დააკმაყოფილოს მართლზომიერების ტესტი, შეზღუდვა უნდა იყოს კანონით გათვალისწინებული, ემსახურებოდეს კანონიერ (ლეგიტიმურ) მიზანს და აუცილებელი იყოს დემოკრატიულ საზოგადოებაში.⁵² როგორც წესი, სახელმწიფოებისთვის ნაკლებ სირთულეს წარმოადგენს შეზღუდვის კანონიერებისა და კანონიერი მიზნის მოთხოვნათა დაკმაყოფილება „დემოკრატიულ საზოგადოებაში აუცილებლობის“ დასაბუთებასთან შედარებით. ევროპულმა სასამართლომ არაერთ საქმეში განმარტა, რომ „აუცილებლობა“ სულაც არ ნიშნავს ხელსაყრელს, გონივრულს ან თუნდაც სასურველს.⁵³ აუცილებლობის ცნება გულისხმობს, რომ უფლებათა შეზღუდვა უნდა იყოს კანონიერი მიზნის მიღწევის პროპორციული და განპირობებული გადაუდებელი სოციალური საჭიროებით.⁵⁴ კანონიერ მიზანთან უფლების შეზღუდვის პროპორციულობის დასადგენად საჭიროა მრავალი ფაქტორის, მათ შორის, ინდივიდის უფლებების, უფლების შეზღუდვის ხასიათის (სიმკაცრის), საზოგადოებრივი ინტერესისა და პოლიტიკის კომპლექსური შეფასება.⁵⁵ ევროპული სასამართლოს პრაქტიკით დამკვიდრებული შეფასების ფარგლების (margin of appreciation) პრინციპის თანახმად, სახელმწიფოებს მიენი-

ჭათ გარკვეული თავისუფლება ადამიანის უფლებათა შეზღუდვის მიზანშეწონილობაზე იმ მოტივით, რომ „საერთაშორისო მოსამართლესთან შედარებით, სახელმწიფო ხელისუფლება საკუთარი ქვეყნის სასიცოცხლო საწყისებთან უშუალო და მუდმივი კონტაქტის გამო უკეთეს მდგომარეობაში გამოხატოს პოზიცია შეზღუდვის აუცილებლობის შესახებ“.⁵⁶

ამასთან, კონვენციის ხელშემკვრელ სახელმწიფოთა შორის კონკრეტული საკითხის ირგვლივ კონსენსუსის ნაკლებობა (მით უფრო არ არსებობა) ზრდის სახელმწიფოთა მიერ თავისუფალი შეფასების ფარგლებში მოქმედების ალბათობას.⁵⁷ მიუხედავად ამისა, აღნიშნული პრინციპი არ გულისხმობს უფლებამოსილების შეუზღუდავ განხორციელებას და შეზღუდვის მართლზომიერების შესახებ სახელმწიფოს შეფასება ექვემდებარება კონტროლს ევროპული სასამართლოს მხრიდან.⁵⁸ რამდენადაც ევროპული კონვენციით დაცული უფლებების ნორმატიული შინაარსი უმთავრესად ევროპული სასამართლოს გადაწყვეტილებებით დგინდება, მიზანშეწონილია, ბინაზე მშობიარობის უფლების შინაარსი და ფარგლები სწორედ სასამართლო პრაქტიკის ქრილში განვიხილოთ.

ბინაზე მშობიარობის უფლება ევროპული სასამართლოს პრაქტიკის მიხედვით

ა) ტერნოვსკი უნგრეთის წინააღმდეგ

ბინაზე მშობიარობის უფლებასთან დაკავშირებით, პირველად ევროპულმა სასამართლომ იმსჯელა საქმეზე ტერნოვსკი უნგრეთის წინააღმდეგ (*Ternovszky v. Hungary*, no. 67545/09),⁵⁹ 2010 წელს. წინამდებარე საქმის თანახმად, 2009 წლის 15 დეკემბერს, ევროპულ სასამართლოს მიმართა უნ-

52 კორკელია, კ., 2008. გვ. 17.

53 ბოხაშვილი, ბ., ხუციშვილი ქ., 2004. ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს პრეცედენტული სამართალი, საია, თბილისი, 282; კორკელია, კ., 2008. გვ. 21.

54 კორკელია, კ., 2008. გვ. 21.

55 ბოხაშვილი, ბ., ხუციშვილი, ქ., 2004. გვ. 283-284.

56 კორკელია, კ., 2008. გვ. 22.

57 ბოხაშვილი, ბ., ხუციშვილი, ქ., 2004. გვ. 257.

58 კორკელია, კ., 2008. გვ. 21-22.

59 ECHR, *Ternovszky v. Hungary*, no., 67545/09, 14.12.2010; Lencio, A. D., 2018. გვ. 456.

გრეთის მოქალაქემ, ქ-ნმა ანნა ტერნოვსკიმ (შემდგომში „მომჩივანი“). მომჩივანს სურდა საავადმყოფოს ან სამშობიარო სახლის ნაცვლად, სამედიცინო პერსონალის დახმარებით ემშობიარა საკუთარ სახლში.⁶⁰ თუმცა, უნგრეთის მთავრობის დადგენილების მიხედვით, სამართალდარღვევას წარმოადგენდა ბინაზე მშობიარობის მსურველი ქალისთვის სამედიცინო პერსონალის მიერ მომსახურების გაწევა. ამასთან, გასულ წლებში, მსგავსი ბრალდებით სულ მცირე ერთი საქმისწარმოება იყო დაწყებული. არსებული რეგულაციების პირობებში, სამედიცინო პერსონალი ბინაზე მშობიარობის მსურველი ქალისთვის სამედიცინო მომსახურების გაწევისგან თავს იკავებდა, რაც მომჩივანის აზრით წარმოადგენდა ევროპული კონვენციის მე-8 მუხლით დაცული პირადი ცხოვრების პატივისცემის უფლების ხელყოფას.

მომჩივანი დამატებით მიუთითებდა, რომ მე-8 მუხლით გათვალისწინებული თვითგამორკვევის კონცეფციის მნიშვნელოვან ნაწილს წარმოადგენდა მშობიარობის პირობებთან დაკავშირებით ინფორმირებული არჩევანის გაკეთება, რისი შესაძლებლობაც მას არსებული კანონმდებლობის პირობებში არ გააჩნდა. მსოფლიო ჯანდაცვის ორგანიზაციის რეკომენდაციაზე⁶¹ დაყრდნობით, მომჩივანი აპელირებდა, რომ როგორც სტაციონარული, ასევე ბინაზე მშობიარობა წარმოადგენდა მშობიარობის ალტერნატიულ მეთოდს და მომავალი დედის ინფორმირებული არჩევანი, თუ რომელი ალტერნატივით ისარგებლებდა, იმსახურებდა პატივისცემას.

უნგრეთის მთავრობის მტკიცებით, ევროპული კონვენციის მე-8 მუხლით გათვალისწინებული თვითგამორკვევის უფლება არ წარმოშობდა სახელმწიფოსთვის რა-

იმე პოზიტიურ ვალდებულებას ჯანდაცვის სისტემაში არსებული არჩევანის სპექტრის გაფართოების შესახებ. მთავრობის პოზიციით, თვითგამორკვევის უფლება, ნებისმიერ შემთხვევაში, შეიძლება დაექვემდებაროს შეზღუდვებს ხელშემკვრელი სახელმწიფოებისთვის მინიჭებული თავისუფალი შეფასების ფარგლებში.

აღსანიშნავია, რომ თუ ევროპის საბჭოს წევრ სახელმწიფოებს შორის არ არსებობს კონსენსუსი სადავო ინტერესის მნიშვნელობის ან მისი დაცვის საუკეთესო საშუალებებთან დაკავშირებით, განსაკუთრებით მაშინ, როდესაც საკითხი ზნეობრივ და ეთიკურ კატეგორიას განეკუთვნება, სახელმწიფოებისთვის მინიჭებული შეფასების ფარგლები უფრო ფართოა. აღნიშნული შეფასების ფარგლები ფართოა იმ შემთხვევაშიც, როდესაც სახელმწიფომ უნდა დაიცვას ბალანსი, ერთი მხრივ, კერძო და მეორე მხრივ, საზოგადოებრივ ინტერესსა თუ კონვენციურ უფლებებს შორის. უნგრეთის მთავრობა მიუთითებდა, რომ ევროპის საბჭოს წევრ სახელმწიფოთა უმეტესობაში ბინაზე დაგეგმილი მშობიარობის პრაქტიკა არ იყო მხარდაჭერილი და რეგულირებული, არ არსებობდა კონსენსუსი, თუ როგორ შეიძლებოდა დამყარებულიყო სამართლიანი ბალანსი, ერთი მხრივ, ქალის ბინაზე დაგეგმილი მშობიარობის უფლებასა და მეორე მხრივ, სიცოცხლესა და ჯანმრთელობაზე ბავშვის უფლებას შორის.

ამასთან, მთავრობის მტკიცებით, მართალია, უნგრეთში ბინაზე მშობიარობა არ იკრძალებოდა, თუმცა იგი წახალისებულ იყო არ იყო დედათა და ახალშობილთა სიცოცხლისა და ჯანმრთელობის დაცვის მოტივით. სტატისტიკის მიხედვით, 2008-2009 წლებში, უნგრეთში დაფიქსირდა ბინაზე დაგეგმილი მშობიარობის 150-მდე შემთხვევა. თუმცა, საქმისწარმოება მხოლოდ ერთი სამართალდარღვევის ფაქტზე დაიწყო, რაც მთავრობის მოსაზრებით მიუთითებდა იმ ფაქტზე, რომ კანონმდებლობა არც ისე ეფექტურად ბოჭავდა სამედიცინო პერსონალს. უნგრეთის მთავრობამ დამატებით მიუთითა გასულ წლებში

60 ევროპულ სასამართლოში საჩივრის წარდგენის მომენტისთვის მომჩივანი ფეხშიმედ იყო მეორე შვილზე.

61 Recommendation of the World Health Organization (WHO/FRH/MSM/96.24), Care in Normal Birth: a practical guide, Retrieved from <http://helid.digicollection.org/en/d/Iwho06e/3.4.html> [Last seen 01.06.2021].

დაფიქსირებულ რამდენიმე შემთხვევაზე, როდესაც ბინაზე დაწყებული მშობიარობა დასრულდა სტაციონარში, ნაყოფის დაღუპვით ან ჯანმრთელობის მძიმე დაზიანებით. აღნიშნულის გათვალისწინებით, უნგრეთის პარლამენტმა 2009 წლის 14 დეკემბერს მიიღო სპეციალური აქტი, რომლის თანახმადაც მთავრობას უნდა დაერეგულირებინა სამედიცინო დაწესებულების გარეთ (არასტაციონარული) მშობიარობის პირობები და განესაზღვრა არასტაციონარული მშობიარობის გამომრიცხველი საფუძვლები. ამდენად, ევროპულ სასამართლოში საქმის წარმოების ეტაპზე, უნგრეთში მიმდინარეობდა საკანონმდებლო ცვლილებებზე მუშაობა. მთავრობის მტკიცებით, მოცემული პერიოდისთვის, კანონმდებლობის ხარვეზი არ შეიძლება მიჩნეულიყო მომჩივნის თვითგამორკვევის უფლების ხელყოფად.

ევროპულმა სასამართლომ განმარტა, რომ კონვენციის მე-8 მუხლის მიზნებისთვის, პირადი ცხოვრება ფართო ცნებაა, რაც მოიცავს პირის ფიზიკური და სოციალური იდენტობის ასპექტებს, მათ შორის, პიროვნული განვითარების, ავტონომიის, სხვა ადამიანებთან თუ გარე სამყაროსთან ურთიერთობის დამყარების უფლებას.⁶² ევროპულმა სასამართლომ აღნიშნა, რომ პირადი ცხოვრების კონცეფცია მოიცავს, მათ შორის, პირის გადაწყვეტილებას გახდეს ან არ გახდეს მშობელი,⁶³ რაც თავის მხრივ გულისხმობს მშობლად გახდომის პირობების არჩევის უფლებასაც.

სასამართლომ განმარტა, რომ კონვენციის მიზნებისთვის, მშობიარობის გარემოებები უდავოდ წარმოადგენს პირადი ცხოვრების კონცეფციის ნაწილს. ამასთან, მართალია, როგორც ასეთი, მომჩივანს არ ეკრძალებოდა ბინაზე მშობიარობა, თუმცა ბინაზე მშობიარობის პროცესი, ბუნებრივია, გულისხმობს სა-

მედიცინო პერსონალის მომსახურებით სარგებლობას. შესაბამისად, ევროპული სასამართლოს შეფასებით, კანონმდებლობა, რომელიც სამედიცინო პერსონალს უბიძგებს თავი შეიკავოს ბინაზე მშობიარობის მსურველი ქალისთვის სამედიცინო მომსახურების გაწევისგან, უტოლდება პირადი ცხოვრების პატივისცემის უფლებაში ჩარევას. მას შემდეგ, რაც ევროპულმა სასამართლომ დაადგინა მომჩივნის პირადი ცხოვრების პატივისცემის უფლების ხელყოფა, მას უნდა განესაზღვრა უფლებაში ჩარევის კანონიერება, კანონთან შესაბამისობა. სასამართლომ განმარტა, რომ უფლებაში ჩარევის კანონიერება გულისხმობს არა მხოლოდ იმას, რომ უფლებაში ჩარევა განხორციელდეს შიდა ეროვნული კანონმდებლობით დადგენილი წესით, არამედ იმასაც, რომ უფლებაში ჩარევამ დააკმაყოფილოს ისეთი ხარისხობრივი მოთხოვნები, როგორებიცაა განჭვრეტადობა და თვითნებობის გამორიცხვა.

ევროპულმა სასამართლომ განმარტა, რომ სახელმწიფომ უნდა უზრუნველყოს მარეგულირებელი ნორმების განჭვრეტადობა და ხელმისაწვდომობა, რათა ადამიანებს ჰქონდეთ შესაძლებლობა დაარეგულირონ და განსაზღვრონ თავიანთი ქცევა. მართალია, რეგულირების შინაარსობრივ მხარესთან დაკავშირებით, რიგ შემთხვევაში, სახელმწიფო მოქმედებს ფართო შეფასების ფარგლებში, თუმცა რეგულაციამ უნდა უზრუნველყოს ბალანსის დაცვა ხელყოფილ უფლებასა და საზოგადოებრივ ინტერესებს შორის. ბინაზე მშობიარობის კონტექსტში, აღნიშნული გულისხმობს მომავალი დედის პირადი არჩევანის პატივისცემას, თუ საწინააღმდეგოს არ საჭიროებს სხვათა უფლებების დაცვა. ამასთან, მშობიარობასთან დაკავშირებული არჩევანის უფლების რეალიზება მოითხოვს გარკვეულ განსაზღვრულობას, რომ არჩევანი არის კანონიერი და პირდაპირ თუ არაპირდაპირ არასანქცირებადი. ამასთან, სასამართლომ აღნიშნა, რომ მედიცინის მეცნიერებაში ჯერ კიდევ საკამათოა, ახლავს თუ

62 დამატებით იხ. ECHR, *Pretty v. the United Kingdom*, no., 2346/02, 29.04.2002, §61.

63 დამატებით იხ. ECHR, *Evans v. the United Kingdom*, no., 6339/05, 10.04.2007, §71.

არა ბინაზე მშობიარობას მნიშვნელოვნად დიდი რისკები სტაციონარულ მშობიარობასთან შედარებით.⁶⁴

ევროპულმა სასამართლომ მიუთითა უნგრეთის ჯანმრთელობის დაცვის აქტზე, რომელიც აღიარებს პაციენტის თვითგამორკვევის უფლებას გარკვეული სამედიცინო მომსახურების მიღების თუ სამედიცინო ჩარევაზე/ინტერვენციაზე უარის თქმის კონტექსტში. ამასთან, მთავრობის დადგენილების თანახმად, სამედიცინო პერსონალი ექვემდებარება სანქციებს, თუ იგი პროფესიულ აქტივობას ახორციელებს სალიცენზიო პირობების ან საკანონმდებლო მოთხოვნების დაუცველად. იმის გათვალისწინებით, რომ უნგრეთის კანონმდებლობა არ შეიცავდა ბინაზე მშობიარობის მარეგულირებელ ნორმებს, ევროპული სასამართლოს შეფასებით, ზემოაღნიშნულ დებულებებს ბინაზე მშობიარობის კონტექსტში ჰქონდა ურთიერთწინააღმდეგობრივი ხასიათი. მართალია, საპარლამენტო აქტის მიხედვით, უნგრეთის მთავრობას უნდა განესაზღვრა სამედიცინო დაწესებულების გარეთ (არასტაციონარული) მშობიარობის პირობები და მისი გამომრიცხველი საფუძვლები, თუმცა საკანონმდებლო ცვლილებები საჩივრის განხილვის მომენტისთვის ჯერ კიდევ არ იყო განხორციელებული. იმის გათვალისწინებით, რომ სამედიცინო პერსონალის მიმართ ბინაზე მშობიარობის დროს მომსახურების გაწევის საფუძვლით მართლაც იყო დაწყებული საქმისწარმოება, ევროპული სასამართლო მივიდა იმ დასკვნამდე, რომ უნგრეთის კანონმდებლობა საერთო ჯამში იყო განუჭვრეტელი, რაც ნიშნავდა იმას, რომ უფლებაში ჩარევამ ვერ დააკმყოფილა კანონიერების კრიტერიუმში. შესაბამისად, ევროპულმა სასამართლომ წინამდებარე საქმეში დაადგინა კონვენციის მე-8 მუხლის დარღვევა.

ბ) დუბსკა და კრეჟოვა ჩეხეთის წინააღმდეგ

ბინაზე მშობიარობის უფლებასთან დაკავშირებით სახელმწიფოს ნეგატიური ვალდებულების კონტექსტში იმსჯელა ევროპული სასამართლოს დიდმა პალატამ საქმეზე დუბსკა და კრეჟოვა ჩეხეთის წინააღმდეგ (*Dubská and Krejzová v. The Czech Republic*).⁶⁵ წინამდებარე საქმის თანახმად, პირველმა მომჩივანმა, სარკა დუბსკამ პირველი შვილი გააჩინა საავადმყოფოში, ყოველგვარი გართულებების გარეშე, 2007 წელს. მომჩივნის თანახმად, მას სტაციონარული მშობიარობის ცუდი გამოცდილება ჰქონდა, მათ შორის, არასაჭირო მანიპულაციების, არაკომფორტულ მდგომარეობაში მშობიარობის, დედისა და ბავშვის ჯანმრთელობის დამაკმაყოფილებელი მდგომარეობის მიუხედავად, საავადმყოფოში დაყოვნების გამოცდილება და სხვ.

2010 წელს, მომჩივანი დაფეხმძიმდა მეორე შვილზე. ორსულობის პერიოდში ჩატარებული გამოკვლევები მიუთითებდა, რომ ფეხმძიმობა გართულებების გარეშე მიმდინარეობდა. სტაციონარულ მშობიარობასთან დაკავშირებული სტრესული გამოცდილების გათვალისწინებით, მომჩივანს ბინაზე მშობიარობა სურდა. თუმცა, ჩეხეთის კანონმდებლობის მიხედვით, სამედიცინო პერსონალი, მათ შორის მეანი, უფლებამოსილი იყო სამედიცინო მომსახურება გაეწია მხოლოდ შესაბამისი ტექნიკური აღჭურვილობის მქონე სამედიცინო დაწესებულების ფარგლებში.⁶⁶ 2011 წლის 11 მაისს, მომჩივანმა მეანის დახმარების გარეშე იმშობიარა საკუთარ სახლში.

მეორე მომჩივანმა, ალექსანდრა კრეჟოვამ, 2008 და 2010 წლებში მეანის დახმარებით იმშობიარა ბინაზე. თუმცა, მეანებს არ გააჩნდათ სახელმწიფო ავტორიზაცია. მომჩივნის განცხადებით, ვიდრე მიიღებდა

64 Jonge, A., et al., 2009., 1177-84, in ECHR, Ternovszky v. Hungary, no., 67545/09, 14.12.2010, § 24.

65 ECHR, *Dubská and Krejzová v. The Czech Republic*, no.28859/11, no.28473/12, 15.11.2016.

66 Dute, J., 2017. European Court of Human Rights, European Journal of Health Law, Vol. 24, no. 2, გვ. 210.

ბინაზე მშობიარობის გადაწყვეტილებას, მან მოინახულა რამდენიმე სამედიცინო დაწესებულება. თუმცა, სამედიცინო დაწესებულებმა არ გაითვალისწინეს მომჩივნის სურვილი – უკიდურესი აუცილებლობის გარდა არ განეხორციელებინათ სამედიცინო მანიპულაციები. ამასთან, მომჩივანს უარი განუცხადეს მშობიარობის შემდეგ ბავშვის თავისთან დატოვებაზე, რამდენადაც მკაცრად დადგენილი პრაქტიკა იყო ბავშვის დაუყონებლივ აწონვა, გაზომვა და დამატებით სამედიცინო დაკვირვებები, რომლებსაც დაახლოებით ჯამში ორი საათი სჭირდებოდა.

2011 წელს, მომჩივანი დაფეხმძიმდა მესამე ბავშვზე. მას კვლავ ბინაზე მშობიარობა სურდა, თუმცა ამჯერად ბინაზე მშობიარობის მსურველი ქალისთვის სამედიცინო მომსახურების გაწევა იწვევდა მძიმე სანქციას, რის გამოც მომჩივანი იძულებული გახდა ემშობიარა საავადმყოფოში. მიუხედავად იმისა, რომ მშობიარობამ გართულებების გარეშე ჩაიარა და დედაც და ახალშობილიც ჯანმრთელები იყვნენ, ისინი კლინიკაში 72 საათის განმავლობაში დაყოვნდნენ. ამასთან, მშობიარობის შემდგომ, ახალშობილი დედისგან განაცალკავეს, ხოლო საავადმყოფოს დატოვებამდე მომჩივნის წინააღმდეგობის მიუხედავად, ბავშვს ქიპლარის დარჩენილი ნაწილი მოაცალეს.

მომჩივნებმა მიმართეს ევროპულ სასამართლოს. ისინი დავობდნენ, რომ მათ მიმართ დაირღვა ევროპული კონვენციის მე-8 მუხლი, რამდენადაც ჩეხეთის კანონმდებლობის თანახმად სამედიცინო პერსონალს უფლება არ ჰქონდა დასწრებოდა ბინაზე დაგეგმილ მშობიარობას და გაეწია სამედიცინო მომსახურება ბინაზე მშობიარე ქალისთვის. სასამართლომ აღნიშნა, რომ მშობიარობასთან, მათ შორის მშობიარობის ადგილის არჩევასთან დაკავშირებული საკითხები ექცეოდა დედის პირადი ცხოვრების სფეროში. სასამართლომ მიზანშეწონილად მიიჩნია, განეხილა მომჩივანთა მოთხოვნა სახელმწიფოს ნეგატიური ვალდებულების კონტექსტში. ამდენად,

ევროპულ სასამართლოს უნდა შეეფასებინა იწვევდა თუ არა მე-8 მუხლით დაცული პირადი ცხოვრების პატივისცემის უფლების დარღვევას ის ფაქტი, რომ მომჩივნებს ხელი არ მიუწვდებოდათ სამედიცინო პერსონალის მომსახურებაზე ბინაზე დაგეგმილი მშობიარობის პროცესში.

ევროპულმა სასამართლომ პირველ რიგში განმარტა, რომ პირადი ცხოვრების პატივისცემის უფლებაში ჩარევა კანონის შესაბამისად განხორციელდა. კერძოდ, ჩეხეთის კანონმდებლობის სიცხადისა და მკაფიოობის ნაკლებობის მიუხედავად, სასამართლოს შეფასებით, მომჩივანთათვის გონივრულად განჭვრეტადი იყო ბინაზე დაგეგმილი მშობიარობის პროცესში სამედიცინო პერსონალის მომსახურებით სარგებლობის დაუშვებლობა. სასამართლოს განმარტებით, უფლებაში ჩარევა ასევე ემსახურებოდა დედისა და ახალშობილის უსაფრთხოებისა და ჯანმრთელობის დაცვის ლეგიტიმურ მიზანს.

კითხვაზე იყო თუ არა უფლებაში ჩარევა საჭირო დემოკრატიულ საზოგადოებაში, სასამართლომ განმარტა, რომ წინამდებარე საკითხი ექცეოდა სახელმწიფოებისთვის მინიჭებული ფართო დისკრეციის სფეროში. ევროპული სასამართლოსთვის ხელმისაწვდომი კვლევების უმრავლესობა, მართალია, არ უთითებდა ბინაზე მშობიარობის გაზრდილ რისკზე, თუმცა, სასამართლოს შეფასებით, აღნიშნული არ გამორიცხავდა ბინაზე მშობიარობის მომატებულ საფრთხეს. რისკის შემცირება დამოკიდებული იყო არაერთ ფაქტორზე, მათ შორის მშობიარობის გართულების მინიმალურ შესაძლებლობაზე, კვალიფიციურ მეანსა და სასწრაფო გადაუდებელი დახმარების აღმოჩენის არსებობაზე. ჩეხეთის მთავრობა მიუთითებდა, რომ დაბალი რისკის პირობებშიც კი, არსებობდა მშობიარობის გართულების საფრთხე, ხოლო გადაუდებელი სამედიცინო დახმარების აღმოჩენის შეუძლებლობის პირობებში, დედისა და ნაყოფის სიცოცხლეს და ჯანმრთელობას საფრთხე ემუქრებოდა. ამდენად, სასამართლომ მიიჩნია, რომ სახელ-

მნიშვნელოვან არ გასცდენია მისთვის მინიჭებული თავისუფალი შეფასების ფარგლებს და შესაბამისად ადგილი არ ჰქონია მომჩივანთა მიმართ ევროპული კონვენციის მე-8 მუხლის დარღვევას. 2015 წლის 10 მარტს, ევროპული კონვენციის 43-ე მუხლზე დაყრდნობით, მომჩივნებმა მოითხოვეს წინამდებარე საქმის გადაცემა დიდი პალატისთვის განსახილველად.

წინამდებარე საქმეზე ევროპული სასამართლოს დიდმა პალატამ განაგრძო კონვენციის მე-8 მუხლით დაცული პირადი ცხოვრების კონცეფცია და მიუთითა საქმეზე ოდირი საფრანგეთის წინააღმდეგ (*Odievre v. France*),⁶⁷ სადაც სასამართლომ დაადგინა, რომ დაბადება და მათ შორის, ბავშვის დაბადების პირობები ქმნის ბავშვის და საბოლოოდ ზრდასრულის პირადი ცხოვრების ნაწილს, რაც დაცულია კონვენციის მე-8 მუხლით. მეტიც, სასამართლომ საქმეზე ტერნოვსკი უნგრეთის წინააღმდეგ (*Ternovszky v. Hungary, no. 67545/09*) დაადგინა, რომ მშობიარობის პირობები უდავოდ ექცევა კონვენციით დაცული პირადი ცხოვრების სფეროში. ამასთან, სასამართლოს დიდმა პალატამ განმარტა, რომ მშობიარობა წარმოადგენს ქალის ცხოვრებაში უნიკალურ და დელიკატურ მომენტს. მშობიარობა მოიცავს, მათ შორის, ფიზიკური და მენტალური ერთიანობის, სამედიცინო მზრუნველობის, რეპროდუქციული ჯანმრთელობისა და ჯანმრთელობასთან დაკავშირებული ინფორმაციის საკითხებს. აღნიშნული საკითხები, მათ შორის მშობიარობის ადგილის განსაზღვრა ფუნდამენტურ კავშირშია ქალის პირად ცხოვრებასთან და ამდენად ექცევა კონვენციის მე-8 მუხლით დაცულ სფეროში.

დიდმა პალატამ, მსგავსად ევროპული სასამართლოს პალატისა, წინამდებარე საქმე განიხილა სახელმწიფოს ნეგატიური ვალდებულების კონტექსტში, რამდენადაც მომჩივნები უმთავრესად აპელირებდნენ ბინაზე დაგეგმილი მშობიარობის პროცესში სამედიცინო მომსახურების გაწევის

საკანონმდებლო აკრძალვაზე. პირველ რიგში, სასამართლომ აღნიშნა, რომ ბინაზე მშობიარობა, როგორც ასეთი, ჩეხეთის კანონმდებლობით არ იყო აკრძალული.⁶⁸ სასამართლომ განმარტა, რომ 2012 წელს ჩეხეთში ამოქმედდა სამედიცინო მომსახურების აქტი, რომლის თანახმადაც, განსაკუთრებული შემთხვევების გარდა, სამედიცინო მომსახურების გაწევის უფლებამოსილება ჰქონდა მხოლოდ ლიცენზირებულ სამედიცინო პერსონალს.

ამასთან, ჯანდაცვის მინისტრის აქტით განისაზღვრა ის კრიტერიუმები, რომლებიც უნდა დაეკმაყოფილებინათ ლიცენზიაში მითითებულ სამედიცინო დაწესებულებებს. პირი, რომელიც კანონმდებლობით დადგენილი წესის დარღვევით გაწევდა სამედიცინო მომსახურებას, ექვემდებარებოდა დაჯარიმებას, კონკრეტულ სანქციებს.

სასამართლომ განმარტა, რომ კანონმდებლობაში არსებული გარკვეული უზუსტობებისა თუ ბუნდოვანების მიუხედავად, მომჩივნებს გონივრულად ჰქონდათ შესაძლებლობა, განეჭვრიტათ, რომ მათი საცხოვრებელი სახლი არ შეესაბამებოდა სამშობიარო ადგილს დადგენილი კრიტერიუმების გათვალისწინებით. სასამართლოსთვის, ასევე, ცხადი იყო სტაციონარული მშობიარობის წამახალისებელი სახელმწიფო პოლიტიკის ლეგიტიმურობა, რაც დედისა და ახალშობილის სიცოცხლისა და ჯანმრთელობის დაცვაში მდგომარეობდა.

ევროპული სასამართლოს დიდმა პალატამ განმარტა, რომ ლეგიტიმური მიზნის მისაღწევად უფლებაში ჩარევა შესაძლოა შეფასდეს საჭიროდ დემოკრატიულ საზოგადოებაში იმ შემთხვევაში, თუ იგი პასუხობს „აუცილებელი სოციალური საჭიროების“ მოთხოვნას და წარმოადგენს ლეგიტიმური მიზნის მიღწევის პროპორციულ საშუალებას. სასამართლომ განმარტა, რომ პირველ რიგში, ეროვნული ხელისუფლების შეფასების საგანს წარმოადგენს საჭიროა თუ არა უფლებაში ჩარევა ლეგიტიმური მიზნის მისაღწევად. საკითხთან

67 ECHR, *Odievre v. France*, no., 42326/98, 13.02.2013, §29.

68 Lencio, A. D., 2018. p. 457.

სიახლოვის მოტივით, სახელმწიფოებს მინიჭებული აქვთ შეფასების გარკვეული თავისუფლება ისეთი საკითხების გადაწყვეტისთვის, რაზეც არ არსებობს კონსენსუსი კონვენციის ხელშემკვრელ სახელმწიფოებს შორის, რაც ეთიკურად და მორალურად სენსიტიურია. უნდა აღინიშნოს, რომ ბინაზე მშობიარობის თემა, ეთიკურ ან მორალურ საკითხებზე მეტად, ეხება საზოგადოებრივი ჯანდაცვის მიმართ მნიშვნელოვან საჭარო ინტერესს.⁶⁹ ამასთან, საზოგადოებრივი ჯანდაცვის დარგში სახელმწიფოს მიერ ნაკისრი ვალდებულებების შესრულება საჭიროებს მოქმედების ფართო ფარგლებს ჯანდაცვის სისტემის ფუნქციონირების წესების დასადგენად.⁷⁰ ამასთან, სასამართლომ აღნიშნა, რომ წინამდებარე საქმე, კომპლექსურობიდან გამომდინარე, მოითხოვდა ეროვნული ხელისუფლების მიერ საკითხის მრავალმხრივ შეფასებას, მათ შორის სტაციონარულ და ბინაზე მშობიარობასთან დაკავშირებული რისკების მეცნიერული მონაცემების შესწავლას.⁷¹ ამას გარდა, მხედველობაშია მისაღები ზოგადი სოციალური და ეკონომიკური, მათ შორის, ფინანსური სახსრების განაწილების საკითხი, რამდენადაც შესაძლოა საჭირო გახდეს საბიუჯეტო სახსრების განაწილების ცვლილება.⁷²

მეტიც, ევროპულმა სასამართლომ დაადგინა, რომ წინამდებარე საკითხთან დაკავშირებით, ევროპის საბჭოს წევრ სახელმწიფოებს შორის არ არსებობს კონსენსუსი. კერძოდ, სასამართლომ აღნიშნა, რომ ბინაზე მშობიარობა რეგულირებულია კონვენციის ხელშემკვრელ 20 სახელმწიფოში, თუმცა ბინაზე მშობიარობის უფლება არაა აბსოლუტური და დამოკიდებულია გარკვეულ წინაპირობებზე, მათ შორის სამედიცინო კრიტერიუმებზე.⁷³ ამასთან, სახელმწიფო დაზღვევა ფარავს ბინაზე მშობიარობას მხოლოდ 15 წევრ სახელ-

მწიფოში.⁷⁴ სასამართლომ აღნიშნა, რომ ბინაზე მშობიარობა რეგულირების მიღმაა 23 წევრ სახელმწიფოში, რომელთაგან ზოგიერთ ქვეყანაში, მართალია, ფიქსირდება ბინაზე მშობიარობის შემთხვევები, თუმცა სამართლებრივი ვაკუუმის პირობებში, სახელმწიფოს მხრიდან დაფინანსების გარეშე.⁷⁵ ზემოაღნიშნულის გათვალისწინებით, სასამართლომ მიიჩნია, რომ წინამდებარე საქმეში სახელმწიფოსთვის მინიჭებული შეფასების ფარგლები უნდა ყოფილიყო ფართო, თუმცა არა შეუზღუდავი.⁷⁶ სასამართლომ ყურადღება მიაქცია მთავრობის არგუმენტს, რომ მათთვის ხელმისაწვდომი ყველა სამეცნიერო კვლევის თანახმად, ბინაზე მშობიარობა სტაციონარულ მშობიარობასთან შედარებით გაცილებით მაღალი რისკის შემცველი იყო მიუხედავად იმისა, მიმდინარეობდა თუ არა მშობიარობა გართულებების გარეშე, რამდენადაც ნებისმიერ დროს შეიძლება წარმოშობილიყო ქირურგიული ჩარევის საჭიროება. სასამართლომ აღნიშნა, რომ ამ შემთხვევაში, სრული სამედიცინო მომსახურების დროულად უზრუნველყოფა მხოლოდ სამედიცინო დაწესებულების პირობებში იყო შესაძლებელი.

სასამართლომ განმარტა, რომ სახელმწიფოებში, სადაც ნებადართულია ბინაზე დაგეგმილი მშობიარობა, განსაზღვრულია გარკვეული წინაპირობები, მათ შორის „დაბალი რისკის“ ფეხმძიმობა, მშობიარობის პროცესზე კვალიფიციური მეანის დასწრება და საჭიროების შემთხვევაში, მშობიარე ქალის სამედიცინო დაწესებულებაში გადაყვანა, რაც შეიძლება უმოკლეს დროში.⁷⁷ სასამართლომ განმარტა, რომ მომჩივნებს შეეძლოთ აერჩიათ მათთვის სასურველი სამშობიარო პალატა, მათი მოთხოვნების უკეთ დასაკმაყოფილებლად. ამასთან, სა-

69 Dute, J., 2017. p. 211.

70 Ibid.

71 Ibid.

72 Ibid.

73 Ibid.

74 Ibid.

75 Ibid, p. 212.

76 დამატებით იხ. მდინარაძე, ნ., 2020. გენეტიკურ წარმომავლობაზე თვითგამორკვევის უფლება ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს პრაქტიკაში, მართლმსაჯულება და კანონი, N3(67)20, p. 128.

77 Dute, J., 2017. p. 212.

სამართლომ მიუთითა სამშობიარო პალატების დახვეწის მიმართულებით განცდილ პროგრესზე, თუმცა ჩეხეთის მთავრობას მოუწოდა დამატებითი ნაბიჯების გადადგმისკენ. ზემოაღნიშნული მსჯელობის საფუძველზე, სასამართლომ დაადგინა, რომ უფლებაში ჩარევა წარმოადგენდა ლეგიტიმური მიზნის მიღწევის პროპორციულ საშუალებას. შესაბამისად, ევროპული სასამართლოს დიდმა პალატამ წინამდებარე საქმეში ევროპული კონვენციის მე-8 მუხლის დარღვევა არ დაადგინა.

აღსანიშნავია, რომ წინამდებარე გადაწყვეტილებას თან ერთვის რამდენიმე მოსამართლის განსხვავებული აზრი. მოსამართლეთა შეხედულებით, ევროპულ სასამართლოს საკითხი სახელმწიფოს არანეგატიური, არამედ პოზიტიური ვალდებულების ქრილში უნდა განეხილა, რამდენადაც ჩეხეთის კანონმდებლობით ბინაზე მშობიარობა, როგორც ასეთი, არ იკრძალებოდა.⁷⁸ განსხვავებული აზრის მქონე მოსამართლეებს მიაჩნდათ, რომ ჩეხეთის კანონმდებლობა ხელს კი არ უწყობდა საზოგადოებრივი ჯანმრთელობის დაცვას, არამედ იმ ქალების სიცოცხლეს აგდებდა საფრთხეში, რომლებსაც, მართალია, ბინაზე მშობიარობა სურდათ, თუმცა იძულებულნი იყვნენ ემშობიარათ კვალიფიციური სამედიცინო პერსონალის დახმარების გარეშე.⁷⁹

მოსამართლეებმა ჩათვალეს, რომ დედათა და ახალშობილთა უსაფრთხოების დაცვასა და სამედიცინო დაწესებულებაში მშობიარობისთვის ბლანკეტური უპირატესობის მინიჭებას შორის ვერ დაისმებოდა ტოლობის ნიშანი.⁸⁰ ისინი მიუთითებდნენ ჩეხეთის საკონსტიტუციო სასამართლოს გადაწყვეტილებიდან ამონარიდზე: „კანონის უზენაესობაზე დაფუძნებული თანამედროვე დემოკრატიული სახელმწიფო ემყარება ინდივიდუალური და განუყოფელი თავისუფლებების დაცვას, რომელთა დელიმიტაცია მჭიდრო კავშირშია ადამიანის ღირსებასთან. ამ თავისუფლებას, რომე-

ლიც პირადი საქმიანობის თავისუფლება-საც მოიცავს, თან ახლავს გარკვეული ხარისხის მისაღები/დასაშვები რისკი. მშობლების უფლება მშობიარობის ადგილისა და ფორმის თავისუფლად არჩევის შესახებ იზღუდება მხოლოდ უსაფრთხო მშობიარობისა და ბავშვი ჯანმრთელობის დაცვის ინტერესით. თუმცა, აღნიშნული ინტერესი არ შეიძლება გაგებულ იქნეს სამედიცინო დაწესებულებაში მშობიარობისთვის ცალსახა უპირატესობის მინიჭებად“.

მოსამართლეებმა მიიჩნიეს, რომ ჩეხეთის კანონმდებლობა ბინაზე მშობიარობას შეუძლებელს ხდიდა და ფაქტოდ, რაც წარმოადგენდა დედის პირადი ცხოვრების პატივისცემის უფლებაში არაპროპორციულ ჩარევას.⁸¹ მათ განმარტეს, რომ „დაბალი რისკის“ ფეხმძიმობის პირობებში, გონივრულია, რომ მშობლებს ჰქონდეთ თავიანთი შვილის დაბადების ადგილის განსაზღვრის შესაძლებლობა, რასაკვირველია, ახალშობილის სიცოცხლის დაცვის გათვალისწინებით. საყურადღებოა, რომ 2018-2019 წლებში, ბინაზე მშობიარობის უფლებასთან დაკავშირებით ევროპულმა სასამართლომ კვლავ იმსჯელა,⁸² თუმცა მას არსებული პრაქტიკისგან განსხვავებული სტანდარტი არ დაუდგენია.

დასკვნა

ბინაზე დაგეგმილი მშობიარობის უფლება წარმოადგენს რეპროდუქციული თვითგამორკვევის კომპონენტს. ევროპულმა სასამართლომ, ბინაზე მშობიარობის უფლების თაობაზე განხილული პირველი საქმის⁸³ ფარგლებში კიდევ უფრო მეტად გააფართოვა კონვენციის მე-8 მუხლით დაცული პირადი ცხოვრების კონცეფცია და დაადგინა, რომ იგი მოიცავს არა მხოლოდ პირის გადაწყვეტილებას გახდეს ან არ გახ-

78 Lencio, A. D., 2018. pp. 458-459.
 79 Ibid.
 80 Ibid.

81 Dute, J., 2017. p. 213.
 82 ECHR, Pojatina v. Croatia, no., 18568/12, 04.10.2018; ECHR, Kosaitė-Cypiene and Others v. Lithuania, no., 69489/12. 04.06.2019.
 83 ECHR, Ternovszky v. Hungary, no., 67545/09, 14.12.2010.

დეს მშობელი, არამედ მშობლად გახდომის პირობების არჩევასაც. მოგვიანებით, ევროპული სასამართლოს დიდმა პალატამ განმარტა, რომ მშობიარობა წარმოადგენს ქალის ცხოვრებაში უნიკალურ და დელიკატურ მომენტს. იგი ფარავს, მათ შორის, ფიზიკური და მენტალური ერთიანობის, სამედიცინო მზრუნველობის, რეპროდუქციული ჯანმრთელობისა და ჯანმრთელობასთან დაკავშირებული ინფორმაციის საკითხებს, რომლებთან ერთადაც მშობიარობის ადგილის განსაზღვრა ფუნდამენტურ კავშირშია ქალის პირად ცხოვრებასთან.

ევროპულმა სასამართლომ ბინაზე მშობიარობის უფლების შეზღუდვის კონტექსტში იმსჯელა ეროვნული კანონმდებლობის ხელმისაწვდომობისა და განჭვრეტადობის საკითხზე და დაადგინა, რომ ეროვნულმა ხელისუფლებებმა უნდა უზრუნველყონ ბინაზე სამედიცინო მომსახურების გაწევისთვის დაკისრებული პასუხისმგებლობის (ასეთის არსებობის შემთხვევაში) სიცხადე და მკაფიოობა. თუმცა, სასამართლომ ჯერ კიდევ ღიად დატოვა ბინაზე მშობიარობის უფლების შეზღუდვის საჭიროებისა და თანაბრობის საკითხი ევროპის საბჭოს წევრ სახელმწიფოთა შორის კონსენსუსის ნაკლებობისა და საკითხის რთული სოციალურ-ეკონომიკური ასპექტების საფუძვლით.

მიუხედავად ამისა, ევროპის საბჭოს ზოგიერთ წევრ სახელმწიფოში, სადაც მარეგულირებელი კანონმდებლობა ბლანკეტურად ზღუდავდა ბინაზე მშობიარობის უფლებას, გადაიდგა მნიშვნელოვანი ნაბიჯები, რაც მხარდაჭერილ იქნა ევროპული სასამართლოს მიერ. კერძოდ, ევროპულმა სასამართლომ კონვენციის ხელშემკვრელ მხარეებს მიუთითა, მაქსიმალურად უზრუნველყონ კერძო და საჯარო ინტერესების პროპორციული დაცვა, ხოლო ბინაზე მშობიარობის უფლების ბლანკეტური შეზღუდვით არ დაუშვან ქალის რეპროდუქციული უფლების არათანაბრობის შეზღუდვა. ამასთან, სახელმწიფოებმა მხედველობაში უნდა მიიღონ ფეხმძიმე ქალის ჯანმრთელობის მდგომარეობა, ორსულო-

ბის გართულების ხარისხი, მშობიარობის გამოცდილება, ბინაზე დაგეგმილი მშობიარობის გეოგრაფიული მდებარეობა, გადაუდებელი სამედიცინო დახმარების აღმოჩენის შესაძლებლობა და სხვ.

საქართველოს კანონმდებლობა უმთავრესად აკმაყოფილებს ევროპული სასამართლოს მიერ დადგენილ სტანდარტს, რამდენადაც მოქმედი კანონმდებლობა ქმნის ბინაზე დაგეგმილი მშობიარობის აკრძალვის განჭვრეტის შესაძლებლობას. თუმცა, რეკომენდირებულია, სასამართლოს უკანასკნელი ტენდენციების გათვალისწინებით, უზრუნველყოფილ იქნას დაბალი რისკის ჯგუფის ფეხმძიმე ქალებისთვის ბინაზე დაგეგმილი მშობიარობის უფლების რეალიზება, ნაყოფის სიცოცხლის უფლების დაცვის გათვალისწინებით.

PRINCIPLE AS A MEANS OF IDENTIFYING A LEGISLATIVE GAP (On the example of juvenile justice)

Salome Guliashvili

*PhD student of the Caucasus International University
school of law*

KEYWORDS: Legislation, Gap, Harmonization

ABSTRACT

The paper presents the principle as a research issue as a basis for identifying a legislative gap. In terms of research methodology, the paper uses an inductive and deductive method that plays the lion's role in shaping the final conclusion. Especially important is the legitimacy method, which broadly shows the importance of the principle in the development of law, for law and justice. The aim of the paper is to cover the issue with a new approach, in particular, the paper combines, on the one hand, a review of constitutional procedures for gaps in the legislation, analyzes of ways to correct gaps in the legislation, against which the principle can be considered. The issue is covered by analyzing the importance of the norm-principle of juvenile justice – prioritizing the best interests and defining its role in identifying gaps in the legislation in juvenile justice. To illustrate this point, such a fundamental issue of juvenile justice as custodial bail and its relevance to the priority of best interests as a matter of principle is analyzed. The findings are based on a critical analysis of the functioning of the juvenile justice norm-principle with bail in conjunction with a discussion of the constitutional issues of detecting legislative gaps. The existence of the principle as the basis of any legislation is outlined and its mirror principle is shown, according to which it reflects the legislative gaps and shows the way to the harmonization of the legislation.

INTRODUCTION

The law cannot be an absolute given, which must be invariably passed on to generations, it is a variable hierarchical phenomenon with time and needs.¹ Content correction of adopted laws is a common condition of jurisprudence. Jurisprudence is not an exact science, the main thing is the wrestling of arguments, one of which is more argumentative than the other, but not absolutely correct. Justice develops law by clarifying, extending or amending the law.² It is necessary to reconstruct the opinion embedded in the law. The law must be interpreted in a way that is consistent with the principle of “unity of law” as a whole. The role of the principle, which is special in any legal field is indisputable, it is the foundation on which the legislative base is “built”. Jurisprudence is a kind of enterprise, where its original, natural meaning is expressed in principles.³ Their consistent and unavoidable execution is a guarantee of the proper administration of justice.⁴ The principle is a general point that should be read in any norm.⁵ When it is understood that this or that norm in a normative act is inconsistent with a constitutional or other basic principle, such as, for example, the principle of priority of best interests in juvenile justice, then the issue of changing it is on the agenda. The main thing is that the issue does not create grounds for disorder, which threatens the proper administration

of justice, which is a necessary condition for the existence of the rule of law, which is the cornerstone for the functioning of a democratic state.⁶

1. SPREADING OF JURISPRUDENCE

1.1 Doctrine of filling the legislative gap

In a rapidly changing world, it is impossible for a legislator to anticipate all legal issues, otherwise the course of practice and/or science may show that there is a need to regulate the legal issue differently.⁷ It is the prerogative of jurists to define the regulation directly or indirectly in the law, however, there are many norms for which the legal scope of practicing and / or scientific lawyers alone is not enough and needs to be reflected in the law by the legislator following the proper procedures. The role of the judge is important in terms of the correct interpretation of the law, since the judge is not a negotiating code,⁸ His professionalism is to “put into action the” will to act “enshrined in law.⁹ To understand the law it is necessary to explain it. Definition is a process of understanding. The purpose of the definition is to understand what is meant by the text.¹⁰ A prerequisite for a law defect is a correct interpretation of the law. Once a flaw in the law is discovered, there must be some sort of legal expansion. For the extension and amendment of the law, there is a doctrine of filling the legislative gap – it is the use of the norms governing such

- 1 Muthorst, O., 2019. Fundamentals of Jurisprudence, Method – Concept – System. Tbilisi. German Society for International Cooperation (GIZ), pp. 62-63.
- 2 Tsipelius, R., 2006. Teaching legal methods. Tenth revised edition. Munich: Beck Publishing, p. 99.
- 3 Office of Legal Policy, 1987. Original meaning jurisprudence: a sourcebook. U.S.A. p. 6. Available at: [115083NCJRS.pdf \(ojp.gov\)](#) [Last seen: 19 June 2021]
- 4 Robert, H., 1971. Neutral Principles and some First amendment Problems. Indiana Law Journal, (1), p. 6. {Date of access: 19 June 2021}. Available at: [Neutral Principles and Some First Amendment Problems \(indiana.edu\)](#) [Last seen: 19 June 2021].
- 5 Berger, r., 1984. A Response to D.A.J. Richards 'Defense of Freewheeling Constitutional Adjudication, Indiana Law Journal (3), p. 12. Available at: [A Response to D.A.J. Richards' Defense of Freewheeling Constitutional Adjudication \(core.ac.uk\)](#) [Last seen: 19 June 2021]

- 6 Judgment of the Constitutional Court of Georgia of February 11, 2021 (Case №1/1/1505,1515,1516,1529). Available at: [სასამართლო აქტები \(constcourt.ge\)](#) [Last seen: 19 June 2021]
- 7 Muthorst, O., 2019. Fundamentals of Jurisprudence, Method – Concept – System. Tbilisi. German Society for International Cooperation (GIZ), p. 166.
- 8 Turava, M., 2013. Criminal Law, Overview of the General Part. Ninth Revised Edition, Tbilisi. Meridian Publishing, p. 203.
- 9 Nachkebia, G., 2016. The problem of legal norms and its methods. Law and the World, N4, p. 149.
- 10 Muthorst, O., 2019. Fundamentals of Jurisprudence, Method – Concept – System. Tbilisi. German Society for International Cooperation (GIZ), pp. 48-49.

relations to regulate relations not provided by law.¹¹ There are two types of legislative gaps: the gap allowed in the wording of the law and the gap identified in the second assessment. A defect in wording is evident when the literal content of the law establishes a rule of imperfect conduct.¹² The defect established as a result of the assessment is apparent when the application of the rule of law could have been made even on the basis of its verbal sound, but the principle of fairness requires some adjustment.¹³ Determining the need for its extension on the basis of the principle of justice as a result of a critical analysis of the law is only the first step. However, the extension of the law should be done only for legal-political purposes. Since it does not invade the competence of the legislature.¹⁴ Therefore, when filling a gap by a judge, it must first be determined whether there is a gap in the applicable law.

1.2 Constitutional aspects of filling the gap

The case law of the Supreme Court in particular does not end with the interpretation and filling in the gaps in the law only in individual cases. Since the decisions of the Grand Chamber of the Supreme Court are binding on the lower courts, it turns out that in the reality of Georgia there is a kind of so-called Judicial Law. When a norm has lost its original meaning, which is evident through analysis with the principle, then it is necessary to revise the law in relation to specific provisions, as to eliminate legislative instability.¹⁵

In terms of the future elimination of the legislative gap and the refinement of the legislation, the judge has a special role to play in the

powers conferred on him by law, according to which Following the resolution of this issue by the Constitutional Court. The Constitutional Court is obliged to analyze whether the world of the legislative principle has erred.¹⁶ In fact, it can be said that “the legislator does not have a better assistant as the Constitutional Court. By repealing unconstitutional norms, it helps the legislator to form the right legislative will.”¹⁷ The Constitutional Court is dealing with constitutional order,¹⁸ According to the Organic Law of Georgia, the function of the Constitutional Court is to protect “constitutional legality”;¹⁹ This issue is first regulated by Article 60, Paragraph 4, Subparagraph “c” of the Constitution of Georgia, according to which: “on the basis of a submission by a common court, review the constitutionality of a normative act to be applied by the common court when hearing a particular case, and which may contravene the Constitution according to a reasonable assumption of the court.”²⁰ At the same time, there is a similar entry in the “Organic Law of Georgia on the Constitutional Court of Georgia,” in particular, in the second paragraph of Article 19 of the mentioned law.²¹ Also, in the Organic Law of Georgia on Common Courts, in particular, Article 18, Paragraph 2, Subparagraph “d”,²² Which provides for the submission to the

11 Tspelius, R., 2006. Teaching legal methods. Tenth revised edition. Munich: Beck Publishing, p. 99.
 12 Ibid, pp. 79-84.
 13 Ibid, p. 80.
 14 Muthhorst, O., 2019. Fundamentals of Jurisprudence, Method – Concept – System. Tbilisi. German Society for International Cooperation (GIZ), pp. 182-183.
 15 Office of Legal Policy, 1987. Original meaning jurisprudence: a sourcebook. U.S.A. p. 35. Available at: [115083NCJRS.pdf \(ojp.gov\)](#) [Last seen: 19 June 2021]

16 Zoidze, B., 2007. Constitutional Control and Order of Values in Georgia. Tbilisi. German Technical Cooperation Society, p. 46.
 17 Ibid., p.61.
 18 Ivane Javakhishvili Tbilisi State University, 2016. Guram Nachkebia-75, Jubilee Collection. Tbilisi. Meridian Publishing House, p. 459.
 19 Law of Georgia on the Constitutional Court of Georgia. Available at: [საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს შესახებ | სსიპ "საქართველოს საკანონმდებლო მაცნე" \(matsne.gov.ge\)](#) [Last seen: 19 June 2021]
 20 Constitution of Georgia. Available at: [საქართველოს კონსტიტუცია | სსიპ "საქართველოს საკანონმდებლო მაცნე" \(matsne.gov.ge\)](#) {Date of access: 19 June 2021].
 21 Law of Georgia on the Constitutional Court. Available at: [საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს შესახებ | სსიპ "საქართველოს საკანონმდებლო მაცნე" \(matsne.gov.ge\)](#) [Last seen: 19 June 2021].
 22 Law of Georgia on Common Courts. Available at: [საერთო სასამართლოების შესახებ | სსიპ "საქა-](#)

Constitutional Court of Georgia by the Supreme Court regarding the consideration of a specific case and the generalization of case law on establishing the compliance of a normative act with the Constitution of Georgia. Judicial practice is the most important way to find a flaw, as practical activities further “deepen” the “mind” of the law.²³ In addition to the fact that the nature (subject matter, scope) of the issues envisaged by the normative act must be in line with the Constitution, it must also meet the principles and objectives of legal regulation set out in the Preamble to the Constitution.²⁴

2. PRINCIPLE AS AN ATTEMPT TO DETECT A LEGISLATIVE GAP

“Principle” is a word of Latin origin and refers to a guiding idea.²⁵ Principles are reflected in normative acts.²⁶ They determine that any value or goal should be achieved to the maximum degree.²⁷ “Principles of law are directed to the state or its bodies to develop normative acts in accordance with these principles. That is why each normative act, in turn, expresses more specifically the principles of this or that field of law, in particular, the norms and institutions of this field.”²⁸ We can talk about the legitimacy of a law if it is in accordance with the principles, since principles are not mere ideas, but are universally binding

criteria of law and justice.²⁹ “Principles are the most important provisions that define the whole system, the content and form of its stages, its nature and purpose. They will ensure the successful resolution of litigation tasks.”³⁰ “Principles of law give a definite direction to the application of law, the decision to achieve this or that legal result should be oriented towards the values and goals defined by the principles. Thus, the application of the principle means that they are the defining basis of the decision-making process in the legal outcome.”³¹ According to the law of the same mind of natural law, there are principles of law which are more weighty than a legal act.³² The normative act and the court decision are bound by the principles of law. Principles form the basis of the “objective order of goodness.”³³ The principle expresses the basic idea and approaches of justice,³⁴ A kind of red line accompanies any decision.³⁵ There is a principle of “every word has a meaning”, the essence of which is that there is nothing “just” said in the legislation, every word has its purpose, however, the same word may have different meanings depending on the terminological purpose.³⁶ Thus, there is no doubt that the general principle plays an important role in

[რთველს საკანონმდებლო მაცნე" \(matsne.gov.ge\)](http://matsne.gov.ge) [Date of access: 19 June 2021].

23 Tsipelius, R., 2006. Teaching legal methods. Tenth revised edition. Munich: Beck Publishing, p. 99.

24 Article 42 of the Constitution, 2008. Forms and Procedures for Appealing to the Constitutional Court. Tbilisi. Publishing House Article 42 of the Constitution, p. 9.

25 Explanation of the principle: { Date of access: 19 June 2021}. Available at: პრინციპი – ვიკიპედია (wikipedia.org)

26 Tkesheliadze, G. and others. 2018. Criminal Law (Manual) General Part. Tbilisi. Meridian Publishing House, p. 54.

27 Muthorst, O., 2019. Fundamentals of Jurisprudence, Method – Concept – System. Tbilisi. German Society for International Cooperation (GIZ), pp. 82-83.

28 Tkesheliadze, G. and others. 2018. Criminal Law (Manual) General Part. Tbilisi. Meridian Publishing House, p. 54.

29 Akubardia, I., Gogoshelidze, R., Papiashvili, L., and Gogoniashvili, N., 2009. The process of blood burial (separate institutions of the general part). Second revised edition, Tbilisi. Law, p. 117.

30 Ibid, p. 117.

31 Muthorst, O., 2019. Fundamentals of Jurisprudence, Method – Concept – System. Tbilisi. German Society for International Cooperation (GIZ), p. 83.

32 Radbukh, G., 2012. Five Minutes in the Philosophy of Law. Journal of Law, 1-2 (3-4), pp. 248-249.

33 Zoidze, B., 2007. Constitutional Control and Order of Values in Georgia. Tbilisi. German Technical Cooperation Society, p. 46.

34 Shalikashvili, M., and Mikanadze, G., 2016. Juvenile Justice. Second Edition. Tbilisi, Freiburg, Strasbourg: Meridian Publishing House, p.73.

35 Office of legislative counsel, 2013. Principles of legislative drafting, A guide to legislation and legislative process in British Columbia, p. 1. Available at: 2-DraftingPrinciples_August2013.pdf (crownpub.bc.ca) [Last seen: 19 June 2021]

36 Office of legislative counsel, 2013. Principles of legislative drafting. A guide to legislation and legislative process in British Columbia. p. 3. Available at: 2-DraftingPrinciples_August2013.pdf (crownpub.bc.ca) [Last seen: 19 June 2021].

procedural norm.⁴⁶ The best interests of the juvenile must first be taken into account, which must be assessed in the light of the individual factual circumstances of the case.⁴⁷ “The state must protect and strengthen the rights and freedoms of all children, based on the protection of the best interests of the child, and the legislature, the executive and the judiciary must always be guided by this principle in all decisions concerning children.”⁴⁸ According to Article 5 (3) of the Code of the Rights of the Child: “It shall be a binding obligation for the legislative and executive authorities, the judiciary, and the public institutions and natural and legal persons of Georgia, to give priority to the best interests of the child when making decisions and/or taking any action in relation to the child.”⁴⁹ And according to Part 4 of Article 5 of the same Code: “When interpreting a legal provision, it shall be interpreted with a view to the best interests of the child in accordance with this Code, the Constitution of Georgia, the Convention on the Rights of the Child, its supplementary protocols and other treaties of Georgia.”⁵⁰

3.2 Prioritizing the best interests as a mirror of the shortcomings of juvenile justice

A decision or action taken against a child which is contrary to the rights enshrined in the Convention on the Rights of the Child cannot be considered in the best interests of the child.⁵¹ Any decision in the administration of juvenile

justice must take into account the true / best interests of the child,⁵² Otherwise an effective decision will not be made.⁵³ In the administration of juvenile justice, the best interests of the child should be a priority in all decision-making processes.⁵⁴ Making a decision in the best interests of the child is the cornerstone of achieving the goals of juvenile justice.⁵⁵ In case of inaccuracies or deficiencies in the national legislation, it should be guided by the principle of priority of the best interest, it should be the principle of principles regarding any issue analyzed by the legislator, practitioner or theorist.⁵⁶ **This principle is a kind of mirror of juvenile justice, in which legal gaps should be reflected and the way of harmonization of legislation should be shown.** In fact, it turns out that when we consider this or that legal norm, we also determine to what extent the legal regulation corresponds to the priority of the best interest; In case of non-compliance, it turns out that there is a gap in the legislation and its legislative regulation should be put on the agenda. In order to further analyze the issue, we can consider the type of preventive measure, such as “prison bail”, which is indirectly envisaged by the Juvenile Justice Code, after which we will get an idea of the role that the principle can play in the application of this or that measure.

46 General comment No. 14 2013 on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration (art. 3, para.1). Available at: [CRC_C_GC_14-EN.pdf](#) [Last seen: 19 June 2021]

47 Lursmanashvili, L., "Translator" 2020. Handbook of European Law on the Rights of the Child. Tbilisi. Sulkhani-Saba Orbeliani University Publishing House, p. 171.

48 Ibid, p. 6.

49 Law of Georgia, Code of the Rights of the Child, Available at: [ბავშვის უფლებათა კოდექსი | სსიპ "საქართველოს საკანონმდებლო მაცნე" \(matsne.gov.ge\)](#) [Last seen: 19 June 2021]

50 Ibid.

51 Institute for Democracy Research, 2015. Handbook of Juvenile Justice Practice, p. 13.

52 General comment NO.10 2007 – Children’s Rights in Juvenile Justice. Available at: Refworld | General comment No. 10 2007: Children's Rights in Juvenile Justice [Last seen: 19 June 2021]

53 United Nations Standard Minimum Rules for administration of Juvenile Justice ("The Beijing Rules"), Adopted by general assembly resolution 40/33 of 29 November 1985. Available at: Microsoft Word – Document1 ([ohchr.org](#)) [Last seen: 19 June 2021]

54 Explanatory card on the draft Law on Juvenile Justice of Georgia. Available at: [file0012.pdf \(factcheck.ge\)](#) [Last seen: 19 June 2021]

55 Falch-Eriksen, A., Backe-HANSEN, E., 2018. Human Rights In Child Protection, Implications for professional practice and Policy. Oslo : Macmillan, p. 62.

56 Shekiladze, Kh., 2016. The essence of the principle of priority of the best interests of the juvenile. Journal of Law (2), pp. 272-273.

3.3. Use of prison bail in juvenile justice?!

With regard to preventive measures, first of all, it should be noted that its ratio has a preventive-preventive character, the purpose of its use is not to prove guilt. The expediency of using a specific preventive measure is the subject of discussion.⁵⁷ In order to apply a measure of restraint, it is necessary to have a combination of factual and formal circumstances, which will facilitate an objective assessment of the danger of the accused, to reasonably predict the commission of an unlawful act in order to prevent him from administering justice.⁵⁸ The priority of the juvenile interest, which is cumulatively necessary for the application of custody to him, is directly related to the principle of juvenile justice, such as the priority of the best interest, therefore, is necessarily an issue to be taken into account. This record of the juvenile interest may be understood in two ways: 1) According to the principle of proportionality, the judge determines a legitimate public goal, another, less radical means to achieve that goal;⁵⁹ 2) the detention should not lead to more damage, which could give him the freedom to be triggered.⁶⁰ The sixth part of Article 200 of the Code of Criminal Procedure regulates the issue of the use of prison bail, according to which the only precondition for the use of prison bail is the fact of the arrest of the accused. When imposing bail on the fact of arrest, the second measure of restraint is actually applied to the accused – detention. Thus, the CCP provides for two types of collateral – the so-called. Prison and non-prison bail. The so-called “Bail” is used when a person has been prosecuted for arrest, and if

a person has been prosecuted for non-custody, non-custodial bail applies.⁶¹ Thus, according to the literal definition of this article, the factor of detention is the only basis for the use of “prison bail” and the actual version does not leave the judge the opportunity to decide on his own opinion whether detention will be applied to the accused.⁶² In fact it turns out that the judge makes the decision without any internal belief,⁶³ “Formally” receives.⁶⁴ The wording of this article is understood to mean “imprisonment” of detention in such a way that the judge has no discretion to decide the matter himself;⁶⁵ Because the word – “fees” means that in all cases it pays, and not only when the court deems it expedient.⁶⁶ In this case, the law does not focus on who demands what and how, but on the fact that the end result

57 Bochorishvili, T., and Takalandze B., 2020. Standards of prevention measures. Tbilisi. Georgian Young Lawyers Association. p. 22.

58 Judgment of the Investigative Panel of the Tbilisi Court of Appeals of 24 May 2013 (Case №1c / 294).

59 Korkelia, K., Ed. 2010. Constitutional and International Mechanisms for the Protection of Human Rights. Legal grounds for the use of arrest and detention in criminal proceedings. Tbilisi. Meridian, p. 168.

60 Shalikhvili M., and Mikanadze G., 2016. Juvenile Justice (textbook). Tbilisi, Freiburg, Strasbourg: Meridian. p.185.

61 Submission to the Tetrtskaro District Court of February 14, 2020 on the constitutionality of the first sentence of Article 200, Part 6 of the Criminal Procedure Code of Georgia. P.16.

62 Giorgadze, G., "Ed." 2015. Commentary on the Criminal Procedure Code of Georgia. Tbilisi. American Bar Association. P. 580.

63 Submission to the Tetrtskaro District Court of February 14, 2020 on the constitutionality of the first sentence of Article 200, Part 6 of the Criminal Procedure Code of Georgia. P. 48

64 Justice and Georgia – 2016 Statistics. { Date of access: 19 June 2021}. Available at: <http://www.supremecourt.ge/files/upload-file/pdf/2016weli-wigni-sisxli.pdf> To get a clear idea of the prison bail, let's use the statistics – according to the cases reviewed in the common courts of Georgia in 2010-2016. Specifically, in 2010, 83.4% of the 2584 applications for bail were granted; Out of 2988 petitions in 2011, 85.5% were satisfied; Out of 2241 petitions in 2012, 93.5% were satisfied; In 2013, 86.5% of 3063 petitions were satisfied; In 2014, 83.5% of 1855 petitions were upheld; Out of 1430 petitions in 2015, 83% were satisfied; And in 2016, 76.5% of the 1189 petitions were upheld. Unsatisfactory statistics from these statistics do not mean that in other cases the court refused to use detention bail, but in some cases the motion remained unresolved.

65 Latsabidze, G., 2018. Peculiarities of bail secured as a measure of restraint in criminal proceedings. Law and the World. International Scientific Review Journal of the European University Law Research Institute, (10) p. 52.

66 Petition of Tetrtskaro District Court of February 14, 2020 on the constitutionality of the first sentence of Article 200, Part 6 of the Criminal Procedure Code of Georgia, p. 18. Available at: [სასამართლო აქტები \(constcourt.ge\)](http://constcourt.ge) [Last seen: 19 June 2021].

should be imprisonment. Another disadvantage of this situation is that the judge acts as an accuser and he uses a more severe measure of restraint than that requested by the prosecutor.⁶⁷

The case law of the European Court of Human Rights makes it clear that the person / body considering the detention of a person must be provided with the appropriate authority to release a detainee on appropriate grounds. The judge / officer should have the power to release and he should consider the issue of detention. He must listen to the person before him and determine, based on legal criteria, whether the detention is justified. This is the most important standard and its absence would lead to a violation of Article 5 of the European Convention. If we apply these rules to the use of bail, where the decisive factor is the arrest and not the decision made by the judge, this will seriously damage the court as an independent institution.⁶⁸ Particularly controversial is the use of detention on the one hand as an inadmissible and unnecessary measure, as bail provides for the purposes of the measure of restraint, and despite this finding the person will be sentenced to imprisonment, which in case of non-payment of bail will become an excuse for continued detention. His shortcomings are well illustrated when detention is sought, the court on bail, and in view of the fact of arrest also imprisonment, i.e. it turns out that both refusal to use detention and consent at the same time. Finally, after the expiration of the bail period, the accused remains in detention without justification of detention, which is inconsistent not only with the principles of the CCP, Article 18 of the Constitution of Georgia, but also with the practice of the European Court under Article 5 of the Convention.⁶⁹ It is interesting to see to what extent in the Juvenile Justice Code we can use detention on bail, as provided for in Article 200 (6) of the Code of Criminal Procedure.⁷⁰ There is no direct record

of this issue in the Juvenile Justice Code. However, we should take into account the third part of Article 2 of the Juvenile Justice Code, according to which the provisions of other normative acts of Georgia are applied in the juvenile justice process, if they do not contradict this Code and / or provide benefits for juveniles. Therefore, in order to get an answer to this question, we must judge how consistent the so-called Legislative regulation of the use of prison bail with the general principles of juvenile justice. First of all, Article 9 of the Juvenile Justice Code – detention as an extreme measure, which is at the level of principle, somehow answers the question of whether we can use the so-called juvenile justice against the juvenile accused Prison bail. For additional argumentation, it is interesting to analyze an example from Georgian case law. In particular, the Tbilisi City Court sentenced a juvenile accused of robbery to prison bail, which was appealed to the Court of Appeals, where the court made the following explanation: „Also, the accused in the case does not have his own income and he is hoping to pay his parents and / or relatives, which is most likely the equivalent of imprisonment for him.”⁷¹ Under such reasoning, the investigative panel released the bail as a measure of restraint against the juvenile defendant and lifted the detention. There is a widespread view in the legal literature that detention should not be used to secure bail for a juvenile defendant;⁷² Reasoning on this issue is well developed in the ruling of the Batumi City Court, the main essence of which is that the detention bail does not / cannot provide the best interests of the juvenile, more specifically: “The use of bail as a measure of restraint

67 Ibid, p.18.

68 Niparishvili, B., 2016. Imprisonment as a means of securing the use of bail. *Justice and Law*, 2 (50). p. 21.

69 Ibid, p. 23.

70 According to statistics, prison bail is normally used and there are no practical restrictions on this measure of restraint – according to statistics for 6 months of

2019 – the rate of detention requested by the prosecutor was 42% (62 cases), bail – 29% (44 Case); Transfer of juvenile custody to 21% (31 cases); Agreement on Exit and Appropriate Behavior – 4% (6 cases); On bail – 4% (6 cases). Available at: <http://pog.gov.ge/uploads/7bc4208f-statistika-arasrulwlovnebe.pdf> [Last seen: 19 June 2021]

71 Judgment of the Investigative Panel of the Tbilisi Court of Appeals of 28 September 2016 (Case №1c / 1516).

72 Kvirivshvili, T., 2017. Detention of juveniles as an extreme measure – an analysis of the case law of the European Court of Human Rights and the courts of Georgia. *Current issues in criminal law*, 1. p. 109.

against a juvenile accused is envisaged. However, the Juvenile Justice Code does not provide for the use of bail provided for in detention provided for in Article 200 (6) of the Criminal Procedure Code if the accused is detained. Article 4 of the Juvenile Justice Code unequivocally defines the need for the best interests of the juvenile to be taken into account in the decision-making process. Article 2 (2) of the same Code states that the norms provided for in this Code shall be applied in the juvenile justice process, and as for the application of another procedural norm, as required by paragraphs 3 and 5 of the same Article, it may be used only if: If they do not contravene this Code, provide for the benefit of the juvenile and serve his or her best interests, then the Court concludes that detention on remand of the juvenile defendant on bail does not fall within the scope of the Juvenile Justice Code. The measure of procedural coercion used should be abolished in the form of continuous detention.⁷³ The use of such measures is not in the best interests of the juvenile, therefore, continued detention until payment of bail is not assessed as legally correct.⁷⁴

Thus, it turned out that the importance of the principle, its understanding, discussion in combination with the constitutional provisions showed us that it is necessary to correct heterogeneous practices in accordance with the procedures established by the Constitution, which means to write the issue in the legislative act.

CONCLUSION

The importance of the principle is crucial for the proper formulation of the provisions of this or that normative act, it is the way to find the gap, which is fundamental for the proper functioning of the judiciary. The principle is the basis that generalizes the content conveyed in the norm. Legislation is constantly evolving, and

the discovery of legislative gaps is crucial to harmonizing legislation. The issue of deficiency of the norm is one of the most important in the development of jurisprudence, it is the science of understanding, which through legal methods determines the legislator is qualified to be silent, generally silent, if incorrectly regulates the issue, legal and practicing lawyers. When a legally relevant result cannot be achieved and/or unstable only by simply expanding the norm. In such a case, a crack in the law should be eliminated in accordance with constitutional procedures. In discussing the issue of regulation and legislation through it, the norm-principle in juvenile justice best presents the priority of the best interest that applies when incorporating any decision and / or provision of a normative act into legislation. This means that when a practicing and / or theoretical lawyer evaluates this or that norm, which is defined by the Juvenile Justice Code, he / she also determines whether it is the best for a juvenile to settle a matter, if we have the opposite answer, if it is legal. Even if the issue cannot be regulated legally, the agenda is to eliminate the gap through legislation, which is the only way for the proper functioning of the judiciary. The "detention bail" used against juveniles is indirectly regulated and practically used. It is true that there are practitioners, especially judges, who, based on many factors, exclude the legitimacy of its use, but it is still mostly used, which causes instability of the practice. Therefore, this is exactly the case when we have to say that there is a "crack in the law" and fix it with the constitutional levers at our disposal to harmonize the legislation.

73 Judgment of the Batumi City Court of December 28, 2019 (Case 10 / a-19/18).

74 Kvachadze, M., "Ed." 2019. Application of preventive measures against juveniles: Reflection of international standards in national court practice. Tbilisi. Meridian. p. 83.

BIBLIOGRAPHY:**Used literature:**

1. Muthhorst, O., 2019. Fundamentals of Jurisprudence, Method – Concept – System. Tbilisi. German Society for International Cooperation (GIZ). (In Georgian)
2. Tspelius, R., 2006. Teaching legal methods. Tenth revised edition. Munich: Beck Publishing. (In Georgian)
3. Shalikashvili M. and Mikanadze G., 2016. Juvenile Justice (textbook). Tbilisi, Freiburg, Strasbourg. Meridian. (In Georgian)

Normative material:

1. The Constitution of Georgia. [Last seen: 19 June 2021]. Available at : Constitution of Georgia LEPL "Legislative Herald of Georgia" (matsne.gov.ge). (In Georgian)
1. Law of Georgia on the Constitutional Court. [Last seen: 19 June 2021]. Available at: [About the Constitutional Court of Georgia LEPL "Legislative Herald of Georgia" \(matsne.gov.ge\)](http://About the Constitutional Court of Georgia LEPL). (In Georgian)
1. Law of Georgia on Common Courts. [Last seen: 19 June 2021]. Available at: [About Common Courts | LEPL "Legislative Herald of Georgia" \(matsne.gov.ge\)](http://About Common Courts | LEPL). (In Georgian)
1. Law of Georgia, Code of the Rights of the Child, [Last seen: 19 June 2021]. Available at: [Child Rights Code LEPL "Legislative Herald of Georgia" \(matsne.gov.ge\)](http://Child Rights Code LEPL). (In Georgian)
1. Law of Georgia Code of Juvenile Justice. [Last seen: 19 June 2021]. Available at: [Juvenile Justice Code LEPL "Legislative Herald of Georgia" \(matsne.gov.ge\)](http://Juvenile Justice Code LEPL). (In Georgian)

Judicial Practice:

1. Judgment of the Constitutional Court of Georgia of February 11, 2021 (Case №1 / 1 / 1505,1515,1516,1529). [Last seen: 19 June 2021]. Available at: [Court Acts \(constcourt.ge\)](http://Court Acts (constcourt.ge). (In Georgian)
2. Judgment of the Batumi City Court of December 28, 2019 (Case 10 / a-19/18). (In Georgian)
3. Judgment of the Investigative Panel of the Tbilisi Court of Appeals of September 28, 2016 (Case 31c / 1516). (In Georgian)
4. Judgment of the Investigative Panel of the Tbilisi Court of Appeals of 24 May 2013 (Case № 1c / 294).

NOTES:

1. Muthhorst, O., 2019. Fundamentals of Jurisprudence, Methode – Concept – System. Tbilisi. German Society for International Cooperation (GIZ), pp. 62-63. (In Georgian)
2. Tspelius, R., 2006. Teaching Legal methods. Tenth Revised Edition. Munich: Beck Publishin, p. 99. (In Georgian)
1. Office of Legal Policy, 1987. Original meaning jurisprudence: a source-book. U.S.A, p. 6. Available at: [115083NCJRS.pdf \(ojp.gov\)](http://115083NCJRS.pdf (ojp.gov) [Last seen 19 June 2021]. (In English)
1. Robert, H., 1971. Neutral Principles and some First amendment Problems. Indiana Law Journal, (1), p. 6. Available at: [Neutral Principles and Some First Amendment Problems \(indiana.edu\)](http://Neutral Principles and Some First Amendment Problems (indiana.edu) [Last seen:19

- June 2021]. (In English)
1. Berger, r., 1984. A Response to D.A.J. Richards' Defense of Freewheeling Constitutional Adjudication, Indiana Law Journal (3), p. 12. Available at: [A Response to D.A.J. Richards' Defense of Freewheeling Constitutional Adjudication \(core.ac.uk\)](#) [Last seen:19 June 2021]. (In English)
 1. Judgment of the Constitutional Court of Georgia of February 11, 2021 (Case №1/1/ 1505, 1515, 1516, 1529). Available at: [Court Acts \(constcourt.ge\)](#) [Last seen:19 June 2021]. (In Georgian)
 2. Muthhorst, O., 2019. Fundamentals of Jurisprudence, Methode – Concept – System. Tbilisi. German Society for International Cooperation (GIZ), p. 166. (In Georgian)
 3. Turava, M., 2013. Criminal Law, Overview of the General Part. Ninth Revised edition, TBILISI. Meridianian Publishing, p. 203. (In Georgian)
 4. Nachkebia, G., 2016. The problem of legal norms and its methods. Law and the World, №4, p.149. (In Georgian)
 5. Muthhorst, O., 2019. Fundamentals of Jurisprudence, Methode – Concept – System. Tbilisi. German Society for International Cooperation (GIZ), pp. 48-49. (In Georgian)
 6. Tspelius, R., 2006. Teaching Legal methods. Tenth Revised Edition. Munich: Beck Publishin, p. 99. (In Georgian)
 7. Ibid, pp. 79-84. (In Georgian)
 8. Tspelius, R., 2006. Teaching Legal methods. Tenth Revised Edition. Munich: Beck Publishin, p. 80. (In Georgian)
 9. Muthhorst, O., 2019. Fundamentals of Jurisprudence, Methode – Concept – System. Tbilisi. German Society for International Cooperation (GIZ), pp. 182-183. (In Georgian)
 1. Office of Legal Policy, 1987. Original meaning jurisprudence: a sourcebook. U.S.A, p. 35. Available at: [115083NCJRS.pdf \(ojp.gov\)](#) [Last seen:19 June 2021]. (In English)
 2. Zoidze, B., 2007. Constitutional Control and Order of Values in Georgia. Tbilisi. German Technical Cooperation Society, p. 46. (In Georgian)
 3. Ibid, p. 61. (In Georgian)
 4. Ivane Javakhishvili Tbilisi State University, 2016. Guram Nachkebia-75, Anniversary Collection, Tbilisi. Meridian Publishing House, p. 459. (In Georgian)
 1. Law of Georgia on the Constitutional Court of Georgia. Available at: [On the Constitutional Court of Georgia | LEPL "Legislative Herald of Georgia" \(matsne.gov.ge\)](#) [Last seen:19 June 2021]. (In Georgian)
 1. Constitution of Georgia. Available at: [Constitution of Georgia | LEPL "Legislative Herald of Georgia" \(matsne.gov.ge\)](#) [Last seen:19 June 2021]. (In Georgian)
 1. Law of Georgia on the Constitutional Court Available at: [On the Constitutional Court of Georgia | LEPL "Legislative Herald of Georgia" \(matsne.gov.ge\)](#) [Last seen:19 June 2021]. (In Georgian)
 1. Law of Georgia on Common Courts. Available at: [On Common Courts | LEPL "Legislative Herald of Georgia" \(matsne.gov.ge\)](#) [Last seen:19 June 2021]. (In Georgian)
 2. Tspelius, R., 2006. Teaching Legal methods. Tenth Revised Edition. Munich: Beck Publishin, p. 99. (In Georgian)
 3. Article 42 of the Constitution, 2008. Forms and Procedures for Appealing to the Constitutional Court, Tbilisi. Publishing House, Article 42 of the Constitution, p. 9. (In Georgian)

4. Definition of the principle: Available at: [Principle – Wikipedia \(wikipedia.org\)](https://en.wikipedia.org/wiki/Principle) [Last seen:19 June 2021]. (In Georgian)
5. Tkesheliadze, G. Et al. 2018. Criminal Law (Manual) General Part. Tbilisi. Meridian Publishing House, p. 54. (In Georgian)
6. Muthorst, O., 2019. Fundamentals of Jurisprudence, Method – Concept – System, Tbilisi. German Society for International Cooperation, pp. 82-83. (In Georgian)
7. Tkesheliadze, G. Et al. 2018. Criminal Law (Manual) General Part. Tbilisi. Meridian Publishing House, p. 54. (In Georgian)
8. Akubardia, I., Gogoshelidze, R., Papiashvili, L., and Gogoniashvili, N., 2009. The process of blood burial (separate institutions of the general part). Second revised edition, Tbilisi. Law, p. 117. (In Georgian)
9. Ibid, p. 117. (In Georgian)
10. Muthorst, O., 2019. Fundamentals of Jurisprudence, Method – Concept – System, Tbilisi. German Society for International Cooperation, p. 83. (In Georgian)
11. Radbukh, G., 2012. Five Minutes in the Philosophy of Law. Journal of Law, 1-2 (3-4), pp. 248-249. (In Georgian)
12. Zoidze, B., 2007. Constitutional Control and Order of Values in Georgia. Tbilisi. German Technical Cooperation Society, p. 46. (In Georgian)
13. Shalikashvili, M., and Mikanadze, G., 2016. Juvenile Justice, Second Edition, Tbilisi, Freiburg, Strasbourg: Meridian Publishing, p. 73. (In Georgian)
14. Office of legislative counsel, 2013. Principles of legislative drafting, A guide to legislation and legislative process in British Columbia, p. 1. Available at: [DraftingPrinciples_August2013.pdf \(crownpub.bc.ca\)](https://www.crownpub.bc.ca/DraftingPrinciples_August2013.pdf). [Last seen:19 June 2021]. (In English)
15. Office of legislative counsel, 2013. Principles of legislative drafting, A guide to legislation and legislative process in British Columbia, p. 3. Available at: [DraftingPrinciples_August2013.pdf \(crownpub.bc.ca\)](https://www.crownpub.bc.ca/DraftingPrinciples_August2013.pdf). [Last seen:19 June 2021]. (In English)
16. Children in the world. Available at: [Children in the World – Humanium](https://www.humanium.org/en/children-in-the-world/) [Last seen:27 April 2021]. World population: past, present and future. Available at: [World Population Clock: 7.9 Billion People 2021 – Worldometer \(worldometers.info\)](https://www.worldometers.info/world-population/) [Last seen:19 June 2021]. Statistically, about 1/3 of the world's population is children. (In English)
17. Shalikashvili, M., 2013. Criminal, criminological and psychological aspects of juvenile diversion and mediation. Tbilisi, p. 14. Available at: [arasrulwlovanTa_ganridebis_da_mediaciis_sixlissamarTlebrivi_kriminologiuri_da_fsiqologiuri_aspeqtebi.pdf \(court.ge\)](https://www.court.ge/arasrulwlovanTa_ganridebis_da_mediaciis_sixlissamarTlebrivi_kriminologiuri_da_fsiqologiuri_aspeqtebi.pdf) [Last seen:19 June 2021]. (In Georgian)
18. Bobokhidze, M., 2020. Dissertation, Legal guarantees of the principle of priority of the best interests of the child. Tbilisi, p. 5. Available at: [ckH2e40nifT26O4K5dn5.pdf \(ug.edu.ge\)](https://www.ug.edu.ge/cKH2e40nifT26O4K5dn5.pdf)
19. [Last seen:19 June 2021]. (In Georgian)
20. Imerlishvili, I., 2017. Juvenile Rights: International Experience and the Situation in Georgia. Human Rights, Constitutional Reform and Rule of Law in Georgia, Tbilisi, p. 76. (In Georgian)
21. Hamilton, K., 2011. Guidelines for Juvenile Justice Legislative Reform. New York: UNICEF, p. 34. (In Georgian)
22. European Commission for Democracy through Law (Venice Commission), 2014. Report on the protection of children's Rights. Venice: Council of European, p. 12. (In English)

23. Council of Europe, 2011. Guidelines of the Committee of Ministers of the Council of Europe on child-friendly justice, Council Europe of Publishing, p. 18. (In English)
24. Georgian Law Code of Juvenile Justice. Available at: [Code of Juvenile Justice | LEPL "Legislative Herald of Georgia" \(matsne.gov.ge\)](#) [Last seen: 19 June 2021]. (In Georgian)
25. Georgian Law Code of Juvenile Justice. Available at: [Code of Juvenile Justice | LEPL "Legislative Herald of Georgia" \(matsne.gov.ge\)](#) [Last seen: 19 June 2021]. (In Georgian)
26. General comment No. 14 2013 on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration (art. 3, para.1). Available at: [CRC C GC 14-EN.pdf](#) [Last seen: 19 June 2021]. (In Georgian)
27. Lursmanashvili, L., "Translator" 2020. Handbook of European Law on the Rights of the Child. Tbilisi. Sul Khan-Saba Orbeliani University Publishing House, p. 171. (In Georgian)
28. Ibid, p. 6. (In Georgian)
29. Law of Georgia, Code of the Rights of the Child. Available at: [Code of the Rights of the Child | LEPL "Legislative Herald of Georgia" \(matsne.gov.ge\)](#) [Last seen: 19 June 2021]. (In Georgian)
30. Georgian Law, Code of the Rights of the Child. Available at: [Code of the Rights of the Child | LEPL "Legislative Herald of Georgia" \(matsne.gov.ge\)](#) [Last seen: 19 June 2021]. (In Georgian)
31. Institute for the Study of Democracy, 2015. Handbook of Best Practices in Juvenile Justice, p.13. (In Georgian)
32. General comment NO.10 2007 – Children's Rights in Juvenile Justice. Available at: [Refworld | General comment No. 10 2007: Children's Rights in Juvenile Justice](#) [Last seen: 19 June 2021]. (In English)
33. United Nations Standard Minimum Rules for administration of Juvenile Justice ("The Beijing Rules"), Adopted by general assembly resolution 40/33 of 29 November 1985. Available at: [Microsoft Word – Document1 \(ohchr.org\)](#) [Last seen: 19 June 2021]. (In English)
34. Explanatory card on the draft Law on Juvenile Justice of Georgia. Available at: [file0012.pdf \(factcheck.ge\)](#) [Last seen: 19 June 2021]. (In English)
35. Falch-Eriksen, A., Backe-HANSEN, E., 2018. Human Rights In Child Protection, Implications for professional practice and Policy. Oslo : Macmillan, p. 62 (In English)
36. Shekiladze, Kh., 2016. The essence of the principle of priority of the best interests of the juvenile. Journal of Law (2), pp. 272-273. (In Georgian)
37. Bochorishvili, T., and Takalandze B., 2020. Standards of prevention measures. Tbilisi. Georgian Young Lawyers Association, p. 22. (In Georgian)
38. Judgment of the Investigative Panel of the Tbilisi Court of Appeal of 24 May 2013 (Case 31c / 294). (In Georgian)
39. Korkelia, K., "Ed." 2010. Constitutional and International Mechanisms for the Protection of Human Rights. Legal Basis for the Use of Detention and Arrest in Criminal Proceedings. Tbilisi. Meridian, p. 168. (In Georgian)
40. Shalikhvili, M., and Mikanadze, G., 2016. Juvenile Justice (text-book), Tbilisi, Freiburg, Strasbourg: Meridian, p. 185. (In Georgian)
41. Submission to the Tetritskaro District Court of 14 February 2020 on the constitutionality of the first sentence of Article 200 6 6 of the Crim-

- inal Procedure Code of Georgia, p. 16. (In Georgian)
42. Giorgadze, G., "Ed." 2015. Commentary on the Criminal Procedure Code of Georgia. Tbilisi. American Bar Association, p. 185 (In Georgian)
 43. Submission to the Tetrtskaro District Court of 14 February 2020 on the constitutionality of the first sentence of Article 200 (6) of the Criminal Procedure Code of Georgia, p. 48. (In Georgian)
 44. Justice and Georgia – Statistics for 2016. Available at: <http://www.supremecourt.ge/files/upload-file/pdf/2016weli-wigni-sisxli.pdf> [Last seen: 19 June 2021]. (In Georgian) According to the cases reviewed in the courts in 2010-2016. Specifically, in 2010, 83.4% of the 2584 applications for bail were granted; Out of 2988 petitions in 2011, 85.5% were satisfied; Out of 2241 petitions in 2012, 93.5% were satisfied; In 2013, 86.5% of 3063 petitions were satisfied; In 2014, 83.5% of 1855 petitions were upheld; Out of 1430 petitions in 2015, 83% were satisfied; And in 2016, 76.5% of the 1189 petitions were upheld. Unsatisfactory statistics from these statistics do not mean that in other cases the court refused to use detention bail, but in some cases the motion remained unresolved.
 45. Latsabidze, G., 2018. Peculiarities of bail secured as a measure of restraint in criminal proceedings. Law and the World. International Scientific Review Journal of the European University Law Research Institute, (10), p. 52. (In Georgian)
 46. Submission to the Tetrtskaro District Court of 14 February 2020 on the constitutionality of the first sentence of Article 200 6 (6) of the Criminal Procedure Code of Georgia, p. 18. (In Georgian)
 47. Ibid, p. 18. (In Georgian)
 48. Niparishvili, B., 2016. Imprisonment as a means of securing the use of bail. Justice and Law, 2 (50), p. 21. (In Georgian)
 49. Ibid, p. 23. (In Georgian)
 50. According to statistics, prison bail is normally used and there is no practical impediment to this measure of restraint – according to statistics for 6 months of 2019 – the detention rate requested by the prosecutor was 42% (62 cases), bail – 29% (44 cases); Transfer to juvenile custody at 21% (31 cases); Agreement on Exit and Appropriate Behavior – 4% (6 cases); On bail – 4% (6 cases) – see. Available at: <http://pog.gov.ge/uploads/7bc4208f-statistika-arasrulwlovnebze.pdf> [Last seen Accessed 19 June 2021]. (In Georgian)
 51. Judgment of the Investigative Panel of the Tbilisi Court of Appeal of 28 September 2016 (Case №1c / 1516). (In Georgian)
 52. Kvrivishvili, T., 2017. Detention of a juvenile as an extreme measure – analysis of the case law of the European Court of Human Rights and the courts of Georgia. Current criminal issues, 1, p. 109. (In Georgian)
 53. Judgment of the Batumi City Court of 28 December 2019 (Case 10 / a-19/18). (In Georgian)
 54. Kvachadze, M., "Ed." 2019. Application of Deterrence Measures to Minors: Reflecting International Standards in National Judicial Practice. Tbilisi. Meridian, p. 83. (In Georgian)

პრინციპი, როგორც საკანონმდებლო ხარვეზის დადგენის საშუალება (იუვენალური იუსტიციის მაგალითზე)

სალომე გულიაშვილი

კავკასიის საერთაშორისო უნივერსიტეტის
დოქტორანტი

საკვანძო სიტყვები: კანონმდებლობა, ხარვეზი,
ჰარმონიზაცია

შესავალი

კანონი ვერ იქნება აბსოლუტური მოცემულობა, რაც უცვლელად უნდა გადაეცემოდეს თაობებს, იგი დროსთან და საჭიროებებთან ერთად ცვლადი ჯერარსული მოვლენაა.¹ მიღებული კანონების შინაარსობრივი კორექტირება იურისპრუდენციის ჩვეულებრივი მდგომარეობაა. იურისპრუდენცია არაა ზუსტი მეცნიერება, მთავარია არგუმენტების ჭიდილი, საიდანაც ერთი უფრო არგუმენტირებულია, ვიდრე მეორე და არა აბსოლუტურად სწორი. მართლმსაჯულება სამართალს იმ გზით ანვითარებს, რომ ახდენს კანონის დაზუსტებას, განვრცობას ან შესწორებას.² აუცილებელია მოხდეს კანონში ჩადებული აზრის რეკონსტრუქცია. კანონის იმგვარი ინტერპრეტაცია უნდა

1 მუთჰორსტი, თ., 2019. სამართალმცოდნეობის საფუძვლები, მეთოდი – ცნება – სისტემა. თბილისი. გერმანიის საერთაშორისო თანამშრომლობის საზოგადოება (GIZ), გვ. 62-63.

2 ციპელიუსი, რ., 2006. იურიდიული მეთოდების მოძღვრება. მეათე გადა-
მუშავებული გამოცემა. მიუნხენი. ბეკის გამომცემლობა, გვ. 99.

მოხდეს, რაც მთლიანობაში „სამართლის ერთიანობის“ პრინციპთან შესაბამისობაში იქნება. პრინციპის როლი რომ განსაკუთრებულია ნებისმიერი სამართლებრივი დარგის კუთხით, უდავოა. იგი ფუნდამენტია, რაზეც „დაშენებულია“ საკანონმდებლო ბაზა. იურისპრუდენცია ერთგვარი საწარმოა, სადაც პრინციპებით გამოხატულია მისი ორიგინალური, ბუნებითი საზრისი.³ მათი თანმიმდევრული და უცილობელი შესრულება არის გარანტი მართლმსაჯულების ჯეროვანი განხორციელებისა.⁴ პრინციპი არის ზოგადი ხასიათის პუნქტი, რომელიც ნებისმიერ ნორმაში უნდა იკითხებოდეს.⁵ როდესაც ხდება იმის გააზრება, რომ ნორმატიულ აქტში ესა თუ ის ნორმა შეუსაბამობაშია კონსტიტუციურ თუ სხვა ბაზისურ პრინციპთან, როგორცაა, მაგალითად, საუკეთესო ინტერესის პრიორიტეტულობის პრინციპი არასრულწლოვანთა მართლმსაჯულებაში, მაშინ დღის წესრიგში დგება მისი შეცვლის საკითხი. მთავარია, რომ საკითხი მოუწესრიგებლობის საფუძველს არ ქმნიდეს. ეს საფრთხეს უქმნის მართლმსაჯულების ჯეროვან განხორციელებას, რაც სამართლებრივი სახელმწიფოს არსებობის აუცილებელი პირობაა, რაც არის ქვაკუთხედი დემოკრატიული სახელმწიფოს ფუნქციონირებისათვის.⁶

3 Office of Legal Policy, 1987. Original meaning jurisprudence: a sourcebook. U.S.A. p. 6. [წვდომის თარიღი: 19 ივნისი 2021 წელი]. ხელმისაწვდომია: [115083NCJRS.pdf \(ojp.gov\)](https://www.ojp.gov/115083NCJRS.pdf)

4 Robert, H., 1971. Neutral Principles and some First amendment Problems. Indiana Law Journal, (1), p. 6. ხელმისაწვდომია: [წვდომის თარიღი: 19 ივნისი 2021 წელი]. ხელმისაწვდომია: [Neutral Principles and Some First Amendment Problems \(indiana.edu\)](https://www.indiana.edu/NeutralPrinciplesandSomeFirstAmendmentProblems)

5 Berger, r., 1984. A Response to D.A.J. Richards' Defense of Freewheeling Constitutional Adjudication, Indiana Law Journal (3), p. 12. [წვდომის თარიღი: 19 ივნისი 2021 წელი]. ხელმისაწვდომია: [A Response to D.A.J. Richards' Defense of Freewheeling Constitutional Adjudication \(core.ac.uk\)](https://www.core.ac.uk/Response-to-D.A.J.-Richards-Defense-of-Freewheeling-Constitutional-Adjudication)

6 საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს 2021 წლის 11 თებერვლის გადაწყვეტილება (საქმე №1/1/1505,1515,1516,1529). [წვდომის თარიღი: 19 ივნისი 2021 წელი]. ხელმისაწვდომია: სასამართლო აქტები (constcourt.ge)

1. სამართალგანვრცობა

1.1 მოძღვრება

საკანონმდებლო ხარვეზის შევსების შესახებ

სწრაფად ცვალებად სამყაროში შეუძლებელია კანონმდებელმა განჭვრიტოს ყველა სამართლებრივი საკითხი, სხვა შემთხვევაში კი, შესაძლოა, პრაქტიკის მიმდინარეობამ ან/და მეცნიერებამ აჩვენოს, რომ სახეზეა სამართლებრივი საკითხის სხვაგვარად მოწესრიგების აუცილებლობა.⁷ კანონებში პირდაპირ თუ ირიბად მოცემული მოწესრიგების განმარტება სამართალმცოდნეთა პრეროგატივაა, თუმცაღა, მრავლადაა ნორმები, რომლებისთვისაც მხოლოდ პრაქტიკოს ან/და მეცნიერ იურისტთა სამართალგანვრცობა საკმარისი არაა და კანონმდებლის მიერ სათანადო პროცედურების დაცვით კანონში ასახვაა საჭირო. კანონის სწორად განმარტების კუთხით მოსამართლის როლი უდიდესია, ვინაიდან მოსამართლე არ არის მოლაპარაკე კოდექსი,⁸ მისი პროფესიონალიზმი მდგომარეობს „მოქმედებაში მოიყვანოს კანონში ჩადებული „ნება მოქმედებისა“.⁹ სამართლის კანონის გაგებისათვის აუცილებელია მისი განმარტება. განმარტება გაგების პროცესია. განმარტების მიზანი იმის გაგებაა, თუ რა იგულისხმება ტექსტით.¹⁰ კანონის ხარვეზის წინაპირობაა კანონის სწორი განმარტება. კანონის ხარვეზის აღმოჩენის შემდგომ ერთგვარად უნდა მოხდეს სამართალგანვრცობა. კანონის განვრცობისა და შესწორებისათვის არსებობს მოძღვრება

7 მუთჰორსტი, ო., 2019. სამართალმცოდნეობის საფუძვლები, მეოთხე – ცნება – სისტემა. თბილისი. გერმანიის საერთაშორისო თანამშრომლობის საზოგადოება, გვ. 166.

8 ტურავა, მ., 2013. სისხლის სამართალი, ზოგადი ნაწილის მიმოხილვა. მეცხრე გადაამუშავებული გამოცემა, თბილისი. გამომცემლობა მერიდიანი, გვ. 203.

9 ნაჭყებია, გ., 2016. სამართლის ნორმაშეფარდებისა და მისი შეთოდების პრობლემა. სამართალი და მსოფლიო, N4, გვ. 149.

10 მუთჰორსტი, ო., 2019. სამართალმცოდნეობის საფუძვლები, მეოთხე – ცნება – სისტემა. თბილისი. გერმანიის საერთაშორისო თანამშრომლობის საზოგადოება, გვ. 48-49.

საკანონმდებლო ხარვეზის შევსების შესახებ – ესაა კანონით გაუთვალისწინებელი ურთიერთობების მოსაწესრიგებლად მსგავსი ურთიერთობის მარეგულირებელი ნორმების გამოყენება.¹¹ არსებობს ორი სახის საკანონმდებლო ხარვეზი: ხარვეზი, რომელიც კანონის ფორმულირებაშია დაშვებული და მეორე, შეფასების შედეგად დადგენილი ხარვეზი. ხარვეზი ფორმულირებაში სახეზეა, როდესაც კანონის სიტყვასიტყვითი შინაარსი არასრულყოფილ ქცევის წესს ადგენს.¹² შეფასების შედეგად დადგენილი ხარვეზი სახეზეა მაშინ, როდესაც სამართლის ნორმის გამოყენება, მისი სიტყვითი უღერადობიდან გამომდინარე კი შეიძლება, მაგრამ სამართლიანობის პრინციპი მოითხოვს გარკვეული კორექტირების შეტანას.¹³

კანონის კრიტიკული ანალიზის შედეგად, სამართლიანობის პრინციპის საფუძველზე, მისი განვრცობის საჭიროების დადგენა წარმოადგენს მხოლოდ პირველ ნაბიჯს. ამასთან კანონის განვრცობა უნდა განხორციელდეს მხოლოდ სამართალ-პოლიტიკური მიზნებიდან გამომდინარე, საჭიროა თუ არა უკვე არსებული კანონმდებლობის ხარვეზის აღმოფხვრა, დამოკიდებულია შემდეგზე: სასურველი მატერიალური სამართლიანობა მოითხოვს უკვე არსებული კანონის განვრცობას, მაგრამ არსებობს მიზეზები, რომლებიც შესაძლებელია მოსამართლისათვის წარმოადგენდეს გარკვეულ ბარიერს იმისათვის, რომ კანონის განვრცობა თვითონ მოახერხოს, ვინაიდან არ შეიძლება საკანონმდებლო ხელისუფლების კომპეტენციაში.¹⁴

ამიტომაც მოსამართლის მიერ ხარვეზის შევსებისას ჯერ უნდა დადგინდეს – არსებობს თუ არა მოქმედი კანონის ხარვეზი.

1.2 ნაკლის შევსების კონსტიტუციურ-სამართლებრივი ასპექტები

სასამართლო პრაქტიკის განსაკუთრებით კი უზენაესი სასამართლოს ფუნქცია არ ამოიწურება იმით, რომ ინტერპრეტაცია და კანონის ხარვეზის შევსება განხორციელდეს მხოლოდ ცალკეული შემთხვევისათვის. ვინაიდან უზენაესი სასამართლოს დიდი პალატის გადაწყვეტილებები სავალდებულო ხასიათისაა ქვემდგომი სასამართლოებისათვის, რითაც გამოდის რომ საქართველოს რეალობაში ერთგვარად არსებობს ე.წ. სამოსამართლო სამართალი. როდესაც ნორმა გაცდენილია მის ორიგინალურ მნიშვნელობას, რაც პრინციპთან გაანალიზების გზით თვალსაჩინოა ამ დროს აუცილებელია კანონის გადახედვა კონკრეტულ დებულებებთან დაკავშირებით, ვინაიდან აღმოიფხვრას საკანონმდებლო არასტაბილურობა.¹⁵

საკანონმდებლო ხარვეზის სამომავლო აღმოფხვრისა და კანონმდებლობის დახვეწა-განვითარების კუთხით მოსამართლეს, რომ განსაკუთრებული როლი აკისრია მეტყველებს მისთვის კანონმდებლობით მინიჭებული უფლებამოსილება, რომლის მიხედვითაც თუ იგი ხედავს, რომ განსახილველი კანონი შეუსაბამოა ქვეყნის უზენაეს კანონთან – კონსტიტუციასთან აჩერებს საქმის განხილვას და მიმართავს საკონსტიტუციო სასამართლოს ამის თაობაზე და საქმის განხილვა განახლდება საკონსტიტუციო სასამართლოს მიერ ამ საკითხის გადაწყვეტის შემდეგ. საკონსტიტუციო სასამართლო ვალდებულია გაანალიზოს ხომ არ აცდა კანონმდებელი პრინციპის სამყაროს.¹⁶ ფაქტობრივად შეიძლება ითქვას, რომ „კანონმდებელს უკე-

11 ციპელიუსი, რ., 2006. იურიდიული მეთოდების მოძღვრება. მეათე გადაამუშავებული გამოცემა. მიუნხენი. ბეკის გამომცემლობა. გვ. 99.

12 იქვე, გვ. 79-84.

13 იქვე, გვ. 80.

14 მუთჰორსტი, ო., 2019. სამართალმცოდნეობის საფუძვლები, მეთოდი – ცნება – სისტემა. თბილისი. გერმანიის საერთაშორისო თანამშრომლობის საზოგადოება, გვ. 182 – 183.

15 Office of Legal Policy, 1987. Original meaning jurisprudence: a sourcebook. U.S.A. p. 35. [წვდომის თარიღი: 19 ივნისი 2021 წელი]. ხელმისაწვდომია: 115083NCJRS.pdf (ojp.gov)

16 ზოიძე, ბ., 2007. საკონსტიტუციო კონტროლი და ღირებულებათა წესრიგი საქართველოში. თბილისი. გერმანიის ტექნიკური თანამშრომლობის საზოგადოება, გვ. 46.

თესი თანაშემწე, როგორც საკონსტიტუციო სასამართლოა, არ ჰყავს. არაკონსტიტუციური ნორმების გაუქმებით კანონმდებელს ეხმარება სწორი საკანონმდებლო ნების გამოვლილებაში.¹⁷ საკონსტიტუციო სასამართლოს საქმე აქვს კონსტიტუციურ წესრიგთან,¹⁸ საქართველოს ორგანული კანონის თანახმად საკონსტიტუციო სასამართლოს ფუნქციას „კონსტიტუციური კანონიერების“ დაცვა,¹⁹

აღნიშნულ საკითხს, პირველ რიგში არეგულირებს საქართველოს კონსტიტუციის მე-60 მუხლის მეოთხე პუნქტის „გ“ ქვეპუნქტი, რომლის მიხედვითაც: „საკონსტიტუციო სასამართლო საერთო სასამართლოს წარდგინების საფუძველზე იხილავს იმ ნორმატიული აქტის კონსტიტუციურობის საკითხს, რომელიც კონკრეტული საქმის განხილვისას უნდა გამოიყენოს საერთო სასამართლომ და რომელიც, მისი საფუძვლიანი ვარაუდით, შეიძლება ეწინააღმდეგებოდეს კონსტიტუციას“.²⁰ ამასთან, ანალოგიური შინაარსის ჩანაწერია საქართველოს ორგანულ კანონში „საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს შესახებ“, კერძოდ კი, აღნიშნული კანონის მე-19 მუხლის მეორე პუნქტში.²¹ ასევე, საქართველოს ორგანულ კანონში „საერთო სასამართლოების შესახებ“, კერძოდ კი, მე-18 მუხლის მეორე პუნქტის „დ“ ქვეპუნ-

ქტი,²² რომელიც უზენაესი სასამართლოს მიერ კონკრეტული საქმის განხილვასთან და სასამართლო პრაქტიკის განზოგადებასთან დაკავშირებით საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოსადმი წარდგინების შეტანას ითვალისწინებს ნორმატიული აქტის საქართველოს კონსტიტუციასთან შესაბამისობის დადგენის თაობაზე. სასამართლო პრაქტიკა ხარვეზის აღმოჩენის უმნიშვნელოვანესი გზაა, ვინაიდან პრაქტიკული საქმიანობა კანონის „გონს“ შემდგომ „აღრმავებს“.²³ გარდა იმისა, რომ ნორმატიული აქტით გათვალისწინებული საკითხების ბუნება (რეგულირების საგანი, სფერო) კონსტიტუციას უნდა შეესაბამებოდეს, ასევე იგი უნდა პასუხობდეს იმ პრინციპებსა და სამართლებრივი რეგულირების მიზნებს, რომელიც კონსტიტუციის პრეამბულითაა განსაზღვრული.²⁴

2. პრინციპი, როგორც საკანონმდებლო ხარვეზის აღმოჩენის მსდელიობა

„პრინციპი“ ლათინური წარმოშობის სიტყვაა და გულისხმობს სახელმძღვანელო იდეას.²⁵ პრინციპები გამოხატულებას პოულობს ნორმატიულ აქტებში.²⁶ ისინი ადგენს, რომ რაიმე ღირებულება ან მი-

17 იქვე, გვ. 61.

18 ივანე ჯავახიშვილის სახელობის თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტი, 2016. გურამ ნაჭყებია – 75, საიუბილეო კრებული. თბილისი. გამომცემლობა მერიდიანი, გვ. 459.

19 საქართველოს კანონი საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს შესახებ. [წვდომის თარიღი: 19 ივნისი 2021 წელი]. ხელმისაწვდომია: საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს შესახებ | სსიპ „საქართველოს საკანონმდებლო მაცნე“ (matsne.gov.ge)

20 საქართველოს კონსტიტუცია. [წვდომის თარიღი: 19 ივნისი 2021 წელი]. ხელმისაწვდომია: საქართველოს კონსტიტუცია | სსიპ „საქართველოს საკანონმდებლო მაცნე“ (matsne.gov.ge)

21 საქართველოს კანონი საკონსტიტუციო სასამართლოს შესახებ. [წვდომის თარიღი: 19 ივნისი 2021 წელი]. ხელმისაწვდომია: საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს შესახებ | სსიპ „საქართველოს საკანონმდებლო მაცნე“ (matsne.gov.ge)

22 საქართველოს კანონი საერთო სასამართლოების შესახებ. [წვდომის თარიღი: 19 ივნისი 2021 წელი].

ხელმისაწვდომია: საერთო სასამართლოების შესახებ | სსიპ „საქართველოს საკანონმდებლო მაცნე“ (matsne.gov.ge)

23 ციპელიუსი, რ., 2006. იურიდიული მეთოდების მოძღვრება. მეათე გადაამუშავებული გამოცემა. მიუნხენი. ბეკის გამომცემლობა. გვ. 99.

24 კონსტიტუციის 42-ე მუხლი, 2008. საკონსტიტუციო სასამართლოსადმი მიმართვის ფორმები და პროცედურები. თბილისი. გამომცემლობა კონსტიტუციის 42-ე მუხლი, გვ. 9.

25 პრინციპის განმარტება: [წვდომის თარიღი: 19 ივნისი 2021 წელი].

ხელმისაწვდომია: პრინციპი – ვიკიპედია (wikipedia.org)

26 ტყეშელიაძე, გ. და სხვები. 2018. სისხლის სამართალი (სახელმძღვანელო) ზოგადი ნაწილი. თბილისი. გამომცემლობა მერიდიანი, გვ. 54.

ზანი მაქსიმალური ხარისხით უნდა იქნეს მიღწეული.²⁷ „სამართლის პრინციპები მიმართულია სახელმწიფოზე ან მის ორგანოებზე, რათა ნორმატიული აქტები ამ პრინციპების შესაბამისად შემუშავდეს. ამიტომაც, რომ თითოეული ნორმატიული აქტი, თავის მხრივ, უფრო კონკრეტულად გამოხატავს სამართლის ამა თუ იმ დარგის პრინციპებს, კერძოდ, ამ დარგის ნორმებსა და ინსტიტუტებს“.²⁸ კანონის ლეგიტიმურობაზე საუბარი მაშინ შეიძლება, თუ იგი პრინციპებთან შესაბამისობაშია, ვინაიდან პრინციპები უბრალო იდეები არაა, არამედ სამართლისა და სამართლიანობის ზოგადსავალდებულო კრიტერიუმებია.²⁹ „პრინციპები არის უმნიშვნელოვანესი დებულებები, რომლებიც განსაზღვრავს მთელ სისტემას, მისი სტადიების შინაარსსა და ფორმას, მის ბუნებასა და დანიშნულებას. ისინი უზრუნველყოფს სამართალწარმოების ამოცანების წარმატებით გადაწყვეტას“.³⁰ „სამართლის პრინციპები განსაზღვრულ მიმართულებას აძლევს სამართლის გამოყენებას, გადაწყვეტილება ამა თუ იმ სამართლებრივი შედეგის დადგომასთან დაკავშირებით პრინციპებით განსაზღვრული ღირებულებებისა და მიზნებისაკენ უნდა იყოს ორიენტირებული. ამრიგად, პრინციპის გამოყენება ნიშნავს იმას, რომ ისინი მიმართულების განმსაზღვრელი საფუძვლებს წარმოადგენს სამართლებრივი შედეგის დადგომაზე გადაწყვეტილების მიღებისას“.³¹

27 მუთჰორსტი, ო., 2019. სამართალმცოდნეობის საფუძვლები, მეთოდი – ცნება – სისტემა. თბილისი. გერმანიის საერთაშორისო თანამშრომლობის საზოგადოება, გვ. 82-83.
 28 ტყეშელიაძე, გ. და სხვები. 2018. სისხლის სამართალი (სახელმძღვანელო) ზოგადი ნაწილი. თბილისი. გამომცემლობა მერიდიანი, გვ. 54.
 29 აქუბარდია, ი., გოგოშელიძე, რ., ფაფიაშვილი, ლ., და გოგონიაშვილი, ნ., 2009. სისხლის სამართლის პროცესი (ზოგადი ნაწილის ცალკეული ინსტიტუტები). მეორე გამომუშავებული გამოცემა, თბილისი. სამართალი, გვ. 117.
 30 იქვე, გვ. 117.
 31 მუთჰორსტი, ო., 2019. სამართალმცოდნეობის საფუძვლები, მეთოდი – ცნება – სისტემა. თბილისი. გერმანიის საერთაშორისო თანამშრომლობის საზოგადოება, გვ. 83.

ბუნებითი სამართლის იგივე გონის სამართლის მიხედვით არსებობს სამართლის პრინციპები, რომლებიც გაცილებით წონადია, ვიდრე სამართლებრივი აქტი.³² ნორმატიული აქტი და სასამართლო გადაწყვეტილების მიღებისას შებოჭილია სამართლის პრინციპებით. პრინციპები ქმნის „სიკეთეთა ობიექტური წესრიგის“ საფუძველს.³³ პრინციპი გამოხატავს მართლმსაჯულების ძირითად იდეას და მიდგომებს,³⁴ ერთგვარი წითელი ხაზით თანმდევია ნებისმიერი გადაწყვეტილების მიღებისას.³⁵ არსებობს „ყველა სიტყვას აქვს მნიშვნელობის“ პრინციპი, რომლის არსიც იმაში მდგომარეობს, რომ კანონმდებლობაში არაფერია „ისე უბრალოდ“ ნათქვამი, ყველა სიტყვას აქვს თავისი მიზანი, ამასთან, ერთსა და იმავე სიტყვას განსხვავებული მნიშვნელობა შეიძლება გააჩნდეს ტერმინოლოგიური მიზნიდან გამომდინარე.³⁶ ამრიგად, სადავო არაფერია იმაში, რომ ზოგად პრინციპს უმნიშვნელოვანესი როლი გააჩნია კანონმდებლობის ჰარმონიზაციის გზაზე, რომელთა საშუალებითაც ხარვეზთა აღმოჩენა და კანონმდებლობის ჰარმონიზაციის გზის მოძიებაა შესაძლებელი.

32 რადუხი, გ., 2012. სამართლის ფილოსოფიის ხუთი წუთი. სამართლის ჟურნალი, 1-2 (3-4), გვ. 248-249.
 33 ზოიძე, ბ., 2007. საკონსტიტუციო კონტროლი და ღირებულებათა წესრიგი საქართველოში. თბილისი. გერმანიის ტექნიკური თანამშრომლობის საზოგადოება, გვ. 46.
 34 შალიკაშვილი, მ., და მიქანაძე, გ., 2016. არასრულწლოვანთა მართლმსაჯულება. მეორე გამოცემა. თბილისი, ფრაიბურგი, სტრასბურგი. გამომცემლობა მერიდიანი, გვ. 73.
 35 Office of legislative counsel, 2013. Principles of legislative drafting, A guide to legislation and legislative process in British Columbia, p. 1. [წვდომის თარიღი: 19 ივნისი 2021 წელი]. ხელმისაწვდომია: 2-DraftingPrinciples_August2013.pdf (crownpub.bc.ca)
 36 Office of legislative counsel, 2013. Principles of legislative drafting, A guide to legislation and legislative process in British Columbia. p. 3. [წვდომის თარიღი: 19 ივნისი 2021 წელი]. ხელმისაწვდომია: 2-DraftingPrinciples_August2013.pdf (crownpub.bc.ca)

3. არასრულწლოვანთა მართლმსაჯულების პრინციპთა პრინციპის – საუკეთესო ინტერესის პრიორიტეტულობის მნიშვნელობა

არასრულწლოვანთა კანონმდებლობის ჰარმონიზაციის გზაზე

3.1. საუკეთესო ინტერესის პრიორიტეტულობის არსი

„არასრულწლოვანის საუკეთესო ინტერესის“ ცნება ქართულ სამართლებრივ სივრცეში 2015 წლის 12 ივნისს მიღებულ „არასრულწლოვანთა მართლმსაჯულების კოდექსში“ აისახა. ზოგადად რომ ითქვას, ბავშვის საუკეთესო ინტერესებს დიდი ხნის ისტორია არ გააჩნია, იგი ამერიკის შეერთებულ შტატებში ჩამოყალიბდა 1800-იანი წლებიდან ბავშვთა მეურვეობის საკითხის გადასაწყვეტად, რაც იმას გულისხმობდა, რომ მეურვეობის საკითხის გადაწყვეტისას ბავშვის საუკეთესო ინტერესები იყო მთავარი დასაყრდენი. ქართული იუვენალური სამართლებრივი სივრცისთვის არასრულწლოვანთა მართლმსაჯულების კოდექსთან ერთად, ასევე მნიშვნელოვანია „ბავშვის უფლებათა კოდექსის“ მიღება 2019 წლის 27 სექტემბერს, რომელმაც კიდევ ერთხელ განსაზღვრა, რომ ხელი უნდა შეეწყოს „ბავშვის საუკეთესო ინტერესის უპირატეს გათვალისწინებას“.

არასრულწლოვანისადმი სრულწლოვანთაგან განსხვავებული მიდგომის საფუძველი არასრულწლოვანთა მონაცვლადობიდან გამომდინარეობს, რაც განპირობებულია არა ბავშვთა რაოდენობით მსოფლიოში,³⁷ არამედ „გარდატეხის ასაკიდან“ მომდინარე ცვლილებებით ბავშვის ჩამოყალიბების გზაზე,³⁸ კერძოდ, ბავშვის ბუნებით, გონებრივი და ფიზიკური მოუმწიფებლობით. სწორედ ბავშვის განსაკუთრებული მახასიათებლები და მისი მონაცვლადი ბუნება არის საფუძველი იმისა, რომ საუკეთესო ინტერესების კონცეფცია არის ბავშვების უფლებების ძირითადი დამცავი მექანიზმი.³⁹ საუკეთესო ინტერესის პრინციპის არსებობა უნდა იყოს გარანტი უფლებების დაცვის.⁴⁰ „საუკეთესო ინტერესის“ ამომწურავი განმარტება არც ერთ ამ დარგში არსებულ დოკუმენტში არ გვხვდება, ყველაზე ზოგადი განმარტებით „საუკეთესო ინტერესის“ ტესტი მოითხოვს, რომ არასრულწლოვანთა მართლმსაჯულება გაემიჯნოს დამსჯელობით ღონისძიებებს და მთელი ყურადღება არასრულწლოვანის რესოციალიზაცია-რეაბილიტაციაზე გადაიტანოს.⁴¹ საუკეთესო ინტერესის გაანალიზებისას მნიშვნელოვანია გათვალისწინებული იქნეს, რომ იგი არის უმთავრესი პრინციპი, მაგრამ არა ერთადერთი, თუმცაღა სხვა ნებისმიერი პრინციპი მასთან შესაბამისობაში უნდა იყოს.⁴² ბავშვის უფლებათა კონვენციის მი-

შალიკაშვილი, მ., 2013. არასრულწლოვანთა განრიდების და მედიაციის სისხლისსამართლებრივი, კრიმინოლოგიური და ფსიქოლოგიური ასპექტები. თბილისი, გვ. 14. [წვდომის თარიღი: 19 ივნისი 2021 წელი]. ხელმისაწვდომია: [arasrulwlovanTa_ganridebis_da_mediaciis_sisxlissamarTlebrivi_kriminologiuri_da_fsiqologiuri_aspeqtebi.pdf](https://www.court.ge/arasrulwlovanTa_ganridebis_da_mediaciis_sisxlissamarTlebrivi_kriminologiuri_da_fsiqologiuri_aspeqtebi.pdf) ([court.ge](https://www.court.ge))

38 შალიკაშვილი, მ., 2013. არასრულწლოვანთა განრიდების და მედიაციის სისხლისსამართლებრივი, კრიმინოლოგიური და ფსიქოლოგიური ასპექტები. თბილისი, გვ. 14. [წვდომის თარიღი: 19 ივნისი 2021 წელი]. ხელმისაწვდომია: [arasrulwlovanTa_ganridebis_da_mediaciis_sisxlissamarTlebrivi_kriminologiuri_da_fsiqologiuri_aspeqtebi.pdf](https://www.court.ge/arasrulwlovanTa_ganridebis_da_mediaciis_sisxlissamarTlebrivi_kriminologiuri_da_fsiqologiuri_aspeqtebi.pdf) ([court.ge](https://www.court.ge))

39 ბობოხიძე, მ., 2020. სადისერტაციო ნაშრომი, ბავშვის საუკეთესო ინტერესების პრიორიტეტულობის პრინციპის სამართლებრივი გარანტიები. თბილისი, გვ. 5. [წვდომის თარიღი: 19 ივნისი 2021 წელი]. ხელმისაწვდომია: [ckH2e40nifT26O4K5dn5.pdf](https://www.ug.edu.ge/ckH2e40nifT26O4K5dn5.pdf) ([ug.edu.ge](https://www.ug.edu.ge))

40 იმერლიშვილი, ი., 2017. არასრულწლოვანთა უფლებები: საერთაშორისო გამოცდილება და საქართველოში არსებული მდგომარეობა. ადამიანის უფლებათა დაცვა, კონსტიტუციური რეფორმა და სამართლის უზენაესობა საქართველოში, თბილისი, გვ. 76.

41 ჰამილტონი, ქ., 2011. არასრულწლოვანთა მართლმსაჯულების საკანონმდებლო რეფორმის სახელმძღვანელო მითითებები. ნიუ-იორკი: გაეროს ბავშვთა ფონდი, გვ. 34.

42 European Commission for Democracy through Law (Venice Commission), 2014. Report on the protection of children's Rights. Venice: Council of European, p.12.

37 Children in the world. [წვდომის თარიღი: 19 ივნისი 2021 წელი]. ხელმისაწვდომია: Children in the World – Humanium World population: past, present and future. [წვდომის თარიღი: 19 ივნისი 2021 წელი]. ხელმისაწვდომია: World Population Clock: 7.9 Billion People 2021 – Worldometer ([worldometers.info](https://www.worldometers.info)) სტატისტიკურად მსოფლიო მოსახლეობის დაახლოებით 1/3 ბავშვია.

ხედვით, ბავშვთა მართლმსაჯულება – ესაა ურთიერთდამოკიდებული წესები, სადაც ბავშვი საუკეთესო ინტერესი ზემდგომია და პირველადი განხილვის საგანია ნებისმიერი გადაწყვეტილების მიღებისას.⁴³ არასრულწლოვანთა მართლმსაჯულების კოდექსის მიხედვით, უპირველეს ყოვლისა, გაითვალისწინება არასრულწლოვნის საუკეთესო ინტერესები.⁴⁴ არასრულწლოვნის საუკეთესო ინტერესები განმარტებულია, როგორც: „არასრულწლოვნის უსაფრთხოების, კეთილდღეობის, ჯანმრთელობის დაცვის, განათლების, განვითარების, რე-სოციალიზაცია-რეაბილიტაციისა და სხვა ინტერესები, რომელთა განსაზღვრა უნდა მოხდეს საერთაშორისო სტანდარტებისა და არასრულწლოვნის ინდივიდუალური მახასიათებლების შესაბამისად, აგრეთვე, მისი აზრის გათვალისწინებით.“⁴⁵ ბავშვის საუკეთესო ინტერესის ცნება არის სამგანზომილებიანი: 1) მატერიალური უფლებაა; 2) ძირითადი სამართლებრივი პრინციპია; 3) საპროცესო ნორმაა.⁴⁶ არასრულწლოვნის საუკეთესო ინტერესები უპირველესად უნდა იქნეს გათვალისწინებული, რაც უნდა შეფასდეს საქმის ინდივიდუალური ფაქტობრივი გარემოებებიდან გამომდინარე.⁴⁷ „სახელმწიფომ უნდა დაიცვას და

განამტკიცოს ყველა ბავშვის უფლება და თავისუფლება, რასაც საფუძვლად ბავშვის საუკეთესო ინტერესების დაცვა უნდა დაედოს, ბავშვებთან დაკავშირებული ყოველი გადაწყვეტილების მიღებისას კი, საკანონმდებლო, აღმასრულებელმა და სასამართლო ხელისუფლებამ ყოველთვის ხსენებული პრინციპით უნდა იხელმძღვანელოს“.⁴⁸ ბავშვის უფლებათა კოდექსის მე-5 მუხლის მე-3 ნაწილის მიხედვით: „ბავშვის საუკეთესო ინტერესებისათვის უპირატესობის მინიჭება სავალდებულოა საქართველოს საკანონმდებლო, აღმასრულებელი და სასამართლოს ხელისუფლებების ორგანოების, საჯარო დაწესებულების, ფიზიკური და იურიდიული პირების მიერ ბავშვთან დაკავშირებული ნებისმიერი გადაწყვეტილების მიღებისას ან/და ქმედების განხორციელებისას“.⁴⁹ ხოლო ამავე კოდექსის მეხუთე მუხლის მე-4 ნაწილის მიხედვით: „სამართლის ნორმის განმარტებისას გამოყენებული უნდა იქნეს ის განმარტება, რომელიც ბავშვის საუკეთესო ინტერესებს ყველაზე მეტად შეესაბამება ამ კოდექსის, საქართველოს კონსტიტუციის, ბავშვის უფლებათა კონვენციის, მისი დამატებითი ოქმებისა და საქართველოს სხვა საერთაშორისო ხელშეკრულებების შესაბამისად“.⁵⁰

3.1 საუკეთესო ინტერესის პრიორიტეტულობა, როგორც სარკე იუვენალური იუსტიციის ხარვეზთა არეკვლისა

ბავშვის მიმართ მიღებული გადაწყვეტილება ან მოქმედება, რომელიც ეწინააღმდეგება ბავშვის უფლებათა კონვენციით გათვალისწინებულ უფლებებს, ვერ

43 Council of Europe, 2011. Guidelines of the Committee of Ministers of the Council of Europe on child-friendly justice, Council Europe of Publishing, p. 18.

44 საქართველოს კანონი არასრულწლოვანთა მართლმსაჯულების კოდექსი. [წვდომის თარიღი: 19 ივნისი 2021 წელი]. ხელმისაწვდომია: არასრულწლოვანთა მართლმსაჯულების კოდექსი | სსიპ „საქართველოს საკანონმდებლო მაცნე“ (matsne.gov.ge)

45 საქართველოს კანონი არასრულწლოვანთა მართლმსაჯულების კოდექსი. [წვდომის თარიღი: 19 ივნისი 2021 წელი]. ხელმისაწვდომია: არასრულწლოვანთა მართლმსაჯულების კოდექსი | სსიპ „საქართველოს საკანონმდებლო მაცნე“ (matsne.gov.ge)

46 General comment No. 14 2013 on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration (art. 3, para.1). [წვდომის თარიღი: 19 ივნისი 2021 წელი]. ხელმისაწვდომია: CRC_C_GC_14-EN.pdf

47 ლურსმანაშვილი, ლ., „მთარგმნ.“ 2020. ბავშვის უფლებების ევროპული სამართლის სახელმძღვანელო. თბილისი: სულხან-საბა ორბელია-

ნის უნივერსიტეტის გამომცემლობა, გვ. 171.

48 იქვე, გვ. 6.

49 საქართველოს კანონი, ბავშვთა უფლებათა კოდექსი, [წვდომის თარიღი: 19 ივნისი 2021 წელი]. ხელმისაწვდომია: ბავშვის უფლებათა კოდექსი | სსიპ „საქართველოს საკანონმდებლო მაცნე“ (matsne.gov.ge)

50 იქვე,

ნაითვლება ბავშვის საუკეთესო ინტერესად.⁵¹ არასრულწლოვანთა მართლმსაჯულების აღსრულებისას ნებისმიერი გადაწყვეტილება უნდა ითვალისწინებდეს ბავშვის ქვემარტივ/საუკეთესო ინტერესებს,⁵² წინააღმდეგ შემთხვევაში ქმედითი გადაწყვეტილება ვერ იქნება მიღებული.⁵³ არასრულწლოვანთა მართლმსაჯულების ადმინისტრირებისას ყველა გადაწყვეტილების მიღების პროცესში უპირატესობა უნდა მიენიჭოს ბავშვთა საუკეთესო ინტერესების დაცვას.⁵⁴ საუკეთესო ინტერესების გათვალისწინებით გადაწყვეტილების მიღება არასრულწლოვანთა მართლმსაჯულების მიზნების მიღწევის ქვაკუთხედაა.⁵⁵ ეროვნულ კანონმდებლობაში უზუსტობის ან ხარვეზის არსებობისას სწორედ საუკეთესო ინტერესის პრიორიტეტულობის პრინციპით ხელმძღვანელობა უნდა განხორციელდეს, იგი უნდა იყოს კანონმდებლის მიერ, პრაქტიკოსი თუ თეორეტიკოსის მიერ გაანალიზებულ ნებისმიერ საკითხთან დაკავშირებით პრინციპთა პრინციპი.⁵⁶ აღნიშნული პრინციპი ერთგვარი სარკეა იუვენალური იუსტიციის, რომელშიც უნდა

აირეკლოს სამართლებრივი ხარვეზები და გამოჩნდეს კანონმდებლობის ჰარმონიზაციის გზა. ფაქტობრივად გამოდის, რომ, როდესაც ამა თუ იმ სამართლებრივ ნორმას განვიხილავთ, ამავედროულად განვსაზღვრავთ, თუ რამდენად შეესაბამება სამართლებრივი მოწესრიგება საუკეთესო ინტერესის პრიორიტეტულობას; შეუსაბამობის შემთხვევაში გამოდის, რომ კანონმდებლობაში არსებობს ხარვეზი და მისი საკანონმდებლო მოწესრიგება დღის წესრიგში უნდა დადგეს. საკითხის მეტად გასაანალიზებლად შეიძლება განხილული იქნეს არასრულწლოვანთა მართლმსაჯულების კოდექსით არაპირდაპირ გათვალისწინებული ისეთი აღკვეთის ღონისძიების სახე, როგორცაა „საპატიმრო გირაო“, რისი გაანალიზების შემდეგაც შეგვექმნება წარმოდგენა იმის თაობაზე, თუ რა როლის თამაში შეუძლია პრინციპს ამა თუ იმ ღონისძიების გამოყენებისას.

3.2. საპატიმრო გირაოს გამოყენება არასრულწლოვანთა მართლმსაჯულებაში?

აღკვეთის ღონისძიებებთან დაკავშირებით, პირველ ყოვლისა, აღსანიშნავია, რომ მის შეფარდებას აქვს პრევენციულ-უზრუნველყოფი ხასიათი, მისი გამოყენების მიზანი არ არის ბრალეულობის მტკიცება. მსჯელობის საგანია კონკრეტული აღკვეთის ღონისძიების გამოყენების მიზანშეწონილობა.⁵⁷ აღკვეთის ღონისძიების გამოყენებისათვის აუცილებელია ერთობლიობაში გვექონდეს ფაქტობრივი და ფორმალური გარემოებები, რაც ხელს შეუწყობს ბრალდებულის საშიშროების ობიექტურ შეფასებას, მისი მხრიდან მართლმსაჯულების განხორციელებისათვის ხელის შეშლის მიზნით მართლსაწინააღ-

51 დემოკრატიის კვლევის ინსტიტუტი, 2015. არასრულწლოვანთა მართლმსაჯულების საუკეთესო პრაქტიკის სახელმძღვანელო, გვ. 13.

52 General comment NO.10 2007 – Children’s Rights in Juvenile Justice. [წვდომის თარიღი: 19 ივნისი 2021 წელი]. ხელმისაწვდომია: Refworld | General comment No. 10 2007: Children’s Rights in Juvenile Justice.

53 United Nations Standard Minimum Rules for administration of Juvenile Justice (“The Beijing Rules”), Adopted by general assembly resolution 40/33 of 29 November 1985. [წვდომის თარიღი: 19 ივნისი 2021 წელი]. ხელმისაწვდომია: Microsoft Word – Document1 (ohchr.org)

54 განმარტებითი ბარათი საქართველოს კანონის „არასრულწლოვანთა მართლმსაჯულების კოდექსი“ პროექტზე. [წვდომის თარიღი: 19 ივნისი 2021 წელი]. ხელმისაწვდომია: [file0012.pdf \(factcheck.ge\)](http://factcheck.ge)

55 Falch-Eriksen, A., Backe-HANSEN, E., 2018. Human Rights In Child Protection, Implications for professional practice and Policy. Oslo : Macmillan, p. 62.

56 შევილაძე, ხ., 2016. არასრულწლოვნის საუკეთესო ინტერესების პრიორიტეტულობის პრინციპის არსი. სამართლის ჟურნალი (2), გვ. 272-273.

57 ბოჭორიშვილი, თ., და თაკალანძე ბ., 2020. აღკვეთის ღონისძიების სტანდარტები. თბილისი: საქართველოს ახალგაზრდა იურისტთა ასოციაცია. გვ. 22.

მდეგო ქმედების განხორციელების დასაბუთებულად პროგნოზირებისათვის.⁵⁸ არასრულწლოვნის ინტერესის უპირატესობა, რაც კუმულაციურადაა აუცილებელი მის მიმართ პატიმრობის გამოყენებისათვის, პირდაპირ კავშირშია არასრულწლოვანთა მართლმსაჯულების პრინციპთა პრინციპთან, როგორცაა საუკეთესო ინტერესის პრიორიტეტულობა, შესაბამისად, აუცილებლად მხედველობაში მისაღები საკითხია. აღნიშნული ჩანაწერი არასრულწლოვნის ინტერესის უპირატესობის თაობაზე შეიძლება, ორი მიმართულებით იქნეს გაგებული: 1) თანაფარდობის პრინციპის შესაბამისად დადგენილ უნდა იქნეს არასრულწლოვანი ბრალდებულის პატიმრობაში ყოფნა უპირატესია თუ არა, ვიდრე მისი თავისუფლებაში ყოფნა; პროპორციულობის პრინციპის თანახმად, მოსამართლე განსაზღვრავს ლეგიტიმურ საჯარო მიზანს, ამ მიზნის მისაღწევად სხვა, ნაკლებად რადიკალურ საშუალებას;⁵⁹ 2) პატიმრობამ არ უნდა გამოიწვიოს იმაზე მეტი ზიანი, რასაც შეეძლო მისთვის თავისუფლებაში ყოფნას გამოეწვია.⁶⁰ სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსის მე-200 მუხლის მე-6 ნაწილით რეგულირებულია საპატიმრო გირაოს გამოყენების საკითხი, რომლის მიხედვითაც, საპატიმრო გირაოს გამოყენების ერთადერთი წინაპირობაა ბრალდებულის დაკავების ფაქტი. დაკავების ფაქტის გამო გირაოს შეფარდებისას ბრალდებულის მიმართ ფაქტობრივად გამოიყენება მეორე აღკვეთის ღონისძიება – პატიმრობა. ამრიგად, სსსკ-ი ითვალისწინებს ორი სახის გირაოს – ე.წ. საპატიმრო და არასაპატი-

მრო გირაოს. ე.წ. „საპატიმრო გირაო“ გამოიყენება იმ შემთხვევაში, როდესაც პირის მიმართ სისხლისსამართლებრივი დევნა დაიწყო მისი დაკავებით, ხოლო თუ პირის მიმართ სისხლისსამართლებრივი დევნა იწყება მის მიმართ ბრალის წაყენებით – გამოიყენება არასაპატიმრო გირაო.⁶¹ ამრიგად, აღნიშნული მუხლის სიტყვასიტყვითი განმარტებით დაკავების ფაქტორი არის ერთადერთი საფუძველი „საპატიმრო გირაოს“ გამოყენებისა და რეალურად მოქმედი რედაქცია მოსამართლეს არ უტოვებს შესაძლებლობას, საკუთარი შეხედულების საფუძველზე გადაწყვიტოს ბრალდებულის მიმართ გამოყენებული იქნება თუ არა პატიმრობა.⁶² ფაქტობრივად გამოდის, რომ მოსამართლე გადაწყვეტილებას შინაგანი რწმენის გარეშე,⁶³ „ფორმალურად“ იღებს.⁶⁴

58 თბილისის სააპელაციო სასამართლოს საგამოძიებო კოლეგიის 2013 წლის 24 მაისის განჩინება (საქმე №1გ/294).

59 კორკელია, ვ., „რედ.“ 2010. ადამიანის უფლებათა დაცვის კონსტიტუციური და საერთაშორისო მექანიზმები. დაკავებისა და დაპატიმრების გამოყენების სამართლებრივი საფუძვლები სისხლის სამართლის პროცესში. თბილისი. მე-რიდიანი. გვ. 168.

60 შალიკაშვილი მ., და მიქანაძე ვ., 2016. არასრულწლოვანთა მართლმსაჯულება (სახელმძღვანელო). თბილისი, ფრაიბურგი, სტრასბურგი. მე-რიდიანი. გვ.185.

61 2020 წლის 14 თებერვლის თეთრიწყაროს რაიონული სასამართლოს წარდგინება საქართველოს სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსის მე-200 მუხლის მე-6 ნაწილის პირველი წინადადების კონსტიტუციურობის თაობაზე. გვ. 16.

62 გიორგაძე, ვ., „რედ.“ 2015. საქართველოს სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსის კომენტარი. თბილისი: ამერიკის იურისტთა ასოციაცია. გვ. 580.

63 2020 წლის 14 თებერვლის თეთრიწყაროს რაიონული სასამართლოს წარდგინება საქართველოს სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსის მე-200 მუხლის მე-6 ნაწილის პირველი წინადადების კონსტიტუციურობის თაობაზე. გვ. 48 [წვდომის თარიღი: 19 ივნისი 2021 წელი]. ხელმისაწვდომია: სასამართლო აქტები (constcourt.ge).

64 მართლმსაჯულება და საქართველო – 2016 წლის სტატისტიკა. [წვდომის თარიღი: 19 ივნისი 2021 წელი]. ხელმისაწვდომია: <http://www.supremecourt.ge/files/upload-file/pdf/2016weliwigni-sisxli.pdf> საპატიმრო გირაოზე ნათელი წარმოდგენის შესაქმნელად მოვიშველით სტატისტიკა – საქართველოს საერთო სასამართლოებში განხილული საქმეების 2010-2016 წლების მიხედვით. კონკრეტულად, 2010 წელს გირაო პატიმრობის უზრუნველყოფით 2584 შუამდგომლობიდან დაკმაყოფილდა 83,4%; 2011 წელს 2988 შუამდგომლობიდან დაკმაყოფილდა 85,5%; 2012 წელს 2241 შუამდგომლობიდან დაკმაყოფილდა 93,5%; 2013 წელს 3063 შუამდგომლობიდან დაკმაყოფილდა 86,5 %; 2014 წელს 1855 შუამდგომლობიდან დაკმაყოფილდა 83,5%; 2015 წელს 1430 შუამდგომლობიდან დაკმაყოფილდა 83%; ხოლო 2016 წელს 1189

აღნიშნული მუხლის ჩანაწერი პატიმრობას „უფარდებს“ გაგებულება იმგვარად, რომ მოსამართლეს საკითხის თავად გადაწყვეტის დისკრეცია არ აქვს;⁶⁵ რადგანაც სიტყვა – „უფარდებს“ ნიშნავს, რომ ყველა შემთხვევაში უფარდებს და არა მხოლოდ მაშინ, როდესაც ამას სასამართლო ჩათვლის მიზანშეწონილად.⁶⁶ ამ შემთხვევაში კანონი აქცენტს იმაზე კი არ აკეთებს, ვინ რას და როგორ მოითხოვს, არამედ იმაზე, რომ საბოლოო შედეგი უნდა იყოს პატიმრობა. მოცემული სიტუაციის სხვა ნაკლოვანება იმაშიც მდგომარეობს, რომ მოსამართლე გვევლინება ბრალმდებლის როლში და ის იყენებს უფრო მკაცრი აღკვეთის ღონისძიებას, ვიდრე ეს პროკურორმა მოითხოვა.⁶⁷

ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს პრეცედენტული სამართალი ნათელყოფს, რომ პირი/ორგანო, რომელიც განიხილავს პირის პატიმრობის საკითხს, უნდა იყოს უზრუნველყოფილი შესაბამისი უფლებამოსილებით, რომ სათანადო საფუძვლის შემთხვევაში გაათავისუფლოს დაკავებული. მოსამართლეს/მოხელეს უნდა ჰქონდეს გაათავისუფლების უფლებამოსილება და მან უნდა განიხილოს დაკავების საკითხი. მან უნდა მოუსმინოს მის წინაშე

შუამდგომლობიდან დაკმაყოფილდა 76,5%. აღნიშნული სტატისტიკიდან დაუკმაყოფილებელი სტატისტიკა არ ნიშნავს, რომ დანარჩენ შემთხვევაში სასამართლომ უარი თქვა საპატიმრო გირაოს გამოყენებაზე, არამედ რიგ შემთხვევაში შუამდგომლობა რჩებოდა განუხილველი.

65 ლაცაბიძე, გ., 2018. პატიმრობით უზრუნველყოფილი გირაოს, როგორც აღკვეთის ღონისძიების, თავისებურებები სისხლის სამართლის პროცესში. სამართალი და მსოფლიო. ევროპის უნივერსიტეტის სამართლის სამეცნიერო-კვლევითი ინსტიტუტის საერთაშორისო სამეცნიერო რეფერირებადი ჟურნალი, (10) გვ. 52.

66 2020 წლის 14 თებერვლის თეთრიწყაროს რაიონული სასამართლოს წარდგინება საქართველოს სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსის მე-200 მუხლის მე-6 ნაწილის პირველი წინადადების კონსტიტუციურობის თაობაზე, გვ. 18. [წვდომის თარიღი: 19 ივნისი 2021 წელი]. ხელმისაწვდომია: სასამართლო აქტები (constcourt.ge).

67 იქვე, გვ.18.

წარდგენილ პირს და სამართლებრივ კრიტერიუმებზე დაყრდნობით განსაზღვროს, გამართლებულია თუ არა პატიმრობა. აღნიშნული არის უმნიშვნელოვანესი სტანდარტი და მისი არარსებობა ევროპული კონვენციის მე-5 მუხლის დარღვევას გამოიწვევს. ამ წესებს გირაოს პატიმრობის უზრუნველყოფით გამოყენების წესს თუ მივსადაგებთ, სადაც გადამწყვეტი ფაქტორი არის დაკავება და არა მოსამართლის მიერ მიღებული გადაწყვეტილება, ამით სერიოზული ზიანი ადგება სასამართლოს, როგორც დამოუკიდებელ ინსტიტუტს.⁶⁸ განსაკუთრებულად წინააღმდეგობრივია შემთხვევა, როდესაც, ერთი მხრივ, პატიმრობის გამოყენება მიიჩნევა დაუშვებლად და არასაჭირო ღონისძიებად, რადგან გირაო უზრუნველყოფს აღკვეთის ღონისძიების მიზნებს, ხოლო აღნიშნული დასკვნის მიუხედავად პირს შეეფარდება პატიმრობა, რომელიც გირაოს გადაუხდელობის შემთხვევაში ბრალდებულის განგრძობადი პატიმრობის საბაზად გადაიქცევა. მისი ნაკლოვანება კარგად ჩანს, როდესაც პატიმრობაა მოთხოვნილი, სასამართლო გირაოს უფარდებს, ხოლო დაკავების ფაქტის გათვალისწინებით – ასევე პატიმრობას, ანუ გამოდის, რომ თან უარია პატიმრობის გამოყენებაზე და თანაც თანხმობა. საბოლოო ჯამში კი, ბრალდებული გირაოს გადახდისათვის განსაზღვრული ვადის გასვლის შემდეგ კვლავ პატიმრობაში რჩება პატიმრობის დასაბუთების გარეშე, რაც შეუსაბამობაშია არა მხოლოდ სსსკ-ის პრინციპებთან, საქართველოს კონსტიტუციის მე-18 მუხლთან, არამედ ევროპული სასამართლოს მიერ კონვენციის მე-5 მუხლზე დადგენილ პრაქტიკასთან.⁶⁹

საინტერესოა, არასრულწლოვანთა მართლმსაჯულების კოდექსში რამდენად შეიძლება გამოვიყენოთ პატიმრობა გირაოს უზრუნველსაყოფად, რასაც ითვალისწინ

68 ნიპარიშვილი, ბ., 2016. პატიმრობა, როგორც გირაოს გამოყენების უზრუნველყოფის საშუალება. მართლმსაჯულება და კანონი, 2(50). გვ. 21.

69 იქვე, გვ. 23.

ნებს სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსის მე-200 მუხლის მე-6 ნაწილი.⁷⁰ არასრულწლოვანთა მართლმსაჯულების კოდექსში პირდაპირი ჩანაწერი ამ საკითხთან დაკავშირებით არ არსებობს. თუმცა, მხედველობაში უნდა მივიღოთ არასრულწლოვანთა მართლმსაჯულების კოდექსის მე-2 მუხლის მესამე ნაწილი, რომლის თანახმადაც არასრულწლოვანთა მართლმსაჯულების პროცესში გამოიყენება საქართველოს სხვა ნორმატიული აქტების დებულებებიც, თუ ისინი არ ეწინააღმდეგება ამ კოდექსს ან/და არასრულწლოვნისათვის შეღავათს ითვალისწინებს. შესაბამისად, აღნიშნულ საკითხზე პასუხის მისაღებად უნდა ვიმსჯელოთ – რამდენად შესაბამისობაშია ე.წ. საპატიმრო გირაოს გამოყენების საკანონმდებლო რეგულაცია არასრულწლოვანთა მართლმსაჯულების ზოგად პრინციპებთან. პირველ რიგში, არასრულწლოვანთა მართლმსაჯულების კოდექსის მე-9 მუხლი – პატიმრობა, როგორც უკიდურესი ღონისძიება, რაც პრინციპის დონეზე არასრულწლოვანთა მიმართ, ერთგვარად პასუხს სცემს კითხვაზე: შეგვიძლია თუ არა, რომ არასრულწლოვანი ბრალდებულის მიმართ გამოვიყენოთ ე.წ. საპატიმრო გირაო. დამატებითი არგუმენტაციისათვის საინტერესოა ქართული სასამართლო პრაქტიკიდან მაგალითის გაანალიზება. კერძოდ, თბილისის საქალაქო სასამართლომ ძარცვაში ბრალდებულ არასრულწლოვანს შეუფარდა საპატიმრო გირაო, რაც გასაჩივრდა სააპელაციო

სასამართლოში, სადაც სასამართლომ გააკეთა შემდეგი განმარტება: „გირაოს უზრუნველყოფის მიზნით აღკვეთის ღონისძიების სახით პატიმრობის გამოყენების შესაძლებლობა სპეციფიკური უფლებამოსილებაა, რომელიც ზუსტად უნდა იქნეს არასრულწლოვანთა მართლმსაჯულების კოდექსით დარეგულირებული. ასევე, ბრალდებულს აღნიშნულ საქმეში არ გააჩნია საკუთარი შემოსავალი და იგი მშობლების ან/და ნათესავის გადახდის იმედადაა, რაც მაღალი ალბათობით მისთვის პატიმრობის შეფარდების ტოლფასია“.⁷¹ ამგვარი დასაბუთების შესაბამისად საგამოძიებო კოლეგიამ არასრულწლოვანი ბრალდებულის მიმართ აღკვეთის ღონისძიების სახით დატოვა გირაო, ხოლო პატიმრობა გააუქმა.

იურიდიულ ლიტერატურაში გავრცელებულია შეხედულება იმის თაობაზე, რომ არასრულწლოვანი ბრალდებულის მიმართ არ უნდა იქნეს გამოყენებული გირაოს უზრუნველსაყოფად პატიმრობა,⁷² ამ საკითხთან დაკავშირებით მსჯელობა კარგად არის განვითარებული ბათუმის საქალაქო სასამართლოს განჩინებაში, რომლის მთავარი არსიც ისაა, საპატიმრო გირაო არ/ვერ უზრუნველყოფდეს არასრულწლოვნის საუკეთესო ინტერესებს, უფრო კონკრეტულად: „არასრულწლოვან ბრალდებულთან დაკავშირებით, სასამართლო ყურადღებას ამახვილებს იმ გარემოებაზე, რომ არასრულწლოვანთა მართლმსაჯულების კოდექსის 63-ე მუხლით გათვალისწინებულია არასრულწლოვანი ბრალდებულის მიმართ აღკვეთის ღონისძიების სახით გირაოს გამოყენება. თუმცა, არასრულწლოვანთა მართლმსაჯულების კოდექსით არ არის განსაზღვრული სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსის მე-200 მუხლის მე-6

70 სტატისტიკის მიხედვით, საპატიმრო გირაო ჩვეულებრივ გამოიყენება და რაიმე აკრძალვა პრაქტიკული კუთხით ამ აღკვეთის ღონისძიების მიმართ არ არსებობს – 2019 წლის 6 თვის სტატისტიკური მონაცემების მიხედვით – პროკურორის მიერ მოთხოვნილი პატიმრობის მაჩვენებელი შეადგენდა 42%-ს (62 საქმე), გირაო – 29%-ს (44 საქმე); არასრულწლოვნის მეთვალყურეობაში გადაცემა 21%-ს (31 საქმე); შეთანხმება ვასვლელობისა და სათანადო ქცევის შესახებ – 4%-ს (6 საქმე); გირაო პატიმრობის უზრუნველყოფით – 4%-ს (6 საქმე) – [წვდომის თარიღი: 19 ივნისი 2021 წელი]. ხელმისაწვდომია: <http://pog.gov.ge/uploads/7bc4208f-statistika-arasrulwlovnebeze.pdf>

71 თბილისის სააპელაციო სასამართლოს საგამოძიებო კოლეგიის 2016 წლის 28 სექტემბრის განჩინება (საქმე №1გ/1516).

72 ქვრივიშვილი, თ., 2017. არასრულწლოვნის პატიმრობა, როგორც უკიდურესი ღონისძიება – ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოსა და საქართველოს სასამართლოების პრაქტიკის ანალიზი. სისხლის სამართლის აქტუალური საკითხები, 1. გვ. 109.

ნაწილში მითითებული პატიმრობის უზრუნველყოფით გირაოს გამოყენება იმ შემთხვევაში, თუ ბრალდებული დაკავებულია. არასრულწლოვანთა მართლმსაჯულების კოდექსის მე-4 მუხლმა ერთმნიშვნელოვნად განსაზღვრა პროცესის მწარმოებელი ორგანოს მიერ გადაწყვეტილების მიღებისას არასრულწლოვანის საუკეთესო ინტერესების გათვალისწინების აუცილებლობა. ამავე კოდექსის მე-2 მუხლის მე-2 ნაწილში მითითებულია, რომ არასრულწლოვანის მიმართ მართლმსაჯულების პროცესში გამოიყენება ამ კოდექსით გათვალისწინებული ნორმები, ხოლო რაც შეეხება სხვა საპროცესო ნორმის გამოყენებას, ამავე მუხლის მე-3 და მე-5 ნაწილების მოთხოვნიდან გამომდინარე, შესაძლებელია გამოყენებულ იქნეს მხოლოდ იმ შემთხვევაში, თუ ისინი არ ეწინააღმდეგება ამ კოდექსს, ითვალისწინებს არასრულწლოვანის მიმართ შეღავათს და ემსახურება მის საუკეთესო ინტერესებს, შესაბამისად, სამართლო მიდის დასკვნამდე, რომ არასრულწლოვანი ბრალდებულის მიმართ აღკვეთის ღონისძიების სახით შეფარდებული პატიმრობა გირაოს უზრუნველსაყოფად არ გამომდინარეობს არასრულწლოვანთა მართლმსაჯულების კოდექსის მოთხოვნებიდან და ეწინააღმდეგება არასრულწლოვანის საუკეთესო ინტერესებს, რის გამოც მის მიმართ გამოყენებული საპროცესო იძულების ღონისძიება დაკავება – განგრძობადი პატიმრობის სახით უნდა გაუქმდეს“.⁷³

არასრულწლოვანის საუკეთესო ინტერესებისკენ არაა მიმართული ამგვარი ზომის გამოყენება, შესაბამისად, გირაოს სახელით შეფარდებული თანხის გადახდამდე განგრძობადი პატიმრობა ვერ შეფასდება სამართლებრივად სწორად.⁷⁴ ამრიგად, გამოვიდა, რომ პრინციპის მნიშვნელობამ,

მისმა გააზრებამ, კომბინაციაში განხილვამ კონსტიტუციურ დანაწესებთან დაგვანახა, რომ საჭიროა არაერთგვაროვანი პრაქტიკის გამოსწორება კონსტიტუციურად დადგენილი პროცედურების შესაბამისად, რაც გულისხმობს საკანონმდებლო აქტში საკითხის განწერას.

დასკვნა

პრინციპის მნიშვნელობა ამა თუ იმ ნორმატიული აქტის დებულებების გამართულად ჩამოყალიბებისათვის უმნიშვნელოვანესია, ის არის გზა ხარვეზის აღმოჩენისაკენ, რაც მართლმსაჯულების გამართული ფუნქციონირებისათვის ფუნდამენტურია. პრინციპი არის ბაზისი, რომელიც ზოგად ფარგლებში აქცევს ნორმაში გადმოცემულ შინაარსს. კანონმდებლობა მუდმივად დახვეწა-განვითარების გზას გადის და საკანონმდებლო ხარვეზების აღმოჩენა უმნიშვნელოვანესია კანონმდებლობის ჰარმონიზაციის გზაზე. ნორმის ნაკლის საკითხი ერთ-ერთი უმნიშვნელოვანესია იურისპრუდენციის განვითარების გზაზე, ესაა გაგების მეცნიერება, რომელიც სამართლის მეთოდების საშუალებით ადგენს – კანონმდებელი კვალიფიციურად დუმს, საერთოდ დუმს, თუ არასწორად აწესრიგებს საკითხს. მეცნიერ და პრაქტიკოს იურისტთა მიერ ამ საკითხის სიღრმისეულად გაანალიზების შემდეგ მართლმსაჯულების გამართული ფუნქციონირებისათვის აუცილებელია საკანონმდებლო ცვლილების განხორციელება, როდესაც უბრალოდ, პრაქტიკულად ნორმის განვრცობით, სამართლებრივად რელევანტური შედეგი ვერ მიიღწევა ან/და არასტაბილურად მიიღწევა. ასეთ დროს უნდა განხორციელდეს კონსტიტუციურსამართლებრივი პროცედურების შესაბამისად კანონის ბზარის აღმოფხვრა. პრინციპის და მისი საშუალებით კანონმდებლობის მოწესრიგების საკითხზე მსჯელობისას საუკეთესოდ წარმოგვიჩინს იუვენალურ იუსტიციაში არსებული ნორმა-პრინციპი საუკეთესო ინტერესის პრი-

73 ბათუმის საქალაქო სასამართლოს 2019 წლის 28 დეკემბრის განჩინება (საქმე 10/ა – 19/18).

74 კვაჭაძე, მ., „რედ.“ 2019. აღკვეთის ღონისძიებათა გამოყენება არასრულწლოვანთა მიმართ: საერთაშორისო სტანდარტების ასახვა ეროვნულ სასამართლო პრაქტიკაში. თბილისი: შერიდიანი. გვ. 83.

ორიტეტულობას, რომელიც მოქმედებს ნებისმიერი გადაწყვეტილების ან/და ნორმატიული აქტის დებულების კანონმდებლობაში ინკორპორირებისას. აღნიშნული გულისხმობს იმას, რომ პრაქტიკოსი ან/და თეორეტიკოსი იურისტის მიერ, როდესაც ხდება ამა თუ იმ ნორმის შეფასება, რაც არასრულწლოვანთა მართლმსაჯულების კოდექსითაა განსაზღვრული, იგი ამავედროულად განსაზღვრავს – არის თუ არა იგი არასრულწლოვნისათვის საუკეთესოთა შორის საუკეთესოდ საკითხის მოწესრიგება. საწინააღმდეგო პასუხის მიღების შემთხვევაში, თუ საკანონმდებლო ხარვეზთან გვაქვს საქმე, რომლის სამართალგანვრცობითაც კი საკითხი სამართლებრივად გამართულად ვერ რეგულირდება, დღის წესრიგში დგება საკანონმდებლო გზით ხარვეზის აღმოფხვრა, რაც ერთადერთი გზაა მართლმსაჯულების გამართული ფუნქციონირებისათვის. არასრულწლოვანთა მიმართ გამოყენებული „საპატიმრო გირაო“ არაპირდაპირი წესითაა მოწესრიგებული, პრაქტიკულად კი გამოიყენება. მართალია, არსებობს პრაქტიკოსები, განსაკუთრებულად მოსამართლეები, რომლებიც, დასაბუთებისას მრავალ ფაქტორზე დაყრდნობით, გამორიცხავენ მისი გამოყენების ლეგიტიმაციას, მაგრამ მიუხედავად ამისა, უმეტესად მაინც გამოიყენება, რაც პრაქტიკის არასტაბილურობას იწვევს ნორმის კანონმდებლობით თვალნათლივი არარსებობის გამო, სწორედ, ესაა ის შემთხვევა, როდესაც უნდა ვთქვათ, რომ „კანონში ბზარია“ და ჩვენს ხელთ არებული კონსტიტუციური ბერკეტებით გამოვასწოროთ იგი კანონმდებლობის ჰარმონიზაციისათვის.

კონსტიტუციით გათვალისწინებული ადამიანის ძირითადი უფლებებისა და პერსონალური მონაცემების დაცვის მნიშვნელობა (მექანიგმები) იძულებითი სააღსრულებო სამართალწარმოების განხორციელების პროცესში

თამარ ხუჭაძე

ნიუ-ვიუენ უნივერსიტეტის დოქტორანტი, ასისტენტი საქარო სამართლის მიმართულებით, სსიპ აღსრულების ეროვნული ბიუროს აღმასრულებელი

მარიამ ხუჭაძე

სამართლის მაგისტრი, სსიპ იუსტიციის სახლის უფროსი სპეციალისტი

საკვანძო სიტყვები: აღსრულება, უფლება, დაცვა

შესავალი

დემოკრატიულ, სამართლებრივ სახელმწიფოში, სადაც ხელისუფლების განხორციელება კანონის ჩარჩოებშია მოქცეული, საბაზრო ეკონომიკის პირობებში ქვეყნის ეკონომიკური

განვითარება და მოსახლეობის სოციალური მდგომარეობა პირდაპირპროპორციულად არის დამოკიდებული სააღსრულებო სისტემის ეფექტიანობაზე. კანონისა და სასამართლოს წინაშე ყველა თანასწორია, შესაბამისად, სასამართლოს მიერ მიღებული გადაწყვეტილებების აღსრულება ერთნაირად არის სავალდებულო როგორც სახელმწიფო ორგანოებისა და თანამდებობის პირების, ისე ნებისმიერი, რიგითი მოქალაქისათვის – სტატუსის განურჩევლად.

ადამიანის უფლებათა ევროპული კონვენციით¹ აღიარებული სამართლიანი სასამართლო განხილვის უფლება გულისხმობს ნებისმიერი, კანონიერ ძალაში შესული გადაწყვეტილების აღსრულებას სწრაფად და ეფექტიანად. 1997 წელს, ადამიანის უფლებათა ევროპულმა სასამართლომ ერთ-ერთ საქმეში (*Hornsby v Greece*)² განმარტა, რომ ევროპული კონვენციით აღიარებული სამართლიანი სასამართლოს უფლება მოიცავს ასევე აღსრულებასაც და არ შეიძლება, სასამართლოს მიერ სამართლიანი გადაწყვეტილების მიღებით, პროცესი იქნეს მიჩნეული დასრულებულად, არამედ, აღნიშნული პროცესის ტოლფასია გადაწყვეტილების ეფექტიანი აღსრულებაც. სწორედ მოქნილი სააღსრულებო სისტემის ფუნქციონირება წარმოადგენს ქვეყანაში კონსტიტუციით აღიარებული, ადამიანის ძირითადი უფლებებისა და თავისუფლებების დაცვის საფუძველსა და მყარ გარანტს. კანონიერ ძალაში შესული სასამართლო გადაწყვეტილების აღსრულების მოთხოვნის უფლება ნებისმიერი პირის ისეთივე ფუნდამენტური უფლებაა, როგორც უფლება – მიმართოს სასამართლოს.

საქართველოს კონსტიტუციით მკაფიოდ არის განსაზღვრული სასამართლოს გადაწყვეტილებათა აღსრულების სავალდებულოება. ქვეყნის ძირითადი კანონი უზრუნველყოფს ადამიანის ისეთი ძირითადი

უფლებების დაცვას, როგორებიცაა: საკუთრების უფლება, პირადი სივრცისა და კომუნიკაციის ხელშეუხებლობის აუცილებლობა, მიმოსვლის თავისუფლება და სხვა. შესაბამისად, ნებისმიერი ის უფლება, რომელიც გარანტირებულია კონსტიტუციით თითოეული ადამიანისათვის, მაქსიმალურად უნდა იქნეს დაცული იძულებითი სააღსრულებო მოქმედებების განხორციელების დროს, რათა ადგილი არ ჰქონდეს პირის ძირითად უფლებებში დაუშვებელ და არაპროპორციულ ჩარევას.

სააღსრულებო სამართლის ცნებას დოქტრინაში ხშირად განმარტავენ, როგორც იძულების, ძალის სამართალს, ვინაიდან, „იძულებითი აღსრულება“ თავისთავად გულისხმობს ძალის გამოყენებას და პირის (სააღსრულებო წარმოების მხარის ან/და მესამე პირის) ისეთ უფლებებში ჩარევას, როგორც არის, მაგალითად: საკუთრება, თავისუფლება, პირადი ცხოვრების ხელშეუხებლობა და სხვა. შესაბამისად, განსაკუთრებული მნიშვნელობა ენიჭება სააღსრულებო წარმოების მიმდინარეობისას მხარეთა ინტერესებისა და მათი ძირითადი უფლებების დაცვას.³

თანამედროვე, უამრავი გამოწვევებით და საფრთხეებით სავსე სამყაროში, ნებისმიერ პროცესში, უმნიშვნელოვანესია ადამიანის პერსონალური მონაცემების დაცვა, რათა არ მოხდეს მათი გამოყენება არასაჭირო მიზნებისათვის. იძულებითი სააღსრულებო წარმოების პროცესშიც, წარმოების მიზნებიდან გამომდინარე, რა თქმა უნდა, ხორციელდება მხარეების პერსონალური მონაცემების დამუშავება. თუმცა, აღნიშნული პროცესი უნდა წარიმართოს იმგვარად, რომ მაქსიმალურად იქნეს დაცული პროპორციულობისა და თანაზომიერების პრინციპი.

ერთი შეხედვით, სააღსრულებო წარმოებაში ძირითადი წითელი ხაზი გადის კრედიტორის მიერ საკუთარი ინტერესების სწრაფად დაკმაყოფილებასა და აღნიშნულის შედეგად წარმოების „ეფექტიანად“

1 ადამიანის უფლებათა და ძირითად თავისუფლებათა დაცვის კონვენცია, რომელი 1950 წ. 04 ნოემბერი.
 2 Hornsby v Greece (EGtHR March 19, 1997).

3 Uitdehaag A. Survey of enforcement in Europe, Tbilisi 2017.

დასრულებაზე, თუმცა, სახელმწიფომ აბსოლუტურად თანაბრად უნდა უზრუნველყოს როგორც კრედიტორის, ისე მოვალისა და მესამე პირების უფლებების რეალიზაცია და დაცვა⁴. შესაბამისად, კრედიტორის მოთხოვნა – სახელმწიფოს დახმარებით განახორციელოს მის ხელთ არსებული, კანონიერ ძალაში შესული სასამართლო გადაწყვეტილების აღსრულება, აპრიორი არ ნიშნავს მისი, როგორც სააღსრულებო წარმოების მხარის ინტერესებისათვის გაუმართლებელი უპირატესობის მინიჭებას. დაუშვებელია, მოვალის ძირითად უფლებებსა და ინტერესებში ჩარევა გაცდეს იმ ფარგლებს, რაც აღიარებულია სახელმწიფოს მიერ სააღსრულებო წარმოების მიზნებისათვის.

სააღსრულებო წარმოების მიმდინარეობისას თანაბრობის, როგორც სახელმძღვანელო პრინციპისა და მისი მნიშვნელობის შესახებ, არსებობს განსხვავებული მიდგომები, თუმცა, ფაქტად რჩება ისიც, რომ აღნიშნული პრინციპის დაცვას არსებითი გავლენა გააჩნია სააღსრულებო სისტემის გამართულ ფუნქციონირებაზე, რაც, თავის მხრივ, საფუძველია ქვეყანაში ეფექტიანი მართლმსაჯულების სისტემის არსებობისათვის.

გამომდინარე ყოველივე ზემოაღნიშნულიდან, სტატიის მიზანს წარმოადგენს, საკანონმდებლო თუ პრაქტიკული კუთხით, სააღსრულებო სამართალში არსებული იმ ხარვეზების შეფასება, რომლებსაც შესაძლოა გავლენა გააჩნდეთ კონსტიტუციით აღიარებულ, ძირითად უფლებებში არაპროპორციულ ჩარევასა და პერსონალური მონაცემების დარღვევის შემთხვევებზე. ამასთან, სტატია მიზნად ისახავს, აღნიშნული ხარვეზების აღმოფხვრის ავტორებისეული გზების განსაზღვრას.

1. აღმასრულებლის როლი სააღსრულებო წარმოებაში მონაწილე მხარეთა ინტერესებისა და კონსტიტუციით აღიარებული ძირითადი უფლებების დაცვის საქმეში

ვინაიდან, სააღსრულებო სამართალი თავისი არსით წარმოადგენს „იძულების, ძალის სამართალს“, პრაქტიკაში საკმაოდ ხშირია შემთხვევები, როდესაც, ნებისთუ უნებლიეთ, ხდება სააღსრულებო მოქმედებების განხორციელების შედეგად, წარმოების მონაწილე მხარეთა ძირითად უფლებებში არაპროპორციული ჩარევა.

ისევე, როგორც სამართლის ნებისმიერ დარგში, სააღსრულებო სამართალშიც განსაზღვრულია ზოგადი, სახელმძღვანელო პრინციპები, რომელთაგან განსაკუთრებული დატვირთვა გააჩნია სამართლიანობის, მიუკერძოებლობისა და თანაბრობის პრინციპებს.⁵ აუცილებელია, ყოველ ცალკეულ შემთხვევაში დაცული იქნეს ნეიტრალურობა და ბალანსი სააღსრულებო წარმოებაში მონაწილე მხარეებს შორის, რათა თავიდან იქნეს აცილებული რომელიმე მხარის უფლებებისა და ინტერესების გაუმართლებელი ხელყოფა. ამ პროცესში დიდი როლი აკისრია თავად საქმის მწარმოებელ აღმასრულებელს, ვინაიდან, სწორედ მის პროფესიონალიზმსა და საკითხისადმი სწორ მიდგომაზე არის დამოკიდებული მხარეთა ინტერესებს შორის ბალანსის დაცვა.

იძულებითი აღსრულების განხორციელების პროცესში, ერთ-ერთ ფუნდამენტურ პრინციპს წარმოადგენს სააღსრულებო პროცედურათა მაქსიმალური გამჭვირვალობა, ვინაიდან, რაც უფრო ნათელია წარმოების პროცედურები, მით მაღალია მხარეების ნდობის ხარისხი, რაც, საბოლოო ჯამში აისახება საქმეთა ეფექტიან აღსრულებაზე.

4 იხ. საქართველოს უზენაესი სასამართლოს ადმინისტრაციულ საქმეთა პალატის 2020 წლის 09 ივლისის №ბს-10(კ-20) გადაწყვეტილება.

5 CEPEJ 2009 11 Guidelines for a better implementation of the existing Council of Europe's Recommendation on Enforcement, European Commission on the efficiency of Justice (CEPEJ), CEPEJ 2009 11 REV

წარმოების დაწყებიდან გადაწყვეტილების საბოლოო აღსრულებამდე, ყოველგვარი სამართლებრივი საშუალება უნდა ემსახურებოდეს იმ მიზანს, რომ ერთი მხრივ, დაცულ იქნეს კრედიტორის ინტერესები – ადგილი არ ჰქონდეს წარმოების გაჭიანურებას, ხოლო მეორე მხრივ, როგორც მოვალეს, ისე წარმოებაში მონაწილე სხვა პირებს, უნდა მიეცეთ შესაძლებლობა – შეუზღუდავად განახორციელონ კანონით მათთვის მინიჭებული ყველა უფლებამოსილება. ყოველივე აღნიშნულიდან გამომდინარე, შესაძლოა ითქვას, რომ აღმასრულებელმა, რომელიც პირველ რიგში არის პასუხისმგებელი მხარეთა ინტერესების თანაბარ დაცვაზე, საჭიროების შემთხვევაში უნდა შეითავსოს მედიატორის ფუნქციაც და მთლიანად იყოს ორიენტირებული მხარეთა მორიგებაზე.

2. ძირითადი უფლებები, რომელთა დაცვაზეც შესაძლოა გავლენა მოახდინოს იძულებითმა სააღსრულებო მოქმედებებმა
2.1. საკუთრების უფლების დაცვა გამოსახლების კატეგორიის საქმეთა წარმოების დროს

ადამიანის ძირითად უფლებებს შორის ერთ-ერთი ყველაზე ფუნდამენტურია საკუთრების უფლება. აღნიშნული უფლების დაცვა და განმტკიცება წარმოადგენს დემოკრატიული სახელმწიფოს ფუნქციონირების უმთავრეს გარანტსა და წინაპირობას.

საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლომ ერთ-ერთ გადაწყვეტილებაში განმარტა: „ადამიანის ძირითადი უფლებებისა და თავისუფლებების, განსაკუთრებით კი საკუთრების უფლების იგნორირება, გამორიცხავს თავისუფალი საბაზრო ეკონომიკის განვითარებას, მთლიანად საზოგადოებისა და მისი ცალკეული წევრების ღირსეული ცხოვრების უზრუნველყოფას და პოლიტიკურ, ეკონომიკურ თუ სოცი-

ალურ სტაბილურობას. დემოკრატიული, სამართლებრივი და სოციალური სახელმწიფოს ეკონომიკური სიძლიერე, სწორედ, საკუთრების უფლების პატივისცემასა და დაცვას ეყრდნობა“⁶.

საქართველოში, ბოლო ათწლეულების განმავლობაში, ეკონომიკური განვითარების პარალელურად, განსაკუთრებით პრიორიტეტულია უცხოური ინვესტიციების მოზიდვა და ბიზნესისათვის მაქსიმალურად ხელის შეწყობა, აღნიშნული კი, ცხადია, წარმოუდგენელი იქნებოდა იმ პირობებში, თუკი ქვეყანაში არ იარსებებდა საკუთრების უფლების დაცვის მყარი გარანტიები.⁷

საკუთრების ცნების მნიშვნელობიდან გამომდინარე, განსაკუთრებით სენსიტიურ საკითხს წარმოადგენს აღნიშნულ უფლებაში ჩარევის საფუძვლებისა და ფარგლების დადგენა.⁸ ვინაიდან, საკუთრება არ განეკუთვნება აბსოლუტურ უფლებათა რიცხვს, დაშვებულია აღნიშნულ უფლებაში ჩარევა. ადამიანის უფლებათა ევროპული კონვენციის პირველი დამატებითი ოქმით⁹ მკაცრად არის განსაზღვრული იმ პირობების ჩამონათვალი, რომლებიც უნდა არსებობდეს, რათა განხორციელდეს ჩარევა ამ ფუნდამენტურ უფლებაში:

- „საზოგადოებრივი საჭიროება, რომელიც უნდა იყოს განპირობებული საზოგადოებრივი ან სოციალური მოთხოვნით, უნდა ემსახურებოდეს კანონიერ მიზანს და იყოს ამ მიზნის პროპორციული;

6 საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს გადაწყვეტილება საქმეზე, „საქართველოს მოქალაქეები ზაურ ელაშვილი, სულიკო მაშია, რუსუდან გოგია და სხვები და საქართველოს სახალხო დამცველი საქართველოს პარლამენტის წინააღმდეგ“. 2007 წლის 18 მაისი №2/1-370, 382, 390, 402, 404.

7 Brown j., 2009. Judgment Enforcement James. Law and Business, Aspen Publishers Walters Kluwer, third edition, preface.

8 ბესარიონ ზოიძე, საკონსტიტუციო კონტროლი და ღირებულებათა წესრიგი საქართველოში

9 ადამიანის უფლებათა და ძირითად თავისუფლებათა დაცვის კონვენცია, რომი 1950 წ. 04 ნოემბერი.

- ნებისმიერი ჩარევა საკუთრებით შეუფერხებლად სარგებლობის უფლებაში, ეს იქნება ქონების ჩამორთმევა თუ ქონებით სარგებლობის უფლების შეზღუდვა, უნდა იყოს კანონით განსაზღვრული და განხორციელდეს კანონით დადგენილი პროცედურების დაცვით;
- ჩამორთმევა უნდა განხორციელდეს საერთაშორისო სამართლის ზოგადი პრინციპებით გათვალისწინებულ პირობებში“.

„საკუთრებას დიდი სოციალური დატვირთვა აქვს. მესაკუთრე საზოგადოების ნაწილია და არა მხოლოდ უფლებამოსილია მიიღოს გარკვეული სიკეთეები საზოგადოებისგან, არამედ ვალდებულიცაა, რომ თავისი საკუთრება საზოგადოებრივი კეთილდღეობის მიზნებისთვის გამოიყენოს. მესაკუთრემ უნდა გაითავისოს, რომ არა მხოლოდ მას აქვს ინტერესები, არამედ ის იმყოფება სხვების ინტერესთა გარემოცვაში, რომელთაგანაც, ის იზოლირებული არ არის და აუცილებელია ინტერესთა გონივრული ბალანსის დაცვა.“¹⁰

როგორც სააღსრულებო სამართლის პრაქტიკის მიმოხილვის შედეგად არის ცნობილი, სააღსრულებო სამართალწარმოებაში ერთ-ერთ ყველაზე რთულად აღსასრულებელ კატეგორიას წარმოადგენს „ნივთის უკანონო მფლობელობიდან გამოსახლების“ (გამოსახლების) საქმეები. „სხვისი მფლობელობიდან ან/და სარგებლობიდან უძრავი ქონების გამოსახლების საქმეზე, როდესაც აღსასრულებელი გადაწყვეტილება ითვალისწინებს უძრავი ქონების კრედიტორის მფლობელობაში და სარგებლობაში გადაცემას ან/და უძრავი ქონებიდან პირთა გამოსახლებას (გამოყვანას) აღსრულების ეროვნული ბიურო უზრუნველყოფს უძრავი ქონების გამოთავისუფლებულ მდგომარეობაში კრედიტორისათვის გადაცემას“.¹¹

10 საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს გადაწყვეტილებები 2006-2007, ბათუმი, 2009, 169.

11 „სააღსრულებო წარმოებათა შესახებ“ საქართველოს კანონი

გამოსახლების საქმეთა წარმოების დროს, კრედიტორი და მოვალე მხარეების გარდა, მნიშვნელოვანია მესამე პირების ინტერესების დაცვა, ვინაიდან, სწორედ მესამე პირი შეიძლება იყოს იმ ქონების მართლზომიერი მფლობელი, რომელიც გამოთხოვილ უნდა იქნეს უკანონო მფლობელობიდან. პირობითად: უძრავი ნივთის დამქირავებელი მიიჩნევა მართლზომიერ მფლობელად, თუკი მას დადებული აქვს მესაკუთრესთან ქირავნობის ხელშეკრულება განსაზღვრული ვადით და მოცემული, სადავო მომენტისათვის მას მართლზომიერად გააჩნია ნივთის ფლობის უფლება. ასეთ შემთხვევაში, მის მიერ მართლზომიერი მფლობელობის დამადასტურებელი დოკუმენტის წარმოდგენა იწვევს სააღსრულებო წარმოების შეჩერებას (მაგალითად, ქირავნობის ხელშეკრულების მოქმედების ვადით), ხოლო იმ შემთხვევაში, თუკი ამ უკანასკნელმა ვერ წარმოადგინა მართლზომიერი მფლობელობის დამადასტურებელი დოკუმენტი და შესაბამისად, ვერ მოახდინა სააღსრულებო წარმოების შეჩერება, რის გამოც მას მიადგა გარკვეული ზიანი, ცხადია უფლება აქვს, მოითხოვოს ამ ზიანის ანაზღაურება კრედიტორისაგან.

როდესაც საუბარია საკუთრების უფლების შეზღუდვის შემთხვევებზე, მნიშვნელოვანია, რომ აუცილებლად იქნეს დაცული თანაზომიერების პრინციპი.¹² საკონსტიტუციო სასამართლოს განმარტებით, „თანაზომიერების პრინციპი უზრუნველყოფს თავისუფლებისა და მისი შეზღუდვის ერთგვარ განონასწორებულ, თანაზომიერ დამოკიდებულებას და კრძალავს ადამიანის უფლებების იმაზე მეტად შეზღუდვას, რაც აუცილებელია დემოკრატიულ საზოგადოებაში“.¹³

12 იხ. საქართველოს უზენაესი სასამართლოს ადმინისტრაციულ საქმეთა პალატის 2021 წლის 25 თებერვლის №ბს-881(კ-19) გადაწყვეტილება.

13 საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს 2007 წლის 2 ივლისის №1/2/384 გადაწყვეტილება საქმეზე „საქართველოს მოქალაქეები – დავით ჯიმშელიშვილი, ტარიელ გვეტაძე და ნელი დალაღიშვილი საქართველოს პარ-

საკუთრების უფლების შეზღუდვა სახელმწიფოსთვის არ წარმოადგენს თვითმიზანს, არამედ ეს შეიძლება იქნეს მიჩნეული, როგორც საზოგადოებისთვის სასარგებლო მიზნის მიღწევისთვის გამოყენებული საშუალება. თუკი საკუთრების უფლების შეზღუდვა გადაიქცევა მიზნად, ან მისაღწევი მიზანი არ ამართლებს აღნიშნული ზომის გამოყენებას, ასეთ შემთხვევაში, საკუთრების უფლების შეზღუდვა იქნება ადამიანის ძირითად უფლებებში არაპროპორციული ჩარევა და გასცდება კონსტიტუციურ-სამართლებრივ ფარგლებს¹⁴.

აღსანიშნავია ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს პოზიცია ერთ პრეცედენტულ საქმესთან მიმართებაში: „ხარიტონაშვილი საქართველოს წინააღმდეგ“¹⁵, სადაც სასამართლო ცალსახად აკრიტიკებდა გამოსახლებასთან დაკავშირებით მიღებული გადაწყვეტილების აღსრულების გაჭიანურების საკითხს. მოცემულ შემთხვევაში, სასამართლო სისტემის რეორგანიზაციის მიზნით, გამოსახლების საკითხზე წარმოება გაჭიანურდა, ბოლოს კი საქმე საერთოდ დაიკარგა არქივში, რამაც განაპირობა ის, რომ სასამართლო განხილვები კიდევ რამდენჯერმე გადაიდო, ჭამში კი წარმოება მიმდინარეობდა თითქმის 8-9 წლის განმავლობაში. მოცემულ საქმესთან დაკავშირებით სასამართლომ განმარტა: „სასამართლო კვლავ ხაზს უსვამს, რომ სამართალწარმოების გონივრული ხანგრძლივობის შეფასება საქმის გარემოებების და შემდეგი კრიტერიუმების გათვალისწინებით უნდა მოხდეს: საქმის სირთულე, განმცხადებლის და შესაბამისი ადმინისტრაციის მოქმედებები, რა მნიშვნელობისაა განმცხადებლისათვის დავა და როგორ აისახება მასზე. სამწუხაროა,

რომ გამოსახლების თაობაზე წარმოება 8 წელზე მეტი ხნის მანძილზე მიმდინარეობდა და პირველი ინსტანციის სასამართლოს კვლავაც პროცედურული პრობლემები აქვს“.

ყოველივე აღნიშნულის გათვალისწინებით, შეიძლება ითქვას, რომ გამოსახლების კატეგორიის საქმეთა აღსრულებისას, აღმასრულებელი ორგანოს მხრიდან, სახელმძღვანელო პრინციპად უნდა იქნეს გამოყენებული კვლავაც თანაზომიერებისა და პროპორციულობის პრინციპი, რათა ადგილი არ ქონდეს რომელიმე მხარის ძირითად უფლებებში არაპროპორციულ ჩარევას ან/და პირიქით: ერთი მხარის ინტერესებისათვის გაუმართლებელი უპირატესობის მინიჭებას.

3. პერსონალური მონაცემების დამუშავებისა და დაცვის ფარგლები სააღსრულებო სამართალწარმოებაში; მოვალეთა რეესტრის საჭაროობა

3.1. პერსონალური მონაცემების გამოყენების ზღვარი სააღსრულებო წარმოებაში

თანამედროვე, უამრავი გამოწვევებით და საფრთხეებით სავსე სამყაროში, ნებისმიერ პროცესში, უმნიშვნელოვანესია ადამიანის პერსონალური მონაცემების დაცვა, რათა არ მოხდეს მათი გამოყენება არასაჭირო მიზნებისათვის. აღნიშნულ საკითხს არეგულირებს საქართველოს კანონი „პერსონალურ მონაცემთა დაცვის“ შესახებ, რომლის თანახმად: „პერსონალური მონაცემი არის ნებისმიერი ინფორმაცია, რომელიც უკავშირდება იდენტიფიცირებულ ან იდენტიფიცირებად ფიზიკურ პირს“.¹⁶ კანონი ასევე განსაზღვრავს აღნიშნული მონაცემების გამოყენების საფუძველებს, რომლებსაც ქვემოთ განვიხილავთ.

14 ლამენტის წინააღმდეგ“.
14 პაპუაშვილი ს., 2009, საკუთრების უფლების შეზღუდვის სამართლებრივი საფუძვლები ადამიანის უფლებათა ევროპული კონვენციისა და ქართული კანონმდებლობის მიხედვით, სტატი-ათა კრებული “ადამიანის უფლებათა დაცვის თანამედროვე გამოწვევები“, გვ. 178.
15 ხარიტონაშვილი საქართველოს წინააღმდეგ, 2009 წლის 10 მაისი, განაცხადი 41957/04.

16 „პერსონალური მონაცემების დაცვის შესახებ“ საქართველოს კანონი, მუხლი 2.

იძულებითი სააღსრულებო წარმოების პროცესშიც, წარმოების მიზნებიდან გამომდინარე, რა თქმა უნდა, ხორციელდება მხარეების პერსონალური მონაცემების დამუშავება. ისევე, როგორც სამართლის ნებისმიერ დარგში, სააღსრულებო სამართალშიც ერთ-ერთი ყველაზე დიდი დატვირთვა გააჩნია თანაზომიერების პრინციპს, შესაბამისად მნიშვნელოვანია, რომ მოცემულ პროცესშიც დაცული იყოს აღნიშნული პრინციპი.

აღმასრულებლის მიერ პერსონალური მონაცემების დამუშავების საფუძველს წარმოადგენს იძულებითი აღსრულების ეფექტიანი განხორციელება, რის გამოც, ერთი მხრივ, აუცილებელიც კი არის ზემოთ აღნიშნული მოქმედების განხორციელება, ვინაიდან მის მიერ ხდება მოვალის შესახებ სრულყოფილი ინფორმაციის მოძიება, რომელიც მოიცავს: ფინანსურ, ქონებრივ, არაქონებრივ და სხვა სახის ინფორმაციას, აღმასრულებლის მიერ ხორციელდება მოვალის ქონებაზე ყადაღის გავრცელება, მოვალეთა რეესტრში რეგისტრაცია, თუმცა მეორე მხრივ, უმნიშვნელოვანესია გამოირიცხოს, აღმასრულებლის მიერ ყოველგვარი არაკეთილსინდისიერი ქმედება, რაც გულისხმობს მისთვის ცნობილი ინფორმაციის არასამსახურეობრივი მიზნებისთვის გამოყენებას. საკასაციო სასამართლომ, თავის ერთ-ერთ გადაწყვეტილებაში, იმსჯელა სააღსრულებო წარმოების პროცესში მხარეთა პერსონალური მონაცემების დაცვის მნიშვნელობაზე და განმარტა, რომ აღმასრულებელი ვალდებულია დაიცვას წარმოებაში მონაწილე პირთა პერსონალური მონაცემები, რათა ადგილი არ ქონდეს აღნიშნული მონაცემების არამიზნობრივ დამუშავებას.¹⁷

აღმასრულებლის ქმედება მონაცემთა დამუშავების კუთხით უმეტეს შემთხვევაში შესაძლოა მივიჩნიოთ მართებულად, ვინაიდან კანონი განსაზღვრავს მონაცემთა

დამუშავების ერთ-ერთ საფუძველად შემთხვევას, როდესაც „მონაცემთა დამუშავება საჭიროა მონაცემთა დამუშავებლის მიერ მისთვის კანონმდებლობით დაკისრებული მოვალეობის შესასრულებლად“.¹⁸ შესაბამისად, ვინაიდან აღმასრულებელს ესაჭიროება სრულყოფილი ინფორმაციის არსებობა შედეგიანი სააღსრულებო მოქმედებების განსახორციელებლად, ამ კუთხით მისი მოქმედება შესაძლოა შევაფასოთ, როგორც აუცილებლობიდან გამომდინარე.

ვფიქრობთ, რომ სააღსრულებო წარმოების პროცესში, ზღვარი პერსონალური მონაცემების დამუშავების დროს ირღვევა, როდესაც აღნიშნული მონაცემების გამოყენება ხდება არასამსახურეობრივი და აუცილებლობის გარეშე არსებულ შემთხვევებში, რითაც ზიანი ადგება მხარეს.

3.2. მოვალეთა რეესტრის მონაცემების საჯაროობა: კრედიტორისათვის დამატებითი გარანტიების შექმნა თუ მოვალის პერსონალური მონაცემების გაუმართლებელი დარღვევა

„სააღსრულებო წარმოებათა შესახებ“ საქართველოს კანონით გათვალისწინებულია უმნიშვნელოვანესი ინსტიტუტის – მოვალეთა რეესტრის არსებობა. აღნიშნული ინსტიტუტი „სააღსრულებო წარმოებათა შესახებ“ საქართველოს კანონში 2008 წლის 15 ივლისს აისახა და მოქმედება დაიწყო 2010 წლიდან¹⁹.

„მოვალეთა რეესტრი არის ფულადი მოთხოვნის აღსრულების უზრუნველყოფამდე წარმოებული საშუალება – სისტემატიზებული ელექტრონული ერთობლიობა მონაცემებისა იმ ფიზიკურ და იურიდიულ

17 იხ. საქართველოს უზენაესი სასამართლოს ადმინისტრაციულ საქმეთა პალატის 2018 წლის 03 სექტემბრის #ბს-629-629(კ-18) გადაწყვეტილება.

18 „პერსონალური მონაცემების დაცვის შესახებ“ საქართველოს კანონი, მუხლი 5.

19 „მოვალეთა რეესტრის წარმოების წესის დამტკიცების შესახებ“ საქართველოს იუსტიციის მინისტრის ბრძანება N234.

პირთა და სხვა ორგანიზაციულ წარმონაქმნთა შესახებ, რომელთა მიმართაც აღსრულება დაიწყო 2010 წლის 1 იანვრიდან გარდა სახელმწიფო ორგანოებისა, მუნიციპალიტეტების/მუნიციპალიტეტების ორგანოებისა და უზრუნველყოფილი მოთხოვნის მოვალისა“.²⁰

აღნიშნული მუხლის შინაარსიდან გამომდინარე, შეგვიძლია გავმიჯნოთ საქმეთა კატეგორიები და სუბიექტები, რომელთა შემთხვევაშიც შეიძლება გამოყენებულ იქნეს მოვალეთა რეესტრის შეზღუდვა. უზრუნველყოფილი მოთხოვნის საქმეებსა და იმ წარმოებებზე, სადაც მოვალე მხარეს წარმოადგენს სახელმწიფო ორგანო/ მუნიციპალიტეტი, არ ხდება მოვალის რეგისტრაცია მოვალეთა რეესტრის ერთიან ბაზაში.

მოვალეთა რეესტრი წარმოადგენს მოვალის სამართლებრივი შეზღუდვის მნიშვნელოვან ბერკეტს იძულებითი სააღსრულებო წარმოების პროცესში. კანონმდებლობა განსაზღვრავს, რომ მოვალეთა რეესტრში პირი შეიტანება მაშინვე, როგორც კი მის მიმართ დაიწყება იძულებითი სააღსრულებო წარმოება, შესაბამისად, ამის შემდეგ მას ეზღუდება ქონების განკარგვისა და გასხვისების უფლება. აღნიშნული შეზღუდვა მოქმედებს პირის მოვალეთა რეესტრიდან ამორიცხვამდე. მოვალეთა რეესტრიდან ამორიცხვის ძირითად საფუძვლებს წარმოადგენს ფულადი ვალდებულების სრულად შესრულება, სააღსრულებო წარმოების შეწყვეტა, სააღსრულებო ფურცლის დაბრუნება, ასევე სასამართლოს გადაწყვეტილება²¹.

ეროვნული ბიუროს მიერ მოვალეთა რეესტრის წარმოების ძირითადი არსი მდგომარეობს სააღსრულებო პროცესის ეფექტურობის გაზრდასა და იმ რისკების თავიდან აცილებაში, რომლებიც აღნიშნულ ურთიერთობებს ახლავს თან, კერძოდ, ეს ინსტიტუტი უქმნის კრედიტორს დამატებით გარანტიებს, რომ მოვალე ვერ აარიდებს თავს

მასზე დაკისრებულ ვალდებულებებს იძულებითი სააღსრულებო წარმოების მიმდინარეობისას²².

მიუხედავად მოვალეთა რეესტრის, როგორც სააღსრულებო წარმოების პროცესში მოვალის შემზღუდავი მოქნილი საშუალებისა, არსებობს მისი მონაცემების საჯაროობის ფაქტორი, რომელიც ვფიქრობთ, რომ შესაძლოა მნიშვნელოვან ხარვეზს წარმოადგენდეს მოვალისათვის, პერსონალური მონაცემების დაცვის კუთხით. კერძოდ, მოცემულ შემთხვევაში ერთმანეთის საპირწონედაა ორი სამართლებრივი სიკეთე: მოვალის, როგორც პერსონალურ მონაცემთა სუბიექტის უფლება, მისი თანხმობის გარეშე არ დამუშავდეს მისი მონაცემები და კრედიტორის, როგორც სააღსრულებო წარმოების ერთ-ერთი მხარის უფლება, ეფექტურად განხორციელდეს იძულებითი სააღსრულებო წარმოება.²³

ვინაიდან მოვალეთა რეესტრის მონაცემების საჯაროობას ითვალისწინებს „სააღსრულებო წარმოებათა“ შესახებ საქართველოს კანონი, მნიშვნელოვანია განვსაზღვროთ – ხომ არ უქმნის კანონის აღნიშნული ნაწილი მოვალეს გარკვეულ საფრთხეს?! გარდა ამისა, რამდენად პროპორციულია მისი გამოყენება ყოველთვის იძულებითი სააღსრულებო წარმოების პროცესში?!

როგორც ზემოთ აღვნიშნეთ, მოვალეთა რეესტრის არსებობა დადებით კონტექსტში შეგვიძლია განვიხილოთ, როგორც კრედიტორის მოთხოვნის აღსრულების ერთ-ერთი გარანტი, თუმცა მეორეს მხრივ, მისი საჯარო ხასიათი პირდაპირ შეიძლება ითვალისწინებდეს მოვალის უფლებების დარღვევას. გარკვეულ შემთხვევაში, მოვალეთა რეესტრის მონაცემების საჯაროობამ, შესაძლოა უარყოფითად იმოქმედოს მოვალის, როგორც მატერიალურ, ასევე კონკრეტულ შემთხვევაში მორალურ მდგომარეობაზე.

20 „სააღსრულებო წარმოებათა შესახებ“ საქართველოს კანონი, მუხლი 19 (1 პრიმა).
21 „სააღსრულებო წარმოებათა შესახებ“ საქართველოს კანონი, მუხლი 19 (4 პრიმა).

22 ბუაძე ქ., მოვალეთა რეესტრი ქართულ და გერმანულ სამართალში (შედარებით-სამართლებრივი ანალიზი), სამაგისტრო ნაშრომი, 2011.
23 „პერსონალური მონაცემების დაცვის შესახებ“ საქართველოს კანონი, მუხლი 2.

თამარ ხუჭაძე, მარიამ ხუჭაძე

მარეობაზეც, ვინაიდან მისი გადამონშნება შესაძლებელია ნებისმიერი ორგანიზაციის თუ ფიზიკური პირის მიერ. ასევე, მნიშვნელოვანია მისი გამოყენების პროპორციულობა, კერძოდ: ვინაიდან, მოვალეთა რეესტრს აქვს შემზღუდავი ხასიათი და იგი მოვალეს უზღუდავს მის სახელზე რიცხული ნებისმიერი ქონებისა და სხვა არამატერიალური ქონებრივი სიკეთის განკარგვის შესაძლებლობას, გარკვეულ შემთხვევაში, მისი გამოყენება შესაძლოა არაპროპორციული აღმოჩნდეს, რადგან შესაძლოა, კონკრეტულ შემთხვევაში იგი ხელს უშლიდეს მოვალეს საკუთარი, სხვა ისეთი ქონების განკარგვაში, რომელიც საერთოდ არ არის საჭირო კონკრეტული სააღსრულებო საქმისათვის, მაგრამ იმ დროისათვის აუცილებელ საჭიროებას წარმოადგენდეს მისი განკარგვა მოვალისათვის.

ზემო აღნიშნული მსჯელობიდან გამომდინარე, დასკვნის სახით შესაძლოა ითქვას, რომ იძულებითი სააღსრულებო წარმოების პროცესში, პერსონალური მონაცემების დამუშავებას აქვს თავისი ფარგლები, რომელიც ძირითადად აუცილებელი საჭიროებიდან გამომდინარეობს. აღნიშნული აუცილებლობა განპირობებულია სააღსრულებო წარმოების ეფექტიანი განხორციელების მიზნით. სააღსრულებო წარმოების პროცესში, აღმასრულებლის მიერ ნებისმიერი ინფორმაციის თუ პერსონალური მონაცემის მოპოვება და დამუშავება არის წინაპირობა აღნიშნული პროცესის შედეგიანი წარმართვისათვის.

სად გადის ზღვარი პერსონალური მონაცემების აუცილებლობით განპირობებულ დამუშავებასა და გაუმართლებელ დარღვევას შორის სააღსრულებო წარმოების პროცესში?!

ერთი მხრივ, როგორც აღვნიშნეთ პერსონალური მონაცემების დამუშავება განპირობებულია აუცილებელი საჭიროებით სააღსრულებო წარმოების პროცესში და მნიშვნელოვანია, რომ აღმასრულებლის მიერ მხოლოდ სამსახურეობრივი მიზნებისთვის იყოს გამოყენებული მოპოვებული მონაცემები, თუმცა მეორე მხრივ, არ-

სებობს მოვალეთა რეესტრის ინსტიტუტი, რომლის მონაცემებიც საჭაროა. მოვალეთა რეესტრის საჭაროობის ფაქტორი, ვფიქრობთ, რომ გარკვეულწილად შესაძლოა იწვევდეს მოვალის პერსონალური მონაცემების დარღვევას, ვინაიდან აბსოლუტურად ნებისმიერი პირისათვის არის შეუზღუდავად შესაძლებელი მოვალეთა რეესტრში რეგისტრირებული პირების იდენტიფიცირება და იმის დადგენაც, თუ ვის მიერ განხორციელდა პირის რეგისტრაცია მოვალეთა რეესტრის ერთიან ბაზაში, რაც თავის მხრივ მოვალისათვის უარყოფითი შედეგის მომტანი შეიძლება აღმოჩნდეს. შესაბამისად, ვფიქრობთ, რომ მოვალეთა რეესტრის ინსტიტუტის საჭარო ხასიათი ნამდვილად წარმოადგენს ხარვეზს, ვინაიდან ამ დროს ირღვევა მოვალის უფლებები და საფრთხე ექმნება მისი პერსონალური მონაცემების მიზნობრივ გამოყენებას, თუმცა, ყოველივე ზემოაღნიშნულის მიუხედავად, შეიძლება თამამად ითქვას, რომ მოვალეთა რეესტრის ინსტიტუტი ნამდვილად არის წინგადადგმული ნაბიჯი ქართული სააღსრულებო სისტემისათვის.

4. მოვალის ინფორმაციის დაცვის კანონმდებლობით გათვალისწინებული მექანიზმები იძულებითი სააღსრულებო მოქმედებების განხორციელების პროცესში

4.1. აღსრულების გადადება

იძულებითი სააღსრულებო წარმოების მიმდინარეობისას, ერთი შეხედვით, მოვალე წარმოადგენს „სუსტ“ და კრედიტორთან მიმართებით – არათანაბარ მდგომარეობაში მყოფ მხარეს, ვინაიდან, კრედიტორის ინტერესების დაკმაყოფილება უნდა განხორციელდეს სწორედ მოვალის საკუთრებაში არსებული ქონების რეალიზაციის შედეგად. ასეთ შემთხვევაში შესაძლოა ადგილი ქონდეს კონსტიტუციით აღიარებული ერთ-ერთი ყველაზე მნიშვნელოვანი – საკუთრების უფლების მოსალოდნელ

ხელყოფას. სწორედ ამიტომ, აღსრულების ორგანომ უნდა შეძლოს კრედიტორის მოთხოვნის დაკმაყოფილება იმგვარად, რომ მოვალის უფლებები შეიზღუდოს პროპორციულად, კანონით ზუსტად განსაზღვრულ ფარგლებში.

აღსანიშნავია, რომ „სააღსრულებო წარმოებათა შესახებ“ საქართველოს კანონი გამონაკლისი შემთხვევების დროს აღმასრულებელს ანიჭებს დისკრეციულ უფლებამოსილებას, კერძოდ, კანონის 31-ე მუხლი აღმასრულებელს ანიჭებს შესაძლებლობას გადადოს იძულებითი სააღსრულებო მოქმედებების განხორციელება: „თუ აღსრულების ადგილზე შექმნილი განსაკუთრებული ვითარების (მოვალის ან მისი ოჯახის წევრის ავადმყოფობა, გარდაცვალება, ან სხვა საგანგებო შემთხვევა) გამო შესაბამისი მოქმედებების გაგრძელება არ შეესაბამება მორალის ზოგად პრინციპებსა და ნორმებს, მოვალის განცხადების საფუძველზე, აღსრულების ეროვნულ ბიუროს შეუძლია არა უმეტეს 6 თვის ვადით გადადოს იძულებითი აღსრულების ესა თუ ის ღონისძიება“.²⁴ კანონმდებელი მსგავს საგამონაკლისო შემთხვევებშიც უტოვებს კრედიტორს საკუთარი ინტერესების დაცვის საშუალებას და შესაბამისი პირობების არსებობისას, აძლევს შესაძლებლობას, ფაქტობრივი ვითარების შეცვლის შემთხვევაში, მიმართოს სასამართლოს მოვალის სასარგებლოდ გამოტანილი განჩინების შეცვლის, ან სრულად გაუქმების მოთხოვნით.²⁵

აქვე, მნიშვნელოვანია აღინიშნოს ისიც, რომ პრაქტიკაში არსებობს შემთხვევები, როდესაც კანონმდებლის მიერ მინიჭებული ზემოაღნიშნული, საგამონაკლისო უფლებით მოვალეთა მიერ ხდება ბოროტად სარგებლობა სააღსრულებო წარმოების გაჭიანურების მიზნით. აღნიშნულიდან გამომდინარე, აღსრულების ეროვნული ბი-

უროსა და სასამართლოს პრეროგატივას წარმოადგენს სააღსრულებო პროცესის გადადების შემთხვევაში, მაქსიმალურად დაიცვან ბალანსი მოვალე და კრედიტორ მხარეთა ინტერესებს შორის.

4.2. მოვალის უზრუნველყოფა კანონმდებლობით გათვალისწინებული საარსებო მინიმუმით

საქართველოს კონსტიტუციით განსაზღვრულია სახელმწიფოს ვალდებულება ადამიანის/მოქალაქის საარსებო მინიმუმით უზრუნველყოფის თაობაზე. აღნიშნულმა დანაწესმა ასახვა ჰპოვა სააღსრულებო კანონმდებლობაშიც და განისაზღვრა, რომ დაუშვებელია ყადაღის გავრცელება მოვალის სახელზე რიცხულ იმ აქტივებზე, რომელიც წარმოადგენს კანონით გათვალისწინებულ საარსებო მინიმუმს. გარდა ამისა, სააღსრულებო წარმოებათა შესახებ საქართველოს კანონით გათვალისწინებულია იმ ქონების ჩამონათვალი, რომელზეც დაუშვებელია აღსრულების მიქცევა, აღნიშნული მიმართულია იმისკენ, რომ მოვალეს დარჩეს ელემენტარული საარსებო პირობებით სარგებლობის შესაძლებლობა და დაიკმაყოფილოს ელემენტარული, ყოფითი საჭიროებები. ამ კუთხით, აღსანიშნავია ისიც, რომ იძულებითი სააღსრულებო მოქმედებების განხორციელება ჩერდება იმ მოვალეთა მიმართ, რომლებიც რეგისტრირებული არიან სოციალურად დაუცველი პირების მონაცემთა ერთიან ბაზაში. კანონი ითვალისწინებს აღსრულების შეჩერებას იმ ვადით, რა ვადითაც მოვალეები რჩებიან აღნიშნულ ბაზაში, ხოლო იმ შემთხვევაში, როგორც კი მოვალის ქონებრივი მდგომარეობა გაუმჯობესდება და აღარ ენიჭება სოციალურად დაუცველის სტატუსი, სოციალური მომსახურების სააგენტო აღნიშნულის თაობაზე დაუყოვნებლივ აცნობებს აღსრულების ეროვნულ ბიუროს, რის შედეგადაც მოვალის მიმართ განახლდება სააღსრულებო წარმოება.

24 „სააღსრულებო წარმოებათა შესახებ“ საქართველოს კანონი, მუხლი 31.

25 იხ. საქართველოს უზენაესი სასამართლოს ადმინისტრაციულ საქმეთა პალატის 20217 წლის 09 მარტის № ბს-752-744 (კს-16) გადაწყვეტილება.

4.3. თავისუფალი გადაადგილების შეზღუდვის ფარგლები სააღსრულებო წარმოების განხორციელების პროცესში

„სააღსრულებო წარმოებათა შესახებ“ საქართველოს კანონის 30-ე მუხლით²⁶ განსაზღვრულია, რომ სააღსრულებო წარმოების მიმდინარეობისას, კრედიტორის მოთხოვნის საფუძველზე, ან სხვა შესაბამისი პირობის არსებობის შემთხვევაში, აღმასრულებელი ვალდებულია მიმართოს სასამართლოს მოვალის ძეგნის მოთხოვნით. აღნიშნული ნორმა განსაკუთრებით მნიშვნელოვანია კონსტიტუციის მე-13 მუხლთან მიმართებით, რომელიც განმარტავს, რომ ადამიანის თავისუფლება არის დაცული და თავისუფლების შეზღუდვა დასაშვებია მხოლოდ სასამართლოს გადაწყვეტილებით. მხოლოდ იმ შემთხვევაში, როდესაც აღმასრულებლის მიერ ამოწურულია მის ხელთ არსებული სამოქალაქო საპროცესო კანონმდებლობით გათვალისწინებული ყველა საშუალება, ხოლო მოვალე კი სპეციალურად არიდებს თავს გადაწყვეტილების აღსრულებას, სასამართლო უფლებამოსილია, აღსრულების ეროვნული ბიუროს დასაბუთებული მიმართვის საფუძველზე გამოიტანოს განჩინება პოლიციის ორგანოების მეშვეობით მოვალის ძეგნისა და მოყვანის შესახებ.

გამომდინარე ყოველივე აღნიშნულიდან, შესაძლოა დავასკვნათ, რომ მოვალის თავისუფლება სააღსრულებო წარმოების მიმდინარეობისას შესაძლოა შეიზღუდოს მხოლოდ სასამართლოს მიერ იმ ფაქტის დადასტურების შემთხვევაში, როდესაც მოვალე აშკარად არღვევს კეთილსინდისიერების პრინციპს და განზრახ უშლის ხელს იძულებითი აღსრულების ეფექტიან განხორციელებას.

დასკვნა

სტატიაში მოცემული საკითხების შეფასების შედეგად, დასკვნის სახით უნდა ითქვას შემდეგი:

საქართველოში, ისევე, როგორც ნებისმიერ დემოკრატიულ, სამართლებრივ სახელმწიფოში, სადაც მნიშვნელოვანია უზრუნველყოფილ იქნეს სასამართლოსადმი საზოგადოების ნდობის მაღალი ხარისხი, აღსრულება წარმოადგენს სამართლის უზენაესობის ფუნდამენტურ ელემენტს. სასამართლოს დამოუკიდებლობა და საქმის სამართლიანი განხილვის უფლება წარმოადგენელია ქვეყანაში მოქნილი და ეფექტიანი სააღსრულებო სისტემის არსებობის გარეშე.

როგორც სტატიაში აღინიშნა, სააღსრულებო სამართალი თავისი ბუნებით გაიგივებულია იძულების, ძალის სამართალთან, ვინაიდან „იძულებითი აღსრულება“ თავისთავად გულისხმობს ძალის გამოყენებას, რის შედეგადაც შესაძლოა რიგ შემთხვევებში ადგილი ჰქონდეს ადამიანის ძირითად უფლებებში გაუმართლებელ, არაპროპორციულ ჩარევას. გამომდინარე აღნიშნულიდან, როგორც კანონმდებლის, ასევე უშუალოდ აღსრულების განმახორციელებელი სუბიექტების მთავარ ამოცანას წარმოადგენს სააღსრულებო წარმოების მიმდინარეობისას მხარეთა ძირითადი უფლებების დაცვა.

წინამდებარე ნაშრომში ყურადღება იქნა გამახვილებული კონსტიტუციით გაანტირებულ, რამდენიმე ძირითად უფლებაში ჩარევის ფარგლებსა და ამ უფლებათა დაცვის მექანიზმებზე იძულებითი სააღსრულებო მოქმედებების განხორციელების დროს. განსაკუთრებული აქცენტი კი გაკეთდა საკუთრების უფლების დაცვის მნიშვნელობაზე, ვინაიდან, ყოველდღიური პრაქტიკა ცხადყოფს, რომ ყველაზე ხშირად სწორედ აღნიშნული უფლება შეიძლება იქნეს ხელყოფილი იმ შემთხვევაში, თუკი არ იქნება დაცული პროპორციულობა, ბალანსი და თანაზომიერების პრინციპი წარმოების მონაწილე მხარეთა მიმართ.

26 „სააღსრულებო წარმოებათა შესახებ“ საქართველოს კანონი, მუხლი 30.

სტატიაში საუბარია პერსონალური მონაცემების დაცვის განსაკუთრებულ მნიშვნელობაზე. იძულებითი სააღსრულებო მოქმედებების განხორციელების ნებისმიერ ეტაპზე, განსაკუთრებით საყურადღებოა წარმოებაში მონაწილე პირების პერსონალური მონაცემების დაცვა, რათა არ მოხდეს მათი გამოყენება არასაჭირო მიზნებისათვის.

ამასთან, აღსანიშნავია ის ფაქტიც, რომ საქართველოში დღეს მოქმედი სააღსრულებო კანონმდებლობა და ზოგადად, აღსრულების მექანიზმები არც ისე ეფექტურია. ქართული სააღსრულებო სისტემისა და კანონმდებლობის ანალიზის შედეგად, აშკარაა სააღსრულებო კანონმდებლობის რეფორმის აუცილებლობა და ეს საკითხი დიდი ხანია დგას კიდევ დღის წესრიგში: უკვე შემუშავებულია აღსრულების კოდექსის პროექტი; აღნიშნული პროექტი მოიცავს ბევრ საკანონმდებლო ცვლილებასა და ნოვაციას, რაც საბოლოო ჯამში ემსახურება იმას, რომ ქართული სააღსრულებო სისტემა გახდება მეტად გამჭვირვალე, ეფექტური და მოდერნიზებული. კანონმდებლობა კი მაქსიმალურად დაუახლოვდება ამ სფეროში არსებულ საერთაშორისო სტანდარტებს.

ყოველივე ეს კი, თავის მხრივ, განაპირობებს იმას, რომ დახვეწილი კანონმდებლობის პირობებში მეტი ბერკეტი შეიქმნება საიმისოდ, რომ იძულებითი სააღსრულებო სამართალწარმოების პროცესი წარიმართოს მაქსიმალურად სამართლიანად და ეფექტურად, ამასთან, უზრუნველყოფილ იქნეს ისიც, რომ გაცილებით მეტად იქნეს დაცული წარმოებაში მონაწილე თითოეული პირის ძირითადი უფლებები და თავისუფლებები, ვიდრე ამის შესაძლებლობას იძლევა დღეს მოქმედი კანონმდებლობა.

IMPORTANCE (A MECHANISM) OF CONSTITUTIONALLY STIPULATED BASIC HUMAN RIGHTS AND PERSONAL DATA PROTECTION IN ENFORCEMENT PROCEEDING PROCESS

Tamar Khujadze

*PHD student and assistant in direction of the public law
of NeW Vision University*

Mariam Khujadze

Master of Law, Chief Specialist, Public Service Hall

KEYWORDS: Enforcement, Right, Protection

ABSTRACT

In a modern juridical state, the presence of a flexible and effective executive system has special importance, as not only the juridical act's smooth functioning but also the country's economic development and population's social state is in direct proportion to the effectiveness of the mentioned system.

Executive law term is often defined in doctrine as a law of constraint, power, as "enforcement" itself means using force and involvement in a person's rights (by executive party and/or 3rd party) such as ownership, freedom, inviolability of personal life, etc. Therefore, particular significance is given to protection of party interests and their basic rights during executive proceedings to avoid unallowable and dispro-

portional involvement in human rights. Precisely the mentioned matters condition the topicality of the article.

Besides this, in a world full of challenges and threats, it is most important to defend personal data in any process to avoid its usage for unnecessary aims. In the enforcement process, out of proceeding means personal data is certainly

processed. As in any law field, in the executive law proportionality principle has the vastest load, so protection of this principle in the mentioned process is significant.

In the article, faults connected to human rights protection mechanisms in doctrine and enforcement process, and authorial ways of resolving them are presented.

NOTES:

1. Constitution of Georgia. (In Georgian)
2. Civil Code of Georgia. (In Georgian)
3. Administrative Procedural Code of Georgia. (In Georgian)
4. Civil Procedural Code of Georgia. (In Georgian)
5. Internal Regulations of the National Bureau of Enforcement. (In Georgian)
6. Georgian Law on Enforcement proceedings. (In Georgian)
7. Law of Georgia on Personal Data Protection. (In Georgian)
8. CEPEJ 2009 11 Guidelines for a better implementation of the existing Council of Europe's Recommendation on Enforcement, European Commission on the efficiency of Justice (CEPEJ), CEPEJ 2009 11 REV
9. Uitdehaag A. Survey of enforcement in Europe, Tbilisi 2017. (In English)
10. ECHR-European Convention of Human Rights. (In English)
11. Brown j., 2009. Judgment Enforcement James. Law and Business, Aspen Publishers Walters Kluwer, third edition, preface. (In English)
12. Law on Private Enforcement Agents (LPEA) (Bulgaria), Voted by the NA on May 10, 2005. (In English)
13. Karitonashvili VGeorgia, 10 May 2009. (In English)
14. Hornsby v Greece (EGtHR March 19, 1997). (In English)

ფსიქიკური ჯანმრთელობა და მასთან დაკავშირებული რამდენიმე პრობლემური საკითხის სამართლებრივი მიმოხილვა

ხატია ცეცხლაძე

ილიას სახელმწიფო უნივერსიტეტი, საჯარო სამართლისა და პოლიტიკის სამაგისტრო პროგრამის სტუდენტი

საკვანძო სიტყვები: პაციენტი, ფსიქიკური ჯანმრთელობა, ადამიანის უფლებები

შესავალი

ადამიანის ჯანმრთელობა უმნიშვნელოვანესი სამართლებრივი სიკეთეა. სიტყვა ჯანმრთელობა WHO-ის¹ მიერ დადგენილი განსაზღვრებით ნიშნავს „ადამიანის სრულყოფილ ფიზიკურ, სულიერ და სოციალურ ჯანსაღ მდგომარეობას“.² ასევე, ვხვდებით ჯანმრთელობის უფრო ფართო განმარტებასაც: „სრული ფიზიკური, ფსიქიკური და სოციალური კეთილდღეობა და არა უბრალოდ დაავადების ან უძღურების არარსებობა“.³ სახელმწიფო ვალდებულია, სოციალური სახელმწიფოს პრინციპიდან გამომდინარე, იზრუნოს ადამიანთა ნორმალური განვითარების, საარსებო მინიმუმისა და ღირსების შესაბამისი გარემოს შექმნაზე. ყოველ ინდივიდს, საჭიროებებიდან გა-

1 მსოფლიო ჯანმრთელობის ორგანიზაცია.

2 კუბლაშვილი კ., 2019. ძირითადი უფლებები, მე-5 გამოცემა, თბილისი, გვ. 119.

3 „ჯანმრთელობისა და ადამიანის უფლებების ცენტრი“, „ღია საზოგადოების ფონდები“. 2013. გზამკვლევი ჯანმრთელობისა და ადამიანის უფლებათა საკითხებზე, მე-5 გამოცემა, გვ. 40.

მომდინარე, შეუქმნას ისეთი პირობები და მოცემულობები, რომელიც არ გამოიწვევს მათი უფლებებისა თუ თავისუფლებების შეზღუდვას. ასევე, გაითვალისწინოს ფსიქოსოციალური საჭიროებების მქონე ადამიანთა მდგომარეობა, შესთავაზოს მათ ხელმისაწვდომი და ხარისხიანი ჯანდაცვის სერვისები, უზრუნველყოს მათი ღირსეული ცხოვრება და შეიმუშავოს ისეთი სამოქმედო გეგმა, რომელიც ყველაზე მეტად იქნება მორგებული მათზე. წინამდებარე სტატიის მთავარ მიზანს სწორედ ფსიქიკურ ჯანმრთელობასთან დაკავშირებული კონკრეტული საკითხების სამართლებრივ ქრილში მიმოხილვა წარმოადგენს. მნიშვნელოვანია, გამოვკვეთოთ ის მთავარი პრობლემები, რომელიც ამ თემის ირგვლივ გვხვდება. ფსიქოსოციალური საჭიროებების მქონე ადამიანები ჩვენი სოციუმის საკმაოდ მოცულობით ნაწილს წარმოადგენენ, ამას საქართველოს სტატისტიკის ეროვნული სამსახურიდან გამოთხოვილი ინფორმაციაც ადასტურებს.⁴ კრიტიკულად მნიშვნელოვანია, რომ ფსიქოსოციალური საჭიროებების მქონე ადამიანების მოთხოვნილებების ანულირების ინტერნალიზაცია არ მოხდეს. ისინი საზოგადოების ერთ-ერთი ყველაზე მოწყვლად ჯგუფს წარმოადგენენ, რომელთა უფლებების დაცვაც ქვეყნის პრიორიტეტი უნდა იყოს.

4 2020 წლის 28 სექტემბრის წერილზე საქართველოს სტატისტიკის ეროვნული სამსახურის პასუხი N 7-2179. რომლის მიხედვითაც, 2017 წელს ფსიქიკური და ქცევითი აშლილობებით პირველადი დადგენილი დიაგნოზი დაესვა 16 700 პირს, აქედან 3 400 პირი 0-14 წლამდე არასრულწლოვანი იყო. 2018 წლის მონაცემებით, ზემოთ აღნიშნული დიაგნოზით დარეგისტრირდა 14 300 პირი, რომელთაგან 3 600 ადამიანი 0-14 წლამდე არასრულწლოვანი იყო. გასული 2019 წლის მონაცემები კი ასეთია, ფსიქიკური და ქცევითი აშლილობით დარეგისტრირდა 19 900 პირი. აქედან 4 400 პაციენტი 0-14 წლამდე არასრულწლოვანი გახლდათ. 2021 წლის თებერვალში, 2020 წლის გამოთხოვილი ინფორმაციის საპასუხოდ, საქართველოს სტატისტიკის ეროვნულმა სამსახურმა განაცხადა, რომ მათ ჯერ არ ჰქონდათ განახლებული ინფორმაცია, რადგანაც შესაბამისი უწყებიდან ამ მონაცემებს ზაფხულში მიიღებდნენ.

საკანონმდებლო მიმოხილვა

საინტერესოა, როგორ რეგულირდება ეს საკითხი, როგორც ჩვენს კანონმდებლობაში, ასევე საერთაშორისო დონეზე. თავდაპირველად უნდა შევხვთ საქართველოს კონსტიტუციას, რომლის მიხედვითაც „მოქალაქის უფლება ხელმისაწვდომ და ხარისხიან ჯანმრთელობის დაცვის მომსახურებაზე უზრუნველყოფილია კანონით“. ასევე, „სახელმწიფო აკონტროლებს ჯანმრთელობის დაცვის ყველა დაწესებულებას და სამედიცინო მომსახურების ხარისხს...“⁵ ამ ჩანაწერით სახელმწიფომ კიდევ ერთხელ გაუსვა ხაზი მისთვის ადამიანთა ჯანმრთელობის დაცვის ვალდებულებასა და მნიშვნელობას. ცხადია, რომ ეს მისივე პოზიტიური ვალდებულებაცაა, რასაც სოციალური სახელმწიფოს პრინციპითაც განამტკიცებს.⁶ ასევე, საქართველოს კანონი ჯანმრთელობის დაცვის შესახებ საუბრობს ჯანმრთელობის დაცვის ზოგად სტანდარტებსა და მოცემულობებზე, რომელსაც სახელმწიფო უნდა აკმაყოფილებდეს. იგი ვალდებულია ხელი შეუწყოს „საზოგადოებრივი ჯანმრთელობის დაცვას“, ეს ტერმინი კანონის მიერ ასე განიმარტება: „სახელმწიფო ვალდებულებათა სისტემა, რომლის მიზანია ადამიანის ფიზიკური და ფსიქიკური ჯანმრთელობის დაცვა...“⁷ ამავე კანონში მითითებულია, რომ სახელმწიფო ხელს უწყობს ფსიქოსოციალური საჭიროების მქონე პირთათვის სამედიცინო და სოციალურ დახმარებას.⁸ ასევე, დამატებითი გარანტიები არის მოცემული ობოლი და მშობლების ზრუნვას მოკლებული შეზღუდული შესაძლებლობის მქონე ბავშვებისათვის განკუთვნილ დაწესებულებებში სამედიცინო დახმარების უზრუნველყოფის გზით.⁹ სახე-

5 საქართველოს კონსტიტუციის 28-ე მუხლი.
 6 საქართველოს კონსტიტუციის მე-5 მუხლი.
 7 საქართველოს კანონი ჯანმრთელობის დაცვის შესახებ. მუხლი 3, პუნქტი ფ1. 10 დეკემბერი 1997. <<http://matsne.gov.ge/ka/document/view/29980?publication=45> [ბოლო წვდომა 27.03.2021]
 8 იქვე, მუხლი 68.
 9 იქვე, მუხლი 135.

ლმნიფოს პოზიტიური ვალდებულებაა, უზრუნველყოფოს ყოველი ადამიანის ჯანმრთელობა, ფსიქიკური ჯანმრთელობის შესახებ საქართველოს კანონის პრეამბულაშივეა გაცხადებული – „საქართველო, როგორც დემოკრატიული სახელმწიფო, აღიარებს, რომ ფსიქიკური ჯანმრთელობა არის ადამიანის ჯანმრთელობის ფუნდამენტური ნაწილი და საზოგადოების კეთილდღეობის აუცილებელი პირობა, ხოლო ფსიქიკური აშლილობის მქონე პირთა უფლებების დაცვა სახელმწიფოს მოვალეობაა“.¹⁰ თავის მხრივ, ამ კანონის მიზნებიდან გამომდინარე ფსიქიკური ჯანმრთელობა განიმარტება შემდეგნაირად, პირის ისეთი მდგომარეობა, როდესაც იგი ავლენს და ახორციელებს საკუთარ შესაძლებლობებს, უმკლავდება ჩვეულებრივ, ცხოვრებისეულ სტრესებს და შეუძლია ეფექტიანი, ნაყოფიერი მუშაობა და საზოგადოებრივ ცხოვრებაში წვლილის შეტანა.¹¹

კანონმდებლობა გარკვეული უფლებებით აღჭურავს ფსიქოსოციალური საჭიროებების მქონე ადამიანებს, კერძოდ აძლევს შესაძლებლობას, რომ შეუზღუდავად ისარგებლოს დამცველის შეხვედრის უფლებით მესამე პირების ჩაურევლად. ასევე, მან აკრძალა პაციენტის უფლებების შეზღუდვა, მხოლოდ ფსიქიკური აშლილობის დიაგნოზის საფუძველზე. კანონი განმარტავს, რომ შეზღუდვა არ უნდა ემყარებოდეს მხოლოდ დიაგნოზის მშრალ გაგებას.¹² ასევე, საკმაოდ მნიშვნელოვან დათქმას აკეთებს კანონი იმასთან დაკავშირებით, რომ ოჯახისგან ან საზოგადოებისგან განსხვავებული მოსაზრებების ქონა არ შეიძლება იყოს პირისათვის ფსიქიკური აშლილობის დიაგნოზის დადგენის საფუძველი.¹³ აუცილებლად უნდა შევხებით ფსიქიკური ჯანმრთელობის განვითარების სტრატეგიულ

დოკუმენტს და 2015-2020 წლის სამოქმედო გეგმას, რომელიც ფსიქიკური ჯანმრთელობის დაცვის სახელმწიფო კონცეფციის საფუძველზე შემუშავდა. მასში გლობალურად იყო წარმოჩენილი მნიშვნელოვანი საკითხები. კერძოდ, ის, რომ „სხვაობა მკურნალობის საჭიროებასა და მის მიზნდებას შორის მთელ მსოფლიოში ძალიან დიდია.“¹⁴ სახელმწიფო 1995 წლიდან გვთავაზობს უფასო პროგრამას.¹⁵ თუმცა, საქართველოში ფსიქიატრიულ სტაციონარულ დახმარებას არცთუ ისე ბევრი კლინიკა ახორციელებს. ფუნქციონირებს 12 ფსიქიატრიული დაწესებულება, სადაც რეგისტრირებულია 1392 საწოლი (10 – ბავშვთათვის), სტაციონარგარეთა დახმარებას მთელი ქვეყნის მასშტაბით ძირითადად 18 დაწესებულება ახორციელებს.¹⁶ სამოქმედო გეგმის მომავლის ხედვა კი ეფუძნება შემდეგ უმნიშვნელოვანეს კრიტერიუმებს: ადამიანის უფლებების დაცვა და ადამიანთა ღირსების პატივისცემა, თანასწორობა და ხელმისაწვდომობა, შემწყნარებლობა და სოციალური ინკლუზია. უნდა აღინიშნოს, რომ დამატებითი ფინანსური შეღავათები არის დაწესებული ფსიქოსოციალური საჭიროებების მქონე პირთათვის.¹⁷

აუცილებლად უნდა შევხებით არანებაყოფლობითი ფსიქიატრიული მკურნალობის საკითხსაც. მას შემდეგ, რაც პირს ფსიქიატრიულ დაწესებულებაში მოათავსებენ, ფსიქიატრიული დაწესებულების

10 საქართველოს კანონი ფსიქიკური ჯანმრთელობის შესახებ. პრამბულა. 14 ივლისი, 2006. <<http://matsne.gov.ge/ka/document/view/24178?publication=17> [ბოლო წვდომა 27.03.2021]

11 იქვე, მუხლი 4. „რ“ ქვეპუნქტი.

12 იქვე, მუხლი 6, პუნქტი 2.

13 იქვე, მუხლი 9, პუნქტი 2.

14 ფსიქიკური ჯანმრთელობის განვითარების სტრატეგიული დოკუმენტი და სამოქმედო გეგმა 2015 – 2020. თავი საერთაშორისო გამოცდილება. <<http://matsne.gov.ge/ka/document/view/2667876?publication=0> [ბოლო წვდომა 27.03.2021]

15 ფსიქიკური ჯანმრთელობის განვითარების სტრატეგიული დოკუმენტი და სამოქმედო გეგმა 2015 – 2020, თავი ფსიქიკური ჯანმრთელობა საქართველოში. <<http://matsne.gov.ge/ka/document/view/2667876?publication=0> [ბოლო წვდომა 27.03.2021]

16 იქვე, თავი ფსიქიკური ჯანმრთელობა საქართველოში.

17 2020 წლის 31 დეკემბრის მთავრობის N 828-ე დადგენილება. N11 დანართის მიხედვით პროგრამის ბიუჯეტი განსაზღვრულია 28,900.0 ათასი ლარით.

ადმინისტრაცია მიმართავს სასამართლოს შესაბამისი ბრძანების გამოცემის მოთხოვნით. თავის მხრივ, მიმართვა დასაბუთებული უნდა იყოს და ეფუძნებოდეს შესაბამისი კომისიის დასკვნას.¹⁸ სასამართლო კი მიმართვის წარდგენიდან 24 საათის განმავლობაში იღებს გადაწყვეტილებას.¹⁹ აღნიშნული ბრძანების ვადა გრძელდება არანებაყოფლობითი მკურნალობის კრიტერიუმების ამოწურვამდე, მაგრამ ეს ვადა არ უნდა აღემატებოდეს 6 თვეს.²⁰

რაც შეეხება შეზღუდული შესაძლებლობების მქონე პირთა უფლებების დაცვის შესახებ კონვენციას, მისი მიზანია ფსიქიკური და ფიზიკური პრობლემების მქონე პირების უფლებების დაცვა, რომელიც ამბობს: „პირს აქვს მენტალური ხელშეუხებლობის პათივისციემის თანაბარი უფლება.“²¹ ყველა იმსახურებს ღირსეულ მოპყრობას, არავინ უნდა იყოს დამცირებული ან/და დაჩაგრული მისი ფიზიკური თუ მენტალური პრობლემების/მდგომარეობის გამო. ასევე, ყველას აქვს ჯანმრთელობის დაცვის უფლება, რომლის მიხედვითაც ადამიანს აქვს უფლება მიიღოს ხელმისაწვდომი და ხარისხიანი ჯანმრთელობის დაცვის სერვისები. უპირველესად, მათ ეს სერვისები ექიმებმა უნდა მიაწოდონ, რომელთაც უნდა უზრუნველყონ პაციენტთა უფლებების დაცვა და მათი რეალიზაცია. თუმცა, სამწუხაროდ, ასე ხშირად არ ხდება. ჯანმრთელობის დაცვის უფლებაზე ძალიან საინტერესო განცხადება გააკეთა სპეციალურმა მომხსენებელმა ფიზიკური და ფსიქიკური ჯანმრთელობის უმაღლეს მიღწევად სტანდარტის შესახებ ანგარიშში: „ზომიერნი რომ ვიყოთ, ვიტყოდი, რომ ჯა-

ნმრთელობის დაცვის სფეროს პროფესიონალებს ხშირად არც სმენიათ ჯანმრთელობის დაცვის უფლების შესახებ და სმენიათ, ხშირად წარმოდგენა არ აქვთ, რას ნიშნავს ეს კონცეპტუალურად ან ყოველდღიურ ცხოვრებაში. ამასთან, ისინი ხშირად ფელავენ და ჰგონიათ, რომ ეს უფლება მათ პრობლემებს შეუქმნით.“²²

ეს უფლება ასევე აღიარებულია ბავშვის უფლებათა კონვენციაში. 25-ე მუხლი საუბრობს, რომ მონაწილე სახელმწიფოები აღიარებენ კომპეტენტური ორგანოების მიერ მოვლის მიზნით მზრუნველობისათვის გადაცემული ბავშვის უფლებას დაცვაზე ან ფიზიკურ, ანდა ფსიქიკურ მკურნალობაზე.²³ ისეთ ნაკლებად განვითარებულ ქვეყნებში, სადაც ბავშვთა უფლებების დაცვას არასაკმარისი ყურადღება ეთმობა, ფსიქიკური/მენტალური პრობლემები მათ კიდევ უფრო მეტად მოწყვლად ჯგუფში აქცევენ. მნიშვნელოვანია, ყოველმა სახელმწიფომ მკაცრად განსაზღვრულ ფარგლებში უნდა გამოკვეთოს მზრუნველობისა და მკურნალობის სტანდარტები ბავშვის საუკეთესო ინტერესებიდან გამომდინარე. ბავშვის მიერ ჯანმრთელობის დაცვის უმაღლესი სტანდარტით სარგებლობის უფლება მოწესრიგებულია საქართველოშიც, წინა წელს მიღებულ ბავშვის უფლებათა კოდექსით.

ასევე, აღსანიშნავია ეკონომიკური, სოციალური და კულტურული უფლებების შესახებ საერთაშორისო პაქტი, რომლის მე-12 მუხლი ამბობს, რომ „წინამდებარე პაქტის მონაწილე სახელმწიფოები აღიარებენ თითოეული ადამიანის უფლებას ფიზიკური და ფსიქიკური ჯანმრთელობის უმაღლეს შესაძლო სტანდარტებზე.“²⁴ ამა-

18 საქართველოს კანონი საქართველოს ადმინისტრაციული საპროცესო კოდექსი. მუხლი 21, 17 პრიმა. 23 ივლისი, 1999. <<http://matsne.gov.ge/ka/document/view/16492?publication=82> [ბოლო წვდომა 27.03.2021]

19 იქვე, მუხლი 21, 18 პრიმა, პირველი ნაწილი.

20 იქვე, მუხლი 21, 19 პრიმა, პირველი ნაწილი.

21 შეზღუდული შესაძლებლობების მქონე პირთა უფლებების დაცვის კონვენცია. მუხლი 17. ხელმისაწვდომია: <<http://www.matsne.gov.ge/ka/document/view/2334289?publication=0> [ბოლო წვდომა 27.03.2021]

22 ასლანიშვილი კ., ჯიბუტი მ., იმედაშვილი ა., ჯავახიშვილი გ., კიკნაძე ნ., მეიშვილი ზ., მირზიკაშვილი ნ., 2011, ადამიანის უფლებები ჯანმრთელობის დაცვის სფეროში, პრაქტიკული სახელმძღვანელო იურისტებისთვის, თბილისი, გვ. 23.

23 კონვენცია ბავშვის უფლებათა შესახებ. მუხლი 25. ხელმისაწვდომია: <<http://matsne.gov.ge/ka/document/view/1399901?publication=0> [ბოლო წვდომა 27.03.2021]

24 ეკონომიკური, სოციალური და კულტურული

ვე სულისკვეთებას იზიარებს ევროპის სოციალური ქარტია, რომლის მე-11 მუხლის მიხედვით, ყველას აქვს უფლება, ისარგებლოს ნებისმიერი ზომით, რომელიც საშუალებას აძლევს მას მიიღოს შესაძლებელი უმაღლესი დონის სამედიცინო მომსახურება²⁵, ევროპის სოციალური უფლებების კომიტეტმა განაცხადა, რომ ეს მუხლი მოიცავს ფიზიკურ და ფსიქიკურ კეთილდღეობას ჯანდაცვის მსოფლიო ორგანიზაციის კონსტიტუციის მიხედვით.²⁶ აღსანიშნავია, რომ ფსიქიკური ჯანმრთელობის მქონე ადამიანებთან მიმართებით თანასწორობის უფლებაზე საუბრობს უფლებებისა და თავისუფლებების კანადური ქარტიაც.²⁷

ძალიან ბევრი პრობლემური ნიუანსი იჩენს თავს ფსიქოსოციალური საჭიროებების მქონე ადამიანთა უფლებებზე მსჯელობისას. გაეროს ადამიანის უფლებათა კომიტეტმა არაერთხელ დაგმო ფსიქიკური ჯანმრთელობის პრობლემების მქონე პაციენტების უკანონო თავისუფლების აღკვეთა და დაკავებულთათვის მკურნალობაზე უარის თქმა.²⁸ მაგალითად, სამოქალაქო და პოლიტიკური უფლებების კომიტეტმა ესტონეთის შესახებ დასკვნით შეფასებაში განმარტა, რომ, სასამართლოს გადაწყვეტილების გარეშე, 14 დღით პირის დაკავება ფსიქიკური ჯანმრთელობის პრობლე-

მების გამო ეწინააღმდეგება მე-9 მუხლს.²⁹ ადამიანის უფლებათა ევროპულმა სასამართლომ საქმეში „ვინტერვერპი ნიდერლანდების წინააღმდეგ“ შემდეგი განმარტება გააკეთა: „პირის იზოლირება შესაძლებელია მხოლოდ სათანადო სამართლებრივი პროცედურის გამოყენებით და იგი არ შეიძლება იყოს თვითნებური“.³⁰

საინტერესოა, რა ხდება იმ შემთხვევაში, თუ პირს ფსიქოსოციალური საჭიროებების გამო არ შეუძლია თანხმობა განაცხადოს სამედიცინო ჩარევაზე? ამდროს შეგვიძლია ვიხელმძღვანელოთ ადამიანის უფლებებისა და ბიომედიცინის შესახებ კონვენციის მე-6 მუხლის მე-3 პუნქტის შინაარსით, რომლის მიხედვითაც „იმ შემთხვევაში, როცა მოზრდილს, კანონის შესაბამისად, არ აქვს თანხმობის გაცხადების უნარი ფსიქიკური მოშლილობის, დაავადების ან სხვა მსგავსი მიზეზის გამო, ჩარევა შეიძლება განხორციელდეს მისი წარმომადგენლის ან კანონით განსაზღვრული ხელისუფლების ან პირის ან დაწესებულების ნებართვით“³¹, ამავე კონვენციაში საუბარია იმაზე, რომ კანონით განსაზღვრული დამცავი მექანიზმების ქვეშ მყოფი მძიმე ხასიათის ფსიქიკური დაავადების მქონე პირს მხოლოდ იმ შემთხვევაში შეიძლება ჩაუტარდეს ამ დაავადების მკურნალობასთან დაკავშირებული ჩარევა მისი თანხმობის გარეშე, როდესაც ამ ჩარევის გარეშე მის ჯანმრთელობას სერიოზული საფრთხე ემუქრება.³² საკონსტიტუციო სასამართლომ მის ერთ-ერთ გადაწყვეტილებაში განმარტა, რომ „ფსიქიკურმა აშლილობამ შესაძლებელია გავლენა იქონიოს პირის უნარზე, განაცხადოს თანხმობა მკურნალობაზე. დაავადების მძიმე ფორმის შემთხვევაში მკურნალობის საწყის ეტაპზე პირს შესაძლებელია არ გააჩნდეს ინფორმირებული თანხმობის

უფლებების შესახებ საერთაშორისო პაქტი. მუხლი 12. ხელმისაწვდომია: <http://matsne.gov.ge/ka/document/view/1483577?publication=0> [ბოლო წვდომა 27.03.2021]

- 25 ევროპის სოციალური ქარტია. მუხლი 11.
 26 ასლანიშვილი კ., ჯიბუტი მ., იმედაშვილი ა., ჯავახიშვილი გ., კიკნაძე ნ., მეიშვილი ზ., მირზიკაშვილი ნ., 2011, ადამიანის უფლებები ჯანმრთელობის დაცვის სფეროში, პრაქტიკული სახელმძღვანელო იურისტებისთვის, თბილისი, გვ. 91.
 27 „ჯანმრთელობისა და ადამიანის უფლებების ცენტრი“, „ღია საზოგადოების ფონდები“. 2013. გზამკვლევი ჯანმრთელობისა და ადამიანის უფლებათა საკითხებზე, მე-5 გამოცემა, გვ. 347.
 28 ასლანიშვილი კ., ჯიბუტი მ., იმედაშვილი ა., ჯავახიშვილი გ., კიკნაძე ნ., მეიშვილი ზ., მირზიკაშვილი ნ., 2011, ადამიანის უფლებები ჯანმრთელობის დაცვის სფეროში, პრაქტიკული სახელმძღვანელო იურისტებისთვის, თბილისი, გვ. 26.

29 იქვე, გვ. 27.

30 იქვე, გვ. 82.

31 კონვენცია ადამიანის უფლებებისა და ბიომედიცინის შესახებ. მუხლი 6, პუნქტი 3. ხელმისაწვდომია: <http://matsne.gov.ge/ka/document/view/1204413?publication=0> [ბოლო წვდომა 27.03.2021]

32 იქვე, მუხლი 7.

გაცემის უნარი, თუმცა, მკურნალობის შედეგად, მას ეს უნარი შესაძლოა დაუბრუნდეს. დაავადების მძიმე ფორმის შემთხვევაში, როდესაც სრულწლოვანს არ შესწევს უნარი განაცხადოს თავისუფალი და შეგნებული თანხმობა, ჩარევა შესაძლებელია ამის მიუხედავად მაინც განხორციელდეს, თუ ის ემსახურება თავად ამ პირის უშუალო კეთილდღეობას³³.

ზოგადად, ადამიანის ფსიქიკა მეტად ფაქიზი რამ არის, მის ჯანსაღ ფუნქციონირებას მრავალმა ფაქტორმა შეიძლება შეუშალოს ხელი. ამიტომაც, აუცილებელია, მაღალკვალიფიციურმა პერსონალმა უზრუნველყოს პაციენტთა მკურნალობა. ყველა იმ დაწესებულებაში, სადაც, შესაძლოა, ადამიანის მენტალურ ჯანმრთელობას რაიმე საფრთხე მიადგეს, სასურველია იყოს ერთი ექიმი მაინც, რომელიც სპეციალიზებული იქნება, ან გარკვეული ცოდნა მაინც ექნება ფსიქიატრიაში. ამავე შინაარსის იზიარებს პატიმართან მოპყრობის გაეროს მინიმალური სტანდარტული წესების 22-1 წესი, „ყველა დაწესებულებას უნდა ჰყავდეს ერთი ისეთი კვალიფიციური მედიცინის მუშაკი, რომელსაც ფსიქიატრიაშიც ექნება უმაღლესი განათლება.“³⁴ ბრიტანეთში შშმ პირთა კომისიამ კვლევა ჩაატარა ჯანდაცვის სისტემაში უთანასწორობის შესახებ და აღმოჩნდა, რომ ფსიქიკური აშლილობის და ინტელექტუალური დარღვევის მქონე ადამიანებს ჯანდაცვის მუშაკები აწვდიან დაბალი ხარისხის მომსახურებას და შედეგად, მათი ავადობის და სიკვდილიანობის მაჩვენებელიც იმატებს.³⁵

სახალხო დამცველის ანგარიშები

საკმაოდ საინტერესოა საქართველოს სახალხო დამცველის მიერ ფსიქოსოციალური საჭიროებების მქონე ადამიანთა მდგომარეობის კვლევა ბოლო წლების განმავლობაში. გთავაზობთ გამოცემული ანგარიშების მიმოხილვას.

2017 წლის საქართველოს სახალხო დამცველის ანგარიშში განხილულია, რომ პრობლემური იყო რიგ სასჯელაღსრულების დაწესებულებებში სამართლო საკანის გამოყენების სიხშირე და ფსიქიკური პრობლემების მქონე პატიმართა სამართლო საკანში მოთავსების შემთხვევები³⁶, რაც თავის მხრივ გაზრდიდა აღნიშნული პატიმრების მენტალური ჯანმრთელობის მდგომარეობის გაუარესების რისკს.³⁷ ამავე ანგარიშში პატიმრების უფლებების შემომწმებისას აღმოჩნდა, რომ ფსიქიკური ჯანმრთელობის პრობლემების მქონე პირთა დროული იდენტიფიცირების და შესაბამის სერვისზე გადამისამართების კუთხით არსებობდა ხარვეზი. მიუხედავად იმისა, რომ ფსიქიკური ჯანმრთელობის პრობლემების მქონე პატიმართა გარკვეული ნაწილი იღებდა სტაციონარულ ფსიქიატრიულ დახმარებას, ფსიქიკური ჯანმრთელობის პრობლემების მქონე პატიმართა უმრავლესობა პენიტენციურ დაწესებულებებში რჩებოდა. პენიტენციურ დაწესებულებაში არ იყო სტატისტიკურად აღრიცხული, თუ რამდენი პაციენტი იყო ფსიქოსოციალური საჭიროების მქონე და შესაბამისად, არ არსებობდა რეალური მაჩვენებელი იმისა, თუ რამდენ ადამიანს ესაჭიროებოდა შესაბამისი დახმარება.³⁸ სტატისტიკურ მონაცემებში ხარვეზის მიზეზი ალბათ ისიც იყო,

33 საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს გადაწყვეტილება N2/4/532,533, 8 ოქტომბერი, 2014.

34 ასლანიშვილი კ., ჯიბუტი მ., იმედაშვილი ა., ჯავახიშვილი გ., კიკნაძე ნ., მეიშვილი ზ., მირზიკაშვილი ნ., 2011, ადამიანის უფლებები ჯანმრთელობის დაცვის სფეროში, პრაქტიკული სახელმძღვანელო იურისტებისთვის, თბილისი, გვ. 44.

35 „ჯანმრთელობისა და ადამიანის უფლებების ცენტრი“, „ღია საზოგადოების ფონდი“. 2013. გზამკვლევი ჯანმრთელობისა და ადამიანის უფლებათა საკითხებზე, მე-5 გამოცემა, გვ. 670.

36 საქართველოს სახალხო დამცველი, საქართველოში ადამიანის უფლებათა და თავისუფლებათა დაცვის მდგომარეობის შესახებ. 2017. გვ. 46.

37 ავტორის შენიშვნა.

38 საქართველოს სახალხო დამცველი, საქართველოში ადამიანის უფლებათა და თავისუფლებათა დაცვის მდგომარეობის შესახებ. 2017. გვ. 51.

რომ პირველადი სამედიცინო შემოწმება არ მოიცავდა გადამდები დაავადებებისა და ფსიქიკური ჯანმრთელობის სკრინინგს შესაბამისი ინსტრუმენტებით.³⁹ აღნიშნული ნიუანსი შევიდა შინაგან საქმეთა სამინისტროსთვის მიცემულ რეკომენდაციაშიც.

ომბუდსმენი ხაზს უსვამს, რომ „სურამის ფსიქიატრიულ კლინიკაში“ ჯგუფმა აღმოაჩინა დამამცირებელი მოპყრობის პრაქტიკა დაწესებულების ადმინისტრაციის მამაკაცი წარმომადგენლის მხრიდან, რაც ქალი პაციენტებისთვის პირადი ჰიგიენის დაცვის შესახებ არაკორექტული, არაეთიკური შეკითხვების დასმასა და ინტიმური ადგილების ჩვენების მოთხოვნაში გამოიხატებოდა.⁴⁰ სპეციალური პრევენციული ჯგუფის შეფასებით რიგ კლინიკებში არ იყო ძალადობისგან დაცული და უსაფრთხო გარემო.⁴¹ ანგარიშში საუბარია, რომ ფსიქიკურ დაწესებულებებზე საჭიროა კონტროლისა და მონიტორინგის გაძლიერება.⁴² პაციენტებისათვის ფსიქიატრიული დახმარების ხარვეზებისა და ადამიანის უფლებათა დარღვევის ფაქტის გასაჩივრება ვერ უზრუნველყოფს სახელმწიფო კონტროლის საჭირო ხარისხს ხელმისაწვდომი პროცედურის არარსებობის პირობებში, სწორედ აქედან გამომდინარე, სახალხო დამცველი გასცემს რეკომენდაციას, რომ არსებული მექანიზმების საქმიანობა გახდეს რეგულარული, სისტემური და პროაქტიული.⁴³ სახელმწიფოს ნამდვილად ეკისრება პასუხისმგებლობა და ვალდებულება დააწესოს კონტროლი და უზრუნველყოს ხელმისაწვდომი ბერკეტის არსებობა, რითიც გააკონტროლებს დაწესებულებებში არსებულ სიტუაციას. შესაბამისი საჭიროებების მქონე ადამიანების მონაცვლადობის გათ-

39 საქართველოს სახალხო დამცველი, საქართველოში ადამიანის უფლებათა და თავისუფლებათა დაცვის მდგომარეობის შესახებ. 2017. გვ. 70.

40 საქართველოს სახალხო დამცველი, საქართველოში ადამიანის უფლებათა და თავისუფლებათა დაცვის მდგომარეობის შესახებ. 2017. გვ. 72.

41 იქვე, გვ. 73.

42 იქვე, გვ. 75.

43 იქვე, გვ. 76.

ვალისწინებით, ზემოთხსენებული მექანიზმები უფრო ძლიერი უნდა იყოს, რადგანაც სახელმწიფო ვალდებულია ღირსეული პირობები შეუქმნას მათ, ვინც მისი გამგებლობისა და ზრუნვის ქვეშაა.

ხაზი უნდა გაესვას იმასაც, რომ სახალხო დამცველი 2017 წლის ანგარიშში უარყოფითად აფასებს იმას, რომ ასევე, არ გადამზადებულა ფსიქიკური ჯანმრთელობის საკითხებში პირველადი ჯანდაცვის სფეროში მომუშავე პერსონალი. სამომავლო თვალსაზრისითაც ნაბიჯები არ გადამდგმულა სტუდენტთა მოტივაციის, ფსიქიკური ჯანმრთელობის რეზიდენტთა და ამ დარგის მაგისტრთა რაოდენობის გაზრდის მიმართულებითაც.⁴⁴

2019 წლის ანგარიშში სახალხო დამცველი საუბრობს იმაზე, რომ ზოგიერთ ფსიქიატრიულ დაწესებულებაში კვლავ პრობლემატურია პაციენტებისთვის ხარისხიანი საკვებით, ტანსაცმლით, პირადი ჰიგიენის ნივთებითა და თეთრეულით უზრუნველყოფა.⁴⁵ თუმცა, პოზიტიურად უნდა შეფასდეს 2019 წლის ბიუჯეტის გაზრდა 2018 წლის მონაცემებთან მიმართებით.⁴⁶ მიუხედავად ამ მოცემულობისა, თავშესაფრის ბენეფიციართა სადღეღამისო ხარჯი არ შეცვლილა,⁴⁷ იგი კვლავ 17 ლარს შეადგენდა.⁴⁸ აღსანიშნავია, რომ ფსიქიკური ჯანმრთელობის შესაბამის დაწესებულებებში არ არის პაციენტებისათვის ღირსეული ცხოვრებისათვის შესაბამისი გარემო. ამავე ანგარიშში ომბუდსმენი საუბრობს, რომ პაციენტებს არ აქვთ პირადი სივრცე და პრივატულობა დაუცველია. ასევე პრობლემურია შენობის სანიტარულ-ჰიგიენური

44 საქართველოს სახალხო დამცველი, საქართველოში ადამიანის უფლებათა და თავისუფლებათა დაცვის მდგომარეობის შესახებ. 2017. გვ. 300

45 საქართველოს სახალხო დამცველი, საქართველოში ადამიანის უფლებათა და თავისუფლებათა დაცვის მდგომარეობის შესახებ. 2018 .გვ. 69 <http://www.ombudsman.ge/res/docs/2019042620571319466.pdf> [ბოლო წვდომა 27.03.2021]

46 იქვე, სქოლიო N149.

47 იქვე, გვ. 69

48 იქვე, სქოლიო N 150.

ნორმებისა და პაციენტთა პირადი ჰიგიენის დაცვა. ზოგადად, ინფრასტრუქტურა არაადაპტირებულია და მორგებული არ არის საჭიროებების მიხედვით. აღსანიშნავია სომატური დაავადებების ადეკვატური და დროული მკურნალობის ხელმიუწვდომლობაც. არსებული ნიუანსების გამო 2015 წელს სახალხო დამცველმა პაციენტების მიმართ არაადამიანური და დამამცირებელი მოპყრობის ფაქტი დაადგინა, ეს მოცემულობა კი, სამწუხაროდ, არც შეცვლილა.⁴⁹

2018 წლის ანგარიშში ასევე საუბარია იმაზე, რომ სსიპ სამედიცინო საქმიანობის სახელმწიფო რეგულირების სააგენტომ 2018 წელს სტაციონარული მომსახურების სანებართვო პირობებთან 5 ფსიქიატრიული დაწესებულების შესაბამისობა შეამოწმა და დაადგინა, რომ არც ერთი შეესაბამებოდა მოთხოვნებს. თუმცა, როგორც აღმოჩნდა, სააგენტომ 2018 წელს მხოლოდ 4 რევიზიის აქტი შეადგინა. ომბუდსმენის აზრით, აღნიშნული მუშაობა ვერ ჩაითვლება ვერც რეგულარულ და ვერც სისტემურ მუშაობად, ვინაიდან ის არ იძლევა მდგომარეობის განზოგადების საშუალებას.⁵⁰ ასევე, პრობლემურია კვალიფიციური პერსონალის არსებობაც და მათი რაოდენობაც. ამ მოცემულობას ართულებს რთული სამუშაო პირობები და დაბალი ანაზღაურება. დაწესებულებებში ფსიქიკური აშლილობის მართვა ემყარება ფარმაკოთერაპიას და არ არის ბიოფსიქოცოციალური მიდგომები. პაციენტების გადმოცემით, კი ისინი არ არიან დაკავებულნი რაიმე სახის ღირებული აქტივობით.⁵¹ აუცილებელია, რომ პაციენტებმა არ დაკარგონ საჭიროების, მათი ღირებულებისა და მნიშვნელობის განცდა. განცდა, რომ ისინი სოციუმის ჯაჭვის ღირსეული რგოლები არიან, გპუჩნთ მათ მომავლის რწმენასა და იმედს,

რომ ჯერ კიდევ საჭირონი და სასარგებლონი არიან საკუთარი თავისა თუ საზოგადოებისათვის.⁵²

2019 წლის ანგარიშში ვრცლად არის განხილული არასათანადო მოპყრობის ფაქტები. „ბათუმის სამედიცინო ცენტრში“ პერსონალის მხრიდან პაციენტებისადმი უხეში მოპყრობა დადგინდა.⁵³ ასევე, „ფსიქიკური ჯანმრთელობის ეროვნული ცენტრის“ პერსონალის მხრიდან გამოვლინდა შრომითი ექსპლუატაციის ფაქტები. კერძოდ, სიგარეტის ან საკვების დამატებითი ულუფის სანაცვლოდ პაციენტები ასრულებდნენ გარკვეულ სამუშაოს (მაგ. დასუფთავება).⁵⁴ დაწესებულებები კი პაციენტებს არ აწვდიან ინფორმაციას გასაჩივრებისა თუ მათი უფლებების დაცვის შესახებ.⁵⁵ თუმცა, ისიც უნდა აღინიშნოს, რომ ინფორმაციის მიწოდების ვალდებულება რომელიმე ნორმატიული აქტით არ რეგულირდება.⁵⁶ აღსანიშნავია, რომ ზემოთხსენებულ დაწესებულებებში გამოიკვეთა ინფორმირებული თანხმობის კომპონენტში ხარვეზი.⁵⁷ ერთ-ერთი პაციენტის შემთხვევაში, მიუხედავად იმისა, რომ მან არ იცის წერა-კითხვა, ინფორმირებულ თანხმობას ახლავს მისი ხელმოწერა, ამასთან, პაციენტი აცხადებს, რომ არც დაწესებულებაში მოთავსებისას და არც ამჟამად, თანახმა არ არის სტაციონარში მოთავსებაზე.⁵⁸

სახალხო დამცველის ერთ-ერთი სპეციალური ანგარიშიდან იკვეთება პაციენტების რეალური მდგომარეობა, რასაც თვითონვე ასე ხსნიან: „აბუჩად გვიგდებენ“, „აქ რო ხმა ამოიღო, მაშინვე ნემსს გაგიკეთებენ და თავის მოკვლის აზრები მიჩნდება მერე“, „გიჟებად, დებილებად და არაადამი-

49 საქართველოს სახალხო დამცველი, საქართველოში ადამიანის უფლებათა და თავისუფლებათა დაცვის მდგომარეობის შესახებ. 2018 .გვ. 70 <http://www.ombudsman.ge/res/docs/2019042620571319466.pdf> [ბოლო წვდომა 27.03.2021]

50 იქვე, 74.

51 იქვე, გვ. 75.

52 ავტორის შენიშვნა.

53 საქართველოს სახალხო დამცველი, საქართველოში ადამიანის უფლებათა და თავისუფლებათა დაცვის მდგომარეობის შესახებ. 2019 .გვ. 98 <http://www.ombudsman.ge/res/docs/2020040215365449134.pdf> [ბოლო წვდომა 27.03.2021]

54 იქვე, გვ. 99.

55 იქვე, გვ. 100.

56 იქვე, გვ. 100.

57 იქვე, გვ. 107.

58 იქვე, სქოლიო N205.

ანებად გვთვლიან“, და ა.შ.⁵⁹ მაგალითად, პირს გარეთ სერნობის შესაძლებლობა არ მისცეს, საკმაოდ უხეში მეთოდების გამოყენების გზით.⁶⁰ ამავე ანგარიშში სახალხო დამცველის აპარატი ეხმიანება ფიზიკურ და ქიმიურ შეზღუდვებთან დაკავშირებულ პრობლემურ ასპექტებს, კერძოდ: შეზღუდვის ხანგრძლივობა, რაოდენობა (2017 წლის მეორე ნახევარში პირველ ნახევართან შედარებით შეზღუდვა განახევრდა)⁶¹, მათი კომბინირებულად გამოყენება და ა.შ. ასევე, შემაშფოთებელია „ფსიქიკური ჯანმრთელობის ეროვნულ ცენტრში“ მედიკამენტების ზედოზირებულად გამოყენება, როგორც დაწესებულებაში მიღებისას, სწრაფი ტრანკვილიზებისა და სედაციის მიზნით, ასევე შემდგომ პერიოდში, მედიკამენტური მკურნალობის დროს.⁶² მსგავს დაწესებულებებში მყოფი პაციენტები განსაკუთრებულად მოწყვლადნი არიან, მათ არ შეუძლიათ, გააპროტესტონ ან წინ აღუდგნენ სამედიცინო პერსონალის მსგავს ქმედებებს. სწორედ ამიტომ, ფსიქიკური/მენტალური პრობლემების მქონე პაციენტების მკურნალობისა თუ მათზე მოპყრობის შემთხვევები დეტალურად უნდა იქნეს შესწავლილი და მათი უფლებების დარღვევის შემთხვევაში რეაგირება მყისიერი უნდა იყოს. ასევე, სავალალოა მატერიალური თუ სანიტარულ-ჰიგიენური პირობები, ზოგიერთი პაციენტი აცხადებდა, რომ მათ არ ჰქონდათ ყველაზე ელემენტარული კბილის ჯაგრისი და კბილის პასტაც კი.⁶³ მაშინ, როდესაც წამების პრევენციის

ევროპული კომიტეტი აღნიშნავს, რომ სახელმწიფოს მეურვეობის ქვეშ, პირისთვის მუდამ უნდა იყოს გარანტირებული სასიცოცხლოდ აუცილებელი პირობები (სათანადო კვება, გათბობა, ტანსაცმლითა თუ მედიკამენტებით უზრუნველყოფა).⁶⁴

აუცილებლად უნდა შეგვხვთ 2020 წლის სპეციალური ანგარიშს „ქალთა სექსუალური და რეპროდუქციული ჯანმრთელობის და უფლებების დაცვის მდგომარეობა ფსიქიატრიულ და სახელმწიფო ზრუნვის დაწესებულებებში“. აღნიშნული მონიტორინგის მიგნებები შემდეგია: გაიდლაინები მოძველებულია, შემონმებულ დაწესებულებებში არ ხდება ქალის სექსუალური და რეპროდუქციული ჯანმრთელობის მდგომარეობის შეფასება ფსიქოტროპული მედიკამენტებით მკურნალობის დაწყებამდე (სტაციონირებისას პაციენტი ქალები დროულად არ მონმდებიან ორუსლობაზე, ქალთათვის არ არის უზრუნველყოფილი გინეკოლოგიური მომსახურება).⁶⁵ „ფსიქიატრიული დახმარების შესახებ კანონი“ არ ითვალისწინებს აუცილებელი ფსიქიატრიული დახმარების აღმოჩენისას გენდერულ სპეციფიკას და ქალის რეპროდუქციულ ჯანმრთელობაზე ზრუნვის საჭიროებებზე არ მიუთითებს.⁶⁶ ამ სპეციფიკას არც გაიდლაინები შეიცავს, ან ნაწილობრივ შეიცავს, რომელიც შესაბამისი საჭიროებებით არ არის დატვირთული. „გამოკითხული სამედიცინო პერსონალის ნაწილი აღიარებს, რომ მუშაობისას არ ხელმძღვანელობენ გაიდლაინის რეკომენდაციებით რეპროდუქციულ ჯანმრთელობასთან დაკავშირებით და მკურნალობისას ეყრდნობიან პირად გამოცდილებას.“⁶⁷ ასევე, დასკვნაში საუბარია იმაზეც, რომ „დასაქმებული კონსულტანტი გინეკოლო-

59 საქართველოს სახალხო დამცველი. აკად. ბ. ნაწიშვილის სახელობის ფსიქიკური ჯანმრთელობის ეროვნული ცენტრის მონიტორინგის ანგარიში. 2018. გვ.6. <http://ombudsman.ge/res/docs/2019040510063472825.pdf> [ბოლო წვდომა 27.03.2021]

60 იქვე, გვ. 7.

61 იქვე, გვ. 10-11.

62 საქართველოს სახალხო დამცველი, საქართველოში ადამიანის უფლებათა და თავისუფლებათა დაცვის მდგომარეობის შესახებ. 2019. გვ. 102 <http://www.ombudsman.ge/res/docs/2020040215365449134.pdf> [ბოლო წვდომა 27.03.2021]

63 იქვე, გვ. 17.

64 იქვე, გვ. 13-14.

65 საქართველოს სახალხო დამცველი. ქალთა სექსუალური და რეპროდუქციული ჯანმრთელობის და უფლებების დაცვის მდგომარეობა ფსიქიატრიულ და სახელმწიფო ზრუნვის დაწესებულებებში. 2020. გვ. 7. <http://www.ombudsman.ge/res/docs/2020051116165376986.pdf> [ბოლო წვდომა 27.03.2021]

66 იქვე, გვ. 12.

67 იქვე, გვ. 15.

გების კონსულტაცია მეტწილად ფორმალური ხასიათისაა და გასაუბრებით და ზედაპირული გასინჯვით შემოიფარგლება⁶⁸, ტექსტში წინ წამოწეულია შემაშფოთებელი ტენდენცია ქიმიურ სტერილიზაციასთან დაკავშირებით – „მონიტორინგის ჯგუფმა დაასკვნა, რომ დაწესებულებებში ჯერ კიდევ იყენებენ მედიკამენტებს, რომლებიც საფრთხეს უქმნიან პაციენტს და უფრო მეტიც, ახდენენ მათ ქიმიურ სტერილიზაციას.“ ასევე, ხშირია შემთხვევები, როდესაც ხდება ლიბიდოს ხელოვნურად, პრეპარატებით დაქვეითება⁶⁹.

ყველაზე მეტად შემაშფოთებელია შპს „აღმოსავლეთ საქართველოს ფსიქიკური ჯანმრთელობის ცენტრი“ დაფიქსირებული შემთხვევა, როდესაც მედპერსონალმა მხოლოდ მას შემდეგ დაადგინა პაციენტის ორსულობის შესახებ, როდესაც მან ბავშვი საპირფარეოში დამოუკიდებლად გააჩინა. მაშინ, როდესაც დოკუმენტაციის მიხედვით მას ორსულობის პერიოდში 2 ვიზიტი ჰქონდა გინეკოლოგთან, თუმცა ვერც ერთხელ ვერ მოხერხდა ორსულობის დადგენა.⁷⁰ ეს მიანიშნებს იმაზე, რომ სამედიცინო ჩანაწერები ფორმალურ ხასიათს ატარებს და რეალურად არ ხდება პაციენტების გამოკვლევა.

ადამიანის უფლებათა ცენტრის კვლევიდან კი ხაზი უნდა გაესვას პაციენტთა განთავსებისა თუ სახლში დაბრუნების პრობლემას. ანგარიშში საუბარია შემდეგ საკითხზე – პაციენტთა განწერის შემთხვევაში შესაძლოა მათ არ ჰყავდეთ მომვლელი. ასეთ შემთხვევაში, ისინი განწირულნი არიან შიმშილისა და სიცვიისთვის, ან უარეს შემთხვევაში, გარდაიცვალნენ ქუჩაში.⁷¹ ასევე, მეტად პრობლემურია შემდეგი მაგალითიც – პაციენტი, რომელიც 11 წელი

ფსიქიატრიულ კლინიკაში მკურნალობდა, ვერ მიდიოდა სახლში, რადგანაც მის ძმას, რომელიც მისსავე სახლში ცხოვრობდა, არ სურდა დის მიღება.⁷²

და ბოლოს, აუცილებლად უნდა შევეხოთ ფსიქოსოციალური საჭიროებების მქონე ადამიანებისთვის COVID-19-ის შედეგად პანდემიის გამო, მათი საჭიროებებისა თუ უფლებების დაცვის საკითხს. 2020 წლის მარტიდან შეჩერდა „სოციალური რეაბილიტაციისა და ბავშვზე ზრუნვის 2020 წლის სახელმწიფო პროგრამის“ სხვადასხვა ქვეპროგრამით გათვალისწინებული მომსახურებების მიწოდება, მათ შორის, „დღის ცენტრებში მომსახურებით უზრუნველყოფის ქვეპროგრამა“.⁷³ შემდგომში მინისტრის ბრძანებით, ამ მომსახურების გაწევის დისტანციურ რეჟიმში გაცემის რეკომენდაცია გაიცა, რომელიც, სამწუხაროდ, არ იყო სავალდებულო ხასიათის.⁷⁴ აქ პრობლემური იყო ინტერნეტზე და შესაბამის ტექნიკაზე წვდომის საკითხიც და, რაც მთავარია, ბენეფიციართა ჯანმრთელობის მდგომარეობაც, რის გამოც ისინი ვერ ახერხებდნენ დისტანციურ პროგრამაში ჩართვას. „შედეგად, ბენეფიციართა ნაწილი, თვეების განმავლობაში, აუცილებელი მომსახურების გარეშე დარჩა, რაც წლების განმავლობაში რეაბილიტაციის შედეგად მიღებული პროგრესის დაკარგვის რეალურ საფრთხეს წარმოქმნის.“⁷⁵

ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს პრაქტიკის მიმოხილვა

საინტერესოა, რა მიდგომები აქვს ადამიანის უფლებათა ევროპულ სასამართლოს ფსიქოსოციალური საჭიროებების მქონე ადამიანებთან მიმართებით? ქვე-

68 იქვე, გვ. 16.

69 იქვე, გვ. 18-19.

70 იქვე, გვ. 23-24.

71 ადამიანის უფლებათა ცენტრი. ფსიქიკური პრობლემების მქონე ადამიანთა უფლებები საქართველოში. 2010. გვ. 8. ხელმისაწვდომია: http://www.hridc.org/admin/editor/uploads/files/fsiqiartulebi/Report_Final.pdf [ბოლო წვდომა 27.03.2021]

72 იქვე, გვ. 8.

73 საქართველოს სახალხო დამცველი. შეზღუდული შესაძლებლობის მქონე პირთა დღის ცენტრების მონიტორინგის ანგარიში. 2020 წელი. გვ. 38.

74 იქვე, გვ. 39.

75 იქვე, გვ. 39.

მთ შემოგთავაზებთ კონკრეტულ საქმეებს, სადაც განხილულია ფსიქიკურ ჯანმრთელობასთან დაკავშირებული ნიუანსები.

სახელმწიფოები ვალდებული არიან უზრუნველყონ ადამიანის უფლებათა ევროპული კონვენციისა და დამატებითი ოქმებით აღიარებული უფლებებისა და თავისუფლებების რეალიზაცია. კონვენციის პირველი მუხლი სწორედ ამ მოთხოვნას უწესებს ხელშემკვრელ სახელმწიფოებს. ეს გარკვეული ღონისძიებების გატარებას გულისხმობს, რომელსაც, როგორც პრევენციული, ასევე მარეაგირებელი ფუნქცია უნდა გააჩნდეს. საქმეში „X and Y v. Netherlands“ განმცხადებლის ქალიშვილზე სექსუალური ხასიათის დანაშაულის ჩამდენის მიმართ შეუძლებელი იყო სისხლის სამართლის საქმის აღძვრა. განცხადებლის შვილი იყო ფსიქოსოციალური საჭიროებების მქონე, რის გამოც შეუძლებელი გახდა მისი სურვილების გამორკვევა. შიდა სამართალი იმ დროს კი სისხლის სამართლებრივი დევნის დასაწყებად მსხვერპლის სურვილზე იყო დამოკიდებული, რისი გამოვლენაც, კონკრეტულ შემთხვევაში, მისი მხრიდან ვერ ხდებოდა ჯანმრთელობის მდგომარეობის გამო. სასამართლომ დაადგინა მე-8 მუხლის დარღვევა, რადგან სისხლის სამართლის კოდექსი ვერ უზრუნველყოფდა მსხვერპლის დაცვას.⁷⁶

საქმეში „Renolde v. France“ ადამიანის უფლებათა და ძირითად თავისუფლებათა დაცვის კონვენციის მე-2 მუხლის დარღვევა დაადგინა სასამართლომ, რომელიც ფსიქიკური აშლილობის მქონე პატიმრის მიერ საკანში თვითმკვლელობას შეეხებოდა. სასამართლომ განმარტა, რომ ხელისუფლების ორგანოებისთვის ცნობილი იყო მისი ჯანმრთელობის მდგომარეობის შესახებ, ისიც, რომ მას შეეძლო თვითდაზიანებები მიეყენებინა საკუთარი თავისთვის. თუმცა, იგი მაინც არ გადაიყვანეს შესაბამის ფსიქიატრიულ დაწესებულებაში. მას კვირაში 2-ჯერ აწვდიდნენ პრეპარატებს, მაგრამ

არავინ ამოწმებდა – რეალურად იღებდა მათ თუ არა. ამას დაემატა ისიც, რომ მას, დისციპლინური სანქციის სახით, დაეკისრა 45 დღით სადამსჯელო საკანში ყოფნა ისე, რომ არ გაითვალისწინეს მისი ჯანმრთელობის მდგომარეობა. ეს ქმედება ასევე ჩაითვალა არაადამიანურ და ღირსების შემლახველ მოპყრობად და სასამართლომ მე-2 მუხლთან ერთად დაადგინა მე-3 მუხლის (წამების აკრძალვა) დარღვევაც.⁷⁷

საქმეში „X v. UK“ სასამართლომ დაადგინა, რომ პერიოდულად უნდა ხორციელდებოდეს ფსიქიკური ჯანმრთელობის მქონე პაციენტთა დაპატიმრების კანონიერების გადახედვა.⁷⁸ პატიმრობასთან დაკავშირებით ასევე საინტერესოა საქმე „Herczegfalvu v. Austria“, სადაც, ფსიქიკური ჯანმრთელობის საფუძველზე მოთავსებული პირის პატიმრობის გადასინჯვის პროცედურებს შორის, დროის პერიოდის 15 თვით და ორი წლით გადავადება მიჩნეულ იქნა მე-5 მუხლის მეოთხე ნაწილის დარღვევად.⁷⁹ ასევე, აღსანიშნავია დამატებით პოზიტიურ ვალდებულებებთან მიმართებით სასამართლოს მსჯელობაც საქმეში „ვოდელი საფრანგეთის წინააღმდეგ“, სადაც საუბარია სახელმწიფოს დამატებით ვალდებულებებზე, რომლებიც მორგებული უნდა იყოს ფსიქოსოციალური საჭიროებების მქონე ადამიანებზე. სახელმწიფო ორგანოებს შესაძლოა მოეთხოვებოდეთ დამატებითი ნაბიჯების გადადგმა იმის უზრუნველსაყოფად, რომ შესაბამისი საჭიროებების მქონე განსასჯელებს საკმარისად შესწევდეთ უნარი, გაიგონ საქმის წარმოების პროცესი და ინფორმირებული იყვნენ მათთვის წაყენებული ბრალდების ბუნებისა და საფუძვლის შესახებ.⁸⁰

ძალიან საინტერესოა საქმე „K and T v. Finland“, საიდანაც ირკვევა, რომ მშობიარობის შემდეგ ბავშვი პირდაპირ წაიყვანეს სამშობიარო ბლოკიდან ისე, რომ დედას ბავშვის გამოკვების უფლებაც კი არ

76 ლიჩი ფ., 2013. „როგორ მივმართოთ ადამიანის უფლებათა ევროპულ სასამართლოს“ (მესამე გამოცემა). თბილისი, გვ. 191.

77 იქვე, გვ. 237.

78 იქვე, გვ. 320.

79 იქვე, გვ. 321.

80 იქვე, გვ. 367.

მისცემია. ამის მიზეზად დასახელდა დედის მრავალწლიანი ფსიქიკური აშლილობა. დიდმა პალატამ მე-8 მუხლის დარღვევა დაადგინა, რადგანაც არ იყო გადადგმული ადეკვატური ნაბიჯები ოჯახის რეუნიფიკაციისთვის. ასევე, მან იმსჯელა, რომ არც დედისთვის და არც მისი პარტნიორისთვის გადაწყვეტილების მიღების დროს აზრი არ უკითხავთ და, რომ მხოლოდ „განსაკუთრებით საფუძვლიანი მიზეზები“ უნდა არსებობდეს, რათა გამართლეს ბავშვის დედისგან დაბადებისთანავე მოშორება მშობლების სურვილის საწინააღმდეგოდ.⁸¹

აუცილებლად უნდა შევხებით შემდეგ საქმეს, სადაც დიდმა პალატამ განიხილა საქმე სამართლებრივი რესურსების ცენტრი რუმინეთის წინააღმდეგ, რომელიც შეეხებოდა ახალგაზრდა ბოშა მამაკაცის, ბატონი კამპეანუს გარდაცვალებას. იგი დაბადებიდან ბავშვთა სახლში იზრდებოდა, მას პატარაობაშივე დაუდგინდა აივ. ინფექცია და მძიმე ფორმის გონებრივი ჩამორჩენილობა. სრულწლოვანების მიღწევისთანავე ის იძულებული იყო დაეტოვებინა შეზღუდული შესაძლებლობის მქონე ბავშვთა ცენტრი. შემდეგ ის ჯერ სამედიცინო და სოციალური ზრუნვის ცენტრში მოათავსეს, ბოლოს კი – ფსიქიატრიულ ჰოსპიტალში. ამ ჰოსპიტალში იმთავითვე განაცხადეს, რომ არ ქონდათ აივდადებითი პაციენტების სამკურნალო აღჭურვილობა და გარემო. ბატონი კამპეანუ მოინახულეს CLR-ის მონიტორებმა, რომელთაც ანგარიშში განაცხადეს, რომ ის იმყოფებოდა შეუსაბამო პირობებში (განმარტოებული, გათბობის გარეშე, საწოლით, მაგრამ ქვეშაგებისა და თეთრეულის გარეშე). მიუხედავად იმისა, რომ თითქმის არაფერი შეეძლო დამოუკიდებლად, პერსონალი უარს აცხადებდა მის დახმარებაზე, აივ-ინფიცირების შიშით. ბატონი კამპეანუ მალევე გარდაიცვალა. სასამართლომ ერთხმად დაადგინა მე-2 მუხლის პროცესუალური მხარის დარღვევა, მის გარდაცვალებასთან დაკავშირებული გარემოებების ეფექტიან გამოძიებასთან მიმართებით

და მე-13 მუხლის დარღვევა მე-2 მუხლთან ერთობლიობაში. სასამართლომ აღნიშნა, რომ ბატონი კამპეანუ მთელი ცხოვრების მანძილზე სახელმწიფო ორგანოების განკარგულებაში იყო, რომელთაც, თავის მხრივ, ევალებოდათ მისი მკურნალობის უზრუნველყოფა. თუმცა, მათი რეაგირება არაადეკვატური იყო. ბატონი კამპეანუს ამ საავადმყოფოში განთავსების გადაწყვეტილების მიღებით, მისი მოწყვლადობის მაღალი მაჩვენებლის უგულვებელყოფით, სახელმწიფო ორგანოებმა მისი სიცოცხლე საფრთხეში ჩააგდეს ყოველგვარი დასაბუთების გარეშე, ხოლო სამედიცინო პერსონალის მხრიდან სათანადო ზრუნვისა და მკურნალობის მიუწოდებლობა ბატონის უდროო გარდაცვალების მთავარი განმაპირობებელი ფაქტორი გახლდათ.⁸²

დასკვნა

საბოლოო ჯამში დასკვნის სახით შეგვიძლია ვთქვათ, რომ მიღწეულ იქნა კვლევის მიზანი, მიმოხილულ იქნა ფსიქიკურ ჯანმრთელობასთან დაკავშირებული კონკრეტული საკითხები სამართლებრივ ქრილში და გავცანით იმ მდგომარეობას, რაც დამკვიდრებულია ამ თემასთან დაკავშირებით. ფსიქოსოციალური საჭიროებების მქონე ადამიანების უფლებების დაცვისთვის აუცილებელია გადაიდგეს ქმედითი და რეალური ნაბიჯები, სახელმწიფომ პოზიტიური ვალდებულებების კონტექსტში აუცილებლად უნდა იკისროს ეს ტვირთი. კერძოდ, ზეოთ აღნიშნული პრობლემების მოსაგვარებლად რეკომენდირებულია შემდეგი ზომების მიღება:

1. აუცილებელია, რომ დამატებითი ფინანსები მიემართოს შესაბამისი პროფილის ჯანდაცვის სერვისებზე, რათა იგი გახდეს მეტად ხელმისაწ-

81 იქვე, გვ. 405-406.

82 ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს გადაწყვეტილება, CENTRE FOR LEGAL RESOURCES ON BEHALF OF VALENTIN CÂMPEANU v. ROMANIA, No. 47848/08, 17 ივლისი, 2014.

- ვდომი და ხარისხიანი. პაციენტებს უნდა ჰქონდეთ ღირსების შესაბამისი საცხოვრებელი გარემო, მინიმალური სანიტარულ-ჰიგიენური პირობები თუ საკვების შესაბამისი ულუფა, რათა მის მისაღებად დამატებითი, სავალდებულო სახის სამუშაოს შესრულება არ დასჭირდეთ;
2. სასურველია დამატებითი კამპანიის წარმოება, რათა მეტი კვალიფიციური სპეციალისტი დაინტერესდეს მსგავსი პროფილით და მეტად გაჯანსაღდეს კადრების ცოდნაც და რაოდენობაც. კრიტიკულად აუცილებელია მედპერსონალის გადამზადება. მათ უნდა ჰქონდეთ თანამედროვე ტიპის მინიმალური ცოდნა და გამოცდილება, რაც დაეხმარება პაციენტს ხარისხიანი სამედიცინო სერვისების მიღებაში. აუცილებლად უნდა შეწყდეს პაციენტისთვის მავნე, ტრანკვილიზებისა და სედაციისთვის გამოყენებული პრეპარატების მიღება. ასევე, ისეთი პრეპარატების მიღება, რომლებიც საშიშია მათი ჯანმრთელობისათვის და ახდენს მათ ქიმიურ სტერილიზებას;
 3. კრიტიკულად აუცილებელია, რომ შესაბამისი სერვისების მიღებისას გათვალისწინებული იყოს გენდერული სპეციფიკა. პაციენტებს რეალური, დროული და შესაბამისი სამედიცინო გამოკვლევა/დახმარება უნდა გაუწიონ;
 4. ამავედროულად, უნდა დაინერგოს მონიტორინგის ისეთი სისტემა, რომელიც უფრო მკაცრად გააკონტროლებს სამართლის მოთხოვნების აღსრულებას და პაციენტთა მოპყრობისა თუ ჯანმრთელობის მდგომარეობას. მონიტორინგი უნდა იყოს რეალური, სისტემური და მიზანმიმართული დარღვევების გამოვლენისა და მისი აღმოფხვრის გზების ძიებისკენ. იგი ექსპლიციტურად უნდა ცდილობდეს პაციენტთა დახმარებას და მისი მიზანი არ უნდა იყოს პრობლე-

მების დამალვა, თუ მისი უმნიშვნელოდ წარმოჩენა;

5. ასევე, აუცილებელია თავისუფლების აღკვეთის დაწესებულებებში ფსიქოსოციალური საჭიროებების გათვალისწინება. კრიტიკული მნიშვნელობისაა პერსონალის გადამზადება. ისინი უნდა მოქმედებდნენ შესაბამისი პროტოკოლისა და გაიდლაინების შესაბამისად. მსჯავრდებულთა/ბრალდებულთა მენტალური ჯანმრთელობის მონიტორინგსა თუ კვლევებს რეალური და განმეორებითი ხასიათი უნდა ჰქონდეს;
 6. ამ საჭიროებებთან ერთად, გათვალისწინებული უნდა იყოს არასრულწლოვანთა განსაკუთრებული მოწყვლადობა ფსიქოსოციალური საჭიროებების კონტექსტში. სახელმწიფომ ყველაფერი უნდა გააკეთოს, რათა მათი საუკეთესო ინტერესები იქნას გათვალისწინებული და ბავშვის მიერ ჯანმრთელობის დაცვის უმაღლესი სტანდარტით სარგებლობის უფლება იქნას უზრუნველყოფილი;
 7. ასევე, მინიმუმამდე უნდა იქნას დაყვანილი ფიზიკური შეზღუდვის შემთხვევები და მოპყრობა არ უნდა იყოს არაადამიანური, დამამცირებელი თუ ღირსების შემლახველი.
- კრიტიკულად აუცილებელია, რომ ყველა ის ზომა იქნეს მიღებული, რაც შესაბამისი საჭიროებების მქონე ადამიანებს დაეხმარება და უზრუნველყოფს მათი უფლებების დაცვას. საბოლოოდ კი, სოციალური სახელმწიფოს პრინციპიდან გამომდინარე, სახელმწიფომ უნდა უზრუნველყოს იმგვარი სერვისების მიწოდება, რომელიც უარეს მდგომარეობაში არ ჩაადებს ფსიქოსოციალური საჭიროების მქონე ადამიანს და შეიმუშავებს ისეთ სახელმწიფო პოლიტიკას, რაც მათ ღირსეულად ცხოვრების შესაძლებლობას მისცემს. შესაბამისი სამედიცინო სერვისის მიწოდებაში ჩართული ყველაზე დაბალი რგოლის პერსონალიდან დაწყებული, სახელმწი-

ფოს უმაღლესი თანამდებობის პირებით დამთავრებული, ჩვეულებრივი მოქალაქეების ჩათვლით, ყველა უნდა იაზრებდეს მის პასუხისმგებლობასა და ვალდებულებებს. ყველასთვის ამოსავალი უნდა იყოს ფსიქოსოციალური საჭიროებების მქონე პირთა საუკეთესო ინტერესების დაცვა. იმის გააზრებაც უმნიშვნელოვანესია, რომ მათი გარიყვა და მარგინალიზაცია კიდევ უფრო მეტად დააზიანებს და გაამწვავებს მათივე ჯანმრთელობის მდგომარეობას. ამისთვის აუცილებელია სამოქალაქო ცნობიერების

ამაღლებითვის შესაბამისი კამპანიების წარმოება. მეორეს მხრივ კი, სახელმწიფოსთვის ადამიანის უფლებების დაცვა ყველაზე მნიშვნელოვანი უნდა იყოს. მან უნდა იზრუნოს, რომ შესაბამისი საჭიროებების მქონე ადამიანებს ღირსეული ცხოვრება ჰქონდეთ. ის ყველანაირად უნდა ცდილობდეს მსგავსი საჭიროებების მქონე ადამიანების უფლებების დაცვასა და იმ ბერკეტების შექმნას, რაც ამ მიზნის მიღწევაში დაეხმარება.

გამოყენებული ლიტერატურა:

1. კუბლაშვილი კ., 2019. ძირითადი უფლებები, მე-5 გამოცემა, თბილისი, გვ. 119.
2. „ჯანმრთელობისა და ადამიანის უფლებების ცენტრი“, „ღია საზოგადოების ფონდები“. 2013. გზამკვლევი ჯანმრთელობისა და ადამიანის უფლებათა საკითხებზე, მე-5 გამოცემა, გვ. 40; გვ. 347
3. ასლანიშვილი კ., ჯიბუტი მ., იმედაშვილი ა., ჯავახიშვილი გ., კიკნაძე ნ., მეიშვილი ზ., მირზიკაშვილინ., 2011, ადამიანის უფლებები ჯანმრთელობის დაცვის სფეროში, პრაქტიკული სახელმძღვანელო იურისტებისთვის, თბილისი, გვ. 23-27; გვ. 44; გვ. 82-91;
4. ადამიანის უფლებათა ცენტრი. ფსიქიკური პრობლემების მქონე ადამიანთა უფლებები საქართველოში. 2010. გვ. 8. ხელმისაწვდომია: http://www.hridc.org/admin/editor/uploads/files/fsiqartulebi/Report_Final.pdf [ბოლო წვდომა 27.03.2021]
5. ლიჩი ფ., 2013. „როგორ მივმართოთ ადამიანის უფლებათა ევროპულ სასამართლოს“ (მესამე გამოცემა). თბილისი, გვ.191; გვ. 320-367.

საკანონმდებლო აქტები:

6. საქართველოს კანონი ჯანმრთელობის დაცვის შესახებ. მუხლი 3, პუნქტი ფ1; მუხლი 68; მუხლი 135. 10 დეკემბერი 1997. <http://matsne.gov.ge/ka/document/view/29980?publication=45> [ბოლო წვდომა 27.03.2021]
7. საქართველოს კონსტიტუცია. მუხლი 28, მუხლი 5.
8. საქართველოს კანონი ფსიქიკური ჯანმრთელობის შესახებ. პრამბულა; მუხლი 4, „რ“ ქვეპუნქტი; მუხლი 6, პუნქტი 2; მუხლი 9, პუნქტი 2. 14 ივლისი, 2006. <http://matsne.gov.ge/ka/document/view/24178?publication=17> [ბოლო წვდომა 27.03.2021]
9. ფსიქიკური ჯანმრთელობის განვითარების სტრატეგიული დოკუმენტი და სამოქმედო გეგმა 2015 – 2020. თავი საერთაშორისო გამოცდილება; თავი ფსიქიკური ჯანმრთელობა საქართველოში; <http://matsne.gov.ge/ka/document/view/2667876?publication=0> [ბოლო წვდომა 27.03.2021]

10. საქართველოს კანონი საქართველოს ადმინისტრაციული საპროცესო კოდექსი. მუხლი 21, 17 პრიმა; მუხლი 21, 18 პრიმა, პირველი ნაწილი; მუხლი 21, 19 პრიმა, პირველი ნაწილი. 23 ივლისი, 1999. <http://matsne.gov.ge/ka/document/view/16492?publication=82> [ბოლო წვდომა 27.03.2021]
11. შეზღუდული შესაძლებლობების მქონე პირთა უფლებების დაცვის კონვენცია. მუხლი 17. ხელმისაწვდომია: <http://www.matsne.gov.ge/ka/document/view/2334289?publication=0> [ბოლო წვდომა 27.03.2021]
12. კონვენცია ბავშვის უფლებათა შესახებ. მუხლი 25; ხელმისაწვდომია: <http://matsne.gov.ge/ka/document/view/1399901?publication=0> [ბოლო წვდომა 27.03.2021]
13. ეკონომიკური, სოციალური და კულტურული უფლებების შესახებ საერთაშორისო პაქტი. მუხლი 12. ხელმისაწვდომია: <http://matsne.gov.ge/ka/document/view/1204413?publication=0> [ბოლო წვდომა 27.03.2021]
14. ევროპის სოციალური ქარტია. მუხლი 11.
15. კონვენცია ადამიანის უფლებებისა და ბიომედიცინის შესახებ. მე-6 მუხლის მე-3 პუნქტი; მუხლი 7. ხელმისაწვდომია: <http://matsne.gov.ge/ka/document/view/1204413?publication=0> [ბოლო წვდომა 27.03.2021]
16. საქართველოს მთავრობის 2020 წლის 31 დეკემბრის N 828 დადგენილება.

სახალხო დამცველის ანგარიშები:

1. საქართველოს სახალხო დამცველი, საქართველოში ადამიანის უფლებათა და თავისუფლებათა დაცვის მდგომარეობის შესახებ. 2017. გვ. 46-51; გვ. 70-76; გვ. 300
2. საქართველოს სახალხო დამცველი, საქართველოში ადამიანის უფლებათა და თავისუფლებათა დაცვის მდგომარეობის შესახებ. 2018 .გვ. 69-75 <http://www.ombudsman.ge/res/docs/2019042620571319466.pdf> [ბოლო წვდომა 27.03.2021]
3. საქართველოს სახალხო დამცველი, საქართველოში ადამიანის უფლებათა და თავისუფლებათა დაცვის მდგომარეობის შესახებ. 2019. გვ. 98-107 <http://www.ombudsman.ge/res/docs/2020040215365449134.pdf> [ბოლო წვდომა 27.03.2021]
4. საქართველოს სახალხო დამცველი. აკად. ბ. ნანეიშვილის სახელობის ფსიქიკური ჯანმრთელობის ეროვნული ცენტრის მონიტორინგის ანგარიში. 2018. გვ. 6-17. <http://ombudsman.ge/res/docs/2019040510063472825.pdf> [ბოლო წვდომა 27.03.2021]
5. საქართველოს სახალხო დამცველი. ქალთა სექსუალური და რეპროდუქციული ჯანმრთელობის და უფლებების დაცვის მდგომარეობა ფსიქიატრიულ და სახელმწიფო ზრუნვის დაწესებულებებში. 2020. გვ. 7. გვ. 12-19; გვ. 23-24; <http://www.ombudsman.ge/res/docs/2020051116165376986.pdf> [ბოლო წვდომა 27.03.2021]
6. საქართველოს სახალხო დამცველი. შეზღუდული შესაძლებლობის მქონე პირთა დღის ცენტრების მონიტორინგის ანგარიში. 2020 წელი. გვ. 38.

სასამართლოს გადაწყვეტილებები:

1. ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს გადაწყვეტილება, CENTRE FOR LEGAL RESOURCES ON BEHALF OF

VALENTIN CÂMPEANU v. ROMANIA, No. 47848/08, 17 ივლისი, 2014.

2. საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს გადაწყვეტილება N2/4/532,533, 8 ოქტომბერი. 2014.

დამატებითი წყაროები:

1. 2020 წლის 28 სექტემბრის წერილზე საქართველოს სტატისტიკის ეროვნული სამსახურის პასუხი N 7-2179.

NOTES:

1. Kublashvili K. 2010. Fundamental Rights, 5th edition, Tbilisi, P. 119.
2. Center for Health and Human Rights, Open Society Foundations. 2013. A Guide to Health and Human Rights Issues, 5th Edition. P. 40.
3. Center for Health and Human Rights, Open Society Foundations. 2013. A Guide to Health and Human Rights Issues, 5th Edition. P. 347.
4. Response of the National Statistics Office of Georgia to the letter of September 28, 2020 N 7-2179.
5. Law of Georgia on Health Care. Article 3, paragraph „f“ Prima. 10 December 1997. <http://matsne.gov.ge/ka/document/view/29980?publication=45>
6. Law of Georgia on Health Care. Article 68; 10 December 1997. <http://matsne.gov.ge/ka/document/view/29980?publication=45>
7. Law of Georgia on Health Care. Article 135. 10 December 1997. <http://matsne.gov.ge/ka/document/view/29980?publication=45>
8. Law of Georgia on Mental Health. Preamble; July 14, 2006. <http://matsne.gov.ge/ka/document/view/24178?publication=17>
9. Law of Georgia on Mental Health. Article 6 (2); July 14, 2006. <http://matsne.gov.ge/ka/document/view/24178?publication=17>
10. Law of Georgia on Mental Health. Article 4 (R). July 14, 2006. <http://matsne.gov.ge/ka/document/view/24178?publication=17>
11. Law of Georgia on Mental Health. Article 9 (2); July 14, 2006. <http://matsne.gov.ge/ka/document/view/24178?publication=17>
12. Mental Health Strategy Development Document and Action Plan 2015 – 2020. Chapter International Experience; <http://matsne.gov.ge/ka/document/view/2667876?publication=0>
13. Mental Health Strategy Development Document and Action Plan 2015 – 2020. Chapter Mental Health in Georgia. <http://matsne.gov.ge/ka/document/view/2667876?publication=0>
14. ADMINISTRATIVE PROCEDURE CODE OF GEORGIA. 21st 17th Prima Article. July 23, 1999. <http://matsne.gov.ge/ka/document/view/16492?publication=82>
15. ADMINISTRATIVE PROCEDURE CODE OF GEORGIA. The first part of Article 21 of the 18th Prima. July 23, 1999. <http://matsne.gov.ge/ka/document/view/16492?publication=82>
16. ADMINISTRATIVE PROCEDURE CODE OF GEORGIA. The first part of Article 21 of the 19th Prima. July 23, 1999. <http://matsne.gov.ge/ka/document/view/16492?publication=82>
17. Convention on the Rights of Persons with Disabilities. Article 17. <http://www.matsne.gov.ge/ka/document/view/2334289?publication=0>
18. Aslanishvili K., Djibouti M., Imedashvili A., Javakhishvili G., Kiknadze N., Meishvili Z., Mirzakashvili., 2011, Human Rights in the Field of Health Care, Practical Guide for Lawyers, Tbilisi, p. 23.

19. Aslanishvili K., Djibouti M., Imedashvili A., Javakhishvili G., Kiknadze N., Meishvili Z., Mirzikashvili., 2011, Human Rights in the Field of Health Care, Practical Guide for Lawyers, Tbilisi, pp. 26-27.
20. Aslanishvili K., Djibouti M., Imedashvili A., Javakhishvili G., Kiknadze N., Meishvili Z., Mirzikashvili., 2011, Human Rights in the Field of Health Care, Practical Guide for Lawyers, Tbilisi, p. 44.
21. Aslanishvili K., Djibouti M., Imedashvili A., Javakhishvili G., Kiknadze N., Meishvili Z., Mirzikashvili., 2011, Human Rights in the Field of Health Care, Practical Guide for Lawyers, Tbilisi, p. 82.
22. Aslanishvili K., Djibouti M., Imedashvili A., Javakhishvili G., Kiknadze N., Meishvili Z., Mirzikashvili., 2011, Human Rights in the Field of Health Care, Practical Guide for Lawyers, Tbilisi, p. 91.
23. Convention on the Rights of the Child. Article 25. <http://matsne.gov.ge/ka/document/view/1399901?publication=0>
24. International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. Article 12. <http://matsne.gov.ge/ka/document/view/1483577?publication=0>
25. European Social Charter. Article 11.
26. Convention on Human Rights and Biomedicine. Article 7; Article 6(3). <http://matsne.gov.ge/ka/document/view/1204413?publication=0>
27. Decision of the Constitutional Court of Georgia N2 / 4 / 532,533, October 8. 2014.
28. Public Defender of Georgia. on the Situation of Human Rights and Freedoms in Georgia. 2017. P. 46.
29. Public Defender of Georgia. on the Situation of Human Rights and Freedoms in Georgia. 2017. P. 51.
30. Public Defender of Georgia. on the Situation of Human Rights and Freedoms in Georgia. 2017. P. 70.
31. Public Defender of Georgia. on the Situation of Human Rights and Freedoms in Georgia. 2017. Pp. 72-73.
32. Public Defender of Georgia. on the Situation of Human Rights and Freedoms in Georgia. 2017. Pp. 75-76.
33. Public Defender of Georgia. on the Situation of Human Rights and Freedoms in Georgia. 2017. P. 300.
34. Public Defender of Georgia. on the Situation of Human Rights and Freedoms in Georgia. 2018. Pp. 69-70. <http://www.ombudsman.ge/res/docs/2019042620571319466.pdf>
35. Public Defender of Georgia. on the Situation of Human Rights and Freedoms in Georgia. 2018. P. 72. <http://www.ombudsman.ge/res/docs/2019042620571319466.pdf>
36. Public Defender of Georgia. on the Situation of Human Rights and Freedoms in Georgia. 2018. P. 75. <http://www.ombudsman.ge/res/docs/2019042620571319466.pdf>
37. Public Defender of Georgia .on the Situation of Human Rights and Freedoms in Georgia. 2019. Pp. 98-99. <http://ombudsman.ge/res/docs/2019072913513745197.pdf>
38. Public Defender of Georgia .on the Situation of Human Rights and Freedoms in Georgia. 2019. P. 100. <http://ombudsman.ge/res/docs/2019072913513745197.pdf>
39. Public Defender of Georgia .on the Situation of Human Rights and Freedoms in Georgia. 2019. Pp. 102-103. <http://ombudsman.ge/res/docs/2019072913513745197.pdf>
40. Public Defender of Georgia. Acad. B. Naneishvili National Center for Mental Health Monitoring Report. 2018. p.6-7. <http://ombudsman.ge/res/docs/2019040510063472825.pdf>

41. Public Defender of Georgia. Acad. B. Naneishvili National Center for Mental Health Monitoring Report. 2018. p.7. <http://ombudsman.ge/res/docs/2019040510063472825.pdf>
42. Public Defender of Georgia. Acad. B. Naneishvili National Center for Mental Health Monitoring Report. 2018. p.10-11. <http://ombudsman.ge/res/docs/2019040510063472825.pdf>
43. Public Defender of Georgia. Acad. B. Naneishvili National Center for Mental Health Monitoring Report. 2018. p.13-14. <http://ombudsman.ge/res/docs/2019040510063472825.pdf>
44. Public Defender of Georgia. Acad. B. Naneishvili National Center for Mental Health Monitoring Report. 2018. p.17. <http://ombudsman.ge/res/docs/2019040510063472825.pdf>
45. Public Defender of Georgia. Status of protection of women's sexual and reproductive health and rights in psychiatric and state care institutions. 2020. p 7. <http://www.ombudsman.ge/res/docs/2020051116165376986.pdf>
46. Public Defender of Georgia. Status of protection of women's sexual and reproductive health and rights in psychiatric and state care institutions. 2020. p 12-16.
47. Public Defender of Georgia. Status of protection of women's sexual and reproductive health and rights in psychiatric and state care institutions. 2020. p 18-19. <http://www.ombudsman.ge/res/docs/2020051116165376986.pdf>
48. Public Defender of Georgia. Status of protection of women's sexual and reproductive health and rights in psychiatric and state care institutions. 2020. P23-24. <http://www.ombudsman.ge/res/docs/2020051116165376986.pdf>
49. Human Rights Center. Rights of people with mental health problems in Georgia. 2010. p.8. http://www.hridc.org/admin/editor/uploads/files/fsiqartulebi/Report_Final.pdf
50. Leach F., 2013. "How to Apply to the European Court of Human Rights" (Third Edition). Tbilisi, p.191.
51. Leach F., 2013. "How to Apply to the European Court of Human Rights" (Third Edition). Tbilisi, pp. 320-321.
52. Leach F., 2013. "How to Apply to the European Court of Human Rights" (Third Edition). Tbilisi, p. 237.
53. Leach F., 2013. "How to Apply to the European Court of Human Rights" (Third Edition). Tbilisi, p. 367.
54. ECtHR, CENTER FOR LEGAL RESOURCES ON BEHALF OF VALENTIN CÂMPEANU v. ROMANIA, No. 47848/08, July 17, 2014.
55. Public Defender of Georgia. Monitoring report of day care centers for people with disabilities. 2020. p. 38.
56. Resolution N 828 of the Government of Georgia of December 31, 2020.
57. Constitution of Georgia. Article 28, Article 5.

შვილად აყვანის საიდუმლოების დაცვასთან დაკავშირებული პრობლემები სამოქალაქო სამართალში

ანი გოცირიძე

თბილისის სააპელაციო სასამართლოს მოსამართლის
თანაშემწე, სამართლის მაგისტრი

საკვანძო სიტყვები: შვილება, საიდუმლოება, დაცვა

შესავალი

შვილად აყვანის პროცესის ერთ-ერთი ყველაზე საინტერესო და საკვანძო საკითხია შვილად აყვანის კონფიდენციალობის დაცვა როგორც ეროვნულ დონეზე, ისე საერთაშორისო სტანდარტების გათვალისწინებით. თუმცა, ცხადია, ჯერ აუცილებელია მოკლედ შვილად აყვანის წესისა და პირობების განსაზღვრა, შემდეგ კი ლოგიკურად ადვილი იქნება უშუალოდ შვილად აყვანის საიდუმლოების არსისა და მისი დაცვის თავისებურებების დადგენა.

როგორც შიდა კანონმდებლობიდან ჩანს, შვილებისთვის ბევრი შეზღუდვაა დაწესებული, რის გამოც ვერ ხერხდება საკითხის სწრაფად მოგვარება, ამან კი შეიძლება ბავშვის ფსიქიკურ მდგომარეობაზე უარყოფითი გავლენა იქონიოს. მართალია, კანონით დადგენილია ამკრძალავი წესები, სისხლისსამართლებრივი პასუხისმგებლობა შვილად აყვანის საიდუმლოების გამჟღავნებისთვის, მაგრამ საყურადღებოა პრობლემის სოციალურ-ფსიქოლოგიური საფუძვლები, კერძოდ, როგორ აისახება ნაშვილებზე კონფიდენციალობის და-

ცვა და რამდენად არის მნიშვნელოვანი ბავშვის შვილად აყვანის ფაქტის დამალვა მისი ფსიქოლოგიური მდგომარეობის გათვალისწინებით. ასევე, უნდა განისაზღვროს, რა გავლენა აქვს შვილად აყვანის ფაქტის გამჟღავნებას მშვილელისა და ნაშვილების ურთიერთობაზე. აქ შესასწავლია პრობლემის ორგანიზაციული საკითხები, მოცდის პერიოდის შემცირების ასპექტი და სხვა. ამდენად, საკითხი მოიცავს, გარდა სამართლებრივისა, ფსიქოლოგიურ ასპექტებსაც. შესაბამისად, საინტერესოა პრობლემის გაანალიზება ბავშვის უფლებათა კოდექსთან მჭიდრო კავშირში. ამ კონტექსტში კვლევის მიზანია შვილად აყვანის საიდუმლოების დაცვის თავისებურებების შესწავლა საქართველოს სამოქალაქო კანონმდებლობის მიხედვით.

ამასთან, თემა განსაკუთრებით აქტუალურია საერთაშორისო კონტექსტის გათვალისწინებით, შესაბამისად, აუცილებელია შვილად აყვანის საიდუმლოების დაცვის საერთაშორისო სტანდარტების დადგენა. გასარკვევია, რამდენად არის შვილად აყვანის საიდუმლოების დაცვის შესახებ ეროვნული კანონმდებლობა საერთაშორისო ხელშეკრულებებთან შესაბამისობაში, აღიარებულია თუ არა ბავშვის ოჯახში აღზრდისა და მისი ინტერესების უზრუნველყოფის პრინციპები.

გარდა ამისა, შეიცვალა შვილად აყვანის კონფიდენციალობის დაცვის წესები სამოქალაქო კოდექსსა და კანონში „შვილად აყვანისა და მინდობის აღზრდის შესახებ“. შესაბამისად, საჭიროა ამ ცვლილებების საფუძვლის შესწავლა, რათა გამოიკვეთოს მათი უარყოფითი და დადებითი ასპექტები. ამ საკანონმდებლო ცვლილებების მიუხედავად, პრობლემები მაინც იკვეთება, რის გამოც აუცილებელია ნორმატიული აქტების თუ ცვლილებების გამოკვლევა. ამდენად, აღნიშნულ კვლევას აქვს როგორც თეორიული, ისე პრაქტიკული მნიშვნელობა.

შვილად აყვანის არსი და კონსტიტუციური საწყისი

საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის (სსკ-ის) 1239-ე მუხლის თანახმად, მშვილელსა და ნაშვილებს შორის წარმოშობილი ურთიერთობა უთანაბრდება ბიოლოგიურ მშობლებსა და შვილებს შორის ურთიერთობას. შესაბამისად, შვილად აყვანა არის იურიდიული ფაქტი, რომელიც მშვილელსა და ნაშვილებს შორის ისეთივე საოჯახო-სამართლებრივ უფლება-მოვალეობებს წარმოშობს, როგორც ბიოლოგიურ მშობლებსა და შვილებს შორის არსებობს. ამდენად, ბიოლოგიურ მშობლებთან ნაშვილებისა და მისი შთამომავლობის ურთიერთობა ნათესავებთან როგორც პირადი, ისე ქონებრივი თვალსაზრისით უთანაბრდება მშვილელის შთამომავლობით ნათესავებს. ამიტომ შვილებისა ნაშვილებს ერთმევა ყოველგვარი პირადი და ქონებრივი უფლებები ბიოლოგიური მშობლებისა და წარმოშობით ნათესავების წინაშე (სსკ. 1260-ე მუხლი).¹

ზოგადად, შვილად აყვანის ინსტიტუტის მიზანია ბავშვის უპირატესი ინტერესი, რომლის განვითარებისთვის აუცილებელია ოჯახში აღზრდა. რაც შეეხება შვილად აყვანის შესახებ გადაწყვეტილებას, ამის უფლებამოსილება აქვს მხოლოდ სამართლოს. ამასთან, შვილება დასაშვებია მეუღლეების მიერ ურთიერთშეთანხმების საფუძველზე. ასევე კანონი კრძალავს ერთნაირსქესიანი პირების მიერ ბავშვის აყვანას, შვილად აყვანას ნათესავების მიერ, თუ ისინი მეუღლეები არ არიან, ან რეგისტრირებულ ქორწინებაში არ არიან სხვადასხვა სქესის წარმომადგენლები. თუმცა კანონით დაიშვება, რომ ბავშვი იშვილოს ერთმა ადამიანმა, თუ ის აკმაყოფილებს კანონის მოთხოვნებს. აქვე გასათვალისწინებელია, რომ ასაკობრივად მშვილელსა და გასაშვილებელ ბავშვს შორის სხვაობა უნდა იყოს სულ მცირე

1 ნადიბაიძე, ლ., 1998. შვილად აყვანის სამართლებრივი პრობლემები, საკანდიდატო დისერტაცია, თბილისი, გვ. 143.

16 წელი, 10 წლამდე ბავშვის გაშვილები-სას კი დადგენილია ზედა ზღვარი: დაუშვებელია მარცხი მალური ასაკობრივი სხვაობა 49 წელს აღემატებოდეს. თუმცა კანონი ორივე შემთხვევაში უშვებს გამონაკლისს, ბავშვის ინტერესების გათვალისწინებით. გამონაკლისი ეხება და ეს შემთხვევები არ მოქმედებს შვილად აყვანის უპირატესი უფლების მქონე პირის მიმართ.²

ბულგარეთის კანონმდებლობით მშვილებელი უნდა იყოს სულ მცირე 25 წლის, მშვილებელსა და ნაშვილებს შორის სხვაობა კი – მინიმუმ 15 წელი. ამასთან, მშვილებელი უნდა იყოს ჰეტეროსექსუალი დაქორწინებული წყვილი, თუმცა, მარტოხელა მშობელსაც შეუძლია ბავშვის შვილება, მაგრამ არსებობს შემთხვევები შვილად აყვანაზე გარკვეული დაავადებების მქონე პირთათვის. აგრეთვე მშვილებელი არ უნდა იყოს ნასამართლელი.³

ბავშვის უპირატესი ინტერესიდან გამომდინარე, ვფიქრობ, შვილად აყვანის საქმეებთან დაკავშირებით საქართველოს სამოქალაქო საპროცესო კოდექსი დახვეწას საჭიროებს იმ კუთხით, რომ უნდა დაინიშნოს გამოსაცდელი ვადა სასამართლოს საბოლოო გადაწყვეტილების გამომტანამდე. ევროპის არაერთ ქვეყანაშია დაწესებული გამოსაცდელი ვადა. მაგალითად, საფრანგეთში ეს ვადა შეადგენს 6 თვეს,⁴ იტალიაში – ერთ წელს.⁵ ამ გზით გაირკვევა, რამდენად შეძლებს პოტენციური მშვილებელი თავისი მოვალეობების შესრულებას, ასევე, რამდენად შეეწყობიან

ნაშვილები და პოტენციური მშვილებელი ერთმანეთს და სხვა.

თუ დაგუკვირდებით კონსტიტუციას, აქ რამდენიმე მუხლი შვილად აყვანას ეხება. მაგალითად, კონსტიტუციის მე-15 მუხლით უზრუნველყოფილია პირადი სფერო, რომელიც შვილად აყვანის საიდუმლოების დაცვასაც მოიაზრებს ერთ-ერთ ასპექტად. ამავე დროს, კონსტიტუციის 17-ე მუხლი აღიარებს ინფორმაციის მიღებისა და გავრცელების თავისუფლების ზოგად კონცეფციას, რომელიც დაკონკრეტული იყო სამოქალაქო კოდექსში 2017 წლის 4 მაისის ცვლილებამდე. კერძოდ, სსკ-ის 1263-ე მუხლი შეეხებოდა შვილად აყვანის შესახებ ცნობების შეკრებასა და გამოქვეყნების დაუშვებლობას მშვილებლის თანხმობის გარეშე, აგრეთვე პასუხისმგებლობის დაკისრებას იმ პირისთვის, რომელიც მშვილებლის ნება-სურვილის გარეშე გაამჟღავნებდა შვილად აყვანის ფაქტს.⁶ ამჟამად რადგან ეს ნორმა სამოქალაქო კოდექსიდან ამოღებულია, პირის ინტერესების დაცვის ერთ-ერთი ხერხი უნდა იყოს კონსტიტუციის ზოგადი ნორმის გამოყენება. კონსტიტუცია კონფიდენციალურად თვლის ისეთ ინფორმაციას, რომლის გავრცელებითაც შესაძლოა არსებითი ზიანი მიადგეს სახელმწიფოს თუ კერძო პირებს. თუმცა, ვინაიდან ინფორმაციის მიღების უფლება არაა აბსოლუტური, ის შეიძლება შეიზღუდოს კანონით გათვალისწინებულ შემთხვევებში. შვილად აყვანის დროს კი, ეს უფლება იზღუდება სხვათა უფლებების დაცვისა და კონფიდენციალური ინფორმაციის გამჟღავნების თავიდან აცილების მიზნით (საქართველოს კონსტიტუციის მე-9 მუხლი).⁷

ამასთან, კონსტიტუციის 18-ე მუხლი იცავს კონფიდენციალურ ინფორმაციას. შესაბამისად, ვინაიდან შვილად აყვანის საიდუმლოება, თავის მხრივ, მოიაზრებს

2 შენგელია, რ., 2001. 1239-ე მუხლის კომენტარი წიგნში: „სსკ-ის კომენტარი“, წიგნი მე-5, მთ. რედაქტორი: ჭანტურია ლ., თბილისი, გვ. 244-245.

3 საზღვარგარეთის ქვეყნებში შვილების დეტალების შესახებ იხ. <http://www.parliament.ge/ge/ajax/downloadFile/32431/Svilad_ayvana_sazRvargareTis_qveynebSi.inter_> [Last seen 5.03.2021].

4 კუხიანიძე, ქ., 2015. შვილად აყვანასთან დაკავშირებული ზოგიერთი პრობლემის შესახებ., თბ., 1-10 <<https://ejournals.atso.ge/BLSS2015/eJournal/Papers/KukhianidzeKetevan.pdf>> [Last seen 20.02.2021].

5 Bueren Van G. 1998. International Documents on children – Second Edition, London, 67.

6 საქართველოს სამოქალაქო კოდექსიდან 1263-ე მუხლი ამოღებულია 2017 წლის 4 მაისის ცვლილებით, №748-III.

7 ზოიძე, ბ., 2013. საქართველოს კონსტიტუციის კომენტარი თავი მეორე. საქართველოს მოქალაქეობა. ადამიანის ძირითადი უფლებანი და თავისუფლებანი, თბილისი, გვ. 276.

კონფიდენციალურ ცნობებს, კონსტიტუცი-
აც იცავს შვილად აყვანის საიდუმლოებას,
როგორც ერთ-ერთ კონფიდენციალურ
სფეროს. ასევე, კონსტიტუციის 30-ე მუხლის
მე-2 პუნქტით უზრუნველყოფილია დედათა
და ბავშვთა უფლებები, ასევე, კონსტიტუ-
ციით დაცულია ოჯახი და მისი კეთილდღე-
ობა. ეს ჩანაწერი ზოგადი ხასიათისაა და
ვინაიდან სახელმწიფო თანაბრად იღებს
ზრუნვის ვალდებულებას ყველა ოჯახზე,
შესაბამისად, იცავს კიდევ ყველა დედისა
და ბავშვის უფლებებს.⁸ მართალია, კონ-
სტიტუციაში ნახსენებია ტერმინები „დედა“,
„ბავშვი“ და „ოჯახი“, მაგრამ ისინი უნდა
მოიცავდეს ნაშვილებს, მშვილებელსაც და
მათ შორის წარმოშობილ საოჯახო ურთიე-
რთობებსაც⁹, რადგან სსკ-ის 1239-ე მუხლით
მშვილებლისა და ნაშვილების ურთიერთ-
ობა უთანაბრდება ბიოლოგიურ მშობელსა
და შვილს შორის ურთიერთობას.

ასევე, კონფიდენციალურ ინფორმაცი-
ას ეხება საქართველოს კონსტიტუციის 18-ე
მუხლი, რომლის მეორე პუნქტის თანახ-
მად, ოფიციალურ ჩანაწერებში არსებულ
ინფორმაციაზე ნებისმიერ პირს არ უნდა
მიუწვდებოდეს ხელი თვით ამ ადამიანის
თანხმობის გარეშე. აქ დაცული სიკეთეა
ადამიანის კერძო ცხოვრების ხელშეუხებ-
ლობა და პირადი მონაცემების საიდუმლო-
ება, რომელიც ეხება ძირითად უფლებას,
მოითხოვოს ოფიციალურ ჩანაწერებში მის
ჭანმრთელობასთან, ფინანსებსა და სხვა
კერძო საკითხებთან დაკავშირებით მონა-
ცემების დაცვა. ამ უფლებას შეესაბამება
სახელმწიფოს მოვალეობა, უზრუნველყოს
ასეთი მონაცემების ხელმიუწვდომლობა,
გარდა კონსტიტუციით დადგენილი გამო-
ნაკლისისა.⁷ ამდენად, ვინაიდან კერძო სა-
კითხი შვილად აყვანასაც უკავშირდება, ეს
მუხლიც შვილების საიდუმლოების დაცვის
გამოვლინებაა.

8 ქანთარია, ბ., 2013. საქართველოს კონსტიტუ-
ციის კომენტარი თავი მეორე. საქართველოს
მოქალაქეობა. ადამიანის ძირითადი უფლება-
ნი და თავისუფლებანი, თბილისი, გვ. 449.
9 ბიჭია, მ., 2019. ფაქტობრივი საოჯახო ურთი-
ერთობების სამართლებრივი მნიშვნელობა,
„სამართალი და მსოფლიო“, N11, გვ. 30.

შვილად აყვანის საიდუმლოების არსი სამოქალაქო სამართლის მიხედვით

შვილად აყვანა ყოველთვის დაფარული
იყო როგორც ბავშვისთვის, ისე საზოგადო-
ებისთვის. ამასთან, ხშირია შემთხვევები,
როდესაც შვილად აყვანის კონფიდენცი-
ალობის დაცვის მიზნით, ქალები ახდენენ
ფეხმძიმობისა და სამშობიაროდან განწე-
რის ფაქტის იმიტაციას, რათა თვით უახლო-
ესმა ნათესავებმაც კი არ იცოდნენ ბავშვის
შვილების თაობაზე.¹⁰ ასეთმა ფაქტებმა
პრაქტიკიდან ასახვა ჰპოვა თეორიაში,
რამაც გამოიწვია თავდაპირველად რო-
მანულ-გერმანულ სამართლის სისტემაში
ნორმების ჩამოყალიბება, ხოლო შემდგომ
საქართველოს კანონმდებლობაშიც დაი-
კავა თავისი ადგილი. დღევანდელი საქა-
რთველოს სამოქალაქო კანონმდებლობა
არეგულირებს როგორც შვილად აყვანის
შესახებ ცნობების გამოქვეყნების დაუშვებ-
ლობას, ისე ადგენს შვილების ფაქტის კონ-
ფიდენციალობის უზრუნველყოფის საშუ-
ალებებს.¹¹

საერთოდ, პირადი ცხოვრების უფლება-
ში მოიაზრება ადამიანის პირადი სფერო,
რომელშიც მას შეუძლია იცხოვროს ისე,
როგორც სურს და საჭაროობისგან დაცუ-
ლად.¹² შესაბამისად, შვილად აყვანის საი-
დუმლოების ცნების განსაზღვრისთვის უნდა
დადგინდეს, რა მოიაზრება კერძო ცხოვრე-
ბაში, რადგან შვილად აყვანის საიდუმლოე-
ბა მიიჩნევა კერძო ცხოვრების ელემენტად.
უფრო ზუსტად რომ ითქვას, კერძო ცხო-
ვრება ფართო ხასიათისაა და მასში შედის
ინტიმური, ქონებრივი, საოჯახო და სხვა

10 Григорьева, А. Г., 2014. Проблемы обеспечения
тайны усыновления ребенка. Экономика. Право.
Печать. Вестник КСЭИ. №1(16), 37-43.
11 მამულაშვილი, მ., 2014. შვილად აყვანა (შედა-
რებით-სამართლებრივი ანალიზი), დისერტა-
ცია, თბილისი, გვ. 23.
12 საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სამო-
ქალაქო, სამეწარმეო და გაცოტრების საქმეთა
პალატის 2003 წლის 24 აპრილის გადაწყვეტი-
ლება (3კ/1240-02).

სფეროები. საიდუმლო ინფორმაცია, თავის მხრივ, ხელშეუხებელ ინფორმაციასაც გულისხმობს. პირადი ცხოვრება კი შეიძლება ჩაითვალოს საიდუმლოებათა ერთობლიობად, სადაც შვილად აყვანის საიდუმლოებას ერთ-ერთი უმნიშვნელოვანესი ადგილი უჭირავს. ამიტომ შვილად აყვანის საიდუმლოება პირად ცხოვრების შემადგენელი ნაწილია.¹³ ესაა სწორედ სფერო, რომელიც არ არის საჯარო და გამოხატება არასაჯარო საწყისებზე აგებულ ურთიერთობის თავისუფლებაში,¹⁴ სადაც პირების ან სოციალური ინსტიტუტების მხრიდან მართლსაწინააღმდეგო ჩარევა დაუშვებელია.¹⁵

კანონმდებელმა რომ დაიცვას პირი კერძო ცხოვრების დარღვევისგან, შეიმუშავა კონკრეტული მუხლები, რომლებიც ზოგადად იცავს პირად ცხოვრებას. ეს მუხლები გვხვდება როგორც კონსტიტუციაში, ისე საქართველოს კანონით „შვილად აყვანასა და მინდობით აღზრდის შესახებ“, ასევე სსკ-ის 1263-1264-ე მუხლები ეხებოდა შვილად აყვანის საიდუმლოების დაცვას, მაგრამ 2017 წლის საკანონმდებლო ცვლილებები ამ მუხლებსაც შეეხო და სრულად იქნა ამოღებული. სავარაუდოდ, ეს გამოწვეული იყო კერძო ცხოვრების კონსტიტუციის დაცულობის მაღალი სტანდარტით და იმით, რომ 2017 წლის „შვილად აყვანასა და მინდობით აღზრდის შესახებ“ კანონი უფრო აკოკრეტებს შვილად აყვანის საიდუმლოების ცნებას და სუბიექტთა წრეს. შესაბამისად, სამოქალაქო კოდექსში დასახელებული მუხლების დატოვების აუცილებლობა არ იყო.

შვილად აყვანის საიდუმლოება რომ არ იქნეს დარღვეული, დაცული უნდა იყოს ისეთი ინფორმაცია, რომელიც წარმოადგე-

ნს პირად მონაცემებს და ჩანაწერებს ბიოლოგიურ მშობელზე, დაბადების ნამდვილ ადგილსა და თარიღზე. კონფიდენციალური ინფორმაციის უზრუნველყოფის საშუალებები შეიძლება გამოიხატოს შემდეგ მოქმედებებში: მშვილებლის თხოვნით ნაშვილები ბავშვის დაბადების ადგილის, თვისა და რიცხვის შეცვლაში. ეს წესი მშვილებელს აძლევს შესაძლებლობას, დაბადების აქტის ჩანაწერში მიეთითოს ნაშვილების ადრინდელი გვარი და სახელი.¹⁶ ისინი აერთიანებს ისეთ მონაცემებს, რომელთა დახმარებითაც შეიძლება ფიზიკური პირის (ნაშვილების) იდენტიფიკაცია და, შესაბამისად, მათი სათანადოდ შენახვა კონფიდენციალობის დაცვას უზრუნველყოფს.¹⁷ დღეს კანონი „შვილად აყვანასა და მინდობით აღზრდის შესახებ“ ადგენს, რომ დაბადების თარიღად შეიძლება მითითებულ იქნეს ნებისმიერი თარიღი.¹⁸ აქვე კარგი იქნება, კანონით განისაზღვროს, რა ვადით ინახება ნაშვილების შეცვლილი მონაცემები.

ნაშვილების დაბადების ადგილის და თარიღის შეცვლა ხდება მხოლოდ გამონაკლისი წესით და ის უნდა იყოს შვილად აყვანის საიდუმლოების დაცვის ერთ-ერთი უძირითადესი გარანტი, ეს უნდა იქნეს აღნიშნული სასამართლო გადაწყვეტილებაშიც. თუმცა მონაცემების შეცვლა არ ნიშნავს ნამდვილი მონაცემების განადგურებას. რეგისტრაციის წიგნში, სადაც გაკეთებული ჩანაწერით შვილად აყვანის ფაქტი დასტურდება, მიეთითება დაბადების ნამდვილი ადგილი და თარიღი. თუმცა

13 ბიჭია, მ., 2012. პირადი ცხოვრების დაცვა საქართველოს სამოქალაქო სამართლის მიხედვით, თბილისი, გვ. 74.

14 Петрухин, И., 1989. Личная жизнь, пределы вмешательства, М., 7-8.

15 ბიჭია, მ., 2016. შვილად აყვანის საიდუმლოების სამოქალაქო სამართლებრივი დაცვა (თეორიის და პრაქტიკის ანალიზი), გორის სახელმწიფო სასწავლო უნივერსიტეტის მეშვე საერთაშორისო სამეცნიერო კონფერენციის მასალები: „განათლება XXI საუკუნეში“, გორი, გვ. 351.

16 საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის 1264-ე მუხლის (საქართველოს 2017 წლის 4 მაისის ცვლილება, №748-III) შესახებ იხ. ჭანტურია ლ. 2000. საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის კომენტარი, წიგნი მე-5, საოჯახო და მეშვიდე დრეობის სამართალი, თბილისი, გვ. 281.

17 პერსონალურ მონაცემთან დაკავშირებით ბიჭია, მ., 2017. პერსონალური მონაცემების კერძო სამართლებრივი დაცვის პრობლემა ინტერნეტსამყაროში, VIII საერთაშორისო სამეცნიერო პრაქტიკული კონფერენციის „ინტერნეტი და საზოგადოება“ მასალები, ქუთაისი, გვ. 35-42.

18 საქართველოს კანონი „შვილად აყვანასა და მინდობით აღზრდის შესახებ“, №885, 04/05/2017

შვილად აყვანის საიდუმლოების შემცველი ინფორმაცია შესაძლოა გამჟღავნდეს. ეს დამოკიდებულია მშვილელის თხოვნაზე (თუ ნაშვილებს 18 წელი არ შესრულებია), ან ნაშვილების ნებაზე (თუ ის სრულწლოვანი გახდა). კანონით დაიშვება ნაშვილების ნამდვილი მონაცემების აღდგენაც. არასრულწლოვანი ნაშვილებისას, მშობლის თანხმობასთან ერთად, აუცილებელია 10 წელს მიღწეული პირის თანხმობაც.¹⁹ შვილად აყვანის მონაცემების გამოაშკარავებამ შეიძლება გამოიწვიოს ნაშვილების მორალურ-ფსიქიკური ტრავმა. ამიტომ ამ საიდუმლოების ფაქტის დაცულობას დიდი მნიშვნელობა აქვს.

დღესდღეობით საქართველოს კანონის „შვილად აყვანისა და მინდობით აღზრდის შესახებ“ 65-ე მუხლის მე-2 ნაწილი ადგენს, რომ შვილად აყვანის პროცედურაში მონაწილე ნებისმიერმა პირმა უნდა შეინახოს საიდუმლოდ შვილად აყვანის პროცედურის განხორციელების ნებისმიერ ეტაპზე მიღებული ინფორმაცია.²⁰ ამასთან, პირადი ცხოვრების საიდუმლოების სფეროში შეჭრა დასაშვებია მშვილელის მხრიდან, თუ შვილებამდე მან მიიღო ბავშვის პირად მონაცემებზე ინფორმაცია. ასევე, ნაშვილებს შეუძლია თვითგამორკვევის მიზნით მონაცემების მოძიება, თუ მან მიიღო ბიოლოგიური მშობლების თანხმობა. მაგრამ არსებობს შეზღუდვა, რომელიც გულისხმობს თანხმობის აუცილებლობას მშვილელისა და ბიოლოგიური მშობლებისა. ნაშვილებს სააგენტო არ მიაწვდის მისი მშობლების მაიდენტიფიცირებელ მონაცემებს, თუ არსებობს ბიოლოგიური მშობლების წინააღმდეგობა ამის შესახებ. ასევე, თუ თავიდანვე არ სურდა ბიოლოგიურ მშობელს თავისი მაიდენტიფიცირებელი მონაცემების გამჟღავნება მომავალში და ამის შესახებ უარი განაცხადა.²¹

19 ბიჭია, მ., 2012. პირადი ცხოვრების დაცვა საქართველოს სამოქალაქო სამართლის მიხედვით, თბილისი, გვ. 284.
20 საქართველოს კანონი „შვილად აყვანისა და მინდობით აღზრდის შესახებ“, მუხლი 65. 746-III, 21.05.2020
21 იქვე.

შვილად აყვანის საიდუმლოების უზრუნველსაყოფად მსოფლიოს თითქმის ყველა ქვეყანაში შვილად აყვანის შესახებ სასამართლო განხილვები მიმდინარეობს დახურულ სხდომებზე. საქართველოს კანონი „შვილად აყვანისა და მინდობით აღზრდის შესახებ“ 61-ე მუხლის მე-10 პუნქტის თანახმად, შვილად აყვანის საქმე დახურულ სხდომაზე უნდა იქნეს განხილული, გამოწვევისა მხარეების მოთხოვნა – საქმე განხილულ იქნეს ღია სხდომაზე. ანალოგიური ჩანაწერია ასევე უკრაინის ქორწინებისა და საოჯახო კოდექსში, თუმცა 95-ე მუხლი აწესებს გამონაკლისსაც: აქ შვილების საიდუმლოება არ ვრცელდება უცხოელი მოქალაქეების მიერ გაშვილების შემთხვევაზე.²²

ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს პრაქტიკა და ბავშვის უფლებათა კოდექსი

ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლო ნათლად მიუთითებს, რომ ბავშვთან დაკავშირებული ნებისმიერი გადაწყვეტილება უნდა იქნეს მითებული ისე, რომ გადაწყვეტი მნიშვნელობა მიენიჭოს ბავშვის საუკეთესო ინტერესებს.²³ გადაწყვეტილების მისაღებად უმთავრესი უნდა იყოს ბავშვის საუკეთესო ინტერესები.²⁴

აქვე ევროპული სასამართლო ურთიერთდაპირისპირებულ ინტერესთა შორის კონფლიქტის გადაწყვეტისას მიიჩნევს, რომ უნდა იყოს დაცული სამართლიანი ბალანსი და პრინციპი ბავშვის საუკეთესო ინტერესიდან გამომდინარე.²⁵

22 Буянова, Е. В. 2013. Процедура усыновления по законодательству зарубежных стран. Оренбург, 94-95
23 ECtHR, Krisztian Barnabas Toth v. Hungary, 12 February 2013, no. 48494/06; ECtHR, Cristescu v. Romania, 10 January 2012, no. 13589/07.
24 ECtHR, J. v. Norway, 7 August 1996, no. 17383/90.; ECtHR, Kearns v. France, 10 January 2008, no. 35991/04. Third Section.
25 ECtHR, Mennesson v. France, 26 June 2014, no 65192/11.

გარდა ბავშვის საუკეთესო ინტერესებისა, შვილად აყვანის კონტექსტში გასათვალისწინებელია ბავშვის უფლებების დაცვის სხვა პრინციპებიც:²⁶ დისკრიმინაციის აკრძალვა, სიცოცხლის, გადარჩენისა და განვითარების უფლება, ბავშვის მოსაზრების პატივისცემის უფლება.²⁷ ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლო ადგენს, რომ შვილად აყვანის დროს აკრძალულია დისკრიმინაცია, კერძოდ, აუცილებელია ევროპული კოვენციის მე-14 მუხლის მოთხოვნის დაცვა, ამ პირობებში კი შვილად აყვანი უფლების ჩამორთმევა უნდა იყოს განხილული კონვენციის მე-14 და მე-8 მუხლების ერთობლიობით. საქმეზე „Schwizgebel v. Switzerland“, განმცხადებელი დავობდა, რომ მის მიმართ განხორციელდა დისკრიმინაცია ასაკის გამო, რადგან მასა და შვილად ასაყვან ბავშვს შორის არსებობდა დიდი ასაკობრივი სხვაობა, ევროპულმა სასამართლომ აღნიშნა, რომ სახელმწიფოს მხრიდან ზედა და ქვედა ასაკობრივი ზღვარის არსებობა არის დისკრეტული უფლებამოსილება, რაც გამომდინარეობს ბავშვის საუკეთესო ინტერესებიდან და არ წამოადგენს პროპორციულობის პრინციპის დარღვევას. ამდენად, სასამართლომ გაარკვია, რომ ასეთი განსხვავებული მოპყრობა არ იყო კონვენციის მე-14 მუხლის ქრილში დისკრიმინაციული ხასიათის.²⁸

საინტერესოა ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს პრაქტიკა ერთნაირსქესიანთა შვილად აყვანის შესახებ, კერძოდ, საქმეზე „Gas and Dubois v. France“ განმცხადებლები წარმოადგენდნენ ერთნაირსქესიან წყვილს, რომლებიც რეგისტრირებული იყვნენ როგორც სამოქალა-

ქო პარტიორები. ამიტომ სასამართლომ განმარტა, რომ მათი მდგომარეობა არსებითად განსხვავდებოდა ქორწინებაში მყოფი წყვილების მდგომარეობისგან, ასევე, ფაქტებიდან გამომდინარე, არ დაფიქსირებულა განსხვავებული მოპყრობა სექსუალური ორიენტაციის საფუძველზე და არ შელახულა განმცხადებლის უფლებები.²⁹

აღსანიშნავია საერთაშორისო გაშვილების შესახებ დებულებები, რომელიც მოცემულია გაეროს 1989 წლის კონვენციაში „ბავშვთა უფლებების შესახებ“. ბავშვთა უფლებების კონვენციის 21-ე მუხლის თანახმად, სახელმწიფოების მიერ აღიარებულია შვილად აყვანის სისტემის არსებობა, ასევე აღიარებულია საერთაშორისო გაშვილება, კერძოდ, შვილად აყვანა სხვა ქვეყანაში შესაძლოა განხილულ იყოს, როგორც ბავშვის მოვლის ალტერნატიული საშუალება, ამ გაშვილებას უნდა ერთვოდეს წინაპირობები, რომელიც მოცემულია კონკრეტულ მუხლში. ასევე ჩამოთვლილია ის იმპერატიული მოთხოვნები, რომელიც აუცილებლად დაცული უნდა იყოს ყველა წევრი სახელმწიფოს მიერ და შიდა კანონმდებლობა, რომელიც ეხება საერთაშორისო გაშვილებას, უნდა შეესაბამებოდეს გაეროს „ბავშვის უფლებათა კონვენციის“ 21-ე მუხლს.³⁰

შვილად აყვანის საიდუმლოების დაცვის კერძო სამართლებრივი ხერხები

შვილად აყვანის საიდუმლოების გამჟღავნებამ შეიძლება გამოიწვიოს პირადი ცხოვრების შელახვა, უფლებებისა თუ გაშვილებულისა და მშვილებლის სულიერი მდგომარეობის დარღვევა,³¹ რაც შესაძლოა, გამოიხატოს გაშვილებულის ცხო-

26 ლურსმანაშვილი, ლ., ბობიძე, მ., 2020. ბავშვის უფლებების ევროპული სამართლის სახელმძღვანელო. თბილისი, გვ. 89.

27 CRC, Arts 2, 3, 6 and 12. იხ. ასევე გაეროს ბავშვთა უფლებების კომიტეტი 2010. Treaty-specific guidelines regarding the form and content of periodic reports to be submitted by States Parties under Article 44, paragraph 1 (b), of the Convention on the Rights of the Child, UN Doc. CRC/C/58/Rev.2, 2010, par. 23-27.

28 ECtHR, Schwizgebel v. Switzerland, 10 June 2010, no 25762/07.

29 ECtHR, Gas and Dubois v. France, 15 March 2012, no 25951/07.

30 ბავშვის უფლებების კონვენცია. 1989, მუხლი 21,
31 ბიჭია, მ., 2012. პირადი ცხოვრების დაცვა საქართველოს სამოქალაქო სამართლის მიხედვით, თბილისი, გვ. 285.

ვრებისა და პიროვნების ხელყოფაში.³² ამდენად, შვილად აყვანის საიდუმლოების დაცვისთვის უნდა განისაზღვროს, თუ რა მოცულობითა და ფორმით არის დაცული კერძო ცხოვრება საქართველოს კანონმდებლობით. ეს საკითხი კი უნდა განვიხილოთ დელიქტური პასუხისმგებლობის ქრილში.³³

საქართველოს კანონი „შვილად აყვანისა და მინდობით აღზრდის შესახებ“ 65-ე მუხლის პირველ პუნქტში აკეთებს ზოგად დათქმას, რომ შვილად აყვანის საიდუმლოების გამჟღავნება იწვევს საქართველოს კანონმდებლობით დადგენილი წესით პასუხისმგებლობას. ბავშვისთვის მორალური ზიანის თავიდან ასაცილებლად კანონმდებელი აწესებდა შეზღუდვას, რომლითაც კანონის მიზანი იყო, აღეკვეთა შვილად აყვანის შესახებ ცნობების გამოქვეყნების დაუშვებლობა.³⁴

როდესაც კერძო ცხოვრებას და პირად საიდუმლოებას ექმნება საფრთხე, ხდება როგორც მორალური ზიანის, ისე მატერიალური ზიანის მიყენება. შვილად აყვანის საიდუმლოების უზრუნველსაყოფად, აუცილებელია პირადი ცხოვრების დამცავი კერძოსამართლებრივი ნორმების გამოყენება, რათა შვილად აყვანის საიდუმლოების დარღვევას მოჰყვეს გარკვეული სანქციები, დაზარალებული აღსდგეს უფლებებში და ზიანი ანაზღაურდეს ზიანის, ქმედების მართლწინააღმდეგობის, ამ ქმედებასა და შედეგს შორის მიზეზობრივი კავშირის, ბრალის კუმულაციურად არსებობისას. თუ შვილად აყვანის საიდუმლოების ხელყოფას აქვს ღირებულებითი ფორმა,

წარმოიშობა ქონებრივი ზიანი,³⁵ შეიძლება გამოიხატოს დაზიანებული ქონების ღირებულების შემცირებაში ან მის დაკარგვაში, სარგებლობის ხელიდან გაშვებაში.³⁶ თუმცა, თუ ფულადი ფორმით ვერ გადმოიცემა, წარმოიშობა არაქონებრივი ზიანი.³⁷ ეს მეტად მნიშვნელოვანი ზიანია, ვინაიდან გულისხმობს არამართლზომიერი მოქმედებით გამოწვეულ სულიერ და ფიზიკურ ხელყოფას, რომელსაც ფულადი ეკვივალენტი ვერ მოეძებნება. კერძო სფეროში შექრით წარმოშობილი მორალური ზიანის დადგომა მძიმე შედეგებთანაც არის დაკავშირებული.³⁸

ამდენად, გასაზიარებელია მოსაზრება, რომლითაც შვილად აყვანის საიდუმლოება რომ იყოს დაცული კერძოსამართლებრივი დაცვის ფორმებით, უნდა ჩაერთოს პირადი ცხოვრების დამცავი სამოქალაქო სამართლებრივი ნორმები. შვილად აყვანის სუბიექტებს, რომლებსაც აქვთ შვილად აყვანის საიდუმლოების დაცვის უფლება, უნდა შეეძლოთ ქონებრივი და არაქონებრივი ზიანის კომპენსირება. ამასთან, უნდა იყოს დაცული როგორც კონსტიტუციით, ისე საერთაშორისო ნორმებით დადგენილი სტანდარტები: კერძოდ, ადამიანის უფლებათა ევროპული კონვენციის მე-8 მუხლი და ბავშვის უფლებათა კონვენციის გამოკვეთს ბავშვის უპირატეს ინტერესს. ამ კანონმდებლობით შვილად აყვანის საიდუმლოების დაცვა უფრო ეფექტური იქნება სამოქალაქო პასუხისმგებლობის ფუნქციების – კომპენსაციის, სატისფაქციისა

32 შენგელია, რ., შენგელია ე. 2011. საოჯახო სამართალი (თეორია და პრაქტიკა), თბ., 325.

33 ბიჭია, მ., 2016. შვილად აყვანის საიდუმლოების სამოქალაქოსამართლებრივი დაცვა (თეორიის და პრაქტიკის ანალიზი), გორის სახელმწიფო სასწავლო უნივერსიტეტის მერვე საერთაშორისო სამეცნიერო კონფერენციის მასალები: „განათლება XXI საუკუნეში“, გორი, გვ. 354.

34 იხ. ჭანტურია ლ., საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის კომენტარი, წიგნი მე – 5, საოჯახო და მემკვიდრეობის სამართალი, თბ., 2000, გვ. 280.

35 ქონებრივ ზიანთან დაკავშირებით იხ. ჩიკვაშვილი შ. 2001. სსკ. 992-ე მუხლი, სსკ-ის კომენტარი, წიგნი მე-4, ტომი მე-2, თბილისი, გვ. 380.

36 ქონებრივი ზიანის შესახებ იხ. იაჩკოვი კ. 1947. ზიანის მიყენებით წარმოშობილი ვალდებულებანი (თარგმნა გ.დოლიძემ) თბილისი, გვ. 8. ნინიძე, თ., 1978. მორალური ზიანი სამოქალაქო სამართალში, ჟურნ. „საბჭოთა სამართალი“, თბილისი, გვ. 45.

37 ბიჭია, მ., 2016. შვილად აყვანის საიდუმლოების სამოქალაქოსამართლებრივი დაცვა (თეორიის და პრაქტიკის ანალიზი), გორის სახელმწიფო სასწავლო უნივერსიტეტის მერვე საერთაშორისო სამეცნიერო კონფერენციის მასალები: „განათლება XXI საუკუნეში“, გორი, გვ. 355.

და პრევენციის – მისაღწევად, რაც უმნიშვნელოვანესია შვილად აყვანის საიდუმლოების ქმედითი დაცვისთვის.³⁹

ეს საკითხი არაერთგვაროვნადაა მონესრიგებული კონტინენტური ევროპისა და საერთო სამართლის ქვეყნებში. მაგალითად, გერმანიაში დაუშვებელია მშვილელისა და ბავშვის თანხმობის გარეშე შვილად აყვანის საიდუმლოების შემცველი ფაქტების გამჟღავნება, გარდა იმ შემთხვევებისა, როდესაც განსაკუთრებული საფუძვლებიდან გამომდინარე ამას ითხოვს საჯარო ინტერესი.⁴⁰ შვილად აყვანის საიდუმლოება კონტინენტური ევროპის ქვეყნებში ერთმნიშვნელოვნად დაცულია და მისი ხელყოფისას გათვალისწინებულია სისხლისსამართლებრივი პასუხისმგებლობა. საერთო სამართლის სისტემის ქვეყნებში კი შვილად აყვანის ფაქტის გაუხმაურებლობა არ ისტება კანონით, ეს მონაცემები ღიაა არა მხოლოდ ამ სამართლებრივი ურთიერთობის მონაწილისთვის, არამედ სხვა პირებისთვისაც.⁴¹

საინტერესო მიდგომაა საფრანგეთში შვილად აყვანის კოფიდენციალობასთან დაკავშირებით. კერძოდ, საფრანგეთის სამოქალაქო კოდექსის 1748-ე მუხლი კრძალავს იმ საკითხების გამოკვლევას, რომლებსაც შეუძლია გამოაშკარავოს შვილად აყვანის ფაქტები მშვილელელთა ან ბავშვთა თანხმობის გარეშე, მაგრამ მონაცემების გადაცემა შეიძლება, თუ არ არსებობს საჯარო ინტერესი. ასევე საფრანგეთში მხოლოდ ადმინისტრაციას, მშვილელელს, ბავშვის კანონისმიერ წარმომადგენლებს და თავად 16 წელს მიღწეულ ბავშვს შეუძლია გაეცნოს მასზე არსებულ ინფორმაციას გაშვილებასთან დაკავშირებით.⁴²

დიდ ბრიტანეთში ნაშვილებს მხოლოდ 18 წლიდან აქვს უფლება, გაეცნოს მასზე არსებულ ინფორმაციას შვილების შესა-

ხებ, ნახოს თავისი დაბადების მოწმობა, რომელშიც აღნიშნულია შვილების ფაქტი და დასახელებულია ბიოლოგიური მშობლების ვინაობა. ასევე ნაშვილებს შეუძლია გამოიყენოს კონტაქტური რეესტრი ბიოლოგიური მშობლების ან ნათესავების შესახებ ინფორმაციის მისაღებად, რომელიც ყოველთვის ახლდება ამ კონტაქტური სისტემის ეფექტურობისთვის. რაც შეეხება შოტლანდიას, აქ გვხვდება განსხვავებული ასაკი, კერძოდ, ნაშვილებს 16 წლის ასაკიდან აქვს უფლება თავისი დაბადების მოწმობისა და რეესტრში არსებული ინფორმაციის გაცნობის.⁴³

ღია და ნახევრად დახურული შვილად აყვანა

ღია შვილად აყვანა – შვილად აყვანის ალტერნატიულ ფორმებად განიხილება ღია და ნახევრად დახურული შვილად აყვანა, რაც ნოვაციას წარმოადგენს კანონმდებლობისთვის. შვილად აყვანა თავისი ისტორიიდან გამომდინარე ყოველთვის დახურულ ფაქტს წარმოადგენდა, ამ მოვლენამ ასახვა ჰპოვა რომანულ-გერმანულ სამართლის სისტემის ქვეყნებში. საქართველოს კანონმდებლობაც ამ მხრივ მყარად იცავს, როგორც შვილად აყვანის შესახებ ცნობების გამოქვეყნების დაუშვებლობას, ასევე მისი უზრუნველყოფის საშუალებებსაც. მაგრამ აშშ-ისა და კანადის საკანონმდებლო პრაქტიკა ნელ-ნელა იჭრება რომანულ-გერმანული სამართლის სისტემაშიც, რაც გულისხმობს მშვილელელებსა და ბიოლოგიურ მშობლებს შორის კონტაქტს შვილად აყვანის შემდგომ. ასევე აქტუალურია, როდესაც მშვილელის მიერ ხორციელდება ბავშვისთვის შვილების ფაქტის არა მხოლოდ გამხელა მცირეწლოვან ასაკში, ან აყვანისთანავე, არამედ მის ბიოლოგიურ მშობლებზე ინფორმაციის მიწოდება, რაც გულისხმობს იმას, რომ ბავშვმა თავიდანვე იცის, ვინ

39 იქვე.

40 გერმანიის სამოქალაქო კოდექსი, მუხლი 1758.

41 ნადიბაიძე, ლ., 1998. შვილად აყვანის სამართლებრივი პრობლემები, საკანდიდატო დისერტაცია. თბილისი, გვ. 87.

42 Senat, Proposition de loi relative à l'adoption. www.senat.fr [Last seen 9.03.2021]

43 Human Rights and Adopted Children. www.abouthumanrights.co.uk [Last seen 9.03.2021]

არიან მისი ნამდვილი ბიოლოგიური მშობლები და მათი სურვილისამებრ, შეუძლია მათთან კონტაქტის დამყარება. ასევე შესაძლებელია, ჩამოყალიბდეს სხვადასხვა ფორმის კონტაქტი, რომლის მაგალითსაც წარმოადგენს ფოტოს გაცვლა სააგენტოს მეშვეობით, მშვილებლებსა და ბიოლოგიურ მშობლებს შორის, რა დროსაც ბავშვმა შვილების ფაქტის შესახებ არაფერი იცის,⁴⁴ ასევე შესაძლოა განხორციელდეს ინფორმაციის გაცვლა, ოჯახში სტუმრობა და სხვა, რაც წარმოადგენს ღია შვილად აყვანის დამახასიათებელ ელემენტებს.

ღია შვილების მთავარ მახასიათებელს წარმოადგენს ის, რომ ბიოლოგიურმა მშობლებმა და მშვილებლებმა იციან ერთმანეთის ვინაობა. ასევე აღსანიშნავია, რომ ღია შვილების დროს, ბიოლოგიურ დედას თავისი სურვილისამებრ შეუძლია აარჩიოს ოჯახი და მშვილებელი. ბიოლოგიური მშობლები და მშვილებელი უშუალოდ, პირდაპირ უკავშირებიან ერთმანეთს და თავად განსაზღვრავენ ურთიერთობის ფარგლებს.⁴⁵

ამ დროს შესაძლოა წარმოიშვას ერთი პრობლემა, რაც გულისხმობს ბავშვით ვაჭრობას, რაც, სამწუხაროდ, დღევანდელ რეალობაში ხშირად ხორციელდება, ვაჭრობის ობიექტს კი წარმოადგენს ბავშვი, რომლის დროსაც ბიოლოგიური დედა ითხოვს გარკვეულ თანხას თავისი შვილის სანაცვლოდ, ან უწესებს მშვილებლებს გარკვეული სახის პირობებს, რომლის დარღვევის შემთხვევაში, ხორციელდება მუქარა ამ საიდუმლოს გამხელის და სხვა. ამ შემთხვევაში, იმის გარდა, რომ ირღვევა როგორც სამოქალაქო-სამართლებრივი ნორმები (კონფიდენციალობის დაცვა და სხვა), ასევე სისხლის სამართლის და საერთაშორისო ნორმების დარღვევასთანაც გვაქვს საქმე.

ამიტომ, ვფიქრობ, უმჯობესია ღიაობაც მოექცეს გარკვეულ ჩარჩოებში, რათა არ მოხდეს ბავშვთა უფლებების შელახვა და შვილად აყვანამ არ წარმოშვას ადა-

მიანიისთვის, კერძოდ, ბავშვით ვაჭრობის (ტრეფიკინგის) საფრთხე. აქვე უნდა აღინიშნოს, რომ შვილად აყვანის ფაქტის ბოლომდე გასაიდუმლოება ხშირად ვერ ხერხდება. ამის გამო ნაშვილები არასრულწლოვანი ან თუნდაც სრულწლოვანი ამის შესახებ იგებს გარეშე მესამე პირებისგან, რასაც შესაძლოა სავალალო შედეგი გამოიწვიოს, როგორცაა: აგრესია, დეპრესია, საკუთარ თავთან ჩაკეტილობა, გაუცხოება და სხვა. ამიტომ გადაჭრით რომელიმე ფორმისთვის უპირატესობის მინიჭება ვერ იქნება სწორი, რადგან ორივე ფორმას აქვს თავისი დადებითი და უარყოფითი მხარეები. ვფიქრობ, რომ ინდივიდუალური მიდგომის გათვალისწინება იქნება ყველაზე უფრო მისაღები ბავშვის ინტერესების დასაცავად.

ნახევრად დახურული შვილად აყვანა – ღია და დახურულ ფორმებთან ერთად, თანამედროვე საზოგადოებაში გამოიყოფა ნახევრად დახურული შვილად აყვანა, რაც შუალედური რგოლის ფუნქციას ასრულებს. ის ამ ორ უკიდურესს ფორმას შორის გამავალი შუა ლერძია, რაც შედარებით ნეიტრალურია ორ რადიკალურად განსხვავებულ შემთხვევაში. ნახევრად დახურული შვილების მახასიათებელი და განმასხვავებელი ნიშანი არის იმ სპეციფიკური უფლებამოსილი ორგანოების, ან პირების არსებობა, რომლებიც აკავშირებენ მშვილებლებსა და ბიოლოგიურ მშობლებს, ისინი დამაკავშირებელი რგოლის ფუნქციას ასრულებენ.⁴⁶ ნახევრად დახურული შვილების მთავარ მახასიათებელს წარმოადგენს ის ფაქტი, რომ ამ დროს ხდება მხოლოდ ზოგადი ინფორმაციის გაცვლა მშვილებლებსა და ბიოლოგიურ მშობლებს შორის, რომელიც არ შეიცავს მშვილებლებისა და მშობლების მაიდენტიფიცირებელ მონაცემებს და გამორიცხავს სხვა რაიმე ფორმით კომუნიკაციას თუ ინფორმაციის მიწოდებას.

ამ ფორმის დროს უპირატესობა ენი-

44 მამულაშვილი, მ., 2014. შვილად აყვანა (შედარებით-სამართლებრივი ანალიზი), დისერტაცია, თბილისი, გვ. 52.

45 იქვე.

46 მამულაშვილი, მ., 2014. შვილად აყვანა (შედარებით-სამართლებრივი ანალიზი), დისერტაცია, თბილისი, გვ. 56.

ჭება დაინტერესებულ მხარეთა ინტერესებს, უპირველესია მათი შეთანხმება, რომელიც პირდაპირ კომუნიკაციას კრძალავს, მაგრამ ჩვეულებრივ მოვლენას წარმოადგენს ფოტოების გაგზავნა, წინასწარ განსაზღვრული ინფორმაციის გაზიარება პერიოდულობით და სხვა, მაგრამ გვარების, ტელეფონის ნომრების და მისამართის გაცვლა ხშირად არ ხორციელდება. ასევე, ნახევრად დახურული შვილად აყვანის ერთ-ერთ ძირითად თავისებურებას წარმოადგენს მესამე პირთა მონაწილეობა, რომლებიც არიან: სააგენტოები, ადვოკატები თუ სხვა შუამავალი პირები.⁴⁷

დასკვნა

ამდენად, შვილად აყვანის საიდუმლოებას თავისი საწყისები აქვს კონსტიტუციაში პირადი ცხოვრებისა და კონფიდენციალური ინფორმაციის დაცვის უფლებების სახით. ამჟამად სსკ-იდან ამოღებულია 1263-ე და 1264-ე მუხლები, რომლებიც შვილების კონფიდენციალობის დაცულობას ეხებოდა, მაგრამ, ვფიქრობ, ის უზრუნველყოფილია კონსტიტუციით ამ უფლებათა დაცულობის მაღალი სტანდარტით. შესაბამისად, შვილად აყვანის კონფიდენციალობის დაცვის მიზნით კარგი იქნება მის მიმართ კონსტიტუციური სტანდარტის გამოყენება.

ამასთან, კონსტიტუციით გამყარებულ ამ დებულებებს აზუსტებს კანონის „შვილად აყვანასა და მინდობით აღზრდის შესახებ“ 65-ე მუხლი; ის ფაქტობრივად იმეორებს იდეას, რომელიც სამოქალაქო კოდექსის ამოღებულ მუხლებში არსებობდა შვილად აყვანის საიდუმლოების დაცვასთან დაკავშირებით. ამავ დროს, კანონის „შვილად აყვანასა და მინდობით აღზრდის შესახებ“ 65-ე მუხლის მეორე პუნქტი აკონკრეტებს სუბიექტთა წრეს, რომელსაც შეიძლება შეეხოს პასუხისმგებლობა ამ საიდუმლოების გამჟღავნებისას, ხოლო პირველი პუნქტი შეიცავს ზოგად დათქმას

შვილად აყვანის საიდუმლოების გამჟღავნებისთვის კანონმდებლობით დადგენილი წესით პასუხისმგებლობის თაობაზე. შესაბამისად, სპეციალურ კანონში არსებული ამ ჩანაწერის გამო, სამოქალაქო კოდექსში არ იყო იგივე შინაარსის მატარებელი მუხლების დატოვების აუცილებლობა.

საქართველოს სამოქალაქო კანონმდებლობისა და ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს პრაქტიკის ანალიზიდან ჩანს, რომ შვილად აყვანის კონფიდენციალობა ადამიანის კერძო სფეროში შედის, რის გამოც ამ სივრცეში შეღწევა დაუშვებელია და მისი დაცვა გარანტირებულია, გარდა საქართველოს კონსტიტუციისა, საერთაშორისო ხელშეკრულებითა და ეროვნული კანონმდებლობით. ამასთან, დადგინდა, რომ შვილად აყვანის საიდუმლოება განიხილება ცხოვრების კერძო სფეროს შემადგენელ ნაწილად. ამიტომ გასაზიარებელია იურიდიულ ლიტერატურაში აღნიშნული მოსაზრება, რომ შვილად აყვანის საიდუმლოების დასაცავად ლოგიკურად უნდა იყოს პირადი ცხოვრების დამცავი კერძოსამართლებრივი ნორმებიც გამოყენებული. ეს გულისხმობს კონფიდენციალობის ხელყოფის საფრთხის ან შელახვის დროს როგორც ქონებრივი, ისე არაქონებრივი ზიანის ანაზღაურების მოთხოვნების გამოყენებას.

გარდა „შვილად აყვანასა და მინდობით აღზრდის შესახებ“ კანონისა, ვფიქრობ, შვილად აყვანის საიდუმლოების სათანადოდ დასაცავად უნდა ვიხელმძღვანელოთ სამოქალაქო კოდექსის შესაბამისი ნორმებით და ბავშვის უფლებათა კოდექსითაც. ასევე, განსაკუთრებული მნიშვნელობა აქვს ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს პრაქტიკის გაზიარებას. შესწავლილი პრაქტიკა ადასტურებს, რომ ევროპული სტანდარტებისა და ბავშვის უფლებათა კოდექსის მოთხოვნების გათვალისწინებით დაცული იქნება ბავშვის საუკეთესო ინტერესები, რომლებიც ობიექტური გარემოებებით უნდა დადგინდეს.

როგორც ჩანს, 21-ე საუკუნეში ნოვაციას წარმოადგენს ღია და ნახევრად დახუ-

47 იქვე.

რული შვილად აყვანა, რამაც ამერიკასა და ევროპის სხვადასხვა ქვეყანაში ფეხი მოიკიდა. ამ შემთხვევებში ურთიერთობები უფრო ღიაა და შვილებს ზოგ შემთხვევაში გასაიდუმლოებულებაც არ არის. ღია და ნახევრად დახურულ შვილებასაც, ისევე როგორც დახურულ შვილებას, თავისი უარყოფითი და დადებითი მახასიათებლები გააჩნია, რაც ზემოთ აღინიშნა. ამიტომ, ვფიქრობ, რომ ბავშვის ინტერესების ქმედითი დაცვა მიიღწევა ორივე ფორმის დადებითი კომპონენტების კომბინირებით. ამავე დროს, მოცემულ პროცესში მთავარ მიზანს უნდა წარმოადგენდეს ბავშვის უპირატესი ინტერესის დაცვა, რაც უნდა დაეფუძნოს ფსიქოსოციალური გარემოს გათვალისწინებასა და შვილად აყვანის ინსტიტუტის მიზნის შენარჩუნება-რეალიზებას.

PROBLEMS RELATED TO ADOPTION SECRECY IN CIVIL LAW

Ana Gotsiridze

*Assistant to the Judge of the Tbilisi Court of Appeals,
Master of Law*

ABSTRACT

The Institution of Adoption has ancient historical roots, its regulations have evolved and changed over the years. The process of Adoption, by its nature, is closely connected with the protection of the rights of children. In international agreements and treaties, it is evident that child should and must be raised up in a family, take into consideration their interests. Protection of child's interests is as much important case for our country as well.

In order to have a deep understanding of adoption process it is indispensable to determine what is adoption and its peculiarities, to separate it from neighboring institutions, determine legal statues of the subjects of legal relationship, learn in depth the problems related with the issues of confidentiality, procedural norms and the ways of adoption termination process.

A number of changes have been adopted on the legislative level, the composition of norms has changes, court proceedings of adoption and rules of protecting confidentiality have been established. However, problem can still be seen, because of which adoption process often takes place through avoiding laws. It is necessary for the state to take the best interests of the child into account in practice as well.

At the same time, the secrecy of adoption is protected by European standards within the framework of the right to respect for private life, so the general rules protecting the private sphere apply to it. In this regard, in addition to material and procedural norms, special importance is attached to international treaties and the sharing of European practices. This will help to prevent harsh violations of the rights and freedoms of children and will encourage effective protection of adopted individual's rights.

KEYWORDS: Adoption, Secrecy, Protection.

NOTES:

1. Nadibaidze, L., 1998. Legal Problems of Adoption, Candidate's Dissertation, Tb., p. 143. (In Georgian)
2. Shengelia, R., Article of 1239 GCC, In: Commentary on the Civil Code of Georgia, Book V, Red: Chanturia L., Tbilisi, pp. 244-245. (In Georgian)
3. About the Adoption in foreign countries see this link: <http://www.parliament.ge/ge/ajax/downloadFile/32431/Svilad_ayvana_sazRvargareTis_qveynebSi.inter_>
4. Kukhianidze, K., 2015. On some problems related to adoption, Tb.. (In Georgian) <<https://ejournals.atsu.ge/BLSS2015/eJournal/Papers/KukhianidzeKetevan.pdf>> [Last seen 20.02.2021] (In Georgian)
5. Bueren, Van G., 1998. International Documents on children – Second Edition, London, p. 67. (In English)
6. Article 1263 of Civil Code of Georgia, May 4 of 2017 change, №748-lls. (In Georgian)
7. Zoidze, b., 2013. Commentary on the Constitution of Georgia. Chapter Two. Citizenship of Georgia. Fundamental human rights and freedoms, Tbilisi, p. 276. (In Georgian)
8. Kantaria, B., 2013. Commentary on the Constitution of Georgia. Chapter Two. Citizenship of Georgia. Fundamental human rights and freedoms, Tbilisi, p. 449. (In Georgian)
9. Bichia, M., 2019. Legal Significance of Actual Family Relationships, Journal "Law and World", N11, p. 30. (In Georgian)
10. Grigorieva, A. G., 2014. Problems of ensuring the secrecy of the adoption of a child. Economy. Right. Printing. KSEI №1(16), pp. 37-43. (In Russian)
11. Mamulashvili, M., 2014. Adoption (comparative-legal analysis), dissertation, Tb., p. 23. (In Georgian)
12. Decision of the Chamber of Civil, Entrepreneurial and Bankruptcy Cases of the Supreme Court of Georgia of April 24, 2003 (3K / 1240-02). (In Georgian)
13. Bichia, M., 2012. Protection of Personal Life in accordance with the Civil Law of Georgia, Tbilisi, p. 74. (In Georgian)
14. Petrukhin, I., 1989. Personal Life, limits of Intervention, M., pp. 7-8. (In Russian)
15. Bichia, M., 2016. Civil Legal Protection of Confidentiality of Adoption (The analysis of the Theory and Law Practice), The Eight international scientific conference of Gori State Teaching University: "Education in the XXI Century", Gori, p. 351. (In Georgian)
16. About 1264 Article of GCC (Currently repealed by Law No. 748II-s of May 4, 2017) See Chanturia L., 2000. Commentary on the Civil Code of Georgia, Book 5, Family and Inheritance Law, Tb., p. 181. (In Georgian)
17. About Personal Data Bichia, M., 2017. The Problem of Civil Legal Protection of Personal Data in the Internet Universe, Proceedings of VIII International scientific and practical conference: "Internet and society", Kutaisi, 35-42. (In Georgian)
18. Law of Georgia on Adoption and Foster Care №885, 04/05/2017. (In Georgian)
19. Bichia, M., 2012. Protection of Personal Life according to Georgian Civil Law, Tbilisi, p. 284. (In Georgian)
20. Law of Georgia on Adoption and Foster Care, 21.05.2020, 746-lls. (In Georgian)

21. Ibid.
22. Buianova, E. V., 2013. Adoption procedure under the laws of foreign countries. Orenburg, pp. 94-95 (In Russian).
23. ECtHR, Krisztian Barnabas Toth v. Hungary, 12 February 2013, no. 48494/06; ECtHR, Cristescu v. Romania, 10 January 2012, no. 13589/07. (In English)
24. ECtHR, J. v. Norway, 7 August 1996, no. 17383/90.; ECtHR, Kearns v. France, 10 January 2008, no. 35991/04. Third Section. (In English)
25. ECtHR, Mennesson v. France, 26 June 2014, no 65192//11. (In English)
26. Lursmanashvili, L., Bobikhidze, M., 2020. Handbook of European Law on the Rights of the Child, Tb., p. 89. (In Georgian)
27. CRC, Arts 2, 3, 6 and 12. of the Convention on the Rights of the Child 2010. Treaty-specific guidelines regarding the form and content of periodic reports to be submitted by States Parties under Article 44, paragraph 1 (b), UN Doc. CRC/C/58/Rev. (In English)
28. ECtHR, Schwizgebel v. Switzerland, 10 June 2010, no 25762/07. (In English)
29. ECtHR, Gas and Dubois v. France, 15 March 2012, no 25951/07. (In English)
30. Convention on the Rights of the Child, 1989. (In English)
31. Bichia, M., 2012. Protection of Personal Life according to Georgian Civil Law, Tbilisi, p. 285. (In Georgian)
32. Shengelia, R., Shengelia E. 2011 Family Law (Theory and Practice), Tb., p. 325. (In Georgian)
33. Bichia, M., 2016. Civil Legal Protection of Confidentiality of Adoption (The Analysis of the Theory and Law Practice), The Eight international scientific conference of Gori State Teaching University: "Education in the XXI Century", Gori, p. 354. (In Georgian)
34. Chanturia, L., Commentary on the Civil Code of Georgia, Book 5, Family and Inheritance Law, Tb., p. 280. (In Georgian)
35. Chikvashvili, Sh., 2001. Article of 992 GCC, Commentary on the Civil Code, Book 4, Volume 2, Tb., p. 380. (In Georgian)
36. Yachkov, K., 1947. Liabilities arising from damages (translated by Dolidze G.), Tb. (In Georgian)
37. Ninidze, T., 1978. Moral Damage in Civil Procedure, Journal of Soviet Law, Tb. (In Georgian)
38. Bichia, M., 2016. Civil Legal Protection of Confidentiality of Adoption (The Analysis of the Theory and Law Practice), The Eight International Scientific Conference of Gori State Teaching University: "Education in the XXI Century", Gori, p. 355. (In Georgian)
39. Ibid.
40. German Civil Code (BGB). (In German)
41. Nadibaidze, L., 1998. Legal Problems of Adoption, Candidate's dissertation, Tb., p. 87. (In Georgian)
42. Senat, Proposition de loi relative à l'adoption. www.senat.fr [Last seen 9.03.2021] (In French)
43. About human right., Human Rights and Adopted Children. www.abouthumanrights.co.uk [Last seen 9.03.2021]. (In English)
44. Mamulashvili, M., 2014. Adoption (comparative-legal analysis), dissertation, Tb., p. 52. (In Georgian)
45. Ibid, 56.
46. Mamulashvili, M., 2014. Adoption (comparative-legal analysis), dissertation, Tb., p. 56 (In Georgian)
47. Ibid.

გოგიერთი სახის სასჯელი ქართული ჩვეულებითი სამართლის მიხედვით (ზემო აჭარის მაგალითზე)

ოთარ გოგოლიშვილი

*ბათუმის შოთა რუსთაველის სახელმწიფო უნივერსიტეტის
ისტორიის, არქეოლოგიისა და ეთნოლოგიის დეპარტამენტის
პროფესორი*

საკვანძო სიტყვები: ჩვეულებითი სამართალი, ქონებრივი
ანუ კომპოზიციური სასჯელები, სისხლის აღება, ჩაქოლვა

შესავალი

ქართული ჩვეულებითი სამართალი სასჯელთა მრავალ სახეს იცნობს. მათ შორის საყოველთაოდ ცნობილია მტანჯავი ანუ სხეულებრივი სასჯელები, მოკვება, შერისხვა, ჩაქოლვა, გამაწბილებელი სასჯელები, ქონებრივი ანუ კომპოზიციური სასჯელები და სხვა. ეს სასჯელთა ის ფორმებია, რომლებიც გავრცელებული იყო საქართველოს თითქმის ყველა კუთხეში. ზოგი მათგანი ცალკეული კუთხისათვის იყო დამახასიათებელი, მაგ.: მოკვება ნიშანდობლივი იყო ფშავური ქართული სამართლისათვის.

ისტორიული და ეთნოგრაფიული მასალებით უდავოდაა დამტკიცებული, რომ აჭარაში, როგორც ზემო ქართლის ადმინისტრაციულ ერთეულში, დამნაშავეთა მიმართ გამოიყენებოდა ქართული ჩვეულებითი სამართლისათვის დამახასიათებელი სასჯელები. განსაკუთრებით ეს შეეხება ოსმალთა მიერ აჭარის ტერიტორიის დაპყრობამდე პერიოდს, თუმცა აჭარაში ქართული ჩვეულებითი სამართლის ნორმები შემდეგაც განაგრძობდა პრაქტიკულ არსებობას, მაგრამ ლოკალურად და ისლამის ზეგავლენის ქვეშ. საბოლოოდ, რუსული მმართველო-

ბის მიერ გატარებულმა სამართლებრივმა პოლიტიკამ მთლიანად განდევნა ჩვეულებითი სამართალი აქტიური ცხოვრების სფეროდან და იგი მხოლოდ დროდადრო იჩენდა თავს საზოგადოებრივი ურთიერთობისას, უმეტესად მაშინ, როცა უცხოური სამართალი მოუქნელობისა და ქართული ხასიათისადმი შეუთავსებლობის გამო ვერ პასუხობდა კონკრეტულ ქმედობას, ან როცა იგი მიუწოდებელი იყო დაბალი ფენებისათვის.

აჭარაში მიმდინარე საუკუნის დასაწყისამდე ფართოდ იყო გავრცელებული სისხლის აღების ჩვეულება. შესაბამისად, აქ შეუფერხებლად მუშაობდა ქართული ჩვეულებითი სამართლის სასჯელთა პრინციპების ქვაკუთხედად აღიარებული ე.წ. ტალიონის პრინციპი: „თუალი თუალისა წილ, კბილი – კბილისა წილ“. თვით ეს პრინციპი უძველესი შუამდინარეთის ჩვეულებითი სამართლიდან „ხამურების კანონებიდან“ გადმოიღეს ჩვენმა წინაპრებმა და შეიტანეს ქართულ კანონიკურ თუ საერო იურიდიულ წყაროებში. ტალიონის პრინციპი, ძირითადად, მკვლელობის ორ სახეს მოიცავდა: მკვლელობას სისხლის აღების ნიადაგზე და მკვლელობას შურისძიების ნიადაგზე. ამის მიხედვით ლოგიკურად უნდა მივიჩნიოთ დასკვნა, რომ ორივე მათგანი ინდივიდუალური სასჯელთა სახეებია და აჭარაში დადასტურებულ თვითგასამართლებების ფორმებს წარმოადგენს, თვითგასამართლებას კი შორეულ წარსულში გააჩნია ფესვები და თავისი სოციალურ-იურიდიული საფუძველი. მოცემულ შემთხვევაში, ხშირად ვერდიქტის გამომტანი და ამსრულებელი ერთიდაიგივე პირი გვევლინება, გარდა ასეთი მსგავსებისა, არის მათ შორის განსხვავება: თუ შურისძიების ნიადაგზე მკვლელობის შემთხვევის დადგომისას ერთი და იგივე პირი დაადგენს და აღასრულებს შურისძიების ნიადაგზე მკვლელობას, სისხლის აღების პირობების დადგომისას ვერდიქტი გამოაქვს ან ისევ დაზარალებულის უახლოეს ნათესავს, გვარის, ოჯახის უფროსს, ან საამისოდ უფლებამოსილ პირთა ჯგუფს.

სასჯელთა სახეები აჭარაში ჩვეულებითი სამართლის მიხედვით

ეთნოგრაფიული მასალების შესწავლის საფუძველზე შესაძლებელია გაკეთდეს დასკვნა, რომ აჭარაში და საერთოდ საქართველოში, ქართული ჩვეულებითი სამართალი, თუმცა პირობითად, მაგრამ მაინც იცნობდა დანაშაულის მიხედვით სასჯელთა დიფერენცირებას. ასე, მაგ.: სისხლის აღება გათვალისწინებული იყო მხოლოდ განზრახ მკვლელობის დროს, ხოლო მკვლელობა შურისძიების ნიადაგზე, ჩაქოლვა, მოკვება, ამოკირვა, უმეტესად ზნეობრივი ნორმების უხეშად დარღვევას მოჰყვებოდა ხოლმე. თვით ზნეობრივი ხასიათის დელიქტების შორისაც იყო დიფერენცირებული სასჯელები, რომელთაგან ორ სახეობას შეეხებოდა – ჩაქოლვასა და ამოკირვას.

მკვლევართა მიერ მოკვლეული მასალების საფუძველზე შეიძლება ვირწმუნოთ, რომ აჭარაში, განსაკუთრებით მთის მოსახლეობაში, გვიანობამდე შემორჩენილი იყო ჩაქოლვისა და ამოკირვის ჩვეულება. საილუსტრაციოდ დავასახელებ რამდენიმე მასალას. მკვლევარი ნ. მგელაძე ნაშრომში „ნათესაური ურთიერთობის ზოგიერთი საკითხი აჭარაში ადათობრივი ნორმების შუქზე“ მიუთითებს, რომ „ქალის ქმარი და ქმრის ახლობელი“ „ქალზე მისულ კაცს“ და თავად ქალს სასჯელის უმაღლესი ფორმით სჯიდნენ. დასჯის ეს სახე ზემო აჭარაში „ამოკირვის“ სახელითაა ცნობილი. ინტიმურ კავშირში მყოფ ქალსა და მამაკაცს ოფიციალური მეუღლე და მისი ნოგრო მინაში ყელამდე მარხავდნენ და ქოლავდნენ.“¹ ავტორი ხაზს უსვამს სასჯელის გამოყენების ტერიტორიულობას, მისი შესაძლო გავრცელების არეს და იმ ფაქტს, რომ აღნიშნული სასჯელები ქალის უზნეო საქციელის წინააღმდეგ გამოიყენებოდა.

ინფორმატორი, 90 წლის აბას ქამადაძე ანალოგიურ და საინტერესო ცნო-

1 მგელაძე ნ., 1984, აჭარული გვარი და ნოგრო, გამომცემლობა „აჭარა“, ბათუმი, გვ. 75.

ბას გადმოგვცემს ამ საკითხთან დაკავშირებით, კერძოდ: „გაგონილი მაქ, რომ ოჯახის ქალი რომ სხვა კაცს შეიყვარებდა და გამომჟღავნებოდა, ქალსაც და კაცსაც გაბანრევდნენ, გეიყვანდნენ სოფლის მეიდანზე ან ჭვარედინზე, ქმარი და დედამთილ-მამამთილი ქვებს მიაყრიდა, შემდეგ მთელი სოფელი დააყრიდა ჯოლგს – ქვას, ჯოხს, რაც ხელში მოყვებოდათ. ჯოლოგებს (ჩაქოლილებს – ო.გ.) ღამით უჩუმრად წაიღებდნენ მათი პატრონები და ჩუმად მიაბარებდნენ მიწას.“²

მეორე ინფორმატორის, მუხამედ ჯორბენაძის გადმოცემით ძველად ჩაჯოლგვა ყოფილა ქმრის ღალატისათვის დაწესებული. „თუ ქალი უღალატებდა მის ქმარს და გამხილდებოდა, ან ქმარი წაასწრებდა ბოზობაში, ქალს სახალხოდ ჩაქოლავდნენ, კაცსაც ჩაქოლავდნენ, ან თუ ის გადარჩებოდა, ქალის ნამდვილი ქმარი და მისი მხარე უმტრობდნენ და მაინც მოკლავდნენ... მამაჩემიდან გაგონილი მაქ, რომ ღორჯომში ბერიძის კაცს შეუყვარებია აგარელი მარკოიძის ცოლი და მათ საქმეს ყიშლებში ქმარი შესწრებია, ადრე სცოდნია და დაუცავს. ქალიც და მისი საყვარელი კაციც გაუყვანიან ბულულა სერზე, ჩაუყრიან ორმოში და ჩუუქოლავენ. მათ პატრონებს კდრებიც არ წუყვანიან. ბერიძის კაცს ცოლ-შვილი ჰყოლია. ამ ამბავის მერე ჩაჯოლგვილი კაცის შვილებისათვის ჯოლოგოლი (ჯოლოგის შვილი – ო.გ.) დუურქმევიან, ხოლო იმ ადგილისთვის, ბულულა სერისათვის „საქოლი ქედი.“³ იგივე ავტორი ადასტურებს, რომ ხულოს მეზობელ სოფელში დუაძიებში მცხოვრები ოჯახიშვილების წინაპარიც „ამნაირი საქმის გამოისობით ჩაქოლილა, მას შემდეგ მათ ერთ განრიგოს ქოლიშვილები დარქმევია“.

ინფორმატორ მ. ჯორბენაძის მიერ მოთხრობილი ამბების სინამდვილის დამამტკიცებლად უადგილო არ იქნებოდა მიმეთითებინა იმ ფაქტიურ გარემოებაზე,

რომ, როგორც დადასტურდა, ღორჯომში ამჟამად მცხოვრებ ბერიძეთა ერთი შტო მართლაც ძველი გვარის მიხედვით „ჯოლოგოლებად“ მოიხსენებიან. ასევე დეკანიშვილებში ოჯახისშვილების გვარს მეორენაირად ქოლიშვილებად იცნობენ.

წარმოდგენილ ინფორმაციათა გაანალიზების საფუძველზე უნდა დავასკვნათ, რომ სასჯელის ასეთი სახე, როგორცაა ჩაქოლვა, ძირითადად გამოიყენება გათხოვილი ქალის მიერ ქმრისათვის ღალატის შემთხვევაში. ქალი ყოველ მიზეზგარეშე იმსახურებდა ჩაქოლვას, ხოლო რაც შეეხება მის საყვარელს, იგი შეიძლება ქალთან ერთად ჩაქოლათ, ან გამონაკლის შემთხვევაში, შური ეძიათ მასზე. შურისძიების ტვირთი მოღალატე ქალის ქმარს ან მის ახლობლებს აწვავს. ზემოთ მოყვანილ გადმოცემებში ბევრი სხვა მომენტებიცაა საინტერესო და გასააზრებელი. გარდა იმისა, მიღებული იყო ღალატის ფაქტზე შესწრებისთანავე დაუყოვნებელი მოქმედება – დამნაშავეს ჩაქოლვა, ასევე უნდა ყოფილიყო იგივე წესით დასჯადი ღალატის ნაყოფის – უკანონო ბავშვის გაჩენისას, ე.ი. როცა „გამჟღავნებოდა“ ან „გამხილდებოდა“ ქალის მრუშობა...

ჩაქოლვა, როგორც სასჯელის ერთ-ერთი სახე

ჩაქოლვის ადგილად ორივე შემთხვევაში ხალხის თავშეყრის ადგილია მითითებული – სოფლის მოედანი ან გზაჯვარედინი, ასე, რომ ჩასაქოლ პირებს გაბორკილ მდგომარეობაში ჩაყრიდნენ ორმოში და ჩაქოლავდნენ, რაც შინაარსობრივად ემთხვევა ამ საკითხზე მკვლევართა მიერ ადრე მოპოვებულ მასალებში მითითებულ ფაქტებს. საყურადღებოა კიდევ ერთი გარემოება: ჩაქოლილ პირებს ან საერთოდ ტოვებდნენ ჩაქოლვის ადგილზე (ამისათვის უნდა ყოფილიყო გამიზნული მათი ორმოში ჩაქოლვა), ან კიდევ, ქირისუფალთა მიერ საზოგადოებისაგან მორიდებულად ხდებოდა მათი

2 აჭარის ეთნოგრაფიული ჩანაწერები, 1976, გამომცემლობა „აჭარა“, ბათუმი, გვ. 18.
 3 აჭარის ეთნოგრაფიული ჩანაწერები, 1980, გამომცემლობა „აჭარა“, ბათუმი, გვ. 36.

გვამების გადასვენება და ყოველგვარი რიტუალის გარეშე ასევე ჩუმად მათი დაკრძალვა. ლოგიკურია, რომ ჩაქოლილი ქალის ქირისუფალში მისი დედ-მამა იგულისხმებოდა. მართალია, ისინი პატრონობდნენ გვამს (ალბათ ორმოს გარეშე ზეზეურად ჩაქოლვილს), მაგრამ ფაქტობრივად, თვითონაც შეურაცხყოფილი იყვნენ ნათესავის მოქმედებით და როცა მას დაკრძალავდნენ შესაბამისი რიტუალის დაცვისა და დატირების გარეშე, ამით სიმბოლურად მიცვალებულს „გვარიმაცად“ მიიჩნევდნენ, როგორც ეს მიღებული იყო გვარის შემარცხვენელთა მიმართ აჭარაში. ქართული ჩვეულებითი სამართლის საერთო პრინციპებიდან გამომდინარე, მოცემულ შემთხვევაში, არც ჩაქოლილი ქალისა და არც კაცის ახლობელს სისხლის აღების მოვალეობა არ აწვიათ.

ჩაქოლვის ინსტიტუტთან დაკავშირებით დღემდე მოპოვებულ ისტორიულ და ეთნოგრაფიულ მასალებში კონკრეტულად არ არის გაცემული პასუხი კითხვაზე: ვის ეკუთვნოდა პირველი ქვის სროლის უფლება? სანამ ამ კითხვას პასუხს გავცემდეთ, საჭიროა მცირე ექსკურსი: საქართველოს სხვა კუთხეებში ჩაქოლვა გამოიყენებოდა არა მარტო გათხოვილი ქალის მიერ ქმარის დალატისას, არამედ *„დანაშაული, რომელთა ჩადენასაც ჩაქოლვა მოჰყვებოდა, სამკვფად შეიძლება დავყოთ: 1. თემისა და ხატის დალატი. 2. საძრახისი სქესობრივი კავშირი. 3. განმეორებითი ქურდობა.“*⁴ ჩაქოლვის ქვემდებარე დანაშაულთა სიმრავლე უნდა გულისხმობდეს პირველი ქვის სროლის უფლების მქონეთა განსხვავებულ სუბიექტებსაც, ვინაიდან, დღესდღეობით ხელთ არსებული ეთნოგრაფიული მასალების მიხედვით, აჭარაში ჩაქოლვა საძრახის სქესობრივ კავშირთან არის დაკავშირებული, უნდა გვევარაუდო, რომ პირველი ქვის სროლის უფლებაც პირველი რიგის დაზარალებულს – ქალის კანონიერ ქმარს უნდა ჰქონოდა, რაც გარკვეულად დადასტურებულ იქნა ზემოთ დასახელებულ ინფორ-

მატორის მიერ – *„ქმარი და დედამთილ-მამამთილი ქვეს მიაყრიდა, შემდეგ მთელი სოფელი დააყრიდა მათ ჯოლგს.“*⁵ ე.ი. უნდა გავიგოთ ისე, რომ ვერდიქტის გამომტანისა და პირველი ქვის მსროლელიც უპირველესად კანონიერი ქმარი იყო, თუმცა ვერდიქტის გამომტანად მისი მიჩნევა პირობითად უნდა ჩავთვალოთ, რადგან იგი ადათობრივად განსაზღვრული და შედეგის დადგომისთანავე დაზარალებულს ავტომატურად აღმოუცენდებოდა შესაბამისი გადაწყვეტილებაც.

ინფორმატორ ა. ქამადაძის მონათხრობში ნახმარია ტერმინები: „ჯოლგი“ და „ჯოლოგები“, რაც მხოლოდ ზემო აჭარაში და ისიც ზოგიერთი სოფლის დასახელებული პუნქტის დღევანდელ კუთხურ სასაუბრო კილოშია შემორჩენილი. აღნიშნული ტერმინი გამოიყენება სხვადასხვა ფორმაში: „ჩაქოლგვა“, „ამოქოლგვა“, „მიქოლგვა“ და სხვა. „ჯოლგი“ ქვალორღის, ხის კუნძების გროვაა, რომელთა საშუალებით გადაკეტავენ წყლის სათავსს, არხის ან გზის რომელიმე მონაკვეთს, შენობის სანათურს და სხვა. პარალელურად იხმარება ტერმინი „ამოქოლგვა“, „მიქოლგვა“, „ჩაქოლგვა“ და ისინი სინონიმური წყვილებია. არსებობს ასევე კუთხური ფრაზა „არხს ჯოლოგი უყო“, „გზას ჯოლოგი უყო“ და სხვა. ანალოგიურად, დასახელებული ინფორმატორი ჩაქოლილებს „ჯოლოგებად“ მოიხსენიებს. გარდა ამისა, არცთუ შორეულ წარსულში აჭარის სოფლებში ძელურ საცხოვრებელ სახლებზე, საბძლებზე და სხვა სახის სამეურნეო დანიშნულების შენობა-ნაგებობებზე სახურავის მოვალეობას ასრულებდა ნაძვის (ქვემო რაიონებში წიფლის) ხის ყავარი, რომლის დასამაგრებლად გამოყენებული იყო ბრტყელძირიანი ქვის ლოდები ანუ, როგორც მათ ზემო აჭარაში უწოდებენ, „საქოლავები“, რაც უეჭველია ჩაქოლვასთან არის დაკავშირებული და აქედანაა შემორჩენილი კუთხურ მეტყველებაში.

თუ საქართველოში შეკრებილი ეთნოგრაფიული მასალების მიხედვით ვიმ-

4 აჭარის ეთნოგრაფიული ჩანაწერები, 1991, გამოცემლობა „აჭარა“, ბათუმი, გვ. 97.

5 აჭარის ეთნოგრაფიული ჩანაწერები, 1976, გამოცემლობა „აჭარა“, ბათუმი, გვ. 18.

სტელებთ, რეალური ჩაქოლვის პროცედურის უშუალო მომსწრე არ გვყავს და მასზე მსჯელობა მხოლოდ წინა თაობათა გადმოცემით გვიხდება. სამაგიეროდ, ახლო წარსულში მთის მოსახლეობის ყოფაში არ უნდა ყოფილიყო იშვიათი ზოგადად ქართული ჩვეულებრივი სამართლისათვის ცნობილი სიმბოლური ჩაქოლვის არსებობა.

შუამთობაზე ამოსული ახალმოყვანილი რძალი გაყვა მის ადრინდელ მაპირებელს. ამ ამბის გამგონე დედამთილმა ხმამაღლა კვილით და წყევლა-კრულვით გზაჯვარედინზე, სადაც საღამოობით იკრიბებოდა იაილებიდან ხალხი სხვადასხვა საკითხების გადასაწყვეტად ან უბრალოდ სასაუბროდ, გამოიტანა „გაქცეული“ რძლის ლეჩაქი და კაბა, დააგდო ძირს, თან განაგრძობდა ქალის წყევლას და მოუწოდებდა „მემთევრებს“, მათაც დაეწყევლათ და ჩაექოლათ იგი. მანვე ხელში შეაჩეხა ძალზე ახალგაზრდა ბიჭს – რძლის ქმარს ქვა და უბრძანა ჩაექოლა. ბიჭმა მორცხვად მოიქნია ქვა კაბისაკენ და ხალხს შეერია, ხოლო იქ მყოფთაგან ყველამ: დიდმა და პატარამ, ქალმა და კაცმა ქვები დააყარა იმ ადგილს, სადაც კაბა და თავსაბური ეგდო. ქვების გროვა ხელუხლებელი დარჩა მთა-ბარის სეზონის დამთავრებამდე. ბავშვები ვერიდებოდით იმ ადგილს, წარმოგვედგინა, რომ იქ მართლაც ქალი ემარხა. ეს შთამბეჭდავი რიტუალი, მიუხედავად თავისი სიმბოლურობისა, მოიცავს ჩაქოლვის ძირითად ელემენტებს. აქვე მინდა აღვნიშნო, რომ ანალოგიურად სიმბოლური ჩაქოლვისა, აჭარაში დღემდე შემორჩენილია სიმბოლური დასაფლავების ჩვეულებაც. სიმბოლურ დასაფლავებას უმეტეს შემთხვევაში მიმართავენ ოჯახის უფროსი მამაკაცები, რომელთა დაუკითხავად გაიპარნენ ქალიშვილები ან, როცა მათ რომელიმე ვაჟიშვილმა აუტანელი წყენა და შეურაცხყოფა მიაყენა. მოცემულ შემთხვევაში, ამოთხრიდნენ ორმოს, შიგ მოათავსებდნენ პიროვნულად „მოკვეთილ“ ანუ როგორც აჭარაში უწოდებენ – „მორესიტული“ შვილის ტანსაცმელს, სასულიერო პირს აღასრულებინებდნენ მიცვალებული-

სათვის დადგენილ ლოცვას და დააყრიდნენ მიწას.

სიმბოლური ჩაქოლვის შესახებ ცნობები საქართველოს სხვა კუთხეებშიც არის მოპოვებული. მაგ.: ფშავში. მკვლევარ მ. კეკელიას მიერ ფშავში ჩაწერილი იქნა სიმბოლური ჩაქოლვის ამბავი, კერძოდ: „ერთ სოფლიონელ კაცს ცოლი გამოქცევია, ბოზი. ქმარი დაედევნა, დაენია, მიაბა ხეზე, მოაჭრა ყურები და ცხვირი, მიაყარა ქვალორღი და წავიდა.“⁶ ჩანს, რომ ქმარმა სიმბოლურად სისრულეში მოიყვანა ქართული ჩვეულებითი სამართლის მიხედვით აღნიშნული ქმედობისათვის დადგენილი ვერდიქტი.

აჭარაში ქართული ჩვეულებითი სამართლის მიხედვით ჩაქოლვასთან ორგანულად და შინაარსობრივად ახლოს დგას ამოკირვის ინსტიტუტი. „კათალიკობთა სამართალში“ ჩაქოლვა დაკირვის მნიშვნელობით იხმარება, აღნიშნულის ზეგავლენით, ან ალბათ, იმის გამო, რომ აჭარაში დადასტურებულ ჩაქოლვის ინსტიტუტს ამოკირვასთან აიგივებს ზოგიერთი მკვლევარი. თუ ჩაქოლვის შესახებ შედარებით ჭარბია ცნობები ზეპირსიტყვიერებაში, სამაგიეროდ, ჩაკირვის შესახებ ეს არ იქმის, მაგრამ აღნიშნული გარემოება სულაც არ მიუთითებს იმაზე, რომ ჩაკირვა უცხოა აქაური ქართული ჩვეულებითი სამართლისათვის, ან, რომ ის ჩაქოლვას ნიშნავდა. ინფორმატორი, 75 წლის ხატიკე რიჟვაძე-ქამადაძისა გადმოგვცემს, რომ „თუ ქალი უმძრახ საქციელს ჩაიდენდა, სხვა კაცს დაუჟდებოდა, ქმრის ნათესავთან დეიჭირავდა საქმეს, ფეხშიშველი ან თავმოხდილი ურცხო კაცებს დიენახვებოდა, ადეთი ასე ყოფილა, რომ მას ან ჩაქოლავდნენ ან ორმეში ამოსკილევდნენ ან ზედან მიწას მიაქელევდნენ.“⁷ ინფორმატორი ხაზს უსვამს ალტერნატიულ სასჯელებს – ჩაქოლვას ან ჩაკირვას. ზემო აჭარულ დიალექტში

6 კეკელია მ., 1991, ქართული ჩვეულებითი სამართალი, გამომცემლობა „მეცნიერება“, თბილისი, გვ. 103.
7 აჭარის ეთნოგრაფიული ჩანაწერები, 1972, გამომცემლობა „აჭარა“, ბათუმი, გვ. 6.

დღესაც შემონახულია ტერმინი „ამოსკილვა“, რაც ამოვსებას ნიშნავს. იგივე ტერმინი იხმარება წყევლის ფორმაში.

დასკვნა

წარმოდგენილი ინფორმაციის მიხედვით სასჯელის ორივე ფორმა ერთი და იგივე შედგენილობის დანაშაულისათვის გამოიყენებოდა, მაგრამ მათი გამოყენება ისეთი ზნეობრივი ნორმების დარღვევისათვის, როგორც იყო უცხო მამაკაცთა საზოგადოებაში თავ-ფეხშიშველი გამოჩენა, ვფიქრობ, შარიათის გავლენითაა ნაკარნახევი და ახლოსაა აღმოსავლური ჩვეულებითი სამართლისათვის კარგად ცნობილ ცოცხლად დამარხვის ინსტიტუტთან.

ტერმინი „ამოკირვა“ დაკავშირებულია კირის არსებობასთან და ცხადია, თუკი ასეთი სასჯელი გამოიყენებოდა ზემო აჭარაში, უნდა ვიგულისხმოთ, რომ ამ მიზნისათვის კირი სხვა ადგილიდან არ იქნებოდა მოსატანი და მითუმეტეს, დანაშაულის იმავდროულად უნდა მომხდარიყო სასჯელის

აღსრულებაც და კირი იქვე უნდა ჰქონოდა ამსრულებელს. ინფორმატორის მიერ მოწოდებულ ცნობაში „მიწის მიქელვაში“ უნდა იგულისხმებოდეს ზოგჯერ კირის მაგივრად მიწის გამოყენება, ზემო აჭარაში არც კირის საბადოთა დეფიციტი უნდა ყოფილიყო. მართლაც, აქაურ ტოპონიმიაში მრავალი ტოპონიმი მიაწინებს კირის საბადოთა არსებობაზე, საკირიხევი – დიდაჭარაში, ელელიძეებში, მახალაკიძეებში, საკირია – საციხუში, საკირეთი – ფაჩხაში, კირეთი – ქედლებში, კირის დელე – ხაბე-ლაშვილებში და სხვა.⁸

სასჯელთა აღნიშნული ფორმების იგივეობისა თუ განსხვავების საკითხის საბოლოოდ გადასაწყვეტად საჭიროა ამ თემაზე ეთნოგრაფიული მასალების მოძიება როგორც საკუთრივ აჭარაში, ისე მის მოსაზღვრე მესხეთის ტერიტორიაზე, რამეთუ ამ რეგიონებს ისტორიულად ბევრი საერთო რამ აკავშირებდათ.

⁸ ქამადაძე მ., 1992, აჭარული დიალექტის დარგობლივი ლექსიკა, გამომცემლობა „მერიდიანი“, თბილისი, გვ. 75-103.

NOTES:

1. Mgeladze, N., 1984. „Adjarian Family Name and Nogra“, Batumi.
2. Ethnographic records of Adjara, 1976. Batumi, p. 18.
3. Ethnographic records of Adjara, 1976. Batumi, p. 36.
4. Ethnographic records of Adjara, 1976. Batumi, p. 97.
5. Ethnographic records of Adjara, 1976. Batumi, p. 18.
6. Kekelia M., “Georgian customary law”, 1991. Tbilisi, p. 103.
7. Ethnographic records of Adjara, 1972. Batumi, p. 6.
8. Kamadadze, M., “Sectoral vocabulary of Adjarian dialect”, 1992. Tbilisi, pp. 75-103.

SEVERAL TYPES OF PUNISHMENT ACCORDING TO GEORGIAN CUSTOMARY LAW (On the example of Upper Adjara)

Otar Gogolishvili

*Professor at Batumi Shota Rustaveli State University,
department of History, Archaeology and Ethnology*

KEYWORDS: Customary Law, Stoning, Lex Talionis, Punishment on Property

ABSTRACT

Georgian Customary law embraces many types of punishments. Among them the suffering and corporal punishments are commonly known, such as cutting, cursing, stoning, public humiliation, property or compositional punishments and etc. These are forms of punishment, which were widespread in almost all part of Georgia. Some of them were characteristic for separate region, for example, cutting was characteristic for Georgian law in Pshavi.

It is undoubtedly proved with historic and ethnographic materials that in Adjara, as an administrative unit of Upper Kartli, punishments of Georgian customary law were used against to criminals. Especially before the period of Ottoman occupation, however, the norms of Georgian customary law used to continue existence even after the occupation in Adjara, but locally and under an influence of Islam. Finally, as a result of implemented law policy by the Russian governance customary law was completely exiled from active life and only occasionally was used in the public relations, mostly when an foreign law was incompatible with Georgian character or it was inaccessible for a lower social classes.

ჟურნალის ელექტრონული ვერსია შეგიძლიათ
იხილოთ ჟურნალის ვებგვერდზე: www.lawandworld.ge
ელ. ფოსტა: info@lawandworld.ge
მისამართი: გურამიშვილის გამზირი 76. თბილისი. 0141
ტელეფონი: (+995 32) 2 000 171 (116); (+995 99) 952 024

The online version of the journal is available on the website:
www.lawandworld.ge
E-mail: info@lawandworld.ge
Address: 76 Guramishvili ave. Tbilisi. 0141
Phone: (+995 32) 2 000 171 (116); (+995 99) 952 024