მოგესალმებით ახლად დაარსებული ჟურნალის „საკონსტიტუციო სამართლის მიმოხილვის“ პირველი ნომრის ფურცლებიდან. ეს გახლავთ საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს ორენოვანი (ქართულ-ინგლისური) გამოცემა, რომელიც გამოდის ევროპის საბჭოს, გერმანიის ტექნიკური თანამშრომლობის საზოგადოებასთან, ილია ჭავჭავაძის უნივერსიტეტთან და „ფონდ ღია საზოგადოება საქართველოს“ ქსელის „ადგილობრივი თვითმმართველობისა და საჯარო სამსახურის რეფორმირების ინიციატივასთან“ თანამშრომლობით. მადლობას მოვახსენებ თითოეულ მათგანს თანამშრომლობისა და მხარდაჭერისათვის. ჟურნალი გამოვა კვარტალში ერთხელ და უსასყიდლოდ გადაეცემა შესაბამის ადგილობრივ და საერთაშორისო ინსტიტუტებს.

საკონსტიტუციო სამართლის მიმოხილვაში განხილული იქნება საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს მნიშვნელოვანი სიახლეები, ასევე ქვეყნის შიგნით, მთელ რეგიონსა და მსოფლიოში განვითარებული უმთავრესი სამართლებრივი მოვლენები. ჟურნალი ქართველ მკითხველს შესთავაზებს ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს, კონსტიტუციური მართლმსაჯულების ევროპული სასამართლოების, მსოფლიო მართლმსაჯულებისა და სამართლებრივი ინსტიტუციების გადაწყვეტილებების მიმოხილვას. ის იქნება ერთგვარი საშუალება საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს გადაწყვეტილებების პროფესიული განხილვისა და კრიტიკული ანალიზისათვის.

ჟურნალი საერთაშორისო თანამეგობრობას მიაწვდის ინფორმაციას საქართველოს შესახებ და პირიქით, ხელს შეუწყობს ქვეყნებს შორის სამეცნიერო სამართლებრივი იდეების თავისუფალ გაცვლას.

ვფიქრობ, რომ ჟურნალი მოიზიდავს მკითხველთა ფართო ფენებს და ხელს შეუწყობს სამართლებრივი ცოდნის გაღრმავებას. დღევანდელ რთულ პირობებში გონიერი, განათლებული, მოაზროვნე ადამიანების როლი ძალზე მნიშვნელოვანია ჩვენი განვითარებისთვის, განსაკუთრებით კი ისეთი ქვეყნებისათვის, როგორიც საქართველოა.

პირველ ნომერში შესაძლებლობა გვეძლევა, გავეცნოთ როგორც ცნობილ ქართველ, ისე უცხოელ სპეციალისტთა მოსაზრებებს. მჯერა, რომ ეს ტენდენცია გაგრძელდება და თითოეული გამოცემა შევსებული იქნება უფრო და უფრო მეტი საინტერესო სამეცნიერო ნაშრომით.

დასასრულ, მინდა აღვნიშნო, რომ ჟურნალის გამოცემა ემთხვევა ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს დაარსების 50 წლისთავს და ევროსაბჭოს დაარსების 60 წლის იუბილეს. მწამს, რომ მომავალში ამ ინსტიტუციების პროგრესისა და კიდევ უფრო მეტი წარმატებების მომსწრე გავხდებით, მათ უზარმაზარი გავლენა აქვთ არა მხოლოდ ჩვენი ქვეყნის, არამედ რეგიონის დემოკრატიული განვითარების პროცესებზე.

ვიმედოვნებ, ჩვენი ჟურნალის ფურცლებიდან მიიღებთ თქვენთვის საჭირო და სასარგებლო ინფორმაციას.

*საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს თავმჯდომარე*

**გიორგი პაპუაშვილი**

ჩემთვის დიდი პატივია საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს მიერ დაარსებულ „საკონსტიტუციო სამართლის მიმოხილვის“ პირველ გამოცემასთან დაკავშირებით შესავალი სიტყვის დაწერა. საკონსტიტუციო და ადამიანის უფლებების სამართალთან დაკავშირებული დებატებისა და აზრის ურთიერთგაცვლის აღნიშნული ფორუმის შექმნა ყველაზე მეტად ღირებული ინიციატივაა. მისასალმებელია ამ საქმეში საკონსტიტუციო სასამართლოს ჩართვა. უპრიანი იქნება, თუკი ჟურნალი თავის თემატიკად საერთაშორისო და შედარებით-სამართლებრივ მიდგომას აირჩევს. ნებისმიერი ქვეყნის საკონსტიტუციო იურისპრუდენცია კიდევ უფრო მყარდება და მდიდრდება სხვა დემოკრატიული ქვეყნების სტანდარტებისა და სამართლებრივი ტრადიციების კვლევით. ევროპაში არსებული სამართლებრივი სისტემებისა და ინსტიტუციების დიდი უმეტესობა ადამიანის უფლებების საერთო პრინციპებისადმი პატივისცემასა და კანონის უზენაესობის პრიმატს ეფუძნება. ბუნებრივია, რომ უნდა მოხდეს ამ საბაზისო პრინციპებზე დაფუძნებული ქვეყნების პრეცედენტული სამართლისა და სამართლებრივი ტრადიციების შედარება-შესწავლა. უცხოელი ექსპერტების მიერ გაღებული წვლილი და მისი ქართულ-ინგლისურად გამოცემა აღნიშნული მიმოხილვის ფურცლებზე საკონსტიტუციო სამართლის პრობლემატიკასთან დაკავშირებული ღირებული საერთაშორისო დიალოგის წარმართვის ხელსაყრელ პირობებს ქმნის.

მსურს განსაკუთრებული მადლობა გადავუხადო საკონსტიტუციო სასამართლოს იმის გამო, რომ ამ გამოცემაში დიდი ყურადღება დაუთმო ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს პრეცედენტულ სამართალს. კონვენციის არსში უმთავრესად გამეორებულია ეროვნულ კონსტიტუციებში მოცემული ფუნდამენტური უფლებების დებულებები. ამიტომაც ბუნებრივია დისკუსიისას კონვენციის მოშველიების ფაქტი. საკონსტიტუციო სასამართლოსა და ევროპულ სასამართლოს შორის არსებული კავშირები კიდევ უფრო განმტკიცდა მას შემდეგ, რაც საქართველო ადამიანის უფლებათა ევროპული კონვენციის ხელშემკვრელი მხარე გახდა. კონვენციის წევრი ნებისმიერი ქვეყნისათვის ამგვარი კავშირები ევროპულ და ეროვნულ დონეებს შორის წარმატებული ურთიერთობებისათვის მეტად მნიშვნელოვანია, რაც ურთიერთდამოკიდებულების ერთ-ერთი სახეობაა. კონვენციის პრეცედენტული სამართლის წარდგენა და მისი კომენტარი საშუალებას მისცემს ეროვნული იურიდიული საზოგადოების წარმომადგენლებს, მოსამართლეებს, ადვოკატებს, აკადემიკოსებს და სხვა ოფიციალურ თუ პროფესიულ ჯგუფებს, გამოიყენონ და განავითარონ ადამიანის უფლებები ეროვნულ დონეზე. ეს სრულებით თავსებადია კონვენციის სისტემის მიზანთან, რომლის მიხედვით ხელისუფლების უმთავრესი პასუხისმგებლობა ადამიანის უფლებების უზრუნველყოფა და მათი განუხრელი დაცვაა. ევროპული სასამართლოს მანდატი, პრინციპში, უფრო დამატებითია, რომელიც ინდივიდუალური საჩივრების განხილვის მეშვეობით, კონვენციის ავტორიტეტულ და ერთიან განმარტებას უზრუნველყოფს. სასამართლოს გადაწყვეტილებები უნდა იყოს ხელმისაწვდომი და თარგმნილი, თუკი მათი ეროვნულ სასამართლოებში ციტირება ან გამოყენება მოხდება. შესაბამისად, ამ საქმის მიღწევაში აღნიშნული მიმოხილვის წვლილი მეტად მნიშვნელოვანია.

ევროპის იურიდიულ ჟურნალებში ინტენსიური სამეცნიერო დიალოგის პროცესი მიმდინარეობს. ამ დიალოგს „საკონსტიტუციო სამართლის მიმოხილვის“ წინამდებარე გამოცემა ახალ პერსპექტივასა და განსხვავებულ ელფერს შესძენს. ჩვენ ყველანი ამით კიდევ უფრო მდიდრები ვიქნებით.

*ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს პრეზიდენტი*

**ჟან-პოლ კოსტა**

# ხალხის საკეთილდღეოდ

60 წლის წინ, 1949 წლის 23 მაისს, გამოქვეყნდა გერმანიის ფედერაციული რესპუბლიკის ძირითადი კანონი, რომელმაც ნაციონალ-სოციალისტების ტირანული მმართველობის შემდეგ, დააფუძნა დემოკრატიული ქვეყანა, სადაც სახელმწიფოს ნებისმიერი ქმედების ამოსავალ წერტილად კანონის უზენაესობა, ადამიანის ღირსება და ძირითადი თავისუფლებები იქცა. იმავდროულად, ძირითადმა კანონმა კონსტიტუციისა და ძირითადი უფლებების დაცვა ფედერალურ საკონსტიტუციო სასამართლოს და არა, მაგალითისთვის, ფედერალურ პრეზიდენტს, მთავრობას ან პარლამენტს დააკისრა. საკონსტიტუციო სასამართლო ამ ფუნქციას წლების მანძილზე ახორციელებდა, განსაკუთრებით კერძო საკონსტიტუციო საჩივრების განხილვის შედეგად მიღებული გადაწყვეტილებებით, რითაც ძირითად უფლებებს კიდევ უფრო მეტ ეფექტურობას სძენდა.

ამის მიუხედავად, გერმანიაში საკონსტიტუციო იურისდიქცია მხოლოდ ხსენებული წარმატებული ნაბიჯით არ დაწყებულა. როდესაც საკონსტიტუციო სასამართლო დაარსდა, შესაძლებელი იყო საორიენტაციოდ სხვა ქვეყნების მაგალითების, განსაკუთრებით, აშშ-ის უზენაესი სასამართლოს გამოცდილების გაზიარება. ამასთან ერთად, გერმანიის კონსტიტუცია ევროპული ინტეგრაციის პროცესში დაიბადა. ამავე კონტექსტში, საფუძველი ჩაეყარა დიალოგის პროცესს გერმანიის ფედერალურ საკონსტიტუციო სასამართლოსა და სტრასბურგში არსებულ ადამიანის უფლებების ევროპულ სასამართლოს, ლუქსემბურგში არსებულ ევროპის კავშირის სასამართლოსა და ევროპული ქვეყნების საკონსტიტუციო სასამართლოებს შორის. ამ პროცესს თან ახლდა და დიდი ხნის განმავლობაში ხელს უწყობდა არაერთ იურიდიულ ჟურნალში გამოქვეყნებული შედარებით-სამართლებრივი კვლევისა და სასამართლო გადაწყვეტილებების კრიტიკული ანალიზი.

საქართველოს კონსტიტუციამ საკონსტიტუციო სასამართლოც შექმნა, რომელიც განიხილავს სახელმწიფოს ქმედების კონსტიტუციურობას და, იმავდროულად, ადამიანის უფლებებისა და თავისუფლებების დაცვის გარანტია. აღნიშნული ამოცანის განხორციელება ასევე მოითხოვს სხვა სახელმწიფოების სასამართლოებთან თანამშრომლობას საექსპერტო თუ შედარებით-სამართლებრივი კვლევის კუთხით. სხვა ქვეყნების საკონსტიტუციო სასამართლოების გამოცდილების ანალიზი, იდეების გაზიარება და საქმიანობის კრიტიკა უდავოდ სასარგებლო იქნება კანონის უზენაესობისა და ადამიანის ფუნდამენტური უფლებების დაცვის სფეროში საუკეთესო გადაწყვეტილებების მისაღებად.

ამასთან, ჟურნალ „საკონსტიტუციო სასამართლოს მიმოხილვას“, რომლის პირველი ნომერიც ახლა გამოვა, ვუსურვებ, რომ იგი დადებითად შეფასებულიყოს იურისტებისა და მეცნიერების, ასევე აკადემიკოსებისა და სტუდენტების მიერ, ხოლო მასში გამოქვეყნებული მასალა ნაყოფიერი ყოფილიყოს ქართველი ხალხის კეთილდღეობისათვის.

*პროფესორი, დოქტორი,*
*გერმანიის ფედერალური საკონსტიტუციო სასამართლოს პრეზიდენტი*
**ჰანს-იურგენ პაპიერი**

საქართველო ის ქვეყანაა, სადაც რეგულარულად ჩამოსვლის სიამოვნება 1990-იანი წლების დასაწყისიდან მქონდა.

დემოკრატიული გზისკენ ქვეყნის სიარული იოლი არ ყოფილა. საქართველომ 1991 წლიდან ეკონომიკური კრიზისი, სამოქალაქო დაპირისპირება, რევოლუცია და შეიარაღებული კონფლიქტი გამოსცადა. ამ მცირე პერიოდისათვის ეს საკმაოდ ბევრია, მაგრამ ჩანს, ყოველივე ამან ქვეყანა უფრო გააძლიერა, მისი მოქალაქეები კიდევ უფრო გააერთიანა და მტკიცედ გადააწყვეტინა საქართველოს ჭეშმარიტ დემოკრატიულ ქვეყნად გადაქცევა.

საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს შექმნის გადაწყვეტილება, ჩვეულებრივ სასამართლო სისტემასთან ერთად, მიღებულ იქნა 1995 წელს, საქართველოს კონსტიტუციის მიღებამდე. თავიდანვე აშკარა იყო, რომ კონსტიტუციის პროექტის მიღების შემდგომი ლოგიკური ნაბიჯი ისეთი უწყების ჩამოყალიბება იქნებოდა, რომელიც ძირითადი კანონის ცხოვრებაში გატარებას შეძლებდა, რაც საშუალებას მისცემდა ქვეყანას, კონსტიტუციის დეკლარაციული დებულებები ნორმატიულ ტექსტად ექცია, ქართულ საზოგადოებას კი მისი ყოვედღიურად გამოყენების საშუალება ჰქონოდა.

საკონსტიტუციო სასამართლოს შექმნა ერთ ათწლეულზე მეტი ხნის წინ, საქართველოს სამართლებრივი სისტემის ისტორიისათვის გადამწყვეტი მომენტი იყო. მეამაყება, რომ ეს ყოველივე ჩემ თვალწინ მოხდა და მას შემდეგ თვალყურს ვადევნებ სასამართლოს განვითარებას, განსაკუთრებით კი, მის სულ უფრო მზარდ როლს საქართველოში დემოკრატიული წყობის გასამყარებლად. ეს ამოცანა ყოველთვის როდია იოლი. ამასთან, სასამართლოს მნიშვნელობა დროთა განმავლობაში გარკვეული გამოწვევების წინაშე დადგება, რაც დემოკრატიულ სისტემაში ჩვეულებრივი პროცესია. ამ როლის შესრულებისას, ფრიად მნიშვნელოვანია სასამართლოს გათავისებული ჰქონდეს, რომ იგი კონსტიტუციის დაცვის დამოუკიდებელი გარანტია, ხოლო მისი მთავარი დანიშნულებაა ადამიანის უფლებების დაცვა.

რა თქმა უნდა, საკონსტიტუციო სასამართლოებმა სხვა ფუნქციებიც შეიძინა და ადამიანებს სულ უფრო მეტად იცავენ აღმასრულებელი ხელისუფლების მხრიდან დაშვებული გადამეტებებისგან. ზოგიერთ ქვეყანაში კი სამართლიანი სასამართლო პროცესის გამყარებით, მათ სასამართლო გადაცდომების თავიდან ასაცილებლად მტკიცე მექანიზმი შექმნეს.

წლების განმავლობაში საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლომ მნიშვნელოვანი გამოცდილება შეიძინა ჯერ თბილისში, ქვეყნის მჩქეფარე დედაქალაქში, სადაც იგი თავდაპირველად იყო განთავსებული, შემდეგ კი ბათუმში — საქართველოს მთავარ საპორტო ქალაქში, სადაც იგი იმყოფება 2007 წლიდან.

მქონდა პატივი, მემუშავა საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს პირველ თავმჯდომარესთან — მოსამართლე ავთანდილ დემეტრაშვილთან (1996 — 2001 წ.წ.), ჯონი ხეცურიანთან (2006 წლამდე) და ამჟამინდელ საკონსტიტუციო სასამართლოს თავმჯდომარესთან, მოსამართლე გიორგი პაპუაშვილთან. თითოეულმა მათგანმა ახალი იმპულსი შესძინა სასამართლოს და კიდევ უფრო განავითარა იგი.

ოფიციალური სამართლებრივი ჟურნალისა თუ ბეჭდვითი ორგანოს არსებობა საკონსტიტუციო სასამართლოებში დიდი ხნის ჩამოყალიბებული ტრადიციაა, მას ეს-ეს არის უერთდება საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოც მისი ყოველკვარტალური ჟურნალით, რომელსაც „საკონსტიტუციო სამართლოს მიმოხილვა“ ჰქვია. აღნიშნულ გამოცემაში დაიბეჭდება მნიშვნელოვანი ინფორმაცია საკონსტიტუციო და ადამიანის უფლებების სამართლის განვითარებასთან დაკავშირებით და გამოქვეყნდება ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოსა და ევროპის საკონსტიტუციო სასამართლოების გადაწყვეტილებები, ეროვნული და უცხოელი აკადემიური პერსონალისა თუ ექსპერტების სტატიები.

ძალზე მოხარული ვარ ახლებური წამოწყებით და სიამოვნებით მივადევნებ თვალს აღნიშნულ გამოცემას.

*ევროპული კომისიის „დემოკრატიისათვის სამართლის მეშვეობით“*
*(ვენეციის კომისიის) მდივანი*
**ჯანი ბუკიკიო**

ძვირფასო მეგობრებო,

მოხარული ვარ, რომ მაქვს შესაძლებლობა, მოგილოცოთ ამ ჟურნალის გამოცემა. ეს უნიკალური ჟურნალია არა მარტო იმის გამო, რომ ის პირველად გამოიცემა საქართველოში. არამედ იმიტომაც, რომ ის არის ბევრი ორგანიზაციის თანამშრომლობის წარმატებული შედეგი. ამავე დროს, ეს არის პირველი შემთხვევა საქართველოში, როდესაც უნივერსიტეტი და საკონსტიტუციო სასამართლო ერთიანდებიან და სახავენ საერთო მიზნებს.

მაგრამ ამ ჟურნალის მნიშვნელობა მხოლოდ იმ უნიკალურ თანამშრომლობაში როდია, რომელიც შედგა მის გამოსაცემად. ჩემთვის, როგორც უნივერსიტეტის წარმომადგენლისათვის, ის არის საგანმანათლებლო პროცესი. ამ პროცესის დახმარებით, დარწმუნებული ვარ, საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლო დაუახლოვდება და გასაგები გახდება ერთი მხრივ ჩვენი მოქალაქეებისათვის, ხოლო მეორე მხრივ – ყველა დაინტერესებული მხარისათვის ქვეყნის საზღვრებს გარეთ. ეს სწორედ ის შემთხვევაა, რომლის სქემასაც ყველა სამეცნიერო თუ საგანმანათლებლო ინსტიტუტმა უნდა მისდიოს. ამ ჟურნალის საშუალებით ჩვენ ვაგზავნით ქვეყნის გარეთ იმას, რაც საინტერესოა გარე მკითხველისათვის და ამავე ჟურნალის საშუალებით ჩვენს მკითხველს ვუხსნით იმ საგარეო თუ საშინაო კონტექსტს, რომელშიც არსებობს თანამედროვე საკონსტიტუციო სასამართლო როგორც იდეა და როგორც ინსტიტუტი.

ყოველ ჩვენგანს ვუსურვებ წარმატებას.

*ილია ჭავჭავაძის სახელმწიფო უნივერსიტეტის რექტორი.*

**გიგი თევზაძე**

სარჩევი


ჰერმან შვარცი
კონსტიტუციის მშენებლობის საფეხურები 7

კონსტანტინე კორკელია
რატომ უნდა გამოვიყენოთ ადამიანის უფლებათა ევროპული
სტანდარტები მართლმსაჯულების განხორციელებისას? 12

ჯერემი მაკბრაიდი
ადამიანის უფლებათა ევროპული კონვენციის მოქმედება
კონფლიქტის ზონებში – შემხებლობა და პასუხისმგებლობა 21

დრაგოლუბ პოპოვიჩი
პროფესიული საქმიანობის ადგილის ხელშეუხებლობის დაცვა
ადამიანის უფლებათა ევროპული კონვენციის ფარგლებში 49

ჯონი ხეცურიანი
საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს უფლებამოსილება
რეფერენდუმისა და არჩევნების კონსტიტუციურობის საკითხებზე 58

იაკობ ფუტკარაძე
სასამართლო ხელისუფლება და ძირითადი უფლებები
საქართველოს კონსტიტუციის ახალ რედაქციაში 64

ანდრაშ შაიო
თავდაცვისუნარიანი დემოკრატიიდან პრევენციულ სახელმწიფომდე? 76

რორი ოკონელი
თავდაცვისუნარიანი დემოკრატია და
ადამიანის უფლებათა პრინციპები 102

ალექსანდრე ორახელაშვილი
სახელმწიფოებრიობა, აღიარება და გაეროს სისტემა —
დამოუკიდებლობის ცალმხრივი გამოცხადება კოსოვოში 110

ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს
დიდი პალატის გადაწყვეტილება
*ვარნავა და სხვები თურქეთის წინააღმდეგ* 137

ჰერმან შვარცი

# კონსტიტუციის მშენებლობის საფეხურები

***ჰერმან შვარცი***
*საკონსტიტუციო სამართლის სფეროში ცნობილი მოღვაწე. ვაშინგტონის იურიდიული კოლეჯის პროფესორი, ამერიკული უნივერსიტეტი, ვაშინგტონი.*

ისინი, ვინც კონსტიტუციას წერენ შექმნის პროცესში მყოფი დემოკრატიებისათვის, ბევრ დაბრკოლებებს აწყდებიან.

პირველ რიგში, მათ უნდა შექმნან ისეთი დოკუმენტი, რომელიც საშუალებას მისცემს საზოგადოებას, მშვიდობიანად გადაჭრას რთული და კონფლიქტური საკითხები. იმავდროულად, უნდა შემუშავდეს ადამიანის უფლებათა დაცვის ეფექტური სისტემა, რომელიც მოიცავს უმცირესობათა უფლებას – არ დაეთანხმოს და საკანონმდებლო უმცირესობის უფლებას გარდაიქმნას უმრავლესობად.

მეორე, – კონფლიქტური სიტუაციები ჩვეულებრივ იწყება სწრაფად და ამ საკითხების მოგვარებამ შეიძლება სამომავლოდ შექმნას პრობლემები. ტრანსფორმაციისას (საბჭოთა ბლოკის უმეტესი ქვეყნების მსგავსად) წაგებულები შეეცდებიან იმდენი ძალაუფლება შეინარჩუნონ, რამდენსაც შეძლებენ. თუ ცვლილება მოიცავს რეჟიმის სრულად შეცვლას, როგორც ეს ერაყში მოხდა, მაშინ გამარჯვებულები მეტოქეობას გაუწევენ ერთამანეთს ძალაუფლების მოსაპოვებლად. ამ დავების გადაჭრის საშუალებები ხშირად ინკორპორირებულია კონსტიტუციაში, რომელიც შეიძლება პრობლემური იყოს ხანგრძლივი პერიოდის განმავლობაში. მაგალითად, ამერიკის შეერთებული შტატების კონსტიტუციაში მონობაზე კომპრომისების ჩართვამ რეალურად შესაძლებელი გახადა კონსტიტუციის მიღება, მაგრამ საბოლოოდ აღმოჩნდა, რომ ეს არც ისე კარგი იყო ერისთვის.

უფრო მეტიც, კონსტიტუცია იწერება დროის განსაზღვრულ მონაკვეთში, ჩვეულებრივ მაშინ, როდესაც საზოგადოებაში არსებობს ეკონომიკური, სოციალური თუ სხვა პრობლემები. არსებობს ცდუნება და ხშირად აუცილებლობა იმისა, რომ სწრაფად მოხდეს ამ პრობლემებთან გამკლავება. მაგრამ დებულებები, რომლებიც გამიზნულია პრობლემათა სწრაფად მოსაგვარებლად, შეიძლება შეუსაბამო აღმოჩნდეს მომავლისათვის.

ეჭვის ქვეშ დაყენება ყველა დოკუმენტისა, რომლებიც დაწერილია განსაზღვრულ დროსა და ადგილას, ნიშნავს იმას, რომ მომავლის წინასწარ განჭვრეტა შეუძლებელია. მომავალი ყოველთვის განსხვავებულია იმისგან, რასაც მოველით. ამგვარად, კონსტიტუციის პროექტის შემქმნელებმა დასაბამი უნდა მისცენ ისეთი მომავალი მთავრობების ჩამოყალიბებას, რომლებიც მყარად შეხვდებიან წარმოუდგენელ და გაუთვალისწინებელ პრობლემებს.

თითქმის უნივერსალური გამოცდილების ერთერთი გაკვეთილი არის ის, რომ ადამიანის უფლებები დაუყოვნებლივ უნდა იყოს დაცული. როცა ავტორიტარული რეჟიმის შევიწროება მოხდა, საზოგადოებას განთავისუფლების შეგრძნება და თავისუფლებისაკენ სწრაფვის წყურვილი ჰქონდა, თუმცა დიდხანს არ გაგრძელებულა მღელვარების ეს გრძნობა. ახალი და ძველი დემოკრატიების გამოცდილება აჩვენებს, რომ, თუ საწყის ეტაპზე ადამიანის უფლებები სათანადოდ არ არის დაცული, მოგვიანებით ამის გაკეთება ძალზე რთულია.

## თავდაპირველი მოსაზრებები

პირველი, უნდა იყოს თუ არა დაწერილი კონსტიტუცია ჩვეულებრივი საკანონმდებლო ორგანოს თუ სპეციალურად შექმნილი დამფუძნებელი კრების მიერ? თუ გადაწყდება, რომ შექმნან რაიმე ძველის მსგავსი, მაშინ კანონმდებლებს შეუძლიათ, დაწერონ ისეთი კონსტიტუცია, რომლის საშუალებითაც ისინი შეინარჩუნებენ თავიანთ თანამდებობებს. სპეციალური დამფუძნებელი კრება უმჯობესია საზოგადოების რაც შეიძლება მეტ ელემენტს წარმოადგენდეს, მიუხედავად იმისა, რომ ეს საკმაოდ რთულია და ძვირად ღირებული.

კიდევ ერთი გადასაჭრელი საკითხი საწყის ეტაპზე არის ის, თუ როგორ უნდა შევიდეს ცვლილებები და დამატებები კონსტიტუციაში მისი მიღების შემდეგ. ამის შესრულება მარტივი როდია. დოკუმენტი უნდა ასახავდეს საზოგადოების ყვე-

ლაზე მნიშვნელოვან ფასეულობებს და დემოკრატიული პროცესის მთავარ პრინციპებს. ეს ყველაფერი სტაბილური უნდა იყოს. მეორე მხრივ, ზოგიერთი დებულება მიღებული უეცარი ზეწოლის, კონფლიქტისა და მოლოდინის გამო, საწყის ეტაპზე, შესაძლოა შორეული მომავლისათვის შეუფერებელი იყოს, ცვლილებების შეტანის გართულებამ კი შესაძლოა ხელი შეუშალოს მომავალ მთავრობებს ადეკვატურად გაუმკლავდნენ გაუთვალისწინებელ პრობლემებს.

ამ მიზეზის გამო, ჭკვიანური იქნება, თუ განსაზღვრული დროის შემდეგ, მოხდება კონსტიტუციის სტრუქტურული ასპექტების მიმოხილვა. ერთ-ერთი გზა არის 10-20 წელიწადში ერთხელ ექსპერტთა კომისიის მოწვევა, რათა დადგინდეს, არის თუ არა საჭირო სტრუქტურული ცვლილებების შეტანა. ეს შესაძლოა, განსაკუთრებით სასარგებლო გამოდგეს პირველი ათი წლის შემდეგ, როდესაც კონსტიტუციაში წარმოშობილი ზოგიერთი პრობლემა ნათელი გახდება.

ეს მიმოხილვა არ უნდა მოიცავდეს ადამიანის უფლებათა შესუსტების მცდელობას, თუმცა ამის გაკეთების ცდუნება შეიძლება არსებობდეს. როგორც კი ცხოვრების მოსალონდელი გაუმჯობესების სტანდარტული თავდაპირველი ეიფორია გაივლის, უკვე ნაკლებად ზრუნავენ ადამიანის უფლებებზე. ლიდერებმა და ჩვეულებრივმა ადამიანებმაც კი შეიძლება ადამიანის უფლებები ფუფუნებად ჩათვალონ - მეორეხარისხოვნად, ეკონომიკური სტაბილურობის საკითხებთან შედარებით. მიუხედავად ამისა, გამოცდილება გვიჩვენებს, რომ ადამიანის უფლებები იშვიათად აფერხებენ გამოწვევებზე ეფექტურ რეაგირებას.

ამასთან დაკავშირებული შემდეგი საკითხი გახლავთ კონსტიტუციის მოცულობა. აშშ-ში ბევრი ფიქრობს, რომ, რადგან აშშ-ის კონსტიტუცია 200 წელზე მეტია რაც აგრძელებს მოქმედებას, მოკლე კონსტიტუციები უკეთესია დამწყები დემოკრატიებისთვისაც კი. მე ამ ხედვას არ ვიზიარებ. აშშ-ის კონსტიტუციური ნორმები არ შეიძლება თავმოყრილი იყოს მხოლოდ ოცდათოთხმეტ საწყის და ცვლილებების შესატან დებულებებში. ისინი შეიძლება თავმოყრილ იქნენ ორ საუკუნეზე მეტი ხნის განმავლობაში აშშ-ის უზენაესი სასამართლოს გადაწყვეტილებათა 550-ზე მეტ კრებულში. ამ გადაწყვეტილებებმა დაამკვიდრა ჩვენი ყველაზე ფუნდამენტური კონსტიტუციური პრინციპები და უფლებები, რომელთაგან რამდენიმე შეიძლება გამოვყოთ აშშ-ის კონსტიტუციიდან. იმ ახლად ჩამოყალიბებული დემოკრატიებიდან, რომლებსაც არ აქვთ ორსაუკუნოვანი გამოცდილების ფუფუნება უფლებების განსავითარებლად, მხოლოდ რამდენიმე თუ იწყებს ძლიერი სასამართლო სისტემის შექმნით. მათ შეუძლიათ და უნდა ააგონ დემოკრატია ამერიკის და სხვა ქვეყნების გამოცდილებაზე დაყრდნობით, სასამართლოების ლოდინის გარეშე უნდა შექმნან ეს ფუნდამენტური უფლებები და პრინციპები თავიანთ კონსტიტუციებში შესატანად.

ეს, რა თქმა უნდა, არ ნიშნავს იმას, რომ კონსტიტუცია უნდა იყოს ძალზე დეტალური. კონსტიტუციები, რომლებიც მოიცავენ ბევრ დებულებას, შეიძლება ნაკლებად მოქნილები იყვნენ. იმის გადაწყვეტა, თუ რა უნდა შევიდეს კონსტიტუციაში, რა უნდა დარჩეს საკანონმდებლო ხელისუფლების გადასაწყვეტად და, საერთოდ, რა არ უნდა იყოს დარეგულირებული კონსტიტუციით, არის ყველაზე მთავარი და რთული საკითხი.

## მშენებლობის საფეხურები

ეგრეთ წოდებული ჰორიზონტალური და ვერტიკალური სტრუქტურული საკითხები ყველაზე რთულია, რადგანაც ისინი უკავშირდებიან ძალაუფლების გადანაწილებას. ეს საკითხები თითქმის ყოველთვის გვარდება პოლიტიკური აზრთა სხვადასხვაობის ფონზე ისეთი მოკლევადიანი მიზნებით, როგორიცაა, მაგალითად თუ როგორ უნდა მოხდეს ხშირად დომინანტური ძალაუფლების მიღება და შენარჩუნება.

უპირველესი საკითხი გახლავთ, უნდა იყოს საპრეზიდენტო თუ საპარლამენტო სისტემა. მათი მრავალფეროვნების გათვალისწინებით, ისინი იყოფიან ორ ჯგუფად. საპრეზიდენტო სისტემით ყველაზე უფრო ამერიკა არის ცნობილი. როგორც წესი, პრეზიდენტი პირდაპირ ირჩევა ხალხის მიერ, თუმცა შეერთებულ შტატებში პრეზიდენტის არჩევა განსაზღვრული დროით ხდება. პრეზიდენტი, რომელიც გვევლინება ქვეყნის მეთაურად, ადგენს როგორც საშინაო, ისე საგარეო პოლიტიკას და ირჩევს მინისტრებს ამ პოლიტიკის განსახორციელებლად. მინისტრთა კანდიდატურებს ხშირად ამტკიცებს საკანონმდებლო ორგანო, თუმცა არიან პრეზიდენტის კონტროლის ქვეშ.

საკანონმდებლო ხელისუფლება დამოუკიდებლად ირჩევა დადგენილი დროით. როგორც წესი, არც პრეზიდენტი და არც საკანონმდებლო ხელისუფლება არ დაითხოვება ერთიმეორის მიერ. ეს წარმოქმნის ორმაგ ლეგიტიმურ სისტემას და მკვეთრად გამიჯნულ ძალაუფლებას.

საპრეზიდენტო სისტემა უზრუნველყოფს სტაბილურობას და ძლიერი პრეზიდენტის ხელში

შეიძლება უზრუნველყოფილ იქნეს ძლიერი, ენერგიული ხელმძღვანელობა. თუმცა სტაბილურობა შეიძლება გადაიზარდოს მოუქნელობაში და არაპოპულარული, არაეფექტური პრეზიდენტის შეცვლა შეუძლებელია მოხდეს მმართველობითი პერიოდის ამოწურვამდე. უფრო მეტიც, საკანონმდებლო ორგანოს სხვადასხვა პოლიტიკური პარტიის მიერ მართვამ შეიძლება მიგვიყვანოს საკანონმდებლო ჩიხამდე. თუ ეს დაყოფა იარსებებს, სახელმწიფო მრავალი წლის განმავლობაში ვერ შეძლებს ნორმალურად ფუნქციონირებას.

საპარლამენტო სისტემაში, პარლამენტი საარჩევნო ლეგიტიმურობის ერთადერთი წყაროა. არ ხდება ძალაუფლების გაყოფა საკანონმდებლო და აღმასრულებელ ხელისუფლებებს შორის. სასამართლო ხელისუფლება, რა თქმა უნდა, დამოუკიდებელია, მაგრამ იმყოფება საკანონმდებლო სფეროს მიღმა. რაც შეეხება აღმასრულებელ ხელისუფლებას, რომელსაც ხშირად მთავრობას უწოდებენ, იმართება პრემიერ-მინისტრის მიერ, რომელსაც ირჩევს ის პარტია, რომელიც უმრავლესობით მოდის პარლამენტში ან კოალიციის მიერ, რომელიც შემდგარია კანონმდებელთა უმრავლესობისგან. ქვეყნის მმართველი გახლავთ პრეზიდენტი ცოტაოდენი ძალაუფლებით და ირჩევა პარლამენტის მიერ. პრემიერ-მინისტრი და მთავრობა არიან პასუხისმგებელი პარლამენტის წინაშე და შეიძლება დათხოვნილ იქნენ სწორედ პარლამენტის მიერ. არჩევნების ჩატარება შეიძლება ნებისმიერ დროს, მოქნილობის უზრუნველყოფით. ვინაიდან არ არსებობს ფორმალური დაყოფა საკანონმდებლო და აღმასრულებელ ხელისუფლებათა ძალაუფლებებს შორის, შესაბამისად, არსებობს გამოუვალ მდგომარეობაში აღმოჩენის ნაკლები შანსი იმდენად, რამდენადაც მთავრობა ან პრემიერ-მინისტრი, რომელიც კარგავს პარლამენტის ნდობას, შეიძლება დათხოვნილ იქნეს მის მიერ.

საპარლამენტო სისტემამ შეიძლება გამოიწვიოს ხელისუფლების ხშირი ცვლილება და დიდი არასტაბილურობა. აგრეთვე მას შეუძლია წარმოქმნას პოლიტიკაში რადიკალური ცვლილებები, როდესაც ოპოზიცია მოდის უმრავლესობით, რომელმაც შეიძლება გამოიწვიოს სხვადასხვა სახის არასტაბილურობა.

არ არსებობს აშკარა პასუხი იმაზე, თუ რომელი სისტემაა უკეთესი. არჩევანი ხშირად დამოკიდებულია ისტორიაზე, კონკრეტული დროის მოთხოვნებზე და სხვა ფაქტორებზე. საბჭოთა ბლოკის ყოფილმა წევრ-სახელმწიფოებმა საბჭოთა კავშირის ფარგლებს გარეთ, აგრეთვე ბალტიისპირეთის ქვეყნებმა დანერგეს საპარლამენტო რეჟიმი, რადგანაც მათ უნდოდათ, გამხდარიყვნენ დასავლეთ ევროპის ნაწილი, რომელიც თითქმის საპარლამენტოა. საბჭოთა კავშირის ყოფილმა, არაბალტიისპირეთის ქვეყნებმა დანერგეს საპრეზიდენტო სისტემა.

აგრეთვე, უნდა გადაწყდეს საკანონმდებლო ხელისუფლება უნიკამერული (ერთპალატიანი) უნდა იყოს თუ ბიკამერული (ორპალატიანი)სისტემის. თუ სახელმწიფო ფედერალურია, მეტ-ნაკლებად ავტონომიური შემადგენელი ერთეულებით, როგორიც არის აშშ და გერმანია, სასურველია, თუ იქნება მეორე (ჩვეულებრივ ზედა პალატა როგორც აშშ-ის სენატი) საკანონმდებლო პალატა, რომელიც წარმოადგენს შემადგენელი ერთეულების ინტერესებს. მეორე პალატა, გარკვეულ სფეროებში, როგორიცაა გადასახადები და სასამართლო, ასევე ავტონომიასთან დაკავშირებული საკითხები, ზოგჯერ შეზღუდულია გადაწყვეტილებათა მიღებაში.

მეორე პალატის ყოფნა-არყოფნა წამოჭრის კიდევ ერთ კითხვას: რამდენად ცენტრალიზებული უნდა იყოს სახელმწიფო? რა უფლებამოსილებებით უნდა სარგებლობდნენ და რამდენად ავტონომიურები უნდა იყვნენ რეგიონები და ნაციონალური ერთეულები? რამდენად დამოუკიდებლები იქნებიან ქალაქები და სოფლები? შესაძლებლობების დიაპაზონი ფართოა აბსოლუტური ავტონომიის მქონე ერთეულებიდან სრულ ცენტრალურ კონტროლამდე. კარგი მიზეზია იმისა, რომ ნებადართული იყოს მეტი ავტონომია ადგილობრივი და რეგიონალური ერთეულებისათვის, რადგან ისინი ეფექტურად შეძლებენ მართონ, ვინაიდან ცენტრალური ადმინისტრაციისათვის ხშირად უცნობია ადგილობრივი პირობები და საჭიროებები. აგრეთვე, ადგილობრივ თვითმმართველობაში ჩართულობა სთავაზობს ხალხს საშუალებას, პირდაპირ მიიღონ მონაწილეობა მნიშვნელოვანი გადაწყვეტილებების მიღებაში, რომლებიც იმოქმედებს მათ ცხოვრებაზე და ეს შესაძლოა დემოკრატიული თვითმმართველობის მნიშვნელოვანი ნაწილი იყოს.

## სასამართლო სისტემა

ისტორიამ აჩვენა დამოუკიდებელი სასამართლო სისტემის აუცილებლობა, რომელსაც შეუძლია უზრუნველყოს ის, რომ ხელისუფლების დანარჩენმა ორმა შტომ არ გადააჭარბოს კონსტიტუციით მინიჭებულ უფლებამოსილებას, როდესაც საქმე ეხება ადამიანთა უფლებებს. ეს შესაძლოა იყოს მუდმივი სასამართლო სისტემა, როგორც აშშ-შია ან სპეციალური ტრიბუნალი, საკონსტიტუციო სასამართლო, რომელიც უფლებამოსილია, გა-

დაჭრას მხოლოდ კონსტიტუციური და რამდენიმე სხვა საკითხი, როგორც გერმანიაშია. ზემოთ ხსენებულ შემთხვევაში ბოლო ინსტანციად გვევლინება უზენაესი სასამართლო, შემდგარი საერთო სასამართლოს მოსამართლეებისგან, რომლებიც ინიშნებიან მთელი სიცოცხლის ვადით და, როგორც წესი, განიხილავენ საჩივრებს ქვემდგომი სასამართლოებისაგან. მათი მოვალეობაა, მიიღონ გადაწყვეტილება კონკრეტულ საქმეებზე, ჩვეულებრივ, ისინი მხოლოდ იმ შემთხვევაში განიხილავენ კონსტიტუციურ საკითხებს, თუ ეს დავის დარეგულირებისათვის აუცილებელია. საკონსტიტუციო სასამართლოს წევრების უმრავლესობა სამართლის პროფესორები არიან, დანარჩენებს არ აქვთ საერთო სასამართლოებში მუშაობის გამოცდილება და რჩებიან ამ პოზიციაზე ერთი ან მეტი 8-12 წლიანი ვადით. ისინი განიხილავენ კონსტიტუციურ *საკითხებს,* თუ ეს არის ხელისუფლების წარმომადგენლების მოთხოვნა, საერთო სასამართლოების და ბევრ ქვეყანაში რიგით მოქალაქეთა სარჩელებს, რომლებიც ამტკიცებენ, რომ მათი უფლებები დაირღვა. განვითარებადი დემოკრატიის ქვეყნების უმრავლესობამ გადაწყვიტა შეექმნათ საკონსტიტუციო სასამართლოები, ნაწილობრივ იმიტომ, რომ საერთო სასამართლოს მოსამართლეების მიერ სასამართლო სისტემის კონტროლი არ არის მათი პრაქტიკა და ნაწილობრივ იმიტომაც, რომ ისინი უნდობლობას უცხადებენ არსებულ სასამართლო სისტემას.

როგორი სისტემაც არ უნდა იქნეს შერჩეული, კონსტიტუციამ დეტალურად უნდა დაადგინოს სასამართლოების უფლებამოსილება, რომ შესაძლებელი იყოს კონსტიტუციასთან შეუთავსებადი კანონებისა და სხვა ნორმების ანულირება. თუ არსებობს საკონსტიტუციო სასამართლო, ის არ უნდა იყოს დატვირთული განსხვავებული ვალდებულებებით. მისი საქმიანობის უდიდესი ნაწილი იქნება სადავო, ვინაიდან მისი ერთ-ერთი უმთავრესი ფუნქცია, განსაკუთრებით საწყის ეტაპზე, არის კონსტიტუციური საზღვრების დადგენა სამთავრობო უწყებებს შორის. აგრეთვე, საკონსტიტუციო სასამართლოს ზოგჯერ მოუწევს ხელისუფლების საწინააღმდეგო გადაწყვეტილებების გამოტანა ადამიანის უფლებების საკითხებთან დაკავშირებით. ყველა ასეთ შემთხვევაში, ის ხშირად იქნება დამარცხებულთა მიერ მკაცრად გაკრიტიკებული. კონსტიტუციამ არ უნდა გააორმაგოს ასეთი შეტევებით გამოწვეული შემთხვევები, რაც გამოწვეულია, მაგალითად, საკონსტიტუციო ტრიბუნალისათვის განსახილველად არაკონსტიტუციური საკითხების მიწოდებით, საწყის ეტაპზე მაინც, რადგანაც ისინი განიცდიან პრესტიჟის და საზოგადოებრივი მხარდაჭერის ნაკლებობას, რაზეც მათი ეფექტურუნარიანობაა დამოკიდებული.

დამოუკიდებელი სასამართლო სისტემის მხარის დაჭერა არის კიდევ ერთი მიზეზი იმისა, თუ რატომ არ უნდა იყოს კონსტიტუცია ძალიან მოკლე. რაც უფრო კონკრეტულია კონსტიტუცია, მით უფრო მარტივი იქნება სასამართლოებისათვის დოკუმენტში შესაბამის დებულებაზე მითითება სადავო გადაწყვეტილებების დასაცავად, ასევე, ისინი უფრო ნაკლებად იქნებიან განხილული როგორც სუბიექტური შეხედულებების შესაბამისად მოქმედნი.

რადგანაც სასამართლოთა გადაწყვეტილებები ხშირად პოლიტიკურად მგრძნობიარეა, მათი დამოუკიდებლობა და უზენაესობა კონსტიტუციით უნდა იყოს გარანტირებული. სასამართლო სისტემა უნდა იყოს არა იუსტიციის სამინისტროს დაქვემდებარების ქვეშ, არამედ ხელისუფლების დამოუკიდებელი შტო დადგენილი ვადით. სასამართლო სისტემამ უნდა გააკონტროლოს თავისი ფინანსური და ადმინისტრაციული საქმიანობა, თავისუფალი უნდა იყოს აღმასრულებელი ხელისუფლების ჩარევისაგან, მაგრამ უნდა მოხდეს ბიუჯეტის კონტროლი საკანონმდებლო ხელისუფლების მიერ.

კონსტიტუციამ აგრეთვე უნდა უზრუნველყოს, რომ ის გამოიყენებოდეს დაბალი ინსტანციის მოსამართლეების მიერ გადაწყვეტილებათა მიღებისას. ბევრ ახალ დემოკრატიაში, ძალიან ხშირად, ეს მოსამართლეები გადაწყვეტილების მიღებისას უარს აცხადებენ კონსტიტუციურ საკითხებზე.

## ადამიანის უფლებათა დაცვა

როგორც ეს დადგენილია, კონსტიტუცია უნდა იცავდეს ადამიანის უფლებებს და სასამართლოებმა, განსაკუთრებით სპეციალურმა კონსტიტუციურმა ტრიბუნალებმა უნდა ითამაშონ მთავარი როლი ამ დაცვის უზრუნველყოფისათვის. პირველად ეს აშშ-ის უზენაესმა სასამართლომ განავითარა, მაგრამ ეხლა სასამართლო ტრიბუნალები მსოფლიოს მასშტაბით აღიარებენ ამ პასუხისმგებლობას. როდესაც საქმე ეხებოდა ადამიანის უფლებათა საერთაშორისო შეთანხმების რატიფიკაციას მათი მთავრობების მიერ, მოსამართლეებმა მიიჩნიეს, რომ ვალდებული იყვნენ, განეხილათ ეს ხელშეკრულებები. ისინი ხშირად თვალყურს ადევნებდნენ იმას, თუ როგორ წყვეტდნენ მსგავს პრობლემებს სხვა სასამართლოები. შედეგად კი შეიქმნა ადამიანის უფლებათა საერთაშორისო საკონსტიტუციო სამართალი.

დღესდღეობით ყოველი კონსტიტუცია შეიცავს ადამიანის უფლებათა დებულებას. ეს საკმარისი არ არის. კონსტიტუციამ უნდა შექმნას ინსტიტუტები, რათა ეს უფლებები ამოქმედდეს. კონსტიტუციამ განსაკუთრებულად უნდა უზრუნველყოს პიროვნების შეუფერხებელი მიმართვა სასამართლოსათვის, თუ ის ადასტურებს მისი უფლების შელახვას და თუ ამ უფლების დარღვევას ჰქონდა ადგილი, მსხვერპლს შეუძლია, მიიღოს ადეკვატური საშუალებები. ბევრმა ქვეყანამ დაინახა, რომ ომბუდსმენი გამოსადეგია (ვინაიდან, ის საჩივრებსაც იხილავს) ასეთ შემთხვევებში. პროკურატურაში, ადამიანის უფლებათა სპეციალური ოფისიც გამოსადეგი იქნება.

დემოკრატიისათვის სასიცოცხლო მნიშვნელობისაა ის, რომ მოქალაქეებს შეეძლოთ იმის გაგება, თუ რამდენად კარგად აკეთებს ხელისუფლება თავის საქმეს და მოქმედებს ერის ინტერესების სასარგებლოდ. კონსტიტუცია უნდა მოიცავდეს დებულებებს, რომლებიც უფლებას მისცემს მოქალაქეებს, ხელმისაწვდომ ფასად და სწრაფად მოიპოვონ საჯარო ინფორმაცია, გარდა იმ მასალებისა, რომლებიც საფრთხის შემქმნელია ეროვნული უშიშროების, პირადი ცხოვრების, სამართალდამცავი ინსტიტუტებისათვის და ასევე სხვა სასიცოცხლო მნიშვნელობის ეროვნული ინტერესებისათვის. კანონმდებელთათვის იმის გადაწყვეტის მინდობა უნდა არსებობდეს, თუ არა ასეთი საშუალებები, მართებული არ არის, ვინაიდან ბევრი მთავრობა უპირისპირდება და ცდილობს შეასუსტოს ასეთი შესაძლებლობები. მხოლოდ ძალიან ცოტა საჯარო მოხელეს სურს საჯარო განხილვის საგნად აქციოს საკუთარი ქმედებები.

## კონსტიტუციის მიღება

ბოლო კითხვა გახლავთ, თუ როგორ უნდა იყოს მიღებული კონსტიტუცია? როგორც ზემოთ აღვნიშნეთ, კონსტიტუცია მიღებული უნდა იყოს სპეციალური დამფუძნებელი კრების მიერ? როგორც ბევრ ევროპულ ქვეყანაში, მუდმივი პარლამენტის მიერ? ზოგადად ხალხის მიერ? საზოგადოებამ კონსტიტუციის მიღების ეტაპზე უნდა მიიღოს მონაწილეობა თუ შემდეგ? და თუ პასუხი ამ უკანასკნელზე დადებითია, როგორ უნდა იყოს საზოგადოების მონაწილეობა უზრუნველყოფილი? ამ და სხვა კითხვებზე პასუხის გაცემა მოხდა სხვადასხვა გზით და მიუხედავად იმისა, რომ ბევრ პოლიტოლოგს სჯერა, რომ კონსტიტუცია მოწონებული უნდა იყოს საზოგადოების მიერ, ეს მაინც არ არის უნივერსალური მიდგომა.

კონსტიტუციის შექმნა ექსპერიმენტია, გამოცდა, რომლის შედეგი ყოველთვის იქნება განსხვავებული იმისგან, რაც იყო გათვალისწინებული და რისი მოლოდინიც არსებობდა. უფრო მეტიც, კონსტიტუციის წარმატება დამოკიდებულია გარეშე ფაქტორებზე — ეკონომიკაზე, საზოგადოებაში სოციალურ ძალებზე, სახელმწიფოების საგარეო ურთიერთობებზე, ბუნებრივ კატასტროფებსა და ბევრ სხვა ფაქტორებზე, რაზედაც კონსტიტუციის შემქმნელების კონტროლი არ ვრცელდება.

მიუხედავად ამ სირთულეებისა, ახლად ჩამოყალიბებული დემოკრატიების კონსტიტუციებს შეუძლიათ ცვლილებები მოახდინონ. ისინი იძლევიან იშვიათ შესაძლებლობას იმისა, რომ ადამიანებმა იცხოვრონ დამოუკიდებლად და მშვიდად. ისტორია ერს არ სთავაზობს ბევრ ასეთ მომენტს და როცა ეს მომენტები დგება, პრობლემები უნდა გადაწყდეს, რადგან ერის მომავალს საფრთხე ექმნება.

კონსტანტინე კორკელია

# რატომ უნდა გამოვიყენოთ ადამიანის უფლებათა ევროპული სტანდარტები მართლმსაჯულების განხორციელებისას?

***კონსტანტინე კორკელია***
*თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტის*
*ადამიანის უფლებათა*
*საერთაშორისო სამართლის პროფესორი.*

ადამიანის უფლებათა ევროპული სტანდარტების გამოყენება მართლმსაჯულების განხორციელებისას იძლევა სწორი სასამართლო გადაწყვეტილების მიღების შესაძლებლობას. ევროპული სტანდარტები ასრულებენ ადამიანის უფლებათა დაცვის ერთგვარი ორიენტირის ფუნქციას და ისინი ხელს უწყობენ ადამიანის უფლებათა დაცვას მაქსიმალურად მაღალი ხარისხით. რამდენიმე ევროპული სახელმწიფოს სასამართლომ თავის გადაწყვეტილებაში პირდაპირ მიუთითა ადამიანის უფლებათა ევროპულ სტანდარტებზე, როგორც ადამიანის უფლებათა დაცვის ორიენტირზე[1].

მართლმსაჯულების განხორციელებისას ადამიანის უფლებათა ევროპული სტანდარტების გამოყენებას აქვს რამდენიმე მნიშვნელოვანი უპირატესობა, რომლებით სარგებლობის შემთხვევაშიც საქართველოს სასამართლოებს მიეცემათ შესაძლებლობა, უზრუნველყონ ადამიანის უფლებათა დაცვა ევროპული სტანდარტებით. მართლმსაჯულების განხორციელებისას ადამიანის უფლებათა ევროპული სტანდარტები შეიძლება გამოყენებულ იქნეს როგორც:

ა) ზოგადი ან ბუნდოვანი შიდასახელმწიფოებრივი ნორმების სწორი განმარტების საშუალება;
ბ) შიდასახელმწიფოებრივ ნორმატიულ აქტთან კოლიზიის თავიდან აცილების საშუალება;
გ) შიდასახელმწიფოებრივ ნორმატიულ აქტებში არსებული სამართლებრივი ვაკუუმის ამოვსების საშუალება;
დ) ევროპული სასამართლოს გადაწყვეტილების განჭვრეტის საშუალება;
ე) ადამიანის უფლებათა ეროვნული სტანდარტების განვითარების საშუალება;
ვ) სასამართლოს გადაწყვეტილებისთვის სამართლებრივი დამაჯერებლობის შემძენი საშუალება.

[1] G. Ress, The Effect of Judgments and Decisions in Domestic Law, in: The European System for the Protection of Human Rights, R. Macdonald, F. Matscher & H. Petzold (Eds.), 1993, 842. aseve ix. *Cosmos Press* v. *The Police,* 2 CLR 73, 1985, 76-81.

### ა) ევროპული სტანდარტების გამოყენება როგორც ზოგადი ან ბუნდოვანი შიდასახელმწიფოებრივი ნორმების სწორი განმარტების საშუალება

ადამიანის უფლებათა ევროპული სტანდარტების გამოყენება მართლმსაჯულების განხორციელებისას ეროვნულ სასამართლოს აძლევს შესაძლებლობას, სწორად განმარტოს საქართველოს შიდასახელმწიფოებრივი ნორმატიული აქტების ზოგადი ან ბუნდოვანი ნორმები.[2]

სასამართლო დავის გადასაწყვეტად ეროვნულმა სასამართლომ შეიძლება ძირითადად გამოიყენოს შიდასახელმწიფოებრივი ნორმატიული აქტი, მაგრამ მისი დებულების სწორი განმარტებისათვის მან შეიძლება ასევე გამოიყენოს ადამიანის უფლებათა ევროპული სტანდარტი. ამ შემთხვევაში ევროპული სტანდარტი და შიდასახელმწიფოებრივი ნორმატიული აქტი ავსებენ ერთმანეთს. შესაბამისად, სასამართლო გადაწყვეტილების სამართლებრივი საფუძველი იქნება როგორც შიდასახელმწიფოებრივი ნორმატიული აქტი (მაგ., კანონი), ისე ადამიანის უფლებათა ევროპული სტანდარტი. ევროპული სტანდარტების გამოყენება, როგორც შიდასახელმწიფოებრივი ნორმატიული აქტის განმარტების საშუალებისა, ხდება მაშინ, როდესაც შიდასახელმწიფოებრივი ნორმატიული აქტი არასაკმარისად კონკრეტულად აწესრიგებს საზოგადოებრივ ურთიერთობას, რის გამოც, არსებობს არასწორი გადაწყვეტილების მიღების რისკი. ევროპული კონვენციის გამოყენებით სასამართლოს შეუძლია, უზრუნველყოს შიდასახელმწიფოებრივი ნორმატიული აქტის სწორი განმარტება.

[2] N. Bratza, The Treatment and Interpretation of the European Convention on Human Rights By the English Court, in: Aspects of Incorporation of the European Convention of Human Rights into Domestic Law, J.P. Gardner (Ed.), 1993, 69; ასევე იხ. ლორდ დენინგის განცხადება: "The position [...] is that if there is any ambiguity in our statutes or uncertainty in our law, then these courts can look to the [European] Convention [on Human Rights] as an aid to clear up the ambiguity and uncertainty, seeking always to bring them into harmony with it." Lord Denning, in: *R.* v. *Chief Immigration Officer, Ex parte Bibi* [1976] 3 All E.R. 847.

კონვენციის მონაწილე სახელმწიფოთა სასამართლო პრაქტიკაში ყველაზე ხშირია ევროპული კონვენციის გამოყენება, როგორც შიდასახელმწიფოებრივი ნორმატიული აქტის განმარტების საშუალებისა.

ადამიანის უფლებათა ევროპული სტანდარტების გამოყენების როლი, როგორც შიდასახელმწიფოებრივი ნორმატიული აქტების სწორი განმარტების საშუალებისა, დასტურდება არა მხოლოდ იმ სახელმწიფოთა ეროვნული სასამართლოების პრაქტიკით, რომლებშიც ევროპული კონვენცია აღიარებულია კანონმდებლობის ნაწილად, არამედ, ასევე იმ სახელმწიფოების სასამართლოების პრაქტიკით, რომლებშიც ევროპული კონვენცია არ არის ასეთად აღიარებული.

საყურადღებოა, რომ ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს პრეცედენტულ სამართალს იყენებენ არა მხოლოდ ევროპული კონვენციის მონაწილე სახელმწიფოთა სასამართლოები, არამედ არაევროპულ სახელმწიფოთა სასამართლოებიც[3]. ნაწილობრივ ეს ტენდენცია განპირობებულია ევროპული კონვენციითა და სამოქალაქო და პოლიტიკური უფლებების საერთაშორისო პაქტით გათვალისწინებული დებულებების მსგავსებით[4]. ამას მოწმობს არაევროპულ სახელმწიფოთა სასამართლოების გადაწყვეტილებები. მაგალითად: საქმის – *ფილარტიგა პენა-ირალას წინააღმდეგ* – განხილვისას აშშ-ის საკასაციო სასამართლომ გამოიყენა ევროპული სასამართლოს პრეცედენტული სამართალი, რომელიც წამების აკრძალვას ეხებოდა[5]; ზიმბაბვეს უზენაესმა სასამართლომ გამოიყენა ევროპული სასამართლოს გადაწყვეტილება საქმის – *თაირერი გაერთიანებული სამეფოს წინააღმდეგ* (*Tyrer* v. *the United Kingdom*) – განხილვისას, რათა დაედასტურებინა, რომ სხეულებრივი სასჯელები „არაადამიანური და ღირსების შემლახავი“ დასჯაა, რაც ევროპული კონვენციის მე-3 მუხლით იკრძალება[6]; ამავე სასამართლომ სხვა საქმეზე, რომელიც არასრულწლოვანის სხეულებრივ დასჯას ეხებოდა, გამოიყენა ევროპული სასამართლოს გადაწყვეტილებები საქმეებზე – *თაირერი გაერთიანებული სამეფოს წინააღმდეგ* (*Tyrer* v. *the United Kingdom*) და *კემპბელი და კოზანსი გაერთიანებული სამეფოს წინააღმდეგ* (*Campbell and Cosans* v. *the United Kingdom*)[7]; ზიმბაბვეს უზენაესმა სასამართლომ თავის ერთ-ერთ საქმეში განიხილა ევროპული სასამართლოს გადაწყვეტილება საქმეზე – *ზოერინგი გაერთიანებული სამეფოს წინააღმდეგ* (*Soering* v. *the United Kingdom*)[8]; ინდოეთის უზენაესმა სასამართლომ მოიშველია ევროპული კონვენცია და ევროპული სასამართლოს პრეცედენტული სამართალი ინდოეთის კონსტიტუციის განმარტებისათვის[9]; კანადის სასამართლო პრაქტიკისათვის ასევე ცნობილია ევროპული სასამართლოს პრეცედენტული სამართლის გამოყენება.[10]

აქედან გამომდინარეობს, რომ არაევროპული სახელმწიფოები მართლმსაჯულების განხორციელებისას იყენებენ ადამიანის უფლებათა ევროპულ სტანდარტებს, რათა უზრუნველყონ სახელმწიფოს შიდასახელმწიფოებრივი ნორმატიული აქტების ზოგადი ან ბუნდოვანი ნორმების სწორი განმარტება.[11]

საქართველოს სასამართლოებმა უნდა განმარტონ საქართველოს კონსტიტუციის დებულებები ევროპული სტანდარტების მიხედვით. მათი გამოყენებით სასამართლოები თავს აარიდებენ კონსტიტუციის ისეთ განმარტებას, რომელიც ადამიანის უფლებებს უზრუნველყოფს უფრო დაბალი სტანდარტით, ვიდრე ეს გათვალისწინებულია ევროპული სტანდარტებით. საქართველოს სასამართლომ ევროპული სტანდარტები შეიძლება გამოიყენოს როგორც ორიენტირი, რომელიც დაეხმარება მას სწორი გადაწყვეტილების მიღებაში.

ეროვნულმა სასამართლოებმა უნდა გამოიყენონ ევროპული სასამართლოს პრეცედენტული სამართალი, რადგან, წინააღმდეგ შემთხვევაში, დიდია იმის ალბათობა, რომ ევროპული კონვენციის დებულებებს განსხვავებულად განმარტავენ, რამაც შეიძლება გამოიწვიოს ევროპული კონვენციით გათვალისწინებული ვალდებულებების დარღვევა

[3] E. Benvenisti, National Courts and the International Law on Minority Rights, 2 Austrian Review of International and European Law, 1, 1997, 4-5.
[4] R. Lillich, Towards the Harmonization of International Human Rights Law, in: Recht zwischen Umbruch und Bewahrung: Ferstschrift für Rudolf Bernhardt, 1995, 467.
[5] 630 F 2d 876 (1980).
[6] *Ncube, Tshuma and Ndhlovu* v. *The State* (1988) 2 Afr. L. Rep. 702. ციტ.: J. Merrils, The Development of International Law by the European Court of Human Rights, 1993, 20.
[7] საქმე – *კემპბელი და კოზანსი გაერთიანებული სამეფოს წინააღმდეგ* (*Campbell and Cosans* v. *the United Kingdom*) (1982 წელი) – ეხება სკოლაში ბავშვთა მიმართ სხეულებრივი სასჯელის როგორც დისციპლინური ღონისძიების გამოყენების აკრძალვას. იხ. *Juvenile* v. *The State*, Judgment No. 64/89, Crim. App. No.156/88. ციტ.: J. Merrils, The Development of International Law by the European Court of Human Rights, 1993, 20.
[8] J. Dugard, The Role of Human Rights Treaty Standards in Domestic Law: The Southern African Experience, The Future of UN Human Rights Treaty Monitoring, P. Alston & J. Crawford (Eds.), 2000, 277-278.
[9] A. Lester, Freedom of Expression, in: The European System for the Protection of Human Rights, R. Macdonald, F. Matscher & H. Petzold (Eds.), 1993, 468 (footnote 16).
[10] Report of the Sixty-Sixth Conference, International Law Association (1994), 1994, 334; Y. Iwasawa, The Domestic Impact of International Human Rights Standards: The Japanese Experience, The Future of UN Human Rights Treaty Monitoring, P. Alston & J. Crawford (Eds.), 2000, 267.
[11] A. Bayefski, International Human Rights Law in Canadian Courts, in: Enforcing International Human Rights in Domestic Courts, B. Conforti & F. Francioni (Eds.), 1997, 321; R. Lillich, Towards the Harmonization of International Human Rights Law, in: Recht zwischen Umbruch und Bewahrung: Ferstschrift für Rudolf Bernhardt, 1995, 467.

სახელმწიფოს მიერ. თუ ეროვნულმა სასამართლომ არ გამოიყენა ევროპული სტანდარტები, მან შეიძლება უფრო შეზღუდვითად განმარტოს ის უფლება, რომელიც ენიჭება პირს. ამის შედეგად პირი არ იქნება უზრუნველყოფილი უფლებით, რომელიც მას ენიჭება ევროპული სტანდარტებით. ასეთ შემთხვევაში, თუ პირი მიმართავს ევროპულ სასამართლოს იმის მტკიცებით, რომ ეროვნულმა სასამართლომ იგი არ უზრუნველყო იმ უფლებით, რომელიც მას ენიჭება ევროპული სტანდარტებით, ევროპული სასამართლო მის სასარგებლოდ გადაწყვეტს დავას და დაადგენს, რომ სახელმწიფომ, რომლის სასამართლომაც ევროპული სტანდარტები უფრო შეზღუდვითად განმარტა, ვიდრე ეს განსაზღვრულია ევროპული სასამართლოს პრეცედენტული სამართლით, არ შეასრულა კონვენციით გათვალისწინებული ვალდებულებანი[12].

### ბ) ევროპული სტანდარტების გამოყენება როგორც შიდასახელმწიფოებრივ ნორმატიულ აქტთან კოლიზიის თავიდან აცილების საშუალება

ევროპულ სახელმწიფოთა სასამართლო პრაქტიკაში ადამიანის უფლებათა ევროპული სტანდარტები ასევე გამოიყენება შიდასახელმწიფოებრივ ნორმატიულ აქტთან კოლიზიისას. ამ შემთხვევაში ეროვნული სასამართლო იყენებს ევროპულ სტანდარტს, თუ მან დაადგინა, რომ უფრო დაბალ საფეხურზე მდგომი შიდასახელმწიფოებრივი ნორმატიული აქტი (მაგ., კანონი) ეწინააღმდეგება ევროპულ სტანდარტს.

საქართველოს სასამართლოების მიერ ევროპულ სტანდარტებსა და შიდასახელმწიფოებრივი ნორმატიული აქტებით განმტკიცებულ ადამიანის უფლებათა სტანდარტებს შორის კოლიზიის აღმოჩენის იშვიათობა შეიძლება იმით აიხსნას, რომ საქართველოს შიდასახელმწიფოებრივ ნორმატიულ აქტებსა და ადამიანის უფლებათა საერთაშორისო ხელშეკრულებებს შორის მცირეა ასეთი სამართლებრივი წინააღმდეგობანი, თუმცა ასეთი ახსნა დამაჯერებელი შეიძლება იყოს მხოლოდ თეორიულად. პრაქტიკული თვალსაზრისით ეს არგუმენტი არ იქნება დამაჯერებელი, რაც, *inter alia*, იქიდან გამომდინარეობს, რომ სახელმწიფოში, რომელიც ჯერ კიდევ აყალიბებს თავის სამართლებრივ ბაზას ადამიანის უფლებათა დაცვასთან დაკავშირებით, უფრო დიდია წინააღმდეგობების ალბათობა, ვიდრე იმ სახელმწიფოებში, რომლებსაც მდიდარი სამართლებრივი ტრადიციები აქვთ ადამიანის უფლებათა დაცვის თანამედროვე სტანდარტების უზრუნველყოფაში[13].

ამის დასტურად შეიძლება საქართველოს კონსტიტუციიდან მოვიყვანოთ მაგალითი. ზოგადად შეიძლება აღინიშნოს, რომ, თუ საქართველოს კონსტიტუციაში შეიძლება იქნეს აღმოჩენილი სამართლებრივი წინააღმდეგობა ადამიანის უფლებათა ევროპულ სტანდარტებთან, მით უმეტეს, არ არის გამორიცხული, რომ წინააღმდეგობა არსებობდეს სხვა შიდასახელმწიფოებრივ ნორმატიულ აქტებთან მიმართებით.

საქართველოს კონსტიტუციის მე-18 მუხლის მე-4 პუნქტი ადგენდა დებულებას, რომლის მიხედვით, „დაუშვებელია დაკავებული თუ სხვაგვარად თავისუფლებაშეზღუდული პირის ფიზიკური ან ფსიქიკური იძულება“. თავისთავად ეს დებულება უპრობლემოა ევროპულ სტანდარტებთან შესაბამისობის თვალსაზრისით, მაგრამ პრობლემას ქმნის კონსტიტიციის 46-ე მუხლის პირველი პუნქტი, რომელიც ითვალისწინებს, რომ საგანგებო ან საომარი მდგომარეობის დროს საქართველოს პრეზიდენტს უფლება აქვს, შეზღუდოს კონსტიტუციით ჩამოყალიბებული ზოგიერთი მუხლი, მათ შორის მე-18 მუხლი. გამოდის, რომ საქართველოში საგანგებო ან საომარი მდგომარეობის დროს პრეზიდენტი უფლებამოსილია, დაუშვას დაკავებული თუ სხვაგვარად თავისუფლებაშეზღუდული პირის ფიზიკური ან ფსიქიკური იძულება, რაც პირდაპირ ეწინააღმდეგება ადამიანის უფლებათა ევროპული კონვენციის მე-3 მუხლს (წამების, არაადამიანური ან ღირსების შემლახველი მოპყრობის ან დასჯის აკრძალვა) და ევროპული სასამართლოს პრეცედენტულ სამართალს.

საქართველოს კონსტიტუციის მე-18 მუხლი პრობლემური იქნებოდა, 2006 წელს რომ არ შეეტანათ კონსტიტუციაში ცვლილება და ზემოთ მითითებული პუნქტი კონსტიტუციის მე-18 მუხლიდან მე-17 მუხლში არ გადაეტანათ მე-3 დამატებით პუნქტად. საერთაშორისო, მათ შორის ევროპულ, სტანდარტებთან წინააღმდეგობამ განაპირობა კონსტიტუციაში ცვლილების შეტანა.

ხსენებული მაგალითი ცხადყოფს, რომ ადამიანის უფლებათა საერთაშორისო და ევროპულ სტანდარტებსა და კონსტიტუციას შორისაც კი შეიძლე-

[12] J. Velu, Report on “Responsibilities for States Parties to the European Convention”, in: Proceedings of the Sixth International Colloquy about The European Convention on Human Rights, 13-16 November 1985, 1988, 592-593.

[13] დამოუკიდებელი ექსპერტების მიერ მომზადებული კვლევა საქართველოს კანონმდებლობის ადამიანის უფლებათა ევროპული კონვენციის მოთხოვნებთან შესაბამისობის შესახებ ადასტურებს საქართველოს მრავალი ნორმატიული აქტის ევროპულ კონვენციასთან შესაბამისობაში მოყვანის აუცილებლობას. იხ. Study on the Compatibility of Georgian Law with the Requirements of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms and its Protocols, HRCAD(2001)2, 2001; ასევე იხ. ევროპის საბჭოს ექსპერტების მიერ მომზადებული მოხსენება, Report on the Conformity of the Legal Order of Georgia with Council of Europe Standards, AS/Bur/Georgia (1997) 1, Parliamentary Assembly, Council of Europe, 25 September 1997.

ბა წარმოიშვას სამართლებრივი წინააღმდეგობა, რომელიც ამ კონკრეტულ შემთხვევაში არსებობდა თითქმის 11 წლის განმავლობაში, ვიდრე კონსტიტუციაში არ შეიტანდნენ ცვლილებას.

ზოგადად, ევროპული კონვენციის მონაწილე სახელმწიფოთა სასამართლო პრაქტიკაში კონვენციის გამოყენება შიდასახელმწიფოებრივი ნორმატიული აქტით დადგენილი ნორმის საწინააღმდეგოდ შედარებით იშვიათობაა. მიუხედავად ასეთი შემთხვევების იშვიათობისა, საქართველოს სასამართლო პრაქტიკაში აღმოჩენილია ორი შემთხვევა, რომელიც მოგვიანებით არის განხილული ნაშრომში.

ნორმათა კოლიზიის საკითხთან მომიჯნავეა ადამიანის უფლებათა განსხვავებული სტანდარტით დაცული უფლებების საკითხი. ზოგიერთ შემთხვევაში ადამიანის უფლებათა ეფექტიანი დაცვის პრინციპი შეიძლება წინააღმდეგობაში მოვიდეს იერარქიული თანაფარდობის პრინციპთან. თუ საერთო სასამართლო დაადგენს, რომ შიდასახელმწიფოებრივი ნორმატიული აქტი (მაგ., კანონი) პირს უზრუნველყოფს უფრო ეფექტიანი დაცვით, ვიდრე ადამიანის უფლებათა ევროპული კონვენცია, საერთო სასამართლომ უპირატესობა უნდა მიანიჭოს და გამოიყენოს შიდასახელმწიფოებრივი ნორმატიული აქტი, მიუხედავად იმისა, რომ საქართველოს კანონმდებლობით იგი უფრო დაბალ იერარქიულ საფეხურზეა, ვიდრე ევროპული კონვენცია. ასეთი მიდგომა გამართლებულია ადამიანის უფლებათა ეფექტიანი დაცვის პრინციპით. საქართველოს სასამართლომ უნდა იხელმძღვანელოს იმ აქტით, რომელიც უფრო ეფექტიანად უზრუნველყოფს ადამიანის უფლებათა დაცვას. არ იქნებოდა მართებული, რომ კოლიზიისას ევროპულ კონვენციასა და კანონს შორის, რომელშიც კანონი უზრუნველყოფს პირის უფლებების უფრო ეფექტიან დაცვას, ვიდრე ევროპული კონვენცია, საქართველოს სასამართლომ გამოიყენოს ევროპული კონვენცია (რომელსაც იერარქიული უპირატესობა ენიჭება კანონთან შედარებით) კანონით დადგენილი ადამიანის უფლებათა უფრო ეფექტიანი დაცვის საზიანოდ.

სასამართლოების მიერ ადამიანის უფლებათა ევროპული კონვენციის, ისევე როგორც ზოგადად ადამიანის უფლებათა საერთაშორისო ხელშეკრულებების გამოყენების ერთ-ერთი უპირატესობა ზუსტად ისაა, რომ იგი იძლევა ისეთი შიდასახელმწიფოებრივი ნორმის დადგენის შესაძლებლობას, რომელიც უფრო დაბალი სტანდარტით იცავს ადამიანის უფლებებს, ვიდრე ევროპული კონვენცია. თუ სასამართლო არ გამოიყენებს ევროპულ კონვენციასა და, ზოგადად, საერთაშორისო ხელშეკრულებებს, იგი უბრალოდ ვერ შეძლებს კოლიზიის დადგენას შიდასახელმწიფოებრივ ნორმატიულ აქტსა და ევროპულ კონვენციას შორის და სასამართლო გადაწყვეტილების მიღებისას იხელმძღვანელებს ადამიანის უფლებათა დაცვის უფრო დაბალი სტანდარტებით. მართალია, ევროპულ კონვენციას ამ კონკრეტულ შემთხვევაში მიენიჭება უპირატესობა, მაგრამ კოლიზიის აღმოფხვრის გარეშე არ არის იმის გარანტია, რომ მომავალში, სხვა სასამართლოს მიერ მსგავსი გარემოებების არსებობის შემთხვევაში, საქმის განმხილველი სასამართლო გამოიყენებს ევროპულ კონვენციას და უპირატესობას მიანიჭებს მას.

### გ) ევროპული სტანდარტების გამოყენება როგორც შიდასახელმწიფოებრივ ნორმატიულ აქტებში არსებული სამართლებრივი ვაკუუმის ამოვსების საშუალება

მართლმსაჯულების განხორციელებისას ადამიანის უფლებათა ევროპული სტანდარტები შეიძლება გამოყენებულ იქნეს საქართველოს შიდასახელმწიფოებრივ ნორმატიულ აქტებში არსებული სამართლებრივი ვაკუუმის ამოსავსებად. ეს ხდება მაშინ, როდესაც შიდასახელმწიფოებრივი ნორმატიული აქტი (მაგ., კანონი) არ აწესრიგებს შესაბამის საზოგადოებრივ ურთიერთობას (ანუ სახეზეა სამართლებრივი ვაკუუმი), მაშინ, როდესაც ევროპული კონვენციით ასეთი ურთიერთობა მოწესრიგებულია.

ეროვნული სასამართლოების მიერ ევროპული კონვენციის საქმის გადაწყვეტის ერთადერთ სამართლებრივ საფუძვლად გამოყენების საილუსტრაციოდ შეიძლება პოლონეთის უზენაესი სასამართლოს სისხლის სამართლის საქმეთა პალატის 1997 წლის გადაწყვეტილების მოშველიება[14].

საქმე ეხებოდა პოლონეთში დაკავებული ჩინეთის ორი მოქალაქის ექსტრადიციას ჩინეთში, სადაც მათზე გამოცხადებული იყო ძებნა თაღლითობისა და ქონების მითვისების ბრალდების გამო. ჩინეთის ხელისუფლებამ პოლონეთისაგან მოითხოვა ამ პირთა ექსტრადიცია.

უზენაესი სასამართლოს წინაშე ჩინეთის მოქალაქეებმა ექსტრადიციის შესახებ ბრძანების გასაუქმებლად მოიშველიეს ორი არგუმენტი: ა) ჩინეთში ეს დანაშაულები ითვალისწინებს სიკვდილით დასჯას; ბ) არსებობს იმის დასაბუთებული ეჭვი, რომ

[14] იხ. პოლონეთის უზენაესი სასამართლოს სისხლის სამართლის პალატის განაჩენი საქმეზე – *მანდუგეკი*, 1997 წლის 29 ივლისი; ასევე იხ. A. Drzemczewski & M. Nowicki, Poland, in: Fundamental Rights in Europe: The European Convention on Human Rights and its Member States (1950-2000), R. Blackburn & J. Polakiewicz (Eds.), 2001, 666.

ორივე მათგანი დაექვემდებარება წამებას და/ან არაადამიანურ, ან ღირსების შემლახველ მოპყრობას ან სასჯელს. ამ არგუმენტების საფუძველზე ისინი ამტკიცებდნენ, რომ ჩინეთში მათი ექსტრადიცია ჩაითვლება ადამიანის უფლებათა ევროპული კონვენციის მე-3 მუხლის დარღვევად, რის გამოც უნდა გაუქმდეს ბრძანება ექსტრადიციის შესახებ. პოლონეთის უზენაესმა სასამართლომ გააუქმა ბრძანება ექსტრადიციის შესახებ. სასამართლომ გააკეთა განცხადება, რომელიც თავისი განსაკუთრებული მნიშვნელობის გამო სრულად არის ციტირებული:

„ის, რომ ჩინეთი არ არის ადამიანის უფლებათა ევროპული კონვენციის მონაწილე, არაარსებითია იმასთან დაკავშირებით, რომ ეს საქმე ეხება ურთიერთობას პოლონეთსა და ჩინეთს შორის. [ადამიანის უფლებათა ევროპული] კონვენციის პირველი მუხლი აკისრებს მაღალ ხელშემკვრელ მხარეებს ვალდებულებას, „ყველა უზრუნველყონ ამ კონვენციის I ნაწილში განსაზღვრული უფლებებითა და თავისუფლებებით“. გარდა ამისა, ჩვენ უნდა დავეყრდნოთ არა მხოლოდ კონვენციის ტექსტს, არამედ სტრასბურგის სასამართლოს პრეცედენტულ სამართალს. სტრასბურგის სასამართლომ არაერთხელ განმარტა კონვენცია ექსტრადიციასთან დაკავშირებით. [...] კონვენციის მე-3 მუხლი კრძალავს წამებას ან არაადამიანურ, ან ღირსების შემლახველ მოპყრობას ან სასჯელს. ექსტრადიცია იმ სახელმწიფოში, რომელშიც პირი შეიძლება დაექვემდებაროს წამებას ან არაადამიანურ მოპყრობას, ან სასჯელს, შეადგენს ამ მუხლის დარღვევას[15]. საჭირო არ არის იმის დამტკიცება, რომ ეს პირი ნამდვილად დაექვემდებარება ასეთ მოპყრობას ან სასჯელს. საკმარისია ასეთი მოპყრობის ან სასჯელის ალბათობის დადგენა (იხ. ზოერინგი გაერთიანებული სამეფოს წინააღმდეგ, 1989 წელი; კრუზ ვარასი და სხვები შვედეთის წინააღმდეგ, 1991 წელი; ვილვარაჯა გაერთიანებული სამეფოს წინააღმდეგ, 1991 წელი; აჰმედი ავსტრიის წინააღმდეგ, 1996 წელი).

ამგვარად, ექსტრადიცია დაუშვებელია, თუ არსებობს იმის ალბათობა, რომ გადასაცემი პირი დაექვემდებარება წამებას ან არაადამიანურ, ან ღირსების შემლახველ მოპყრობას ან სასჯელს.

იგივე წესი გამოიყენება ევროპული კონვენციის მე-6 მუხლის 1-ლი პუნქტის მიმართ. [...] ექსტრადიცია არ დაიშვება, თუ არსებობს ალბათობა, რომ გადასაცემი პირი არ იქნება უზრუნველყოფილი სამართლიანი სასამართლოს ძირითადი გარანტიებით გადაცემის შემდგომი სასამართლო პროცესის დროს.

ამ სასამართლოს არ ძალუძს, დაადგინოს რაიმე ფაქტი ჩინეთში არსებული მდგომარეობის შესახებ. ჩვენ მხოლოდ შეგვიძლია დავეყრდნოთ რაიონული სასამართლოს დასკვნებს (რომლებიც არ უარყო სააპელაციო სასამართლომ), რომელთა თანახმად, არსებობს დიდი ალბათობა, მომჩივნებს, თუ განხორციელდა მათი ექსტრადიცია, შეიძლება მოეპყრონ ისე, რომ დაირღვეს საერთაშორისო სამართალი, განსაკუთრებით, ევროპული კონვენციის მე-3 მუხლი“.

ხსენებული საქმიდან ნათელია, რომ პოლონეთის უზენაესმა სასამართლომ გამოიყენა ევროპული კონვენცია (და ევროპული სასამართლოს პრეცედენტული სამართალი) როგორც ქვეყნის კანონმდებლობაში სამართლებრივი ვაკუუმის ამოვსების საშუალება.

### დ) ევროპული სტანდარტების გამოყენება როგორც ევროპული სასამართლოს გადაწყვეტილების განჭვრეტის საშუალება

ევროპული სასამართლოს პრეცედენტული სამართლის გამოყენება ეროვნული სასამართლოების მიერ განპირობებულია ასევე იმით, რომ ის აძლევს ეროვნულ სასამართლოებს იმ გადაწყვეტილების განჭვრეტის შესაძლებლობას, რომელსაც, სავარაუდოდ, მიიღებს ევროპული სასამართლო ამ სახელმწიფოს წინააღმდეგ ევროპულ სასამართლოში განაცხადით მიმართვის შემთხვევაში.

თუ ადამიანის უფლებათა ევროპულმა სასამართლომ ადრე განხილულ საქმესთან დაკავშირებით დაადგინა კონვენციის დარღვევა ერთ-ერთი მონაწილე სახელმწიფოს მიერ, დიდია იმის ალბათობა, რომ მსგავს საქმეზე, რომელიც მომავალში შეიძლება განიხილოს ევროპულმა სასამართლომ, იგი მიიღებს ასეთსავე გადაწყვეტილებას, კერძოდ, დაადგენს სახელმწიფოს მიერ კონვენციის დარღვევას[16].

თუ ეროვნული სასამართლოები არ გაითვალისწინებენ ევროპული სასამართლოს პრეცედენტულ სამართალს, არ მოახდენენ კანონმდებლობისა და პრაქტიკის, განსაკუთრებით კი, სასამართლო პრაქტიკის კორექტირებას ევროპული სასამართლოს მიერ ანალოგიურ საქმეებზე ადრე მიღებული გადაწყვეტილებების მიხედვით, ისინი დადგებიან რეალური საფრთხის წინაშე, რომ ევროპული

[15] M. O'Boyle, Extradition and Expulsion under the European Convention on Human Rights: Reflection on the Soering Case, in: Human Rights and Constitutional Law, Essays in Honour of Brian Walsh, J. O'Reilly (Ed.), 1992, 96-98.

[16] J. A. Carrilo Salcedo, The European System of Protection of Human Rights, in: Judicial Protection of Human Rights at the National and International Level, vol. I, 1991, 376-377; J. Merrils, The Development of International Law by the European Court of Human Rights, 1993, 12.

სასამართლო დაადგენს ევროპული კონვენციის დარღვევას ამ სახელმწიფოს მიერ. სხვა სიტყვებით, თუ ეროვნულმა სასამართლომ არ გაითვალისწინა ევროპული სასამართლოს მიერ ადრე მიღებული გადაწყვეტილებები ანალოგიურ საქმეებთან დაკავშირებით, რომლებშიც ევროპულმა სასამართლომ დაადგინა კონვენციის დარღვევა, სავარაუდოა, რომ ამ სახელმწიფოს წინააღმდეგ განაცხადის შეტანის შემთხვევაში, ევროპული სასამართლო იმავეს დაადგენს[17].

ცხადია, სახელმწიფოს, მისი ეროვნული სასამართლოების ინტერესებშია ევროპული სასამართლოს პრეცედენტული სამართლის გამოყენება, რაც მას მისცემს შესაძლებლობას, დაიცვას ფიზიკური და იურიდიული პირების უფლებები ევროპული სტანდარტებით. თუ ეროვნულმა სასამართლოებმა გამოიყენეს პრეცედენტული სამართალი და მასში დადგენილი სტანდარტებით დაიცვეს პირთა უფლებები, ნაკლებად მოსალოდნელია, ამ პირებმა მიმართონ ევროპულ სასამართლოს თავიანთი უფლებების დასაცავად და, აქედან გამომდინარე, მცირეა იმის ალბათობა, ევროპულმა სასამართლომ დაადგინოს, რომ ამ სახელმწიფომ დაარღვია ევროპული კონვენცია.

ის გარემოება, რომ ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლო გადაწყვეტილების მიღებისას, როგორც წესი, ითვალისწინებს თავის ადრინდელ გადაწყვეტილებებს (პრეცედენტულ სამართალს), არ ნიშნავს, რომ მას არ შეუძლია შეცვალოს თავისი შეხედულება და განსხვავებულად განმარტოს კონვენციის დებულებები. საქმეზე – *კოსი გაერთიანებული სამეფოს წინააღმდეგ* (***Cossey** v. the United Kingdom*) – ევროპულმა სასამართლომ აღნიშნა, რომ ადრე მიღებულ გადაწყვეტილებათა მომდევნო საქმეების განხილვისას გამოყენების პრაქტიკა „ხელს არ შეუშლის სასამართლოს, გადაუხვიოს ადრე მიღებულ გადაწყვეტილებას, თუ იგი დარწმუნდა, რომ არსებობს ამისათვის დამაჯერებელი მიზეზები. ასეთი გადახვევა შეიძლება მოხდეს, მაგალითად, უზრუნველყოფილ რომ იქნეს კონვენციის ისეთი განმარტება, რომელიც ასახავს საზოგადოებრივ ცვლილებებს და შეესატყვისება დღევანდელ პირობებს“[18].

როგორც თავად კონვენციით, ისე ევროპული სასამართლოს პრაქტიკით დადასტურებულია ევროპული სასამართლოს მიერ ისეთი გადაწყვეტილების მიღების შესაძლებლობა, რომელიც განასხვავებს მის დღევანდელ მიდგომას ადამიანის უფლებათა დაცვის ამა თუ იმ საკითხისადმი ადრინდელი მიდგომისაგან[19]. ევროპული კონვენციის 30-ე მუხლი პირდაპირ ითვალისწინებს ევროპული სასამართლოს მიერ ისეთი გადაწყვეტილების მიღების შესაძლებლობას, რომელიც შეუთავსებელია სასამართლოს მიერ ადრე მიღებულ გადაწყვეტილებასთან[20]. რაც შეეხება ევროპული სასამართლოს პრაქტიკას ევროპული კონვენციის ისეთ განმარტებასთან დაკავშირებით, რომელიც განსხვავდება ადრინდელი განმარტებისაგან, სასამართლო პრაქტიკაში მრავლად იყო შემთხვევა, როდესაც ევროპული სასამართლოს მიერ კონვენციის დებულებათა განმარტება განსხვავდებოდა ადრინდელისაგან[21].

### ე) ევროპული სტანდარტების გამოყენება როგორც ადამიანის უფლებათა ეროვნული სტანდარტების განვითარების საშუალება

ადამიანის უფლებათა ევროპული სტანდარტების გამოყენების ერთ-ერთი უპირატესობა ისაა, რომ ის იძლევა ადამიანის უფლებათა ეროვნული სტანდარტების განვითარების საშუალებას ევროპული სტანდარტების კვალდაკვალ.

ადამიანის უფლებათა ევროპული სტანდარტების მიხედვით, კანონმდებლობის დებულებების განმარტების ერთ-ერთი განმაპირობებელი ფაქტორია ის, რომ ევროპული კონვენცია აღიარებულია „ცოცხალ“ დოკუმენტად. ასეთად კონვენციის აღიარება ნიშნავს, რომ მისი დებულებები უნდა განიმარტოს საზოგადოებრივ ცნობიერებაში მომხდარი ცვლილებების შესაბამისად[22]. თუ საქართველოს კანონმდებლობის დებულებები არ განიმარტა ევროპული სტანდარტების მიხედვით, შეიძლება, კანონმდებლობის ნორმების შინაარსი „ჩამორჩეს“ ევროპული სტანდარტებით დაცულ უფლებათა შინაარსს, რომელიც სულ უფრო ვითარდება ადამია-

[17] E. Alkema, Responsibilities Deriving from the Implementation of the European Convention on Human Rights: Responsibilities for States Parties to the Convention, in: Proceedings of the Sixth International Colloquy about The European Convention on Human Rights, 13-16 November 1985, 1988, 708.

[18] 1990 წლის 27 სექტემბერი, Series A, no. 184, 35-ე პუნქტი.

[19] იხ. საქმეები: *დელკური ბელგიის წინააღმდეგ* (***Delcourt** v. Belgium*) (1970 წელი) და *ბორგერსი ბელგიის წინააღმდეგ* (***Borgers** v. Belgium*) (1990 წელი); *შისერი შვეიცარიის წინააღმდეგ* (***Schiesser** v. Switzerland*) (1979 წელი); ასევე იხ. L. Wildhaber, Precedent in the European Court of Human Rights, in: Protecting Human Rights: The European Perspective, Studies in Memory of R. Ryssdal, P. Mahoney, F. Matscher, H. Petzold & L. Wildhaber (Eds.), 2000, 1532-1533.

[20] ევროპული კონვენციის 30-ე მუხლის თანახმად: „როდესაც პალატის განხილვაში არსებული საქმე მნიშვნელოვან საკითხს წამოჭრის, რომელიც გავლენას ახდენს კონვენციის ან მისი ოქმების განმარტებაზე, ან პალატის მიერ საკითხის გადაწყვეტას შეიძლება მოჰყვეს სასამართლოს მიერ მანამდე მიღებულ გადაწყვეტილებასთან შეუთავსებელი შედეგი, პალატას უფლება აქვს, გადაწყვეტილების გამოტანამდე, ნებისმიერ დროს, უარი განაცხადოს იურისდიქციაზე დიდი პალატის სასარგებლოდ, თუ საქმის რომელიმე მხარე არ არის წინააღმდეგი“.

[21] J. Merrils, The Development of International Law by the European Court of Human Rights, 1993, 14.

[22] S. Jensen, The European Convention on Human Rights in Scandinavian Law: A Case Law Study, 1992, 236.

ნის უფლებათა დაცვის სტანდარტების ზრდასთან ერთად. თუ ეროვნული სასამართლო არ გამოიყენებს ევროპულ სტანდარტებს კანონმდებლობის განმარტებისათვის, შეიძლება, კანონმდებლობის დებულებები უფრო შეზღუდულად განიმარტოს, რის გამოც დაირღვევა ევროპული სტანდარტებით გათვალისწინებული უფლებები[23].

ადამიანის უფლებათა ევროპული სტანდარტების მიხედვით, საქართველოს შიდასახელმწიფოებრივი ნორმატიული აქტების განმარტება ხელს შეუწყობს ევროპული კონვენციით, ევროპული სასამართლოს პრეცედენტული სამართლითა და საქართველოს კანონმდებლობით გათვალისწინებული ადამიანის უფლებათა დაცვის სტანდარტების ჰარმონიზებას. ცხადია, რომ ასეთი ჰარმონიზება უნდა მოხდეს ადამიანის უფლებათა დაცვის სტანდარტების გაზრდის მიზნით. თუ საქართველოს კანონმდებლობის ნორმა განიმარტა ევროპული სასამართლოს პრეცედენტული სამართლის მიხედვით და ეროვნულმა სასამართლომ დაასკვნა, რომ ევროპული სასამართლოს პრეცედენტული სამართალი ადამიანის უფლებათა დაცვის უფრო მაღალ სტანდარტს ადგენს, ეროვნულმა სასამართლომ ისე უნდა განმარტოს კანონმდებლობის დებულებები, რომ ისინი შეესაბამებოდნენ პრეცედენტულ სამართალს; მეორე მხრივ, თუ ეროვნულმა სასამართლომ დაადგინა, რომ კანონმდებლობის განმარტებას ევროპული სასამართლოს პრეცედენტული სამართლის მიხედვით საწინააღმდეგო შედეგი აქვს, ანუ კანონმდებლობით გათვალისწინებული უფლება შეიძლება შეიზღუდოს ასეთი განმარტებით, მაშინ საქართველოს სასამართლომ არ უნდა განმარტოს კანონმდებლობა ევროპული სასამართლოს პრეცედენტული სამართლით დადგენილი უფრო დაბალი სტანდარტით.

ადამიანის უფლებათა ევროპული სტანდარტებით საქართველოს კანონმდებლობის განმარტება განსაკუთრებით მნიშვნელოვანია საქართველოს კონსტიტუციასთან მიმართებით.

კონსტიტუციურ დებულებათა განმარტებას ადამიანის უფლებათა ევროპული კონვენციის მიხედვით ხელს უწყობს საქართველოს კონსტიტუციისა და ევროპული კონვენციის დებულებათა მსგავსება. ასეთი მსგავსება განაპირობა იმან, რომ საქართველოს კონსტიტუციის შემუშავების დროს მხედველობაში იქნა მიღებული ევროპული კონვენციის დებულებები. ევროპული კონვენციის დებულებები საქართველოს კონსტიტუციის ზოგიერთ მუხლს საფუძვლადაც კი დაედო. როგორც გერმანელი მკვლევარი ვ. გაული აღნიშნავს თავის ნაშრომში, რომელშიც შეისწავლა საქართველოს კონსტიტუციის შემუშავების პროცესი, „ვენეციის კომისიის მიერ განხორციელებული ანალიზისა და დახმარების შედეგად, უკვე ადრეულ ეტაპზე დადგინდა კონსტიტუციის პროექტის ნორმათა ევროპის საბჭოს ნორმებთან, უპირველეს ყოვლისა კი, ადამიანის უფლებათა ევროპულ კონვენციასთან შესაბამისობა“[24].

ასეთი მსგავსება განსაკუთრებით თვალსაჩინოა საქართველოს კონსტიტუციის 22-ე მუხლის მე-3 პუნქტსა და 24-ე მუხლის მე-4 პუნქტთან დაკავშირებით, რომელთა ფორმულირებები მსგავსია ევროპული კონვენციის შესაბამისი დებულებების ფორმულირებებისა. იმის გათვალისწინებით, რომ ევროპულმა სასამართლომ მნიშვნელოვნად განავითარა და დააზუსტა ევროპული კონვენციის მატერიალური მუხლების შინაარსი, ევროპულმა კონვენციამ და ევროპული სასამართლოს პრეცედენტულმა სამართალმა შეიძლება ორიენტირის როლი შეასრულოს საქართველის კონსტიტუციის ადამიანის უფლებათა შესახებ დებულებების განმარტებისათვის.

ამ მსგავსების საილუსტრაციოდ შეიძლება ისეთი უფლების რეგულირების საკითხის მოშველიება, როგორიცაა გამოხატვის თავისუფლება. ადამიანის უფლებათა ევროპული კონვენციის მე-10 მუხლის მე-2 პუნქტი ადგენს, რომ იმისათვის, რათა გამოხატვის თავისუფლების შეზღუდვა მართლზომიერად ჩაითვალოს, მან უნდა დააკმაყოფილოს სამი პირობა, კერძოდ, ადამიანის უფლებათა შეზღუდვა უნდა: ა) იყოს კანონით განსაზღვრული; ბ) ემსახურებოდეს კანონიერ მიზანს[25]; და გ) იყოს აუცილებელი დემოკრატიულ საზოგადოებაში.

ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლო ამ სამი პირობის საფუძველზე აფასებს, მართლზომიერია თუ არა ევროპული კონვენციის ხსენებული უფლების შეზღუდვა. თუ ევროპულმა სასამართლომ დაადგინა, რომ არ არის დაკმაყოფილებული ერთ-ერთი პირობა მაინც, იგი მიიჩნევს, რომ ადამიანის უფლებათა შეზღუდვა არამართლზომიერია და შესაბამისმა სახელმწიფომ დაარღვია ევროპული კონვენციის შესაბამისი დებულება.

[23] W. Binchy, The Bill, the Advantages and Disadvantages of the Approach Taken, and Possible Alternatives, paper presented to the Conference of the Law Society of Ireland on the European Convention on Human Rights Bill (2001), 19 October 2002.

[24] იხ. ვ. გაული, კონსტიტუციის შემუშავება და მიღება საქართველოში, 2002 წელი, გვ. 374; ასევე იხ. გვ. 32.

[25] მაგალითად, ეროვნული უშიშროების, ტერიტორიული მთლიანობის ან საზოგადოებრივი უსაფრთხოების ინტერესებისათვის, უწესრიგობის ან დანაშაულის თავიდან აცილებისათვის, ჯანმრთელობის ან ზნეობის დაცვისათვის, სხვათა რეპუტაციის ან უფლებათა დაცვისათვის, საიდუმლო ინფორმაციის გამჟღავნების თავიდან აცილების ან სასამართლო ხელისუფლების ავტორიტეტისა და მიუკერძოებლობის შენარჩუნებისათვის.

ადამიანის უფლებათა ევროპული კონვენციის მე-10 მუხლის მსგავსად, საქართველოს კონსტიტუციის 24-ე მუხლის მე-4 პუნქტი ადგენს სამ ანალოგიურ პირობას სიტყვის თავისუფლების შეზღუდვასთან დაკავშირებით, კერძოდ, 24-ე მუხლის მე-4 პუნქტში აღნიშნულია, რომ: „ამ მუხლის პირველ და მეორე პუნქტებში ჩამოთვლილ უფლებათა განხორციელება შესაძლებელია კანონით შეიზღუდოს ისეთი პირობებით, რომლებიც აუცილებელია დემოკრატიულ საზოგადოებაში სახელმწიფო უშიშროების, ტერიტორიული მთლიანობის ან საზოგადოებრივი უსაფრთხოების უზრუნველსაყოფად, დანაშაულის თავიდან ასაცილებლად, სხვათა უფლებებისა და ღირსების დასაცავად, კონფიდენციალურად აღიარებული ინფორმაციის გამჟღავნების თავიდან ასაცილებლად ან სასამართლოს დამოუკიდებლობისა და მიუკერძოებლობის უზრუნველსაყოფად“.

სიტყვის (გამოხატვის) თავისუფლებასთან დაკავშირებით საქართველოს კონსტიტუციისა და ევროპული კონვენციის დებულებების შედარებიდან ნათელია, რომ ამ აქტებით დადგენილი პირობები სიტყვის (გამოხატვის) თავისუფლების შეზღუდვის მიმართ მსგავსია[26]. ევროპული კონვენციის მე-10 მუხლის მე-2 პუნქტის მსგავსად საქართველოს კონსტიტუციის 24-ე მუხლის მე-2 პუნქტი ადგენს სამ პირობას, რომელთა დაკმაყოფილების შემთხვევაში შეიძლება მართლზომიერად შეიზღუდოს სიტყვის თავისუფლება. საქართველოს სასამართლოს შეუძლია გამოიყენოს ევროპული კონვენცია, ევროპული სასამართლოს პრეცედენტული სამართალი და მის საფუძველზე შეაფასოს სიტყვის თავისუფლების შეზღუდვის მართლზომიერება. ევროპული კონვენციისა და ევროპული სასამართლოს პრეცედენტული სამართლის გამოყენება საქართველოს სასამართლოებს შესაძლებლობას მისცემს, მიიღონ ისეთი გადაწყვეტილება, რომელიც შეესაბამება ევროპული სასამართლოს პრეცედენტულ სამართალს. ევროპული კონვენცია და ევროპული სასამართლოს პრეცედენტული სამართალი იქნება ის ორიენტირი, რომელიც დაეხმარება საქართველოს სასამართლოს სწორი გადაწყვეტილების მიღებაში[27].

ასევე აღსანიშნავია, რომ, თუ საქართველოს კონსტიტუციის 24-ე მუხლი აწესრიგებს „სიტყვის თავისუფლებას“, კონვენციის მე-10 მუხლი აწესრიგებს „გამოხატვის თავისუფლებას“. ეს უკანასკნელი უფრო ფართოა და მოიცავს არა მხოლოდ „სიტყვით“ გამოხატულ შეხედულებას, არამედ ნებისმიერი სხვა ფორმით (მაგ., ხელოვნების ნაწარმოებით, ნახატით)[28]. საქართველოს სასამართლოებმა ასეთი განსხვავება კონვენციითა და კონსტიტუციით მოწესრიგებული უფლების ფარგლებთან დაკავშირებით შეიძლება გამოიყენონ საქართველოს კონსტიტუციის ისეთი განმარტებისათვის, რომელიც შეესაბამება ადამიანის უფლებათა ევროპულ კონვენციას.

### ვ) ევროპული სტანდარტების გამოყენება როგორც სასამართლოს გადაწყვეტილებისათვის სამართლებრივი დამაჯერებლობის შემძენი საშუალება

თუ ეროვნული სასამართლო დეტალურად განიხილავს ევროპულ კონვენციასა და ევროპული სასამართლოს პრეცედენტულ სამართალს და შიდასახელმწიფოებრივ ნორმატიულ აქტთან (მაგ., კანონთან) ერთად თავის გადაწყვეტილებას დაასაბუთებს ადამიანის უფლებათა ევროპული სტანდარტებით, მოსარჩელისათვის ასეთი გადაწყვეტილება, სავარაუდოდ, უფრო დამაჯერებელი იქნება, მიუხედავად იმისა, მოსარჩელის სასარგებლოდ არის ეს გადაწყვეტილება თუ არა [29].

ნაკლებად სავარაუდოა, მოსარჩელემ ეჭვი შეიტანოს გადაწყვეტილების სამართლიანობაში, თუ მან დაინახა, რომ გადაწყვეტილებაში ეროვნულმა სასამართლომ გამოიყენა არა მხოლოდ შიდასახელმწიფოებრივი კანონმდებლობა (რომელიც, მოსარჩელის აზრით, შეიძლება ხარვეზიანი იყოს და არ აკმაყოფილებდეს ევროპულ სტანდარტებს), არამედ ადამიანის უფლებათა ევროპული სტანდარტები, რომელთან მიმართებითაც მოსარჩელეს, როგორც წესი, არ უჩნდება ეჭვები ამ სტანდარტებით დაცული უფლებების ხარისხთან დაკავშირებით.

ადამიანის უფლებათა ევროპული სტანდარტების გამოყენების დადებით მხარეზე, როგორც ეროვნული სასამართლოს გადაწყვეტილებისათვის სამართლებრივი დამაჯერებლობის შემძენ საშუალებაზე, ყურადღება გამახვილდა საქართველოს მოსამართლეებთან ჩატარებულ კვლევაში. კვლევის

[26] სიტყვის თავისუფლებასთან დაკავშირებით, მიუხედავად კონსტიტუციასა და კონვენციით გათვალისწინებული დებულებების მსგავსებისა, გასათვალისწინებელია, რომ ევროპული კონვენცია ასევე მოიხსენიებს კიდევ ერთ კანონიერ მიზანს – ჯანმრთელობისა და ზნეობის დაცვას, რომლის საფუძველზეც შეიძლება შეიზღუდოს ადამიანის უფლებები, რასაც კონსტიტუციის 24-ე მუხლი არ ითვალისწინებს. იხ. Study on the Compatibility of Georgian Law with the Requirements of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms and its Protocols, HRCAD(2001)2, 2001, 24.

[27] J. Polakiewicz, The Application of the European Convention on Human Rights in Domestic Law, 17 Human Rights Law Journal, N11-12, 1996, 407.

[28] *მიულერი შვეიცარიის წინააღმდეგ* (*Muller* v. *Switzerland*), 1988 წლის 24 მაისი, Series A, no. 133, 27-ე პუნქტი.

[29] J. Polakiewicz, The Implementation of the ECHR and of the Decisions of the Strasbourg Court in Western Europe: An Evaluation, The Domestic Implementation of the European Convention on Human Rights in Eastern and Western Europe (eds. E. Alkema, T. Bellekom, A. Drzemczewski *et al.*), 1992, 160.

მიხედვით, „ძირითადი წარმატება, რაც, მოსამართლეების აზრით, თან ახლავს ადამიანის უფლებათა საერთაშორისო ხელშეკრულებების გამოყენებას და ევროსასამართლოს გადაწყვეტილებებზე აპელირებას მათ კონკრეტულ საქმიანობაში, არის მოსამართლის მიერ მიღებული გადაწყვეტილების დასაბუთებულობის გაზრდა. ეს, ერთი მხრივ, მაღალი სამართლებრივი კულტურის მაჩვენებელია, მეორე მხრივ კი – მხარეებს უმტკიცებს რწმენას სასამართლო გადაწყვეტილებების სისწორეში და ამაღლებს სასამართლოს ავტორიტეტს, რადგან მასში არის მითითება შესაბამის ევროპულ გამოცდილებაზე[30].

ამავე კვლევაში საქალაქო სასამართლოს ერთერთმა მოსამართლემ ყურადღება გაამახვილა ადამიანის უფლებათა სტანდარტების გამოყენების მნიშვნელობაზე, როგორც სასამართლოს მიმართ ნდობის გაზრდის საშუალებაზე. მისი აზრით, „თუ მოქალაქე დაინახავს, რომ რაღაც საკითხი მთელ მხოფლიოში ასე რეგულირდება და მხოლოდ ადგილობრივი სასამართლო არ არის „უსამართლო“, როგორც მას ჰგონია, მეტი ნდობა გაუჩნდება სასამართლოს მიმართ“[31].

თუ მოსამართლეები გამოიყენებენ ადამიანის უფლებათა ევროპულ სტანდარტებს და მათ საფუძველზე უზრუნველყოფენ ადამიანის უფლებათა დაცვას მართლმსაჯულების განხორციელებისას, ასეთი გადაწყვეტილებები უფრო დამაჯერებელი იქნება დავის მხარეებისათვის, რის გამოც შეიძლება მცირე რაოდენობის საქმეები გასაჩივრდეს ზემდგომ სასამართლო ინსტანციებში ან, ადამიანის უფლებათა დაცვის შიდასახელმწიფოებრივი საშუალებების ამოწურვის შემდეგ, ნაკლები რაოდენობის სარჩელით მიემართოს ადამიანის უფლებათა ევროპულ სასამართლოს.

ამიტომ მართლმსაჯულების განხორციელებისას ადამიანის უფლებათა ევროპული სტანდარტების გამოყენებას, კიდევ ერთი, ძალზე მნიშვნელოვანი უპირატესობა აქვს. პირველ რიგში, ეს ხელს შეუწყობს საქართველოს საკასაციო და სააპელაციო ინსტანციების განტვირთვას. თუ მოსარჩელე დარწმუნდა, რომ სასამართლომ საქმის გარემოებები შეაფასა არა მხოლოდ შიდასახელმწიფოებრივი ნორმატიული აქტების, არამედ ევროპული სტანდარტების საფუძველზე და, შესაბამისად, მოსარჩელეს ჩამოუყალიბდა აზრი, რომ გადაწყვეტილება იყო სამართლიანი, მცირდება ალბათობა, მან საქმე გაასაჩივროს ზემდგომ ინსტანციაში. მით უფრო, რომ პირის მიზანი არის არა საქმის გასაჩივრება, არამედ სასამართლოს მიერ სამართლიანი გადაწყვეტილების მიღება. ამ გზით თავიდან იქნება აცილებული ზედმეტი რესურსების ხარჯვა და ზემდგომი სასამართლო ინსტანციების გადატვირთვა.

თუ სასამართლოს გადაწყვეტილება მოსარჩელისათვის დამაჯერებელი აღმოჩნდა (მიუხედავად იმისა, რომ მისი სარჩელი არ დაკმაყოფილდა), ვინაიდან ეროვნულმა სასამართლომ, შიდასახელმწიფოებრივ კანონმდებლობასთან ერთად, გამოიყენა ადამიანის უფლებათა ევროპული სტანდარტები, მცირეა იმის ალბათობა, რომ მან მიმართოს ადამიანის უფლებათა ევროპულ სასამართლოს. თუ მოსარჩელე დარწმუნდა, რომ ეროვნულმა სასამართლომ მიიღო სამართლიანი გადაწყვეტილება, რომელიც ემყარება არა მხოლოდ შიდასახელმწიფოებრივ სამართალს, არამედ ევროპულ სტანდარტებსაც, მაშიც ეს საქმე ეროვნულ დონეზე დასრულდება. თუ მოსარჩელემ ვერ დაინახა პერსპექტივა, რომ საქმეს მოიგებს ევროპულ დონეზე, მაშინ ის აღარ მიმართავს ევროპულ სასამართლოს, მით უფრო, რომ ევროპულ სასამართლოში საქმის განხილვას ამჟამად ძალიან დიდი დრო (4-5 წელი) სჭირდება.

თავის მხრივ, სახელმწიფოსათვისაც მომგებიანი უნდა იყოს სასამართლოს მიერ არა მხოლოდ შიდასახელმწიფოებრივი კანონმდებლობის, არამედ ევროპული სტანდარტების საფუძველზე გადაწყვეტილების მიღება, რომელიც დაარწმუნებს მოსარჩელეს მიღებული გადაწყვეტილების სამართლიანობაში. არც სახელმწიფოს ინტერესებში არ უნდა შედიოდეს ის, რომ პირმა მიმართოს ადამიანის უფლებათა ევროპულ სასამართლოს თავისი უფლებების დასაცავად.

ზემოაღნიშნულმა ანალიზმა ცხადყო, რომ მართლმსაჯულების განხორციელებისას ადამიანის უფლებათა ევროპული სტანდარტების გამოყენება ყველა მხარის ინტერესებშია და მისი მეშვეობით შესაძლებელია, რომ სასამართლო დავა გადაწყდეს სამართლიანად, დროულად და ნაკლები რესურსებით როგორც მოსარჩელისათვის, ისე სასამართლოსათვის (სახელმწიფოსათვის).

[30] იხ. კვლევა „საქართველოს სასამართლოების მუშაობაში ადამიანის უფლებათა საერთაშორისო ხელშეკრულებებისა და ევროპული სასამართლოს გადაწყვეტილებების გამოყენების შესახებ“, რომელიც შეასრულა BCG Research-მა გაეროს განვითარების პროგრამის დაკვეთით. იხ. ადამიანის უფლებათა საერთაშორისო ხელშეკრულებები და საქართველოს სასამართლო პრაქტიკა, ნაწილი პირველი, 2006 წელი, გვ. 43.

[31] იქვე, გვ. 44.

ჯერემი მაკბრაიდი

# ადამიანის უფლებათა ევროპული კონვენციის მოქმედება კონფლიქტის ზონებში – შემხებლობა და პასუხისმგებლობა

***ჯერემი მაკბრაიდი***
*ადვოკატი, მონქტონის პალატები,*
*გრეის ინი, ლონდონი,*
*ცენტრალური ევროპის უნივერსიტეტის მოწვეული*
*პროფესორი და ბირმინგჰემის უნივერსიტეტის*
*საპატიო უფროსი მეცნიერ-თანამშრომელი.*

## I. შესავალი[1]

შეიარაღებული კონფლიქტები, შიდა არეულობები და დაძაბულობები სერიოზულ საფრთხეს უქმნის ადამიანის უფლებათა რეალიზაციას. საფრთხე მომდინარეობს არა უბრალოდ მათგან, ვინც უკანონოდ იყენებს ძალას და ქმნის კონფლიქტურ სიტუაციას და მტრულ განწყობას – ორივე მათგანი შეუთავსებელია დემოკრატიულ საზოგადოებასთან, რომელსაც ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლო განუყოფლად უკავშირებს[2] ადამიანის უფლებათა ევროპული კონვენციით[3] და მისი ოქმებით გათვალისწინებულ უფლებებს — არამედ სახელმწიფოს მიერ გატარებული ღონისძიებებიდანაც, რომლებიც ძალის ზემოაღნიშნული უკანონო გამოყენების აღსაკვეთად არის მიმართული, მიუხედავად იმისა, რომ ეს შეიძლება აუცილებელი იყოს სახელმწიფოს მიერ თავის იურისდიქციაში[4] პირთა უფლებებისა და თავისუფლებების დაცვის ვალდებულების კონტექსტში[5] ვინაიდან უკანონო ძალის აღკვეთისას სახელმწიფოს შეიძლება მოუწიოს კონვენციით გათვალისწინებული მოთხოვნების უგულებელყოფა.

საერთაშორისო თუ ადგილობრივი შეიარაღებული კონფლიქტი მოიცავს სამხედრო ძალის გამოყენებას. შიდა არეულობა და დაძაბულობა განგრძობითი ხასიათის მდგომარეობაა, ვიდრე ერთი ცალკეული ინციდენტი (მაგ., აჯანყება). არც ერთი დასახელებული მდგომარეობა არ შეიძლება იყოს ისეთი სერიოზული, რომ საფრთხე შეუქმნას ერის არსებობას და, ამდენად, ამართლებდეს მე-15 მუხლის საფუძველზე კონვენციის დებულებებისგან გადახვევას. თუმცა შესაძლებელია, ზოგიერთ შემთხვევაში აღნიშნული გამართლდეს. როგორც საერთაშორისო, ისე ადგილობრივ კონფლიქტს მნიშვნელობა აქვს ადამიანის უფლებათა დაცვისთვის, სულ ცოტა, ორ მკაფიოდ გამოხატულ სცენარში, რომლებიც შეიძლება გადაიკვეთოს. ერთია ფაქტობრივი შეიარაღებული კონფლიქტი ან არეულობა (როცა ძალა გამოიყენება) და მეორე, როცა ქვეყნის შიგნით ასეთ კონფლიქტებს და არეულობას აქვს ადგილი.

ის ქმედებები, რომლებიც ტარდება საერთაშორისო კონფლიქტის საპასუხოდ, პირველ შემთხვევაში[6] შეიძლება არ იყოს მისაღები მეორე ვითარებაში, როცა ყოვლისმომცველი მიდგომა არაადეკვატურია. მისი გაცნობიერება ძალზე მნიშვნელოვანია კონფლიქტური ვითარების წარმოშობამდე, პრევენციული ზომების დაგეგმვის პროცესში. ამ დროს განსაკუთრებით საგულისხმოა, რომ განისაზღვროს ვინ იქნება პასუხისმგებელი უფლებების და თავისუფლებების შეზღუდვაზე.

სტატიაში შემდგომ განხილულია სასამართლოს პოზიცია აღნიშნულ მოსაზრებათა პრაქტიკულ რეალიზაციაზე ინდივიდუალური უფლებებისა და თავისუფლებების კონტექსტში. სტატიის მეორე ნაწილის დასასრულს შემოთავაზებულია, რომ გამოვლენილი პრინციპები გადაიქცეს რეკომენდაციებად ან სახელმძღვანელო განმარტებებად[7]. სტატიის მესამე ნაწილი იკვლევს კონფლიქტის ზო-

[1] წინამდებარე მოხსენების მეორე ნაწილი ადამიანის უფლებათა ევროპული კონვენციის შეიარაღებული კონფლიქტებისა და შიდა არეულობების და დაძაბულობების დროს შეფარდების მარეგულირებელი პრინციპების შესახებ ავტორის ნაშრომის რედაქტირებულ და განახლებულ ვარიანტს წარმოადგენს. (DH-DEV (2003)001, 19 სექტემბერი 2003).

[1] „სასამართლო.“

[3] „კონვენცია.“

[4] Ibid.

[5] იხ. კეთილდღეობის პარტია (Refah Partisi) თურქეთის წინააღმდეგ, 41340/98, 41342/98, 41343/98 და 41344/98, 13 თებერვალი 2003 [GC].

[6] შემდგომ მოიხსენიება როგორც „კონფლიქტის ზონა.“

[7] კვლევა არ ეხება კონვენციის მოქმედების გავრცელების საკითხს წევრი ხელშემკვრელი სახელმწიფოს ტერიტორიის გარეთ წარმოებულ კონფლიქტსა თუ არეულობაზე, მაგრამ მდებარეობა განიხილება მნიშვნელოვან ფაქტორად იმის გადასაწყვეტად, ექცევა თუ არა ესა თუ ის ქმედება „იურისდიქციაში“ პირველი მუხლის მიზნებისთვის; ბანკოვიჩი (Banković) და სხვები ბელგიის და სხვა სახელმწიფოების წინააღმდეგ (განჩინება), 52207/99, 12 დეკემბერი 2001 [GC].

ნებში სახელმწიფოს პასუხისმგებლობას კონვენციის მიხედვით.

მიუხედავად იმისა, რომ ზოგადად აღნიშნული საკითხი პრობლემატური არაა ასეთ ზონებში წარმოშობილი სიტუაციების უმეტეს შემთხვევაში, მათი როგორც მდებარეობა, ისე შესაძლო ჩარევა ერთზე მეტი წევრი ხელშემკვრელი სახელმწიფოსი, აგრეთვე არაწევრი და არასახელმწიფო მოქმედი პირების მხრიდან, შესაძლებელს ხდის, რომ პასუხისმგებლობა გაზიარებული, გადაცემული ან სულაც გამორიცხული იქნეს. ამ შესაძლებლობებიდან პირველი და მეორე ასახავს იმ სიტუაციის სირთულეს, რომელიც შეიძლება წარმოიშვას კონფლიქტის ზონაში, მაგრამ მესამე შემაშფოთებელია, ვინაიდან ეს ნიშნავს იმას, რომ ადამიანის უფლებათა უმნიშვნელოვანესი მექანიზმები აღარ იქნება ხელმისაწვდომი მსგავს სიტუაციებში.

## II. შემხებლობა კონფლიქტის ზონებში

### ა) ზოგადი მოსაზრებები

*1. ძირითადი პრინციპები, რომლებიც გამოიყენება ნებისმიერ კონტექსტში*

არსებობს რიგი ფუძემდებლური პრინციპებისა, რომლებიც ძალაშია კონვენციის მოქმედების ნებისმიერ კონტექსტში და კონვენციის კონფლიქტის ზონაში შეფარდებისას ყოველთვის უნდა გვახსოვდეს. თუმცა, უნდა ხაზგასმით აღინიშნოს, რომ ეჭვგარეშეა კონვენციის მოქმედება კონფლიქტის ზონებში, ვინაიდან ამას პირდაპირ აღიარებს კონვენციის ორი ნორმა[8] და მე-6 და მე-13 ოქმები[9]. ამრიგად, კონვენციის მოთხოვნები არ გამოირიცხება საერთაშორისო ჰუმანიტარული სამართლის ნორმებით[10].

უწინარეს ყოვლისა, ნებისმიერი შეზღუდვისას საჭიროა დაკმაყოფილდეს კანონიერების მოთხოვნა, რომლის თანახმადაც, საკმარისი არ არის კანონმდებლობა კონკრეტულ საფუძველს ითვალისწინებდეს შეზღუდვისთვის, საჭიროა შესაბამისი ნორმა იყოს ხელმისაწვდომი და წინასწარგანჭვრეტადი მათთვის, ვისაც შეეხება[11]. თუ საომარი ოპერაცია არ ემყარება შიდასახელმწიფოებრივ სამართალს და მან გამოიწვია სამოქალაქო პირთა სიკვდილი, აღნიშნული შეადგენს მნიშვნელოვან ელემენტს მე-2 მუხლის დარღვევის დადგენაში, როგორც ამას ადგილი ჰქონდა საქმეზე *ისაევა რუსეთის წინააღმდეგ*[12].

ამასთან, შეზღუდვა უნდა გამოყენებული იქნეს იმდაგვარად, რომ არ იყოს თვითნებური[13] და არ იწვევდეს ისეთ განსხვავებულ მოპყრობას პირთა კატეგორიების მიმართ, რომელსაც არ აქვს გონივრული და ობიექტური გამართლება[14]. ღონისძიებები, რომლებიც გატარებულია პირის მიმართ მხოლოდ ისეთ ფაქტორებზე დაყრდნობით, როგორიცაა რასა, ეთნიკური წარმომავლობა, ენა, რელიგია, – დაუშვებელია, მაგრამ, ვინაიდან მათი მტკიცება შეიძლება რთული აღმოჩნდეს[15], განსაკუთრებული ყურადღება უნდა მიექცეს იმის უზრუნველყოფას, რომ კონფლიქტისა თუ არეულობისას გატარებული ღონისძიება არ იქნეს შენიღბული პირისთვის ზიანის მისაყენებლად, მისი პიროვნული თვისებების თუ შეხედულებებისათვის[16].

მესამე, ყველა შეზღუდვა უნდა ითვალისწინებდეს თანაბარზომიერების პრინციპს და არ უნდა იწვევდეს უფლებებისა თუ თავისუფლებების სრულ გაუქმებას[17].

დაბოლოს, არსებობს გარკვეული უფლებები და თავისუფლებები, რომლებისგანაც გადახვევა დაუშვებელია კონტექსტის მიუხედავად და შესაბამისად, დაუშვებელია მათი შეზღუდვა[18]. ზემოაღნიშნული პრინციპები უნდა იყოს კონფლიქტის ზონაში (და ქვეყნის შესაბამის ნაწილში) შექმნილი მდგომარეობის საპასუხოდ. ღონისძიებების გატარებისას ზემოაღნიშნული პრინციპები პირველ რიგში უნდა გვახსოვდეს. და მაინც, ისინი, მიუხედავად აღიარებისა, ხშირად პრაქტიკაში მხედველობის არედან ქრება. ხსენებულ პრინციპებს განსაკუთრებული მნიშვნელობა აქვს იმ მხრივ, რომ

[8] მუხლი 4 „ბ“ და მუხლი 15.

[9] პირველი ნებას რთავს და მეორე კრძალავს საომარ მდგომარეობაში სიკვდილით დასჯას.

[10] უნდა აღინიშნოს, რომ მართლმსაჯულების საერთაშორისო სასამართლომ დაადასტურა ადამიანის უფლებათა საერთაშორისო სამართლის მოქმედება შეიარაღებული კონფლიქტის დროს თავის მოსაზრებაში პალესტინის ოკუპირებულ ტერიტორიაზე კედლის მშენებლობის სამართლებრივი შედეგების შესახებ და გადაწყვეტილებაში კონგოს ტერიტორიაზე საომარი მოქმედებების შესახებ საქმეზე. იგივე პოზიცია დაიკავა გაერთიანებული ერების ადამიანის უფლებათა კომიტეტმა თავის 31-ე ზოგად კომენტარში სამოქალაქო და პოლიტიკური უფლებების შესახებ საერთაშორისო პაქტის მე-2 მუხლის შესახებ.

[11] სილვერი (Silver) გაერთიანებული სამეფოს წინააღმდეგ, 5947/72; 6205/73; 7052/75; 7061/75; 7107/75; 7113/75; 7136/75, 13 მარტი 1983.

[12] ისაევა (Isayeva) რუსეთის წინააღმდეგ, 57950/00, 24 თებერვალი, 2005.

[13] ვიტოლდ ლიტვა (Witold Litwa) პოლონეთის წინააღმდეგ, 26629/95, 4 აპრილი 2000.

[14] კონვენციის მე-14 მუხლის მოთხოვნა. იხ. გაიგუზუცი (Gaygusuz) ავსტრიის წინააღმდეგ, 17371/90, 16 სექტემბერი, 1996. ეს ნორმა ქვემოთ დეტალურად აღარ განიხილება.

[15] იხ. ირლანდია გაერთიანებული სამეფოს წინააღმდეგ, 5310/71, 18 იანვარი, 1978 და იოილერი (Yöyler) თურქეთის წინააღმდეგ, 26973/95, 24 ივლისი 2003.

[16] იხ. Nachova და Others ბულგარეთის წინააღმდეგ, 43577/98 და 43579/98, 6 ივლისი, 2005 [GC], Moldovan და Others რუმინეთის წინააღმდეგ (No 2), 41138/98 და 64320/0112 ივლისი 2005 და Bekos და Koutropoulos საბერძნეთის წინააღმდეგ, 15250/02, 13 დეკემბერი, 2005.

[17] იხ. Campbell და Cosans გაერთიანებული სამეფოს წინააღმდეგ, 7511/76; 7743/76, 25 თებერვალი, 1982, ჰერტელ შვეიცარიის წინააღმდეგ, 25181/94, 25 აგვისტო, 1998 და Heaney და McGuinness ირლანდიის წინააღმდეგ, 34720/97, 21 დეკემბერი, 2000.

[18] კონვენციის მე-15 მუხლის მე-2 პუნქტის მოთხოვნა.

ხაზს უსვამენ კონფლიქტებისა და არეულობების დამარეგულირებელი ღონისძიებების გატარების მიზანშეწონილობას მსგავსი გარემოებების წარმოშობამდე და, შესაბამისად, ამცირებენ დაუგეგმავი რეაგირების რისკსაც.

*2. განსაკუთრებული მნიშვნელობის მქონე ზოგადი მოსაზრებები კონფლიქტის ზონების კონტექსტში*

ზემოთ განხილული პრინციპების გარდა, არსებობს აგრეთვე განსაკუთრებული მნიშვნელობის გარკვეული განვრცობითი მოსაზრებები, რომლებიც ასევე მხედველობაში უნდა იქნეს მიღებული კონფლიქტის ზონაში შექმნილ ვითარებაში.

უწინარეს ყოვლისა, თავად ვითარებიდან და მის საპასუხოდ შეთავაზებული რეაგირებიდან გამომდინარე, შეიძლება საჭირო გახდეს საგანგებო მდგომარეობის ფორმალური ცნობა, რომელიც გაამართლებს ნორმალურ სიტუაციაში დაცული უფლებებისა და თავისუფლებებისგან გადახვევით განხორციელებულ ღონისძიებებს[19]. ეს განსაკუთრებით მოითხოვება იმისთვის, რომ ღონისძიება ჩაითვალოს კონვენციის შესაბამისად[20] და როდესაც იგი შემოსაზღვრულია გარკვეული ტერიტორიული ფარგლებით, დაუშვებელია მისი სხვაგან გამოყენება[21]. მიუხედავად იმისა, რომ სასამართლოს არ დაუდგენია, რომ ოფიციალური გამოცხადება, რომელსაც ითვალისწინებს სამოქალაქო და პოლიტიკური უფლებების შესახებ საერთაშორისო პაქტის შესატყვისი მუხლი[22], ასევე მოითხოვება კონვენციითაც, კანონიერების პრინციპის დასაკმაყოფილებლად და იმ მოსაზრებით, რომ კონვენცია არ უნდა ეწინააღმდეგებოდეს სახელმწიფოს სხვა საერთაშორისო ვალდებულებებს[23], აღნიშნული მაინც უნდა შესრულდეს.

მეორე რიგში, ხსენებული ვალდებულება მეორე, უფრო ფართო ვალდებულებასთან ერთობლიობაში (რომლის თანახმადაც, დაუშვებელია კონვენციის დებულებების გამოყენება მაღალი ხელშემკვრელი მხარეების სხვა უფლებებიდან გამომდინარე ვალდებულებებისგან გადასახვევად[24], ნიშნავს, რომ უფრო მკაცრი ვალდებულებები საერთაშორისო ჰუმანიტარული სამართლის სტანდარტების სახით შეიძლება გამოდგეს მაგალითად, თუ როგორ უნდა მოქმედებდეს კონვენციის დებულებები კონფლიქტებისა და არეულობის დროს[25].

მესამე რიგში, თუმცა სამართლებრივი დაცვის შესახებ მე-13 მუხლით[26] გათვალისწინებული ვალდებულების ინდივიდუალური ასპექტების შესრულება ყოველთვის სასამართლო სამართალწარმოებით არ მოითხოვება (განსაკუთრებით მაშინ, როცა ეროვნული უშიშროების ინტერესები იკვეთება)[27], საგამონაკლისო ღონისძიებებზე სასამართლო ზედამხედველობის არსებობა და ხელმისაწვდომობა აუცილებელია. ეს ეხება იმ უფლებებსა და თავისუფლებებსაც, რომლებისგან გადახვევაც დაიშვება, ვინაიდან ამ შემთხვევაში სასამართლო ზედამხედველობა ერთადერთ გარანტიად რჩება იმის შესამოწმებლად, რომ საგანგებო და საომარ ვითარებაში უფლებების შეზღუდვა აუცილებლად მოითხოვებოდა. აგრეთვე სასამართლო ზედამხედველობით უნდა შემოწმდეს, რომ არ იზღუდება ის უფლებები, რომლებიდანაც გადახვევა დაუშვებელია[28]. თუმცა თვითნებობისგან დაცვის დამატებითი გარანტიების შემოღება მნიშვნელოვანი ფაქტორი იქნება იმის გადასაწყვეტად, რამდენად მართლზომიერი იყო ამა თუ იმ ღონისძიების გატარება საომარი თუ საგანგებო მდგომარეობის დროს[29]. ამასთან, უნდა გვახსოვდეს, რომ უფლე-

[19] საოცარია, მაგრამ კონვენციის მაღალი ხელშემკვრელი მხარეების იურისდიქციაში ყველა კონფლიქტის დროს არ გამხდარა საჭირო უფლებებიდან გადახვევა. შეიძლება ისე ჩანდეს, რომ სახელმწიფო ორგანოთა „ჩვეულებრივი“ უფლებამოსილებები საკმარისი იყოს კონფლიქტებთან გასამკლავებლად. თუმცა გადაწყვეტილებები ისეთ საქმეებზე, როგორებიცაა ბროგანი (Brogan) გაერთიანებული სამეფოს წინააღმდეგ, 11209/84, 11234/84, 11266/84, 11386/85, 29 ნოემბერი, 1988 და ჩეჩნეთთან დაკავშირებულ საქმეებზე მიუთითებს, რომ მსგავსი ვარაუდი შეიძლება ზედმეტად ოპტიმისტურად ჟღერდეს. თუ სახელმწიფო არ გადაუხვევს კონვენციის დებულებებს, ამით აგრეთვე შეიზღუდება გატარებული ღონისძიების ადრეული კოლექტიური შემოწმების ფარგლები. სასამართლოს ჯერ კიდევ გასაცემი აქვს პასუხი კითხვაზე, შესაძლებელია თუ არა კონვენციის მუხლებიდან გადახვევა, როცა ძალა გამოიყენება წევრი სახელმწიფოს ტერიტორიის ფარგლებს გარეთ. დადებითი პასუხი უფრო სავარაუდო იქნებოდა იმ შემთხვევებში, როცა სახელმწიფო თავს იცავს (ამ დროს საფრთხე ემუქრება ერის არსებობას) ან მოქმედებს გაერთიანებული ერების ქარტიის მე-7 თავის საფუძველზე (საფრთხე ემუქრება საერთაშორისო მშვიდობასა და უშიშროებას, შესაბამისად, როგორც ინდივიდუალურ სახელმწიფოებს, ისე სახელმწიფოების ჯგუფს). რაც შეეხება კონვენციის ფაქტობრივ მოქმედებას წევრი სახელმწიფოების ტერიტორიის გარეთ არსებული კონფლიქტის ზონებში, იხ. ნაწილი III.

[20] მე-15 მუხლის მე-3 პუნქტი.

[21] საკიკი (Sakik) და სხვები თურქეთის წინააღმდეგ, 23878/94, 23879/94 და 23880/94, 26 ნოემბერი 1997, სადაკი (Sadak) თურქეთის წინააღმდეგ, 25142/94 და 27099/95, 8 აპრილი, 2004, იურტასი (Yurttas) თურქეთის წინააღმდეგ, 25143/94 და 27098/95, 27 მაისი, 2004, და იამანი (Yaman) თურქეთის წინააღმდეგ, 32446/96, 2 ნოემბერი, 2004.

[22] მე-4 მუხლი.

[23] მე-15 მუხლის პირველი პუნქტი; იხ. ბრანიგანი (Brannigan) და მაკბრაიდი (McBride) გაერთიანებული სამეფოს წინააღმდეგ, 14553/89, 14554/89, 26 მაისი, 1993.

[24] 53-ე მუხლი.

[25] საერთო ჯამში კონვენცია კონფლიქტის ზონებში პირთა ფართო გარანტიებს მოიცავს.

[26] განხილულია ქვემოთ.

[27] იხ. კლასი (Klass) და სხვები გერმანიის წინააღმდეგ, 5029/71, 6 სექტემბერი, 1978 და ლიანდერი (Leander) შვედეთის წინააღმდეგ, 9248/81, 26 მარტი, 1987.

[28] ლოლესი (Lawless) ირლანდიის წინააღმდეგ (No 3), 332/57, 1 ივლისი, 1961, ბრანიგენი (Brannigan) და მაკბრაიდი (McBride) გაერთიანებული სამეფოს წინააღმდეგ, 14553/89 და14554/89, 26 მაისი 1993, დემირი (Demir) თურქეთის წინააღმდეგ, 21380/93, 21381/93 და 21383/93, 23 სექტემბერი 1998 და ელჯი (Elci) და სხვები თურქეთის წინააღმდეგ, 23145/93 და 25091/94, 13 ნოემბერი 2003.

[29] Ibid.

ბადაცვითი საშუალებები მრავალი უფლებისა და თავისუფლების მატერიალური შინაარსის შემადგენელი ელემენტია, განსაკუთრებით ეს ეხება უფლებებს, რომლებისგანაც გადახვევა დაუშვებელია. ამასთან, კონფლიქტისა და არეულობის ვითარებაში, განსაკუთრებულად საჭიროა, გატარდეს ღონისძიებები, რათა არ დაირღვეს ევროპული სასამართლოსთვის მიმართვის უზრუნველყოფის[30] და დროებითი ღონისძიების შესრულების ვალდებულება[31]. ყოველივე ამის მიუხედავად, შეიძლება განვასხვაოთ სახელმწიფოს ვალდებულებები, უზრუნველყოს კონფლიქტისა და არეულობის დროს კონვენციით მოთხოვნილი უფლებადაცვითი ღონისძიებები და შემდგომი პერიოდის ვალდებულებები, რომლებიც ითვალისწინებენ გარკვეული ქმედების გამოძიებას, სამოქალაქო და სისხლის სამართლის პასუხისმგებლობის დაკისრებას და კომპენსაციის გადახდას.

### ბ) კონვენციითა და სასამართლოს პრეცედენტული სამართლით დადგენილი პრინციპები[32]

*1. მე-2 მუხლი და მე-6 და მე-13 ოქმები – სიცოცხლის უფლება და სიკვდილით დასჯის გაუქმება*

კონფლიქტის ზონებში, ცხადია, განსაკუთრებით დიდი რისკია, რომ სიცოცხლეს საფრთხე შეექმნას ან მოისპოს. მიუხედავად იმისა, რომ მე-2 მუხლში მოცემული გარანტია აბსოლუტური არ არის, მისგან გადახვევის დაუშვებლობა ნიშნავს იმას, რომ კონფლიქტის მდგომარეობა არ ამართლებს ყველანაირ ვითარებაში პირის მოკვდინებას. სასამართლომ დაადგინა სახელმწიფოს ვალდებულება, მიიღოს შესაბამისი ზომები სიცოცხლის დასაცავად, როგორც მე-2 მუხლით გათვალისწინებული გარანტიის პოზიტიური ელემენტი[33]. ეს ვალდებულება სრულად უნდა იქნეს მხედველობაში მიღებული სამხედრო და სამართალდამცავი მოქმედებების დაგეგმვისას. სასამართლო ეთანხმება, რომ სახელმწიფო პასუხს არ აგებს, თუ შეუძლებელი იყო საფრთხის შეფასება, ან კიდევ, როცა ხელისუფლებამ ყველაფერი გააკეთა და არსებული რესურსები მაქსიმალურად გამოიყენა. პასუხისმგებლობის საკითხი წამოიჭრება იმ შემთხვევაში, როცა სახელმწიფომ არ მიიღო ის ზომა, რომელსაც შეეძლო შეერბილებინა ან აერიდებინა სიცოცხლისთვის მიყენებული ზიანი. ამასთან, თუმცა მოცემულ კონტექსტში უფრო მეტად ფიზიკურ ხელყოფასთან გვაქვს საქმე, უნდა გვახსოვდეს, რომ ინფორმაციის დროულად მიწოდება გარდაუვალი საფრთხის თაობაზე მოცემული ვალდებულების არსებითი ელემენტია[34]. აღნიშნული ფაქტორი არ უნდა გადაწონოს ოპერატიულმა მოსაზრებებმა, რაც, ბუნებრივია, მნიშვნელოვანი მომენტია სამხედრო და პოლიციის შენაერთების საქმიანობაში. გაფრთხილების და დაცვის ვალდებულება შეიძლება გავრცელდეს სამხედრო და სამართალდამცავი უწყებების მოქმედებებზე და თავდაცვით ღონისძიებებზე, რომლებსაც შეუძლიათ სამოქალაქო პირთა დაცვა[35].

მე-2 მუხლი აღიარებს იმ ძალის გამოყენების პოტენციურ ლეგიტიმურობას, რომელსაც შეიძლება მოჰყვეს პირის მოკვდინება იმ შემთხვევაში, როცა ძალის გამოყენება მიმართულია ვინმეს დასაცავად, პირის დასაკავებლად ან ჯანყისა თუ ამბოხების ჩასახშობად. აღნიშნული ღონისძიება უნდა იყოს „სრულიად აუცილებელი“ მოცემული მიზნის მისაღწევად. ამდენად, გარემოებები, რომლებიც უშვებენ ძალის გამოყენებას, შეზღუდულია. ცხადია, რომ მკაცრად უნდა გაკონტროლდეს ოპერაციის როგორც დაგეგმვა, ისე განხორციელება. პირველთან დაკავშირებით, საჭიროა, რომ სათანადოდ შეფასდეს ოპერატიული ინფორმაცია, რომელსაც ოპერაცია ემყარება, აგრეთვე განხილული უნდა იქნეს სხვადასხვა ალტერნატივა, რათა მაქსიმალურად შემცირდეს საფრთხე, რომელიც ოპერაციის შედეგად დასაკავებელ პირებს ემუქრებათ. ჯგუფის წევრები ჯეროვნად უნდა იქნენ გამოკითხული ოპერაციის დეტალების და ოპერატიული ინფორმაციის შესაძლო სუსტი მხარეების შესახებ[36]. ოპერაციის განსახორციელებლად შერჩეული პირები უნდა იყვნენ შეძლებისდაგვარად მომზადებულნი და აღჭურვილნი. განსაკუთრებული მნიშვნელობა უნდა მიენიჭოს სიცოცხლის განურჩეველი მოს-

[30] 34-ე მუხლის საფუძველზე; იხ. ასენოვი (Assenov) და სხვები ბულგარეთის წინააღმდეგ, 24760/94, 28 ოქტომბერი, 1998 და მაკშეინი (McShane) გაერთიანებული სამეფოს წინააღმდეგ, 43290/98, 28 მაისი, 2002.

[31] იხ. მამათქულოვი (Mamatkulov) და აბდურასულოვიჩი (Abdurasulovic) თურქეთის წინააღმდეგ, 46827/99 და 46951/99, 4 თებერვალი, 2005 [GC].

[32] გლობალურ დონეზე სტანდარტების შემუშავების მცდელობასთან დაკავშირებით, იხ. მინიმალური ჰუმანიტარული სტანდარტების დეკლარაცია (“the Turku Declaration”), 2 დეკემბერი, 1990. გაერთიანებული ერების ფარგლებში მცდელობა „კაცობრიობის ფუძემდებლური სტანდარტების“ შესამუშავებლად (მაგ., იხ. გაეროს ადამიანის უფლებათა კომისიის დოკუმენტი „კაცობრიობის ფუძემდებლური სტანდარტების,“ გენერალური მდივნის მოხსენება, E/CN.4/2006/87, 3 მარტი, 2006).

[33] ოსმანი (Osman) გაერთიანებული სამეფოს წინააღმდეგ, 23452/94, 28 ოქტომბერი, 1998 [GC], მაჰმუთ კაია (Mahmut Kaya) თურქეთის წინააღმდეგ, 22535/93, 28 მარტი, 2000, პრიტი (Pretty) გაერთიანებული სამეფოს წინააღმდეგ, 2346/02, 29 აპრილი, 2002 და ონერილდიზი (Öneryildiz) თურქეთის წინააღმდეგ, 48939/99, 30 ნოემბერი, 2004 [GC].

[34] როგორც ამას ადგილი ჰქონდა საქმეზე ონერილდიზი (Öneryildiz) თურქეთის წინააღმდეგ, 48939/99, 30 ნოემბერი, 2004 [GC].

[35] იხ. პასა (Pasa) და ერკან ეროლი (Erkan Erol) თურქეთის წინააღმდეგ, 51358/99, 12 დეკემბერი, 2006.

[36] მაკკანი (McCann) და სხვები გაერთიანებული სამეფოს წინააღმდეგ, 18984/91, 27 სექტემბერი, 1995 [GC].

პობის საფრთხეს, რასაც გარკვეული კატეგორიის იარაღი იწვევს[37].

ძალის გამოყენება არ შეიძლება ნებადართული იქნეს საერთაშორისო ჰუმანიტარული სამართლის სტანდარტებით აკრძალული გარემოებების არსებობისას. ძალის გამოყენება სამოქალაქო პირებით დასახლებულ ტერიტორიაზე შეიძლება მხოლოდ გამონაკლის შემთხვევაში იქნეს გამართლებული. იგივე ითქმის მოცემული სახელმწიფოსთვის სავალდებულო ძალის მქონე საერთაშორისო სამართლის შესაბამისი ნორმებით აკრძალული იარაღის გამოყენებაზე[38].

ოპერაციის დროს მომაკვდინებელი ძალის გამოყენება შეიძლება მხოლოდ სიცოცხლის მოსპობის უშუალო საფრთხის ან მნიშვნელოვანი ზიანის თავიდან ასაცილებლად[39]. აუცილებლობის პრინციპიდან გამომდინარე მოითხოვება, რომ იმ პირების მიმართ, ვის საწინააღმდეგოდაც ოპერაცია ლეგიტიმურად არის მიმართული, თავდაპირველად არა სიცოცხლისათვის საშიში საშუალებები იქნეს გამოყენებული[40]. ან ამ პირებს უნდა მიეცეთ დანებების შესაძლებლობა[41]. აღნიშნული არ მოითხოვება ისეთ ვითარებაში, როდესაც მსგავსი შეღავათები თავად შექმნიდა სიცოცხლისათვის საფრთხეს[42]. საჭიროა ძალის გამოყენებაზე პასუხისმგებელი პირების სათანადო მომზადება, რათა მათ შეძლონ შეფასება, რამდენად გამართლებულია ძალის გამოყენება კონკრეტულ ვითარებაში და თუ არის საჭირო თავდაპირველად არა მომაკვდინებელი საშუალებების გამოყენება. უფლებამოსილ პირებს აკისრიათ ვალდებულება, ყოველთვის ითვალისწინებდნენ თანაბარზომიერების პრინციპს და მინიმუმამდე ამცირებდნენ სიცოცხლისთვის საშიშ გარემოებებს მაშინაც, როცა ძალის გამოყენება გამართლებულია[43]. პირის განეიტრალების შემდეგ მისი მოკვდინება არ არის გამართლებული[44].

ყოველთვის იქნება საჭიროება, რომ სამხედრო ოპერაციის შემდეგ დადგინდეს გარდაცვლილთა ვინაობა[45]. ამ გზით, ყოველთვის, როცა ძალის გამოყენებას პირის მოკვდინება მოსდევს შედეგად, ყოველთვის იქნება სრულყოფილი, ქმედითი და დამოუკიდებელი გამოძიების დაუყოვნებლივ ჩატარების ვალდებულება. ის, რომ აღნიშნული ვალდებულების შესრულება შეიძლება გართულებული იყოს კონფლიქტის ვითარებაში, სახელმწიფომ უნდა გაითვალისწინოს მშვიდობიან პერიოდში და მიიღოს შესაბამისი ზომები[46]. იგივე ითქმის გაუჩინარებების შემთხვევებზე, რომლებიც ხშირად საომარი მოქმედებების შედეგია[47].

გამოძიება უნდა ექვემდებარებოდეს საზოგადოების მხრიდან შემოწმებას და მასში აგრეთვე ჩართული უნდა იყვნენ ნათესავები, როგორც ეს დაადგინა სასამართლომ. თუმცა აღნიშნული ვალდებულების შესრულება შეიძლება რთული იყოს უშიშროების ინტერესებიდან გამომდინარე. მაგრამ საზოგადოებრივი კონტროლის მთლიანად გამორიცხვა დაუშვებელია და უნდა აღდგეს სიტუაციის ნორმალიზაციის შემდეგ. ყველა შემთხვევაში მნიშვნელოვანია, რომ შეძლებისდაგვარად მალე იქნეს მიღებული ზომები მტკიცებულებათა დასამაგრებლად და მოწმეთა ვინაობის დასადგენად. მიუხედავად იმისა, რომ კონფლიქტის ვითარებას დაბნეულობა ახლავს თან და გამძაფრებულია უშიშროების ინტერესები, შესაძლებელია, გარკვეულწილად, გამოძიება დაყოვნდეს. მაგრამ პროფესიონალიზმის სრული არქონდა და სრული უმოქმედობა გაუმართლებელია. განმარტება უნდა მიეცეს თითოეულ ღონისძიებას, რაც მკაცრად უნდა იქნეს შესწავლილი. მტკიცების ტვირთი აკისრია მას, ვინც გამოიყენა ძალა. მან უნდა წარადგინოს დამაჯერებელი და დამაკმაყოფილებელი განმარტება[48]. იგივე ვალდებულება მოქმედებს, თუ პირი თავისუფლების აღკვეთის ადგილას გარდაიცვალა[49] და თუ

[37] ანდრონიკუ (Andronicou da konstantinu (Constantinou) კვიპროსის წინააღმდეგ, 25052/94, 9 ოქტომბერი, 1997.

[38] იხ. ისაევა (Isayeva) რუსეთის წინააღმდეგ, 57590/00, 24 თებერვალი, 2005 და ისაევა (Isayeva), იუსუპოვა (Yusupova) და ბაზაევა (Bazayeva) რუსეთის წინააღმდეგ, 57947/00, 57948/00 და 57949/00, 24 თებერვალი, 2005.

[39] იხ. კაკული (Kakoulli) თურქეთის წინააღმდეგ, 38595/97, 22 ნოემბერი, 2005.

[40] იხ. სიმსეკი (Simsek) თურქეთის წინააღმდეგ, 35072/97 და 37194/97, 26 ივლისი, 2005.

[41] ოგური (Ogur) თურქეთის წინააღმდეგ, 21594/93, 20 მაისი, 1999.

[42] იხ. აჰმეთ ოზკანი (Ahmet Ozkan) თურქეთის წინააღმდეგ, 21689/9, 3, 6 აპრილი, 2004, პერკი (Perk) თურქეთის წინააღმდეგ, 50739/99, 28 მარტი, 2006 და იუკსელ ერდოგანი (Yuksel Erdogan) თურქეთის წინააღმდეგ, 57049/00, 15 თებერვალი, 2007.

[43] იხ. ისაევა (Isayeva) რუსეთის წინააღმდეგ, 57590/00, 24 თებერვალი, 2005 და ისაევა (Isayeva), იუსუპოვა (Yusupova) და ბაზაევა (Bazayeva) რუსეთის წინააღმდეგ, 57947/00, 57948/00 და 57949/00, 24 თებერვალი, 2005.

[44] კაკული (Kakoulli) თურქეთის წინააღმდეგ, 38595/97, 22 ნოემბერი, 2005

[45] იხ. აკუმი (Akkum) თურქეთის წინააღმდეგ, 21894/93, 24 მარტი, 2005.

[46] იხ. მაკკანი (McCann) და სხვები გაერთიანებული სამეფოს წინააღმდეგ, 18984/91, 27 სექტემბერი, 1995 [GC], კაია (Kaya) თურქეთის წინააღმდეგ, 22729/93, 19 თებერვალი, 1998, მაკშეინი (McShane) გაერთიანებული სამეფოს წინააღმდეგ, 43290/98, 28 მაისი, 2002, ფინუკეინი (Finucane) გაერთიანებული სამეფოს წინააღმდეგ, 29178/95, 1 ივლისი 2003, ისაევა (Isayeva) რუსეთის წინააღმდეგ, 57590/00, 24 თებერვალი, 2005 და ისაევა (Isayeva), იუსუპოვა (ჲუსუპოვა) და ბაზაევა (Bazayeva) რუსეთის წინააღმდეგ, 57947/00, 57948/00 და 57949/00, 24 თებერვალი, 2005, პერკი (Perk) თურქეთის წინააღმდეგ, 50739/99, 28 მარტი, 2006, ბაზორკინა (Bazorkina) რუსეთის წინააღმდეგ, 69481/01, 27 ივლისი, 2006 და ესტიმიროვი (Estamirov) რუსეთის წინააღმდეგ, 60272/00, 12 ოქტომბერი, 2006.

[47] იხ. იპეკი (Ipek) თურქეთის წინააღმდეგ, 25760/94, 17 თებერვალი, 2004.

[48] მაკკერი (McKerr) გაერთიანებული სამეფოს წინააღმდეგ, 28883/95, 4 მაისი, 2001.

[49] ჯორდანი (Jordan) გაერთიანებული სამეფოს წინააღმდეგ, 24746/94, 4 მაისი, 2001.

პირი ხელისუფლების მიერ დაკავების შემდეგ გაუჩინარდა[50]. ზოგიერთ შემთხვევაში ძალის უკანონო გამოყენებაზე პასუხისმგებელი პირების სისხლის სამართლის პასუხისგებაში დაუყოვნებლივ მიცემა პრაქტიკულად შეუძლებელია, მაგრამ თუ ვითარების გამოსწორების შემდეგაც თუ ბრალეული პირების მიმართ გამოძიება არ იქნა წარმოებული, სასამართლო მე-2 მუხლის დარღვევას დაადგენს შესაბამისი მტკიცებულებების არსებობის შემთხვევაში. შესაძლებელია, ამნისტია გამართლებული იყოს დაძაბულობის განსამუხტავად[51], მაგრამ ამან არ უნდა მოახდინოს ზეგავლენა ნათესავების სამოქალაქო სარჩელზე[52].

პირის სიკვდილით დასჯა სასამართლოს გადაწყვეტილების გარეშე ვერასოდეს გამართლდება[53] და სიკვდილით დასჯა არ შეიძლება გამოყენებული იქნეს მე-13 ოქმის ხელშემკვრელი სახელმწიფოების მიერ კონფლიქტის დროს. თუმცა იმ სახელმწიფოებშიც კი, სადაც სიკვდილით დასჯა შეიძლება შეფარდებული იქნეს კონფლიქტის ვითარებაში[54], არსებული მდგომარეობის სირთულე ხელს შეუშლიდა პირს მისი საქმის სამართლიან სასამართლო განხილვაში, რაც აუცილებელია მსგავსი განაჩენის მიღებამდე[55] და აღნიშნული სიცოცხლის უფლების დარღვევა იქნებოდა.

თუმცა კონფლიქტის ზონებში არსებული ვითარება ქმნიდეს გაკვეულ პრობლემებს არეულობის წარმოშობის თვალსაზრისით, მაინც არსებობს ვალდებულება მე-2 მუხლის საფუძველზე, რომ ხელისუფლების ხელთ არსებული პირები იღებდნენ სამედიცინო დახმარებას სიცოცხლისათვის საშიში დაავადებათა თუ დაზიანებების გამო[56].

*2. მე-3 მუხლი – წამების აკრძალვა*

აღნიშნული გარანტიის განსაკუთრებული ხასიათი, რომელიც იმაში მდგომარეობს, რომ არ შეიძლება მისგან გადახვევა, გულისხმობს იმას, რომ მოპყრობის სტანდარტზე, რომელსაც იგი მოითხოვს, არ შეიძლება ზეგავლენა მოახდინოს კონფლიქტის ან არეულობის არსებობამ, მით უმეტეს, მოცემული გარანტია განმტკიცებულია ჟენევის კონვენციებისა და მისი ოქმების ანალოგიური მოთხოვნებით.

მართალია, ზემოაღნიშნული ნიშნავს იმას, რომ ფიზიკური და მორალური მოპყრობა, რომელიც უკვე შეფასებულია როგორც არასათანადო[57], არ შეიძლება გამართლდეს იმ სერიოზული პრობლემებისა და დაძაბულობების მომიზეზებით, რომლებსაც მსგავსი სიტუაციები გარდაუვლად წარმოშობს ან მათში გარეულ პირთა ქმედებების სავარაუდოდ უკანონო ხასიათით[58]. განსაკუთრებული ყურადღება უნდა მიექცეს სათანადო ზომების ხელმისაწვდომობის უზრუნველყოფას, რათა არასათანადო მოპყრობის საჩივრების პასუხად შესაბამისი ზომები იქნეს მიღებული. რეაგირების ვალდებულება გულისხმობს სრულფასოვანი და ეფექტიანი გამოძიების ჩატარებას[59]. გასათვალისწინებელია ისიც, რომ ზემოაღნიშნულ სიტუაციებს შეიძლება გარკვეული დაბნეულობა ახლდეს თან და აგრეთვე უსაფრთხოების დაცვის მომიზეზებით შესაბამისი ზომები დაგვიანდეს.

შესაძლოა გამოძიება გარკვეული შეყოვნებით იყოს წარმოებული, სრული არაპროფესიონალიზმი და პასიურობა მიუღებელია. განსაკუთრებით მნიშვნელოვანია, რომ მიღებული იქნეს ზომები მტკიცებულების გასამაგრებლად და მოწმეთა ვინაობის დასადგენად.

ამასთან, არსებითი მნიშვნელობა ენიჭება იმას, რომ პირის დაზიანების თაობაზე მიცემული განმარტებები უმკაცრეს შემოწმებას უნდა ექვემდებარებოდეს[60]. ასეთ შემთხვევებში სისხლის სამართლის დევნის დაუყოვნებელი აღძვრა სავარაუდო დამნაშავეთა მიმართ შესაძლოა ვერ მოხერხდეს, მაგრამ სიტუაციის დარეგულირების შემდეგაც თუ ვერ მოხერხდა მათი პასუხისგებაში მიცემა, კონვენციის დარღვევას გამოიწვევს[61]. დაუშვებელია არა-

[50] იხ. მაჰმუთ კაია (Mahmut Kaya) თურქეთის წინააღმდეგ, 22535/93, 28 მარტი, 2000, იფრან ბილგინი (Irfan Bilgin) თურქეთის წინააღმდეგ, 25659/94, 17 ივლისი 2001 და კვიპროსი თურქეთის წინააღმდეგ, 25781/94, 10 მაისი, 2001 [GC].

[51] იხ. განაცხადი 16734/90, დიუჟარდანი (Dujardin) და სხვები საფრანგეთის წინააღმდეგ, 72 Dღ 236 (1991).

[52] იხ. თავი ა.1. იმ შეზღუდვების თაობაზე, რომლებიც მთლიანად არ გამორიცხავენ უფლებებსა და თავისუფლებებს.

[53] იხ. ბაზორკინა (Bazorkina) რუსეთის წინააღმდეგ, 69481/01, 27 ივლისი 2006.

[54] აზერბაიჯანი, ესპანეთი, იტალია, ლატვია, პორტუგალია, საფრანგეთი, სომხეთი არიან ის სახელმწიფოები, რომლებსაც ჯერაც არ მოუხდენიათ მე-13 ოქმის რატიფიკაცია.

[55] იხ. ოჯალანი (Öcalan) თურქეთის წინააღმდეგ, 46221/99, 12 მაისი, 2005 [GC].

[56] კენანი (Keenan) გაერთიანებული სამეფოს წინააღმდეგ, 27229/95, 3 აპრილი, 2001 და ანგელოვა (Anguelova) ბულგარეთის წინააღმდეგ, 38361/97, 13 ივნისი 2002.

[57] იხ. *ირლანდია გაერთიანებული სამეფოს წინააღმდეგ*, 5310/71, 18 იანვარი, 1978, *აქსოი (Aksoy) თურქეთის წინააღმდეგ*, 21987/93, 18 დეკემბერი, 1996, *აიდინი (Aydin) თურქეთის წინააღმდეგ*, 23178/94, 25 სექტემბერი, 1997, [GC] *სელმუნი (Selmouni) საფრანგეთის წინააღმდეგ*, 25803/94, 28 ივლისი, 1999 [GC], *სათიკი (Satik) და სხვები თურქეთის წინააღმდეგ*, 31866/96, 10 ოქტომბერი, 2000, *რებოკი (Rehbock) სლოვაკეთის წინააღმდეგ*, 29462/95, 28 ნოემბერი, 2000 და *პოლტორაცკი (Poltoratskiy) უკრაინის წინააღმდეგ*, 38812/97, 29 აპრილი, 2003.

[58] *ჩაჰალი (Chahal) გაერთიანებული სამეფოს წინააღმდეგ*, 22414/93, 15 ნოემბერი, 1996 [GC].

[59] იხ. *აიდინი (Aydin) თურქეთის წინააღმდეგ*, 23178/94, 25 სექტემბერი, 1997 [GC], *სელმუნი (Selmouni)საფრანგეთის წინააღმდეგ*, 25803/94, 28 ივლისი, 1999 [GC], *ლაბიტა (Labita) იტალიის წინააღმდეგ*, 26772/95, 6 აპრილი, 2000 [GC] და *ჩიტაევი (Chitayev) და ჩიტაევი (Chitayev) რუსეთის წინააღმდეგ*, 59334/00, 18 იანვარი, 2007.

[60] ტომაზი (თომასი) საფრანგეთის წინააღმდეგ, 12850/87, 27 აგვისტო, 1992 და რიბიჩი (Ribitsch) ავსტრიის წინააღმდეგ, 18896/91, 4 დეკემბერი, 1995.

[61] იხ. ეგმეზი (Egmez) კვიპროსის წინააღმდეგ, 30873/96, 21 დეკემბერი, 2000 და ალ ადსანი (Al-Adsani) გაერთიანებული სამეფოს წინააღმდეგ, 35763/97, 21 ნოემბერი, 2001.

ჯეროვანი დაყოვნება სამედიცინო დახმარების გაწევისას, როცა პირი, სავარაუდოდ, მე-3 მუხლის საწინააღმდეგო ქმედებას დაექვემდებარა.[62]

კონფლიქტისა და არეულობის ვითარებამ შეიძლება უარყოფითი გავლენა მოახდინოს ტრანსპორტის საშუალებებზე, რომლებსაც იყენებენ პატიმრების გადასაყვანად. მაგრამ აღნიშნულმა არ უნდა მიაღწიოს გარკვეულ მინიმალურ ზღვარს, რომლის იქითაც მე-3 მუხლი ირღვევა[63]. ასეთი ვითარება ასევე შეიძლება მოქმედებდეს პატიმრობის პირობებზე, მაგრამ საჭიროა იმის უზრუნველყოფა, რომ პირობები, რომლებიც დიდი ძალისხმევით შეიძლება რამდენიმე დღის განმავლობაში ასატანი იყოს, ნორმად არ გადაიქცეს და არ გამოიწვიოს მე-3 მუხლის დარღვევა[64]. ამას გარდა, განსაკუთრებული ყურადღება უნდა მიენიჭოს იმ გარემოებას, რომ თავისუფლების აღკვეთის ადგილებში არის მძიმე პირობები ინვალიდებისთვის, მიუხედავად იმისა, სად მიიღეს მათ დაზიანებები — კონფლიქტის/არეულობის პერიოდში თუ მანამდე[65]. უსაფრთხოების კონტექსტი, შესაძლოა, ამართლებდეს პატიმრებზე მკაცრ მეთვალყურეობას, მაგრამ დაუშვებელია რაიმე ფორმის სენსორული იზოლაცია და განმეორებითი ჩხრეკა, ვინაიდან აღნიშნული მე-3 მუხლის დარღვევას გამოიწვევს.[66]

თუ სახელმწიფო ვერ შეძლებს სათანადო ყურადღება გამოიჩინოს იმ პირთა პრობლემების მიმართ, რომელთა ნათესავებიც გაუჩინარდნენ, განსაკუთრებით იმ შემთხვევებში, როდესაც, სავარაუდოდ, სახელმწიფო მოხელეები იყვნენ გარეულები, მე-3 მუხლი უმეტეს შემთხვევაში დარღვეულად ჩაითვლება[67].

მე-3 მუხლი აგრეთვე ავალდებულებს სახელმწიფოს, გაატაროს ღონისძიებები მოწყვლად პირთა არასათანადო მოპყრობისგან დასაცავად[68]. მდგომარეობის ხასიათმა შეიძლება თავად მიუთითოს, თუ რა მოეთხოვება სახელმწიფოს მოცემულ დროს და ამ ვალდებულების უგულებელყოფა უპატიებელია.

სახელმწიფოები აგრეთვე ვალდებული არიან, არ გაგზავნონ პირი მეორე ქვეყანაში, სადაც იგი მე-3 მუხლის საწინააღმდეგო მოპყრობის სერიოზულ საფრთხეს დაექვემდებარება. თუმცა აღნიშნული განსაკუთრებით მნიშვნელოვანია დეპორტაციისა და ექსტრადიციის კონტექსტში[69], მოთხოვნა შეიძლება გავრცელდეს აგრეთვე საომარი მოქმედებების შემთხვევებზეც.

ამას გარდა, მნიშვნელოვანია, რომ კონფლიქტისა თუ არეულობის დროს მიღებული ზომები სრულ იზოლაციას არ იწვევდნენ, ვინაიდან აღნიშნულიც მე-3 მუხლის საწინააღმდეგო მოპყრობად ითვლება.[70]

*3. მე-4 მუხლი მონობისა და იძულებითი შრომის აკრძალვა*

იძულებითი შრომის აკრძალვიდან, მონობისა და ყმობისგან განსხვავებით, შეიძლება გადახვევა, მაგრამ კონფლიქტისა თუ არეულობის მდგომარეობამ შეიძლება ნებისმიერ შემთხვევაში გაამართლოს ის ფაქტი, რომ სამსახური, „რომელიც დაკისრებულია საგანგებო მდგომარეობის ან უბედური შემთხვევის დროს, რაც საფრთხეს უქმნის საზოგადოების სიცოცხლეს ან კეთილდღეობას," დაიშვება.

ზემოაღნიშნული სამუშაოს საჭიროება მხოლოდ წარმოიშობა ისეთ პირობებში, როცა მე-15 მუხლიდან გადახვევა დაიშვება. ყველა შემთხვევაში სამუშაოს დაკისრებას უნდა ჰქონდეს მკაფიო იურიდიული საფუძველი და ნებისმიერ განსხვავებულ მოპყრობას უნდა ჰქონდეს გონივრული და ობიექტური გამართლება. პირველი ასპექტის განხილვა სასამართლოს არ მოუწია, მაგრამ რაც შეეხება მეორეს, სასამართლომ იმსჯელა „ჩვეული სამოქალაქო ვალდებულებების" კონტექსტში[71].

აღსანიშნავია, რომ სასამართლომ განაცხადა, ყმობას – იგი დაუშვებელია ნებისმიერ ვითარებაში – შეიძლება ადგილი ჰქონდეს სამუშაოს შესრულების მოთხოვნისას, რომელიც გამართლებული იქნებოდა, რომ არა თავისუფლების აღკვეთის უმძიმესი ფორმა[72]. სასამართლომ აგრეთვე

[62] იხ. კუდლა (Kudla) პოლონეთის წინააღმდეგ, 30210/96, 26 ოქტომბერი, 2000, კენანი (Keenan) გაერთიანებული სამეფოს წინააღმდეგ, 27229/95, 3 აპრილი, 2001 და მაკგლინჩი (McGlinchey) გაერთიანებული სამეფოს წინააღმდეგ, 50390/99, 29 აპრილი, 2003.

[63] იხ. ოჯალანი (Öcalan) თურქეთის წინააღმდეგ, 46221/99, 12 მაისი, 2005 [GC] და აჰმეთ ოზკანი (Ahmet Ozkan) თურქეთის წინააღმდეგ, 21689/93, 6 აპრილი, 2004.

[64] იხ. დუგოზი (Dougoz) საბერძნეთის წინააღმდეგ, 40907/98, 6 მარტი, 2000, პირსი (Peers) საბერძნეთის წინააღმდეგ, 28524/95, 19 აპრილი, 2001 და კალაშნიკოვი (Kalashnikov) რუსეთის წინააღმდეგ, 47095/99, 15 ივლისი, 2002, პოლტორაცკი (Poltoratskiy) უკრაინის წინააღმდეგ, 38812/97, 29 აპრილი, 2003 და აჰმეთ ოზკანი (Ahmet Ozkan) თურქეთის წინააღმდეგ, 21689/93, 6 აპრილი, 2004.

[65] პრაისი (Price) გაერთიანებული სამეფოს წინააღმდეგ„ 33394/96, 10 ივლისი, 2001.

[66] იხ. ვალასინასი (Valasinas) ლიტვის წინააღმდეგ, 44558/98, 24 ივლისი, 2001 და ვან დერ ვენი (Van der Ven) ნიდერლანდების წინააღმდეგ, 50901/99, 4 აპრილი, 2003.

[67] იხ. იპეკი (Ipek) თურქეთის წინააღმდეგ, 25760/94, 17 თებერვალი, 2004.

[68] იხ. Z. და სხვები გაერთიანებული სამეფოს წინააღმდეგ, 29392/95, 10 მაისი, 2001, D.P. და J. C გაერთიანებული სამეფოს წინააღმდეგ, 38719/97, 10 ოქტომბერი, 2002 და E და სხვები გაერთიანებული სამეფოს წინააღმდეგ, 33218/96, 26 ნოემბერი, 2002.

[69] ზოერინგი (Soering) გაერთიანებული სამეფოს წინააღმდეგ, 14038/88, 7 ივლისი, 1989 და აჰმედი (Ahmed) ავსტრიის წინააღმდეგ, 25964/94, 17 დეკემბერი, 1996.

[70] კვიპროსი თურქეთის წინააღმდეგ, 25781/94, 10 მაისი, 2001 [GC].

[71] კარლჰაინც შმიტი (Karlheinz Schmidt) გერმანიის წინააღმდეგ, 13580/88, 8 ივლისი, 1994.

[72] სილიადინი (Siliadin) საფრანგეთის წინააღმდეგ, 73316/01, 26 ივლისი, 2005.

არ გაიზიარა მოსაზრება, რომ გახანგრძლივებული თავისუფლების აღკვეთა შეიძლება ყმობას გაუთანაბრდეს[73]. მე-4 მუხლის დარღვევას ადგილი არ აქვს, როცა საზოგადოების რიგითი წევრები ასრულებენ გარკვეულ სამუშაოს სიცოცხლის გადასარჩენად და სასიცოცხლო მნიშვნელობის მომსახურების უზრუნველსაყოფად, მიუხედავად იმისა, რომ მსგავს ფუნქციებს ნორმალურ ვითარებაში სპეციალური სამსახურები ასრულებენ. მიუღებელი იქნებოდა ის, რომ პირთა ჯგუფი გამოცალკევებული ყოფილიყო მსგავსი სამუშაოების შესასრულებლად ეთნიკური, ენობრივი, ეროვნული, რასობრივი თუ რელიგიური ნიშნით. სამუშაოების შესრულებას თან არ უნდა ახლდეს თავისუფლების აღკვეთა.

სასამართლომ ღიად დატოვა შეკითხვა, თუ რა შემთხვევაში გამოირიცხება უფლება შინაგან მრწამსზე[74]. მიუხედავად ამისა, შეიარაღებული კონფლიქტის გამო, გაწვევის ნებისმიერ შემთხვევაში, სამართლიანად უნდა გადაწყდეს შინაგან მრწამსზე დაფუძნებული მოთხოვნები (სადაც ეს ნებადართულია) და სამსახურზე უარის თქმის გამო (სადაც ეს ნებადართული არ არის) დაკისრებული ჯარიმები არ იყოს არათანაბარზომიერი[75]. მე-13 ოქმის მოქმედებაც რომ გამოირიცხებოდეს, შეუძლებელია ასეთი უარის თქმის დაკმაყოფილება ბრძოლის ველზე იქნება თუ სხვაგან, მისაღები იყოს.

*4. მე-5 მუხლი – თავისუფლებისა და ხელშეუხებლობის უფლება*

როცა სახელმწიფოს ოფიციალურად არ აქვს გამოცხადებული საომარი ან საგანგებო მდგომარეობა, როცა დაშვებულია მე-15 მუხლის საფუძველზე ადამიანის უფლებათა ევროპული კონვენციის დებულებებიდან გადახვევა, მე-5 მუხლის მოქმედებასთან დაკავშირებით შესაძლებელია უსაფრთხოების მძიმე პირობები მხედველობაში იქნეს მიღებული[76], მაგრამ ეს ვერ გაამართლებს თავისუფლების აღკვეთას იმ საფუძვლით, რომელიც არ არის მითითებული მე-5 მუხლის პირველ პუნქტში[77], ან თავისუფლების აღკვეთას შესაბამისი უფლებამოსილების გარეშე[78].

ზემოაღნიშნულ შემთხვევაში მნიშვნელოვანია, რომ შეზღუდვა ვრცელდებოდეს მკაცრად შეზღუდულ ტერიტორიაზე[79]. აგრეთვე მნიშვნელოვანია, რომ მიღებული იქნეს ზომები, რათა თავისუფლების აღკვეთა განხორციელდეს მხოლოდ სახელმწიფო ხელისუფლების მიერ[80].

კონფლიქტისა თუ არეულობის პირობებში შესაძლებელია იყოს განსაკუთრებული საჭიროება, რომ პირის ვინაობა დადგინდეს მე-5 მუხლის პირველი პუნქტის „ბ“ ქვეპუნქტის საფუძველზე[81] ან გაეცეს პასუხი კონფლიქტისა და არეულობის ვითარებაში გატარებულ ღონისძიებებთან დაკავშირებით[82]. განსაკუთრებით მნიშვნელოვანია, რომ ამ უფლებამოსილებათა ბოროტად გამოყენება არ იქნეს დაშვებული. ასეთ შემთხვევებში თვითნებობამ შესაძლებელია გაუგებრობა გამოიწვიოს და მდგომარეობა დაძაბოს, რაც ძალის გამოყენებით მთავრდება. თუ არ იქნება წარმოებული შესაბამისი ჩანაწერები პირის თავისუფლების აღკვეთის შესახებ, შეიძლება დადგინდეს თვითნებობა[83]. ასეთი დასკვნა შეიძლება გაკეთდეს, როცა ხელისუფალთ არ ძალუძთ, ახსნან, თუ რატომ იყო პირი თავისუფლებააღკვეთილი[84].

როდესაც პირები დაკავებულები არიან დანაშაულის ჩადენასთან დაკავშირებით, ეჭვის გონივრულობა, რომელიც აღნიშნული დაკავების მართლზომიერებისთვის მოითხოვება, შეიძლება მხედველობაში იღებდეს კონფლიქტისა და არეულობის გარემოებებს, მაგრამ, მიუხედავად იმისა, რომ ასეთ შემთხვევაში დაშვებულია ანონიმურ ინფორმატორთა ინფორმაციაზე დაყრდნობა, სავარაუდო დანაშაულის ჩადენაში კონკრეტულად ამ პირის შესაძლო მონაწილეობას მაინც გადამწყვეტი მნიშვნელობა უნდა ჰქონდეს[85].

დაკავების მიზეზები დაუყოვნებლივ უნდა იქნეს

[73] კვიპროსი თურქეთის წინააღმდეგ, 25781/94, 10 მაისი, 2001 [GC].
[74] იხ. თილიმენოსი (Thlimmenos) საბერძნეთის წინააღმდეგ, 34369/97, 6 აპრილი, 2000 [GC] და სტეფანოვი (Stefanov) ბულგარეთის წინააღმდეგ, 32438/96, 3 მაისი, 2001. შდრ. კომისიის შეხედულება განაცხადი 10600/83, იოჰანსენი (Johansen) ნორვეგიის წინააღმდეგ, 44 DღR 155 (1985) მე-4 მუხლის მე-3 პუნქტის „ბ“ ქვეპუნქტისა და მე-9 მუხლის ერთობლიობაში წაკითხვა გულისხმობს, რომ სამხედრო სამსახურის ალტერნატიული სამსახურის დაკისრება დაიშვება შინაგანი მრწამსის მოსაზრებით.
[75] იხ. თილიმენოსი (Thlimmenos) საბერძნეთის წინააღმდეგ, 34369/97, 6 აპრილი, 2000 [GC].
[76] იხ. ბროგანი (Brogan) და სხვები გაერთიანებული სამეფოს წინააღმდეგ, 11209/84, 11234/84, 11266/84 და 11386/85, 29 ნოემბერი, 1988 და მიურეი (Murray) გაერთიანებული სამეფოს წინააღმდეგ, 14310/88, 28 ოქტომბერი, 1994 [GC].
[77] ლოლესი (Lawless) ირლანდიის წინააღმდეგ (No 3), 332/57, 1 ივლისი, 1961.
[78] ელჯი (Elci) და სხვები თურქეთის წინააღმდეგ, 23145/93 და 25091/94, 13 ნოემბერი, 2003.
[79] იხ. ამური (Amuur) საფრანგეთის წინააღმდეგ, 19776/92, 25 ივნისი, 1996.
[80] რიერა ბლუმე (Riera Blume) და სხვები ესპანეთის წინააღმდეგ, 37680/97, 14 ოქტომბერი, 1999.
[81] განაცხადი 16810/90, რეიენტიენსი (Reyntjens) ბელგიის წინააღმდეგ, 73 DR 136 (1992).
[82] განაცხადები 8022/77, 8025/77 და 8027/77, მაკვეი (McVeigh), ო'ნელი (O'Neill) და ევანსი (Evans) გაერთიანებული სამეფოს წინააღმდეგ, 25 DR 15 (1981).
[83] აჰმეთ ოზკანი (Ahmet Ozkan) თურქეთის წინააღმდეგ, 21689/93, 6 აპრილი, 2004.
[84] ჩიტაევი (Chitayev) და ჩიტაევი (Chitayev) რუსეთის წინააღმდეგ, 59334/00, 18 იანვარი, 2007.
[85] მიურეი (Murray) გაერთიანებული სამეფოს წინააღმდეგ, 14310/88, 28 ოქტომბერი, 1994 [GC] და არა გაერთიანებული სამეფოს წინააღმდეგ, 37555/97, 16 ოქტომბერი, 2001.

განმარტებული. მოცემული მოთხოვნა არ არის შესრულებული, თუ პირს მიზეზები განემარტება დაკავებიდან რამდენიმე საათის შემდეგ[86]. თუ სახელმწიფოს არ აქვს განცხადება გაკეთებული კონვენციის მე-5 მუხლიდან გადახვევის თაობაზე, დაუშვებელია გაშვებული იქნეს ის ჩვეული ვადები, რომლებიც დადგენილია პირის სასამართლოს წინაშე წარსადგენად მისი პატიმრობის საკითხის გადასაწყვეტად[87]. თუნდაც იყოს გადახვევის შესახებ განცხადება, შვიდ დღეზე მეტხანს დაგვიანება კონვენციით ვერ გამართლდება. ასეთი გაჭიანურების შემთხვევაში უნდა იყოს რაიმე სხვა გარანტია თვითნებობის საწინააღმდეგოდ, მაგალითად, დამოუკიდებელი იურიდიული კონსულტაციის ხელმისაწვდომობა, სამედიცინო მომსახურება და დაკავების კანონიერების გასაჩივრების ცალსახა უფლება[88]. თითოეული გადაწყვეტილება დანაშაულის ჩადენაში ეჭვმიტანილი პირის გათავისუფლების თაობაზე მაინც უნდა ემყარებოდეს იმ შეფასებას, თუ რამდენად არსებობს გაქცევის, მართლმსაჯულების განხორციელებაში ჩარევის, შემდგომ დანაშაულობათა ჩადენის და საზოგადოებრივ წესრიგზე უარყოფითი ზეგავლენის საფრთხე და გარემოებები, რომლებიც, სავარაუდოდ, შეიძლება ადასტურებდნენ რომელიმე ამ საფუძვლის არსებობას, არ შეიძლება ამართლებდნენ პატიმრობის შეწყვეტაზე ავტომატურ უარის თქმას[89].

როდესაც პირი განგრძობითად იმყოფება პატიმრობაში, საჭიროა, პატიმრობის მართლზომიერების შემოწმებაზე უზრუნველყოფილი იქნეს პერიოდული სასამართლო კონტროლი, პირის გათავისუფლების უფლებამოსილებით, თუკი გამამართლებელ გარემოებებს ადგილი არ აქვს. უფრო მეტიც, შესაბამისი ღონისძიებები უნდა განხორციელდეს, რათა ასეთი პატიმრობა არ გაჭიანურდეს, თუმცა კონტექსტი ასეთ შემთხვევაში შეიძლება ლეგიტიმური გარემოება იყოს, რომელიც მხედველობაში უნდა იქნეს მიღებული[90].

კონფლიქტის კონტექსტსა და აგრეთვე გადახვევის შესახებ სახელმწიფოს განცხადებას შეუძლია გაამართლოს პრევენციული პატიმრობის ღონისძიება. ეს განსაკუთრებით შეეხება იმ შემთხვევებს, როცა ვერ ხერხდება პირის პასუხისგებაში მიცემა (დაუშვებელია შესაბამისი მტკიცებულების გამჟღავნება) ან ალტერნატიული ღონისძიება პირის ქვეყნიდან გაძევების სახით არ არსებობს[91]. ასეთ შემთხვევებშიც აუცილებელია წარმოდგენილი იქნეს სერიოზული მტკიცებულებები შესაბამისი პირების წინააღმდეგ და უნდა არსებობდეს შესაბამისი სამართალწარმოება, რომელიც შესაძლებლობას მისცემდა პირს, პერიოდულად გაესაჩივრებინა მსგავსი ღონისძიებების გამოყენების საჭიროება და საფუძვლიანობა. აღნიშნული სამართალწარმოება არ არის აუცილებელი იყოს სასამართლო ხასიათის, მაგრამ უნდა იყოს დამოუკიდებელი და მიუკერძოებელი. პრევენციულ დაკავებას დაქვემდებარებული პირი, როგორც ნებისმიერი სხვა თავისუფლებააღკვეთილი ადამიანი[92], უნდა ინარჩუნებდეს უფლებას, პერიოდულად გაასაჩივროს მისი დაკავების კანონიერება, ამას გარდა, აუცილებელია, რომ გაკეთდეს შესაბამისი ჩანაწერები, რათა ხელისუფალთ ყოველთვის შეეძლოთ შესაბამის პირთა კოორდინატების დადგენა[93].

ამასთან, მიუხედავად იმისა, რომ გაჭიანურება შეიძლება გამოწვეული იყოს კონფლიქტის და არეულობის პირობებში, ყოველმხრივი და ქმედითი გამოძიების შედეგად, უნდა შეიძლებოდეს მტკიცება, რომ პირს თავისუფლება აღეკვეთა და მას შემდეგ გაუჩინარდა[94].

საბოლოო ჯამში, თუ პირს თავისუფლება აღეკვეთა მე-5 მუხლის დარღვევით, მას უნდა ჰქონდეს შესაძლებლობა, მიიღოს კომპენსაცია, თუმცა ადვილი წარმოსადგენია, რომ აღნიშნული შეიძლება გადაიდოს კონფლიქტის ბუნებიდან გამომდინარე[95].

---

[86] Fox, Campbell da Hartley გაერთიანებული სამეფოს წინააღმდეგ, 12244/86, 12245/86 და 12383/86, 30 აგვისტო, 1990.

[87] ბროგანი (Brogan) და სხვები გაერთიანებული სამეფოს წინააღმდეგ, 11209/84, 11234/84, 11266/84 და 11386/85, 29 ნოემბერი, 1988. იხ. აგრეთვე (Ahmet Ozkan) თურქეთის წინააღმდეგ, 21689/93, 6 აპრილი, 2004.

[88] იხ. ბრანიგანი (Brannigan) და მაკბრაიდი (McBride) გაერთიანებული სამეფოს წინააღმდეგ, 14553/89 და14554/89, 26 მაისი 1993, აქსოი (Aksoy) თურქეთის წინააღმდეგ, 21987/93, 18 დეკემბერი, 1996, საკიკი (Sakik) და სხვები თურქეთის წინააღმდეგ, 23878/94, 23879/94; და 3880/94, 26 ნოემბერი, 1997, დემირი (Demir) თურქეთის წინააღმდეგ, 21380/93, 21381/93 და 21383/93, 23 სექტემბერი, 1998, მარშალი (Marshall) გაერთიანებული სამეფოს წინააღმდეგ (განჩინება), 41571/98, 10 ივლისი, 2001, ნურეი სენი (Nuray Sen) თურქეთის წინააღმდეგ, 41478/98, 17 ივნისი, 2003 და ბილენი (Bილენ) თურქეთის წინააღმდეგ, 34482/97, 21 თებერვალი, 2006.

[89] კაბალერო (Caballero) გაერთიანებული სამეფოს წინააღმდეგ, 32819/96, 8 თებერვალი 2000.

[90] იხ. კერი (Kerr) გაერთიანებული სამეფოს წინააღმდეგ (განჩინება), 40451/98, 7 დეკემბერი, 1999, აჰმეთ ოზკანი (Ahmet Ozkan) თურქეთის წინააღმდეგ, 21689/93, 6 აპრილი, 2004 და იურტასი (Yurttas) თურქეთის წინააღმდეგ, 25143/94 და 27098/95, 27 მაისი, 2004.

[91] ლოლესი (Lawless) ირლანდიის წინააღმდეგ (No 3), 332/57, 1 ივლისი, 1961 და ირლანდია გაერთიანებული სამეფოს წინააღმდეგ, 5310/71, 18 იანვარი, 1978.

[92] იხ. საკიკი (Sakik) თურქეთის წინააღმდეგ, 23878/94, 23879/94; და 3880/94, 26 ნოემბერი, 1997 და ბილენი (Bilen) თურქეთის წინააღმდეგ, 34482/97, 21 თებერვალი, 2006.

[93] კურტი (Kurt) თურქეთის წინააღმდეგ, 24276/94, 25 მაისი, 1998, კვიპროსი თურქეთის წინააღმდეგ, 25781/94, 10 მაისი 2001 [GC], იპეკი (Ipek) თურქეთის წინააღმდეგ, 25760/94, 17 თებერვალი, 2004 და ჩიტაევი (Chitayev) და ჩიტაევი (Chitayev) რუსეთის წინააღმდეგ, 59334/00, 18 იანვარი, 2007.

[94] Ibid.

[95] ჩიტაევი (Chitayev) და ჩიტაევი (Chitayev) რუსეთის წინააღმდეგ, 59334/00, 18 იანვარი, 2007.

*5. მე-6 მუხლი – უფლება სამართლიან სასამართლო განხილვაზე*

სავარაუდოდ, კონფლიქტისა და არეულობის პერიოდში, განსაკუთრებით ეს ეხება თავად კონფლიქტის ზონებს, სისხლის სამართლის მართლმსაჯულების სტანდარტული სისტემა მნიშვნელოვანი წნეხის ქვეშ ექცევა. თუმცა ეჭვგარეშეა, რომ ასეთ შემთხვევებში სასამართლოების ზემოგანხილული[96] ფუნქცია, იმოქმედონ გარანტის სახით, იმდენად მნიშვნელოვანია, რომ სამართლიან სამართალწარმოებასთან მიმართებით ყოველგვარი კომპრომისი დაუშვებელია.

ამრიგად, თუმცა შესაძლოა, სპეციალური სასამართლოების ფუნქციონირებას კანონმდებელი უშვებდეს, მაგრამ მათი დამოუკიდებლობისა და მიუკერძოებლობის უზრუნველყოფა აუცილებელია[97]. აღნიშნული მოთხოვნა პრინციპულად ვერ ჩაითვლება შესრულებულად სამხედრო სასამართლოების მიერ სამოქალაქო პირების გასამართლების შემთხვევაში[98]. და მაინც, თუ სახელმწიფოს მიერ მეორე ქვეყნის ოკუპაციის კანონიერება ეჭვს იწვევს, ეს იმას არ ნიშნავს, რომ იქ მოქმედი სასამართლოები ამ მოთხოვნას ყველა შემთხვევაში არღვევენ[99].

მიუხედავად უშიშროების კონტექსტისა, რაც ახასიათებს კონფლიქტის და არეულობის ზონებს, არსებითი მნიშვნელობა აქვს დამოუკიდებელი იურიდიული კონსულტაციის ხელმისაწვდომობას დაკავების ადრეულ სტადიაზევე, განსაკუთრებით მაშინ, როცა დაკავების თანმხლებ დაკითხვას შეიძლება პირის სისხლის სამართლის პასუხისგებაში მიცემა მოჰყვეს და როცა პირი სრულ იზოლაციაში იმყოფება[100].

მიუხედავად ზემოთ აღნიშნულისა, უსაფრთხოების მიზნით, დაბრკოლება არ უნდა შეექმნას იმ ადვოკატების შემოწმებას, რომლებიც აღნიშნულ კონსულტაციას და შემდგომ წარმომადგენლობას გასწევენ. მათი დამოუკიდებლობა უნდა იყოს გარანტირებული. ასევე დაუშვებელია აღნიშნულ შემთხვევებში სამხედრო ძალების ადვოკატების მიერ მომსახურების გაწევა[101]. ინფორმაციის გაცემაზე უარის თქმისთვის სასჯელის დაკისრება იმ გარემოებებში, რომლებიც გარდაუვლად გამოიწვევდა პირის აღიარებას მის მიერ დანაშაულის ჩადენაში მონაწილეობის თაობაზე, თვითინკრიმინაციის აკრძალვას ეწინააღმდეგება, როცა ინფორმაცია ფაქტობრივად გამოიყენება სისხლისსამართლის დევნის დასაწყებად[102]. უფრო მეტიც, შეიძლება გაკეთდეს გარკვეული დასკვნა იმ საკითხებთან დაკავშირებით, თანამშრომლობაზე უარის თქმიდან, რომლებიც ცხადად მოითხოვს განსასჯელისგან მათში მონაწილეობის თაობაზე განმარტების მიცემას[103], არსებითი მნიშვნელობა აქვს იმას, რომ სრული ანგარიში გაეწიოს პირის მიერ კითხვებზე პასუხების გაცემაზე უარის თქმას[104]. უსაფრთხოების კონტექსტი შესაძლოა ხელს უშლიდეს დაცვის არსებით მოწმეებს პროცესზე დასწრებაში და ასეთ შემთხვევებში სამართალწარმოების გაგრძელება და პირის მსჯავრდება შეიძლება უსამართლოდ ჩაითვალოს[105]. იგივე კონტექსტმა შეიძლება გამოიწვიოს მტკიცებულების ან საკუთარი ვინაობის განსასჯელისთვის გამჟღავნების სურვილის არქონა. თუმცა ორივე შემთხვევა დაიშვება, როცა სამართალწარმოების სამართლიანი ხასიათი საერთო ჯამში არ ზიანდება, სავარაუდოდ, დაუშვებელი მსგავსი მტკიცებულება ან მოწმე იყოს პირის მსჯავრდებისთვის არსებითი საფუძველი[106]. ვერ ვიტყვით, რომ მსგავსი რამ შეიძლება გამართლდეს გარდაუვალი მდგომარეობის საფუძველზეც კი, ვინაიდან აღმკვეთ პატიმრობაზე ნაკლებად დრაკონული ღონისძიება, სავარაუდოდ, ხელმისაწვდომი უნდა იყოს[107].

მე-8 მუხლით უზრუნველყოფილი პირადი ცხოვრების პატივისცემაზე უფლების დარღვევით მოპოვებული მტკიცებულება შეიძლება გამოყენებული იქნეს სისხლის სამართლის საქმეზე იმდენად, რამდენაც სასამართლო განხილვა უსამართლოდ არ გადაიქცევა. ეს კი შეიძლება მოხდეს იმ შემთხვევაში, როცა აღიარების ნებაყოფლობითობა[108] ან თავად მტკიცებულების ნამდვილო-

[96] იხ. თავი ა.2.

[97] ინჯალი (Incal) თურქეთის წინააღმდეგ, 22678/93, 9 ივნისი, 1998 [GC], სადაკი (Sadak) და სხვები თურქეთის წინააღმდეგ, 29900/96, 29901/96, 29902/96 და 29903/96, 17 ივლისი, 2001.

[98] კვიპროსი თურქეთის წინააღმდეგ, 25781/94, 10 მაისი, 2001 [GC].

[99] Ibid.

[100] Ibid. იხ. ჯონ მიურეი (John Murray) გაერთიანებული სამეფოს წინააღმდეგ, 18731/91, 8 თებერვალი, 1996 [GC], Magee გაერთიანებული სამეფოს წინააღმდეგ, 28135/95, 6 ივნისი, 2000 და ბრენანი (Brennan) გაერთიანებული სამეფოს წინააღმდეგ, 39846/98, 16 ოქტომბერი, 2001.

[101] ჩახალი (Chahal) გაერთიანებული სამეფოს წინააღმდეგ, 22414/93, 15 ნოემბერი, 1996 [GC].

[102] ჰინი (Heaney) და მაკგინესი (McGuinness) ირლანდიის წინააღმდეგ, 34720/97, 21 დეკემბერი, 2000.

[103] ჯონ მიურეი (John Murray) გაერთიანებული სამეფოს წინააღმდეგ, 18731/91, 8 თებერვალი, 1996 [ჩჩ].

[104] კონდრონი (Condron) გაერთიანებული სამეფოს წინააღმდეგ, 35718/97, 2 მაისი, 2000.

[105] შდრ. ვერ მოხერხდა მოწმის დაკითხვა, რამაც შეადგინა მე-6 მუხლის პირველი პუნქტის დარღვევა საქმეზე AM იტალიის წინააღმდეგ, 37019/97, 14 დეკემბერი, 1999 და ლუკა (Luca) იტალიის წინააღმდეგ, 33354/96, 27 თებერვალი, 2001.

[106] იხ. დორსონი (Doorson) ნიდერლანდების წინააღმდეგ, 20524/92, 26 მარტი, 1996, (Van Mechelen) ნიდერლანდების წინააღმდეგ, 21363/93, 21364/93 და 21427/93, 23 აპრილი, 1997, როუი (Rowe) და დეივისი (Davis) გაერთიანებული სამეფოს წინააღმდეგ, 28901/95, 16 თებერვალი, 2000 [ჩჩ], P G და J H გაერთიანებული სამეფოს წინააღმდეგ, 44787/98, 25 სექტემბერი, 2001 და ჰულკი გიუნეში (Hulki Günes) თურქეთის წინააღმდეგ, 28490/95, 19 ივნისი, 2003.

[107] იხ. მსჯელობა მე-5 მუხლთან დაკავშირებით.

[108] ალანი (Allan) გაერთიანებული სამეფოს წინააღმდეგ, 48539/99, 5 ნოემბერი, 2002.

ბა[109] ეჭვს იწვევს. უფრო მეტიც, უსაფრთხოების ინტერესები ვერ გამოდგება იმის გასამართლებლად, რომ სასამართლო სხდომა საჯაროდ არ გაიმართა, განსაკუთრებით იმის გათვალისწინებით, რომ შესაძლებელია ზომები იქნეს მიღებული მოწმის ვინაობის განსაჯაროების თავიდან ასაცილებლად[110]. აღნიშნული არ შეუშლიდა ხელს სასამართლო პროცესზე დამსწრეთა შემოწმებას და სხდომის გამართვა უსაფრთხო ადგილას, მაგალითად ციხეში, სავარაუდოდ, სრულ შესაბამისობაში იქნებოდა, თუკი, იმავდროულად, საზოგადოების დასასწრებად ზომები კეთილსინდისიერად იქნებოდა მიღებული[111]. კონფლიქტი და არეულობა პირის სასამართლოს წინაშე წარდგენას ართულებს და ეს ნებისმიერი წინასწარი პატიმრობის ხანგრძლივობის გონივრულობის შეფასებისას ლეგიტიმურ ფაქტორად ჩაითვლება. და მაინც, საჭიროა დამტკიცდეს, რომ გამუდმებული ძალისხმევა მიმართული იყო სასამართლო სხდომის გასამართად. იგივე ეხება სამოქალაქო სამართალწარმოების გამართვის დამაბრკოლებელ გარემოებებს[112]. აღსანიშნავია, რომ სამოქალაქო სამართალწარმოებაში სამხედრო მოსამართლის მონაწილეობა დამოუკიდებლობისა და მიუკერძოებლობისთვის ისეთ საფრთხეს არ წარმოადგენდეს, როგორც სისხლის სამართლის საქმეებში[113]. როგორც უკვე აღინიშნა[114], კონფლიქტისა და არეულობის მდგომარეობის განმუხტვის საშუალებად ამნისტიის გამოცემა შესაძლოა მისაღები იყოს[115], მაგრამ იგივე მიზეზით სამოქალაქო სარჩელის აკრძალვა ამ თუ სხვა მიზეზის (მაგ., სასამართლოების ხარჯები და გადატვირთულობა) გამო, სასამართლოს ხელმისაწვდომობაზე უფლების გაუმართლებელ უგულებელყოფად განიხილება[116].

### *6. არავითარი სასჯელი კანონის გარეშე*

კონფლიქტისა და არეულობის დროს განსაკუთრებული მნიშვნელობა უნდა მიენიჭოს იმის უზრუნველყოფას, რომ დანაშაულის შემადგენლობის რეტროსპექტივაში გათვალისწინების აკრძალვა სათანადოდ არის დაცული არა მხოლოდ იმიტომ, რომ გადაუდებლობის გამო, შესაძლებელია ისე გამოწვლილვით ვერ შემოწმდეს გატარებული ღონისძიებები, როგორც ამას კანონმდებლობა ნორმალურ პირობებში უზრუნველყოფდა. თუმცა სასამართლო აღიარებს, რომ კანონების აბსოლუტური სიზუსტე შეუძლებელია მიღწეულ იქნეს[117], მაინც ითხოვს, რომ რეგულირებული ქმედების ფარგლები საკმარისად ზუსტი იყოს, რათა პირმა თავისი ქცევა შესაბამისად წარმართოს. საერთოდ, სასამართლო მიიჩნევს, რომ პირმა აღნიშნული შეიძლება მოახერხოს იურისტის დახმარებითაც. ვინაიდან ეს უკანასკნელი კონფლიქტისა და არეულობის პირობებში ადვილად ხელმისაწვდომი არაა, სავარაუდოდ, განსაკუთრებული ყურადღება უნდა მიექცეს ნორმატიული აქტების სიცხადეს, რათა პირმა მათი გაგება იურისტის დახმარებითაც შეძლოს.

თანაბრად მნიშვნელოვანია, რომ უკუგდებული იქნეს სასჯელების რეტროსპექტივაში გაზრდის (ახალი სასჯელების შემოღება, არსებული სანქციების დამძიმება[118]) ცდუნება, მიუხედავად პოტენციური პრევენციული ეფექტისა, რაც ამას მომავალი ნორმიდან გადახრილი ქცევისთვის შეიძლება ჰქონდეს. თუმცა მე-7 მუხლის მე-2 პუნქტში მოცემული გამონაკლისით, საერთაშორისო სამართლის ვალდებულებების შესასრულებლად რიგი ქმედებების კრიმინალიზაცია და დასჯადობა დაშვებულია[119]. მათ შორის იგულისხმება საერთაშორისო ჰუმანიტარული სამართლით აკრძალული ქმედებები, რომლებსაც განსაკუთრებული მნიშვნელობა აქვს კონფლიქტისა და არეულობის დროს.

### *7. მე-8 მუხლი – უფლება პირადი და ოჯახური ცხოვრების პატივისცემაზე*

კონფლიქტის ზონაში არსებული ვითარება კიდევ უფრო აუცილებელს ხდის კომუნიკაციებზე მეთვალყურეობასა და მოსმენას. თუმცა დღეს შესაძლებელია, რომ შემოღებული იქნეს ნებართვის სისტემა, რომელიც არ ეფუძნება სასამართლოს წინასწარ გადაწყვეტილებას, თვითნებობის თავიდან აცილე-

[109] ხანი (Khan) გაერთიანებული სამეფოს წინააღმდეგ, 35394/97, 12 მაისი, 2000.

[110] დორსონი (Doorson) ნიდერლანდების წინააღმდეგ, 20524/92, 26 მარტი, 1996 და ვან მეხელენი (Van Mechelen) ნიდერლანდების წინააღმდეგ, 21363/93, 23 აპრილი, 1997.

[111] შდრ. რიპანი (Riepan) ავსტრიის წინააღმდეგ, 35115/97, 15 ივნისი, 2000.

[112] შდრ. აგა (Agga) საბერძნეთის წინააღმდეგ (no. 1), 37439/97, 25 იანვარი, 2000 რომელიც შეეხებოდა ადვოკატების გაფიცვასთან დაკავშირებით ზომების მიუღებლობას.

[113] იავუზი (Yavuz– თურქეთის წინააღმდეგ (dec.), 29870/96, 25 მაისი, 2000.

[114] იხ. მსჯელობა მე-2 მუხლთან დაკავშირებით.

[115] იხ. განაცხადი 16734/90, დიუჟარდანი (Dujardin) და სხვები საფრანგეთის წინააღმდეგ, 72 DR 236 (1991).

[116] Stran Greek Refineries და Stratis Andreadis საბერძნეთის წინააღმდეგ, 13427/87, 9 დეკემბერი, 1994 და ალ ადსანი (Al-Adsani) გაერთიანებული სამეფოს წინააღმდეგ, 35763/97, 21 ნოემბერი, 2001.

[117] კანტონი (Cantoni) საფრანგეთის წინააღმდეგ, 17862/91, 15 ნოემბერი, 1996.

[118] როგორც ამას ადგილი ჰქონდა საქმეზე უელში (Welch) გაერთიანებული სამეფოს წინააღმდეგ, 17440/90, 9 თებერვალი, 1995 და ბასკაია (Baskaya) და ოკჩუგლუ (Okçuoglu) თურქეთის წინააღმდეგ, 23536/94 და 24408/94, 8 ივლისი, 1999 [GC].

[119] აღნიშნული საფუძვლით ორი განაცხადი არ იქნა მიღებული არსებითად განსახილველად: Kolk და Kislyiy ესტონეთის წინააღმდეგ (განჩინება), 23052/04 და 24018/04, 17 იანვარი, 2006. ეს ასპექტი აგრეთვე წამოიჭრა, მაგრამ არ განმტკიცდა საქმეებზე შტრელეცი (Streletz), კესლერი (Kessler) და კრენცი (Krenz) გერმანიის წინააღმდეგ, 34044/96, 35532/97 და 44801/98, 23 მარტი, 2001 [GC]. იხ. აგრეთვე K-H W გერმანიის წინააღმდეგ, 37201/97, 22 მარტი, 2001 [GC].

ბის მიზნით, არსებითად მნიშვნელოვანია, რომ მსგავსი სისტემა მაინც რეგულირდებოდეს ობიექტური კრიტერიუმებით და ექვემდებარებოდეს ზედამხედველობის ალტერნატიულ ფორმას[120].

ეს იმას არ ნიშნავს, რომ ამ გზით მოპოვებული ინფორმაცია შეიძლება შემდგომში გამოყენებული ან გამოქვეყნებული იქნეს სხვა მიზნებისთვის[121]. უფრო მეტიც, პირის ცხოვრების ინტიმურ ასპექტებში ჩაძიება უშიშროების ინტერესებზე დაყრდნობით, ავტომატურად ვერ გამართლდება. საჭირო იქნება განსაკუთრებით დამაჯერებელი მიზეზების დადგენა[122].

დაუშვებელია პირად ცხოვრებაში ჩარევა პირადობის მოწმობის ტარებისა და პოლიციისა თუ სამხედრო შენაერთებისთვის მისი წარდგენის ვალდებულებიდან გამომდინარე იმდენად, რამდენადაც აღნიშნული არ შეიცავს რაიმე პირად ინფორმაციას[123] და მსგავსი მოთხოვნა, სავარაუდოდ, არსებითია კონფლიქტისა და არეულობის ვითარებაში.

ზემოაღნიშნულ კონტექსტში შეიძლება რთული იყოს ბავშვებისთვის მეურვეობის მინიჭების დავების გადაწყვეტა. ამ დროს აუცილებელია, გატარდეს ყველა შესაძლო ღონისძიება, რათა ხელისუფლების ნაუცბათევმა თუ გაჭიანურებულმა მოქმედებებმა ბავშვების და მშობლების ინტერესები არ შელახოს[124]. უფრო მეტიც, თუმცა კონფლიქტისა და არეულობის დროს დისლოკაციასა და შეზღუდულ გადაადგილებას აუცილებლად ექნება უარყოფითი შედეგი ოჯახების ერთიანობაზე, ხელისუფლება მაინც ვალდებულია, მოერიდოს ბარიერების შექმნას და მიიღოს პოზიტიური ზომები ოჯახების გაერთიანების უზრუნველსაყოფად[125].

უფრო მეტიც, თუმცა ნებისმიერი ძალის გამოყენების კანონზომიერი საჭიროება, რომელიც სახლების დანგრევას იწვევს, ნაჩვენები უნდა იყოს[126], უსახლკაროდ დარჩენილთათვის თავშესაფრის მისაცემად ქონების რეკვიზიცია შესაძლებელია გამართლებულ იქნეს[127] ან სულაც სავალდებულო[128].

და მაინც, მიუხედავად იმისა, რომ საკუთარი სახლ-კარის ხელმისაწვდომობის შეზღუდვა შეიძლება პოლიციისა და საომარი მოქმედებების ლეგიტიმური შედეგი იყოს[129], მათი განგრძობითი მოქმედება გადასინჯვას უნდა ექვემდებარებოდეს და შეწყდეს, როგორც კი მათი საჭიროება აღარ იქნება[130].

*8. მე-9 მუხლი – აზრის, სინდისისა და რელიგიის თავისუფლება*

მთელ რიგ საქმეზე სასამართლომ აღიარა, რომ ღვთისმსახურება შეიძლება ლეგიტიმურად შეიზღუდოს საზოგადოებრივი უსაფრთხოების, წესრიგისა და ჯანმრთელობის მიზნებისთვის.

ასეთი მოსაზრებები, ცხადია, თავს იჩენს რელიგიური სიმბოლოების ტარებასთან დაკავშირებით, თუნდაც პირი გამომწვევად არ იქცეოდეს. ან კიდევ, შესაძლოა გარკვეულ დროსა თუ ადგილას რელიგიური მსახურების აღსრულებამ განსაკუთრებით დაძაბოს მდგომარეობა. მიუხედავად ამისა, ასეთი რისკის თაობაზე დასაბუთებული მოსაზრება უნდა არსებობდეს[131].

აღნიშნული შეზღუდვები, ისევე როგორც პირზე დაკისრებული ვალდებულება, მხოლოდ შინ ეწეოდეს ღვთისმსახურებას იმ მიზეზების გამო, რომელიც არ უკავშირდება ამა თუ იმ აღმსარებლობას[132], არ უნდა გრძელდებოდეს იმაზე მეტად, რაც აუცილებელი არ არის და, ცხადია, არ უნდა იქნეს გამოყენებული იმდაგვარად, რომ რელიგიური ღვთისმსახურება სრულიად შეუძლებელი გახადოს[133]. იგივე შეიძლება ითქვას რელიგიურ ღვთისმსახურებაზე სამართალდამცავი ორგანოების და სამხედრო ძალების წევრების მიერ დაკისრებულ ფუნქციურ მოთხოვნებთან დაკავშირებით[134].

*9. მე-10 მუხლი – გამოხატვის თავისუფლება*

კონფლიქტისა და არეულობისთვის დამახასიათებელ დაძაბულ ვითარებაში შესაძლოა, გარკვეულ თემებზე მსჯელობა მიზანშეწონილი არ იყოს. მაგრამ, თუ არ არსებობს ძალადობისკენ

[120] კლასი (Klass) და სხვები გერმანიის წინააღმდეგ, 5029/71, 6 სექტემბერი 1978 და ლიანდერი (Leander) შვედეთის წინააღმდეგ, 9248/81, 26 მარტი, 1987.

[121] პეკი (Peck) გაერთიანებული სამეფოს წინააღმდეგ, 44647/98, 28 იანვარი, 2003.

[122] ლუსტიგ პრინი (Lustig-Prean) და ბეკეტი (Beckett) გაერთიანებული სამეფოს წინააღმდეგ, 44647/98, 27 სექტემბერი, 1999 და სმიტი (Smith) და გრეიდი (Grady) გაერთიანებული სამეფოს წინააღმდეგ, 33985/96 და 33986/96, 27 სექტემბერი, 1999.

[123] განაცხადი 16810/90, რეინტიენსი (Reyntjens) ბელგიის წინააღმდეგ, 73 DR 136 (1992).

[124] P, C და S გაერთიანებული სამეფოს წინააღმდეგ, 56547/00, 16 ივლისი, 2002.

[125] კვიპროსი თურქეთის წინააღმდეგ, 25781/94, 10 მაისი, 2001 [GC].

[126] იოილერი (Yöyler) თურქეთის წინააღმდეგ, 26973/95, 24 ივლისი, 2003.

[127] იხ. მსჯელობა დამატებითი ოქმის პირველ მუხლთან დაკავშირებით.

[128] იხ. ნოაკი (Noack) და სხვები გერმანიის წინააღმდეგ (განჩინება), 46346/99, 25 მაისი, 2000.

[129] იხ. სლივენკო (Slivenko) ლატვიის წინააღმდეგ, 48321/99, 9 ოქტომბერი, 2003 [GC]

[130] კვიპროსი თურქეთის წინააღმდეგ, 25781/94, 10 მაისი, 2001 [GC].

[131] იხ. ლეილა საჰინი (Leyla Sahin) თურქეთის წინააღმდეგ, 44774/98, 10 ნოემბერი, 2005 [GC], ჰასანი (Hasan) და ჩაუში (Chaush) ბულგარეთის წინააღმდეგ, 30985/96, 26 ოქტომბერი, 2000 [GC], სერიფი (Serif) საბერძნეთის წინააღმდეგ, 38178/97, 14 დეკემბერი, 1999 Metropolitan Church of Bessarabia და სხვები მოლდოვას წინააღმდეგ, 45701/99, 13 დეკემბერი, 2001 და აგა (Agga) საბერძნეთის წინააღმდეგ (ნო.2), 50776/99 და 52912/99, 17 ოქტომბერი, 2002.

[132] იხ. მსჯელობა მე-4 ოქმის მე-2 მუხლთან დაკავშირებით.

[133] იხ. Cha'are Shalom ve Tsedek საფრანგეთის წინააღმდეგ, 27417/95, 27 ივნისი, 2000 [GC] და კვიპროსი თურქეთის წინააღმდეგ, 25781/94, 10 მაისი, 2001 [GC].

[134] იხ. კალაჩი (Kalaç) თურქეთის წინააღმდეგ, 20704/92, 1 ივლისი, 1997.

პირდაპირი მოწოდება ან პირებს შორის მტრული დამოკიდებულება, სასამართლო მხოლოდ მაშინ დაეთანხმება მსგავსი მსჯელობისთვის ხელის შეშლას, თუ წარმოდგენილი იქნება უწესრიგობის საფრთხის დამადასტურებელი მნიშვნელოვანი მტკიცებულება[135]. თუმცა ასეთი წაქეზება, შეიძლება შეადგენდეს წარსულში გაკეთებული განცხადებებისთვის დასჯის და მათი შემდგომი გავრცელებისთვის ხელის შეშლის გამამართლებელ საფუძველს. ეს განსაკუთრებით შეეხება იმ შემთხვევებს, როცა განცხადებების ენა გამორჩეულად გესლიანია, თესავს სიძულვილს და ქადაგებს ძალადობას[136]. და მაინც, საჭიროა, რომ მკვეთრად ფორმულირებული კრიტიკა არ ავურიოთ წაქეზებაში[137], გატარებული ღონისძიება ცალსახად იყოს დასაბუთებული[138], დაკისრებული სანქციები არ იყოს ზედმეტად მკაცრი და არათანაბარზომიერი[139], შეზღუდვები განმეორებაზე არ იყოს ზღვარგადასული ან დროში გაწელილი[140].

კონფლიქტებისა და არეულობის დროს მედია საშუალებები და მათი თანამშრომლები თავიანთი სიუჟეტებისა და კომენტარების გამო, ადვილად შეიძლება შეიქნენ მტრულად განწყობილთა მხრიდან ძალადობის და დაშინების მსხვერპლი. ასეთ შემთხვევებზე სახელმწიფომ თვალი არავითარ შემთხვევაში არ უნდა დახუჭოს. პირიქით, იგი ვალდებულია, მიიღოს ადეკვატური დაცვისა და საგამოძიებო ზომები[141]. თავდაცვა და უსაფრთხოების მოსაზრებები შეიძლება ამართლებდეს ინფორმაციის გავრცელებაზე დაწესებულ შეზღუდვებსა და აკრძალვებს, მაგრამ იმ დრომდე, ვიდრე აღნიშნული ღონისძიებები ნამდვილად შედეგის მომტანია.[142]

[135] პიერმონი (Piermont) საფრანგეთის წინააღმდეგ, 15773/89 და 15774/89, 27 აპრილი, 1995 და კვიპროსი თურქეთის წინააღმდეგ, 25781/94, 10 მაისი, 2001 [GC].

[136] იხ. იერშილდი (Jersild) დანიის წინააღმდეგ, 15890/89, 23 სექტემბერი, 1994 [GC], ზანა (Zana) თურქეთის წინააღმდეგ, 18954/91, 25 ნოემბერი, 1997 [GC], სურეკი (Surek) თურქეთის წინააღმდეგ (Nos 1 და 3), 26682/95 და 24735/94, 8 ივლისი 1999 [GC] და ფალაკაოგლუ (Falakaoglu) და სეიგილი (Saygili) თურქეთის წინააღმდეგ, 22147/02 და 24972/03, 23 იანვარი, 2007. ეს აგრეთვე შეიძლება მოიცავდეს შესაბამისი პირისთვის ინტერვიუს ჩამორთმევის დაუშვებლობას; ჰოგეფელდი (Hogefeld) გერმანიის წინააღმდეგ (განჩინება), 35402/97, 20 იანვარი, 2000.

[137] ინჯალი (Incal) თურქეთის წინააღმდეგ, 22678/93, 9 ივნისი, 1998 [GC] და იბრაჰიმ აქსოი (Ibrahim Aksoy) თურქეთის წინააღმდეგ, 28635/95, 30171/96 და 34535/97, 10 ოქტომბერი, 2000.

[138] ჯეტინი (Cetin) და სხვები თურქეთის წინააღმდეგ, 40153/98 და 40160/98, 13 თებერვალი, 2003 და Kommersant Moldovy მოლდოვას წინააღმდეგ, 41827/02, 9 იანვარი, 2007.

[139] ჯეილანი (Ceylan) თურქეთის წინააღმდეგ, 23556/94, 8 ივლისი, 1999 [GC] და პოლატი (Polat) თურქეთის წინააღმდეგ, 23500/94, 8 ივლისი, 1999 [GC].

[140] კვიპროსი თურქეთის წინააღმდეგ, 25781/94, 10 მაისი, 2001 [GC] და ჯეტინი (Cetin) და სხვები თურქეთის წინააღმდეგ, 40153/98 და 40160/98, 13 თებერვალი, 2003.

[141] Özgur Gündem თურქეთის წინააღმდეგ, 23144/93, 16 მარტი, 2000.

[142] Observer და Guardian გაერთიანებული სამეფოს წინააღმდეგ, 13585/88, 26 ნოემბერი, 1991.

უფრო მეტიც, მსგავსი ინფორმაციის გაჟონვის აღკვეთის აუცილებლობა შეიძლება გამონაკლის შემთხვევაში საფუძვლად დაედოს ჟურნალისტისთვის მოთხოვნის წაყენებას, გაამჟღავნოს ინფორმაციის წყარო[143], მხოლოდ უკიდურესად გადაუდებელი ვითარება უნდა უძღოდეს საცხოვრებელი სახლის თუ სამუშაო ადგილის ჩრეკას, რათა ასეთი ღონისძიებები გამართლებულად ჩაითვალოს[144].

*10. მე-11 მუხლი – შეკრებისა და გაერთიანების თავისუფლება*

სასამართლომ დაადგინა მოსახლეობაში არაპოპულარული დემონსტრანტების დაცვის აუცილებლობა მათი მშვიდობიანი შეკრების დარბევის მოსურნეთაგან[145]. კონფლიქტისა თუ არეულობის კონტექსტში ეს შეიძლება ხელისუფლებისთვის პრაქტიკულად განუხორციელებელი ან ზედმეტად მძიმე ტვირთი იყოს, განსაკუთრებით მაშინ, როცა ეს სიცოცხლის დასაცავად მიმართული ღონისძიებების ხარჯზე ხდება ან სამართალდამცავი ორგანოების მუშაკთა სიცოცხლეს სერიოზული საფრთხე ექმნება. თუმცა დაუშვებელია გაუაზრებელი და სწრაფი დასკვნის გამოტანა ზემოთ აღნიშნული ერთ-ერთი შესაძლებლობის სასარგებლოდ[146]. პირიქით, დასკვნა დასაბუთებული უნდა იყოს[147]. თუ ერთ-ერთი საფრთხე მაინც დადგინდება, შესაძლოა არაპოპულარულ დემონსტრანტებს შეკრების ნაკლებად პრობლემურ ადგილას გადატანა მოეთხოვოთ[148], დემონსტრაცია სულაც შეწყდეს ან არ მიეცეს დაწყების საშუალება[149]. სავსებით ლეგიტიმური იქნება დემონსტრაციის მიერ საკვების განაწილებისთვის ან სამხედრო თუ პოლიციის შენაერთების მიერ მსგავსი სასიცოცხლო ღონისძიების განხორციელებისთვის ხელის შეშლის აღკვეთა[150]. ასევე ლეგიტიმურია იმ პირთა მიმართ სანქციების ჯეროვანი შეფარდება, ვინც შეკრე-

[143] გუდვინი (Goodwin) გაერთიანებული სამეფოს წინააღმდეგ, 17488/90, 27 მარტი, 1996 [GC].

[144] რომენი (Roemen) და შმიტი ( Schmit) ლუქსემბურგის წინააღმდეგ, 51772/99, 25 თებერვალი, 2003.

[145] პლატფორმა "Ärtze Für Das Leben" ავსტრიის წინააღმდეგ, 10126/82, 21 ივნისი, 1980 და ოლინგერი (Ollinger) ავსტრიის წინააღმდეგ, 76900/01, 29 ივნისი, 2006.

[146] როგორც ამას ადგილი ჰქონდა საქმეზე სტანკოვი (Stankov) და გაერთიანებული მაკედონიური ორგანიზაცია "Ilinden" ბულგარეთის წინააღმდეგ, 29221/95 და 29225/95, 2 ოქტომბერი, 2001 და გუნერი (Guneri) თურქეთის წინააღმდეგ, 42853/98, 43609/98 და 44291/98, 12 ივლისი, 2005. იხ. გუნერი (Guneri) თურქეთის წინააღმდეგ, 42853/98, 43609/98 და 44291/98, 12 ივლისი, 2005.

[147] იხ. გუნერი (Guneri) თურქეთის წინააღმდეგ, 42853/98, 43609/98 და 44291/98, 12 ივლისი, 2005.

[148] როგორც ეს მოხდა საქმეზე სისე (Cissé) საფრანგეთის წინააღმდეგ, 51346/99, 9 აპრილი, 2002.

[149] განაცხადი 8191/78, Rassemblement Jurassien და Unité Jurassienne შვეიცარიის წინააღმდეგ, 17 DR 93 (1979).

[150] შდრ. გუსტაფსონი (Gustafsson) შვედეთის წინააღმდეგ, 15573/89, 25 აპრილი, 1996 [GC].

ბაზე სიტყვით თუ საქციელით განზრახ გამოიწვია სერიოზული არეულობა[151].

ამას გარდა, გაერთიანების თავისუფლებასა და მე-11 მუხლის მე-2 პუნქტში გათვალისწინებულ მიზნებს შორის წონასწორობის დაცვისას რეგლამენტაცია, აკრძალვის ნაცვლად, შესაძლოა, უფრო მისაღები ფორმა იყოს. თუმცა, როცა არსებობს დასაბუთებული ეჭვი, რომ გარკვეული გაერთიანებისა თუ შეკრებისგან სერიოზული უწესრიგობის საფრთხე მომდინარეობს, ზოგადი ხასიათის ღონისძიება, როგორიცაა საქმიანობის შეჩერება, სავარაუდოდ, გამართლებულია[152]. იგივე ითქმის იმ შემთხვევებზე, როცა გაერთიანების წევრებს თუ შეკრების მონაწილეებს თავად ელით საფრთხე[153]. მტკიცებულება ამ დროსაც უნდა იყოს დამაჯერებელი და საქმიანობის აკრძალვა არ უნდა გრძელდებოდეს იმაზე მეტხანს, ვიდრე ეს აუცილებელია.

გაერთიანების მიერ ძალადობის და სხვა ანტიდემოკრატიული ქმედებების მხარდაჭერა, გარდა გაერთიანებული ერების ქარტიასთან შესაბამისობაში არსებული ძალის გამოყენებისა, ასოციაციის დაშლის გამამართლებელი საფუძველია[154], მაგრამ, ვინაიდან აღნიშნული უნდა ემყარებოდეს სასამართლოს დასაბუთებულ გადაწყვეტილებას[155], არასაბოლოო ხასიათის მქონე აკრძალვა, საქმიანობის შეჩერების სახით, კონფლიქტის და არეულობის ვითარებაში მისაღები იქნებოდა. ამ შემთხვევაშიც გადაწყვეტილების მიღებამდე ხელისუფლებაზე დაკისრებული მტკიცების ტვირთის შემსუბუქება დაუშვებელია[156].

უფრო მეტიც, მართალია, საქმიანობა, რომელიც ხელს უშლის სასიცოცხლო ფუნქციების განხორციელებას, მე-11 მუხლით დაცული არაა, პროფესიული კავშირის მიერ მსგავსი მოღვაწეობა უნდა გამორჩეულად ძირგამომთხრელი იყოს, რათა მისი შეჩერება გამართლებულად ჩაითვალოს. პირის თანამდებობის ხასიათი ვერ ჩაითვლება საკმარის საფუძვლად, რომ მას აეკრძალოს პროფესიული კავშირის წევრობა კონფლიქტისა თუ არეულობის პერიოდში[157], მაგრამ მის ვალდებულებებთან კონფლიქტურ საქმიანობაში მონაწილეობაზე აკრძლავა კი შეიძლება გამართლდეს[158]. კონფლიქტის ვითარებამ შეიძლება აგრეთვე გაამართლოს დასარეგისტრირებელი გაერთიანების მიზნების ლეგიტიმურობის გარკვევის გაჭიანურება. თუმცა, სავარაუდოდ, ყოველგვარი დასაბუთების გარეშე ორგანიზაციის რეგისტრაციაზე უარის გამართლება ვერ მოხერხდება[159].

*11. მე-12 მუხლი – ქორწინების უფლება*

კონფლიქტისა თუ არეულობის ვითარებამ შეიძლება დააბრკოლოს განქორწინებისა და ხელახალი დაქორწინების მარეგულირებელი ნორმების მოქმედება. ამას, სავარაუდოდ, არ შეიძლება მოჰყვეს სახელმწიფოს პასუხისმგებლობა მე-12 მუხლის საფუძველზე, მაგრამ მნიშვნელოვანმა გაჭიანურებამ შესაძლოა ამ პერიოდში დაბადებული ბავშვების სტატუსზე უარყოფითი გავლენა იქონიოს. კონფლიქტის/არეულობის დამთავრების შემდეგ საჭიროა სტატუსის მოსაწესრიგებლად შესაბამისი ღონისძიებები იქნეს გატარებული[160].

*12. პირველი დამატებითი ოქმის პირველი მუხლი – საკუთრების უფლება*

კერძო საკუთრების დროებითი რეკვიზიცია კონფლიქტისა თუ არეულობის ვითარების საპასუხოდ[161], რამაც შეიძლება მესამე პირთა წინაშე ნაკისრი სახელშეკრულებო ვალდებულებების დარღვევა გამოიწვიოს, ცალსახად შეადგენს საკუთრების კონტროლს ზოგადი ინტერესის საფუძველზე. ასეთ ვითარებაში კომპენსაციის საჭიროება წარმოიშობა მხოლოდ იმ შემთხვევაში, თუ სამართალწარმოება ძალზე გაჭიანურდა და პირისთვის კანონიერი ინტერესები შელახა[162].

არის საქმეები, რომლებიც დაქირავებული საცხოვრებელი სახლის დაბრუნებასთან დაკავშირებული საკანონმდებლო და ადმინისტრაციული სამართალწარმოების გაჭიანურებას შეეხება. ასეთ

[151] იხ. ოსმანი (Osmani) და სხვები ყოფილი იუგოსლავიის რესპუბლიკა მაკედონიის წინააღმდეგ (განჩინება), 50841/99, 11 ოქტომბერი, 2001.

[152] განაცხადი 8440/78, ქრისტიანები რასიზმისა და ფაშიზმის წინააღმდეგ გაერთიანებული სამეფოს წინააღმდეგ, 21 DR 138 (1980).

[153] როგორც ეს მოხდა საქმეზე სისე (Cissé) საფრანგეთის წინააღმდეგ, 51346/99, 9 აპრილი, 2002.

[154] კეთილდღეობის პარტია (Refah Partisi) და სხვები თურქეთის წინააღმდეგ, 41340/98, 41342/98, 41343/98 და 41344/98, 13 თებერვალი, 2003. [GC]

[155] გაერთიანების წინააღმდეგ მიღებული ღონისძიება შეიძლება პრევენციული იყოს ისე, რომ ანტიდემოკრატიული მიზნების ფაქტობრივი განხორციელება არ მოითხოვებოდეს; კეთილდღეობის პარტია (Refah Partisi) და სხვები თურქეთის წინააღმდეგ, 41340/98, 41342/98, 41343/98 და 41344/98, 13 თებერვალი, 2003 [GC].

[156] ფაქტის მაგივრად ვარაუდზე დაყრდნობამ მე-11 მუხლის დარღვევა შეადგინა შემდეგ საქმეებზე: გაერთიანებული კომუნისტური პარტია და სხვები თურქეთის წინააღმდეგ, 19392/92, 30 იანვარი, 1998 [GC] და სოციალისტური პარტია და სხვები თურქეთის წინააღმდეგ, 21237/93, 25 მაისი 1998 [GC].

[157] შდრ. განაცხადი 11603/85, საჯარო სამსახურის კავშირის საბჭო და სხვები გაერთიანებული სამეფოს წინააღმდეგ, 50 DR 228 (1987).

[158] იხ. რეკვენი (Rekvényi) უნგრეთის წინააღმდეგ, 25390/94, 20 მაისი, 1999 [GC] პოლიტიკურ საქმიანობასთან დაკავშირებით.

[159] სიდიროპულოსი (Sidiropoulos) და სხვები საბერძნეთის წინააღმდეგ, 26695/95, 10 ივლისი, 1998.

[160] იხ. the Court's concern in F შვეიცარიის წინააღმდეგ, 11329/85, 18 დეკემბერი, 1987 about the effect of unreasonable restrictions on remarriage. Such action may also be needed to secure inheritance rights that could be protected under Article 8.

[161] ასევე საერთაშორისო ემბარგოსა და სხვა ვალდებულებების განხორციელება; იხ. Islamic Republic of Iran Shipping Line თურქეთის წინააღმდეგ (განჩინება), 40998/98, 10 აპრილი, 2003.

[162] იხ. Stran Greek Refineries და Stratis Andreadis საბერძნეთის წინააღმდეგ, 13427/87, 9 დეკემბერი, 1994, პარა 72.

შემთხვევებში საქმე გვაქვს საცხოვრებელი სახლების კრიზისის თავიდან აცილების კანონიერ ინტერესთან. კონფლიქტისა და არეულობის შემთხვევაში ეს პრობლემები უფრო მძაფრ ხასიათს იღებს. ამ დროს სახელმწიფო შეიძლება მიმართავდეს საკუთრებით სარგებლობის კონტროლის გზას, რათა დროებით უზრუნველყოს, მაგალითად, იძულებით გადაადგილებულ პირთათვის საცხოვრებელი, ცარიელი შენობების დაკავებით ან დაკავებულ შენობებში უსახლკაროდ დარჩენილთა შესახლებით. თუმცა ასეთ შემთხვევაში ხელისუფლებამ უნდა აჩვენოს, რომ კეთილსინდისიერად ეცადა პრობლემის მოგვარებას ალტერნატიული გზებით და რომ ასეთი ღონისძიებებით მოცული ოჯახების ინტერესები არ არის შელახული. როდესაც ალტერნატიული განსახლება ვერ ხერხდება, გადაუდებელი მდგომარეობის დარეგულირების შემდეგ აუცილებელია ქონების მესაკუთრეებს აუნაზღაურდეთ დანაკარგი. სახელმწიფომ უნდა უზრუნველყოს შესატყვისი მექანიზმი, რათა მესაკუთრეებმა შეძლონ თავიანთი საკუთრების დაბრუნება.[163]

კონფლიქტისა და არეულობის კონტექსტში შეიძლება წარმოიშვას გარემოებები, როცა გარკვეული ფართობი კონტროლირდება ან გადაკეტილია. ამის შედეგად, აღნიშნულ ტერიტორიაზე არსებული საკუთრების მეპატრონეებს თავიანთ ქონებაზე შეიძლება ხელი აღარ მიუწვდებოდეთ. აღნიშნული პრინციპულად დაიშვება, მაგრამ უნდა დადასტურდეს, რომ მსგავსი შეზღუდვა აუცილებელია შესაბამისი დროის განმავლობაში. ამასთან, შეძლებისდაგვარად, უნდა უზრუნველყოფილ იქნეს პირადი ნივთების შეზღუდული ხელმისაწვდომობა მაინც, როცა ეს შესაძლებელია[164].

ზოგჯერ ქონების განადგურება გარდაუვალია, როცა ამას მოითხოვს სამხედრო და სამართალდამცავი უწყებების მოქმედებები. მაგრამ ზოგჯერ ამ უკანასკნელს მაროდიორობა ახლავს თან. პირველი, ცხადია, შეიძლება გამართლდეს, თუ დადასტურდება, რომ მოქმედებები აუცილებელი იყო და შემდგომ კომპენსაცია გადახდილი იქნა[165]. რაც შეეხება მაროდიორობას, სახელმწიფომ არ უნდა დაუშვას აღნიშნული მოქმედებები, არ უნდა შეუწყოს მათ ხელი და პასიური მიმნებებლობით არ დაუშვას ზარალის დადგომა, ვინაიდან, წინააღმდეგ შემთხვევაში, თავად აგებს პასუხს დანაკარგზე.[166]

როცა დროებით ჩამორთმეული საკუთრება გამოიყენება ან არის ეჭვი მისი გამოყენების თაობაზე, ეს შეიძლება გამართლდეს კონფლიქტის კონტექსტში,[167] მაგრამ სამუდამო ჩამორთმევა დაუშვებელია, თუ არ დამტკიცდა სისხლის სამართლის საქმეზე, რომ ქონება დანაშაულის ჩადენის საგანი იყო[168] ან რომ ეს ქონება არ შეიძლება ყოფილიყო სამოქალაქო ბრუნვაში[169].

*13. პირველი ოქმის მე-2 მუხლი – უფლება განათლებაზე*

სასამართლომ დაადგინა, რომ სწავლების უზრუნველყოფის გაჭიანურებამ მე-2 მუხლთან შესაბამისობის პრობლემა შეიძლება წარმოშვას. თუმცა მან ასევე დაადგინა, რომ გაჭიანურება შეიძლება გამართლდეს დაზარალებული ბავშვის პირადული გარემოებების გამო[170]. ასეთი დასკვნა იქნა გამოტანილი პირადი ტრავმის კონტექსტში. იგივე გამართლება შეიძლება ჰქონდეს გაჭიანურებას კონფლიქტის ან არეულობის ვითარებაში. ეს განსაკუთრებით ეხება იმ შემთხვევებს, როცა სკოლაში დასწრებამ შეიძლება ბავშვებს საფრთხე შეუქმნას და, ამდენად, კონვენციის მე-2 მუხლიდან გამომდინარე, პოზიტიურ ვალდებულებებს უპირატესობა ენიჭება[171].

როცა არ არსებობს უშუალო საფრთხე, დაუშვებელია დაყოვნება და ალტერნატიული ღონისძიებები სასწრაფოდ უნდა იქნეს გატარებული[172]. როცა სასწავლო პროცესი დიდი ხნის განმავლობაშია მოშლილი, განათლების უზრუნველყოფის ვალდებულება გულისხმობდა გაცდენილი სწავლების ანაზღაურებას.

სახელმწიფომ შეიძლება განმუხტოს სხვადასხვა ჯგუფებს შორის დაძაბულობა საგანმანათლე-

[163] იხ. გილოუ (Gillow) გაერთიანებული სამეფოს წინააღმდეგ, 9063/80, 24 ნოემბერი, 1986, სპადეა (Spadea) და სკალაბრინო (Scalabrino) იტალიის წინააღმდეგ, 12868/87, 28 სექტემბერი, 1995, ჰმობილიარე შაფფი იტალიის წინააღმდეგ, 22774/93, 28 ივლისი, 1999 [GC] და ედოარდო პალუმბო (Edoardo Palumbo) იტალიის წინააღმდეგ, 15919/89, 30 ნოემბერი 2000.

[164] იხ. ლუაზიდუ (Loizidou) თურქეთის წინააღმდეგ, 15318/89, 18 დეკემბერი, 1996 [ჩჩ] და კვიპროსი თურქეთის წინააღმდეგ, 25781/94, 10 მაისი, 2001 [GC].

[165] პირველი არ დადგინდა საქმეებზე: აკდივარი (Akdivar) და სხვები თურქეთის წინააღმდეგ, 21893/93, 16 სექტემბერი, 1996 [GC], სელჩუკი (Selçuk) და ასკერი (Asker) თურქეთის წინააღმდეგ, 23184/94 და 23185/94, 24 აპრილი, 1998, ბილგინი (Bilgin) თურქეთის წინააღმდეგ, 23819/94, 16 ნოემბერი, 2000, იოილერი (Yöyler) თურქეთის წინააღმდეგ, 26973/95, 24 ივლისი, 2003 და ისაიევა (Isayeva), იუსუპოვა (Yusupova) და ბაზაიევა (Bazayeva) რუსეთის წინააღმდეგ, 57947/00, 57948/00 და 57949/00, 24 თებერვალი, 2005.

[166] იხ. რაიმონდო (Raimondo) იტალიის წინააღმდეგ, 12954/87, 22 თებერვალი, 1994 და კვიპროსი თურქეთის წინააღმდეგ, 25781/94, 10 მაისი, 2001 [GC].

[167] როგორც საქმეზე რაიმონდო (Raimondo) იტალიის წინააღმდეგ.

[168] ფილიპსი (Phillips) გაერთიანებული სამეფოს წინააღმდეგ, 41087/98, 5 ივლისი, 2001.

[169] როგორც საქმეზე AGOSI გაერთიანებული სამეფოს წინააღმდეგ, 9118/80, 24 ოქტომბერი, 1986.

[170] სკოზარი (Scozzari) და გიუნტა (Giunta) იტალიის წინააღმდეგ, 39221/98 და 41963/98, 13 ივლისი, 2000 [GC].

[171] იხ. ზემოთ.

[172] იხ. პირველი ოქმის მე-2 მუხლის დარღვევა საქმეზე კვიპროსი თურქეთის წინააღმდეგ, 25781/94, 10 მაისი, 2001 [GC]. არაერთი ღონისძიება არ გატარებულა განათლების უზრუნველსაყოფად ჩრდილოეთ კვიპროსში უმცირესობაში მყოფი ბერძენი კვიპროსელების ენობრივი ტრადიციების შესაბამისად. ჩრდილოეთ კვიპროსში განათლების სფეროს აკონტროლებდა ჩრდილოეთ კვიპროსის თურქული რესპუბლიკის ხელისუფლება.

ბლო პროგრამების მეშვეობით. ასეთი ღონისძიება შეადგენს ეკონომიკური, სოციალური და კულტურული უფლებების შესახებ საერთაშორისო პაქტის მე-13 მუხლიდან და რასობრივი დისკრიმინაციის ყველა ფორმის აღმოფხვრის შესახებ საერთაშორისო კონვენციის მე-7 მუხლიდან გამომდინარე ვალდებულების ერთ-ერთ ასპექტს. აუცილებელია, რომ აღნიშნული ღონისძიებები არ ისახავდეს მიზნად ბავშვების ინდოქტრინაციას მათი მშობლების რელიგიური და ფილოსოფიური შეხედულებების საწინააღმდეგოდ[173].

*14. პირველი ოქმის მე-3 მუხლი – უფლება თავისუფალ არჩევნებზე*

ეთნიკური, ეროვნული, ენობრივი თუ რელიგიური ნიშნით განსხვავებულ სხვადასხვა ჯგუფებს შორის არსებული უთანხმოების გამო, სასამართლო ამართლებს საკანონმდებლო ორგანოს წარმომადგენლობით სტრუქტურას. პარლამენტში სხვადასხვა ჯგუფების მონაწილეობამ შეიძლება მათ შორის არსებული დაძაბულობა განმუხტოს[174]. იგივე შეიძლება ითქვას კონფლიქტების და არეულობის გამომწვევი დაძაბულობის განმუხტვაზეც.

აქტიური ანტიდემოკრატიული საქმიანობა შესაძლოა საკანონმდებლო ორგანოს გარკვეულ წევრთათვის თანამდებობაზე ყოფნის ან სხვა სახის პოლიტიკური საქმიანობის უფლების ჩამორთმევის საფუძველი გახდეს[175]. მსგავსი ღონისძიება შეიძლება გატარდეს პარლამენტის ნებისმიერი წევრის ან დეპუტატის მანდატის მსურველის მიმართ, თუ ისინი მოუწოდებენ ხალხს ძალადობისკენ ან მხარს უჭერენ საკუთარი ქვეყნის წინააღმდეგ ძალის გამოყენებას გაერთიანებული ერების ქარტიის მოთხოვნების საწინააღმდეგოდ.

ასეთი აკრძალვა შეიძლება მხოლოდ პირის კონკრეტულ ქმედებას ეფუძნებოდეს[176]. იგი მხოლოდ შეზღუდული ხანგრძლივობის უნდა იყოს[177]. ასეთ სანქციას განმსაზღვრელი შედეგი უნდა ჰქონდეს მხოლოდ მაშინ, როცა შესაბამისი ქმედების ჩადენა სასამართლო განხილვის შედეგად დადასტურდა, მაგრამ სავარაუდოდ უფლებამოსილების შეჩერება სასამართლოს გადაწყვეტილების გამოტანამდე დაიშვება, განსაკუთრებით მაშინ, როცა კონფლიქტი თუ არეულობა აფერხებს საქმის განხილვას. კონფლიქტმა ან არეულობამ შეიძლება გაამართლოს არჩევნების დაგვიანება, განსაკუთრებით მაშინ, როცა, სავარაუდოდ, არსებული გარემოებები ხელს შეუშლის ამომრჩეველთა ნების თავისუფალ გამოხატვას.

*15. მე-4 ოქმის პირველი მუხლი – ვალაუვალობის გამო თავისუფლების აღკვეთის აკრძალვა*

მოცემულ დებულებასთან დაკავშირებით პრეცედენტული სამართალი არ არსებობს, მაგრამ ვერ დგინდება ის მიზეზები, რის გამოც კონფლიქტისა თუ არეულობის ვითარებას შეიძლება ხელი შეეშალა მე-4 ოქმის პირველი მუხლით გათვალისწინებული უფლების რეალიზებისთვის.

*16. მე-4 ოქმის მე-2 მუხლი – გადაადგილების თავისუფლება*

გადაადგილების თავისუფლებასა და მე-2 მუხლის მე-3 პუნქტით გათვალისწინებული საცხოვრებელი ადგილის არჩევის თავისუფლებაში ჩარევის ფარგლები აუცილებლად მოიცავს შეიარაღებული კონფლიქტისა და შინაარეულობის შემთხვევებს. პრეცედენტული სამართალი აქამდე შეეხებოდა მხოლოდ კონკრეტული პირების მიმართ დაკისრებულ აკრძალვებს საცხოვრებელი ადგილის დატოვებასთან დაკავშირებით[178], შეცვლილი საცხოვრებელი ადგილის რეგისტრირების თაობაზე[179], კონკრეტულ ტერიტორიაზე შესვლასთან[180] და საზღვარგარეთ გამგზავრებასთან[181] დაკავშირებით. მსგავსი შეზღუდვები გამართლდა, როდესაც ნაჩვენები იქნა დასაბუთებული საფრთხე, რომ პირი მომავალში ჩაიდენდა სამართალდარღვევას ან საჭირო იყო მისი ქვეყნის შიგნით დატოვება. როდესაც არ არსებობს შეზღუდვის იურიდიული საფუძველი ან როცა ისინი იმაზე მეტად გრძელდება, ვიდრე საჭიროა, კონვენციის მოთხოვნები ირღვევა. აგრეთვე შეზღუდვები უნდა იყოს დასა-

[173] იხ. კელდსენი (Kjeldsen), ბუსკ მადსენი (Busk Madsen) და პედერსენი (Pedersen) დანიის წინააღმდეგ, 5095/71, 5920/72 და 5926/72, 7 დეკემბერი, 1976 და ეფსტრატიუ (Efstratiou) საბერძნეთის წინააღმდეგ, 24095/94, 18 დეკემბერი, 1996.

[174] მათიუ მოჰინი (Mathieu-Mohin) და კლერფაიტი (Clerfayt) ბელგიის წინააღმდეგ, 9267/81, 2 მარტი, 1987.

[175] კეთილდღეობის პარტია (Refah Partisi) და სხვები თურქეთის წინააღმდეგ, 41340/98, 41342/98, 41343/98 და 41344/98,13 თებერვალი, 2003 [GC]; განიხილა რა საქმე მე-11 მუხლით, სასამართლომ საჭიროდ არ მიიჩნია ემსჯელა პირველი ოქმის მე-3 მუხლზე.

[176] იხ. პირველი ოქმის მე-3 მუხლის დარღვევა საქმეზე სელიმ სადაკი (Selim Sadak) და სხვები თურქეთის წინააღმდეგ, 25144/94, 26149/95-26154/95, 27100/95 და 27101/95, 11 ივნისი, 2002. პარტიის დაშლის მიზეზი არ იყო იმ პირთა ქცევა, რომლებმაც პარტიის დაშლით საპარლამენტო მანდატი დაკარგეს.

[177] ხუთი წლის პერიოდი არ გაპროტესტდა საქმეზე კეთილდღეობის პარტია (Refah Partisi ) თურქეთის წინააღმდეგ, მაგრამ ზუსტი ვადა სადავო ქმედების ხასიათს უნდა უკავშირდებოდეს.

[178] რაიმონდო (Raimondo) იტალიის წინააღმდეგ, 12954/87, 22 თებერვალი, 1994, დენიცი (Denizci) და სხვები კვიპროსის წინააღმდეგ, 25316-25321/94 და 27207/95, 23 მაისი, 2001, ბოტარო (Bottaro) იტალიის წინააღმდეგ, 56298/00, 17 ივლისი, 2003 და ლუორდო (Luordo) იტალიის წინააღმდეგ, 32190/96, 17 ივლისი, 2003.

[179] ბოლატი (Bolat) რუსეთის წინააღმდეგ, 14139/03, 5 ოქტომბერი, 2006.

[180] ლანდფროგდი (Landvreugd) ნიდერლანდების წინააღმდეგ, 37331/97, 4 ივნისი, 2002, ოლივიეირა (Olivieira) ნიდერლანდების წინააღმდეგ, 33129/96, 4 ივნისი, 2002 და გუნერი (Guneri) თურქეთის წინააღმდეგ, 42853/98, 43609/98 და 44291/98, 12 ივლისი, 2005.

[181] ბაუმანი (Baumann) საფრანგეთის წინააღმდეგ, 33592/96, 22 მაისი, 2001.

ბუთებული[182]. ამას გარდა, არსებითი მნიშვნელობა აქვს იმას, რომ ჩარევა არ იყოს არათანაბარზომიერი, განსაკუთრებით იმ გავლენის თვალსაზრისით, რომელიც მსგავს შეზღუდვებს აქვს პირის შესაძლებლობაზე, იცხოვროს და იმუშაოს[183].

ცხადია, უფრო განზოგადებული შეზღუდვები, როგორიცაა კომენდანტის საათი და ამა თუ იმ ტერიტორიაზე შესვლის თუ საზღვარგარეთ გასვლის აკრძალვა, შესაძლოა გამართლდეს კონფლიქტისა თუ არეულობის გამწვავების თავიდან აცილებისა და შესაბამის პირთა კეთილდღეობის დაცვის დასაბუთებით. და მაინც, მოითხოვება შესაბამისი მტკიცებულებები, რომლებიც დაადასტურებდა მსგავსი ჩარევის აუცილებლობას. ამასთან დაუშვებელია, შეზღუდვებმა ხელი შეუშალოს სიცოცხლისათვის საჭირო საგნების/მომსახურების ხელმისაწვდომობას ან არაჯეროვნად დააბრკოლოს ოჯახების გაერთიანება. არსებითი მნიშვნელობა აქვს შეზღუდვების აღნიშნულ შედეგებზე გამუდმებულ მონიტორინგს.

*17. მე-4 ოქმის მე-3 მუხლი – მოქალაქეთა გაძევების აკრძალვა*

ევროპული კონვენციის ტექსტში მოქალაქეთა გაძევების აკრძალვას არ აქვს მაკვალიფიცირებელი შეზღუდვა, თუმცა ეს ხელს არ უშლის დასკვნის გაკეთებას, რომ აღნიშნულ აკრძალვას აბსოლუტური ხასიათი არ აქვს. ამასთან, მოქალაქეთა გაძევების აკრძალვიდან შეიძლება გადახვევა. მართალია, ვერ დგინდება ის მიზეზები, რის გამოც კონფლიქტისა თუ არეულობის ვითარებას შეიძლება ხელი შეეშალა მე-4 ოქმის მე-3 მუხლით გათვალისწინებული აკრძალვის შესრულებისთვის (გასათვალისწინებელია, რომ ამას შეიძლება კონვენციის მე-2 და მე-3 მუხლების დარღვევის რისკიც ახლდეს), ზემოთ მოყვანილი მსჯელობა შეიძლება გამოდგეს მოცემულ კონტექსტშიც.

*18. მე-4 ოქმის მე-4 მუხლი და მე-7 ოქმის პირველი მუხლი – უცხოელთა კოლექტიური გაძევების აკრძალვა და უცხოელთა გაძევებასთან დაკავშირებული საპროცესო გარანტიები*

დასკვნა, რომ კოლექტიურ გაძევებას ადგილი ჰქონდა, შეიძლება მხოლოდ მაშინ იქნეს აცილებული, როცა აშკარაა, რომ გადაწყვეტილება თითოეული საქმის კონკრეტული გარემოებების გონივრულ და ობიექტურ გამოკვლევას ემყარებოდა.

ზემოაღნიშნული მსჯელობის მნიშვნელობის ხაზგასასმელად სასამართლომ გამოთქვა მზადყოფნა, უარყოფითი დასკვნები გაეკეთბინა პოლიტიკური კონტექსტიდან, დაშტამპული დასაბუთებიდან და იურიდიული კონსულტაციის არარსებობიდან[184]. უცხოელთა მიმართ მტრული დამოკიდებულება შეიძლება დასრულდეს კონფლიქტით ან იყოს არეულობის მიზეზი, მაგრამ ეს არ შეიძლება ამართლებდეს უცხოელთა მიმართ მსგავსი კოლექტიური ღონისძიებების გატარებას. საჯარო წესრიგისა და ეროვნული უშიშროების მოსაზრებებით შესაძლებელია ნაკლებად დრაკონული ღონისძიებები, მაგალითად, ქვეყნის შიგნით გადადგილების შეზღუდვა გამართლდეს.

შესაძლებელია საჯარო წესრიგისა და ეროვნული უშიშროების ინტერესები საფუძვლად დაედოს მე-7 ოქმის პირველი მუხლის საპროცესო გარანტიების ამოქმედების დაყოვნებას გაძევების შემდგომ მომენტამდე. მაგრამ დაუშვებელია, დავასკვნათ, რომ ამან შეიძლება უარყოფითი გავლენა მოახდინოს ინდივიდუალური გარემოებების შეფასებაზე თავდაპირველი გადაწყვეტილების მიღების პროცესში. თუმცა აღნიშნული შესაძლებელია კონფლიქტისა თუ არეულობის კონტექსტში. ყველა შემთხვევაში უნდა არსებობდეს გაძევების იურიდიული საფუძველი[185].

*19. მე-7 ოქმი, მე-2 მუხლი, გასაჩივრების უფლება სისხლის სამართლის საქმეებზე*

კონფლიქტისა და არეულობის დროს ჩადენილი ზოგიერთი დანაშაულის ბუნების გამო, პირი გასამართლდება უზენაესი სასამართლოს პირველი ინსტანციით. ასეთ შემთხვევაში, არ არსებობს ვალდებულება, რომ განაჩენი გასაჩივრდეს ზემდგომ ინსტანციაში. სხვაგვარად, არ არსებობს სხვა რაიმე მიზეზი, რის გამოც კონფლიქტისა თუ არეულობის ვითარება უარყოფით გავლენას ახდენდეს ხსენებული გარანტიის შესრულებაზე. მართლაც, ეს გარანტია განსაკუთრებით მნიშვნელოვანია, როცა პირს ასამართლებენ ***in absentia***[186].

*20. მე-7 ოქმის მე-3, მე-4 და მე-5 მუხლები – კომპენსაცია მცდარი მსჯავრდებისთვის, პირის უფლება, არ იქნეს გასამართლებული ან დასჯილი ორჯერ და მეუღლეთა შორის თანასწორობა*

არ არსებობს შესატყვისი გადაწყვეტილებები აღნიშნულ მუხლებზე, მაგრამ რთულია მიზეზის

[182] გუნერი (Guneri) თურქეთის წინააღმდეგ, 42853/98, 43609/98 და 44291/98, 12 ივლისი, 2005.

[183] პენსიისა და ფოსტის მიღება განსაკუთრებით მნიშვნელოვანი იყო ლანდფროგდის საქმეზე.

[184] კონკა (Conka) ბელგიის წინააღმდეგ, 51564/99, 5 თებერვალი, 2002.

[185] ბოლატი (Bolat) რუსეთის წინააღმდეგ, 14139/03, 5 ოქტომბერი, 2006.

[186] იხ. კრომბახი (Krombach) საფრანგეთის წინააღმდეგ, 29731/96, 13 თებერვალი, 2001 და Papon საფრანგეთის წინააღმდეგ, 54210/00, 25 ივლისი, 2002.

დასახელებაც, რის გამოც კონფლიქტისა და არეულობის ვითარება უარყოფით ზეგავლენას მოახდენდა ამ მუხლებით გარანტირებული უფლებების შესრულებაზე.

### გ) დასკვნა

სასამართლოს პრეცედენტული სამართალი, რომელიც უშუალოდ შეეხება კონფლიქტების და არეულობის პერიოდში ადამიანის უფლებათა რეალიზებას, რიცხობრივად დიდი არ არის. თუმცა იგი საკმარისზე მეტია არსებითი მნიშვნელობის მქონე სტანდარტების და პრაქტიკის დემონსტრირებისთვის, რომლებიც დაცული უნდა იქნეს მსგავს რთულ ვითარებაში. პრეცედენტული სამართლიდან გამომდინარე ქვემოთ ჩამოთვლილი პუნქტები განსაკუთრებით მნიშვნელოვანია კონფლიქტისა და არეულობის ვითარებაში საჭირო მიდგომის შემუშავებისთვის:

ა) ადამიანის უფლებები უნდა იყოს როგორც ქმედების მიზანი, ისე ამ ქმედების საფუძველი;

ბ) ქმედებას უნდა ჰქონდეს მკაფიო იურიდიული საფუძველი და იგი უნდა დადგინდეს კონფლიქტისა თუ არეულობის ვითარების შექმნამდე რაც შეიძლება ადრე;

გ) კონფლიქტისა და არეულობის ვითარებაში ყველას, ვისი ვალდებულებებიც შეიძლება ადამიანის უფლებებისთვის საზიანო იყოს, უნდა ჩაუტარდეთ შესატყვისი ტრენინგი;

დ) საჭიროა, რომ თითოეულ ქმედებაზე ყოველთვის ხელმისაწვდომი იყოს დამოუკიდებელი, მიუკერძოებელი სასამართლო კონტროლი და სხვა შესატყვისი სამართლებრივი დაცვის საშუალებები უფლებამოსილების გადაჭარბების საფრთხის შესამცირებლად. განსაკუთრებული აქცენტი უნდა გაკეთდეს იმ უფლებების სავარაუდო დარღვევების სრულყოფილ და ქმედით გამოძიებაზე, რომლებისგანაც გადახვევა დაუშვებელია და შესაბამის პირთა პასუხისგებაში მიცემაზე;

ე) შესაბამისი ზომები უნდა იქნეს მიღებული სიცოცხლის ხელყოფის თავიდან ასარიდებლად, როგორც ძალის გამოყენების, ისე სამოქალაქო პირების დაცვის კონტექსტში;

ვ) წამების, არაადამიანური მოპყრობისა და ღირსების დამამცირებელი მოპყრობის აკრძალვა უნდა შესრულდეს როგორც კონფლიქტისა და არეულობის ვითარებაში გატარებული ღონისძიების დროს, ისე თავისუფლების აღკვეთის ადგილებში;

ზ) დაუშვებელია ხელისუფლების თვითნებობის თვალსაზრისით, მოწყვლად პირთა დაცვის ვალდებულების უგულებელყოფა;

თ) დაუშვებელია პირთა იძულება, მონაწილეობა მიიღონ კონფლიქტისა თუ არეულობის შედეგების აღმოფხვრაში, გაუთანაბრდეს ყმობას;

ი) თავისუფლების აღკვეთა შეიძლება მხოლოდ ამომწურავად ჩამოთვლილ შემთხვევებში; წინასწარი პატიმრობა გადაუდებელ შემთხვევაში უნდა იყოს სათანადოდ დასაბუთებული და არ უნდა გრძელდებოდეს იმაზე მეტხანს, ვიდრე ეს აუცილებელია; ყველა დაკავებული და დაპატიმრებული პირი სათანადოდ უნდა იყოს აღრიცხული და მათ უნდა მიუწვდებოდეთ ხელი დამოუკიდებელ იურიდიულ კონსულტაციაზე;

კ) ყველა სასამართლო პროცესი უნდა ჩატარდეს სამართლიანად და თავიდან უნდა იქნეს აცილებული გაჭიანურება, ხოლო თუ ეს ვერ ხერხდება, უნდა გამოირიცხოს დაყოვნების პრეიუდიციალური შედეგები;

ლ) თვალთვალსა და მოსმენებს უნდა ჰქონდეს ობიექტური საფუძველი და მოპოვებული ინფორმაცია არ უნდა იქნეს გამოყენებული ან გამჟღავნებული სხვა მიზნებისთვის;

მ) დაუშვებელია, რომ საცხოვრებელი სახლები აუცილებლობის გარეშე განადგურდეს; როცა საჭიროების შემთხვევაში შესაბამისი ღონისძიებები უნდა გატარდეს დაზარალებულთა ხელახლა განსასახლებლად;

ნ) რელიგიური ღვთისმსახურება უნდა განხორციელდეს მინიმალური დაბრკოლების პირობებში;

ო) მძაფრად ფორმულირებული კრიტიკა არ უნდა იქნეს აღრეული წაქეზებაში;

პ) არაპოპულარული დემონსტრანტები დაცულ უნდა იქნენ ყველა შესაძლო გზით და გაერთიანების წინააღმდეგ მიმართული ნებისმიერი ქმედება სათანადოდ იყოს დასაბუთებული;

ჟ) ქონებით სარგებლობის, დაზიანების და განადგურების შედეგად პირს უნდა მიეცეს შესაბამისი კომპენსაცია და ნებისმიერი ქონება, რომელიც დაკავებულია საჯარო ინტერესებიდან გამომდინარე, უნდა დაუბრუნდეს თავის მესაკუთრეს შეძლებისდაგვარად მალე;

რ) საგანმანათლებლო პროცესისა და არჩევნების ჩამშლელი ქმედებები მინიმუმამდე უნდა იყოს დაყვანილი;

ს) დაუშვებელია გადაადგილების თავისუფლებაზე გადამეტებული შეზღუდვების დაკისრება და უცხოელთა კოლექტიური გაძევება პირდაპირ თუ ევენტუალურად.

## III. პასუხისმგებლობა კონფლიქტის ზონებში

### ა) შესავალი

იქიდან გამომდინარე, რომ კონვენციის დებულებები შემხებლობას ინარჩუნებს კონფლიქტის ზონებში დომინირებულ ვითარებებში, მათი მოთხოვნების შესაძლო დაუცველობის გამო, პასუხისმგებლობის საკითხი გარდაუვლად წარმოიშობა. აღნიშნული საკითხი ასე მარტივიც არაა. სირთულე დაკავშირებულია კონფლიქტის კერების მდებარეობასთან და იმ სხვადასხვა მოქმედ პირებთან, რომლებიც შეიძლება ჩართული იყვნენ მოვლენათა განვითარებაში.

როცა ვიხილავთ კონვენციის მოთხოვნების შესრულების საჭიროებას, შესაძლებელია ქმედებას ადგილი ჰქონდეს ორი სახის ტერიტორიაზე: ტერიტორია, რომელიც შეადგენს ერთი ან რამდენიმე წევრი სახელმწიფოს ნაწილს და ტერიტორია, რომელიც არ ეკუთვნის არც ერთ მაღალ ხელშემკვრელ მხარეს.

აგრეთვე ქმედება, პირველ შემთხვევაში შეიძლება მოიცავდეს ა) არასახელმწიფო აგენტების მოქმედებებსა და უმოქმედობებს; ბ) მოქმედებებსა და უმოქმედობებს, ჩადენილს წევრი სახელმწიფოს მიერ, რომლის ტერიტორიაზეც ეს მოვლენები ვითარდება („ტერიტორიული მაღალი ხელშემკვრელი მხარე“); გ) მოქმედებებსა და უმოქმედობებს, ჩადენილს მეორე წევრი სახელმწიფოს მიერ („არატერიტორიული მაღალი ხელშემკვრელი მხარე“); დ) მოქმედებებსა და უმოქმედობებს, ჩადენილს არაწევრი სახელმწიფოს მიერ; ე) მოქმედებებსა და უმოქმედობებს, ჩადენილს საეთაშორისო ორგანიზაციის მიერ მაღალი ხელშემკვრელი მხარის მეშვეობით; ვ) მოქმედებებსა და უმოქმედობებს, ჩადენილს საერთაშორისო ორგანიზაციის მიერ, სახელმწიფოს მეშვეობით, რომელიც არ არის კონვენციის მონაწილე[187].

როცა კონფლიქტის ზონა ძევს არა ხელშემკვრელი სახელმწიფოს ტერიტორიაზე, ქმედება, რომელიც იწვევს პასუხისმგებლობას, შეიძლება მოიცავდეს ყველა ქმედებასა და უმოქმედობას, რომლებიც ზემოთ იქნა ჩამოთვლილი, გარდა იმ ქმედებებისა, გასაგები მიზეზების გამო, რომლებიც ჩადენილი იქნა ტერიტორიული მაღალი ხელშემკვრელი მხარის მიერ.

სასამართლომ შეიმუშავა ძირითადი პრინციპები, რომლებიც მოცემულ შემთხვევებში ნათელს ფენს კონფლიქტის ზონებში სახელმწიფოთა პასუხისმგებლობის საკითხს. თავდაპირველად გაანიხილება აღნიშნული პრინციპები. შემდგომში სტატიაში განხილულია ის მოსაზრებები, რომლებიც უკავშირდება პრინციპების მოქმედებას ზემოთ ჩამოთვლილ სცენარებში. დაუშვებელია პასუხისმგებლობის დაკისრება სახელმწიფოზე, რომელიც არ არის კონვენციის მონაწილე[188], მიუხედავად იმისა, იგი მოქმედებს საკუთარი თუ საერთაშორისო ორგანიზაციის სახელით. ასეთი სახელმწიფოების საკითხი მაინც განხილულია ქვემოთ მოყვანილ მსჯელობაში, ვინაიდან მათ მოქმედებებსა და უმოქმედობებს მნიშვნელობა აქვს კონვენციის წევრი სახელმწიფოების პასუხისმგებლობისთვის.

### ბ) პასუხისმგებლობის ძირითადი პრინციპები

ყველა შემთხვევაში, უმნიშვნელოვანესი შეკითხვა, რომელსაც პასუხი უნდა გაეცეს, არის ის, ქმედება, მიუხედავად იმისა, ჩადენილია ტერიტორიის შიგნით თუ გარეთ, არა მხოლოდ შეერაცხება წევრ სახელმწიფოს, თუ აგრეთვე შედის მის იურისდიქციაშიც კონვენციის პირველი მუხლის მნიშვნელობით, ვინაიდან მხოლოდ ეს იქნებოდა საფუძველი იმისთვის, რომ მოცემულ სახელმწიფოს პასუხისმგებლობა დაკისრებოდა. უარყოფითი პასუხი, ცხადია, არ შეუშლიდა ხელს სახელმწიფოს პასუხისმგებლობის საკითხის გადაწყვეტას სხვა საერთაშორისო ვალდებულების საფუძველზე[189].

კონვენციის დარღვევისთვის პასუხისმგებლობის განსაზღვრისთვის ადგილმდებარეობას განსაკუთრებით მნიშვნელობა ენიჭება, ვინაიდან თავიდანვე ივარაუდება, რომ პირველი მუხლის მნიშვნელობით, იურისდიქცია უპირატესად არსებობს იმ მოვლენებთან დაკავშირებით, რომლებიც მის ტერიტორიაზე ხდება[190].

იმის მიუხედავად, რომ სასამართლო განსაკუთრებულ აქცენტს აკეთებს კონვენციის რეგიონულ ხასიათზე, იურისდიქცია ასევე შეიძლება არსებობდეს, როცა მოვლენები ვითარდება წევრი სახელმწიფოს ტერიტორიის ფარგლებს გარეთ და ზოგჯერ ევროპის გარეთაც. აღნიშნულ ყველა სახის მოვლენასთან დაკავშირებით არ არის აღიარებული, თუნდაც არსებობდეს თვალსაჩინო კავშირი კონვენციით გარანტირებული უფლების დარღვევასა და წევრი სახელმწიფოს ქმედებას შორის.

---

[187] გ) – ვ) კატეგორიები ახასიათებს მხოლოდ ერთ სახელმწიფოს თითოეულ შემთხვევაში, მაგრამ, როგორც წესი, კონფლიქტები მოიცავს რამდენიმე სახელმწიფოს.

[188] განაცხადი 262/57, x ჩეხოსლოვაკიის წინააღმდეგ, I Yb 170 (1955-1957).

[189] მაგ., სამოქალაქო და პოლიტიკური უფლებების შესახებ საერთაშორისო პაქტი.

[190] ბანკოვიჩი (Banković) და სხვები ბელგიის და სხვების წინააღმდეგ (ganCineba), 52207/99, 12 დეკემბერი 2001 [GC]. გენტილომი (Gentilhomme) და სხვები საფრანგეთის წინააღმდეგ, 48205/99;48207/99;48209/99, 14 მაისი, 2002.

ამრიგად, იგულისხმება, რომ იურისდიქცია არსებობს გარკვეულ არა ტერიტორიულ ფაქტორებთან მიმართებით, როგორებიცაა: საზღვარგარეთ დიპლომატიური და საკონსულო წარმომადგენლობების მიერ განხორციელებული საჯარო ფუნქციები, საზღვარგარეთ ინდივიდების დანაშაულებრივი საქმიანობა, მიმართული სახლმწიფოს ინტერესების ან მოქალაქეთა წინააღმდეგ, სახელმწიფო დროშით მცურავ ხომალდებზე ან შესაბამის სახელმწიფოში დარეგისტრირებულ საჰაერო და კოსმოსურ ხომალდებზე ჩადენილი ქმედებები, განსაკუთრებით, მძიმე საერთაშორისო დანაშაულები (უნივერსალური იურისდიქცია).

აგრეთვე, სასამართლომ აღიარა, რომ სახელმწიფო ტერიტორიის გარდა, ტერიტორიული იურისდიქცია აგრეთვე მოიცავს იმ ფართობს, რომელიც მოცემული დროის მონაკვეთში ოკუპირებულია და, შესაბამისად, წევრი სახელმწიფოს „სრული კონტროლის“ ქვეშ იმყოფება[191] იმ ტერიტორიის გამოკლებით, რომელიც ასეთი კონტროლის ფარგლებს გარეთაა[192]. სასამართლომ აგრეთვე დაადგინა, რომ ქმედითი კონტროლი პირთა მიმართ წევრი სახელმწიფოს ტერიტორიის ფარგლებს გარეთ ასევე შეიძლება საკმარისი ფაქტორი იყოს კონვენციის მიზნებისთვის იურისდიქციის დასადგენად[193].

როდესაც წევრი სახელმწიფო მოქმედებს საერთაშორისო ორგანიზაციის სახელით, მისი ქმედება, შესაბამისად, შეერაცხება ამ ორგანიზაციას და, ამდენად, პრინციპულად ვეღარ იქნება სასამართლოს მსჯელობის საგანი. თუმცა ამ ქმედების ადგილი და კონტექსტი შეიძლება მნიშვნელოვანი იყოს დასკვნისთვის, რომ წევრი სახელმწიფო მაინც ინარჩუნებს, გარკვეულწილად, პასუხისმგებლობას კონვენციის დარღვევისთვის[194].

### გ) პასუხისმგებლობის პრინციპების მოქმედება კონფლიქტის ზონებში

ალბათ უფრო მოსახერხებელი იქნება, რომ პასუხისმგებლობის პრობლემა განვიხილოთ სხვადასხვა მოქმედ პირებთან მიმართებით, თუმცა გარდაუვალია, რომ მსჯელობა რიგ შემთხვევებში გადაიფარება, ყოველ შემთხვევაში, ზოგიერთ კონფლიქტურ ზონაზე საუბრისას მაინც, ვინაიდან მათი მოქმედება ერთმანეთისგან იზოლირებული არაა.

[191] ლუაზიდუ (Loizidou) თურქეთის წინააღმდეგ (წინასწარი პროტესტი), 15318/89, 23 მარტი, 1995 [GC]

[192] ბანკოვიჩი (Banković) და სხვები ბელგიისა და სხვების წინააღმდეგ (განჩინება), 52207/99, 12 დეკემბერი, 2001 [GC].

[193] ოჯალანი (Öcalan) თურქეთის წინააღმდეგ, 46221/99, 12 მაისი, 2005 [GC].

[194] იხ. გ4 ზემოთ.

*1. არასახელმწიფო მოქმედი პირები*

არასახელმწიფო მოქმედი პირები, იქნებიან ესენი ინდივიდები, ავჯანყებულები, ამბოხებულები, კომბატანტები თუ შეიარაღებული ოპოზიციური ჯგუფები, არ შეიძლება თავად იყვნენ პასუხისმგებელი კონვენციის დარღვევაზე, ვინაიდან პასუხისმგებლობა ყოველთვის წევრ სახელმწიფოზეა. თუმცა ჩამოთვლილ პირთა ქმედებას შეიძლება სხვაგვარი სახის საერთაშორისო პასუხისმგებლობა მოჰყვეს[195]. შესაძლებელია, მათი ქმედება შეერაცხოს წევრ სახელმწიფოს მისი იურისდიქციის ფარგლებში, როცა ქმედებას ადგილი აქვს ამ სახელმწიფოს იურისდიქციის შიგნით და ჩაითვლება, რომ ისინი ნებადართული არიან ხელისუფლების მიერ ან სახელმწიფომ გამოიჩინა მათ მიმართ მიმნებებლობა, როცა არ აღკვეთა აღნიშნული ქმედებები[196]. როგორც ქვემოთ გამოჩნდება, ეს შეუძლებელია, როცა ქმედებას ადგილი აქვს ტერიტორიის იმ ნაწილში (იქნება ეს კონფლიქტის მთლიანი ზონა, თუ მისი ნაწილი), სადაც წევრი სახელმწიფო კონტროლს ვერ ახორციელებს.

მაინც გასარკვევი რჩება იურისდიქციის საკითხი, თუკი დადგინდება, რომ წევრი სახელმწიფო, ისე რომ ფიზიკურად არ იმყოფება ტერიტორიაზე, მაგრამ წარმართავს და მხარს უჭერს არასახელმწიფო მოქმედ პირთა[197] საქმიანობას მეორე წევრი სახელმწიფოს ტერიტორიაზე[198]. ასეთი დასკვნა, ცხადია, ადეკვატურია იმ შემთხვევაში, როცა მეორე წევრი სახელმწიფოს ტერიტორიაზე წარმოებულ საქმიანობაზეა საუბარი. ვინაიდან, წინააღმდეგ შემთხვევაში, საქმე გვექნებოდა კონვენციით გათვალისწინებული უფლებებისა და თავისუფლებების დაცვის სისტემაში ვაკუუმთან. სასამართლომ განამტკიცა აღნიშნული მიდგომა და იურისდიქციაში მოიაზრა არა მხოლოდ მეორე ქვეყნის მხარდამჭერი საქმიანობა სეპარატისტული რეჟიმისადმი, არამედ გამოთქვა მზადყოფნა, რომ იგივე დასკვნა გაეკეთებინა თანხმობისა და მიმნებებლობის შემთხვევაში, როცა სახელმწიფო მხარს უჭერს საერთაშორისო საზოგადოების მიერ არაღიარებული თვითგამოცხადებული ხელისუფლების მოქმედებებს[199].

[195] საერთაშორისო ჰუმანიტარული სამართლის ან საერთაშორისო სისხლის სამართლის საფუძველზე.

[196] იხ. A გაერთიანებული სამეფოს წინააღმდეგ, 25599/94, 23 სექტემბერი, 1998, პაულ და ოდრი ედვარდსი (Audrey Edwards) გაერთიანებული სამეფოს წინააღმდეგ, 46477/99, 14 მარტი, 2002 და ონერილდიზი (Öneryildiz) თურქეთის წინააღმდეგ, 48939/99, 30 ნოემბერი, 2004 [GC].

[197] ამის შემდგომ „შეიარაღებული ოპოზიციური დაჯგუფებები.“

[198] აღნიშნული არ დადასტურდა გაერთიანებული ერების მიერ ნიკარაგუას საქმეზე, მართლმსაჯულების საერთაშორისო სასამართლოს გადაწყვეტილება, 27 ივნისი, 1986.

[199] ილაშკუ (Ilascu) და სხვები მოლდოვასა და რუსეთის წინააღმდეგ, 48787/99, 8 ივლისი, 2004 [GC].

რეგიონული ხედვა, რომელიც სასამართლოს იურისდიქციასთან დაკავშირებით აქვს, მას ხელს უშლის, დაადგინოს კონვენციის დარღვევისთვის პასუხისმგებლობა, როცა წევრი სახელმწიფო მხარს უჭერს ან წარმართავს არაწევრი სახელმწიფოს ტერიტორიაზე წარმოებულ საქმიანობას[200].

*2. ტერიტორიული წევრი სახელმწიფო*

კონვენციის წევრი სახელმწიფო იურისდიქციას ახორციელებს, როცა თავის ტერიტორიაზე ატარებს ან არ ატარებს გარკვეულ ღონისძიებებს, რომლებიც მოითხოვება კონვენციით განსაზღვრულ შემთხვევებში. იურისდიქციის განხორციელება აგრეთვე მოიცავს ტერიტორიის შიგნით პირთა მიერ ძალის გამოყენებაზე ან გარედან თავდასხმისას რეაგირებას. ცხადია, იმისთვის, რომ იმსჯელოს იურისდიქციის არსებობაზე, სასამართლო მხედველობაში იღებს უფლებებსა და თავისუფლებებზე დაწესებულ შეზღუდვებს, მე-15 მუხლით დაშვებული გადახვევის ჩათვლით.

თუმცა, როცა კონფლიქტის შედეგად წევრი სახელმწიფო კარგავს მისი ტერიტორიის ნაწილზე კონტროლს მეორე სახელმწიფოს მხარდაჭერით მოქმედი შეიარაღებული ძალების სასარგებლოდ, იგი არ თავისუფლდება პასუხისმგებლობისაგან კონვენციის დარღვევისთვის. ასეთ შემთხვევებში, წევრი სახელმწიფო ინარჩუნებს თავის ტერიტორიაზე პოზიტიურ ვალდებულებებს[201].

აქედან გამომდინარე, სახელმწიფო უნდა ეცადოს, ყველა სამართლებრივი და იურიდიული საშუალებით, საზღვარგარეთის ქვეყნებისა და საერთაშორისო საზოგადოების ჩარევით, გააგრძელოს კონვენციით განსაზღვრული უფლებებისა და თავისუფლებების გარანტირება მოცემულ ტერიტორიაზე.

ასეთი ღონისძიებები მოცემულ შემთხვევაში უნდა იყოს ადეკვატური და საკმარისი. ისინი მოიცავენ ტერიტორიაზე კონტროლის აღდგენის, თავისი იურისდიქციის გამოვლინების და ტერიტორიაზე მყოფ პირთა უფლებებისა და თავისუფლებების დაცვის ღონისძიებებს.

კონტროლის აღდგენის ვალდებულება გულისხმობს, რომ წევრმა სახელმწიფომ არ უნდა დაუჭიროს მხარი სეპარატისტულ რეჟიმს და იმოქმედოს ყველა არსებული პოლიტიკური, სასამართლო და სხვა საშუალებით, რათა აწარმოოს მოლაპარაკებები თვითგამოცხადებულ რეჟიმთან საერთაშორისო ორგანიზაციების დახმარებით. ზოგ შემთხვევაში ეს შესაძლებლობები შეზღუდულია, თუ სეპარასტულ რეჟიმს მძლავრი სამხედრო პოზიციები უკავია და შეიძლება არსებობდეს რეპრესალიების საფრთხე ამა თუ იმ ღონისძიების საპასუხოდ.

მომხდარის უკანონობა უნდა დადგინდეს შესაბამისი სამართალწარმოების გზით. იმავდროულად, დიპლომატიური ძალისხმევით მოლაპარაკებები უნდა გაგრძელდეს. თანამშრომლობა ისეთ სფეროებში, როგორიცაა საჰაერო გზების კონტროლი, სატელეფონო ხაზები და სპორტი, განიხილება როგორც თანხმობის გაცხადება, მაგრამ მოცემულ შემთხვაში შეიძლება მიჩნეული იქნეს კონტროლის აღდგენის სურვილად.

ინდივიდებთან დაკავშირებით, რომელთა უფლებები და თავისუფლებები ილახება, მიღებული უნდა იქნეს შესატყვისი ღონისძიებები, რათა გაუქმდეს ან ძალადაკარგულად გამოცხადდეს სეპარატისტული ტერიტორიის სასამართლო გადაწყვეტილებები, აღიძრას სისხლის სამართლის საქმე უფლებისდამრღვევთა მიმართ, გაეწიოს სამედიცინო დახმარება და ფინანსური მხარდაჭერა ოჯახის წევრებს, წარმოებული უნდა იქნეს მოლაპარაკებები თავისუფლების აღკვეთაში მყოფი პირების გასათავისუფლებლად უშუალოდ ან შუამავლების მეშვეობით. ყველა შემთხვევაში უნდა არსებობდეს თვალსაჩინო მტკიცებულებები დაბეჯითებული მცდელობის თაობაზე.

სავარაუდოდ, წევრი სახელმწიფო ვალდებულია, უზრუნველყოს, რომ მე-6 მუხლის დარღვევით მიღებული სასამართლოს აქტები არ აღსრულდეს, იქნება ეს კონფლიქტის განმავლობაში თუ შემდგომ. წინააღმდეგ შემთქვევაში, მე-6 მუხლის დარღვევა შეერაცხება მოცემულ სახელმწიფოს. ეს უფრო მკაცრი მოთხოვნაა მესამე სახელმწიფოებთან მიმართებით არსებულ ვალდებულებებთან შედარებით[202], მაგრამ იგი განსხვავდება მართლმსაჯულების სრული იგნორირების ტესტისგან. თუმცა მე-6 მუხლი დარღვეულად არ უნდა იქნეს მიჩნეული მხოლოდ იმ საფუძვლით, რომ აქტების მიმღები სასამართლოები უკანონოა. ეს სასამართლოები მაინც ითვლებიან კანონის საფუძველზე შექმნილად, თუ ისინი აკმაყოფილებენ დამოუკიდებლობისა და მიუკერძოებლობის მოთხოვნებს[203].

მოლდოვას შემთხვევაში, სახელმწიფოს არაფრით არ შეეძლო დნესტრისპირეთში დაპატიმრებული პირების გათავისუფლება და მაინც სა-

[200] ეს, ცხადია, ხელს არ შეუშლიდა პასუხისმგებლობის წარმოშობას ადამიანის უფლებათა გლობალური აქტის ან საერთაშორისო სამართლის საფუძველზე.

[201] ილაშკუ (Ilascu) და სხვები მოლდოვასა და რუსეთის წინააღმდეგ, 48787/99, 8 ივლისი, 2004 [GC].

[202] დროჟდი (Drozd) და იანუშეკი (Janousek) საფრანგეთისა და ესპანეთის წინააღმდეგ, 12747/87, 26 ივნისი, 1992.

[203] იხ. კვიპროსი თურქეთის წინააღმდეგ, 25781/94, 10 მაისი, 2001 [GC].

სამართლომ კონვენციის დარღვევა დაადგინა[204], მიუხედავად იმისა, რომ აღნიშნულში მოლდოვას მონაწილეობა არ მიუღია.

თუ კონტროლს წევრი სახელმწიფო კარგავს მეორე წევრი სახელმწიფოს სასარგებლოდ, ეს უკანასკნელი იქნება უპირატესად პასუხისმგებელი მოცემულ ტერიტორიაზე უფლებებისა და თავისუფლებების დარღვევაზე[205]. თუმცა, თუ კონტროლის მიმღები სახელმწიფო არ არის კონვენციის მაღალი ხელშემკვრელი მხარე, კონვენციით გარანტირებული დაცვა მნიშვნელოვნად შემცირდება, ვინაიდან მოცემული სახელმწიფო არ შეიძლება პასუხს აგებდეს კონვენციის დარღვევაზე, თუმცა წევრი სახელმწიფოს შეზღუდული პასუხისმგებლობა ძალაში რჩება.

შეიძლება უცნაური იყოს, მაგრამ ტერიტორიული წევრი ქვეყნის პასუხისმგებლობა შემოიფარგლება პოზიტიური ვალდებულებების შესრულებით სეპარატისტული რეჟიმების პირობებში, როცა არ არსებობს ჩარევა მეორე წევრი სახელმწიფოს მხრიდან. ეს მიდგომა გამართლებულია იმით, რომ არ გაჩნდეს ვაკუუმი კონვენციით გათვალისწინებული უფლებების და თავისუფლებების დაცვის სისტემაში[206].

სასამართლომ აღნიშნული შემთხვევა განასხვავა სხვა საქმისგან, რომელშიც ადგილობრივი ხელისუფლების მიერ ცენტრალური ხელისუფლების შეუსრულებლობამ (აქ ძალის გამოყენებას არ ჰქონია ადგილი) გამოიწვია კონვენციის დარღვევა, რომელიც შეერაცხა ცენტრალურ ხელისუფლებას[207]. სასამართლოს შეხედულებით, სირთულეები, რასაც წევრი სახელმწიფო აწყდება, კონვენციით გარანტირებული უფლებებისა და თავისუფლებების უზრუნველყოფისას, საკმარის საფუძვლად არ მიიჩნევა სახელმწიფოს პასუხისმგებლობისგან გასათავისუფლებლად, ვინაიდან სახელმწიფოები ვალდებული არიან, თავიანთ დაქვემდებარებულ სტრუქტურებს მოსთხოვონ კონვენციის შესრულება[208]. ცხადია, დიდი მნიშვნელობა აქვს დასკვნას, რომ სახელმწიფო მიჩნეული იქნა პასუხისმგებლად პირის უკანონო პატიმრობაში ყოფნაზე, მიუხედავად იმისა, რომ ადგილობრივი ხელისუფლება ამბობდა უარს პირის გათავისუფლებაზე. აღნიშნული ხელისუფლება არ შეიძლება დახასიათდეს როგორც არასამთავრობო ორგანიზაცია ან საერთო ინტერესის მქონე პირთა ჯგუფი 34-ე მუხლის მნიშვნელობით. მნიშვნელოვანია, თუ როგორ ახასიათებს წევრი სახელმწიფო კონტროლის ამღებ ხელისუფლებას, მაგრამ გამყოფი ხაზი, რომელიც უნდა გაივლოს საკონსტიტუციო კრიზისსა და კონფლიქტებს შორის, ყოველთვის ნათელი არაა. სასამართლომ აგრეთვე მნიშვნელობა მიანიჭა იმ ფაქტს, რომ ადგილობრივი ხელისუფლება ამ შემთხვევაში სეპარატისტული სულისკვეთებით არ გამოირჩეოდა.

მცდელობა, რომ გამოირიცხოს ყოველგვარი პასუხისმგებლობა, როცა სახელმწიფოს კონტროლი დაკარგული აქვს კონცენციის რატიფიკაციისას, უსარგებლოა, ვინაიდან ტერიტორიული ხასიათის დათქმები გამორიცხულია, გარდა 56-ე მუხლის პირველი პუნქტით გათვალისწინებული შემთხვევებისა[209].

ჯერ კიდევ გასარკვევია, წევრი სახელმწიფოს მიერ კონტროლის დაკარგვა ტერიტორიაზე თუ იწვევს მეორე წევრი სახელმწიფოს მიერ მის დაპატრონებას, თუმცა პირინციპულად შეუძლებელია, რომ ტერიტორიაზე უფლების მოპოვება უკანონო გზით მოხდეს.

*3. არატერიტორიული მაღალი ხელშემკვრელი მხარე*

როდესაც საომარი მოქმედების შედეგად, იქნება ეს მართლზომიერი თუ არამართლზომიერი ოპერაცია, სახელმწიფო ეფექტიანად აკონტროლებს მეორე ხელშემკვრელი მხარის ტერიტორიას, ჩაითვლება, რომ სახელმწიფოს აქვს იურისდიქცია პირველი მუხლის მნიშვნელობით და ამგვარად, ვალდებულია, უზრუნველყოს შესაბამის ფართობზე კონვენციით განსაზღვრული უფლებები და თავისუფლებები[210].

არ აქვს იმას, რომ კონტროლის ფაქტი საომარი ძალების ან ქვემდგომი ადგილობრივი ადმინისტრაციის მოქმედების პირდაპირი შედეგია. არ არის საჭირო დადგინდეს, ახორციელებს თუ არა მაკონტროლებელი მაღალი ხელშემკვრელი მხარე დეტალურ კონტროლს ადმინისტრაციის პოლიტიკასა და მოქმედებებზე, როგორც მოცემული ტე-

[204] ილაშკუ (Ilascu) და სხვები მოლდოვასა და რუსეთის წინააღმდეგ, 48787/99, 8 ივლისი, 2004 [GC].

[205] იხ. შემდგომი ქვეთავი.

[206] არგანხილულ საქმეზე ასანიძე (Assanidze) საქართველოს წინააღმდეგ, 71503/01, 8 აპრილი, 2004 [GC]. ასანიძე.

[207] (Assanidze) საქართველოს წინააღმდეგ, 71503/01, 8 აპრილი, 2004 [GC].

[208] ამ დასკვნის ადეკვატურობას მოცემულ შემთხვევაში შეიძლება ადასტურებდეს განმცხადებლის განთავისუფლება, რაც გადაწყვეტილებას მალევე მოჰყვა. იხ. რეზოლუცია ResDH(2006)53 ევროპული სასამართლოს 2004 წლის 8 აპრილის გადაწყვეტილებაზე – საქმეზე ასანიძე (Assanidze) საქართველოს წინააღმდეგ (მიღებულია მინისტრთა კომიტეტის მიერ, 2 ნოემბერი, 2006, მინისტრთა მოადგილეების 97-ე შეხვედრაზე).

[209] იხ. მათიუსი (Matthews) გაერთიანებული სამეფოს წინააღმდეგ, 24833/94, 18 თებერვალი, 1999 [GC], ასანიძე (Assanidze) საქართველოს წინააღმდეგ, 71503/01, 8 აპრილი, 2004 [GC] და ილაშკუ (Ilascu) და სხვები მოლდოვასა და რუსეთის წინააღმდეგ, 48787/99, 8 ივლისი, 2004 [GC].

[210] ლუაზიდუ (Loizidou) თურქეთის წინააღმდეგ, 15318/89, 18 დეკემბერი, 1996 [GC]

რიტორიის ყოველდღიური ხელისუფალი[211]. ამდენად, პასუხისმგებლობა წარმოიშობა არა მხოლოდ საკუთარი, არამედ ადგილობრივი ადმინისტრაციის ქმედებების გამოც, რომელიც გადარჩა სამხედრო ძალების და ზოგადად სახელმწიფოს მხარდაჭერის გამო[212].

აღნიშნულმა გამოიწვია პირველი ოქმის პირველი მუხლის დარღვევა საქმეებზე, რომლებშიც ოკუპირებულ ტერიტორიაზე ქვემდებარე ადგილობრივი ადმინისტრაციის ქმედებების შედეგად, მესაკუთრეებს საკუთარ ქონებაზე ხელი აღარ მიუწვდებოდათ[213]. გაერთიანების თავისუფლებაზე უფლების დარღვევა დადგინდა აგრეთვე იმ შემთხვევებში, როდესაც პირს უარი ეთქვა სხვადასხვა ბიკომუნალურ შეხვედრებში მონაწილეობაზე[214]. უფრო მეტიც, ერთ სახელმწიფოთაშორის საქმეზე, რომელშიც ქმედითი კონტროლი მოპასუხე სახელმწიფოს მხრიდან დადასტურდა, ეს უკანასკნელი გაიკიცხა კონვენციით უზრუნველყოფილი მთელი რიგი უფლებებისა და თავისუფლებების დარღვევისთვის[215].

სასამართლოს აზრით, ქმედითი კონტროლის განმახორციელებელი არატერიტორიალური წევრი სახელმწიფოს პასუხისმგებლობა ვრცელდება როგორც ნეგატიური, ისე პოზიტიური ვალდებულებების შეუსრულებლობაზე, რათა თავიდან იქნეს აცილებული „ადამიანის უფლებათა დაცვის სისტემაში სამწუხარო ვაკუუმი,“[216] მაგრამ უნდა არსებობდეს რაღაც საზღვრები პოზიტიურ ვალდებულებებთან მიმართებით, ვინაიდან სასამართლო ადგენს, რომ თავად ტერიტორიული წევრი სახელმწიფო შესაძლოა კვლავაც რჩებოდეს აღნიშნული მოვალეობების სუბიექტი[217].

თითოეულ კონკრეტულ შემთხვევაში ქმედითი კონტროლის არსებობა ფაქტებით დგინდება. იგი შეიძლება ვრცელდებოდეს მკაცრად განსაზღვრულ ტერიტორიაზე, მაგრამ სავარაუდოდ, ამ ტერიტორიაზე საჯარისო შენაერთების საკმაო კონტინგენტის ყოფნაა საჭირო[218]. ქმედითი კონტროლის დადგენისთვის აუცილებელია, რომ საჯარისო შენაერთები საკმარისი დროის განმავლობაში მთლიანად მოცემულ ტერიტორიას ფარავდნენ[219]. ყველა მთავარ მაგისტრალზე მუდმივი საპატრულო რაზმებისა და გამშვები პუნქტების არსებობა ქმედითი კონტროლის დადგენაში აგრეთვე მნიშვნელოვან ფაქტორად ჩაითვლება.

ქმედითი კონტროლი არ ჩაითვლება რომ სახეზეა, მხოლოდ იმიტომ, რომ კონვენციით გათვალისწინებულ უფლებებსა და თავისუფლებებში ჩარევა მაღალი ხელშემკვრელი მხარის მოქმედების პირდაპირი შედეგია. იმისთვის, რომ დადგინდეს ქმედითი კონტროლის არსებობა, კონვენციის წევრი სახელმწიფო, გარკვეულწილად, უნდა მოქმედებდეს მოცემული სახელმწიფოს ტერიტორიაზე[220]. ეს იმას არ ნიშნავს, რომ კონვენციის დარღვევისთვის პასუხისმგებლობა არ წარმოიშობა ისეთი ქმედების საფუძველზე, როგორიცაა, მაგალითად, ჭურვის გასროლა მეორე სახელმწიფოს ტერიტორიაზე. სასამართლო აღიარებს, რომ პასუხისმგებლობა წარმოიშობა, როცა წევრი სახელმწიფოს მოხელეების არატერტიტორიული მოქმედებები იწვევს შედეგებს მეორე სახელმწიფოს ტერიტორიაზე, თუმცა უფრო სასამართლო, ვიდრე სამხედრო ოპერაციების კონტექსტში[221], მაგრამ პასუხისმგებლობის საფუძველი ასეთ შემთხვევებში უფრო მომდინარეობს შედეგიდან და არა კონტროლისგან.

ქმედითი კონტროლის ხასიათი პასუხისმგებლობის განსაზღვრის მნიშვნელობით არ მოიცავს სახელმწიფოს საჰაერო სივრცის შეზღუდულ კონტროლს, როგორც ამას ადგილი ჰქონდა ყოფილი იუგოსლავიის დაბომბვის შემთხვევაში, საქმეზე ბანკოვიჩი (Banković)[222]. და მაინც, შესაძლოა ამას მნიშვნელობა ჰქონდეს, რომ მოცემულ საქმეში საჰაერო სივრცეზე კონტროლი არასოდეს ყოფილა „შეზღუდულზე“ უფრო მეტი და ამის მაგივრად

[211] ლუაზიდუ (Loizidou) თურქეთის წინააღმდეგ, 15318/89, 18 დეკემბერი, 1996 [GC], კვიპროსი თურქეთის წინააღმდეგ, 25781/94, 10 მაისი, 2001 [GC], ილაშკუ (Ilascu) და სხვები მოლდოვასა და რუსეთის წინააღმდეგ, 48787/99, 8 ივლისი, 2004 [GC], ისა (Issa) და სხვები თურქეთის წინააღმდეგ, 31821/96, 16 ნოემბერი, 2004.

[212] კვიპროსი თურქეთის წინააღმდეგ, 25781/94, 10 მაისი, 2001 [GC].

[213] ლუაზიდუ (Loizidou) თურქეთის წინააღმდეგ, 15318/89, 18 დეკემბერი, 1996 [GC], კვიპროსი თურქეთის წინააღმდეგ, 25781/94, 10 მაისი, 2001 [GC], Eugenia Michaelidou Developments Ltd და მიხაელ ტიმვიოსი (Michael Tymvios) თურქეთის წინააღმდეგ, 16163/90, 31 ივლისი, 2003.

[214] ჯავით ანი (Djavit An) თურქეთის წინააღმდეგ, 20652/92, 20 თებერვალი, 2003.

[215] კვიპროსი თურქეთის წინააღმდეგ, 25781/94, 10 მაისი, 2001 [GC]; სადაც სასამართლომ დაადგინა თურქეთის მიერ მე-2, მე-4, მე-5, მე-8, მე-9, მე-10 და მე-13 მუხლების დარღვევა პირველი ოქმის პირველი მუხლის დარღვევასთან ერთად.

[216] კვიპროსი თურქეთის წინააღმდეგ, 25781/94, 10 მაისი, 2001 [GC], ატ პარა 78.

[217] როგორც საქმეზე ილაშკუ (Ilascu) და სხვები მოლდოვასა და რუსეთის წინააღმდეგ, 48787/99, 8 ივლისი, 2004 [GC].

[218] იხ. ისა (Issa) და სხვები თურქეთის წინააღმდეგ, 31821/96, 16 ნოემბერი, 2004. აქ სასამართლომ ყურადღება გაამახვილა ჩრდილოეთ კვიპროსში 30,000-ზე მეტ სამხედრო შენაერთზე, განსხვავებით საქმისგან ლუაზიდუ (Loizidou) თურქეთის წინააღმდეგ და კვიპროსი თურქეთის წინააღმდეგ საქმეებზე.

[219] ამით იქნა განსხვავებული აღნიშნული საქმე გადაწყვეტილებისაგან საქმეზე ისა (Issa) და სხვები თურქეთის წინააღმდეგ, 31821/96, 16 ნოემბერი, 2004.

[220] ბანკოვიჩი (Banković) და სხვები ბელგიის და სხვების წინააღმდეგ (ganCineba), 52207/99, 12 დეკემბერი, 2001 [GC].

[221] იხ. დროჟდი (Drozd) და იანუშეკი (Janousek) საფრანგეთისა და ესპანეთის წინააღმდეგ 12747/87, 26 ივნისი, 1992. აღნიშნულ საქმეზე გამოთქმული აზრი განმტკიცდა გადაწყვეტილებით საქმეზე დროჟდი (Drozd) და იანუშეკი (Janousek) საფრანგეთისა და ესპანეთის წინააღმდეგ, 12747/87, 26 ივნისი 1992.

[222] ბანკოვიჩი (Banković) და სხვები ბელგიის და სხვების წინააღმდეგ (ganCineba), 52207/99, 12 დეკემბერი, 2001 [GC].

ადგილი რომ ჰქონოდა უფრო არსებით ბლოკადას, იქნებოდა ეს საზღვაო თუ საჰაერო სივრცის მეშვეობით, შეიძლება მაშინ ქმედითი კონტროლის მდგომარეობა დადგენილიყო.

ყველა იმ საქმეზე, რომლებშიც ქმედითი კონტროლია დადგენილი, ეს კონტროლი ხორციელდებოდა მეორე წევრი სახელმწიფოს ტერიტორიაზე. თუმცა სასამართლოს პალატამ დაასკვნა, რომ აღნიშნული არ გამორიცხავს შესაძლებლობას, სამხედრო ოპერაციის მეშვეობით წევრი სახელმწიფო ახორციელებდეს დროებით ქმედით კონტროლს იმ სახელმწიფოს ტერიტორიაზე, რომელიც არ არის კონვენციის ხელშემკვრელი მხარე. ამ შემთხვევაში, თუ იქნებოდა საკმარისი ფაქტობრივი საფუძველი, რომ გვეფიქრა, მოცემულ დროს, კონვენციით გავალისწინებული უფლებების და თავისუფლებების დარღვევით დაზარალებულები იმყოფებოდნენ მოცემულ ტერიტორიაზე, მათი უფლებების დარღვევაზე პასუხისმგებელი იქნებოდა კონვენციის წევრი სახელმწიფო და არა ის სახელმწიფო, რომლის ტერიტორიაზეც ჩადენილი იქნა დარღვევა, მიუხედავად იმისა, რომ ეს ტერიტორია ცალსახად კონვენციის ხელშემკვრელი სახელმწიფოების იურისდიქციის (espace juridique) გარეთ იყო[223]. ჯერ კიდევ გადასაწყვეტია, ქმედითი კონტროლის დადგენა ასეთ შემთხვევებში მოიცავს თუ არა ასეთი კონტროლის შინაარსის დადგენას, რადგან ძირითადი მოსაზრება ამ შემთხვევაში არის ის, რომ თავიდან იქნეს აცილებული „ადამიანის უფლებათა სისტემაში ვაკუუმი.“[224] ასევე გასარკვევია დიდი პალატის ცნობილი რეგიონული აქცენტი უარს ათქმევინებდა თუ არა მას პასუხისმგებლობის არსებობაზე მოცემულ შემთხვევაში, როცა ქმედება სცილდება წევრი სახელმწიფოების ტერიტორიას, მიუხედავად განხორციელებული კონტროლის ხარისხისა[225].

ასევე დგება არატერიტორიული წევრი სახელმწიფოს პასუხისმგებლობა, რომელიც ახორციელებს ქმედით კონტროლს მეორე წევრი სახელმწიფოს ტერიტორიაზე, როცა პირველი სახელმწიფოს ხელისუფლება ეთანხმება ან მიმნებებლობას იჩენს კერძო პირთა მიერ კონვენციის დარღვევის ფაქტების მიმართ ოკუპირებულ და, შესაბამისად, მისი კონტროლის ქვემ მყოფ ტერიტორიაზე[226]. შესაბამისად, როცა ოკუპირებულ ტერიტორიაზე არსებობს სამართლებრივი დაცვის საშუალებები, რომლებიც შეიძლება გამოყენებული იქნეს კონვენციის დამრღვევი კერძო პირების წინააღმდეგ, აღნიშნული საშუალებები უნდა ამოწურული იქნეს კონვენციის სისტემისთვის მიმართვამდე[227].

როცა არ არსებობს ქმედითი კონტროლი, მოსამართლეებითა და სხვა მოხელეებით მოცემული ტერიტორიის უზრუნველყოფა არ გულისხმობს იურისდიქციის განხორციელებას ratione personae, რადგანაც, როცა მოსამართლეები და ადმინისტრაცია მოქმედებით ან უმოქმედებით არღვევს კონვენციას, არ მოქმედებს არატერიტორიული წევრი სახლმწიფოს სახელით[228]. ზოგ შემთხვევაში ასეთი მხარდაჭერა განიხილება, როგორც თანხმობა ან მიმნებებლობა არა სახელმწიფო აგენტების მიერ კონვენციის დარღვევაზე.

ტერიტორიული წევრი სახელმწიფოს მიერ ქმედითი კონტროლის დაკარგვა არ ნიშნავს იმას, რომ იგი პასუხისმგებელი აღარ იქნება კონვენციის დარღვევაზე, თუ კონტროლის დაკარგვა თავად მისი ბრალია. ასეთი მტკიცების მცდელობა, თუმცა არა კონფლიქტის კონტექსტში, ჰქონდა გაერთიანებულ სამეფოს, როცა თავს იმართლებდა საკანონმდებლო ორგანოს არჩევაზე უფლების სავარაუდო დარღვევაზე. გიბრალტარი არ იყო ჩართული გაერთიანებული სამეფოს განსაზღვრებაში, იმ მიზნით, რომ მონაწილეობა არ მიეღო ევროპული პარლამენტის არჩევნებში, მიუხედავად იმისა, რომ ევროპული გაერთიანების სამართალი მის ტერიტორიაზე მოქმედებდა. აღნიშნული წინააღმდეგობაში მოვიდა განმცხადებლის - გიბრალტარის მცხოვრების უფლებასთან თავისუფალ არჩევნებზე, რომელიც პირველი ოქმის მე-3 მუხლითაა გარანტირებული.

სასამართლომ განსაკუთრებით გაამახვილა ყურადღება გაერთიანებული სამეფოს მიერ გაკეთებულ არჩევანზე. მისი პასუხისმგებლობა მომდინარეობდა იქიდან, რომ აიღო სახელშეკრულებო ვალდებულებები გიბრალტარის ტერიტორიაზე პირველი ოქმის მე-3 მუხლის მოქმედების გავრცელების შემდგომ. იგულისხმება მაასტრიხტის ხელშეკრულება, ასევე საბჭოს გადაწყვეტილებიდან და 1976 წლის აქტიდან გამომდინარე ვალდებულე-

[223] ისა (Issa) და სხვები თურქეთის წინააღმდეგ, 31821/96, 16 ნოემბერი, 2004. თუმცა მსგავსი კონტროლის შესახებ მტკიცებულება არ არსებობს.

[224] იგივეზე გამახვილდა ყურადღება საქმეზე კვიპროსი თურქეთის წინააღმდეგ, 25781/94, 10 მაისი, 2001 [GC] და განმტკიცდა საქმეზე ბანკოვიჩი (Banković) და სხვები ბელგიის და სხვების წინააღმდეგ (განჩინება), 52207/99, 12 დეკემბერი, 2001 [GC].

[225] ამ მიზეზით, ლორდთა პალატის უმრავლესობა საქმეზე ალ სკეინი (Al-Skeini) თავდაცვის სახელმწიფო მდივნის წინააღმდეგ [2007] UKHL 26 განიხილავს ბანკოვიჩს (Banković) ვიდრე ისას (Issa), როგორც სასამართლოს უპირატეს მიდგომას.

[226] ეს არ დადგინდა საქმეზე კვიპროსი თურქეთის წინააღმდეგ, 25781/94, 10 მაისი, 2001 [GC].

[227] სასამართლომ არ მიიჩნია, რომ ადგილობრივი ხელისუფლება მთლიანად პასიური იყო კერძო პირთა იმ ქმედებებთან დაკავშირებით, რაც შეადგენდა დავის საგანს საქმეზე კვიპროსი თურქეთის წინააღმდეგ, 25781/94, 10 მაისი, 2001 [GC].

[228] დროჟდი (Drozd) და იანუშეკი (Janousek) საფრანგეთისა და ესპანეთის წინააღმდეგ, 12747/87, 26 ივნისი, 1992.

ბები. სასამართლო აღნიშნავს, რომ, როცა უერთდებოდა ამ ხელშეკრულებას, გაერთიანებულმა სამეფომ არჩია ხელშეკრულების 227(4) მუხლის საფუძველზე, ევროპული გაერთიანების კანონმდებლობის მნიშვნელოვანი ნაწილი გავრცელებულიყო გიბრალტარზე[229]. ამის შედეგად ჩაითვალა, რომ გაერთიანებული სამეფო პასუხისმგებელი იყო კონვენციის პირველი მუხლის ძალით, პირველი ოქმის მე-3 მუხლით გათვალისწინებული უფლებების უზრუნველყოფაზე გიბრალტარში, მიუხედავად იმისა, არჩევნები წმინდა შიდასახელმწიფოებრივი საკითხი იყო თუ მას მთელი ევროპისთვის ჰქონდა მნიშვნელობა.

ზემოაღნიშნულ დასკვნას შეიძლება გარკვეული მნიშვნელობა ჰქონდეს ტერიტორიული წევრი სახელმწიფოს პასუხისმგებლობისთვის, რომელიც ნებას რთავს მეორე სახელმწიფოს, მისი სახელით აწარმოოს ოპერაციები შეიარაღებული ოპოზიციური დაჯგუფებების წინააღმდეგ ან გააკონტროლოს განსაზღვრული ტერიტორია სამშვიდობო ოპერაციებში მონაწილეობის სახით. თუ სახელმწიფო კონვენციის ხელშემკვრელი მხარე იქნებოდა, პრეცედენტული სამართალი, სავარადუდოდ, მივიდოდა დასკვნამდე, რომ იგი იქნებოდა კონვენციის დარღვევაზე პასუხისმგებელი ტერიტორიული წევრი სახელმწიფოს ნაცვლად. წინააღმდეგ შემთხვევაში, კონვენციით გათვალისწინებული უფლებების და თავისუფლებების დაცვის სისტემაში ვაკუუმის თავიდან აცილების მიზნით, სრულებით შესაძლებელია, რომ პასუხისმგებლობა დაკისრებოდა წევრ სახელმწიფოს. როდესაც არატერიტორიული წევრი სახელმწიფო სეპარატისტებს ეხმარება სეპარატისტული რეჟიმის დაარსებაში და ამ მიზნით აგზავნის თავის სამხედრო პერსონალს საომარ ოპერაციებში მონაწილეობის მისაღებად, ძალზე ადვილია, რომ დადგინდეს იურისდიქცია. ამ დროს აღარ არის აუცილებელი არატერიტორიული სახელმწიფოს მიერ ქმედითი კონტროლის განხორციელების დადგენა, ყოველ შემთხვევაში, ისეთ ვითარებაში, როცა ტერიტორიულმა წევრმა სახელმწიფომ მოცემულ ტერიტორიაზე კონტროლი დაკარგა[230]. ამას გარდა, თუ ცეცხლის შეწყვეტის შემდგომაც გრძელდება სეპარატისტული რეჟიმის სამხედრო, პოლიტიკური და ეკონომიკური მხარდაჭერა, ისე რომ, ეს უკანასკნელი მომძლავრდეს და მოიპოვოს გარკვეული დოზით ავტონომია, აღნიშნული აგრეთვე საკმარისი იქნება იურისდიქციის დასადგენად. ამას გარდა, არატერიტორიული სახელმწიფოს თანამშრომლობა არალეგალურ რეჟიმთან, როგორიცაა პირთა გადაცემა, მოცემულ სახელმწიფოს აკისრებს მოცემული რეჟიმის ქმედებებისთვის პასუხისმგებლობას.

უფრო მეტიც, შეიძლება ითქვას, რომ არატერიტორიული წევრი სახელმწიფო შეიძლება მაინც იყოს გარკვეულწილად პასუხისმგებელი თავის საქმიანობაზე მეორე ხელშემკვრელი მხარის ტერიტორიაზე, თუნდაც ამ ტერიტორიის ნაწილზე მას ქმედით კონტროლზე ნაკლები უფლებამოსილება გააჩნდეს. ყოფილი ადამიანის უფლებათა კომისია მზად იყო სახელმწიფო ეცნო პასუხისმგებლად საზღვარგარეთ (მეორე წევრ სახელმწიფოში) მისი აგენტების მიერ წარმოებული იატაკქვეშა საქმიანობისთვის[231]. აღნიშნული შეიძლება განხილული იქნეს ფაქტობრივი უფლებამოსილების განხორციელებად.

შემდგომი პრეცედენტული სამართლით დადგინდა, რომ მაღალმა ხელშემკვრელმა მხარემ მაინც აგოს პასუხი კონვენციის დარღვევისთვის მისი მოხელეების მიერ იმ ტერიტორიაზე ჩადენილი ქმედებისთვის, რომელიც არ ეკუთვნის რომელიმე წევრ სახელმწიფოს. ასე რომ, ვაკუუმი კონვენციის შეფარდებაში ამ შემთხვევაში არ არსებობს. მსგავსი პასუხისმგებლობა სახელმწიფოს დაეკისრა როგორც ტერორისტული აქტის ჩადენაში ეჭვმიტანილი პირის დაკავების[232], ისე სამხედრო ოპერაციის ჩატარებისთვის, რომლის შედეგადაც, პირთა გარკვეული რაოდენობა თავისუფლებააღკვეთილი და ლიკვიდირებული იქნა[233]. სასამართლო ასეთ შემთხვევაში არსებით მნიშვნელობას ანიჭებს იმ მოსაზრებას, რომ დაზარალებულები, სავარაუდოდ თუ ნამდვილად, მაღალი ხელშემკვრელი მხარის მოხელეთა ქმედითი კონტროლის ქვეშ იმყოფებოდნენ[234].

[229] მათიუსი (Matthews) გაერთიანებული სამეფოს წინააღმდეგ, 24833/94, 18 თებერვალი, 1999.

[230] შავარაუდოდ, იგივე იგულისხმებოდა გადაწყვეტილებაში საქმეზე ასანიძე (Assanidze) საქართველოს წინააღმდეგ, 71503/01, 8 აპრილი, 2004 და ილაშკუ (Ilascu) და სხვები მოლდოვასა და რუსეთის წინააღმდეგ, 48787/99, 8 ივლისი, 2004 [GC].

[231] შტოკე (Stocké) გერმანიის წინააღმდეგ, 11755/85, 19 მარტი, 1991, კომისიის მოსაზრება, გვ. 24, § 167

[232] ოჯალანი (Öcalan) თურქეთის წინააღმდეგ, 46221/99, 12 მარტი, 2003 და 12 მაისი 2005 [GC].

[233] ისა (Issa) და სხვები თურქეთის წინააღმდეგ, 31821/96, 16 ნოემბერი, 2004. ამ საქმეზე მსგავსი კონტროლი არ დადგინდა. იხ. ამ საქმეზე ციტატა განაცხადში 17392/90, M დანიის წინააღმდეგ,73 DR 193 (1992); განაცხადში 28780/95, ილიჩ სანჩეს რამირესი (Illich Sanchez Ramirez) საფრანგეთის წინააღმდეგ, 86 DR 155 (1996); კოარდი (Coard) და სხვები შეერთებული შტატების წინააღმდეგ, ადამიანის უფლებათა ინტერამერიკული კომისიის გადაწყვეტილება, 29 სექტემბერი, 1999, ანგარიში No. 109/99, საქმე No. 10.951, §§ 37, 39, 41 და 43; ადამიანის უფლებათა კომიტეტის მოსაზრება, 29 ივლისი, 1981 საქმეზე ლოპეს ბურგოსი (Lopez Burgos) ურუგვაის წინააღმდეგ და კელიბერტი დე კასარიეგო (Celiberti de Casariego) ურუგვაის წინააღმდეგ, nos. 52/1979 და 56/1979, §§ 12.3 და 10.3.

[234] პალატის გადაწყვეტილებაში საქმეზე ოჯალანი (Öcalan) თურქეთის წინააღმდეგ (12 მარტი 2003) სასამართლომ მიიჩნია, რომ „საქმის გარემოებები განსხვავდება ზემოაღნიშნული საქმისგან ბანკოვიჩი (Banković) და სხვები ბელგიის და სხვების წინააღმდეგ, კერძოდ იმ თვალსაზრისით, რომ განმცხადებელი თურქეთის ხელისუფლების მიერ ფიზიკურად იქნა იძულებული, დაბრუნებულიყო თურქეთში და დაქვემდებარებულიყო მათ იურისდიქციას მისი დაკავებისა და თურქეთში დაბრუნების შემდეგ.“ სასამართლომ დიდი

იგულისხმება, რომ ასეთ შემთხვევებში პასუხისმგებლობა მომდინარეობს იმ ფაქტიდან, რომ კონვენციის პირველი მუხლი არ შეიძლება განმარტებული იქნეს, როგორც ნებართვა, სახელმწიფომ კონვენციის დარღვევა, რომელსაც ვერ ჩაიდენდა საკუთარ ტერიტორიაზე, ჩაიდინოს მეორე ხელშემკვრელი მხარის ტერიტორიაზე[235]. თუმცა, სავარაუდოდ, ეს მოსაზრება ასევე ვრცელდება ქმედითი კონტროლის მიდგომაზე, რომელიც დავის საგნად რჩება.

მიუხედავად იმისა, რომ წევრი სახელმწიფოს ექსტრატერიტორიული ქმედებები შეიძლება თავისთავად არ იწვევდეს კონვენციის დარღვევისთვის პასუხისმგებლობას, მაგრამ სამოქალაქო უფლება-მოვალეობების განსაზღვრასთან დაკავშირებით, სასამართლოში მიმდინარე სამართალწარმოება მაინც უნდა შეესაბამებოდეს მე-6 მუხლს. თუმცა იმას, რომ არ არსებობს მატერიალური უფლება შიდასახელმწიფოებრივი სამართლის გამოყენებაზე ექსტრატერიტორიულ ღონისძიებებთან დაკავშირებით, არ აქვს იმუნიტეტის ეფექტი. წინააღმდეგ შემთხვევაში, განმცხადებელს არ ექნებოდა სასამართლოსადმი მიმართვის უფლება გარკვეული კატეგორიის ზიანის ფაქტზე[236]. ამას გარდა, კონვენციის თანახმად დაუშვებელია, რომ წევრმა სახელმწიფომ სასამართლოებსა თუ სხვა სახელმწიფო ორგანოებში ნება დართოს წამების, არაადამიანური ან დამამცირებელი მოპყრობის აკრძალვის დარღვევით მოპოვებული მტკიცებულებების გამოყენებას, თუნდაც წამებას თუ მსგავს მოპყრობას სახელმწიფოს იურისდიქციის ფარგლებს გარეთ ჰქონდეს ადგილი[237].

*4. საერთაშორისო ორგანიზაციები*

როდესაც მაღალი ხელშემკვრელი მხარე ერევა კონვენციით უზრუნველყოფილ უფლებებსა და თავისუფლებებში, მასზე, როგორც საერთაშორისო ორგანიზაციის წევრზე დაკისრებული ვალდებულებების შესასრულებლად ჩარევის ადგილმდებარეობა და ვალდებულების ხასიათი არის ის ფაქტორები, რომლებითაც გადაწყდება კონვენციის დარღვევისთვის პასუხისმგებლობის დადგომის საკითხი.

ამრიგად, თუ მოქმედებას ან უმოქმედობას არ აქვს ადგილი არც ერთი მაღალი ხელშემკვრელი მხარის ტერიტორიაზე და უფლება-თავისუფლებების შეზღუდვაში უშუალოდ ჩართული წევრი სახელმწიფო მოქმედებს უშიშროების საბჭოს მიერ გაერთიანებული ერების ქარტიის მე-7 თავის საფუძველზე მიღებული რეზოლუციის შესაბამისად, რათა თავიდან აიცილოს საერთაშორისო მშვიდობასა და უშიშროებას დამუქრებული საფრთხე, ევროპული სასამართლოს მიდგომით, სადავო მოქმედება/უმოქმედობა შეერაცხება გაერთიანებულ ერებს და ამრიგად, თავად სასამართლოს არ ექნება უფლებამოსილება, განიხილოს განაცხადი ratione personae[238].

გასარკვევია, თუ რა ზღვრამდეა მდებარეობისა და ვალდებულების საკითხები თანაბრად მნიშვნელოვანი. უდავოა, რომ გაერთიანებულ ერებს, როგორც „კოლექტიური უშიშროების მიზნების შემსრულებელ და უნივერსალური იურისდიქციის მქონე ორგანიზაციას,“[239] განსაკუთრებული მნიშვნელობა მიენიჭა იმ ერთადერთ საქმეზე, რომლის განხილვაც ევროპულ სასამართლოს აქამდე მოუწია და რომელიც აღნიშნული ორგანიზაციის მიერ უშუალოდ დაწესებულ ვალდებულებებს შეეხებოდა.

გაერთიანებული ერების ზემოთ აღნიშნულ ბუნებაზე ევროპული სასამართლოს მოსაზრებას განამტკიცებს აგრეთვე ის ფაქტი, რომ მაღალი ხელშემკვრელი მხარეების მიერ ქარტიის მიღება, ზოგადად, წინ უსწრებდა კონვენციის რატიფიკაციას და რომ ქარტიის 103-ე მუხლის თანახმად, ქარტიის უპირატესობა დაკავშირებულია გაერთიანებული ერების წინაშე არსებული ვალდებულებების უპირატესობასთან, სახელმწიფოების მიერ სხვა საერთაშორისო ხელშეკრულებებით ნაკისრ ვალდებულებებთან მიმართებით[240]. აგრეთვე რეგიონულ ორგანიზაციას, ყოველ შემთხვევაში, არა იმას, რომელიც გაერთიანებული ერების ქარტიის საფუძველზე მოქმედებს, შესაძლოა, იგივე მნიშვნელობა არ ენიჭებოდეს, განსაკუთრებით იმ

პალატის გადაწყვეტილებაში განაცხადა, რომ „დადგენილია, უშუალოდ მას შემდგომ, რაც კენიის ხელისუფლების მიერ განმცხადებელი გადაეცა თურქეთის ხელისუფლებას, იგი აღმოჩნდა თურქეთის ხელისუფლების ქმედითი კონტროლის ქვეშ და, შესაბამისად, მის „იურისდიქციაში“ კონვენციის პირველი მუხლის მნიშვნელობით. თუმცა ამ კონკრეტულ შემთხვევაში, თურქეთი უფლებამოსილებას ახორციელებდა თავისი ტერიტორიის ფარგლებს გარეთ. აგრეთვე სიმართლეს შეესაბამება, რომ განმცხადებელი თურქეთის ხელისუფლების მიერ ფიზიკურად იქნა იძულებული, დაბრუნებულიყო თურქეთში და იმყოფებოდა მათ განკარგულებსა და კონტროლს ქვეშ მისი დაკავებისა და თურქეთში დაბრუნების შემდეგ (იხ., ამ თვალსაზრისით ზემოხსენებული გადაწყვეტილება საქმეზე სანჩეს რამირესი (Sánchez Ramirez) და ფრედა (Freda), და საწინააღმდეგოს მტკიცებით ბანკოვიჩი (Banković) და სხვები ბელგიის და სხვების წინააღმდეგ (განჩინება) [GC], no. 52207/99, ECHR 2001-XII).“

[235] პუნქტი 72.

[236] მარკოვიჩი (Markovic) და სხვები იტალიის წინააღმდეგ, 1398/03, 14 დეკემბერი, 2006 [GC].

[237] A შინაგან საქმეთა დეპარტამენტის სახელმწიფო მდივნის წინააღმდეგ, (2005) UKHL 71, 8 დეკემბერი, 2005.

[238] (ბერამი) Behrami და (ბერამი) Behrami საფრანგეთის წინააღმდეგ (განჩინება), 71412/01, 2 მაისი, 2007 [GC].

[239] Ibid, პ. 51.

[240] Ibid, პ. 147. აღნიშნული აგრეთვე განიხილება გადამწყვეტ ფაქტორად ინგლისის სააპელაციო სასამართლოს გადაწყვეტილებაში საქმეზე R (Al-Jedda) თავდაცვის სახელმწიფო მდივნის წინააღმდეგ [2006] EWCA Civ 327.

შემთხვევაში, თუ იგი კონვენციის შემდგომ შევიდა ძალაში.

თუმცა აგრეთვე მნიშვნლოვანია მდებარეობის ასპექტი, კერძოდ შემთხვევა, როცა ღონისძიება ტარდება სახელმწიფოს ტერიტორიაზე, რომელიც იმ დროს კონვენციის მონაწილე არ იყო. ხსენებულმა ასპექტმა საშუალება მისცა ევროპულ სასამართლოს, განესხვავებინა აღნიშნული შემთხვევა სხვა საქმეებისგან, რომლებშიც საერთაშორისო ვალდებულებების შესრულების მიზნით, ადამიანის უფლებების შემზღუდველი ღონისძიებები ხორციელდება მაღალი ხელშემკვრელი მხარის ტერიტორიაზე და როცა სასამართლო არ ეთანხმება კონვენციის დარღვევისთვის ყოველგვარი პასუხისმგებლობის გამორიცხვას. ცხადია, საქმეებზე, რომლებშიც ვალდებულება შესრულდა წევრი სახელმწიფოს ტერიტორიაზე, სასამართლომ დაადგინა, რომ ძალაში რჩებოდა კონვენციით უზრუნველყოფილ უფლებებსა და თავისუფლებებში ჩარევისთვის პასუხისმგებლობა, როცა ვალდებულებების დამკისრებელი ორგანიზაცია არ ითვალისწინებდა კონვენციით გარანტირებული დაცვის მსგავს სისტემას, რისი გადაწყვეტაც ევროპული სასამართლოს პრეროგატივა იყო[241]. უფრო მეტიც, თუმცა სასამართლომ მსგავსი დასკვნა გამოიტანა იმ შემთხვევაში, როცა სადავო ქმედება მოიცავდა მაღალი ხელშემკვრელი მხარის მიერ საერთაშორისო ვალდებულების განხორციელებას საკუთარ ტერიტორიაზე, გამოთქმული შეშფოთება კონვენციის შეფარდებაში წარმოშობილ ვაკუუმზე ნიშნავს იმას, რომ ვალდებულების შესრულება მეორე წევრი სახელმწიფოს ტერიტორიაზე შეუძლებელია რომ სხვანაირად იქნეს განხილული.

ევროპულმა სასამართლომ უპასუხოდ დატოვა კითხვა, აქვს თუ არა იგივე თუ ნაკლები მნიშვნელობა მდებარეობის საკითხს, რაც ვალდებულების ბუნებას, როდესაც საქმე ეხება კონვენციის დარღვევისთვის პასუხისმგებლობის გამორიცხვას. თუმცა, თუ გავითვალისწინებთ იმ აქცენტს, რომელსაც თავის განჩინებებში სასამართლო გაერთიანებული ერების ქარტიით დაკისრებული ვალდებულებების უპირატესობაზე აკეთებს, მნიშვნელობა არ უნდა ჰქონდეს იმას, რომ აღნიშნული ვალდებულებების შესრულებით კონვენციის უფლებებისა და თავისუფლებების დარღვევას ადგილი აქვს მაღალი ხელშემკვრელი მხარის ტერიტორიაზე. და მაინც, ასეთი დასკვნა შემაშფოთებელია, რამდენადაც ქარტიის სისტემა ცალსახად მოკლებულია ადამიანის უფლებების დაცვის ქმედით მექანიზმებს იმ შემთხვევებში, როცა გაერთიანებული ერები თავისი წევრებისგან რაიმე ქმედების განხორციელებას მოითხოვს.

### დ) დასკვნა

ამრიგად, მაღალი ხელშემკვრელი მხარის ტერიტორიაზე კონფლიქტის ზონის არსებობა სახელმწიფოს არ ათავისუფლებს ზონაში ევროპული კონვენციის იმპლემენტაციაზე პასუხისმგებლობისგან. და მაინც, არსებობს გარემოებები, როდესაც მსგავს ზონაზე კონტროლის დაკარგვა პასუხისმგებლობის მნიშვნელოვან შემცირებას იწვევს. როდესაც კონტროლის დაკარგვა მეორე მაღალი ხელშემკვრელი მხარის სასარგებლოდ ხდება, კონვენციით გარანტირებულ დაცვაში ყოველგვარი ვაკუუმი დაუშვებელია, ვინაიდან იმპლემენტაციაზე პასუხისმგებლობა ნაწილდება ორ სახელმწიფოს შორის. მაგრამ კონვენციით გარანტირებული დაცვა ძალიან შეზღუდული იქნება, როცა კონტროლი იკარგება არაწევრი სახელმწიფოს ან სეპარატისტული რეჟიმის (რომელიც მოქმედებს სხვა სახელმწიფოს დაუხმარებლად) სასარგებლოდ. უფრო მეტიც, კონვენციით გარანტირებული დაცვა, როგორც ჩანს, შეიძლება მთლიანად გამოირიცხოს იმ შემთხვევაში, როდესაც სახელმწიფო მოქმედებს გაერთიანებული ერების წევრობიდან გამომდინარე ვალდებულებების შესაბამისად. თუმცა ამ უკანასკნელ შემთხვევაში ხელშემკვრელი მხარის მიერ თავის თუ მეორე წევრი სახელმწიფოს ტერიტორიაზე განხორციელებული ქმედების შედეგები მაინც ბუნდოვანია.

როდესაც კონფლიქტის ზონა არ არის მაღალი ხელშემკვრელი მხარის ტერიტორიაზე, კონვენციით გარანტირებული დაცვა, სავარაუდოა, რომ უფრო შეზღუდული იქნება, მაგრამ მისი სრულიად გამორიცხვა დაუშვებელია.

## IV დასკვნა

აშკარაა, რომ კონვენციით გათვალისწინებული უფლებები და თავისუფლებები მთელი თავისი სისავსით ვრცელდება კონფლიქტურ ზონებში წარმოქმნილ სიტუაციებზე, მიუხედავად იმისა, რომ სასამართლოს აქამდე მხოლოდ მწირი შესაძლებლობა ჰქონდა ემსჯელა აღნიშნულ საკითხზე. თუმცა დაზუსტებით არ შეიძლება იმის თქმა, რომ, თუ კონვენციით გათვალისწინებული უფლებები და თავისუფლებები სათანადოდ, ან, თუნდაც შეზღუდულად ვერ განხორციელდება, როგორც ეს მოითხოვება კონფლიქტის ზონებში არსებულ სიტუაციებში, აღნიშნული აუცილებლად გამოიწვევს

[241] Bosphorus Hava Yollan Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi ირლანდიის წინააღმდეგ, 45036/98, 30 ივნისი, 2005 [GC].

ერთი ან მეტი მაღალი ხელშემკვრელი მხარის პასუხისმგებლობას.

მსგავსი პასუხისმგებლობა, უფრო მეტად სავარაუდოა, რომ წარმოიშობა იმ შემთხვევაში, როდესაც კონფლიქტის ზონა მდებარეობს მაღალი ხელშემკვრელი მხარის ტერიტორიაზე და როდესაც მაღალი ხელშემკვრელი მხარის ჩართულობა ნაკლებად შესაძლებელია, მაგრამ არ არის გამორიცხული იმ კონფლიქტურ ზონებში, რომლებიც მოცემული სახელმწიფოს ტერიტორიის ფარგლებს გარეთაა. თუმცა მაშინაც კი, როცა კონფლიქტური ზონა მაღალი ხელშემკვრელი სახელმწიფოს ტერიტორიაში ხვდება, პასუხისმგებლობის საკითხი მაინც რთულად გადასაწყვეტია, როდესაც ზონა იყოფა რამდენიმე სახელმწიფოს შორის და სახელმწიფოს, რომელსაც აკისრია პოზიტიური ვალდებულებები ევროპული სასამართლოს წინაშე, არ შეუძლია მათი განხორციელება.

სავარაუდოდ, კონვენციის კონფლიქტურ ზონებში გამოყენებისას უფრო მეტად პრობლემური საკითხია ის, რომ გაერთიანებული ერების უშიშროების საბჭოს რეზოლუციის თანახმად, საერთაშორისო მშვიდობისა და უშიშროების უზრუნველსაყოფად გამიზნულმა ღონისძიებებმა შესაძლოა სრულიად გამორიცხოს კონფლიქტურ ზონაში უფლებებისა და თავისუფლებების უზრუნველყოფის მოთხოვნა, მიუხედავად იმისა, რომ ამ უფლებებისა და თავისუფლებების პატივისცემა უნდა იყოს როგორც მშვიდობისა და უშიშროების გარანტირების საბოლოო მიზანი, ისე აუცილებელი მოთხოვნა მისი რეალურად განხორციელებისთვის.

დრაგოლუბ პოპოვიჩი

# პროფესიული საქმიანობის ადგილის ხელშეუხებლობის დაცვა ადამიანის უფლებათა ევროპული კონვენციის ფარგლებში

***დრაგოლუბ პოპოვიჩი***
*სტრასბურგის ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს მოსამართლე*

## 1. დებულების ფორმულირება და სტრუქტურა

ადამიანის უფლებათა ევროპული კონვენციის (შემდგომში მოხსენიებული როგორც „კონვენცია“) მერვე მუხლი, ინგლისურ ტექსტში, უზრუნველყოფს ფიზიკური პირის სახლის ხელშეუხებლობის დაცვას, ხოლო ტექსტის ფრანგულ ვერსიაში, რომელსაც იდენტური იურიდიული ძალა აქვს, იგივე ცნების გამოსახატავად სიტყვა „საცხოვრებელი ადგილია“ გამოყენებული. ამ ფაქტის აღნიშვნა აუცილებლად მიმაჩნია მოცემული სტატიის დასაწყისშივე, რადგან ადამიანის უფლებათა ევროპული კონვენციის სწორედ ფრანგული და არა ინგლისური ვერსიის საფუძველზე, მოხდა პროფესიული საქმიანობის ადგილის ხელშეუხებლობის დაცვის ინტეგრირება ადამიანის უფლებათა ევროპულ სამართალში.

ადამიანის უფლებათა ევროპული კონვენციის ინგლისური ტექსტის მე-8(1) მუხლის ფორმულირება შემდეგნაირია:

„ყველას აქვს უფლება, პატივი სცეს თავის პირად და ოჯახურ ცხოვრებას, თავის სახლს და კორესპონდენციას“

ფრანგულ ვერსიაში კი ასეთი ფორმულირება გვხვდება:

ყველას აქვს უფლება, პატივი სცეს თავის პირად და ოჯახურ ცხოვრებას, თავის საცხოვრებელ ადგილს და კორესპონდენციას“.

მე-8 მუხლის სტრუქტურა კონვენციის მომდევნო სამი მუხლის სტრუქტურას შეესაბამება. ის, თუ კონკრეტულად რა საერთო აქვს ერთმანეთთან ამ ორ ვარიანტს, სამართალწარმოების და მართლმსაჯულების განხორციელებისას ამ დებულებების პრაქტიკული გამოყენების მაგალითებიდან უნდა გამოჩნდეს.

მთავარი ისაა, რომ პატივისცემის უფლების დარღვევა ნიშნავს კონვენციით გარანტირებულ უფლებაში ჩარევას. ასეთ ვითარებაში, გასარკვევია, რამდენად კანონიერი იყო დარღვევა, რამდენად კანონიერი მიზანი ჰქონდა და ბოლოს, რამდენად საჭირო იყო ასეთი ქმედება დემოკრატიულ საზოგადოებაში. სხვა სიტყვებით რომ ვთქვათ, რამდენად პროპორციული იყო ქმედება მიზანთან მიმართებაში (*Leach, 281-4*). თუმცა აღსანიშნავია, რომ რეალობაში ეს საკითხი ყველაზე ნაკლებად დგას ხოლმე დღის წესრიგში, მაშინ როცა ადამიანის უფლებათა ევროპულ სასამართლოში (შემდგომში მოხსენიებული როგორც „სასამართლო“) ზემოთ აღნიშნული ფაქტორი ყოველთვის გათვალისწინებულია ვერდიქტის გამოტანისას. პროპორციულობა ყოველთვის უპირატესია დანარჩენ ორ ფაქტორთან მიმართებაში.

პირველი საქმე, რომლის ფარგლებშიც სასამართლოს უნდა გადაეწყვიტა პროფესიული საქმიანობის ადგილის ხელშეუხებლობის დარღვევის პრობლემა ინგლისში განიხილებოდა. სასამართლო მართლმსაჯულება 1989 წელს განხორციელდა. განაჩენში სასამართლომ ერთმანეთს შეადარა თავისი და წევრი-სახელმწიფოს, როგორც სასამართლოს კონტრაქტორი მხარის კომპეტენცია, ე.ი. სასამართლომ კონვენციის მე-8 მუხლთან მიმართებაში დისკრეციული უფლებამოსილება არ დაუტოვა წევრ-სახელმწიფოს.

## 2. დისკრეციული უფლებამოსილების ფარგლები

ზემოთ აღნიშნული 1989 წლის საქმე პირველი პრეცედენტია, ხოლო მისი ერთ-ერთი მომდევნო საქმე, რომელიც სამართლებრივი დაცვის საპროცესო საშუალებების საკითხებს განიხილავდა *ჩეპელის საქმე*[1] იყო. სამართლებრივი დაცვის საპროცესო საშუალების გამოყენების პრაქტიკა წინა საუკუნის სამოცდაათიანი წლების ინგლისში დამკვიდრდა ანტონ პილერის სახელით. აღნიშ-

[1] *Chappell v. The United Kingdom (app. No. 10461-83),* judgment of 30. March 1989

ნულ პრაქტიკას 1976 წლის *ანტონ პილერის* საქმის სახელი ეწოდა, რომლის ფარგლებშიც სააპელაციო სასამართლომ პირველად დაამტკიცა სამართლებრივი დაცვის საპროცესო საშუალების გამოყენება.

ანტონ პილერის ბრძანება შუალედური ტიპის პირობითი ღონისძიებაა, რომელიც სამოქალაქო სამართალწარმოებაში გამოიყენება. მისი გამოყენება სასამართლო პროცესზე წარმოდგენილ ფაქტებზეა დამოკიდებული. მისი მიზანი არის ბრალდებულის ან პოტენციური ბრალდებულის მიერ მტკიცებულებების წარმოდგენა გადაიტანოს ფაქტობრივი მასალის განხილვის პროცესისთვის. ამ მიდგომის არსია მოულოდნელობის შექმნა, რადგან ბრალდებულის მიმართ გამოიყენება მისთვის წინასწარი შეტყობინების და მისი პოზიციის მოსმენის გარეშე. ამ მეთოდის გამოყენება სამართალწარმოების დასაწყისშივე ხდება.

ანტონ პილერის ბრძანების გამოცემამდე, ინგლისის სასამართლოსთვის დამაკმაყოფილებელი იყო, თუ ა) მოსარჩელე წარმოადგენდა განსაკუთრებულად მყარ მტკიცებულებებს დასაწყისშივე იმის შესახებ, რომ მისი სარჩელი წარმატებული იქნებოდა ფაქტობრივი მასალის განხილვის შემთხვევაში, ბ) მოსარჩელის რეალური და პოტენციური ზიანი საკმაოდ ნიშანდობლივი, და გ) ცხადი იყო, რომ ბრალდებული დანაშაულებრივ დოკუმენტებს ან საგნებს ფლობდა და მოსალოდნელი იყო, რომ მისი წინასწარ გაფრთხილების შემთხვევაში, ის გაანადგურებდა ასეთ მასალებს.

ანტონ პილერის ბრძანება გაიცემა კერძო პირის მიმართ სამოქალაქო სამართალწარმოებაში. ის განსხვავდება ჩხრეკის უფლების რწმუნებისგან, რომელსაც პოლიცია მოიპოვებს სისხლის სამართლის საქმის გამოძიების დროს. ანტონ პილერის ბრძანება, ჩხრეკის უფლებისგან განსხვავებით, ობიექტზე ძალისმიერი შესვლის უფლებამოსილებას არ გულისხმობს. სამართალწარმოების პროცესში ბრალდებულის მხრიდან ბრძანების შესრულებაზე უარის თქმა კი, მას მოსარჩელესთან მიმართებაში ნაკლებად პრივილეგირებულ მდგომარეობაში აყენებს. როგორც წესი, ანტონ პილერის ბრძანების აღსრულების დროს დასაშვებია პოლიციის გამოცხადება ობიექტის საზღვრებს გარეთ, მის მიმდებარე ტერიტორიაზე მშვიდობის დარღვევის ინციდენტების პრევენციის მიზნით.

ჩეპელის საქმის ისტორია 1981 წლის თებერვლის ბოლოს იწყება, მაშინ, როცა ანტონ პილერის ბრძანება გაიცა. ბრძანება იმავე წლის მარტში აღსრულდა. ბ-ნი ჩეპელი ვიდეო კლუბს ფლობდა, ხოლო მოსარჩელეები, რომელთაც მოახერხეს ჩეპელის წინააღმდეგ ანტონ პილერის ბრძანების მოპოვება, ბ-ნ ჩეპელს ადანაშაულებდნენ იმაში, რომ იგი ფილმების სამ ისეთ კასეტას ფლობდა, რომლებზეც მოსარჩელის ინტელექტუალური უფლება ვრცელდებოდა.

მოსარჩელეებმა პოლიციასაც შეატყობინეს, რომ ბ-ნი ჩეპელი პორნოგრაფიული ვიდეოფილმების ფლობაშია ეჭვმიტანილი. ამის გამო, პოლიციამ მოიპოვა რწმუნება, გაეჩხრიკა ბ.ნი ჩეპელის ობიექტი.

*ჩეპელის საქმის* თავისებურება ის იყო, რომ ანტონ პილერის ბრძანება და პოლიციისთვის ჩხრეკის რწმუნება პარალელურად იქნა გამოყენებული. მოგვიანებით, ინგლისის სასამართლომ სასამართლო პროცესებზე დაადასტურა, რომ „ანტონ პილერის ბრძანების აღსრულება არასწორად არ განხორციელებულა“. გარდა ამისა, ბრძანების აღსრულება ჩხრეკის რწმუნების პარალელურად იქნა გამოყენებული, „რამაც პროცესი უფრო მეტად რეპრესიული გახადა, ვიდრე კანონით იყო გათვალისწინებული“. სააპელაციო სასამართლომ უცვლელად დატოვა პირველი ინსტანციის სასამართლოს გადაწყვეტილება და ბ-ნი ჩეპელის საჩივარი არ დააკმაყოფილა. ამავე დროს, ბ-ნ ჩეპელს ლორდთა პალატაში გადაწყვეტილების გასაჩივრების უფლება არ დაუტოვა. 1982 წლის ოქტომბერში, ბ-ნმა ჩეპელმა საჩივარი სტრასბურგის სასამართლოში შეიტანა, სადაც კონვენციის მე-8 მუხლის სავარაუდო დარღვევას ამტკიცებდა.

წინამდებარე სტატიაში მოცემული ანალიზისთვის უნდა აღინიშნოს, რომ ბ-ნი ჩეპელი ბიზნესს საკუთარ ტერიტორიაზე აწარმოებდა, რომელიც ნაწილობრივ მისი საცხოვრებელი ადგილის ფუნქციასაც ასრულებდა(*Heringa and Zwaak, in Van Dijk e.a.723)*.

სასამართლოსთვის ნათელი იყო, რომ მოსარჩელესთან მიმართებაში კონვენციის მე-8 მუხლით გარანტირებული უფლებები დარღვეული იყო, მაგრამ ევროპული სასამართლო, ეროვნულ სასამართლოსთან ერთად, იმ გადაწყვეტილებამდე მივიდა, რომ მოსარჩელის უფლებებში ასეთი ჩარევა ინგლისური კანონების მიხედვით, დარღვევას არ წარმოადგენდა (*Kastanas, 46*). სასამართლომ ასევე გამოარკვია, რომ ბრძანება ლეგიტიმური მიზნით იყო გაცემული და აღსრულებული, ხოლო ბრძანების აღსრულების დროს ადგილობრივ დონეზე მოსარჩელის საკმარისი გარანტიები იყო უზრუნველყოფილი. ვინაიდან მოსარჩელის თავის საჩივარში, ძირითადად, ბრძანებისა და ჩხრეკის თანადროული აღსრულების წინააღმდეგ დავობდა, სასამრთლომ დაადგინა, რომ 66-ე პარაგრაფის

თანახმად, მოსარჩელეს არ უთხოვია, რომელიმე ღონისძიების გადავადება, ვიდრე პირველი არ დასრულდებოდა“. სასამართლოს კიდევ ერთი დასკვნა ის იყო, რომ „ბ-ნ ჩეპელს საშუალება ჰქონდა, დაეცვა თავისი ინტერესები ბრძანების აღსრულების პერიოდში“.

ამდენად, სასამართლოს გადაწყვეტილების თანახმად, კონვენციის მე-8 მუხლის დარღვევას ადგილი არ ჰქონია. ასეთი გადაწყვეტილების საფუძვლად, სასამართლომ, ძირითადად, პროპორციულობის პრინციპი გამოიყენა (*Kastanas, 63*).

ჩეპელის საქმიდან ჩანს, რომ სასამართლომ წევრ-სახელმწიფოს გარკვეული დისკრეციული უფლებამოსილება დაუტოვა. განაჩენის 54-ე პარაგრაფში სასამართლო ხაზგასმით აღნიშნავს, რომ მისი „უფლებამოსილება, გადახედოს ადგილობრივ კანონებს, შეზღუდულია“. ადგილობრივი განაჩენები უცვლელი დარჩა, სასამართლოს საქმეში დარღვევა არ აღმოუჩენია, ხოლო პროფესიული საქმიანობის ადგილის ხელშეუხებლობის დაცვის საკითხისადმი სასამართლომ ჩაურევლობის პოლიტიკა აირჩია (*Jacobs & White, 254)*. თუკი ადგილობრივ დონეზე ჩხრეკის წინააღმდეგ დაცვის მექანიზმები საერთოდ არ იარსებებდა, მაშინ წევრი-სახელმწიფოების გაფართოებული დისკრეციული უფლებამოსილების დატოვება სასამართლოსთვის პრობლემური იქნებოდა, განსაკუთრებით მაშინ, თუ სასამართლო დაადგენდა, რომ ქვეყნის საკანონმდებლო სისტემა უზრუნველყოფს საკმარის დაცვით მექანიზმებს თვითნებური/მიკერძოებული გადაწყვეტილებების წინააღმდეგ.

მხოლოდ რამდენიმე წლის შემდეგ შეიცვალა სასამართლოს დამოკიდებულება. ბოლო პერიოდში, შედარებით სამართალშიც აღინიშნება ცვლილებები სხვადასხვა მიმართულებით.

### 3. განსხვავებული მიდგომები შედარებით სამართალში

ზემოთ განხილული პრობლემისადმი იმ დროისთვის არსებული მიდგომებიდან, როცა სასამართლომ *ჩეპელის საქმეზე* გამოიტანა გადაწყვეტილება, ორი მათგანი განსაკუთრებული აღნიშვნის ღირსია. პირველი მათგანი საერთაშორისო დონის, ხოლო მეორე ეროვნული დონის პრაქტიკაა. ეროვნულ დონეზე იმ ქვეყნის სამართალს განვიხილავთ, რომელშიც ზემოთ განხილულ შემთხვევას ჰქონდა ადგილი. აღნიშნულმა პრეცედენტმა სამართალწარმოების განვითარებაში გადამწყვეტი როლი ითამაშა.

*ჩეპელის საქმეზე* სასამართლოს მიერ განაჩენის გამოტანიდან ექვსი თვის შემდეგ კიდევ ერთი ევროპული ინსტიტუტი დადგა პროფესიული საქმიანობის ხელშეუხებლობის დარღვევის პრობლემის წინაშე. ამ საქმესთან დაკავშირებით, *ჰოხსტი კომისიის წინააღმდეგ,* ევროპის კავშირის მართლმსაჯულების სასამართლომ უარი თქვა დაცვის უზრუნველყოფაზე იმ მოტივით, რომ ხელშეუხებლობის პრინციპი ვრცელდებოდა მხოლოდ სახლზე და არა პროფესიული საქმიანობის ადგილზე. ევროპული საზოგადოების მართლმსაჯულების სასამართლომ გამოარკვია, რომ ევროპული საზოგადოების წევრ-სახელმწიფოებში მნიშვნელოვნად განსხვავებული სისტემები იყო დამკვიდრებული საკუთრების დაცვის, როგორც ხარისხის, ისე ტიპების მიხედვით. გარდა ამისა, ევროპული საზოგადოების მართლმსაჯულების სასამართლომ გამოარკვია, რომ ადამიანის უფლებათა ევროპულ სასამართლოში მსგავსი სამართალწარმოების პრეცედენტს ადგილი არ ჰქონია[2]. სასამართლომ დაადგინა, რომ კონვენციის მე-8 მუხლის დაცვა, რომელიც პიროვნების სახლის ხელშეუხებლობას უზრუნველყოფდა, პირის პროფესიული საქმიანობის ადგილზე ვერ გავრცელდებოდა (*Sudre, 407*). ევროპული საზოგადოების მართლმსაჯულების სასამართლომ ევროპული საზოგადოების ინსტიტუტის გადაწყვეტილების გადახედვა საფუძველმოკლებულად მიიჩნია (გადაწყვეტილების გადახედვის საფუძვლები იხილეთ შემდეგ ავტორთან *Shaw, 499, 522-3*).

აღნიშნული გადაწყვეტილება გავრცელდა იმავე წელს ევროკავშირის მართლმსაჯულების სასამართლოს მიერ განხილულ სხვა საქმეებზე [3].

გერმანულ სასამართლოს კი აბსოლუტურად საპირისპირო მიდგომა ჰქონდა. მათ უფრო ფართო ინტერპრეტაცია გაუკეთეს გერმანიის ძირითადი კანონის მე-13 მუხლით გათვალისწინებულ კონსტიტუციურ გარანტიებს. კერძოდ კი, სახლის ხელშეუხებლობის დაცვა პროფესიული საქმიანობის ადგილზეც ვრცელდებოდა. ასეთივე პოზიცია ჰქონდა ფედერალურ კონსტიტუციურ სასამართლოს [4].

ამავდროულად, გერმანიის კანონმდებლობაც იდენტურ პრინციპს ეფუძნებოდა. სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსით დადგენილი იყო, რომ სახლის ან პიროვნების საკუთრებაში არსებული სხვა ობიექტების, რომლებიც დანაშაულებრივ საქმეში არ ფიგურირებს, ჩხრეკა, დასაშვებია მხოლოდ კანონით გათვალისწინებულ შემთხვევებ-

[2] *Hoechst v. Commission [1989] ECR 2859, 2924*

[3] *Dow Benelux v. Commission [1989] ECR 3137, 3157* and *DowChemical Iberica and others v. Commission [1989] ECR 3165,3185*

[4] *judgment of 13 October 1971, Entscheidungssammlung des Bundesverfassungsgerichts, vol. 32, 54*

ში. ასეთივე იყო ფედერალური საკონსტიტუციო სასამართლოს დამოკიდებულებაც. პროფესიული საქმიანობის ადგილზე ვრცელდებოდა ხელშეუხებლობის დაცვა[5].

ამდენად, საერთაშორისო ინსტანციების მიდგომა განსხვავდებოდა გერმანიის ადგილობრივი კანონისგან იმ პერიოდში, როცა ადამიანის უფლებათა ევროპულ სასამართლოში, 1992 წელს, *ნიმიცი გერმანიის წინააღმდეგ* საქმის განხილვის დრო დადგა[6].

## 4. კანონის დამკვიდრება

*ნიმიცის საქმე* აღიძრა პრაქტიკოსი იურისტის სარჩელის საფუძველზე ფრაიბურგიდან (ბრაისგაუ, გერმანია). მოსარჩელე, ქალაქის საბჭოს წევრი და, ამავდროულად, ანტიკლერიკალური ჯგუფის აქტივისტიც იყო. პოლიტიკურმა პარტიამ, რომლის სიიდანაც აირჩიეს იგი ქალაქის საბჭოს წევრად, გამოიყენა მისი მისამართი საფოსტო ყუთის ნომრით პარტიული მიზნებისთვის და კორესპონდენციისთვის.

ამ მისამართიდან უცნობმა პიროვნებამ გაგზავნა წერილი მოსამართლის სახელზე, რომელიც შეურაცხმყოფელ ელემენტებს შეიცავდა. შეურაცხყოფა მოსამართლის მიერ განხილულ ერთ-ერთ საქმეს უკავშირდებოდა, რომელიც იმ საეკლესიო გადასახადებს ეხებოდა, რომელთა წინააღმდეგ ანტი-კლერიკალური ჯგუფები მართავდნენ კამპანიას. ამ ფაქტმა ეჭვი აღძრა, რომ, ან თავად მოსარჩელე, ან მისი კლიენტი იყო წერილის ავტორი. ამდენად, საჯარო პროკურორმა მოიპოვა სასამართლოს რწმუნება, გაეჩხრიკათ მოსარჩელის იურიდიული ოფისი. ჩხრეკა ოფისის ორი ასისტენტის თანდასწრებით, განხორციელდა. მოსარჩელემ, ვიდრე სტრასბურგის სასამართლოს მიმართავდა, ადგილობრივი იურიდიული მექანიზმები ამოწურა ჩხრეკის ღონისძიების განხორციელების წინააღმდეგ.

სასამართლომ ამ საქმის განხილვის შემდეგ დაადგინა, რომ კონვენციის მე-8 მუხლით გათვალისწინებული, მოსარჩელის გარანტირებული უფლების დარღვევას ჰქონდა ადგილი.

სასამართლომ ასევე აღნიშნა, რომ ზოგიერთ სახელმწიფოში სიტყვა „სახლი“, რომელიც კონვენციის ინგლისური ტექსტის მე-8 მუხლშია გამოყენებული, „პროფესიული საქმიანობის ხელშეუხებლობაზეც ვრცელდება“ (განაჩენის 30-ე პარაგრაფი). სასამართლოს კიდევ ერთი შენიშვნა, განაჩენის იმავე პარაგრაფში, გახლდათ ის, რომ „ასეთი ინტერპრეტაცია სრულიად ჰარმონიზებულია ფრანგულ ტექსტთან, ვინაიდან სიტყვას „საცხოვრებელი ადგილი“ უფრო ფართო მნიშვნელობა აქვს, ვიდრე სიტყვას „სახლი“ და, ამდენად, მასში პიროვნების პროფესიული საქმიანობის ადგილიც შეიძლება მოვიაზროთ“.

თუმცა სასამართლომ დაადგინა, რომ კონვენციით გათვალისწინებული მოსარჩელის უფლებაში ჩარევა კანონის დაცვით მოხდა და მიზეზის ლეგიტიმურობა კითხვის ნიშნის ქვეშ არ დამდგარა, ვინაიდან არც მოსარჩელე მოითხოვდა ამას. მეორე მხრივ, სასამართლომ დაადგინა, რომ ჩარევა არ იყო მიზნის პროპორციული და რომ დემოკრატიულ საზოგადოებაში იურისტის ოფისის ჩხრეკა დაცვის სპეციალური პროცედურული გარანტიებით უზრუნველყოფის გარეშე (პარაგრაფი 73). საბოლოო ჯამში, სასამართლომ გამოარკვია, რომ კონვენციის მე-8 მუხლით გათვალისწინებული უფლების დარღვევას ჰქონდა ადგილი.

ნიმიცის საქმეზე გამოტანილი განაჩენი გადამწყვეტი მნიშვნელობის იყო და სასამართლო პრაქტიკის განვითარების კურსი შეცვალა. ეს იყო პირველი პრეცედენტი, როცა სასამართლომ პროფესიული საქმიანობის ადგილის ხელშეუხებლობის უფლება მიანიჭა ფიზიკურ პირს (***Heringa and Zwaak in Van Dijk, 723; Jacobs & White, 255; Renucci, 164***). პროფესიული საქმიანობის ადგილის დაცვა გარანტირებული უნდა ყოფილიყო თვითნებური ჩხრეკისგან. ამ პრეცედენტის შემდეგ აღნიშნული მიდგომა კანონად იქცა.

## 5. კანონის შემდგომი განვითარება

*ნიმიცის საქმის* განხილვის შედეგად ჩამოყალიბებულ წესს, რომელიც პროფესიული საქმიანობის ადგილის ხელშეუხებლობის დაცვას ითვალისწინებს, სასამართლოები მას შემდეგ იცავენ (5.1). იყო განაჩენებიც, რომლებშიც სასამართლომ კიდევ უფრო განავრცო მისი აღსრულების სფერო (5.2).

### 5.1. პრეცედენტის დამკვიდრება

ნიმიცის საქმის პრეცედენტი განმეორდა *კრემიუ საფრანგეთის წინააღმდეგ* საქმეში[7]. საქმეში მოსარჩელე იყო ღვინის საბითუმო ფირმის თავმჯდომარე და მმართველი დირექტორი, რომლის სათავო ოფისი მარსელში მდებარეობდა. 1976-1980 წლებში ჩატარებული საგამოძიებო ღონისძიებების ფარგლებში, ფრანგმა მებაჟეებმა განახორციელეს ოთხმოცდასამი საგამოძიებო ოპერაცია, მოსარჩელის ფირმის სათავო ოფისის და მისი სახლის ჩხრეკის ჩათვლით.

[5] *Art. 103 Code of Criminal Procedure of the Federal Republic of Germany*

[6] *Niemietz v. Germany, app. No. 13710/88*, judgment of 16 December 1992

[7] *Crémieux v. France, ( app. No. 11471/85),* judgment of 25 February 1993

სისხლის სამართლის წარმოება მოსარჩელის წინააღმდეგ მისთვის ჯარიმის დაკისრებით დასრულდა. მისი ფირმაც დაჯარიმდა. მან გადაწყვეტილება ადგილობრივ სასამართლო ინსტანციებში გაასაჩივრა კონვენციის მე-8 მუხლის დარღვევის საფუძვლით მანამ, ვიდრე თავად გამომძიებელი გაასაჩივრებდა სასამართლოს გადაწყვეტილებას. ზემდგომ ინსტანციაში, სააპელაციო სასამართლოს რაიონული სასამართლოსგან განსხვავებული გადაწყვეტილება არ გამოუტანია აღნიშნულ საქმეზე. უზენაესი სასამართლოს გადაწყვეტილებითაც აღნიშნული მუხლის დარღვევას ადგილი არ ჰქონია. ბოლოს მოსარჩელემ სტრასბურგის სასამართლოს მიმართა.

ადამიანის უფლებათა ევროპულმა სასამართლომ დაადგინა, რომ მოსარჩელის კონვენციის მე-8 მუხლით გათვალისწინებული უფლება დაირღვა. საგამოძიებო ღონისძიებები ლეგიტიმური მიზეზით განხორციელდა ადგილობრივი კანონმდებლობის მიხედვით, მაგრამ სასამართლომ გადაწყვიტა, რომ მსგავსი ჩარევა „არ წარმოადგენდა საჭიროებას დემოკრატიულ საზოგადოებაში (განჩინების 36-ე პარაგრაფი).

სასამართლომ, პრაქტიკულად, გაიმეორა *ჩეპელის საქმე*ზე მიღებული გადაწყვეტილების პრეცედენტი, რომლის არსიც იმაში მდგომარეობდა, რომ სახელმწიფოებს რჩებათ დისკრეციული უფლებამოსილება ჩარევის საჭიროების შეფასების საკითხში. თუმცა სასამართლომ განჩინებაში ხაზი გაუსვა, რომ დისკრეციული უფლებამოსილება უნდა შეესაბამებოდეს „ევრუპული ზედამხედველობის პრინციპებს“ (პარაგრაფი 38). ევროპული ზედამხედველობის იდეის ხაზგასმა და, ამავდროულად, წევრი სახელმწიფოებისთვის დისკრეციული უფლებამოსილების დატოვება ჩხრეკისა და თვითნებური გადაწყვეტილებების კონტროლის მიმართ სასამართლოს ახლებურ მიდგომას ასახავდა, მიუხედავათ იმისა, რომ საკითხის მიმართ სასამართლოს ძირეული დამოკიდებულება უცვლელი რჩებოდა.

სასამართლოს მთავარი პრინციპი ის იყო, რომ კანონმდებლობაში და რეალობაში ჩხრეკის განხორციელებისას „დაცული უნდა იქნეს ადეკვატური და ეფექტური ზომები უფლებების დარღვევის პრევენციისთვის“ (39-ე პარაგრაფი). უნდა აღინიშნოს, რომ ეს მიდგომა საბოლოოდ დამკვიდრდა სასამარლო საქმეთა წარმოებაში. „უფლების დაცვის მექანიზმების“ შემოწმება *ჩეპელის საქმიდან* დაიწყო და *ნიმიცის* საქმეშიც განმეორდა. სასამართლოს შეფასებებში უფლებების დარღვევების წინააღმდეგ არსებულ დაცვით მექანიზმებს ყოველთვის გადამწყვეტი მნიშვნელობა ჰქონდა (*იხილეთ, იაკობი თეთრის წინააღმდეგ 255*, აღნიშნულ საქმეზე გადაწყვეტილების გამოტანისას დაცულ იქნა ნიმიცის პრეცედენტი).

სასამართლომ დაადგინა, რომ ადგილი ჰქონდა კონვენციის მერვე მუხლით გათვალისწინებული უფლებების დარღვევას და ამით დაადასტურა თვითნებური ჩხრეკის ფაქტების მიმართ მისი წინა მსჯელობების და მიდგომის სისწორე. თუმცა უნდა აღინიშნოს, რომ ყველა ზემოთ მოხსენიებულ საქმეში მოსარჩელე ფიზიკური პირი იყო. სასამართლოს წინაშე კიდევ ერთი გამოწვევა იდგა: მოხდებოდა თუ არა პროფესიული საქმიანობის ადგილის ხელშეუხებლობის პრინციპის გავრცობა იურიდიულ პირებზე და კომპანიებზე.

### 5.2. პრეცედენტის გავრცობა

*ნიმიცის* საქმეში გამოყენებული პრინციპის, ფიზიკური პირების საცხოვრებელი ადგილის ხელშეუხებლობის დაცვის კომპანიებზე გავრცობის საკითხი, პირველად 2002 წელს წამოიჭრა საფრანგეთში ***Société Colas Est*** საქმესთან დაკავშირებით [8].

საფრანგეთის მთავრობამ ეროვნულ საგამოძიებო ოფისს დაავალა ფართომასშტაბიანი გამოძიების ჩატარება საჯარო სამუშაოების შემსრულებელი კონტრაქტორების საქმიანობასთან დაკავშირებით. 1985 წლის ნოემბერში, ინსპექტორებმა თანადროული რეიდი ჩაატარეს ორმოცდათექვსმეტ კომპანიაში მენეჯმენტის თანხმობის გარეშე და ამოიღეს ათასობით დოკუმენტი. მოსარჩელის კომპანიების ოფისებიც რეიდის ობიექტი გახდა.

მოსარჩელე კომპანიებმა ინსპექტორების მიერ სასამართლო რწმუნების გარეშე ჩატარებული ჩხრეკა და დოკუმენტების ამოღება საფრანგეთის სასამართლო ინსტანციებში 1945 წლის ბრძანებულების მიხედვით გაასაჩივრეს. მოსარჩელეები ასევე დაეყრდნენ კონვენციის მე-8 მუხლს. პარიზის სააპელაციო სასამართლომ დაადგინა, რომ კონვენციის მე-8 მუხლის დარღვევას ადგილი არ ჰქონია. მოსარჩელე კომპანიები დაჯარიმდნენ, ხოლო საკასაციო საჩივრის მიღებაზე უარი ეთქვათ. მოსარჩელეებმა სტრასბურგის ადამიანის უფლებათა ევროპულ სასამართლოს მიმართეს კონვენციის მე-8 მუხლის სავარაუდო დარღვევის მიზეზით.

საფრანგეთის მთავრობამ საჭიროდ არ ჩათვალა *ნიმიცის* პრეცედენტის გამეორება. მათ განაცხადეს, რომ, „მიუხედავად იმისა, რომ სასამართლოს განჩინების თანახმად, პროფესიული და ბიზნეს მისამართების ხელშეუხებლობა გარან-

[8] *Société Colas Est and Others v. France (app. No. 37971/97)*, judgment of 16 April 2002

ტირებულია კონვენციის მე-8 მუხლით, ყველა ის საქმე, რომელზეც აღნიშნული პრეცედენტის გამეორება მოხდა, ეხებოდა ადგილს, სადაც ფიზიკური პირი ახორციელებდა თავის საქმიანობას“ (მთავრობის ხედვა განჩინების 30-ე პარაგრაფიდან).

მთავრობამ არ უარყო ის ფაქტი, რომ იურიდიულ პირებს შესაძლებელია ესარგებლათ იმავე უფლებებით, რაც ფიზიკურ პირებს მიენიჭათ, მაგრამ მაინც თვლიდა, რომ იურიდიულ პირებს „არ შეეძლოთ ისევე მყარად მოეთხოვათ პროფესიული ან ბიზნესის საქმიანობის ადგილის დაცვა, როგორც ეს ფიზიკურ პირებს შეეძლოთ“ (30-ე პარაგრაფი).

მართალია, მთავრობა მიიჩნევდა, რომ მოსარჩელის კომპანიების შემოწმება კონვენციის მე-8 მუხლით გარანტირებულ უფლებებში ჩარევას ნიშნავდა, მაგრამ თვლიდა, რომ საგამოძიებო ღონისძიებების განხორციელებისას ადგილი არ ჰქონია თვითნებურ ქმედებას, რადგან ადგილობრივი სასამართლო განხილვა, თუნდ პოსტფაქტუმ ჩატარებული, იყო ეფექტური და სამართლიანი. აღნიშნული განცხადება, ბუნებრივია, სასამართლოს მიერ გამოყენებული „ხელშეუხებლობის გამოცდის“ დასაძლევად იყო მიმართული.

სასამართლომ კი დაადგინა, რომ ადგილობრივ კანონმდებლობაში, იმ პერიოდში, როცა აღნიშნულ მოვლენებს ჰქონდა ადგილი, დაცვის სათანადო მექანიზმები არ არსებობდა. ამდენად, სასამართლომ გამოიყენა როგორც *ნიმიცის* პრეცედენტი, ისე ხელშეუხებლობის გამოცდაც.

პირველ რიგში, სასამართლომ განაცხადა, რომ ადამიანის უფლებათა ევროპული კონვენცია ცოცხალი ორგანიზმი იყო. ამდენად, მისი ინტერპრეტაცია თანამედროვე პირობების გათვალისწინებით უნდა მომხდარიყო. კონვენციის დინამიკური ინტერპრეტაციის შედეგად, სასამართლომ განაცხადა: „მოვიდა დრო, როცა კონვენციის მე-8 მუხლით გათვალისწინებული გარანტიები კომპანიის იურიდიული ოფისის, ფილიალების და სხვა ბიზნეს ობიექტების ხელშეუხებლობაზეც უნდა გავრცელდეს“ (განჩინების 41-ე პარაგრაფი).

სასამართლომ ასევე დაადგინა, რომ ჩატარებული ღონისძიებები კანონის შესაბამისი იყო და ისეთ ლეგიტიმურ მიზნებს ემსახურებოდა, როგორებიცაა ქვეყნის კეთილდღეობა და დანაშაულის პრევენცია. დაბოლოს, სასამართლომ დაადგინა, რომ მოსარჩელის კომპანიის უფლებებში ჩარევა დემოკრატიულ საზოგადოებაში საჭირო არ იყო და, ამდენად, მოსარჩელის წინააღმდეგ განხორციელებული ქმედება კონვენციის მე-8 მუხლის დარღვევად მიიჩნია (***Barkhuyisen/van Emmerik, 15-6***). სასამართლომ ამ შემთხვევაშიც, სახელმწიფოებს დაუტოვა დისკრეციული უფლებამოსილების საშუალება უფლებებში ჩარევის საჭიროების შეფასების საკითხში, თუმცა აღნიშნა, რომ ჩატარებული ღონისძიებები „ევროპული ზედამხედველობის პრინციპებს“ უნდა შეესაბამებოდეს (წევრი სახელმწიფოებისთვის დისკრეციული უფლებამოსილების საშუალების დატოვებასთან დაკავშირებით ევროპული ზედამხედველობის საკითხი იხილეთ ავტორთან, დ. პოპოვიჩი, 112).

ხელშეუხებლობის ტესტის გამოყენებით, სასამართლომ ხაზი გაუსვა „უფლებების ხელყოფის წინააღმდეგ ადეკვატური და ეფექტური დაცვის მექანიზმების“ საჭიროებას (48-ე პარაგრაფი). სასამართლოს განჩინება შემდეგნაირი იყო (49-ე პარაგრაფი): „მიუხედავად იმისა, რომ იურიდიული პირის პროფესიულ საქმიანობაში ჩარევის მიზნები შესაძლოა, გამართლებული იყოს, სასამართლო თვლის, რომ მოცემულ საქმესთან დაკავშირებით განხორციელებული საგამოძიებო ღონისძიებები ლეგიტიმური მიზნების პროპორციული არ იყო“.

ამგვარი გადაწყვეტილებით, სასამართლომ *ნიმიცის* პრეცედენტი განავრცო იურიდიულ პირებზე და კომპანიებზე პროფესიული საქმიანობის ხელშეუხებლობის დაცვის საკითხში (***Heringa and Zwaak in Van Dijk e.a. 723***). ეს კი სასამართლო პრაქტიკაში მნიშვნელოვანი, წინ გადადგმული ნაბიჯი იყო.

## 6. დაცვის ლიმიტები

ბოლო დროის სასამართლო პრაქტიკამ კონვენციის მე-8 მუხლით გათვალისწინებული უფლების, პროფესიული საქმიანობის დაცვასთან დაკავშირებით, ინტერპრეტაციაში გარკვეული ლიმიტების დაწესების საჭიროება მოიტანა. შეზღუდვები 2005 წელს *ლევი და ფილონი საფრანგეთის წინააღმდეგ* საქმის განხილვისას დაწესდა[9].

ეს უკანასკნელი საქმე რამდენადმე თავისებური იყო და მოსარჩელეები, მიუხედავად იმისა, რომ ერთი და იგივე ადვოკატი იცავდათ, განსხვავებული ნიუანსებით წარსდგნენ სასამართლოს წინაშე. მოსარჩელეები ფერმერები იყვნენ, თითოეულ მათგანს მსგავსი სასოფლო-სამეურნეო ბიზნესი ჰქონდა, კონკრეტულად კი ღორების ფერმა. მათი საქმიანობა ვეტერინარული სამსახურის პირდაპირ ინსპექციას ექვემდებარებოდა.

პირველი მოსარჩელე, ბ-ნი ლევი მის მეუღლესთან ერთად ფლობს შეზღუდული პასუხისმგებლობის კომპანიას და ფერმას მისი საცხოვრებელი ადგილის მეზობელ რაიონში. ფერმა მისი ბინიდან

[9] *Leveau and Fillon v. France (app. Nos. 63512/00 and 63513/00),* judgment of 6. September 2005

რამდენიმე კილომეტრშია. 1997 წლის ერთ დღეს ინსპექტორი ეწვია ფერმას ეკოლოგიური ნორმების დაცვის შესამოწმებლად. მოსარჩელე იმ დროს მივიდა ფერმაში, როცა რევიზია მიმდინარეობდა. ინსპექტორმა ფერმაში მყოფი ღორები დათვალა, სულ 210 სული. რაოდენობის მიხედვით, ფერმა ისეთი მეურნეობის კატეგორიაში შედიოდა, რომელშიც 40-ზე მეტ და 450-ზე ნაკლებ ღორს ზრდიან. მოსარჩელემ ინსპექტორს ვერ წარმოუდგინა რაიმე ადმინისტრაციული აქტი, რომლის თანახმადაც, ასეთი მეურნეობის წარმოების უფლება ჰქონდა.

ბ-ნმა ლევიმ პირველი ინსტანციის სასამართლო პროცესზე განაცხადა, რომ ინსპექტორის ვიზიტის შესახებ მას წინასწარ არ შეატყობინეს და, გარდა ამისა, ინსპექტორის მიერ დათვლილი ღორების რაოდენობა არაზუსტი იყო. ამასთან ერთად, მოსარჩელე მისი სამყოფი ადგილის ხელშეუხებლობის უფლების დარღვევაზე მიუთითებდა. სასამართლომ კი დაადგინა, რომ დარღვევას ადგილი არ ჰქონია.

სააპელაციო სასამართლოს გადაწყვეტილების თანახმად კი, სამყოფი ადგილი, პრინციპში, შეიძლება გულისხმობდეს პირის პროფესიული და კომერციული საქმიანობის ადგილს, თუმცა მოსარჩელის მტკიცებისგან განსხვავებით „ღორების ფერმა, რომელიც ექსკლუზიურად მხოლოდ ღორების მოსაშენებლადაა შექმნილი, არავითარ შემთხვევაში არ შეიძლება ჩაითვალოს პირის სამყოფ ადგილად, რომლის ხელშეუხებლობა კონვენციის მე-8 მუხლითაა გარანტირებული“.

საკასაციო სასამართლომ მოსარჩელის მეორე საჩივარი არ მიიღო იმ მოტივით, რომ ინსპექტორის ვიზიტი ეკოლოგიური ნორმების დაცვის შესამოწმებლად კანონიერი იყო და წინასწარ გაფრთხილებას არ საჭიროებდა. ამ შემთხვევაში არც საცხოვრებელი ადგილის ჩხრეკას ჰქონია ადგილი. საბოლოოდ, ბ-ნმა ლევიმ საჩივარი ადამიანის უფლებათა ევროპულ სასამართლოში, სტრასბურგში შეიტანა. სარჩელის საფუძველი კონვენციის მე-8 მუხლის დარღვევა იყო.

მეორე მოსარჩელეს, ბ-ნ ფილონს, ოდნავ უფრო განსხვავებული მდგომარეობა ჰქონდა. მისი ფერმა, შენობების კომპლექსის ერთ ნაწილში იყო განთავსებული. მისი პირადი საცხოვრებელი ბინაც ამავე კომპლექსში მდებარეობდა.

ინსპექტორის ვიზიტი მოსარჩელის თანდასწრებით განხორციელდა. ინსპექტორმა აღმოაჩინა, რომ ფერმაში 450 ღორზე მეტი იყო, დაახლოებით 600 სული. ასეთი ზომის ფერმისთვის, მოსარჩელეს პრეფექტის ნებართვა უნდა ჰქონოდა, რომელიც ამ უკანასკნელმა ვერ წარმოუდგინა ინსპექტორს. ვიდრე ის სტრასბურგის სასამართლოს მიმართავდა, ადგილობრივი სასამართლოს გადაწყვეტილებით თავად იქნა დაჯარიმებული.

ადგილობრივ სასამართლო პროცესზე ბ-ნი ფილონი ამტკიცებდა, რომ მისი საცხოვრებელი ადგილის ხელშეუხებლობა იქნა დარღვეული. სააპელაციო სასამართლომ დაადგინა, რომ სოფლის მეურნეობის საწარმოო ადგილი, რომელსაც ინსპექტორი ეწვია, ბ-ნი ფილონის საცხოვრებელი ადგილისგან გამოყოფილი იყო.

საკასაციო სასამართლომ იგივე პოზიცია შეინარჩუნა ბ-ნ ლივის საქმეზე და დაადგინა, რომ ინსპექტორის ვიზიტი წინასწარ შეტყობინებას არ საჭიროებდა და არც საცხოვრებელი ადგილის ჩხრეკას ჰქონია ადგილი.

სტრასბურგის სასამართლოში პირველმა მოსარჩელემ თავდაპირველი სარჩელი შეუცვლელად დატოვა, რომლის თანახმადაც – მისი პროფესიული სამყოფი ადგილის ხელშეუხებლობის უფლება დარღვა ინსპექტორის გაუფრთხილებელი ვიზიტით. მეორე მოსარჩელე კი ამტკიცებდა, რომ ვინაიდან ფერმა იმავე კომპლექსში იყო განთავსებული, სადაც მისი სახლი, კონვენციის მე-8 მუხლით გათვალისწინებული საცხოვრებელი ადგილის ხელშეუხებლობის უფლების დარღვევას ჰქონდა ადგილი.

სასამართლომ გადაწყვიტა, რომ საცხოვრებელი სახლის ცნება, *ნიმიცის* საქმეზე მიღებული გადაწყვეტილების თანახმად, შეიძლება შეიცავდეს ოფისს ან კაბინეტს პირისა, რომელიც ლიბერალური პროფესიული საქმიანობითაა დაკავებული. სასამართლომ ასევე *ჩეპელის საქმის* პრეცედენტის არსებობას გაუსვა ხაზი, რომლის ფარგლებშიც ჩხრეკის ჩატარება პირის სახლსა და, ამავდროულად, ოფისში კონვენციის მე-8 მუხლით გათვალისწინებული უფლების დარღვევად იქნა მიჩნეული. ამ ორ საქმესთან ერთად, სასამართლომ მოიხსენია ***Société Colas Est*** —ის საქმეზე მიღებული გადაწყვეტილება, რომლის თანახმად, კონვენციის მე-8 მუხლის ინტერპრეტაცია შესაძლებელია ისე, რომ ბიზნეს ობიექტის ხელშეუხებლობის გარანტიასაც გულისხმობდეს.

სასამართლომ დაადგინა, რომ ინსპექტორების ვიზიტი კანონის შესაბამისად განხორციელდა, კერძოდ კი, გარემოს დაცვის კანონმდებლობის თანახმად. ინსპექტორებს ლეგიტიმური მიზეზი ჰქონდათ, ხოლო, თუ რამდენად პროპორციული იყო მიზანთან მოსარჩელეების უფლებებში ჩარევა და რამდენად საჭირო იყო ასეთი მოქმედება დემოკრატიულ საზოგადოებაში ან ეკუთვნოდა თუ არა ამ კონკრეტულ შემთხვევებში შემოწმებული ადგილები საცხოვრებელ ადგილს, დასადგენი იყო.

სასამართლომ აღნიშნა, რომ საცხოვრებელი ადგილის ცნება კონვენციის მე-8 მუხლის ფარგლებში შესაძლოა შეიცავდეს პროფესიული საქმიანობის ადგილს. თუმცა სასამართლომ გადაწყვიტა, რომ ამ კონკრეტულ შემთხვევაში მოსარჩელეების ბრალდება უსაფუძვლო იყო.

პირველი მოსარჩელის მტკიცებით, მას ორი საცხოვრებელი ადგილი ჰქონდა, რომლებიც ერთმანეთისგან რამდენიმე კილომეტრით იყო დაშორებული და სხვადასხვა რაიონს ეკუთვნოდა. გარდა ამისა, პირველ შემთხვევაში მოსარჩელე ფიზიკური პირი იყო, რომელიც შეზღუდული პასუხისმგებლობის კომპანიას ფლობდა. სინამდვილეში, ობიექტი კომპანიის საკუთრება იყო და არა ფიზიკური პირის. ამდენად, სასამართლომ ჩათვალა, რომ კონვენციის მე-8 მუხლის დარღვევას ადგილი არ ჰქონია. სარჩელით ბ-ნმა ლევიმ მიმართა სასამართლოს და არა კომპანიამ, რომელიც შემოწმებული ობიექტის რეალური მფლობელი იყო.

მეორე მოსარჩელის შემთხვევაში, სასამართლომ დაადგინა, რომ ინსპექტორის მიერ შემოწმებული ობიექტი, რომელიც სასოფლო სამეურნეო საქმიანობისთვის გამოიყენებოდა და რომელიც მოსარჩელის საცხოვრებელი სახლის გვერდით მდებარეობდა, შენობების იმავე კომპლექსში, არ წარმოადგენდა საცხოვრებელი ადგილის ან ოფისის ნაწილს.

ამდენად, სასამართლოს გადაწყვეტილებით, ღორების ფერმა ვერ ჩაითვლებოდა საცხოვრებელი ადგილის ნაწილად და მასზე პროფესიული საქმიანობის ადგილის ხელშეუხებლობის დაცვის წესი ვერ გავრცელდებოდა კონვენციის მე-8 მუხლის ფარგლებში. შესაბამისად, სასამართლომ მეორე მოსარჩელის საქმის განხილვის შედეგადაც პირველის იდენტური განჩინება გამოიტანა.

ამ შემთხვევაში მოსარჩელეების მთავარი მიზანი იყო, ერთი მხრივ, საცხოვრებელი ადგილის ცნების ფართო დეფინიციის გამოყენება და მეორე მხრივ, ინგლისური გაგებით, სიტყვა „სახლის“ ვიწრო მნიშვნელობისკენ დაბრუნება. აღნიშნული ტენდენციები რამდენადმე ურთიერთსაწინააღმდეგო იყო და ამიტომ, სასამართლოს მოუხდა გარკვეული შეზღუდვების დაწესება სასამართლო პრაქტიკაშივე დამკვიდრებული პრეცედენტის სამომავლო გამოყენებაზე. ის, რომ ხელშეუხებლობის უფლება პროფესიული საქმიანობის ადგილზეც გავრცელდა, იმას არ ნიშნავდა, რომ დაცვის უფლება ამ ცნების ახალი მნიშვნელობით შეუზღუდავი და უკონტროლო იქნებოდა; ლოგიკური მსჯელობის ჩარჩოებიდან გასვლა შეუძლებელი იყო.

## 7. დასკვნა

პროფესიული საქმიანობის ადგილის ხელშეუხებლობის დაცვის გარანტიები ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს მიღწევაა, რომელიც სასამართლო პრაქტიკის შედეგად დამკვიდრდა. მისი იურიდიული საფუძველია ადამიანის უფლებათა ევროპული კონვენციის მერვე მუხლი.

პროფესიული საქმიანობის ადგილის ხელშეუხებლობის დაცვის გარანტია იმ საქმეებზე ვრცელდება, რომლებშიც სასამართლო კონვენციის მე-8 მუხლის დარღვევას დააფიქსირებს. წევრ სახელმწიფოებს დისკრეციული უფლებამოსილება რჩებათ კონვენციით გარანტირებულ უფლებებში ჩარევის საჭიროების განსაზღვრაში. ისკრეციული უფლებამოსილების არეალი კი ევროპული ზედამხედველობით არის შეზღუდული, რომელსაც „ხელშეუხებლობის ტესტი“ შეგვიძლია ვუწოდოთ. სასამართლო ყოველთვის აღიარებს ადგილობივი სასამართლო აღსრულების ღონისძიებების არსებობას და ეფექტურობას, რომელთა მეშვეობით, ჩხრეკის შემთხვევაში, თვითნებური ქმედებების თავიდან აცილება ხდება. თუ ადგილობრივ დონეზე ხელშეუხებლობის გარანტიები ეფექტური არაა, მაშინ სასამართლო თვლის, რომ კონვენციის მე-8 მუხლი ირღვევა.

სასამართლო პრაქტიკის განვითარების პარალელურად, პროფესიული საქმიანობის ადგილის ხელშეუხებლობის დაცვის გარანტიები გაიზარდა ფიზიკურ პირებთან მიმართებაში. თავდაპირველად, მხოლოდ ფიზიკურ პირებზე ვრცელდებოდა პროფესიული საქმიანობის ადგილის ხელშეუხებლობის დაცვის გარანტია, ხოლო ამჟამად კომპანიებს, ანუ იურიდიულ პირებსაც, აქვთ დაცვის გარანტიის მოთხოვნის უფლება.

დაბოლოს, სასამართლო პრაქტიკის წინაშე პროფესიული საქმიანობის ადგილის ხელშეუხებლობის ცნების გავრცობის საკითხი დადგა. სასამართლომ უარი თქვა პროფესიული საქმიანობის ადგილის ცნებაში გაეერთიანებინა ადგილი, სადაც წარმოება მიმდინარეობდა, რადგან საცხოვრებელი ადგილის ყოველდღიურ და ლოგიკურ ინტერპრეტაციას არ შეესაბამებოდა, ფრანგული *პროფესიული სამყოფი ადგილის* გაგებითაც კი. პროფესიული საქმიანობის ადგილად ითვლება მხოლოდ ის ადგილი, საიდანაც ბიზნესის მართვა ხდება.

*(Lausanne, July 2008)*

**ბიბლიოგრაფია**

T.Barkhuysen and M.L.van Emmerik, *A Comparative View on the Execution of Judgments of the European Court of Human Rights, in:* Th.Christou and J.P.Raymond, (eds.), *European Court of Human Rights – Remedies and Execution of Judgments*, London 2005

A.W.Heringa and L.Zwaak, in: P.Van Dijk e.a. (eds.) *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights,* Antwerpen/Oxford 2006

Jacobs & White (C.Owey & R.C.A.White), *The European Convention on Human Rights*, Oxford 2002

E.Kastanas, *Unité et diversité : notions autonomes et marge d'appréciation des Etats dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruxelles 1996

Ph. Leach, *Taking a Case to the European Court of Human Rights*, Oxford 2005

D.Popović, *Evropski sud za ljudska prava / European Court of Human Rights,* Beograd 2008

J.F.Renucci, *Droit européen des droits de l'homme*, Paris 2002

J.Shaw, *Law of the European Union*, New York 2000

F.Sudre, *Droit européen et international des droits de l'homme*, Paris 2005

ჯონი ხეცურიანი

# საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს უფლებამოსილება რეფერენდუმისა და არჩევნების კონსტიტუციურობის საკითხებზე

***ჯონი ხეცურიანი***

*იურიდიულ მეცნიერებათა დოქტორი, პროფესორი, საქართველოს მეცნიერებათა ეროვნული აკადემიის წევრ-კორესპონდენტი.*

საკონსტიტუციო სასამართლოს ამ უფლებამოსილებამ 2005 წლის 27 დეკემბრის კონსტიტუციური კანონით[1] მნიშვნელოვანი ცვლილება განიცადა. ამ ცვლილებამდე საკონსტიტუციო სასამართლოს უფლებამოსილება ამ ნაწილში შემდეგნაირად იყო ჩამოყალიბებული: საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლო „იხილავს რეფერენდუმისა და არჩევნების კონსტიტუციურობის საკითხთან დაკავშირებულ დავას (საქართველოს კონსტიტუციის 89-ე მუხლის პირველი პუნქტის „დ“ ქვეპუნქტი)“. ამ უფლებამოსილების ფარგლებში საკონსტიტუციო სასამართლო განიხილავდა უშუალო დემოკრატიის ორი უმნიშვნელოვანესი ფორმის — რეფერენდუმისა და არჩევნების დანიშვნის (ან არდანიშვნის), სარეფერენდუმო საკითხის, რეფერენდუმისა და არჩევნების ჩატარების კონსტიტუციურობის თაობაზე წამოჭრილ დავებს.

საქართველოს კონსტიტუცია, სამართლებრივი სახელმწიფოსათვის რეფერენდუმისა და არჩევნების განსაკუთრებული მნიშვნელობიდან გამომდინარე, მთელ რიგ მოთხოვნებს ითვალისწინებს უშუალო დემოკრატიის ამ ფორმების გამოყენებასთან დაკავშირებით. ზემოაღნიშნულ კონსტიტუციურ ცვლილებამდე საკონსტიტუციო სასამართლოს ამოცანას წარმოადგენდა, დაედგინა (რა თქმა უნდა, სათანადო სუბიექტის მომართვის შემთხვევაში), რამდენად იყო დაცული ქვეყნის ძირითადი კანონის მოთხოვნები რეფერენდუმისა და არჩევნების ინსტიტუტების გამოყენების დროს. რაც შეეხება ამ ინსტიტუტების მომწესრიგებელი ნორმების (ისევე, როგორც სხვა ნებისმიერი ნორმის თუ ნორმატიული აქტის) კონსტიტუციურობის საკითხს, მისი გადაწყვეტა საკონსტიტუციო სასამართლოს სხვა უფლებამოსილებების ფარგლებში იყო შესაძლებელი. მაშასადამე, სუბიექტს შეეძლო, სადავოდ არ გაეხადა (და შესაძლებელია, მართლაც არ იყო სადავო) არჩევნების ან რეფერენდუმის მომწესრიგებელი ნორმების კონსტიტუციურობა და უშუალოდ მოეთხოვა ჩასატარებელი ან ჩატარებული არჩევნების (რეფერენდუმის) კონსტიტუციურობის შემოწმება. მაგალითად, საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს პლენუმმა 2001 წელს განიხილა საქართველოს პარლამენტის წევრთა სამი ჯგუფის (თითოეული ჯგუფი საქართველოს პარლამენტის წევრთა არანაკლებ ერთ მეხუთედს შეადგენდა) სარჩელები საქართველოს ცენტრალური საარჩევნო კომისიის წინააღმდეგ[2]. მოსარჩელეები მოითხოვდნენ, საკონსტიტუციო სასამართლოს საქართველოს კონსტიტუციის 49-ე მუხლის პირველ პუნქტთან მიმართებით არაკონსტიტუციურად ეცნო: 1) აბაშის საარჩევნო ოლქში საქართველოს პარლამენტის 1999 წლის 14 ნოემბრის მაჟორიტარული სისტემით ჩატარებული არჩევნების მეორე ტურის დანიშვნა და ჩატარება; 2) ფოთის საარჩევნო ოლქში საქართველოს პარლამენტის 1999 წლის 14 ნოემბერს ჩატარებული მაჟორიტარული არჩევნების მეორე ტურის შედეგები; 3) საქართველოს ცენტრალური საარჩევნო კომისიის 1999 წლის 19 ნოემბრის დადგენილება „წალენჯიხის საარჩევნო ოლქის №13 საარჩევნო უბანში ხელახალი ხმის მიცემის შედეგების ბათილად ცნობის შესახებ“. საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს პლენუმმა 2001 წლის 30 მარტის გადაწყვეტილებით სამივე სარჩელი დააკმაყოფილა, რადგანაც დადგენილად მიიჩნია, რომ ზემოაღნიშნულ ოლქებში არჩევნები ჩატარდა საქართველოს კონსტიტუციის 49-ე მუხლის პირველი პუნქტის მოთხოვნათა დარღვევით, რომლის თანახმად, პარლამენტის არჩევნები უნდა ჩატარდეს საყოველთაო, თანასწორი და პირდაპირი საარჩევნო უფლების საფუძველზე,

[1] „საქართველოს საკანონმდებლო მაცნე“, №1, 04.01.06, მუხლი 2.

[2] საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლო. გადაწყვეტილებები, 2000-2001, თბილისი, 2003წ., გვ. 73-94.

ფარული კენჭისყრით. საკონსტიტუციო სასამართლომ აღნიშნული გადაწყვეტილების მისაღებად საჭირო გარემოებები დაადგინა კონსტიტუციური სარჩელების მონაცემების, საკონსტიტუციო სამართალწარმოების მონაწილეთა გამოსვლებისა და განმარტებების, მოწმეთა ჩვენებებისა და საქმეში არსებული წერილობითი მტკიცებულებების გაანალიზების საფუძველზე, ე.ი. საკონსტიტუციო სასამართლომ მოცემულ საქმეზე არჩევნები ცნო არაკონსტიტუციურად ფაქტობრივ გარემოებებზე დაყრდნობით ისე, რომ არჩევნების მომწესრიგებელი ნორმების კონსტიტუციურობის საკითხი საერთოდ არ დასმულა.

მეორე საქმე, რომელიც განიხილა საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლომ 2005 წელს „საქართველოს მოქალაქეები — გურამ სანაძე და ირაკლი კოტეტიშვილი საქართველოს პარლამენტის წინააღმდეგ“, შეეხებოდა საქართველოს ორგანული კანონის „საქართველოს საარჩევნო კოდექსის“ მე-9 მუხლის მე-12 პუნქტის კონსტიტუციურობას საქართველოს კონსტიტუციის 28-ე მუხლის პირველ პუნქტთან მიმართებით[3].

სადავო ნორმის მიხედვით, „აკრძალულია ამომრჩეველთა სიებში ცვლილებების შეტანა არჩევნების დღემდე ბოლო 10 დღის განმავლობაში, ხოლო არჩევნების დღემდე მე-19-დან მე-10 დღემდე ცვლილება შეიტანება მხოლოდ სასამართლოს გადაწყვეტილებით“. მოსარჩელე აღნიშნავდა, რომ იგი სწორედ არჩევნების დღეს დაბრუნდა მივლინებიდან, მივიდა საარჩევნო უბანში, სადაც აღმოჩდა, რომ იგი საარჩევნო სიაში არ იყო შეტანილი და, ამის გამო, ხმის მიცემის უფლება არ მისცეს. აქედან გამომდინარე, მოსარჩელე მიიჩნევს, რომ საარჩევნო კოდექსის სადავო ნორმა ხელყოფს საქართველოს კონსტიტუციის 28-ე მუხლის პირველი პუნქტით აღიარებულ და გარანტირებულ მის საარჩევნო უფლებას. საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლომ 2005 წლის 24 იანვრის გადაწყვეტილებით, დააკმაყოფილა სარჩელი და არაკონსტიტუციურად ცნო საარჩევნო კოდექსის ზემოაღნიშნული ნორმა, რადგანაც იგი უსაფუძვლოდ ზღუდავდა მოქალაქის საარჩევნო უფლებას. საკონსტიტუციო სასამართლომ სავსებით მართებულად აღნიშნა, რომ ამომრჩეველთა სიების ფორმირება შესაბამის სახელმწიფო უწყებათა მოვალეობაა. როცა მოქალაქე მათი მიზეზით არ იქნა შეტანილი ამომრჩეველთა საერთო სიაში, ეს არ უნდა იყოს საარჩევნო უფლების შეზღუდვის საფუძველი. საარჩევნო კოდექსი უნდა იძლეოდეს შესაბამისი კონსტიტუციური უფლების არა ფორმალურად, არამედ რეალურად განხორციელების შესაძლებლობას.

ამ საქმეზე საკონსტიტუციო სასამართლომ არაკონსტიტუციურად ცნო არჩევნების მომწესრიგებელი ნორმა, ისე, რომ თავად არჩევნების კონსტიტუციურობის საკითხი არ დასმულა.

ასეთი იყო განსახილველ სფეროში საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს უფლებამოსილება და მისი გამოყენების პრაქტიკა, რომელიც, ჩვენი აზრით, სავსებით პასუხობდა არჩევნებისა და რეფერენდუმის საკითხებთან დაკავშირებით კონსტიტუციური კანონიერების სასამართლო დაცვის უზრუნველყოფის ამოცანებს.

2005 წლის მიწურულს საქართველოს კონსტიტუციაში განხორციელებული ცვლილებების შედეგად, საკონსტიტუციო სასამართლოს ზემოაღნიშნული ორი დამოუკიდებელი უფლებამოსილება გაერთიანდა და ერთ სახეობად ჩამოყალიბდა. საკანონმდებლო ნოვაციამ ისეთი სახე მიიღო, რომ ამიერიდან მხოლოდ არჩევნების ან რეფერენდუმის კონსტიტუციურობის შემოწმება საკონსტიტუციო სასამართლოს არ შეეძლება.

საკონსტიტუციო სასამართლო მხოლოდ იმ შემთხვევაში განიხილავს არჩევნების ან რეფერენდუმის კონსტიტუციურობის საკითხს, თუ შესაბამისი სუბიექტი იმავდროულად დააყენებს არჩევნების (რეფერენდუმის) მომწესრიგებელი ნორმების კონსტიტუციურობის საკითხსაც. მაშასადამე, თუ არჩევნების ან რეფერენდუმის მომწესრიგებელი ნორმების კონსტიტუციურობაში ეჭვი არავის შეაქვს, მაგრამ არჩევნები ან რეფერენდუმი ჩატარდა ამ ნორმებისა და კონსტიტუციის მოთხოვნათა დარღვევით, მაშინ ეს საკითხი საკონსტიტუციო სასამართლოს განსჯადი ვერ იქნება.

რაც შეეხება არჩევნების (რეფერენდუმის) მომწესრიგებელი ნორმების არჩევნებისაგან (რეფერენდუმისაგან) დამოუკიდებლად, ცალკე განხილვის შესაძლებლობას, ჩვენი აზრით, საკონსტიტუციო სასამართლოს უფლებამოსილებაში ამ თვალსაზრისით არაფერი შეცვლილა. საკონსტიტუციო სასამართლო ზემოაღნიშნული ცვლილებების შემდეგაც უფლებამოსილია, ცალკე განიხილოს არჩევნების ან რეფერენდუმის მომწესრიგებელი ნორმების კონსტიტუციურობის საკითხი, მისთვის კონსტიტუციითა და კანონმდებლობით მინიჭებული ნორმაკონტროლის ფარგლებში. მაგალითად, საკონსტიტუციო სასამართლოს შეუძლია საქართველოს კონსტიტუციის 89-ე მუხლის პირველი პუნქტის „ვ“ ქვეპუნქტითა და „საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს შესახებ“ საქართველოს ორგანული

[3] საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლო. გადაწყვეტილებები, 2005, თბილისი, 2006წ., გვ.5-17.

კანონის მე-19 მუხლის პირველი პუნქტის „ე“ ქვეპუქტით გათვალისწინებული კომპეტენციით, მოქალაქის სარჩელის საფუძველზე, განიხილოს და გადაწყვიტოს საარჩევნო კოდექსის ამა თუ იმ ნორმის კონსტიტუციურობის საკითხი საქართველოს კონსტიტუციის მეორე თავით აღიარებულ ადამიანის ძირითად უფლებებთან და თავისუფლებებთან მიმართებით. ეს მაგალითი იმიტომაც მოვიყვანეთ, რომ მოქალაქეს, საკონსტიტუციო სასამართლოს შესახებ საქართველოს კანონმდებლობის მიხედვით, არა აქვს უფლება, იდავოს არჩევნების (რეფერენდუმის) კონსტიტუციურობაზე, მაგრამ მას აქვს შესაძლებლობა, იდავოს არჩევნების (რეფერენდუმის) მომწესრიგებელი ნორმების კონსტიტუციურობის თაობაზე.

მაშასადამე, საკონსტიტუციო სასამართლოს უფლებამოსილებაში ზემოაღნიშნული ცვლილების განხორციელების შემდეგ, საკონსტიტუციო სასამართლოს კომპეტენცია არჩევნებისა და რეფერენდუმის კონსტიტუციურობის საკითხის გადაწყვეტასთან მიმართებით შემდეგნაირად ჩამოყალიბდა:

1) საკონსტიტუციო სასამართლო უფლებამოსილია, არჩევნებისა და რეფერენდუმის კონსტიტუციურობის საკითხი განიხილოს მხოლოდ მათი მომწესრიგებელი ნორმების კონსტიტუციურობის საკითხთან ერთად;
2) საკონსტიტუციო სასამართლოს არა აქვს უფლებამოსილება, განიხილოს მხოლოდ არჩევნებისა და რეფერენდუმის კონსტიტუციურობის საკითხი;
3) საკონსტიტუციო სასამართლო უფლებამოსილია, ცალკე განიხილოს არჩევნებისა და რეფერენდუმის მომწესრიგებელი ნორმების კონსტიტუციურობის საკითხი.

საკონსტიტუციო სასამართლოს სრულიად დამოუკიდებელი ორი კომპეტენციის გაერთიანებამ, მათი ერთად განხილვის დავალდებულებამ, ერთი მხრივ, გამოიწვია საკონსტიტუციო სასამართლოს უფლებამოსილებათა ფარგლების შეზღუდვა, ხოლო მეორე მხრივ, წარმოშვა გაუგებრობები, რომლებიც უსათუოდ იჩენენ თავს ამ უფლებამოსილების გამოყენებისას სასამართლოს პრაქტიკაში.

მაგალითად, თუ დავა შეეხება ჩასატარებელი არჩევნების (რეფერენდუმის) კონსტიტუციურობას, მაშინ საკონსტიტუციო სასამართლოს მიერ არჩევნების მომწესრიგებელი ნორმების არაკონსტიტუციურად ცნობა გამორიცხავს მათ გამოყენებას ჩასატარებელი არჩევნებისას, რადგანაც საქართველოს კონსტიტუციის თანახმად, ასეთ სამართლებრივ ნორმებს იურიდიული ძალა აღარ ექნებათ საკონსტიტუციო სასამართლოს შესაბამისი გადაწყვეტილების გამოქვეყნების მომენტიდან (89-ე მუხლის მე-2 პუნქტი). ამ შემთხვევაში საკონსტიტუციო სასამართლო, პრაქტიკულად, ვერც იმსჯელებს ჩასატარებელი არჩევნების (რეფერენდუმის) კონსტიტუციურობაზე. საკონსტიტუციო სასამართლოს უფლებამოსილება ასეთ შემთხვევაში ნორმაკონტროლის ფარგლებს ვერ გასცდება.

იგივე პრობლემები წარმოიშობა უკვე ჩატარებული არჩევნების (რეფერენდუმის) კონსტიტუციურობასთან დაკავშირებული დავის განხილვისას, რადგანაც კანონმდებელმა ამ სფეროში საკონსტიტუციო სასამართლოს უფლებამოსილება უშუალოდ დაუკავშირა არჩევნების (რეფერენდუმის) მომწესრიგებელი ნორმების კონსტიტუციურობის საკითხის გარკვევას, ბუნებრივია, საკონსტიტუციო სასამართლოს არ შეუძლია არჩევნების (რეფერენდუმის) ჩატარებისას გამოვლენილი კონსტიტუციის ნორმების მოთხოვნათა დარღვევის ფაქტები გამოიკვლიოს, დაადგინოს და შეაფასოს. მისი ამოცანა უკვე სხვა რამეა. მან, უწინარეს ყოვლისა, უნდა გადაწყვიტოს საკითხი - კონსტიტუციურია თუ არა არჩევნების (რეფერენდუმის) მომწესრიგებელი სადავოდ გამხდარი ნორმები. ამის შემდეგ, მაგრამ იმავე სასამართლო განხილვის ფარგლებში, თუ საკონსტიტუციო სასამართლო არაკონსტიტუციურად მიიჩნევს გასაჩივრებულ ნორმებს, მან უნდა გადაწყვიტოს მეორე საკითხიც, კერძოდ, რამდენად იმოქმედა ამ არაკონსტიტუციურმა ნორმებმა ჩატარებული არჩევნების (რეფერენდუმის) კონსტიტუციურობაზე. თითქოს ყველაფერი ნათელია. არაკონსტიტუციური ნორმების საფუძველზე ჩატარებული არჩევნები (რეფერენდუმი) არაკონსტიტუციურად უნდა ჩითვალოს. მაგრამ, ჩვენი აზრით, საქმე ასე მარტივად არ უნდა იყოს.

საქმე ისაა, რომ საკონსტიტუციო სასამართლოს მიერ არაკონსტიტუციურად ცნობილი არჩევნების მომწესრიგებელი ნორმა, როგორც ეს უკვე ზემოთ აღვნიშნეთ, იურიდიულ ძალას დაკარგავს მხოლოდ საკონსტიტუციო სასამართლოს შესაბამისი გადაწყვეტილების გამოქვეყნების მომენტიდან, ამიტომ იგი ვერ გამოიწვევს მის საფუძველზე უკვე ჩატარებული არჩევნების არაკონსტიტუციურად ცნობასა და მისი შედეგების ბათილობას. საკონსტიტუციო სასამართლოს ამ გადაწყეტილებას მხოლოდ მომავალი არჩევნებისთვის ექნება მნიშვნელობა, კერძოდ, არაკონსტიტუციურად ცნობილი ნორმა ვერ იქნება გამოყენებული შემდგომი არჩევნებისას.

ზემოაღნიშნული მაგალითები, ჩვენი აზრით, ნათლად გვიჩვენებენ, რომ საჭიროა, არჩევნებისა და რეფერენდუმის კონსტიტუციურობის საკითხებზე საკონსტიტუციო სასამართლოს უფლებამოსილების საკანონმდებლო რეგლამენტაცია დაუბრუნდეს 2005 წლის 27 დეკემბრის კონსტიტუციური კანონის მიღებამდე არსებულ მდგომარეობას, ე.ი. არჩევნების (რეფერენდუმის) მომწესრიგებელი ნორმების კონსტიტუციურობის და არჩევნების (რეფერენდუმის) კონსტიტუციურობასთან დაკავშირებული დავების განხილვის კომპეტენცია ჩამოყალიბდეს საკონსტიტუციო სასამართლოს ორ დამოუკიდებელ უფლებამოსილებად.

საყურადღებოა ის გარემოებაც, რომ 2005 წლის 27 დეკემბრის კონსტიტუციური კანონის მიღების შემდეგ არ ყოფილა შეტანილი შესაბამისი ცვლილებები საკონსტიტუციო სასამართლოს შესახებ კანონმდებლობაში. „საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს შესახებ“ საქართველოს ორგანულ კანონში საკონსტიტუციო სასამართლოს ეს უფლებამოსილება კვლავ თავდაპირველი რედაქციით არის გადმოცემული, კერძოდ, საკონსტიტუციო სასამართლო უფლებამოსილია, განიხილოს და გადაწყვიტოს „დავა რეფერენდუმის ან არჩევნების კონსტიტუციურობის შესახებ“ (მე-19 მუხლის პირველი პუნქტის „დ“ ქვეპუნქტი).

ბუნებრივია, საკონსტიტუციო საამართლოს ამ უფლებამოსილებასთან დაკავშირებული საკითხები „საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს შესახებ“ საქართველოს ორგანულ კანონში განსახილველი უფლებამოსილების შინაარსის შესაბამისად არის მოწესრიგებული – ისე, რომ არ არის გათვალისწინებული ზემოაღნიშნული კონსტიტუციური ცვლილების არსი, არადა კონსტიტუციური ნოვაცია მოითხოვდა არჩევნებთან (რეფერენდუმთან) დაკავშირებული საკონსტიტუციო სასამართლოს უფლებამოსილების ახლებურ რეგლამენტაციას სპეციალურ საკანონმდებლო აქტებში. კანონმდებელმა ეს ჯერ-ჯერობით არ ან ვერ გააკეთა. მიუხედავად ამისა, საჭიროდ მიგვაჩნია, არსებული საკანონმდებლო ნორმების მიხედვით განვიხილოთ ამ უფლებამოსილების შინაარსი და ფარგლები.

უწინარეს ყოვლისა, საჭიროა გაირკვეს, თუ რომელი ორგანოს ან თანამდებობის პირის არჩევნების კონსტიტუციურობის შემოწმების საკითხი შედის საკონსტიტუციო სასამართლოს უფლებამოსილებაში. როგორც ცნობილია, არჩევნების საკითხებს აწესრიგებს საქართველოს ორგანული კანონი „საქართველოს საარჩევნო კოდექსი“[4]. ამ კანონის თანახმად, არჩევნებში მოიაზრება „საჯარო ხელისუფლების წარმომადგენლობითი ორგანოების და საჯარო ხელისუფლების თანამდებობის პირთა არჩევა საყოველთაო არჩევნებით“ (მე-3 მუხლის „ა“ პუნქტი). რადგანაც საჯარო ხელისუფლების ცნება მოიცავს როგორც სახელმწიფო ხელისუფლების, ისე ადგილობრივი თვითმმართველობის ორგანოებს, ამიტომ არჩევნებში „საქართველოს საარჩევნო კოდექსის“ მიხედვით, იგულისხმება საქართველოს პრეზიდენტის, საქართველოს პარლამენტის, ადგილობრივი თვითმმართველობის წარმომადგენლობითი ორგანოს — საკრებულოს, გამგებლისა და მერის არჩევნები (პირველი მუხლი). „საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს შესახებ“ ორგანული კანონიც სწორედ ამის შესაბამისად განსაზღვრავს საკონსტიტუციო კონტროლს არჩევნებთან მიმართებით, კერძოდ, ამ კანონის 37-ე მუხლის, აგრეთვე სხვა ნორმების შინაარსიდანაც ჩანს, რომ საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლო უფლებამოსილია, განიხილოს საქართველოს პრეზიდენტის, საქართველოს პარლამენტის და ადგილობრივი თვითმმართველობის წარმომადგენლობითი ორგანოს — საკრებულოს, გამგებლის, მერიის არჩევნების კონსტიტუციურობასთან დაკავშირებული დავები.

განსახილველი უფლებამოსილების ფარგლებში დავის საგანი შეიძლება იყოს საქართველოს პრეზიდენტის, საქართველოს პარლამენტის, ადგილობრივი თვითმმართველობის წარმომადგენლობითი ორგანოს — საკრებულოს, გამგებლის და მერის არჩევნების დანიშვნისა და ჩატარების თაობაზე საქართველოს კონსტიტუციის მოთხოვნათა სავარაუდო დარღვევის ფაქტები.

არჩევნების კონსტიტუციურობის შემოწმება საკონსტიტუციო სასამართლოს შეუძლია მხოლოდ იმ შემთხვევაში, თუ მისი მომწესრიგებელი ნორმა მოცემულია კონსტიტუციაში. ბუნებრივია, საარჩევნო პროცესის მომწესრიგებელი ყველა ნორმა ვერ იქნება კონსტიტუციით დადგენილი. კონსტიტუცია განსაზღვრავს არჩევნების მხოლოდ ძირითად, არსებით საკითხებს, არჩევნების გამართვის ძირითად პრინციპებს. ამიტომ საკონსტიტუციო სასამართლოს განსჯის სფეროში შეიძლება შედიოდეს კონსტიტუციის მხოლოდ ამ პრინციპებისა და ნორმების დარღვევის კონკრეტული ფაქტები, რაც შეიძლება გამოხატული იყოს როგორც სამართლებრივ აქტებში, ისე სათანადო სუბიექტების ქმედობით.

ზემოაღნიშნულის გათვალისწინებით, არჩევნების კონსტიტუციურობის თაობაზე საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს უფლებამოსილება

[4] საქართველოს საკანონმდებლო მაცნე, 2001 წლის 22 აგვისტო, №25, მუხლი 107.

მოიცავს დავების განხილვასა და გადაწყვეტას შემდეგ საკითხებზე:

1. საქართველოს პრეზიდენტის არჩევნები დაინიშნა საქართველოს კონსტიტუციის 70-ე მუხლის მე-7 პუნქტის, მე-10 პუნქტის ან/და 76-ე მუხლის მე-3 პუნქტის მოთხოვნათა დარღვევით ან არ დაინიშნა ამავე მოთხოვნათა მიუხედავად;
2. საქართველოს პრეზიდენტის არჩევნები გაიმართა საქართველოს კონსტიტუციის 28-ე მუხლის ან/და 70-ე მუხლის მოთხოვნათა დარღვევით;
3. საქართველოს პარლამენტის საერთო ან ხელახალი არჩევნები, ან არჩევნები პარლამენტის წევრის უფლებამოსილების ვადამდე შეწყვეტის გამო, დაინიშნა საქართველოს კონსტიტუციის 50-ე მუხლის მე-3 პუნქტის, მე-5 პუნქტის ან/და 73-ე მუხლის მე-2 პუნქტის მოთხოვნათა დარღვევით ან არ დაინიშნა ამავე მოთხოვნათა მიუხედავად;
4. საქართველოს პარლამენტის არჩევნები გაიმართა საქართველოს კონსტიტუციის 28-ე მუხლის, 49-ე მუხლის პირველი და მე-2 პუნქტების ან/და 50-ე მუხლის მოთხოვნათა დარღვევით;
5. ადგილობრივი თვითმმართველობის ორგანოთა არჩევნები დაინიშნა საქართველოს კონსტიტუციის მე-2 მუხლის მე-4 პუნქტის ან/და 73-ე მუხლის მე-2 პუნქტის მოთხოვნათა დარღვევით ან არ დაინიშნა ამავე მოთხოვნათა მიუხედავად;
6. ადგილობრივი თვითმმართველობის ორგანოთა არჩევნები გაიმართა საქართველოს კონსტიტუციის მე-2 მუხლის მე-4 პუნქტის ან/და 28-ე მუხლის მოთხოვნათა დარღვევით.

რაც შეეხება რეფერენდუმის კონსტიტუციურობას, ამასთან დაკავშირებით საკონსტიტუციო სასამართლოს განსჯადი შეიძლება იყოს დავა შემდეგ საკითხებზე:

1. რეფერენდუმი დაინიშნა საქართველოს კონსტიტუციის 74-ე მუხლის პირველი პუნქტის მოთხოვნათა დარღვევით ან არ დაინიშნა ამავე მოთხოვნათა მიუხედავად;
2. რეფერენდუმის ჩატარება ეწინააღმდეგება საქართველოს კონსტიტუციის 74-ე მუხლის მე-2 პუნქტის მოთხოვნებს;
3. რეფერენდუმი ჩატარებულია საქართველოს კონსტიტუციის 74-ე მუხლის მე-3 პუნქტის მოთხოვნათა დარღვევით.

ჩვენი აზრით, საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს უფლებამოსილება ამ სფეროში მხოლოდ ზემოაღნიშნულით არ უნდა შემოიფარგლებოდეს. საჭიროა სასამართლო ხელისუფლების როლის ახლებურად გააზრება და მისი კიდევ უფრო გაძლიერება არჩევნების გზით ხელისუფლების ორგანოთა ფორმირების პროცესში, კერძოდ, მიზანშეწონილი იქნება, თუ მთელი საარჩევნო პროცესი საკონსტიტუციო და საერთო სასამართლოების მიერ წარიმართება. ამ მიზნით, უწინარეს ყოვლისა, მკაფიოდ უნდა გაიმიჯნოს სასამართლო ხელისუფლების ამ ორ ინსტიტუციას შორის საარჩევნო კომპენტეციები. საერთო სასამართლოების ამოცანა უნდა იყოს არჩევნების მიმდინარეობისას წამოჭრილი სადავო საკითხების ოპერატიულად გადაწყვეტა (მაგალითად, ამომრჩეველთა სიაში უზუსტობის ფაქტების განხილვა-გადაწყვეტა და სხვა). საკონსტიტუციო სასამართლოს უფლებამოსილების ფარგლებში კი უნდა მოექცეს, არჩევნების დანიშვნიდან დაწყებული, მთელ საარჩევნო პროცესზე ზედამხედველობა, არჩევნების შედეგების დადგენა და გამოცხადება. საარჩევნო ადმინისტრაცია უნდა შედგებოდეს საჯარო მოსამსახურეებისგან და საკონსტიტუციო სასამართლოს კონტროლით მოქმედებდეს.

დაახლოებით მსგავსი სისტემაა საფრანგეთში, სადაც კვაზისასამართლო ორგანო — საკონსტიტუციო საბჭო ახორციელებს ამ ფუნქციას[5]. სხვა ქვეყნებში კი საარჩევნო ადმინისტრაციებში უშუალოდ მონაწილეობენ მოსამართლეები ან მაგისტრატურის უმაღლესი საბჭოს მიერ არჩეული პირები (დანია, ალბანეთი, ესტონეთი, ლატვია, მოლდოვა, პოლონეთი, კოსტა-რიკა)[6].

ამასთან დაკავშირებით საგულისხმოა არჩევნების საკითხებზე ვენეციის კომისიის (ევროპული კომისია დემოკრატიისათვის სამართლის მეშვეობით) მიერ მიღებული სახელმძღვანელო მითითებები, რომლებიც სისტემატიზებულია ევროსაბჭოს საპარლამენტო ასამბლეის მიერ 2003 წელს დამტკიცებულ საარჩევნო კოდექსში. ამ კოდექსის 75-ე მუხლში ნათქვამია, რომ, როგორც წესი, საარჩევნო კომისიის შემადგენლობაში უნდა შედიოდნენ: „მოსამართლე ან იურისტი: იქ, სადაც არჩევნების ადმინისტრაციაზე პასუხისმგებლობა სასამართლო ორგანოს აკისრია, მისი დამოუკიდებლობა პროცესის საჯაროობით უნდა იყოს გარანტირე-

[5] იხ. Конституционный контроль в зарубежных странах. отв. ред. В.В. Маклаков. – М.: Норма, 2007, с. 192-196.

[6] M. Tomozek. Judicial control of election in Czech Republic, Poland and Slovakia-guarantee of stability or demokratik legitimacy? "Конституционное правосудие", Вестник Конференции органов конституционного контроля стран молодой демократии, Выпуск 2(36) 2007,с.111-120.

ბული. სასამართლოს მიერ დანიშნული პირები არ უდა იმყოფებოდნენ საარჩევნო სუბიექტების დაქვემდებარებაში“[7].

საკითხის გადაწყვეტის ასეთი მოდელის სასარგებლოდ შეიძლება მოვიტანოთ შემდეგი არგუმენტები:

პირველი, საკონსტიტუციო სასამართლო ყველაზე მეტად არის დაცული სახელისუფლო და პარტიული გავლენისაგან, მას აქვს დამოუკიდებლობის დიდი ხარისხი და მიუკერძოებელი გადაწყვეტილებების მიღების მომეტებული შესაძლებლობები;

მეორე, არჩევნების სფეროში საკონსტიტუციო სასამართლოს უფლებამოსილებების განხორციელება მოხდება არჩევნების შედეგების გამოცხადებამდე და არა მის შემდეგ, როგორც ეს მოქმედი კანონმდებლობითაა გათვალისწინებული. ამის შედეგად, თანამდებობის პირის არჩევნების ლეგიტიმურობის საკითხი აღარ ხდება სადავო და იგი, საკონსტიტუციო სასამართლოს დასტურით, შეუდგება თავისი მოვალეობის შესრულებას;

მესამე, სასამართლო ხელისუფლება, რომელიც, როგორც წესი, იქმნება საკანონმდებლო და აღმასრულებელი ხელისუფლებებისაგან, უშუალოდ მიიღებს მონაწილეობას ამ ორი ხელისუფლების არჩევნების გზით ფორმირებაში, რაც ხელისუფლების შტოთა შორის ურთიერთკონტროლისა და გაწონასწორების ერთ-ერთი მნიშვნელოვანი დამატებითი გარანტი იქნება.

[7] იხ. ევროპული კომისია დემოკრატიისათვის სამართლის მეშვეობით (ვენეციის კომისია). საარჩევნო კოდექსი. სახელმძღვანელო მითითებები და განმარტებითი მოხსენება. მიღებულ იქნა ვენეციის კომისიის 52-ე სხდომაზე (ვენეცია, 18-19 ოქტომბერი, 2002). თბილისი, 2003წ., გვ. 49.

იაკობ ფუტკარაძე

# სასამართლო ხელისუფლება და ძირითადი უფლებები საქართველოს კონსტიტუციის ახალ რედაქციაში

***იაკობ ფუტკარაძე***

*საქართველოს სახელმწიფო საკონსტიტუციო კომისიის სასამართლო ხელისუფლებისა და ძირითადი უფლებების სამუშაო ჯგუფის ხელმძღვანელი, იურიდიულ მეცნიერებათა დოქტორი, პროფესორი.*

საქართველოში მზადდება ქვეყნის უზენაესი კანონის – მოქმედი კონსტიტუციის ახალი რედაქციის პროექტი და ამ მიმართულებით ინტენსიური მუშაობა მიმდინარეობს. შეიქმნა სახელმწიფო საკონსტიტუციო კომისია და განისაზღვრა მისი პერსონალური შემადგენლობა. საქართველოს პრეზიდენტის 2009 წლის 23 ივნისის ბრძანებულებით დამტკიცდა კომისიის დებულება. ჩამოყალიბებულია სახელმწიფო საკონსტიტუციო კომისიის საკანონმდებლო ხელისუფლების, პრეზიდენტის ინსტიტუტის, აღმასრულებელი ხელისუფლების, სასამართლო ხელისუფლებისა და ძირითადი უფლებების, ტერიტორიული მოწყობისა და ადგილობრივი თვითმმართველობის, კონსტიტუციის გადასინჯვის და სხვა საკითხთა სამუშაო ჯგუფები.

ხსენებული დებულების მიხედვით, საკონსტიტუციო კომისიის ძირითადი ამოცანებია ქვეყნის თანამედროვე, მდგრადი და სტაბილური განვითარების, სამართლის უზენაესობის, სამოქალაქო საზოგადოებასა და სახელმწიფოს შორის ცივილური ურთიერთობების უზრუნველყოფისათვის შესაბამისი შინაარსის კონსტიტუციური კანონის პროექტის მომზადება. კონსტიტუციის გადასინჯვის ფარგლებში მოიაზრება სახელმწიფოს ბოჭვა ძირითადი უფლებებით, სახელისუფლებო განშტოებათა ეფექტიანი, გაწონასწორებული სისტემა და სხვა კონსტიტუციურ დებულებათა ახლებური ხედვა.

სახელმწიფო საკონსტიტუციო კომისია შედგება საქართველოს პრეზიდენტის განკარგულებით განსაზღვრული მოქალაქეთა პოლიტიკური გაერთიანებების, არასამთავრობო ორგანიზაციების, აფხაზეთისა და აჭარის ავტონომიური რესპუბლიკების უმაღლესი საბჭოების, ყოფილი სამხრეთ ოსეთის ავტონომიური ოლქის ტერიტორიაზე დროებითი ადმინისტრაციულ-ტერიტორიული ერთეულის ადმინისტრაციის და საქართველოს კონსტიტუციით განსაზღვრული სახელმწიფო ორგანოებისა და თანამდებობის პირების მიერ წარმოდგენილი წევრების, აგრეთვე საქართველოს პრეზიდენტის განკარგულებით განსაზღვრული აკადემიური პერსონალისა და სპეციალისტებისაგან.

საკონსტიტუციო კომისიის პერსონალური შემადგენლობა იმედს იძლევა, რომ შეიქმნება კარგი, ხარისხიანი საბოლოო პროდუქტი.

სამწუხაროდ, სახელმწიფო საკონსტიტუციო კომისიაში არ მონაწილეობენ არასაპარლამენტო ოპოზიციის წარმომადგენლები – საქმის მცოდნე კარგი სპეციალისტები, პოლიტიკური მოღვაწეები. ისინი საზოგადოებრივ საკონსტიტუციო კომისიაში გაერთიანდნენ და ცალკე საქმიანობენ. ცხადია, საუკეთესო ვარიანტი იქნებოდა საკონსტიტუციო ცვლილებებზე ერთობლივად მუშაობა, მაგრამ ცალ-ცალკე მუშაობითაც არ იქმნება დიდი ტრაგედია: ეს ხალხი მტრები კი არა, მოკეთეები არიან; კარგია, რომ პრობლემებზე ისინიც ფიქრობენ და მუშაობენ. მათი მუშაობის შედეგადაც მომზადდება საკონსტიტუციო ცვლილებათა პროექტი. ალბათ, გამოინახება გზები და საშუალებები როგორც ერთი, ისე მეორე მხარის ნაფიქრალის შეჯერებისათვის. ამაზე ორივე მხარემ უნდა იზრუნოს.

რადგანაც კონსტიტუცია არის ძირითადი კანონი, უზენაესი კანონი, იგი სათანადო პატივისცემით მოპყრობას მოითხოვს. კონსტიტუცია რთული და ძნელი კოლექტიური შრომის პროდუქტია. ასეა შექმნილი უმრავლესი ქვეყნების კონსტიტუციები. თავიდანვე, მსოფლიოში პირველი კონსტიტუციის პროექტის შემუშავებითა და მიღებით დადასტურდა, რომ „დიდი კომპრომისების“ გარეშე ქვეყნის სრულფასოვანი ძირითადი კანონის შექმნის მცდელობა მარცხისთვისაა განწირული. ეს საქართველოსთვისაც გასათვალისწინებელია. აუცილებელი კომპრომისებისათვის ფართო საზოგადოებრიობა და ქვეყნის პოლიტიკური ძალებიც მზად უნდა იყვნენ.

სახელმწიფო საკონსტიტუციო კომისიის მუშაობისათვის განსაზღვრულ მოკლე – ხუთ-ექვსთვიან პერიოდში შეუძლებელი იქნება მთლიანი პროექტის მომზადება. კომისიის მუშაობა ძირითადად წარმატებულად ჩაითვლება, თუ მოხდება ხელისუფლების განშტოებათა გონივრული დაბალანსება და საქართველოსთვის შესაფერისი მოდელის შემუშავება. ამით გადაწყდება საქართველოს ახალი სახელმწიფოებრივი განვითარების ყველაზე უფრო მტკივნეული შიდა პრობლემა.

თანამედროვე საქართველოს სახელმწიფო მართვა-გამგებლობა დროულად დასახვეწია, თორემ ქვეყანა შეიძლება დამღუპველ ჩიხში შევიდეს. ქვეყნის მმართველობა უვარგისი იქნება, თუ კონსტიტუცია მოერგება არა მთელი საზოგადოების, არამედ ცალკეული პიროვნებებისა და პოლიტიკური გაერთიანებების ან განსაზღვრული სოციალური ჯგუფების ინტერესებს.

ხანგრძლივი სტაბილური განვითარების თვალსაზრისით, საქართველო, ქართული სახელმწიფოებრიობა არ იმყოფება სასურველ მდგომარეობაში. კანონიერი ხელისუფლების იარაღით დამხობამ 1991-1992 წლებში საფუძველი დაუდო თანამედროვე ქართული სახელმწიფოებრიობის დამანგრეველ ტენდეციას. აგერ თითქმის 20 წელია და პრობლემად იქცა, რომ ხელისუფლების ცვლა მოხდეს ლეგიტიმურ ფარგლებში და ვადებში, როგორც ამას მოითხოვს ნორმალური საზოგადოებრივი და სახელმწიფოებრივი ცხოვრება. ალბათ, მიზანშეწონილი იქნება, თუ ჩამოყალიბდება მკაფიო კონსტიტუციური დანაწესი, რომ ქვეყნის მხსნელ რევოლუციად კი არა, არამედ ამბოხებად ჩაითვალოს ხალხის სახელით ხელისუფლების შესაცვლელად მოწყობილი ყველა შეიარაღებული მოქმედება.

საკონსტიტუციო რეფორმა მრავალმხრივი პროცესია და ყველა საკითხზე ერთად მსჯელობა შეუძლებელია. წინამდებარე სტატია უმთავრესად შეეხება საქართველოს სახელმწიფო საკონსტიტუციო კომისიის სასამართლო ხელისუფლებისა და ძირითადი უფლებების სამუშაო ჯგუფის საქმიანობის სფეროს, რომელსაც შეადგენს ქვეყნის კონსტიტუციის მე-2 და მე-5 თავები. საქართველოს კონსტიტუციის ეს თავები, შესაბამისად, მოიცავენ ადამიანის ძირითად უფლებებსა და თავისუფლებებს და სასამართლო ხელისუფლებას. ამასთან ერთად, სამუშაო ჯგუფის ინტერესების სფეროში უნდა მოექცეს აგრეთვე კონსტიტუციის სხვა თავების ის ნორმები, პრინციპები და დებულებები, რომლებიც სასამართლო ხელისუფლებას ან ადამიანის ძირითად უფლებებს შეეხება და უკავშირდება. თემის უმთავრესი მიმართულებები სტატიაში მხოლოდ ზოგადად და ცალკეული სავარაუდო კონსტიტუციური ცვლილებების მაგალითზე განიხილება.

სამუშაო ჯგუფის მიზანსა და საქმიანობის განმსაზღვრელ მიმართულებას წარმოადგენს, ერთი მხრივ, სასამართლო ხელისუფლების, სასამართლოებისა და მოსამართლეების დამოუკიდებლობისა და მიუკერძოებლობის უზრუნველყოფა, ხოლო, მეორე მხრივ, ადამიანის ძირითად უფლებათა და თავისუფლებათა დაცვის მყარი და ეფექტური კონსტიტუციური გარანტიების ჩამოყალიბება. შესამუშავებელია ქართულ სინამდვილესთან შეხამებული სამართლებრივი მექანიზმები, რომლებიც მაქსიმალურად შებოჭავს, დაავალდებულებს სახელმწიფო ხელისუფლებას და უზრუნველყოფს ადამიანის უფლებათა პრაქტიკულად განხორციელებას.

ჯგუფი ითვალისწინებს კონსტიტუციის შესაბამის თავებში ჩამოყალიბებული ნორმების მოქმედების გამოცდილებას. მხედველობაში მიიღება მათი პრაქტიკულად გამოყენების შედეგები, უარყოფითი მხარეების გამოვლინება. ამ გზით გამოიკვეთება საკანონმდებლო ხარვეზები, დეფორმაციები და გადახრები, გაირკვევა მათი მიზეზები და დაისახება სათანადო კონსტიტუციურ-სამართლებრივი ინოვაციები – ხარვეზების აღმოსაფხვრელად შემუშავდება ახალი ნორმები, ხოლო არსებული, მაგრამ ნაწილობრივ თუ მთლიანად უარსაყოფი დებულებები საჭიროებისამებრ, ან შესაბამისი რედაქციით ჩამოყალიბდება, ანდა ტექსტიდან ამოსაღებად იქნება რეკომენდებული.

საქართველოს სახელმწიფო საკონსტიტუციო კომისიის სასამართლო ხელისუფლებისა და ძირითადი უფლებების სამუშაო ჯგუფმა საქმიანობა მიმდინარე წლის 8 ივლისს დაიწყო. სტატიაში წამოჭრილი სხვადასხვა საკითხები პერიოდულად განიხილებოდა სამუშაო ჯგუფის სხდომებზე. ზოგიერთ მათგანზე მსჯელობა იყო აგრეთვე საქართველოს სახელმწიფო საკონსტიტუციო კომისიის სარედაქციო ჯგუფის გაფართოებულ სხდომაზე, რომელიც გაიმართა ქ. ბათუმში 2009 წლის 5-7 აგვისტოს. ამდენად, შეიძლება ითქვას, რომ სტატიაში ერთგვარად წარმოდგენილია სამუშაო ჯგუფის ხანმოკლე – ფაქტობრივად სამკვირიანი საქმიანობის ძირითადი შედეგები, ანუ მოსაზრებანი საქართველოს მოქმედი კონსტიტუციის რეფორმირების ცალკეულ საკითხებზე ადამიანის უფლებებთან და სასამართლო ხელისუფლებასთან მიმართებით. მთავარი მიმართულებები და სავარაუდო კონკრეტული კონსტიტუციური ცვლილებები

დასახულია ჯერ სასამართლო ხელისუფლების, შემდეგ კი ძირითადი უფლებების სფეროში. უმთავრესად განიხილება სასამართლო ხელისუფლების კონსტიტუციური საფუძვლების გაჯანსაღების პრობლემები. ამ თვალსაზრისით მსჯელობა იქნება სასამართლო ხელისუფლების ორივე განშტოებაზე – ძირითადად საერთო სასამართლოებზე, ხოლო ნაწილობრივ, აგრეთვე საკონსტიტუციო სასამართლოს შესახებ.

არსებობს მოსაზრება, რომ სახელმწიფო ხელისუფლების საპრეზიდენტო, საკანონმდებლო და აღმასრულებელი სფეროებისაგან განსხვავებით, სასამართლო ხელისუფლების, აგრეთვე ძირითად უფლებათა დღევანდელ კონსტიტუციურ მოწესრიგებაში არსებითად შესაცვლელი ბევრი არაფერია. სინამდვილეში კი, როგორც აქ, სტატიაში მოყვანილი მაგალითებით ირკვევა, საქმე სხვანაირადაა და ქართული სახელმწიფოებრივი ცხოვრების ამ სფეროში, უმეტესწილად კი სასამართლო ხელისუფლების კონსტიტუციურ მოწესრიგებაში არსებული რეალური ვითარება საერთო საკონსტიტუციო რეფორმის აუცილებლობის ერთ-ერთი ანგარიშგასაწევი არგუმენტია.

სასამართლო ხელისუფლების სფეროში, პირველ რიგში, სახელმწიფო ხელისუფლების ამ განშტოების კონსტიტუციურ-სამართლებრივი საფუძვლები, სახელდობრ კი საერთო სასამართლოების საკანონმდებლო ბაზაა მოსაგვარებელი. 1995 წლის კონსტიტუციის ამოქმედებიდან დღემდე საქართველოში არსებული მდგომარეობა აღნიშნული თვალსაზრისით სრულიად მიუღებელი და ძირეულად შესაცვლელია. იგი კონსტიტუციისადმი, ანუ ჩვენი სახელმწიფოს უზენაესი კანონისადმი უპატივცემულობის, მისი აბუჩად აგდების, კანონიერების პრინციპის უგულებელყოფის გამოხატულებაა და არათუ სამართლებრივი სახელმწიფოსთვის, არამედ საერთოდ ცივილიზებული ქვეყნისთვის შეუფერებელია.

განვიხილოთ გარემოებები, რომლებიც საფუძვლად უდევს ასეთ მკაცრ, მაგრამ სამართლიან და არსებული მდგომარეობის გამოსწორებისათვის აუცილებლად საჭირო შეფასებას. კონკრეტულად, კონსტიტუციის 83-ე მუხლის მე-2 პუნქტთან და 90-ე მუხლის მე-3 პუნქტთან მიმართების თვალსაზრისით შევამოწმოთ ორგანული კანონები საქართველოს უზენაესი სასამართლოსა და საერთო სასამართლოების შესახებ.

კონსტიტუციის 90-ე მუხლის მე-3 პუნქტის მიხედვით, „საქართველოს უზენაესი სასამართლოს უფლებამოსილება, ორგანიზაცია, საქმიანობისა და უზენაესი სასამართლოს წევრთა უფლებამოსილების ვადამდე შეწყვეტის წესი განისაზღვრება კანონით“.

მოცემულ შემთხვევაში ტერმინ „კანონის“ ხმარება ისეთი მსაზღვრელი სიტყვის გარეშე, როგორიცაა, სახელდობრ, „ორგანული“, იმის პირდაპირი მაჩვენებელია, რომ კონსტიტუციით გათვალისწინებულია ჩვეულებრივი, ანუ მიმდინარე კანონის მიღება. მიუხედავად ამისა, 1999 წლის 12 მაისს მიღებული იქნა ორგანული კანონი „საქართველოს უზენაესი სასამართლოს შესახებ.“ ეს ყოვლად წარმოუდგენელი და დაუშვებელია – კონსტიტუციით დადგენილია ერთი და კეთდება მეორე.

გამამართლებელ გარემოებად ვერ გამოდგება კონსტიტუციის „გარდამავალი დებულებების“ 107-ე მუხლის პირველი პუნქტის ის დებულება, რომ „კონსტიტუციის შესაბამისად სასამართლო წყობილების ორგანული კანონების მიღებამდე ძალაში რჩება სასამართლო წყობილების მოქმედი კანონმდებლობა“. აქ ნათქვამია ის, რომ სასამართლო წყობილების ორგანული კანონები კონსტიტუციის შესაბამისად მიიღება. კონსტიტუციაში კი ასეთი ორგანული კანონები გათვალისწინებული არ არის და, მაშასადამე, მათი მიღება მართლზომიერ მოვლენად ვერ ჩაითვლება. 107-ე მუხლის ციტირებული პუნქტი მხოლოდ იმის მაჩვენებელია, რომ სასამართლო ხელისუფლების კონსტიტუციურ-სამართლებრივი საფუძვლის განსაზღვრის საკითხში კონსტიტუციის ცალკეულ დებულებებს შორის შეუთანხმებლობა და შეუსაბამობაა.

დამატებით, ისიც საკითხავია, თუ რა საფუძვლით იქნა მიღებული ხსენებული ორგანული კანონი 1999 წელს. კონსტიტუციითაც რომ ყოფილიყო გათვალისწინებული, იგი, „გარდამავალი დებულებების“ 106-ე მუხლის მე-3 პუნქტის თანახმად, ძირითადი კანონის ძალაში შესვლიდან 2 წლის განმავლობაში, ე.ი. 1997 წლის 25 ნოემბრამდე უნდა მიეღოთ.

ამგვარად, „საქართველოს უზენაესი სასამართლოს შესახებ“ ორგანულ კანონს კონსტიტუციური საფუძველი არ გააჩნია. იგი, არსებითად, უკანონო კანონია.

კონსტიტუციის 83-ე მუხლის მე-2 პუნქტის თავდაპირველი რედაქციით, „მართლმსაჯულებას ახორციელებენ საერთო სასამართლოები. მათი სისტემა და სამართალწარმოების წესი დადგენილია კანონით“. ცხადია, რომ კონსტიტუცია ამ შემთხვევაშიც ჩვეულებრივი კანონის მიღებას ითვალისწინებს. აქაც, კონსტიტუციის საწინააღმდეგოდ, 1997 წლის 13 ივნისს მიღებული იქნა ორგანული კანონი „საერთო სასამართლოების შესახებ.“ იგი, „საქართველოს უზენაესი სასამართლოს შესახებ“

ორგანული კანონისაგან განსხვავებით, თავსდება კონსტიტუციით დადგენილ ორწლიან ვადაში. მიუხედავად ამისა, კონსტიტუციით განსაზღვრული ჩვეულებრივი კანონის ნაცვლად ორგანული კანონის მიღება თვითნებობაა და, ვერავითარ შემთხვევაში, კანონიერ აქტად ვერ ჩაითვლება.

ამასთან დაკავშირებით, აღსანიშნავია ერთი გარემოება: „საქართველოს უზენაესი სასამართლოს შესახებ“ უკანონოდ მიღებული ორგანული კანონის მოქმედება კვლავაც – აგერ უკვე მეთერთმეტე წელია – გრძელდება. მისგან განსხვავებით, „საერთო სასამართლოების შესახებ“ უკანონოდ მიღებული ორგანული კანონის მოქმედების კანონიერ ფარგლებში მოქცევის მცდელობა თუმცა საკმაოდ გვიან, მაგრამ 9 წლის შემდეგ მაინც განხორციელდა.

2006 წლის 27 დეკემბერს კონსტიტუციის 83-ე მუხლის მე-2 პუნქტი ჩამოყალიბდა ახალი რედაქციით: „მართლმსაჯულებას ახორციელებენ საერთო სასამართლოები. მათი სისტემა დადგენილია ორგანული კანონით“.

ამ ცვლილების მიუხედავად, „საერთო სასამართლოების შესახებ“ უკანონოდ მიღებული ორგანული კანონი, მისი მართლზომიერების საგანგებოდ დადასტურების გარეშე, ლეგიტიმურად მაინც ვერ ჩაითვლება. მთავარი კი ის მეტად უხერხული შეუსაბამობაა, რომ აღნიშნული ცვლილების შემდეგ, დღევანდელი მდგომარეობით, კონსტიტუციით გათვალისწინებულია, ერთი მხრივ, ზოგადად საერთო სასამართლოების შესახებ ორგანული კანონის, ხოლო, მეორე მხრივ, კონკრეტულად უზენაესი სასამართლოს შესახებ ჩვეულებრივი კანონის მიღება. სახელმწიფო საკონსტიტუციო კომისიის სასამართლო ხელისუფლებისა და ძირითადი უფლებების სამუშაო ჯგუფში გამოთქმული მოსაზრების მიხედვით, მიზანშეწონილი და ყოველმხრივ გამართლებული იქნება, თუ კონსტიტუციით ამჟამად გათვალისწინებული ორი სხვადასხვა დონის ნორმატიული აქტის – „საერთო სასამართლოების შესახებ“ ორგანული კანონისა და „საქართველოს უზენაესი სასამართლოს შესახებ“ ფორმალურად (კონსტიტუციის მიხედვით) კანონის, ხოლო ფაქტობრივად მიღებული ორგანული კანონის ნაცვლად დადგინდება მხოლოდ ერთი – ორგანული კანონი „საერთო სასამართლოების შესახებ“. ამ ერთი ნორმატიული აქტით განისაზღვრება ყველა დონის საერთო სასამართლოს (მათ შორის – საქართველოს უზენაესი სასამართლოს) სამართლებრივი მდგომარეობა.

საქართველოს კონსტიტუციის 83-ე მუხლის მე-2 პუნქტთან დაკავშირებით ყურადღებას იქცევს ის გარემოებაც, რომ მისი ახალი რედაქციით ტექსტიდან ამოვარდა „სამართალწარმოების წესი“: თავდაპირველი ტექსტი ითვალისწინებდა სამართალწარმოების წესის კანონით დადგენის აუცილებლობას, რაც აღარ არის ახალ რედაქციაში. ეს დასაფიქრებელია იმ მხრივ, რომ თეორიულად იქმნება სამართალწარმოების წესის კანონქვემდებარე აქტით დადგენის შესაძლებლობა. მართალია, კონსტიტუციის მე-3 მუხლის პირველი პუნქტის „ჟ“ ქვეპუნქტით გათვალისწინებულია „საპროცესო კანონმდებლობა“ („მხოლოდ საქართველოს უმაღლეს სახელმწიფო ორგანოთა განსაკუთრებულ გამგებლობას მიეკუთვნება... საპროცესო კანონმდებლობა“), მაგრამ ეს, ალბათ, საქმეს ვერ უშველის, რადგან „სამართალწარმოების წესში“ და „საპროცესო კანონმდებლობაში“ იდენტური შინაარსი არ იგულისხმება.

დასაზუსტებელია საქართველოს უზენაესი სასამართლოს ის სტატუსი, რომ იგი არის „უმაღლესი საკასაციო სასამართლო“ (კონსტიტუციის 90.1 მუხლი). ქვემდგომი საკასაციო სასამართლოს არარსებობის გამო, მსაზღვრელი სიტყვა „უმაღლესი“ კონსტიტუციის ტექსტიდან ამოსაღებია.

ზემოთ მოყვანილი მაგალითებით თვალსაჩინოდ დასტურდება ის, რომ კონსტიტუციის რეფორმირების ერთ მნიშვნელოვან მიმართულებად სასამართლო ხელისუფლების კონსტიტუციურ-სამართლებრივი საფუძვლების ერთგვაროვნად განსაზღვრა და წარმართვა უნდა იქნეს მიჩნეული. წინააღმდეგ შემთხვევაში, თვით კონსტიტუციის დონეზე არსებული ხარვეზებისა და გაურკვევლობის დაძლევის გარეშე, სრულყოფილად არ მოგვარდება სასამართლო ხელისუფლების გამართული საქმიანობა და ამის მოთხოვნაც დაუსაბუთებელი იქნება როგორც ზნეობრივი, ისე სამართლებრივი თვალსაზრისით.

სასამართლო ხელისუფლების კონსტიტუციური საფუძვლების რეფორმირების მეტისმეტად რთულ და მრავალმხრივ მიმართულებას წარმოადგენს მოსამართლის დამოუკიდებლობის გარანტიების განმტკიცება, რაც სხვადასხვა გზებითა და საშუალებებით მიიღწევა. განვიხილოთ ზოგიერთი მათგანი.

ამჟამად, კონსტიტუციის 84-ე მუხლის მე-2 პუნქტით, 86-ე მუხლის მე-2 პუნქტითა და 90-ე მუხლის მე-3 პუნქტით, მოსამართლეთა შერჩევის, დანიშვნის, საქმის განხილვისაგან ჩამოცილების, თანამდებობიდან ვადამდე განთავისუფლებისა თუ უფლებამოსილების ვადამდე შეწყვეტის ან სხვა თანამდებობაზე გადაყვანის წესი განისაზღვრება კანონით. მოსამართლის კონსტიტუციურ-სამართ-

ლებრივი სტატუსის ასამაღლებლად და მისი დამოუკიდებლობის უზრუნველყოფისათვის მიზანშეწონილი იქნება ზემოაღნიშნული საკითხების არა მიმდინარე, ანუ ჩვეულებრივი, არამედ ორგანული კანონით მოწესრიგება.

განსაკუთრებულ ყურადღებას საჭიროებენ რაიონული (საქალაქო) და სააპელაციო სასამართლოები, ვინაიდან ძირითადად სწორედ მათი საქმიანობის შედეგად იქმნება წარმოდგენა ქვეყანაში მართლმსაჯულების განხორციელების მდგომარეობის შესახებ. ამჟამად მოქმედი (2006 წლის 27 დეკემბერს შემოღებული) წესის მიხედვით, რომელიც განმტკიცებულია კონსტიტუციის 86[1] მუხლის პირველ პუნქტში, აღნიშნული სასამართლოების მოსამართლეთა თანამდებობაზე დანიშვნა და თანამდებობიდან განთავისუფლება საქართველოს იუსტიციის უმაღლესი საბჭოს კომპეტენციას განეკუთვნება. ასეთი წესის შემოღება მართებულად და მიზანშეწონილად ვერ ჩაითვლება.

საქართველოს იუსტიციის საბჭოს შექმნიდან უკვე საკმაოდ დიდი დრო – თერთმეტი წელი გავიდა, მაგრამ საზოგადოებაში კვლავაც დაბალია მოსამართლის ავტორიტეტი, სასამართლოსადმი ნდობის ხარისხი. ფაქტია, რომ საბჭოთა პერიოდიდან ტრადიციულად მომდინარე ასეთი მდგომარეობის არსებითად გამოსწორებას იუსტიციის უმაღლესი საბჭო ვერ უზრუნველყოფს. საქმეს ვერ შველის ამ ორგანოს რეფორმირება, რასაც თვალსაჩინოდ ადასტურებს 2004-2007 წლებში ჩატარებული ცვლილებები. ამ ოთხი წლის განმავლობაში განხორციელდა ხუთი ცვლილება (2004 წლის ივნისში, 2005 წლის ნოემბერში, 2006 წლის მაისსა და დეკემბერში, 2007 წლის ივნისში), მაგრამ მათ საჭირო შედეგები არ მოჰყოლია. აქედან აშკარად ჩანს, რომ აუცილებელია სხვა, უფრო ქმედითი ზომების მიღება.

სახელმწიფო საკონსტიტუციო კომისიის სასამართლო ხელისუფლებისა და ძირითადი უფლებების სამუშაო ჯგუფში მიმდინარეობს მსჯელობა რაიონული (საქალაქო) და სააპელაციო სასამართლოების მოსამართლეთა თანამდებობაზე დანიშვნისა და თანამდებობიდან განთავისუფლების არსებული წესის შეცვლის შესახებ. ამასთან მიმართებით საყურადღებოა მოსამართლეთა სტატუსის შესახებ ევროპის ქარტიის ზოგადი პრინციპები. კერძოდ, ქარტია ითვალისწინებს იუსტიციის უმაღლესი საბჭოს სტატუსის მქონე ორგანოს მხოლოდ მონაწილეობას ყველა იმ გადაწყვეტილებასთან დაკავშირებით, რომელიც შეეხება მოსამართლეთა შერჩევას, კანდიდატურების მოძიებას, დანიშვნას, სამსახურებრივ წინსვლას ან სამსახურის ვადის შეწყვეტას (თავი 1, პუნქტი 1.3). ამ პრინციპის მხედველობაში მიღებით, კონსტიტუციური ცვლილება მოსამართლეთა თანამდებობაზე გამწესებასთან მიმართებით ზოგადად შეიძლება ასე წარმოვიდგინოთ: რაიონული (საქალაქო) და სააპელაციო სასამართლოების მოსამართლეთა კანდიდატურებს შეარჩევს იუსტიციის უმაღლესი საბჭო. შერჩეულ კანდიდატურებს საქართველოს პრეზიდენტი წარუდგენს პარლამენტს დასამტკიცებლად. პარლამენტი, თავის მხრივ, ხმათა წინასწარ დადგენილი რაოდენობით (ვთქვათ, სიითი შემადგენლობის უმრავლესობით), დაამტკიცებს ან უარყოფს წარდგენილ კანდიდატურებს. ამ ცვლილებასთან დაკავშირებით გასათვალისწინებელია, რომ უზენაესი სასამართლოს მოსამართლეებს პრეზიდენტის წარდგინებით ირჩევს პარლამენტი. შემოთავაზებული ცვლილების განხორციელების შემთხვევაში დამკვიდრდება მეტ-ნაკლები ერთგვაროვნობა საერთო სასამართლოების სისტემის მოსამართლეთა თანამდებობაზე გამწესებაში, მნიშვნელოვნად განმტკიცდება მოსამართლეთა დამოუკიდებლობა, გაუმჯობესდება კანდიდატურების შერჩევის ხარისხობრივი მაჩვენებელი, გაიზრდება საჯაროობა, პროცესი გამოვა სასამართლო ხელისუფლების ერთგვარად ჩაკეტილი წრიდან და ჩაირთვება ხელისუფლების განშტოებათა ურთიერთთანამშრომლობისა და გაწონასწორების მექანიზმი.

შემოთავაზებულ წესს, სახელმწიფოს უმაღლესი წარმომადგენლობითი ორგანოს მიერ საერთო სასამართლოების მოსამართლეთა თანამდებობაზე გამწესების თვალსაზრისით, ანალოგები მოეპოვება, მაგალითად, ლატვიაში, სერბეთში, სლოვენიასა და უკრაინაში: ლატვიაში, კონსტიტუციის 84-ე მუხლის მიხედვით, მოსამართლეებს ამტკიცებს სეიმი; სერბეთის კონსტიტუციის 147-ე მუხლის თანახმად, პირს, რომელიც მოსამართლის თანამდებობაზე პირველად აირჩევა, უმაღლესი სასამართლო საბჭოს წარდგინებით მოსამართლედ ირჩევს ეროვნული კრება; სლოვენიის კონსტიტუციის 130-ე მუხლის შესაბამისად, მოსამართლეები აირჩევიან სახელმწიფო კრების მიერ სასამართლო საბჭოს წარდგინებით; უკრაინის კონსტიტუციის 128-ე მუხლი აწესებს, რომ საერთო სასამართლოების მოსამართლეები უმაღლესი რადას მიერ აირჩევიან (მოსამართლის თანამდებობაზე პირველ დანიშვნას 5 წლის ვადით ახორციელებს უკრაინის პრეზიდენტი). აზერბაიჯანის სააპელაციო სასამართლოს მოსამართლეები, უზენაესი სასამართლოს მოსამართლეების მსგავსად, ინიშნებიან მინის მეჯლისის მიერ რესპუბლიკის პრეზიდენტის

წარდგინებით (აზერბაიჯანის კონსტიტუციის 131-132 მუხლები). ლიტვაში კი, კონსტიტუციის 112-ე მუხლის შესაბამისად, სააპელაციო სასამართლოს მოსამართლეები და მათი შემადგენლობიდან თავმჯდომარე ინიშნებიან პრეზიდენტის მიერ სეიმის თანხმობით. ზოგან საერთო სასამართლოების მოსამართლეებს თანამდებობაზე არათუ უმაღლესი წარმომადგენლობითი ორგანო – პარლამენტი, არამედ მთავრობაც კი განამწესებს. კერძოდ, იაპონიის კონსტიტუციის 79-ე და მე-80 მუხლების თანახმად, უზენაესი სასამართლოს ყველა მოსამართლე (მთავარი მოსამართლის გარდა) ინიშნება კაბინეტის (აღმასრულებელი ხელისუფლების განმახორციელებელი ორგანოს) მიერ; ქვემდგომი ინსტანციის სასამართლოს მოსამართლეებს ნიშნავს კაბინეტი უზენაესი სასამართლოს მიერ წარდგენილ პირთა სიიდან.

ამგვარად, საზღვარგარეთის ქვეყნების კონსტიტუციებიდან მოყვანილი მაგალითებით დასტურდება, რომ საქართველოსთვის შემოთავაზებული წესი რაიონული (საქალაქო) და სააპელაციო სასამართლოების მოსამართლეთა თანამდებობაზე გამწესების შესახებ გასათვალისწინებელი და მისაღებია.

სამუშაო ჯგუფში განიხილება საერთო სასამართლოების მოსამართლეთა თანამდებობიდან განთავისუფლების საკითხის ახლებურად გადაწყვეტა. ერთ-ერთი ვარიანტია იმპიჩმენტის წესი. უნდა აღინიშნოს, რომ იმპიჩმენტის ზოგიერთი პროცედურა (მაგალითად, აღძვრის წესი) საერთოდ მოსამართლეებთან მიმართებით ჯერ კიდევ გასააზრებელი და გადასაწყვეტია (ამჟამად იმპიჩმენტის წესით მოსამართლეებიდან შეიძლება მხოლოდ უზენაესი სასამართლოს თავმჯდომარის განთავისუფლება კონსტიტუციის დარღვევისას ან/და დანაშაულის ჩადენის შემთხვევაში). ცხადია, საზღვარგარეთის ქვეყნების შესაბამისი გამოცდილების გათვალისწინებით, გამორიცხული არ არის საერთო სასამართლოების მოსამართლეთა თანამდებობიდან განთავისუფლების სხვა ქმედითი მექანიზმის შემუშავება. მხედველობაშია, კერძოდ, პარლამენტის მიერ ჩვეულებრივი კენჭისყრის გზით, საერთო სასამართლოების მოსამართლეთა თანამდებობიდან ვადამდე განთავისუფლება საქართველოს იუსტიციის უმაღლესი საბჭოს სათანადო ჩართვით. ცვლილება არ უნდა შეეხოს საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს, რომელიც თვითონ წყვეტს თავისი წევრების თანამდებობიდან ვადამდე განთავისუფლების საკითხს.

საზღვარგარეთის ცალკეული ქვეყნების კონსტიტუციების მიხედვით, მოსამართლეთა თანამდებობიდან განთავისუფლება შეიძლება პარლამენტის მიერ როგორც იმპიჩმენტის წესით, ისე ჩვეულებრივი კენჭისყრის მეშვეობით.

ამერიკის შეერთებულ შტატებში მოსამართლეთა ვადამდე განთავისუფლება მხოლოდ და მხოლოდ იმპიჩმენტის გზით დაიშვება. მოსამართლეთა თანამდებობიდან განთავისუფლება მხოლოდ იმპიჩმენტის წესით ერთ-ერთია იმ თორმეტი ძირითადი პრინციპიდან, რომელთაც ემყარება ამერიკის შეერთებული შტატების დამოუკიდებელი სასამართლო სისტემა. იმპიჩმენტი მოსამართლეთა თანამდებობიდან გადასაყენებლად გამოიყენება იაპონიაში. ამ ქვეყნის კონსტიტუციის 78-ე მუხლი ადგენს, რომ არ შეიძლება მოსამართლე იმპიჩმენტის წესით გადაყენებული იქნეს თანამდებობიდან საქმის საჯარო განხილვის გარეშე, გარდა იმ შემთხვევებისა, როდესაც იგი სასამართლო წესით გონებრივად ამ ფიზიკურად ქმედუუნაროდ არის აღიარებული, რათა შეასრულოს თავისი ვალდებულებები.

საინტერესოა ლიტვის მაგალითი. აქ დაკანონებულია ორივე ზემოხსენებული წესის გამოყენება. ლიტვის კონსტიტუციის 112-ე მუხლის თანახმად, უზენაესი სასამართლოს თავმჯდომარე და მოსამართლეები თავისუფლდებიან სეიმის მიერ პრეზიდენტის წარდგინებით, ხოლო სააპელაციო სასამართლოს თავმჯდომარე და მოსამართლეები – პრეზიდენტის მიერ სეიმის თანხმობით. კონსტიტუციის 116-ე მუხლის მიხედვით კი, უზენაესი სასამართლოს თავმჯდომარე და მოსამართლეები, აგრეთვე სააპელაციო სასამართლოს თავმჯდომარე და მოსამართლეები, კონსტიტუციის უხეში დარღვევის ან ფიცის დარღვევისათვის, აგრეთვე დანაშაულის ჩადენის ფაქტის გამოვლენის შემთხვევაში შეიძლება გადაყენებული იქნენ თანამდებობიდან სეიმის მიერ იმპიჩმენტის წესით.

საერთო სასამართლოების მოსამართლეთა განთავისუფლება პარლამენტის მიერ ჩვეულებრივი კენჭისყრით მიღებულია, მაგალითად, უკრაინაში (იხ. კონსტიტუციის 126-ე და 128-ე მუხლები). ლატვიის კონსტიტუციითაც (მუხ. 84) დადგენილია, რომ მოსამართლეთა განთავისუფლება მათი სურვილის წინააღმდეგ სეიმს შეუძლია მხოლოდ კანონით გათვალისწინებულ შემთხვევებში, სასამართლო დისციპლინური კოლეგიის გადაწყვეტილების ან სისხლის სამართლის საქმეზე სასამართლოს განაჩენის საფუძველზე. ავსტრალიაში მოსამართლეები პარლამენტის ორივე პალატის მიმართვის შედეგად თავისუფლდებიან (კონსტიტუციის 72-ე მუხლის II პუნქტი). თავისებური წესია მიღებული არგენტინაში, სადაც მოსამართლეებს პარლამენტის ქვედა პალატის ბრალდებით ათავისუფლებს

ორივე პალატის მიერ შექმნილი სპეციალური ჟიური (იხ. არგენტინის კონსტიტუციის 115-ე მუხლი).

აზერბაიჯანის მილი მეჯლისი უფლებამოსილია პრეზიდენტის წარდგინების საფუძველზე თანამდებობიდან გადააყენოს საკონსტიტუციო სასამართლოს, უზენაესი სასამართლოსა და სააპელაციო სასამართლოების მოსამართლეები არანაკლებ 83 ხმით, ხოლო სხვა მოსამართლეები – არანაკლებ 63 ხმით (კონსტიტუციის 128-ე მუხლის V პუნქტი).

ზემოთ წარმოდგენილი მონაცემების გათვალისწინებით, საქართველოსთვის, ალბათ, უფრო მისაღები იქნება, რომ საერთო სასამართლოების მოსამართლეები თანამდებობიდან გაანთავისუფლოს პარლამენტმა ჩვეულებრივი კენჭისყრით, იუსტიციის უმაღლესი საბჭოს წარდგინების საფუძველზე.

მსოფლიოს ბევრ ქვეყანაში მიღებულია მოსამართლეთა შეუცვლელობის წესი. იგი მიეკუთვნება ისეთ ძირითად პრინციპებს, რომლებიც საფუძვლად უდევს შესაბამისი ქვეყნის სასამართლო სისტემის დამოუკიდებლობას. მოსამართლეთა თანამდებობაზე უვადოდ გამწესება შემოღებულია, კერძოდ, ამერიკის შეერთებულ შტატებში, არგენტინაში, საფრანგეთში, ბელგიაში, ლუქსემბურგში, პოლონეთში, ჩეხეთში, ხორვატიაში, სერბეთში, უკრაინაში, რუსეთში, ყაზახეთში, ყირგიზეთში, მოლდოვაში, სომხეთში, ესტონეთში, ლატვიაში, ისრაელში, საბერძნეთში, მაკედონიაში, გერმანიაში, ესპანეთში, თურქეთსა და რუმინეთში.

საქართველოში მოსამართლეთა უფლებამოსილების ვადა ახლა შეადგენს 10 წელს. უკვე დადგა იმის დრო, რომ სასამართლო ხელისუფლების დამოუკიდებლობის ინტერესებიდან გამომდინარე, სხვა ქვეყნების მსგავსად საქართველოშიც შემოღებული იქნეს საერთო სასამართლოების მოსამართლეთა შეუცვლელობის წესი, ანუ თანამდებობაზე უვადოდ გამწესება. შესაბამისად, საჭირო იქნება სათანადო ცვლილებების შეტანა კონსტიტუციის 86.2 და 90.2 მუხლებში. მართალია, აღნიშნული მუხლების ფორმულა თანამდებობაზე „არანაკლებ 10 წლის ვადით“ გამწესების შესახებ მოსამართლეთა შეუცვლელობის წესის დადგენასაც არ გამორიცხავს, მაგრამ მეტი გარკვეულობისა და კატეგორიული განსაზღვრულობის მიზნით მისი შეცვლა და ტექსტის ახალი რედაქციით ჩამოყალიბება მაინც აუცილებელია.

მოსამართლეთა შეუცვლელობის წესი არ უნდა გავრცელდეს საკონსტიტუციო სასამართლოს წევრებზე, იმ გარემოების გათვალისწინებით, რომ იმავე თანამდებობაზე მათი მეორეჯერ გამწესება დაუშვებელია.

ასეთი სხვადასხვაგვარი მიდგომა საერთო სასამართლოების მოსამართლეებისა და საკონსტიტუციო კონტროლისა თუ ზედამხედველობის ორგანოს წევრების თანამდებობაზე გამწესების ვადებისადმი დაკანონებულია ისეთი ქვეყნების კონსტიტუციებით, როგორიცაა, მაგალითად, საფრანგეთი, პოლონეთი, ჩეხეთი, სლოვაკეთი და უკრაინა. კონკრეტულად, საფრანგეთის საკონსტიტუციო საბჭოს წევრთა უფლებამოსილების ვადა 9 წელია და დაუშვებელია მათი ხელახლა დანიშვნა (მუხ. 56), ხოლო საერთო სასამართლოების მოსამართლეები შეუცვლელნი არიან (მუხ. 64); ასევე განუსაზღვრელი ვადით ინიშნებიან საერთო სასამართლოების მოსამართლეები პოლონეთში (მუხ. 179-180), საკონსტიტუციო ტრიბუნალის მოსამართლის უფლებამოსილების ვადა კი შეადგენს 9 წელს და მისი ხელახლა არჩევა დაუშვებელია (მუხ. 194); ჩეხეთში საკონსტიტუციო სასამართლოს მოსამართლეები ინიშნებიან 10 წლით (მუხ. 84.1), საერთო სასამართლოების მოსამართლეები – განუსაზღვრელი ვადით (მუხ. 93.1); სლოვაკეთის რესპუბლიკაში საკონსტიტუციო სასამართლოს მოსამართლე ინიშნება 12 წლის ვადით (მუხ. 134.2), ხოლო საერთო სასამართლოს მოსამართლე – უვადოდ (145.1); უკრაინაში საერთო სასამართლოების მოსამართლეების პირველი დანიშვნა ხდება 5 წლის ვადით, შემდეგ კი ისინი აირჩევიან უვადოდ (მუხ. 128). რაც შეეხება უკრაინის საკონსტიტუციო სასამართლოს მოსამართლეებს, ისინი ინიშნებიან 9 წლის ვადით მეორეჯერ გამწესების უფლების გარეშე (მუხ. 148).

მაშასადამე, საქართველოსთვის შემოთავაზებული შესაბამისი წესი დასაბუთებული და მისაღებია.

საქართველოს კონსტიტუციის თავდაპირველ რედაქციაში საერთო სასამართლოების მოსამართლისა და საკონსტიტუციო სასამართლოს წევრის თანამდებობის დაკავებისათვის საჭირო მინიმალური ასაკობრივი ზღვარი შეადგენდა შესაბამისად 30 და 35 წელს. 2005 წლის 25 დეკემბერს კონსტიტუციაში შევიდა ცვლილება, რომლითაც ხსენებული ასაკობრივი ზღვარი შემცირდა 28 წლამდე საერთო სასამართლოების მოსამართლეებისათვის, ხოლო 30 წლამდე – საკონსტიტუციო სასამართლოს წევრებისათვის.

მინიმალური ასაკობრივი ზღვარის შემცირების გასამართლებლად მიუთითებენ, რომ ეს კვალიფიციური იურიდიული კადრების სიმცირის პირობებში იძლევა მოსამართლეთა დამატებითი კონტინგენტის მიღების შესაძლებლობას. მაგრამ ნამდვილად უხერხულია იურიდიული კადრების ნაკლებობაზე ლაპარაკი იმ პატარა ქვეყანაში, რომლის მრავალ-

თაგან მხოლოდ ერთი უნივერსიტეტის იურიდიულ ფაკულტეტზე მარტო ერთ სასწავლო წელს რამდენიმე ასეული სტუდენტი ჩაირიცხება. აქ უეჭველად სხვა სამკურნალო საშუალებაა მოსაძებნი. დაუშვებელია – მართლმსაჯულებისა და საკონსტიტუციო კონტროლის განხორციელებისათვის პოტენციურად ზიანის მიმყენებელი ფაქტორია ვაკანსიების შევსება მოსამართლეობისათვის საჭირო მინიმალური ასაკობრივი ზღვარის შემცირების საშუალებით, ვინაიდან ეს ზღუდავს მოსამართლის თანამდებობის დაკავებისათვის აუცილებელი ცოდნისა და უნარ-ჩვევების შედარებით უფრო სრულად შეძენის შესაძლებლობას.

სწორედ აუცილებელი ცოდნა-გამოცდილების შეძენისა და სამსახურებრივი მდგომარეობის შესაფერისი სოლიდურობით სასამართლო პროცესის მონაწილეთა ნდობა-პატივისცემის მოპოვების თვალსაზრისითაა მიზანშეწონილი თანამდებობის დასაკავებლად საჭირო მინიმალური ასაკობრივი ზღვარის გაზრდა: 28 წლის ნაცვლად ისევ 30 წლამდე – საერთო სასამართლოების მოსამართლეებისათვის; 30 წლის ნაცვლად კვლავ 35 წლამდე – საკონსტიტუციო სასამართლოს წევრებისათვის.

ამ სავარაუდო კონსტიტუციურ ცვლილებაში უჩვეულო და მიუღებელი არაფერია. ამას ადასტურებს ცალკეულ ქვეყნებში დაწესებული შესაბამისი მინიმალური ასაკობრივი ზღვარი. მაგალითად, ბრაზილიის კონსტიტუციის 101-ლი მუხლის მიხედვით, უზენაესი ფედერალური სასამართლოს მოსამართლედ შეიძლება გამწესდეს 35 წელს მიღწეული მოქალაქე. აღმოსავლეთის ქვეყნებში – ტაჯიკეთში კონსტიტუციით დადგენილია, რომ უზენაესი სასამართლოს, უმაღლესი ეკონომიკური სასამართლოს, მთიანი ბადახშანის ავტონომიური ოლქის სასამართლოს, საოლქო სასამართლოებისა და დუშანბეს სასამართლოს მოსამართლის თანამდებობაზე აირჩევიან და ინიშნებიან არანაკლებ 30 წლის ასაკის იურისტები (მუხ. 85). ასევე, აზერბაიჯანშიც მოსამართლედ შეიძლება დაინიშნოს არანაკლებ 30 წლის ასაკს მიღწეული მოქალაქე (აზერბაიჯანის კონსტიტუცია, მუხ. 126.1). საინტერესოა ითქვას, რომ იგივე მინიმალური ასაკი (30 წელი) არის დადგენილი აზერბაიჯანის რესპუბლიკის პრემიერ-მინისტრის თანამდებობის დასაკავებლად (მუხ. 121.1). სლოვაკეთის რესპუბლიკაშიც საერთო სასამართლოების მოსამართლედ შეიძლება დაინიშნოს 30 წლის ასაკს მიღწეული მოქალაქე (სლოვაკეთის კონსტიტუცია, მუხ. 145.2). განსაკუთრებით აღსანიშნავია, რომ სლოვაკეთის კონსტიტუციით (მუხ. 134.3), საკონსტიტუციო სასამართლოს მოსამართლედ არანაკლებ 40 წლის ასაკს მიღწეული მოქალაქე შეიძლება დაინიშნოს. უკრაინაშიც, კონსტიტუციის 148-ე მუხლის თანახმად, საკონსტიტუციო სასამართლოს მოსამართლე შეიძლება იყოს მოქალაქე, რომელმაც დანიშვნის დღისთვის 40 წლის ასაკს მიაღწია.

სამუშაო ჯგუფში გაიმართა მსჯელობა იმის თაობაზე, რომ გაფართოვდეს საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს უფლებამოსილება, რითაც კიდევ უფრო გაიზრდება მისი როლი და მნიშვნელობა. ამ მიზნით მზადდება კონსტიტუციის 89-ე მუხლში შესატანი დამატების პროექტი. ივარაუდება, რომ საკონსტიტუციო სასამართლომ განიხილოს და გადაწყვიტოს საერთო სასამართლოს მიერ კონკრეტულ საქმეზე მიღებული საბოლოო აქტის კონსტიტუციურობის საკითხი, როდესაც ამოწურულია შიდასახელმწიფოებრივი სასამართლო დაცვის ყველა საშუალება. ამ სიახლის შედეგად საერთო სასამართლოების საქმიანობაც გაუმჯობესდება.

ასეთი სავარაუდო კონსტიტუციური ცვლილების სასარგებლოდ მნიშვნელოვანია იმის აღნიშვნა, რომ ანალოგიური უფლებამოსილება აქვს გერმანიის ფედერაციული რესპუბლიკის საკონსტიტუციო სასამართლოს.

საქართველოსთვის საინტერესო უნდა იყოს შესაბამისი დანაწესის საკმაოდ განვრცობილი სახით არსებობა მასავით ყოფილი მოკავშირე რესპუბლიკების – აზერბაიჯანის, ბელარუსის, რუსეთის, სომხეთისა და ტაჯიკეთის ძირითად კანონებში.

აზერბაიჯანის კონსტიტუცია (მუხ. 130) განსაზღვრავს, რომ საკონსტიტუციო სასამართლო უფლებამოსილია განიხილოს საკითხი უზენაესი სასამართლოს გადაწყვეტილებების რესპუბლიკის კონსტიტუციასა და კანონებთან შესაბამისობის შესახებ. ამ საკითხზე ნებისმიერ პირს კანონით დადგენილი წესით უფლება აქვს მიმართოს საკონსტიტუციო სასამართლოს და გაასაჩივროს სასამართლო აქტები, რომლებითაც დაირღვა მისი უფლებები და თავისუფლებები. ასეთივე უფლებამოსილება აქვს აგრეთვე ადამიანის უფლებათა დამცველს (ომბუდსმენს).

ბელარუსის კონსტიტუციის მიხედვით, საკონსტიტუციო სასამართლო იძლევა დასკვნას უზენაესი სასამართლოს, უმაღლესი სამეურნეო სასამართლოსა და გენერალური პროკურორის აქტების კონსტიტუციასთან, სათანადო საერთაშორისო-სამართლებრივ აქტებთან, კანონებთან, დეკრეტებთან და ბრძანებულებებთან შესაბამისობის შესახებ (მუხ. 116).

რუსეთის ფედერაციის საკონსტიტუციო სასამართლო მოქალაქეთა კონსტიტუციური უფლე-

ბებისა და თავისუფლებების დარღვევის თაობაზე შეტანილი საჩივრების საფუძველზე ფედერალური კანონით დადგენილი წესით ამოწმებს კონკრეტულ საქმეში გამოყენებული კანონის კონსტიტუციურობას (იხ. რუსეთის ფედერაციის კონსტიტუცია, მუხ. 125.4).

ტაჯიკეთის კონსტიტუციის 89-ე მუხლის თანახმად, საკონსტიტუციო სასამართლოს უფლებამოსილებაა კონსტიტუციასთან უზენაესი სასამართლოსა და უმაღლესი ეკონომიკური სასამართლოს სამართლებრივი აქტების შესაბამისობის განსაზღვრა.

სომხეთის კონსტიტუცია ადგენს, რომ საკონსტიტუციო სასამართლოს, კონსტიტუციითა და საკონსტიტუციო სასამართლოს შესახებ კანონით დადგენილი წესით, მიმართავს ყოველი პირი – კონკრეტულ საქმეზე, როდესაც არსებობს სასამართლოს საბოლოო აქტი, ამოწურულია სასამართლო დაცვის ყველა საშუალება და საჩივრდება მომჩივნის მიმართ გამოყენებული კანონის დებულების კონსტიტუციურობა (მუხ. 101.6).

განსაკუთრებით საყურადღებოა, რომ სომხეთის კონსტიტუციის აღნიშნული ნორმა არ იყო ძირითადი კანონის პირველ (1995 წლის) რედაქციაში. იგი კონსტიტუციას 2005 წლის 27 ნოემბრის რეფერენდუმზე დაემატა. ეს გარემოება იმის მაჩვენებელია, რომ ანალოგიური ცვლილება საქართველოს კონსტიტუციაშიც საჭირო და დროულად განსახორციელებელია.

სერიოზულად, კარგად გასააზრებელი და საფუძვლიანად განსახილველია საქართველოში ნაფიც მსაჯულთა ინსტიტუტის შემოღებასთან დაკავშირებული საკითხები (საქართველოს კონსტიტუციის 82-ე მუხლის მე-5 პუნქტი).

ამთავითვე შეიძლება დარწმუნებით ითქვას, რომ პრინციპულად მიუღებელია ნაფიც მსაჯულთა ინსტიტუტის ეტაპობრივად, კერძოდ კი ჯერ მხოლოდ დედაქალაქში შემოღება. ეს იქნება ადამიანების (საქართველოს ყველა სხვა დასახლებული პუნქტის მცხოვრებთა) დისკრიმინაცია საცხოვრებელი ადგილის მიხედვით, რასაც პირდაპირ კრძალავს საქართველოს კონსტიტუციის მე-14 მუხლი. ხაზგასმით უნდა აღინიშნოს, რომ საქმე შეეხება ადამიანის ძირითად უფლებებს, რომლებიც საყოველთაოა და ყველაზე თანაბრად ვრცელდება. ექსპერიმენტები ამ სფეროში დაუშვებელია. საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლომ სწორედ საცხოვრებელი ადგილის მიხედვით დისკრიმინაციის მოტივით ცნო ანტიკონსტიტუციურად თბილისისა და ფოთის მერების თანამდებობაზე დანიშვნის წესი (იმის გათვალისწინებით, რომ სხვა ქალაქების მერებს ირჩევდა შესაბამისი ადგილობრივი მოსახლეობა).

საერთოდ, ნაფიც მსაჯულთა შერჩევა მეტის-მეტად რთული, ხანგრძლივი და მრავალმხრივი პროცესია.

ნაფიც მსაჯულებთან მიმართებით ზოგადი ხასიათის საწინააღმდეგო არგუმენტებთან ერთად, მხედველობაშია მისაღები აგრეთვე საქართველოსთვის დამახასიათებელი თავისებურებანიც, სპეციფიკური ნიშან-თვისებები, კერძოდ კი ის გარემოებანი, რომ საქართველოში (ა) მოსახლეობის საერთო რიცხოვნობის გათვალისწინებით ძალიან გაჭირდება ნაფიც მსაჯულთა საჭირო რაოდენობის შერჩევა, (ბ) დაბალია მოსახლეობის სამართლებრივი კულტურის დონე, (გ) პრაქტიკულად ვერ მოხერხდება მიუკერძოებლობის პრინციპის დაცვა, ვინაიდან ამ პატარა ქვეყანაში თითქმის ყველა ყველას ნათესავი თუ ნაცნობია, ერთმანეთის მოყვარე ან ნათელმირონია, თანაც საუკუნეთა სიღრმიდან მომდინარეობს ურთიერთდახმარების ხალხური ტრადიცია და (დ) ფართოდაა გავრცელებული და ღრმადაა ფესვგადგმული საქმის „ჩაწყობით“ მოგვარება.

სასამართლო ხელისუფლების სფეროში არსებულ სიძნელეებზე ახალი სირთულის დამატების გამორიცხვის მიზნით, საჭიროა ნაფიც მსაჯულთა ინსტიტუტის შემოღებასთან დაკავშირებულ პრობლემებზე იმსჯელოს და ამ ძალიან მნიშვნელოვანი საკითხისადმი თავისი დამოკიდებულება გამოხატოს საქართველოს სახელმწიფო საკონსტიტუციო კომისიამ.

ნაფიც მსაჯულთა ინსტიტუტთან დაკავშირებით საყურადღებოა სომხური გამოცდილება. სომხეთის რესპუბლიკის კონსტიტუციის პირველ (1995 წლის) რედაქციაში, სასამართლო ხელისუფლების თავში (მუხ. 91), მითითებული იყო, რომ კანონით დადგენილ შემთხვევებში სამართალწარმოება ხორციელდება ნაფიც მსაჯულთა მონაწილეობით. ეს დებულება გაუქმდა – იგი აღარ არის ასახული სომხეთის კონსტიტუციის ახლა მოქმედ რედაქციაში (კონსტიტუციაში ცვლილებები შეტანილი იქნა 2005 წლის 27 ნოემბრის რეფერენდუმით). აღნიშნული გარემოება უთუოდ დასაფიქრებელი და გასათვალისწინებელია.

რაც შეეხება საერთოდ ადამიანის ძირითად უფლებებსა და თავისუფლებებს, ამ სფეროშიც მოსალოდნელია სხვადასხვაგვარი სერიოზული კონსტიტუციური ცვლილებების განხორციელება. ამათგან წინამდებარე სტატიაში მოკლედ განიხილება ზოგიერთი სავარაუდო ცვლილება, რომლებზედაც საკონსტიტუციო კომისიის სასამართლო ხელისუფლებისა და ძირითადი უფლებების სამუშაო

ჯგუფის საქმიანობის მოცემულ ეტაპზე შეიძლება მეტ-ნაკლები დამაჯერებლობით საუბარი.

ჯგუფი ინტენსიურად მუშაობს სოციალური უფლებების პრობლემაზე. განსახილველი და გადაწყვეტია კონსტიტუციაში მათი ასახვის საკითხი. გასათვალისწინებელია, რომ სოციალური უფლებები უაღრესად მნიშვნელოვანია, ისინი ადამიანის სასიცოცხლო ინტერესებთანაა დაკავშირებული. სოციალური უფლებების სფეროში მუშაობის წარმმართველი და განმსაზღვრელი დებულება მოცემულია კონსტიტუციის პრეამბულაში. აქ გაცხადებულია საქართველოს მოქალაქეთა ურყევი ნება, რომ დაამკვიდრონ სოციალური სახელმწიფო. ცხადია, ასეთი სახელმწიფოს დამკვიდრება შეუძლებელი იქნება სოციალური უფლებების აღიარებისა და რეალიზების გარეშე. სახელმწიფო საკონსტიტუციო კომისიის სასამართლო ხელისუფლებისა და ძირითადი უფლებების სამუშაო ჯგუფი ცდილობს საზოგადოებრიობის, კერძოდ კი პროფკავშირების წარმომადგენლებისა და მოწვეული ექსპერტების ჩართვით, უცხოური გამოცდილების გათვალისწინებით გაარკვიოს, თუ სახელდობრ რომელი სოციალური უფლებები და რა დოზით უნდა იქნეს ასახული საქართველოს კონსტიტუციაში.

ადამიანის უფლებებისა და სასამართლო ხელისუფლების სფეროში მწვავედ დგას და საკონსტიტუციო კომისიის შესაბამისი სამუშაო ჯგუფის ყურადღების გარეშე ვერ დარჩება საკუთრების დაცვის ნამდვილი კონსტიტუციური გარანტიების განმტკიცების საკითხი. ამ მიზნით განზრახულია მომზადდეს წინადადებები კონსტიტუციის 21-ე მუხლის გადამუშავების, მასში სათანადო ცვლილებებისა და დამატებების შეტანის შესახებ.

უნდა შეიცვალოს საქართველოს კონსტიტუციის 22-ე მუხლის მე-2 და მე-3 პუნქტების ურთიერთმიმართება იმ ნაწილში, რომლითაც უმართებულოდაა შექმნილი საქართველოს მოქალაქის საქართველოში თავისუფლად შემოსვლის ძირითადი უფლების შეზღუდვის შესაძლებლობა: საქართველოს მოქალაქეს საქართველოში თავისუფლად შემოსვლის უფლება შეტანილია მე-2 პუნქტში, რომელზედაც ვრცელდება მე-3 პუნქტით გათვალისწინებული შეზღუდვები. ასეთი შეზღუდვა დაუშვებელია. საქართველოს მოქალაქეს სრულიად თავისუფლად, ყოველგვარი შეზღუდვის გარეშე უნდა შეეძლოს საქართველოში შემოსვლა. ცვლილება უნდა განხორციელდეს იმ მხრივ, რომ მე-2 და მე-3 პუნქტების ურთიერთმიმართების (მე-3 პუნქტით დადგენილი შეზღუდვების) სფეროდან გამოითიშოს საქართველოს მოქალაქის საქართველოში თავისუფლად შემოსვლის უფლება. ამისთვის განსახილველი ნორმა ამოღებული უნდა იქნეს მე-2 პუნქტიდან. მას სხვაგან უნდა განესაზღვროს ადგილი (კერძოდ, შეიძლება მოთავსდეს მე-3 პუნქტის შემდეგ, თუნდაც ცალკე პუნქტის სახით).

შესაცვლელია კონსტიტუციის მე-18 მუხლის მე-6 პუნქტის ის ნორმა, რომლის მიხედვითაც ბრალდებულის წინასწარი პატიმრობა არ უნდა აღემატებოდეს 9 თვეს. ასეთი რედაქციით გამოდის, რომ წინასწარი პატიმრობის უმაღლესი – ცხრათვიანი ვადა მხოლოდ ბრალდებულისთვისაა დადგენილი. სინამდვილეში კი საქმე სხვანაირადაა: ბრალდებულთან ერთად ცხრათვიან ვადაში იგულისხმება განსასჯელიც, რომელიც განსხვავებული სამართლებრივი სტატუსის მქონე სუბიექტია. ამგვარად, კონსტიტუციის მე-18 მუხლის მე-6 პუნქტით განსაზღვრული 9 თვე არის არა მარტო ბრალდებულის, არამედ, მასთან ერთად, განსასჯელის წინასწარი პატიმრობის ერთობლივი ვადა. აქედან გამომდინარე, აუცილებელია კონსტიტუციის შესაბამისი ტექსტის შეცვლა – მასში ტერმინ „განსასჯელის“ ჩამატება და კონსტიტუციური ნორმის ისეთნაირად ჩამოყალიბება, რომ ბრალდებულისა და განსასჯელის წინასწარი პატიმრობის ვადა არ უნდა აღემატებოდეს 9 თვეს. წინააღმდეგ შემთხვევაში, კონსტიტუციით დადგენილ ცხრათვიან ვადაში არ მოიაზრება განსასჯელის წინასწარ პატიმრობაში ყოფნის დრო. ეს კი მოასწავებს წინასწარი პატიმრობის ცხრათვიანი ვადის გაზრდას და ამით ადამიანის თავისუფლების ხელშეუვალი ძირითადი უფლების არსებით შელახვას.

კიდევ ორი სავარაუდო ცვლილება ძირითადი უფლებების სფეროში შეეხება კონსტიტუციის 42-ე მუხლის მე-9 პუნქტს. სამწუხაროდ, საქართველოში იშვიათი როდია ისეთი შემთხვევები, როდესაც მოქალაქეები თანამდებობის პირთა კანონსაწინააღმდეგო მოქმედებითა თუ უმოქმედობით ზარალდებიან. კონსტიტუცია 42-ე მუხლის მე-9 პუნქტში ითვალისწინებს, რომ „ყველასთვის გარანტირებულია სახელმწიფო და თვითმმართველობის ორგანოთა და მოსამსახურეთაგან უკანონოდ მიყენებული ზარალის სასამართლო წესით სრული ანაზღაურება სახელმწიფო სახსრებიდან“. ციტირებული კონსტიტუციური ნორმა საერთოდ კარგია, მაგრამ იგი არაა საკმარისი და დასაზუსტებელია.

კონსტიტუციის განსახილველი დებულება პირველ რიგში უნდა შეიცვალოს იმ მხრივ, რომ ადგილობრივი თვითმმართველობის სამართლებრივი სტატუსიდან გამომდინარე, თვითმმართველობის ორგანოთა და მოსამსახურეთაგან უკანონოდ მიყენებული ზარალის სასამართლო წესით სრული ანა-

ზღაურება გარანტირებული იყოს არა სახელმწიფო სახსრებიდან, არამედ თვითონ თვითმმართველობის სახსრებიდან.

ამასთან ერთად, მართებულად ვერ ჩაითვლება სამართალდამრღვევი თანამდებობის პირის პასუხისმგებლობის იგნორირება კონსტიტუციაში და ყურადღების გამახვილება მიყენებული ზარალის მარტო სახელმწიფო და თვითმმართველობის სახსრებიდან ანაზღაურებაზე. პრევენტიული მოსაზრებიდან გამომდინარე, მიზანშეწონილია კონსტიტუციის 42-ე მუხლის მე-9 პუნქტს დაემატოს ასეთი დებულება: „კანონით განსაზღვრულ შემთხვევებში და დადგენილი წესით, აღნიშნული ზარალის ანაზღაურება შესაბამის თანამდებობის პირსაც დაეკისრება“. ეს ნორმა სამართლიანია, თანაც მას ექნება გამაფრთხილებელი მნიშვნელობა და დადებითად იმოქმედებს ადამიანის უფლებათა დარღვევის შემთხვევების შემცირებაზე. ამ საკითხთან მიმართებით საინტერესოა საბერძნეთის კონსტიტუციის ის ნორმა, რომ თუ დაკავების ვადების ამოწურვამდე განსაზღვრული მოქმედება არ შესრულდა, ციხის ნებისმიერი ზედამხედველი ან დაკავებული პირის მეთვალყურეობაზე პასუხისმგებელი სამოქალაქო თუ სამხედრო მოსამსახურე ვალდებულია დაუყოვნებლივ გაანთავისუფლოს იგი. დამრღვევი დაისჯება უკანონო დაპატიმრებისათვის და კანონით განსაზღვრული წესით დაეკისრება დაზარალებულისათვის მიყენებული ყოველგვარი ზიანის ანაზღაურება, მათ შორის მიყენებული მორალური ზიანისათვის ფულადი კომპენსაცია (საბერძნეთის კონსტიტუცია, მუხ. 6.3).

დასასრულ, დასკვნის სახით ჩამოვაყალიბოთ თემის განხილვის შედეგები, გამოვკვეთოთ კონსტიტუციაში სავარაუდოდ შესატანი ცალკეული ცვლილება-დამატებები (I) სასამართლო ხელისუფლებისა და (II) ძირითადი უფლებების სფეროში.

I.1. საერთო სასამართლოების შესახებ და საქართველოს უზენაესი სასამართლოს შესახებ ცალ-ცალკე არსებული, კონსტიტუციის 83.2 და 90.3 მუხლების დარღვევით მიღებული ორგანული კანონების ნაცვლად გათვალისწინებული იქნეს მხოლოდ ერთი ორგანული კანონი „საერთო სასამართლოების შესახებ“, რომელშიც განისაზღვრება ყველა დონის საერთო სასამართლოს (მათ შორის – საქართველოს უზენაესი სასამართლოს) სამართლებრივი მდგომარეობა.

I.2. დაზუსტდეს საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სტატუსი, რომ იგი არის „უმაღლესი საკასაციო სასამართლო“ (კონსტიტუციის 90.1 მუხლი): ქვემდგომი საკასაციო სასამართლოს არარსებობის გამო სიტყვა „უმაღლესი“ ამოღებული იქნეს კონსტიტუციის ტექსტიდან.

I.3. საერთო სასამართლოების მოსამართლეთა შერჩევის, თანამდებობაზე გამწესების, საქმის განხილვისაგან ჩამოცილების, თანამდებობიდან ვადამდე განთავისუფლებისა თუ უფლებამოსილების ვადამდე შეწყვეტის ან სხვა თანამდებობაზე გადაყვანის წესი განისაზღვროს არა მიმდინარე ანუ ჩვეულებრივი, არამედ ორგანული კანონით.

I.4. შეიცვალოს საერთო სასამართლოების მოსამართლეთა თანამდებობაზე დანიშვნის წესი (კონსტიტუციის $86^1$ მუხლის პირველი პუნქტი): რაიონული (საქალაქო) და სააპელაციო სასამართლოების მოსამართლეთა კანდიდატურები შეარჩიოს იუსტიციის უმაღლესმა საბჭომ, შერჩეული კანდიდატურები საქართველოს პრეზიდენტმა წარუდგინოს პარლამენტს დასამტკიცებლად, ხოლო პარლამენტმა, თავის მხრივ, ხმათა წინასწარ დადგენილი რაოდენობით (ვთქვათ, სიითი შემადგენლობის უმრავლესობით), დაამტკიცოს ან უარყოს წარდგენილი კანდიდატურები.

I.5. შეიცვალოს რაიონული (საქალაქო) და სააპელაციო სასამართლოების მოსამართლეთა თანამდებობიდან განთავისუფლების წესი: ისინი, საქართველოს იუსტიციის უმაღლესი საბჭოს სათანადო ჩართულობით, თანამდებობიდან გაანთავისუფლოს პარლამენტმა იმპიჩმენტის წესით ან ჩვეულებრივი კენჭისყრის გზით.

I.6. კონსტიტუციის 86.2 და 90.2 მუხლებით პირდაპირ დადგინდეს საერთო სასამართლოების მოსამართლეთა შეუცვლელობის წესი, ანუ თანამდებობაზე მათი უვადოდ გამწესება.

I.7. გაიზარდოს მოსამართლეთა თანამდებობის დასაკავებლად საჭირო მინიმალური ასაკობრივი ზღვარი: 28 წლის ნაცვლად 30 წლამდე – საერთო სასამართლოების მოსამართლეებისათვის; 30 წლის ნაცვლად 35 წლამდე – საკონსტიტუციო სასამართლოს წევრებისათვის.

I.8. გაფართოვდეს საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს უფლებამოსილება: საკონსტიტუციო სასამართლომ განიხილოს და გადაწყვიტოს საერთო სასამართლოს მიერ კონკრეტულ საქმეზე მიღებული საბოლოო აქტის კონსტიტუციურობის საკითხი, როდესაც ამოწურულია შიდასახელმწიფოებრივი სასამართლო დაცვის ყველა საშუალება.

I.9. ნაფიც მსაჯულთა ინსტიტუტის შემოღებასთან დაკავშირებულ პრობლემებზე იმსჯელოს

და ამ უმნიშვნელოვანესი საკითხისადმი თავისი დამოკიდებულება გამოხატოს საქართველოს სახელმწიფო საკონსტიტუციო კომისიამ.

II.1. კონსტიტუციაში შედარებით უფრო სრულად და გარანტირებულად აისახოს ადამიანის ძირითადი სოციალური უფლებები.

II.2. საკუთრების დაცვის კონსტიტუციური გარანტიების გაძლიერების მიზნით მომზადდეს წინადადებები კონსტიტუციის 21-ე მუხლის გადამუშავების, მასში სათანადო ცვლილებებისა და დამატებების შეტანის შესახებ.

II.3. გამოირიცხოს კონსტიტუციის 22-ე მუხლის მე-2 და მე-3 პუნქტებით დაკანონებული შესაძლებლობა, რომ შეიზღუდოს საქართველოს მოქალაქის საქართველოში თავისუფლად შემოსვლის უფლება.

II.4. შეიცვალოს კონსტიტუციის მე-18 მუხლის მე-6 პუნქტის ნორმა, რომლის მიხედვითაც ბრალდებულის წინასწარი პატიმრობა არ უნდა აღემატებოდეს 9 თვეს: ტექსტი ჩამოყალიბდეს ისეთნაირად, რომ 9 თვეს არ აღემატებოდეს ბრალდებულისა და განსასჯელის წინასწარი პატიმრობის ვადა.

II.5. საქართველოს კონსტიტუციის 42-ე მუხლის მე-9 პუნქტი შეიცვალოს იმ მხრივ, რომ ყველასთვის გარანტირებული იყოს თვითმმართველობის ორგანოთა და მოსამსახურეთაგან უკანონოდ მიყენებული ზარალის სასამართლო წესით სრული ანაზღაურება საკუთრივ თვითმმართველობის სახსრებიდან და არა სახელმწიფო სახსრებიდან, როგორც ეს ამჟამად მოქმედი ტექსტით არის დადგენილი.

II.6. კონსტიტუციის 42-ე მუხლის მე-9 პუნქტს, რომლის ახალი რედაქციის მიხედვითაც – ყველასთვის გარანტირებული იქნება სახელმწიფო და თვითმმართველობის ორგანოთა და მოსამსახურეთაგან უკანონოდ მიყენებული ზარალის სასამართლო წესით სრული ანაზღაურება სახელმწიფო და თვითმმართველობის სახსრებიდან – დაემატოს ასეთი დებულება: „კანონით განსაზღვრულ შემთხვევებში და დადგენილი წესით, აღნიშნული ზარალის ანაზღაურება შესაბამის თანამდებობის პირსაც დაეკისრება“.

ასეთია ცალკეული სავარაუდო კონსტიტუციური ცვლილებები სასამართლო ხელისუფლებისა და ძირითადი უფლებების სფეროში. შემოთავაზებული ცვლილება-დამატებების მიღების შემთხვევაში, საჭიროებისას, კონსტიტუციის „გარდამავალ დებულებებში“ აღინიშნება, რომ სასამართლო ხელისუფლებისა და ძირითადი უფლებების სფეროს ესა თუ ის ცვლილება ამოქმედდება შესაბამისი დათქმით (მაგალითად, თანამდებობის დასაკავებლად საჭირო ახალი მინიმალური ასაკობრივი ზღვარი არ გავრცელდება უკვე დანიშნულ მოსამართლეებზე), ანდა ძალაში შევა გადავადებით – გარკვეული პერიოდის შემდეგ (საჭირო დროით გადავადდება, ვთქვათ, საერთო სასამართლოს საბოლოო აქტების კონსტიტუციურობის განხილვა-გადაწყვეტის წესის ამოქმედება).

სამომავლოდ, ცხადია, სხვა მოსაზრებებიცა და წინადადებებიც შემუშავდება. იმედია, სასამართლო ხელისუფლებისა და ძირითადი უფლებების სამუშაო ჯგუფის, ისევე როგორც მთლიანად საქართველოს სახელმწიფო საკონსტიტუციო კომისიის საქმიანობის საბოლოო შედეგები დამაკმაყოფილებელი იქნება.

ანდრაშ შაიო

# თავდაცვისუნარიანი დემოკრატიიდან პრევენციულ სახელმწიფომდე?

***ანდრაშ შაიო***
*ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს მოსამართლე. სამართლის პროფესორი, ცენტრალური ევროპული უნივერსიტეტი, ბუდაპეშტი.*

წინამდებარე სტატიაში გთავაზობთ იმ კონსტიტუციური პარადიგმების განხილვას, რომლებიც კონტრტერორისტული მეთოდებიდან წარმოიშვა და იმ ლიბერალური და არალიბერალური დემოკრატიების მიერ გამოიყენება, რომლებიც საერთაშორისო ისლამური[1] ტერორიზმის სირთულის წინაშე დგანან. უსაფრთხოების ზომები ინტელექტუალურად განსხვავებული მოდელების გარშემო იყრის თავს. უსაფრთხოების ზომების გამოყენება სხვადასხვა მოდელის ფარგლებში განსხვავებულ შედეგებს გვაძლევს შემდეგ სფეროებში: ძალთა გადანაწილება, უფლებათა სპექტრი, ფუნდამენტური უფლებების შეზღუდვების პროცედურები და ხარისხი. არსებულ მოდელებს წარმოგიდგენთ სტატიის პირველ ნაწილში, სადაც ვამტკიცებ, რომ, თუკი ტერორისტული საფრთხე გარდაუვალია, მაშინ თავდაცვისუნარიანი დემოკრატიის ინსტრუმენტები და პრევენციის ზომები ერთმანეთს შეერწყმება და წარმოშობს კონსტიტუციური წყობის ახალ ფორმას — კონტრტერორისტულ სახელმწიფოს. სტატიის მეორე ნაწილში უფრო დეტალურადაა აღწერილი სხვადასხვა კონსტიტუციური რეჟიმები, რომელთაც პოლიტიკური რეჟიმის დაშლის საფრთხეებთან გამკლავების გამოცდილება აქვთ. თავდაცვისუნარიანი დემოკრატიის[2] და პრევენციული სახელმწიფოს ელემენტების, ასევე საგანგებო სიტუაციის[3] მახასიათებლების განხილვა, ალბათ საინტერესო იქნება ტერორიზმის წინააღმდეგ სახელმწიფოს რეაგირების ფორმების ანალიზის დროს. თავდაცვისუნარიანი დემოკრატია, როგორც კონსტიტუციურად ლეგიტიმური გადახვევა „ჩვეულებრივი“ კონსტიტუციონალიზმიდან, მისაღებია იმის გათვალისწინებით, რომ ტერორიზმი და ფუნდამენტალისტური პოლიტიკური მოძრაობები ერთმანეთთან მჭიდრო კავშირში არიან. აქვე, ასევე განხილულია თანამედროვე სვლა „პრევენციული სახელმწიფოს“ მიმართულებით. „პრევენციული სახელმწიფო“ სოციალური სახელმწიფოს პატერნალიზმის ერთ-ერთი სპეციფიკური ფორმაა, რომელიც მიმართულია უსაფრთხოების არაპოლიტიკური საფრთხეების წინააღმდეგ. „პრევენციული სახელმწიფო“ თანდათანობითი კონსტიტუციური ცვლილებების შედეგია, რომელიც კონსტიტუციური პრინციპების სასამართლო რეინტერპრეტაციით იქმნება.

სტატიის მესამე ნაწილში განვიხილავ ფუნდამენტური უფლებების შეზღუდვების პოტენციურ სპექტრს კონტრტერორისტული სახელმწიფოს ფარგლებში. ასეთი შეზღუდვები დამოკიდებულია სოციალურ არჩევანზე, ამიტომ სტატიის მეოთხე ნაწილში ვასაბუთებ, რომ კატასტროფების, გაურკვეველი დაძაბული სიტუაციების და პანიკის დროს გადაწყვეტილებების მიღების მექანიზმი ირღვევა და გაუგებარი რჩება, ვინ მიიღებს საზოგადოებრივ გადაწყვეტილებას და განსაზღვრავს რისკის გაწევის სათანადო ხარისხს. რისკებთან დაკავშირებული გადაწყვეტილებები ჩვეულებრივ ვითარებაში არსებული უფლებებიდან გამომდინარე პრინციპებს არ ეფუძნება. *სერიოზული* ტერორისტული საფრთხის შემთხვევაში, რასაც შესაძლოა მასობრივი განადგურება მოჰყვეს, სახელმწიფომ შესაძლოა შეცდომები დაუშვას ფუნდამენტური უფლებების უზრუნველყოფის საკითხში, რასაც, თავის მხრივ, ასევე გამანადგურებელი შედეგები მოჰყვება. აღნიშნული წინა პირობა ფუნდამენტურად განსხვავდება „ნორმალური“ ვითარების დროს არსებული პირობებისგან, რა შემთხვევაშიც თავისუფლება კონსტიტუციურად გარანტირებულია.

[1] ტერმინში „ისლამური“ იგულისხმება ისლამის გადაგვარებული, უმცირესეობაში მყოფი ვერსია, მაგალითად, როგორიცაა სალაფიზმი.

[2] თავდაცვისუნარიანი დემოკრატიის რეზიუმე წარმოდგენილია წინა სტატიაში, *თავდაცვისუნარიანი დემოკრატია და დემოკრატიისკენ სვლა*, ა. შაიო, თავდაცვისუნარიანი დემოკრატია, მეთერთმეტე საერთაშორისო გამოცემა. 2004 წელი.

[3] სტატიაში განხილული არ არის კონსტიტუციური გამოცდილება „საგანგებო სიტუაციებთან“ დაკავშირებით, თუმცა უნდა აღინიშნოს, რომ ესაა ერთ-ერთი სტანდარტული იურიდიული რეჟიმი, რომელიც გამოიყენებოდა შიდა ტერორიზმთან თავის გასართმევად ჩრდილოეთ ირლანდიასა თუ ინდოეთში. ზოგიერთი ფაქტის გასაცნობად იხილეთ იურისტების საერთაშორისო კომისიის მასალები, *საგანგებო სიტუაციები, მათი გავლენა ადამიანის უფლებებზე, 1983 წელი*. თუმცა სახელმწიფო იყენებს „საგანგებო სიტუაციის“ ტექნიკას სხვადასხვა პრობლემების დროს, მათ შორის ყველაზე ხშირად შიდა ამბოხებების პერიოდში. მისი გამოყენების სიხშირეს თუ გავითვალისწინებთ, დავრწმუნდებით, რომ მისი გამოყენება დანიშნულებისამებრ მხოლოდ განსაკუთრებულ შემთხვევებში არ ხდება. დ. ო'დონელი (*განსაკუთრებული სიტუაცია*, 1978 წლის დეკემბერი) აღნიშნავს, რომ იმ პერიოდისთვის მსოფლიოში, სულ მცირე, 30 სახელმწიფო მაინც არსებობდა, სადაც რაღაც ტიპის საგანგებო მდგომარეობა იყო.

კონსტიტუციონალიზმი, როგორც თავისუფლების უზრუნველმყოფი წყობა, რისკის გაწევასთან არის გადაჯაჭვული, თუმცა ისიც აღსანიშნავია, რომ ზემოაღწერილი წინა პირობა შესაძლოა რეალური საფრთხის შემთხვევაშიც არ არსებობდეს. დასკვნაში აღნიშნულია, რომ ფორმალური, კონსტიტუციური კონტრტერორისტული სახელმწიფოს ჩამოყალიბებას არსებითი, პრინციპული და პრაგმატული საფუძვლები აქვს, რომლებიც შესაძლოა იყოს ან არ იყოს გასათვალისწინებელი, რადგან ყველაფერი დამოკიდებულია მეტ-ნაკლებად იმაზე, თუ რა ტიპის დემოკრატიასთან გვაქვს საქმე. ასეთი სახელმწიფოს ლეგიტიმურობის წინა პირობა ისაა, რომ სახელმწიფოს ფორმირება საზოგადოებრივი აზრის გათვალისწინების შედეგად უნდა ხდებოდეს. არადა, მოქალაქეებს ხშირად ართმევენ სახელმწიფოებრივ საქმეში მონაწილეობის უფლებას უსაფრთხოების დაცვის სახელით.

მიუხედავად იმისა, რომ ლიბერალური სამართლებრივი თეორიის ფარგლებში, კატასტროფებმა შესაძლოა დემოკრატიულ წყობაში უფლებების გადაფასების საჭიროება მოიტანოს, ხოლო მასობრივი საერთაშორისო ტერორიზმი კი ასეთი ტიპის კატასტროფაა, კონტრტერორისტული სახელმწიფოს ჩამოყალიბების პრეცედენტი ჯერ კიდევ არ იკვეთება ტერორიზმთან დაკავშირებული ბუნდოვანების და სიფრთხილის ზომების გამო. პრაქტიკული თვალსაზრისით, კონტრტერორისტული სახელმწიფოს ჩამოყალიბება გულისხმობს სამართლებრივი სახელმწიფოს პრევენციულ სახელმწიფოდ გარდაქმნას, რომელშიც დაპატიმრების პრაქტიკა რეჟიმის ნაწილია[4]. ასეთი სახელმწიფოს შექმნით, ჩვენ „დიდი ძმის“ დაზვერვის სისტემას და პოტენციურ გაურკვევლობას ვეთამაშებით ყოველდღიურ ყოფაში და ამას ვერც კი ვამჩნევთ. თუმცა ამჟამად სამართლებრივი სახელმწიფო არ ტოვებს თავის პოზიციებს ყველაზე ლიბერალურ დემოკრატიებში და კვლავ გვახსენებს, რომ შეზღუდვები არ არის ნორმა, მიუხედავად იმისა, რომ შეიძლება იყოს ლეგიტიმური.

## 1. კონსტიტუციური ალტერნატივები განადგურების პერმანენტული საფრთხის ფონზე

საერთაშორისო ისლამური ტერორიზმი, როგორც ფუნდამენტალისტური ძალადობის ფორმა, დემოკრატიის ან ნებისმიერი სტაბილური, უსაფრთხოების უზრუნველმყოფი სახელმწიფოს წინაშე მდგარ სირთულეს წარმოადგენს (რომლის წინასწარ განჭვრეტა ან რაციონალურად გათვლა შეუძლებელია). ცხადია, თვითმკვლელობის ელემენტი და მტრის სრული განადგურების სურვილი, სამიზნეების განურჩევლად, იქნება ეს სამოქალაქო თუ სამთავრობო სამიზნე, არის ის სპეციფიკა, რაც საერთაშორისო ისლამურ ტერორიზმს განსაკუთრებულ კატეგორიას ანიჭებს და მისი განვითარების შემთხვევაში იძულებულს გაგვხდის არსებული კონსტიტუციური მოდელები გადავაფასოთ. თუმცა ამ ეტაპზე აღნიშნული პრობლემის მოგვარებას არსებული კონსტიტუციური მოდელების ჩარჩოებში მხოლოდ ცვლილებების შეტანით ცდილობენ. დღეისთვის, საერთაშორისო ტერორისტული საფრთხეების წინააღმდეგ რამდენიმე კონსტიტუციურად დაშვებული რეაგირება უკვე არსებობს. რამდენიმეში მე ვგულისხმობ კარგად იდენტიფიცირებად კონსტიტუციურ ნორმებს, რომლებიც იმ კონკრეტულ პრინციპებს და იურიდიულ ნორმებს ეფუძნება, რომლებიც კონსტიტუციურ უფლებებზე და წყობაზე გავლენას ახდენს და თან არსებული კონსტიტუციის ტექსტის საზღვრებში ჯდება[5].

ტექსტუალური ცვლილებებით ან მათ გარეშე, სავარაუდოა, რომ ახალი სტრუქტურები გადაიქცევა კონსტიტუციური წყობის ახალ მოდელებად დემოკრატიულ სახელმწიფოებში. ლიბერალური კონსტიტუციური თვალსაზრისით, ეს მოდელები შესაძლოა გაუმართავი იყოს და, ამდენად, გაჩნდეს შემოთავაზებები, თუ როგორ გავხადოთ ახალი სისტემა ადამიანის უფლებებზე უფრო მეტად ორიენტირებული. მიუხედავად იმისა, რომ ეს ნორმატიული და პრაგმატული მცდელობები ახალი სტრუქტურის ფორმირების ნაწილია, ჩვენ „ბრძოლის ველზე“ ახალი კონსტიტუციური სცე-

[4] ინდოეთის კონსტიტუციის 22-ე მუხლით წინასწარი დაკავება დაშვებულია. ჩვეულებრივ პირობებში პრევენციული დაკავება კონსტიტუციურად დაშვებულია სამი თვის ხანგრძლივობით დაკავების დღიდან. არ მოქმედებს გასაჩივრების უფლება. სამ თვეზე მეტი ხანგრძლივობით დაკავების შესახებ გადაწყვეტილებას იღებს მხოლოდ პარლამენტი განსაკუთრებულ შემთხვევებში. კონსტიტუციის 24-ე მუხლის მე-4 ქვეპუნქტის თანახმად, დაკავება სამ თვეზე მეტი ვადით დასაშვებია, თუ, ა) მრჩეველთა საბჭო, რომელიც შედგება უმაღლესი სასამართლო უწყების გადამდგარი მოსამართლისგან ან უმაღლეს სასამართლო უწყებაში მოსამართლედ მუშაობისათვის საკმარისი კვალიფიკაციის მქონე პიროვნებისგან, გადაწყვეტს, რომ სამთვიანი პერიოდის ამოწურვისას, კვლავ არსებობს მნიშვნელოვანი მიზეზი დაკავების პერიოდის გაგრძელებისთვის ან თუ ბ) პარლამენტი დაადგენს, რომ არსებული გარემოებების გათვალისწინებით, საჭიროა დაკავების პერიოდის გაგრძელება სამ თვეზე მეტი ვადით, მრჩეველთა საბჭოს მოსაზრების მიუხედავად. დამოუკიდებლობის პერიოდის გოპალანის საქმეზე, უზენაესმა სასამართლომ გაითვალისწინა კონსტიტუციის 22-ე მუხლი 1973 წლის ელემენტებით, რომელიც მოითხოვს სამართლებრივ ზედამხედველობას და დაკავების რეჟიმი გადააქვს სამართლებრივი სახელმწიფოს ფარგლებში. იხილეთ სამბუ ნათ საკარის დასავლეთ ბენეგალის სახელმწიფოს წინააღმდეგ საქმე, 1974(1).

[5] ევროპული დაკავების გარანტია, რომელიც სხვადასხვა კონტექსტში გამოიყენება ძალიან მნიშვნელოვანია ტერორიზმის წინააღმდეგ საერთაშორისო თანამშრომლობის საქმეში, მაგრამ აღნიშნულმა პრაქტიკამ შესაძლოა გერმანულ და პოლონურ კონსტიტუციებში ცვლილებების შეტანა გახადოს საჭირო.

ნარების დასახვაში მაინც არ უნდა შეგვიშალოს ხელი.

კონსტიტუციური სახელმწიფოს თავდაცვა მხოლოდ მაშინ დარჩება კონსტიტუციურ ჩარჩოებში, თუ ის კონცეპტუალურად და ინსტიტუციონალურად უფლებების შეზღუდვის შესაძლებლობების გამოყენებას გამორიცხავს ან რაციონალურ ზღვარს მაინც ინარჩუნებს[6]. თავდაცვის მოთხოვნების დასაკმაყოფილებლად დიდი ძალისხმევაა საჭირო როგორც ნორმატიულ, ისე პრაქტიკულ დონეზე. ბევრი კონსტიტუცია, ტენდენციურად, არეულობის შესაძლებლობას უგულებელყოფს (იხილეთ ამერიკის შეერთებული შტატების კონსტიტუცია). თუმცა უარყოფის უკან (აღიარებითი უარყოფის ჩათვლით) კონსტიტუცია არაფორმულირებულ, მაგრამ ფუნდამენტურ ურთიერთობას შეიცავს თვით-განადგურების შესაძლებლობასთან, რაც მაშინ გამოდის სააშკარაოზე, როცა მთავრობა და წესრიგი ექცევა ისეთი პოლიტიკის ქვეშ, რომელიც ემოციურობას ან პერმანენტულ საფრთხეს ეფუძნება. ასეთ ვითარებაში სახელმწიფო ძალადობის ელემენტების გამოყენებას თავს ვერ აარიდებს. კანონი ვერ ეწინააღმდეგება ასეთ ძალადობას, ნაწილობრივ, ალბათ იმიტომ, რომ ძალადობის გამოყენების შეზღუდვით, ის თვითგადარჩენის შანსებს შეამცირებდა. მნიშვნელოვანი ინტელექტუალური წინსვა ალბათ ისაა, რომ კონსტიტუციური აზროვნება მიმართულია სისტემური თავდაცვის პრობლემისაკენ[7]. ზემოაღწერილი მოვლენების და მოქალაქეების უსაფრთხოების უზრუნველმყოფი დემოკრატიის ან მისი საფუძვლების მიმართ შეუქცევადი გამანადგურებელი ეფექტის მაღალი ალბათობის მქონე პოლიტიკური ქმედებისკენ მიმართული სხვა ინსტიტუციონალური რეაგირების ფორმების გათვალისწინებით, დემოკრატიის მექანიზმებთან, პოლიტიკურ წყობასთან მიმართებში, წარმოიშვა შემდეგი პარადიგმები:

- არსებული სისტემის ფარგლებში საფრთხესთან თავის გართმევა, სამართლებრივი და ადმინისტრაციული გადაწყვეტილებების მისაღებად განხორციელებული პროპორციონალიზმის ანალიზში ცვლილებების შეტანით („ჩვეულებრივი ვითარება“[8] ან „თუ შეიძლება ნუ აჰყვებით პანიკას, პოლიცია აკონტროლებს სიტუაციას“[9]);
- „მწუხრის ზონა“[10] ან „სტრესული პერიოდი[11]: აქ კონტრტერორისტული არსენალი კვლავ სამართლებრივი სახელმწიფოს პარამეტრებში ჯდება. მოდელი ითვალისწინებს ტერორიზმის პრობლემის კონსტიტუციურად მოგვარებას სამართლებრივი გზით და არსებულ სტანდარტებზე დაყრდნობით.
- თავდაცვისუნარიანი დემოკრატია (ტერორიზმთან საბრძოლველად);
- პრევენციული სახელმწიფო (წინასწარი დაკავების რეჟიმის მქონე სახელმწიფოს ჩათვლით, რომელშიც პრევენციული ზომების ფარგლებში მასობრივი დაკავება (ან ზოგიერთ შემთხვევაში მისი ეკვივალენტები, მაგ., გაძევება, ექსტრადიქცია, გადაადგილება, მოქა-

[6] საგანგებო ვითარების და ომის შმიტისეული ვერსია ამ მოდელში არ ჯდება. ეს იმას არ ნიშნავს, რომ ლიბერალური და არალიბერალური სახელმწიფოების ომის წესებში განსხვავებები არ არის (პრინციპული განსხვავებები მაინც). თუმცა ასეთი პრინციპული დასკვნების თანახმად, ლიბერალური კულტურა და ხალხი ითავისებს კულტურის ჰუმანიზმს და არ ნებდება ომის ეგზისტენციალურ მოთხოვნებს.

[7] ტრადიციული კონსტიტუციური აზროვნება უმეტესწილად შეუცვლელი დარჩა და საგანგებო მდგომარეობის ან მსგავსმა საკითხებმა ვერ მოახერხეს ცენტრალური და გადამწყვეტი ადგილის დაკავება კონსტიტუციური აზროვნების ფორმირებაში. მიმდინარე ტენდენცია თითქოს ამ მიმართულებით მიდის, თუმცა დიდი სიახლეები მაინც მოსალოდნელი არ არის, რადგან ჯერ კიდევ არის იმედი, რომ ტერორისტების ბრძოლა ათწლეულობით არ გაგრძელდება და „მეორე თავდასხმა“ აღარ განმეორდება. კონსტიტუციური თეორია განსაკუთრებით ეფექტურია დანაწევრების საკითხებში, ხოლო უსაფრთხოებასთან დაკავშირებული თემები, შესაძლოა, კვლავ მარგინალიზებული დარჩეს. ამის მიზეზი ნაწილობრივ ისაა, რომ საჯარო სამართალი, ძირითადად, განიხილავს ისეთ რუტინულ საკითხებს, როგორიცაა ზონების დაყოფა ან სკოლის სასწავლო გეგმა. სკოლის სასწავლო გეგმის კონსტიტუციური პრობლემები ერთგვარი გამოცდაა: თუ სეკულარიზმი, ნეიტრალიტეტი, რელიგიის თავისუფლება და მსგავსი საკითხები ტერორიზმის ფარდის ქვეშ განიხილება, მაგალითად, როცა გიწევს არგუმენტის ჩამოყალიბება იმის თაობაზე, თუ როგორ შეიძლება შევუწყოთ ხელი ტერორიზმს სასწავლო გეგმის შერჩევით, ან როგორ აყალიბებს ტერორისტებს გარიყულობის გრძნობა და ა.შ., უსაფრთხოების პრობლემები რეალურად ცვლის კონსტიტუციურ პრობლემებს.

[8] ტერმინი გამოყენებულია შემდეგ ნაშრომში: ორენ გროსი, ქაოსი და წესები. რეაგირება ძალადობრივ კრიზისზე ყოველთვის კონსტიტუციური უნდა იყოს თუ არა? *იელი ლ.ჟ.* 1011, 1021, რომელიც აღწერს აღნიშნულ ვითარებას შემდეგნაირად: „მოდელი „ჩვეულებრივი ვითარება“ ეფუძნება კონსტიტუციური აბსოლუტიზმის და სრულყოფილების ცნებებს. ამ მოდელის მიხედვით, ჩვეულებრივი იურიდიული ნორმების და კანონების დაცვა გრძელდება არსებითი ცვლილებები გარეშე საგანგებო ვითარებებში და კრიზისის დროსაც კი. კანონი ომისა და მშვიდობის პერიოდში ერთგვარად სრულდება. „იგი ასევე განიხილავს საგანგებო ძალების სხვა მოდელებს, რომელთაც ერთი კატეგორიის — „კომპრომისის მოდელების“ ქვეშ აერთიანებს. აღნიშნული მოდელები ჰგავს, ჩემს მიერ მოხსენიებულ მაიკლ როზენფილდის გამოთქმას „სტრესული პერიოდი“. ორენ გროსის აზრით, „კომპრომისული მოდელების“ ფარგლებში არსებულ ნორმატიულ სტრუქტურასთან, უსაფრთხოების ზომებთან და საჭიროებებთან მორგება ხდება. თუმცა სისტემა, შეძლებისდაგვარად, მაქსიმალურად უცვლელი რჩება. დაიშვება მხოლოდ გამონაკლისი ცვლილებები საგანგებო ვითარების საპასუხოდ. ასეთი კომპრომისი, კანონის უზენაესობის და ფუნდამენტური დემოკრატიული ღირებულებების ურყევად დაცვას უზრუნველყოფს და ამავე დროს, სახელმწიფოს სთავაზობს ადეკვატურ ზომებს თავს დატეხილი კრიზისის დასაძლევად“. ჩემ მიერ განხილული სხვა მოდელები განსხვავდება (ნაწილობრივ და ზოგჯერ არა მიზანმიმართულად) არსებული მოდელისგან. სხვა მოდელებში დასაშვებია ცვლილება იმ მოტივით, რომ ზოგჯერ საჭიროა ზოგიერთი ღირებულების უგულებელყოფა მათივე გადასარჩენად.

[9] მინიშნება უნგრულ რომანთან იენო რეიტოს მიერ (კარანტინი დიდ სასტუმროში), სადაც პოლიციის შერიფი წარმოთქვამს ამ ფრაზას სასტუმროში ატეხილი პანიკის დროს.

[10] Peter Margulies, Judging Terror in the “Zone of Twilight”: Exigency, Institutional Equity, and Procedure After September 11th. 84 B.U.L. Rev. 383 (2004)

[11] Michel Rosenfeld, JUDICIAL BALANCING IN TIMES OF STRESS: COMPARING DIVERSE APPROACHES TO THE WAR ON TERROR.

ლაქეობის ჩამორთმევა) გამოიყენება როგორც უპირატესი ინსტრუმენტი.

- კონტრტერორისტული სახელმწიფო;
- საგანგებო ვითარება: *I*. ზოგიერთი კონსტიტუციის თანახმად, შიდა აშლილობა საგანგებო ვითარების გამოცხადებისთვის საკმარისი საფუძველია. აღნიშნული საკითხი განხილულია ქვეთავში *საგანგებო ვითარების* სათაურით. ამ შემთხვევაში, განსაკუთრებული მდგომარეობის წინასწარი გათვლა ხდება, რის შემდეგაც ეს მდგომარეობა მისაღებია მხოლოდ დროებითი სტატუსით. კონსტიტუციურად დასაშვები და პროცედურულად წინასწარ განსაზღვრული გადახვევა ჩვეულებრივი ვითარებიდან, გადაწყვეტილებების მიღების სტანდარტული რეჟიმიდან და ადამიანის უფლებების უზრუნველყოფის სფეროდან (ან სპეციალური დროებითი მოდელის განმავლობაში[12]). *II*. საგანგებო ვითარების ალტერნატიული მნიშვნელობა გულისხმობს აღმასრულებელი ძალაუფლების შეუზღუდავ გამოყენებას (სამხედრო ან უშიშროების სფეროში) კრიზისის პერიოდში, ხოლო ამ მოდელის კონსტიტუციური ელემენტი ისაა, რომ კრიზისის დაძლევის შემდეგ სახელმწიფო დაუბრუნდება კონსტიტუციურ ღირებულებებს და კრიზისის დროს გადაწყვეტილებების მიმღები პირები ანგარიშვალდებულები იქნებიან თავიან ქმედებებზე[13]. ასევე, უნდა გავითვალისწინოთ, რომ საგანგებო ვითარების შმიტისეულ ვერსიაში კონსტიტუციონალიზმის უარყოფა ხდება. აქ საგანგებო ვითარების გამოცხადება უმაღლესი ხელისუფლის პრეროგატივაა და, ამდენად, კონსტიტუციური ჩარჩოების გარეთ ექცევა. აქ ერთადერთი შეზღუდვა წარმატების ნაკლებობაა.
- ომი (საომარი ძალების გამოყენების ნორმები კონსტიტუციაში დადგენილი არ არის, თუმცა აცხადებენ, რომ მათი გამოყენება კონსტიტუციურია, რადგან თავად კონსტიტუციის დიზაინი იძლევა ამის საშუალებას)[14].

ზემოთ ჩამოთვლილი ვარიანტები საბოლოო არაა და არც ერთმანეთისგან იზოლირებული[15]. პირიქით, წარმოდგენილი ჯგუფები არასტაბილურია და მერყევი, ნაწილობრივ, ალბათ იმიტომ, რომ საერთაშორისო ისლამური ტერორიზმის ბუნება, მნიშვნელობა და პოლიტიკური შეხედულებები მუდმივად იცვლება, არასტაბილური და შერეულია, ნაწილობრივ კი იმიტომ, რომ ალტერნატიული კონსტიტუციური რეაგირება, უბრალოდ, რეაქცია იქნებოდა და არა ქმედითი ღონისძიება. გარდა ამისა, მსოფლიო მნიშვნელოვნად არ შეცვლილა, არადა აუცილებელია ჩვენი ცხოვრებისა და კონსტიტუციონალიზმის სისტემური შეცვლა. დემოკრატიები და სხვა სახელმწიფოები ზოგიერთ მეთოდს, ინსტიტუციურ წყობას და თანამშრომლობის გზებს უკვე სხვაგვარად, კონტრტერორისტული პერსპექტივიდან უყურებენ. ახალი სტრუქტურების ელემენტები ინოვაციური არაა, მაგრამ საფრთხის ალბათობაზე და პანიკის დაძლევაზე ორიენტირებული პერსპექტივაა, ამ ზომების გამოყენების გამო, კონსტიტუციური პარადიგმის შეცვლის მოსალოდნელობაზე მიუთითებს. ეს ცვლილება კი იქნება თავისუფლებაზე დამყარებული რეჟიმიდან[16] უსაფრთხოებაზე დამყარებულ რეჟიმზე გადასვლა.

ზემოაღწერილი მიდგომები იმის მიხედვით განსხვავდებიან თუ რა კონკრეტულ სიტუაციასთან გვაქვს საქმე, რისკთან (რამდენად მოსალოდნელია უბედურება), თუ რისკის გაწევასთან. „ჩვეულებრივი ვითარების“ მოდელის გარდა, ყველა დანარჩენი მოდელი პრევენციული ზომების გატარების საშუალებას მეტ-ნაკლებად რეალისტური ალბათობის საფუძველზე იძლევა [17]. როგორც იუ-

[12] Bruce Ackerman, The Emergency Constitution, 113 Yale L.J. 1029, (2004). The crisis is understood to be acute, the polity is singularly focused on survival and all other political concerns and objectives recede into the background, at 1040.

[13] „თუმცა ზღვარი ნორმალურ ვითარებასა და საგანგებოს შორის ხშირად სუსტია და განსხვავებები ამ ორ კატეგორიას შორის რთული ხდება, ზოგჯერ შეუძლებელიც კი. ფაქტობრივად გამონაკლისი აღარ აღიქმება გამონაკლისად“. „ზოგჯერ დგება ისეთი გარემოებები, როცა მძიმე საშიშროებას ან საფრთხესთან გამკლავებისთვის საჭირო მეთოდებს კონსტიტუციური ჩარჩოებიდან გასვლა მოჰყვება, ზოგჯერ სხვა დროს მისაღები კონსტიტუციური პრინციპები, წესები და ნორმებიც კი ირღვევა. თუმცა აღსანიშნავია, რომ თუკი რეაგირების ასეთი ფორმები სათანადო დროს და სათანადო ვითარებაში გამოიყენება, ეს გააძლიერებს და არ შეასუსტებს კონსტიტუციურ ერთგულებას და კანონის უზენაესობის პატივისცემას“. Gross, op. cit. 1022-23. ერთი მხრივ, ესაა გულწრფელი და რაციონალური მცდელობა კარლ შმიტის ხსნის.

[14] „სასამართლოების ტრადიციული თავშეკავება, მიიღონ გადაწყვეტილებები კონსტიტუციურ საკითხებზე მწარე მაგალითს გვაძლევს იმ ტრუიზმისა..., რომლის მიხედვითაც, ომის დროს კანონები უტყვია“. William H. Rehnquist, All the Laws But One: Civil Liberties in Wartime 202 (1998).

[15] Noah Feldman, Choices of Law, Choices of War, 25 Harv. J. L. & Pub. Pol'y 457 (2002) აცხადებს, რომ საერთაშორისო ტერორიზმი როგორც „ომის“ ისე „დანაშაულის„ მოდელში ჯდება. საბოლოო ჯამში კი ალბათ არც ერთი მათგანი არ არის ადეკვატური კატეგორია.

[16] L. A. Powe, Jr., Situating Schauer, 72 Notre Dame L. Rev. 1519, 1531-32 (1997): speech is a "good times civil liberty".

[17] „დუსელდორფის სააპელაციო სასამართლომ დაადგინა, რომ ე.წ. ისლამური ტერორისტული ორგანიზაციების „სლიფერების“ (”sleepers“) ძიებაში, იმ პირების წრე, რომლებიც ძიების არეალში უნდა მოექცეს, უნდა განისაზღვროს. დასაშვებია მხოლოდ საეჭვო ქვეყნების ან სპეციფიკური რელიგიური ჯგუფების (მაგ., მუსლიმი პირები) პირადი მონაცემების გადაცემა და არა გერმანიის მოქალაქეებისა, რომლებიც არც მუსულმანები არიან და არც საეჭვო ქვეყნის მოქალაქეები.“ Lepsius Liberty, Security, and Terrorism: The Legal Position in Germany, 5 German Law Journal No. 5 (1 May 2004) Part Two, referring to decisions of OLG Düsseldorf, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 629 (2002), with different reasoning OLG Frankfurt, op. cit., 626-627. http://www.germanlawjournal.com/article.php?id=423#_edn11

რიდიულ-პოლიტიკური სტრატეგიები, მათ წინაშე ისმის შემდეგი შეკითხვა: როგორ განისაზღვრება, რის საფუძველზე და რა პროცედურებით მომავალი მოვლენების ალბათობა? მაშინაც კი, როცა არ არსებობს მკაფიო ტექსტობრივი მასალა, ზემოჩამოთვლილი მოდელები წარმოგვიდგენენ იურიდიული რეაგირების საინტერესო ვერსიებს, რომლებიც საერთაშორისო ტერორიზმის კონტექსტში გაჩნდა, მაგრამ ყოველთვის ტერორიზმს არ უკავშირდება.

სხვადასხვა პოლისების გვერდით ჩნდება სპეციფიკურად, საერთაშორისო ტერორიზმთან დაკავშირებული რეაგირების ზომები. ამ ზომების კონგლომერატს მე კონტრტერორისტულ სახელმწიფოს ვუწოდებ. რეაგირების ამ ფორმების კომბინაცია თანამედროვე დემოკრატიებში ჩნდება და ყველა მათგანის გამოყენება კონტრტერორისტული მოტივით ხდება. ბევრი მეთოდი თავდაცვისუნარიანი დემოკრატიიდან ან პრევენციული სახელმწიფოდან იღებს სათავეს და ამ მოდელებში წარმოდგენილ ლეგიტიმაციას ნაწილობრივ იზიარებს. ვვარაუდობ, რომ გარემოებების უცლელად დარჩენის შემთხვევაში, დემოკრატიები კონსტიტუციის ტექსტში კონტრტერორისტულ სახელმწიფოს მისი განსაკუთრებული უფლებამოსილებით არ აღიარებენ, გარდა იმ შემთხვევისა, თუ ტერორისტულ შემეცნებაში მოხდება თვისობრივი ცვლილება, რაც საზოგადოებას იძულებულს გახდის, გადააფასოს ფუნდამენტური შეხედულებები რისკების შესახებ. არსებული ტენდენცია მიუთითებს დამატებითი პრევენციული ზომების და თავდაცვისუნარიანი დემოკრატიის ელემენტებთან კომბინაციაში პრევენციული სახელმწიფოს გაფართოების პროცესის ნორმალიზებას.

## 2. თავდაცვისუნარიან დემოკრატიასა და პრევენციულ სახელმწიფოში პოლიტიკურ საფრთხეებთან გამკლავება

წინამდებარე სტატიაში მხოლოდ თავდაცვისუნარიანი დემოკრატიისა და პრევენციული სახელმწიფოს იმ პარადიგმებს განვიხილავ, რომლებიც მოსალოდნელია, რომ კონსტიტუციურად რატიფიცირებული იქნება ბევრი დემოკრატიის კონსტიტუციურ სისტემაში. ამ ორი მოდელის ელემენტების შერჩევით, *გამოკვეთილი* კონტრტერორისტული სახელმწიფოს წარმოსახვაა შესაძლებელი. კონტრტერორისტული სახელმწიფოს გამოკვეთაში ის იგულისხმება, რომ სახელმწიფოს მიერ გატარებული პრევენციული ზომები მხოლოდ ტერორიზმზეა ორიენტირებული. თუმცა პრობლემურია ის საკითხი, რომ კონტრტერორისტული სახელმწიფოს იურიდიულ პოლისებს აუცილებლად ექნება გადამდები ეფექტი. შედეგი კი ის იქნება, რომ კონტრტერორისტული სახელმწიფო პრევენციული სახელმწიფოს ლეგიტიმაციას და ინტეგრირებას მოახდენს და ასევე, თავდაცვისუნარიანი დემოკრატიის კონსტიტუციონალიზაციის ელემენტებს მოიცავს.

### 2.1. რა არის თავდაცვისუნარიანი დემოკრატია?

უმრავლესობის მმართველობა დემოკრატიის დეფორმაციის შესაძლებლობას ქმნის, „კარგი ცხოვრების“ ილუზიას ავრცელებს, რაც „კარგი ცხოვრების“ ალტერნატიული ფორმების და დამოუკიდებელი განსაზღვრების ჩამოყალიბების საშუალებას აღარ იძლევა. დემოკრატიული პროცესის ფარგლებში, დემოკრატიის მექანიზმების გამოყენებით (სიტყვის, შეკრების და არჩევანის თავისუფლება), შესაძლებელია ისეთი რეჟიმის ჩამოყალიბება, რომელიც რეალურად ძირს უთხრის დემოკრატიას. „დემოკრატიის შესახებ ყოველი დროის საუკეთესო ხუმრობა ისაა, რომ დემოკრატია თავის მომაკვდინებელ მტრებს თავად აძლევს მისი განადგურების საშუალებებს[18]“. ტოლერანტობას ცალკეულ პოლიტიკურ ვითარებაში შესაძლოა თვითმკვლელობა მოჰყვეს. როგორც ლორდი ექშენი ამბობს: „ზოგჯერ ტოლერანტობამ შეიძლება საზოგადოება გაანადგუროს, ზოგჯერ კი დევნა არის თავისუფლების მომაკვდინებელი.“[19]

დღეს თავდაცვისუნარიანი დემოკრატია მოიაზრება როგორც ბრძოლა რადიკალური მოძრაობების, განსაკუთრებით კი, რადიკალურად განწყობილი პარტიების და მათი საქმიანობის წინააღმდეგ. აღნიშნული მიდგომის ინტეგრირება სრულად დემოკრატიული გერმანიის კონსტიტუციაში მეორე მსოფლიო ომის შემდეგ განხორციელდა[20]. ადამიან-

[18] “Das wird immer einer der besten Witze der Demokratie bleiben, dass sie ihren Todfeinden die Mittel selber stellte, durch die sie vernichtet wurde,” Joseph Goebbels, quoted in K.D. Bracher et al. (Eds.), Nationalsozialistiche Diktatur, 1933-1945: Ein Bilanz, 16 (1983). ტერმინი „თავდაცვისუნარიანი დემოკრატია“ ცნობილი გახდა ინგლისურენოვანი ლიტერატურიდან პოლიტიკური მეცნიერებების დარგში, კარლ ლოვენშტაინის 1937 წლის სტატიიდან – Loewenstein, Militant Democracy and Fundamental Rights, 31 *American Political Science Review* 417 (1937). მეორე მსოფლიო ომამდე, ბევრი კონსტიტუციური რეჟიმი იყენებდა სხვადასხვა მეთოდს თავდაცვისუნარიანი დემოკრატიის სპექტრიდან (პარტიების გაუქმება ფორმების აკრძალვა და ა.შ.). ეს ხდებოდა მანამ, სანამ თავად ტერმინი დაიბადებოდა. თუმცა ეს მეთოდები, როგორც წესი, გამოიყენებოდა ნახევრად დემოკრატიული და ავტოკრატიული პოლიტიკური სისტემების დასაცავად პოპულარული ფაშისტური მოძრაობებისგან, რომლებიც შთამბეჭდავ შედეგებს აღწევდნენ არჩევნებში.

[19] Lord Acton, Smith’s Irish History, in History of Freedom, edited by Figgis and Lawrence. London. 1907. 252.

[20] გერმანიის ძირითადი კანონმდებლობის რამდენიმე კომპონენტი ემსახურება დემოკრატიის დაცვას შელახვისგან. ეს კონსტიტუციური პრინციპები, ძირითადად, უკავშირდება პოლიტიკურ დემოკრატიასთან ახლოს მყოფ ინსტიტუტებს (უმეტეს შემთხვევაში, პოლიტიკურ პარტიებს). რამდენიმე პოსტკომუნისტური კონსტიტუცია, რომლებიც ჩამოყალიბდა დემოკრატიისკენ სვლის პროცესში, გერმანულ მოდელზეა აგებული და ღიად კრძალავს რომელიმე ორგანიზაციის მიერ სახელმწიფოს გაკონტროლებას (მაგალითისთვის იხილეთ Ⴚუნგარყ’ს ჩონსტიტუტიონ, Aრტ. 2(3); Ⴝოლანდ’s Constitution, Art. 13).

თა უფლებების დაცვის და ფუნდამენტური უფლებების ევროპის კონვენციის (1950) მე-17 მუხლი ისე აღწერს აღნიშნულ პრობლემას, რომ გაამართლოს ბევრი კონტრტერორისტული ქმედება:

„ამ კონვენციაში არ არსებობს არანაირი საფუძველი იმისა, რომ რომელიმე სახელმწიფოს, ჯგუფს ან პირს მიენიჭოს ამავე კონვენციაში განსაზღვრული უფლებების და თავისუფლებების ხელყოფის უფლება, ისეთ საქმიანობაში ან მოქმედებაში მონაწილეობა, რაც დააზარალებს კონვენციით განსაზღვრულ უფლებებსა და თავისუფლებებს. ამასთანავე, არც ამ უფლებების და თავისუფლებების შეზღუდვაა დასაშვები კონვენციაში განსაზღვრულ შეზღუდვებზე მეტად.“

ტოტალიტარულ მოძრაობებთან დაკავშირებული საფრთხე მხოლოდ იმაში არ მდგომარეობდა, რომ არჩევნებში ფაშისტები გაიმარჯვებდნენ. ლოვენშტაინი ამბობს, რომ ტოტალიტარულ რეჟიმებს არა ძალადობა, არამედ ემოციურობა აერთიანებს. აი რით ხდება კანონის უზენაესობის ჩანაცვლება. ავტორიტარული რეჟიმები და ფაშისტური მოძრაობები ემოციური მობილიზების მეთოდების არსენალს ფლობენ. ნაციონალური თავდადება და ძალადობა, ფიზიკური ძალადობის საფრთხის ჩათვლით, პოლიტიკური ემოციურობის ყველაზე გავრცელებული ელემენტებია. ასეთი პოლიტიკის ერთადერთი რეალური მიზანია, რადაც არ უნდა დაჯდეს, ძალაუფლება მოიპოვოს და შეინარჩუნოს. ასეთი დახასიათება ალ-ქაიდას მოძრაობაზეც ვრცელდება. ისინი ამ მიზნის წარმატებით მიღწევას მხოლოდ მაშინ შეძლებენ, თუ დემოკრატიული ინსტიტუციონალური ინფრასტრუქტურის ფარგლებში იმოქმედებენ.

დემოკრატიები საკმაოდ დაუცველია ემოციურად მანიპულირებადი პოლიტიკის და გამოწვევების წინაშე. ამდენად, ტოტალიტარული რელიგიური ფუნდამენტალიზმის ემოციურობა სულაც არ არის შორს ექსტრემალური მემარჯვენე და მემარცხენე ტოტალიტარული მოძრაობების ემოციურობისგან. უფრო მეტიც, ტერორისგან გამოწვეული საფრთხე და შიში საფუძველს უყრის ემოციურ ან ირაციონალურ პოლიტიკას. მიუხედავად იმისა, რომ დღესდღეობით, სეკულარულ საზოგადოებაში მაინც, იმის მოსალოდნელობა, რომ დემოკრატიული რეჟიმი დაინგრევა დემოკრატიული პოლიტიკური ინსტიტუტების და პროცესების ხელყოფით, საკმაოდ დაბალია. თუმცა ნათელია, რომ დემოკრატიის დამცავი მექანიზმები ძალიან სუსტია. ნათელი სურათი სახელმწიფოს შესაძლებლობაზე, წინააღმდეგობა გაუწიოს ტერორიზმს არ გვაქვს (ნაწილობრივ იმიტომ, რომ ასეთ შესაძლებლობებზე კარგი წარმოდგენა „მტერს“ უფრო დაეხმარებოდა). ლიბერალური კონსტიტუციური სტრუქტურების შესახებ კი უფრო ნაკლები ცოდნა გვაქვს მაშინ, როცა სახელმწიფოს და ხელისუფლებაში მყოფი პოლიტიკური ძალები კონტრტერორიზმის სახელით შეზღუდვების გარეშე მოქმედებენ. ამჟამინდელი ინსტიტუციონალური წყობა შემზღუდველი ზომების ლეგიტიმურობის (ან შესაბამისობის) მხოლოდ მცირედი კონტროლის საშუალებას იძლევა და ზრდის სახელმწიფო ორგანოების ძალაუფლებას მოქალაქეებთან მიმართებაში.

თანამედროვე საერთაშორისო ტერორიზმსა[21] და დემოკრატიული ინსტიტუტების ხელყოფას შორის აშკარა განსხვავებები სახეზეა და ამიტომაც ამ ორი სხვადასხვა მოვლენის მიმართ თავდაცვისუნარიანი დემოკრატიის საპასუხო ქმედებებიც განსხვავებულია. საერთაშორისო ტერორისტების მოქმედება ფარული და გასაიდუმლოებულია. ის საზოგადოებრივი საფრთხის შექმნას ისახავს მიზნად. იურიდიული განსაზღვრების მიხედვით, ძალადობა ხალხის წინააღმდეგ საზოგადოების დაშინებას ისახავს მიზნად, რათა ძალისმიერი მეთოდებით ხელი შეუწყოს საჯარო პოლიტიკის შეცვლას. ცვლილება კი, იგულისხმება, რომ აუცილებლად მოხდება, რადგან დემოკრატიული პოლიტიკური საზოგადოება მოვლენებს რეაგირების გარეშე არ ტოვებს. ტერორისტული აქტის მეორე ფუნდამენტური მიზანი მთავრობის ფუნქციონირების დარღვევა ან საზოგადოებისთვის სასიცოცხლო მნიშვნელობის სერვისების მოშლაა და ამ გზით საჯარო პირების იძულება, დააკმაყოფილონ კონკრეტული მოთხოვნები. ტოტალიტარული მოძრაობის უკან მდგომი ემოციური პოლიტიკა დემოკრატიის ღია სამართლებრივ ინსტრუმენტებს იყენებს, რათა შეუქცევადი, ანტიდემოკრატიული

[21] „ზოგადად, არსებობს შეთანხმება იმის თაობაზე, რომ ტერორისტული აქტი, ჯგუფი ან ორგანიზაცია, პირველ რიგში, ირჩევს კონკრეტულ სტრატეგიას, მიაყენოს ხილვადი, მასშტაბური ზიანი არასამხედრო მოსახლეობას, რათა მოახდინოს მტრის სისტემის და რეჟიმის დესტაბილიზაცია. ტერორიზმის სტრატეგია გამომდინარეობს სხვა ფორმის მილიტარისტული მოქმედებიდან, როგორიცაა პარტიზანული ან გორილას ომები, რომლებიც დამპყრობლის ძალაუფლების და პოლიტიკური რეჟიმის მოქალაქეთა და ინფრასტრუქტურის განადგურებას ისახავს მიზნად. მეორე მახასიათებელი არის გაცხადებული ტერორისტული მიზნები: ტერორისტები წინააღმდეგობას უწევენ და სურთ რადიკალურად შეცვალონ, სოციალურ-პოლიტიკური სტატუს-კვო ეროვნულ, რეგიონალურ ან გლობალურ დონეზე. ეს განასხვავებს ტერორიზმს სხვა ტიპის ორგანიზებული დანაშაულისგან, რომლის მიზანიცაა პირადი მოგება“. Renate Mayntz, Organizational Forms of Terrorism Hierarchy, Network, or a Type sui generis? MPIfG Discussion Paper 04/4. საერთაშორისო ტერორიზმს აქვს უფრო რელიგიური ვიდრე სეკულარული საფუძველი, მასშტაბებით ის საერთაშორისოა და ხასიათდება ქსელური სტრუქტურით, რაც მასთან ბრძოლას და მის წინააღმდეგ არსებული კანონების გამოყენებას ართულებს. მაგალითისთვის იხილეთ,. Hirschmann, Kai, 2000: The Changing Face of Terrorism. In: International Politics and Society 7(3), 299–310.

ძალაუფლების სისტემა დაამყაროს[22]. შეუქცევადი ცვლილება შესაძლოა მუსულმანურ ქვეყნებში ისლამური ფუნდამენტალისტების მიზანი იყოს, იქ, სადაც თავდაცვისუნარიანი დემოკრატია მმართველობის შესაფერისი მოდელია.

არსებობს საწინააღმდეგო აზრიც, რაც იმაში მდგომარეობს, რომ განსხვავებები ტერორიზმსა და პოლიტიკურ ფუნდამენტალიზმს შორის უფრო და უფრო ნაკლებია. ალჟირში თავდაცვისუნარიანი დემოკრატიის უკიდურესი ფორმა იქნა გამოყენებული იმ პერიოდში, როცა არჩევნები გაუქმდა, რადგან მოსალოდნელი იყო ახალი ისლამური ფუნდამენტალისტების (ადგილობრივი ჯგუფის) გამარჯვება, რომლებიც მსხვილმასშტაბიან ტერორისტულ აქტებში მონაწილეობდნენ[23]. ცალკეულ ეროვნულ ტერორისტულ ორგანიზაციებს ნამდვილად ჰქონდათ სამოქალაქო პოლიტიკური ფრთა, ხოლო ეროვნულ-რადიკალურ, ისლამურ მოძრაობებს და ადგილობრივ რელიგიურ ორგანიზაციებს შესაძლოა ძლიერი კავშირები ჰქონოდათ საერთაშორისო ტერორისტულ ქსელებთან[24].

კიდევ ერთი პოტენციური სხვაობა ისაა, რომ თავდაცვისუნარიანი დემოკრატია შეიქმნა სეკულარული ტოტალიტარული მოძრაობების წინააღმდეგ საბრძოლველად, ხოლო ტოტალიტარული პოლიტიკური მოძრაობები მეტწილად ტერორისტულ მეთოდებს იყენებდნენ და არალეგალურ ქსელებს აკონტროლებდნენ. უფრო მეტიც, ანტისეკულარისტული ჯგუფები, რომლებიც მუსულმანურ უმრავლესობასთან ერთად ტერორიზმზე აკეთებენ ორიენტაციას, დაინტერესებული არიან რადიკალური ისლამური სახელმწიფოების შექმნით. ეს იგივეა, რაც შეუქცევადი ანტიდემოკრატიული რეჟიმის შექმნის მცდელობა, როდესაც ადამიანს ფუნდამენტური არჩევანის გაკეთების უფლება არ აქვს. „ტრადიციული“ პოლიტიკური ტერორიზმის პერსპექტივიდან, ამ ტიპის რელიგიურად მოტივირებული საერთაშორისო ტერორიზმი სრულიად განსხვავებულია, რადგან ტერორიზმზე დაფუძნებული ბევრი მოძრაობა დემოკრატიას, როგორც პრინციპს არ ეწინააღმდეგება. ინტელექტუალურად კი ეს საზოგადოება საოცარი თვისებით გამოირჩევა: პოლიტიკური მოქმედების ორივე ფორმა პოლიტიკური ფანატიზმის მსოფლმხედველობის ნაწილია, რომელიც ლიბერალიზმის საპირისპირო ცნებაა.

გასაკვირი არაა, რომ სამართლებრივი მეთოდები, რომლებიც ტოტალიტარული პოლიტიკური მოძრაობების საწინააღმდეგოდ ჩამოყალიბდა უფრო და უფრო გამოიყენება დემოკრატიებში იმ რელიგიური ფუნდამენტალისტური მოძრაობების წინააღმდეგ, რომლებიც ითვლება, რომ ტერორისტული ქსელების მხარდაჭერას ახორციელებენ. ეს რელიგიური მოძრაობები დემოკრატიული პროცესის და კანონის უზენაესობის უპირატესობების ტერორიზმთან კომბინირებას ისახავენ მიზნად, რათა ხელი შეუწყონ იმ ტერორისტულ მოძრაობებს, რომლებიც დაინტერესებული არიან, ვესტერნიზებული ისლამური და „არაერთგული“ რეჟიმების დესტაბილიზაციით. ზოგიერთი რელიგიური ფუნდამენტალისტური მოძრაობა ტერორისტული დაშინების პრინციპს ეფუძნება, ისევე როგორც არატოტალიტარული პოლიტიკური მოძრაობები, მაგ., ბასკური პოლიტიკური ექსტრემიზმი და ეტა. ისტორიულად, ტოტალიტარული მოძრაობები იყენებდნენ როგორც დემოკრატიულ საშუალებებს, ისე ტერორისტული დაშინების ინსტრუმენტს (იხილეთ ვაიმარის გერმანიის მაგალითი).

### 2.2. პრევენციული სახელმწიფო

კონტრტერორისტული რეაგირების სპექტრი შეიძლება ძალიან ფართო იყოს, მაგრამ იმის გათვლა კი იოლია, რომ კონტრტერორისტული რეაგირების ფორმებმა შესაძლოა მომავალში ძალთა ახლებურ განაწილებას და ფუნდამენტური უფლებების რესტრუქტურიზაციას შეუწყოს ხელი. ეს ახალი პარადიგმა კი, პრევენციული სახელმწიფოს სახეს იღებს. ტერმინი „პრევენციული სახელმწიფო“, პირველად პროფესორმა კეროლ შტრაიკერმა[25] გამოიყენა. იგი აღნიშნავდა, რომ სისხლის

[22] ისტორიული გამოცდილება გვასწავლის, რომ ტოტალიტარულ მოძრაობაზე დაფუძნებული ემოციური პოლიტიკა იყენებს ძალადობას და ტერორისტულ მეთოდებს დაშინების მიზნით.

[23] კონტრტერორისტული სახელმწიფოს ერთ-ერთი პრობლემა იმაში მდგომარეობს, რომ ძლიერი და ხანგრძლივი შეზღუდვები მოქმედებს იმ ქვეყნებში, რომლებიც არც კი არიან მომწიფებული დემოკრატიები. ფაქტობრივად, ანტიტერორისტული ზომები და მუდმივი საგანგებო მდგომარეობა იწვევს მუდმივ რეპრესიებს და ამდენად, დემოკრატიის დამაბრკოლებელი ფაქტორი ხდება. ტერორიზმის მასშტაბების გათვალისწინებით, ისეთ ქვეყნებში, როგორიცაა ალჟირი, რომელიც ესაზღვრება მუდმივ სამოქალაქო ომს, ცხადია, რთულია დემოკრატიის გავრცელება. აქ ერთ პარადოქსთან გვაქვს საქმე, რომელიც თავდაცვისუნარიანი დემოკრატიის პარადოქსს ჰგავს: ანტიტერორისტული ზომები, რომლებიც ადამიანის უფლებებთან და დემოკრატიასთან წინააღმდეგობაში მოდის ლეგიტიმური ხდება. ამ პარადოქსის მაგალითი საბერძნეთის უახლეს კანონმდებლობაში გვხვდება. კანონი 3251/2004 ტერორისტული აქტისგან გამოყოფს ქმედებას, რომელიც დემოკრატიული რეჟიმის დამყარების მიზნით ან მის დასაცავად, ან ფუნდამენტური უფლებების გასატარებლად ხორციელდება. ეს მიდგომა თავდაცვისუნარიანი დემოკრატიის ცნებას ეწინააღმდეგება (უფლებების შელახვის აკრძალვა), რომელიც ადამიანის უფლებების ევროპული კონვენციით არის გარანტირებული (მუხლი 17 და 18). ბერძნული კანონმდებლობის მსგავსი შემთხვევები ბევრ ქვეყანაში გვხვდება. მაგალითად, სამხრეთ აფრიკაში ახლახანს დასრულდა ბრძოლა, რომელშიც დაუმორჩილებლობის მოძრაობა (და მთავრობა) ტერორისტულ აქტებში მონაწილეობდა. ცხადია, ANC ფუნდამენტური ისლამური ტერორისგან განსხვავებული აღმოჩნდა, რადგან მისი მეშვეობით ნამდვილად დამყარდა დემოკრატია. ბერძნულ კანონმდებლობაში წარმოდგენილი პოზიცია აშკარად უხეშია, რადგან პროდემოკრატიული ტერორიზმის დაშვება შეუძლებელს ხდის შედგეს საერთაშორისო შეთანხმება ტერორიზმზე.

24 იხილეთ Victor Ferreres Comella, *The New Regulation of Political Parties in Spain, and the Decision to Outlaw Batasuna,* in Militant Democracy, *supra* note 2, at 133.

[25] Carol S. Steiker, op. cit.

სამართლის კოდექსი და ამ კოდექსიდან გამომდინარე აღსულების ღონისძიებები საშიში ინდივიდების ნეიტრალიზების ყველაზე მნიშვნელოვანი გზა არ არის. 11 სექტემბრის ტერორისტული აქტის შემდეგ პრევენციული პარადიგმა ტერორიზმის წინააღმდეგ გატარებულ ღონისძიებებს შორის ყველაზე უფრო მისაღები ფორმა გახდა[26].

კონტრტერორისტული ღონისძიებები, განსაკუთრებით კი საერთაშორისო ტერორისტული საფრთხის წინაშე მიმართული ზომები, მიზნად ისახავს *პრევენციას*. ასეთი ღონისძიებების ფარგლებში გამოიყენება საშიშ ადამიანებთან (ნარკოტიკებით მოვაჭრეები, ფულის გათეთრებით დაკავებული პირები, ბავშვებით მოვაჭრეები და ა.შ.) თავის გართმევისთვის შექმნილი მეთოდები, რომლებიც, ერთგვარად, სამართლებრივი ნორმების კრიზისს ქმნიან. ეს მეთოდები ისტორიულ სიახლეს არ წარმოადგენს, სიახლე ისაა, რომ დადგენილი ზღვრის გადაკვეთა უკვე ჩვეულებრივი მოვლენა გახდა. ზღვრის გადაკვეთაში ვგულისხმობ იმას, რომ სამართლებრივად იოლად მოპოვებადი დაზვერვის შედეგები არა მხოლოდ პრევენციულ კონტექსტში გამოიყენება, არამედ კრიმინალურ საქმიანობაშიც. მაგალითად, ამერიკის შეერთებულ შტატებში პატრიოტის აქტით ნაწილობრივ მოიხსნა შეზღუდვები მოსასმენი აპარატით მოპოვებული ინფორმაციის კრიმინალურ კონტექსტში წარმოდგენაზე. პრევენციული სახელმწიფოს ჩამოყალიბებისთვის, ასევე მნიშვნელოვანია ის, რომ საზღვრის გადაკვეთის პროცედურები, რომლებიც დასაშვებია ტერორიზმის კონტექსტში, შესაძლოა მისაღები გახდეს გლობალური ტერორისტული კონტექსტის მიღმაც, არა მხოლოდ ანტიკრიმინალური, არამედ სახელმწიფოს ზოგადი ადმინისტრაციული პროცედურების ფარგლებშიც.

პრევენციული სახელმწიფოს ცნება უფრო და უფრო ხშირად გამოიყენება თავდაპირველი კრიმინალური სამართლის პარადიგმის მიღმა იმ სტუქტურის ასაღწერად, სადაც განადგურების საფრთხის პრევენციის ახალი მეთოდები (რამაც ჩაანაცვლა დანაშაულის პრევენცია) გადამწყვეტ როლს თამაშობენ მთლიანი კონსტიტუციური წესრიგის დამყარებაში. პრევენცია, რაც საშიში პირების გაუვნებელყოფისგან იღებს სათავეს, თანამედროვე სოციალური სახელმწიფოს ცალკეულ პრობლემატიკას ემთხვევა, ყოველ შემთხვევაში, მის პატერნალისტურ ვერსიებს მაინც, სადაც ყველა სახის უბედურების თავიდან აცილება დაზვერვის[27] მეთოდით ხორციელდება. კონტრტერორისტული სამყაროს გარეთ გავრცელებული დაზვერვის პოლიტიკა, მაგ., ჯანდაცვის ან დანაშაულის იდენტიფიკაციის მიზნით ეროვნული დნმ-ის ბანკის შექმნა შესაძლებელი გახდება მას შემდეგ, რაც ასეთი მონაცემთა ბანკის დაფუძნდება ტერორიზმის პრევენციის მოტივით. გარდა ამისა, პრევენციულ სახელმწიფოში ამ მიმართულებების განხორციელების გარდა შესაძლოა ინიცირებულ იქნეს ფუნდამენტური უფლებების რესტრუქტურიზაცია. წინასწარი დაკავების რეჟიმი პრევენციის განსაკუთრებით პრობლემური ფორმაა არა მხოლოდ იმიტომ, რომ საფრთხის ნიშნების დადგენა რთულია და, რომ ტერორისტულ კონტექსტში ამის განსაზღვრის პრეროგატივა ყოველთვის აღმასრულებელი ხელისუფლების ხელშია, არამედ იმიტომაც, რომ მასობრივი დაკავებები განაპირობებენ ადამიანის უფლებების მასობრივ ხელყოფას, თუ გავითვალისწინებთ დაკავებულების დამოკიდებულებას დამკავებლების ინტერესების მიმართ. იმ შემთხვევაში, თუ პრევენციული სახელმწიფო კონსტიტუციური გახდება, აუცილებელია მასში გარანტირებული იყოს ადამიანის დაცვის ყველა შესაძლო მექანიზმი და დაკავებულთა პირობების კონტროლი. თუმცა, პრაქტიკულად, ამის გარანტირება რთულია, რადგან დიდ ხარჯებთან არის დაკავშირებული და რესურსების გამოყოფა იმ ადამიანების უფლებების დასაცავად, რომლებიც ფაქტობრივად დეჰუმანიზებული არიან, ასევე პრობლემას წარმოადგენს. ასეთი დეჰუმანიზება კამიკაძეების ქმედებებიდან კარგად ჩანს. დაკავებულისთვის ომის ტყვის სტატუსის მინიჭება, ალბათ ყველაზე მისაღები მინიმალური ჰუმანიტარული დაცვაა. ტყვეებისგან განსხვავებით, როცა ჩვეულებრივი დაკავებული საშიშ საქმიანობაშია ეჭვმიტანილი; ესაა ადამიანი, რომელიც ან მონაწილეობდა, ან სურვილი აქვს მონაწილეობა მიიღოს საშინელ დანაშაულებში[28] და, ამდენად,

[26] ტერმინის გამოყენება ანტიტერორისტულ კონტექსტში იხილეთ შემდეგ წყაროში: Eric S. Janus, The Preventive State, Terrorists and Sexual Predators: Countering the Threat of a New Outsider Jurisprudence Criminal Law Bulletin, Vol. 40, No 6. p. 576, 2004; Robert M. Chesney, THE SLEEPER SCENARIO: TERRORISM-SUPPORT LAWS AND THE DEMANDS OF PREVENTION, 42 HARV. J. LEGIS. 1 (2005).
ტერმინი წარმოიშვა გერმანიაში - Erhard Denninger, Freiheit durch Sicherheit. Wie viel Schutz der inneren Sicherheit verlangt und verträgt das deutsche Grundgesetz?, Kritische Justiz 467 (2002).

[27] არაჩვეულებრივად არის წარმოდგენილი შტაიკერთან, გვ. 779: „მარეგულირებელი სახელმწიფოს განვითარებამ „ახალი განვითარების“ პროგრამის შემდგომდროინდელ, მეოცე საუკუნეში სახელმწიფოს შესახებ ახალი ცოდნა გაავრცელა, რაც სახელმწიფოს მიერ პროფილაქტიკური მოქმედების საშუალებას იძლეოდა“. მსგავსი ტენდენცია და იმის მტკიცებულება, რომ ანტიტერორისტული ბრძოლის მეთოდები მუდმივად ვითარდებოდა 11 სექტემბრის მოვლენებამდეც, ციტირებულია გერმანულ კონტექსტში ლეპსიუსთან.

[28] ჩანასახოვანი დანაშაულებრივი ქმედების ინტერპრეტაციით შესაძლებელია ტერორისტული დანაშაულის მასშტაბების განსაზღვრა, ამდენად, სახელმწიფომ შესაძლოა ტერორისტულ ქმედებაში მონაწილეობის განზრახვის (სურვილის) კრიმინალიზება მოახდინოს - განვითარება, რომელიც სრულიად განსხვავებულია განმანათლებლობის ცნებებზე დაფუძნებული სისხლის სამართლის პრინციპებისგან.

იმსახურებს დასჯას. ტიპური ტყვე საომარი მოქმედებების შეწყვეტისთანავე უნდა გათავისუფლდეს, ხოლო დაკავებული მართლმსაჯულებას უნდა წარუდგეს[29]. მეორე მხრივ, დაკავების მიზეზი შეიძლება იყოს ტერორიზმის პოტენციურ მხარდაჭერაში ეჭვმიტანილობა, ამ ლოგიკით მუშაობდა ამერიკისა და იაპონიის დაკავებების მოდელი. *კორემაცუ* შესაძლოა ახლა აღარ იყოს მისაღები კანონი, მაგრამ მთავრობის ინტერესი, დაიცვას მოსახლეობის უსაფრთხოება ზოგიერთ ვითარებაში, გადაწონის ერთი პიროვნების თავისუფლების უფლებას. მაგალითად, ამბოხებებისა და ომის დროს, როცა საზოგადოებრივი ინტერესი პიკს აღწევს, მთავრობას შეუძლია დააკავოს ის ინდივიდები, რომელთაც საშიშად თვლიან"[30].

კონსტიტუციური პერსპექტივიდან საინტერესოა ის, თუ რამდენად მოთავსდება პრევენციული სახელმწიფოს მოდელი არსებულ კონსტიტუციურ მოდელებში და არის თუ არა დამოუკიდებელი კონსტიტუციური პარადიგმის შექმნის საჭიროება, რომელიც პრევენციული სახელმწიფოს პრობლემებს შეიცავს. ცხადია, პრევენციული სახელმწიფო, დღევანდელი მდგომარეობით, სანამ სრულმასშტაბიან კონსტიტუციურ პარადიგმაში მოექცევა, წარმოადგენს ინდივიდუალიზებულ, თანდათანობითი განვითარების პროცესს იმავე მიმართულებით[31]. ამ შეკითხვაზე პასუხის მისაღებად საინტერესო იქნებოდა თავდაცვისუნარიანი დემოკრატიის გამოცდილების გათვალისწინება, რომელიც კონსტიტუციაში და კონსტიტუციონალიზმის ცნებაში „სტანდარტული" სტრუქტურებიდან და პრინციპებიდან გარკვეული დონის გადახვევების ინტეგრირების მცდელობას წარმოადგენს, რაც გააცოცხლებდა ლიბერალურ კონსტიტუციურ დემოკრატიებს.

## 2.3. კონტრტერორისტული სახელმწიფო, როგორც შერეული რეჟიმი

როგორც თავდაცვისუნარიანი დემოკარატია, ისე პრევენციული სახელმწიფო თეორიულად კონტრტერორისტული სახელმწიფოს კომპონენტებია, თუ იმ კონკრეტული სისტემის ზოგიერთ ფუნდამენტურ ღირებულებას ყურადღებას არ მივაქცევთ, რომელთაც თითოეული ეს რეჟიმი იცავს. საკუთარ თავთან წინააღმდეგობაში მოსვლის ბრალდება არასწორია, პარადოქსიც ილუზია და მხოლოდ ვარაუდია. არსებობს მკაფიო განსხვავება მათ შორის, ვინც პრაქტიკაში მიღებულ დემოკრატიულ პოლიტიკას არ ეთანხმება და ვინც, უბრალოდ, დემოკრატიის სანდოობას გადაწყვეტილებების მიღების პროცესში და დემოკრატიული ცხოვრების ფორმების ლეგიტიმურობას სამოქალაქო საზოგადოებაში უარყოფს[32]. ამ უკანასკნელ კატეგორიაში დემოკრატიის მტრები ერთიანდებიან ტერორისტების ჩათვლით. ფუნდამენტალისტი ტერორისტები დემოკრატიულ საზოგადოებაში მცხოვრებ ხალხს არა მხოლოდ იმპერიალისტური მოსაზრებით ესხმიან თავს, არამედ იმის გამოც, რომ დემოკრატია ჭეშმარიტ მორწმუნეებს აღიზიანებს, რომელთაც ცხვრის ფარასავით ურჩევნიათ ცხოვრება. რელიგიური მოძრაობები, რომლებიც საზოგადოებრივ მხარდაჭერას იღებენ ტერორისტების რელიგიურად მოტივირებული იდეების წყალობით, კონტრტერორისტული სახელმწიფოს და თავდაცვისუნარიანი დემოკრატიის ლეგიტიმური სამიზნეები არიან. რელიგიური ამბოხის საშიშროება შეზღუდვებს და აკრძალვებს ამართლებს, რომლებიც მეამბოხე მოძრაობების პოლიტიკურ აქტივობაზე ვრცელდება[33]. ჯერ კიდევ ლოკი თავის წერილში რელიგიური ტოლერანტობის შესახებ აღნიშნავს, რომ სახელმწიფოს შემწყნარებლური დამოკიდებულება რელიგიის მიიმართ არ გულისხმობს შემწყნარებლობას იმ პირების მიმართ, რომლებიც რელიგიის სახელით მოითხოვენ სამოქალაქო ძალაუფლებას, პრივილეგიებს და რომლებსაც არ სურთ იყვნენ ტოლერანტული სხვების მიმართ: „მათ, ვინც ათეიზმით ამცირებენ და ანადგურებენ ყველა რელიგიას, ვერ ექნებათ პრეტენზია რელი-

[29] ტერორიზმის პოტენციური მხარდამჭერის ალტერნატიული სტატუსია გონებრივად დაქვეითებული თვითმკვლელობის ჩამდენი პირი, რომელიც მოთავსდება ფსიქიატრიულ დაწესებულებაში საბოლოო სამედიცინო დასკვნის გამოტანამდე. აქ სამართალწარმოება (ევრობაში) ან პაციენტის უფლებები მოითხოვს პიროვნების სტატუსის რეგულარულ გადამოწმებას, მაშინ როცა ტერორიზმში მონაწილეობის მოტივით დაკავებისას პირად მდგომარეობას მნიშვნელობა არ აქვს და გათავისუფლება დამოკიდებულია მხოლოდ საომარი მდგომარეობის დასრულებაზე.

[30] აშშ სალერნოს წინააღმდეგ, 481, აშშ 739 (1987). უნდა დაისვას შემდეგი შეკითხვა: თუ ეს სიმართლეა, მაშინ რა დანიშნულება აქვს ამერიკის კონსტიტუციის კონგრესის ჰაბეას კორპუსის ფუნქციონირების შეწყვეტას? სავარაუდო დანაშაულის შემთხვევაში, საჭიროა კონსტიტუციის მოქმედების შეჩერება, ხოლო სავარაუდო საფრთხის მოახლოებისას ამის საჭიროება არ არსებობს?

[31] პრევენციული სახელმწიფოს კონკრეტული ელემენტების წარმოდგენა ხდება კონკრეტული პროგრამების ფარგლებში, მაგალითად, როცა საქმე ეხება სექსუალურ მოძალადეებს საზოგადოებაში, იქმნება კონკრეტული პროგრამა. ზოგადი სახელმწიფოებრივი პროგრამა კი არ არსებობს პრევენციული სახელმწიფოს ფარგლებში. ძირითადად, სტრუქტურულად ერთნაირი გადაწყვეტილებების მიღება მაინც დამოუკიდებლად ხდება.

[32] აღნიშნული განსხვავება რ. ქუთერის ნაშრომში წარმოდგენილი განსხვავების მსგავსია: R. Cooter, Constitutional Consequentialism: Bargain Democracy versus Median Democracy, 3 Theoretical Inquiries in Law 1, at 3 (January 2002). ქუთერი ამტკიცებს, რომ საზიარო ღირებულებების შემთხვევაში, ღირებულების შესაბამისი პოლიტიკის შესახებ დებატები თავად ღირებულებას კი არა, მის მნიშვნელობას და ინტერპრეტაციას ეხება. საბოლოო ჯამში, თავდაცვისუნარიანი დემოკრატიის დამკვიდრებისას შემდეგი დილემა წარმოიშვება: რა დროს არის მთლიანად საზოგადოება (თანაარსებობა საზოგადოების შიგნით) საფრთხის ქვეშ, განურჩევლად მისი წევრებისა.

[33] ძალიან განსხვავდება პირადი თავისუფლების ხელყოფისგან, სადაც განსხვავებული სტანდარტებია დაწესებული.

გიური ტოლერანტობის ნაკლებობაზე“ [34]. ლიბერალური დემოკრატიის ფუნდამენტური პრინციპია, რომ ის ფუნქციონირებს იქ, სადაც რაციონალური დისკორსი შესაძლებელია და საზოგადოებაში გადაწყვეტილებების მიღების ნორმატიულ საფუძველს წარმოადგენს. თუმცა მონაწილეობრივი უფლებების უარყოფა დისკორსის პირობების შენარჩუნებას ისახავს მიზნად.

ანტიდემოკრატიული უფლებების შემზღუდავი ზომების, დემოკრატიის ფუნდამენტური, მტრების საწინააღმდეგო სპეციალური რეჟიმების არსებობის გამართლება არ გამორიცხავს იმის შესაძლებლობას, რომ საგანგებო სიტუაციებში მიღებული ზომები, რომლებიც დემოკრატიულ პრინციპებს მნიშვნელოვნად შორდებიან, საბოლოო ჯამში თავად დემოკრატიას დააზარალებს.

თავდაცვისუნარიანი დემოკრატიის ელემენტების არსებობა კონტრტერორისტულ სახელმწიფოში კითხვის ნიშნის ქვეშ დგას, რადგან დემოკრატიის დაცვა თავად დემოკრატიის შეზღუდვით ხდება (კონკრეტული ჯგუფების ხარჯზე), ხოლო პრევენციული სახელმწიფოს ძირითადი ელემენტი, კონკრეტულად კი შეტევაზე გადასვლის სტრატეგია ლიბერალური კონსტიტუციონალიზმის ტრადიციულ კონცეფციას ეწინააღმდეგება. ბრძოლა ტერორიზმის, ისევე როგორც დემოკრატიის წინააღმდეგ, ამბოხების სხვა ფორმების წინააღმდეგ, საჭიროებს შეტევაზე გადასვლის ტექნიკის გამოყენებას (როგორც ტერორისტულ ქსელებში, ისევე სოციალური ცხოვრების ყველა სფეროში ტერორისტული პოტენციალის გამოვლენის მიზნით) კანონის უზენაესობის დასაცავად. *შეტევაზე გადასვლაში* ვგულისხმობ ისეთი ინფორმაციის შეგროვებას, რომელიც გონივრული და ინფორმირებული პრევენციული მოქმედების საფუძველს ქმნის.

კონტრტერორისტული სახელმწიფო, თავდაცვისუნარიანი დემოკ-რატიის ლოგიკით, მიზნად ისახავს ცალკეული ფუნდამენტური უფლებების და ღირებულებების დაცვას და ამასთანავე იმ ადამიანებისთვის უფლებებზე უარის თქმას, რომლებიც ეჭვმიტანილი არიან სისტემის ხელყოფის მცდელობაში. ამ ლოგიკით, დემოკრატიის და ადამიანის უფლებების პრინციპების ხელმყოფი ადამიანების ჯგუფები ცალკე გამოიყოფა.

რეალურ სტრატეგიებს შორის ფუნდამენტური განსხვავებები არსებობს. მაგალითად, თუ ერთნი თავდაცვისუნარიანი დემოკრატიის საჭიროებების გამო, უფლებების შეზღუდვას ლეგიტიმურად მიიჩნევენ, თავისუფლებების შეზღუდვები კონტრტერორიზმის ფარგლებში ალბათ უფრო ფართოა, ვიდრე თავდაცვისუნარიან დემოკრატიაში. თავდაცვისუნარიან დემოკრატიაში შემზღუდველი ზომები კონკრეტულად „მტრის“ წინააღმდეგ არის მიზანმიმართული. „მტრის“ გამოვლენა შედარებით იოლია და შეზღუდვების გავლენა მთლიანად საზოგადოებაზე პირდაპირი არ არის (თეორიულად მაინც). საზოგადოების წევრებისთვის შეკრების, გადაადგილების უფლება და სიტყვის თავისუფლება შეზღუდული არ არის დემოკრატიისთვის საშიშ საქმიანობაში ეჭვმიტანილი ჯგუფების ან მოძრაობის წევრებისგან განსხვავებით. ზემოთ აღნიშნული პრაქტიკა ისლამურ პოლიტიკურ ფრთაზეც ვრცელდება, რომელიც ძირითადად მუსულმანურ საზოგადოებაში მოქმედებს.

კონტრტერორისტული ღონისძიებების ლოგიკა, რომელიც გასაიდუმლოებულ ტერორისტულ ქსელებზე ვრცელდება, განსხვავებულია. ამ კონტექსტში, სწორედ იმის გამო, რომ კონტრტერორისტული ღონისძიებები მიზნად ისახავენ იმ ცოდნის/ინფორმაციის მოპოვებას, რომელიც გასაიდუმლოებულ ტერორისტებს და მათ დამქირავებლებს ეხმარებათ, ძირითად სტრატეგიებს შორის გამოიყენება მასობრივ მონაცემთა შეგროვების და გადაადგილების, შეკრების და სხვა უფლებების შეზღუდვის სტრატეგია. ასეთი ღონისძიებები მთელ საზოგადოებაზე ახდენს გავლენებ, მაშინ როცა, რეალურად, ტერორისტების შესაძლებლობების შეზღუდვას ისახავს მიზნად. ამდენად, კონტრტერორისტული პოლიტიკის ჭრილში ყველა მოქალაქე, გარკვეული ხარისხით მაინც, მიიჩნევა პოტენციურ ტერორისტად. ასეთი ღონისძიებები გავლენას ახდენს მოქალაქეების გადაადგილების, პირადი თავისუფლების, საკუთრების (იხილეთ აქტივების გაყინვის სტრატეგია) და სხვა უფლებებზე. გარდა ამისა, ეს ღონისძიებები ძვირად ღირებულია და ზოგჯერ აკრძალულიც კი. მათი განხორციელების დროს იმ ალბათობით ხელმძღვანელობენ, რომ პრევენციული ზომები მხოლოდ ცალკეულ ჯგუფებზე იქნება ორიენტირებული. ვინაიდან მუსულმანურ საზოგადოებასა (მისი გადაგვარებული უმცირესობა) და ტერორისტულ ქსელებს შორის მჭიდრო ურთიერთობების მაღალი ალბათობა არსებობს, უფლებების შეზღუდვის მცდელობებიც, შესაბამისად, ამ საზოგადოებაში არსებულ „საეჭვო ჯგუფებზე“ ხდება, მაშინაც კი, თუ საეჭვო ჯგუფის გამოვლენა არც ისე მარტივია მუსულმანების უფრო დიდი ჯგუფიდან. უფრო მეტიც, ზოგიერთ ქვეყანაში, საზოგადოებრივი აზრის დონეზე მაინც, მუსულმანების მიმართ თანაგრძნობა ჩნდება ხოლმე, რადგან ლოგიკურად

[34] J. Locke, A Letter Concerning Toleration: Latin and English Texts, ( J. Horton & S. Mendus, (eds.)) 47 (1991).

ისინი პრევენციული ღონისძიებების სამიზნეები ხდებიან. ეს კი ინსტიტუციონალური დისკრიმინაციის სერიოზულ რისკებთან არის დაკავშირებული. ჯგუფების გამოყოფა საკმარისად არ არის დასაბუთებული და, საუკეთესო შემთხვევაში, დასაბუთება *კორემაცუს* შემთხვევის მსგავსია: თუ სამხედრო მთავარსარდალს სწამს, რომ იაპონური წარმოშობის ხალხი აუცილებლად ითანამშრომლებს იაპონელებთან, თუკი იაპონური ჯარები მოადგებიან დასავლეთ სანაპიროს, მაშინ იაპონური წარმოშობის ხალხი საშიშროებას წარმოადგენს. დაკავების მეთოდის გამოყენება რეპრესიების ფარგლებში განსაკუთრებით მაშინ ხდება აქტუალური და, შესაბამისად, პრობლემური, როცა „სახელმწიფო იწყებს მოქმედებას, როგორც წესი, კრიმინალურ კონტექსტში, კონკრეტული და სამიზნე მტრის წინააღმდეგ“[35].

წინასწარ ვერავინ უარყოფს, რომ საფრთხის საშიშროების მოლოდინში, რომლის მასშტაბების წინასწარ განჭვრეტა რთულია, მაგრამ საზოგადოების არსებობისთვის პოტენციურად სერიოზული ზიანის მიყენება შეუძლია, საზოგადოებრივი წესრიგის შენარჩუნების შესაძლებლობების და პირობების შესახებ განსხვავებული ფუნდამენტური შეხედულებები იქმნება, რაც კონსტიტუციური რეჟიმის წინა პირობაა. თავდაცვისუნარიანი დემოკრატიის კონსტიტუციონალიზმი ერთ-ერთი ასეთი არჩევანია, ხოლო თავდაცვისუნარიანი დემოკრატიის პროცედურული დაცვითი მექანიზმები, ძალისხმევა სამართლებრივი კონტროლის შენარჩუნებისთვის, თუნდაც „სტანდარტული კანონმდებლობისგან განსხვავებული კრიტერიუმების გამოყენებით, მიუთითებს იმაზე, რომ პატივისცემა კანონის უზენაესობისა და დემოკრატიისადმი გულწრფელია. თავდაცვისუნარიანი დემოკრატიის ინსტიტუციონალური დიზაინი დემოკრატიის სტანდარტული მოდელიდან გადახვევის საშუალებას და, ამავდროულად, კონსტიტუციური რეჟიმის დაცვის გარანტიას გვაძლევს. მეორე გარდასახვის მექანიზმი, რომელიც კონსტიტუციურ დიზაინში შეინიშნება, საგანგებო ვითარების რეჟიმია. ჩვენი მიზნებისთვის საკმარისი იქნება ვებერისეული კონსტიტუციონალური საგანეგებო მდგომარეობის[36] იდეალური ტიპი მოვიყვანოთ მაგალითად, როდესაც სამართლებრივი კონტროლი ნაკლებად მნიშვნელოვანია და ძირითადი აქცენტი გადაწყვეტილებების მიღების პროცესის საკანონმდებლო ხელისუფლებიდან აღმასრულებელი ხელისუფლების კომპეტენციაში გადატანაზე კეთდება. აქ კონსტიტუციური კონტროლი ძლიერი პროცედურული წესების სახით არსებობს, რომელთა დაცვაც აუცილებელია საგანგებო მდგომარეობის[37] გამოცხადებისა და გაგრძელებისთვის. გარდა ამისა, ფუნდამენტური უფლებების შეზღუდვების უმეტესობის წინასწარ გათვლა შესაძლებელია საგანგებო მდგომარეობის დადგომამდე, თუმცა შესაძლოა დამატებითი შეზღუდვები დაწესდეს საგანგებო მდგომარეობის განმავლობაში. შეზღუდვების დაწესების მოსალოდნელობაზე მიუთითებს ადამიანის უფლებების დაცვის საერთაშორისო დოკუმენტებიც. თეორიული შეკითხვა ისაა, თუ რამდენად შეესაბამება კონტრტერორისტული სახელმწიფოს ღონისძიებების წინასწარ უცნობი სპექტრი საგანგებო მდგომარეობას. ინტელექტუალურად მიმზიდველია, რომ კონტრტერორისტული ღონისძიებები ცალკე, გამონაკლისის სახით, განვიხილოთ. კონტრტერორისტული სახელმწიფო, როგორც უკვე აღინიშნა, მოიცავს თავდაცვისუნარიანი დემოკრატიის და ომის კანონების ელემენტებს, თუმცა ალბათ მათ განსაკუთრებულ ფორმას (გამოკვეთილი მტრის გარეშე).

რა თქმა უნდა, კონტრტერორისტული ღონისძიებების სპექტრის არსებულ დემოკრატიულ პარადიგმაში მოქცევის სასარგებლოდ სერიოზული არგუმენტები არსებობს, პროპორციულობის ანალიზის და ახალი ადმინისტრაციული პრიორიტეტების კომბინირებით, რომლის ფარგლებშიც ეროვნული უსაფრთხოების და საზოგადოებრივი წესრიგის მნიშვნელობა გაიზრდება. ამჟამინდელი გათვლებით, საერთაშორისო რელიგიური ტერორიზმის საფრთხე მუდმივად იარსებებს. ამდენად, კონტრტერორისტული სახელმწიფო გრძელვადიან გეგმად იქცევა.

### 3. უფლებების შეზღუდვის საკითხი კონტრტერორისტულ სახელმწიფოში

მრავალი მიზეზი არსებობს იმისათვის, რომ ადამიანის ფუნდამენტურ უფლებებს ყველაზე უპირატესი მნიშვნელოვა მიენიჭოს, ან დვორკინის ცნობილი სიტყვების თანახმად: ფუნდამენტური უფლებები (და მხოლოდ ფუნდამენტური უფლებები) არის ჩვენი კოზირი. „ადამიანებს აქვთ უფლებები, როცა კოლექტიური მიზანი საკმარის საბაბს

[35] Carol S. Steiker, Foreword: The Limits of the Preventive State. 88 The Journal of Criminal Law and Criminology 3. 771. 806 (1998).

[36] საგანგებო მდგომარეობა არის განსაკუთრებული სიტუაცია, რომელიც კარლ შმიტის თანახმად, სამართლებრივ ჩარჩოებში არ ჯდება. საგანგებო მდგომარეობის ლეგიტიმურობას ახდენს განსაკუთრებული, მიუკერძოებელი პოლიტიკური რეჟიმის წარმატება. პრობლემა კი იმაში მდგომარეობს, რომ საგანგებო მდგომარეობის რეჟიმი შესაძლოა გადაიზარდოს ტირანიაში, რომლის დროსაც ლეგიტიმურობის საკითხები ყველაზე ნაკლებ მნიშვნელოვანია.

[37] მაგალითისთვის იხილეთ, სამხრეთ აფრიკის კონსტიტუციის უმრავლესობასთან დაკავშირებული მოთხოვნები, ან საგამომცემლო საქმის მარეგულირებელი რთული წესები უნგრეთსა და პოლონეთში.

არ წარმოადგენს მათ სურვილებზე უარის თქმისთვის“ [38].

თუმცა ყოველივე ზემოთქმული უფლებების *უპირობო* აბსოლუტიზმს არ ნიშნავს, უტილიტარული თვალთახედვით, უფლებები დაცულია, რადგან სამართლებრივად აწყობილ მსოფლიოში ინდივიდუალური ავტონომიის გამყარების უკეთესი ფორმა არ არსებობს. ავტონომია ნიშნავს იმას, რომ ინდივიდი თავად არის პასუხისმგებელი საკუთარ ბედზე ან არჩევანზე. უფლებები განასახიერებენ „მორალურ ფაქტს, როცა პიროვნება ეკუთვნის თავის თავს და არა სხვას ან მთლიანად საზოგადოებას“. *Thornburgh v. American College of Obstetricians & Gynecologists,* 476 U.S., at 777, n. 5 [39].

ფუნდამენტური უფლებები (და მხოლოდ ფუნდამენტური უფლებები, ანუ უფლებები, რომლებიც შეესატყვისებიან კონკრეტულ მორალურ ფუნქციებს) ჩვენი უპირატესობაა, მაგრამ უფლებები აბსოლუტური არაა, შესაბამისად გარანტია, რომ მათი დარღვევა არ მოხდება, არ არსებობს. და მაინც რა დარღვევა შეიძლება მოხდეს? დვორკინი აღიარებს, რომ სიტყვის თავისუფლებაც კი შეიძლება შეიზღუდოს, რათა „დაცულ იქნეს სხვების უფლებები, თავიდან იქნეს აცილებული კატასტროფა ან მიღებულ იქნეს დიდი საზოგადოებრივი სარგებელი“ [40]. თავისუფლებების ანალიზის შედეგად შესაძლებელია, პრევენციული მოქმედების მიზნით, უფლებების დარღვევის საკმარისი დასაბუთების მონახვა.

როგორც ჩანს, დვორკინისთვის მისაღებია ფუნდამენტური უფლებების განსაზღვრებითი შეზღუდვა, როედსაც უფლებების პრაქტიკული გამოყენება ფუნდამენტური უფლებების „სწორი“ განსაზღვრების მიღმა ხდება. უფლების თავდაპირველი აღიარება არ ნიშნავს მათ აღიარებას ყველა მომდევნო კონკრეტულ შემთხვევაში. უფლებების არაღიარება კონკრეტულ შემთხვევაში მაშინ ხდება, როცა თავდაპირველად აღიარებული უფლებით დაცული ღირებულებები საფრთხის წინაშე არ დგანან მხოლოდ მარგინალურ შემთხვევებში ან „თუ უფლება ისე განისაზღვრა, რომ საზოგადოებისთვის ეს ბუნებრივად მზარდ ხარჯებთან კი არ არის დაკავშირებული, არამედ, თავდაპირველად, უფლების მოპოვებისთვის გაღებულ ხარჯზე იმდენად მეტია, რომ ღირსების ან თანასწორობის დარღვევის გასამართლებლადაც კი საკმარისია“ [41].

შემდეგნაირი სიტუაცია იქმნება, როცა პიროვნებაში კამიკაძეს ამოვიცნობთ ან როცა განმეორებითი მასობრივი ტერორისტული აქტის მაღალ მოსალოდნელობას ვხედავთ: პროცედურული უფლებების უგულებელყოფა ეჭვმიტანილების და „ეჭვმიტანილთა კატეგორიების“ გაუვნებელყოფის მიზნით. უნდა აღინიშნოს, რომ სიმართლის უზენაესობა და ფუნდამენტური უფლებები წარმოდგენილია აბსოლუტური ფორმით (ჭეშმარიტად ესაა წარმატების წყარო ადამიანის უფლებებისთვის: ის გამორიცხავს ნებისმიერ დისკუსიას, რომელიც მის აბსოლუტურ ვალიდურობას კითხვის ნიშნის ქვეშ აყენებს). ასეთმა აბსოლუტიზმა ბევრ ვითარებაში გაამართლა. თუმცა დასაფიქრებელია ის, რომ აბსოლუტიზმი ახალ გარემოებებთან ადაპტაციას გამორიცხავს. უფლებების აბსოლუტიზმი, ცხადია, პრობლემებს იწვევს (რომელის გადალახვა შესაძლებელია თავდაცვისუნარიან დემოკრატიაში უფლებების რელატივიზმის აღიარებით), რადგან ის ფუნქციონირებს მხოლოდ კონკრეტული წინა პირობების დაკმაყოფილების შემთხვევაში: მის გარეშე არ არსებობს არც გამონაკლისი შემთხვევები. ამ მოსაზრებასთან დაკავშირებით შეკრების თავისუფლების ხელყოფის დაცვითი/პრევენციული კონტროლის გერმანული მეთოდის შესახებ მაგალითის მოყვანა შეიძლება. კანონი, რომელიც გერმანულ ენაზე დაიწერა, დაინერგა პოლონეთში. პოლონეთის კონსტიტუციურმა ტრიბუნალმა დაადგინა, რომ 2004 წლის შეკრებების და გზაზე გადაადგილების კანონში შეტანილი ცვლილებების აქტი არაკონსტიტუციურია, რადგან ის არღვევს კანონის უზენაესობას[42]. მხოლოდ ოპოზიცია აღიარებდა, რომ სოციალური კომუნიკაციის ახალი პირობები საჭიროებდა შეკრების უფლების გადახედვას. ფუნდამენტური უფლებების გადახედვისას აუცილებელია ამ უფლების ფუნქციების და მასში

[38] Dworkin, op. cit. xii. განსხვავებული კონტინენტური ტრადიციის მიხედვით, ჯინ დებინმა დაიჭირა მყარი პოზიცია იმის დასამტკიცებლად, რომ უფლებები ეძლევათ ინდივიდებს პირადი სარგებლობისთვის და არა კონკრეტული სოციალური მიზნებისთვის, რომლებიც საკმაოდ ბუნდოვანია. Jean Dabin, Le droit subjectif, pp289 et seq.

[39] ეს შენიშვნა გაკეთდა პირადი საიდუმლოების უფლებასთან დაკავშირებით, როცა სტივენ. ჯ-მ (Stevens, J.,) ციტირება გაუკეთა ჩარლზ ფრიდის ფორმულირებას (Charles Fried’s formulation) Correspondence, 6 Phil. & Pub. Affairs 288-289 (1977).

[40] Ibid. at 191. მიუხედავად ამ მარტივი პოზიციისა, ცნობილია, რომ დვორკინი უარყოფდა საზოგადოებრივი სარგებლის სტანდარტულ მოთხოვნებს. კანტის მიერ შთაგონებული სხვა მემარჯვენე თეორეტიკოსების მსგავსად (ნოციკი, ჩარლზ ფრიდი), მემარჯვენეობაზე დაფუძნებული რეჟიმის რეალური დასასრული კატასტროფაა. ზოგიერთი წამყვანი თანამედროვე თეორეტიკოსები კიდევ უფრო დამთმობები არიან, როცა საქმე უფლებების შეზღუდვას ეხება: „კოლექტიური კეთილდღეობისთვის მიღებულ რეზოლუციას . . . უფრო ძლიერი მხარდაჭერა უნდა ჰქონდეს, ვიდრე ინდივიდის უფლებებს“. „უფლებების ჭეშმარიტი პრიორიტეტიზაცია არ გამორიცხავს ინდივიდის უფლებების გაუქმებას სხვა ინტერესების სანაცვლოდ.“ Robert Alexy, Individual Rights and Collective Goods, in (Carlos Niño ed., 1992) Rights at 163, 178-79.

[41] Dworkin, op. cit. at 200.

[42] იხილეთ 2004 წლის 10 ნოემბრის სასამართლო განხილვა, 2004, Kp 1/04. გერმანიის მსგავსად, ორი ათწლეულის წინ პოლონეთშიც მძვინვარე გამოსვლები ტარდებოდა, განსაკუთრებით დაუნდობელი იყო გლეხების დემონსტრაციები სოფლის მეურნეობის პოლიტიკასთან დაკავშირებით. See Judgment of 10th November, 2004, Kp 1/04.

წარმოდგენილი ღირებულებების ნამდვილი გადაფასება. ლიბერალური პანიკა,[43] რომელიც უსაფრთხოების პანიკიდან მომდინარეობს შეზღუდვების დაძლევაში ვერ დაგვეხმარება, განსაკუთრებით კი იმ შეზღუდვებისა, რომლებიც ტრადიციულად გამართლებულია. გადაფასების საჭიროება იმას არ გულისხმობს, რომ არსებული საფრთხეების უგულებელყოფა მოხდეს. გადაფასება ნიშნავს, რომ სასამართლომ ან საკანონმდებლო ორგანოებმა შეაფასონ, რამდენად ემსახურება კონკრეტული უფლება მის თავდაპირველ ფუნქციას. ფუნქციური ანალიზის შედეგად, სამართლებრივი და საკანონმდებლო დისკრეციის გააქტიურებამ შესაძლოა უფლებების ძალა გააბათილოს.

ზემოთ აღწერილი გარემოებების გათვალისწინებით, რადიკალური უფლებების შეზღუდვის საწინააღმდეგო პრინციპული პოციზია არ იკვეთება. კატასტროფის პირობებში საზოგადოებრივ უსაფრთხოებას უპირატესობა ენიჭება. თუმცა ეს იმას არ ნიშნავს, რომ კონტრტერორისტულ სახელმწიფოს შეუზღუდავი უფლებები აქვს, მაშინაც, როცა მოსალოდნელი კატასტროფა სპეკულაციაა და არა რეალობა. პირველ რიგში, უნდა აღინიშნოს, რომ კატასტროფის არსებობა ან მოახლოება ძნელი დასადგენია და რადგან კატასტროფის ძიება მხოლოდ წინასწარმეტყველებაა, კანონმა არ უნდა დაუშვას პანიკაზე დაფუძნებული პირადი წინასწარმეტყველების ფაქტებად შერაცხვა. აგრეთვე, როგორც ქვემოთ მოცემულ ცხრილში ჩანს, უფლებების შეზღუდვის მასშტაბები განსხვავდება უფლებების შემზღუდავ სხვადასხვა რეჟიმებს შორის (*იხ. ცხრილი 1*).

უნდა აღინიშნოს, რომ ამ ორ რეჟიმს შორის აშკარა განსხვავებაა უფლებების შეზღუდვის მხრივ. კონტრტერორისტული სახელმწიფო ისეთ რეჟიმად იქცევა, როდესაც კანონის უზენაოსობა, ფაქტობრივად, არ ვრცელდება უხცოელ მოქალაქეებზე. ასეთი რამ პრევენციულ სახელმწიფოს არ ახასიათებს. ამ განსხვავებებს თუ დავაკვირდებით, დავინახავთ, რომ ის ფაქტორები, რომლებიც თავდაცვისუნარიანი დემოკრატიის და პრევენციული სახელმწიფოს კონსტიტუციონალიზმის ერთი პარადიგმის ქვეშ გაერთიანებას განაპირობებდა, კონტრტერორისტული სახელმწიფოს შემთხვევაში აღარ შეინიშნება.

კონტრტერორისტული სახელმწიფო თვისობრივად განსხვავებულ საფუძველზე იმუშავებს მას შემდეგ, რაც ტერორიზმი მასობრივი ფენომენი და ყოველდღიური ცხოვრების პრობლემა გახდება. ასეთ ვითარებაში შემზღუდველი ზომები, რომლებიც საზოგადოებრივი უსაფრთხოების დაცვის მიზნით რაციონალურად გამოიყურება, თავისუფლებების მასობრივ შეზღუდვებში გადაიზრდება. რაციონალურ ზომებში შესაძლოა შედიოდეს გადაადგილების და საკუთრების უფლების შეზღუდვა, პირადი საიდუმლოების დარღვევა, გაძევება, მოქალაქეობის უფლების შეზღუდვა და ადმინისტრაციული ზომების ინსტიტუციონალიზაცია სამართლებრივი კონტროლის გარეშე. საზოგადოებრივი თავშეყრის აკრძალვაც მოსალოდნელია, რადგან მასობრივი შეკრებები პოტენციური სამიზნე შეიძლება იყოს. როგორც ეფექტიანობის საკითხი, ისე სამართლებრივი და სხვა სახის კონტროლის ნაკლებობა მიგვანიშნებს იმაზე, რომ ტერორიზმის მზარდი საფრთხის ფონზე, სამართლებრივი სახელმწიფოდან პრევენციული რეჟიმისკენ იწყება სვლა[44]. იმ შემთხვევაშიც კი, თუ სამართლებრივი ზედამხედველობის შენარჩუნება მოხდება კონტრტერორისტულ სახელმწიფოში, მას სრულიად მოკრძალებული ფორმალური ოპერაციის სახე ექნება, რადგან ის ომის პერიოდში ხორციელდება და *დენისის მიერ* წარმოდგენილ რისკებზეა ორიენტირებული.

პრევენციული რეჟიმი (ადმინისტრაციული) დაკავების რეჟიმით კონტრტერორისტულ სახელმწიფოს ისეთ სისტემად არ აქცევს, რომელიც ლიბერალური კონსტიტუციონალიზმის პრინციპებს დააკმაყოფილებს, მაშინაც კი, თუ ქვეყნის კონსტიტუცია ასეთ ღონისძიებებს დასაშვებად და კანონიერად მიიჩნევს.

დაკავების ზოგიერთი ფორმა, რომელიც წარსულში დემოკრატიულ სისტემაში შეიქმნა, დღეს თანამედროვე ადამიანის უფლებრივი სტანდარტებით[45] მიუღებელია. მაგრამ თანამედროვე სტანდარტები ხომ სოციალურ და კულტურულ ცვლილებებს განიცდიან. ამ ცვლილებებს მნიშვნელოვნად განაპირობებს რისკების გათვლა. დაკავების რეჟიმები არსებობს უკვე მომწიფებულ დემოკრატიებში, მაგალითად, ინდოეთსა და ისრაელში. ჯერ კიდევ განხილვის საგანია აკნინებს თუ არა დაკავების რეჟიმი დემოკრატიას ან ამ სახელმწიფოების ლიბერალურ ხასიათს. ამ ქვეყნებში დემოკრატიის შენარჩუნება გამონაკლისების

[43] დრიან ვერმეულე ამტკიცებს, რომ უსაფრთხოებასთან დაკავშირებულ პანიკას, რომელიც ზედმეტად მაღალ რისკებს წინასწარმეტყველებს შეცდომით, მოჰყვება ლიბერალების პანიკა, რომლებიც ამტკიცებენ, რომ ფუნდამენტალური უფლებები უდიდესი რისკის წინაშე აღმოჩნდებიან. მათი პანიკა ასევე გამოწვეულია სამოქალაქო თავისუფლებებზე შეზღუდვების დაწესებით. იხილეთ Adrian Vermeule, Libertarian Panics, U of Chicago, Public Law Working Paper No. 83. 2005.

[44] მე არ ვამართლებ ასეთი ზომების გამოყენებას, მაგრამ ვვარაუდობ, რომ ეს ყველაზე უფრო მოსალოდნელი ტენდენციაა.

[45] იხილეთ, იაპონური დატყვევების ბრალდება, მისი დამტკიცება კორომაცუში ან ლორდთა პალატაში, ლივერსიჯში, პოზიციის დაკავებაზე უარის თქმა. .

**ცხრილი 1**

| უფლებების შეზღუდვა რეჟიმების მიხედვით | | |
|---|---|---|
| ფუნდამენტური უფლება ან ინსტიტუტი | თავდაცვისუნარიანი დემოკრატია | კონტრტერორისტული სახელმწიფო |
| გადაადგილების თავისუფლება | არა | მხოლოდ ცალკეული ჯგუფებისთვის |
| ექსტრადიცია | არა | დიახ* |
| სიტყვის თავისუფლება | დიახ | დიახ** |
| რელიგიური არჩევანის თავისუფლება | არა*** | დიახ |
| ასოციაციის თავისუფლება | დიახ | დიახ**** |
| შეკრების თავისუფლება | დიახ | არა |
| დაზვერვა (საიდუმლო) | დიახ, შეზღუდული მაშტაბებით | ფართოდ გავრცელებული, ადმინისტრაციული***** |
| სამართალწარმოებაზე უარის თქმა | არა | დიახ****** |
| დაკავება სამართლებრივი კონტროლის გარეშე | დიახ, ზოგიერთ სისტემაში | დიახ******* |
| მითქმა-მოთქმის მტკიცებულებად გამოყენება, განსაკუთრებული ნდობა ხელისუფლების მიერ წარმოდგენილი მტკიცებულებების მიმართ | არა | შებრუნებული ფორმით |
| ემიგრაცია | არა | დიახ |
| წამება | არა | ხელშეწყობა უცხო ქვეყნის მოქალაქეთა სხვა სახელმწიფოსთვის გადაცემით******** |
| ინფორმაციის ხელმისაწვდომობა | არა | დიახ |
| განმცხადებელი | პარლამენტი, ან პოლიტიკური შტოები ერთობლივად, სამართლებრივი კონტროლი, შემჭიდროებულ დროში | ზოგადი საკანონმდებლო ავტორიზაცია, სხვადასხვა მოვლენების შედეგად. შემთხვევებზე ინდივიდუალურად რეაგირება ხელისუფლების აღმასრულებელი შტოს მიერ. |

* იხილეთ დაკავების გარანტიის ევროპული ფორმა, რომელიც ტერორიზმის წინააღმდეგ ბრძოლის ფარგლებში არ იყო შექმნილი. ასევე იხილეთ უხცოელი მოქალაქეების ექსტრადიციის ალბათობა არაუსაფრთხო ქვეყნებში (სადაც წამება და დასჯა პოლიტიკური შეხედულებების გამო მოსალოდნელია).

** სიტყვის თავისუფლების არსებული პარადიგმის ფარგლებშიც კი შეგვიძლია წარმოვიდგინოთ დენისისთვის შეთავაზებული გამოცდისკენ დაბრუნება, სადაც ტერორისტული ქმედების გამართლებაც კი კრიმინალად ითვლება.

*** ისეთ ქვეყნებში, როგორიცაა თურქეთი, სადაც ანტისეკულარული ძალები საფრთხეს უქმნიან არა მხოლოდ დემოკრატიას, არამედ უსაფრთხოებასაც, გამოიყენება შეზღუდვები.

**** მაგალითად, გერმანიის აქტი ასოციაციების შესახებ მთავრობას უფლებამოსილებას აძლევს, აკრძალოს ისეთი ორგანიზაციების საქმიანობა, რომლებიც ხელს უწყობენ უკანონობას ან ეწინააღმდეგებიან კონსტიტუციას (ეს განსხვავდება პროცედურისგან, რომელიც ტოტალიტარულ პარტიებზე ვრცელდება გერმანიის ზოგადი კანონმდებლობიდან). 11 სექტემბრის ტერორისტული აქტის შემდეგ გერმანიაში ზემოთ აღნიშნული აქტი შეიცვალა და „რელიგიური პრივილეგია“ გაუქმდა, რის შედეგადაც, ათამდე რელიგიური ორგანიზაციის მუშაობა აიკრძალა. ასეთი ჯგუფის წევრობა, ჯერჯერობით, კრიმინალად არ ითვლება.

***** რა თქმა უნდა, ბევრ ქვეყანაში, სამართლებრივი სახელმწიფოს რეფლექსს კვლავ აქვს გავლენა. ნორვეგიაში, მაგალითად, ფარული პოლიციელების ფართომასშტაბიანი დაზვერვითი საქმიანობა საჭიროებს სასამართლო თანხმობას, რომლის მოპოვებაც ხდება დახურულ სხდომაზე უსაფრთხოების იურისტის თანდასწრებით. აღნიშნული კანონი ძალაში შევიდა 2005 წლის 5 აგვისტოს.

დაზვერვითი საქმიანობები შესაძლოა უსაფრთხოების საკითხებს ემსახურებოდეს და შესაბამისად, დაზვერვა მისაღები ხდება დემოკრატიულ სახელმწიფოებში. დაზვერვით მოპოვებული ინფორმაციის გამოყენებით შესაძლებელია საფრთხის გაუვნებელყოფა (ძალიან მაღალი ადმინისტრაციული დანახარჯებით), თუმცა სამართლებრივ სახელმწიფოს არ გააჩნია ტერორიზმში ეჭვმიტანილთა გასამართლება, რადგან დაზვერვით მოპოვებული ინფორმაციის გამჟღავნება მიუღებელია ან ოფიციალური პირები თავს იკავებენ ინფორმაციის წყაროს დასახელებისგან და დაკითხვებში მონაწილეობის მიღებისგან. მულაჰ კრეკერის საქმე კარგი საილუსტრაციო მაგალითია. მულაჰ კრეკერს, გაეროს ტერორისტულ დაჯგუფებათა სიაში შემავალი ანსარ ალ-ისლამის ყოფილ ხელმძღვანელს, მისცეს პოლიტიკური თავშესაფარი ნორვეგიაში 1991 წელს. 2002 წელს ის ერაყში დაბრუნდა და, სავარაუდოდ, ტერორისტული საქმიანობის გასაგრძელებლად. მას შემდეგ ის კვლავ დაბრუნდა ნორვეგიაში, სადაც მისი ლტოლვილის სტატუსი უკვე გაუქმებული იყო და ის რამდენჯერმე დაიჭირეს ტერორიზმში მონაწილეობის ბრალდებით. თუმცა, რადგან მტკიცებულებების გამჟღავნება არ მოხერხდა, კრეკერს ბრალდებაც მოუხსნეს. იორდანიაში ექსტრადიციაზე უარი თქვა სასამართლომ, რადგან იორდანიაში მისი წამების საშიშროებას ხედავდა. დასაბუთებული დეპორტაციის ბრძანება კი ვერ შედგა, კანონის უზენაესობის პრიცნიპების გამო. მეორე შემთხვევაში კი შვედეთმა უარი უთხრა აჰმედ აგიზას თავშესაფარზე, რომელიც დაბრუნდა ეგვიპტეში და მოიხადა სასჯელი მის არყოფნაში მისი ტერორიზმის ბრალდებით გასამართლების გამო. შვედეთის მთავრობამ მიიღო პირობა, რომ შვედი დიპლომატები შეძლებდენ ტერორისტის მონახულებას და იმის შემოწმებას, თუ რამდენად ასრულებდა ეგვიპტის ხელისუფლება პირობებს. მიუხედავად ამისა, გაეროს კომისიამ წამების წინააღმდეგ დაადგინა, რომ შვედეთმა დაარღვია წამების წინააღმდეგ კონვენცია. კომუნიკაცია № 233/2003, გაეროს დოკუმენტი CAT/C/34/D/233/2003 (2005). დამატებით იხილეთ ჩალალი გაერთიანებული სამეფოს წინააღმდეგ საქმე, სადაც 15 ნოემრის განჩინების თანახმად, სასამართლომ ჩათვალა, რომ ინდოეთის მთავრობის მიერ წარმოდგენილი გარანტია არასაკმარისია ადამიანის უფლებების დარღვევების საკითხში. ექსტრადიციასთან დაკავშირებული პრობლემები იხილეთ ჰუმან რაითს ვოჩის გამოცემაში „ცარიელი დაპირებები“. დიპლომატიური რწმუნება და არანაირი დაცვა წამებისგან. 2004 წლის აპრილი, მე-16 ტომი, №4(დ).

****** ჰამდი რამსფერლდის წინააღმდეგ საქმეში 2633 (2004) შეინიშნება, რომ უზენაესი სასამართლო თანახმაა მიიღოს სამართალწარმოების უფრო დაბალი სტანდარტი, რომელიც ადმინისტრაციულ პროცედურაზე ვრცელდება.

******* ესაა გამყოფი ხაზი სამართლებრივ სახელმწიფოსა და დაკავების რეჟიმს შორის. ინდოეთში მოქმედებდა რამდენიმე სისტემა ადმინისტრაციული დაკავებით (იხილეთ ზემოთ).

******** კანადის უზენაესმა სასამართლომაც კი განაცხადა, რომ უცხოელი მოქალაქეების წინააღმდეგ გამოტანილმა გადაწყვეტილებამ შესაძლოა გამოიწვიოს მათი ექსტრადიცია ისეთ ქვეყნებში, სადაც წამების მაღალი რისკები არსებობს. სურეში კანადის სახელმწიფოს წინააღმდეგ (მოქალაქეობის და ემიგრაციის მინისტრი).

დაშვების ხარჯზე ხდება, რაც საზოგადოებაზე გავლენას არ ახდენს. დროდადრო, სასამართლო ხელისუფლება ცდილობს თავისი კონტროლის ქვეშ მოაქციოს გამონაკლისები, თუმცა გაურკვეველია, რამდენად სიცოცხლისუნარიანია ეს ძალისხმევა.

ირონიულია ის ფაქტი, რომ დაკავების რეჟიმის დაწესება კოლონიალიზმის მემკვიდრეობის მიღებას ნიშნავს. როგორც ისრაელში, ისე ინდოეთშიც, ბრიტანული საგანგებო მდგომარეობის შესახებ ბრძანება ადმინისტრაციული დაკავებების მიზნით გამოიყენებოდა, ხოლო საფრანგეთი ალჟირის ომიდან მემკვიდრეობით დარჩენილ პრაქტიკას დღემდე იყენებს. ამერიკის შეერთებულ შტატებში აღმასრულებელი ხელისუფლება მეორე მსოფლიო ომის საკანში მიმდინარე სამხედრო სასამართლო პროცესების პრეცედენტს მიმართავს. ისრაელში და ინდოეთში სამართლებრივი სახელმწიფო რეჟიმისკენ სვლის მცდელობას ჰქონდა ადგილი, დაკავების პირობებზე სასამართლო ხელისუფლების მიერ კონტროლის დაშვებით[46]. არც ამერიკის შეერთებული შტატების უზენაესმა სასამართლომ უარყო სასამართლო ხელისუფლების მიერ ნაკისრი ასეთი როლი. ირონიულია ის ფაქტიც, რომ სტაბილური დემოკრატიების უმრავლესობა (უმეტესი მათგანი კოლონიზაციის ყოფილი ავტორები) ახლიდან ქმნიან დაკავების რეჟიმებს, უკან აბრუნებენ კოლონიური ძალაუფლების მიერ გატარებული რეპრესიების ყველაზე მოსახერხებელ მეთოდს. სამწუხაროდ, ტერორისტები და მათი წარმატების მხარდამჭერები მიმდევრებს იჩენენ, რადგან ისინი ამტკიცებენ, რომ მოღალატეებს იმ ფორმებით ებრძვიან, რომლებსაც კოლონიზატორები იყენებდნენ. ახლა ყოფილი კოლონიზატორი კოლონიზებული გახდა, რადგან კოლონიზატორების მიერ გამოყენებული რეპრესიის მეთოდები ბუნებრივად აითვისეს მათმა ნეოკოლონიალისტურმა შთამომავლებმა. როცა მომწიფებული დემოკრატიების სასამართლოები უარს ამბობენ ყოფილ კოლონიებში იმ პოლიციის მიერ მოპოვებული ინფორმაცია მიიღონ, რომელიც ყოფილი კოლონიზატორების პოლიციური მეთოდების გამოყენებას აგრძელებენ, ისინი გაუცნობიერებლად ებრძიან ყოფილი კოლონიური ძალაუფლების ბინძურ წარსულს. ეს პოზიცია აღმასრულებელი მოხელეების სტანდარტულ რეაგირებას იწვევს, რომლის თანახმადაც, სასამართლო სტანდარტები რეალობისგან შორსაა; ამერიკელი, ბრიტანელი, იტალიელი და ფრანგი აღმასრულებლები უფლებების უფრო მეტად შემზღუდველი კანონმდებლობის დამტკიცებას მოითხოვენ და მზად არიან „ნაკლებად პატივსაცემ“ უცხოელ ოფიციალურ პირებთან ითანამშრომლონ[47]. ამავე

[46] გერმანიაში, სასამართლო ხელისუფლება განსაკუთრებით მტკიცედ ინარჩუნებს ზედამხედველობით როლს. ჯერჯერობით ადგილი არ ჰქონია სასამართლო ხელისუფლების როლის შეცვლას უსაფრთხოების საკითხების სასარგებლოდ. ჰამბურგის სასამართლომ შეცვალა მოუნირ მოტასედექის მიერ 3000 ადამიანის მკვლელობის ბრალდება. კანონის უზენაესობის ჩვეულებრივი სტანდარტების გამოყენებით, ჰამბურგის სასამართლომ განაცხადა: „კონფლიქტი უსაფრთხოების ინტერესებს, აღმასრულებელ ხელისუფლებასა და ეჭვმიტანილის დაცვის უფლებას შორის არ უნდა გადაწყდეს ეჭვმიტანილის საზიანოდ . . ჩვენ ვერ უგულებელვყოფთ კანონის უზენაესობას. ეს იქნებოდა სასიკვდილო გადაწყვეტილება და ტერორისტების საბოლოო გამარჯვება... ბრძოლა ტერორიზმის წინააღმდეგ არ უნდა იყოს ველური და უსამართლო“. დესმონდ ბუტლერი, გერმანელი მოსამართლის ბრძანება 11 სექტემბრის ტერორისტულ აქტთან დაკავშირებული პირის წინააღმდეგ ხელმეორე სამართალწარმოების შესახებ, ნიუ-იორკ თაიმსი, 2004 წლის 5 მარტი. თუმცა საქმე იმაში არაა, თუ რამდენად სამართლიანია „ომი“, საკითხავი ისაა, თუ რამდენად ეფექტურია ტრადიციული კანონის უზენაესობის პრინციპები. „გერმანიის საკონსტიტუციო სასამართლომ გამოიტანა ვერდიქტი 2005 წლის 18 ივლისს და გამოაცხადა, რომ გერმანიის ევროპული დაკავების გარანტიების აქტი არაკონსტიტუციური იყო . . . საკონსტიტუციო სასამართლომ მიიჩნია, რომ ეს აქტი ეწინააღმდეგება კონსტიტუციით გარანტირებულ თავისუფლებას გერმანელების ექსტრადიციის დაუშვებლობის შესახებ. ის ასევე ეწინააღმდეგება ზოგადი კანონის 19.4. მუხლს, რადგან ექსტრადიციის შესახებ სასამართლო გადაწყვეტილების გასაჩივრების უფლებას არ იძლევა . . . მსჯელობის შედეგი ისაა, რომ ალ ქაიდას ტერორისტულ ქსელში წევრობაზე ეჭვმიტანილი გერმანული და სირიული ეროვნების პირების ესპანეთში ექსტრადიცია დასაშვები გახდა. http://eulaw.typepad.com/eulawblog/2005/09/european_arrest.html (თუმცა ასევე იხილეთ შლაიერის გატაცების საქმეზე მიღებული გადაწყვეტილება, რომელშიც სასამართლო მზად იყო ფუნდამენტური უფლებების და მთავრობის პოლიტიკის უგულებელყოფა მოეხდინა ტერორიზმის რეალური საფრთხის გამო). იხილეთ გაერთიანებული სამეფო საოჯახო განყოფილების სახელმწიფო მდივნის წინააღმდეგ (2004) UKHL 56, 2 W.L.R. 87., ლორდ ჰოფმანის პოზიცია. პოლონეთის ტრიბუნალმა დაადგინა, რომ ევროპის დაკავების აქტი კონსტიტუციური იყო იმ მომენტისთვის. მიუხედავად იმისა, რომ პოლონეთის კონსტიტუცია კრძალავს პოლონეთის მოქალაქეების ექსტრადიციას და ამ გადაწყვეტილების შემდეგ განხორციელდა პოლონეთის მოქალაქეების ექსტრადიცია.

[47] ამ ეტაპზე, საერთაშორისო კონტრტერორიზმის პარადოქსი ისაა, რომ საერთაშორისო ისლამური ტერორიზმის წინააღმდეგ მიმართული პოლიტიკის წარმატების ერთადერთი შანსია საერთაშორისო თანამშრომლობა, რაც ტერორიზმის შემნდობ არალიბერალურ სახელმწიფოებთან თანამშრომლობასაც გულისხმობს. მიუხედავად სასამართლო ხელისუფლების რამდენიმე მტკიცე განცხადებისა, რომელთაც ეროვნული კანონის უზენაესობაზე დაფუძნებული იურიდიული სისტემის საზღვრების დაცვა სურთ იმ სახელმწიფოებისგან, რომლებშიც „წამება“ დასაშვებია, ეროვნულ მთავრობებს უწევთ კონტრტერორისტული პოლიტიკის ინტეგრირება საერთაშორისო პროგრამასთან, რომლის ფარგლებში ადამიანის უფლებების სერიოზული დარღვევები ხდება პრაქტიკულ დონეზე. არალიბერალური, ფაქტობრივად არადემოკრატიული რეჟიმების მიღება რთულია რამდენიმე მიზეზის გამო. ისეთ ქვეყნებში, როგორებიცაა ალჟირი და ეგვიპტე, ხელისუფლება თვლის, რომ მკაცრი ღონისძიებების და უფლებების შეზღუდვის გარეშე (რომელთა ოფიციალური ვერსიაც ისეთი რადიკალური არ არის, როგორსაც დასავლური არასამთავრობო ორგანიზაციები ამტკიცებენ) ისინი ვერ შეძლებდნენ ფუნდამენტალისტურ ძალებთან თავის გართმევას. ეს, ცალსახად, თავდაცვისუნარიანი დემოკრატიისთვის დამახასიათებელი და მისაღები არგუმენტია, თუმცა დასავლური თავდაცვისუნარიანი დემოკრატიის მნიშვნელოვანი ელემენტები, როგორებიცაა სასამართლო ხელისუფლების მიერ ძლიერი ზედამხედველობა, ამ შემთხვევაში არ გვაქვს. ეს პრობლემა ქათმისა და კვერცხის პრობლემას ჰგავს. ერთნი ამტკიცებენ, რომ რელიგიური ფუნდამენტალიზმი საფრთხეს წარმოადგენს სწორედ იმიტომ, რომ მთავრობები ახორციელებენ ჩაგვრას, ავტორიტარულები არიან და კორუმპირებული. რა თანმიმდევრობა და სიმტკიცეც არ უნდა ჰქონდეს დასავლეთის არალიბერალური მოკავშირეების მიერ წარმოდგენილ არგუმენტებს, ნათელია, რომ ისლამური სახელმწიფოების უმრავლესობა მნიშვნელოვან მხარდაჭერას უცხადებს ფუნდამენტალისტურ პოლიტიკურ ისლამს და ეს მხარდაჭერა საერთაშორისო ტერორიზმის ლოგისტიკურ მხარდაჭერასაც ნიშნავს. თუმცა დასავლური სასამართლოების და სხვა ინსტიტუტების უნდობლობა არადემოკრატიული სახელმწიფოების ინსტიტუტების მიმართ გამართლებულია, რადგან ამ სახელმწიფოებში გამოიყენება წამება, მუშაობენ მოღალატე აგენტები და მაღალია ფუნდამენტა-

დროს, ადამიანის უფლებათა დაცვაში სნობიზმი, კონტრტერორიზმის ჭრილში, აკნინებს ტერორიზმის წინააღმდეგ ბრძოლაში გაერთიანებული ფრონტის შექმნის შესაძლებლობებს. ან შესაძლოა პრობლემა იმაზე მიგვითითებდეს, რომ ადამიანის უნივერსალურ უფლებებზე შეთანხმება აუცილებელია, რადგან თანამშრომლობა ვერ შედგება ასეთი შეთანხმების გარეშე[48].

რა თქმა უნდა, დაკავების რეჟიმი (სანამ არსებობს დროში შეზღუდული ან შეუზღუდავი ზოგადი საფრთხე) კონტრტერორისტული სახელმწიფოს მხოლოდ ერთი კომპონენტია. ისეთ სამართლებრივ სახელმწიფოებშიც კი, როგორიცაა გერმანია, სადაც კანონის უზენაესობას პატივს სცემენ, „პოლიციის კანონის დოქტრინა ინდივიდუალური პასუხისმგებლობის შესახებ ნელ-ნელა გაუქმდა ახალი უსაფრთხოების კანონების სასარგებლოდ, რომელიც პოლიციას წინასწარი ეჭვმიტანის გარეშე ხალხის კონტროლის უფლებამოსილებას ანიჭებს“ [49].

ამჟამინდელი ადმინისტრაციული და კანონის აღსრულების სფეროში გატარებული ღონისძიებები, სისხლის სამართლიდან პრევენციულ სამართალზე გადასვლის მიზნით, ბევრ სახელმწიფოში სასამართლო განხილვის საგანი გახდა. პრევენციული სახელმწიფოს გაფართოება კანონმდებლობის მეშვეობით სასამართლო წინააღმდეგობის გარეშე მიმდინარეობს, ხოლო სადაც სასამართლო ოპოზიცია არსებობს, ყველგან პროპორციულობის დოქტრინას ეფუძნება[50]. პროპორციულობის სტანდარტი სხვადასხვაგვარია, განსაკუთრებით რაოდენობრივად დაუთვლელი საფრთხეების ფონზე. გარდა ამისა, როგორც ზემოთ აღვნიშნეთ, რადგან პრევენციული ზომები „დამსჯელობითი ღონისძიების“ კატეგორიას არ ეკუთვნის, პრევენციულ სახელმწიფოში, სასამართლო ხელისუფლება კონტროლის სტანდარტებს ან დაწევს, ან უბრალოდ არ მიიღებს მონაწილეობას პრევენციული ზომების განხორციელებაში. ამ მომენტისთვის რთულია ბალანსის დაცვა. რამდენიმე დასავლურ დემოკრატიაში სასამართლო ხელისუფლების პოზიციამ ნაწილობრივ გადაინაცვლა სამართლებრივი სახელმწიფოს პირვანდელ მდგომარეობაში (რასაც სასამართლო ხელისუფლების უზენაესობა ეწოდება). სასამართლო ხელისუფლების უმაღლესი ეშელონი, როგორც ჩანს, მზადყოფნას აცხადებს გააკონტროლოს კონტრტერორისტული პოლიტიკის დიქტატორული ღონისძიებები. სასამართლო ხელისუფლება კვლავ ცდილობს სამართლებრივი სახელმწიფოს შენარჩუნებას კონტრტერორისტული ზომების პარალელურადაც კი. ეს იმას ნიშნავს, რომ სასამართლო ხელისუფლებას სურს, დამაბალანსებელი და პროპორციულობის შენარჩუნების როლი კვლავ იკისროს და წამების შემთხვევების გამოვლენის შემთხვევაში მაინც არ წავიდეს კომპრომისზე. ეს მიდგომა, მიუხედავად იმისა, რომ კონსტიტუციონალიზმსა და დემოკრატიას შორის კონფლიქტს წარმოშობს და გაურკვევლად ტოვებს, თუ ვინ უნდა მიიღოს ფუნდამენტური გადაწყვეტილებები საზოგადოებრივ რისკებთან დაკავშირებით, საერთაშორისო ტერორიზმთან მებრძოლი ნებისმიერი კონსტიტუციური წყობის ლეგიტიმურობისთვის უდიდესი მნიშვნელობა აქვს. აქვე აუცილებელია გავითვალისწინოთ სოციალური რისკის გაწევის პრობლემა (იხილეთ ნაწილი II.).

რა როლიც არ უნდა ჰქონდეს სასამართლო ხელისუფლებას ამჟამად, მასობრივი ტერორიზმის შემთხვევაში სამართლებრივი სახელმწიფო ვერ შეძლებს უცვლელად დარჩენას. საკანონმდებლო ცვლილებების შედეგად, სასამართლო ხელისუფლების როლი ან უფრო მოკრძალებული გახდება, ან საერთოდ შეწყვეტს ზედამხედველობითი ფუნქციების შესრულებას. ავტომატურად მოხდება გადასვლა საგანგებო მდგომარეობაზე და შემდეგ, კონტრტერორისტულ სახელმწიფოზე. სავარაუდოა, რომ კონტრტერორისტულ სახელმწიფოში დაინერგება ახალი წესები იარაღის შენახვასა და გამოყენებასთან, დაკითხვის ფორმებთან დაკავშირებით, სადაც სასამართლო და კანონი ვერ შეზღუდავს ახალ პოლიტიკას.

სპეციალური კონსტიტუციური რეჟიმების შექმნას თავისი თანამდევი პრობლემები აქვს. თავდაცვისუნარიანი დემოკრატიის გამოცდილება გვიჩვენებს, რომ მისი ეფექტიანობა ნაკლებ სარწმუნოა: მაშინ როცა სწორედ ეფექტიანობის მოთხოვნით

ლისტების გავლენა. სახელმწიფო სააგენტოების და ფუნდამენტალისტების სიახლოვის გამო, ამ ქვეყნებიდან მიღებული ინფორმაცია არასანდოა. უფრო მეტიც, ამ არადემოკრატიული რეჟიმების მიერ მჩაგვრელი სისტემების მიმართ კრიტიკულად განწყობილი პოლიტიკური მოძრაობები ტერორისტებად და ფუნდამენტალისტებად მოიხსენებიან. ხშირად წინაღმდეგობრივია ის პრაქტიკა, რომლითაც თავშესაფარზე უარის და ექსტრადიციის საქმეებს განიხილავენ. გადაწყვეტილებები მიიღება იმის საფუძველზე, რომ პიროვნება, მესამე მსოფლიოს ქვეყნების საჯარო მოხელეების მიერ მიიჩნევა ტერორისტად. არადა, პიროვნება ტერორისტად შეიძლება იყოს მიჩნეული, თუ მას კონფლიქტი ჰქონდა ადგილობრივ პოლიციასთან, რომელიც სისტემატურად ბოროტად იყენებს ძალაუფლებას. სასამართლო ხელისუფლების და სხვა საჯარო ინსტიტუტების თავშეკავება, დაეყრდნონ იმ სახელმწიფოებიდან მიღებულ ინფორმაციას, სადაც „წამება“ დასაშვებია, კიდევ უფრო იზრდება დასავლეთის აღმასრულებელი ორგანოების ინსტიტუციონალური (ორგანიზაციული) ინტერესებიდან გამომდინარე.

[48] Andras Sajo, Human Rights knowledge systems in Chris Eisgruber and Andras Sajo (eds.)

[49] Oliver Lepsius,. #38.

[50] პრევენციული სამართლის კონტექსტში, პროპორციულობა უპირატესი მიდგომაა ამერიკის შეერთებულ შტატებშიც კი. იხილეთ ოსტინი აშშ-ის წინააღმდეგ, 509 U.S. 602, 622 (1993) (სამოქალაქო დანაკარგი პროპორციული უნდა იყოს). იხილეთ შტაიკერი, op. cit. 776. ერთადერთი სფერო, სადაც ზოგიერთი მოსამართლე მაინც იყენებს კატეგორიულ მიდგომას, არის წამება.

ჩამოყალიბდა ეს რეჟიმი ლიბერალური კონსტიტუციების ფარგლებში. თავდაცვისუნარიანი დემოკრატიების მიერ გატარებული ღონისძიებები თითქოს ეფექტურია, მაგრამ აღსანიშნავია ის, რომ ქვეყნებში, სადაც თავდაცვისუნარიანი დემოკრატიის ინსტიტუციონალიზაცია მოხდა, სრულიადაც არ არსებობდა დემოკრატიის წინაშე მდგარი სერიოზული საფრთხეები, რომლებიც ტოტალიტარული მასობრივი მოძრაობების ემოციური პოლიტიკით იქნებოდა გამოწვეული. აგრეთვე ნათელია, რომ, სადაც კონტრტერორისტული სახელმწიფო შეიქმნა და, შესაბამისად, დემოკრატია ჯანსაღად არ ვითარდება, მაგალითად, რუსეთში და პაკისტანში, იქ კონტრტერორისტული ღონისძიებები დემოკრატიის ეროზიას უწყობენ ხელს.

ალბათ შემთხვევითია, რომ იმ ქვეყნებში, სადაც ტერორიზმის საფრთხე ამჟამად უფრო სერიოზულია (ალბათობის მაჩვენებლის მიხედვით), იქ უფრო საჭიროა კონტრტერორისტული სახელმწიფოს კონსტიტუციონალიზმის ძლიერი დაცვა ფორმალიზებული, კონსტიტუციური მეთოდებით. დასავლური დემოკრატიების უმრავლესობა, რომელთა წინაშე ტერორიზმის საფრთხე ნაკლებად დგას, უსაფრთხოების თვალსაზრისით საშურველ მდგომარეობაში არიან, რადგან განსაკუთრებული ძალისხმევის გარეშე შეუძლიათ მაღალი სტანდარტების შენარჩუნება. პარადოქსულია, რომ სწორედ ამ ქვეყნებში საგანგებო მდგომარეობის უგულებელყოფა დემოკრატიის და ადამიანის უფლებების ინტერესების გამო, ნაკლებად მოსალოდნელია. ის უფროა მოსალოდნელი, რომ „მომწიფებულ“ დემოკრატიებში ავტორიტარული რეჟიმების შენარჩუნება კი არაა დარღვევა, არამედ ხელისუფლების მიერ საგანგებო მდგომარეობის გამოყენება სამართლიან არჩევნებში გასამარჯვებლად.

ჩემი აზრით, დასავლეთ ევროპის ცალკეული სასამართლოების და სხვა სააგენტოების პრინციპი, შენარჩუნებული იქნეს „ჩვეულებრივი ვითარება“, იმ ნაკლებად იღბლიანი სახელმწიფოებისკენ მიმართული არასწორი გზავნილია, რომლებიც ტერორიზმს ებრძვიან. თეორიულ დასკვნას იმის შესახებ, რომ შესაძლო კონსტიტუციური მოდელების სახესხვაობა არსებობს, პოტენციურ ტერორისტულ საფრთხესთან თავის გასართმევად, ღრმად პრაგმატული მნიშვნელობა აქვს. ფრონტზე მყოფ ქვეყნებს[51], რომლებიც ყოველდღიური ტერორის ქვეშ იმყოფებიან, განსაკუთრებული კონსტიტუციური რეჟიმი სჭირდებათ, რათა სახელმწიფო არ გახდეს სრულიად არალიბერალური. პრინციპი, რომლის თანახმადაც ადამიანის უფლებები განურჩევლად უნდა იქნეს დაცული ყველასთან მიმართებაში იმ მაღალი სტანდარტებით, რომლებსაც ევროპის სასამართლო ადგენს, არაა მართებული ზოგიერთ კონტექსტში.

თუმცა ფუნდამენტური უფლებების სამართლებრივად ან დემოკრატიულად შეთანხმებული შეზღუდვის დაწესება საჩქარო არ არის. სასამართლო ხელისუფლება, ადამიანის უფლებათა დამცველი აქტივისტები და პრინციპული პოლიტიკოსები (მაშინაც კი, როცა ანტიამერიკანიზმით მოტივირება, უბრალოდ, ოპოზიციაში ყოფნას ნიშნავს) იმ იდეალებისკენ ილტვიან, რომლებიც აუცილებელია ლიბერალური კონსტიტუციონალიზმის რეჟიმში. იმ შემთხვევაშიც კი, როცა ეს იდეალები შეცვლილ გარემოში პრობლემებს ქმნიან, რადგან ისინი არც სრულიად ჭეშმარიტი და არც მარტივი განსახორციელებელი არიან, აუცილებელია, რომ „ერთმა ექსცესმა გამოასწოროს მეორე პრობლემა, ხოლო იდეალმა ბოროტება.“ [52]

გაცილებით უფრო მიმზიდველია დიდი ლიბერალი მოაზროვნეების პრინციპების, ვიდრე საიდუმლო სერვისების ანალიტიკოსების შიშის გაზიარება. მაგრამ აქ აშკარად იგრძნობა დასავლური ჰიპოკრატია და ორმაგი სტანდარტი. გაიხსენეთ ქვეყნები, სადაც საფრთხე შეჩერებულია, ანუ შემოიფარგლება ერთი-ორი მცირე თავდასხმით, ხოლო დამატებითი ტერორისტული აქტების მოწყობისთვის შიდა რესურსების გამოყოფა ნაკლებად სავარაუდოა. ამ ქვეყნების უმრავლესობაში სასამართლო ხელისუფლება ადანაშაულებს ოფიციალურ პირებს, განსაკუთრებით კი, მესამე მსოფლიოს ქვეყნებში, სადაც წამება ტერორიზმთან ბრძოლის მისაღები ფორმაა. ბრალდებული ქვეყნები ნამდვილი დემოკრატიები არ არიან. მთავარ განსხვავებას ის წარმოადგენს, რომ ტერორიზმის და მისი მხარდაჭერის მასშტაბები საკმაოდ დიდია. ცნობილი არაა, თუ რამდენად განსხვავებული იქნება დიდი დემოკრატიების რეაგირება ცალკეული ისლამური სახელმწიფოების მიერ მიღებული ზომების მიმართ. შესაძლოა კონსტიტუციური და სამოქალაქო მომზადების გარეშე მიღებული რეაგირების ფორმები საკმაოდ ჰგავდეს ერთმანეთს. ამასთანავე, დასავლური დემოკრატიები დაცული არიან იმ ქვეყნებიდან მომავალი საფრთხისგან, სადაც ადამიანის წამება ჩვეულებრივი ქმედებაა[53]. მჭიდროდ დაკავშირებულ მსო-

[51] მიაქციეთ ყურადღება, რომ ტერორისტული აქტების მხოლოდ უმცირესობა მიმართულია „მოღალატეების“ წინააღმდეგ, ნამდვილი ფრონტი კი ევროპის ფარგლებს გარეთაა.

[52] Gertrude Himmelfarb, Lord Action. Routledge, London. 1952. 84.

[53] იხილეთ იმ სახელმწიფოთა პოლიციისა და საიდუმლო სამსახურების მტკიცებულებების დაუშვებლობის პრობლემა, რომელთა „წამება“ დასაშვებია, მათ შორის იმ სახელმწიფოებისა, რომლებშიც ცივილიზებული დასავლეთის სტანდარტებისგან განსხვავებული დაკითხვის საზარელი სტანდარტებით ხელმძღვანელობენ.

ფლიოში (რომელიც მასობრივი მიგრაციით და საკომუნიკაციო ქსელებით არის დაკავშირებული) დემოკრატიები და კონტრტერორისტული კვაზიავტორიტარული რეჟიმები ასევე ერთმანეთთან არიან დაკავშირებული. ამიტომ თანამშრომლობის გარეშე შეუძლებელია რისკების შემცირება. თუმცა სახელმწიფოების თანამშრომლობა თუ შედგა, მაინც ვდგებით ახალი პრობლემის წინაშე, რამდენად ეფექტურად შეძლებს სხვადასხვა სახელმწიფოების საერთაშორისო კოალიცია ერთად მუშაობას და ნორმების დაწესებას; რამდენად არის შესაძლებელი ისეთი სისტემის შექმნა, როდესაც ერთი მხრივ, სახელმწიფოები, რომლებშიც „წამება“ დასაშვებია და მეორე მხრივ, სამართლებრივი სახელმწიფოები ერთად იბრძოლებენ ტერორიზმის წინააღმდეგ. სამართლებრივი სახელმწიფო, რომელიც უარყოფს ინფორმაციის მიღებას იმ ქვეყნებიდან, რომლებშიც წამება დასაშვებია, სიყალბეში ცხოვრობს თუ თვითუარყოფაში?

### 4. კონსტიტუციური რისკის თავიდან არიდება კონტრტერორისტულ სახელმწიფოში

ფუნდამენტალისტური ტერორიზმის რელიგიური ფანატიზმი ეწინააღმდეგება განმანათლებლობის ფუნდამენტურ ღირებულებებს, რომლებიც ლიბერალური კონსტიტუციური წყობის საფუძველთ საფუძველია. ეს პრინციპი გულისხმობს იმას, რომ ადამიანების ქმედება საკუთარი თავის პატივისცემას უნდა ეფუძნებოდეს. უფრო მეტიც, რელიგიური ფანატიზმი ეწინააღმდეგება სახელმწიფოს მონოპოლიას ტერორზე, თანამედროვეობის ძირეულ მახასიათებელს. კონსტიტუციური დემოკრატია ზღუდავს სახელმწიფოს მონოპოლიას იძულებაზე და ძალადობაზე, რაც პოლიტიკური ორგანიზაციის არსებითი ელემენტია. ძალადობის მონოპოლია იგივე ძალადობაა. კონსტიტუციური წყობა, რომელიც ძალადობაზე მონოპოლიას ზღუდავს და ლეგიტიმაციას უკეთებს წარმატებულია, რადგან ძირითადი სოციალური უსაფრთხოების გარანტიას გვაძლევს. თუმცა ძალადობის მონოპოლიის შედეგად მიღწეული საზოგადოებრივი უსაფრთხოება ამბივალენტურია. კონსტიტუციური რეჟიმის წინა პირობა პოლიტიკური საზოგადოების არსებობისთვის საჭირო უსაფრთხოებაა. ამ კუთხით, კონსტიტუციური რეჟიმი დესპოტიზმისგან არ განსხვავდება. ამდენად, კონსტიტუციური დემოკრატიების უმეტესობა ემსგავსება მის ანტიპოდს, დესპოტიზმს, როცა პოლიტიკური რეჟიმის დაცვაზე მიდგება საქმე. მონტესკიე, დესპოტიზმის აღწერისას, ქადაგებს სახელმწიფო ძალაუფლების უსაფრთხოების წინა პირობების ბუნდოვანებაზე. პოლიტიკური მმართველობის ყველა ფორმას ესაჭიროება სიმშვიდე, მაგრამ, სადაც სიმშვიდეა, იქ სიჩუმეც იქნება, „იმ ქალაქებში, რომლის დასაპყრობად მტერი მზადაა“[54]. რადიკალურად თავდაცვისუნარიანი დემოკრატიის ფანჯარა იხსნება სწორედ ამ ქალაქებში და იგივე შედეგი შეიძლება მოჰყვეს ტერორიზმის წინააღმდეგ ბრძოლის გაჭიანურებას.

რა ფორმას მიიღებს კონტრტერორისტული სახელმწიფო ნაწილობრივ დამოკიდებული ტერორისტების ბრძანებებზე. მიუხედავად ამისა, ამ ახალი კონსტიტუციური კონგლომერატის ფორმა მეტ-ნაკლებად დემოკრატიული განსჯის საგნად რჩება, ხოლო საზოგადოების მღელვარება საზოგადოებივ უსაფრთხოებაზე რეჟიმის განსაზღვრაში მზარდ როლს თამაშობს.

პოლიტიკური საზოგადოების ყველაზე ბუნებრივი მახასიათებელია თავდაცვა. თავდაცვა მოიცავს საზოგადოებრივი წესრიგის შენარჩუნებასაც. საზოგადოებრივი წესრიგის დაცვა კი, იმ რისკთან არის დაკავშირებული, როდესაც ხელისუფლებაში მყოფნი საზოგადოებრივი წესრიგის დაცვის მოტივს ზოგჯერ საკუთარი ძალაუფლების შენარჩუნების მიზნით იყენებენ. ძალაუფლების პირადი მიზნებისთვის გამოყენება კი, თავდაცვის პრინციპების აშკარა ხელყოფაა. კონსტიტუციური სახელმწიფოს თავდაცვა სხვა სპეციფიკურ პრობლემებ-

[54] La conservation de l'État n'est que la conservation du prince, ou plutôt du palais où il est enfermé. Tout ce qui ne menace pas directement ce palais ou la ville capitale ne fait point d'impression sur des esprits ignorants, orgueilleux et prévenus; et, quant à l'enchaînement des événements, ils ne peuvent le suivre, le prévoir, y penser même. La politique, ses ressorts et ses lois y doivent être très bornées; et le gouvernement politique y est aussi simple que le gouvernement civil.
Tout se réduit à concilier le gouvernement politique et civil avec le gouvernement domestique, les officiers de l'État avec ceux du sérail.
Un pareil État sera dans la meilleure situation, lorsqu'il pourra se regarder comme seul dans le monde; qu'il sera environné de déserts, et séparé des peuples qu'il appellera barbares. Ne pouvant compter sur la milice, il sera bon qu'il détruise une partie de lui-même.
Comme le principe du gouvernement despotique est la crainte, le but en est la tranquillité; mais ce n'est point une paix, c'est le silence de ces villes que l'ennemi est près d'occuper.» C.-L. de S. Montesquieu De L' Esprit des Lois. Livre V. Ch. XIV
აქ წარმოდგენილია მონტესკიეს ხედვის ჩემეული დემოკრატიული ვერსია (ცვლილებები წარმოდგენილია დახრილი ასოებით): სახელმწიფოს დაცვა იგივე მოქალაქის დაცვაა ან იმ სასახლისა, რომელშიც თავადაა მოთავსებული. ის რაც პირდაპირ საფრთხეს არ უქმნის მის სასახლეს ან დედაქალაქს შთაბეჭდილებასაც არ ქმნის უცოდინარ, ამაყ და ცრურწმენებით დაკავებულ გონებაზე. ხოლო, რაც შეეხება მოვლენების ერთობლიობას, მათ არ შეუძლიათ ფაქტების მიგნება, განჭვრეტა ან აღქმა... ასეთი სახელმწიფო ბედნიერია, როცა სამყაროში ერთადერთი ჰგონია თავი, როცა მას გარს ერტყმის უდაბნოები და გამიჯნულია იმ ადამიანებისგან, რომელთაც სახელმწიფო ბარბაროსებს უწოდებს. ვინაიდან ის მილიციას ვერ ენდობა, მასში შემავალ ზოგიერთ ელემენტს თავადვე ანადგურებს, მათ ვინც განსხვავებულია და, შესაბამისად, ბარბაროსების მოკავშირედ მიიჩნევა... ვინაიდან უსაფრთხოება *დემოკრატიის* ერთ-ერთი პრინციპია, მისი მომავალი სიმშვიდეა, თუმცა ამ სიმშვიდეს მშვიდობას ვერ დავარქმევთ; არა, ეს იმ ქალაქების სიჩუმეა, რომელთა დასაპყრობადაც მტერი მზადაა. ვინაიდან ძალა ადამიანების ხელში კი არა, არამედ საიდუმლო სამსახურებშია, სახელმწიფოს დასაცავად აუცილებელია საიდუმლოების და დაზვერვის შენარჩუნება...

საც წარმოშობს. ერთ-ერთი ასეთი პრობლემა ისაა, რომ ზოგიერთ რეალურ საგანგებო სიტუაციებში საზოგადოებრივი წესრიგის და საზოგადოებრივი კეთილდღეობის წინაშე არსებული საფრთხე არსებული წესებიდან გადახვევას და დისკრეციული ძალაუფლების გამოყენებას მოითხოვს. ჯერ კიდევ მონტესკიე საუბრობდა ისეთ სიტუაციებზე („როცა საკანონმდებლო შტო თვლის, რომ სახელმწიფოს წინაღმდეგ დაგეგმილი საიდუმლო შეთქმულება საფრთხეს უქმნის მის ძალაუფლებას“[55]), როცა ხელისუფლების შტოებს შორის ბალანსის დარღვევის დაშვება ხდებოდა.

დემოკრატიის თავდაცვისუნარიან და პრევენციულ ვარიანტებში (ანუ როცა დემოკრატია ყველაზე მეტად თავდაცვაზე ზრუნავს) რისკი არასასურველია. (წინამდებარე სტატია აღწერს მხოლოდ იმ დემოკრატიებს, რომლებიც თავდაცვაზე არიან ორიენტირებული და ამდენად, ტექსტში გამოყენებული სიტყვა „დემოკრატია“ სწორედ ამ ტიპის დემოკრატიებს გულისხმობს). რისკის აცილება პრობლემური საკითხია კონსტიტუციურ დემოკრატიაში, რომელიც თავისუფლების პრინციპზე დგას. თავისუფლება რისკზე წასვლას მოითხოვს, ყოველ შემთხვევაში, ჯასტის ბრენდელის თანახმად მაინც, რომელიც სიტყვის თავისუფლების შეუზღუდაობის ასეთ მოტივს ასახელებს:

*მათ, ვინც ჩვენი დამოუკიდებლობა მოიპოვეს, სწამთ, რომ სახელმწიფოს დასასრული ადამიანებისთვის სრული თავისუფლების მინიჭებაა. ამიტომ მთავრობამ და მისმა ძალებმა უნდა იმძლავრონ ინდივიდუალურ პრეფერენციებზე. [....] მათ სწამდათ [...], რომ სიმამაცე არის თავისუფლების საიდუმლო [...და] თავისუფლებისთვის ყველაზე დიდი საფრთხე ინერტული ხალხია*[56].

გარდა ამისა, ის აღნიშნავდა პრევენციული რეპრესიი უარყოფითი შედეგების შესახებ: „შიში ასაზრდოებს რეპრესიას [...], რეპრესია ასაზრდოებს სიძულვილს“. ეს შენიშვნა თავდაცვისუნარიანი დემოკრატიის იმ არსებით პრობლემაზე მიუთითებს, რომელიც რისკის თავიდან არიდებას მოჰყვება: როდესაც სიძულვილი ფართოდაა გავრცელებული საზოგადოებაში, მთავრობას ნაკლები აქვს დასაკარგი და რეპრესიების მეთოდს მიმართავს. ასეთ ვითარებაში შემზღუდველი ზომების დარღვევა მოსალოდნელია, ხოლო სხვა შემთხვევაში დარღვევებს ნაკლები წინააღმდეგობა შეხვდება თავისუფლებისმოყვარე მოქალაქეებისგან.

თავისუფლებისთვის რისკის გაწევასთან დაკავშირებით, ბრენდისი (სიტყვის თავისუფლებაზე მითითებით) ამტკიცებს, რომ უნდა გავითვალისწინოთ, რამდენად მიზანდასახულია ბოროტი მხარე, როგორია ბოროტების ჩადენის ალბათობა და რამდენად გონივრულადაა გათვლილი ეს ალბათობა. ჯასტის ჰოლმსის თანახმად, სიტყვის თავისუფლების კონტექსტში მნიშვნელოვანია ის, თუ რამდენად სწრაფადაა მოსალოდნელი ბოროტი ქმედება. მოსალოდნელობა და ალბათობა იდენტური არაა. თუმცა მოსალოდნელობა ზრდის ალბათობას. მოსალოდნელობა გულისხმობს ბოროტების მოახლოების დროსა და სივრცობრივ მხარეს.

როგორც ზემოთ აღინიშნა, თუ საზოგადოება პოლიტიკურ საკითხებში რისკის თავიდან აცილების რეჟიმში ფუნქციონირებს, მაშინ ზემოთ მოცემული მსჯელობა სულაც არ არის მიმზიდველი. სოციალური რისკის თავიდან აცილების სურვილი იზრდება იქ, სადაც ისტორიული გამოცდილება სიფრთხილისკენ მოუწოდებს პოლიტიკოსებს. აქ ანტიდემოკრატიული შემოტრიალების დაბალი ალბათობაც კი დაუშვებელია ან დიდ სიფრთხილეს მოითხოვს, რაც თავდაცვისუნარიანი დემოკრატიის წახალისებას იწვევს. სისტემა, რომელსაც მოახლოებული უბედურების წინასწარ განჭვრეტა შეუძლია, განსხვავდება „ნორმალური“ ან „ტერორიზმამდელი“ ლიბერალური სახელმწიფოსგან. რისკების შესახებ წინასწარი გათვლები წარმოდგენილია *დენისთან*. ეს გათვლები ცივი ომის პერიოდში გაკეთდა უზენაესი სასამართლოს მოსამართლეების მიერ. ცივი ომის დროს ბევრი რიგითი ამერიკელი კომუნიზმთან მიმართებაში შემდეგნაირად ფიქრობდა: „ჩვენ ვერ დავავალდებულებთ მთავრობას იცადონ“ მანამ, სანამ მოქმედების საჭიროება უკვე ძალიან მოახლოვდება[57]. მოახლოე-

[55] C.-L. de S. Montesquieu, The Spirit of the Laws, (A. Cohler, B. Miller, & H. Stone, (eds. & trans.)), Book 11, 159 (1989). The conspiracy would entitle the executive to make arrests.

[56] Whitney v. California, 274 US 357 at 375 (1927). For a similar attitude in the war on terror context see Justice Stevens, dissenting: “For this Nation is to remain true to the ideals symbolised by its flag, it must not wield to the tools of tyrants even to resist an assault by the forces of tyranny.” . Rumsfeld v. Padilla No. 03-1027. Argued April 28, 2004--Decided June 28, 2004.

[57] „მთავრობის გადაგდების შესაძლებლობა ძალისა და ძალადობის გამოყენებით, საკმარისია იმისათვის, რომ მთავრობამ სიტყვის თავისუფლება შეზღუდოს. რა თქმა უნდა, სიტყვის თავისუფლება საზოგადოების მნიშვნელოვანი ღირებულებაა, რადგან, თუ საზოგადოება ვერ შეძლებს თავისი სტრუქტურის დაცვას შეიარაღებული შიდა თავდასხმისგან, მაშინ ვერც დანარჩენი ღირებულებები ვერ იქნება დაცული . . . ცხადია, მთავრობის გადატრიალების მცდელობა ძალის გამოყენებით, იმ შეთმხვევაშიც კი, თუ ის თავიდანვე განწირულია მარცხისთვის რევოლუციონერების არასაკმარისი რაოდენობის და ძალის გამო, საკმარისი მიზეზია კონგრესისთვის პრევენციული ზომების მისაღებად. ფიზიკური და პოლიტიკური ზიანი, რომელიც ასეთ მცდელობებს მოაქვს ერისთვის, შეუძლებელს ხდის გაიზომოს წარმატების ალბათობა ან წარმატებული მცდელობის საჭიროება. ის ფაქტი, რომ 1945-1948 წლებში პეტიციონერების აქტივობები არ გადაიზარდა მთავრობის ძალისმიერი გზით გადატრიალების მცდელობაში, ვერ მოგვცემს იმ ფაქტის ახსნას, რომ ამავდროულად არსებობდა ჯგუფი, რომელიც მზად იყო მთავრობის ძალისმიერი გადატრიალების მცდელობისთვის. პეტიციონერების მიერ კარგად ორგანიზებული შეთქმულების მოწყობა, ისეთი დისციპლინირებული წევრებით, რომლებიც მზად არიან ლიდერების, პეტიციონერების მოწოდებას მოქმედებისთვის

ბული მოქმედების კონცეფციები სხვადასხვაგვარია. ტერორიზმის წინააღმდეგ ომის პირობებში კი ეს კონცეფციები შესაძლოა კვლავ გონივრულ ფორმებს დაუბრუნდეს, ვიდრე სუკის დროინდელი კომუნისტური კონსპირაციების დროს იყო“ [58].

ზოგიერთი კონსტიტუციური სისტემა იმ მოსაზრებას ეყრდნობა, რომ რისკზე წასვლა იმდენად არასერიოზულია, რომ მისი დაშვება არავითარ შემთხვევაში არ შეიძლება. თუ თავისუფლება რისკზე წასვლას ნიშნავს, მაშინ ისტორიული გამოცდილების და რეალობის ფონზე ეს ზემოთ წარმოდგენილი მოსაზრება ირაციონალური და მიუღებელია (რა თქმა უნდა, მთლიანად დებატები ტერორიზმის შესახებ არსებულ რეალობაზე ნორმატიული ძალის მსჯელობის ჩამოყალიბების მცდელობაა).[59] სიტყვის თავისუფლების თანამედროვე ლიბერალური გაგებით, შეხედულებების (აგრესიულისაც კი) გავრცელება დემოკრატიას ან კონსტიტუციურ სახელმწიფოს იმ ხარისხის საფრთხეს არ უქმნის, რომ ამ შეხედულებების კრიმინალიზება გამართლებული იყოს. პოლიტიკური სისტემა დემოკრატია არაა, თუ შეხედულებების გაცხადება პოლიტიკური მიზეზებით ვერ ხერხდება. და რა შეიძლება ითქვას ისეთი მენტალიტეტის სისტემურ მომწიფებაზე, რომელიც ტერორისტული აქტების ჩადენას უწყობს ხელს (მცირე პროცენტული მაჩვენებლით) ან შეხედულებებზე, რომლებიც ადამიანის ცხოვრებას ბანალურად მიიჩნევს საკუთარი სიცოცხლის ჩათვლით?

მიმდინარე ვითარებაში, კანონმდებლობას, რომელიც სიტყვის თავისუფლებას ზღუდავს ბრეინვოშინგის ხელის შეშლის მიზნით, დაუშვებლად მივიჩნევ ლიბერალური სისტემისთვის და უსარგებლოდ კონტრტეროსტული სახელმწიფოსთვის. ეს საკითხი განსხვავებულ ჭრილში უნდა გავიაზროთ, თუ ორგანიზაციები, განსაკუთრებით კი პარტიები და რელიგიური ერთეულები არაკრიმინალური აზრის გამოხატვის საშუალებად გამოიყენება. დემონსტრაციებმა დესტაბილიზაციის შექმნით და საჯარო გამოსვლებმა ხალხის მობილიზებით, შესაძლოა საფრთხე შეუქმნან დემოკრატიას ან საზოგადოებრივ წესრიგს. ზემოთ აღწერილი „აკრძალული“ თემების პროპაგანდაში გამოჩენამ შესაძლოა შეზღუდვების (აუცილებელი არაა ეს იყოს კრიმინალური შეზღუდვა) საჭიროება მოიტანოს. პროპორციულობის პრინციპის თანახმად, საჭიროა ექსტრემისტული გამოსვლების შეზღუდვა. მოვლენების კანონის ჩარჩოს გარეთ გატანა, პარტიების და ეკლესიების ფუნქციონირების შეზღუდვა და საჭიროების შემთხვევაში მათი დაშლა, რელიგიური პროპაგანდის აკრძალვა, ასევე აკმაყოფილებს პროპორციულობის პრინციპს მზარდი ტერორისტული საფრთხეების ფონზე. თუმცა ამჟამად ეს საკითხები არ განიხილება თანამედროვე საზოგადოების მიერ.

ვარაუდები სოციალური რისკების თავიდან აცილებაზე, რომლებიც კონტრტერორისტულ სახელმწიფოში უფლებების შეზღუდვას გაამართლებდა, თავად არის თუ არა გამართლებული? [60] რა ვითარებაში შეიძლება იყოს ეს ვარაუდები გონივრული? რისკის გონივრულად შეფასება შესაძლებელია რამდენიმე შემთხვევაში. რისკის განჭვრეტის გონივრული საფუძველი შეიძლება იყოს ისეთი მოვლენა, რომელიც წარსულში ხშირად მომხდარი მოვლენების კატეგორიას განეკუთვნება. ასეთი მოვლენები სტატისტიკური ალბათობით შეიძლება განისაზღვროს. მოვლენები, რომლებიც თავდაცვისუნარიანი დემოკრატიის ან სიტყვის თავისუფლების კონტექსტში უნდა განვიხილოთ, ასეთი თვისებებით არ ხასიათდებიან (იმ შემთხვევაშიც კი, თუ არ ვაღიარებთ, რომ ისტორიული მოვლენები უნიკალურია). სხვა სიტყვებით რომ ვთქვათ, თითქმის არ არსებობს ისეთი შემთხვევები, როცა სიძულვილით სავსე გამოსვლას რასობრივი სისასტიკე გამოეწვია ან ანტიდემოკრატიული ძალების აქტიურობას თავისუფალი არჩევნების დროს შეუქცევადი ანტიდემოკრატიული რეჟიმი დაემკვიდრებინა. სიტუაციებში, როდესაც მოვლენები მასობრივ ფენომენად არ იქცევა, რისკზე წასვლამ შესაძლოა მონაცემების გამოყენებით გამოთვლილი რისკის ანალიზი შეცვალოს (თუმცა, ერთჯერადად მომხდარ მოვლენებს უფრო ხშირად იღბალს მიაკუთვნებენ ხოლმე). იმ სიტუაციებში კი,

დაუყოვნებლივ უპასუხონ, მსოფლიო მდგომარეობის ფეთქებად ხასიათს, სხვა ქვეყნებში მსგავს ამბოხებებს და იმ ქვეყნებთან დელიკატურ ურთიერთობებს, რომლებთანაც პეტიციონერები ყველაზე ნაკლებად ახლოს იყვნენ იდეოლოგიურად, თუ გავითვალისწინებთ დავრწმუნდებით, რომ ბრალდებები ამ კუთხით დასაბუთებული იყო. აღნიშნული ანალიზი გვიჩვენებს, რომ კონსპირაციის პროპაგანდა, განსხვავებით უბრალოდ პროპაგანდისგან, ვერ იქნება კონსტიტუციურად შეზღუდული, ვინაიდან მხოლოდ მომზადების პროცესს შეიცავს. თავად შეთქმულება კი ქმნის საფრთხეს“ 341 U.S. 494, at 509-511.

[58] ავსტრალიის უზენაეს სასამართლოს რისკის კიდევ უფრო სანდო გათვლები ჰქონდა კომუნისტური პარტიის გაუქმების გადაწყვეტილების მიღების დროს.

[59] გერმანის საკონსტიტუციო სასამართლომ ბავარიელი ოფიციალური პირების გადაწყვეტილება, აეკრძალათ ცნობილი ჰოლოკასტის სპეციალისტის, ისტორიკოს დევიდ ირვინგის გამოსვლა დემონსტრაციაზე, ვინაიდან მისი სათქმელი დანაშაულის ტოლფასი იქნებოდა. დემონსტრაციის ჩატარება კი არ აკრძალულა. გადაწყვეტილება 1994 წლის 13 აპრილი., 90 BVerfGE, 241-255 (”Auschwitz hoax“).

[60] თავდაცვისუნარიანი დემოკრატიის სცენარისგან განსხვავებით, სადაც ისტორიული ფაქტორი მნიშვნელოვანია ალბათობის გამოსათვლელად და სადაც თავდასხმის განხორციელებას დიდი დრო სჭირდება, ტერორისტულ სცენარში ისტორია განსხვავებულ და მინიმალურ როლს თამაშობს, უბედური შემთხვევები ძალიან სწრაფად ვითარდება მას შემდეგ, რაც ოპერაციის პირველი მოქმედება დაიწყება (თვითმკვლელობის მისია). უნდა აღინიშნოს, რომ პრაქტიკულად შეუძლებელია ამ ფაზაში ჩარევა.

როდესაც ალბათობის შეფასების საფუძვლები არ არსებობს, რისკის გაწევა განსაკუთრებულ სახეს ატარებს: ის აბათილებს ვარაუდს რისკის შესახებ (ალბათობას). ასეთ შემთხვევებში, რისკის გაწევა ან რისკის თავიდან აცილება გულისხმობს, რომ გადაწყვეტილების მიმღები აღიარებს/უარყოფს ყველა ალბათობას. ასეთი მიდგომა ირაციონალური შეიძლება მოგეჩვენოთ, რადგან მონაცემების ანალიზს არ ეყრდნობა. მაგრამ ასეთი მიდგომა რისკის მიმართ მნიშვნელოვანია გადაწყვეტილების მიღების პროცესისთვის, რადგან ხელს უწყობს გადაწყვეტილებების მიღებას იმ ვითარებაში, როდესაც ინფორმაცია მწირია ან ძვირადღირებული. მაშინაც კი, როცა მონაცემები ხელმისაწვდომია (რაც მრავალი მოვლენის ანალიზს და ძვირადღირებულ მონაცემთა შეგროვებას მოიცავს), რისკის გაწევის შესაძლებლობები მაინც არსებობს; ცნობილი (იდენტიფიცირებადი) რისკების პირობებში არ არსებობს მართებული ქმედების საზომი. საკითხი რომ კიდევ უფრო გავართულოთ, განვიხილოთ ისეთი კატასტროფების ალბათობა, რომლებიც სახელმწიფოს ან დემოკრატიულ სტრუქტურას აკნინებენ. ამ დროს მოვლენის და მისი შედეგების წინასწარ განჭვრეტა განსაკუთრებით რთული ხდება, არა მხოლოდ იმიტომ, რომ ასეთი მოვლენები ძალიან იშვიათია და სტატისტიკური (ალბათობის) ანალიზისთვის შესაბამისად არასაკმარისი, არამედ იმიტომაც, რომ მოვლენები არ არის იზოლირებული. ალბათობის მარტივი მოდელი ეფუძნება იმ წინა პირობას, რომ მოვლენები ერთმანეთისგან იზოლირებული არიან. ანუ საჯარო გამოსვლების მრავალჯერადი ჩაშლა იწვევს კომუნიკაციის სფეროს დაზარალებას, მაგრამ ელექტორატის შედეგებზე გავლენა არა აქვს და პირიქით.

კონტრტერორისტული სახელმწიფოს კონსტიტუციონალიზმის სპეციფიკური პრობლემაა არაფორმალური და ერთმანეთთან გადაჯაჭვული კავშირები. ერთი მოვლენა მეორე მოვლენის მოსალოდნელობას ზრდის, რასაც შემდეგ საზიანო შედეგები მოაქვს. ამდენად, კანონის, წესრიგისა და დემოკრატიის დანგრევას კასკადური ფენომენი განაპირობებს. [61] ლიბერალური დემოკრატიების უმრავლესობა მზადაა რისკზე წავიდეს, როცა საქმე საჯარო გამოსვლებს ეხება. ხოლო როცა ტერორიზმის მხარდამჭერ მოძრაობებთან ან საიდუმლო კავშირებთან გვაქვს საქმე, მაშინ მოსაზრებები განსხვავდება. რელიგიურ მოძრაობებთან დაკავშირებით შეგვიძლია ვივარაუდოთ, რომ ქმედებას/სიტყვას გამრავლების ძალა აქვს: ერთი ქმედება/სიტყვა იწვევს ორგანიზებულ ქმედებას/სიტყვას და შესაბამისად, გამრავლებულ რისკებს. თუკი სიტყვა და ქმედება მოსალოდნელია რომ მასობრივ ქმედებად იქცეს, მაშინ აგრესიული და საზიანო ქმედების გავრცელების შანსიც მნიშვნელოვნად იზრდება.

ზემოთ ვისაუბრეთ უფლებების შეზღუდვის და რისკების მოსალოდნელობის გამო დისკრიმინაციის მაგალითებზე. დღესდღეობით, რისკის თავიდან აცილების მცდელობებს ჩვეულებრივი პოლიტიკის, აღმასრულებელი და კანონშემოქმედებითი პრაქტიკის ფარგლებში გარკვეული წინააღმდეგობა ხვდება სასამართლო ხელისუფლების მხრიდან. პოლიტიკური პროცესი ჯერ კიდევ არ არის კონტრტერორისტული რეჟიმის კონსტიტუციონალიზმის ხარისხში, ფუნდამენტური ფორმალური ცვლილებების შეტანა კონსტიტუციის ტექსტში არ მიმდინარეობს, რამაც შესაძლოა სასამართლო ხელისუფლების როლი შეცვალოს უფლებების დაცვის შეზღუდვების განსაზღვრაში. დღეს ბევრი სასამართლო ამტკიცებს, რომ ისინი ფუნდამენტურ უფლებებს იცავენ. საზოგადოებაში, რომელიც ფართომასშტაბიანი ტერორიზმის საფრთხის წინაშე დგას, სასამართლოს შეცდომები კანონის უზენაესობის და თავისუფლების დაცვის მიზნით ტერორისტული აქტების მოსალოდნელობას გაზრდის[62]. შესაძლოა დემაგოგიურად ჟღერდეს, მაგრამ ალბათ მოსამართლეებს უკეთესი თავშესაფარი აქვთ გარანტირებული, ვიდრე საზოგადოებას, რომელიც ტერორისტული აქტის მსხვერპლი შეიძლება გახდეს, თუ სასამართლო შეცდომით მისცემს ვინმეს პოლიტიკურ თავშესაფარს. საზოგადოებას უსაფრთხოების შესახებ თავისი წუხილის და სურვილების გამოთქმის შეზღუდული შესაძლებლობები აქვს. თუკი ხალხი, პოლიტიკოსების მეშვეობით, თავის სათქმელს იტყვის, სასამართლო ხელისუფლებას, კონსტიტუციის უზენაესობის პრინციპით, შეუძლია ვეტო დაადოს ყველა გადაწყვეტილებას. ქას სანშტაინი ამტიკებს, რომ რისკის მაღალი მოსალოდნელობის ვითარებაში, საზოგადოების მიერ პანიკაში და გაურკვევლობაში დაშვებული შეცდომების თავიდან ასაცილებლად ექსპერტების გადაწყვეტილებებს უნდა დავეყრდნოთ[63]. აქ აღმასრულებელი ხელისუფლების შტოა ნაგულისხმევი, თუმცა

[61] კანონის უზენაესობა შესაძლოა დაირღვეს კასკადური პროცესების შედეგად, როდესაც დემოკრატიის დამცველის, ერთ შეზღუდვას მოაქვს მეორე და მათი კომბინირებული ეფექტი საფრთხეს უქმნის კანონის უზენაესობას. ბრძანების გაუქმება განსაკუთრებით მაშინ არის პრობლემური, როცა დაკავების პირობების კანონის კონტროლის ქვეშ არ არის.

[62] რეალურად, სიტუაცია ცოტა უფრო რთულია. ადამიანები, რომლებსაც ათავისუფლებენ მტკიცებულებების დაუშვებლობის გამო, ხშირ შემთხვევაში მაინც წინასწარი დაკავების ქვეშ რჩებიან სხვა მიზეზების გამო. ხოლო, თუკი დაკავებულები არ არიან, მათი აქტიური დაზვერვა აუცილებლად მიმდინარეობს.

[63] Cass Sunstein, Laws of Fear. Cambridge University Press. 2005.

სასამართლო ხელისუფლების მიერ ზედამხედველობასაც არ გამორიცხავს, თუ მისი მონაწილეობა ექსპერტების შესაძლებლობების მიმართ ნდობის გაზრდას უწყობს ხელს. სანშტაინი აცხადებს, რომ მოქალაქეები რისკების არარაციონალური შემფასებლები არიან, ნაწილობრივ ალბათ რისკის აღქმასთან დაკავშირებული აფექტური მდგომარეობის გამო. მეცნიერულად მომზადებული ექსპერტები კი პოლიტიკური პროცესებისგან იზოლორებული არიან. დან კაჰანმა და მისმა თანაავტორებმა კი საპირისპირო მოსაზრება წარმოგვიდგინეს. ისინი აღნიშნავენ, რომ ექსპერტებს შორის უზარმაზარი განსხვავებებია რისკის აღქმის საკითხში. მთავრობის რეგულირების გაზრდა, რაც დემოკრატიის გვერდის ავლით ხდება, უარყოფითი მხარეებით ხასიათდება, რაც საზოგადოების დემოკრატიული მსჯელობისგან არსებითად არ განსხვავდება. კონკრეტულად კი, დან კაჰანი და მისი კოლეგები ამტკიცებენ, რომ უთანხმოება არაპროფესიონალების და ექსპერტების მიერ რისკის აღქმაში მათი განსხვავებული ღირებულებებით არის გამოწვეული. ღირებულებები ემოციებთან არის კავშირში, ემოციები და ღირებულებები თავს იყრის საზოგადოებაში, რადგან მათი ჩამოყალიბება კულტურულად არის განპირობებული. დან კაჰანის მიდგომა იმ მოსაზრებას ეფუძნება, რომ „კულტურა, *შემეცნებითი* კუთხით, წინ უსწრებს ფაქტებს, კულტურული ღირებულებები განაპირობებენ ინდივიდის *რწმენას* პოლიტიკის პოტენციური შედეგების შესახებ“ [64]. კონსტიტუციონალიზმი არის მექანიზმი იმ ტენდენციის წინააღმდეგ ბრძოლისა, რომლის ფარგლებშიც ადამიანები კონკრეტული მოვლენის მოსალოდნელობას მსგავსი მოვლენის წარმოსახვის შესაძლებლობას უკავშირებენ. ეს ტენდენცია განსაკუთრებით ტერორისტული საფრთხის კონტექსტში გაიზარდა.

ჩვეულებრივ ვითარებაში სასამართლო ხელისუფლების პოლიტიკას ამართელებს ის, რომ სასამართლოს მიერ უფლებების დაცვა ყველა მოქალაქის სასარგებლოდ ხდება. საკითხი სხვაგვარად დგას, როცა საქმე ეხება ტერორიზმში ეჭვმიტანილი პირების გათავისუფლებას სამართალწარმოების სტანდარტების დაცვით (როგორ შეგროვდა საიდუმლო ჩანაწერები, სანამ ასეთი ინფორმაცია დასაშვები გახდებოდა). გადაწყვეტილებები, რომლებიც მიღებულ იქნა პრინციპების დაცვის მოტივით, საზოგადოებას უფრო მაღალი რისკის წინაშე აყენებს, ვიდრე იმ საქმეებს, რომელთა ფარგლებშიც საპროცედურო ნორმების დაცვით, მკვლელის გათავისუფლება მოხდა. თუმცა კონსტიტუციონალიზმი მიზანმიმართულად შექმნილი ინსტიტუტია, რომელიც უტილიტარული გათვლების იგნორირებას ახდენს. კიდევ ერთხელ ისმის შემდეგი აქტუალური შეკითხვა, ცდება თუ არა საერთაშორისო ტერორიზმის საფრთხე კონსტიტუციონალიზმის წინა პირობებს? პასუხი კი იმაში მდგომარეობს, რომ ჩვენ არ ვართ ინფორმირებული ამ საკითხში ნაწილობრივ იმიტომ, რომ კონსტიტუციური დემოკრატიის ვარაუდისგან განსხვავებით, ჩვენ არ ვფლობთ საკმარის ინფორმაციას იმის თაობაზე, რომ საერთაშორისო ტერორიზმი ემუქრება უსაფრთხოების გარანტიებს და იწვევს უსაფუძვლო პანიკას.

### 5. დასკვნითი შენიშვნები

კონსტიტუციური სახელმწიფოს თავდაცვა ქმნის სამართლებრივი დაცვის რეჟიმს პოტენციური საფრთხის გათვალისწინებით. ზოგიერთ ფენომენს, ქცევას და ზოგიერთი ჯგუფის მოქმედების სკეპტიციზმითა და ეჭვით უყურებს. ამდენად, დემოკრატიის პოზიცია შიშის ქვეშ თუ არა, სიფრთხილით მაინც უნდა მოქმედებდეს. სიფრთხილის იურიდიული და ტექნიკური შედეგი ისაა, რომ თავისუფლების შესახებ არსებული პრეზუმფციები შესაძლოა შეიზღუდოს. ეს განსაკუთრებით სისხლის სამართლის პროცესში უდანაშაულობის პრეზუმფცია ეხება. სამწუხაროდ, როგორც პრევენციული სახელმწიფოს მოდელი გვიჩვენებს, დანაშაულის ზღვარი იოლად იცვლება. მიუხედავად იმისა, „თავისუფლების ხელყოფის“ პრეზუმფცია მუდმივად კითხვის ნიშნის ქვეშ არ უნდა დგებოდეს, ამ პრეზუმფციის გავლენა მათზე, ვინც არ ხელყოფს თავისუფლებას, მუდმივად უნდა ისინჯებოდეს.

პრინციპში, სახელმწიფოს კონსტიტუციური (დემოკრატიული, ლიბერალური) წყობის დაცვის ისეთი მეთოდები არსებობს, რომლებიც დასაცავ ღირებულებებს არ აკნინებს. ამ მეთოდების გამოყენება ნაწილობრივ ისტორიულ ვითარებაზეა დამოკიდებული. გარდა ამისა, სტრესის გარკვეული დონე და უბედურებების მოსალოდნელობა ამ მეთოდების გამოყენებას კონტრპროდუქტიულს ხდის, ჩემი აზრით, თავისუფლება მაღალ რისკებს მოიცავს. გარკვეულწილად, კონსტიტუციები რისკის გაწევას კონსტიტუციურს ხდიან, განსხვავებით რისკის თავიდან აცილების ადამიანური მიდრეკილებისა. ასეთი კონსტიტუციური არჩევანი ლიბერალებისთვის შეიძლება მოსაწონი იყოს (რადგან ის მათ შეხედულებებს შეესაბამება), თუმცა გონივრულობის პრობლემას კი ვერ წყვეტს. ტრადიციული კონსტიტუციული სტრუქტურები გარკვეული ხა-

[64] Kahan, D. *et. al*.: Fear and Democracy or Fear of Democracy? A Cultural Evaluation of Sunstein on Risk*, Yale Law School Public Law Working Paper No. 100*. (2005), 17-18

რისხის რისკების გათვლას და სოციალური (საკანონმდებლო) რისკის ანალიზს შეიცავს. კონსტიტუციები რისკების შესახებ ვარაუდს ბუნდოვნად გვკარნახობენ, რაც რისკების ანალიზზე გავლენას ახდენს. მაგრამ კონსტიტუციურ-პოლიტიკური რისკის ანალიზი და მისი კონსტიტუციური მანდატით აღჭურვილი შეფასება საბოლოო დასკვნების გაკეთების საშუალებას არ იძლევა: რისკების დასაძლევი მეთოდების ჩამოყალიბებაზე ფუნდამენტური გავლენა აქვს წინასწარ გათვლებს ამა თუ იმ სტრატეგიის გამოყენების სოციალურ ფასზე და ხარჯების ანალიზის შედეგებს. ასევე, თუ რამდენად მისაღებია მოცემული ფასი საზოგადოებისთვის. უსაფრთხოება ძვირადღირებული საჭიროებაა (იხილეთ მზარდი დანახარჯები უსაფრთხოების სერვისებზე და მგზავრებზე დაკისრებული მაღალი ხარჯები, აეროპორტის მაღალი გადასახადების სახით). კონსტიტუციური და დემოკრატიული ლეგიტიმურობის მხრივ, უფლებების შეზღუდვა და დარღვევა სოციალურ ხარჯებთან არის დაკავშირებული, რამაც უფლებების შეზღუდვის ზოგიერთი ფორმა შეიძლება გამორიცხოს. მუსულმანური რელიგიური საზოგადოების წინააღმდეგ რადიკალური ზომების მიღება უკიდურესად ძვირადღირებულია ამ ზომების განხორციელების და მათი კონტრპროდუქტიულობის გამო. მათ ასევე მოჰყვება მუსულმანური საზოგადოების წინააღმდეგობა და იზოლაცია.

დემოკრატიული პოლიტიკური რეჟიმის სამართლებრივი საზღვრები ისე უნდა დადგინდეს, რომ თავისუფლების უფლების ხელყოფა არ გამოიწვიოს. პროპორციულობის ანალიზი, რომელიც სამართლებრივ სახელმწიფოში შეიქმნა ჩვეულებრივი მდგომარეობის საჭიროებისთვის, მოითხოვს, რომ შერჩეული მეთოდი მინიმალურად ზღუდავდეს უფლებებს. ყოველივე ზემოაღნიშნული სათქმელად ბევრად უფრო იოლია, ვიდრე საკეთებლად. ეს პრინციპი შესაძლოა კონტრტერორისტულ სახელმწიფოზეც გავრცელდეს, მაგრამ გასარკვევი ისაა, ვინ დაადგენს *საჭირო* შეზღუდვების დონეს.

კონტრტერორისტული სახელმწიფოს თეორიული მხარე სამთავრობო ორგანოებისთვის მინიჭებული ძალაუფლების პრაქტიკული გამოყენების გამოწვევის წინაშე დგას, ძალაუფლების ბოროტად გამოყენების პრობლემის ჩათვლით. (საჭიროა ძალაუფლების ბოროტად გამოყენების მახასიათებლებისა და წყაროების შესწავლა იმისათვის, რომ პრევენციის ზომები ეფექტური იყოს. ძალაუფლების ბოროტად გამოყენება, ხშირად, ცოდნის არასაკმარისი დონის და თავის მოტყუების შედეგია.) ჩემთვის კარგად ცნობილია, რომ კონსტიტუციური სახელმწიფოს პრევენციული თავდაცვითი ზომები, რომლებიც მოსალოდნელი უბედურების საწინააღმდეგოდ გამოიყენება, განსხვავდება იმ მეთოდებისგან, რომლებიც კონსტიტუციურ სახელმწიფოში მიღებული ზომაა და ჩვეულებრივი ვითარების დროს გამოიყენება. შეზღუდვებმა, შესაძლოა, თავად კონსტიტუციური სახელმწიფოს დაკნინება მოახდინოს; ეს კი ის ღირებულებაა, რომელიც პირველ რიგში უნდა იქნეს დაცული. ბოლო დროს, განსაკუთრებით კი ტერორიზმთან ბრძოლის კონტექსტში, წესრიგის ეფექტურად დაცვის მოტივით ხშირად ხდება კონსტიტუციური სახელმწიფოს ეროზია. თუმცა უმჯობესია სირთულეებისთვის მაშინ მოვემზადოთ, როცა გონივრული ანალიზის დრო გვაქვს და არ დავუცადოთ იმ დროს, როცა თავს დატეხილი სირთულეები ნაჩქარევი გადაწყვეტილებების მიღებას გვაიძულებს. ყოველივე ზემოთქმული იმაზე მიუთითებს, რომ ა) „როგორც წესი, კონსტიტუციონალიზმიდან“ გადახვევა ხდება საერთაშორისო ტერორიზმთან ბრძოლის დროს; ბ) უმჯობესია კონსტიტუციურად იყოს დამტკიცებული ნებისმიერი გადახვევა, ხოლო რაც უფრო დიდია ცვლილება მით უფრო ძლიერი უნდა იყოს სასამართლო და სხვა სახის კონტროლი; თუმცა ასეთი კონტროლი შესაძლოა პოსტფაქტუმ განხორციელდეს. ყოველ შემთხვევაში, თავდაცვისუნარიანი დემოკრატიის მაგალითიდან ჩანს, რომ გამონაკლისების კონსტიტუციური რეჟიმი კონსტიტუციურ რეჟიმს განამტკიცებს და მდგრადობას მატებს.

აღსანიშნავია, რომ შეზღუდვები კონტრტერორისტულ სახელმწიფოში განსხვავდება თავდაცვისუნარიანი დემოკრატიის შეზღუდვებისგან, მაშინ როცა ბუნდოვანება საფრთხის ალბათობის შესახებ გაცილებით უფრო დიდია. კონტრტერორისტულ სახელმწიფოში საფრთხის თავიდან ასაცილებლად შერჩეული მოქმედება ნაკლებად არის საჯარო განხილვის საგანი. კონტრტერორისტული სახელმწიფოს გადაქცევა პრევენციულ სახელმწიფოდ პრობლემების გარეშე ვერ ჩაივლის. ასევე, პრობლემურია პრევენციული სახელმწიფოს სვლა კონტრტერორისტული რეჟიმისკენ: ეს პროცესი განამტკიცებს წინა ათწლეულში არსებულ ტენდენციას, რომლის ფარგლებშიც კლასიკური კონსტიტუციური სისხლის სამართლის პროცედურები შეიცვალა, რომელთა მიხედვით, სოციალური ბრალდება, რომელსაც თავისუფლების აღკვეთა[65]

[65] ლიბერალურ სამართალში გარკვეული ბუნდოვანება გაჩნდა, როცა დაინერგა წინასწარი დაკავების პრაქტიკა როგორც რეგულაცია, ნაკლები მოთხოვნებით და სტანდარტებით. არადა, უმეტეს შემთხვევაში, ეს პრაქტიკა დასჯაზე უარესი იყო და ფაქტობრივი საფუძველი ნაკლებად ჰქონდა.

მოჰყვება, მოითხოვს სპეციალურ სამართლებრივ გარანტიებს. კონსტიტუციური სამართლის ტრადიციული ნორმების მიხედვით, დანაშაულის პრევენცია, ან უფრო მართებულად რომ ვთქვათ, რისკის პრევენცია (ყოვლისმომცველი და სელექციური დაზვერვის და აგრესიის მეშვეობით) შეზღუდვებზეა ორიენტირებული და არა თავისუფლებებზე.

ჯერ კიდევ 11 სექტემბრამდე, გერმანიაში, რომელიც სახელმწიფოს პარადიგმულ სამართლებრივ მოდელს წარმოადგენს, უსაფრთხოება კონსტიტუციური ღირებულება და „ობიექტური მიზანი“ გახდა, შეიარაღებული თავდასხმის არარსებობის დროსაც კი[66]. როგორც კი უსაფრთხოება სამართლებრივი გადაწყვეტილების ფაქტობრივი საფუძველი გახდება, სამართლებრივ კონტროლს მხოლოდ ფორმალური მხარე აქვს და სამართლებრივი სახელმწიფო მხოლოდ ფორმალურად არსებობს. კონსტიტუციის თანახმად, უსაფრთხოების დაცვის მიზნები ნორმატიული მსჯელობის საგანი აღარ არის; უსაფრთხოების დაცვის პირობებში შეუძლებელია კონსტიტუციურ ძალთა ბალანსის ფუნქციონირების შენარჩუნება. ფაქტების დაბალანსება შეუძლებელი ხდება. კონსტიტუციური კონტროლი, სამართლებრივი თვალსაზრისით, უნდა გარდაიქმნას პოლიტიკურ კონტროლად, რადგან გადაწყვეტილებების მიღებისას გათვალისწინებული კრიტერიუმები არა კანონის უზენაესობიდან, არამედ ფაქტობრივი მდგომარეობიდან გამომდინარეობს“[67].

კონტრტერორისტული სახელმწიფო ფუნქციონირებს პრევენციული სახელმწიფოს მსგავსად. ეს კი იმას ნიშნავს, რომ რისკების გათვლა თითქმის ყველა სფეროში მიმდინარეობს: საფრთხის შეგრძნება მძლავრდება (ტერორისტების გეგმის მიხედვით). მას შემდეგ, რაც საშიშროების გათვლა სტანდარტად იქცევა, თავისუფლების მოთხოვნა[68] მხოლოდ მაშინ იქნება შესაძლებელი, თუ დამტკიცდება, რომ საშიშროება არ არსებობს. ეს კი იმ რეჟიმის პრინციპებიდან განსხვავდება, რომელთა თავისუფლება გარანტირებულია.

ცხადია, დემოკრატიის დაცვა უმთავრესად სოციალური და პოლიტიკური საკითხია[69]. სამართლებრივი ზომები წარუმატებელია დემოკრატიის დამცავი სამთავრობო პოლიტიკის გარეშე. როგორც ზემოთ აღინიშნა, საერთაშორისო ტერორიზმმა შეიძლება შექმნას ვითარება, როდესაც ფუნდამენტური უფლებების პრაქტიკულობის გადახედვა გახდება საჭირო. უფლებების შესახებ მსჯელობათა უმრავლესობა არ გამორიცხავს უფლებების გადაფასებას. ფუნდამენტური უფლებები მხოლოდ დროებითია, რაც უფლებებზე დაფუძნებული რეჟიმის შედეგების განხილვას გამორიცხავს. მოსალოდნელია, რომ გამუდმებულმა ტერორიზმის მასობრივმა საფრთხემ ისეთი რეჟიმის შექმნა გვაიძულოს, რომლის დროსაც უფლებები გაცილებით უფრო მცირე როლს თამაშობს, ვიდრე დღეს. და მაინც, ეს ახალი რეჟიმიც ლიბერალური დემოკრატია იქნება — საუკეთესო არჩევანი მოცემულ პირობებში. ეს რეჟიმი საუკეთესო ლიბერალური რეჟიმი იქნება იმ შემთხვევაში, თუ ხალხი მიხვდება და გაიზიარებს შეზღუდვების მიზნობრიობას. საზოგადოებრივი ცნობადობა კი საჭიროების დემონსტრირებას მოჰყვება. მნიშვნელოვანია, რომ ასეთ ვითარებაში საზოგადოებაში არ დაინერგოს პანიკა არჩევნების მომლოდინე პოლიტიკოსების და ანგარიშვალდებულების ამცილებელი მთავრობის მიერ. შეზღუდვების საჭიროების დემონსტრირება და დასაბუთება განსაკუთრებით მნიშვნელოვანია, რადგან უფლებების შეზღუდვის წინააღმდეგ სერიოზული, ფრთხილი მოსაზრებები არსებობს, რომლებიც კონტრტერორისტული რეჟიმის მხარდამჭერებისთვის საკმაოდ ძვირფასია. არის რამდენიმე საკითხი, რამაც ფუნდამენტური უფლებებისკენ (ადამიანის უფლებები) სვლა გააცოცხლა: სამართალწარმოების გარეშე ან წამების პირობებში მნიშვნელოვნად იზრდება ყალბი აღიარებების რაოდენობა; ხელისუფლების ორგანოები ორგანიზაციული მიკერძოების მსხვერპლი ხდებიან; სიტყვის თავისუფლების შეზღუდვა ჭარბობს ჭეშმარიტებასა და ინოვაციას; რელიგიური და ეთნიკური თავისუფლების შეზღუდვა პრევენციულ რეჟიმში აგრესიას წარმოშობს და სახელმწიფოს ახალ მტრებს უჩენს. უფლებების შეზღუდვა უსაფრთხოების უზრუნველყოფის პირდაპირპროპორციულია. ზოგჯერ, საზოგადოებრივი ხარჯების ზრდამ შესაძლოა გაზარდოს უსაფრთხოების ხარისხი ისე, რომ თავისუფლების მნიშვნელოვნად შეზღუდვა საჭირო არ გახდეს. მაგალითად, ძვირადღირებული უსაფრთხოების დანადგარები აეროპორტში შეამცირებს მგზავრების უხეშ და აგრესიული ფიზიკურ შემოწმებას.

თუ კონტრტერორისტული სახელმწიფოსთვის სპეციალური კონსტიტუციური რეჟიმის შექმნა

[66] 100 BVerfGE 313 (1999), at 382 (ფარული ელექტრონული დაზვერვის სისტემა საერთაშორისო ორგანიზებული დანაშაულის წინააღმდეგ).

[67] Lepsius, op. cit. #56.

[68] Denninger, op. cit. 471.

[69] თავდაცვის უნარის მქონე კონსტიტუციურმა სახელმწიფომ სასამართლოს დამოუკიდებლობის გარანტირებისთვის საკმარისი მატერიალური რესურსები უნდა გამოყოს. თუმცა ყველაზე დამოუკიდებელი და ძლიერი სამართლის ადმინისტრირებაც კი ვერ შეძლებს დემოკრატიის დაცვას და კონსტიტუციური სახელმწიფო წყობის შენარჩუნებას, თუ მასში საკმარისი კონსტიტუციური სულისკვეთება არ არის, ანუ, თუ სასამართლოში დასაქმებული პირები კონსტიტუციური სახელმწიფოს მტკიცე და აქტიური მხარდამჭერები არ არიან.

გახდება საჭირო, პირველ რიგში, უნდა დაწესდეს შეზღუდვის საჭიროების დასაბუთების სავალდებულოობა. ამ კუთხით, თავდაცვისუნარიანი დემოკრატიის გამოცდილება რელევანტური რჩება. ამჟამად, სიფრთხილის მოტივით, ბევრი ინფორმაცია საზოგადოებისთვის ხელმისაწვდომი არაა და ამდენად, მათი მონაწილეობა გადაწყვეტილების მიღებში უხილავის შიშის ზეგავლენით ხდება. დავალებამ, *ყველაფერი უნდა განადგურდეს,* უნდა დაადგინოს პრევენციული სამართლებრივი მეთოდები. წინააღმდეგ შემთხვევაში, ჩვენ ჰეგელის მიერ აღწერილი მდგომარეობის საფრთხის წინაშე აღმოვჩნდებით.

„იყო ეჭვმიტანილი, ნიშნავს, იყო დამნაშავე. ამ რეალობის წინააღმდეგ გარეგნული რეაგირება, რომელიც შინაგანი განზრახვიდან მოდის, ამ კონკრეტული იდენტობის დანგრევას მოასწავებს, რომლისგანაც ვერაფერს წაიღებ, გარდა, უბრალოდ, არსებობისა“[70].

რაციონალური მსჯელობის პირველი მოთხოვნის თანახმად, რომელმაც შესაძლოა დემოკრატიული ლეგიტიმურობა შესძინოს პარადგიმის გადაწევას კონსტიტუციონალიზმიდან პრევენციული, დაკავების რეჟიმზე დაფუძნებული ან კონტრტერორისტული უსაფრთხოების სახელმწიფოსკენ, ხალხმა უნდა გაიაზროს, რომ კონტრტერორიზმის სისხლის სამართლებრივი მოდელისგან განსხვავებით, როდესაც საუბარია ცვლილებებზე სისხლის სამართლის კონკრეტულ ნაწილებში, კონტრტერორისტული ღონისძიებები მიმართულია არა მხოლოდ ტერორიზმის წყაროსკენ, არამედ გავლენას ახდენს მთელ საზოგადოებაზე. მაგალითად, პატრიოტის აქტით დასაშვები გახდა „უდანაშაულო ამერიკელების“ პირადი მონაცემების გაცნობა, მათ მონაცემებსა და ეჭვმიტანილ ტერორისტებს ან ტერორისტულ ორგანიზაციებს შორის კავშირების დემონსტრირების გარეშე. კონტრტერორისტული სახელმწიფოს ძლიერ ვარიანტში, პრევენცია მოითხოვს ყველა მოქალაქე და მოქალაქეობის არმქონე განვიხილოთ როგორც რისკფაქტორი, თუმცა არა თანაბარზომიერად. სოციალური ჯგუფების მიმართ განსხვავებული შეზღუდვების გამოყენება, რელიგიური და ეთნიკური წარმოშობის მიხედვით, დისკრიმინაციის ფუნდამენტურ პრობლემას წარმოშობს. მსუბუქ რელიგიურ დისკრიმინაციას განეკუთვნება, მაგალითად, სხვადასხვა რელიგიის წარმომადგენლის განსხვავებული ჩხრეკა აეროპორტში. პრევენციის მიზნით დანერგილი შეზღუდვები საზოგადოების ყველა სფეროს შეიძლება მოიცავდეს და არა მხოლოდ სისხლის სამართალს. საზოგადოების გადასაწყვეტი უნდა იყოს, თუ რამდენად მზად ვართ, მივიღოთ ისეთი ყოველდღიური ცხოვრება, რომელიც დანაშაულის პრევენციაზეა ორიენტირებული. ბოლოს და ბოლოს, საერთაშორისო ტერორიზმი ხომ სწორედ თანამედროვეობის ჩვეულებრივი ინსტრუმენტებით გახდა შესაძლებელი - იმ საშუალებებით, რომლებიც უაღრესად მნიშვნელოვანია გლობალიზებული სამყაროსთვის. ესენია: ინტერნეტი, შეუზღუდავი მოგზაურობა და ურთიერთკავშირის სხვა ფორმები. შეზღუდვები, რომლებიც ამ საშუალებებზე ტერორისტების ხელმისაწვდომობის ლიმიტირებას ისახავს მიზნად სხვა მომხმარებლებსაც ზღუდავს (იხილეთ ტელეფონის ნომრების შენახვა, სამოც მილიონამდე წინასწარ გადახდილი საკრედიტო ბარათების შეზღუდვა, რადგან ისინი ფულის გათეთრების საუკეთესო საშუალებებია და ა.შ.).

საჯარო განხილვებში მოქალაქეობის ფუნდამენტური საკითხები და კაცობრიობის საზღვრები, რომლებიც ადამიანებს აერთიანებს უბედურების ჟამს, უნდა გაირკვეს: არის თუ არა საზოგადოება მზად, დათმოს თანასწორობაზე დაფუძნებული ერთიანობა, თუ მოქალაქეობა გულისხმობს იმას, რომ მთელმა საზოგადოებამ უნდა იტვირთოს თანაბარი რისკი რასობრივ ან რელიგიურ საფუძველზე ექსტრადიქციის დაუშვებლობის გამო? ბოლოს და ბოლოს, ასეთი სოლიდარობა მოქალაქეობის და ეროვნულობის საფუძველია. ერს ურჩევნია, ჩაებას ომში (ნორმატიული თეორიის მიხედვით) იმ შემთხვევაში, თუ მშვიდობის შენარჩუნება მოითხოვს კონკრეტული პიროვნების ან ჯგუფის (ან ტერიტორიის ნაწილის, რომელზე მცხოვრებ ადამიანებს არ სურთ ქვეყნის დატოვება) სხვა ქვეყნისთვის გადაცემას ან ქვეყნიდან გაძევებას. ასეთი იყო მისაღები სტანდარტი საბერძნეთში. კონსტიტუციონალიზმის ფუნქცია, კონკრეტულად კი უმცირესობების დაცვა, საკმაოდ ძლიერ არგუმენტებს გვთავაზობს საზოგადოებრივი ემოციების და ცრურწმენების შედეგად ეფექტურობის გაზრდის მიზნით გამოყენებული დისკრიმინატორული, პრევენციული ზომების საწინააღმდეგოდ. მათი გამოყენება, ადმინისტრაციულ პროცედურებთან ერთად, უდანაშაულო ადამიანების დიდ ჯგუფებს დააზარალებს, რომელთაც თავის დაცვა ჩვეულე-

[70] გონების ფილოსოფია №591. ბაილიუს თარგმანი. ჰეგელი გულისხმობდა ფრანგულ ტერორს. იაკობიანური ტერორის ლოგიკას ჰეგელი ახასიათებს როგორც ერთი ფრაქციის მიერ სხვა ფრაქციების მართვას სახელმწიფოს კონტროლის გზით, რაც საფრთხის მოსალოდნელობაზე დაფუძნებული რეჟიმის არქეტიპია დემოკრატიაში წარმოდგენილი. როგორც ფრანგული მაგალითიდან ჩანს, შეთქმულების არსებობის მტკიცება საზოგადოებაში საგანგებო მდგომარეობის გამოცხადების საფუძველი იყო, რაც იაკობიანური ხელმძღვანელობისთვის ბრწყინვალე შესაძლებლობა (ნაწილობრივ გაყალბებული) იყო ოპონენტების მოსაშორებლად, საკმარისი საზოგადოებრივი მხარდაჭერის მოსაპოვებლად და შიშის დასანერგად.

ბრივ დემოკრატიულ პროცესში არ ძალუძთ[71]. ბუნებრივია, როგორც კი შემზღუდველი ზომები ზემოქმედებს მხოლოდ სხვა ადამიანების ჯგუფებზე, მაშინ ამ ზომების აღიარება და მიღება უპრობლემოდ ხდება ჩვენ მიერ, თუ ისინი ჩვენ არ გვეხება, მათი უხეშობის ხარისხის მიუხედავადაც კი.

ქყეყნებში, სადაც ტერორისტული თავდასხმები ყოველდღიური რუტინა გახდება და ქვეყნებში, სადაც თავდასხმები უკვე იქცა რუტინად, თუ საზოგადოებას შიშის ქვეშ უწევს ბრძანებების მიღება, მაშინ მათ ერთადერთი ფუნდამენტალური არჩევანი რჩებათ, რომელიც რთული მორალური არჩევანი იქნება. ტერორისტი არ აღიარებს მსხვერპლს ადამიანად: და საზოგადოებაში, რომლის წინაშეც მასობრივი ტერორიზმის საფრთხეები დგას (კამიკაძეების ყოველდღიური თვითმკვლელობებით და მასობრივი განადგურების პოტენციური საფრთხით), ტერორისტები და მათი მხარდამჭერები თითოეული მოქალაქის მიმართ მინიმალურ პატივისცემასაც კი არ იჩენენ. ასეთ ვითარებაში, ურთულესი იქნება, მიიჩნიო ტერორისტი ადამიანად, არსებად, რომელსაც ღირსება გააჩნია. ცხადია, კანტისეული პრობლემები (პრაგმატული პრობლემები ტერორისტის ვინაობის ამოცნობისას შეცდომის დაშვებასთან დაკავშირებით[72]) გვკარნახობენ, რომ არასოდეს უნდა მოვექცეთ მეორე ადამიანს არაადმიანურად. თუმცა კანტი ძალზე აბსტრაქტულ მორალურ არსებას გულისხმობდა. ოდესმე თუ უფიქრია მას ისეთ სირთულეზე, როგორიცაა პიროვნების დეგრადირება, რომელიც შემდგომში მთელი საზოგადოების დეგრადირებასა და დამცირებაში მონაწილეობს.

[71] ამ მოსაზრებას ბევრი ავტორი აჟღერებს, ციტირებულია გროსთან, 1035 შენიშვნა 105.

[72] როგორც ჩანს, ტერორიზმის პრევენციის ტრეინინგი არ მოიცავს ისეთ საკითხებს, როგორიცაა იდენტობის შეცდომით დადგენა, ამდენად, გონებრივად მოშლილი მოქალაქეები მოსალოდნელია, რომ იყვნენ ფატალური პრევენციული ინტერვენციის სამიზნე.

**რორი ოკონელი**

# თავდაცვისუნარიანი დემოკრატია და ადამიანის უფლებათა პრინციპები

***რორი ოკონელი***

*უფროსი ლექტორი, ადამიანის უფლებათა ცენტრი,*
*სამართლის სკოლა,*
*ბელფასტის ქვინს უნივერსიტეტი.*

## შესავალი[1]

ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლო დროდადრო იყენებს ტერმინებს „თავდაცვისუნარიანი დემოკრატია“ ან „დემოკრატია, რომელსაც შეუძლია დაიცვას საკუთარი თავი“, მკვლევარები კი, თავის მხრივ, გამოიყენებენ ამ ტერმინს სტრასბურგის პრეცედენტული სამართლის განხილვებისას[2]. ეს ნამუშევარი მკითხველს სთავაზობს, რომ უფრო მიზანშეწონილი იქნება, ფოკუსირება მოხდეს პირდაპირი და წარმომადგენლობითი დემოკრატიების მოთხოვნებზე, ვიდრე თავდაცვისუნარიანი დემოკრატიის თემაზე. წინამდებარე ნაშრომი, სათაურის შესაბამისად, განიხილავს სტრასბურგის პრეცედენტულ სამართალს და სრულდება იმ საკითხების ხაზგასმით, რომლებიც ადამიანის უფლებათა ევროპულმა სასამართლომ მსგავს საქმეებზე მუშაობისას პირველ პლანზე უნდა წამოსწიოს.

## თავდაცვისუნარიანი დემოკრატია

ტერმინი „თავდაცვისუნარიანი დემოკრატია,“ ეჭვგარეშე, ყურისმომჭრელია. ტერმინი ინგლისურში გერმანელმა ფილოსოფოსმა კარლ ლოვენშტაინმა დაამკვიდრა, რომელიც გერმანიიდან გადასახლებულ იქნა 1930 წელს და იელში მუშაობდა. ისევე როგორც აკადემიური წრეების სხვა ევროპელმა წარმომადგენლებმა, მანაც ყურადღება მიაპყრო 1930 წლის ტრავმისა და ფაშიზმის, ნაციზმის საშიშროებისაკენ[3]. 1937 წელს ის განიხილავს შესაძლებლობას, „თავდაცვისუნარიანი“ დემოკრატიები შეიარაღდნენ ფაშიზმის აღზევების წინააღმდეგ. უფრო კონკრეტულად კი, იმის წინააღმდეგ, რომ ფაშისტებს არ გამოეყენებინათ თავისუფალი შეკრების, გაერთიანების, აზრის თავისუფალი გამოხატვის დემოკრატიული და პოლიტიკური უფლებები დემოკრატიის გასანადგურებლად[4].

ლოვენშტაინის თავდაცვისუნარიანი დემოკრატიები კარლ შმიდტის მიერ წარმომადგენლობითი დემოკრატიების კრიტიკაზე პასუხი იყო: თავდაცვისუნარიანი დემოკრატია არ არის დაუსრულებლად განსახილველი თემა[5] და მას შეუძლია მოახდინოს თავისი პოლიტიკური მტრის იდენტიფიცირება[6]. დემოკრატიის მტრებს არ უნდა მიეცეთ იმის საშუალება, რომ გამოიყენონ დემოკრატიით მინიჭებული უფლებები და თავისუფლებები მისთვის საფრთხის შესაქმნელად, ეს შეიძლება აღქმულ იქნეს ვაიმარის დაცემით ნასწავლ გაკვეთილად. ცნებამ თავდაცვისუნარიანი დემოკრატია შეიძლება მოიცვას რიგი ქმედებებისა, ეს სტატია განიხილავს პოლიტიკურ უფლებებზე (ხმის მიცემის, არჩევნებში მონაწილეობის, გამოხატვის, შეკრების, და ა.შ) არსებულ შეზღუდვათა ტიპებს, რომლებიც ვრცელდება პოლიტიკურ პარტიებზე, მოძრაობებზე, ანდა მათ

[1] მადლობას ვუხდი ჩემს კოლეგებს ქვინსის ადამიანის უფლებების ცენტრში, სამართლის მაგისტრატურის სტუდენტებს, რომლებიც გადიოდნენ მოდულს ადამიანის უფლებები და მმართველობა და ასევე 2008 -09 აკადემიური წლის ივლისში ანტვერპენში ჩატარებული უტრეხტის ქსელის საზაფხულო სკოლის მონაწილეებს, რომლებთანაც მე მქონდა საშუალება, განმეხილა ეს სასამართლო საქმეები და საკითხები. შეცდომებზე მხოლოდ მე ვარ პასუხისმგებელი.

[2] ყველაზე მნიშვნელოვანი ნამუშევარი ამ მხრივ არის P. Harvey, "Militant democracy and the European Convention on Human Rights" (2004) 29 (3) European Law Review 407-420. თვითონ სასამართლოს არასდროს გამოუყენებია ტერმინი „თავდაცვისუნარიანი დემოკრატია“, გარდა იმ შემთხვევებისა, როდესაც პალატა განიხილავდა თურქეთის მთავრობის საქმეს კეთილდღეობის პარტიის შესახებ: Refah Paritsi v Tureky (2002) 35 EHRR 56, აბზაცი 62. ECHR-ის სასამართლო საქმეები ხელმისაწვდომია შემდეგ მისამართზე: www.echr.coe.int

[3] ფრანკფურტის სკოლის წვლილმა ბრძოლაში ფაშიზმის წინააღმდეგ დიდი ყურადღება მიიპყრო: William E. Scheuerman, *Between the norm and the exception: the Frankfurt school and the rule of law* (Cambridge, Mass.: MIT Press, 1994) and William E.Scheurman, *The rule of Law under siege: selected essays of Franz L. Neumann and Otto Kirchheimer* (Berkeley: University of California Press, 1996).

[4] Loewenstein. K. "Millitant Democracy and Fundamental Rights," (1937) 31 (3) *American Political Science Review* 417;Loewenstein, K. "Militant Democracy and Fundamental Rights, II" (1937) 31 (4) American Political Science Revew 638-658; "Legislative Control of Political Extremism in Europena Democracies I" (1938) 38 *Columbia Law Review* 591. თავდაცვისუნარიანი დემოკრატიის სხვა უფრო ადრეული პერიოდის დამცველთა შორის არის ნაციზმის მორიგი ლტოლვილი კარლ მანჰაიმი. კარლ მანჰაიმი ამბობდა, რომ „დემოკრატიული ტოლერანტობა არ ნიშნავს არატოლერანტულობის ატანას“; Manhaim, Karl *Diagnosis of our time* (London; K. Paul, Trenchm, Truber & co., 1943), 49. See also Lerner, Max *It is later than you think: the need for a militant democracy* (New Brunswick, N.J.: Transaction Publications, 1980, [1943]. მოსამართლე ზუპანჩიჩი აქებს კარლ პოპერს თავდაცვისუნარიანი დემოკრატიის შესახებ მიმოხილვის გამო საქმეში: Zdanoka v. Latvia App. (2006) 45 EHRR 17

[5] Carl Schmitt, *The Crisis of Parliamentary Democracy* (Cambridge: MIT Press, 1988, 1923).

[6] Carl Schmitt, *The Concept of the Political* (New Jersey: Rutgers UP, 1976).

მიმდევრებზე, როდესაც არსებობს ეჭვი, რომ ეს პარტიები, მოძრაობები თუ ცალკეული პიროვნებები იყენებენ პოლიტიკურ უფლებებს დემოკრატიისათვის საფრთხის შესაქმნელად.

მეორე მსოფლიო ომის შემდეგ, ეროვნული თუ საერთაშორისო სამართლებრივი სისტემები ითვალისწინებდნენ ვაიმარის გაკვეთილს. 1949 წლის გერმანიის ძირითადი კანონი არის ამის ნათელი მაგალითი[7]. ფედერალურ საკონსტიტუციო სასამართლოს უფლებების ჩამორთმევა შეუძლია იმ შემთხვევაში, თუ ამ უფლებათა ბოროტად გამოყენებას აქვს ადგილი და ამით საფრთხე ექმნება თავისუფალ დემოკრატიულ წყობას (მუხლი 18). გერმანელ ხალხს აქვს უფლება, წინააღმდეგობა გაუწიოს ყველას, ვისაც კონსტიტუციური წყობის განადგურება სურს (მუხლი 20(4)). ფედერალურ საკონსტიტუციო სასამართლოს შეუძლია გამოიტანოს გადაწყვეტილება არაკონსტიტუციური პარტიის დაშლის შესახებ (მუხლი 21(2)). ძირითადი კანონი ადგენს, რომ გარკვეული ფუნდამენტური პრინციპები, როგორებიცაა ფედერალიზმი და ძირითადი უფლებები, უცვლელია (მუხლი 79)[8]. ამის გარდა, წამყვანი პოლიტიკური ძალების პარალიზების თავიდან ასაცილებლად, ძირითადი კანონი ითვალისწინებს, რომ ბუნდესტაგს შეუძლია უნდობლობა გამოუცხადოს გერმანიის კანცლერს მხოლოდ მაშინ, თუ ბუნდესტაგს არჩეული ჰყავს მემკვიდრე (მუხლი 67). ძირითადი კანონი მოიცავს რამდენიმე დებულებას რომლებიც ეხება გაუთვალისწინებელ, სასწრაფო საკითხებს (მუხლი 80ა, 91, 115ა–ლ), მათ შორის საკანონმდებლო პროცესში ჩავარდნებს (მუხლი 81). მიუხედავად იმისა, რომ გერმანიის ძირითადი კანონი, ამ მხრივ, ყველაზე უფრო დახვეწილია, იტალიის 1947 წლის კონსტიტუციაც შეიცავს რელევანტურ დებულებებს, რომლებიც კრძალავენ ფაშისტური პარტიის რეორგანიზაციას და ზღუდავენ ფაშისტი ლიდერების პოლიტიკურ უფლებებს[9]. ეს საკითხები არ გამორჩენიათ ადამიანის უფლებათა უნივერსალური დეკლარაციის ავტორებს. მუხლი 29 (2)-ის მიხედვით, უფლებები არ შეიძლება გამოყენებულ იქნეს გაერთიანებული ერების მიზნების საწინააღმდეგოდ, მუხლი 30-ე უფრო მკაცრად კრძალავს უფლებათა ბოროტად გამოყენებას:

დეკლარაციის არც ერთი ნაწილი არ უნდა იქნეს გაგებული ისე, რომ, თითქოს რომელიმე სახელმწიფო, ჯგუფი ან ადამიანი სარგებლობს უფლებით, ჩაებას ქმედებაში ან განახორციელოს რაიმე მოქმედება, რომელიც გამოიწვევს ამ დეკლარაციით გათვალისწინებულ უფლებათა და თავისუფლებათა დესტრუქციას.

საბჭოთა დელეგატებს, რომლებიც ჩართული იყვნენ დეკლარაციის პროექტის შექმნაში, სურდათ, უფრო შორს წასულიყვნენ და აშკარად დაეფიქსირებინათ, რომ ფაშისტთა უფლებები შეზღუდული იქნებოდა[10].

1950 წლის ადამიანის უფლებათა ევროპული კონვენციის მე- 17მუხლი ითვალისწინებს უფლებათა ბოროტად გამოყენების მსგავს დოქტრინას:

ამ კონვენციის არც ერთი ნაწილი არ უნდა იქნეს ინტერპრირებული ისე, თითქოს რომელიმე სახელმწიფოს, ჯგუფს თუ ადამიანს მინიჭებული ჰქონდეს უფლება, ჩაებას ან განახორციელოს რაიმე ისეთი ქმედება, რომელიც გამიზნული იქნება ამ კონვენციით გათვალისწინებულ უფლებათა და თავისუფლებათა დესტრუქციისაკენ, ან მათი მკვეთრი შეზღუდვისაკენ.

ევროპული კონვენცია, რა თქმა უნდა, ითვალისწინებს, საჭიროებისამებრ, უფლებათა ზომიერ შეზღუდვებს დემოკრატიულ საზოგადოებაში (მუხლი 8(2), 10(2), 11(2)) და მათ შესუსტებას განსაკუთრებული მდგომარეობის დროს, როდესაც ერის ბედი საფრთხეშია (მუხლი 15).

ცივი ომის დროს, რამდენიმე სახელმწიფომ მიიღო ზომები მოძრაობათა პოლიტიკური უფლებების შესაზღუდად, ვინაიდან საფრთხე ექმნებოდა კონსტიტუციურ წყობას. გერმანიის ფედერალური რესპუბლიკის საკონსტიტუციო სასამართლომ აკრძალა ნაცისტური პარტიის მემკვიდრე კომუნისტური პარტია[11], როდესაც გერმანიამ მიიღო საჯარო მოსამსახურეთა ლოიალობის მარეგულირებელი კანონები. ცივი ომის დროს, ევროპის ადამიანის უფლებათა სასამართლომ უარი თქვა ლოიალობის კანონებთან დაკავშირებულ გამოწვევებზე[12].

[7] ოფიციალური თარგმანი ხელმისაწვდომია შემდეგ მისამართზე: <http://www.bundestag.de/interakt/infomat/fremdsprachiges_material/downloads/ggEn_download.pdf> ბოლო ნახვის თარიღი 2009 წლის 21 მარტი.

[8] G.J. Jacobsohn, "An unconstitutional constitution? A comparative perspective" (2006) 4 (3) International Journal of Constitutional Law 460; Rory O'Connell, "Guardians of the Constitution: Unconstitutional Constitutional Norms" (1994) 4 Journal of Civil Liberties 48-75.

[9] მუხლი 12, გარდამავალი დებულებები. ხელმისაწვდომია იტალიურ ენაზე შემდეგ მისამართზე: <http://www.quirinale.it/costituzione/costituzione.htm> ბოლო ნახვის თარიღი 2009 წლის 22 მარტი.

[10] Johannes Morsink, The Universal Declaration of Human Rights: origins, drafting and intent (Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2000) 23, 68-69.

[11] Socialist Reich Party case [1952] BVerGE 2, 1, found in Kommers, *Constitutional Jurisprudence of the FRG, Communist Party case* [1956] BvedfGE 5, 85, found in Kommers, *Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany.*

[12] შეადარეთ Kosiek v. Germany (1986) 9 EHRR 328 with Vogt v. Germany (1996) 21 EHRR 205. See Harvey, "Militant democracy and the European Convention on Human Rights" (2004) 29 (3) European Law Review 407, 413-414. Conor Gearty აღნიშნავს, რომ სტრასბურგის სასამართლოს შეხედულებებში ცვლილება ემთხვევა ცივი ომის დასასრულს: Conor Gearty, "Airy-Fairy: Human Rights and the End of Empire: Britain and the Genesis of the European Convention by A.W. B. Simpson." (2001) 23 London Review of Books, ხელმისაწვდომია: <http://www.lrb.co.uk/v23/n23/gear01_.html> ბოლოს შემოწმებულია 2009 წლის 22 მარტს.

ავსტრალიის პარლამენტმა მოითხოვა კომუნისტური პარტიის აკრძალვა. აკრძალვა გაუქმებულ იქნა ავსტრალიის უზენაესი სასამართლოს მიერ ფედერალიზმის არგუმენტით[13]. შეერთებულმა შტატებმა შეზღუდა კომუნისტთა თავისუფლება[14]. გაერთიანებული სამეფოს ერთ კუთხეში განსაკუთრებული ძალაუფლება იქნა გამოყენებული რესპუბლიკელთა კლუბების ასაკრძალად[15]. 1990-იანი წლები იყო თავდაცვისუნარიანი დემოკრატიის თეორიის მიმართ ინტერესის გაღვივების მომსწრე, მაგალითად 1992 წელს სამხედრო გადატრიალებამ ალჟირში გამოიწვია „არატოლერანტული დემოკრატიების“ შესახებ სერიოზული განხილვები აკადემიურ დონეზე[16]. ევროპის საბჭოს ვენეციის კომისიამ გამოაქვეყნა სახელმძღვანელო, პარტიების დაშლის შემთხვევაში, სანქციების შესახებ[17].

## თავდაცვისუნარიანი დემოკრატიის მაგალითები თანამედროვე ევროპაში

ევროპის ადამიანის უფლებათა სასამართლოს დიდი ხანია რაც უწევს თავდაცვისუნარიანი დემოკრატიის საკითხებთან შეხება, ეს იქნება რასისტული თუ ფაშისტური პარტიების შეუპოვრობასთან, გერმანიის ლოიალობის შესახებ კანონებთან თუ გაერთიანებულ სამეფოსა და ირლანდიაში პოლიტიკური ძალადობის საკითხებთან დაკავშირებით[18]. თემა უფრო აქტუალური გახდა ბოლო თხუთმეტი წლის მანძილზე. რკინის ფარდის კოლაფსმა და ევროპის საბჭოს გაფართოებამ აღმოსავლეთისაკენ წინ წამოსწია გარდამავალი მართლმსაჯულების ბევრი საკითხი. 11 სექტემბრის[19] მოვლენებმა გაამძაფრეს რელიგიური ფუნდამენტალიზმით გამოწვეული საფრთხეები. თურქეთის გადაწყვეტილება, დაეშვა ინდივიდუალური განაცხადით მიმართვა სტრასბურგის სასამართლოსადმი, მნიშვნელოვანი ნაბიჯი იყო, ქვეყანაში პოლიტიკური პარტიების დასაშლელად ძალაუფლების ხშირი გამოყენების გათვალისწინებით.

[13] Australian Communist Party v. Commonwealth [1951] 83 Commonwealth Law Reports 1. David Dyzenhaus განიხილავს საქმეს, როგორც მაგალითს იმისა, თუ როგორ ეყრდნობა სასამართლო „საერთო სამართლის კონსტიტუციონალიზმს:“ David Dyzenhaus, ”Constituting the Enemy: A response to Carl Schmitt“ in A. Sajo (ed.) *Militant Democracy* (Utrecht: Elevan International Publishing, 2004).

[14] Dennis v. U.S. 341 U.S. 494 (1951).

[15] აკრძალვას მიემხრო ლორდთა პალატა McEldowney v. Ford [1971] Appeal Cases 632,

[16] Gregory Fox and Georg Nolte, ”Intolerant Democracies“ (1995) 36 *Harvard International Law Journal* 1, reprinted in Gregory Fox and Brad Roth, *Democratic Governance and International Law* (Cambridge: CUP, 2000).

[17] European Commission for Democracy through Law, *Guidelines on Prohibition and Dissolution of Political Parties and Analogous Measures* (Strasbourg: Council of Europe Pub., 2000).

[18] P. Harvey, ”Militant democracy and the European Convention on Human Rights“ (2004) 29 (3) *European Law Review* 407-420.

[19] *Sadak and others v. Tureky* Applications Nos. 26149/95 to 26154/95, 25144/94, 27100/95 და 27101/95, 11 ivnisi 2002 (ECtHR).

თავდაცვისუნარიანი დემოკრატიის ხერხების ნაირსახეობა წარმოჩინდა სტრასბურგის საქმეებში. ყველაზე საინტერესო იყო მაგალითად, ისეთი შემთხვევები, როდესაც სახელმწიფო ცდილობდა ჩამოეშორებინა პარლამენტისათვის არჩეული პოლიტიკოსები, როდესაც მათი პარტიები არაკონსტიტუციურად გამოცხადდებოდა[20], ან, როდესაც მათ უარს ეტყოდნენ რეგისტრაციაზე[21]. ლუსტრაციის შემთხვევაში, ინდივიდებს შეიძლება აეკრძალოთ, კენჭი იყარონ ან დასაქმებულ იქნენ სხვადასხვა ადგილებზე საჯარო სამსახურში, ანდა, თუნდაც კერძო სექტორში[22]. ნაკლებად საშინელი ხერხებია თავისუფალი აზრის გამოხატვის უფლების შეზღუდვა[23], შეკრების უფლების შეზღუდვა[24], კონკრეტული სიმბოლოების გამოყენების აკრძალვა[25], ანდა უარის თქმა პარტიების სახელმწიფო დაფინანსებაზე[26]. სახელმწიფოებმა შეიძლება გადადგან ნაბიჯები ნეიტრალური და ხელშეუხებელი საჯარო სამსახურის არსებობის უზრუნველსაყოფად.

თავდაცვისუნარიანი დემოკრატიის მსგავსი ხერხების გამოყენების ასახსნელად ბევრი სხვადასხვა მიზეზი მოჰყავთ ხოლმე[27], ჩვეულებრივ, ეს მოიცავს ბრძოლას პოლიტიკური ძალმომრეობის წინააღმდეგ, რასისტულ და ულტრამემარჯვენე პარტიებზე კონტროლს, ადამიანის ფუნდამენტური კონსტიტუციური უფლებების პრინციპების დაცვა, დემოკრატიულ მმართველობაზე გადასვლის უზრუნველყოფა, ქვეყნის ტერიტორიული მთლიანობის დაცვა.

მიზეზები მარტივად შეიძლება წარმოვიდგინოთ: ზოგიერთი სახელმწიფო უკანონოდ აცხადებს ეთნიკურობასა და რელიგიაზე ფოკუსირებულ პარტიებს[28], ერთი მკვლევარი გვთავაზობს თავდაცვისუნარიანი დემოკრატიის გამოყენებას იმ

[20] *Refah Paritisi (Welfare Party) v. Turkey* (2003) 37 EHRR 1.

[21] Partidul Comunistilor (Nepeceristi) v. Romania Application no. 46626/99, 5 February 2005 (ECtHR) (ECtHR); *Linkov v. Czech Republic* Application no. 10504/03, 7 December 2006 (ECtHR).

[22] *Sidabras v. Lithuania* (2006) 42 EHRR 6.

[23] *Brind v. United Kingdom* (1994) 77 D&R 262. ისაშაროფი იძლევა ინდოეთში საარჩევნო სიტყვების დადგენილი ფორმის მაგალითს: S. Issacharoff, ”Fragile Democracies“ (2007) 120 Harward Law Review 1405, 1423.

[24] Christian Democratic People’s Party v. Moldova (2006) 45 EHRR 13.

[25] უნგრეთში კანონი კრძალავს „ტოტალიტარულ“ სიმბოლოებს, რაც აისახება საქმეში: Vajnaj v. Hungary application no. 33629/06, 8 ივლისი 2008. (ECtHR).

[26] Parti Nationaliste Basque v. France Application no 71251/01, 7 June 2007 (ECtHR). დაფინანსებაზე უარი ეთქვა ბასკური ნაციონალისტური პარტიის ფრანგულ შტოს იმის გამო, რომ ის არალეგალურად იღებდა ფინანსებს საზღვარგარეთიდან, მაგალითად, ესპანეთის ბასკური პარტიიდან.

[27] ისაშაროფი საუბრობს მეამბოხე, სეპარატისტული და ანტიდემოკრატიული პარტიების მიერ შექმნილ საფრთხეებზე: S. Issacharoff, ”Fragile Democracies“ (2007) 120 Harvard Law Review 1405, 1433-1447.

[28] M. Basedau, M. Bogaards, C. Hartmann and P. Niesen, ”Ethnic Party Bans in Africa: A Research Agenda“ (2007) 8 (6) German Law Journal 617-634.

პარტიებთან მიმართებაში, რომელთა შიდა სტრუქტურა არადემოკრატიულია[29].

ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლო მკაცრი იყო ამ ხერხების შესწავლისას. ის დაჟინებით ამტკიცებდა, რომ უფლებათა შეზღუდვა გამართლებულია თუ: ეს ხდება ლეგიტიმური მიზნებისათვის, კანონით არის გათვალისწინებული, და აუცილებელია დემოკრატიულ საზოგადოებაში. თუმცაღა იყო შემთხვევები, როდესაც სასამართლომ ნაკლები სიმკაცრე გამოავლინა და მიემხრო თავდაცვისუნარიანი დემოკრატიის მსგავს საშუალებებს.

## პოლიტიკური ძალადობა

პოლიტიკურ მოძრაობებს, რომლებიც ჩართული არიან, იცავენ ან კავშირში არიან პოლიტიკურ ძალადობასთან, გარკვეული შეზღუდვები უწესდებათ ევროპულ ქვეყნებში. გაერთიანებულმა სამეფომ და ირლანდიამ შემოიღეს შეზღუდვები იმ პარტიათათვის, რომლებიც ასოცირდებოდნენ პარამილიტარისტულ დაჯგუფებებთან ჩრდილოეთ ირლანდიაში. შეზღუდვები ეროვნული და სტრასბურგის სასამართლოს მიერაც დაკმაყოფილებულ იქნა. 2003 წელს, ესპანეთის პარლამენტმა მიიღო კანონი პოლიტიკური პარტიების შესახებ, რათა „ეტას“ ძალადობასთან ასოცირებული პარტია ბატასუნას აკრძალვა შესაძლებელი გამხდარიყო. ესპანეთის საკონსტიტუციო ტრიბუნალმა აღიარა კანონის ვალიდურობა[30], მაშინ როდესაც 2003 წელს ბატასუნა დაიშალა[31]. ბრალდებები იმისა, რომ პოლიტიკური პარტიები ძალადობის მხარდამჭერად გამოდიოდნენ, ხშირად ფიგურირებდა პარტიათა დაშლის თურქეთის საქმეებში[32].

წინა მოწვევის კომისია ძირითადად ცნობდა შეზღუდვებს პოლიტიკურ პარტიებზე იმ საბაბით, რომ ისინი, ვითომ ჩართული იყვნენ პოლიტიკურ ძალადობაში. კომისიამ მიუღებლად ცნო სარჩელები, დაკავშირებული გაერთიანებულ სამეფოსა და ირლანდიაში ჩრდილოეთ ირლანდიის ზოგიერთი პარტიის შეზღუდული დაშვებისა რადიო ან სატელევიზიო მაუწყებლობასთან[33]. უცნობია, რამდენად დაეთანხმება ამაში კომისიას დღეს მოქმედი სასამართლო. ბოლო ხანებში სასამართლომ დასძინა, რომ უნდა არსებობდეს რეალური დასტური იმისა, რომ ამა თუ იმ ორგანიზაციისათვის მისაღებია ძალადობა, სანამ მისი კონვენციით აღიარებული უფლებები შეზღუდული იქნება; არ არის საკმარისი მხოლოდ იმაზე დაყრდნობა, რომ ორგანიზაციის სახელიდან გამომდინარე, ის მიდრეკილია ძალადობისაკენ[34], არც ის, რომ ის წარმოადგენს საკუთარ თავს როგორც რევოლუციონერს[35].

სასამართლომ გააკრიტიკა თურქეთი ჟურნალისტის დასჯის ფაქტის გამო, ჟურნალისტისა, რომელმაც გამოაქვეყნა არაკანონიერი ორგანიზაციის წევრისაგან აღებული ინტერვიუები: ეს, თავისთავად, ძალადობისა და სიძულვილისაკენ მოწოდების დადასტურების გარეშე, არასაკმარისი იყო გამოხატვის თავისუფლების შესაზღუდად[36].

სიმკაცრე იმ შეზღუდვათა გადახედვისას, რომლებიც სახელმწიფოთა მიერ დაწესებულია ვითომდა ეროვნული უსაფრთხოებისა და საზოგადოებრივი წესრიგის გამო, მისასალმებელია. მაგრამ სტრასბურგის სასამართლო აღიარებს პოლიტიკური უფლებების შეზღუდვას მხოლოდ იმ პარტიებისათვის, რომლებიც ასოცირდებიან პოლიტიკურ ძალადობასთან. ეს ნათლად ჩანს საქმეში *Herri Batasna and Batasuna v. Spain*[37]. პოლიტიკური პარტიების შესახებ 2002 წლის კანონზე დაყრდნობით, ესპანეთის უზენაესი სასამართლოს გადაწყვეტილებით, უნდა მომხდარიყო ორი პარტიის დაშლა მათი კავშირების გამო ბასკურ სეპარატისტულ დაჯგუფება ეტასთან. ესპანეთის კანონი მხოლოდ იმ პარტიების დაშლის ნებას

[29] Yigal Mersel, "The dissolution of political parties: The problem of internal democracy" (2006) 4 *International Journal of Constitutional Law* 84. ასევე იხილეთ E.Brems, "Freedom of Political Association and the Question of Party Closures" in Wojciech Sadurski (ed.) *Political rights under stress in 21st century Europe* (Oxford; New York: Oxford University Press, 2006), 161.

[30] *Basque Regional Government challenge to the Law on Political Parties* STC 48/2003, 12 მარტი 2003. გადაწყვეტილება ხელმისაწვდომია ესპანურ ენაზე შემდეგ მისამართზე: <http://www.tribunalconstitucional.es/jurisprudencia/Stc2003/STC2003-048.html> ბოლო ნახვის თარიღი 2009წლის 22 მარტი.

[31] ბატასუნას საქმეს განიხილავს Ian Cram, "Constitutional response to extremist political associations – ETA, Batasuna and democratic norms" (2008) 28 (1) Legal Studies – Society of Public Teachers of Law 68-95; Victor Ferreres Comella, "The New Regulation of Political Parties in Spain and the Decision to Outlaw Batasuna" in A. Sajo (ed.) Militant Democracy (Utrecht: Eleven International Publishing, 2004); L.Turano, "Spain: Banning political parties as a response to Basque terrorism" (2003) 1(4) International Journal of Constitutional Law 730-740; K.A. Sawyer, "Rejection of Weimarian Politics or Betrayal of Democracy?: Spain's Proscription of Batasuna under te European Convention on Human Rights" (2003) 52 (6) American University Law Review 1531-1581.

[32] ეს იყო ერთ-ერთი მიზეზი კეთილდღეობის პარტიის საქმეში: Refah Paritisi *(Welfare Party) v. Turkey* (2003) 37 EHRR 1.

[33] Purcell v. Ireland Application no. 15404/89. 16 აპრილი, 1991 (ECmHR); Brand v. United Kingdom (1994) 77 D&R 262.

[34] *Association of Citizens Radko and Paunkovski* v *Former Yugoslav Republic of Macedonia* Application no. 74651/01, 20 January 2009 (ECtHR). „რადკო“ იყო ივან მიჰაილოვის ფსევდონიმი, რომელიც მაკედონიის საკონსტიტუციო სასამართლოს მიხედვით, უარყოფდა მაკედონური ეთნოსის არსებობას.

[35] Tsonev v. Bulgaria (2008) 46 EHRR 8. მაგრამ სასამართლომ უარი თქვა ფრანგული კანონის გამოწვევაზე, რომლითაც შეიძლებოდა დასჯილიყვნენ ტერორიზმის მიმტევებელი ადამიანები: Leroy v. France application no. 36109/03, 2 ოქტომბერი 2008 (ECtHR). აპლიკანტმა გამოაქვეყნა კარიკატურა, რომელიც ასახავდა 11 სექტემბერს ტყუპ ცათამბჯენებზე თავდასხმას, წარწერით „ჩვენ ყველა ვოცნებობდით ამაზე... ჰამასმა კი გააკეთა ეს“. სასამართლომ არ გაიზიარა აპლიკანტის შეხედულება იმაზე, რომ მისი ნამუშევარი იყო სატირა ამერიკული იმპერიალიზმის გასაკრიტიკებლად(43-46 აბზაცები).

[36] *Kanat and Bozan v. Tureky* no. 13799/04, 21 ოქტომბერი 2008 (ECtHR) აბზაცი 19.

[37] *Herri Batasuna v Spain* application nos. 25803/04 and 25817/04, 30 June 2009.

იძლეოდა, რომლებიც ჩართული იყვნენ დემოკრატიასთან შეუთავსებელ ქმედებებში[38]. საკონსტიტუციო ტრიბუნალმა ცალკეულ საქმეებში ხაზი გაუსვა კანონის ამ ელემენტს იმის აღნიშვნით, რომ ეს არ იყო თავდაცვისუნარიანი დემოკრატიის მსგავსი კანონი, რომელიც კანონგარეშედ აცხადებდა გარკვეულ მიზნებს[39]. სასამართლომ ნახა, რომ საკითხი ეწინააღმდეგებოდა 11.1 მუხლს და განაგრძო მუშაობა, რათა დაედგინა შესაძლებელი იყო თუ არა 11.2 მუხლით მოქმედების გამართლება. სასამართლომ მალევე დაადგინა, რომ ჩარევას კანონი ითვალისწინებდა ლეგიტიმური მიზნისათვის. მნიშვნელოვანი საკითხი იყო მხოლოდ ის, თუ რამდენად არსებობდა ამგვარი ხერხის საჭიროება დემოკრატიულ საზოგადოებაში. სასამართლომ ხაზი გაუსვა პლურალიზმის აუცილებლობას, რაც მოითხოვს იმ იდეების დაცვასაც კი, რომლებიც შეიძლება შეურაცხმყოფელი იყოს, შოკს იწვევდეს ან შემაშფოთებელი იყოს[40]. წინააღმდეგობაში ყოფნა მე-11 მუხლთან მოითხოვდა სერიოზულ გამართლებას და მხოლოდ უკიდურესად სერიოზულ შემთხვევაში შეიძლებოდა პარტიის დაშლა[41]. სასამართლომ ხელახლა დააფიქსირა თავისი პოზიცია, რომ პარტიები თავისუფალი არიან, მისდიონ ნებისმიერ მიზანს იმდენად, რამდენადაც ეს მიზანი თავსებადია დემოკრატიასთან, ხოლო ამ მიზნის მისაღწევად გამოყენებული საშუალებები კანონიერი და დემოკრატიული[42]. მაგრამ სახელმწიფოს უნდა შეეძლოს მოქმედება, მხოლოდ დროული მოქმედება. ეს არის თავსებადი პოზიტიურ ვალდებულებებთან, რასაც ითვალისწინებს კონვენცია[43].

ამ პრინციპების ხაზგასმით, სასამართლომ განიხილა სპეციფიკური საქმე. მან დასძინა რომ იყო რიგი ფაქტებისა, რომლებიც მიუთითებდნენ იმაზე, რომ პარტიები აღვივებდნენ „სოციალური კონფრონტაციის კლიმატს“ და ეტას ფარულად მხარდაჭერას სთავაზობდნენ[44]. სასამართლო ასევე შეეხო იმ მოსაზრებას, რომ დუმილი პოლიტიკოსთა მხრიდან შეიძლება გამოყენებულ იქნეს პარტიის განზრახვათა გამოსაცნობად[45]. სასამართლომ ესპანეთის გადაწყვეტილება განიხილა ევროპის საბჭოსა და ევროპის კავშირში მოქმედი საშუალებების კონტექსტში, რომელიც კიცხავს ტერორიზმის გამართლებას[46].

[38] Ibid აბზაცი 12.
[39] აბზაცი 20.
[40] აბზაცი 76.
[41] აბზაცი 78.
[42] აბზაცი 79.
[43] აბზაცი 82.
[44] აბზაცი 85.
[45] აბზაცი 88.
[46] აბზაცი 90. უფრო მეტი ინფორმაციისათვის ტერორიზმზე იხილეთ Leroy v. France application no. 36109/03, 2 ოქტომბერი, 2008.

## ულტრამემარჯვენე და რასისტული მოძრაობები

ევროპულმა სახელმწიფოებმა ასევე შეზღუდეს რასისტულ და ულტრამემარჯვენე პარტიათა უფლებები. ფლამანდიური პარტია – Vlaams Blok იძულებული იყო საკუთარი რეორგანიზაცია მოეხდინა მას შემდეგ, რაც ის მართლმსაჯულებამ რასიზმში დამნაშავედ შერაცხა[47]. სტრასბურგის ინსტიტუტებისათვის ჩვეულებრივ მისაღები იყო შეზღუდვები, დაწესებული თვითაღიარებულ რასისტებზე[48]. წინა კომისიამ გამოიყენა მუხლი 17, რათა არ მიეღო რასისტული პარტიის[49] და SS-ის[50] ყოფილი წევრის საჩივრები, მაშინ როდესაც ახლანდელმა სასამართლომ არ დააკმაყოფილა ჰოლოკოსტის უარმყოფელის საჩივარი ისევ და ისევ მე-17 მუხლზე დაყრდნობით[51]. სასამართლომ ასევე მოიშველია მუხლი 17, როდესაც რადიკალურ, მემარჯვენე პარტიის წევრი დამნაშავედ ცნეს განგაშის ატეხის გამო. დამამძიმებელ გარემოებად მიჩნეულ იქნა ის, რომ ის მოქმედებდა რასისტული მიზნებისათვის: მოსარჩელის მიერ განთავსებული პოსტერი ასახავდა, რომ ყველა მუსულმანი დამნაშავე იყო ამერიკაში 11 სექტემბერს განვითარებული მოვლენების გამო. სასამართლომ სარჩელი მიუღებლად ცნო[52]. მაშინაც კი, როდესაც გამოხატვის საშუალებები არ იყო ისეთი უკიდურესი, რომ მოქცეულიყო მე-17 მუხლის ქვეშ, სასამართლომ ნება დართო სახელმწიფოს, შეეზღუდა გამოხატვის უფლება მუხლით 10 (2), რათა როგორღაც აღდგომოდა სიძულვილის გამოწვევის ფაქტებს[53]. სევე, სასამართლომ აღიარა პროფესიული კავშირების უფლება, გაერიცხა წევრები, თუ ისინი მიეკუთვ-

[47] გენტის სააპელაციო სასამართლოს გადაწყვეტილება დაიცვა *Cour de Cassation: Vlaams Concentratie v. Centre for Equal Opportunity and the fight Against Racism,* 2008 წლის 9 ნოემბრის გადაწყვეტილება ხელმისაწვდომია ფრანგულ ენაზე შემდეგ მისამართზე: <http://jure.juridat.just.fgov.be/pdfapp/download_blob?idpdf=F-20041109-13> ბოლო ნახვის თარიღი 2009 წლის 22 მარტი.
[48] ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს პრეცედენტული სამართლის კრიტიკული ანალიზისათვის იხილეთ Eric Heinze, "Viewpoint Absolutism and Hate Speech" (2006) 69 (4) Modern Law Review 543-582.
[49] კომისია დაეყრდნო მე-17 მუხლს რასისტული პარტიის წინააღმდეგ, რომელსაც სურდა გამოხატვის თავისუფლების უფლების გამოყენება და არჩევნებში მონაწილეობის მიღება: *Glimmerveen* v. *Netherlands* 8348/78 & 8406/78, 11 Oct 1979 (ECmHR). ეს არ ნიშნავს რომ ექსტრემისტი პოლიტიკოსები, ისინიც კი, რომლებსაც ბრალი ედებათ რასისტული სიძულვილის გაღვივებაში, არ არიან დაცული ცილისწამების შEსახებ კანონებით: *Lindon and others* v *France* application nos. 21279/02 and 36448/02, 22 October 2007 (ECtHR GC).
[50] *Van Wambeke* v. *Belgium* Application no. 16692/90, 12 April 1991.
[51] *Garaudy* v. *France* Application no. 65831/01, 24 June 2003 (ECtHR).ეს არის სამართლის ის სფერო, როდესაც სასამართლომ ძალზე დელიკატური გადაწყვეტილებები უნდა მიიღოს, ეს ჩანს საფრანგეთის სხვა საქმიდანაც სადაც დიდმა პალატამ, მიუხედავად 6 საწინააღმდეგო ხმისა, დაადგინა, რომ დევნა `სამხედრო დანაშაულის საზოგადოებრივი დაცვის" გამო იყო მე-10 მუხლის დარღვევა. *Lehideux* v. *France* (1998) 30 EHRR 665.
[52] *Norwood v United Kingdom* [2005] 40 European Human Rights Reports SE 11.
[53] *Soulas v France* Application no. 15948/03, October 7 2008 (ECtHR).

ნებოდნენ რადიკალურ მემარჯვენე პარტიას[54]. ამ ბოლო ხანებში საქმეში ***Feret v Belgium***[55] სასამართლო მიემხრო სასჯელს შეფარდებულს ბელგიის სასამართლოს მიერ პარლამენტის წევრისათვის. პარლამენტის წევრი ავრცელებდა რასობრივი სიძულვილის გამაღვივებელ მასალებს. სასამართლომ შეუფარდა მას გამასწორებელი სამუშაოები, სიმბოლური კომპენსაციის გადახდა და 10 წლით აუკრძალა არჩევნებში მონაწილეობა. ადამიანის უფლებათა სასამართლომ, 4-3 უმრავლესობით დაადგინა, რომ ამ შემთხვევაში ადგილი არ ჰქონდა კონვენციის დარღვევას.

ეს საქმეები მიუთითებენ სასამართლოს ტოლერანტობაზე რადიკალ მემარჯვენეთა და რასისტული მოძრაობებისათვის პოლიტიკური უფლებების შეზღუდვებთან დაკავშირებით. თუმცაღა სასამართლო ასევე მიისწრაფოდა იმის უზრუნველსაყოფად, რომ გამოხატვის თავისუფლების შეზღუდვები სიძულვილის დამარეგულირებელი კანონების გამო, არ ზღუდავს ჟურნალისტური გამოძიების ლეგიტიმურ უფლებას[56] ან მონაწილეობას პოლიტიკურ[57] ან რელიგიურ დებატებში[58].

## ფუნდამენტური კონსტიტუციური ან ადამიანის უფლებათა პრინციპები

ის, რომ პოლიტიკური მოძრაობა ფუნდამენტური კონსტიტუციური ან ადამიანის უფლებათა პრინციპების წინააღმდეგია, ზოგჯერ გამოიყენება პოლიტიკური უფლებების შეზღუდვის ასახსნელად[59]. ასე მოხდა თურქეთის კეთილდღეობის პარტიის საქმეშიც: კეთილდღეობის პარტიის მიერ შარიათის სავარაუდო დაცვა და პერსონალური კანონების შემოღება სეკულარიზმის პრინციპის საწინააღმდეგოდ, გამოყენებულ იქნა მისი დაშლის ასახსნელად[60]. რა წარმოადგენს ფუნდამენტურ კონსტიტუციურ პრინციპს უთანხმოების საკითხია: ერთი ბულგარული საქმე შეეხებოდა მონარქიის მომხრე ასოციაციას[61], მაშინ როდესაც ჩეხეთმა უარი განუცხადა რეგისტრაციაზე პოლიტიკურ პარტიას იმ საბაბით, რომ ის, თითქოსდა გამოწვევის წინაშე აყენებდა სისხლის სამართლის კანონის არარეტროსპექტულობას (წინა რეჟიმებიდან ადამიანის უფლებათა დამრღვევების მართლმსაჯულების წინაშე წარდგენის კონტექსტში)[62].

ყველაზე დრამატული და სადავო თავდაცვისუნარიანი დემოკრატიის თემაზე ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს საქმეებიდან იყო თურქეთის კეთილდღეობის პარტიის საქმე[63]. თურქეთის საკონსტიტუციო სასამართლომ გამოიტანა გადაწყვეტილება კეთილდღეობის პარტიის დაშლაზე იმ საბაბით, რომ ის ეწინააღმდეგებოდა სეკულარიზმს. მართლაც, იმ დროისათვის კეთილდღეობის პარტია იყო კოალიციურ მთავრობაში და ის იყო ყველაზე მრავალრიცხოვანი პარტია წარმოდგენილი თურქეთის პარლამენტში. ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს დიდმა პალატამ დაადგინა, რომ აღნიშნულ საქმეში ადგილი არ ჰქონია კონვენციის დარღვევას და პარტიის დაშლა აიხსნებოდა სამი მიზეზით. პარტია ვერ აკმაყოფილებდა იმ მოთხოვნას, რომ თავი შორს დაეჭირა ძალადობრივი ქმედებების დაცვისაგან, პარტიას სურდა, შემოეღო პერსონალური კანონი თურქეთის მოქალაქეთათვის (ანუ სხვადასხვა სამართლებრივი სისტემები რელიგიის გათვალისწინებით); დაბოლოს, პარტია შარიათის კანონის შემოღების მომხრე იყო. ეს იყო ერთადერთი პარტიის დაშლის საქმე თურქეთიდან, როდესაც ადამიანის უფლებათა სასამართლო საკონსტიტუციო სასამართლოს გადაწყვეტილებას მიემხრო. ამის მიუხედავად, გადაწყვეტილებამ, შესაბამისად არგუმენტაციამ და სასამართლოს ენამ დიდი უთანხმოება გამოიწვია. დიდი პალატა დაეყრდნო სტერეოტიპურ შეხედულებას პერსონალურ კანონსა და შარიათთან მიმართებაში გადაწყვეტილების გამოტანისას[64]. იმის შეგრძნების გამო, რომ იგივე შეიძლება განმეორდეს კეთილდღეობის პარტიის მემკვიდრე სათნოების პარტიის შემთხვევაში, პარტიამ უკან გამოიტანა სარჩელი სტრასბურგის სასამართლოდან: სათნოების პარტია გააუქმა თურქეთის საკონსტიტუციო სასამართლომაც[65]. კეთილდღეობის პარტიის საქ-

[54] Associated Society of Locomotive engineers and Firemen (Aslef) v. United Kingdom Application no. 11002/05, 27 February 2007 (ECtHR).

[55] *Feret v Belgium* application no. 15615/07, 16 July 2009.

[56] *Jersild* v. *Denmark* (1994) 19 EHRR 1.

[57] *Ergin* v. *Turkey* 49566/99 applications nos. 48944/99, 50691/99, 63733/00 and 63925/00, 16 June 2005 (ECtHR); *Falakaoglu* v. *Turkey* no. 11840/02, October 10 2006 (ECtHR).

[58] *Giniewski* v. *France* Application no. 64016/00, 31 January 2006 (ECtHR).

[59] ტერიტორიული მთლიანობის პრინციპის დაცვის იდეა არის ერთი ასეთი კონსტიტუციური პრინციპი. ეს იდეა წამოწეულ იქნა თურქეთის საქმეში (*United Communist Party of Turkey* v. *Turkey* (1998) 26 EHRR 121.), Russia (*Vatan* v. *Russia* Application no. 47978/99, 7 October 2004 (ECtHR).) and Bulgaria (*United Macedonian Organisation Ilinden – Pirin and others* v. *Bulgaria* Application no. 59489/00, 20 October 2005 (ECtHR)).

[60] *Refah Paritisi (Welfare Party)* v. *Turkey* (2003) 37 EHRR 1

[61] *Zhechev* v. *Bulgaria* Application no. 57045/00, 21 June 2007 (ECtHR).

[62] *Linkov* v. *Czech Republic* Application no. 10504/03, 7 December 2006 (ECtHR).

[63] Refah Paritisi (Welfare Party) v. Turkey (2003) 37 EHRR 1.

[64] C. Moe "Refah Revisited: Strasbourg's Construction of Islam" Conference paper for *Emerging Legal Issues for Islam in Europe*; Central European University, Budapest, Hungary; 3-4 June 2005. Available at <http://www.strasbourgconference.org/papers/Refah%20Revisited-%20Strasbourg%27s%20Construction%20of%20Islam.pdf> ბოლო ნახვის თარიღი 2009 წლის 22 მარტი.

[65] *Fazilet Partisi et Kutan* v. *Turkey* Application no. 1444/02, 27 April 2006. მე ევა ბრემსის მადლობელი ვარ ამ ციტატისათვის: Eva Brems "Human Rights as a Framework for Negotiating/Protecting Cultural Differences? An Exploration in the Case-Law of the European Court of Human Rights" Seminar on 24 January 2008 at QUB Law School.

მის და საგანმანათლებლო დაწესებულებებში პირბადის ტარების შესახებ გადაწყვეტილებების ციტირებით[66], სათნოების პარტიამ განაცხადა, რომ ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლო მიდრეკილი იყო მუსულმანების წინააღმდეგ და არ ძალუძდა მიუკერძოებელი გადაწყვეტილებების მიღება[67].

## დემოკრატიულ მმართველობაზე გადასვლის უზრუნველყოფა

დემოკრატიზაციის პროცესმა აღმოსავლეთ ევროპაში განაპირობა პოლიტიკური უფლებების შეზღუდვა: მოითხოვა წინა არადემოკრატიულ რეჟიმებთან ასოცირებულთათვის პოლიტიკური უფლებების შეზღუდვა. ლუსტრაციის კანონი აწესებს შეზღუდვას იმ ადამიანთა პოლიტიკურ და/ან დასაქმების უფლებაზე, რომლებიც მუშაობდნენ ან თანამშრომლობდნენ კომუნიზმის პერიოდის უშიშროების სამსახურებთან[68].

ადამიანის უფლებათა დაცვის ევროპული სასამართლო იზიარებდა თავდაცვისუნარიანი დემოკრატიის მსგავს არგუმენტებს აღმოსავლეთ ევროპის ზოგიერთ საქმეებში. ადრეულ საქმეში *Rekvenyi* ადამიანის უფლებათა სასამართლომ ხაზი გაუსვა იმას, რომ გასათვალისწინებელი იყო ის ისტორიული კონტექსტი, რომლიდანაც აღმოსავლეთ ევროპის სახელმწიფოები მომდინარეობდნენ, ანუ 4 ათწლეულზე მეტხანს იქ ერთპარტიული წყობა იყო[69]. ადამიანის უფლებათა სასამართლო მიემხრო კონსტიტუციურ აკრძალვას, არ მიეღოთ მონაწილეობა პოლიტიკაში პოლიციის ოფიცრებს. Iსტორიულ კონტექსტზე მინიშნების მიუხედავად, ამგვარი მარეგულირებელი ნორმები მხოლოდ აღმოსავლეთ ევროპასთან როდი ასოცირდება: ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლო მიემხრო გაერთიანებული სამეფოს შეზღუდვას ზოგიერთ საჯარო მოსამსახურეებზე, წინა საარჩევნო კამპანიაში მონაწილეობა მიეღოთ ან კენჭი ეყარათ არჩევნებში[70]. ადამიანის უფლებათა ევროპულ სასამართლოს აღმოსავლეთ ევროპასთან დაკავშირებული ყველაზე მნიშვნელოვანი გადაწყვეტილება არის ალბათ დიდი პალატის გადაწყვეტილება საქმეზე *Zdanoka v Latvia*[71]. 1991 წლის იანვარში, ლატვიის კომუნისტურ პარტიას ჰქონდა მცდელობა, დაემხო აღმოცენების პროცესში მყოფი ლატვიური დემოკრატია, თითქოსდა ისინი აპირებდნენ საბჭოთა არმიის შეშვებას ქვეყანაში. მცდელობა, მართალია, მალე დასრულდა, მაგრამ ამას ხუთი ადამიანის სიცოცხლე შეეწირა. ლატვიის კომუნისტურმა პარტიამ მოგვიანებით მხარი დაუჭირა გორბაჩოვის ჩამოშორებას მოსკოვში. 1991 წელს ლატვიის კომუნისტური პარტია გამოცხადებულ იქნა არაკონსტიტუციურად. 1995 წლის კანონით, პირები აქტიურად ჩართულნი ლატვიის კომუნისტურ პარტიაში, 1991 წლის 13 იანვრის შემდეგ შეუფერებელი იყვნენ საპარლამენტო არჩევნებში მონაწილეობისთვის. დიდმა პალატამ დაადგინა, რომ სახელმწიფოს ჰქონდა უფლება, მიეღო ზომები, რათა დაეცვა საკუთარი თავი და დემოკრატიული წყობა[72]. დიდმა პალატამ აღნიშნა, რომ არჩევნებში მონაწილეობის უფლებაზე შეიძლება გავრცელდეს გარკვეული შეზღუდვები და რომ ამგვარი შეზღუდვები არ არის აუცილებელი, დაფუძნებული იყოს ინდივიდთა ქმედებების ცალკეულ განხილვაზე. იმდენად, რამდენადაც ზოგადი ნორმები არ იყო დესპოტური და თვითნებური, ეს საკმარისი იყო შეზღუდვის გასამართლებლად[73]. ლატვიის კანონი ნებას იძლეოდა, რომ ინდივიდს სარჩელი შეეტანა სასამართლოში იმის გამო, რომ ის მიეკუთვნებოდა აკრძალულ კატეგორიას, რაც გულისხმობდა მნიშვნელოვანი უსაფრთხოების ზომების არსებობას[74], იმის მტკიცებისას, რომ დარღვევას ადგილი არ ჰქონდა, ადამიანის უფლებათა ევროპულმა სასამართლომ ყურადღება მიაპყრო ლატვიის საკონსტიტუციო სასამართლოს გადაწყვეტილებას იმის შესახებ, რომ შეზღუდვები მხოლოდ გარკვეული ვადით უნდა მოქმედებდეს. რაც ნიშნავდა იმას, რომ ადამიანის უფლებათა ევროპულ სასამართლოს მოგვიანებით თავისი დასკვნისათვის უნდა გადაეხედა[75].

## დასკვნა

ძირითადად ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლო აბალანსებდა ადამიანის უფლებებს დემოკრატიულ საზოგადოებაში, როდესაც განიხილავდა პრობლემებს, გამოწვეულს, თითქოსდა ანტიდემოკრატიული პოლიტიკური მოძრაობებით. მიუხედავად საკამათო არგუმენტაციისა კეთილდღეობის პარტიის საქმეში და „თავდაცვისუნარიანი დემოკრატიის“ მსგავსი ტიპის ენის

[66] განსაკუთრებით, *Leyla Sahin* v. *Turkey* Application no. 44774/98.
[67] *Fazilet Partisi et Kutan v Turkey* Application no. 1444/02, 27 April 2006.
[68] იხილეთ პოლონეთის კანონი საქმეში *Matyjek* v. *Poland* Application no. 38184/03, 29 June 2006, (ECtHR); *Luboch* v. *Poland* Application no. 37469/05, 15 January 2008 (ECtHR); *Jałowiecki* v *Poland* Application no.
[69] *Rekvenyi* v. *Hungary* (1999) 30 EHRR 519 at paragraphs 48-49.
[70] *Ahmed* v. *United Kingdom* (1998) 29 EHRR 1.
[71] *Zdanoka* v. *Latvia* (2006) 45 EHRR 17, reversing the earlier decision of a Chamber in *Zdanoka* v. *Latvia* (2005) 41 EHRR 659.
[72] *Zdanoka* v. *Latvia* (2006) 45 EHRR 17 at paragraph 100.
[73] *Zdanoka* v. *Latvia* (2006) 45 EHRR 17 at paragraph 115.
[74] *Zdanoka* v. *Latvia* (2006) 45 EHRR 17 at paragraph 127.
[75] *Zdanoka* v. *Latvia* (2006) 45 EHRR 17 at paragraph 135.

სხვა საქმეებში. სასამართლოს ბოლო პერიოდის საქმე მიანიშნებს ზოგადად კეთილსინდისიერების მცდელობაზე ადამიანის უფლებების პრინციპების გამოყენებისას. სასამართლო განიხილავს შეზღუდვებს, რათა დარწმუნდეს, რომ მათ კანონი ითვალისწინებს, ლეგიტიმური მიზანი არსებობს და აუცილებელია დემოკრატიულ საზოგადოებაში (პროპორციულია).

ეს ბოლო საკითხი ყველაზე მნიშვნელოვანია, განსაკუთრებით კი პროპორციულობის ტესტის „ნაკლებად ამკრძალველი საშუალებების“ ელემენტი[76]. პოლიტიკურ უფლებებზე შეიძლება გავრცელდეს ბევრი სხვადასხვა სახის შეზღუდვა და სახელმწიფოებმა უნდა ახსნან/გამართლება მოუძებნონ კონკრეტული საშუალებების გამოყენებას. კეთილდღეობის პარტიის საქმიდან ყველაზე შემაშფოთებელი პარტიის დაშლის საშინელი საშუალების არჩევის ასპექტია. სხვა საქმეებიდან და ასევე ეროვნულ დონეზე მაგალითებიდან ჩანს, რომ არსებობს უფრო ნაკლებად საშინელი ხერხები პარტიის დაშლისა: აღმასრულებელი ხელისუფლებიდან ჩამოშორება არის ჩრდილოეთ ირლანდიაში არსებული ხერხი, მაშინ როდესაც ისრაელი გვთავაზობს პარტიის დისკვალიფიცირებას არჩევნებში მონაწილეობისაგან რეალურად მისი დაშლის გარეშე[77]. სახელმწიფო დაფინანსების ფორმებზე უარის თქმაც ერთ-ერთი ხერხია.

პროპორციულობის ტესტის მნიშვნელობა აღიარებულ იქნა თვით სტარსბურგის სასამართლოს მიერ თურქეთის მომდევნო საქმეებში პარლამენტარების პარლამენტიდან გაძევების შესახებ, საკონსტიტუციო სასამართლოს მიერ იმ პარტიის დაშლის გამო, რომელსაც ისინი მიეკუთვნებოდნენ. ადამიანის უფლებათა სასამართლომ დაასკვნა, რომ ეს იყო ძალზე საშინელი ნაბიჯი, რაც გააცამტვერებდა არსს იმისა, რომ პარტიებს მონაწილეობა მიეღოთ არჩევნებში და წარმოედგინათ ხალხი მას შემდეგ, რაც არჩეულ იქნებოდნენ[78]. სტრასბურგის სასამართლოზე იმოქმედა იმ ფაქტმა, რომ თურქეთმა შემოიღო უფრო პროპორციული სისტემა (პარლამენტის წევრთა პარლამენტიდან გაძევება მოხდებოდა მხოლოდ მაშინ, თუ ამ პარლამენტართა სიტყვები ან საქციელი პარტიის დაშლის საფუძველი გახდებოდა)[79]. უფრო ნათლად კი, საქმეებში, რომლებიც ეხებოდა სათნოების პარტიის წევრთა დათხოვნას პარლამენტიდან (საკონსტიტუციო სასამართლოს მიერ პარტიის დაშლის შემდეგ), ადამიანის უფლებათა სასამართლო მიესალმა თურქეთის საკონსტიტუციო ცვლილებებს. ეს რეფორმები პარტიათა დაშლისათვის აუცილებლი მოთხოვნების უფრო გამკაცრების საშუალებას იძლეოდა, ნებას რთავდა საკონსტიტუციო სასამართლოს შეეფარდებინა ნაკლებად მკაცრი სანქცია (სახელმწიფო დაფინანსების შეწყვეტა)[80].

პოლიტიკური უფლებების გარკვეული შეზღუდვები საჭიროა დემოკრატიულ საზოგადოებაში. თავდაცვისუნარიანი დემოკრატიის თეორია მდგომარეობს იმაში, რომ დემოკრატიულ სახელმწიფოს შეეძლოს აკრძალვითი ზომების მიღება პოლიტიკური მოძრაობის საწინააღმდეგოდ, თუ ის მიმართავს არადემოკრატიულ საშუალებებს (ძალადობას) და მისდევს ანტიდემოკრატიულ მიზნებს. მგვარი ზომების ლეგიტიმურობა სათუოა, თუ თვით სახელმწიფო არ არის დემოკრატიული საშუალებების და მიზნების ერთგული. როგორც ჰარვი აღნიშნავს, საკითხი არ უნდა დაისვას ისე - წარმოადგენენ თუ არა ევროპის საბჭოს წევრი სახელმწიფოები იდეალურ ლიბერალურ დემოკრატიებს[81], ვინაიდან მყარი დემოკრატიებიც კი ზოგჯერ შორს არიან იდეალურობისგან. უმთავრესია, რომ სასამართლოებმა ზედმიწევნით გამოიყენონ ადამიანის უფლებათა პრინციპები.

[76] ეს საკითხი ხაზგასმულია ორივე ავტორის მიერ, Eva Brems and Samual Isaacharoff: E. Brems, “Freedom of Political Association and the Question of Party Closures” in Wojciech Sadurski (ed.) *Political rights under stress in 21st century Europe* (Oxford ; New York: Oxford University Press, 2006) 141-151; S. Issacharoff, “Fragile Democracies” (2007) 120 *Harvard Law Review* 1405, 1457. კრამი ასევე ხაზს უსვამს პროპორციულობის პრინციპს, იმის მტკიცებით, რომ ესპანეთის მიერ ბატასუნას აკრძალვა არ იყო აუცილებელი და უფრო ნაკლებად შემზღუდველი საშუალებები შეიძლება გამოყენებულ ყოფილიყო: Ian Cram, “Constitutional responses to extremist political associations -ETA, Batasuna and democratic norms” (2008) 28 (1) *Legal Studies- Society of Public Teachers of Law* 68, 94.

[77] განიხილავს S. Issacharoff, “Fragile Democracies” (2007) 120 *Harvard Law Review* 1405, 1447; Mordechai Kremnitzer, “Disqualification of Lists and Parties: The Israeli Case” in A. Sajó (ed.) *Militant Democracy* (Utrecht: Eleven International Publishing, 2004).

[78] *Sadak and others* v. *Turkey* Applications nos. 25144/94, 26149/95 to 26154/95, 27100/95 and 27101/95), 11 June 2002 (ECtHR) at paragraph 40.

[79] Ibid at paragraph 37.

[80] *Silay* v. *Turkey* Application no. 8691/02, 5 April 2007, (ECtHR) at paragraph 35.

[81] P. Harvey, “Militant democracy and the European Convention on Human Rights” (2004) 29 (3) *European Law Review* 407, 419.

ალექსანდრე ორახელაშვილი

# სახელმწიფოებრიობა, აღიარება და გაეროს სისტემა — დამოუკიდებლობის ცალმხრივი გამოცხადება კოსოვოში

***ალექსანდრე ორახელაშვილი***
*საერთაშორისო სამართლის მაგისტრი (ლაიდენი),*
*საერთაშორისო სამართლის დოქტორი (კემბრიჯი),*
*ბირმინგჰემის უნივერსიტეტის იურიდიული*
*ფაკულტეტის ლექტორი*

## I. შესავალი[1]

2008 წლის თებერვალში კოსოვოში დამოუკიდებლობის ცალმხრივმა გამოცხადებამ საერთაშორისო სამართლის მთელი რიგი ძირეული საკითხების განხილვის აუცილებლობა დააყენა. ეს არის სეპარატისტული ტერიტორიული ერთეულების სამართლებრივ სტატუსთან, ასევე გარკვეული აქტებისა და ქცევის კანონიერებასთან დაკავშირებული საკითხები, რომელთა წამოწევა გაეროს უშიშროების საბჭოს მიერ VII თავში აღნიშნული საერთაშორისო მშვიდობისა და უსაფრთხოების დაცვისა და აღდგენის პრინციპით ხელმძღვანელობის კონტექსტში მოხდა.

სახელმწიფოები, რომლებმაც კოსოვოს დამოუკიდებლობას მხარი დაუჭირეს და აღიარეს, ნამდვილად არ აცხადებენ, რომ საკითხი, მისი აშკარად პოლიტიკური ხასიათის გამო, საერთაშორისო სამართლის სფეროში არ შედის. თუმცა, როგორც ქვემოთ ვნახავთ, აღნიშნულ სახელმწიფოებს არც საერთაშორისო სამართლებრივი პოზიციის რაიმე თანმიმდევრული განმარტება გაუკეთებიათ, რითაც კოსოვოს დამოუკიდებელ სახელმწიფოდ აღიარებას დაუჭერდნენ მხარს. კოსოვოს სახელმწიფოებრიობა საერთაშორისო პრაქტიკაში წამოჭრილი უამრავი სადავო საკითხის საფუძვლად იქცა. ეს ის საკითხებია, რომლებიც საერთაშორისო და ეროვნულმა სასამართლოებმა უნდა განიხილონ კოსოვოს ქმედებებისა და გარიგებების ასპექტების განსჯის მიზნით. უდავოა, რომ სასამართლოები საკითხს შესაბამისად განიხილავენ, ამიტომ ამ ეტაპზე ჩვენ მიერ მასზე მსჯელობა შეიძლება ნაადრევი იყოს.

ნაცვლად ამისა, სტატიაში განვიხილავთ ძირითად საკითხებს, რომლებითაც კოსოვოში დამოუკიდებლობის გამოცხადების პროცესი იყო განპირობებული და რომელიც აქტიურად განიხილება სხვადასხვა საერთაშორისო ფორუმზე. ასევე განვიხილავთ რამდენიმე ქვეყნის მიერ კოსოვოს დამოუკიდებლობის აღიარების საკითხს. აღნიშნულ პროცესში წამოყენებული არგუმენტები სტატიის ძირითადი მასალაა. შევეხებით ასევე სახელმწიფოებრიობის გამოცხადების უფრო კონკრეტულ საკითხებს, რომლებიც შეიძლება მომდევნო წლებში ეროვნული და საერთაშორისო ორგანოების მიერ იქნეს განხილული. სტატიაში აღნიშნულია სხვადასხვა მოსაზრებებიც კოსოვოს სახელმწიფოებრიობის გამოცხადებისა და აღიარების შესახებ. განსაკუთრებული ხაზგასმით განვიხილავთ მოსაზრებას, რომლის მიხედვითაც, კოსოვოს არსებობა ახლა უკვე ფაქტია და რეალობის ნაწილი.

ზემოაღნიშნულის შესაბამისად, II თავში განხილულია კოსოვოში არსებული მდგომარეობის ფაქტები და ისტორია; III თავი შეეხება სახელმწიფოებრიობისა და გამოყოფის მოთხოვნებს. გარდა ამისა, კოსოვოს მაგალითზე ნაჩვენებია როგორ ხდება აღნიშნული მოთხოვნების წამოყენება საერთაშორისო სამართლის ფარგლებში; IV ნაწილში მიმოვიხილავთ არგუმენტს, რომლის მიხედვითაც, კოსოვოს დამოუკიდებლობა უნიკალური შემთხვევაა და პრეცედენტს ვერ შექმნის. V ნაწილში განხილულია დამოუკიდებლობის ცალმხრივი გამოცხადების გაეროს უშიშროების საბჭოს რეზოლუციასთან შესაბამისობის და კოსოვოში ევროკავშირის მისიის განთავსების საკითხები; VII ნაწილში ვისაუბებთ კოსოვოშო არსებული მდგომარეობის მოგვარების სამომავლო პერსპექტივებზე. ბოლოს კი, VIII თავში წარმოდგენილია გარკვეული დასკვნები, მათ შორის პოლიტიკური საკითხების შეჯამება.

## II. კოსოვოში არსებული მდგომარეობის ფაქტები და ისტორია

ისტორიულად, კოსოვო სერბეთის ავტონომიური პროვინცია იყო და იუგოსლავიის სოციალისტური ფედერალური რესპუბლიკის ფარგლებში შედიო-

[1] ინგლისურენოვანი ორიგინალის ქართული თარგმანი შესრულდა რედაქციის შეკვეთით.

და 1989 წლამდე მისი ავტონომიის გაუქმებამდე. 1991 – 1992 წლებში, იუგოსლავიის სოციალისტური ფედერალური რესპუბლიკის დაშლის შემდეგ კოსოვო კვლავაც სერბეთის ნაწილად რჩებოდა იუგოსლავიის ფედერალური რესპუბლიკის ფარგლებში. 2003 წელს იუგოსლავიის ფედერალური რესპუბლიკა ორ ნაწილად გაიყო: სერბეთის ფედერაცია და ჩერნოგორია. მას შემდეგ, რაც 2006 წელს ჩერნოგორიამ რეფერენდუმის საფუძველზე და ცენტრალურ ხელისუფლებასთან შეთანხებით დამოუკიდებლობა გამოაცხადა, იუგოსლავიის სამართალმემკვიდრე სერბეთი გახდა.

80-იანი წლების შემდგომი პერიოდიდან კოსოვოში ალბანური წარმოშობის მოსახლეობის სეპარატისტული და დამოუკიდებლობისაკენ მიმართული მოძრაობა უკვე საერთაშორისო ყურადღებას იპყრობს. 1998 წლიდან სიტუაციის მართვაში გაეროს უშიშროების საბჭო ჩაერთო, რამდენადაც უკვე იგრძნობოდა, რომ VII თავში გათვალისწინებულ საყოველთაო მშვიდობასა და უსაფრთხოებას საფრთხე ემუქრებოდა. 1998 წლის 31 მარტს მიღებულ იქნა რეზოლუცია /1160 (1998), რომელიც გმობდა იუგოსლავიის ფედერალური ძალების მოქმედებას კოსოვოს მოსახლეობის წინააღმდეგ. დოკუმენტი ასევე ეწინააღმდეგებოდა „კოსოვოს განმათავისუფლებელი არმიის“ ტერორისტულ თავდასხმებს. 1998 წლის 24 ოქტომბერს მიღებული რეზოლუცია 1203 (1998) კი უშიშროების საბჭოს მიერ ეუთოსა და იუგოსლავიის ფედერალური რესპუბლიკის შეთანხმების გაკონტროლებას ისახავდა მიზნად. აღნიშნული შეთანხმება ითვალისწინებდა ადამიანის უფლებების დარღვევის შეწყვეტას და ეუთოსთვის მდგომარეობის ადგილზე გაკონტროლების საშუალების მიცემას.

კოსოვოში იუგოსლავიის ფედერალური რესპუბლიკის უშიშროების ძალების ალბანელებისადმი დამოკიდებულებამ არაერთი ადამიანი დააზარალა. ეს კი გავლენას არა მარტო ადგილობრივ დონეზე ახდენდა, არამედ მთელი მსოფლიოს მასშტაბით. დაძაბულობამ პიკს 1999 წელს მიაღწია, რაც ნატოს მიერ იუგოსლავიის ფედერალური რესპუბლიკის წინააღმდეგ განხორციელებული საჰაერო კამპანიით დასრულდა. ამას მოჰყვა კოსოვოდან იუგოსლავიის ჯარების გაყვანა და კოსოვოში გაეროს მისიის (UNMIK) დაწესება 1999 წლის 10 ივნისის 1244-ე (1999) რეზოლუციით. მისიას ტერიტორიისა და კოსოვოს ძალების მართვა ევალებოდა, ქვეყანაში წესრიგისა და უსაფრთხოების უზრუნველყოფის მიზნით. ნატოს ინტერვენციის დასასრულს კოსოვოელ ალბანელებს შორის მსხვერპლი გაცილებით დიდი იყო, ვიდრე ნატოს ინტერვენციამდე.

2007 წელს კოსოვოს საბოლოო სტატუსის საკითხი გაეროს უშიშროების საბჭოს წარედგინა განსახილველად. საკითხის განხილვა გაეროს რეპორტიორის, მარტი აჰთიაზარის[2] მიერ წარდგენილი გეგმის მიხედვით უნდა განხორციელებულიყო. გეგმა ითვალისწინებდა კოსოვოს დამოუკიდებლობას, საერთაშორისო კონტროლის პირობით. ამაზე სერბეთმა უარი განაცხადა, კოსოვოს ხელისუფლებისთვის კი საკითხის განხილვა მისაღები იყო. აჰთიაზარის გეგმის პრეზენტაციამ კოსოვოს სტატუსთან დაკავშირებით მწვავე დებატები გამოიწვია როგორც იურიდიული, ისე პოლიტიკური ასპექტების თვალსაზრისით. როგორც მოსალოდნელი იყო, კოსოვოს დამოუკიდებლობის იდეას მხარი დაუჭირა შეერთებულმა შტატებმა და ევროკავშირის რამდენიმე წევრმა სახელმწიფომ. წინააღმდეგობას გამოთქვამდნენ რუსეთი, ჩინეთი, ინდოეთი[3] და ევროკავშირის რამდენიმე წევრი სახელმწიფოც. წინააღმდეგობის მიზეზად ბელგრადსა და პრიშტინას შორის კოსოვოს სტატუსის შესახებ ორმხრივად მისაღები შეთანხმების მისაღწევად შემდგომი მოლაპარაკების საჭიროება სახელდებოდა[4]. საბოლოოდ, უშიშროების საბჭომ მხარი არ დაუჭირა კოსოვოს კონტროლირებულ დამოუკიდებლობას, რომელსაც აჰთიაზარის გეგმა ითვალისწინებდა. გეგმა საბჭოში მხოლოდ უმცირესობამ მოიწონა. მოლაპარაკებები გრძელდებოდა შეერთებული შტატების, ევროკავშირის, რუსეთის ტრიუმვირატის ჩარჩოს ფარგლებში, მაგრამ რამდენიმე შეხვედრის განმავლობაში სერბეთისა და კოსოვოს ალბანურმა მხარეებმა შეთანხმებას ვერ მიაღწიეს. პირველი კოსოვოს დამოუკიდებლობას ეწინააღმდეგებოდა, მეორე კი დაჟინებით მოითხოვდა საერთაშორისო დონეზე კონტროლირებულ დამოუკიდებლობას, რომელიც აჰთიაზარის

[2] 2007 წლის 26 მარტით დათარიღებული წერილი, რომლითაც გენერალური მდივანი მიმართავს უშიშროების საბჭოს პრეზიდენტს; დოკ S/2007/168.

[3] პ. რეინოლდსი, „კოსოვო: აღიარება თუ არაღიარება,“ BBC ინფორმაცია, 2008 წლის 18 თებერვალი. შეგიძლიათ იხილოთ მისამართზე <www.news.bbc.co.uk> (აღნიშნული ინფორმაცია, ისევე როგორც პრესისა და ვებგვერდის ინფორმაცია ფაილის სახით ინახება ავტორთან); იხ. აგრეთვე ინფორმაცია „რუსეთი, ინდოეთი, ჩინეთი სოლიდარობას აძლიერებენ,“ The Hindu, 2008 წლის 16 მაისი. იხ. მისამართზე <www.hindu.com>, ინდოეთი პირველად შეუერთდა რუსეთსა და ჩინეთს და მათთან ერთად RIC (რუსეთი, ჩინეთი, ინდოეთი) ოფიციალურ განცხადებაში დაადასტურა, რომ „კოსოვოს დამოუკიდებლობის ცალმხრივი გამოცხადება გაეროს უშიშროების საბჭოს 1244-ე რეზოლუციას ეწინააღმდეგება.“ განცხადებაში აღნიშნული ქვეყნები მოითხოვდნენ საკითხი „საერთაშორისო სამართლის ნორმების შესაბამისად გადაწყვეტილიყო“ ბელგრადსა და პრისტინას შორის მოლაპარაკებისა და შეთანხმების საფუძველზე. RIC-is 2008 წლის 15 მაისის ერთობლივი ოფიციალური განცხადების ტექსტი შეგიძლიათ იხილოთ ინდოეთის საგარეო საქმეთა სამინისტროს ვებგვერდზე <www.meain dia.nic.in>.

[4] იხ. მაგ., გაეროში რუსეთის წარმომადგენლის, ბატონი ჩურკინის 2007 წლის 14 დეკემბრის განცხადება.

გეგმაში იყო გათვალისწინებული[5]. ამ ფონზე კოსოვოში მმართველმა ორგანოებმა სერბეთისაგან დამოუკიდებლობა გამოაცხადეს და 2008 წლის 17 თებერვალს საერთაშორისო საზოგადოებას მიმართეს აღიარებისათვის.

სერბეთმა ცალმხრივად გამოცხადებული დამოუკიდებლობა უკანონოდ მიიჩნია და განაცხადა, რომ შეეცდებოდა ამ დამოუკიდებლობის გაუქმებისათვის მიეღწია[6]. კოსოვოს დამოუკიდებლობა უმეტესად დასავლურმა ქვეყნებმა აღიარეს. დანარჩენი მსოფლიო კი უარყოფითად იყო განწყობილი. ამჟამად ქვეყნები, რომლებმაც კოსოვო დამოუკიდებელ სახელმწიფოდ აღიარეს, აცხადებენ, რომ კოსოვოს სტატუსის განსაზღვრის საკითხი დასრულებულია, თუმცაღა სერბეთი და მთელი რიგი სხვა სახელმწიფოები მხარს უჭერენ შემდგომი მოლაპარაკებების იდეას, რათა მიღწეულ იქნეს შეთანხმება კოსოვოს მმართველ ორგანებსა და სერბეთის მთავრობას შორის. დამოუკიდებლობის ცალმხრივი გამოცხადების შემდგომ პერიოდში, ისევე როგორც უწინ, სერბეთის მთავრობა ევროკავშირის ზეწოლას განიცდის. ევროკავშირი მისგან კოსოვოს დამოუკიდებლბის აღიარებას ევროკავშირში გაერთიანების პროცესის დაჩქარების სანაცვლოდ ითხოვს[7]. სერბეთის პრემიერ-მინისტრის განცხადება ადასტურებს, რომ ევროკავშირი

„დაჟინებით მოითხოვდა ევროკავშირსა და სერბეთს შორის სტაბილიზაციისა და თანამშრომლობის ხელშეკრულების გაფორმებას და არწმუნებდა სერბეთს, რომ ვალდებული იყო, კეთილმეზობლური ურთიერთობა ჰქონოდა კოსოვოსთან.“

პრემიერ-მინისტრმა კი უპასუხა:

„რადგანაც ევროკავშირის კომისარი ევროკავშირის პოზიციას ღიად გამოხატავს, ჩვენც იძულებული ვართ, დაუფარავადვე გიპასუხოთ, რომ კატეგორიულად ვეწინაღმდეგებით (ევროკავშირის კომისრის) რენის მოთხოვნას, სერბეთის მიერ საკუთარ თავთან, ანუ მისივე ტერიტორიის ნაწილთან კეთილმეზობლური ურთიერთობის დამყარებას“[8].

სერბეთის საგარეო საქმეთა მინისტრმა ერთერთ განცხადებაში აღნიშნა:

„ასეთი ხელშეკრულების გაფომება არანაირად არ ითვალისწინებს სერბეთის პოზიციას კოსოვოსა და მეტოჰიჟას მიმართ. ჩვენ არასოდეს ვაღიარებთ სამხრეთ სერბეთის პროვინციის ცალმხრივად გამოცხადებულ დამოუკიდებლობას“[9].

2008 წლის აპრილში კოსოვოს სერბი მოსახლეობა 2008 წლის მაისის სერბეთის მუნიციპალური და საპარლამენტო არჩევნების ამომრჩეველთა სიაში შეიყვანეს. სერბეთში, მათ შორის კოსოვოს სერბებით დასახლებულ რეგიონებში არჩევნები 11 მაისს ჩატარდა. არჩევნები ორგანიზებული იყო სერბეთის საარჩევნო კომისიის მიერ[10]. აღნიშნული რეგიონები, რომლებიც უმეტესად კოსოვოს ჩრდილოეთ ნაწილში მდებარეობენ, პრიშტინას მმართველი ორგანოების კონტროლს არ ექვემდებარებიან.

## III. კოსოვოს დამოუკიდებლობის გამოცხადების სამართლებრივი არსი: სახელმწიფოებრიობისა და გამოყოფის ასპექტები

აშკარაა, რომ კოსოვოში დამოუკიდებლობის ცალმხრივი გამოცხადება კოსოვოს სერბეთისგან გამოყოფის განცხადებას ემყარებოდა. ამ განცხადების კანონიერება დამოკიდებულია გამოყოფის საკითხის საერთაშორისო სამარლის მიხედვით რეგულირების მეთოდზე. არ განვიხილავთ, შეეძლო თუ არა გაეროს უშიშროების საბჭოს კოსოვოს დამოუკიდებლობის მხარდაჭერა, რადგანაც ეს აბსტრაქტული საკითხია[11]. მაგრამ სეცესიის თვალსაზრისით, სახელმწიფოთა პრაქტიკა უფრო მეტ ყურადღებას იმსახურებს.

საერთაშორისო სამართლებრივ სისტემაში გამოყოფის რამდენიმე წარმატებული ან წარუმატებელი მცდელობა არსებობდა. ბანგლადეში (ყოფილი დასავლეთ პაკისტანი) პაკისტანს გამოეყო მას შემდეგ, რაც პაკისტანში ადამიანის უფლებათა მასიური დარღვევა დაიწყო, ზოგჯერ ეს მოვლენა გენოციდის სახესაც კი იღებდა. ამას მოჰყვა ინდოეთის სამხედრო ინტერვენცია, მესამე სახელმწიფოთა მიერ ფართო აღიარება და საბოლოოდ

[5] ტრიუმვირატის პრესგანცხადება: ბადენის კონფერენცია, ბადენი, ავსტრია, 2007 წლის 28 ნოემბერი; ტრიუმვირატის პრეს განცხადება: ბრიუსელის კონფერენცია, ბრიუსელი, 2007 წლის 20 ნოემბერი.

[6] „კოსოვო – იარაღი სეპარატისტებისთვის,“ BBC ინფორმაცია, 2008 წლის თებერვალი. შეგიძლიათ იხილოთ მისამართზე <news.bbc.co.uk>.

[7] „ევროკავშირი სერბეთს კოსოვოსთან დაკავშირებით გარიგებას სთავაზობს,“ BBC ინფორმაცია, 2007 წლის 14 დეკემბერი. შეგიძლიათ იხილოთ მისამართზე <news.bbc.co.uk>.

[8] სერბეთის საგარეო საქმეთა სამინისტროს ინფორმაცია, 2008 წლის 25 აპრილი. შეგიძლიათ იხილოთ მისამართზე <www.mfa.gov.yu/Pressframe14.htm>.

[9] სერბეთის საგარეო საქმეთა სამინისტროს ინფორმაცია, 2008 წლის 24 აპრილი. შეგიძლიათ იხილოთ მისამართზე <www.mfa.gov.yu/Pressframe1.htm>.

[10] ინფორმაცია შეგიძლიათ იხილოთ მისამართზე <www.balkaninsight.com>; <www.msnbc.com>; <news.bbc.co.uk>, 2008 წლის 11 მაისი.

[11] ზუსტი ანალიზისათვის იხ. კ. ვირთი, ”Kosovo am Vorab end der Statusentscheidung: Uberlegungen zur rechtlichen Begrundung und Durchsetzung der Unabhangigkeit,“ *ZaoRV* 67 (2007), 1065 და შემდგომ; უშიშროების საბჭოს უფლებამოსილების შეზღუდვების შესახებ იხ. ა ორახელაშვილი, „უშიშროების საბჭოს აქტები: შინაარსის მნიშვნელობა და გადამოწმების სტანდარტები;“ მაქს პლანკის *UNYB* 11 (2007), 143 და შემდგომ; „დოგმატური ნორმების გავლენა გაეროს უშიშროების საბჭოს რეზოლუციების ინტერპრეტაციასა და გამოყენებაზე,“ *EJIL* 16 (2005), 59 და შემდგომ; *„დოგმატური ნორმები საერთაშორისო სამართალში,“* 2006, მე-12-14 თავები.

გაეროში შესვლა 1974 წელს[12]. ბიაფრა ნიგერიას გამოეყო 1960-იან წლებში და აღიარებულ იქნა რამდენიმე ქვეყნის მიერ. სამოქალაქო ომის შედეგად ბიაფრა კვლავ ნიგერიას შეუერთდა 1970 წელს.[13]

არავინ იცის, 1990-იან წლებში იუგოსლავიის სოციალისტური ფედერალური რესპუბლიკის დაშლის შემდეგ რამდენად მნიშვნელოვანი როლი შეასრულა „გამოყოფამ" ბალკანეთის დასახლებაში. ბადინტერის კომისიამ თავისი „მოსაზრებების" 1-ლ და მე-8 პუნქტში ხაზი გაუსვა, რომ იუგოსლავიის სოციალისტური ფედერალური რესპუბლიკის სამართალმემკვიდრეების აღიარება, ამ უკანასკნელის დაშლის კონტექსტში, ეწინააღმდეგება ინდივიდუალური იოგოსლავური რესპუბლიკების გამოყოფის უფლებას[14]. ხორვატიის შემთხვევაში, აღნიშნული იყო, რომ იუგოსლავიის სოციალისტური ფედერალური რესპუბლიკიდან გამოყოფის მცდელობა იუგოსლავიის უმაღლეს ფედერალურ ორგანოებში ხორვატიის წარმომადგენლობის დაბლოკვის შემდეგ დაიწყო. სიტუაცია განსაკუთრებით მაშინ გამწვავდა, როდესაც სხვა რესპუბლიკების წარმომადგენლებმა განაცხადეს, რომ გადაწყვეტილებას ხორვატიის მონაწილეობის გარეშე მიიღებდნენ[15]. აღნიშნულ მოვლენებს ხორვატიის გამოყოფა რომ გამოეწვია, მათ ფედერალურ მთავრობაში ხორვატიისათვის წარმომადგენლობაზე უარის თქმით და 1970 წლის მეგობრული ურთიერთობის დეკლარაციის ტერიტორიული მთლანობის დაცვის მუხლის გამონაკლისის შესაძლო ამოქმედებით[16] ახსნიდნენ. ასე იყო თუ ისე, ყოფილი იუგოსლავიის საარბიტრაჟო კომისიამ მკაცრად დაიცვა მეგობრული ურთიერთობის დეკლარაცია და დაამტკიცა ყოფილი იოგოსლავიის ყველა რესპუბლიკის ხელშეუხებლობა „არსებული სამართლებრივი მდგომარეობის შენარჩუნების" (*uti possidetis juris*) პრინციპით[17].

იუგოსლავიის სოციალისტური ფედერალური რესპუბლიკის დაშლის შემდეგ, დარჩენილ სახელმწიფოთა დამოუკიდებლობის პროცესის შესაბამისად, ინდივიდუალური რესპუბლიკების გამოყოფის საპირისპიროდ, ყოფილი იუგოსლავიის არც ერთი ქვეყანა არ მიიღეს გაეროში მანამ, სანამ იუგოსლავიის ფედერალურმა რესპუბლიკამ (სერბეთი – ჩერნოგორია) ახალი კონსტიტუცია არ მიიღო 1992 წელს. ახალი კონსტიტუციით მოხდა მისი რეკონსტუქცია და გათვალისწინებულ იქნა აღნიშნული რესპუბლიკების ტერიტორიებთან დაკავშირებული ყველანაირი უფლების უარყოფა და მზადყოფნა მათი აღიარებისათვის[18]. არც გაეროს და არც ევროგაერთიანებას ხმამაღლა არ გამოუხატავთ მხარდაჭერა ძირითადი სახელმწიფოს თანხმობის გარეშე გამოყო-

---

[12] ჯ. კროუფორდი, „სახელმწიფოების შექმნა საერთაშორისო სამართალში," 2006, 142 და შემდგომ; ჯ. დუგარდი/ დ. რაიჩი, „აღიარების როლი სეცესიის სამართალსა და პრაქტიკაში;" მ. კოენი, „სეცესია: საერთაშორისო სამართლის პერსპექტივები," 2006, 94 და შემდგომ (122 და შემდგომ); თ. მუსგრეივი, „თვითგამორკვევა და ეროვნული უმცირესობები," 1997, 189 და შემდგომ.

[13] ბიაფრას განვითარებისა და მოთხოვნების შესახებ ინფორმაციისათვის იხ, მუსგრეივი, შენიშვნა 11, 196 და შემდგომ.

[14] 1991 წლის 29 ნოემბრის მოსაზრება №1-ში კომისიამ ხაზგასმით აღნიშნა, რომ „იუგოსლავიის სოციალისტური ფედერალური რესპუბლიკა დაშლის პროცესშია." 1992 წლის 4 ივლისის მოსაზრება №8-ში კომისიამ განაცხადა, რომ „1991 წლის 29 ნოემბრის მოსაზრება №1-ში აღნიშნული იუგოსლავიის სოციალისტური ფედერალური რესპუბლიკის დაშლის პროცესი ახლა უკვე დასრულებულია და რომ იუგოსლავიის სოციალისტური ფედერალური რესპუბლიკა აღარ არსებობს."

[15] დუგარდი/რაიკი, იხ. შენიშვნა 11, 125 და შედგომ.

[16] იხ. ქვემოთ, შენიშვნა 35 და თანმხლები ტექსტი.

[17] 1991 წლის 20 ნოემბრის მოსაზრება № 3-ში, „კომიტეტმა მხარი დაუჭირა შემდეგ მოსაზრებას: რამდენადაც იუგოსლავიის სოციალისტურ ფედერალურ რესპუბლიკაში მიმდინარე პროცესი ერთი ან მეტი სახელმწიფოს ჩამოყალიბებისკენ არის მიმართული, საზღვრების საკითხი, განსაკუთრებით კი იმ რესპუბლიკების საზღვრების საკითხი, რომლებიც დამოუკიდებელ სახელმწიფოებად ყალიბდება, შემდეგი პრინციპების შესაბამისად უნდა გადაიჭრას:
*პირველი* – ყველა გარე საზღვარი აღიარებულ უნდა იქნეს იმ პრინციპების შესაბამისად, რომელიც შემდეგ დოკუმენტებშია ჩამოყალიბებული: გაეროს წესდება, მეგობრულ ურთიერთობებთან და სახელმწიფოთა შორის თანამშრომლობასთან დაკავშირებული საერთაშორისო სამართლის პრინციპების დეკლარაცია გაეროს წესდების მიხდვით (გენერალური ასამბლეის დადგენილება 2625 (XXV)) და ჰელსინკის საბოლოო აქტი – პრინციპი, რომელიც ასევე ხაზს უსვამს ხელშეკრულებებთან დაკავშირებით სახელმწიფოთა უფლებამონაცვლეობის შესახებ 1978 წლის 23 აგვისტოს ვენის კონვენციის მე-11 მუხლს.
*მეორე* – საზღვრები ხორვატიასა და სერბეთს, ბოსნია-ჰერცოგოვინასა და სერბეთს, ასევე სხვა მოსაზღვრე დამოუკიდებელ სახელმწიფოებს შორის არ შეიძლება შეიცვალოს ნებაყოფლობით მიღებული შეთახმების გარეშე.
*მესამე* – თუ სხვაგვარად არ არის შეთანხმებული, ძველი საზღვრები საერთაშორისო სამართლის მიხედვით, დაცულ საზღვრებად უნდა იქცეს. ასეთი დასკვნა გამომდინარეობს ტერიტორიული სტატუს-კვოს პრინციპიდან, განსაკუთრებით კი არსებული მდგომარეობის შენარჩუნების პრინციპიდან. ეს უკანასკნელი თავდაპირველად დეკოლონიზაციის საკითხების გადაწყვეტის დროს გამოიყენეს ამერიკასა და აფრიკაში, თუმცა დღეს იგი აღიარებულია როგორც ზოგადი პრინციპი. ეს სასამართლო ორგანომაც აღნიშნა თავის 1986 წლის 22 დეკემბრის განაჩენში ბურკინა ფასოსა და მალის შორის საქმის განხილვის დროს (ბურკინა ფასოს და მალის შორის სასაზღვრო დავა, (1986) სასამართლო გადაწყვეტილებები 554; 565): „საერთოდ, პრინციპი არ არის სპეციალური წესი, რომელიც საერთაშორისო სამართლის მხოლოდ ერთ კონკრეტულ სისტემას ეხება. მაგრამ ეს არის ზოგადი პრინციპი, რომელიც ლოგიკურად დამოუკიდებლობის მიღების ფენომენთან არის დაკავშირებული. მისი მიზანია ახალგაზრდა სახელმწიფოების დამოუკიდებლობისა და სტაბილურობის დაცვა და ძმათა სისხლისღვრის აცილება." პრინციპი ძირთადად ეხება რესპუბლიკას, რამდენადაც იუგოსლავიის სოციალისტური ფედერალური რესპუბლიკის კონსტიტუციის მე-5 მუხლის მეორე და მეოთხე პუნქტებში მითითებულია, რომ დაუშვებელია რესპუბლიკების ტერიტორიებისა და საზღვრების შეცვლა მათი თანხმობის გარეშე.
*მეოთხე* – საერთაშორისო სამართლის სათანადოდ დასაბუთებული პრინციპის მიხედვით, არსებული საზღვრების ძალისმიერად შეცვლას არანაირი კანონიერი ძალა არ გააჩნია. აღნიშნული პრინციპი მითითებულია, მაგალითად, შემდეგ დოკუმენტებში: (გენერალური ასამბლეის დადგენილება 2625 (XXV)) მეგობრულ ურთიერთობებთან და სახელმწიფოთა შორის თანამშრომლობასთან დაკავშირებული საერთაშორისო სამართლის პრინციპების დეკლარაცია (გენერალური ასამბლეის დადგენილება 2625 (XXV) და ჰელსინკის საბოლოო აქტი. იგი ნახსენები იყო ასევე 1991 წლის 7 სექტემბრის ჰააგის კონფერენციაზე და გათვალისწინებულია იუგოსლავიის კონფერენციის მიერ 1991 წლის 4 ნოემბერს შედგენილი კონვენციის პროექტში."

[18] კროუფორდი, იხ. შენიშვნა 11, 399 და შემდგომ.

ფის შედეგად ჩამოყალიბებული ერთეულის დამოუკიდებლობისადმი[19].

დღემდე ბანგლადეში წარმოადგენს ერთადერთ დამოუკიდებელ ტერიტორიას, რომელიც ძირითად სახელმწიფოს თანხმობის გარეშე გამოეყო და რომლის სახელმწიფოებრიობაც გაეროში გაწევრიანებაზეა დამოკიდებული. სხვა სეპარატისტული მთავრობების შემთხვევაში ასეთი ფაქტორი არასოდეს დაფიქსირებულა. კროუფორდი ხაზს უსვამს იმ ფაქტს, რომ 1989 წლის შემდეგაც კი, როდესაც ოცდაერთი დამოუკიდებელი სახელმწიფო ჩამოყალიბდა, კვლავაც ძალაში რჩება პრინციპი, რომლის მიხედვითაც, ტერიტორიულ ერთეულს უფლება არა აქვს, ძირითად სახელმწიფოს თანხმობის გარეშე გამოეყოს[20]. ამდენად, ტერიტორიული მთლიანობის პრინციპმა, 1989 წლის შემდგომ, დამოუკიდებლობის დეკლარაციათა აღლუმს გაუძლო; საერთაშორისო სამართალი ტერიტორიის სახელმწიფოსგან ცალმხრივად გამოყოფას არ აღიარებს.

ამ ფონზე, კოსოვოს დამოუკიდებლობის კანონიერება არა მხოლოდ მისი არსებობის ფაქტობრივი ეფექტურობით უნდა განისაზღვროს, არამედ სახელმწიფოებრიობის იურიდიული კრიტერიუმებითაც. მონტევიდეოს კონვენციის სახით განხორციელებული სახელმწიფოებრიობის ფაქტობრივი კრიტერიუმები – ტერიტორია, მოსახლეობა, მმართველობა და სხვა სახელმწიფოებთან ურთიერთობების დამყარების შესაძლებლობა – საერთაშორისო სამართლებრივი დასაბუთების ნაწილად არის აღიარებული[21].

როგორც სახელმწიფოებრიობის ფაქტობრივი კრიტერიუმების ნაწილი, „ეფექტური“ გულისხმობს სახელმწიფო ძალაუფლების ეფექტურად გამოყენებას შესაბამის ტერიტორიაზე. ამ არგუმენტის მიხედვით, ეფექტური სახელმწიფოებრიობისათვის კოსოვოს უნდა გააჩნდეს მთავრობა, რომელიც ეფექტურად აკონტროლებს თავის ტერიტორიას და ეფექტურ ძალაუფლებას იყენებს ამ ტერიტორიაზე.

ფაქტობრივი ეფექტურობის შესწავლას მნიშვნელოვანი ადგილი უკავია საერთაშორისო სამართლის დოქტრინაში. მაგრამ ეს საერთაშორისო იურიდიული პროცესის ახსნის ერთადერთი ან ძირითად საშუალება როდია. საკმარისია გავიხსენოთ სერ ჰერშ ლაუტერპახტის რეაქცია შარლ დე ვიშერის მონოგრაფიაზე „საჯარო საერთაშორისო სამართლის თეორია და სინამდვილე,“ როდესაც მან ნაშრომს ძირგამომთხრელი ნაშრომი უწოდა[22].

„ფაქტობრივის ნორმატიული ძალა“ (*die normative Kraft des Faktischen*) ურთიერთსაწინააღმდეგო სიტყვათა შეხამებად შეიძლება ჩავთვალოთ, თუ საქმე საერთაშორისო სამართალს ეხება. საერთაშორისო სამართალში თითქმის არ არსებობს სფერო, რომელშიც ფაქტი, როგორც ასეთი, სამართლებრივ რეგულირებას ან სტატუსს ედება საფუძვლად. საერთაშორისო სასამართლოს იურისპუდენციაში ფაქტობრივი ეფექტურობის კონცეფცია უამრავი შემთხვევის მაგალითზე იქნა განხილული, ძირითადად ტერიტორიული დავების თვალსაზრისით. არც ერთ შემთხვევაში არ დადგენილა, რომ უბრალო ფაქტობრივი მდგომარეობა თავისთავად ახდენს გავლენას, შემდგომი სამართლებრივი მოთხოვნების გარეშე, შესაბამის მხარეთა უფლება-მოვალეობების გაუთვალისწინებლად. ფაქტობრივი ეფექტურობა თავისთავად ვერასოდეს ქმნის კანონიერ მდგომარეობას. ამისათვის საჭიროა მისი კომბინირება სახელმწიფოთა შორის შეთანხმებასა და თანხმობასთან. ამავე დროს, ფაქტობრივი ეფექტურობის წინა პირობაზე დამყარებული დოქტრინალური ნაშრომები დაზუსტებით ვერ ხსნის, რა როლს ასრულებს ფაქტობრივი ელემენტი საერთაშორისო უფლებებისა და მოვალეობების განაწილების პროცესში[23].

აღნიშნული მოსაზრება გამოხატულია დოქტრინაში, რომლის მიხედვითაც, ტერიტორიული ერთეულის სახელმწიფოებრიობის შეფასების უმნიშვნელოვანესი კრიტერიუმია (ტერიტორიული ერთეულის შიგნით, ისევე როგორც საერთაშორისო დონეზე) მისი სამთავრობო აპარატის ეფექტურობა“[24]. დოქტრინაში ასევე აღნიშნულია, რომ ტერიტორიული ერთეულის გამოყოფის ეფექტურობა ნაკლებად სარწმუნოა, ვიდრე ძირითადი სახელმწიფოს ტერიტორიული მთლიანობის ეფექტურობა[25]. მითითებულია ისიც, რომ ეფექტურობა შეიძლება ერთადერთი საფუძველი იყოს ტერიტორიული ერთეულის სახელმწიფოთაშორისი მართლწესრიგის დაცვით გამოყოფისათვის[26].

[19] კროუფორდი, იხ. შენიშვნა 11, 416 და შემდგომ; იგივე მიდგომა ყოფილი საბჭოთა რესპუბლიკების შესახებ იხ. ტ. ფრანკის სტატიაში „სამართლიანობა საერთაშორისო სამართალსა და დაწესებულებებში,“ 1995, 157 და შემდგომ.

[20] კროუფორდი, იხ. შენიშვნა 11, 415 და შემდგომ.

[21] აღნიშნული კრიტერიუმების ანალიზისათვის იხ.: კროუფორდი, შენიშვნა 11, 37 და შემდგომ.

[22] რ.ი. ჯენინგსი, „ჰერშ ლაუტერპახტი, პირადი მოგონებები,“ *EJIL (* 1997), 301 და შემდგომ.

[23] დეტალური ინფორმაციისათვის იხ. ა. ორახელაშვილი *„საჯარო საერთაშორისო სამართლის აქტებისა და ნორმების განმარტება,“* 2008, მე-5 თავი.

[24] ჯ. დ.'ასპერმონტი, „სახელმწიფოებრიობის რეგულირება: კოსოვოს სტატუსის გადაწყვეტა,“ *LJIL* 20 (2007), 649 და შემდგომ (654 და შემდგომ).

[25] თ. კრისტაკისი, *"L'etat en tant q ue "fait primaire": reflexions sur la porteed principe d'effectivite"*, in: M. Cohen (ed.), სეცესია: საერთაშორისო სამართლის პერსპექტივები, 2006, 138 და შემდგომ (149).

[26] კრისტაკისი, იხ. ზემოთ, 153, ასევე აღნიშნულია, რომ ეფექტურობა ეწინააღმდეგება პრინციპს *"uti possidetis."*

აღნიშნული განცხადება ეფექტურად უარყოფს კანონის როლს ტერიტორიული ერთეულის მიერ სახელმწიფოებრიობის მოთხოვნის შეფასებაში და მთელი პრობლემა ფაქტობრივ ეფექტურობამდე დაჰყავს. ეს მიდგომა საერთაშორისო სამართლებრივი პოზიციის ამსახველად არ უნდა მივიჩნიოთ. თურქეთის ჩრდილოეთ კვიპროსის რესპუბლიკას *ეფექტურობა* ნამდვილად გააჩნია; იგივე მდგომარეობაა ტაივანში, მანჩუოკოში, ბიაფრასა და ჩრდილოეთ ვიეტნამში, მაგრამ საერთაშორისო სამართლის მიხედვით, არც ერთი მათგანი არ არის სახელმწიფო, რადგანაც ისინი სახელმწიფოებრიობის სამართლებრივ კრიტრიუმებს ვერ აკმაყოფილებენ. იმის მტკიცება, რომ კოსოვოს დამოუკიდებლობა კანონიერია მისი ფაქტობრივი არსებობის ეფექტურობის გამო, სახელმწიფოს საერთაშორისო სამართლის მიხედვით, მისი შექმნის კრიტერიუმების არასწორად გაგებას ნიშნავს.

ეფექტურობის უდიდესი მნიშვნელობის მტკიცებას კოსოვოს შემთხვევაში კიდევ უფრო მნიშვნელოვანი კონცეპტუალური არასრულფასოვნება ახასიათებს, რაც განპირობებულია იმ ფაქტით, რომ კოსოვოს დამოუკიდებლობა გათვალისწინებულია როგორც კონტროლირებული დამოუკიდებლობა, რომლის კონტროლსაც ძირითადად ევროკავშირი იტვირთავს. შეუძლებელია ობიექტურად განისაზღვროს, შეძლებს თუ არა კოსოვო დამოუკიდებლად არსებობას და თუ შეძლებს, რამდენ ხანს გასტანს მისი დამოუკიდებლობა ევროკავშირის/ნატოს კონტროლის გარეშე. სხვა სიტყვებით რომ ვთქვათ, ეფექტურობა არასოდეს არავის შეუმოწმებია. კოსოვოს შემთხვევაში, ეფექტურობა აბსტრაქტული სპეკულირების საგანია, რომელიც ფაქტობრივ რეალობას უპირისპირდება. გარდა ამისა, გაურკვეველია, ეფექტურობა მხოლოდ კონკრეტულ მომენტშია საჭირო თუ სამუდამოდ. ის, რაც დღეს ეფექტურია, შეიძლება ერთ ან ორ წელიწადში არასტაბილური გახდეს სახელმწიფოს დაშლის ან თუნდაც მისი ტერიტორიის სამხედრო გზით დაკავების გამო. რამდენადაც ეფექტურობა თავისი არსით განუსაზღვრელია, თეორიასა და პრაქტიკაში მისი ზუსტი პარამეტრები არ არსებობს. არ არსებობს ასევე სახელმწიფოებრიობაში მისი როლის სამართლებრივი ფორმულირება. ასეთი გაურკვევლობა განაპირობებს იმ ფაქტს, რომ, თუ სახელმწიფოებრიობის საფუძველი არსებობს, მაგალითად, თვითგამორკვევის პრინციპის შემთხვევაში, ეფექტურობის არარსებობას არ შეუძლია სახელმწიფოს ჩამოყალიბება დააბრკოლოს. ასეთი იყო 1960-იან წლებში კონგოს დემოკრატიული რესპუბლიკის შემთხვევა.

თუ ჩავთვლით, რომ ზემოაღნიშნული ზოგადად საელმწიფოებრიობასა და, შესაბამისად, კოსოვოზეც ვრცელდება, მაშინ გამოდის, რომ ამ ტერიტორიულ ერთეულს ეფექტურობის კრიტერიუმებით სახელმწიფოს კვალიფიკაციას ვერ მივანიჭებთ. კოსოვოს შემთხვევაში ფაქტობრივი ეფექტურობა შეიძლება გულისხმობდეს იმას, რომ სახელმწიფოებრიობის ფაქტობრივი მოთხოვნების დაკმაყოფილების შემდეგ, კოსოვო პოტენციურად შეიძლება სახელმწიფო იყოს სახელმწიფოებრიობისათვის დაწესებული სამართლებრივი მოთხოვნების შესრულების შემთხვევაში. ასეთ შემთხვევაში სახელმწიფოებრიობის სამართლებრივი ფაქტორების არსებობა „არასახელმწიფოს“ სახელმწიფოდ გარდაქმნის.

პრაქტიკაში არ ყოფილა შემთხვევა, რომ ტერიტორიული ერთეულის სახელმწიფოებრიობა საერთაშორისო საზოგადოებას უბრალო ფაქტობრივი დამოუკიდებლობის საფუძველზე მიეღო. მიდგომა, რომლის თანახმადაც გამოყოფის პროცესის უკიდურეს წარმატებას შესაბამისი ტერიტორიული ერთეულის სახელმწიფოებრიობის დასაბუთება შეუძლია, წინააღმდეგობრივია. სერ ჰერს ლაუტერპახტი ფაქტობრივ წარმატებას არასაკმარისად მიიჩნევდა. იგი თვლიდა, რომ საჭიროა, ძირითადმა სახელმწიფომ ფაქტიურად შეწყვიტოს ძალაუფლების აღდგენის მცდელობა[27]. სხვა სიტყვებით რომ ვთქვათ, თუ ძირითადი სახელმწიფო წინააღმდეგობას არ შეწყვეტს, ეფექტურობის ფაქტორის შედეგი დამოუკიდებლობა არ იქნება. დიდი ხანია ამტკიცებენ, რომ სახელმწიფოების წარმოქმნა ფაქტობრივი პროცესია და კანონის ფარგლებში არ ჯდება, თუმცაღა დღესდღეობით არსებობს ფართო დოქტრინალური აღიარება, რომ სახელმწიფოებრიობა უბრალოდ ფაქტობრივი ფენომენი კი არ არის, არამედ სამართლებრივი კრიტერიუმებით მართული ფენომენია[28]. სხვაგვარად რომ ვთქვათ, სახელმწიფოებრიობა იმდენად არის სამართლებრივი საკითხი, რამდენადაც ფაქტობრივი. თუ ამოსავალ წერტილად აღნიშნულს მივიჩნევთ, ამა თუ იმ კონკრეტული სახელმწიფოს პოტენციურ ჩამოყალიბებასთან დაკავშირებული სამართლებრივი მოთხოვნების დადგენა დამოკიდებული იქნება სამართლებრივ კონტექსტზე, რომელშიც სახელმწიფოებრიობის მოთხოვნაა წამოყენებული. ზოგიერთ შემთხვევაში საკითხი შეიძლება შეთანხმების გზით გადაწყდეს. შესაძლებელია ასევე შედარებით მნიშვნელოვანი სახელმწიფო პოლიტიკის გათვალისწინებაც.

[27] ჰ. ლაუტერპახტი, ცნობა საერთაშორისო სამართლის მიერ, 1948,8.
[28] კროუფორდი, იხ. შენიშვნა 11, 96 და შემდგომ.

რომელიმე კონკრეტული სახელმწიფოს ჩამოყალიბებასთან დაკავშირებული სამართლებრივი მოხოვნების დიაპაზონი ფართოა; ეს მოთხოვნები შეიძლება იყოს ჩვეულებრივი საერთაშორისო სამართლის მოთხოვნები, ისევე როგორც აბსოლუტური ნორმების საფუძველზე მიღებული მოთხოვნები (*jus cogens).* კონკრეტული სამართლებრივი მოთხოვნები ასევე სხვადასხვაგვარია იმისდა მიხედვით, რა სახით ითხოვს შესაბამისი ტერიტორიული ერთეული სახელმწიფოებრიობას: თანხმობის საფუძველზე გამოყოფის გზით, ძირითადი სახელმწიფოს დაშლის შედეგად, მშვიდობიანი ან ძალადობრივი საშუალებებით; მოსახლეობის საყოველთაო მხარდაჭერით თუ მის გარეშე; კოლონიალურ კონტექსტში თუ მის ფარგლებს გარეთ. სახელმწიფოებრიობასთან დაკავშირებული სამართლებრივი კრიტერიუმები ისეთ ტერიტორიულ ერთეულებთან მიმართებაში, როგორიც კოსოვოა, გულისხმობს ტერიტორიულ ერთეულს, რომელიც სახელმწიფოებრიობას კოლონიალურ კონტექსტს გარეთ ითხოვს, ძირითადი სახელმწიფოს თანხმობის გარეშე. ასეთი კონტექსტი ამტკიცებს იმას, რომ კოსოვო არ არის ის ტერიტორიული ერთეული, რომელსაც თვითგამორკვევის უფლებამოსილება გააჩნია[29].

გამოყოფის პროცესის სამართლებრივად ახსნის არაერთი დოქტრინალური მცდელობა არსებობს. ე.წ. „შინაგანი თეორია“ ითვალისწინებს გამოყოფას როგორც მხოლოდ საშინაო საკითხს და არა როგორც საკითხს, რომლის მართვაც საერთაშორისო სამართალს ექვემდებარება.

ამდენად, აღნიშნულ მოსაზრებას თუ დავეყრდნობით, საერთაშორისო სამართლის მიხედვით, სეცესია არც კანონიერია და არც უკანონო. მუსგრეივი ამტკიცებს, რომ სეცესია შეიძლება ნებადართული იყოს „შიდა თეორიის“ საფუძველზე და ამატებს, რომ ეს არის უბრალოდ პოლიტიკური აქტი, თუმცა მისი საშუალებით ახალი სახელმწიფოს წარმოქმნა აუცილებლად გამოიღებს შედეგს საერთაშორისო სამართლებრივ სისტემაში. თუმცა სეცესია კვლავაც საშინაო საკითხად და საერთაშორისო სამართლის ფარგლეში, იურიდიული თვალსაზრისით, ნეიტრალურ აქტად რჩება[30].

არსებობს დოქტრინალური არგუმენტი, რომ გამოყოფა საერთაშორისო სამართლის ნორმებით არ რეგულირდება, როგორც ამას თეოდორ კრისტიაკისი აღნიშნავდა პროსპერ ვეილზე დაყრდნობით [31]. ფრანკი აცხადებს, რომ საერთაშორისო სამართალი სეცესიას არც მხარს უჭერს და არც ეწინააღმდეგება. მისი აზრით, საერთაშორისო სამართალი სეცესიის ზოგად უფლებას არ აღიარებს. თუმცა მოგვიანებით იგი წერდა, რომ საერთაშორისო სამართალი აღნიშნულ უფლებას არ კრძალავს. ისეთი შთაბეჭდილება იქმნება, თითქოს ფრანკი გამოყოფის უფლების საყოველთაო მიღების საკითხს თავიდან იცილებს, თუმცა მაინც აღიარებს ძირითადი სახელმწიფოსგან ტერიტორიული ერთეულის თანხმობის გარეშე გამოყოფის შესაძლებლობას[32].

საერთოდ, საერთაშორისო სამართალი აღიარებს, რომ გარკვეული ღონისძიებები და პრეროგატივები ძირითადად სახელმწიფოს შიდა სამართლისა და იურისდიქციის საკითხებია. ***Nottebohm***-ის შემთხვევაში საერთაშორისო სასამართლომ გადაწყვიტა, რომ მოქალაქეობის უფლების მინიჭება სახელმწიფოს შიდა იურისდიქციის საკითხი იყო. *„ანგლო-ნორვეგიული მეთევზეობის“* საქმესთან დაკავშირებით კი სასამართლომ მსგავსი გადაწყვეტილება მიიღო ტერიტორიული წყლების საზღვრების დაწესების შესახებ[33]. ორივე შემთხვევაში, სასამართლო განიხილავდა „საშინაო“ წარმომავლობის ღონისძიებებს, რომელმაც შეიძლება გავლენა მოახდინოს სხვა სახელმწიფოების იურისდიქციასა და კომპეტენციაზე. ამდენად, ორივე შემთხვევაში სასამართლომ განაცხადა, რომ აღნიშნული „საშინაო“ წარმომავლობის ღონისძიებების კანონიერება საერთაშორისო სამართლის ნორმებით განისაზღვრება. ეს ყველაფერი კონცეპტუალურად სწორია, რადგან საშინაო შეიძლება იყოს მხოლოდ ისეთი ღონისძიებები და პროცესები, რომლებიც გავლენას არ ახდენენ სახელმწიფოს საერთაშორისო სამართლებრივ ურთიერთობებზე. ტერიტორიის გამოყოფა ძირითადი სახელმწიფოსგან, რა თქმა უნდა, გავლენას ახდენს არა მარტო ძირითადი სახელმწიფოს ტერიტორიულ სუვერენიტეტზე, არამედ სხვა სახელმწიფოებთან მის სამართლებრივ ურთიერთობებზეც. ამრიგად, ტერიტორიის გამოყოფა არ შეიძლება იყოს საშინაო აქტი, რომელიც საერთაშორისო სამართლის ნორმებით არ რეგულირდება.

იგივე ეხება გამოყოფის „შინაგან თეორიასაც,“ რომელიც არსებითად იმეორებს თეზისს, რომელშიც ეფექტურობა უპირველესად მიჩნეულია ფაქტად ან პოლიტიკურ საკითხად, რომელიც საერთაშორისო სამართლის ნორმებით არ იმართება. კონცეპტუალური თვალსაზრისით, ეს იგივეა, რომ

[29] დაწვრილებითი ინფორმაცია იხილეთ გაეროს გენერალური ასამბლეის შესაბამის რეზოლუციებში, ქვემოთ.
[30] მუსგრეივი, იხ. შენიშვნა 11, 192 და შემდგომ, 209 და შემდგომ.
[31] კრისტაკისი, იხ. შენიშვნა 24, 155 და შემდგომ.
[32] ფრანკი, იხ. შენიშვნა 18, 159 და შემდგომ.
[33] თევზჭერის საქმე. გაერთიანებული სამეფო ნორვეგიის წინააღმდეგ, საერთაშორისო სასამართლოს ანგარიშები 1951, 116 და შემდგომ. (132); Nottebomis საქმე, საერთაშორისო სასამართლოს ანგარიშები 1855, 4 და ა.შ. (22).

გამოყოფა აღვწეროთ როგორც საკითხი, რომელიც საერთაშორისო სამართლის ფარგლებს გარეთ განიხილება ფაქტობრივი ანალიზის, პოლიტიკური არგუმენტის ან სახელმწიფოს შიდა იურისდიქციის საფუძველზე. პრაქტიკაში ყველა აღნიშნული ფაქტორი მჭიდროდ არის ერთმანეთთან დაკავშირებული. ამავე დროს, გამოყოფის ასეთი თეორიული ან კონცეპტუალური კვალიფიკაციისდა მიუხედავად, მისი შედეგები მაინც სახეზე იქნება და მისი კანონიერება მაინც საერთაშორისო სამართლის ფარგლებში შეფასდება. თუ შესაძლებელია, რომ გამოყოფის კანონიერება საერთაშორისო დონეზე შეფასდეს, ყველა თეორიული ასპექტი ლოგიკურობას მოკლებული და კონცეპტუალურად დაუსაბუთებელი ხდება. სეცესიის ამა თუ იმ კონკრეტული შემთხვევის კანონიერებაზე რეალური პასუხის მიღება შესაძლებელია არა სხვადასხვა თეორიის გადასინჯვით, არამედ საერთაშორისო საზოგადოებისათვის მისაღები საერთაშორისო სამართლებრივი პოზიციის შეფასების საფუძველზე.

თეზისი, რომლის მიხედვითაც სეცესია საერთაშორისო სამართლის ნორმებით არ რეგულირდება, ეწინააღმდეგება სამართლებრივი რეგულირების ეფექტურობის თეზისს, როგორც ეს სერ ჰერშ ლაუტერპახტის ძირითად ნაშრომშია აღნიშნული. ამ თეზისის მიხედვით, თუ საერთაშორისო სამართლებრივ სისტემაში რაიმე მნიშვნელოვანი მოხდება, ყოველთვის არსებობს ასეთი შემთხვევის რეგულირების შესაბამისი საერთაშორისო ნორმა. მოცემულ კონკრეტულ საკითხთან დაკავშირებული სპეციალური წესები რომც არ არსებობდეს, შესაძლებელია უფრო ზოგადი სამართლებრივი რეგულირების წესების ეფექტურად გამოყენებაც[34]. სერ ჰერშ ლაუტერპახტი ამტკიცებდა, რომ საერთაშორისო სამართლის ფარგლებში არსებული არც ერთი საკითხი საერთაშორისო სამართლებრივი რეგულირების ფარგლებს არ სცდება და რომ სამართლებრივ რეგულირებაში ხარვეზები არ არსებობს. უფრო კონკრეტულად რომ ვთქვათ, სეცესიის საერთაშორისო სამართლის ნორმებით რეგულირება არსებითად იგულისხმება თეზისში, რომლის თანახმადაც, სახელმწიფოების შექმნა არა მარტო ფაქტია, არამედ სამართლის საკითხიც. რამდენადაც გამოყოფა სახელმწიფოების შექმნის მეთოდია, იგი საერთაშორისო სამართლის ნორმებით იმართება. ფრანკის მტკიცება იმის შესახებ, რომ სეცესია რეგულირებას საერთოდ არ ექვემდებარება და რომ იგი საერთაშორისო სამართლის მიერ არც ნებადართულია და არც აკრძალული, არაზუსტია, რადგანაც სეცესიის კანონიერება არ შეიძლება იმის მიხედვით განვსაჯოთ არსებობს თუ არა მისი დაშვების თუ არდაშვების სპეციალური წესი.

რამდენადაც საქმე ტერიტორიულ მთლიანობას ეხება, საერთაშორისო სამართლის ნორმებით, რა თქმა უნდა, დაუშვებელია ტერიტორიული ერთეულის ძირითადი სახელმწიფოსგან გამოყოფა თანხმობის გარეშე. ასეთი მიდგომა თავიდან აგვაცილებს სისტემატურ არალოგიკურობას, რომლის თანახმადაც, საერთაშორისო სამართალის ნორმებით გარანტირებული უნდა იყოს ტერიტორიული მთლიანობა, მაგრამ ამავე დროს არ უნდა იკრძალებოდეს ტერიტორიული ერთეულის გამოყოფა.

ტერიტორიული ერთეულის გამოყოფის კანონიერების სასარგებლოდ ჩამოყალიბებული დოქტრინა ზოგჯერ შევიწროების (ან სამართლებრივი დაცვის) თეორიას ემყარება. შევიწროების თეორიასთან დაკავშირებული პრობლემა ის გახლავთ, რომ მკაფიოდ არ არის განსაზღვრული, თუ რას გულისხმობს შევიწროება[35]. შევიწროების თეორიას ინდივიდუალური სამართლებრივი ღირებულება არ გააჩნია. იგი შეიძლება მნიშვნელოვანი იყოს მხოლოდ იმდენად, რამდენადაც გამოხატავს სამართლებრივ პოზიციას და გათვალისწინებულია გაეროს გენერალური ასამბლეის 1970 წლის 24 ოქტომბრის 2625-ე რეზოლუციაში (XXV) - ე.წ. მეგობრული ურთიერთობის დეკლარაციაში და 1993 წლის ვენის დეკლარაციასა და სამოქმედო პროგრამაში, რომელიც მიღებულ იქნა ადამიანის უფლებების თაობაზე გამართულ მსოფლიო კონფერენციაზე. ე.წ. „სამართლებრივი დაცვით განპირობებული გამოყოფა“ შეიძლება გათვალისწინებულ იქნეს მხოლოდ 1970 წლის მეგობრული ურთიერთობის დეკლარაციაში მითითებულ პირობებში. აღნიშნული დეკლარაციის თანახმად, სახელმწიფოს ტერიტორიული მთლიანობა კვალიფიცირებულია იმ შემთხვევაში, თუ სახელმწიფოს გააჩნია მთავრობა, რომელიც თანაბრად წარმოადგენს მთელ მოსახლეობას. მეგობრული ურთიერთობის დეკლარაცია სახელმწიფოს ტერიტორიული მთლიანობის სხვა ფაქტორებს არ განიხილავს. დოკუმენტში მკაფიოდ არის აღნიშნული, რომ მისი არც ერთი ნაწილი არ გულისხმობს

„ისეთი მოქმედების სტიმულირებას ან მხარდაჭერას, რომელიც განაპირობებს ტერიტორიული მთლიანობის ან სუვერენული და დამოუკიდებელი სახელმწიფოების პოლიტიკური ერთიანობის სრულ ან ნაწილობრივ დარღვევას ან შემცირებას; იგულისხმება ისეთი სახელმწიფოები, რომლებიც

[34] ჰ. ლაუტერპახტი, „სამართლის ფუნქცია საერთაშორისო საზოგადოებაში,“ 1933, 77.

[35] მუსგრეივი, იხ. შენიშვნა 11, 191 და შემდგომ.

ადამიანთა თანასწორუფლებიანობის და თვითგამორკვევის პრინციპის შესაბამისად მოქმედებენ, როგორც ეს ზემოთ იყო აღწერილი და რომლებსაც გააჩნიათ მთავრობა, რომელიც სახელმწიფოს მთელ ტერიტორიაზე მცხოვრებ მოსახლეობას წარმოადგენს მიუხედავად რასისა, რწმენისა ან ფერისა.“

მიუხედავად იმისა, რომ მხარს უჭერს ხალხთა თვითგამორკვევის უფლებას, 1993 წლის ვენის დეკლარაცია ხაზს უსვამს, რომ:

„გაეროს წესდების მიხედვით, სახლმწიფოთა შორის მეგობრულ ურთიერთობებთან და თანამშრომლობასთან დაკავშირებული საერთაშორისო სამართლის პრინციპების დეკლარაციის შესაბამისად, დოკუმენტი ისე არ უნდა გავიგოთ, თითქოს იგი უზრუნველყოფს ისეთი მოქმედების სტიმულირებას ან მხარდაჭერას, რომელიც განაპირობებს ტერიტორიული მთლიანობის ან სუვერენული და დამოუკიდებელი სახელმწიფოების პოლიტიკური ერთიანობის სრულ ან ნაწილობრივ დარღვევას ან შემცირებას. იგულისხმება ისეთი სახელმწიფოები, რომლებიც ადამიანთა თანასწორუფლებიანობის და თვითგამორკვევის პრინციპის შესაბამისად მოქმედებენ, როგორც ეს ზემოთ იყო აღწერილი და რომლებსაც გააჩნია მთავრობა, რომელიც სახელმწიფოს მთელ ტერიტორიაზე მცხოვრებ მოსახლეობას წარმოადგენს ყოველგვარი დისკრიმინაციის გარეშე[36].“

აღნიშნული დეკლარაციები სავალდებულო არ არის, მაგრამ A/RES/2625 რეზოლუცია ნამდვილად გამოხატავს საერთაშორისო ჩვეულებითი სამართლის პრინციპებს[37]. გარდა ამისა, ჩვეულებითი სამართლის სტატუსის გარეშეც აშკარაა, რომ, თუ მთელი საერთაშორისო საზოგადოება გარკვეულ დამოკიდებულებას - ამ შემთხვევაში ტერიტორიული ერთეულის გამოყოფის საწინააღმოდეგო მიდგომას ჩამოაყალიბებს არასავალდებულო დეკლარაციის სახით, ეს სრულიად საკმარისია იმის გასაგებად, რომ საერთაშორისო სამართალში არ შეიძლება ამ დამოკიდებულების საწინააღმდეგო სამართლებრივი რეგულირება არსებობდეს. თუმცაღა აღნიშნული ფაქტი თავისთავად საკმარისი არ არის შესაბამისი მიდგომისათვის ნორმატიული სტატუსის მისანიჭებლად. გენერალური ასამბლეის რეზოლუციაში გამოხატული მიდგომა, რომელიც სახელმწიფოთა აბსოლუტური უმრავლესობის მხარდაჭერას ითვალისწინებს, უნდა განვიხილოთ როგორც საერთაშორისო საზოგადოების ძირეული პოლიტიკის გამოხატულება. შედეგად ვასკვნით, რომ, რამდენადაც პირდაპირი საწინააღმდეგო მტკიცებულებები არ არსებობს, საერთაშორისო სამართალი საწინააღმდეგო სამართლებრივ რეგულირებას არ მოიცავს. სხვა სიტყვებით რომ ვთქვათ, არასავალდებულო რეზოლუციის ნორმატიული ძალის უარყოფის შემთხვევაშიც კი, თუ დანამდვილებით არ დამტკიცდება, რომ საერთაშორისო სამართალში მისაღებია ისეთი ტერიტორიული ერთეულების გამოყოფის უფლება, როგორიც კოსოვოა, უნდა ვიგულისხმოთ, რომ საერთაშორისო სამართლის ნორმებით, გამოყოფის უფლება აღიარებული არ არის.

ამ ფონზე, ნამდვილად სწორად არის აღნიშნული, რომ ტერიტორიული ერთეულის ცალმხრივი გამოყოფა ტერიტორიული მთლიანობის ანტითეზაა. ეთნიკური თვითგამორკვევა სახელმწიფოთა სამუდამო არსებობისათვის საფრთხეს წარმოადგენს და, ამდენად, უარყოფილია საერთაშორისო საზოგადოების მიერ[38]. თუ სახელმწიფოთა ტერიტორიული მთლიანობა რაიმეს ნიშნავს, მისი გამოყოფა მხოლოდ ძირითადი სახელმწიფოს ნებართვით უნდა იყოს დასაშვები.

აშშ-ის მთავრობამ კოსოვოს ზოგიერთი „განსაკუთრებული გარემოება განსაზღვრა როგორც „უპრეცედენტო“ ხასიათის გარემოება, რომელიც კოსოვოს „განსაკთრებულ შემთხევად“ განხილვას განაპირობებს.

„(1) იუგოსლავიის სახელმწიფო იშვიათი ძალადობრივი ფორმით დაიშალა, რაც საფრთხეს უქმნის საერთაშორისო მშვიდობას და უსაფრთხოებას და გაეროს უშიშროების საბჭოს განმეორებითი ღონისძიებების შესრულებას ავალდებულებს.

(2) 1993 - 1999 წლებში გაეროს უშიშროების საბჭომ კოსოვოსთან დაკავშირებით შვიდი რეზოლუცია გამოსცა.

(3) ადმიანის უფლებათა მასიური დარღვევების ფონზე მილოშევიჩის მთავრობამ არაერთხელ დატოვა უყურადღებოდ გაეროს უშიშროების საბჭოს რეზოლუციები, რომლებშიც საბრძოლო მოქმედებების შეჩერებას მოითხოვდა.

(4) მილოშევიჩის რეჟიმის მოქმედებები კოსოვოში და მთელ რეგიონში ძირს უთხრიდა საერთაშორისო სტაბილურობას და ლტოლვილთა მასობრივ არეულობას უწყობდა ხელს.

(5) 1999 წელს ნატოს 19-მა მოკავშირემ შეთანხმებას მიაღწია ერთობლივი მოქმედების და კოსოვოდან მილოშევიჩის პოლიციისა და სამხედრო ძალების მოცილების შესახებ.

[36] ვენის დეკლარაცია და მოქმედების პროგრამა, 1993 წლის 12 ივლისი, დოკ. A/CONF.157/23, მ2-2 აბზაცი.

[37] იხ. სამხედრო და ნახევრად სამხედრო საქმიანობა ნიკარაგუაში და ნიკარაგუას წინააღმდეგ, საერთაშორისო სასამართლოს ანგარიშები, 1986, 14 და შემდგომ (100-101).

[38] მუსგრეივი, იხ. შენიშვნა 11, 181 და შემდგომ.

(6) კოსოვოს მართავს გაერო, გაეროს უშიშროების საბჭოს 1244-ე რეზოლუციის საფუძველზე, რომელიც მილოშევიჩის ქმედებებთან დაკავშირებით ერთსულოვნად (ჩინეთმა თავი შეიკავა) იქნა მიღებული 1999 წლის 10 ივნისს. გაეროს უშიშროების საბჭოს 1244-ე რეზოლუცია ითვალისწინებს შემდეგს: სერბეთის მიერ კოსოვოს მართვაზე უარის თქმა; გაეროს დროებითი ადმინისტრაციის შექმნა; ადგილობრივი თვითმმართველობის ჩამოყალიბება და გაეროს მიერ მართული პოლიტიკური პროცესის გათვალისწინება კოსოვოს მომავალი სტატუსის განსაზღვრის დროს“ [39].

თუ გავითვალისწინებთ, რომ სახელმწიფოებრიობის თვითმყოფადობის სასარგებლოდ სამართლებრივი არგუმენტები არაერთმა მხარემ, მათ შორის აშშ-ის სახელმწიფო დეპარტამენტმაც წამოაყენა, კარგი იქნება, აღნიშნული მტკიცებულებების ღირებულებას თუ განვიხილავთ. მიუხედავად იმისა, რომ სახელმწიფო დეპარტამენტის მიერ აღნიშნული ექვსივე გარემოება და ფაქტორი ფაქტობრივად სწორია, არც ერთი მათგანი არ ეხება კოსოვოს ტერიტორიულ სტატუსს. უფრო კონკრეტულად კი: იუგოსლავიის სოციალისტური ფედერალური რესპუბლიკის ხუთ რესპუბლიკად დაშლის შემდეგ, რომელთაგან ერთ-ერთი იუგოსლავიის ფედერალური რესპუბლიკა იყო, შეიქმნა ვითარება, რომლშიც აღნიშნული რესპუბლიკების საზღვრები ხელუხლებლად და უცვლელად ითვლებოდა, რამდენადაც ეს საკითხი *”uti possidetis juri”-ის* პრინციპით იმართებოდა. ყოფილი იუგოსლავიის საკითხებთან დაკავშირებით შექმნილმა საარბიტრაჟო კომისიამ აშკარად დაუჭირა მხარი ხუთი რესპუბლიკის, მათ შორის იუგოსლავიის ფედერალური რესპუბლიკის საზღვრების ხელშეუხებლობას.

კოსოვოს დამოუკიდებლობის საკითხი 1993 წლიდან 1999 წლამდე მიღებულ უშიშროების საბჭოს არც ერთ რეზოლუციაში არ ყოფილა წამოწეული, არც იუგოსლავიისა და სერბეთის ტერიტორიული მთლიანობის შესახებ გამოთქმულა მოსაზრება.

არ არსებობს საერთაშორისო სამართლის წესი ან პრინციპი, რომელიც მოითხოვს ან დასაშვებად მიიჩნევს ისეთი რეგიონის გამოყოფას, რომლის მოსახლების წინააღმდეგაც ადამიანის უფლებათა სერიოზული დარღვევები ხორციელდება. არაფერი იცვლება იმ შემთხვევაშიც კი, თუ ადამიანის უფლებათა სერიოზულ და მასიურ დარღვევას ლტოლვილთა მასობრივი არეულობა მოჰყვება შედეგად.

[39] აშშ-ის სახლმწიფო დეპარტამენტი, „რატომ არის კოსოვო განსხვავებული,“ იხ. მისამართზე www.state.gov.

როგორც შესაბამისი მხარეები ირწმუნებიან, ნატოს მიერ ძალის გამოყენება არასოდეს ყოფილა მიმართული იუგოსლავიის ფედერალური რესპუბლიკის წინააღმდეგ, იუგოსლავიის ფედერალური რესპუბლიკის ტერიტორიული მთლიანობის რღვევისაკენ ან ტერიტორიული დასახლების მიღწევისკენ. უნდა გავიხსენოთ, რომ რეზოლუცია 1244-ის მიღების დროს და დოკუმენტის მიღებამდე გამართული დისკუსიის პროცესში მოთხოვნა, რომელიც კოსოვოს მოსახლეობის მიერ კოსოვოს სტატუსის სამ წელიწადში, რეფერენდუმის საფუძველზე განსაზღვრას ითვალისწინებდა, ჩავარდა.

რეზოლუცია 1244-ის პროექტი, რომელიც კოსოვოს დამოუკიდებლობის მხარდასაჭერად შეიქმნა, არაზუსტი და წინააღმდეგობრივია. აღნიშნულ რეზოლუციაში უარყოფილია სერბების დროებითი ყოფნა კოსოვოში და როგორც სახელმწიფოების, ისე გაეროსგან იუგოსლავიის ფედერალური რესპუბლიკის ტერიტორიულ მთლიანობას მოითხოვს. უფრო მეტიც, რეზოლუცია ითვალისწინებს, რომ იუგოსლავიის ფედერალური რესპუბლიკის და *a fortiori* სერბეთის ჯარებმა უნდა დაიცვან კოსოვოს პროვინციის გარე საზღვარი.

ყოველივე ზემოთქმული იმაზე მეტყველებს, რომ კოსოვოს დამოუკიდებლობის მომხრეებს, არც ერთ ეტაპზე არ გამოუხატავთ თანმიმდევრული და კარგად დასაბუთებული პოზიცია იმის თაობაზე, თუ რატომ აქვს კოსოვოს უფლება, იყოს დამოუკიდებელი. სახელმწიფო დეპარტამენტის არგუმენტებთან დაკავშირებული პრობლემა ის გახლავთ, რომ არგუმენტები ჩვეულებრივი მსჯელობით არის შთაგონებული და მიზნად არ ისახავს მტკიცებულებების წარმოდგენას მათი საერთაშორისო სამართლის ფარგლებში დასაბუთების მიზნით.

უნდა გავითვალისწინოთ კოსოვოს მიერ სახელმწიფოებრიობის მოთხოვნისადმი საერთაშორისო საზოგადოების დამოკიდებულება 1999 წლიდან ნატოს ინტერვენციის და რეზოლუცია 1244-ის მიღების შემდეგ. რეზოლუციაში კვლავაც გამოხატული იყო მხარდაჭერა იუგოსლავიის ფედერალური რესპუბლიკის ტერიტორიული მთლიანობისადმი. იუგოსლავიის სოციალისტური ფედერალური რესპუბლიკის და შემდგომში იუგოსლავიის ფედერალური რესპუბლიკის დაშლის შემდეგ, არავინ უჭერდა მხარს კოსოვოსთვის დამოუკიდებელი სახელმწიფოს სტატუსის მიღების უფლების მინიჭებას, 1999 წელს იუგოსლავიის ფედერალურ რესპუბლიკაზე ნატოს თავდასხმიდან აჰთიაზარის გეგმამდე გასული პერიოდის განმავლობაში სახელმწიფოების ან გაეროს პრაქტიკაში არაფერი მომხდარა ისეთი, რაც გამომაჟღავნებდა იუგოს-

ლავიის ფედერალური რესპუბლიკის და შემდგომში სერბეთის ტერიტორიული მთლიანობის რღვევისკენ მიმართულ დამოკიდებულებას. გაეროს მისიას კოსოვოში იგივე მოსაზრება გააჩნდა იუგოსლავიის ფედერალური რესპუბლიკის და სერბეთის მიერ ტერიტორიული მთლიანობის შენარჩუნების შესახებ[40]. მოგვიანებით, 2007 წლის 21 ნოემბერს მიღებული რეზოლუციით 1785 (2007) გაეროს საბჭომ „დაადასტურა თავისი მხარდაჭერა ყოფილ იუგოსლავიაში კონფლიქტების პოლიტიკური გზით მოგვარების, ყველა სახელმწიფოს მიერ საერთაშორისო დონეზე აღიარებულ საზღვრებში სუვერენიტეტის და ტერიტორიული მთლიანობის შენარჩუნებისადმი.“ აჰთიაზარის გეგმაშიც კი, როგორც ქვემოთ ვნახავთ, შეერთებული შტატები და კოსოვოს დამოუკიდებლობის სხვა მხარდამჭერები, მათ შორის სერბეთის პარლამენტი პრიშტინაში[41], მიიჩნევდნენ, რომ კოსოვოს დამოუკიდებლობა რეკომენდებული იყო რეზოლუცია 1244-ის გადახედვის გზით. ამდენად, კოსოვოში დამოუკიდებლობის ცალმხრივ გამოცხადებამდე არ არსებობდა ნორმატიული დოკუმენტი, ინსტიტუციური წინადადებაც კი, რომელშიც გათვალისწინებული იქნებოდა კოსოვოს დამოუკიდებლობა 1244-ე რეზოლუციის გადახედვის გარეშე. დოქტრინალური თვალსაზრისით, ყოველთვის ხაზგასმით აღინიშნებოდა, რომ კოსოვოს დამოუკიდებლობა და გამოყოფა კანონიერად ან დასაშვებად არ ითვლებოდა იუგოსლავიის ფედერალური რესპუბლიკის დაშლის შემდეგ. კოსოვო გამოყოფის წარუმატებელი მცდელობის მაგალითად არის დასახელებული[42].

უშიშროების საბჭოსათვის აჰთიაზარის გეგმის წარდგენის შემდეგ, როგორც დამოუკიდებლობის გამოცხადებამდე, ისე მის შემდგომ, სახელმწიფოთა მოსაზრებები ორად გაიყო. შეერთებული შტატები მიიჩნევდა, რომ აჰთიაზარის გეგმა კოსოვოს დამოუკიდებლობის საფუძველი უნდა ყოფილიყო[43]. რუსეთის განცხადების მიხედვით კი, კოსოვოში დამოუკიდებლობის გამოცხადებით ირღვეოდა

„სერბეთის რესპუბლიკის სუვერენიტეტი, გაეროს წესდება, გაეროს უშიშროების საბჭოს 1244-ე რეზოლუცია, ჰელსინკის საბოლოო აქტის პრინციპები, კოსოვოს კონსტიტუციური ჩარჩო და მაღალი დონის საკონტაქტო ჯგუფის შეთანხმება.“

რუსეთი აცხადებდა, რომ იგი

„სრულად უჭერს მხარს სერბეთის ხელმძღვანელობის რეაქციას კოსოვოში მიმდინარე მოვლენებზე და მის სამართლიან მოთხოვნებს ქვეყნის ტერიტორიული მთლიანობის აღდგენასთან დაკავშირებით.“

მოსალოდნელი იყო, რომ „გაეროს მისია კოსოვოში და ნატოს მიერ მართული კოსოვოს ძალები დაუყოვნებლივ იმოქმედებდნენ უშიშროების საბჭოს მიერ მინიჭებული მანდატების განსახორციელებლად, მათ შორის პრიშტინას თვითმმართველი ინსტიტუტების გადაწყვეტილების გასაუქმებლად და მათ წინააღმდეგ მკაცრი ადმინისტრაციული ღონისძიებების მისაღებად“[44].

ფაქტი, რომ უშიშროების საბჭომ არანაირ ღონისძიებას არ მიმართა კოსოვოს დამოუკიდებლობის გასაუქმებლად, არ ნიშნავს იმას, რომ იგი მხარს უჭერს კოსოვოს დამოუკიდებლობას. ნამიბიის საკონსულტაციო დასკვნაში, საერთაშორისო სასამართლომ ხაზგასმით აღნიშნა შემდეგი: „ის ფაქტი, რომ საერთაშორისო ორგანოს კონკრეტული წინადადება არ მიუღია, აუცილებლად იმას არ ნიშნავს, რომ იგი ამ წინადადების წინააღმდეგია.“[45]

არსებობს ასევე გამოყოფის კანონიერებაზე რაციონალურობის არგუმენტებით მსჯელობის ტენდენციაც. მაგალითად, არსებობს მოსაზრება, რომ საერთაშორისო საზოგადოება გამოყოფის კანონიერებას აღიარებს იმ შემთხვევაში, თუ მას სხვა ალტერნატივა არ აქვს, როგორც ეს კოსოვოს შემთხვევაში იყო[46]. თუმცაღა რაციონალურობის კრიტერიუმები თავისი არსით სუბიექტურია და ამ კრიტერიუმებით შეუძლებელია კანონიერების განსაზღვრა ისე, რომ იგი ყველა დაინტერესებული მხარისათვის მისაღები იყოს. საერთაშორისო სამართლის ნორმებით, შესაძლებელია გამოყოფის დამტკიცება მხოლოდ იმ შემთხვევაში, თუ სა-

[40] კოსოვოში გაეროს მისიის და იუგოსლავიის ფედერალური რესპუბლიკის საერთო დოკუმენტი, მიღებული ბელგრადში 2001 წლის 5 ნოემბერს „გაეროს უშიშროების საბჭოს 1244 რეზოლუციაში და დროებითი თვითმმართველობის კონსტიტუციური ჩარჩოს ფარგლებში ჩამოყალიბებული პრინციპების საფუძველზე. ხელს უწყობს კოსოვოელი სერბების და კოსოვოს სხვა საზოგადოებების უფლებებისა და ინტერესების დაცვას, მათ შოის იუგოსლავიის ფედერალური რესპუბლიკის სუვერენიტეტსა და ტერიტორიულ მთლიანობას.“ გარდა ამისა, დოკუმენტი „კიდევ ერთხელ ამტკიცებს, რომ კოსოვოს მომავალ სტატუსთან დაკავშირებული პოზიცია გაეროს უშიშროების საბჭოს 1244 რეზოლუციაში განსაზღვრულ მდგომარეობას ინარჩუნებს და მისი შეცვლა შეუძლებელია თვითმმართველობის დროებითი ინსტიტუტების მიერ გატარებული ღონისძიებების საშუალებით.“

[41] კოსოვოს დამოუკიდებლობის ცალმხრივი გამოცხადების შესახებ იხ. ტექსტი მისამართზე <news.bbc.co.uk>, 2008 წლის 19 თებერვალი.

[42] კროუფორდი, იხ. შენიშვნა 11, 400. 407 და შემდგომ.

[43] სახელმწიფო დეპარტამენტის დოკუმენტი „კოსოვოს საბოლოო სტატუსი: სტაბილურობისა და კეთილდღეობის მთავარი გასაღები ბალკანეთში;“ შეგიძლიათ იხილოთ მისამართზე <www.state.gov>, 2008წლის 23 ივნისი.

[44] რუსეთის საგარეო საქმეთა მინისტრის განცხადება კოსოვოს შესახებ, 2008 წლის 17 თებერვალი; შეგიძლიათ იხილოთ მისამართზე www.mid.ru (ინგლისურად).

[45] უშიშროების საბჭოს 276-ე რეზოლუციის (1970) მიუხედავად ნამიბიაში (სამხრეთ დასავლეთ აფრიკა) სამხრეთ აფრიკის მუდმივი არსებობის სამართლებრივი შედეგები სახელმწიფოებისათვის, საერთაშორისო სასამართლოს ანგარიშები 1971, 16 და შემდგომ (36, პარაგრაფი 69).

[46] ქ. ბორგენი, „კოსოვოს დამოუკიდებლობის გამოცხადება: თვითგამორკვევა, გამოყოფა და აღიარება,“ *ASIL Insight,* 2008 წლის 29 თებერვალი, შეგიძლიათ იხილოთ მისამართზე www.asil.org.

მართლებრივი კრიტერიუმები დაკმაყოფილებულია და არა მხოლოდ იმიტომ, რომ ერთ-ერთი მხარის აზრით სხვა ალტერნატივა არ არსებობს.

გარდა ამისა, ალტერნატივების არსებობის საკითხი შეიძლება სადავო იყოს. როგორც სერბიამ, ისე სხვა რამდენიმე სახელმწიფომ დამოუკიდებლობის ცალმხრივად გამოცხადებამდე მკაფიოდ განაცხადეს, რომ მოლაპარაკებების შესაძლებლობა ამოწურული არ იყო და ჯერ კიდევ შეიძლებოდა შეთანხმება კოსოვოს საკითხთან დაკავშირებით. მიზეზი, რის გამოც შეთანხმება არ მოხდა დამოუკიდებლობის ცალმხრივად გამოცხადებამდე, არანაირ კავშირში არ არის რეალურ მდგომარეობასთან ან გამოსავლის პოვნის სირთულესთან. იგი უფრო კოსოვოს ალბანური ხელმძღვანელობის და დამოუკიდებლობის მიღების მომხრე დასავლური ქვეყნების არაკომპრომისული პოზიციაა. როგორც კოსოვოს ალბანელ ხელმძღვანელთა, ისე დასავლეთის პოლიტიკურ ლიდერთა მიერ გაკეთებული განცხადებები ადრეული ეტაპებიდანვე მტკიცე პოზიციას გამოხატავდა კოსოვოს დამოუკიდებლობის გარდაუვალობასთან დაკავშირებით[47]. ამდენად, გასაკვირი არ უნდა იყოს, რომ კოსოვოს ალბანურმა ხელმძღვანელობამ ვერ მოახერხა სერბეთთან რეალური მოლაპარაკებების დაწყება და ორმხრივად მისაღები გამოსავლის პოვნა. მოლაპარაკების შედეგების პროგნოზირებამ მოლაპარაკებებს რეალური საფუძველი გამოაცალა. ამდენად, უსაფუძვლოა იმის მტკიცება, რომ დამოუკიდებლობის ცალმხრივად გამოცხადების არანაირი ალტერნატივა არ არსებობდა. უფრო სწორი იქნებოდა იმის აღიარება, რომ არსებული ალტერნატივები შეგნებულად გამოირიცხა მოლაპარაკების ერთი მხარის მიერ სასურველი შედეგების პროგნოზირების გზით.

იმის გათვალისწინებით, რომ კოსოვოს სახელმწიფოებრიობა შესაბამის საერთაშორისო სამართლის კრიტერიუმებს არ ემყარება, მისი სტატუსი და მდგომარეობა დე ფაქტო რეჟიმებთან დაკავშირებული სტანდარტების მიხედვით უნდა განვიხილოთ. დე ფაქტო რეჟიმი შეგვიძლია განვსაზღვროთ როგორც სახელმწიფოს მსგავსი ორგანო, რომელიც სახელმწიფოს ფაქტობრივი ეფექტურობის კრიტერიუმებს აკმაყოფილებს, მაგრამ არ ჯდება სამართლებრივი მოთხოვნების ზღვრებში.

საერთაშორისო სამართალში დე ფაქტო რეჟიმების კვლევა ისეთი ინტენსიური არ არის, თავად ეს ფენომენი კი ძალიან ხშირად გვხვდება საერთაშორისო სამართლის სისტემაში. ასე რომ, ფრაუვაინის მიერ აღნიშნული თემის ინოვაციური კვლევის შემდეგ ამ საკითხზე ბევრი აღარაფერი თქმულა. ფროვაინმა დე ფაქტო რეჟიმი განსაზღვრა როგორც ტერიტორიული ერთეული, რომელიც ძირითადი სახელმწიფოსგან გამოყოფას ცდილობს და ფაქტობრივი თვალსაზრისით აღწევს კიდეც ამას, მაგრამ ვერ პოვებს საერთაშორისო აღიარებას. დე ფაქტო რეჟიმის სამართლებრივი ანალიზის ძირითადი საკითხია აქცენტის გაკეთება ურთიერთობაზე, რომელიც აღნიშნულ რეჟიმსა და იმ სახელმწიფოებს შორის არსებობს, რომლებიც არ აღიარებენ მას, როგორც სახელმწიფოს[48].

თუ გავითვალისწინებთ, რომ კოსოვოს სერბი მოსახლეობა პროვინციის დამოუკიდებლობის წინააღმდეგია, შეიძლება არსებობდეს კოსოვოსგან სერბებით დასახლებული ტერიტორიების გამოყოფის შესაძლებლობაც. სადავოა საკითხი, შეუძლია თუ არა კოსოვოს სერბებით დასახლებულ ტერიტორიებს კოსოვოსგან გამოყოფა. ის აზრი, რომ ტერიტორიას კოსოვოსგან გამოყოფა შეუძლია, ემყარება მოსაზრებას, რომლის თანახმადაც, კოსოვო დამოუკიდებელი სახელმწიფოა საერთაშორისო სამართლის ნორმებით. ბოლო დროს კოსოვოს დანაწევრების აზრი პოლიტიკურ წრეებშიც გაჩნდა, თუმცა ეს აზრი საკითხთან დაკავშირებით არსებულ საერთაშორისო სამართლებრივ პოზიციასთან შესაბამისობაში არ მოდის.

რეალურად უფრო მნიშვნელოვანია კითხვა - შეუძლიათ თუ არა კოსოვოს სერბებით დასახლებულ ტერიტორიებს არსებობა სერბეთის მმართველობის ქვეშ განაგრძონ? ამ კითხვაზე პასუხი დადებითია, რაც იმას ნიშნავს, რომ კოსოვოს დანაწევრების საფრთხე არ ემუქრება, თუ იგი სერბეთისგან აღნიშნულ საკითხთან დაკავშირებით თანხმობას მიიღებს. მეორე მხრივ, იგულისხმება, რომ კოსოვოს გარკვეულ ტერიტორიებზე სერბეთმა შეიძლება ფაქტობრივად გამოიყენოს მმართველობითი ფუნქციები, მაგალითად, ამ ტერიტორიებზე სერბეთის არჩევნების ჩატარების გზით.

## IV. კოსოვოში დამოუკიდებლობის ცალმხრივი გამოცხადება როგორც პრეცედენტი

თუ გავითვალისწინებთ, რომ კოსოვოს დამოუკიდებლობის სამართლებრივი საფუძველი საერთაშორისო სამართლის ნორმებით ვერ დამტკიცდება, ჰიპოთეტურია საკითხი - შეუძლია თუ არა მას პრეცედენტი შექმნას სხვა სეპარატისტული ტე-

[47] მაგ., საფრანგეთის პრეზიდენტის ნიკოლა სარკოზის განცხადება, 2007 წლის 14 დეკემბერი, შეგიძლიათ იხილოთ მისამართზე www.nytimes.com.

[48] ი.ა. ფროვაინი, *Das de facto- Regime im Volkerrecht,* 1968, 6-7.

რიტორიული ერთეულებისათვის. ხშირად კეთდება პოლიტიკური განცხადებები, სადაც ხაზგასმულია კოსოვოს შემთხვევის თავისებურება. ამიტომაც, ალბათ მართებულია განვიხილოთ შემდეგი საკითხი: თუ კოსოვოს კანონიერად მიეცა სახელმწიფოებრიობის მიღების უფლება, შეიძლება თუ არა მისი მდგომარეობა უნიკალური იყოს და როგორც პრეცედენტმა, გავლენა არ მოახდინოს სხვა მსგავს სიტუაციებზე.

რამდენადაც კოსოვოს დამოუკიდებლობის იურიდიული ძალა მის კანონიერებაზეა დამოკიდებული, კოსოვოს მდგომარეობის უნიკალურობის არგუმენტს კონცეპტუალური პრობლემა გააჩნია, რამდენადაც იგი წინააღმდეგობაში მოდის კანონის თანაბრად გამოყენების მოსაზრებასთან. არგუმენტს პრაქტიკული პრობლემაც გააჩნია, რაც იმაში მდგომარეობს, რომ მას მხოლოდ კოსოვოს დამოუკიდებლობის მომხრეები იზიარებენ.

თუ საერთაშორისო სამართლის ნორმებით კოსოვოს შემთხვევის განსაკუთრებულობა მისაღებად ჩაითვლება, ეს ტერიტორიული ერთეულის გამოყოფის უფლების განსაკუთრებულ გარემოებებში აღიარების, მაგრამ მაინც აღიარების ტოლფასი იქნება. უპირველეს ყოვლისა, ჯერ მტკიცებულებებით უნდა დადასტურდეს, რომ ასეთი უფლება არსებობს, რაც, როგორც ზემოთ ვნახეთ, შეუძლებელია. მაგრამ, ეს შესაძლებელიც რომ იყოს, მისი განსაკუთრებულობის დამტკიცება კიდევ ერთი პრობლემატური საკითხი იქნება იმ თვალსაზრისით, რომ მოითხოვს დამტკიცდეს - რატომ ენიჭება ერთ ტერიტორიულ ერთეულს მნიშვნელოვანი საერთაშორისო კანონიერი უფლება, მეორეს კი - არა. ფრენკის მოსაზრებით, თუ საერთაშორისო სამართლის ნორმებში გამოყოფის უფლება გათვალისწინებულია, საეჭვოა რომ ამ უფლების ექსკლუზიურად მსოფლიოს ერთი ნაწილისთვის მინიჭება სამართლიანი იყოს[49].

„კოსოვოს მდგომარეობასთან დაკავშირებული ფაქტორების უჩვეულო ერთობლიობა - მათ შორის იუგოსლავიის დაშლის კონტექსტი, ეთნიკური წმენდის ისტორია და კოსოვოს მოქალაქეთა წინააღმდეგ ჩადენილი დანაშაულები, გაეროს ადმინისტრაციის ხანგრძლივი პერიოდი მხოლოდ კოსოვოში არსებობდა და, ამდენად, მას განსაკუთრებული შემთხვევის სტატუსს ანიჭებს. კოსოვო არ შეიძლება დღესდღეობით მსოფლიოში არსებული სხვა რომელიმე მდგომარეობის პრეცედენტად ჩავთვალოთ.“[50]

თუმცა ეს საკითხისადმი არსებული ერთადერთი მიდგომა როდია. რუსეთმა აშკარად გამოხატა წინააღმდეგობა შეერთებული შტატების მიერ კოსოვოს განსაკუთრებულ შემთხვევად გამოცხადებასთან დაკავშირებით და იწინასწარმეტყველა, რომ ამას ჯაჭვური რეაქცია მოჰყვებოდა[51].

რუსეთის საგარეო საქმეთა მინისტრი ეჭვს გამოთქვამდა, რომ

„ამერიკული თეზისი კოსოვოს შემთხვევის უნიკალურობის შესახებ

ნამდვილად მორალურია, რამდენადაც იგი გულისხმობს, რომ ზოგიერთ

ტერიტორიულ ერთეულს შეიძლება მივანიჭოთ სახელმწიფოებრიობა,

ზოგს კი – არა“[52].

საერთოდ, თავისებურების (*sui generi)* შესახებ განცხადების გაკეთება დიდ სიფრთხილეს მოითხოვს. ასეთი არგუმენტი დასაშვებია მხოლოდ მატერიალური მტკიცებულებების საფუძველზე, რაც შესაბამისი მდგომარეობის განსაკუთრებულ ხასიათს ამტკიცებს. პრაქტიკულად, მეცნიერთა, იურისკონსულთა ან პოლიტიკოსთა მიერ აღნიშნული ფრაზის გამოყენება ხშირად მოტივირებულია საკუთარი პოზიციის დასასაბუთებლად სხვა საშუალების არარსებობის დროს. სამართლებრივი უსაფრთხოების, გამჭვირვალობისა და პროგნოზირებადობის განხილვა უპირატესად დაწესებული სამართლებრივი კატეგორიების მნიშვნელობის განხილვას მოითხოვს. იგულისხმება კატეგორიები,

[49] ფრანკი, იხ. შენიშვნა 18, 160.

[50] სახელმწიფო მდივნის, კონდოლიზა რაისის განცხადება, „აშშ კოსოვოს დამოუკიდებელ სახელმწიფოდ აღიარებს,“ 2008 წლის 18 თებერვალი. შეგიძლიათ იხილოთ მისამართზე www.state.gov; იგივე მიდგომა დაადასტურა იტალიის მთავრობამაც, რაც საგარეო საქმეთა მინისტრის, მასიმო დალემას განცხადებამ დაადასტურა, 2008 წლის 18 თებერვალი; გაერთიანებული სამეფოს, საფრანგეთის, გერმანიისა და იტალიის მსგავსი პოზიციები წარმოდგენილია რეინოლდსთან, იხ. შენიშვნა 2; გაერთიანებული სამეფოს საგარეო საქმეთა მდივნის, დევიდ მილიბენდის მსგავსი განცხადება წარმოდგენილია სტატიაში „გაეროში აზრთა სხვადასხვაობაა კოსოვოს საკითხის განხილვასთან დაკავშირებით,“ 2008 წლის 18 თებერვალი. შეგიძლიათ იხილოთ მისამართზე news.bbc.co.uk.

[51] რუსეთის პრეზიდენტის პრესმდივნის მოადგილის განცხადება, 2008 წლის 20 თებერვალი; რუსეთის საგარეო საქმეთა მინისტრმა ჯაჭვური რეაქციის გარდაუვალობა იწინასწარმეტყველა. რეინოლდსი, იხ. შენიშვნა 2; მანამდე კი რუსეთის საგარეო საქმეთა მინისტრმა განაცხადა, რომ თუ შერთებულ შტატებს ან გაერთიანებულ სამეფოს სურთ კოსოვოს დამოუკიდებლობა იხილონ და სხვა სეპარატისტულ ტერიტორიულ ერთეულებს უთხრან, რომ ეს მათთვის პრეცედენტს არ ქმნის, ეს უბრალოდ არ გაამართლებს. RIAN-ის ინფორმაცია, 2007 წლის 13 დეკემბერი, იხ. მისამართზე www.rian.ru; პრემიერ-მინისტრის მოადგილე ივანოვი დარწმუნებული იყო, რომ კოსოვო პრეცედენტი იყო და მას ჯაჭვური რეაქცია აუცილებლად მოჰყვებოდა, სხვა სეპარატისტები, რა თქმა უნდა, იკითხავდნენ, რა უპირატესობა ჰქონდა კოსოვოს მათთან შედარებით; 2008 წლის 19 თებერვალი; იხ. მისამართზე www.rian.ru; აგრეთვე იხ. „რუსეთის საგარეო საქმეთა სამინისტროს ოფიციალური წარმომადგენლის დაკვირვების შედეგები,“ 2008 წლის 20 თებერვალი, საგარეო საქმეთა სამინისტროს ინფორმაცია, იხ. მისამართზე www.mid.ru.

[52] რუსეთის საგარეო საქმეთა სამინისტროს ინფორმაციისა და პრესის დეპარტამენტი, „სახელმწიფო მდივნის, ნიკოლას ბერნსის მიერ კოსოვოსთან დაკავშირებით აშშ-ის შენიშვნების შესახებ დასმულ მედიაკითხვებზე გაკეთებული კომენტარი,“ 2008 წლის 24 თებერვალი, იხ. მისამართზე www.mid.ru.

რომლებზეც საერთაშორისო საზოგადოების წევრი სახელმწიფოები ამყარებენ იმედს.

კოსოვოს შემთხვევის განსაკუთრებულობის არგუმენტი ამ თვალსაზრისით წამოყენებულ ნებისმიერ სხვა არგუმენტზე უფრო არათანმიმდევრული და პრობლემატურია, რადგანაც განსაკუთრებულობის არგუმენტი აუცილებლად გულისხმობს საერთაშორისო სამართლის განსხვავებული სახით გამოყენებას კოსოვოს მიმართ. ეს კი დისკრიმინაციაა იმ ტერიტორიულ ერთეულებს შორის, რომლებიც სახელმწიფოებრიობისკენ მიისწრაფვიან. ამდენად, მოსაზრება კოსოვოს შემთხვევის თავისებურების შესახებ არა მარტო არსებულ მტკიცებულებებს ეწინააღმდეგება, არამედ საერთაშორისო სამართლის არადისკრიმინაციულ გამოყენებასაც.

ასე რომ, საერთაშორისო საზოგადოებაში ვერც სამართლებრივი და ვერც პოლიტიკური თვალსაზრისით ვერ შეთანხმდნენ, კოსოვოს დამოუკიდებლობის კანონიერ შედეგად მიჩნევის შემთხვევაში, იქნება თუ არა კოსოვოს შემთხვევა უნიკალური და შექმნის თუ არა იგი პრეცედენტს. შედეგად, სახელმწიფოთა თითოეულმა ჯგუფმა მომავალში პოლიტიკურ დონეზე ისე უნდა განიხილოს ესა თუ ის საკითხი, როგორც თავად ჩათვლის საჭიროდ და არ უნდა გაითვალისწინოს სახელმწიფოთა სხვა ჯგუფის მოსაზრებები. არ შეიძლება დავუშვათ, რომ სხვა სახელმწიფოებმა - განსაკუთრებით კი ისეთმა სახელმწიფოებმა, რომლებიც მიზნად ისახავენ კოსოვოს შემთხვევის პრეცედენტად მიჩნევას - სხვა ტერიტორიულ ერთეულებთან დაკავშირებით იგივენაირად იმოქმედონ იმის გამო, რომ არ არსებობს შეთანხმებული საერთო პოზიცია კოსოვოს შემთხვევის უნიკულორობასთან მიმართებაში.

საერთაშორისო სამართლის თვალსაზრისით, მიზეზი, რის გამოც არ შეიძლება კოსოვომ პრეცედენტი შექმნას სეპარატისტული რეგიონებისათვის, ის არის, რომ სახელმწიფოებრიობასთან დაკავშირებით მისი მოთხოვნა დამოუკიდებლობის საერთაშორისო დონეზე მოთხოვნასა და გამოცხადებას არ ემყარება. ასე რომ არ იყოს და სამართლებრივი მდგომარეობა სხვა სახელმწიფოსაგან თანხმობის გარეშე გამოყოფილი ტერიტორიის სახელმწიფოებრიობის აღიარების საშუალებას იძლეოდეს, მაშინ ვერ გამოვრიცხავდით, რომ კოსოვო, როგორც პრეცედენტი, გავლენას მოახდენდა სხვა სეპარატისტულ რეგიონებზე. საერთაშორისო სამართალის ნორმებით რომ სახელმწიფოსგან ტერიტორიის ცალმხრივად გამოყოფა დასაშვებად იყოს მიჩნეული, მაშინ ეს შესაძლებელი იქნებოდა ყველა იმ ტერიტორიული ერთეულისათვის, რომელიც გამოყოფისკენ მიისწრაფვის. თუმცაღა სამართლებრივი არგუმენტის ლოგიკურობა ყოველთვის ნათლად გასაგები არ არის სეპარატისტული ერთეულების ელიტარული წრეებისათვის. მათთვის ფაქტობრივად ყველაზე მნიშვნელოვანია კოსოვო იმართებოდეს როგორც სერბეთისაგან დამოუკიდებელი ერთეული, რომელსაც მხარს უჭერს უამრავი სახელმწიფო და ევროკავშირი. ამრიგად, კოსოვოს „თავისებური ხასიათის“ სტრატეგია შეიძლება ბუმერანგივით მოუტრიალდეს მათ, ვინც ეს სტრატეგია შექმნა. იმისდა მიუხედავად, კოსოვო დამოუკიდებლობას მიაღწევს თუ არა საერთაშორისო სამართლის ნორმების შესაბამისად, სხვა სეპარატისტული რეგიონები შეიძლება გაერთიანდნენ თავიანთი დე ფაქტო დამოუკიდებლობის შესაცვლელად. ეს კი ნამდვილად არ შედის იმ სახელმწიფოთა ინტერესებში, რომლებიც კოსოვოს დამოუკიდებლობას უჭერენ მხარს. აშკარაა, რომ ისინი, ვინც კოსოვოს საკითხთან დაკავშირებით დიდ ენთუზიაზმს ავლენენ, მხარს არ დაუჭერენ მოვლენების ამგვარ განვითრებას, მაგრამ მოვლენათა მსვლელობის შეცვლას რამდენად შეძლებენ, ეს კიდევ სხვა საკითხია.

აღნიშნული პრობლემის არსი ძალიან კარგად გამოხატა სერბეთის საგარეო მინისტრმა თავის უიმედო, მაგრამ ზუსტ განცხადებაში, რომელიც ევროკავშირის ხელმძღვანელთა მიერ კოსოვოს უნიკალურ შემთხვევად განხილვის საპასუხოდ გააკეთა: „ნუთუ რომელიმე თქვენგანი ნამდვილად ფიქრობს, რომ, თუ იტყვის, ჯკოსოვო განსაკუთრებული შემთხვევააო, ეს ასეც იქნება? ნუთუ გგონიათ, რომ ეს ყველაფერი საერთაშორისო სისტემის სტაბილურობასა და უსაფრთხებაზე არ იმოქმედებს მხოლოდ იმიტომ, რომ თქვენ ამბობთ ასე“[53]?

ჯერჯერობით ამ კითხვაზე არავის გაუცია პასუხი. თუ გავითვალისწინებთ, რომ არ არსებობს საერთო მოსაზრება იმასთან დაკავშირებით, თუ რატომ არის კოსოვოს შემთხვევა უნიკალური, რასაც დასავლეთის ქვეყნები მტკიცედ უჭერენ მხარს, უნდა დაისვას კითხვა: რა ფაქტორები და არგუმენტები განაპირობებენ მათ მიერ კოსოვოს შემთხვევის უნიკალურობის მტკიცებას? განსაკუთრებით საინტერესოა რა ფაქტორების საფუძველზე უჭერენ ისინი მხარს კოსოვოს დამოუკიდებლობას, მიუხედავად იმისა, რომ მთელი რიგი სახელმწიფოები ამ დამოუკიდებლობას მკვე-

[53] ლ. კუბოსოვა, „სერბეთის საგარეო საქმეთა მინისტრი აცხადებს, რომ ევროკავშირი სამარცხვინოდ მოქმედებს კოსოვოსთან დაკავშირებით,“ 2008 წლის 21 თებერვალი, იხ. მისამართზე www.euobserver.com.

თრად ეწინააღმდეგებიან და არ არსებობს შეთანხმება ამ საკითხზე; რამდენად შეესაბამება მათი მოსაზრება კოსოვოს დამოუკიდებლობის კანონიერების შესახებ საერთაშორისო სამართლის ნორმებს; კოსოვოს დამოუკიდებლობის მხარდამჭერთა პოზიციის ერთ-ერთი მოტივაცია შეიძლება საერთაშორისო სამართლის ევროცენტრისტულ გაგებასთან იყოს დაკავშირებული.

ევროპის საერთაშორისო სამართალი მე-18 და მე-19 საუკუნეში წარმოადგენდა მოსაზრებას, რომელიც გულისხმობდა ევროპის უპირატესობას დანარჩენ მსოფლიოსთან შედარებით. ეს ყოველთვის მიდგომა იყო და არა რეალობა. ამ მოსაზრების მიხედვით, ევროპული/დასავლური მიდგომები ლოგიკურად უფრო უკეთესია საერთაშორისო სამართლის განსაზღვრისა და გამოხატვის თვალსაზრისით, ვიდრე დანარჩენი მსოფლიოს მიდგომები. ამიტომაც ევროპულ/დასავლურ ერებს შეეძლოთ დანარჩენი მსოფლიოსთვის დაეწესებინათ საერთაშორისო სამართლებრივი ნორმები, ასევე შეეძლოთ არაევროპული ერები საერთაშორისო სამართლის სფეროში არც კი გაეთვალისწინებინათ[54]. ბოლო რამდენიმე ათწლეულის განამვლობაში ევროპული საერთაშორისო სამართლის იდეას ბევრი მომხრე ჰყავდა, თუმცა ეს საჯაროდ არავის გამოუხატავს.

რაც შეეხება კოსოვოს, თუ მსოფლიოში მიღწეულ არ იქნა შეთანხმება იმასთან დაკავშირებით, რომ შესაძლებელია სუვერენული სახელმწიფოდან ტერიტორიის გამოყოფა, მისი დამოუკიდებლად გამოცხადება და თუ გარკვეული ქვეყნები მაინც დაჟინებით განაგრძობენ მტკიცებას, რომ აღნიშნულ საკითხთან დაკავშირებით მათი დადებითი პოზიცია საერთაშორისო სამართლის ნორმებს შეესაბამება, მაშინ აშკარა იქნება, რომ მათი მიდგომა გამოხატავს მცდელობასა და ამბიციას - მოახდინონ საერთაშორისო სამართლის საფუძვლების რეორგანიზაცია ან ხელახალი ინტერპრეტაცია, მიუხედავად იმისა, რომ ამ საკითხზე საერთაშორისო საზოგადოებაში ერთიანი მოსაზრება არ არსებობს. ეს იმას ნიშნავს, რომ ევროპული საერთაშორისო სამართლის იდეოლოგია შეიძლება ერთ-ერთი ფაქტორი იყოს იმათგან, რომლებიც აძლიერებენ „კოსოვოს ენთუზიაზისტების“ მიდგომას კოსოვოს ირგვლივ სამართლებრივი პოზიციის კონსოლიდაციისადმი, იმისდა მიუხედავად, დანარჩენი მსოფლიო ეთანხმება ამას თუ არა. საქმე ის კი არ არის, რომ არსებობს პირდაპირი მტკიცებულება, რომ კოსოვოს მაგალითზე დასავლური სახელმწიფოები ევროპული საერთაშორისო სამართლის იდეოლოგიის აღდგენას ცდილობენ (განსაკუთრებით ევოკავშირის მიერ კოსოვოს აღიარების არარსებობის გათვალისწინებით), არამედ რთულია მიხვდე, თუ არა ეს, სხვა რა მოტივაცია ან იდეოლოგია შეიძლება ამოძრავებდეს დასავლურ ქვეყნებს.

კოსოვოს შემდგომ ჯაჭვური რეაქციის შესაძლებლობა შეიძლება რამდენიმე კონტექსტში განხორციელდეს. ბოსნია და ჰერცოგოვინისგან ბოსნიის მთავრობასთან ერთად, 1995 წლის დეიტონის სამშვიდობო ხელშეკრულების საფუძველზე, უმაღლესი წარმომადგენლობის მიერ მართული სრპსკას რესპუბლიკის გამოყოფა ამჟამად პოლიტიკური დღის წესრიგის ცენტრალურ საკითხს არ წარმოადგენს. თუმცაღა შემდგომი ხუთი წლის განმავლობაში პოლიტკური გარემოებების შედარებითი ცვლილების შემთხვევაში, სპრსკას რესპუბლიკამ შეიძლება კოსოვოს პრეცედენტი გამოიყენოს და დამოუკიდებლობა გამოაცხადოს სარაევოში. ამგვარად, გამოყოფის ფაქტობრივი წარმატება დამოკიდებული იქნება იმაზე, თუ რამდენად იქნება EUFOR მზად, იბრძოლოს ბოსნიასა და ჰერცოგოვინის ერთიანობის შესანარჩუნებლად და რა დონის მხარდაჭერას მოიპოვებს სეპარატისტული სრპსკას რესპუბლიკა საერთაშორისო დონეზე.

საზოგადოებრივი აზრის გამოკითხვა ადასტურებს, რომ კოსოვოსში დამოუკიდებლობის ცალმხრივი გამოცხადება უდავოდ გამოიწვევს შემდგომში სეპარატისტთა გააქტიურებას და შესაძლოა, ასეთი სახის ქმედებებმა უფრო ძლიერი საერთაშორისო მხარდაჭერა პოვონ. გამოკითხვის შედეგები ასევე ცხადყოფს, რომ ევროპელთა უმეტესობის აზრით, ტიბეტი ჩინეთის მმართველობის ქვეშ დიდხანს აღარ გაჩერდება[55]. აშკარაა, რომ საზოგადოებრივი დამოკიდებულება პირდაპირ არ აისახება სამთავრობო პოლიტიკაში, რაც ჩინეთში კიდევ უფრო ნაკლებ სავარაუდოა საერთაშორისო ურთიერთობებში ჩინეთის სტატუსისა და ძალაუფლების გათვალისწინებით. შესაძლოა პროგნოზირება სასარგებლო პრაქტიკა არ არის, მაგრამ ის ფაქტი, რომ შესაბამის ქვეყნებში მოსახლეობის უმეტესობა მხარს უჭერს სეპარატიზმს, ზრდის ალბათობას, რომ ამა თუ იმ შემთხვევაში შესაბამისი სახელმწიფოები შეიძლება მზად იყვნენ მხარი დაუჭირონ გამოყოფის შემთხვევებს.

## V. კოსოვოს აღიარება და მისი

[54] იხ. ანალიზი: ა. ორახელაშვილი, „ევროპული საერთაშორისო სამართლის იდეა“, *EJIL*17 (2006), 315 და შემდგომ.

[55] ბრიტანეთში ამ მოსაზრებას იზიარებს მოსახლეობის 53 პროცენტი, გერმანიასა და იტალიაში – მოსახლეობის ორი მესამედი; იხ. Financial Times, 2008 წლის 17 მაისი/18 მაისი.

## შედეგები

რამდენიმე ქვეყნის მიერ კოსოვოს აღიარებას ძალიან მალე მოჰყვა დამოუკიდებლობის ცალმხრივი გამოცხადება პრიშტინაში. 2008 წლის 18 თებერვალს შეერთებულმა შტატებმა ფორმალურად აღიარა კოსოვო როგორც „სუვერენული და დამოუკიდებელი სახელმწიფო“[56]. მანამდე და შემდეგშიც კოსოვოს აღიარებაზე თანხმობა განაცხადა ევროკავშირის რამდენიმე წევრმა სახელმწიფომაც, მათ შორის გაერთიანებულმა სამეფომ, გერმანიამ და იტალიამ. საერთოდ, კოსოვო დაახლოებით ოცდაათმა სახელმწიფომ აღიარა. სერბეთმა ელჩები გამოიხმო რამდენიმე ქვეყნიდან, რომლებმაც კოსოვო აღიარეს[57]. კოსოვოს აღიარებისგან თავი შეიკავა რამდენიმე სახელმწიფომ, მათ შორის ევროკავშირის წერმა სახელმწიფოებმა, როგორიც არის ესპანეთი, კვიპროსი, პორტუგალია, რუმინეთი, სლოვაკეთი და საბერძნეთი. ევროკავშირს, როგორც მთლიანად ორგანიზაციას, არ შეეძლო გამოეხატა თავისი მიდგომა კოსოვოს დამოუკიდებლობისადმი[58]. ზოგიერთმა სხვა სახელმწიფომ, როგორიც არის ისრაელი, გადაწყვიტა არ დამდგარიყო მათთან, ვინც კოსოვოს დამოუკიდებლობა აღიარა[59]. მთავარია განისაზღვროს, მესამე სახელმწიფოთა მიერ აღიარება გავლენას მოახდენს თუ არა სეპარატისტთა მიერ დამოუკიდებლობის ცალმხრივი აღიარების კანონიერებაზე.

არსებობს მოსაზრება, რომ კოსოვოს დამოუკიდებლობის გამოცხადებას „კოორდინაციას უწევს და მხარს უჭერს საერთაშორისო საზოგადოების მნიშვნელოვანი ნაწილი. ეს კი მოცემულ შემთხვევას გამოყოფის „უფლების“ სხვა მოთხოვნებისაგან განასხვავებს“[60]. აღნიშული არგუმენტი გულისხმობს, რომ აღიარებას შეუძლია გადამწყვეტი როლი შეასრულოს ტერიტორიული ერთეულის მიერ სახელმწიფოებრიობის მოთხოვნის კანონიერების განსაზღვრაში. ამ მოსაზრებასთან დაკავშირებული კონცეპტუალური პრობლემა ის არის, რომ იგი არ ითვალისწინებს სახელმწიფოებრიობასთან დაკავშირებულ მოთხოვნებს, თუკი მესამე სახელმწიფოები მაინც აღიარებენ ტერიტორიულ ერთეულს, რომელიც ამ მოთხოვნებს ვერ აკმაყოფილებს. ამავე დროს, მოსაზრება, რომ რამდენიმე სახელმწიფოს მიერ აღიარებული ტერიტორიული ერთეულის დამოუკიდებლობა შეიძლება უნიკალური შემთხვევა იყოს და პრეცედენტის სახით გავლენა არ მოახდინოს სხვა სახელმწიფოებზე, კონცეპტუალურად დაუსაბუთებელია. სხვა სეპარატისტი ტერიტორიული ერთეულებიც შეიძლება მოგვიანებით მესამე სახელმწიფოებმა აღიარონ; ზემოაღნიშნული თეზისის თანახმად, ეს შემთხვევებიც უნიკალური იქნება და საბოლოოდ მივიღებთ უნიკალურ მოვლენათა ჯაჭვს.

ის ფაქტი, რომ კოსოვოს დამოუკიდებლობა რამდენიმე სახელმწიფომ აღიარა, უდავოდ ერთერთი არგუმენტია დამოუკიდებლობის მომხრეთა არსენალში. რა მნიშვნელობაც არ უნდა გააჩნდეს კოსოვოს დამოუკიდებლობას, უბრალოდ ფაქტია, რომ კოსოვო საერთაშორისო საზოგადოების უდიდესმა ნაწილმა არ აღიარა. უშიშროების საბჭომ უარი განაცხადა კოსოვოს დამოუკიდებლობის მხარდაჭერაზე და საკითხთან დაკავშირებით საერთაშორისო საზოგადოებაში მოსაზრებები მკვეთრად გაიყო.

საერთაშორისო სამართალში აღიარების კონცეფცია და მნიშვნელობა წინააღმდეგობრივია. აღიარება დაკავშირებულია სხვადასხვა საკითხთან, როგორიც არის იურიდიულ პირთა სტატუსი, უფლებები და უპირატესობები საერთაშორისო სამართლებრივ სისტემაში. მეორე მხრივ, აღიარების მნიშვნელობა კიდევ უფრო იზრდება იმ ფაქტის გამო, რომ საერთაშორისო სამართლებრივ სისტემაში არ არსებობს ცენტრალიზებული მმართველობა, რომელიც გამოაქვეყნებდა შესაბამის ტერიტორიულ ერთეულთა სტატუსსა და უფლებებს. მეორე მხრივ, ზოგიერთი მესამე მხარის მსჯელობა აღნიშნულ საკითხთან დაკავშირებით, შეიძლება შესაბამის სტატუსსა და პოზიციაზე მიუთითებდეს. საერთაშორისო მმართველობის არარსებობის გამო, აღიარების მნიშვნელობა შეზღუდულად უნდა ჩაითვალოს შესაბამისი ტერიტორიული ერთეულის სტატუსისა და უფლებების განსაზღვრის თვალსაზრისით. იგივე მდგომარეობაა იმ შემთხვევაშიც კი, როდესაც არსებობს სახელმწიფოებრიობის ფაქტობრივი და იურიდიული კრიტერიუმები იმისათვის, რომ განვსაჯოთ, მიაღწია თუ არა სახელმწიფოებრიობას შესაბამისმა ტერიტორიულმა ერთეულმა.

ნეტავ დამოუკიდებლობის აღიარება ჯადოსნური საშუალება ხომ არ არის სახელმწიფოს შესაქმნელად ან ისეთი ტერიტორიული ერთეულის სახელმწიფოებრიობის კონსოლიდაციისათვის, რომელსაც სახელმწიფოებრიობის უფლება არ აქვს? აღიარება უბრალოდ სახელმწიფოებრიობის კანონიერად დაწესებას მოჰყვება. იგი სახელმწიფოე-

[56] „აშშ კოსოვოს დამოუკიდებელ სახელმწიფოდ აღიარებს,“ 2008 წლის 18 თებერვალი, იხ. მისამართზე www.pristina.usmission.gov.
[57] „სერბეთმა აშშ-დან ელჩი გამოიხმო,“ BBC ინფორმაცია, 2008 წლის 19 თებერვალი, იხ. მისამართზე news.bbc.co.uk.
[58] ე. ვუჩევა, „კოსოვოს დამოუკიდებლობის აღიარებასთან დაკავშირებით ევროკავშირი პატიოსნად არ იქცევა,“ 2008 წლის 18 თებერვალი, შეგიძლიათ იხილოთ მისამართზე www.euobserver.com.
[59] RIAN-ის ინფორმაცია, 2008 წლის 19 თებერვალი.
[60] ბორგენი, იხ. შენიშვნა 45.

ბრიობის კრიტერიუმი არ არის და, ამდენად, მის საფუძველზე არ განისაზღვრება შესაბამის ტერიტორიულ ერთეულს ნამდვილად გააჩნია თუ არა სახელმწიფოებრიობის მიღების უფლება. კროუფორდის დასაბუთება ცხადყოფს, რომ აღიარებას გადამწყვეტი მნიშვნელობა არ გააჩნია,

„თუ სახელმწიფოს აღიარებას გადამწყვეტი მნიშვნელობა აქვს, მაშინ ძალიან ძნელია იმის მიხვედრა, თუ რომელი აღიარებაა არაკანონიერი და შეუძლებელია იმის გარკვევა, თუ რომელი აღიარებაა ძალადაკარგული. აღიარების გარკვეული აქტების გაუქმება პრაქტიკაში მიღებულია და ეს სწორიც არის. წინააღდეგ შემთხვევაში, აღიარება იქნებოდა ინტერვენციის ალტერნატიული ფორმა, პოტენციურად ყოველთვის შესაძლებელი და აშკარად უდავო“.

გარდა ამისა, „სახელმწიფოებრიობის შემოწმებას აღიარების აქტთან არავითარი კავშირი არ უნდა ჰქონდეს.“ კროუფორდი მიიჩნევს, რომ ცალკეული სახელმწიფოს მიერ დამოუკიდებლობის გამოცხადება სახელმწიფოებრიობის კანონიერებას არ განაპირობებს[61].

აღიარების არსებობას არც შესაბამისი ტერიტორიული ერთეულის სტატუსის შენარჩუნება შეუძლია. ამის ნათელი მაგალითია ვიეტნამი, რომელმაც ათეულობით აღიარება მოიპოვა, იყო გაეროს სპეციალური სააგენტოების წევრი და დაახლოებით ორი ათწლეულის განმავლობაში გაეროს გენერალური ასამბლეის მხარდაჭერით სარგებლობდა როგორც წევრი, რომელსაც გაეროში შესვლის უფლება გააჩნდა[62]. მაგრამ, დაახლოებით, ოცი წლის შემდეგ სამხრეთ ვიეტნამი ისე გაქრა, თითქოს მისი აღიარებები არც არსებულა, ცოტა განსხვავებულ, მაგრამ მაინც მსგავს კონტექსტში, საერთაშორისო სასამართლომ აღმოსავლეთ ტიმორი თვითგამორკვევის ნაწილად გამოაცხადა ინდონეზიის მიერ მისი ანექსიის და რამდენიმე სახელმწიფოს მიერ მისი აღიარების ფონზე. აღმოსავლეთ ტიმორი რამდენიმე სახელმწიფომ აღიარა[63].

არგუმენტი, რომ მესამე სახელმწიფოთა მიერ კოსოვოს აღიარება ძირითადი კომპონენტია, რომელიც მისი დამოუკიდებლობის სამართლებრივ საფუძვლს შეადგენს, ემყარება თეზისს, რომლის თანახმადაც, აღიარება დაფუძნებითი ხასიათისაა. აღიარებისადმი დეკლარატორული მიდგომა გულისხმობს იმას, რომ უპირველესად გამოყოფა უნდა იყოს კანონიერი და მხოლოდ მას შემდეგ უნდა მოხდეს მესამე სახელმწიფოთა მიერ მისი აღიარება. აღნიშნული მიდგომის თანახმად, შეუძლებელია იმ ტერიტორიული ერთეულის კანონიერად აღიარება, რომლის დამოუკიდებლობა საერთაშორისო სამართალს არ შეესაბამება. სხვა სიტყვებით რომ ვთქვათ, აღიარების საფუძველზე დამოუკიდებელი სახელმწიფო ვერ შეიქმნება[64].

დაფუძნებითი თეორია დიდი ხანია მოძველებულად ჩათვალეს და სახელმწიფო პრაქტიკაში მას აშკარად აღარავინ უჭერს მხარს[65]. 1991 წელს ბოსნია-ჰერცოგოვინასა და ხორვატიის აღიარების თვალსაზრისით, ევროკავშირი შეეცადა დაფუძნებითი თეორია გამოეყენებინა იმის გათვალისწინებით, რომ ეს ორი ტერიტორიული ერთეული ჯერ სახელმწიფოებრიობის მოთხოვნებს ვერ აკმაყოფილებდა[66]. თუმცა ბადინტარის კომისიამ ხაზგასმით აღნიშნა, რომ მოცემულთაგან არც ერთი შემთხვევა არ წარმოადგენდა სეპარატისტული რეგიონის აღიარებას. მეორე მხრივ, როგორც ფრაუვაინი მართებულად აღნიშნავს, აღიარების დეკლარატორული თეორია გამოსადეგი არ არის, რადგან მას არ შეუძლია დე ფაქტო რეჟიმის კანონიერება[67] ახსნას. თუკი ვინმე საკუთარ თავს კანონმდებლად არ ჩათვლის, მაშინ მესამე სახელმწიფოთა მიერ სახელმწიფოებრიობის აღიარება უპირველესად კანონიერებასთან არის დაკავშირებული[68].

დუგარდი და რაიკი ამტკიცებენ, რომ, მაშინ როდესაც გამოყოფა გამართლებული არ არის ტერიტორიული მთლიანობის თვითგამორკვევაზე მაღლა დაყენების ტენდენციის გამო, ევროკავშირს შეუძლია სეპარატისტ ტერიტორიულ ერთეულს კოლექტიური აღიარება მიანიჭოს[69]. თუმცა ინდივიდუალური სახელმწიფოს მიერ აღიარებას განსაკუთრებული მნიშვნელობა არ გააჩნია და მას სახელმწიფოს დაფუძნება არ შეუძლია, მაგრამ ეს შესაძლებელია კოლექტიური აღიარებით. ამდენად, კოლექტიური აღიარება ესწრაფვის საკანონმდებლო გავლენის მოპოვებას, რაც ანტითეტური პრეტენზიაა საერთაშორისო მართლწესრიგის ძირითად თვისებებთან მიმართებაში. რეალურად, კოლექტიური აღიარების კანონიერება იმავე კრიტერიუმებით იმართება, რითაც ინდივიდუალური

[61] კროუფორდი, შენიშვნა 11,21.

[62] ჯ.ნ. მური, „ვიეტნამის რესპუბლიკისადმი სამხედრო მხარდაჭერის კანონიერება“, *AJIL* 61 (1967), და შემდგომ (24 და შემდგომ).

[63] საერთაშორისო სასამართლოს ანგარიშები, 1995, პარაგრაფი 36.

[64] მართალია, მუსგრეივი ამტკიცებს, რომ დეკლარატორული თეორიის მიღება აუცილებლად გულისხმობს გამოყოფის „შიდა თეორიის“ მიღებას (მუსგრეივი, იხ. შენიშვნა 11, 195), ეს არ არის დეკლარატორული თეორიის მნიშვნელოვანი მახასიათებელი, რაც აუცილებლად უნდა გავითვალისწინოთ იმ ტერიტორიული ერთეულების შემთხვევაშიც, რომლებიც კანონიერად გამოეყოფიან ძირითად სახელმწიფოს საერთაშორისო სამართლის შესაბამისად.

[65] კროუფორდი, იხ. შენიშვნა 11, 24 და შემდგომ.

[66] მუსგრეივი, იხ. შენიშვნა 11, 206.

[67] ფროვაინი, იხ. შენიშვნა 47, 36.

[68] სრულიად სხვა საკითხია, რომ ძირითად სახელმწიფოს შეუძლია თავად აღიაროს სეპარატისტული ერთეულის დამოუკიდებლობა, უარი თქვას საკუთარ სუვერენიტეტზე და დააკანონოს ის, რაც სხვა შემთხვევაში არაკანონიერია.

[69] დუგარდი/რაიჩი, იხ.შენიშვნა 11, 124.

სახელმწიფოები. საპირისპირო შედეგი აუცილებლად განპირობებული იქნება რეგიონალური ღონისძიებების გათვალისწინებით, როგორიც არის, მაგალითად, ევროკავშირის მიჩნევა არარსებული საერთაშორისო მმართველობის ნაწილად.

ეს საკითხი მაინც სადავოა კოსოვოს კონტექსტში. ევროკავშირს კოსოვო თავად არ უღიარებია დამოუკიდებელ სახელმწიფოდ. გაურკვეველია, შეიძლება თუ არა ევროკაშირის მისიის კოსოვოში განთავსება აღიარებას ნიშნავდეს, რამდენადაც მისიამ უნდა იმუშაოს ინსტიტუტებთან, რომელთაც კოსოვოელები დამოუკიდებელ სახელმწიფო ინსტიტუტებს უწოდებენ. სხვა სიტყვებით რომ ვთქვათ, გაურკვეველია, ევროკავშირი ეხმარება თუ არა კოსოვოს სუვერენული ძალაუფლების გამოყენებაში. ამ კითხვაზე პასუხი დამოკიდებულია ევროკავშირის მისიის მანდატზე და მისთვის მინიჭებულ უფლებამოსილებასა და კომპეტენციაზე[70].

თუ გავითვალისწინებთ, რომ კოსოვოს აღიარებას არ შეუძლია, მისი, როგორც სახელმწიფოს დაფუძნება და სახელმწიფოსათვის საჭირო საერთაშორისო იურიდიული საფუძვლის შექმნა, გამოდის, რომ კოსოვოს აღიარება უკანონოა. ასეთი უკანონობის საფუძველი შეიძლება იყოს უკანონო ტერიტორიული ერთეულების არაღიარებასთან დაკავშირებული ვალდებულება ან ძირითადი სახელმწიფოს მიერ კოსოვოსთვის დამოუკიდებლობის მიცემის უარყოფა.

დუგარდმა ზოგადი იმპერატიული ნორმების (***jus cogens)*** საფუძველზე, ჩამოაყალიბა არაღიარების თანამედროვე დოქტრინა და მასში გააერთიანა არაღიარების ისეთი შემთხვევები, როგორიც არის როდიზია, ნამიბია, სამხრეთ აფრიკის სახელმწიფოები, პალესტინა და თურქეთის ჩრდილოეთ კვიპროსის რესპუბლიკა. როდესაც სახელმწიფოებისა და ორგანიზაციების პრაქტიკაში გარკვეულ ტერიტორიულ ერთეულებსა ან სიტუაციასთან მიმართებაში გამოიყენება ტერმინები „უკანონობა“ ან „გაუქმება“, ეს ამტკიცებს, რომ ტერიტორიული ერთეულის აღიარება არ ხდება არა სახელმწიფოებრიობისთვის აუცილებელი კომპონენტების არასებობის, არამედ სახელმწიფოებრიობის უკანონოდ მოთხოვნის გამო[71]. სამხრეთ აფრკის სახელმწიფოები ნამდვილად აკმაყოფილებდნენ მონტევიდეოს კონვენციის მიერ დადგენილ სახელმწიფოებრიობის მოთხოვნებს, მაგრამ ისინი სამხრეთ აფრიკის გარდა არავინ აღიარა.

მსგავსად ამისა,

„ძალის გამოყენების აკრძალვისა და თვითგამორკვევის უფლების ორ ძირითად ნორმაში გათვალისწინებული მთავარი პინციპები წარმოადგენენ სამართლებრივ საფუძველს, რის გამოც გაერომ უარი თქვა ისრაელის აღმოსავლეთ იერუსალიმისაგან დამოუკიდებლობის აღიარებაზე“[72].

იმპერატიული ნორმები ახლებურად ასაბუთებენ არაღიარების

დოქტრინას და შემდეგ ფორმულირებას გვაძლევს:

„ესა თუ ის აქტი ნორმის დარღვევაა, თუ იგი ზოგადი საერთაშორისო სამართლის მიხედვით არაკანონიერია. ამდენად, იგი გაუქმებულად და ძალადაკარგულად უნდა ჩაითვალოს. ეს ეხება სახელმწიფოს შექმნას, ტერიტორიის მიღებას და სხვა მსგავს შემთხვევებს, როგორიც არის ნამიბიის შემთხვევა. სახელმწიფოები ვალდებული არიან, ასეთი აქტები არ აღიარონ“.

რადგანაც,

„იმპერატიული ნორმები არაღიარების თანამედროვე დოქტრინის ძირითადი მახასიათებელია, რამდენადაც ზოგადი საერთაშორისო სამართლის ნორმის დარღვევა არაკანონიერების წინა პირობაა და მას შედეგად მოჰყვება ანულირება და არაღიარება“[73].

არაღიარება ეხება ისეთ მდგომარეობას, რომელიც ზოგადი საერთაშორისო სამართლის ნორმებთან შეუსაბამობის გამო გაუქმებას ითვალისწინებს[74]. ასეთ შემთხვევებში გაეროს მიერ დამტკიცებული სტატუსის უკანონობა საერთაშორისო სამართალთან შეუსაბამობით არის განპირობებული და არა უბრალოდ დისკრეციული ქმედებით[75]. იმპერატიულ ნორმებსა და უკანონო ტერიტორიული ერთეულების არაღიარებას შორის კავშირს სახელმწიფოს პასუხისმგებლობის შესახებ შედგენილი საერთაშორისო სამართლის კომისიის დოკუმენტის მე-40 და 41-ე მუხლები უმაგრებენ საფუძველს[76].

არაღიარების ვალდებულება კოსოვოს ცალმხრივად გამოცხადებული დამოუკიდებლობის შემთხვევასაც ეხება თუ არა, ეს დამოკიდებულია იმაზე, თუ რამდენად არის აღნიშნული პროცესი სამართლებრივი ნორმის დარღვევის შედეგი. ეს საკითხი პირობითია და განისაზღვრება იმის მიხე-

[70] იხ. ქვემოთ VI.2.

[71] ჯ. დუგარდი, „აღიარება და გაერო“, 1987, 130 და შემდგომ.

[72] დუგარდი, იხ. ზემოთ, 100, 115.

[73] დუგარდი, იხ. შენიშვნა 70, 132, 135, 137.

[74] ჯ. დუგარდი, „კოლექტიური არაღიარება: სამხრეთ აფრიკის ბანტუსტანის სახელმწიფოთა წარუმატებლობა“; *“Boutros Boutros-Ghali – Amicorum Discipulorumqu Liber – Peace, Development, Democracy”,* ტომი I (1998), 383 და შემდგომ (402).

[75] დუგარდი, იხ. ზემოთ, 400 და შემდგომ.

[76] საერთაშორისო სამართლის კომისიის ანგარიში ორმოცდამეცამეტე სესიის მუშაობის შესახებ (2001), GAOR 56-ე სესია; დამატება №10, დოკ. A/56/10.

დვით, თუ რამდენად ჩავთვლით იუგოსლავიის ფედერალურ რესპუბლიკაზე 1999 წელს ნატოში შეიარაღებული სახელმწიფოების შეიარაღებულ თავდასხმას ზოგადი საერთაშორისო სამართლის ნორმების დარღვევად; იგი ასევე დამოკიდებულია იმაზე, თუ რამდენად გახდა აღნიშნული შეიარაღებული თავდასხმა საბოლოოდ კოსოვოს დამოუკიდებლობის ცალმხრივი გამოცხადების უშუალო მიზეზი.

რაც შეეხება საკითხის პირველ ნაწილს, აშკარაა, რომ „ჰუმანიტარული ინტერვენციის“ კანონიერების მტკიცებას საერთაშორისო საზოგადოება არასოდეს დაუჭერს მხარს. განცხადებებზე, რომ ნატოს წევრ სახელმწიფოებს უფლება ჰქონდათ, ჰუმანიტარულ საფუძველზე თავს დასხმოდნენ იუგოსლავიის ფედერალურ რესპუბლიკას ალბანელი მოსახლეობის დასაცავად, საერთაშორისო საზოგადოების რეაგირება ჰუმანიტარული ინტერვენციის კანონიერების მტკიცე უარყოფა უნდა იყოს[77]. ამრიგად, ნატოს თავდასხმა წარმოადგენს გაეროს წესდების მე-2 (4) მუხლის, ძალის გამოყენების აკრძალვასთან დაკავშირებული ჩვეულებითი სამართლის ნორმების და ზოგადი საერთაშორისო სამართლის ნორმების დარღვევას.

შეეხება საკითხის მეორე ნაწილს, პრინციპში, ძალიან ძნელია იმის წარმოდგენა, თუ როგორ განვითარდებოდა მოვლენები 1999 წელს იუგოსლავიის ფედერალურ რესპუბლიკაზე ნატოს წევრ სახელმწიფოთა თავდასხმის გარეშე. მაგრამ ნატოს წევრ სახელმწიფოებს 1999 წლის შეიარაღებული თავდასხმის პროცესში ხმამაღლა არასოდეს გაუცხადებია, რომ კოსოვოს სერბეთისგან გამოყოფის უფლება უნდა მიეცეს. 1999 წლის თავდასხმის ძირითადმა ავტორებმა მხარი დაუჭირეს რეზოლუცია 1244-ის მიღებას. ამ რეზოლუციით მტკიცდებოდა იუგოსლავიის ფედერალური რესპუბლიკის და მით უფრო სერბეთის ტერიტორიული მთლიანობა. აჰთიაზარის გეგმის წარმოდგენამდე აღნიშნულთაგან არც ერთ სახელმწიფოს არ გამოუხატავს კოსოვოს დამოუკიდებლობისადმი მხარდაჭერა.

როგორც ჩანს, ძირითადი საკითხი მხოლოდ ფაქტების შეფასებაა. თუ ჩავთვლით, რომ ნატოს თავდასხმა დასაწყისში მიზნად არ ისახავდა იუგოსლავიის ფედერალური რესპუბლიკის ტერიტორიულ მთლიანობაზე გავლენის მოხდენას და შედეგად კოსოვოს დამოუკიდებლობის გამოცხადებას, მაშინ არაღიარების ვალდებულების საწყისი ვერსია, რომელიც სავალდებულო ნორმების შედეგს ითვალისწინებს, მოცემულ შემთხვევას არ ეხება. ამ მოსაზრებას საფუძველს უმაგრებს ის ფაქტი, რომ 1999 წელს იუგოსლავიის ფედერალური რესპუბლიკის წინააღმდეგ განხორციელებული ინტერვენციის მონაწილე სახელმწიფოებმა შემდგომში ტერიტორიული მთლიანობისადმი მხარდაჭერა რეზოლუციისათვის -1244, ხმის მიცემით დაამტკიცეს. ასეთ შემთხვევაში ერთადერთი ფაქტორი, რომელიც კოსოვოს დამოუკიდებლობის კანონიერ აღიარებას აბრკოლებს, სერბეთის წინააღმდეგობაა. მარამ თუ ჩავთვლით, რომ 1999 წელს ნატოს თავდასხმა, გაეროს წესდებით, შესაბამისი ჩვეულებითი საერთაშორისო სამართლის, როგორც იმპერატიული ნორმების დარღვევით განხორციელდა, რაც საბოლოოდ კოსოვოს მიერ დამოუკიდებლობის ცალმხრივი გამოცხადების უშუალო მიზეზად იქცა, მაშინ კოსოვოს ცალმხრივად გამოცხადებული დამოუკიდებლობა პირდაპირ ექვემდებარება არაღიარების ვალდებულებას, რომელიც სახელმწიფოს პასუხისმგებლობის შესახებ შედგენილი საერთაშორისო სამართლის კომისიის დოკუმენტის მე-40 და 41-ე მუხლებშია გათვალისწინებული. პრაქტიკულად, დიდი მნიშვნელობა არა აქვს, აღნიშნულ ორ მოსაზრებათაგან რომელია სწორი. იმის გათვალისწინებით, რომ სერბეთი მუდმივად ეწინააღმდეგება კოსოვოს დამოუკიდებლობას, აღიარების კანონიერება ნებისმიერ შემთხვევაში მაინც შეუძლებელია. ამ ფონზე კოსოვოს დამოკუდებლობის აღიარება საერთაშორისო დონეზე არასწორი აქტია და საჭიროა მისი გაუქმება. ძირეული უკანონობის დადგენა ყოველთვის აღიარების გაუქმებას მოიტხოვს[78].

## VI. კოსოვოში და მის ირგვლივ მიმდინარე პროცესების შესაბამისობა გაეროს უშიშროების საბჭოს რეზოლუციებთან

### 1. კოსოვოს დამოუკიდებლობის შესაბამისობა რეზოლუციასთან №1244

კოსოვოს დამოუკიდებლობის 1999 წლის 10 ივნისის რეზოლუციასთან №1244 შესაბამისობის არგუმენტი აღნიშნული რეზოლუციის სხვადასხვაგვარი ინტერპრეტაციის დასაშვებობას ითვალისწინებს. უშიშროების საბჭოს რეზოლუციების ინტერპრეტაციის პრინციპები თითქმის იგივეა, რაც საერთაშორისო ხელშეკრულებათა შესახებ ვენის 1969 წლის კონვენციის 31-ე და 32-ე მუხლებით გათვა-

[77] იხ. ა. ორახელაშვილი, „სამართლებრივი სტაბილურობა და ცვლილების მოთხოვნა: საერთაშორისო სასამართლოს მიერ *Jus ad Bellum* და *Jus in Bello*-ს გამოყენება“, *Nord J. Int'l L* 75 (2006), 371 და შემდგომ.

[78] ი. ბრაუნლი, *საერთაშორისო სამართალი და ძალის გამოყენება*, 1963, 421 და შემდგომ; ფ.ა. მანი, *საერთაშორისო სამართალდარღვევის შედეგები შიდასახელმწიფო და საერთაშორისო სამართალში*, *BYIL* 48 (1976-77), 1 და შემდგომ (41).

ლისწინებულ ხელშეკრულებებთან დაკავშირებული პრინციპები[79]. იმ შემთხვევაშიც კი, თუ უშიშროების საბჭოს რეზოლუციები ფორმალურად ხელშეკრულებებს არ წარმოადგენენ, ისინი მაინც შეთანხმებებია სახელმწიფოებს შორის. გარდა ამისა, უშიშროების საბჭოს რეზოლუციების სავალდებულო ხასიათი გამომდინარეობს ხელშეკრულების მუხლიდან – გაეროს წესდების 25-ე მუხლი.

რეზოლუციებსა და 25-ე მუხლზე დამყარებულ ვალდებულებას შორის კავშირი აუცილებლად მოითხოვს ვალდებულების განხილვას რეზოლუციებთან შესაბამისობის დაცვისა და სახლშეკრულებო ვალდებულებების კეთილსინდისიერად გათვალისწინების მიზნით (*pacta sunt servanda*).

შედეგად, უშიშროების საბჭოს რეზოლუციების ინტერპრეტაციათა სხვადასხვაგვაროობა ისეთივე სისტემატური წინააღმდეგობრიობით ხასიათდება, როგორც ხელშეკრულების ორი სხვადასხვაგვარი ორმხრივად ურთიერთგამომრიცხავი ინტერპრეტაცია. არგუმენტი იმის შესახებ, რომ შეიძლება არსებობდეს რეზოლუციის ორი სხვადასხვაგვარი ინტერპრეტაცია, არსებითად იმას ნიშნავს, რომ 25-ე მუხლი ორ ორმხრივად გამომრიცხავ სამართლებრივ შედეგს ითვალისწინებს, რაც თავისთავად აბსურდია. იმისთვის, რომ 25-ე მუხლით გათვალისწინებული უშიშროების საბჭოს რეზოლუციების განხორციელების ვალდებულება შესრულდეს, საჭიროა აღნიშნული რეზოლუციების კეთილსინდისიერი ინტერპრეტაცია ტექსტში გამოყენებული სიტყვების პირდაპირი მნიშვნელობების შესაბამისად.

რეზოლუცია 1244 პირდაპირ და გარკვევით უჭერდა მხარს იუგოსლავიის ფედერალური რესპუბლიკის ტერიტორიულ მთლიანობას. პრიშტინაში დამოუკიდებლობის ცალმხრივად გამოცხადებამდე კარგა ხნით ადრე წამოყენებულ იქნა საკითხი 1244-ე რეზოლუციასთან მისი შესაბამისობის შესახებ. საკითხი, სხვათა შორის, რუსეთის მთავრობამაც წამოსწია იმ ფონზე, რომ გაეროს უშიშროების საბჭო არ აპირებდა მხარი დაეჭირა კოსოვოს დამოუკიდებლობისათვის. ყურადღების ცენტრში მოექცა მცდელობა, მოეხდინათ უშიშროების საბჭოს რეზოლუციების იმგვარი ინტერპრეტაცია, თითქოს რეზოლუციები კოსოვოს დამოუკიდებლობას უჭერდა მხარს. რუსეთის მთავრობამ წინააღმდეგობა გაუწია რეზოლუციების ცალმხრივი ინტერპრეტაციის მცდელობას[80].

აშშ-ის სახელმწიფო მდივნის თანაშემწემ, როზმარი დი კარლომ განაცხადა, რომ შესაძლოა, შეერთებულ შტატებსა და რუსეთს 1244-ე რეზოლუციის სხვადასხვაგვარი ინტერპრეტაცია გააჩნდეთ,

„ვეთანხმებით იმ აზრს, რომ 1244-ე რეზოლუცია ძალაში რჩება, მაგრამ

ჩვენ, როგორც უკვე აღვნიშნე, 1244 რეზოლუცია პოლიტიკური პროცესებისკენ მოწოდებად მიგვაჩნია. ჩვენი აზრით, კოსოვოს სტატუსის საკითხი სრულიად ღიად რჩებოდა, მაგრამ ჩვენ არ მიგვითითებია, რომ კოსოვო დამოუკიდებელი უნდა ყოფილიყო ან არ უნდა ყოფილიყო. რეზოლუცია მოქმედებისაკენ – საერთაშორისო მოქმედებისაკენ მოგვიწოდებს, რათა კოსოვოს დახმარება გავუწიოთ განვითარების გზაზე“[81].

ასეთი განცხადება გვერდს უვლის რეზოლუციის საფუძველზე სერბეთის ტერიტორიული მთლიანობის შენარჩუნების საკითხს.

გაერთიანებული სამეფოს საგარეო საქმეთა მდივნის, დევიდ მილიბენდის განცხადებით, 1244-ე რეზოლუციამ

„შექმნა პოლიტიკური პროცესი და ასევე კოსოვოს დაუწესა საერთაშორისო რეჟიმი სერბეთის ტერიტორიის ფარგლებში. ეს ყველაფერი მშვიდობისა და უსაფრთხოების აღდგენას ისახავდა მიზნად. 1244-ე რეზოლუცია არ განსაზღვრავს და არ აწესებს პროცესის საბოლოო სტატუსს. იგი არც რაიმე შედეგს გამორიცხავს. რეზოლუცია ითვალისწინებს საბოლოო სტატუსის პროცესს და მას სათანადო დასკვნის გაკეთება ესაჭიროება.

დევიდ მილიბენდმა ასევე განაცხადა, რომ

„1244-ე რეზოლუციაში იუგოსლავიის ფედერალური რესპუბლიკის (ამჟამად სერბეთის) ტერიტორიული მთლიანობისა და დამოუკიდებლობის მოხსენიებამ არ უნდა დაგვაბნიოს. ეს არის პრეამბულის სახით გაკეთებული მითითება, რომელიც მოცემულ კონტექსტში აშკარად კოსოვოს მმართველობის მხოლოდ დროებით ეტაპს ეხება“[82].

საგარეო საქმეთა მდივნის განცხადება ისეთ შთაბეჭდილებას ტოვებს, თითქოს იგი ცდილობს დაასაბუთოს, რომ, მაშინ როდესაც უშიშროების საბჭო იუგოსლავიისა და სერბეთის ტერიტორიული მთლიანობის შენარჩუნებას ცდილობდა, ღიად დარ-

[79] რეზოლუციების ინტერპრეტაციის შესახებ ინფორმაციისათვის იხ. ორახელაშვილი, შენიშნვა 10, *Max Planck.*

[80] საგარეო საქმეთა მინისტრის, ს. ლავროვის განცხადება, 2007 წლის 10 დეკემბერი. შეგიძლიათ იხილოთ მისამართზე www.rian.ru. მსგავსი განცხადება გააკეთა ტრიუმვირატში რუსეთის წარმომადგენელმა, რომელმაც ხაზი გაუსვა, რომ დამოუკიდებლობის გამოცხადება წინააღმდეგობაში იქნებოდა 1244 რეზოლუციასთან და ამ შემთხვევაში რუსეთი მის ანულირებას მოითხოვდა; 2007 წლის 10 დეკემბერი. უშიშროების საბჭოს რეზოლუციების ცალმხრივი ინტერპრეტაციის მცდელობის შესახებ ინფორმაციისთვის იხ. ი.ა. ფროვაინი, „უშიშროების საბჭოს რეზოლუციების ცალმხრივი ინტერპრეტაცია – საფრთხე საერთო უსაფრთხოებისათვის?“ ბ.გოტცი /პ. სელმერი/ რ. ვოლფრუმი, *Liber Amicorum Gunther Jaenicke – Zum 85. Geburtstag,* 1999, 97 და შემდგომ.

[81] შეგიძლიათ იხილოთ მისამართზე: <http://www.interfax.com/17/375120/Interview.aspx>.

[82] დ. მილიბენდი, „კოსოვო: ეს კანონიერია?“; შეგიძლიათ იხილოთ მისამართზე: www.fco.gov.uk, 2008 წლის 17 თებერვალი.

ჩა მომავალში ტერიტორიული მთლიანობის რღვევის საკითხი. ამავე დროს, ლოგიკურია, საგარეო საქმეთა მდივნის განცხადებაში არ იყო კონკრეტულად მითითებული ვინ და როდის უნდა გადაწყვიტოს საჭიროა თუ არა ტერიტორიული მთლიანობის ასეთი რღვევა, ეს გადაყვეტილება თავად უშიშროების საბჭომ უნდა მიიღოს თუ სხვა ვინმემ.

ასეთი ინტერპრეტაციების დაუჯერებლობა რომ გვერდზე გადავდოთ იმისდა მიუხედავად, რომ აღნიშნულ თემაზე უშიშროების საბჭოს წევრთა მოსაზრებები ორად გაიყო, ისიც დაუჯერებელია, რომ საბჭო მიზნებს იმ მიმართულებით დასახავდა, რაც საგარეო საქმეთა მდივანმა ჩამოაყალიბა თავის განცხადებაში. უშიშროების საბჭოს მიზანი მხოლოდ სერბეთის ტერიტორიული მთლიანობის გარკვეული პერიოდის განმავლობაში შენარჩუნება რომ ყოფილიყო, მაშინაც კი, თავად აღიარების ფაქტი, რომ ტერიტორია თუნდაც *მცირე დაუკონკრეტებელი პერიოდის განმავლობაში* სერბეთის ნაწილია, გულისხმობს იმის დამტკიცებას, რომ თუ აღნიშნული ტერიტორია როდესმე კანონიერად გამოვა სერბეთის შემადგენლობიდან, ამ უკანასკნელის თანხმობა აუცილებელი იქნება იმის გამო, რომ ამჟამად სერბეთი ტერიტორიულ მთლიანობას ინარჩუნებს.

მაგრამ ყოველივე ზემოაღნიშნული მხოლოდ სპეკულაციის საგანია. სიმართლე ის არის, რომ 1244 რეზოლუციაში კოსოვოს სერბეთისგან პირობითი დამოუკიდებლობის შესახებ არაფერია ნათქვამი. რეზოლუცია უბრალოდ ამტკიცებს იმას, რაც საერთაშორისო სამართლით არის გათვალისწინებული. უშიშროების საბჭოს მიერ გამოყენებული სიტყვები არავითარ დროებით შეზღუდვას არ გულისხმობს და ამგვარი ინტერპრეტაცია დაუშვებელია.

ასევე უნდა განვიხილოთ, რა მნიშვნელობა მიანიჭეს წევრმა სახელმწიფოებმა სერბეთის ტერიტორიულ მთლიანობას, როდესაც მიღებულ იქნა 1244-ე რეზოლუცია. რეზოლუციის მიღების დროს ინდივიდუალური წევრი სახელმწიფოების მოსაზრებები, თუ ისინი რეზოლუციის ტექსტს შეესაბამება და თუ სხვა წევრი სახელმწიფოები არ ეწინააღმდეგებიან მათ, შეიძლება კანონიერი ფაქტორი იყოს უშიშროების საბჭოს რეზოლუციების ინტერპრეტაციის დროს. რუსეთის მოსაზრებით, რეზოლუცია

„აშკარად ამტკიცებს ყველა სახელმწიფოს მხარდაჭერას იუგოსლავიის ფედერალური რესპუბლიკის დამოუკიდებლობისა და ტერიტორიული მთლიანობისადმი“[83].

[83] დოკ. S/PV/40111999 წლის 10 ივნისი, 7.

ჩინეთმა მხარი დაუჭირა „კოსოვოს საკითხის მშვიდობიან გადწყვეტას, რადგან პატივს სცემს იუგოსლავიის ფედერალური რესპუბლიკის დამოუკიდებლობასა და ტერიტორიულ მთლიანობას“[84]. გარდა ამისა, ჩინეთმა რეზოლუციაზე ვეტოს დადებისგან თავის შეკავება შემდეგნაირად ახსნა:

„თუ გავითვალისწინებთ იმ ფაქტს, რომ იუგოსლავიის ფედერალურმა რესპუბლიკამ უკვე მიიღო მშვიდობის გეგმა, ასევე იმას, რომ ნატომ შეწყვიტა იუგოსლავიის ფედერალური რესპუბლიკის დაბომბვა და რეზოლუციის პროექტმა კიდევ ერთხელ დაამტკიცა გაეროს წესდების მიზნები და პრინციპები, უშიშროების საბჭოს უპირველეს პასუხისმგებლობას საერთაშორისო მშვიდობისა და უსაფრთხოების შენარჩუნების თვალსაზირისით, ასევე ყველა წევრი სახელმწიფოს მიერ იუგოსლავიის ფედერალური რესპუბლიკის დამოუკიდებლობისა და ტერიტორიული მთლიანობის მხარდაჭერას, ჩინეთის დელეგაცია რეზოლუციის პროექტის მიღებას არ დაბლოკავს“[85].

სხვა სიტყვებით რომ ვთქვათ, 1244-ე რეზოლუცია მიღებულ იქნა უბრალოდ იმიტომ, რომ იგი იუგოსლავიის ფედერალური რესპუბლიკის, შემდგომში კი სერბეთის ტერიტორიული მთლიანობის შენარჩუნებას ითვალისწინებდა. რეზოლუციით სერბეთის ტერიტორიული მთლიანობის მხოლოდ გარკვეული პერიოდით დამტკიცება რომ ყოფილიყო გათვალისწინებული, ჩინეთი მას არ გაატარებდა, განსაკუთრებით იმიტომ, რომ ეს შექმნიდა გამოყოფის პრეცედენტს, ჩინეთს კი ამის ძალიან ეშინია. თუ საგარეო საქმეთა მდივნის მიდგომა სწორია, მაშინ ჩინეთმა ფაქტობრივად კოსოვოს საბოლოო გამოყოფას დაუჭირა მხარი, რაც წინააღმდეგობრივი საკითხია.

მსგავსად ამისა, არგენტინამ 1244-ე რეზოლუციას ხმა მისცა იმიტომ, რომ დარწმუნებული იყო,

„რეზოლუცია შექმნიდა საფუძველს კოსოვოს კრიზისის პოლიტიკური გზით გადაწყვეტისათვის, იუგოსლავიის ფედერალური რესპუბლიკის სუვერენიტეტისა და ტერიტორიული მთლიანობის შენარჩუნების გათვალისწინებით“[86].

სხვაგვარად რომ ვთქვათ, რეზოლუცია მიზნად არ ისახავდა ოდესმე იუგოსლავიის ტერიტორიული ერთიანობისათვის ზიანის მიყენებას. ასეთ ფონზე, უშიშროების საბჭოს არც ერთ სახელმწიფოს, მათ შორის გაერთიანებულ სამეფოს, წინააღმდეგობა არ გამოუთქვამთ ამ მოსაზრებისადმი, რამდენადაც ყველამ კარგად იცოდა, რომ იუგოსლავიის

[84] იქვე, 8.
[85] იქვე, 9.
[86] იქვე, 19.

ფედერალური რესპუბლიკის ტერიტორიული მთლიანობის შენარჩუნება კარდინალური პირობა იყო რეზოლუციის მისაღებად.

რაც შეეხება მტკიცებულებას, რომელიც დოკუმენტშივე არ არის წარმოდგენილი, 2007 წლის 21 ნოემბრის 1785-ე რეზოლუცია მიღებულ იქნა კოსოვოს დამოუკიდებლობის მოწოდებების გაძლიერების პერიოდში. ამ რეზოლუციით დამტკიცდა, რომ უშიშროების საბჭო მხარს უჭერდა

„იუგოსლავიაში კონფლიქტების პოლიტიკური გზით გადაწყვეტას, ყველა სახელმწიფოს სუვერენიტეტისა და ტერიტორიული მთლიანობის შენარჩუნებას საერთაშორისო დონეზე აღიარებულ საზღვრებში“.

სხვა სიტყვებით რომ ვთქვათ, უშიშროების საბჭო მიზნად ისახავდა ყველა სახელმწიფოს, მათ შორის სერბეთის ტერიტორიული მთლიანობის შენარჩუნებას ბალკანეთში არსებული ტერიტორიული დავების გადაწყვეტის კონტექსტში. თავის მხრივ, ეს განზრახვა ასახავდა სამართლებრივი მდგომარეობის შენარჩუნების (*uti possidetis juris*) პრინციპის დამტკიცებას იუგოსლავიის ფედერალური რესპუბლიკის დამტკიცების შემდეგ.

ევროკავშირის ფარგლებშიც კი, გარკვეულწილად, მისაღებია ფაქტი, რომ დამოუკიდებლობის ცალმხრივი გამოცხადება 1244-ე რეზოლუციას არ შეესაბამება. როგორც ევროკავშირის სლოვაკმა პრეზიდენტმა დმიტრი რუპელმა განცხადა,

„1244-ე რეზოლუციის კოსოვოს მიერ დამოუკიდებლობისგამოცხადებასთან შეხამება პრობლემატური საკითხია“[87].

შიზოფრენიის კულმინაციას წარმოადგენს პრიშტინას პარლამენტის მიერ მიღებული დამოუკიდებლობის ცალმხრივი გამოცხადების დოკუმენტის მე-12 პარაგრაფი, სადაც აღნიშნულია:

„ჩვენ ვიმოქმედებთ საერთაშორისო სამართლის პრინციპების და გაეროს უშიშროების საბჭოს რეზოლუციების, მათ შორის 1244-ე რეზოლუციის (1999) შესაბამისად“.

## 2. კოსოვოში ევროკავშირის არსებობის კანონიერება

ევროკავშირმა, საბჭოს ერთობლივი მოქმედების დოკუმენტზე დაყრდნობით აღიარა, რომ გაეროს უშიშროების საბჭოს რეზოლუციის მიღების შემდეგ, საჭიროა „კოსოვოში გაეროს დროებითი მისიიდან (UNMIK) ევროკავშირის მიერ კოსოვოში კრიზისის მართვის პროცესებზე დაუყოვნებლივ გადასვლის უზრუნველყოფა, ასევე კოსოვოში გაეროს დროებითი მისიის მიერ დასახული ამოცანებიდან ევროკავშირის კრიზისის მართვის ოპერაციებზე გადასვლა“[88].

ამას მოჰყვა კოსოვოში ევროკავშირის სამართლებრივი ნორმების მისიის (EULEX) განთავსება. ეს მისია, სხვა მისიებთან ერთად, შეიქმნა იმისათვის, რომ

ა) აწარმოოს მონიტორინგი, კონსულტაციები გაუწიოს კოსოვოს მთელ რეგიონში არსებულ სამართლებრივ ნორმებთან დაკავშირებულ კომპეტენტურ ინსტიტუტებს (საბაჟო სამსახურის ჩათვლით) და ამავე დროს შეინარჩუნოს აღმასრულებლის გარკვეული პასუხისმგებლობა;

ბ) უზრუნველყოს სამართლებრივი ნორმების, საზოგადოებრივი წესრიგისა და უსაფრთხოების შენარჩუნება და ხელშეწყობა, კოსოვოში შესაბამის საერთაშორისო სამოქალაქო ხელისუფლებასთან კონსულტაციებით და მოახდინოს კოსოვოს კომპეტენტური ხელისუფლების მიერ მიღებული ოპერატიული გადაწყვეტილებების შეცვლა ან ანულირება;

გ) ხელი შეუწყოს კოსოვოში სამართლებრივ ნორმებთან დაკავშირებული სამსახურების, მათ შორის საბაჟო სამსახურის, პოლიტიკური ზეგავლენისაგან გათავისუფლებას;

დ) უზრუნველყოს სამხედრო დანაშაულებების, ტერორიზმის, ორგანიზებული დანაშაულებების, კორუფციის, შიდა ეთნიკური დანაშაულებების, ფინანსურ/ეკონომიკური და სხვა სერიოზული სახის დანაშაულებების შესაბამისი შესწავლა, გამოძიება, განხილვა და სამართლებრივი დევნა მოქმედი კანონმდებლობის შესაბამისად; ამ პროცედურების საერთაშორისო გამომძიებლების, პროკურორებისა და მოსამართლეების მიერ კოსოვოს გამომძიებლებთან, პროკურორებთან და მოსამართლეებთან ერთად ან დამოუკიდებლად წარმოება და შესაბამისი ღონისძიებების გატარება, რომელიც გულისხმობს პოლიციასა და სამართალდამცავ ორგანოებს შორის თანამშრომლობისა და საკოორდინაციო სტრუქტურების შექმნას;

ე) ხელი შეუწყოს სასამართლო პროცესებთან დაკავშირებული თანამშრომლობისა და კოორდინაციის გაძლიერებას, განსაკუთრებით კი ორგანიზებული დანაშაულებების აღმოფხვრის სფეროში;

[87] სერბეთის საგარეო საქმეთა სამინისტროს ინფორმაცია, 2008 წლის 26 აპრილი, შეგიძლიათ იხ. მისამართზე: http://www.mfa.gov.yu/Pressframe15.htm .

[88] საბჭოს ერთობლივი მოქმედება 2007/334/CFSP, 14 მაისი, 2007, ევროკავშირის ოფიციალური ბიულეტენი, 15 მაისი, 2007, L 125/29, პრეამბულის პარაგრაფი (4).

ვ) ხელი შეუწყოს კორუფციის წინააღმდეგ ბრძოლას, თაღლითობისა და ფინანსური დანაშაულებების აღმოფხვრას“[89].

ზემოთ აღნიშნული ფუნქციები და უფლებამოსილებები, განსაკუთრებით ისინი, რომლებიც პუნქტ ბ-შია მოცემული, როგორც ჩანს, კოსოვოს ე.წ. „კონტროლირებად“ და „რეგულირებად“ დამოუკიდებლობას ასახავენ. სხვაგვარად რომ ვთქვათ, ამ მოდელით კოსოვოს არ გააჩნია სრული სუვერენიტეტი. ევროკავშირის კომისიის პრეზიდენტმა, ჯოზეფ მანუელ ბაროსომ აღნიშნა, რომ კოსოვოში ევროსაბჭოს მისიის გაგზავნა, ზოგადად, არ ეწინააღმდეგება საერთაშორისო კანონმდებლობას და პრაქტიკულად რეზოლუცია 1244-ს, რადგან „შესაბამის საერთაშორისო ორგანიზაციებს“ უფლება აქვთ, კოსოვოში შექმნან საერთაშორისო საზოგადოება და მისიას იქ ყოფნა შეეძლება მანამ, სანამ უშიშროების საბჭო განსხვავებულ გადაწყვეტილებას არ მიიღებს[90]. სერბეთის პოზიცია უცვლელი რჩება. ამ პოზიციის მიხედვით, უშიშროების საბჭოს ნებართვის გარეშე, ევროკავშირის სამართლებრივი ნორმების მისიას (EULEX) კოსოვოში კანონიერად განთავსება არ შეუძლია. დამოუკიდებლობის ცალმხრივად გამოცხადებამდე და ევროკავშირის სამართლებრივი ნორმების მისიის განთავსებამდე, კვიპროსის მთავრობამ ხაზგასმით აღნიშნა, რომ კოსოვოში ევროკავშირის მისიის განთავსება არ ეწინააღმდეგებოდა რეზოლუცია 1244-ს[91]. იგივე პოზიცია დააფიქსირა რუსეთმა, „ევროკავშირი ცალმხრივად, გაეროს უშიშროების საბჭოს გადაწყვეტილების გარეშე აგზავნის სამართლებრივი ნორმების მისიას კოსოვოში. მსუბუქად რომ ვთქვათ, ეს მწარე ირონიაა, რადგან სამართლებრივი ნორმების მისია გაგზავნილია უზენაესი სამართლისა და საერთაშორისო სამართლის დარღვევით. როგორც ჩვენთვისაა ცნობილი, ევროკავშირის მისიის გაგზავნას საფუძვლად უდევს 1244-ე რეზოლუცია და კოსოვოს დამოუკიდებლობის ცალმხრივი გამოცხადება ამ რეზოლუციას არ ეწინააღმდეგება, რადგან მასში საუბარია გარდამავალ პერიოდზე და, სავარაუდოდ, ეს გარდამავალი პერიოდი დასრულებულია. ეს არ არის სიმართლე. მიუხედავად იმისა, რომ 1244-ე რეზოლუციაში მართლაც საუბარია გარდამავალ პერიოდზე, რეზოლუციის თანახმად, ეს გარდამავალი პერიოდი უნდა გაგრძელდეს მანამ, სანამ მხარეები მიაღწევენ, ციტირებას მოვახდენ, „საბოლოო პოლიტიკურ დარეგულირებას“. ყველასათვის ცნობილია, რომ ამ პოლიტიკური დარეგულირების მიღწევისათვის წარმოებული საუბრები ხელოვნურად იქნა ჩაშლილი გარე მოვლენებით. სერბეთის ტერიტორიული მთლიანობა დადასტურებული იქნა არა მარტო 1999 წელს მიღებული 1244-ე რეზოლუციით, არამედ ახლახან, 2007 წლის ნოემბრის ბოლოს მიღებული UNSC რეზოლუციით“[92].

სერბეთის საგარეო საქმეთა სამინისტროც აღნიშნავს, „მიუხედავად იმისა, რომ ბრიუსელმა მიიღო გადაწყვეტილება თებერვლის დასაწყისში პროვინციაში მისი მისიის განთავსების შესახებ, გაეროს გენერალური მდივნისგან მას ოფიციალური დასტური არ მიუღია ამ მოვლენასთან დაკავშირებით, რაც 1244-ე რეზოლუციის თანახმად, აუცილებელია; აღნიშნული რეზოლუცია 1999 წლის შემდეგ, კოსოვოში ნებისმიერი სახის საერთაშორისო ორგანიზაციის არსებობას არეგულირებს“[93].

2008 წლის 4 თებერვლის საბჭოს ერთობლივი მოქმედების დოკუმენტი არეგულირებს ევროკავშირის სამართლებრივი ნორმების მისიას და რეზოლუცია 1244-ს განიხილავს როგორც მის საფუძველს[94]. ევროკავშირის საბჭო გასაკუთრებულად რეზოლუციის იმ პუნქტს ეხება (პარაგრაფი 10), რომელშიც უშიშროების საბჭო „გენერალურ მდივანს, შესაბამისი საერთაშორისო ორგანიზაციების დახმარებით, უფლებამოსილებას ანიჭებს, შექმნას საერთაშორისო საზოგადოება კოსოვოში...“ მაგრამ ეს ფრაზა გავრცობილია, იგი ეხება გაეროს გენერალური მდივნის მიერ წარმოებულ საქმიანობას, რომელიც ხარისხობრივად გაეროს მიერ წარმოებული ოპერაციებია და ეწინააღმდეგება სხვა ორგანიზაციების გაეროს მიერ დამოწმებულ ოპერაციებს. რეზოლუცია 1244 ევროკავშირის მიერ სამოქალაქო მშვიდობის ოპერაციების ჩატარებასთან არ არის დაკავშირებული. თუ გაეროს უშიშროების საბჭო, მე-7 თავში მოცემული მდგომარეობის გათვალისწინებით, გადაწყვეტს ევროკავშირს ოპერაციების განხორციელების ნება დართოს, ეს აუცილებელი უფლებამოსილების ღიად გადაცემა იქნება, როგორიც იყო ბოსნიაში EUFOR -ის შექმნა ნატოს სტაბილიზაციის ძალების

[89] მუხლი 3, საბჭოს ერთობლივი მოქმედება 2008/124/CFSP, 4 თებერვალი 2008, ევროკავშირის ოფიციალური ბიულეტენი, 16 თებერვალი 2008, L 42/92.

[90] ბაროსო კოსოვოში ევროკავშირის მისიას უწოდებს კანონიერს, 21 თებერვალი 2008, შინჰუას მიერ მოწოდებული ინფორმაცია, იხილეთ: www.xinhuanet.com.

[91] კვიპროსის საგარეო საქმეთა მინისტრის განცხადება, 14 დეკემბერი 2007.

[92] „კოსოვოს Tool Kit for Separatists“, BBC-ის ინფორმაცია, იხილეთ inews.bbc.co.uk, 20 თებერვალი 2008; თურქეთის საგარეო საქმეთა მინისტრთან, ალი ბაბაჯანთან ერთობლივი პრესკონფერენციის დროს მედიის შეკითხვებზე რუსეთის საგარეო საქმეთა მინისტრის სერგეი ლავროვის შენიშვნები და პასუხები. მოსკოვი, 20 თებერვალი, 2008. იხილეთ www.mid.ru.

[93] სერბეთის საგარეო საქმეთა სამინისტროს ინფორმაცია, იხილეთ შენიშვნა 86.

[94] საბჭოს ერთობლივი მოქმედება, იხილეთ შენიშვნა 88.

ან კონგოს დემოკრატიულ რესპუბლიკაში ევროკავშირის მისიის ჩასანაცვლებლად[95]. სინამდვილე კი ის არის, რომ კოსოვოში ევროკავშირის მისიის განთავსება გაეროს უშიშროების საბჭოს სანქციის გარეშე მოხდა. ეს ქმედება არ შეესაბამება საერთაშორისო სამართლის ნორმებს, სანამ სერბეთი თანხმობას არ გასცემს ან უშიშროების საბჭო უშუალოდ არ დაამტკიცებს მას.

ნებისმიერ შემთხვევაში, ევროკავშირის რეზოლუცია 1244-თან დამოკიდებულება, რაც ევროკავშირის მისიის საფუძველს წარმოადგენს, სწორია. ეს ევროკავშირის მხრიდან აღიარებაა, რომ ამ ოპერაციისათვის არ არსებობს სხვა სამართლებრივი საფუძველი. არც საერთაშორისო სამართალი და არც სამართლებრივი სტრუქტურა და ევროკავშირის კომპეტენცია იძლევა EULEX-ის მსგავსად ოპერაციების წარმოების შესაძლებლობას, როგორც ეს კოსოვოს შემთხვევაშია.

EULEX-ის შექმნის პროცესმა გამოააშკარავა სხვა პრობლემებიც არა მხოლოდ კოსოვოს სტატუსთან, არამედ ევროკავშირის პოზიციასთან დაკავშირებით. 2008 წლის 4 თებერვლის ერთობლივი მოქმედების მე-10 მუხლის თანახმად, „EULEX კოსოვოს და მისი პერსონალის სტატუსი პრივილეგიების, იმუნიტეტის და EULEX კოსოვოს დასრულებისა და სრულყოფილი ფუნქციონირებისათვის საჭირო შემდგომი გარანტიების ჩათვლით, შესაბამისად უნდა იქნეს შეთანხმებული“.

გაურკვეველია, თუ როგორ და ვისთან უნდა „შეთანხმდეს“ ეს პრივილეგიები და იმუნიტეტის საკითხი. ევროკავშირს, როგორც საერთაშორისო ორგანიზაციას, იმუნიტეტი არ გააჩნია მანამ, სანამ საკითხი შესაბამისი ტერიტორიული სახელმწიფოს ხელშეკრულების საფუძველზე არ იქნება განხილული. საერთაშორისო ორგანიზაციას არ გააჩნია უფლება, საკუთარ თავს მიანიჭოს იმუნიტეტი. თუ, მეორე მხრივ, ევროკავშირი ამ მიზნის მიღწევისათვის ხელშეკრულებას გააფორმებს კოსოვოს ხელისუფლებასთან, ეს ევროკავშირის მიერ კოსოვოს აღიარების ტოლფასი იქნება. როგორც ზემოთ იყო აღნიშნული, ევროკავშირს არ ჰქონდა შესაძლებლობა, რაიმე გადაწყვეტილება მიეღო კოსოვოს აღიარებასთან დაკავშირებით და კოსოვოს ხელისუფლებასთან ნებისმიერი სახის შეთანხმება იქნება იმისი იმიტაცია, რისი მინიჭებაც ვერ მოხდა. ამგვარად, 2008 წლის 4 თებერვლის საბჭოს ერთობლივი მოქმედების შესახებ დოკუმენტის თანახმად, EULEX პრივილეგიები და იმუნიტეტი უნდა იქნეს უზრუნველყოფილი, მაგრამ აქ არ არის ნათქვამი, თუ როგორ უნდა მოხდეს ამისი მიღწევა. ფაქტობრივად, ეს საკანონმდებლო პირობებში ვერ მოხერხდება

### 3. კოსოვოში გაეროს მისიის იურიდიული სტატუსი

ევროკავშირის მიერ EULEX მისიის განთავსებისა და პრიშტინაში ცალმხრივად გამოცხადებული დამოუკიდებლობის არსებობის მიუხედავად, გაეროს დროებითი ადმინისტრაცია კოსოვოში (UNMIK) კვლავ განაგრძობს თავის საქმიანობას, რადგან მას ეს ვალდებულება რეზოლუცია 1244-ს თანახმად ეკისრება. ევროკავშირმა განაცხადა, რომ S/RES/1244 -ის დასრულებამდე გაერო მთლიანად ჩაბმული იქნება კოსოვოს საკითხებში[96].

UNMIK არ ახდენს საკუთარი ვალდებულებების სრულად აღსრულებას და თავის დამოკიდებულებებს განსაზღვრავს მთავრობის მიერ წარმოებული პოლიტიკური ზეწოლით, რომელიც მხარს უჭერს კოსოვოს დამოუკიდებლობას. ეს ცხადი გახდა UNMIK-ის ნეგატიური დამოკიდებულებით 2008 წლის მაისში კოსოვოში სერბეთის არჩევნების გამართვასთან დაკავშირებით. რეზოლუცია 1244 -ის მე-11 პარაგრაფის თანახმად, UNMIK-ის ძირითადი ვალდებულებები მოიცავს

„დემოკრატიული და ავტონომიური თვითმმართველობისათვის დროებითი ინსტიტუტების ორგანიზებას და კონტროლს არჩევნების ჩატარების ჩათვლით“.

UNMIK-ის ხელმძღვანელმა და კოსოვოში გენერალური მდივნის სპეციალურმა წარმომადგენელმა ჯოაკიმ რაქერმა უარი განაცხადა ამ არჩევნების ორგანიზებაზე. მისი მტკიცებით, UNMIK არის ერთადერთი ორგანიზაცია, რომელიც იძლევა არჩევნების ჩატარების უფლებას. ეს გამომდინარეობს UNMIK-ის ამჟამინდელი ხელმძღვანელის დამოკიდებულებიდან, რომელიც კოსოვოს დამოუკიდებლობას ემხრობა[97]. თუმცა ზემოთ მოცემული რეზოლუციის პარაგრაფი არანაირ მონოპოლიას არ ანიჭებს UNMIK-ს არჩევნების ჩატარების თუ არჩატარების საკითხთან დაკავშირებით. მან მხო-

[95] ამასთან დაკავშირებით იხილეთ ა. ორახელაშვილის „რეგიონალური ორგანიზაციების სამშვიდობო ოპერაციების სამართლებრივი სტრუქტურა“, საერთაშორისო მშვიდობის შენარჩუნება: საერთაშორისო სამშვიდობო ოპერაციების წელიწდეული. 11 (2006), 111 და მომდევნო.

[96] საბჭოს ერთობლივი მოქმედება 2006/302/ CFSP, 10 აპრილი, 2006, ევროკავშირის ოფიციალური ბიულეტენი, 26 აპრილი, 2006, L 112/19.

[97] იხილეთ რაქერი, „ადგილობრივი არჩევნების შედეგებს იურიდიული ძალა არ ექნება“, სერბეთის საგარეო საქმეთა სამინისტრო, 8 მაისი, 2008, www.mfa.gov.yu; იხილეთ ქვემოთ მოცემული მე-7 ნაწილი, ასევე სერბი მინისტრის სლობოდან სამარდზიკის წერილი რიუქერისადმი, რომელშიც სერბეთის მინისტრი აღნიშნავს, რომ მიუხედავად რიუქერის ღია ნეიტრალური პოლიტიკური პოზიციისა, იგი არ არის ნეიტრალური პოზიციის მომხრე, იხილეთ www.kosovo-compromise.com.

ლოდ არჩევნების ორგანიზება და კონტროლი უნდა უზრუნველყოს.

## VII. სამომავლო პერსპექტივები: კონფლიქტის დარეგულირება

ზემოთ მოცემული ანალიზიდან გამომდინარე, საერთაშორისო სამართლის ნორმების თანახმად, კოსოვოს არ გააჩნია საკმარისი საფუძველი დამოუკიდებლობისათვის. მიუხედავად იმისა, რომ ეს კანონსაწინააღმდეგოა, ამ დრომდე კოსოვო კვლავ არსებობს როგორც ფაქტობრივი რეალობა, რომელსაც რიგი გავლენიანი მთავრობების მხარდაჭერა გააჩნია. ამგვარად, აზრს იძენს კოსოვოს სამომავლო განვითარების პერსპექტივებზე აქცენტის გაკეთება.

ერთი შესაძლო ვარიანტი ის არის, რომ სერბეთი საბოლოოდ აღიარებს კოსოვოს დამოუკიდებლობას და ამით მდგომარეობა გამოსწორდება. სერბეთი ამ გადაწყვეტილებასთან დაკავშირებით ზეწოლას განიცდის ევროკავშირის და ამერიკის შეერთებული შტატების ხელისუფლების მხრიდან. სანაცვლოდ სერბეთი უფრო მჭიდრო ურთიერთობასა და ევროკავშირის წევრობის მეტ შესაძლებლობას მიიღებს. გამორიცხული არ არის ამგვარი გარიგების არსებობა, მაგრამ ეს ნაკლებად სარწმუნოა, რადგან ამჟამად სერბეთის არც ერთი ხელისუფლება არ მოახდენს კოსოვოს დამოუკიდებლობის აღიარებას.

მეორე შესაძლო ვარიანტია არსებული დე ფაქტო მდგომარეობა, რომელსაც თან ახლავს ადგილობრივი კონფლიქტები, უთანხმოებები და კრიზისები.

მესამე ვარიანტი სერბეთის მიერ კოსოვოზე კონტროლის მოპოვებისათვის ძალის გამოყენებაა. ამ მხრივ საინტერესოა, თანამედროვე ***jus ad bellum*** აძლევს თუ არა სერბეთს ძალის გამოყენების უფლებას. სერბეთის მთავრობის ანგარიშების მიხედვით, ტერიტორიების დაბრუნებისათვის ისინი არ აპირებენ კოსოვოში ჯარების გაგზავნას[98]. ეს გაგებული იქნა როგორც უარი სერბეთის მხრიდან ძალის გამოყენებასთან დაკავშირებით[99]. ამგვარად, სერბეთის განცხადება იმას ნიშნავს, რომ სერბეთი, იმის გათვალისწინებით, რომ მას არ სურს ნატოს ჯარებთან კონფრონტაციაზე წასვლა, არ აპირებს საკუთარი ჯარების კოსოვოში გაგზავნას. მაგრამ ეს განცხადება არ ნიშნავს იმას, რომ სერბეთი არ გამოიყენებს თავის უფლებას – ძალები გამოიყენოს ტერიტორიული მთლიანობის აღდგენისათვის. ზოგადად, უფლების არგამოყენება არ ნიშნავს ამ უფლებაზე უარის თქმას და ტექსტი, რომელიც შეიცავს ამ უარს, მკაცრად უნდა იქნეს ინტერპრეტირებული, რომ არაფერი იქნას ნავარაუდევი რაც განცხადების ტექსტიდან არ გამომდინარეობს[100].

ძირითადი შეკითხვა შემდეგში მდგომარეობს: კოსოვო, როგორც დე ფაქტო რეჟიმი, რამდენი ხანი იქნება კანონიერად დაცული ძალის გამოყენებისაგან. რადგან კოსოვო სამართლებრივად რჩება სერბეთის ნაწილად, სერბეთის მხრიდან კოსოვოზე ძალის გამოყენება მთავრობისა და ხელისუფლების აღდგენისათვის არ ეწინააღმდეგება გაეროს წესდების მე-2 (4) მუხლს, რომელიც კრძალავს საერთაშორისო ურთიერთობებში ძალის გამოყენებას. სერ ჰერშ ლაუტერპახტმა აღნიშნა, რომ არაღიარებული სახელმწიფოს ტერიტორია ძალის გამოყენებისაგან დაცული არ არის[101]. როგორც ფროვაინი აღნიშნავს, დე ფაქტო ტერიტორიული სუბიექტი იურიდიული თვალსაზრისით არ არის დაცული იმ სახელმწიფოს თავდასხმისაგან, რომელსაც იგი გამოეყო. სახელმწიფოს მიერ მეორე სახელმწიფოზე ძალის გამოყენება არ იქნება ტერიტორიული მთლიანობის დარღვევა[102]. ძალის ამგვარი გამოყენება არ არის სახელმწიფოების საერთაშორისო ურთიერთობების ნაწილი, დე ფაქტო ერთეული მესამე სახელმწიფოს მიერ დაცული არ იქნება იმ სახელმწიფოსაგან, რომელსაც იგი გამოეყო[103]. ფროუვეინი ასევე ეხება საერთაშორისო სტატუსით ძალის გამოყენებას დე ფაქტო ტერიტორიული ერთეულის წინააღმდეგ და დასძენს, რომ ასეთ შემთხვევაში ძალის გამოყენების აკრძალვას შეუძლია დაიცვას დე ფაქტო ტერიტორიული ერთეულები[104], მაგრამ ფროუვეინის ანალიზი არ ითვალისწიებს არც ერთ ტერიტორიულ ერთეულს ისეთი პოზიციით, როგორიც კოსოვოსია. გარდა ამისა, მე-2 (4) მუხლის თანახმად, დე ფაქტო ტერიტორიულ ერთეულებთან დაკავშირებული აკრძალვებით მშვიდობის დაცვის საკითხი უპრობლემო ნამდვილად არ არის, რადგან მე-2 (4) მუხლი სახელმწიფოების საერთაშორისო ურთიერთობებთან დაკავშირებული საკითხებით შემოიფარგლება.

რამდენადაც რეზოლუცია 1244 კვლავ ძალაშია, სავარაუდოდ, სერბეთს არა აქვს უფლება, განიხილოს გაეროს რეზოლუციით დადგენილი საერთაშორისო ადმინისტრაცია. თუ გაეროს ად-

[98] AFP-ს ინფორმაცია, 14 დეკემბერი 207.

[99] იხილეთ გერმანიის საგარეო საქმეთა მინისტრის შტაინმაიერის განცხადება, 18 თებერვალი, 2008.

[100] დოქტრინის ანალიზი და უარყოფის პრაქტიკა, ა. ორახელაშვილი, იხილეთ შენიშვნა 10, 2006, თავი 11; იგივე, იხილეთ შენიშვნა 22, თავი 13.

[101] ლაუტერპახტი, იხილეთ შენიშვნა 26, 52.

[102] ფროუვეინი, იხილეთ შენიშვნა 47, 38.

[103] იქვე, 39.

[104] იქვე, 67 და შემდგომ.

მინისტრაცია შეწყვეტს არსებობას ან საჭირო გახდება ფაქტობრივი სახელმწიფოების დაარსება, რეზოლუცია 1244-ის თანახმად, ეს ხელს შეუშლის გაეროს მიზნებს, ჩაიშლება ამ რეზოლუციის საფუძველზე დადებული გარიგება და სერბეთს შეეძლება, ძალა გამოიყენოს ამ არსებული დარღვევის პასუხად. განმარტებისათვის, UNMIK-ის ხელმძღვანელმა უარი განაცხადა, ეღიარებინა სერბეთის არჩევნების კანონიერება. ამ მდგომარეობას ცნობა არ ესაჭიროება, ამავე დროს, არაღიარება ეფუძნება იმ მოსაზრებას, რომ კოსოვო აღარ არის სერბეთის ნაწილი, ხოლო რეზოლუცია 1244-ის თანახმად, გაეროს ოფიციალურ პირებს ასეთი პოზიციის დაფიქსირების უფლება არ აქვთ. ასეთი პრაქტიკა, მისი გაღრმავების შემთხვევაში, მიგვიყვანს ისეთ მდგომარეობამდე, რომლის შედეგადაც, რეზოლუციით შექმნილი იურიდიული სტატუსი აღარ იარსებებს, სხვა სიტყვებით რომ ვთქვათ, ეს არის რეზოლუციის დარღვევა. ეს სერბეთს უფლებას მისცემს, შესაბამისი დროის მომენტში რეზოლუცია 1244 ძალადაკარგულად გამოაცხადოს და საჭიროების შემთხვევაში გააგრძელოს იძულებითი მოქმედებები ტერიტორიული მთლიანობის დაცვის მიზნით.

მოკლედ რომ ვთქვათ, სერბეთის მხრიდან კოსოვოს დაბრუნებისათვის ძალის გამოყენება დამოკიდებულია რეზოლუცია 1244-ის განხილვის პროცესზე, რაც კოსოვოს მდგომარეობის ინტერნაციონალიზაციის საერთაშორისო სამართლებრივ საფუძვლებს შეესაბამება და ეწინააღმდეგება სერბეთს და სხვა სახელმწიფოებს. უფრო კონკრეტულად კი, ყველაფერი იმაზეა დამოკიდებული, თუ რამდენ ხანს შეძლებენ ნატოს ჯარები კოსოვოში დარჩენას და შესაძლო შეიარაღებული კონფრონტაციის შემთხვევაში, რამდენი ხანი ექნებათ მათ სრულმასშტაბიან საომარ მდგომარეობაში ყოფნის სურვილი.

## VIII. დასკვნითი ნაწილი

კვლევებმა აჩვენა, რომ კოსოვოში დამოუკიდებლობის ცალმხრივი გამოცხადება არღვევს საერთაშორისო სამართლის ნორმებს და მისი კანონიერად აღიარება შეუძლებელია. სერბეთის და მთელი რიგი სხვა სახელმწიფოების მხრიდან კოსოვოს დამოუკიდებლობის საწინააღმდეგო მკაცრი ქმედებებით და საერთაშორისო სამართლის არსებული სტრუქტურით თითქმის შეუძლებელია ამ დამოუკიდებლობის კანონიერად ცნობა. რეალობა კოსოვოს დამოუკიდებლობის სასარგებლოდ მეტყველებს. როგორც შეერთებული შტატების სახელმწიფო მდივანმა, კონდოლიზა რაისმა განაცხადა, „თუ არ მიხედავთ რეალობას, მაშინ დიდი უკმაყოფილებისა და არასტაბილურობის მარცვალს დათესავთ“[105].

მაგრამ ამ რეალისტურ არგუმენტებსაც აქვს ზღვარი. როგორც პოლიტიკური რეალიზმის ერთერთი მამამთავარი, ჰენრი კისინჯერი აღნიშნავს, „სტაბილურობა... მიიღწევა არა მშვიდობის ძიებით, არამედ საყოველთაოდ მიღებული ლეგიტიმურობით“, რომელიც „ნიშნავს საერთაშორისო შეთანხმებას განხორციელებადი ღონისძიებების, დაშვებული მიზნების და საგარეო პოლიტიკის მეთოდების შესახებ.“

ლეგიტიმურობა „გულისხმობს ყველა ძირითადი სახელმწიფოს მიერ საერთაშორისო წესრიგის ჩარჩო-პროექტის მიღებას“, ისე რომ, არც ერთი მათგანი არ გააგრძელებს იმ პოლიტიკას, რომელიც არასასურველ შეთანხმებებს გულისხმობს[106].

ამ არგუმენტების კოსოვოსთან მიმართებაში გამოყენებით, მოსალოდნელია, რომ მიმდინარე მდგომარეობა ვერ იქნება მყარი რეგიონალურ ან გლობალურ დონეზე. რეგიონალურ დონეზე სერბეთი ეწინააღმდეგება კოსოვოს დამოუკიდებლობას გლობალურ დონეზე კი კოსოვოს დამოუკიდებლობას ეწინააღმდეგებიან ისეთი ძირითადი მოთამაშეები, როგორებიც არიან ინდოეთი, ჩინეთი და რუსეთი. შესაბამისად, როგორც რეგიონალურ, ისე გლობალურ დონეზე, კოსოვოს დამოუკიდებლობის საკითხი წინააღმდეგობას წააწყდება, რაც ზეგავლენას მოახდენს მის სტაბილურობაზე. სავარაუდოდ, კოსოვოს დამოუკიდებლობის მომხრე და ხელშემწყობი მხარეები თავიდანვე მიხვდნენ, რომ ის ტერიტორიული ერთეული, რომლის დამოუკიდებლობასაც ისინი მხარს უჭერენ, ვერ მიიღებს საერთაშორისო საზოგადოების ერთობლივ აღიარებას და არც გაერო ცნობს მას.

რეალისტურ არგუმენტს უკურეაქციის პოტენციალიც გააჩნია, თუ კოსოვოს მომხრე ენთუზიასტი სახელმწიფოები დადგებიან ფაქტის წინაშე და მსოფლიოს სხვადასხვა ნაწილში არსებული სახელმწიფოებიც გამოთქვამენ დამოუკიდებლობის სურვილს. თუ რეალისტური არგუმენტი პრობლემის გასაღები იქნება, მაშინ სახელმწიფოებრიობისა და აღიარების სამართლებრივ კრიტერიუმებს გადამწყვეტი მნიშვნელობა აღარ ექნება. როგორიც არ უნდა იყოს სხვა სეპარატისტული ტერიტორიული ერთეულების სახელმწიფოებრიობის აღიარება და ცნობა, რეალისტური არგუმენტის კოსოვოს და-

[105] „კოსოვო: რუსეთის ამბიციები და ამერიკის შეცდომები“, RIAN -ის ინფორმაცია, 14 დეკემბერი, 2007, იხილეთ www.rian.ru.

[106] ჰ. კისინჯერი, მსოფლიო აღდგა, მეტერნიჰი, კასელრეი და მშვიდობის პრობლემები 1812-1822, 1957, 1 და მომდევნო.

მოუკიდებლობის სასარგებლოდ გამოყენება გზას გაუხსნის სხვა ტერიტორიული ერთეულების მიერ დამოუკიდებლობის მოთხოვნის კონსოლიდაციას. შესაბამისად, ისინი, ვინც დღეს რეალისტურ არგუმენტს იყენებენ კოსოვოს მაგალითზე, უნდა მოემზადონ იმისათვის, რომ იგივე არგუმენტებს მოისმენენ იმ სეპარატისტულ ტერიტორიულ ერთეულებთან დაკავშირებით, რომელთა დამოუკიდებლობასაც თავად ეწინააღმდეგებიან. რეალობისადმი რეალისტური დამოკიდებულება არასოდეს არის ზიანის მომტანი.

**668**
**18.09.2009**
**პრეს-რელიზი ხელმისაწვდომია ევროპის ადამიანის უფლებათა სასამართლოს ოფიციალურ ვებ-გვერდზე**
**http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=varnava%20%7C%20others%20%7C%20v.%20%7C%20Turkey&sessionid=32754342&skin=hudoc-pr-en**
**წინამდებარე პრეს-რელიზი წარმოადგენს საკონსტიტუციო სასამართლოს არაოფიციალურ ქართულენოვან თარგმანს.**

# ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს დიდი პალატის გადაწყვეტილება[1]
# ვარნავა და სხვები თურქეთის წინააღმდეგ

*(სარჩელები №16064/90, 16065/90, 16066/90, 16068/90, 16069/90, 16070/90, 16071/90, 16072/90 ანდ 16073/90)*
*გაუჩინარების ფაქტები ჩრდილოეთ კვიპროსში 1974 წლის კონფლიქტის დროს*
***მე-2 მუხლის** (სიცოცხლის უფლება) განგრძობადი დარღვევა*
***მე-3 მუხლის** (არაადამიანური ან ღირსების შემლახველი მოპყრობის აკრძალვა) განგრძობადი დარღვევა*
***მე-5 მუხლის** (თავისუფლებისა და ხელშეუხებლობის უფლება) განგრძობადი დარღვევა*
*ელეფთერიოს თომასა და სავას ჰაჯიპანტელის მიმართ*
***მე-5 მუხლის** დაურღვევლობა დანარჩენი შვიდი დაკარგული პირის მიმართ*

კონვენციის 41-ე მუხლის (სამართლიანი დაკმაყოფილება) გათვალისწინებით, სასამართლომ მიიღო გადაწყვეტილება, რომლის თანახმადაც მოსარჩელე მხარემ თითოეულ სარჩელზე უნდა მიიღოს 12 000 ევრო არაფულადი ზარალის ანაზღაურების სახით, ხოლო ხარჯების დასაფარად – 8 000 ევრო თითოეულ სარჩელზე (გადაწყვეტილება არსებობს ინგლისურ და ფრანგულ ენებზე).

## მთავარი ფაქტები

სასამართლოში სარჩელი შეტანილ იქნა 18 კვიპროსელი მოქალაქის სახელით. ცხრა მათგანი 1974 წლის ივლისსა და აგვისტოში ჩრდილოეთ კვიპროსში თურქეთის შეიარაღებული ძალების მიერ განხორციელებული სამხედრო ოპერაციების დროს გაუჩინარდა. დანარჩენი ცხრა მოსარჩელე გაუჩინარებული პირების ნათესავები არაინ.

ცხრა დაკარგულ ადამიანს შორის რვა ბერძნულ-კვიპროსული შეიარაღებული ძალების იმ ქვედანაყოფში მსახურობდა, რომელიც თურქეთის არმიას უწევდა წინააღმდეგობას და ცდილობდა, მისთვის წინ წაწევის საშუალება არ მიეცა. რამდენიმე მოწმის განცხადებით, აღნიშნული პირები თურქი სამხედროების მიერ აყვანილ ტყვეებს შორის იყვნენ. მეცხრე დაკარგული ადამიანი, ბატონი ჰაჯიპანტელი, ბანკის თანამშრომელია. იგი თურქმა ჯარისკაცებმა დაკითხვაზე წაიყვანეს 1974 წლის 18 აგვისტოს. მისი გვამი 2007 წელს გაეროს დაკარგულთა კომიტეტის მიერ განხორციელებული მისიის დროს იპოვეს. გვამზე რამდენიმე ნატყვიარი იქნა აღმოჩენილი.

თურქეთის მთავრობა არ ეთანხმება მტკიცებულებას, რომ აღნიშნული პირები თურქეთის შეიარაღებულმა ძალებმა ტყვედ აიყვანეს. თურქული მხარე ირწმუნება, რომ დაკარგული პირები იყვნენ სამხედრო მოსამსახურეები, რომლებიც სამხედრო ოპერაციის დროს დაიღუპნენ, დაკარგულთაგან მეცხე ადამიანის სახელი და გვარი კი საპატიმროში არსებულ ბერძენ-კვიპროსელ ტყვეთა სიაში დაფიქსირებული არ არის. აღნიშნული სია საერთაშორისო წითელი ჯვრის ორგანიზაციამ შეამოწმა. თუმცაღა კვიპროსის მთავრობა აცხადებს, რომ ზემოაღნიშნული ცხრა ადამიანი იმ ტერიტორიაზე დაიკარგა, რომელსაც თურქეთის შეიარაღებული ძალები აკონტროლებდნენ.

[1] დიდი პალატის გადაწყვეტილება საბოლოოა (კონვენციის 44-2 მუხლი).

## ბრალდებები, პროცედურა და სასამართლოს შემადგენლობა

მოსარჩელეთა მტკიცებით, მათი ნათესავები 1974 წელს თურქეთის შეიარაღებული ძალების მიერ დაპატიმრების შემდეგ გაუჩინარდნენ, თურქეთის მმართველ ორგანოებს კი ამისათვის პასუხი არ უგიათ. სარჩელი შემდეგი მუხლების საფუძველზეა შეტანილი: მე-2 მუხლი (სიცოცხლის უფლება), მე-3 მუხლი (არაადამიანური და ღირსების შემლახველი მოპყრობის აკრძალვა), მე-4 მუხლი (იძულებითი შრომის აკრძალვა), მე-5 მუხლი (თავისუფლებისა და ხელშეუხებლობის უფლება), მე-6 მუხლი (საქმის სამართლიანი სასამართლო განხილვის უფლება), მე-8 მუხლი (პირადი და ოჯახური ცხოვრების პატივისცემის უფლება), მე-10 მუხლი (გამოხატვის თავისუფლება), მე-12 მუხლი (ქორწინების უფლება), მე-13 მუხლი (სამართლებრივი დაცვის ეფექტიანი საშუალების უფლება) და მე-14 მუხლი (დისკრიმინაციის აკრძალვა).

აღნიშნული სარჩელები ევროპის ადამიანის უფლებათა კომისიას 1990 წლის 25 იანვარს წარედგინა. კომისიამ სარჩელები 1991 წლის 2 ივლისს მიიღო და დაშვებულად გამოაცხადა 1998 წლის 14 აპრილს. სარჩელები სასამართლოს 1998 წლის 1 ნოემბერს გადაეცა.

2008 წლის 10 იანვარს გამოტანილ გადაწყვეტილებაში („პალატის სასამართლო გადაწყვეტილება“) პალატამ ერთსულოვნად აღიარა, რომ დარღვეული იყო კონვენციის მე-2, მე-3 და მე-5 მუხლები, ხოლო კონვენციის მე-4, მე-6, მე-8, მე-10, მე-12, მე-13 და მე-14 მუხლების დარღვევის შესახებ ცალკე საკითხები არ განიხილებოდა. სასამართლომ ასევე განაცხადა, რომ აღმოჩენილი კანონდარღვევები უკვე საკმარისი იყო მოსარჩელეთა არაფულადი ზარალის ანაზღაურების მოთხოვნის დაკმაყოფილების შესახებ გადაწყვეტილების მისაღებად.

2008 წლის 7 ივლისს, კონვენციის 43[2] მუხლის თანახმად, თურქეთის მთავრობის მოთხოვნით, საქმე დიდ პალატას გადაეცა განსახილველად. კვიპროსის მთავრობამ წარადგინა წერილობითი განმარტება. წერილობითი განმარტება წარმოადგინა ასევე ორგანიზაციამ „რედრესი“(REDRESS), რომელსაც 2008 წლის სექტემბერში წერილობით პროცედურებში ჩართვის უფლება მიეცა. ღია სხდომაზე მოსმენა ჩატარდა 2008 წლის 19 ნოემბერს, ევროპის ადამიანის უფლებათა სასამართლოში, სტრასბურგში.

თურქეთის მთავრობამ პროტესტი გამოხატა სასამართლოს საქმის გადახედვასთან დაკავშირებული იურისდიქციისადმი. უპირველეს ყოვლისა, თურქული მხარე აცხადებს, რომ აღნიშნული სარჩელების განსაზღვრისადმი სამართლებრივი დაინტერესება აღარ არსებობს იმის გათვალისწინებით, რომ სასამართლომ უკვე გადაწყვიტა ბერძენი კვიპროსელების გაუჩინარების საკითხი მეოთხე სახელმწიფოთშორისი საქმის განხილვის შედეგად. მეორეც, სარჩელები სასამართლოს სამოქალაქო იურისდიქციის საზღვრებში არ ჯდება, რამდენადაც ყოველი სარჩელი დაკავშირებულია ფაქტებთან, რომლებიც მოხდა მანამ, სანამ თურქეთი ინდივიდუალური საჩივრის უფლებას აღიარებდა 1987 წლის 28 იანვარს. დაბოლოს, ფაქტებიდან სარჩელების შეტანამდე ძალიან დიდი დრო გავიდა. ამიტომაც სარჩელები მიუღებლად უნდა გამოცხადებულიყო სასამართლოში თურქეთის მიერ ინდივიდუალური საჩივრის უფლების აღიარებიდან ექვსი თვის ვადაში წარუდგენლობის გამო.

სასამართლო გადაწყვეტილება გამოტანილ იქნა სასამართლოს დიდი პალატის მიერ, რომელშიც შემდეგი ჩვიდმეტი მოსამართლე შედიოდა:

ჟან-პოლ **კოსტა** (საფრანგეთი) – **პრეზიდენტი,**
ფრანსუაზ **ტულკენსი** (ბელგია),
ჯოზეფ **კასადევალი** (ანდორა),
ანატოლი **კოვლერი** (რუსეთი),
ვლადიმირო **ზაგრებელსკი** (იტალია),
ლეხ **გარლიცკი** (პოლონეთი),
დინ **სპილმანი** (ლუქსემბურგი),
სვერ ერიკ **იებენსი** (ნორვეგია),
ინეტა **ზიმელე** (ლატვია),
მარკ **ვილიგერი** (ლიხტენშტეინი),
პაივი **ჰირველა** (ფინეთი),
ლუის **ლოპეს გერა** (ესპანეთი),
მირიანა ლაზაროვა **ტრაიკოვსკა** (ყოფილი იუგოსლავიის რესპუბლიკა – მაკედონია),
ნონა **წოწორია** (საქართველო),
ენ **პაუერი** (ირლანდია),
ზდრავკა **კალაიჯიევა** (ბულგარეთი), **მოსამართლეები,**
გონულ **ერონენი** (თურქეთი), *ad hoc* **მოსამართლე**
და ერიკ **ფრიბერგი, გამწესრიგებელი.**

[2] ევროპის ადამიანის უფლებათა კონვენციის 43-ე მუხლის მიხედვით, პალატის მიერ გადაწყვეტილების გამოტანის დღიდან სამი თვის განმავლობაში საქმის მონაწილე ნებისმიერ მხარეს, გამონაკლის შემთხვევაში, შეუძლია ითხოვოს საქმის 17 წევრისაგან შემდგარი დიდი პალატისათვის გადაცემა. დიდი პალატის კოლეგია ხუთი მოსამართლის შემადგენლობით აკმაყოფილებს ამ მოთხოვნას, თუ საქმე წამოჭრის კონვენციის ან მისი ოქმების განმარტების ან გამოყენებისათვის სერიოზულ საკითხს, ან ზოგადი მნიშვნელობის სხვა სერიოზულ საკითხს. დიდ პალატას კი გამოაქვს საქმეზე საბოლოო გადაწყვეტილება. თუ ამგვარი საკითხი არ დგება, კოლეგია მოთხოვნას უარყოფს და, ამრიგად, გადაწყვეტილება საბოლოოა. სხვა შემთხვევაში, დიდი პალატის გადაწყვეტილება საბოლოო გადაწყვეტილების სტატუსს იღებს მისი გამოტანიდან სამი თვის შემდეგ ან უფრო ადრე, თუკი მხარეები აცხადებენ, რომ არ ითხოვენ საქმის 17 წევრისგან დაკომპლექტებული დიდი პალატისათვის გადაცემას.

## სასამართლო გადაწყვეტილება

### მთავრობის წინასწარი პროტესტი

*სამართლებრივი ინტერესი*

სასამართლომ, უპირველეს ყოვლისა, აღნიშნა შემდეგი: იმისათვის რომ სარჩელი უკვე განხილული სარჩელის ანალოგიურ სარჩელად ჩაითვალოს, იგი არა მარტო იმავე ფაქტებსა და ბრალდებებს უნდა ასახავდეს, რასაც უკვე განხილული სარჩელი, არამედ იგივე მოსარჩელეების მიერ უნდა იყოს წარმოდგენილი. მეოთხე სახელმწიფოთშორისი საქმის განხილვის შედეგად ნამდვილად დადგინდა, რომ ადგილი ჰქონდა სამართლადარღვევას ყველა დაკარგული ადამიანის მიმართ. ინდივიდუალური სარჩელები სასამართლოს საშუალებას აძლევდა, დაეკმაყოფილებინა მოთხოვნა ინდივიდუალურ მოსარჩელეთა არაფულადი ზარალის ანაზღაურებაზე და განესაზღვრა ნებისმიერი ზოგადი ან ინდივიდუალური ღონისძიება, რომელიც შეიძლება განხორციელებულიყო. გადაწყვიტა რა, რომ აღნიშნული განაჩენების განხილვის გაგრძელებისადმი სამართლებრივი ინტერესი არსებობდა, სასამართლომ უარყო თურქეთის მთავრობის წინააღმდეობა.

*დროებითი იურისდიქცია*

სასამართლოს განცხადებით, მოსარჩელეები გარკვევით აღნიშნავდნენ, რომ მათი ბრალდებები დაკავშირებული იყო მხოლოდ 1987 წლის 28 იანვრის (კერძოდ კი თურქეთის მიერ ინდივიდუალური საჩივრის უფლების აღიარების) შემდგომ მდგომარეობასთან. სასამართლო მიიჩნევს, რომ დაკარგული ადამიანების ბედ-იღბლის გასარკვევად ეფექტური გამოძიების ჩატარება მუდმივი ვალდებულებაა და, მიუხედავად იმისა, რომ აღნიშნული პირები 34 წლის განმავლობაში იყვნენ უგზო-უკვლოდ დაკარგულები, ეს ვალდებულება მუდმივად არსებობდა ამ ხნის განმავლობაში, რადგანაც მათი ბედი გაურკვეველი იყო და ამაზე პასუხს არავინ აგებდა. შესაბამისად, ამ თვალსაზრისით, სასამართლომ თურქეთის მთავრობის წინააღმდეგობა უარყო.

*სასამართლოსათვის საქმის მოგვიანებით წარდგენა*

სასამართლოს განცხადებით, მოსარჩელეებმა 1974 წელს თავიანთი ნათესავების დაკარგვიდან 15 წლის შემდეგ შეიტანეს სარჩელი. სარჩელის შეტანა მათ 1987 წლამდე არ შეეძლოთ. ითვალისწინებს რა, გამონაკლისის სახით, არსებულ მდგომარეობას, რომელიც საერთაშორისო კონფლიქტმა გამოიწვია, სასამართლოს დასაშვებად მიაჩნია მოსარჩელეთა ასეთი მოქმედება, მიუხედავად იმისა, რომ მათ სარჩელი თურქეთის მიერ ინდივიდუალური საჩივრის უფლების აღიარებიდან სამი წლის შემდგ შეიტანეს. ამდენად, სასამართლომ თურქეთის ეს წინააღმდეგობაც უარყო.

მე-2 მუხლი

სასამართლოს განცხადებით, თურქეთის მთავრობას არ წარმოუდგენია რაიმე კონკრეტული ინფორმაცია იმის დასამტკიცებლად, რომ დაკარგული ადამიანები გარდაცვლილები„ იპოვეს ან მოკლულ იქნენ კონფლიქტის ზონაში, რომელსაც თურქეთი აკონტროლებდა. დაკარგული ადამიანების ბედ-იღბალთან დაკავშირებით არც სხვა რაიმე დამაჯერებელი ახსნა-განმარტება არსებობს, რაც გააბათილებდა მოსარჩელეთა მტკიცებას, რომ აღნიშნული პირები გაუჩინარდნენ თურქეთის მთავრობის მიერ კონტროლირებად ტერიტორიებზე. თუ გავითვალისწინებთ მეოთხე სახელმწიფოთშორისი საქმის განხილვის შედეგებს, რომელსაც არავინ უარყოფს, გაუჩინარების ფაქტები მოხდა სიცოცხლისათვის საშიშ გარემოებებში, როდესაც სამხედრო ოპერაციებს თან ახლდა მასობრივი დაპატიმრებები და მკვლელობები.

სასამართლო სრულიად იზიარებს იმ ფაქტს, რომ მნიშვნელოვანია ექსჰუმაციის და ნეშტის იდენტიფიკაციის პროცესები, რომელთაც გაეროს დაკარგულთა კომიტეტი ახორციელებს.სასამართლო დიდად აფასებს ინფორმაციის მოწოდებისა და ნეშტის ახლობლებისათვის გადაცემისათვის შესრულებულ სამუშაოს. თუმცაღა ის იმასაც აღნიშნავს, რომ თურქეთის მთავრობის მიერ შესრულებული სამუშაო მნიშვნელოვანი დასაწყისი იყო საგამოძიებო პროცესში, მაგრამ ეს საკმარისი არ არის იმისათვის, რათა შესრულებულად ჩაითვალოს მისთვის მეორე მუხლით დაკისრებული ვალდებულება ეფექტური გამოძიებების ჩატარების შესახებ. უფრო კონკრეტულად რომ ვთქვათ, გაეროს დაკარგულთა კომიტეტი არ განსაზღვრავდა დაკარგულთა გარდაცვალებასთან დაკავშირებულ ფაქტებს და არ აგროვებდა ან აფასებდა მტკიცებულებებს იმისათვის, რომ დამნაშავეების წინააღმდეგ სისხლის სამართლებრივი დევნა განხორციელებულიყო. ეს ფუნქცია არც სხვა რომელიმე ორგანოს შეუსრულებია. სასამართლოს ეჭვი არ ეპარება, რომ მოვლენებიდან ამდენი წლის შემდეგ, ძალიან რთული იქნება მოწმეთა ჩვენებების მოპოვება ან სავარაუდო დამნაშავეთა წინააღმდეგ საქმის აღძვრა. თუმცა პრეცედენტული სამართლის ნორმების გათვალისწინებით, რომლის მიხედვითაც სახელმწიფოები ვალდებული არიან,

ეფექტური გამოძიება ჩაატარონ, სასამართლომ დაადგინა, რომ თურქეთის მთავრობამ ყველა აუცილებელი ღონისძიება უნდა გაატაროს ამ მიმართულებით. ამრიგად, სასამართლომ დაასკვნა, რომ მე-2 მუხლი განუწყვეტილივ ირღვევა, რადგანაც თურქეთი 1974 წელს გაუჩინარებული ცხრა ადამიანის საქმის ეფექტურ გამოძიებას არ ატარებს.

მე-3 მუხლი

სასამართლომ გაიხსენა მეოთხე სახელმწიფოთშორისი საქმის განხილვის შედეგები 1974 წლის გაუჩინარების ფაქტების კონტექსტში. აღნიშნულ პერიოდში განხორციელებულ სამხედრო ოპერაციებს შედეგად მოჰყვა მნიშვნელოვანი მსხვერპლი და მასობრივი დაპატიმრებები. დაკარგულთა ნათესავები აგონიაში იყვნენ, რადგან არ იცოდნენ მათი ახლობლები დახოცეს თუ დააპატიმრეს. უფრო მეტიც, კვიპროსის ხანგრძლივი დანაწევრების გამო, დაკარგულთა ნათესავები სერიოზულ დაბრკოლებებს აწყდებოდნენ ინფორმაციის ძიებისას. ასეთ დროს თურქეთის მმართველი ორგანოების დუმილი შეიძლება მხოლოდ და მხოლოდ არაადამიანურ მოპყრობად შეფასდეს.

სასამართლო ზემოაღნიშნული დასკვნების შეცვლის ვერანაირ მიზეზს ვერ ხედავს. თუ გავითვალისწინებთ იმ ხანგრძლივ პერიოდს, რომელიც დაკარგულთა ახლობლებმა ინფორმაციის მოლოდინში გაატარეს და ოფიციალური სამსახურების ინდიფერენტულობას, მაშინ როდესაც დაკარგულთა ახლობლები საკუთარი ოჯახის წევრების ამბის გარკვევას მოუთმენლად ელოდნენ, აშკარაა, რომ მე-3 მუხლი დარღვეულ იქნა.

მე-5 მუხლი

სასამართლომ აღნიშნა, რომ სადავო იყო ორი დაკარგული ადამიანის თომა ელეფთერიოსისა და სავას ჰაჯიპანტელის შემთხვევა, რომელთა სახელებიც წითელი ჯვრის ტყვეთა სიაში იყო მითითებული და რომლებიც ბოლოს ნანახი იქნენ თურქეთის ან თურქეთის კვიპროსული შეიარაღებული ძალების მიერ კონტროლირებად ტერიტორიაზე. თუმცაღა თურქეთის მმართველ ორგანოებს აღნიშნული პირების დაპატიმრება არ უღიარებიათ და არც დოკუმენტური მტკიცებულება წარმოუდგენიათ, რაც ამ ორი დაკარგული ადამიანის მოძრაობის ოფიციალურ კვალზე მიუთითებდა. არ არსებობს მტკიცებულება, რომ რომელიმე დაკარგულთაგანი პატიმრობაში იმყოფებოდა იმ პერიოდის განმავლობაში, რომელსაც სასამართლო განიხილავს. ამიტომაც თურქეთის მთავრობას უნდა დაემტკიცებინა, რომ აღნიშნულ სადავო საკითხთან დაკავშირებით, ეფექტური გამოძიება ჩაატარა, რომ ორი აღნიშნული დაკარგული პირი ტყვედ აიყვანეს და მას შემდეგ ისინი არავის უნახავს. სასამართლოს მიერ მე-2 მუხლთან დაკავშირებით დადგენილი ფაქტების გამო უეჭველი ხდება, რომ თურქეთის მმართველმა ორგანოებმა ამ კუთხითაც ვერ ჩაატარეს საჭირო გამოძიება. ამდენად, თომა ელეფთერიოსისა და სავას ჰაჯიპანტელის წინააღმდეგ მე-5 მუხლი განუწყვეტლივ ირღვევა.

არ არსებობს საკმარისი მტკიცებულება, რომელიც დაადასტურებს, რომ დანარჩენი შვიდი ადამიანი ბოლოს თურქეთის მიერ კონტროლირებულ ტერიტორიაზე დაინახეს. ამის გათვალისწინებით, აღნიშნული შვიდი პირის წინააღმდეგ მე-5 მუხლი არ დარღვეულა.

სხვა მუხლები

საქმეში არსებული ფაქტების, მხარეთა არგუმენტების და კონვენციის მე-2, მე-3 და მე-5 მუხლების მიხედვით გამოტანილი გადაწყვეტილებების გათვალისწინებით, სასამართლომ დაასკვნა, რომ მან განიხილა წარდგენილ სარჩელთან დაკავშირებული მთავარი სამართლებრივი საკითხები და მოსარჩელეთა დანარჩენ პრეტენზიებთან დაკავშირებით ცალკე გადაწყვეტილების გამოტანა საჭიროდ არ მიიჩნია.

მოსამართლეებმა – კალაიჯიევამ, პაუერმა, სპილმანმა, ვილიგერმა და ზიმელემ გამოხატეს თანმხვედრი აზრი, ხოლო მოსამართლე ერონენმა – განსხვავებული აზრი. ყველა მოსაზრება თან ერთვის სასამართლო გადაწყვეტილებას.

***

სასამართლოს გადაწყვეტილებები შეგიძლიათ იხილოთ მისამართზე http://www.echr.coe.int

**საკონტაქტო პირები**

**ქრისტინა პენჩევა-მალინოვსკი (ტელ: 00 33 (0)3 88 41 35 70)**
სტეფანო პიდიმონტე (ტელ.: 00 33 (0)3 90 21 42 04)
თრეისი ტერნერ-ტრეცი (ტელ.: 00 33 (0)3 88 41 35 30)
სელინ მენუ-ლენგი (ტელ.: 00 33 (0)3 90 21 58 77)
ფრედერიკ დოლტი (ტელ.: 00 33 (0)3 90 21 53 39)

***ევროპის ადამიანის უფლებათა სასამართლო*** *დაარსდა სტრასბურგში 1959 წელს, 1950 წლის ევროპის ადამიანის უფლებათა კონვენციის სავარაუდო დარღვევათა განხილვის მიზნით.*