**საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს წევრების -**

**გიორგი კვერენჩხილაძისა და მაია კოპალეიშვილის**

**განსხვავებული აზრი**

საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს პირველი კოლეგიის 2017 წლის 21 აპრილის N1/5/826 გადაწყვეტილებაზე

1. გამოვხატავთ რა ჩვენი კოლეგებისადმი – საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს პირველი კოლეგიის წევრებისადმი პატივისცემას, ამავე დროს, „საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს შესახებ” საქართველოს ორგანული კანონის 47-ე მუხლისა და „საკონსტიტუციო სამართალწარმოების შესახებ” საქართველოს კანონის მე-7 მუხლის შესაბამისად, გამოვთქვამთ განსხვავებულ აზრს საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს პირველი კოლეგიის 2017 წლის 21 აპრილის N1/5/826 გადაწყვეტილებასთან დაკავშირებით.
2. დავის საგანს წარმოადგენს „თამბაქოს კონტროლის შესახებ“ საქართველოს კანონის მე-5 მუხლის მე-2 პუნქტის „ა“ ქვეპუნქტის იმ ნორმატიული შინაარსის კონსტიტუციურობა საქართველოს კონსტიტუციის 30-ე მუხლის მე-2 პუნქტის პირველ წინადადებასთან მიმართებით, რომელიც კრძალავს თამბაქოს ნაწარმის რეალიზაციას ზოგადსაგანმანთლებლო დაწესებულებების/სკოლების მიმდებარე ტერიტორიებზე 50 მეტრის რადიუსში. ამასთან, დადგენილი ადმინისტრაციული პრაქტიკის შესაბამისად, სადავო ნორმაში მითითებული 50 მეტრიანი რადიუსის ათვლის წერტილს წარმოადგენს საგანმანათლებლო დაწესებულება, რომელიც მოიცავს შენობას, ასევე მის კუთვნილ ტერიტორიას (ამგვარის არსებობის შემთხვევაში).
3. საქართველოს კონსტიტუციის 30-ე მუხლის მე-2 პუნქტით განმტკიცებული თავისუფალი მეწარმეობის უფლება არ არის აბსოლუტური ხასიათის და მისი შეზღუდვა დაიშვება მხოლოდ თანაზომიერების ტესტის დაკმაყოფილების შემთხვევაში. ამ თვალსაზრისით ვიზიარებთ საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს პირველი კოლეგიის N1/5/826 გადაწყვეტილებაში გამოხატულ პოზიციას, რომლის თანახმად არასრულწლოვნებში თამბაქოს ნაწარმის პოპულარიზაციისა და რეკლამირების შეზღუდვა წარმოადგენს იმ ღირებულ საჯარო მიზანს, რომლის მისაღწევადაც დაიშვება თავისუფალი მეწარმეობის უფლების თანაზომიერი შეზღუდვა.
4. ასევე, ვიზიარებთ გადაწყვეტილებაში მითითებულ პოზიციას თამბაქოს ბიზნესის რეგულირების სფეროში სახელმწიფოს ფართო დისკრეციის თაობაზე, თუმცა აღვნიშნავთ, რომ დისკრეციის ფარგლებში მიღებული ნებისმიერი ნორმატიული გადაწყვეტილება თავსებადი უნდა იყოს საქართველოს კონსტიტუციით დადგენილ სტანდარტებთან, რაც ცხადია, მოიაზრებს თავსებადობას თანაზომიერების პრინციპთან.
5. საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს მიერ დამკვიდრებული პრაქტიკის შესაბამისად, „კონსტიტუციური უფლებების [...] შეზღუდვის შეფასების საზომი თანაზომიერების პრინციპია. აღნიშნული პრინციპი წარმოადგენს ადამიანის უფლებების შეზღუდვისას კანონმდებლის შებოჭვის მექანიზმს და, შესაბამისად, კონსტიტუციური კონტროლის ელემენტს. თანაზომიერების პრინციპის მოთხოვნაა, რომ უფლების მზღუდავი საკანონმდებლო რეგულირება უნდა წარმოადგენდეს ღირებული საჯარო (ლეგიტიმური) მიზნის მიღწევის გამოსადეგ და აუცილებელ საშუალებას. ამავე დროს, უფლების შეზღუდვის ინტენსივობა მისაღწევი საჯარო მიზნის პროპორციული, მისი თანაზომიერი უნდა იყოს. დაუშვებელია ლეგიტიმური მიზნის მიღწევა განხორციელდეს ადამიანის უფლების მომეტებული შეზღუდვის ხარჯზე“ (საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს 2012 წლის 26 ივნისის გადაწყვეტილება №3/1/512 საქმეზე „დანიის მოქალაქე ჰეიკე ქრონქვისტი საქართველოს პარლამენტის წინააღმდეგ“, II-60).
6. თანაზომიერების ტესტის თანახმად, მზღუდავი რეგულაცია უნდა წარმოადგენდეს, მათ შორის, ლეგიტიმური მიზნის მიღწევის აუცილებელ საშუალებას. კერძოდ, „არ უნდა არსებობდეს ამავე ლეგიტიმური მიზნის ნაკლებად მზღუდველი საშუალებით მიღწევის გონივრული შესაძლებლობა. ნორმის მზღუდავი ეფექტის ლეგიტიმურ მიზნებთან თანაზომიერება მოითხოვს უფლებაში ჩარევის ინდივიდუალიზაციასა და საჭიროებებზე მაქსიმალურ მორგებას. ნორმა, რომელიც უპირობოდ და სრულად ზღუდავს უფლებას, რთულად თუ დააკმაყოფილებს კონსტიტუციურობის სტანდარტს“ (საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს 2014 წლის 8 ოქტომბრის გადაწყვეტილება №2/4/532,533 საქმეზე „საქართველოს მოქალაქეები - ირაკლი ქემოკლიძე და დავით ხარაძე საქართველოს პარლამენტის წინააღმდეგ“, II-78). მიგვაჩნია, რომ სასამართლოს გადაწყვეტილებაში არასათანადოდ არის შეფასებული სადავო ნორმით დადგენილი უფლების შეზღუდვის სიმძიმე/ინტენსივობა და ლეგიტიმურ მიზანთან მიმართებით შეზღუდვის პროპორციულობის საკითხი.
7. უნდა აღინიშნოს, რომ სადავო რეგულაციით დადგენილი შეზღუდვა ბლანკეტური ხასიათისაა. გასაჩივრებული ნორმის ანალიზმა ცხადყო, რომ არსებული აკრძალვიდან არ დაიშვება გამონაკლისი და ის ვრცელდება ყველა იმ პირზე, ვინც ახორციელებს თამბაქოს ნაწარმით ვაჭრობას, მიუხედავად იმისა, თამბაქოს სავაჭრო ობიექტი ქმნის თუ არა თამბაქოს ნაწარმის რეკლამირებისა და პოპულარიზაციის საფრთხეს. ამდენად, სამართალშემფარდებელი შებოჭილია რა კანონმდებლის ექსპლიციტურად გამოხატული ნებით, ვალდებულია, სადავო ნორმის გამოყენებისას იხელმძღვანელოს ერთადერთი კრიტერიუმით - 50 მეტრიანი რადიუსით.
8. ამასთან, საქართველოს პარლამენტის წარმომადგენელმა აღნიშნა, რომ გასაჩივრებული რეგულაციის ამოქმედების მთავარ წინაპირობას თამბაქოს სავაჭრო ობიექტის ზოგადსაგანმანათლებლო დაწესებულებიდან/სკოლიდან 50 მეტრის რადიუსში მდებარეობის ფაქტი წარმოადგენს. ამდენად, დამატებითი კრიტერიუმების - თამბაქოს სარეალიზაციო ობიექტამდე მისასვლელი გზისა და ამ ობიექტის არასრულწლოვანთა თვალთახედვის არეში მოხვედრის ფაქტორის გათვალისწინება არ ხდება. გასაჩივრებული ნორმის ამგვარი განმარტება გაიზიარა მოსარჩელე მხარემაც. კერძოდ, მოსარჩელემ მიუთითა, რომ მის მიმართ ადმინისტრაციულ სამართალდარღვევათა ოქმის შედგენის საფუძველი 50 მეტრიანი რადიუსის მექანიკური აზომვა გახდა, მიუხედავად იმისა, რომ თამბაქოს სარეალიზაციო ობიექტსა და საგანმანათლებლო დაწესებულებას შორის პირდაპირი მისასვლელი გზა არ არსებობს, ხოლო შემოვლითი გზა 50 მეტრს აღემატება.
9. აღსანიშნავია, რომ სასამართლოს გადაწყვეტილება სრულად ეფუძნება ვარაუდს (ხელშესახები საფრთხეების შეფასების გარეშე), რომ ზოგადსაგანმანათლებლო დაწესებულებიდან/სკოლიდან 50 მეტრის რადიუსში მდებარე თამბაქოს ნაწარმით მოვაჭრე ყველა ობიექტი განლაგებულია იმგვარად, რომ მასში მიმდინარე თამბაქოს რეალიზაციის ფაქტი და სარეალიზაციოდ/სარეკლამოდ განთავსებული თამბაქო *a priori* ექცევა ზოგადსაგანმანათლებლო დაწესებულებაში/სკოლაში მყოფი, იქ მიმავალი და იქიდან მომავალი არასრულწლოვნების თვალთახედვის არეში და ამ გზით ხელს უწყობს არასრულწლოვნებში თამბაქოს პოპულარიზაციასა და რეკლამირებას.
10. ამ ფონზე ვითვალისწინებთ, რომ ცალკეულ შემთხვევაში 50 მეტრის რადიუსში მოქცეული თამბაქოს ნაწარმით მოვაჭრე ობიექტი შეიძლება მდებარეობდეს ზოგადსაგანმანათლებლო დაწესებულებამდე/სკოლამდე მისასვლელ გზაზე (მათ შორის საფეხმავლო ბილიკი) ან სხვაგვარად ექცეოდეს არასრულწლოვანთა თვალთახედვის არეში, რაც ნამდვილად ხელს უწყობს თამბაქოს ნაწარმის პოპულარიზაციას. თუმცა, ასევე, არ არის გამორიცხული იმგვარი ვითარების არსებობა, როდესაც სავაჭრო ობიექტი დასახელებული დაწესებულების მიმდებარე ტერიტორიიდან 50 მეტრის რადიუსის ფარგლებში მდებარეობს, მაგრამ თამბაქოს სავაჭრო ობიექტამდე მისასვლელი მანძილი 50 მეტრს აღემატება და არ ხვდება საგანმანათლებლო დაწესებულებაში მყოფ, იქ მიმავალ და იქიდან მომავალ არასრულწლოვანთა თვალთახედვის არეში. უფრო კონკრეტულად, შესაძლებელია ზოგადსაგანმანათლებლო დაწესებულების/სკოლის და თამბაქოს გასაყიდი ობიექტის ურთიერთგანლაგება შეუძლებელს ხდიდეს სავაჭრო ობიექტში თამბაქოს რეალიზაციისა და სარეალიზაციოდ/სარეკლამოდ წარმოდგენილი თამბაქოს ვიზუალურად ხილვას ან თამბაქოს სარეალიზაციო დაწესებულება მდებარეობდეს საგანმანათლებლო დაწესებულებიდან 50 მეტრის რადიუსში, თუმცა სავაჭრო ობიექტამდე მისასვლელი მანძილი 50 მეტრს აღემატებოდეს (თვალთახედვის არეში მოხვედრის შეუძლებლობა ან პირდაპირი მისასვლელი გზის არარსებობა შეიძლება გამოწვეული იყოს სხვადასხვა ხელოვნური თუ ბუნებრივი დაბრკოლებებით/ბარიერებით. მაგალითისათვის, თამბაქოს სარეალიზაციო ობიექტსა და ზოგადსაგანმანათლებლო დაწესებულებას/სკოლას შორის შენობა-ნაგებობის თუ მდინარის არსებობის შემთხვევაში). ცხადია, ნებისმიერი უფლებაშემზღუდველი ნორმა უნდა ემსახურებოდეს რეალურად არსებული საფრთხეების გაქარწყლებას და ამ გზით ღირებული საჯარო მიზნის მიღწევას. ამის საპირისპიროდ, მოცემულ შემთხვევაში, იქმნება ვითარება, როდესაც სადავო ნორმით გათვალისწინებული აკრძალვა მიემართება არარსებული რისკებისა და საფრთხეების განეიტრალებას.
11. მივიჩნევთ, რომ თამბაქოს ნაწარმის პოპულარიზაციისა და ხელმისაწვდობის საფრთხე წარმოადგენს ისეთ გარემოებას, რომელიც შეიძლება დადგენილ იქნეს ყოველ კონკრეტულ შემთხვევაში ინდივიდუალური შეფასების საფუძველზე. ამგვარი რისკის იდენტიფიცირებისათვის მხოლოდ 50 მეტრიანი რადიუსის მექანიკური აზომვა არ არის საკმარისი კრიტერიუმი. 50 მეტრის რადიუსის ფარგლებში დამატებით გასათვალისწინებელია ზოგადსაგანმანათლებლო დაწესებულების/სკოლის და თამბაქოს გასაყიდი ობიექტის მდებარეობის, მათი განლაგების თავისებურებანი, კერძოდ, დასადგენია, თამბაქოს სარეალიზაციო ობიექტამდე მისასვლელი მანძილი აღემატება თუ არა 50 მეტრს და აღნიშნული ობიექტი არის თუ არა სხვაგვარად ხილვადი არასრულწლოვნებისათვის საგანმანათლებლო დაწესებულებიდან. ამდენად, მიგვაჩნია, რომ თამბაქოს ნაწარმის პოპულარიზაციის საფრთხის არსებობის დადგენისას 50 მეტრიანი რადიუსის მექანიკური აზომვა და ზოგადსაგანმანათლებლო დაწესებულებიდან/სკოლიდან თამბაქოს სარეალიზაციო ობიექტამდე მისასვლელი გზის მანძილისა და თამბაქოს სავაჭრო ობიექტის თვალთახედვის არეში მოხვედრის კრიტერიუმების გაუთვალისწინებლობა იწვევს თავისუფალი მეწარმეობის უფლებაში არათანაზომიერ ჩარევას.
12. მოცემული დავის ფარგლებში, ბლანკეტური ხასითის შეზღუდვა მხოლოდ იმ შემთხვევაში დააკმაყოფილებდა თანაზომიერების პრინციპის მოთხოვნებს, თუ სათანადოდ დასაბუთდებოდა 50 მეტრის რადიუსში თამბაქოს სავაჭრო ობიექტის თავისთავად მდებარეობის ფაქტსა და თამბაქოს ნაწარმის რეკლამირებასა და პოპულარიზაციას შორის მიზეზ-შედეგობრივი კავშირის არსებობა. სასამართლოს გადაწყვეტილებაში არ არის მოყვანილი არცერთი წონადი არგუმენტი, რომელიც გაამართლებდა ბლანკეტური შეზღუდვის არსებობას. გადაწყვეტილებაში მითითებულია რომ: ა) ზოგადსაგანმანათლებლო დაწესებულების/სკოლის მიმდებარე ტერიტორია მეტად ათვისებადია არასრულწლოვანთა მიერ და ამდენად, ამ არეალში არსებული ნებისმიერი თამბაქოს სარეალიზაციო ობიექტი მომეტებულად მოექცევა არასრულწლოვანთა თვალთახედვის არეში; ბ) არასრულწლოვანთა მიერ ზოგადსაგანმანათლებლო დაწესებულების/სკოლის მიმდებარე ტერიტორიაზე თამბაქოს პროდუქციის რეალიზაციის ფაქტის შეცნობადობა თავისთავად ქმნის რეკლამირების საფრთხეს. მიგვაჩნია, რომ ერთი მხრივ, ზოგადსაგანმანათლებლო დაწესებულების/სკოლის მიმდებარე ტერიტორიის არასრუწლოვანთა მიერ მომეტებული ათვისების ფაქტი არ გამორიცხავს თუნდაც ერთი ისეთი თამბაქოს სარეალიზაციო ობიექტის არსებობას, რომელიც 50 მეტრის რადიუსის ფარგლებში მდებარეობს, მაგრამ არ ქმნის თამბაქოს რეკლამირებისა და პოპულარიზაციის საფრთხეს. მეორე მხრივ, სადავო ნორმის მიზანი არ არის და ვერც იქნება არასრულწლოვნებში თამბაქოს ნაწარმის რეალიზაციის ფაქტის შეცნობადობის აღმოფხვრა. ზოგადად, არასრულწლოვნები ფლობენ ინფორმაციას თამბაქოს ნაწარმის თაობაზე. ამასთან, ამ ინფორმაციის მიღება შეიძლება მრავალი სხვა კანონიერი წყაროდან და *a priori* არ არის დაკავშირებული 50 მეტრის რადიუსის ფარგლებში მდებარე თამბაქოს სარეალიზაციო ობიექტთან.
13. დამატებით, გადაწყვეტილებაში ყურადღება გამახვილებულია იმ ადმინისტრაციულ სირთულეებზე, რომელიც შეიძლება თან ახლდეს ინდივიდუალურ შეფასებას. ამ თვალსაზრისით აღვნიშნავთ, რომ ტექნიკური/ადმინისტრაციული სირთულეები არ შეიძლება ქმნიდეს უფლების ბლანკეტურად შეზღუდვის საფუძველს. ადმინისტრაციული სირთულეების ზიდვის ტვირთი ეკისრება სახელმწიფოს.
14. ამდენად, მიგვაჩნია, რომ კანონმდებელი ვალდებულია, სადავო საკითხი მოაწესრიგოს თანაზომიერების პრინციპის განუხრელი დაცვით, იმგვარად, რომ დაწესებული შეზღუდვა გავრცელდეს არა ყველა, არამედ მხოლოდ თამბაქოს გასაყიდ იმ ობიექტებთან მიმართებით, რომლებიც ქმნიან თამბაქოს პოპულარიზაციისა და რეკლამირების რეალურ საფრთხეს. ამდენად, კანონმდებლობა უნდა შეიცავდეს დამატებით პირობას (პირობებს) 50 მეტრიანი რადიუსის კრიტერიუმის პარალელურად, რათა სამართალშემფარდებლის მიერ შესაძლებელი იყოს კონკრეტული შემთხვევის ინდივიდუალური შეფასება. ცხადია, ასეთი მიდგომა უზრუნველყოფს ლეგიტიმური მიზნის ნაკლებად მზღუდველი საშუალებით მიღწევის გონივრულ შესაძლებლობას. სადავო ნორმით დადგენილი თამბაქოს ნაწარმის რეალიზაციის ბლანკეტურად აკრძალვის გამართლება იწვევს არა მხოლოდ საქართველოს კონსტიტუციის 30-ე მუხლის მე-2 პუნქტის პირველ წინადადებით დაცული უფლების გამოფიტვას, არამედ ზოგადად ეჭვქვეშ აყენებს საკონსტიტუციო კონტროლის ეფექტურობას და შინაარსს აცლის თანაზომიერების ტესტის მნიშვნელობას, მას ადამიანის უფლებების დაცვის არაეფექტურ და ილუზორულ მექანიზმად აქცევს.
15. ყოველივე ზემოაღნიშნულიდან გამომდინარე, მივიჩნევთ, რომ „თამბაქოს კონტროლის შესახებ“ საქართველოს კანონის მე-5 მუხლის მე-2 პუნქტის „ა“ ქვეპუნქტის სიტყვების „მათ მიმდებარე ტერიტორიებზე 50 მეტრის რადიუსში“ ის ნორმატიული შინაარსი, რომელიც კრძალავს თამბაქოს ნაწარმის რეალიზაციას იმ სავაჭრო ობიექტებში, რომლებიც განლაგებულია ზოგადსაგანმანათლებლო დაწესებულებების/სკოლების მიმდებარე ტერიტორიებზე 50 მეტრის რადიუსში, მაგრამ აღნიშნული დაწესებულებებიდან ამ სავაჭრო ობიექტებამდე მისასვლელი მანძილი 50 მეტრს აღემატება და რომელთა ადგილმდებარეობის გათვალისწინებით თამბაქოს სარეალიზაციო ობიექტი არ ექცევა არასრულწლოვნების თვალთახედვის არეში, ეწინააღმდეგება საქართველოს კონსტიტუციის 30-ე მუხლის მე-2 პუნქტის პირველი წინადადებით განმტკიცებულ თავისუფალი მეწარმეობის უფლებას.

საქართველოს საკონსტიტუციო

სასამართლოს წევრები

**გიორგი კვერენჩხილაძე**

**მაია კოპალეიშვილი**

21 აპრილი, 2017 წელი.