

# საკონსტიტუციო სამართლის ჟურნალი

ნოემბერი 2020

გამოცემა № 2 / 2020

**რუთ ბეიდარ ბინსბურგი, დებორა ჯონს მერიდი**

აღმწერველი ემედაბა: დიალოგი ადამიანის საერთაშორისო უფლებებზე

**კას რ. სანსტინი**

მზარდი აღმოფრთება

**გიორგი ნაკაშიძე**

ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლო ახალ რეალობაში: აქვს თუ არა სასამართლოს შეიარაღებულ კონფლიქტებზე რეგულირებისთვის საკმარისი პროცედურული ინფრასტრუქტურა?

**გივი ადამია**

ეკონომიკური კონკურენციის კონსტიტუციური ასპექტები

**ანა ჯაბაური**

საერთაშორისო ჰუმანიტარული სამართლის გამოყენების ხელოვნება: JUS IN BELLO ადამიანის უფლებათა ინტერ-ამერიკულ ორგანოებში

**ვაჟა დათუაშვილი**

სახელმწიფოს „თავისუფალი შეფასების ფარგლები“ გამოხატვის თავისუფლების შეზღუდვის ასპექტში კანდემიის პირობებში

საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს გადაწყვეტილებათა მიმოხილვა

საქართველოს  
საკონსტიტუციო  
სასამართლო

ბრიტოლ რობაეიძის  
სახელობის  
უნივერსიტეტი



საქართველოს საკონსტიტუციო  
სასამართლო



გრიგოლ რობაქიძის სახელობის  
ენციკლესიკა

სარედაქციო საბჭოს თავმჯდომარე:  
**მერაბ თურავა**

სარედაქციო საბჭოს წევრები:

**თეიმურაზ თულუში**  
**გიორგი მირიანაშვილი**  
**ანა ფირცხალაშვილი**  
**ირინე ურუშაძე**  
**ბესიკ ლოლაძე**  
**ვახუშტი მენაბდე**  
**გიორგი ჩხეიძე**  
**ეკვარდ ვახე**

რედაქტირება, დაკაბადონება - **ირინე ურუშაძე**

სტილინსტი - **ევზ ჩიკაშუა, მარი ჯავახიშვილი**

თარგმნა - **ანა ჯაბაური, ირინე ურუშაძე, გიორგი ნაკაშიძე, ვახუშტი მენაბდე**

ჟურნალში ნაშრომები, გარდა რუთ ბეიდერ გინსბურგის, დებორა ჯონს მერიტის და კას რ. სანსტინის ნაშრომებისა, განთავსებულია Creative Commons Attribution (CC BY) 2.0 ლიცენზიით. სალიცენზიო პირობები ხელმისაწვდომია აქ:  
<https://creativecommons.org/licenses/by/2.0/legalcode>



რუთ ბეიდერ გინსბურგის და დებორა ჯონს მერიტის ნაშრომი, „აღმტყველები ქმედება: დიალოგი ადამიანის საერთაშორისო უფლებებზე“ და კას რ. სანსტინის ნაშრომი „მზარდი აღშფოთება“ განთავსებულია Creative Commons Attribution Non-Commercial Share-Alike 4.0 ლიცენზიით. სალიცენზიო პირობები ხელმისაწვდომია აქ:  
<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>



## წინასიტყვაობა

დღიდან დაარსებისა, საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს მიერ ჩამოყალიბდა ვრცელი პრაქტიკა, რამაც ერთმნიშვნელოვნად აამაღლა საზოგადოებრივი ინტერესი საკონსტიტუციო სამართლის მიმართ ქვეყანაში და საფუძველი ჩაუყარა საკონსტიტუციო კონტროლის დანიშნულების გაზრდას საქართველოს სამართლებრივი სისტემის განვითარების პროცესში. ამასთანავე, სამართლებრივი და სოციალურ-პოლიტიკური პროცესის არსებული დინამიკა საქართველოსა და მსოფლიოში თანამედროვე კონსტიტუციონალიზმის იდეას ახალ შინაარსს სძენს. გლობალური პანდემია და კრიზისული



მმართველობა, ახალი ტექნოლოგიების რეგულირება, ჰუმანიტარული კრიზისი და მიმდინარე სამართლებრივ-პოლიტიკური პროცესები - საკითხთა ის მცირე ჩამონათვალია, რომელიც საერთაშორისო აქტუალობის მატარებელია. ყოველივე ეს, თანამედროვე საკონსტიტუციო სამართალს განვითარების ახალ მიჯნაზე აყენებს და ქმნის აქტიური აკადემიური დისკუსიის წარმართვის საჭიროებას.

„საკონსტიტუციო სამართლის ჟურნალის“ წინამდებარე გამოცემა ეძღვნება სწორედ რიგი კონსტიტუციურსამართლებრივი მნიშვნელობის მქონე საკითხის განხილვას, რომელიც რელევანტურია როგორც საქართველოში, ისე საზღვარგარეთ. გამოცემა აერთიანებს ქართველი და უცხოელი ავტორების ექვს აკადემიურ ნაშრომს და ასევე მოიცავს მიმდინარე წელს საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს მიერ მიღებული ორი პრეცედენტული გადაწყვეტილების მიმოხილვას. კერძოდ, ჟურნალში თავმოყრილია ქართველი მკვლევარების ნაშრომები ისეთ მნიშვნელოვან სამართლებრივ საკითხებზე, როგორიცაა: ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს განსჯადობისა და პროცედურული ჩარჩოს განხილვა შეიარაღებული კონფლიქტისას წამოჭრილი ადამიანის უფლებათა დარღვევის საჩივრებთან მიმართებით (გიორგი ნაკაშიძის ავტორობით); რეგიონალური კონტექსტიდან გამომდინარე, ასევე, საინტერესოა ადამიანის უფლებათა ინტერ-ამერიკული ორგანოების პრაქტიკის მიმოხილვა საერთაშორისო ჰუმანიტარული სამართლის გამოყენებასთან დაკავშირებით (ანა ჯაბაურის ავტორობით). ჟურნალის გამოცემა ასევე მოიცავს ნაშრომებს კონკურენციის კონსტიტუციურსამართლებრივი ასპექტების, მეწარმეობის თავისუფლებისა და მომხმარებელთა უფლებების დაცვის საკითხებზე (გივი ადამიას ავტორობით), და თანამედროვე დემოკრატიული მმართველობის სისტემაში გამოხატვის თავისუფლების შეზღუდვისა და ინფორმაციული თავისუფლების მნიშვნელობაზე ახალი კორონავირუსის (COVID-19) პანდემიის პირობებში (ვაჟა დათუაშვილის ავტორობით).

მოხარული ვარ, რომ ჟურნალის გამოცემა აერთიანებს ამერიკის შეერთებული შტატების უზენაესი სასამართლოს სახელგანთქმული მოსამართლის რუთ ბეიდერ გინსბურგისა და პროფესორ დებორა ჯონს მერიტის სტატიას, ასევე, ავტორიტეტული მეცნიერის კას სანსტინის ნაშრომს. მოსამართლე გინსბურგისა და პროფესორ მერიტის სტატია პირველად 1999 წელს გამოქვეყნდა და აღმჭურველი ქმედების არსს და მის საერთაშორისო-სამართლებრივ საფუძვლებს ეხება, ასევე მიმოიხილავს კაცთა და ქაღთა შორის თანასწორობის მიღწევისკენ მიმართულ პრაქტიკას აშშ-ში, ინდოეთსა და ევროპის კავშირში. ნიშანდობლივია, რომ ეს საკითხი განსაკუთრებით აქტუალურია ქართული რეალობისთვის, რამეთუ არც ისე დიდი ხანია, რაც საქართველოს პარლამენტმა სქესის ნიშნით პოლიტიკური წარმომადგენლობის უზრუნველმყოფი კვოტირების მექანიზმი შეიმუშავა. სტატიაში მოცემულია იმ დროისათვის არსებული აღმჭურველი ქმედების პრაქტიკა როგორც სქესის ნიშნით დისკრიმინაციის, ისე სხვა ტიპის უთანასწორობების აღმოფხვრის მიმართ.

პროფესორ სანსტინის ნაშრომი სოციალური მნიშვნელობის არსებით პრობლემას ეთმობა და განიხილავს, თუ როგორ ვითარდება ადამიანების ბრაზი და აღშფოთება საზოგადოებაში. ავტორი აქცენტს აკეთებს არსებულ სოციალურ ნორმებზე და აღნიშნავს, რომ როდესაც ეს ნორმები ცვლილებას ექვემდებარება, მზარდია ბრაზი, განსაკუთრებით კი საზოგადოების ჩაგრულ ნაწილში. უკანასკნელ წლებში ამერიკის შეერთებულ შტატებში განვითარებული სოციალური პროტესტის მაგალითზე, ნაშრომი აფასებს, თუ რა ძალა აქვს ადამიანებს, რომლებიც დამკვიდრებული ნორმების შერყევას იწყებენ და რა მნიშვნელობის მატარებელია საზოგადოების განწყობა უმცირესობების უფლებებისათვის ბრძოლის წარმატების საკითხში.

ამასთანავე, წინამდებარე გამოცემაში მოცემულია საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს პლენუმის მიერ 2020 წელს გამოტანილი ორი პრეცედენტული მნიშვნელობის მქონე გადაწყვეტილების მიმოხილვა. კერძოდ, ჟურნალი წარმოდგენს საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს 2020 წლის 30 ივლისის №3/1/1459,1491 („საქართველოს სახალხო დამცველი საქართველოს პარლამენტის წინააღმდეგ“) და 2020 წლის 25 სექტემბრის №3/3/1526 („ა(ა)იპ მოქალაქეთა პოლიტიკური გაერთიანება ‘ახალი პოლიტიკური ცენტრი’, ჰერმან საბო, ზურაბ გირჩი ჯაფარიძე და ანა ჩიქოვანი საქართველოს პარლამენტის წინააღმდეგ“) გადაწყვეტილებების მიმოხილვას. პირველ საქმეში საკონსტიტუციო სასამართლომ შეაფასა საქართველოს უზენაესი სასამართლოს მოსამართლის თანამდებობაზე განწესების საკანონმდებლო წესის კონსტიტუციურობა, ხოლო მეორე გადაწყვეტილებაში იმსჯელა საქართველოს პარლამენტში სქესის ნიშნით პოლიტიკური წარმომადგენლობის უზრუნველმყოფი კვოტირების მექანიზმის კონსტიტუციურობაზე.

„საკონსტიტუციო სამართლის ჟურნალი“ საერთაშორისო რეფერირებადი გამოცემაა და მოხარული ვარ, აღვნიშნო, რომ გამოცემა უკვე ღიად ხელმისაწვდომი ჟურნალების საერთაშორისო ბაზაშია (Directory of Open Access Journals (DOAJ)) განთავსებული და ინდექსირებულია ევროპის ჰუმანიტარულ და სოციალურ მეცნიერებათა აკადემიური გამოცემების ბაზაში (ERIH PLUS), რაც ჟურნალის სტანდარტების, ღიაობის პოლიტიკის და ეთიკური კრიტერიუმების აღიარებას წარმოადგენს. „საკონსტიტუციო სამართლის ჟურნალის“ ხსენებულ ბაზებში განთავსება კიდევ უფრო გაზრდის მის ავტორიტეტს და უზრუნველყოფს ფართო ხელმისაწვდომობას ჟურნალში გამოქვეყნებულ ნაშრომებზე.

„საკონსტიტუციო სამართლის ჟურნალის“ მიზანია სწორედ საკონსტიტუციო სამართლის დარგში კვლევაზე დაფუძნებული მსჯელობის განვითარება და შესაძლებლობის უზრუნველყოფა, ერთი მხრივ, ქართველი ავტორებისთვის, საზოგადოებას გააცნონ საკუთარი ნაშრომები, ხოლო, მეორე მხრივ, ქართულმა აკადემიურმა სივრცემ გაიცნოს იურიდიულ მეცნიერებაში საერთაშორისოდ აღიარებული არაერთი მკვლევარისა და პრაქტიკოსის ნაშრომი.

ჩემთვის პატივია, ვიყო „საკონსტიტუციო სამართლის ჟურნალის“ სარედაქციო საბჭოს თავმჯდომარე. ვიმედოვნებ, აკადემიური სფეროში დაგროვებული გამოცდილებით, დავეხმარები ჟურნალს, გახდეს სამართლებრივი დისკუსიის წარმართვის კიდევ უფრო მასშტაბური აკადემიური პლატფორმა.

**მერაბ ტურაშა**

**საკონსტიტუციო სასამართლოს თავმჯდომარე**



# სარჩევი

## რუთ ბეიდერ გინსბურგი †, დებორა ჯონს მერიტი

### **ალმგურველი ქმედება: დიალოგი ადამიანის საერთაშორისო უფლებებზე ..... 11**

|                                                         |    |
|---------------------------------------------------------|----|
| აბსტრაქტი .....                                         | 11 |
| შესავალი .....                                          | 12 |
| 1. ადამიანის უფლებათა საყოველთაო დეკლარაცია .....       | 14 |
| 2. ალმგურველი ქმედება ამერიკის შეერთებულ შტატებში ..... | 20 |
| 3. ინდოეთი .....                                        | 32 |
| 4. ევროპის კავშირი .....                                | 35 |
| დასკვნა .....                                           | 40 |

## პას რ. სანსტინი

### **მზარდი ალფოთება ..... 43**

|                                                       |    |
|-------------------------------------------------------|----|
| აბსტრაქტი .....                                       | 43 |
| დავინყვებ ორი ამბით .....                             | 43 |
| პრეფერენციის გაყალბება და ნორმების მწარმოებლები ..... | 46 |
| ალფოთების ევრისტიკა .....                             | 47 |
| ალფოთება და ჯგუფების კოლარიზაცია .....                | 48 |
| ნორმალიზაცია და კატეგორიები .....                     | 50 |
| პარალელური სამყაროები და მრავალი ეკვილიბრიუმი .....   | 53 |
| „გემოდან ყურება“ .....                                | 55 |
| ალფოთების გათავისუფლება .....                         | 56 |
| გათავისუფლებული ნორმები .....                         | 58 |
| მადლიერება .....                                      | 59 |

## გიორგი ნაკაშიძე

### **ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლო ახალ რეალობაში: აქვს თუ არა**

### **სასამართლოს შეიარაღებულ კონფლიქტებზე რეაგირებისთვის საკმარისი**

### **პროცედურული ინფრასტრუქტურა? ..... 61**

|                                                                                                                                                                                 |    |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| აბსტრაქტი .....                                                                                                                                                                 | 61 |
| შესავალი .....                                                                                                                                                                  | 61 |
| 1. სასამართლოს ინდივიდუალური საჩივრის პროცედურა შეიარაღებული კონფლიქტების დროს .....                                                                                            | 64 |
| 1.1. „მსხვერპლის სტატუსის“ მოთხოვნა ინდივიდუალურ საქმეებში .....                                                                                                                | 65 |
| 1.2. ინდივიდუალური საჩივრის დასაშვებობის კრიტერიუმები: სამართლებრივი დაცვის ყველა შიდასახელმწიფოებრივი საშუალების ამოწურვა შეიარაღებულ კონფლიქტთან დაკავშირებულ საქმეებში ..... | 66 |
| 2. სახელმწიფოთაშორისი საჩივრის პროცედურა: უფრო მოქნილი, ვიდრე ინდივიდუალური პროცედურა? .....                                                                                    | 68 |
| 2.1. დასაშვებობის ნაკლები მოთხოვნები სახელმწიფოთაშორისი საჩივრის მიმართ .....                                                                                                   | 69 |
| 2.2. ადმინისტრაციული პრაქტიკა სახელმწიფოთაშორისი საქმეებში: როდის არ მოქმედებს შიდა საშუალებების ამოწურვის ვალდებულება? .....                                                   | 69 |
| 2.3. „მსხვერპლის“ მოთხოვნის არარსებობა სახელმწიფოთაშორისი საქმეებში .....                                                                                                       | 70 |

|                                                                                                                                                          |    |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| 3. სასამართლოსთან თანამშრომლობის ვალდებულება და ფაქტების დადგენა.....                                                                                    | 71 |
| 3.1. ფაქტების დადგენა და გამოძიება: ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლო, როგორც „პირველი ინსტანციის ტრიბუნალი“ .....                                  | 71 |
| 3.1.1. ფაქტების დადგენა არასამართაშორისო შეიარაღებულ კონფლიქტთან დაკავშირებულ ინდივიდუალურ საქმეებში .....                                               | 72 |
| 3.1.2. ფაქტების დადგენა შეიარაღებულ კონფლიქტთან დაკავშირებულ სახელმწიფოთაშორის და „კვაზისახელმწიფოთაშორისი“ საქმეების ფარგლებში .....                    | 73 |
| 3.2. სასამართლოსთან თანამშრომლობის ვალდებულება და სამხედრო ოპერაციები .                                                                                  | 74 |
| 3.2.1. სახელმწიფო საიდუმლოებას მიკუთვნებული ინფორმაცია: თანამშრომლობაგა უარის თქმის საკმარისი საფუძველი?.....                                            | 75 |
| 3.2.2. მხარისთვის არასასურველი დასკვნის გაკეთება, როგორც სასამართლოსთვის ინფორმაციის მიწოდების ვალდებულების დარღვევის შედეგი .....                       | 76 |
| 4. სასამართლოს დროებითი ღონისძიებები შეიარაღებულ კონფლიქტში.....                                                                                         | 77 |
| 4.1. დროებითი ღონისძიებები ინდივიდუალურ საქმეებში .....                                                                                                  | 77 |
| 4.2. დროებითი ღონისძიებები სახელმწიფოთაშორის საქმეებში: საქართველოსა და უკრაინის საქმეები რუსეთის წინააღმდეგ.....                                        | 78 |
| 5. პილოტური გადაწყვეტილება: შეიარაღებულ კონფლიქტთან დაკავშირებული დიდი რაოდენობის ინდივიდუალური საჩივრების ეფექტიანი აღმინისტრირების მექანიზმი? .....    | 81 |
| 6. სახელმძღვანელო გადაწყვეტილებები: პილოტური გადაწყვეტილების ალტერნატივა შეიარაღებული კონფლიქტის საქმეებში .....                                         | 83 |
| 7. ინდივიდუალური საჩივრების განხილვის შეჩერება სახელმწიფოთაშორისი დავის გადაწყვეტამდე: სასამართლოს კოორდინირებული რეაგირება შეიარაღებულ კონფლიქტზე ..... | 85 |
| 8. ინდივიდუალური რეპარაცია შეიარაღებულ კონფლიქტებში: ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლო და „სამართლიანი დაკმაყოფილება“ .....                         | 86 |
| დასკვნა .....                                                                                                                                            | 89 |

## **გივი ადამია**

|                                                                                                |           |
|------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| <b>ეკონომიკური კონკურენციის კონსტიტუციური ასპექტები .....</b>                                  | <b>91</b> |
| 1. ეკონომიკური კონკურენციის არსი.....                                                          | 93        |
| 2. ეკონომიკური კონკურენციის ფუნქციები .....                                                    | 94        |
| 3. ეკონომიკური კონკურენციის განვითარებაზე სახელმწიფოს ზრუნვის ვალდებულების ფარგლები.....       | 97        |
| 3.1. ზოგადი მიმოხილვა .....                                                                    | 97        |
| 3.2. სრულყოფილი კონკურენცია.....                                                               | 97        |
| 3.3. ეფექტიანი კონკურენცია .....                                                               | 99        |
| 3.4. შუალედური დასკვნა.....                                                                    | 102       |
| 4. მონოპოლიური საქმიანობის აკრძალვა.....                                                       | 102       |
| 5. ეკონომიკურ კონკურენციასთან მიმართებაში სახელმწიფოს კონსტიტუციური ვალდებულების სახეები ..... | 108       |
| 5.1. ზოგადი მიმოხილვა .....                                                                    | 108       |
| 5.2. სახელმწიფოს კოგირიტიური ვალდებულება .....                                                 | 108       |
| 5.3. სახელმწიფოს ნეგატიური ვალდებულება .....                                                   | 116       |
| 6. თავისუფალ კონკურენციასთან მიმართებაში ნორმის კონსტიტუციურობის შეფასების საფუძველები .....   | 119       |
| დასკვნა .....                                                                                  | 122       |



## ანა ჯაბაური

### **საერთაშორისო ჰუმანიტარული სამართლის გამოყენების ხელოვნება: JUS IN BELLO ადამიანის უფლებათა ინტერ-ამერიკულ ორგანოებში ..... 125**

|                                                                                                                                   |     |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| აბსტრაქტი .....                                                                                                                   | 125 |
| შესავალი .....                                                                                                                    | 126 |
| 1. ადამიანის უფლებათა ინტერ-ამერიკული კომისიისა და ინტერ-ამერიკული<br>სასამართლოს მანდატი და ფუნქციები .....                      | 127 |
| 2. მართლმსაჯულების საერთაშორისო სასამართლოს კვალდაკვალ: ინტერ-ამერიკული<br>კომისიის ადრინდელი პრაქტიკა სკს-თან დაკავშირებით ..... | 129 |
| 3. სკს-ის შეფარდების კომპეტენციის შეზღუდვა: TABLADA V. LAS PALMERAS .....                                                         | 134 |
| 4. “RENOI” მიდგომა თუ ჩვეულებითი სკს-ის პირდაპირი გამოყენება ადამიანის უფლებათა<br>ინტერ-ამერიკული სასამართლოს მიერ? .....        | 136 |
| დასკვნა .....                                                                                                                     | 140 |

## ვაჟა დათუაშვილი

### **სახელმწიფოს „თავისუფალი შეფასების ფარგლები“ პანდემიის პირობებში გამოხატვის თავისუფლების შეზღუდვის ასპექტში ..... 143**

|                                                                                 |     |
|---------------------------------------------------------------------------------|-----|
| აბსტრაქტი .....                                                                 | 143 |
| შესავალი .....                                                                  | 144 |
| 1. გამოხატვის თავისუფლება, პანდემიის ინფორმაციული მართვა და სახელმწიფო .....    | 146 |
| 2. პანდემია, როგორც გამოხატვის თავისუფლების გამოწვევა – სახელმწიფო პრაქტიკა ... | 149 |
| 2.1. მთავრობამ უკეთ იცის – ჩინეთისა და რუსეთის კომუნისტური პოლიტიკის ანალიზი    | 151 |
| 2.2. საგანგებო მდგომარეობის მიმართება ავტორიტარიზმთან .....                     | 156 |
| დასკვნა .....                                                                   | 159 |

### **საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს გადაწყვეტილებათა მიმოხილვა ..161**

|                 |     |
|-----------------|-----|
| აბსტრაქტი ..... | 161 |
|-----------------|-----|

#### **2020 წლის 30 ივლისის №3/1/1459,1491 გადაწყვეტილება „საქართველოს სახალხო დამცველი საქართველოს პარლამენტის წინააღმდეგ“ ..... 161**

|                                     |     |
|-------------------------------------|-----|
| სასამართლოს უმრავლესობის აზრი ..... | 161 |
| განსხვავებული აზრი .....            | 164 |

#### **2020 წლის 25 სექტემბრის გადაწყვეტილება №3/3/1526 „ა(ა)იპ მოქალაქეთა პოლიტიკური გაერთიანება ‘ახალი პოლიტიკური ცენტრი’, ჰერმან საბო, გურაბ გირჩი ჯაფარიძე და ანა ჩიქოვანი საქართველოს პარლამენტის წინააღმდეგ“ ..... 166**

|                                     |     |
|-------------------------------------|-----|
| სასამართლოს უმრავლესობის აზრი ..... | 166 |
| განსხვავებული აზრი (1) .....        | 168 |
| განსხვავებული აზრი (2) .....        | 170 |



რუთ ბეიდერ გინსბურგი †

ამერიკის შეერთებული შტატების უზენაესი სასამართლოს  
ყოფილი ასოცირებული მოსამართლე

დებორა ჯონს მერიტი\*

ჯონ დ. დრინკო-ბეიკერის და ჰოსტეტლერის თავმჯდომარე,  
ოჰაიოს უნივერსიტეტის სამართლის სკოლა

## აღმჭურველი ქმედება: დიალოგი ადამიანის საერთაშორისო უფლებებზე\*\*

ბენჯამინ ნ. კარდოზოს ლექცია\*\*\*

### აბსტრაქტი

ადამიანის უფლებათა საყოველთაო დეკლარაცია ერთ-ერთი პირველი საერთაშორისო ინსტრუმენტია, რომელიც სახელმწიფოებს თანასწორობის უზრუნველყოფისათვის კონკრეტული ნაბიჯების გადადგმისკენ მოუწოდებს. რუთ ბეიდერ გინსბურგი წლების მანძილზე ქალთა უფლებების და თანასწორობის მოწინავე აქტივისტი იყო. წინამდებარე სტატია, რომელიც 1999 წელს მოსამართლე გინსბურგის მიერ აღმჭურველ ქმედებაზე და მის საერთაშორისოსამართლებრივ საფუძვლებზე, ასევე აშშ-ში, ინდოეთსა და ევროპის კავშირში იმ დროისათვის არსებულ საინტერესო პრაქტიკაზე წაკითხულ ლექციას ეყრდნობა, საუბრობს გასული საუკუნის მიწურულს არსებულ პრობლემურ გააზრებაზე, გამოწვევებზე და პრაქტიკაში არსებულ მიდგომებზე.

მართალია, უკანასკნელი 20 წლის მანძილზე თანასწორობის უფლებამ და აღმჭურველი ქმედებების პრაქტიკამ განვითარება პოვა, მაგრამ ქალთა და კაცთა თანასწორობა კვლავ არ არის მიღწეული. დღეს ეს საკითხი განსაკუთრებით აქტუალურია ქართული რეალობისთვის, როდესაც ქვეყანამ ერთ-ერთი ყველაზე ძლიერი და საკამათო აღმჭურ-

\* ავტორები დაფასებით აღნიშნავენ მოსამართლე გინსბურგის 1998 წლის პერიოდის სამართლებრივი მრჩეველის, უილიამ სავიტის მიერ გაწეულ გულისხმიერ შემოწმებას და დახმარებას.

\*\* ხელახლა გამოქვეყნებულია: New York City Bar Association-ის ნებართვით. თავდაპირველად გამოქვეყნდა The Record of the Association of the Bar of the City of New York, vol. 54, No. 3, May/June 1999, გვერდები 279-310. თარგმანი: New York City Bar Association, The Record of the Association of the Bar of the City of New York და ავტორები არ არიან პასუხისმგებლები ან რაიმე სახით ანგარიშვალდებული თარგმანის სიზუსტეზე, ამ ხელახალი გამოცემის თარგმანში ნებისმიერ უზუსტობაზე, გამოტოვებაზე ან შეცდომაზე, ან აქედან წარმოშობილ შედეგებზე, შესაბამისად, პასუხისმგებელია მხოლოდ საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს საკონსტიტუციო სამართლის ჟურნალი. ამ სტატიაზე არ ვრცელდება ამ ჟურნალის Creative Commons Attribution (CC BY) 2.0 ლიცენზია. ეს სტატია გამოქვეყნებულია Creative Commons Attribute Non-Commercial ShareAlike 4.0 (CC-BY-NC-SA 4.0) ლიცენზიის პირობებით (<https://creativecommons.org/licenses/by-sa/4.0/>), რომელიც იძლევა კოპირების, დისტრიბუციის და გადაცემის უფლებას, ასევე გადაწყობის და ადაპტირების უფლებას, დათქმით, რომ ეს ხდება მხოლოდ არაკომერციული მიზნებით, ნაშრომის ორიგინალი, შესაბამისად არის ციტირებული და გავრცელება ხდება იდენტური ლიცენზიით.

\*\*\* კარდოზოს ლექცია, რომელიც მოსამართლე გინსბურგმა ჩაატარა ქალაქ ნიუ იორკის ადვოკატთა ასოციაციაში 1999 წლის 11 თებერვალს.

ველი ქმედება - პოლიტიკური წარმომადგენლობის უზრუნველყოფი კვოტირების მექანიზმი შეიმუშავა. სტატიაში მოცემულია იმ დროისათვის არსებული აღმჭურველი ქმედების პრაქტიკა როგორც სქესის ნიშნით დისკრიმინაციის, ისე სხვა ტიპის უთანასწორობათა აღმოფხვრის მიმართ.

სტატია ხაზგასმით საუბრობს აღმჭურველი ქმედების საერთაშორისოსამართლებრივ საფუძვლებზე. ქალების „დაცვის“ ფარს უკან მდგომი კანონები ხშირად ქალების დაცვას სულაც არ მიემართება და რეალურად მათ კონკურენტობას ზღუდავს. შესაბამისად, სქესზე დაფუძნებული აღმჭურველი ქმედების შეფასებისას, გასათვალისწინებელია განსხვავებები, რომლებიც გულწრფელად მიმართულია ქალთა ისტორიული ჩაგვრის გამოსწორებისკენ და რომლებიც, მეორე მხრივ, ასაზრდოებენ მითებსა და სტერეოტიპებს, რომლებიც აბრკოლებს ქალებს პოტენციალის სრული რეალიზებისაგან.\*\*\*\*

## შესავალი

1998 წლის 10 დეკემბერს გაეროს ადამიანის უფლებათა საყოველთაო დეკლარაციის მიღებიდან 15 წელი შესრულდა. ვიფიქრე, ამის აღსანიშნავად, სათანადო იქნებოდა ლექციისთვის ისეთი სათაურის შერჩევა, რომელიც მოიცავს საყოველთაო დეკლარაციის ძირითად საკითხებს. ჩემი თემა აღმჭურველი ქმედებაა [მთარგმნელის შენიშვნა: affirmative action ქართულ სამართლებრივ ლიტერატურაში არაერთგვაროვანი ქართული შესატყვისით არის დამკვიდრებული, ამ სტატიაში განვითარებული განხილვიდან გამომდინარე, შერჩეულ იქნა ცნება „აღმჭურველი ქმედება“], რომელიც საყოველთაო დეკლარაციამ შემოიტანა როგორც იდეა, რომელიც განვითარდა შეერთებულ შტატებში და, როგორც კონცეპტი, დაინერგა მსოფლიოს სხვა ქვეყნებშიც.

ამ [ადვოკატთა] ასოციაციის წევრებმა 1990-იან წლებში პირობა დადეს, რომ განახორციელებდნენ აღმჭურველ ქმედებებს, როგორც ეს რეკომენდებული იყო პროფესიაში მრავალფეროვნების ხელშეწყობის კომიტეტისა და მასთან დაკავშირებული კომიტეტების მიერ. ასოციაციის ამჟამინდელი ძალისხმევა მიმართულია ისეთ საკითხებზე, როგორიც არის უმცირესობის წარმომადგენელი და ქალი იურისტების შენარჩუნება და დაწინაურება იურიდიულ ფირმებსა და კორპორაციულ სამართლებრივ დეპარტამენტებში.<sup>1</sup>

---

\*\*\*\* აბსტრაქტი მომზადებულია საკონსტიტუციო სამართლის ჟურნალის რედაქტორის მიერ.

<sup>1</sup> უმცირესობების წარმომადგენელი და ქალი ადვოკატების მიმართ არსებული პროგრესის მონიტორინგის და ამ პროგრესისთვის მიზნების დასახვის თანმდევად, ასოციაციამ ამ დარგში მნიშვნელოვანი სამეცნიერო კვლევებიც განახორციელა. იხ. Cynthia Fuchs Epstein et al., *Glass Ceilings and Open Doors: Women's Advancement in the Legal Profession*, 64 *FORDHAM L. REV.* 291 (1995) (ანგარიში კომიტეტს „ქალები პროფესიაში“, ქალაქ ნიუ იორკის ადვოკატთა ასოციაცია); *Responses to Glass Ceilings and Open Doors: Women's Advancement in the Legal Profession*, 65 *FORDHAM L. REV.* 561 (1996) (ეპსტინის ანგარიშის საპასუხო ესეების კოლექცია); იხ. ასევე Ruth Bader Ginsburg & Laura W. Brill, *Women in the Federal Judiciary: Three Way Pavers and the Exhilarating Change President Carter Wrought*, 64 *Fordham L. Rev.* 281, 288-89 (1995) (ლექცია, რომელიც გამოქვეყნდა ეპსტინის ანგარიშის თანხლებად, რომელიც აღნიშნავს პრეზიდენტი კლინტონის „ძლიერ აღმჭურველ ქმედებას“ ქალების ფედერალურ სასამართლოებში დანიშვნის სახით, რომელიც მოხსენიებულია როგორც „არა რომელიმე კვოტირების სისტემის შედეგი“, არამედ კვალიფიციური კანდიდატების კონცენტრირებული ძიების შედეგი, „დანიშნულ ადამიანებს უფრო მაღალი ABA [ამერიკის ადვოკატთა ასოციაციის - მთ. შენიშვნა] რეიტინგის საშუალო მაჩვენებელი ჰქონდათ, ვიდრე ნაკლებ განსხვავებულ დანიშნულ მოსამართლეებს წინა სამი ადმინისტრაციის პირობებში“).

დღესდღეობით, აღმჭურველი ქმედება ადამიანის უფლებებთან დაკავშირებულ სადავო საკითხებს შორისაა და ასოციაციის მუშაობას შესაძლოა აკვირდებოდნენ როგორც კრიტიკოსები და სკეპტიკოსები, ისე მისი მონაწილეები და მათი მხარდამჭერები.

ადამიანის უფლებათა საყოველთაო დეკლარაცია მოიცავს როგორც სამოქალაქო ან პოლიტიკურ უფლებებს, ისე ეკონომიკურ ან სოციალურ უფლებებს. აღმჭურველი ქმედება სწორედ ამ ორი ერთმანეთის შემავსებელი კატეგორიის გზავარდინზე დგას. აღმჭურველი ქმედების მიზანია, გამოასწოროს თანასწორობის ფუნდამენტური სამოქალაქო უფლების ჩამორთმევის ისტორიული და მიძინვარე შემთხვევების შედეგები, როგორცაა მონობა აშშ-ში ან ინდოეთში დამყარებული კასტების სისტემა. ამასთან, მისი დანიშნულება იყო ქალების, რასობრივი უმცირესობების და იმ სხვა ადამიანების სოციალური და ეკონომიკური მდგომარეობის გაუმჯობესება, რომლებიც დაიბადნენ საზოგადოებაში, სადაც არაპროპორციულადაა გავრცელებული სიღარიბე, უმუშევრობა და სუსტი ჯანმრთელობა. აღმჭურველ ქმედებაზე ხაზგასმით, უკეთესად შევძლებთ იმის გაგებას, თუ როგორ უკავშირდება კაცობრიობის ჯანმრთელობისა და კეთილდღეობის უზრუნველყოფას ადამიანის უფლებათა ეს ორი (სამოქალაქო და ეკონომიკური) კატეგორია, რომლებიც ერთ დროს და ახლაც პოლიტიკოსების, იურისტებისა და აკადემიკოსების მიერ გამიჯნული იყო.<sup>2</sup>

დავინწყებ რამდენიმე შენიშვნით ტერმინოლოგიასთან და განმარტებებთან დაკავშირებით. ძირითადად, დავყრდნობი აშშ-ში დამკვიდრებულ ტერმინს „აღმჭურველი ქმედება“ [affirmative action - მთ. შენიშვნა], მაგრამ ასევე გამოვიყენებ ინდოეთის „დათქმებს“ [reservations - მთ. შენიშვნა] და ევროპაში დამკვიდრებულ „პოზიტიურ ქმედებას“ [positive action - მთ. შენიშვნა]. აღმჭურველ ქმედებაში ვიგულისხმებ ნებისმიერ პროგრამას, რომელიც მიზნად ისახავს პოზიტიური ნაბიჯების გადადგმას მოწყვლადი ჯგუფების შესაძლებლობების გასაზრდელად, მათი აქტიურ სამოქალაქო და ეკონომიკურ ცხოვრებაში ჩართვის მიზნით. ეს ნაბიჯები შესაძლოა იყოს პატარა და, შესაბამისად, მცირე წინააღმდეგობას წააწყდეს, მაგალითად, ვაკანსიების შესახებ განცხადებების გამოქვეყნება იმ ჟურნალ-გაზეთებში, რომლებიც უმცირესობებისკენაა მიმართული. მეორე მხრივ, ისინი შეიძლება უფრო რადიკალური, ხარჯიანი და საკამათო იყოს, მაგალითად, ჩვილებისთვის და სკოლამდელი ასაკის ბავშვებისთვის ზრუნვის სუბსიდირება და ბავშვის დაბადების შემდგომ სამი კვირის მანძილზე ანაზღაურებადი

<sup>2</sup> ორი კონვენცია, რომლებიც მიღებული იქნა გაერთიანებული ერების მიერ 1966 წელს, შემუშავებულია დეკლარაციის შესრულებისათვის: სამოქალაქო და პოლიტიკურ უფლებათა პაქტი, რომელიც მიჰყვება დეკლარაციის პირველ 21 მუხლს და ეკონომიკურ, სოციალურ და კულტურულ უფლებათა პაქტი, რომელიც ფოკუსირებულია დეკლარაციის სოციალურ და ეკონომიკურ დებულებებზე. იხ. International Covenant on Civil and Political Rights, G.A. Res. 2200, U.N. GAOR, 21st Sess., Supp. No. 16, at 52, U.N. Doc. A/6316 (1966); International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, G.A. Res. 2200, U.N. GAOR, 21st Sess., Supp. No. 16, at 49, U.N. Doc. A/6316 (1966); Louis Henkin, *The International Bill of Rights: The Universal Declaration and the Covenants*, in INTERNATIONAL ENFORCEMENT OF HUMAN RIGHTS 1, 6-9, 14-16 (Rudolf Bernhardt & John A. Jolowicz eds., 1985). აშშ სამოქალაქო და პოლიტიკური უფლებების პაქტის მხარეა, თუმცა არ მიერთებია ეკონომიკური, სოციალური და კულტურული უფლებების პაქტს. დეკლარაციის შემდეგ ეკონომიკური და სოციალური უფლებების ევოლუციის შესახებ მსჯელობისათვის იხ. HENRY J. STEINER & PHILIP ALSTON, INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS IN CONTEXT: LAW, POLITICS, MORALS 256-264, 267-268 (1996).

დეკრეტული შვებულება. ამასთან, აღმჭურველი ქმედება მოიცავს მიზნებს, პრეფერენციებსა და კვოტებს, რასაც ძლიერი წინააღმდეგობა გამოუწვევია.

## 1. ადამიანის უფლებათა საყოველთაო დეკლარაცია

პირველ რიგში, დავიწყებ 1948 წლის ადამიანის უფლებათა საერთაშორისო დეკლარაციის, - ადამიანის უფლებათა შესახებ თანამედროვე დისკურსის ფუნდამენტის განხილვით. ეს დოკუმენტი არ ახსენებს აღმჭურველ ქმედებას და ნახევარი საუკუნის მანძილზე, ტერმინი ჯერ კიდევ არ იყო „მოდური“. მაგრამ დეკლარაციაში მოცემულია ორი ინტელექტუალური საყრდენი აღმჭურველი ქმედებისთვის.

პირველ რიგში, დეკლარაცია არაერთხელ უსვამს ხაზს თანასწორობის პრინციპს. პრემბულა საუბრობს „კაცობრიობის ოჯახის თანასწორ და განუყოფელ უფლებებსა“ და „კაცთა და ქალთა თანასწორ უფლებებზე“.<sup>3</sup> პირველი მუხლის თანახმად, „ყველა ადამიანი იბადება თავისუფალი და თანასწორი თავისი ღირსებითა და უფლებებით“;<sup>4</sup> მეორე მუხლი ადგენს, რომ „ამ დეკლარაციით გამოცხადებული ყველა უფლება და ყველა თავისუფლება მინიჭებული უნდა ჰქონდეს ყოველ ადამიანს განურჩევლად რაიმე განსხვავებისა“.<sup>5</sup> იმეორებს რა არადისკრიმინაციის პრინციპს, მე-7 მუხლი განსაზღვრავს, რომ „ყოველი ადამიანი თანასწორია კანონის წინაშე და განურჩევლად რაიმე განსხვავებისა, ყველას აქვს უფლება, თანაბრად იყოს დაცული კანონის მიერ“.<sup>6</sup>

დეკლარაციის მიზანი, მიელწია თანასწორობისა და სხვა სამოქალაქო უფლებების დაცვისთვის, უფრო მეტი გახდა, ვიდრე მისწრაფება. მე-8 მუხლის თანახმად, „ყოველ ადამიანს აქვს უფლება, ეფექტიანად იქნეს აღდგენილი უფლებებში [...] როცა დარღვეულია მისი ძირითადი უფლებები“, რაც მას მინიჭებული აქვს ქვეყნის კონსტიტუციითა და კანონებით.<sup>7</sup> საუკუნოვანი დისკრიმინაციის კონტექსტში, დარღვეული უფლების აღდგენის „ეფექტური საშუალება“, მტკიცების თანახმად, უნდა მოიცავდეს სახელმწიფოს მიერ განხორციელებულ ზოგიერთ აღმჭურველ ქმედებას. აშშ-ის პრეზიდენტმა ლინდონ ჯონსონმა სწორედ ამაზე მიანიშნა, როდესაც განაცხადა, რომ „არ შეიძლება ადამიანი, რომელსაც წლების მანძილზე ბორკილები ედო, გაათავისუფლო, მიიყვანო რბოლის საწყის ხაზთან და უთხრა - 'ახლა შეგიძლია სხვებს შეეჯიბრო'“.<sup>8</sup>

შესაძლოა, საყოველთაო დეკლარაციის იმგვარი წაკითხვა, რომ იგი პასუხობდეს ძირითად წინააღმდეგობას, რომელსაც აღმჭურველი ქმედება აწყდება, რაც გულისხმობს ერთი ადამიანის თანასწორობის მხარდაჭერას სხვათა უფლების, მოეპყრან ანალოგიურად, ხარჯზე. კერძოდ, 29-ე მუხლის თანახმად, „თავის უფლებათა და თავისუფლებათა

<sup>3</sup> ადამიანის უფლებათა საყოველთაო დეკლარაცია, პრემბულა, G.A. Res. 217A, U.N. GAOR, 3d Sess., pt. 1, at 71, U.N. Doc. A/810 (1948) [შემდგომში, UDHR].

<sup>4</sup> *Id.* მუხლი 1.

<sup>5</sup> *Id.* მუხლი 2.

<sup>6</sup> *Id.* მუხლი 7.

<sup>7</sup> *Id.* მუხლი 8. მიუხედავად იმისა, რომ მე-8 მუხლი განსაზღვრავს სახელმწიფოს კონსტიტუციის ან კანონმდებლობის დარღვევის აღდგენის შესაძლებლობებს, დეკლარაცია ეჭვგარეშე ითვალისწინებს სამართლის ამ წყაროებში თანასწორობის პრინციპების ასახვას.

<sup>8</sup> Lyndon B. Johnson, To Fulfill These Rights, in THE AFFIRMATIVE ACTION DEBATE 16, 17 (George E. Curry ed., 1996).

განხორციელებისას ყოველი ადამიანი უნდა განიცდიდეს მხოლოდ ისეთ შეზღუდვებს, როგორც კანონითაა დადგენილი მართლოდენ იმ მიზნით, რათა უზრუნველყოფილ იქნეს სხვების უფლებათა და თავისუფლებათა ჯეროვანი აღიარება და პატივისცემა<sup>9</sup>. თუ ეს ცხადი განაცხადი არაა, ეს სიტყვათშეთანხმება შეიძლება წაკითხულ იქნეს როგორც შეთავაზება იმ ადამიანთა განგრძობითი შეზღუდვის პრევენციისათვის, ვისი უფლებებიც ერთ დროს უარყოფილი, შეურაცხყოფილი ან უგულვებელყოფილი იყო.

გარდა საყოველთაო დეკლარაციის ერთგულებისა თანასწორობის იდეალისადმი, დოკუმენტი ასევე გვთავაზობს (როგორც ვახსენე) მეორე საფუძველს აღმჭურველი ქმედების მხარდასაჭერად, რომელიც სოციალურ და ეკონომიკურ დებულებებშია ჩადებული. 23-ე მუხლი ადგენს, რომ ყველას აქვს შრომის თავისუფლება, მათ შორის, „სამუშაოს თავისუფალი არჩევის“, „უმუშევრობისაგან დაცვისა“ და „შრომის სამართლიანი და ხელსაყრელი პირობების უფლება“.<sup>10</sup> 25-ე მუხლი მიემართება ცხოვრების ადეკვატურ სტანდარტს, რაც მოიცავს „საკვებს, ტანსაცმელს, ბინას და სამედიცინო მოვლასა და საჭირო სოციალურ მომსახურებას“.<sup>11</sup> 26-ე მუხლი კი განამტკიცებს, რომ „ყველას აქვს განათლების მიღების უფლება“, რაც მათ უნდა მიეწოდოთ „უფასოდ, სულ მცირე, განათლება დაწყებით და საბაზისო ეტაპზე მაინც“.<sup>12</sup>

ამ დებულებების თანახმად, კაცობრიობის თითოეულ წევრს უნდა ჰქონდეს შესაძლებლობა, მოიმკას საზოგადოების მოსავალი. ისინი არ განსაზღვრავს, რომ ეს ყველაზე თანაბრად გადანაწილდება, თუმცა გულისმობს, რომ უნდა არსებობდეს მინიმალური სტანდარტები დასაქმების, განათლებისა და საზრდოს ნაწილში, რომელზეც ხელი ყველას უნდა მიუწვდებოდეს. თუკი ერთი აღმოაჩენს, რომ ერთი რასის ან სქესის, ან რელიგიის წარმომადგენლებს ცხოვრების შესამჩნევად არაადეკვატური სტანდარტები აქვთ, მაშინ, 25-ე მუხლის თანახმად, უნდა არსებობდეს ამის მიზეზების ძიებისა და მასზე შესაბამისი პასუხის გაცემის ვალდებულება. ამის მსგავსად, თუკი ქალები ან რასობრივი უმცირესობების წარმომადგენლები უფრო მასშტაბურად განიცდიან უმუშევრობას დომინანტური ჯგუფის წევრებთან შედარებით, მაშინ, 23-ე მუხლის თანახმად, უნდა არსებობდეს ვალდებულება, დავსვათ კითხვა, თუ რატომ არის ეს ასე, რათა პასუხი გაეცეს ამ კითხვას, ნაცვლად მისი უგულვებელყოფისა.

<sup>9</sup> UDHR, *supra* სქოლიო 3, მუხლი 29(2).

<sup>10</sup> *Id.* მუხლი 23(1); *id.* მუხლი 23(2).

<sup>11</sup> *Id.* მუხლი 25(1). ეს მუხლი ასევე აღიარებს „უფლებას[ს], უზრუნველყოფილი იყოს უმუშევრობის, ავადმყოფობის, ინვალიდობის, ქვრივობის, მოხუცებულობის ან [ადამიანისგან] დამოუკიდებელ გარემოებათა გამო არსებობის საშუალებათა დაკარგვის სხვა შემთხვევაში.“ *Id.*

<sup>12</sup> *Id.* მუხლი 26(1). ეს მუხლი ასევე მიუთითებს, რომ „ტექნიკური და პროფესიული განათლება უნდა იყოს საყოველთაოდ ხელმისაწვდომი, უმაღლესი განათლება კი - ერთნაირად მისაწვდომი ყველასათვის თითოეულის უნარის შესაბამისად“. *Id.* „უნარზე“ მიითითება უმაღლესი განათლების გაგებით შესაძლოა ისე იყოს წაკითხული, რომ გამოირიცხოს აღმჭურველი ქმედება სასწავლებლად მიღების პოლიტიკებში. 26-ე მუხლის შემდეგი სექცია კი აცხადებს, რომ „უნარები“ უმაღლესი განათლების კონტექსტში შესაძლოა გულისხმობდეს, სხვა ფაქტორებთან ერთად, მრავალფეროვანი სტუდენტების პოპულაციის შექმნის მცდელობას. ეს სექცია მოითხოვს, რომ განათლება „მიმართული [...] იყოს ადამიანის პიროვნების სრული განვითარებისა და ადამიანის უფლებათა და ძირითად თავისუფლებათა პატივისცემის გაზრდისაკენ.“ *Id.* მუხლი 26(2); იხ. ასევე *infra* სქოლიო 58 და თანმდევი ტექსტი (რომელიც 26-ე მუხლის ამ ნაწილს განიხილავს აშშ-ის უზენაესი სასამართლოს მოსამართლე პაუელის მოსაზრებასთან მიმართებით საქმეზე *Regents of the Univ. of Cal. v. Bakke*, 438 U.S. 265 (1978)).

განვიხილოთ, მაგალითად, აშშ-ში არსებული სტატისტიკური სურათი. გაეროს 1995 წლის ანგარიშის თანახმად, თეთრკანიანი ამერიკელები, ცალკე აღებული, მსოფლიოში მოწინავე იქნებოდნენ, როგორც ერი, სიცოცხლის მოსალოდნელი ხანგრძლივობით, განათლებითა და შემოსავლით.<sup>13</sup> ამისგან განსხვავებით, აფრო-ამერიკელები ამ სიაში 27 ადგილზე იქნებოდნენ, ლათინო-ამერიკელები კი 32-ზე.<sup>14</sup> ამ განსხვავებებზე დაკვირვების შემდეგ, გაეროს ანგარიშის ავტორებმა დაასკვნეს: „აშშ-ში სრული თანასწორობის მიღწევამდე კიდევ დიდი გზაა გასავლელი, მიუხედავად აღმჭურველი ქმედებების განხორციელების პოლიტიკისა და საბაზრო შესაძლებლობისა“.<sup>15</sup>

მრავლისმთქმელია ასევე მსოფლიოში არსებული შედარებები ქალებისა და კაცების სტატუსს შორის. ქალების ზურგზე მსოფლიოში არსებული სამუშაოს ნახევარზე მეტია, რაც მოიცავს დიდ წილს ისეთი არაანაზღაურებადი სამუშაოსი, როგორებიცაა: საოჯახო საქმეები და ბავშვების მოვლა.<sup>16</sup> მიუხედავად ამისა, მათი ხელფასები ყველა ქვეყანაში კაცების ანაზღაურებაზე უფრო დაბალია და მათ მსოფლიოში არსებული ადმინისტრაციული და მენეჯერული პოზიციების მხოლოდ 14% უკავიათ.<sup>17</sup> პლანეტაზე არსებული ღარიბი ადამიანების 70%-ზე მეტი ქალია; ქალები უფრო ხშირად განიცდიან დასაქმებასთან დაკავშირებულ პრობლემებს სამყაროს ყველა რეგიონში; და 900 მილიონ ისეთ ადამიანს შორის, რომელმაც წერა-კითხვა არ იცის, ქალების და კაცების თანაფარდობა 2:1-ზეა.<sup>18</sup>

თუ ადამიანის უფლებათა საყოველთაო დეკლარაციის დაპირებებს დასაქმებასთან, განათლებასთან და ცხოვრების დონესთან დაკავშირებით სერიოზულად შევხედავთ, არსებული შეუსაბამოებები სახელმწიფოს მხრიდან აღმჭურველ ყურადღებას მოითხოვს. არადამაჯერებელია, რომ ასეთი განსხვავებები გაჩნდა თანმდევად არსებული დისკრიმინაციის გარეშე (მაგალითად, მეცნიერებამ დაგვარწმუნა იმაში, რომ მდედრობითი სქესის ადამიანი, გავრცელებული შეხედულების საწინააღმდეგოდ, არ არის არასრულყოფილი მამრი. დღესდღეობით, ქალები ისეთ სფეროებში მოღვაწეობდნენ, რომლებიც მათი ბუნებრივი ნიჭის მიღმა ითვლებოდა. კიდევ ერთი მყარი ცნება მოიშალა გასულ

<sup>13</sup> იხ. UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAMME, HUMAN DEVELOPMENT REPORT 1995, at 22 (1995). როდესაც აშშ-ის ყველა ტიპის მოსახლეობა ერთად არის განხილული, აშშ მსოფლიოში მეორე ადგილს - კანადის შემდეგ - იკავებს გაერთიანებული ერების კეთილდღეობის შკალაზე. *Id.* at 18.

<sup>14</sup> იხ. *id.* at 22.

<sup>15</sup> *Id.*

<sup>16</sup> იხ. *id.* at 87-98. [2020 წლის მონაცემებით, ქალები არაანაზღაურებად საოჯახო საქმეზე სამჯერ მეტ დროს ხარჯავენ. გაეროს ქალთა ფონდი, PROGRESS ON THE SUSTAINABLE DEVELOPMENT GOALS, THE GENDER SNAPSHOT 2020, UN Women, UN DESA, 2020, გვ. 11. ხელმისაწვდომია აქ: <https://www.unwomen.org/-/media/headquarters/attachments/sections/library/publications/2020/progress-on-the-sustainable-development-goals-the-gender-snapshot-2020-en.pdf?la=en&vs=127> {უკანასკნელად გადამოწმდა 2020 წლის 20 ნოემბერს} - რედაქტორის შენიშვნა].

<sup>17</sup> იხ. *id.* at 36-37. [2020 წლის მონაცემებით, მაჩვენებლები გაორმაგებულია, თუმცა მაინც დაბალია - ქალები მენეჯერული პოზიციების მხოლოდ 28%-ს იკავებენ. THE GENDER SNAPSHOT 2020, *supra* სქოლიო 16 - რედაქტორის შენიშვნა].

<sup>18</sup> იხ. *id.* at 36, 34; იხ. ასევე Remarks by First Lady Hillary Rodham Clinton in Commemoration of the 50th Anniversary of the United Nations General Assembly Adoption and Proclamation of the Universal Declaration of Human Rights (10 დეკემბერი, 1997) <http://www2.whitehouse.gov>. [2016 წელს 750 მილიონი ზრდასრულმა ადამიანმა (მათ შორის, 2/3 ქალი) წერა-კითხვა არ იცოდა. UNESCO, Fact Sheet No. 45, September 2017, FS/2017/LIT/45 - რედაქტორის შენიშვნა].



ბაფხულს, როდესაც უნგრელმა იუდიტ პოლგარმა ჭადრაკის მსოფლიო ჩემპიონი ანატოლი კარპოვი დაამარცხა.<sup>19</sup>). და დისკრიმინაციის არსებობის ხელშესახები მტკიცებულების გარეშეც კი, როგორც აღვნიშნე, დეკლარაციის ეკონომიკური და სოციალური დებულებები მიუთითებს აღმჭურველი ქმედების განხორციელების ვალდებულებაზე, რათა პასუხი გაეცეს არახელსაყრელი პირობების შესამჩნევ ხარისხებს.

გარდა აღმჭურველი ქმედების ორი ნიშნულისა, - თანასწორობის შეზღუდვის დასრულების და ეკონომიკური კეთილდღეობის განვითარებისა, - 1948 წლის დეკლარაცია შეიცავს ისეთ დებულებას, რომელიც ზოგიერთმა შეიძლება დაახასიათოს როგორც აღმჭურველი ქმედების პუნქტი. 25-ე მუხლი, რომელიც მიუთითებს ცხოვრების ადეკვატურ სტანდარტზე, ასევე ადგენს, რომ „დედები და ბავშვები საჭიროებენ სპეციალურ ზრუნვასა და დახმარებას“.<sup>20</sup> თუკი ერთი ლინზიდან შევხედავთ, ეს დებულება თანაგრძნობით აგულიანებს ქვეყნებს, რომ მათ განავითარონ დედებისა და ბავშვების ფიზიკური და ემოციური ჯანმრთელობისკენ მიმართული პოლიტიკა.

თუმცა ჩემი შეხედულებით და გამოცდილებით, დებულების ფორმულირება გარკვეულ პრობლემებს წამოჭრის. პატრიარქალურ წესებს, „დედობის“ სახელით, ქალები დიდი ხნის მანძილზე ჰყავდათ სახლში გამოკეტილი, ნაცვლად იმისა, რომ მათთვის მშობლად ყოფნის ფაქტის ანაზღაურებად სამუშაოსთან ინტეგრაცია მოეხდინათ. ყოველთვის ადვილი არ არის ერთმანეთისგან გავმიჯნოთ ის წესები, რომლებიც, ერთი მხრივ, გულწრფელად ეხმარებიან ქალებს იმით, რომ ხელს უწყობენ ქალს, ჰქონდეს ანაზღაურებადი სამუშაო და იყოს მშობელი, მეორე მხრივ, ამყოფებენ წესების ტყვეობაში, რომლებიც მოქმედებენ იმისთვის, რომ ქალები მოამწყვდიონ მათ ტრადიციულ დაქვემდებარებულ სტატუსში და კაცები გაათავისუფლონ ბავშვების აღზრდის მათი წილი პასუხისმგებლობისგან.<sup>21</sup> საყოველთაო დეკლარაციის 25-ე მუხლი მოიცავს ამ დაძაბულობას, რომელიც თან ახლავს ქალებისთვის გამიზნული აღმჭურველი ქმედების შესახებ დისკუსიას და არ გვთავაზობს პრობლემის გადაჭრის გზას.<sup>22</sup>

<sup>19</sup> Malcolm Pein, *Chess: Polgar Speeds Past Karpov*, DAILY TELEGRAPH, 15 ივნისი, 1998, at 22. პოლგარი ერთ-ერთია მისი მამის, ლასლო პოლგარის მიერ გაწვრთნილი სამ მოჭადრაკე დას შორის. სოციალურ მოლოდინებსა და ინდივიდუალურ მიღწევებს შორის ურთიერთობის ხაზგასმით, მამა პოლგარმა უარი თქვა მისი შვილების მიერ მხოლოდ ქალთა შეჯიბრებებში მონაწილეობაზე, რადგან სჯეროდა, რომ დაბალი მოლოდინები მათ განვითარებას ხელს შეუშლიდა. *Id.*

<sup>20</sup> UDHR, *supra* სქოლიო 3, მუხლი 25(2).

<sup>21</sup> ამ საკითხზე შედარებით ადრეული მსჯელობისათვის, იხ. Ruth Bader Ginsburg, *Some Thoughts on Benign Classification in the Context of Sex*, 10 Conn. L. Rev. 813 (1978). იხ. აგრეთვე *Frontiero v. Richardson*, 411 U.S. 677, 684 (1973) (უმრავლესობის მოსაზრება) (“ტრადიციულად, [...] დისკრიმინაცია [გენდერული ნიშნით] რაციონალიზებული იყო ‘რომანტიული პატერნალიზმის’ დამოკიდებულებით, რომელიც, პრაქტიკული ეფექტით, ქალებს პედესტალზე კი არ აყენებდა, არამედ გალიაში სვამდა.”); *Sail’er Inn, Inc. v. Kirby*, 485 P.2d 529, 541 (Cal. 1971) (*en banc*) (“პედესტალი, რომელზედაც ქალებს აყენებდნენ, ძალზე ხშირად, ახლო დაკვირვებით გალია აღმოჩნდებოდა.”). ამ დაპირისპირების შესახებ დისკუსიისათვის, იხ. მაგალითად Deirdre A. Grossman, *Voluntary Affirmative Action Plans in Italy and the United States: Differing Notions of Gender Equality*, 14 Comp. Lab. L. J. 185 (1993); Carol Daugherty Rasnic, *Austria’s Affirmative Action for Women Workers Versus Protective Legislation for the “Weaker Sex”: Incongruous Concepts?*, 46 Labor L.J. 749 (1995).

<sup>22</sup> ეს პრობლემა განსაკუთრებით ცხადია დეკლარაციის ინგლისურენოვან რედაქციაში, რომელიც მამრობითი სქესის გამომხატველ ნაცვალსახელს „he“ იყენებს უნივერსალური მითითებისათვის. ამ ვერსიაში, 25-ე მუხლი უზრუნველყოფს „ყველას [...] უფლებას ცხოვრების ადეკვატური სტანდარტების ქონაზე საკუთარი [himself - მამაკაცის - მთ. შენიშვნა] და თავისი [his - მამაკაცის - მთ. შენიშვნა] ოჯახის ჯანმრთელობის და

ადამიანის უფლებათა საყოველთაო დეკლარაციაზე დაყრდნობით მიღებული ერთ-ერთი უფრო ახალი კონვენცია - 1979 წლის კონვენცია ქალთა მიმართ დისკრიმინაციის ყველა ფორმის აღმოფხვრის შესახებ,<sup>23</sup> ადგენს ვალდებულებას, სახელმწიფოებმა დაიცვან როგორც მშობლის სტატუსი, ისე ქალის უფლება, სრულად ჩაერთოს სამუშაო პროცესში. მე-5 მუხლის თანახმად, სახელმწიფოებმა უნდა მიიღონ „ყველა საჭირო ზომა“, რათა აღმოფხვრან ცრურწმენები, რომლებიც საფუძვლად უდევს ქალებისა და კაცებისთვის სტერეოტიპული როლების მიკუთვნებას.<sup>24</sup> იგივე მუხლი მოუწოდებს ქვეყნებს, „აღიარონ მამაკაცთა და ქალთა საერთო პასუხისმგებლობა, აღზარდონ და განათლება მისცენ შვილებს“.<sup>25</sup>

მე-11 მუხლი კრძალავს ორსული და დეკრეტულ შვებულებაში მყოფი თანამშრომლების სამსახურიდან გათავისუფლებას.<sup>26</sup> იგივე მუხლი მიუთითებს სახელმწიფოებს, შემოიღონ ანაზღაურებადი დეკრეტული შვებულებები, სოციალური სერვისები, განსაკუთრებით, ბავშვების მოვლის დაწესებულებები, უბიძგონ, რომ მშობლებს მისცენ სამუშაოსა და ოჯახური ცხოვრების შეთავსების შესაძლებლობა; ასევე, დაიცვან ორსული ქალები საზიანო სამუშაო პირობებისგან.<sup>27</sup> გარკვეული ბუნდოვანებით, მე-11 მუხლი ქალებს ანიჭებს „ჯანმრთელობის დაცვის და შრომის უსაფრთხო პირობების“, მათ შორის, „რეპროდუქციული ფუნქციების შენარჩუნების“ უფლებას.<sup>28</sup> ნათელი არ არის, რომ ეს დებულება დამსაქმებლებს მოუწოდებს, შექმნან უსაფრთხო სამუშაო გარემო, ნაცვლად იმისა, რომ დაიცვან ქალის ორსულობა ან ფერტილურობა მისთვის კარგად ანაზღაურებადი თანამდებობის დაკავების შესაძლებლობის წართმევით.<sup>29</sup> ჩემი აზრით, ეს მუხლი ნაკლოვანია, რამდენადაც ვერ ახერხებს იმის აღიარებას, რომ მშობიარობიდან რამდენიმე კვირის განმავლობაში უნდა არსებობდეს არა დედისთვის განკუთვნილი შვებუ-

---

კეთილდღეობისათვის“, მეორე სექცია კი გვთავაზობს „დედობის და ბავშვობის [...] სპეციალურ ზრუნვას და დახმარებას“. UDHR, *supra* სქოლიო 3, მუხლი 25 [ხაზგასმა ავტორისაა].

გენდერული ნაცვალსახელები აძლიერებს მოსაზრებას, რომ მამაკაცები უზრუნველყოფენ საკუთარ ოჯახებს, ქალები კი საკუთარ ცხოვრებას დედობას უძღვნიან. ფრანგული [ასევე ქართული, - რედაქტორის შენიშვნა] ტექსტი თავიდან იცილებს ამ დიქტომიას: “Toute personne a droit à un niveau de vie suffisant pour assurer sa santé, son bien-être et ceux de sa famille [...]. La maternité et l'enfance ont droit à une aide et à une assistance spéciales.”

<sup>23</sup> G.A. Res. 34/180, U.N. GAOR, 34th Sess., Supp. No. 46, at 193, U.N. Doc. A/34/46 (1979) [შემდგომში, CEDAW]. აშშ ერთადერთი დასავლური დემოკრატიაა, რომელსაც რატიფიცირებული არ აქვს კონვენცია. იხ. Malvina Halberstam, *United States Ratification of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women*, 31 GEO. WASH. J. INT'L L. & ECON. 49, 50 (1997).

<sup>24</sup> CEDAW, *supra* სქოლიო 23, მუხლი 5(a).

<sup>25</sup> *Id.* მუხლი 5(b). ეს სექცია ასევე მოითხოვს, რომ განათლებამ განავითაროს „დედობის, როგორც სოციალური ფუნქციის სათანადო გააზრება“. *Id.*

<sup>26</sup> იხ. *id.* მუხლი 11(2)(a); იხ. ასევე *infra* სქოლიოები 88, 129 (რომლებიც აღწერენ აშშ-ისა და ევროკავშირის საქმეებს დეკრეტულ შვებულებასა და სამსახურიდან გათავისუფლებაზე).

<sup>27</sup> იხ. CEDAW *supra* სქოლიო 23, მუხლი 11(2)(b); 11(2)(c); 11(2)(d).

<sup>28</sup> *Id.* მუხლი 11(1)(f).

<sup>29</sup> აშშ-ის უზენაესმა სასამართლომ განმარტა სამოქალაქო უფლებების აქტის VII ტიტული (Title VII of the Civil Rights Act, 42 U.S.C. § 2000e-2(a) (1994)), რომელიც კრძალავს დისკრიმინაციულ დასაქმებას „სქესის“ ნიშნით, რათა აკრძალოს სქესისთვის სპეციფიკური ნაყოფის დამცველი პოლიტიკები. იხ. International Union, United Auto. Workers v. Johnson Controls, Inc., 499 U.S. 187, 211 (1991). როგორც სასამართლომ აღიარა: „ქალის არსებულ ან პოტენციურ შთამომავლობაზე წუხილი ისტორიულად გამოიყენებოდა, როგორც საბაბი ქალებისთვის თანასწორი დასაქმების შესაძლებლობების უარის სათქმელად [...]“. უკვე მიუღებელია, სასამართლოებმა ან კონკრეტულმა დამსაქმებლებმა გადაწყვიტონ ქალის რეპროდუქციული როლი უფრო მნიშვნელოვანია მისთვის და მისი ოჯახისთვის, თუ მისი ეკონომიკური როლი.“ *Id.*

ლების (maternity leave) აღების შესაძლებლობა, არამედ, უფრო ნეიტრალური ენით ჩამოყალიბებული, მშობლისთვის განკუთვნილი შვებულება (parental leave).

სხვა დებულებებში, ქალთა მიმართ დისკრიმინაციის ყველა ფორმის აღმოფხვრის შესახებ, კონვენცია, ზოგადად, გმობს სქესის ნიშნით დისკრიმინაციას და სახელმწიფოებს მიუთითებს პოზიტიური ნაბიჯების გადადგმისკენ ამ მიკერძოებასთან გასამკლავებლად.<sup>30</sup> მე-4 მუხლი იცავს აღმჭურველი ქმედების სადავო პროგრამებს და ადგენს, რომ „დროებითი ზომების მიღება, რომელიც მიმართულია ქალთა და მამაკაცთა ფაქტობრივი თანასწორობის დამყარების დასაჩქარებლად, არ მიიჩნევა, როგორც ეს წინამდებარე კონვენციით განისაზღვრება, დისკრიმინაციულად“.<sup>31</sup> იგივე მუხლი ადგენს, რომ „სპეციალური ზომების მიღება, რომელიც მიმართულია დედობის დასაცავად, [...] დისკრიმინაციულად არ ითვლება“.<sup>32</sup>

1965 წლის რასობრივი დისკრიმინაციის ყველა ფორმის აღმოფხვრის შესახებ კონვენცია,<sup>33</sup> რომელიც ქალთა მიმართ დისკრიმინაციის აღმოფხვრის შესახებ კონვენციას 14 წლით უსწრებდა, ანალოგიურად ითვალისწინებს აღმჭურველ ქმედებას, როგორც რასობრივი თანასწორობის მიღწევის შესაძლებლობას. პირველი მუხლი ადგენს, რომ „სპეციალური ზომები, რომლებიც მიღებულია კონკრეტული რასობრივი ან ეთნიკური ჯგუფების ხელშესაწყობად, არ ითვლება რასობრივ დისკრიმინაციად“.<sup>34</sup> აღსანიშნავია, რომ ეს დათქმა კონვენციის პირველივე მუხლშია, მანამდეც კი, სანამ კონვენცია უშუალოდ რასობრივ დისკრიმინაციას კრძალავს.

რასობრივი დისკრიმინაციის აღმოფხვრის დისკრიმინაცია ასევე ავალდებულებს ქვეყნებს, მიიღონ „სპეციალური და კონკრეტული ზომები, რათა უზრუნველყონ კონკრეტული ჯგუფების ან მათდამი მიკუთვნებული ინდივიდების ადეკვატური განვითარება და დაცვა, რათა მათ შეძლონ ადამიანის უფლებებითა და ძირითადი თავისუფლებებით სრულად და თანასწორად სარგებლობა“.<sup>35</sup> შესაბამისად, კონვენცია ითვალისწინებს

<sup>30</sup> მაგალითად, მუხლი 2 „გმობს ქალთა წინააღმდეგ დისკრიმინაციას ყველა ფორმით“ და აწესებს შვიდ მიდგომას ამ დისკრიმინაციის აღმოსაფხვრელად. CEDAW, *supra* სქოლიო 23, მუხლი 2. მესამე მუხლი მიუთითებს სახელმწიფოებს, „ყველა სფეროში, სახელდობრ, პოლიტიკურ, სოციალურ, ეკონომიკურ და კულტურის სფეროებში, მიიღონ ყველა საჭირო ზომა, მათ შორის საკანონმდებლო, რათა უზრუნველყონ ქალთა ყოველმხრივი განვითარება და პროგრესი, მათ მიერ ადამიანის უფლებათა და ძირითად თავისუფლებათა განხორციელება და გამოყენება მამაკაცებთან თანასწორობის საფუძველზე.“ *Id.* მუხლი 3.

<sup>31</sup> *Id.* მუხლი 4(1). ეს მუხლი დროებითი ხასიათისაა ამ განსხვავებებისათვის: ზომები „არავითარ შემთხვევაში არ უნდა იწვევდეს არათანასწორუფლებიანი ან დიფერენცირებული სტანდარტების შენარჩუნებას; ეს ზომები უნდა გაუქმდეს, როცა მიღწეული იქნება შესაძლებლობათა თანასწორობის და თანასწორუფლებიანი ურთიერთობის მიზნები.“ *Id.*

<sup>32</sup> *Id.* მუხლი 4(2). ეს დანაწესი არ შემოიფარგლება დროით, ისევე, როგორც სხვა სპეციალური ზომები. იხ. *supra* სქოლიო 31.

<sup>33</sup> G.A. Res. 2106A, U.N. GAOR, 20th Sess., Supp. No. 14, at 47, U.N. Doc. A/6014 (1965) [შემდგომში, ICRD]. აშშ-მა მოახდინა ამ კონვენციის რატიფიცირება 1994 წელს. იხ. U.S. DEP'T OF STATE, TREATIES IN FORCE 422-23 (1996) (აშშ-ისთვის ძალაში შევიდა 1994 წლის 20 ნოემბერს).

<sup>34</sup> ICRD, *supra* სქოლიო 33, მუხლი 1(4). მსგავსად გენდერული აღმჭურველი მოქმედებისა, ეს უფლებამოსილებაც შეზღუდულია დროებითი ზომებით: რასობრივი განსხვავებები დაშვებულია „იმ პირობით, რომ ასეთი ზომები, როგორც შედეგი, ხელს არ უნდა უწყობდეს ცალკეული რასობრივი ჯგუფებისათვის განსხვავებული უფლებების შენარჩუნებასა და გავრცობას იმ მიზნების მიღწევის შემდეგ, რომლისთვისაც იქნენ შემოღებული.“ *Id.*

<sup>35</sup> *Id.* მუხლი 2(2). ეს ნორმა მოიცავს პირველ მუხლში მოცემული პირობის მსგავს დათქმას. „ასეთმა ზომებმა არავითარ შემთხვევაში შედეგად არ უნდა მოიტანოს სხვადასხვა რასობრივი ჯგუფებისათვის არათა-

აღმჭურველ ქმედებას რასობრივი დისკრიმინაციის აღმოსაფხვრელად, „როდესაც ამას გარემოებები მოითხოვს“.<sup>36</sup>

რომ შევაჯამოთ, თუკი ადამიანის უფლებათა საყოველთაო დეკლარაციას წავიკითხავთ მასთან დაკავშირებულ ორ კონვენციასთან ერთად (რომელთაგანაც ერთ-ერთი ეხება რასობრივ დისკრიმინაციას, ხოლო მეორე - ქალთა მიმართ დისკრიმინაციას), იგი მიუთითებს, რომ აღმჭურველი ქმედება არათუ წინააღმდეგობაშია ადამიანის უფლებათა პრინციპებთან, არამედ იგი მათგან იღებს ძალას, კერძოდ, დებულებებიდან თანასწორობის შესახებ და ეკონომიკური და სოციალური კეთილდღეობის შესახებ. შემდეგ ნაწილში შევხები სამ სხვადასხვა სამართლებრივ სისტემას, რომლებმაც აღმჭურველი ქმედების ზომებით შეძლეს თანასწორობისა და ეკონომიკური უსაფრთხოების განვითარება.

## 2. აღმჭურველი ქმედება ამერიკის შეერთებულ შტატებში

იმ სამართლებრივ სისტემაზე კონცენტრირებით, რომელსაც ყველაზე უკეთ ვიცნობ, თავდაპირველად აღვწერ აშშ-ში აღმჭურველი ქმედების წარმომავლობასა და არსებულ სიტუაციას. სასამართლოები აქა-იქ იყენებდნენ ტერმინს „აღმჭურველი ქმედება“ მე-19 საუკუნის ბოლოსა და მე-20 საუკუნის დასაწყისში იმ სხვადასხვა უფლების აღმდგენი ზომების აღსანიშნავად, რომლებიც მოპასუხეს ეკისრებოდა.<sup>37</sup> ეს სიტყვები, თანამედროვე გაგებით, სამართლებრივ ლექსიკონში დამკვიდრდა 1961 წელს. ამ წელს, პრეზიდენტმა ჯონ ფ. კენედიმ, მეორე მსოფლიოს ომის დროინდელ სხვა ჩანაწერზე დაყრდნობით, ხელი მოაწერა აღმასრულებელ ბრძანებას, რომელიც სახელმწიფო კონტრაქტორებისგან მოითხოვდა „აღმჭურველი ქმედების განხორციელებას იმის უზრუნველსაყოფად, რომ კანდიდატები მიიღებიან და შემდგომში მათ მიმართ მოპყრობა განხორციელდება განურჩევლად რასისა, მრწამსისა, ფერისა და ეროვნული წარმომავლობისა“.<sup>38</sup> აღნიშნული ბრძანება მბოჭავი იყო აღმასრულებელი ხელისუფლების დეპარტა-

ნაბარი ან განცალკევებული უფლებების შენარჩუნება იმ შედეგის დადგომის შემდეგ, რომლის მისაღწევადაც ისინი იყო შემოღებული.“ *Id.*; იხ. also *supra* სქოლიო 31.

<sup>36</sup> ICRD, *supra* სქოლიო 33, მუხლი 2(2).

<sup>37</sup> იხ. *e.g.*, Taylor v. Taintor, 83 U.S. (16 Wall.) 366, 375 (1872), (ექსტრადიციის ხელშეკრულება უცხო ქვეყანასთან „შესაძლოა მოითხოვდეს დროულ აღმჭურველ ქმედებას“ ხელისუფლების მხრიდან დამნაშავეს გადაცემისას); City of Galena v. Amy, 72 U.S. (5 Wall.) 705, 708 (1866) (ქალაქის უფლებამოსილება უნდა „შესრულებულიყო აღმჭურველი ქმედების სასარგებლოდ“, რათა შეგროვებულიყო საკმარისი შემოსავალი ბონდების მფლობელთათვის სარგებლის გადასახდელად); იხ. ასევე Phelps Dodge Corp. v. NLRB, 313 U.S. 177, 188 (1941) (NLRB-ის კანონისმიერი უფლებამოსილების თაობაზე, შემოეღო „აღმჭურველი ქმედება“ NLRA-ის „პოლიტიკების ეფექტიანობის უზრუნველსაყოფად“). აღმჭურველი ქმედების, როგორც უფლების აღმდგენი გამათანაწორებელი საშუალების უფრო ახალი აღიარების თაობაზე იხ. მაგალითად, Franks v. Bowman Transp. Co., 424 U.S. 747, 777-78 (1976).

<sup>38</sup> Exec. Order No. 10925, § 301, 3 C.F.R. 448, 450 (1959-1963); იხ. ასევე *id.* § 302(d), 3 C.F.R. at 451 (რომელიც თანასწორი დასაქმების შესაძლებლობების საპრეზიდენტო კომიტეტს უფლებას აძლევს, მოიპოვოს დისკრიმინაციის საწინააღმდეგო დაპირებები და „აღმჭურველი [...] თანამშრომლობები“ პროფესიული კავშირებისგან, რომლებიც სამთავრობო ხელშეკრულებებთან არიან დაკავშირებული). კენედის ბრძანება აგებული იყო პრეზიდენტ ფრანკლინ რუზველტის მიერ მეორე მსოფლიო ომის დროს გამოცემულ ანტი-დისკრიმინაციულ ბრძანებაზე, იხ. Exec. Order No. 8802, 3 C.F.R. 957 (1938-1943). რუზველტის ბრძანება კრძალავდა „დისკრიმინაციას დასაქმებულთა სამსახურში აყვანისას თავდაცვის ან სახელმწიფო დარგებში რასის, სარწმუნოების, კანის ფერის ან ეროვნული წარმოშობის გამო“ და მოითხოვდა უწყებებისგან, რომლებიც ჩართული იყვნენ თავდაცვაში გადამზადების და ტრენინგების პროგრამებში „მიეღოთ სპეციალური

მენტებისა და სააგენტოებისთვისაც, რათა მათ მიეღოთ რეკომენდაციები, რომლებიც ეხებოდა „პოზიტიურ ქმედებებს ამჟამად არსებული პირდაპირი თუ არაპირდაპირი დისკრიმინაციის აღმოსაფხვრელად“.<sup>39</sup>

1960-იანი წლების განმავლობაში ასეთი ძლიერი სიტყვების გამოყენება არ წახალისებულა. კენედის კომიტეტმა თანასწორი დასაქმების შესახებ სცადა სახელმწიფოს კონტრაქტორები ეიძულებინა, უმცირესობის უფრო მეტი წარმომადგენელი დაესაქმებინათ,<sup>40</sup> ხოლო პრეზიდენტმა ჯონსონმა 1967 წელს დაცული კლასების სიაში სქესიც შეიტანა,<sup>41</sup> მაგრამ იმპლემენტაცია კენედისა და ჯონსონის შემდეგ მოხდა.

აღსანიშნავია, რომ აღმჭურველი ქმედება აშშ-ში უფრო წინ წამოწიეს რესპუბლიკელმა თანამდებობის პირებმა - პრეზიდენტმა რიჩარდ ნიქსონმა, მისმა შრომის მდივანმა ჯორჯ შულცმა და მისმა ასისტენტმა არტურ ფლეთჩერმა, ხოლო შემდგომში - შრომის დეპარტამენტის მთავარმა იურისტმა ლორენს სილბერმანმა.<sup>42</sup> 1969 წელს ნიქსონის შრომის

---

ზომები, რომლებიც ასეთი პროგრამების დისკრიმინაციის გარეშე განხორციელებას უზრუნველყოფდა, რასის, სარწმუნოების, კანის ფერის ან ეროვნული წარმოშობის მიხედვით." *Id.* ბრძანების პრეამბულის ფართო ენა, რომელიც აცხადებდა „დამსაქმებელთა და მშრომელთა ორგანიზაციების ვალდებულებას [...], უზრუნველყოთ სრული და თანასწორი მონაწილეობა ყველა მშრომელისათვის თავდაცვის სფეროში," *id.*, მიანიშნებდა აღმჭურველი ქმედებისაკენ მიმართულ ძალისხმევას, თუმცა არც ამ სიტყვებს იყენებდა და არც სრულ კონცეფციას. რუზველტის ბრძანებაზე, როგორც თანამედროვე აღმჭურველი ქმედების წყაროზე მსჯელობისათვის იხ. James E. Jones, Jr., *Twenty-One Years of Affirmative Action: The Maturation of the Administrative Enforcement Process Under the Executive Order 11,246 as Amended*, 59 CHI.-KENT L. REV. 67, 70-71 (1982).

<sup>39</sup> Exec. Order No. 10925, § 202, 3 C.F.R. 448, 449 (1959-1963). დისკრიმინაციისაკენ მიმართულები პოზიტიური ვალდებულებების შემქმნელი სხვა ენობრივი კონსტრუქციისათვის, იხ. მაგალითად, *id.* პრეამბულა, 3 C.F.R. at 448 („შეერთებული შტატების მთავრობის ცხადი და პოზიტიური ვალდებულებაა, წახალისოს და უზრუნველყოს ყველა კვალიფიციური ადამიანის თანაბარი შესაძლებლობები, მიუხედავად რასისა, სარწმუნოებისა, ფერის ან ეროვნული წარმოშობისა, რომელიც დასაქმებულია ან ეძიებს დასაქმებას ფედერალურ ხელისუფლებაში და სამთავრობო კონტრაქტებში"); *id.* („არსებული აღმასრულებელი ბრძანებების, პრაქტიკების და სამთავრობო უწყებების პროცედურების მიმოხილვა და ანალიზი [...] ცხადყოფს დასაქმების შესაძლებლობების სრული თანასწორობის, წახალისების, ძალისხმევის გაფართოების და გაძლიერების სასწრაფო საჭიროებას"); *id.* § 103, 3 C.F.R. at 449 (თანასწორი დასაქმების შესაძლებლობების კომიტეტის წლიური ანგარიშები „უნდა მოიცავდეს მითითებებს იმ ქმედებებზე, რომლებიც მიღებულია და იმ შედეგებზე, რომლებიც თითოეული დეპარტამენტის ან უწყების მიერ მიღწეულია"); *id.* § 201, 3 C.F.R. at 449 (კომიტეტი „განიხილავს და რეკომენდაციას გასცემს დამატებით აღმჭურველ ნაბიჯებზე, რომლებიც მიღებული უნდა იყოს აღმასრულებელი დეპარტამენტების და სააგენტოების მიერ, რათა ანტიდისკრიმინაციული ეროვნული პოლიტიკა უფრო სრულად რეალიზდეს"); *id.* § 304, 3 C.F.R. at 451 („კომიტეტი გამოიყენებს ყოველგვარ ძალისხმევას პირდაპირ ან შემსყიდველი უწყებების მეშვეობით, კონტრაქტორებისათვის, სახელმწიფო და ადგილობრივი მოხელეებისთვის, საჯარო და კერძო დაწესებულებებისათვის და სხვა ხელმისაწვდომი ინსტრუმენტებისათვის, რათა ნებისმიერ პროფესიულ კავშირთან, დამსაქმებელ სააგენტოსთან ან მშრომელთა სხვა წარმომადგენლობებთან, რომლებიც სამთავრობო კონტრაქტებში არიან ჩართული, თანამშრომლობა და ამ ბრძანების მიზნების განხორციელება უზრუნველყოს."); *id.* § 307, 3 C.F.R. at 452 (კონტრაქტორმა უწყებებმა უნდა დანიშნონ შესაბამისობის უზრუნველყოფი ოფიცრები).

<sup>40</sup> იხ. James E. Jones, Jr., *The Genesis and Present Status of Affirmative Action in Employment: Economic, Legal, and Political Realities*, 70 IOWA L. REV. 901, 909 (1985).

<sup>41</sup> იხ. Exec. Order No. 11,375, 3 C.F.R. 684 (1966-1970). ჯონსონს მანამდე გამოცემული ჰქონდა ბრძანება, რომელიც კენედის თავდაპირველი ბრძანების უპირატესი იყო. იხ. Exec. Order No. 11,246, 3 C.F.R. 339 (1964-1965). ამ ბრძანებაში მოცული იყო კენედის ბრძანების არსებითი ნაწილები, თუმცა იცვლებოდა პროგრამის ადმინისტრირების ორგანიზაციული სტრუქტურა. Executive Order 11,246, ბრძანება, რომელსაც დაემატა სქესი, როგორც დაცული კლასი, 11,375 აღმასრულებელი ბრძანებით, ფედერალური აღმჭურველი ქმედებების პროგრამების საფუძვლის ფუნქციას ინარჩუნებს.

<sup>42</sup> დროთა განმავლობაში ცვლილებების და აღმჭურველი ქმედების ლეგიტიმურობის პერსპექტივების გამოცდილებების საჩვენებლად, სილბერმანმა, რომელიც ახლა აშშ-ის კოლუმბიის ოლქის სააპელაციო სასამართლოს მოსამართლეა, ცოტა ხნის წინ წარმოადგინა მოსაზრება, რომლითაც უარყო ფედერალური

სამინისტრომ გამოსცა თავისი განახლებული ფილადელფიის გეგმა, რომელიც სახელმწიფო კონტრაქტორებისგან ქალაქში მოითხოვდა უმცირესობების დასასაქმებლად გეგმისა და განრიგის შედგენას სამშენებლო დარგის ექვს პროფესიაში.<sup>43</sup> კონტრაქტორებს, რომლებიც არ შეასრულებდნენ პირობას, შესაძლოა დიდი ღირებულების კონტრაქტები დაეკარგათ. გეგმა წარმოადგენდა აღმჭურველი ქმედებების განხორციელების მოთხოვნის მოდელს, რომლებიც გავრცელდებოდა სხვა სახელმწიფო კონტრაქტორებზე; თანმდევი ბრძანებები ასევე მოიცავდა ქალთა დასაქმების გაზრდის ამოცანას.

ნიქსონის გადაწყვეტილებამ, შემოეღო გეგმები და განრიგი ისტორიული პრაქტიკის, მათ შორის, პროფესიულ კავშირებში ნეპოტიზმის დასაძლევად, აზრთა სხვაობა გამოიწვია.<sup>44</sup> პროგრამა საჯარო კრიტიკასა და სამართლებრივ სირთულეებს გადაურჩა 1970-იან წლებში, რასაც, ჩემი აზრით, ორი მიზეზი აქვს. პირველ რიგში, გეგმა არ აწესებდა ხისტკვოტებს სახელმწიფო კონტრაქტორებისთვის. ნაცვლად ამისა, იგი კონტრაქტორებისგან ითხოვდა საკუთარი მიზნების დასახვას, რაც დამოკიდებული იყო ადგილობრივ სამუშაო ძალაში უმცირესობების ხელმისაწვდომობაზე. შემდეგში კი კონტრაქტორებს კეთილსინდისიერად უნდა მიეღოთ ზომები, რათა მიეღწიათ დასახული მიზნებისთვის. გეგმაზე სახელმწიფო მონიტორინგი ხორციელდებოდა, თუმცა იგი დიდ დისკრეციას უტოვებდა ინდივიდუალურ დამსაქმებლებს.<sup>45</sup>

მეორე მიზეზი: მართალია, ნიქსონის ფილადელფიის გეგმა არ ციტირებდა საერთაშორისო პაქტებს, მაგრამ იგი ეყრდნობოდა უფლების აღმდგენი სამართლისა და ეკონომიკური თანასწორობის ორეულს. მიუხედავად 1964 წელს კერძო სექტორთან დაკავშირებით სამოქალაქო უფლებების შესახებ კანონმდებლობის მიღებისა, 1969 წელს დისკრიმინაცია სამუშაო ადგილებზე მაინც შეიმჩნეოდა აშშ-ში. მიკერძოებულობის უფრო ფარული ფორმები, როგორიცაა მამაკაცური კავშირების ქონა და თეთრკანიან მამაკაცებს შორის დასაქმების შესახებ ზეპირი გარიგებების დადება, კიდევ უფრო ზღუდავდა ქალებისა და უმცირესობების შესაძლებლობებს. შრომის დეპარტამენტმა სახელმწიფოს მილიარდ-დოლარიანი საფულე გამოიყენა ამ უთანასწორობებთან გასამკლავებლად.<sup>46</sup>

ფილადელფიის გეგმა მხოლოდ სახელმწიფოს კეთილი ნების საშუალებით არ განხორციელებულა. მან პასუხი გასცა უმცირესობას მიკუთვნებული ამერიკელების ეკონომიკური კეთილდღეობის კრიზისს. 1969 წლის გეგმას რამდენიმეწლიანი ურბანული ამბოხი მოჰყვა, რომელიც ლურჯი ლენტის საგამოძიებო კომისიამ [კომისია, რომელიც

---

კომუნიკაციების კომისიის რეგულაცია, რომელიც რადიოსადგურებისგან მოითხოვდა, გადაედგათ ნაბიჯები სტატისტიკური უმცირესობების და ქალების დასაქმების ადგილზე „ნაკლებწარმომადგენლობის“ აღმოსაფხვრელად. იხ. *Lutheran Church- Missouri Synod v. FCC*, 141 F.3d 344 (D.C. Cir. 1998).

<sup>43</sup> იხ. *Contractors Ass'n v. Secretary of Labor*, 442 F.2d 159 (3d Cir. 1971) (რომელიც ადასტურებს გეგმის კონსტიტუციურობას). გეგმის შესახებ მსჯელობის, მისი ისტორიის და თანმდევი შედეგების შესახებ, იხ., მაგალითად, HUGH DAVIS GRAHAM, *THE CIVIL RIGHTS ERA: ORIGINS AND DEVELOPMENT OF NATIONAL POLICY 1960-1972*, at 278-97 (1990); Arthur A. Fletcher, *A Personal Footnote in History*, in *THE AFFIRMATIVE ACTION DEBATE* 25 (George E. Curry ed., 1996); Jones, *supra* სქოლიო 40, at 910-14; Robert P. Schuwerk, *Comment, The Philadelphia Plan: A Study in the Dynamics of Executive Power*, 39 U. CHI. L. REV. 723 (1972).

<sup>44</sup> იხ., *e.g.*, Schuwerk, *supra* სქოლიო 43, at 747-49.

<sup>45</sup> იხ. *id.* at 741.

<sup>46</sup> იხ., *e.g.*, *Contractors Ass'n v. Secretary of Labor*, 442 F.2d 159, 173 (3d Cir. 1971); Fletcher, *supra* სქოლიო 43, at 27.

გამორჩეული ადამიანებით კომპლექტდება საკითხის გამოსაკვლევად, რედაქტორის შენიშვნა], ეკონომიკურ სიდუხჭირეს მიაწერა.<sup>47</sup> არტურ ფლეთერი, შრომის მდივნის ასისტენტი, რომელმაც გამოსცა გეგმა, იხსენებდა, რომ პრეზიდენტმა ნიქსონმა მას მითითება მისცა, კეთილდღეობის გრანტის პროგრამა იმგვარად ჩამოეყალიბებინა, რომ ამ ურბანული სიღარიბისთვის ეპასუხა. ფლეთერმა კი იგი დაარწმუნა, რომ უმცირესობებს მიკუთვნებული ამერიკელების ცხოვრების სტანდარტი მათთვის დასაქმების შესაძლებლობის გაზრდით აეწია.<sup>48</sup> თვითონ ნიქსონმა მოგვიანებით განაცხადა, რომ მისი შრომის სამინისტროს მიერ შემუშავებული გეგმები და განრიგები „საჭირო და სწორი იყო“, რადგან, მისი თქმით, „კარგი სამსახური ისეთივე ძირითადი და მნიშვნელოვანი სამოქალაქო უფლებაა, როგორც კარგი განათლება“.<sup>49</sup>

1970-იან წლებში, აღმჭურველი ქმედებები ნელ-ნელა ვრცელდებოდა აშშ-ში. სახელმწიფო სააგენტოები, უნივერსიტეტები და კერძო დამსაქმებლები აღმასრულებელი ბრძანებების თანახმად, იღებდნენ სხვადასხვა გეგმებს. ამ მცდელობებს მოწინააღმდეგეები არასოდეს აკლდა, რომლებიც, მათ შორის, ამტკიცებდნენ, რომ ეს იდეა კონსტიტუციასთან არათავსებადი იყო. აშშ-ის კონსტიტუცია, რომელიც მე-18 საუკუნის ბოლოს დაიწერა და რომელშიც ყველაზე რელიგვანტური შესწორებები რასასთან დაკავშირებით 1865-1870-იან წლებში შევიდა, ხოლო ქალების საარჩევნო უფლებასთან დაკავშირებით კი 1920 წელს, ჩამოთვლის ზოგიერთ სამოქალაქო და პოლიტიკურ უფლებას. თუმცა განსხვავებით ადამიანის უფლების საყოველთაო დეკლარაციისგან, აშშ-ის კონსტიტუცია არ გაწერს ეკონომიკურ და სოციალურ მიზნებს. ამასთან, იგი პირდაპირ არ მიუთითებს აღმჭურველ ქმედებაზე, იგი, უბრალოდ, კონგრესს აძლევს შესაძლებლობას, „შესაბამისი კანონმდებლობის მეშვეობით [...] აღასრულოს“ ფუნდამენტური დოკუმენტის თანასწორობის გარანტია.<sup>50</sup> შესაბამისად, აშშ-ში აღმჭურველი ქმედების კონსტიტუციურობა დიდწილად დამოკიდებულია კონსტიტუციისეული დაპირების ინტერპრეტაციაზე „კანონის წინაშე თანასწორობასთან“ დაკავშირებით.“<sup>51</sup>

რასასთან დაკავშირებული აღმჭურველი ქმედების კონსტიტუციურობაზე აშშ-ის უზენაესმა სასამართლომ პირველად იმსჯელა 1978 წელს საქმეში *Regents of the University of California v. Bakke*.<sup>52</sup> ამ საქმემ ცხრა მოსამართლეს შორის ექვსი სხვადასხვა აზრი წარმოშვა, რომელთაგანაც შედეგზე საბოლოო გავლენა ერთმა მოსამართლემ - ლუის პაუელ ჯუნიორმა მოახდინა. მოსამართლე პაუელმა მხარი არ დაუჭირა სახელმწიფო სამედიცინო სკოლის აღმჭურველი ქმედებების პროგრამას, რომელიც სასწავლებლის 1/6-ის უმცირესობაში მყოფი სტუდენტებისთვის გამოყოფდა, მაგრამ მან მიიჩნია, რომ საჯარო უნივერსიტეტებს შეეძლოთ, რასა სხვა ფაქტორებს შორის ერთ-ერთ

<sup>47</sup> იხ. KERNER COMMISSION, REPORT OF THE NATIONAL ADVISORY COMMISSION ON CIVIL DISORDERS 91 (1968); Jones, *supra* სქოლიო 40, at 910-11.

<sup>48</sup> იხ. Fletcher, *supra* სქოლიო 43, at 25-26.

<sup>49</sup> RICHARD NIXON, RN: THE MEMOIRS OF RICHARD NIXON 437 (1978).

<sup>50</sup> აშშ-ის კონსტიტუცია, შესწორება XIV, § 5; იხ. ასევე *id.* შესწორებები XVIII, §2; XV, §2; XIX.

<sup>51</sup> აშშ-ის კონსტიტუცია, შესწორება XIV, § 1.

<sup>52</sup> 438 U.S. 265 (1978). მანამდე დავა, რომელიც ეხებოდა შტატის სამართლის ფაკულტეტის აღმჭურველი ქმედების პროგრამას მისაღებ პროცესში, არ იქნა განხილული როგორც სადავო საკითხი. იხ. DeFunis v. Odegaard, 416 U.S. 312 (1974).

ფაქტორად მიეჩნიათ სტუდენტების სასწავლებელში ჩარიცხვის შესახებ გადაწყვეტილების მიღებისას.

ფილადელფიის გეგმის შემქმნელების მსგავსად, მოსამართლე პაუელიც ფიქსირებული კვოტების წინააღმდეგი იყო. სასწავლებლებს შეეძლოთ უმცირესობაში მყოფი რასის ფაქტორის, როგორც სტუდენტის ჩარიცხვის ერთ-ერთი ფაქტორის გათვალისწინება, მაგრამ მათ არ შეეძლოთ კონკრეტული რაოდენობის ადგილების გამოყოფა უმცირესობაში მყოფი სტუდენტებისთვის. პაუელი მზად იყო მხარი დაეჭირა აღმჭურველი ქმედების უფრო მსუბუქი ფორმებისთვის, რომლებიც „თითოეულ აპლიკანტს, მიღების პროცესში, როგორც ინდივიდს, ისე განიხილავდა“. მისი სიტყვებით, „აპლიკანტი, რომელიც კარგავს ბოლო ხელმისაწვდომ ადგილს სხვა კანდიდატთან, რომელმაც ‘პლიუსი’ მიიღო ეთნიკური წარმომავლობის გამო, ვერ იქნება ამორიცხული ამ ადგილისთვის განხილვაში მხოლოდ იმის გამო, რომ სათანადო ფერის არ იყო ან არასწორი გვარი ჰქონდა.“<sup>53</sup> ღელვა, რომ აღმჭურველი ქმედება გეგმავს დამკვიდრებული მოლოდინების ზღვარზე გავლას, აშშ-ის აღმჭურველ ქმედებებთან დაკავშირებულ იურისპრუდენციაში საკმაოდ შესამჩნევი იყო. შესაბამისად, უარი ითქვა დასაშვებ პრეფერენციებზე დასაქმების ნაწილში მაშინ, როდესაც საქმე ეხებოდა თანამშრომლების გათავისუფლებას; თანამშრომლების მასშტაბური დათხოვნის პროცესში თანამდებობრივი რანგის მკაცრი სისტემები უპირატესია.<sup>54</sup>

მოსამართლე პაუელის მოსაზრებამ *Bakke*-ში უარყო სახელმწიფოს მიერ აღმჭურველი ქმედების გასამართლებლად მოყვანილი არგუმენტების უმრავლესობა. მან მთლიანად უარყო სახელმწიფოს უფლების აღმდგენის რაციონალი იმის გამო, რომ ერთ სამედიცინო სასწავლო დაწესებულებას არ შეეძლო ეცადა, პასუხი გაეცა საზოგადოებაში არსებულ დისკრიმინაციაზე.<sup>55</sup> და იგი ვერ დარწმუნდა სასწავლო დაწესებულების მტკიცებაში, თითქოს სამედიცინო სასწავლებლის სტუდენტების ჩარიცხვის ნაწილში აღმჭურველი ქმედების გამოყენებას შეეძლო უმცირესობების საზოგადოებებში სამედიცინო სერვისების მიწოდების გაუმჯობესება.<sup>56</sup>

ერთადერთი განმარტება, რომელიც მოსამართლე პაუელმა გაიზიარა სამედიცინო სასწავლო დაწესებულებაში სტუდენტების ჩარიცხვის ნაწილში აღმჭურველი ქმედებების გამოყენებასთან დაკავშირებით, თანხვედრაშია სოციალური კეთილდღეობის თემასთან, რომელიც ადამიანის უფლებათა საყოველთაო დეკლარაციაში გვხვდება. პაუელმა და-

<sup>53</sup> 438 U.S. at 318 (მოსამართლე პაუელის მოსაზრება, რომელიც აცხადებს სასამართლო გადაწყვეტილებას).

<sup>54</sup> იხ. *Wygant v. Jackson Bd. of Educ.*, 476 U.S. 267 (1986).

<sup>55</sup> იხ. 438 U.S. at 309. პაუელი დაუშვებდა სკოლის მხრიდან უფლების აღდგენას, საკუთარი წარსულის ან პრაქტიკებიდან მომდინარე „იდენტიფიცირებული დისკრიმინაციის შედეგების გასაუქმებლად“. *Id.* at 307. ოთხი მოსამართლე, რომელიც მზად იყო დაედასტურებინა სადავო სისტემა, მისაღებად მიიჩნევდა საზოგადოებრივი დისკრიმინაციისგან მომდინარე უფლებების აღდგენას აღმჭურველი ქმედების პროგრამების ნებადართულ გამართლებად. იხ. *id.* at 362-73 (მოსამართლეები ბრენანი, უაითი, მარშალი და ბლეიქმუნი. სასამართლო გადაწყვეტილების ნაწილობრივ თანხვედრი და ნაწილობრივ განსხვავებული აზრები).

<sup>56</sup> ამ სარჩელზე პაუელმა დაასკვნა, რომ სასწავლებელმა წარმოადგინა არასაკმარისი მტკიცებულებები საჭიროების შესახებ და უფრო დეტალური გამოკითხვებით შეეძლო იმ სტუდენტების შერჩევა (როგორც თეთრკანიანი, ისე განსხვავებული რასის), რომლებიც უმცირესობების თემში მუშაობით იყვნენ დაინტერესებული. იხ. *id.* at 310-11 (მოსამართლე პაუელის მოსაზრება, რომელიც აცხადებს სასამართლო გადაწყვეტილებას).



ასკვნა, რომ სტუდენტების მრავალფეროვნება ყველა სტუდენტისთვის უფრო გაამრავალფეროვნებდა საგანმანათლებლო გამოცდილებას.<sup>57</sup> საყოველთაო დეკლარაციის 26-ე მუხლში მოცემული დებულება ადგენს, რომ განათლება „მიმართული უნდა იყოს“ „ერებს, რასობრივ და რელიგიურ ჯგუფებს შორის ტოლერანტობისა და მეგობრობის გაგების განმტკიცებისკენ“.<sup>58</sup> ამ მიმართულებით განხორციელებულმა აღმჭურველმა ქმედებებმა შესაძლოა, უფრო მეტი ბარიერი დაანგრეოს, ვიდრე წარმოშვას ისინი, მრავალფეროვანი ჯგუფების წევრებისთვის შესაძლებლობის მიცემით, გაიზიარონ ყოველდღიური ცხოვრება, შრომა და სწავლა.<sup>59</sup>

აშშ-ში რასაზე დაფუძნებული აღმჭურველი ქმედების კონსტიტუციურობასთან დაკავშირებულმა მეორე გამოწვევამ ასევე წარმოშვა განხეთქილება უზენაესი სასამართლოს მოსამართლეებს შორის და არ ყოფილა მოსაზრება, რომელსაც უმრავლესობა დაეთანხმებოდა. 1980 წლის გადაწყვეტილებაში საქმეზე *Fullilove v. Klutznick*,<sup>60</sup> სასამართლომ ძალაში დატოვა კონგრესის მიერ შემუშავებული დებულება, რომელიც უმცირესობების ბიზნესებისთვის ადგილობრივ საზოგადოებრივ შრომაზე დახარჯული ფედერალური ფონდების 10%-ს გამოყოფდა. თავმჯდომარე მოსამართლე ბურგერის უმრავლესობის გადაწყვეტილება დაეყრდნო „კონგრესისთვის სპეციალურად დელეგირებული ძალაუფლებების ამალგამას“, <sup>61</sup> რაც მოიცავდა მის ძალაუფლებას, ბიუჯეტიდან გამოეყოფნა ფონდები „ზოგადი კეთილდღეობისთვის“, <sup>62</sup> მის ძალაუფლებას, დაარეგულიროს ვაჭრობა, <sup>63</sup> და მის ძალაუფლებას, „აღასრულოს“ კონსტიტუციის თანასწორი დაცვის პუნქტი. <sup>64</sup> ამის გათვალისწინებით, სასამართლომ დაადგინა, რომ დასაშვები იყო საკანონმდებლო ხელისუფლების მიერ არცთუ ისე დიდი ოდენობის თანხის გამოყოფა უმცირესობების ბიზნესებისთვის, როგორც კომპენსაცია „წარსული დისკრიმინაციის აწმყო ეფექტებისთვის“.<sup>65</sup>

<sup>57</sup> *ib.* 438 U.S. at 312.

<sup>58</sup> UDHR, *supra* სქოლიო 3, მუხლი 26(2). მუხლი განათლების კიდეც ორ დამატებით მიზანს განსაზღვრავს: „ადამიანის პიროვნების სრული განვითარება“ და „გაეროს მიერ მშვიდობის უზრუნველყოფის ქმედებების გაძლიერება“. *Id.*

<sup>59</sup> შტრ. Malcolm Gladwell, *Six Degrees of Lois Weisberg*, THE NEW YORKER, 11 იანვარი, 1999 at 52, 62 (“მნიშვნელოვანი ისაა, რომ წარმატება ჩვენი ურთიერთობების ხარისხი კი არ არის, არამედ რაოდენობრივი მახასიათებელია - არა ის, თუ რამდენად ახლოს ხარ შენს ნაცნობებთან, არამედ, პარადოქსულად, რამდენ ადამიანს იცნობ, რომელთანაც განსაკუთრებულად ახლოს არც ხარ [...]. უმცირესობების მისაღები პროგრამები ქმედითია არა იმიტომ, რომ შავკანიან სტუდენტებს იმავე აღმატებულ საგანმანათლებლო რესურსებზე მიუწვდებათ ხელი, რაზედაც თეთრკანიანებს, ან იმიტომ, რომ იმავე მდიდარი კულტურული გარემოსადმი უჩნდებათ ხელმისაწვდომობა, რაზედაც თეთრკანიან სტუდენტებს, ან აშენებული თანასწორობის ნებისმიერი სხვა ფორმალური ან გრანდიოზული ხედვის გამო. ეს პროგრამები ქმედითია, რადგან იმავე თეთრკანიან სტუდენტებზე აძლევს შავკანიან სტუდენტებს წვდომას, ვისთანაც თეთრკანიან სტუდენტებს აქვთ - აძლევს მათ საშუალებას დაუახლოვდნენ ადამიანებს საკუთარი სოციალური სამყაროს მიღმა და შეამოკლონ მანძილი მათსა და საუკეთესო სამსახურებს შორის.”).

<sup>60</sup> 448 U.S. 448 (1980).

<sup>61</sup> *Id.* at 473.

<sup>62</sup> U.S. CONST. art.I, §8, cl.1.

<sup>63</sup> *Id.* cl.3.

<sup>64</sup> *Id.* შესწორება XIV, § 5.

<sup>65</sup> 448 U.S. at 487. სასამართლომ ასევე ხაზი გაუსვა მთავრობის მოქნილობას პროგრამის ადმინისტრირების პროცესში, მათ შორის, დათმობის შესაძლებლობას, როდესაც 10%-იანი მოთხოვნა განხორციელებადი არ იყო. *Id.* at 468-72, 481-82, 487-89.

თუმცა ბოლო ორი ათწლეულის განმავლობაში სასამართლო სულ უფრო და უფრო სკეპტიკური გახდა რასაზე დაფუძნებული აღმჭურველი ქმედების მიმართ, რომელსაც ახორციელებდნენ ან რომლის განხორციელებასაც სახელმწიფო სუბიექტები ითხოვდნენ. სასამართლოს უმრავლესობა დღესდღეობით ასეთ პროგრამას დიდი სიფრთხილით აკვირდება და ის ვერ იარსებებს, თუ არ დამტკიცდება გადაუდებელი საჭიროების არსებობა, რომელთანაც პროგრამა ან ქმედება მჭიდრო კავშირშია.<sup>66</sup> სახელმწიფო და ლოკალური დონის მცდელობებმა, გაუმკლავდნენ „საზოგადოებაში არსებულ დისკრიმინაციას“, ვერ გაიარეს სასამართლოს ტესტი,<sup>67</sup> მიუხედავად ემპირიული მტკიცებულებისა, რომელიც მოწმობს რასობრივი დისკრიმინაციის არსებობას განათლებისა და დასაქმების სფეროებში, ისევე როგორც საცხოვრებელი სახლისა და მომხმარებლის ტრანზაქციების ნაწილში.<sup>68</sup> *Fullilove* საქმეში კონსტიტუციურად მიჩნეულმა ფედერალურმა 10%-იანმა ფონდმა შესაძლოა, სასამართლოს დღევანდელი ტესტი ვერ გაიაროს,<sup>69</sup> მიუხედავად იმისა, რომ სასამართლოს ამ საკითხზე განსაკუთრებული პოზიცია ჰქონდა.<sup>70</sup> უფრო დაბალი ინსტანციის ზოგიერთი სასამართლო პროგნოზირებს, რომ დღევანდელი სასამართლო უარყოფდა მრავალფეროვნების რაციონალს, რომელსაც მოსამართლე პაუელმა საქმეში მხარი დაუჭირა.<sup>71</sup>

მეორე მხრივ, კლინტონის ადმინისტრაციას სასამართლოს დისპოზიცია ისე ესმის, თითქოს კონგრესი უფლებამოსილია, იმოქმედოს საზოგადოებაში არსებული დისკრიმინაციის საპასუხოდ ფრთხილად ჩამოყალიბებულ რასაზე დაფუძნებული პრეფერენციების მეშვეობით.<sup>72</sup> კანონად რჩება ის, რომ კერძო თუ საჯარო წარმონაქმნს შესაძლოა და-

<sup>66</sup> *Adarand Constructors, Inc. v. Peña*, 515 U.S. 200, 235 (1995).

<sup>67</sup> *ib. City of Richmond v. J.A. Croson Co.*, 488 U.S. 469, 498-99 (1989) (უმრავლესობის აზრი).

<sup>68</sup> *ib. Adarand Constructors, Inc. v. Peña*, 515 U.S. 200, 273-74 (1995) (მოსამართლე გინსბურგის განსხვავებული აზრი) (კვლევებზე მითითებით); GEORGE STEPHANOPOULOS & CHRISTOPHER EDLEY, JR., *AFFIRMATIVE ACTION REVIEW: REPORT TO THE PRESIDENT* §§ 4.1-4.3 (1995) (იგივე); BARBARA F. RESKIN, *THE REALITIES OF AFFIRMATIVE ACTION IN EMPLOYMENT* 19-43 (1998). *ib. ასევე* Nicholas LeMann, *Taking Affirmative Action Apart*, N.Y. TIMES, 11 ივნისი, 1995, §6 (ჟურნალი), at 36 (რომელიც იკვლევს აღმჭურველი ქმედების პოლიტიკას და პოსტ-Bakke შედეგებს და ასკვნის, რომ აღმჭურველი ქმედება შედეგიანი იყო ერის რასობრივი უფსკრულის შემცირებაში).

<sup>69</sup> ბოლო პერიოდის კომენტარებში დაფიქსირდა, რომ *Fullilove* საქმე წარმოადგენდა კეთილთვისებიანი რასობრივი კლასიფიკაციისადმი ტოლერანტობის მაღალ ნიშნულს და „ფერებისადმი ბრმა კონსტიტუციის“ იდეალი, რასობრივად გათვითცნობიერებული რეგულაციის თანმდევ მტრულ განწყობასთან ერთად, წარმოიშვა წლების შემდგომ. *ib. T. Alexander Aleinikoff, A Case for Race-Consciousness*, 91 COLUM. L. REV. 1060 (1971). *ib. ზოგადად* ANDREW KULL, *THE COLOR-BLIND CONSTITUTION* (1992).

<sup>70</sup> *ib. Adarand Constructors, Inc.*, 515 U.S. at 235.

<sup>71</sup> *ib. e.g., Hopwood v. Texas*, 78 F.3d 932, 944 (5th Cir.), *cert. denied*, 518 U.S. 1033 (1996); *Adarand Constructors, Inc. v. Peña*, 965 F. Supp. 1556, 1570 (D. Colo. 1997) (სტატიის მომზადებისას განხილვის პროცესში). თუმცა შდრ. *Texas v. Hopwood*, 518 U.S. 1033, 1034 (1996) (მოსამართლე გინსბურგი, რომელსაც შეუერთდა მოსამართლე საუტერი სარჩელის მიღებაზე უარის თანხმედრ აზრში) (სადაც აღნიშნულია, რომ სასამართლო „გადასინჯავს გადაწყვეტილებებს და არა მოსაზრებებს“ და, რომ არც ერთი „საბოლოო გადაწყვეტილება პროგრამასთან დაკავშირებით ზოგადად საკამათოდ“ რჩება *Hopwood*-ის დავაში, როდესაც გადასინჯვის მოთხოვნაზე უარი ითქვა (ციტირება კეთდება საქმეზე: *Chevron U.S.A. Inc. v. Natural Resources Defense Council*, 467 U.S. 837, 842 (1984))).

<sup>72</sup> პრეზიდენტის აღმასრულებელი ოფისის განცხადება, *Procurement Reforms: SDB Certification and the Price Evaluation Adjustment Program 2* (24 ივნისი, 1998) (ინახება ავტორებთან). ამ გააზრებაზე დაყრდნობით, პრეზიდენტის ადმინისტრაციამ გამოსცა ახალი გაიდლაინები, რომლებიც უმცირესობების საკუთრებაში არსებულ ბიზნესებს მცირე უპირატესობას აძლევს, როდესაც სახელმწიფო ტენდერებში იღებენ მონაწილეობას ცალკეულ დარგში. გაიდლაინები მიმართულია იმ დარგებისაკენ, სადაც უმცირესობების საკუთრებაში არსებული ბიზნესების წარმომადგენლობა დაბალია. *ib. Small Disadvantaged Busi-*

ევალოს აღმჭურველი ქმედებების განხორციელება, რათა მის მიერ აშკარა დისკრიმინაციული მოპყრობა გამოასწოროს.<sup>73</sup> ჯერჯერობით, კონგრესს მხარი არ დაუჭერია ისეთი შემოთავაზებებისთვის, რომლებიც ითვალისწინებს უნივერსიტეტების მიერ აღმჭურველი ქმედების განხორციელების აკრძალვას სტუდენტების მიღების პოლიტიკაში იმ შემთხვევაში, თუკი ისინი ფედერალურ დაფინანსებას იღებენ.<sup>74</sup> დღემდე სასამართლოს არ გადაუხედავს მოსამართლე პაუელის მრავალფეროვნებაზე დაფუძნებული გამართლება აღმჭურველი ქმედებისა უნივერსიტეტებში სტუდენტების მიღების ნაწილში,<sup>75</sup> და აკადემიური კვლევის საკმაოდ დიდი ნაწილი მიმოიხილავს, თუ როდის მოუწევს სასამართლოს ამ საკითხზე მსჯელობა.<sup>76</sup> საერთო ჯამში, სამართლიანი იქნება იმის თქმა, რომ დღესდღეობით რასაზე დაფუძნებული კონსტიტუციურად ნებადართული აღმჭურველი ქმედებების არხი ვიწროა, მაგრამ არა - დახშობილი.<sup>77</sup>

ახლა გადავინაცვლებ სქესთან დაკავშირებული აღმჭურველი ქმედების განხილვაზე. ერთმანეთისგან განვასხვავებ ქალებისთვის ლეგიტიმურად შექმნილ კანონებსა და პროგრამებს, რომლებიც უპირატესობას ანიჭებს ქალებს და, მეორე მხრივ, რასაზე დაფუძნებულ პროგრამებს. გავიხსენოთ, რომ სქესის ნიშნით დისკრიმინაციის ტრადიციუ-

---

*ness Procurement; Reform of Affirmative Action in Federal Procurement*, 63 Fed. Reg. 35,714 (1998).

<sup>73</sup> იხ. *United States v. Paradise*, 480 U.S. 149, 185-86 (1987); *Local 28, Sheet Metal Workers v. EEOC*, 478 U.S. 421, 482 (1986) (უმრავლესობის აზრი); *id.* at 483 (მოსამართლე პაუელი ნაწილობრივ თანმხვედრი და გადაწყვეტილებაში თანმხვედრი აზრით).

<sup>74</sup> 1998 წლის მაისში, მაგალითად, წარმომადგენელთა პალატამ ჩააგდო ორი შემოთავაზებული ცვლილება უმაღლესი განათლების ხელახალი ავტორიზაციის აქტში, რომელსაც შეეძლო, შეეზღუდა პრეფერენციების გამოყენება ფედერალურ დაფინანსებაზე მყოფ უმაღლეს საგანმანათლებლო დაწესებულებებში. იხ. 144 CONG. REC. H2914, H2917 (daily ed. 6 მაისი, 1998).

<sup>75</sup> შდრ. *Wygant v. Jackson Bd. of Educ.*, 476 U.S. 267, 286 (1986) (მოსამართლე ო'კონორის ნაწილობრივ თანმხვედრი და გადაწყვეტილებაში თანმხვედრი აზრი) („მიუხედავად იმისა, რომ სახელმწიფო ინტერესის ზუსტი კონტურები გაურკვეველია, რასობრივი მრავალფეროვნების წახალისების ინტერესი საკმარისად 'დაუძლეველად' იქნა მიჩნეული, სულ მცირე, უმაღლესი განათლების კონტექსტში, რათა ხელი შეეწყოს რასობრივი მიდგომების გამოყენებისათვის ამ ინტერესის დასაკმაყოფილებლად“). იხ. აგრეთვე *Ronald Dworkin, Is Affirmative Action Doomed?*, N.Y. REV. OF BOOKS, 5 ნოემბერი, 1998, at 56, 60 (საგანმანათლებლო მრავალფეროვნება დაუძლეველი ინტერესია); *Goodwin Liu, Affirmative Action in Higher Education: The Diversity Rationale and the Compelling Interest Test*, 33 HARV. L.R.-C.L. REV. 381, 429 (1998) (რომელიც ასკვნის, რომ მრავალფეროვნების რაციონალი აკმაყოფილებს მკაცრი შეფასების ტესტს). თუმცა, იხ. *Jed Rubinfeld, Affirmative Action*, 107 Yale L. J. 427, 471-72 (1997) (რომელიც მიიჩნევს, რომ აღმჭურველი ქმედების რეალური მიზანი არაა მრავალფეროვნების მიღწევა, არამედ უმცირესობების ეროვნულ ინსტიტუტებში მეტად წარმოდგენა).

<sup>76</sup> იხ., *e.g.*, WILLIAM G. BOWEN & DEREK BOK, *THE SHAPE OF THE RIVER: LONG-TERM CONSEQUENCES OF CONSIDERING RACE IN COLLEGE AND UNIVERSITY ADMISSIONS* (1998); STEPHEN THERNSTROM & ABIGAIL THERNSTROM, *AMERICA IN BLACK AND WHITE: ONE NATION, INDIVISIBLE* (1997); *Symposium, Twenty Years After Bakke: The Law and Science of Affirmative Action in Higher Education*, 59 Ohio St. L.J. 663 (1998).

<sup>77</sup> იხ. აგრეთვე *Steven A. Holmes, Administration Cuts Affirmative Action While Defending It*, N.Y. TIMES, 16 მარტი, 1998, at A17 (რომელიც აღნიშნავს, რომ კლინტონის ადმინისტრაციამ დაასრულა ან შეცვალა აღმჭურველი ქმედების ზოგიერთი პროგრამა მაშინ, როდესაც სხვა პროგრამების კონსტიტუციურობას იცავდა).

ეს ლექცია მსჯელობს სახელმწიფოს მიერ მართულ აღმჭურველი ქმედებების პროგრამების კონსტიტუციურობის დავებზე. სასამართლო უფრო ტოლერანტული იყო კერძო სექტორის მიერ განხორციელებული ნებაყოფლობითი პროგრამებისადმი, თუმცა აქაც სასამართლო პროგრამებს დეტალურად აფასებს დისკრიმინაციის საკანონმდებლო შემაკავებლებთან მიმართებით. იხ. *United Steelworkers v. Weber*, 443 U.S. 193, 208 (1979) (რომელმაც დაადასტურა ნებაყოფლობითი რასობრივი პროგრამა); იხ. ასევე *Johnson v. Transportation Agency*, 480 U.S. 616, 640-42 (1987) (რომელმაც დაადასტურა საჯარო ინსტიტუციის განხორციელებული გენდერული პროგრამა; სარჩელი ეფუძნებოდა მე-7 თავს (Title VII) და არა კონსტიტუციას).

ლი ფორმები, განსხვავებით რასაზე დაფუძნებული ოდიოზური კლასიფიკაციებისგან, ერთ დროს მიჩნეული ან რაციონალიზებული იყო, თითქოს ისინი იცავდნენ მეორე სქესს, მაგალითად, კანონები, რომლებიც ქალებს ღამე მუშაობას, ბარში მუშაობას, მძიმე ტვირთის ზიდვასა და ზეგანაკვეთური სამუშაოს შესრულებას უკრძალავდა. საბოლოოდ, ბევრმა ქალმა აღმოაჩინა, რომ ეს კანონები არა თუ ქალებს იცავდა, არამედ იცავდა მამაკაცის სამუშაოს ქალების კონკურენციისგან.<sup>78</sup> შესაბამისად, სქესზე დაფუძნებული აღმჭურველი ქმედების შეფასებისას გასათვალისწინებელია ის განსხვავებები, რომლებიც არსებობს იმ ზომებს შორის, რომლებიც გულწრფელად მიმართულია ქალთა ისტორიული სუბორდინაციის შედეგების გამოსწორებისკენ და რომლებიც ასაზრდოებენ მითებსა და სტერეოტიპებს და რომლებიც აბრკოლებენ ქალებისთვის მათი სრულყოფილი პოტენციალის მიღწევის პროცესში.

კვლავ ეჭვის თვალით ვუყურებ აშშ-ის უზენაესი სასამართლოს თანასწორობის უზრუნველყოფის გადაწყვეტილებების მოწესრიგებულ პაკეტებად დაჯგუფების მცდელობებს, „მკაცრი შეფასების,“ „შუალედური“ შემოწმების, მსუბუქი ან „რაციონალური ურთიერთობების“ გადასინჯვების სათაურების ქვეშ. მიუხედავად ამისა, მიმაჩნია, რომ სწორი იქნება სასამართლოს ამჟამინდელი მიდგომის შეფასება სქესზე დაფუძნებული კლასიფიკაციისადმი, როგორც უფრო მოქნილი რასობრივ კლასიფიკაციებთან შედარებით. ამჟამინდელი ფორმულირების თანახმად, სქესზე დაფუძნებული მონახაზი ტესტს ვერ გაივლის, თუკი სახელმწიფო არ გამოძენის „განსაკუთრებით დამაჯერებელ გამართლებას“,“<sup>79</sup> და არ დაეყრდნობა „განზოგადებას იმის შესახებ [მოცარტის ოპერის სახელწოდებას რომ დავესესხოთ, *Così fan tutti*], თუ 'როგორები არიან ქალები.'“<sup>80</sup> ირონიულია, რომ სქესობრივ კლასიფიკაციასთან დაკავშირებული უფრო ნაკლებად მკაცრი სტანდარტების გამო, გადაწყვეტილების მიმღებმა ზოგიერთმა პირმა დაასკვნა, რომ ქალთა დახმარების მცდელობები ნაკლებად ექვემდებარება კონსტიტუციურ თავდასხმებს ისტორიულად ჩაგრული რასობრივი უმცირესობების დახმარების მცდელობებთან შედარებით.<sup>81</sup> ვფიქრობ, რომ ეს საკმაოდ პრობლემური მოცემულობაა.

სქესთან დაკავშირებულ საქმეებში, თავდაპირველად, სასამართლო არ იყო თავდაჯერებული. 1974 წლის საქმეში *Kahn v. Shevin*,<sup>82</sup> სადაც სასამართლოში ადვოკატის პოზიციიდან ვდავობდი და წავაგე, სასამართლომ დასაშვებ პრეფერენციად ცნო ფლორიდის მე-19 საუკუნის დროინდელი კანონი, რომელიც ქვრივ ქალებს უძრავი ქონების გადასახადისგან ათავისუფლებდა. ფლორიდის შტატმა ეს მცირე შეღავათი ქვრივი ქალების გარდა მიანიჭა უსინათლო ადამიანებსა და შშმ პირებს. სასამართლომ ეს გამო-

<sup>78</sup> იხ., e.g., Ruth Bader Ginsburg, *Sex Equality and the Constitution*, 52 TUL. L. REV. 451, 454-55 (1978).

<sup>79</sup> *United States v. Virginia*, 518 U.S. 515, 531 (1996) (ციტირებს *J.E.B. v. Alabama ex rel.T.B.*, 511 U.S. 127, 136-37 & n.6 (1994), და *Mississippi Univ. for Women v. Hogan*, 458 U.S. 718, 724 (1982)).

<sup>80</sup> *United States v. Virginia*, 518 U.S. 515, 531 (1996) (ციტირებს *J.E.B. v. Alabama ex rel.T.B.*, 511 U.S. 127, 136-37 & n.6 (1994), და *Mississippi Univ. for Women v. Hogan*, 458 U.S. 718, 724 (1982)). 80. *Id.* at 550.

<sup>81</sup> იმ შემთხვევაში, როდესაც ფედერალურმა სააპელაციო სასამართლომ დაადასტურა ქალაქის პრეფერენციული მიდგომა ქალის საკუთრებაში არსებული ბიზნესისადმი, მაგრამ არა უმცირესობის საკუთრებაში არსებული ბიზნესისადმი. იხ. *Associated Gen. Contractors v. City of San Francisco*, 813 F.2d 922, 931-32, 941-42, 944 (9th Cir. 1987).

<sup>82</sup> 416 U.S. 351 (1974).

ნაკლისი მიიჩნია სამართლიან კომპენსაციად ქვრივი ქალებისთვის იმ არახელსაყრელი პირობებისათვის, რომლებსაც ისინი აწყდებოდნენ. ჩემი აზრით, სასამართლომ სათანადო ყურადღება არ მიაქცია ქალის, როგორც დაქვემდებარებული მეუღლის როლს. სასამართლომ მიიჩნია, რომ კანონი პასუხობდა სამსახურში ქალთა მიმართ დისკრიმინაციულ მოპყრობას. მაგრამ, ეს რომ მართლაც განზრახული ყოფილიყო, მაშინ კარგი დამკვირვებელი დასვამს კითხვას: რატომ არ ვრცელდებოდა ეს გამონაკლისი განქორწინებულ ქალებსა და ოჯახის უფროს მართოხელა ქალებზე, იმ ქალებზე, რომლებიც შესაძლოა ყველაზე მეტად განიცდიდნენ სამუშაო ადგილზე დისკრიმინაციას?<sup>83</sup>

თუმცა მომდევნო წელს, სასამართლომ ხაზგასმით აღნიშნა, რომ სქესზე დაფუძნებული დიფერენციაციის შეფასებისას არ იქნებოდა გათვალისწინებული კომპენსაციის რაციონალი. 1975 წელს და, კიდევ ერთხელ, 1977 წელს სასამართლომ არაკონსტიტუციურად ცნო გენდერზე დაფუძნებული დიფერენცია სოციალურ შემწეობასთან დაკავშირებულ კანონმდებლობაში, სადაც კლასიფიკაცია ეყრდნობოდა კაცი-მარჩენალისა და მასზე დამოკიდებული ქალის სტერეოტიპებს.<sup>84</sup> ამ საქმეებში სასამართლომ კანონმდებელს მოსთხოვა ბავშვებზე ზრუნვის ბენეფიტების გავრცელება როგორც ქვრივ კაცებზე, ისე ქვრივ ქალებზე და დაადგინა, რომ იმ ქალებს, რომლებიც ხელფასს იღებენ, უნდა ჰქონდეთ იგივე სოციალური დაზღვევა თავიანთი ოჯახებისთვის, როგორიც კაცებს აქვთ. შემდგომში, 1977 წელს, რასაზე დაფუძნებულ აღმჭურველ ქმედებასთან დაკავშირებულ Bakke-ს გადაწყვეტილებამდე ერთი წლით ადრე, სასამართლომ კონსტიტუციურად ცნო პრეფერენციული ზომა, რომელიც გონივრულად გამართლებული იყო იმით, რომ იგი მცირედით ამცირებდა დასაქმების ადგილას დისკრიმინაციას, რასაც ქალები განიცდიდნენ.

<sup>83</sup> იხ. Ginsburg, *supra* სქოლიო 21, at 816-17. სასამართლოს კვლავ გამორჩა ნიშანი, რომელიც მოცემული იყო საქმეში Schlesinger v. Ballard, 419 U.S. 498 (1975), როდესაც მან დაადასტურა საზღვაო ფლოტის რეგულაცია, რომელიც კაც ოფიცრებს აყენებდა მკაცრ „ზემოთ ან გარეთ“ დაწინაურების სისტემაში, თუმცა ქალებს უფრო დიდ დროს აძლევდა სავალდებულო გათავისუფლებამდე თუ მათი წინსვლის მცდელობები უშედეგო იქნებოდა. მიუხედავად იმისა, რომ სასამართლომ განსხვავება მიიჩნია ქალებისთვის ხელშემშლელი პირობების კომპენსაციად, რეგულაციის ეფექტი არც ისე ცხადი იყო. ბევრ შემთხვევაში რეგულაცია გამოყენებული იყო ქალების საწინააღმდეგოდ, როდესაც ქალ ოფიცრებს გადადგომის შემთხვევაში უარს ეუბნებოდნენ შეწყვეტის კომპენსაციაზე, რასაც მამაკაცები ადვილად იღებდნენ. ამ რეგულაციამ უფრო მეტიც, არაფერი შეცვალა კაცების წინსვლის მხარდამჭერ ქსელში, რომლითაც ქალები ვერ სარგებლობდნენ. იხ. Ginsburg, *supra* სქოლიო 21, at 817-18. მხოლოდ გასულ წელს სასამართლოს წინაშე დადგა ერთ დროს ყოვლისმომცველი გენდერული კატეგორიზაცია. საქმე Miller v. Albright, 118 S. Ct. 1428 (1998), ეხებოდა აშშ-ის მოქალაქეობის საჩივარს, აშშ-ის კაცი მოქალაქის ქალიშვილის მხრიდან. მოსარჩელე სადავოდ ხდიდა შეზღუდვებს, რომლითაც აშშ-ის მოქალაქე მამების მიერ მოქალაქეობა გადაეცემოდათ შვილებს, ასეთი შეზღუდვები არ ეხებოდა აშშ-ის მოქალაქე ქალებს. ამ შეზღუდვებს მოსარჩელე თანასწორობის დარღვევად მიიჩნევდა. მიუხედავად იმისა, რომ სასამართლომ არ დააკმაყოფილა ქალიშვილის მოთხოვნა, ხუთმა მოსამართლემ აღიარა, რომ სადავო კანონმდებლობა დედებისა და მამების შვილებთან ურთიერთობების ზედმეტად ფართო და შესაბამისად, არაკონსტიტუციურ, განზოგადებას წარმოადგენდა. იხ. *id.* at 1445-46 (მოსამართლე ო'კონორი, რომელსაც უერთდება მოსამართლე კენედი გადაწყვეტილების თანხმედრ აზრში); 1449-50 (მოსამართლე გინსბურგი, რომელსაც უერთდება მოსამართლე საუტერი და მოსამართლე ბრაიერი განსხვავებულ აზრში); 1460-63 (მოსამართლე ბრაიერი, რომელსაც უერთდება მოსამართლე საუტერი და მოსამართლე გინსბურგი განსხვავებულ აზრში).

<sup>84</sup> იხ. Weinberger v. Wiesenfeld, 420 U.S. 636, 637-39 (1975); Califano v. Goldfarb, 430 U.S. 199, 216-17 (1977). ეს გადაწყვეტილებები მიჰყვება მანამდე გავლილ გზას საქმეში Frontiero v. Richardson, 411 U.S. 677 (1973).

საქმეში *Califano v. Webster*<sup>85</sup> სასამართლომ არ დააკმაყოფილა კაცი დასაქმებულის საჩივარი სოციალურ შემწეობასთან დაკავშირებული დებულების შესახებ, რომელიც ბენეფიტების დადგენის მიზნით, ქალ დასაქმებულებს, კაცებთან შედარებით, აძლევდა უფრო მეტი ისეთი წელიწადის გამორიცხვის შესაძლებლობას, რომლებშიც მათ უფრო დაბალი შემოსავალი ჰქონდათ. სასამართლოს გადაწყვეტილებამ მიუთითა საჭიროებაზე, „პასუხი გაეცეს სამუშაო ბაზარზე ქალთა მიმართ არსებულ დისკრიმინაციას“<sup>86</sup> და „მოხდეს ქალთა მიერ განცდილი ეკონომიკური უუნარობის კომპენსირება“.<sup>87</sup> მოკლედ, ეს შედარებით ნაკლებად სადავო საქმეა სქესზე დაფუძნებულ კლასიფიკაციასთან დაკავშირებით, სადაც სასამართლომ განამტკიცა საზოგადოებაში არსებული დისკრიმინაციის რაციონალი, რომელიც წააგავდა უფლების აღმდგენ გამართლებას, მისი გაზიარება კი სასამართლომ არ მოისურვა უფრო სადავო საქმეში ერთი წლის შემდეგ, რომელიც დაკავშირებული იყო რასასთან და სამედიცინო სასწავლებელში ჩარიცხვასთან.<sup>88</sup>

საყოველთაო დეკლარაციასთან თანხვედრაშია ის, რომ აშშ-ში აღმჭურველ ქმედებასთან დაკავშირებულ გადაწყვეტილებებში გვხვდება როგორც სოციალური კეთილდღეობის, ისე ისტორიული დისკრიმინაციის გამოსწორების თემები. შეგვიძლია ვთქვათ, რომ ამ საკითხთან დაკავშირებული კანონები ჯერ კიდევ ვითარდება და ისინი სხვადასხვანაირადაა განმარტებული.

ჩემი მსჯელობა არასრული იქნებოდა, თუ, სულ მცირე, არ ვახსენებდი მედიის, დაბალი ინსტანციების სასამართლოებისა და პოლიტიკური კამპანიების რეაქციას აღმჭურველ ქმედებაზე. მაგალითად, გასულ გაზაფხულს, Washington Post-ის მიმომხილველმა აღწერა თეთრკანიანი მომჩივანის საქმე, რომლის მიღებაზეც უარი თქვა ვაშინგტონის უნივერსიტეტის სამართლის სკოლამ, რაც, მომჩივანის მტკიცებით, მოხდა მისი კანის ფერის გამო, მიუხედავად იმისა, რომ მან მოახერხა სიღარიბის დაძლევა და განათლების მიღების პროცესში დაბალანაზღაურებად სამსახურებში მუშაობდა.<sup>89</sup> წინა ნოემბერს

<sup>85</sup> 430 U.S. 313 (1977).

<sup>86</sup> *Id.* at 319.

<sup>87</sup> *Id.* at 320.

<sup>88</sup> შდრ. Ginsburg, *supra* სქოლიო 21, at 823-24 (სადაც მოცემულია მსჯელობა, რომ *Califano v. Webster* საქმემ განაპირობა სასამართლოს გადაწყვეტილება *Bakke*-ს საქმეზე). სასამართლომ ასევე აღიარა, რომ კანონმდებლებს შეუძლიათ, გაითვალისწინონ ქალის უნიკალური უნარი, გააჩინოს ბავშვი, თუმცა მხოლოდ მაშინ, როდესაც კანონმდებლის მიერ დადგენილი განსხვავება მიზნად ისახავს ქალის დასაქმების შესაძლებლობების გაზრდას. იხ. *California Fed. Sav. & Loan Ass'n v. Guerra*, 479 U.S. 272, 289-90 (1987) (რომელიც ადასტურებს კალიფორნიის კანონს, რომელიც მოითხოვდა დამსაქმებლებისგან შვებულების მიცემას და აღდგენის შესაძლებლობის უზრუნველყოფას ორსულობის გამო შრომისუუნარო თანამშრომლებისთვის, თუმცა მსგავს დაცვას არ სთავაზობდა სხვა მიზეზით შრომისუუნარო დასაქმებულებს; კანონი მიჩნეულ იქნა მე-7 თავის (Title VII) აკრძალვებთან შესაბამისად, რომელიც კრძალავს დასაქმებულთა დისკრიმინაციას სქესის, ორსულობის ან ბავშვის ყოლის გამო); შდრ. *Case C-394/96, Brown v. Rentokil Ltd.*, 1998 E.C.R. I-4185 (1998) (ევროკავშირის თანაბარი მოპყრობის დირექტივა გამორიცხავს ქალი დასაქმებულების გათავისუფლებას სამსახურიდან ორსულობის პერიოდში გაცდენების გამო, რაც დაკავშირებული იყო ორსულობასთან). დამცავი ქმედებები, რომლებიც ზღუდავს ქალების მონაწილეობას დასაქმების ადგილზე, არღვევს ფედერალურ აკრძალვას სქესის ნიშნით დისკრიმინაციაზე. *International Union, United Auto. Workers v. Johnson Controls, Inc.*, 499 U.S. 187, 211 (1991); იხ. also *supra* სქოლიო 29 და თანმდევი ტექსტი.

<sup>89</sup> იხ. Nat Hentoff, *The Cost of Checking 'White,'* WASH. POST, 9 მაისი, 1998, at A15; იხ. ასევე Laura L. Hirschfeld, *Colleges Try to Explain Why Top Grades, Test Scores Don't Matter*, DET. NEWS, 26 აპრილი, 1998, at 5B (აღმჭურველი ქმედება ნებას რთავს „უნივერსიტეტებს [...], მოახდინონ თეთრკანიანი მამაკაცების დისკრიმინაცია *en masse*“). უფრო ზოგადად, აღმჭურველი ქმედება იქცა ელვად უფრო ფარ-

ვაშინგტონი კალიფორნიის შემდეგ მეორე შტატი გახდა, სადაც სახალხო ინიციატივის საფუძველზე, შეიზღუდა სახელმწიფოს მიერ მხარდაჭერილი აღმჭურველი ქმედებები.<sup>90</sup> ფედერალური სააპელაციო სასამართლოს გადაწყვეტილების გამო ტექსასში და კალიფორნიაში საარჩევნო ინიციატივის შედეგად, ჩვენი ქვეყნის ორ წამყვან უნივერსიტეტს მოეთხოვა რასობრივი პრეფერენციის შეწყვეტა და, სანაცვლოდ, სტუდენტების მიღება კანის ფერის გაუთვალისწინებლად.<sup>91</sup> პირველმა რაიონულმა სააპელაციო სასამართლომ კი ცოტა ხნის წინ დაადგინა, რომ რასობრივი პრეფერენციები დაუშვებელია საჯარო სკოლის დამამთავრებელ კლასებში სტუდენტების მიღების პროცესში.<sup>92</sup> ამ გადაწყვეტილებებმა და მათმა უშუალო შედეგებმა აღმჭურველი ქმედების მოწინააღმდეგეებიც კი დააფიქრა საკუთარ პოზიციაზე.<sup>93</sup> რეაქციამ ასევე წარმოშვა ემპირიული

თო საკითხებისთვის სოციალურ პოლიტიკაში და რასებს შორის ურთიერთობაში. იხ., *e.g.*, Michael Kinsley, *The Spoils of Victimhood*, THE NEW YORKER, 27 მარტი, 1995, at 62, 69 („აღმჭურველი ქმედება იქცა სამსხვერპლოდ თეთრკანიანი საშუალო ფენის შფოთვისათვის,” მიუხედავად იმისა, რომ მისი „რეალური როლი [...] თეთრკანიანი ადამიანებისთვის შესაძლებლობებზე უარის თქმაში ძალიან მცირეა, შედარებით მის როლთან, საზოგადოების წარმოსახვასა და საჯარო დებატებისათვის“).

<sup>90</sup> იხ. Sam Howe Verhovek, *From Same-Sex Marriages to Gambling, Voters Speak*, N.Y. Times, 5 ნოემბერი, 1998, at B1, B10.

<sup>91</sup> იხ. Hopwood v. Texas, 78 F.3d 932, 934 (5th Cir.), *cert. denied*, 518 U.S. 1033 (1996); California Proposition 209, codified as Cal. Const. მუხლი 1, § 31; შტრ. Podberesky v. Kirwan, 38 F.3d 147, 161-62 (4th Cir. 1994) (რომელიც აუქმებს მერილენდის უნივერსიტეტის ბანეკერის სასტიპენდიო პროგრამას აფრო-ამერიკელი სტუდენტებისთვის).

<sup>92</sup> იხ. Weissman v. Gittens, 160 F. 3d 790 (1st Cir. 1998); იხ. also Latin Lesson, The New Republic, 14 დეკემბერი, 1998, at 7, 8 (რომელიც ასკვნის, რომ Weissman-ის გადაწყვეტილებამ წარმოაჩინა „რამდენად სუსტი“ გახდა Bakke-ს მრავალფეროვნების რაციონალი).

<sup>93</sup> იხ., *e.g.*, Nathan Glazer, *In Defense of Preference*, NEW REPUBLIC, 6 აპრილი, 1998, at 18. 1997 წელს უნივერსიტეტის სამართლის ფაკულტეტზე შემავალი კლასი მოიცავდა მხოლოდ ოთხ აფრო-ამერიკელს და 26 მექსიკელ ამერიკელს. მის წინა წელს, როდესაც ფაკულტეტმა რასა „პლიუს“ ფაქტორად მიიჩნია მიღების პროცესში, 31 აფრო-ამერიკელი და 42 მექსიკელი ამერიკელი მიიღო. იხ. Janet Elliott, *Hopwood Appeal Focuses on Future Without Racial Preferences*, TEX. LAW., 25 მაისი, 1998, at 8. კალიფორნიის უნივერსიტეტმა ბერკლიში მიიღო მხოლოდ ერთი აფრო-ამერიკელი სტუდენტი სამართლის ფაკულტეტზე 1997 წელს, თუმცა გადასინჯული მიღების სტანდარტებმა, გარკვეულწილად, გაზარდა აფრო-ამერიკელი და ლათინო-ამერიკელი სტუდენტებისთვის შეთავაზებები 1998 წელს. იხ. John E. Morris, *Boalt Hall's Affirmative Action Dilemma*, AM. LAW., ნოემბერი, 1997, at 4; Jenna Ward, *Boalt Boosts Minority Enrollment by Downplaying Grades, Scores*, Nat'l L.J., 18 მაისი, 1998, at A16. მკვეთრი ვარდნით აღინიშნა პირველ საფეხურზე უმცირესობების მიღება ბერკლის კამპუსზე 1998 წლის გაზაფხულზე, პირველ წელს, როდესაც კოლეჯმა ფერის გაუთვალისწინებლად მიიღო გადაწყვეტილებები. იხ. Frank Bruni, *Blacks at Berkeley Are Offering No Welcome Mat*, N.Y. TIMES, 2 მაისი, 1998, at A1.

მიუხედავად იმისა, რომ ეს კლება დრამატულია, ისინი ელიტური უნივერსიტეტებისთვის მახასიათებელი ფენომენია. შედარებით ნაკლებ სელექციური კამპუსები კალიფორნიის უნივერსიტეტში მცირე კლებას განიცდიდა უმცირესობების მიღებაში გასულ წელს - ან ზოგ შემთხვევაში გარკვეულ ზრდასაც კი. *Id.* at A8. კოლეჯებში მიღებების ეროვნულმა კვლევამ წარმოაჩინა, რომ რასის მიხედვით, აღმჭურველი ქმედება მოქმედებს მიღების გადაწყვეტილებებზე მხოლოდ სელექციურ სასწავლებლებში, სადაც ყველა სტუდენტის მხოლოდ ერთი მეხუთედი სწავლობს. „სულ მცირე, ექსკლუზიურ სასწავლებლებში, რომლებშიც 4-წლიანი კოლეჯის სტუდენტების 80 პროცენტი იღებს განათლებას, რასა მცირე ან ნულოვან როლს თამაშობს მიღების გადაწყვეტილებებში.” Thomas J. Kane, *Racial and Ethnic Preferences in College Admissions*, 59 Ohio St. L.J. 971, 972 (1998).

პრეფერენციების გაუქმებამ ასევე გამოიწვია კანონმდებლებსა და განმანათლებლებში სხვა სტრატეგიების განხილვა მრავალფეროვნების გასაზრდელად სტუდენტებს შორის. ტექსასის ცოტა ხნის წინ მიღებული „10 პროცენტისანი გეგმით,” სტუდენტები, რომლებიც სკოლის დამამთავრებელი კლასის უმაღლესი შედეგების მქონე 10 პროცენტში მოხვდებიან, ავტომატურად მიიღებიან შტატის ყველაზე სელექციურ საჯარო კოლეჯში, მიუხედავად მათი SAT ქულებისა. ამის ერთი შედეგი იყო უმცირესობის წარმომადგენელი კვალიფიციური სტუდენტების რაოდენობის ზრდა ამ კოლეჯებში. პოლიტიკამ ასევე გაზარდა თეთრკანიანი სკოლადამთავრებულების შესაძლებლობა ტექსასის სასოფლო დასახლებებიდან, რომელთა შედეგები სტანდარტიზებულ ტესტებში სუსტი იყო. იხ. Lani Guinier, *An Equal Chance*, N. Y. TIMES, 23 აპრილი, 1998, at A25. ამავე

კვლევები, რომლებიც ეხება აღმჭურველი ქმედების შედეგებს როგორც სასწავლო დაწესებულებებში, ისე სამუშაო ადგილებზე.<sup>94</sup> რომ დავასკვნათ, ის, რისი მოწმენიც ახლა ვართ, შესაძლოა, იმ მოსაზრების სიბრძნეს წარმოაჩენდეს, რომ ამერიკის სიმბოლო არათუ თეთრთაგა არწივი, არამედ ქანქარაა.

### 3. ინდოეთი

შედარებითი მიმოხილვისთვის, პირველად შევჩერდები ინდოეთის აღმჭურველ ქმედებებზე ჩაგრული კასტების მხარდასაჭერად, რაც აერთიანებს აშშ-სთან შედარებით უფრო ძველ და ფართომასშტაბიან ინიციატივას. დროის სიმცირის გამო, ვახსენებ მხოლოდ კასტებზე დაფუძნებულ პროგრამებს, მიუხედავად იმისა, რომ ინდოეთს ასევე აქვს მცდელობები, გააუმჯობესოს ქალების სტატუსი და მათი კეთილდღეობა.<sup>95</sup> ინდოეთმა გაბედულად აიღო გეზი აღმჭურველი ქმედებებისკენ 1950 წლის კონსტიტუციაში, რომელიც როგორც ხალხთა პალატაში, ისე ქვეყნის საკანონმდებლო ორგანოს ასამბლეაში გამოყოფს ადგილებს ინდოეთის ყველაზე დაბალი სოციალური კასტების წარმომადგენლებისთვის.<sup>96</sup> ამასთან, კონსტიტუცია სახელმწიფოს შესაძლებლობას აძლევს,

---

ხაზის გაგრძელებაა, რომ კალიფორნიის ახალარჩეულმა გუბერნატორმა წარმოადგინა გეგმა, საუკეთესო შედეგების მქონე დამამთავრებელი კლასის მოსწავლე ოთხი პროცენტისთვის კალიფორნიის უნივერსიტეტში ადგილების გამოყოფაზე. იხ. *In Search of the Golden Mean*, THE ECONOMIST, 9 იანვარი, 1999 at 27, 28. საგანმანათლებლო სასწავლებლებს, რომელთაც არ შეუძლიათ, დაეყრდნონ რასობრივ პრეფერენციებს, ასევე შეუძლიათ, სცადონ რასობრივი მრავალფეროვნების მიღწევა რასობრივად ნეიტრალური საშუალებებით, როგორიცაა გეოგრაფიული და სოციო-ეკონომიკური პრეფერენციები. იხ. Kathleen M. Sullivan, *After Affirmative Action*, 59 OHIO ST. L.J. 1039 (1998) (რომელიც აცხადებს, რომ რასობრივად ნეიტრალური პრეფერენციები კონსტიტუციურად უნდა იყოს მიჩნეული); იხ. ასევე Samuel Issacharoff, *Can Affirmative Action Be Defended*, 59 OHIO ST. L.J. 669 (1998) (რომელიც ასკვნის, რომ სუსტი აღმჭურველი ქმედებები შეუცვლელია აშშ-ის უმაღლესი განათლების მისიისათვის).

<sup>94</sup> იხ., e.g., BOWEN & BOK, *supra* სქოლიო 76; RESKIN, *supra* სქოლიო 68; Maureen Hallinan, *Diversity Effects on Student Outcomes: Social Scientific Evidence*, 59 OHIO ST. L.J. 733 (1998).

<sup>95</sup> აღვნიშნავ, თუმცა, რომ ინდოეთის კონსტიტუცია, მსგავსად საყოველთაო დეკლარაციისა, ბუნდოვანია გენდერზე დაფუძნებულ პროგრამებთან დაკავშირებით. ინდოეთის კონსტიტუციის მე-15 მუხლი, რომელიც კრძალავს სქესის ან სხვა ნიშნით დისკრიმინაციას, აცხადებს: „ამ მუხლიდან არაფერს შეუძლია შეზღუდოს სახელმწიფო შემოიღოს რაიმე ტიპის სპეციალური საშუალება ქალებისა და ბავშვებისათვის.“ INDIA CONST. მუხლი 15(3); იხ. ასევე *id.* მუხლი 42 (არააღსრულებადი ნორმა, რომელიც სახელმწიფოს მიუთითებს, „შეიმუშავოს ნორმა, რომელიც სამართლიან და ადამიანურ პირობებს უზრუნველყოფს სამუშაოსა და დეკრეტული შევსებებისათვის“). ინდოეთის სასამართლოებს გამოუყენებიათ მე-15 მუხლი რათა დაედასტურებინათ ქალთა სასარგებლო ზოგიერთი აღმჭურველი ქმედება. იხ., e.g., Dattatraya v. State of Bombay, 1953 A.I.R. 40 (Bom.) 311 (რომელიც ადასტურებს ქალებისთვის ადგილების გამოყოფას მუნიციპალურ არჩევით საბჭოში). კანონმდებლები, რომლებიც პროგრამებს ინდოეთის კონსტიტუციის ენაზე აფუძნებენ, რასაკვირველია ახორციელებენ „ქალებისა და ბავშვებისათვის“ ქმედებებს, რომლებიც გარკვეულწილად ინდოეთის კონსტიტუციურ თანასწორობის ვალდებულებას აძლიერებს. იხ., e.g., INDIA CONST. მუხლი 39 (არააღსრულებადი ნორმა, რომელიც სახელმწიფოს ურჩევს, „პოლიტიკა მიმართოს იმისათვის, რომ უზრუნველყოს - (ა) მოქალაქეს, ქალს და კაცს თანასწორად, ჰქონდეს უფლება ცხოვრების ადეკვატურ შესაძლებლობებზე; [და] (დ) თანაბარი შრომისთვის თანაბარი ანაზღაურება იყოს როგორც კაცისთვის, ისე ქალისთვის“).

<sup>96</sup> იხ. INDIA CONST. მუხლი 330; *id.* მუხლი 332. კონსტიტუცია გამოყოფს ამ ადგილებს „რეგისტრირებული კასტების“ და „რეგისტრირებული ტომების“ წევრებისთვის. „რეგისტრირებული კასტები“ ინდოეთის ხელშეუხებლები არიან, მოქალაქეები, რომლებიც დაიბადნენ ტრადიციული ჰინდუ კასტის სისტემის ყველაზე დაბალ დონეზე. იხ. Marc Galanter, *COMPETING EQUALITIES: LAW AND THE BACKWARD CLASSES IN INDIA* 122 (1984). „რეგისტრირებული ტომები“ წარმოადგენს „კვუფებს, რომლებიც გამოირჩევიან 'ტომური მახასიათებლებით' და მათი გაფანტული და კულტურული იზოლაციით მოსახლეობის დიდი ჯგუფისაგან.“ *Id.* at 147. რეგისტრირებული კასტების წევრები ინდოეთის მოსახლეობის დაახლოებით 15.8%-



„გამოყოს“ საჯარო „დანიშვნები და თანამდებობები“ [...] „მოქალაქეთა ნებისმიერი ჩაგრული კლასის [წევრებისთვის], რომლებიც, სახელმწიფოს აზრით, არ არიან სახელმწიფოს სერვისებში სათანადოდ წარმოდგენილნი“.<sup>97</sup> ეს ნებაართვა აზუსტებს პუნქტს, რომელიც სხვა შემთხვევაში კრძალავს დისკრიმინაციას სახელმწიფო სამსახურში.<sup>98</sup>

მეტიც, ინდოეთის კონსტიტუცია ითვალისწინებს სახელმწიფოს ვალდებულებას, „განსაკუთრებული ზრუნვით, ხელი შეუწყოს ხალხთა უფრო სუსტი სექციების - და, განსაკუთრებით, ყველაზე უფრო არახელსაყრელ პირობებში მყოფი კასტების საგანმანათლებლო და ეკონომიკურ ინტერესებს“.<sup>99</sup> მართალია, ეს ჩანაწერი კონსტიტუციის იმ ნაწილში გვხვდება, რომელიც სამართლებრივად აღსრულებადი არ არის, მაგრამ იგი ჩამოთვლის სახელმწიფოს პოზიტიურ პასუხისმგებლობას, დაეხმაროს არახელსაყრელ მდგომარეობაში მყოფ ჩაგრულ კლასებს. შესაბამისად, ინდოეთის კონსტიტუციით აშკარად ნებადართული და წახალისებულია აღმჭურველი ქმედება.

მართლაც, აღმჭურველი ქმედებისთვის ლეგიტიმაციის უზრუნველყოფის სურვილმა წარმოშვა კონსტიტუციის პირველი შესწორება 1951 წელს. ამ წლის აპრილში ინდოეთის უზენაესმა სასამართლომ არაკონსტიტუციურად ცნო „დათქმა“, ანუ კვოტა სტუდენტებისთვის, რომელსაც სახელმწიფო სამედიცინო სასწავლო დაწესებულებები გამოყოფდნენ სტუდენტებისთვის არახელსაყრელ პირობებში მყოფი კლასებიდან, რა დროსაც სასამართლომ აღნიშნა, რომ კონსტიტუცია ასეთ დათქმებს ითვალისწინებდა მხოლოდ იმ შემთხვევაში, როდესაც საქმე ეხებოდა ადგილებს საკანონმდებლო ორგანოში და სახელმწიფო სამსახურს.<sup>100</sup> ორი თვის შემდეგ, ინდოეთის კონსტიტუციაში შევიდა შესწორება, რომელიც იძლეოდა აღმჭურველი ქმედების განხორციელების შესაძლებლობას საგანმანათლებლო და სხვა კონტექსტებში. დღესდღეობით 15(4) მუხლი პირდაპირ ადგენს, რომ „კონსტიტუციის ანტიდისკრიმინაციული მუხლები არ უნდა იყოს განმარტებული იმგვარად, რომ სახელმწიფოს ხელი შეეშალოს ისეთი სპეციალური დებულების

---

ია, რეგისტრირებული ტომები კი 7.8%. იხ. E.J. Prior, *Constitutional Fairness or Fraud on the Constitution? Compensatory Discrimination in India*, 28 CASE W. RES. J. INT'L L. 63, 67 nn.18-19 (1996).

<sup>97</sup> INDIA CONST. მუხლი 16(4). 1995 წლის ცვლილებებმა მსგავსი დათქმა დაამატა საჯარო სამსახურში წახალისებაზე, თუმცა ეს უკანასკნელი მიემართება მხოლოდ „რეგისტრირებულ კასტებს და რეგისტრირებულ ტომებს“. *Id.* მუხლი 16(4A). „ჩამორჩენილი კლასების“ კატეგორია 16(4) მუხლში, ისევე, როგორც ქვემოთ ნახსენებ მუხლში მოიცავს რეგისტრირებულ კასტებს, რეგისტრირებულ ტომებს და სხვა კასტებს, რომლებიც ჩაგვრას განიცდიან. როგორც ინდოეთის უზენაესი სასამართლო მოწმობს, „ჩამორჩენილი კლასების“ განმარტება ამ კონსტიტუციურ ნორმებში არაა ცხადი. იხ., *e.g.*, *Balaji v. State of Mysore*, A.I.R. 1963 S.C. 649 (კასტა შეიძლება წარმოადგენდეს ერთ კრიტერიუმს ჩამორჩენილობის განსაზღვრისთვის, თუმცა სახელმწიფომ სხვა ფაქტორებსაც უნდა შეხედოს); *Chitralkha v. State of Mysore*, A.I.R. 1964 S.C. 1823 (კასტების გათვალისწინება ჩამორჩენილობის დასადგენად დასაშვებია, მაგრამ არა სავალდებულო); *P. Rajendran v. State of Madras*, A.I.R. 1968 S.C. 1012 (სახელმწიფოს შეუძლია განსაზღვროს, რომ მთლიანი კასტა ჩამორჩენილია და შემდეგ კასტა ჩამორჩენილობის განსაზღვრისთვის გამოიყენოს); *Vasanth Kumar v. State of Karnataka*, A.I.R. 1985 S.C. 1495 (რომელიც ადასტურებს კასტის, როგორც ჩამორჩენილი კლასის განმსაზღვრელი ერთეულის გამოყენებას); *Indra Sawhney v. Union of India*, A.I.R. 1993 S.C. 477 (რომელიც აცალიბებს ჩამორჩენილობის განსაზღვრის სტანდარტებს).

<sup>98</sup> იხ. INDIA CONST. მუხლი 16(2); იხ. ასევე *id.* მუხლი 16(1) (რომელიც გარანტირებულად აცხადებს „ყველა მოქალაქის თანასწორობას შესაძლებლობებში, დასაქმების ან სახელმწიფო თანამდებობაზე დანიშვნის საკითხებში“).

<sup>99</sup> *Id.* მუხლი 46. მუხლის ბოლო ნაწილი მიემართება სპეციალურ ყურადღებას „რეგისტრირებულ კასტებსა და რეგისტრირებულ ტომებზე“, თუმცა თავდაპირველი მუხლი, თითქოს, ასევე მოიცავს სხვა „უფრო სუსტი სექციების“ ადამიანებს. *Id.*

<sup>100</sup> იხ. *State of Madras v. Champakam Dorairajan*, A.I.R. 1951 S.C. 226.

მიღებაში, რომლის მიზანია სოციალურად ან განათლების მხრივ უკან მყოფი მოქალაქეების კლასების განვითარება“.<sup>101</sup>

ინდოეთის ზოგიერთი შტატი ინარჩუნებდა აღმჭურველ ქმედებებს, ანუ „დათქმებს“ ქვეყნის დამოუკიდებლობის გამოცხადების დროიდან.<sup>102</sup> ეს პროგრამები ითვალისწინებდა ადგილების გამოყოფას საჯარო უნივერსიტეტებში ან სახელმწიფო თანამდებობებზე ინდოეთის ჩაგრული კასტების წევრებისთვის.<sup>103</sup> 1963 წლიდან მოყოლებული არაერთ გადაწყვეტილებაში ინდოეთის უზენაესმა სასამართლომ ეს პროგრამები კონსტიტუციურად ცნო, თუმცა მათ ადმინისტრირებაზე გარკვეული შეზღუდვები დააწესა. აღსანიშნავია, რომ სასამართლომ დაადგინა 50 პროცენტიანი ზღვარი იმ ადგილების რაოდენობაზე, რომლებიც შესაძლოა, განკუთვნილი იყოს არახელსაყრელ პირობებში მყოფი მოქალაქეებისთვის.<sup>104</sup> ასეთი მაღალი ზღვარი შესაძლოა გასაკვირი აღმოჩნდეს დამკვირვებლებისთვის ისეთი სამართლებრივი სისტემებიდან, რომლებიც უფრო სკეპტიკურია აღმჭურველი ქმედების მიმართ.

1970 წლიდან, ინდოეთის აღმჭურველი ქმედების პროგრამები გაიზარდა როგორც გავრცელების გეოგრაფიული არეალის (პროგრამები უფრო მეტმა შტატმა მიიღო), ისე მასშტაბის (უფრო მეტი კლასი დაკვალიფიცირდა არახელსაყრელ პირობებში მყოფად) თვალსაზრისით. ცენტრალურმა მთავრობამ უფრო ნელი ტემპებით დაუჭირა მხარი პრეფერენციებს, ვიდრე ზოგიერთმა შტატმა.<sup>105</sup> თუმცა 1990 წელს პრემიერმინისტრმა ვ. პ. სინგმა გამოაცხადა, რომ იგი შემოიღებდა რეკომენდაციებს, რომლებიც მოცემული იყო 10-წლიანი მანდალის კომისიის ანგარიშში.<sup>106</sup> სამი წლის შემდეგ ინდოეთის უზენაესმა სასამართლომ კონსტიტუციურად ცნო ამ რეკომენდაციების უმრავლესობა და ცენტრალურმა მთავრობამ მათი იმპლემენტაცია დაიწყო.<sup>107</sup>

<sup>101</sup> INDIA CONST. მუხლი 15(4). კონსტიტუციის სხვა მითითებების პარალელურად ყველაზე ჩაგრული კასტების მიმართ, ნორმა ამბობს: „ან რეგისტრირებული კასტებისათვის და რეგისტრირებული ტომებისათვის.“ *Id.*

<sup>102</sup> ზოგიერთი პროგრამა აგრძელებს სისტემებს, რომლებიც ბრიტანეთის მმართველობისას დამკვიდრდა, რაც კიდევ უფრო ამწვავებს მათ ირგვლივ არსებულ წინააღმდეგობას. *ib. Prior, supra* სქოლიო 96, at 72-73.

<sup>103</sup> *ib.*, e.g., Galanter, *supra* სქოლიო 96, at 87; SUNITA PARIKH, THE POLITICS OF PREFERENCE: DEMOCRATIC INSTITUTIONS AND AFFIRMATIVE ACTION IN THE UNITED STATES AND INDIA 159-64 (1997).

<sup>104</sup> *ib. Balaji v. State of Mysore*, A.I.R. 1963 S.C. 649; *ib. also Devadasan v. Union of India*, A.I.R. 1964 S.C. 179 (რომელიც ზღუდავს შეუვსებელი დარეზერვებული ადგილების გადატანას); *Indra Sawhney v. Union of India*, A.I.R. 1993 S.C. 477 (რომელიც ადასტურებს 50%-ის წესს). ინდოეთის უზენაესი სასამართლოს 1960-იანი და 1970-იანი წლების სხვა გადაწყვეტილებებისათვის *ib.* საქმეები, რომლებიც ციტირებულია *supra* სქოლიო 97; *State of Kerala v. N.M. Thomas*, A.I.R. 1976 S.C. 490 (სახელმწიფოს შეუძლია მისცეს რეგისტრირებული კასტების ან რეგისტრირებული ტომების წევრებს ორ-წლიანი მოცდის პერიოდი დაწინაურების გამოცდის გასაგვლეად; კონსტიტუცია უშვებს სხვა ზომების გამოყენებას ჩამორჩენილი კლასებისათვის).

<sup>105</sup> ცენტრალურმა მთავრობამ დანიშნა პირველი ჩამორჩენილი კლასების კომისია 1953 წელს და მიიღო ამ კომისიის ანგარიში ორი წლის შემდეგ. თუმცა პარლამენტმა უარყო ანგარიში და კომისიის რეკომენდაციები არასოდეს შესრულებულა. *ib. Prior, supra* სქოლიო 96, 80-81. მთავრობას აღარ დაუნიშნავს მეორე კომისია 1978 წლამდე, როდესაც კომისიას ხელმძღვანელობდა ბ.პ. მენდელი. მენდელის კომისიამ წარადგინა საკუთარი ანგარიში და რეკომენდაციები 1980 წლის ბოლოს. ათწლეულის მანძილზე არაფერი გაკეთებულა მათ შესასრულებლად. *Id.* at 69, 81-86.

<sup>106</sup> *ib. id.* at 63-69.

<sup>107</sup> *ib. Indra Sawhney v. Union of India*, A.I.R. 1993 S.C. 477; *Prior, supra* სქოლიო 96, at 70, 90-94.

აღმჭურველმა ქმედებამ (რომელსაც ხანდახან „კომპენსატორულ დისკრიმინაციას“ უწოდებენ) ინდოეთში თავისი წილი უთანხმოება წარმოშვა, რაც მოიცავდა ძალადობრივ წინააღმდეგობას. 1968 წელს ჩატარებულმა გამოკითხვამ აჩვენა, რომ მაღალ კასტას მიკუთვნებული და კარგი განათლების მქონე მოქალაქეები სახელმწიფო სამსახურთან დაკავშირებული დათქმის აშკარა მოწინააღმდეგეები იყვნენ.<sup>108</sup> 1990 წელს, როდესაც პრემიერ-მინისტრმა სინგმა პირველად განაცხადა მანდალის კომისიის ანგარიშის იმპლემენტაციის შესახებ, ინდოეთში ბუნტი დაიწყო და წარმოქმნილმა პროტესტებმა, საბოლოოდ, სინგის მთავრობის დამხობაში შეიტანა წვლილი.<sup>109</sup> ძალადობის უფრო იზოლირებულმა ეპიზოდებმა იჩინა თავი 1993 წელს, როდესაც უზენაესმა სასამართლომ კომისიის მიდგომა კონსტიტუციურად ცნო.<sup>110</sup> თუმცა სასამართლოს გადაწყვეტილებამ, გარკვეულწილად, მოთოკა მოწინააღმდეგეები.<sup>111</sup>

ინდოეთის ზოგიერთი მოქალაქე უარყოფს ჩაგრული კასტების წინააღმდეგ არსებულ ისტორიულ დისკრიმინაციას ან ამ ჯგუფებისადმი ფესვგადგმული უარყოფითი დამოკიდებულების არსებობას. შესაძლოა, საჯარო აღიარება ნაწილობრივ ხსნიდეს, თუ რატომ გადარჩა ინდოეთში „დათქმები“, რომლებიც აშშ-ში მიუღებელი იქნებოდა. ეს მაისორის უმაღლესმა სასამართლომ შემდეგნაირად ჩამოაყალიბა:

„ვერც სტაბილურობა და ვერც რეალური პროგრესი ვერ იარსებებს, თუკი ერის დიდი სეგმენტები იცხოვრებენ პრიმიტიულ პირობებში, მიჯაჭვულნი იქნებიან არაანაზღაურებად სამუშაოებზე და წილად არ ხვდებათ ცხოვრების კარგი მხარეები, რა დროსაც ძალაუფლება და სიმდიდრე ხელთ ეპყრება მხოლოდ რამდენიმეს, [...] თუკი ამას შორსმჭვრეტელი თვალით შევხედავთ, ერის ინტერესი მაშინ დაკმაყოფილდება, როდესაც ჩაგრულ კლასებს ვინმე წინსვლაში და ადამიანების განვითარებულ სექციებში საკუთარი ადგილის დაკავებაში დაეხმარება.“<sup>112</sup>

#### 4. ევროპის კავშირი

პოზიტიური ქმედება ევროკავშირში უფრო ნაკლებად კომპლექსურია, ვიდრე ინდოეთში, სადაც ათასობით კასტა ან კლასი „ჩამორჩენილად“ კლასიფიცირდება. ევროკავშირში თანასწორობის ძიება ეფუძნებოდა ეროვნებასა და ქალთა და კაცთა სტატუსს,<sup>113</sup> თუმცა ამსტერდამის ხელშეკრულება შესაძლებელს გახდის, ევროკავშირმა უპასუხოს დისკრი-

<sup>108</sup> იხ. GALANTER, *supra* სქოლიო 96, at 76.

<sup>109</sup> იხ. Prior, *supra* სქოლიო 96, at 63-66, 69.

<sup>110</sup> იხ. *id.* at 69-70.

<sup>111</sup> იხ. PARIKH, *supra* სქოლიო 103, at 190.

<sup>112</sup> D.G. Viswanath v. Government of Mysore, 1964 A.I.R. 51 (Mys.) 132, 136.

<sup>113</sup> იხ. Treaty Establishing the European Community, ძალაშია 1 ნოემბერი, 1993, მუხლი 6, 4 EUR. UNION L. REP. (CCH) ¶ 25,400, at 10,221-4 (რომელიც კრძალავს „ნებისმიერ დისკრიმინაციას ეროვნების ნიშნით“); *id.* მუხლი 48(2) (რომელიც კრძალავს ეროვნების ნიშნით დისკრიმინაციას „დასაქმებაში, ანაზღაურებაში და შრომის და დასაქმების სხვა პირობებში“); *id.* მუხლი 119 (რომელიც მოითხოვს „თანაბარ ანაზღაურებას [კაცებისა და ქალების] თანაბარი შრომისათვის“); იხ. ასევე Treaty on European Union, 7 თებერვალი, 1992, მუხლი F(2), 4 EUR. UNION L. REP. (CCH) ¶ 25,300, at 10,056 (რომელიც მოითხოვს „იმ ფუნდამენტური უფლებების პატივისცემას, რაც გარანტირებულია ევროპის ადამიანის უფლებათა და ფუნდამენტურ თავისუფლებათა კონვენციით“).

მინაცის სხვა ფორმებსაც, რაც მოიცავს დისკრიმინაციას რასის, რელიგიის, შშმ სტატუსის, ასაკისა და სექსუალური ორიენტაციის ნიშნით.<sup>114</sup>

აღმჭურველი ქმედება ან „პოზიტიური დისკრიმინაცია“ ევროკავშირის მართლმსაჯულების სასამართლოს წინაშე მხოლოდ ქალთა და კაცთა მიმართ თანასწორი მოპყრობის კონტექსტში აღმოჩნდა. 1957 წელს საზოგადოების დაფუძნებისას რომის ხელშეკრულება მოითხოვდა თანაბარი ღირებულების სამუშაოს სანაცვლოდ ქალთა და კაცთათვის თანაბარი ანაზღაურების მინიჭებას.<sup>115</sup> თანაბარი ანაზღაურების ეს ადრეული პირობა არ გამომდინარეობდა გენდერული თანასწორობისა და ადამიანის უფლებების დაცვის დიადი სურვილიდან. ამის ნაცვლად, ხელშეკრულების დებულებას ჰქონდა უფრო მიწიერი საზრუნავი - რომ ქალების იაფმა შრომამ რამდენიმე ქვეყანაში შესაძლოა სხვა ქვეყნებში პროდუქტის ღირებულების დაწევა გამოიწვიოს.<sup>116</sup> მაგრამ თანასწორობის პრინციპს, რაოდენ რუდიმენტულიც არ უნდა ყოფილიყო იგი დასაწყისში, განვითარების პოტენციალი ჰქონდა.

1976 წელს, ევროკავშირის საბჭომ მიიღო დირექტივა, რომელიც მიზნად ისახავდა „ქალთა და კაცთა შორის თანასწორი მოპყრობის განმტკიცებას დასაქმებისა და, მათ შორის, დაწინაურების ნაწილში“.<sup>117</sup> დირექტივის მეორე მუხლი ადგენს, „თანასწორი მოპყრობის პრინციპი ნიშნავს, რომ სქესის ნიშნით არავითარი დისკრიმინაცია არ უნდა არსებობდეს“.<sup>118</sup> ანტიდისკრიმინაციის ამ დებულების შემდეგ მალევე, მეორე მუხლი ადგენს, რომ „ამ დირექტივამ უარყოფითი გავლენა არ უნდა მოახდინოს ისეთ ზომებზე, რომლებიც მიზნად ისახავს ქალთა და კაცთა თანაბარი შესაძლებლობების უზრუნველყოფას, კერძოდ, იმ არსებული უთანასწორობების აღმოფხვრის გზით, რომლებიც გავლენას ახდენს ქალთა შესაძლებლობებზე [...]“.<sup>119</sup>

ამ დათქმის შეთავსება დისკრიმინაციის უფრო ზოგად აკრძალვასთან გამოწვევას წარმოადგენს. ევროკავშირის მართლმსაჯულების სასამართლოს ამ საკითხზე მსჯელობა [1999 წლამდე, რედაქტორის შენიშვნა] ორჯერ მოუწია. პირველ შემთხვევაში, 1995 წელს სასამართლომ უკუაგდო გერმანიის (ბრემენის) ადგილობრივი კანონი, რომელიც მიზნად ისახავდა ქალების დახმარებას, რომ მათ ჰქონოდათ შესაძლებლობა, დანიშნულნი და დაწინაურებულნი ყოფილიყვნენ საჯარო სამსახურში.<sup>120</sup> ბრემენმა, გერმანიის ერთ-ერთმა მიწამ მიიღო ზომა, რომლის თანახმადაც, კონკრეტული პოზიციებისთვის

<sup>114</sup> Treaty of Amsterdam, 2 ოქტომბერი, 1997, მუხლი 2(7), 4 EUR. UNION L. REP. (CCH) ¶ 25,500, at 10,517 (საინტერესო მუხლია 6A, რომელიც გადაინომრება მე-14 მუხლად) (დებულება ანიჭებს კავშირის „საბჭოს [უფლებას], როდესაც იგი მოქმედებს ერთსულოვნად კომისიის შეთავაზების მიხედვით და ევროპის პარლამენტთან კონსულტაციის შემდეგ“, რომ „მიიღოს სათანადო ქმედებები სქესს, რასის ან ეთნიკური წარმოშობის, რელიგიის ან რწმენის, შეზღუდული შესაძლებლობის, ასაკის ან სექსუალური ორიენტაციის ნიშნით დისკრიმინაციასთან ბრძოლისათვის“).

<sup>115</sup> *ib. Treaty Establishing the European Economic Community*, 25 მარტი, 1957, მუხლი 119, 298 U.N.T.S. 11, 62.

<sup>116</sup> *ib. Kent Källström, Article 23, in THE UNIVERSAL DECLARATION OF HUMAN RIGHTS: A COMMENTARY* 357, 370 (Asbjørn Eide et al. eds., 1992).

<sup>117</sup> საბჭოს დირექტივა No. 76/207, art.1(1), 1976 O.J. (L 39) 40. დირექტივა ასევე არეგულირებს პროფესიულ გადამზადებას და სამუშაო პირობებს.

<sup>118</sup> *Id.* მუხლი 2(1).

<sup>119</sup> *Id.* მუხლი 2(4).

<sup>120</sup> *ib. საქმე C-450/93, Kalanke v. Freie Hansestadt Bremen*, 1995 E.C.R. I-3051 (1995).

სქესი შესაძლოა, ყველა სხვა დანარჩენი კრიტერიუმის თანაბრობის შემთხვევაში გადამწყვეტი ყოფილიყო. თუკი ქალები წარმოადგენდნენ დასაქმებულების ნახევარზე ნაკლებს იმ სახელფასო განაკვეთში, რომლისთვისაც ვაკანსია ან დაწინაურება იყო გამოცხადებული და თუ კაცი და ქალი თანაბარი კვალიფიკაციებით იბრძოდნენ ერთი და იმავე პოზიციისთვის, ბრემენის დათქმა მოითხოვდა პოზიციაზე ქალის დანიშვნას.

კაცმა დასაქმებულმა, რომელმაც დაწინაურება ვერ მიიღო, ადგილობრივი კანონი გაასაჩივრა, როგორც ევროკავშირის თანასწორი მოპყრობის დირექტივასთან არათავსებადი, ხოლო გერმანიის შრომის სასამართლომ, ამასთან დაკავშირებით, კითხვით მიმართა ევროკავშირის მართლმსაჯულების სასამართლოს. სასამართლომ დაადგინა, რომ ადგილობრივი კანონი არათავსებადი იყო ევროკავშირის სასამართლოსთან. „ეროვნული კანონმდებლობა, რომელიც ქალებისთვის ითვალისწინებს აბსოლუტურ და უპირობო პრიორიტეტს დასაქმებისა და დაწინაურების ნაწილში“, სასამართლომ დაადგინა, რომ „სცილდება თანასწორი შესაძლებლობების უზრუნველყოფის ფარგლებს.“<sup>121</sup> გენერალური ადვოკატის რჩევის გათვალისწინებით, სასამართლომ დაგმო ბრემენის მიერ მიღებული ზომა იმ საფუძველზე, რომ იგი მიზნად ისახავდა „თანაბარ წარმომადგენლობას“, ნაცვლად „თანასწორი შესაძლებლობისა“, რომელიც გათვალისწინებულია თანასწორი მოპყრობის დირექტივაში.<sup>122</sup>

ორიოდე წლის შემდეგ, 1997 წელს სასამართლომ საკითხს მეორედ გადახედა. საქმეში *Marschall v. Land Nordrhein-Westfalen*<sup>123</sup> სასამართლომ გერმანიის ადმინისტრაციული სასამართლოს წარდგინების საფუძველზე, განიხილა კიდევ ერთი ადგილობრივი კანონი, რომელიც საჯარო სამსახურში ორ კანდიდატს შორის ერთნაირი შედეგების არსებობის პირობებში გადამწყვეტ მნიშვნელობას ანიჭებდა სქესს. თუმცა ამჯერად ადგილობრივი კანონი ითვალისწინებდა მამაკაცისთვის პრიორიტეტის მინიჭებას ისეთ შემთხვევაში, „თუ მის სიტუაციასთან დაკავშირებული მიზეზების გამო ბალანსი მის სასარგებლოდ გადაწყდებოდა.“<sup>124</sup> გენერალური ადვოკატის რეკომენდაციის საწინააღმდეგოდ, სასამართლომ ჩათვალა, რომ პრეფერენციასთან დაკავშირებული ასეთი დათქმა სადავო დებულებას დასაშვებს ხდიდა.<sup>125</sup>

*Marschall*-ის საქმეზე გადაწყვეტილება საკმაოდ ჰგავს მოსამართლე პაუელის გადამწყვეტ აზრს *Bakke*-ს საქმეში. ორივე მოსაზრება ხაზს უსვამს ინდივიდუალიზებული გადაწყვეტილების საჭიროებასა და ავტომატური პრეფერენციების სისუსტეს. *Bakke*-სა და *Marschall*-ის თანახმად, რასა ან სქესი შესაძლოა „პლიუს“ ფაქტორად ჩაითვალოს დასაქმების, დაწინაურების ან სასწავლო დაწესებულებაში მიღების ნაწილში, მაგრამ ეს პრეფერენცია არ უნდა იყოს აბსოლუტური და მყარი.

გადაწყვეტილება *Marschall*-ის საქმეზე შესაძლოა ყველაზე უფრო აღსანიშნავი იყოს იმის გამო, რომ იგი ითვალისწინებს არაცნობიერ მიკერძოებულობას. „ის, რომ ქალი და

<sup>121</sup> C-450/93, *supra* სქოლიო 120, at I-3078.

<sup>122</sup> *Id.* Kalanke-ზე მსჯელობისათვის, იხ. Dagmar Schiek, *Positive Action in Community Law*, 25 INDUS. L.J. 239 (1996).

<sup>123</sup> საქმე C-409/95, [1998] 1 C.M.L.R. 547 (1997).

<sup>124</sup> *Id.* at 566 (ციტირებს Nordrhein-Westfalen მიწის კანონს).

<sup>125</sup> იხ. *id.* at 570-71.

კაცი კანდიდატები თანაბრად კვალიფიცირებულნი არიან, არ ნიშნავს იმას, რომ მათ ერთი და იგივე შანსები აქვთ“, - დაასკვნა მოსამართლემ.<sup>126</sup> ფიქრის ტრადიციულმა ჩვევებმა შესაძლოა გამოიწვიოს მამაკაცებისთვის პრეფერენციის მინიჭება, რადგან დამსაქმებლებს ეშინიათ, რომ ქალი დასაქმებულები მოცდებიან „დიასახლისობითა და საოჯახო საქმეებით“, - დაადგინა სასამართლო.<sup>127</sup> სხვა სიტყვებით რომ ვთქვათ, გადა-მწყვეტი ხმის მქონე პრეფერენცია ქალების სასარგებლოდ არაფერს აკეთებს იმაზე მეტს, ვიდრე ანტიდისკრიმინაციული პრინციპის დაცვა. ასეთი პოზიტიური ქმედების გარეშე, არაცნობიერი ან ნახევრად ცნობიერი დისკრიმინაცია შესაძლოა გაგრძელდეს კონტროლის გარეშე.<sup>128</sup>

მართლმსაჯულების სასამართლოს მიერ არჩეული მიდგომა ცოტა რისკს თუ წარმოშობს ქალთა დასახმარებლად შემოღებული პრეფერენციების გამიჯვნის ნაწილში მათი შეზ-

<sup>126</sup> C-409/95, *supra* სქოლიო 123, at 570.

<sup>127</sup> *Id.*

<sup>128</sup> იხ. *id.* at 566, 569-70. აღვნიშნე ქვეცნობიერის მიკერძოების არსებობა 1978 წლის კომენტარში და წამოვყენე საილუსტრაციოდ საქმე, რომელშიც თეთრკანიანმა მამაკაცმა მენეჯერებმა გადაწყვიტეს დაწინაურება „სრულად ადამიანის კონცეფციის“ საფუძველზე ეწარმოებინათ. Ginsburg, *supra* სქოლიო 21, at 825 (ციტირებს *Leisner v. New York Tel. Co.*, 358 F. Supp. 359 (S.D.N.Y. 1973)). შედეგები მოსალოდნელი იყო: „თეთრკანიანმა კაცებმა [...] თანმიმდევრულად შეარჩიეს თეთრკანიანი კაცები სამსახურისთვის ან დაწინაურებისთვის.“ ქვეცნობიერი მიკერძოება ჯერ ისევ არ იყო გამქრალი სცენიდან. იხ. Nicholas deB. Katzenbach and Burke Marshall, *Not Color Blind: Just Blind*, N. Y. Times, 22 თებერვალი, 1998, §6 (ჟურნალი), at 42, 44 („ბუნებრივი გადახრა ძირითადად თეთრკანიანი კაცი შუალედური რგოლის მენეჯერების მხრიდან იყო თავისი მსგავსის დასაქმებისა და წახალისებისკენ. უმეტესწილად, გადაწყვეტილება გულწრფელად ასახავს მათ გადაწყვეტილებას, საუკეთესო კანდიდატის მიმართ, ცნობიერი შეფასების გარეშე, რამდენად არის მათი ეს გადაწყვეტილება განპირობებული ძალზე სეგრეგირებული საზოგადოების გამოცდილებით, რომელშიც ჯერ ისევ ვცხოვრობთ. აფრო-ამერიკელის დაქირავება ან დაწინაურება ხშირად რისკის შემცველად აღიქმება.“); RESKIN, *supra* სქოლიო 68, at 24-25 („დისკრიმინაცია უბრალოდ განზრახი დისკრიმინირების მცდელობების შედეგი არაა“; ხშირად ორგანიზაციები დისკრიმინაციის „უბრალოდ ჩვეული ბიზნესის წარმოებით ახდენდნენ.“); შდრ. Deborah Jones Merritt & Barbara F. Reskin, *Sex, Race, and Credentials: The Truth About Affirmative Action in Law Faculty Hiring*, 97 COLUM. L. REV. 199 (1997) (რომელიც მსჯელობს ქვეცნობიერი მიკერძოების შესაძლო არსებობაზე სამართლის ფაკულტეტზე თანამშრომელთა აყვანის პროცესში, ისევე, როგორც აღმჭურველი ქმედების როლზე ამ მიკერძოების დასაძლევად).

საქმეში *Johnson v. Transportation Agency*, 480 U.S. 616 (1987), რომელიც გადაწყდა სამოქალაქო უფლებების აქტის მე-7 თავის (Title VII) მიხედვით, აშშ-ის უზენაესმა სასამართლომ დაადასტურა ოლქის აღმჭურველი ქმედების გეგმა, რომელიც ზემდგომებს უფლებას აძლევდა, სქესი თანამშრომელთა დაწინაურების პროცესში ერთ-ერთ ფაქტორად გაეთვალისწინებინათ, როდესაც ქალები საგრძნობლად დაბალი წარმომადგენლობით სარგებლობდნენ. ოლქს შემუშავებული ჰქონდა გეგმა, ნაწილობრივ იმის გამო, რომ თვლიდა, „შერჩევისა და დანიშვნის პროცედურები იმ სფეროებში, სადაც ფარული დისკრიმინაცია ხშირია“, *Id.* at 653 (მოსამართლე ო'კონორი, გადაწყვეტილების თანმხედრი აზრი) (ციტირებს ოლქის გეგმას). მართლაც, ქალის სამსახურებრივი ისტორია, რომელმაც მოახერხა დაწინაურება ამ გეგმის დახმარებით, ადასტურებს, რომ ის „ფარული დისკრიმინაციის“ მსხვერპლი შეიძლება ყოფილიყო, რაც აღმჭურველი ქმედების ცნობიერი ვალდებულების გარეშე არ იარსებებდა. *Id.* at 624 n.5 (სასამართლოს მოსაზრება) (რომელიც იხსენებს, რომ პანელის სამი წევრიდან ერთ-ერთი, რომელმაც შეაფასა დაწინაურების აპლიკანტები, მანამდე უარს ამბობდა ქალი აპლიკანტისთვის სამუშაო უნიფორმის (კომბინიზონის) გაცემაზე, რაც ეძლეოდათ იმავე პოზიციაზე კაც თანამშრომლებს, პანელის სხვა წევრმა კი ქალი აპლიკანტი მოიხსენია როგორც „ამბოხის გამოშვები, ქვედაბოლოიანი ადამიანი“). სასამართლოს არ გაუმახვილებია ყურადღება მსგავსად ევროპის მართლმსაჯულების სასამართლოსი, აღმჭურველი ქმედების რაციონალზე, თუმცა *Johnson*-ის საქმე ზოგიერთ იმავე საკითხს იმეორებს, რასაც Marschall. იხ. *Johnson*, 480 U.S. at 641 n.17 („განსაკუთრებით, როდესაც საქმე არ იყო გამორჩეული, შუალედური დონის ხელობის პოზიციაზე, რომელიც არ საჭიროებდა უნიკალურ სამუშაო გამოცდილებას ან განათლების მიღებას და რომლისთვისაც რამდენიმე კვალიფიციური კანდიდატი არსებობს. საბოლოო გადაწყვეტილებები, თუ რომელი კანდიდატია 'ყველაზე კვალიფიციური', სუბიექტურია.“) (ციტირებს ამერიკის პერსონალის ადმინისტრირების საზოგადოების სასამართლოს მეგობრის მოსაზრებას).

ლუდვის უნარის მქონე პატერნალიზმისგან. 1976 წლის თანაბარი მოპყრობის დირექტივის ერთგულებით, *Marschall*-ის საქმეზე მიღებული გადაწყვეტილება ძერწავს ევროკავშირის მიზანს, „განამტკიცოს თანასწორი შესაძლებლობები [...] იმ არსებული უთანასწორობების აღმოფხვრის გზით, რომლებიც გავლენას ახდენენ ქალთა შესაძლებლობებზე“.<sup>129</sup>

მართალია, დებატი აღმჭურველი ქმედების *ეფექტურობასთან* დაკავშირებით გრძელდება, მაგრამ მისი *ლეგიტიმურობა* დადასტურდა 1997 წლის ამსტერდამის ხელშეკრულებით. 119-ე მუხლი, რომელიც 1957 წლის რომის ხელშეკრულებაში მხოლოდ ანაზღაურებასთან დაკავშირებული დებულება იყო, ახლა მოიცავს ჩანაწერს, რომლის მიზანიცაა „უზრუნველყოს სრული თანასწორობა პრაქტიკაში კაცისა და ქალის სამსახურებრივ ცხოვრებასთან დაკავშირებით“ [ხაზგასმა ავტორისაა].<sup>130</sup> შესწორებული ჩანაწერი ასევე ადგენს, რომ „თანასწორი მოპყრობის პრინციპი წევრ სახელმწიფოებს არ უკრძალავს ისეთი ქმედების შენარჩუნებას ან მიღებას, რომლებიც არასაკმარისად წარმოდგენილ სქესს უადვილებს კონკრეტული საქმიანობის განხორციელებას, ან აღმოფხვრის, ან აკომპენსირებს პროფესიულ კარიერებში არსებულ არახელსაყრელ პირობებს.“<sup>131</sup> აშშ-ის ანტიდისკრიმინაციული კანონები ასეთ ექსპლიციტურ ჩანაწერს არ შეიცავს.

<sup>129</sup> საბჭოს დირექტივა, *supra* სქოლიო 117, მუხლი 2(4). კავშირი ასევე სენსიტიურია ორსულობის გამო დისკრიმინაციის შემთხვევებისადმი. იხ., *e.g.*, საბჭოს დირექტივა 92/85, მუხლი 10, 1992 O.J. (L 348) (რომელიც კრძალავს დასაქმებულის გათავისუფლებას ფეხმძიმობის დაწყებიდან დეკრეტული შვებულების დასრულების პერიოდის ჩათვლით). საქმეზე Dekker v. Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassenen (VJVCentrum) Plus, საქმე C-177/88, 1990 E.C.R. I-3941 (1990), მართლმსაჯულების სასამართლომ აღიარა, რომ „მხოლოდ ქალებს შეიძლება უარი ეთქვას ფეხმძიმობის მოტივით და ასეთი უარი, შესაბამისად, პირდაპირი დისკრიმინაციაა სქესის ნიშნით.“ *Id.* at I-3973. მხოლოდ გასულ ზაფხულს, იმავე სასამართლომ გადაწყვიტა, რომ ევროკავშირის თანასწორი მოპყრობის დირექტივა კრძალავს თანამშრომლების გათავისუფლებას ორსულობასთან დაკავშირებული დაავადებების გამო. საქმე C-394/96, Brown v. Rentokil, Ltd., 1998 E.C.R. I-4185 (1998). სასამართლომ კიდევ ერთხელ გაუსვა ხაზი, რომ ფეხმძიმობა მხოლოდ ქალებს ეხება, შესაბამისად, ასეთი გათავისუფლება სქესის ნიშნით დისკრიმინაციაა. აშშ-ის უზენაეს სასამართლოს ასე მკაფიოდ არ უმსჯელია, როდესაც მსგავს კითხვაზე მსჯელობა უწევდა 1970-იან წლებში. იხ. General Elec. Co. v. Gilbert, 429 U.S. 125, 145-46 (1976) (შრომისუნარობის გეგმა, რომელიც გამორიცხავდა ფეხმძიმობით გამოწვეულ შრომისუნარობას არ იყო მე-7 თავის (Title VII) სქესის ნიშნით დისკრიმინაციის აკრძალვის დარღვევა); Geduldig v. Aiello, 417 U.S. 484, 496-97 (1974) (მსგავსი გეგმა არ წარმოადგენს თანასწორი დაცვის კონსტიტუციური გარანტიის დარღვევას); *id.* at 496 n.20 („პროგრამა პოტენციურ მიმღებებს ორ ჯგუფად ყოფს - ფეხმძიმე ქალები და არაფეხმძიმე ადამიანები“).

<sup>130</sup> Treaty of Amsterdam, 2 ოქტომბერი, 1997, მუხლი 2(22), 4 EUR. UNION L. REP. (CCH) ¶ 25,500, at 10,527 (რომელიც ცვლის ევროპის თანამეგობრობის ხელშეკრულების 119-ე მუხლს). ეს მუხლი იცვლავ კონსოლიდირებული ხელშეკრულების 141-ე მუხლად. *Id.* at 10,568; იხ. also *id.* მუხლი 2(2), 4 EUR. UNION L. REP. (CCH) at 10,515 (რომელიც ცვლის ევროპის თანამეგობრობის ხელშეკრულების მე-2 მუხლს) („თანამეგობრობა [...] წახალისებს [...] ქალებსა და კაცებს შორის თანასწორობას.“); *id.* art.2(3), 4 EUR. UNION L. REP. (CCH) at 10,516 (რომელიც ცვლის ევროპის თანამეგობრობის ხელშეკრულების მე-3 მუხლს) („ყველა ქმედებაში, რაც მოხსენიებულია ამ მუხლში, თანამეგობრობა მიზნად ისახავს უთანასწორობების აღმოფხვრას და ქალებსა და კაცებს შორის თანასწორობის წახალისებას.“).

<sup>131</sup> *Id.* მუხლი 2(22), 4 EUR. UNION L. REP. (CCH) at 10,527 (რომელიც ცვლის ევროპის თანამეგობრობის ხელშეკრულების 119-ე მუხლს) (რომელიც ახალ, კონსოლიდირებულ ხელშეკრულებაში 141-ე მუხლი გახდება).

## დასკვნა

დრო და ჩემს ხელთ არსებული ინფორმაციის ფარგლები აღარ მაძლევს უფრო ფართო შედარებითი მიმოხილვის გაკეთების შესაძლებლობას. დასასრულ, მხოლოდ რამდენიმე ფრაზას დავამატებ. აღმჭურველი ქმედება გვიგზავნის როგორც შთამაგონებელ, ისე შემანუხებელ სიგნალებს.<sup>132</sup> ვეცადე ხაზი გამესვა, რომ მას აქვს პოტენციალი, პასუხი გასცეს თანასწორობის, როგორც სამოქალაქო უფლების დარღვევას, ისევე როგორც განამტკიცოს ეკონომიკური და სოციალური კეთილდღეობა. მაგრამ იგი ასევე გარდაუვლად წარმოშობს წინააღმდეგობას, რაც დაკავშირებულია რევერსულ დისკრიმინაციასთან იმ ადამიანების წინააღმდეგ, რომლებიც პირადად არ არიან პასუხისმგებელნი საზოგადოებაში წარსულში არსებულ დისკრიმინაციაზე.

ერთ ქვეყანაში ან რეგიონში არსებულმა გამოცდილებამ შესაძლოა, ამ ნაწილში შთააგონოს სხვა ქვეყნები ან რეგიონები, რაც, ზოგადად, ასე ხდება ადამიანის უფლებებთან დაკავშირებული ინიციატივების შემთხვევაში. მაგალითად, ინდოეთის უზენაესმა სასამართლომ აშშ-ის პრეცედენტები გაითვალისწინა, როდესაც მსჯელობდა აღმჭურველი ღონისძიებების კონსტიტუციურობაზე.<sup>133</sup> გერმანიის გადაწყვეტი წონის მქონე პრეფერენციების ქომაგები დაეყრდნენ რამდენიმე საერთაშორისო პაქტს ევროპის მართლმსაჯულების სასამართლოს წინაშე.<sup>134</sup> აღმჭურველი ღონისძიებების მოწინააღმდეგეები ასევე ეყრდნობოდნენ აშშ-ის გადაწყვეტილებებს და მრავლისმეტყველად აღნიშნავდნენ, რომ „როგორც ჩანს, აღმჭურველი ქმედება კრიზისშია იმ ქვეყანაში, სადაც იგი წარმოიშვა.“<sup>135</sup>

იმ სასამართლოში, რომელშიც მე ვმსახურობ, არ შეინიშნება იმის მზაობა, რომ მან სხვა მხარესაც გაიხედოს. აშშ-ის უზენაესმა სასამართლომ ადამიანის უფლებათა საყოველთაო დეკლარაცია სულ რაღაც ხუთჯერ ახსენა და აქედან ორ შემთხვევაში, - უმრავლესობის გადაწყვეტილებაში.<sup>136</sup> ყველაზე ახალი ციტატა 28 წლის წინ გაჩნდა მოსამართლე მარშალის განსხვავებულ აზრში.<sup>137</sup> აშშ-ის უზენაესი სასამართლო არც სხვა ქვეყნების კანონმდებლობას ან სასამართლო გადაწყვეტილებებს ეყრდნობა რაიმე

<sup>132</sup> იხ. Robert Gordon, What It Does and What It Says: Equity, Expressive Harm, and Race-Based Affirmative Action 50 (გამოუქვეყნებელი ხელნაწერი, ინახება ავტორებთან).

<sup>133</sup> იხ., e.g., Indra Sawhney v. Union of India, A.I.R. 1993 S.C. 477, 529-36.

<sup>134</sup> იხ. საქმე C-409/95, Marschall v. Land Nordrhein-Westfalen, [1998] 1 C.M.L.R. 547, 564-65 (1997) (გენერალური ადვოკატის ჯეიკობსის მოსაზრება).

<sup>135</sup> საქმე C-450/93, Kalanke v. Freie Hansestadt Bremen, 1995 E.C.R. I-3051, I-3058 n.10 (1995) (გენერალური ადვოკატის ტესაუროს მოსაზრება); იხ. ასევე Gabriel A. Moens, *Equal Opportunities Not Equal Results: "Equal Opportunity" in European Law After Kalancke* [sic], 23 J. Legis. 43, 55 (1997) (რომელიც სვამს კითხვას, „რენქისტის სასამართლო 'დამნაშავეა' Kalancke-ს [sic] საქმეში?“).

<sup>136</sup> იხ. Dandridge v. Williams, 397 U.S. 471, 520 n.14 (1970) (მოსამართლე მარშალის განსხვავებული აზრი); Zemel v. Rusk, 381 U.S. 1, 14 n.13 (1965); Kennedy v. Mendoza-Martinez, 372 U.S. 144, 161 n.16 (1963); International Ass'n of Machinists v. Street, 367 U.S. 740, 776-77 (1961) (მოსამართლე დუგლასის თანხმებული აზრი); American Fed'n of Labor v. American Sash & Door Co., 335 U.S. 538, 549 n.5 (1949) (მოსამართლე ფრანკფურტერის თანხმებული აზრი). მიუხედავად იმისა, რომ დეკლარაცია მიღებულია როგორც გაერთიანებული ერების გენერალური ასამბლეის უბრალო რეზოლუცია და არ არის სავალდებულო კანონი, სასამართლოები სხვა ქვეყნებში აღიარებენ მის მნიშვნელობას როგორც ადამიანის უფლებების ფუნდამენტურ განაცხადს. იხ. UNITED NATIONS DEPARTMENT OF PUBLIC INFORMATION, THE UNITED NATIONS AND HUMAN RIGHTS, 1945-1995, at 27 (1995).

<sup>137</sup> იხ. Dandridge v. Williams, 397 U.S. 471, 520 n.14 (1970) (მოსამართლე მარშალის განსხვავებული აზრი).



სიხშირით. როდესაც მოსამართლე ბრაიერმა 1997 წელს ევროპის ფედერალურ სისტემებზე გააკეთა მითითება - იმ გადაწყვეტილებაზე განსხვავებულ აზრში, რომელზეც მეც განსხვავებული აზრი დავაფიქსირე,<sup>138</sup> უმრავლესობამ ასეთი პასუხი გასცა: „ვფიქრობთ, ასეთი შედარებითი ანალიზი არათავსებადია კონსტიტუციის ინტერპრეტაციის ამოცანასთან.“<sup>139</sup>

ჩემი აზრით, შედარებითი ანალიზი ემპათიურად რელევანტურია კონსტიტუციების განმარტებისა და ადამიანის უფლებათა აღსრულებისთვის. ჩვენვე წავაგებთ, თუ უგულებელვყოფთ იმას, რასაც სხვები გვეუბნებიან მცდელობაზე, აღმოფხვრან ქალთა, უმცირესობათა და სხვა ჩაგრულ ჯგუფთა მიმართ არსებული მიკერძოებულობა. ასე იმითობაა, რომ ირაციონალური ცრურწმენები და დისკრიმინაცია სამყაროში ინფექციასავით ვრცელდება. ამ რეალობაში ყველას გვაკისრია პასუხისმგებლობა, რომ მას გავუმკლავდეთ.

---

<sup>138</sup> იხ. *Printz v. United States*, 117 S. Ct. 2365, 2404-05 (1997) (მოსამართლე ბრაიერის განსხვავებული აზრი).

<sup>139</sup> *Id.* at 2377 n.11 (უმრავლესობის აზრი).



## მზარდი აღშფოთება\*

### აბსტრაქტი

რატომ და როდის იზრდება აღშფოთება? ეს ესე, რომელიც 2018 წლის თებერვალში ლონდონის ეკონომიკის სკოლის მიერ გამართულ ქცევითი საჯარო პოლიტიკის ლექციას ეყრდნობა, ორ შესაძლო პასუხს მიმოიხილავს. პირველი - მიუთითებს იმ სოციალური ნორმების გადახედვაზე ან შესუსტებაზე, რომლებიც ადამიანებს მოუწოდებს გამოხატონ აღშფოთება, რომელიც მანამდე ჩახშობილი იყო. მეორე - მიუთითებს იმ სოციალური ნორმების გადახედვასა და შესუსტებაზე, რომლებიც ადამიანებს მოუწოდებს, გამოხატონ ის აღშფოთება, რომელიც აქამდე არ განუცდიათ (და რომელიც ახლაც შეიძლება ჰქონდეთ ან არ ჰქონდეთ). აღშფოთების ინტენსიურობა ხშირად ყველაზე შესამჩნევი შედეგია. იგი ასევე „ნორმალიზაციის“ პროდუქტია. ადამიანები ადარებენ აშკარად აღმაშფოთებელ ქცევას იმ ქცევას, რომელიც ადრე იმავე კატეგორიაში ხვდებოდა და არ ადარებენ სხვა შემთხვევებს, რომელთაც მსჯელობის მოსალოდნელი არათანმიმდევრულობისკენ მივყავართ. ეს არგუმენტები ეხება 2017 და 2018 წლების #MeToo მოძრაობას და სქესისა და რასის (ასევე რელიგიის და ეთნიკურობის) ნიშნით დისკრიმინაციის დამხობას (და კვლავ აღზევებას და კვლავ დამხობას).

### დავინყებთ ორი ამბით

1. 1980-იანი წლების ბოლოს, როდესაც კოლუმბიის სამართლის სკოლაში მიწვეული პროფესორი ვიყავი, ჩემს სამუშაო ოთახთან ახლოს, დერეფანში გავლისას შევნიშნე სამართლის სტუდენტი (ქალი), რომელიც მასზე ასაკით უფროს სამართლის პროფესორს (კაცს) ესაუბრებოდა. ჩემი გაკვირვება გამოიწვია პროფესორის ქცევამ - იგი სტუდენტის თმას ეფერებოდა. მომეჩვენა, თითქმის სტუდენტს სახეზე ოდნავ ზიზღმა გადაურბინა. წამიერი ემოცია იყო. როდესაც პროფე-

---

\* ხელახლა გამოქვეყნებულია: Cambridge University Press ნებართვით. თავდაპირველად გამოქვეყნდა Behavioural Public Policy (2019), 3: 1, გვერდები 1-16. თარგმანი: Cambridge University Press, Behavioural Public Policy და ავტორი არ არიან პასუხისმგებელნი ან რაიმე სახით ანგარიშვალდებულნი თარგმანის სიზუსტეზე, ამ ხელახალი გამოცემის თარგმანში ნებისმიერ უზუსტობაზე, გამოტოვებაზე ან შეცდომაზე, ან აქედან წარმოშობილ შედეგებზე შესაბამისად, პასუხისმგებელია მხოლოდ საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს საკონსტიტუციო სამართლის ჟურნალი. ამ სტატიაზე არ ვრცელდება ამ ჟურნალის Creative Commons Attribution (CC BY) 2.0 ლიცენზია. ეს სტატია გამოქვეყნებულია Creative Commons Attribute Non-Commercial ShareAlike 4.0 (CC-BY-NC-SA 4.0) ლიცენზიის პირობებით (<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0>), რომელიც იძლევა კოპირების, დისტრიბუციის და გადაცემის უფლებას, ასევე გადაწყობის და ადაპტირების უფლებას, დათქმით, რომ ეს ხდება მხოლოდ არაკომერციული მიზნებით, ნაშრომის ორიგინალი შესაბამისად არის ციტირებული და გავრცელება ხდება იდენტური ლიცენზიით.

სორი წავიდა, სტუდენტს ვუთხარი: „სრულიად მიუღებელი ქცევა იყო, პროფესორი ასე არ უნდა მოქცეულიყო“. ქალის პასუხი მყისიერი და გულგრილი იყო: „არა უშავს, მოხუცი კაცია. მართლა არაა პრობლემა“. ოცდაათი წუთის შემდეგ ჩემი ოთახის კარზე კაკუნი გაისმა. ის სტუდენტი იყო. გაბრაზებული და აღშფოთებული იყო, ტიროდა. მითხრა, „სულ ასე იქცევა. საშინელებაა. ჩემი მეგობარი ბიჭი ფიქრობს, რომ ოფიციალური საჩივარი უნდა დავწერო, თუმცა არ მინდა ამის გაკეთება. გთხოვთ - არ მინდა ხმაურის ატეხვა. არ დაელაპარაკოთ არც მას და სხვასაც არაფერი უთხრათ.“<sup>1</sup>

2. 2015 წელს ჩემი სამართლის სკოლის სასადილოს გავლისას აფრო-ამერიკელი სტუდენტების ჯგუფმა შემაჩერა და მკითხა, „რას ფიქრობთ გერბზე?“ წარმოდგენა არ მქონდა, რაზე საუბრობდნენ. ჩემი პირველი აზრი იყო, რომ რაღაც დაემართა სელაპს [seal - გერბი, სელაპი, მთარგმნელის შენიშვნა] და კინაღამ ვკითხე, „სელაპი ხომ კარგადაა?“. თუმცა სტუდენტები მეკითხებოდნენ ჰარვადის უნივერსიტეტის სამართლის სკოლის გერბზე, რომელიც მონათმფლობელმა შექმნა. გერბი სერიოზული ადგილობრივი აღშფოთების საგნად იქცა და რასობრივ საკითხებზე სტუდენტთა საპროტესტო გამოსვლები გამოიწვია. 2016 წელს გერბი გაუქმდა.

ნაშრომის თემაა აღშფოთება, მისი ზრდა და ურთიერთკავშირი #MeToo-ს იდეასთან. კონკრეტული ჰეშთეგი 2017 წელს, ჰარვი ვაინსტაინის მხრიდან სექსუალური ძალადობის და მასთან დაკავშირებული ქცევების ფაქტების გამოქვეყნების, ასევე არაერთი საჯარო პირის მიერ სექსუალური შევიწროების ფაქტების გამომხეურების შემდეგ ფართოდ გავრცელდა. ჩემ მიერ მოთხრობილ ორივე ამბავს აქვს #MeToo-ს მახასიათებელი, თუმცა დინამიკა განსხვავებულია. მე კარგად მესმის თემის მასშტაბურობა და, ძირითადად, შემოვიფარგლები ორი შეთავაზებით, რომელთა მაგალითებიც იქნება მოთხრობილი ამბები.

პირველი შეთავაზებაა - როდესაც დაწესებული სტანდარტები ინგრევა ან ცვლილებებს განიცდის, ადამიანები საზღვრებს არღვევენ [ავტორი იყენებს unleashed, რაც ქართულად დაბმულის აშვებას, ახსნას, აწყვეტას ნიშნავს. სტატიის მიზნებისთვის ეს სიტყვა საზღვრების გარღვევად იქნება თარგმნილი - მთარგმნელის შენიშვნა], გრძნობენ თავისუფლებას, გაამჟღავნონ რისი სწამთ და რა ურჩევნიათ, მოყვენ საკუთარი გამოცდილება და ისაუბრონ და იმოქმედონ, როგორც სურთ. თუ ადამიანები აღშფოთდნენ, მათ შეუძლიათ ამის საჯაროდ თქმა. ახალი ნორმები და კანონები, რომლებიც ამკვიდრებენ ან აძლიერებენ მათ, საშუალებას იძლევა, აღმოვაჩინოთ მანამდე არსებული რწმენა, პრეფერენციები და ღირებულებები. ხალხის აღშფოთების ინტენსიურობის აღმოჩენა, თავად ამ აღშფოთების არსებობაც კი, შეიძლება ბევრი ადამიანისთვის მაინც შოკისმომგვრელი იყოს.

სხვადასხვა დროსა და სივრცეში ქალთა მოძრაობა ამის მაგალითი იყო. იგივე შეიძლება ითქვას 1960-იანი წლების სამოქალაქო უფლებების მოძრაობაზე აშშ-ში, ლგბტ პირთა უფლებების მოძრაობასა და შშმ პირთა უფლებების მოძრაობაზე. ეს მიდგომა

<sup>1</sup> ამ საუბრის პასუხად როგორ მოვიქცე, სხვა სიტუაციაში მოსაყოლი ამბავია.

ვრცელდება აბორტის საწინააღმდეგო მოძრაობაზეც. ხშირად, წინმსწრები შეურაცხყოფის გრძნობა აღშფოთების საფუძველია. როგორც კი ნორმები შემსუბუქდება, აღშფოთებას შეუძლია წარმოუდგენლად გავლენიანი ძალა გახდეს.

მეორე შეთავაზება, რომელიც მეორე ამბავში გამოიხატა, გულისხმობს იმ ნორმების გადახედვას, რომლებიც ჩვენს არჩევანს და ღირებულებებს აყალიბებენ, რასაც მივყავართ აღშფოთების მანამდე არარსებულ გამოხატვამდე. არავინ არღვევს საზღვრებს. ადამიანები იცვლებიან მცირედით ან დიდად. ისინი გამოხატავენ აღშფოთებას, რომელსაც შესაძლოა, სულაც არ განიცდიან - და თუ განიცდიან, ეს პირველად ხდება. მსგავსი რამ შეიძლება ითქვას თამბაქოს მოხმარების საწინააღმდეგო მოძრაობაზე, გენეტიკურად მოდიფიცირებული ორგანიზმებისადმი გამოხატულ პროტესტსა და ნაციზმის აღზევებაზე.

ახალი ან შეცვლილი ნორმები ეფექტური რომ იყოს, რასაკვირველია, ისინი უნდა მიესადაგოს მანამდე არსებულ არჩევანს ან ღირებულებებს. ეს განსაკუთრებით მართებულია მეორე ამბისთვის. ჰარვარდის სამართლის სკოლის გერბის მიმართ აღშფოთება დაკავშირებული იყო რასასა და რასიზმთან დაკავშირებულ მანამდე არსებულ განსჯასთან. ერთდერითი საკითხია, რომ ადამიანები მიდიან (კონკრეტულ ან ზოგად) განსჯამდე, რომელიც მანამდე არ ჰქონიათ და რომლის შეზღუდვის საშუალება არ მისცემიათ (2014 წლამდე ჰარვარდის სამართლის სკოლის გერბს თითქმის არავინ განიხილავდა).

ადამიანების მიერ საზღვრების რღვევის [„აშვების“ - მთ. შენიშვნა] ფენომენთან დაკავშირებით უნდა ითქვას: როდესაც დადგენილი წესები მოქმედებს, ადამიანები საკუთარ არჩევანს, ღირებულებებს და გამოცდილებას აყალიბებენ ან დუმან მათზე. შედეგად, უცხო ადამიანები, ზოგჯერ კი მეგობრები და ოჯახის წევრებიც კი, შესაძლოა, არ იცნობდნენ ამ არჩევანს, ღირებულებებს და გამოცდილებას. შესაძლოა, მათ წარმოდგენაც კი არ ჰქონდეთ. ადამიანები ცალკეული პოლიტიკური ან რელიგიური შეხედულებებით ან, უბრალოდ, მტკივნეული გამოცდილებებით, ჩუმად არიან მაშინაც კი, როდესაც აღშფოთებული არიან. როდესაც დადგენილი ნორმები გადაიხედება, ადამიანები ამხელენ მანამდე არსებულ არჩევანს და ღირებულებებს, რომელთაც დაწესებული ნორმები წარმატებით ახშობდა. ახლა ითქმის ის, რაც მანამდე არ ითქმოდა კეთდება ის, რისი გაკეთებაც მანამდე წარმოუდგენელი იყო.

სექსუალური შევიწროების კონტექსტში, ზოგადად, სწორია შემდეგი მოსაზრება: სანამ თავად ეს ტერმინი იარსებებდა, ქალებს არ მოსწონდათ შევიწროება, უფრო მეტიც, - სძულდათ იგი. ნორმების გადახედვა აუცილებელი იყო ამ გრძნობის და რწმენის გამოხატვის გამოსაწვევად (ეს მოსაზრება არასრულია და არ გავართულებ მას). როგორც ქვემოთ ვნახავთ, კანონმდებლობა ხშირად მნიშვნელოვან როლს თამაშობს არსებული ნორმების გასაძლიერებლად ან მათი გადახედვის გამოსაწვევად. სექსუალური შევიწროების ამკრძალავი სასამართლო გადაწყვეტილებები მნიშვნელოვანია იმიტომაც, რომ მათი მეშვეობით ნორმების გადახედვა ხდება. როდესაც ლიდერს ირჩევენ ან როდესაც ახალი კანონმდებლობა მიიღება, ამას შეიძლება ჰქონდეს გადამწყვეტი და გარდამქმნელი სიგნალის ეფექტი, რითაც ადამიანებს მიეწოდებათ ინფორმაცია იმის შესახებ, თუ რას ფიქრობენ სხვა ადამიანები. თუ ადამიანებს ეს სიგნალი ესმით, ნორმები შეიძლება

შეიცვალოს, რადგან ადამიანებზე მოქმედებს სხვების აზრი. აღშფოთება ხშირად სწორედ ამ გზით ღვივდება.

თუმცა დაწესებული ნორმების გადახედვა და კანონები, რომლებიც ამ გადახედვას აძლიერებს, არაფერს ათავისუფლებს. როგორც კი ნორმები იცვლება, ადამიანები იწყებენ ისეთი არჩევანის და ღირებულებების ფლობას ან ფლობის შთაბეჭდილების შექმნას, რომლებიც მანამდე არ ჰქონიათ. ნორმების გადახედვა და მისგან მომდინარე სამართლებრივი რეფორმები არ ამჟღავნებენ დაფარულ სურვილებს. ისინი ქმნიან ახალ სურვილებს ან, სულ მცირე, განაცხადებს და ქმედებებს, რომლებიც ახალ სურვილებს შეესაბამება. აღშფოთებას შეუძლია სიცარიელის შევსება.

### **პრეფერენციის გაყალბება და ნორმების მწარმოებლები**

იონ ელსტერი ხაზს უსვამს, რომ სოციალური ნორმები „შენარჩუნებულია უხერხულობის, შფოთვის, დანაშაულისა და სირცხვილის გრძნობებით, რომლებსაც ადამიანი განიცდის მათი დარღვევის საფრთხის პირობებში“.<sup>2</sup> ხაზგასმით უნდა აღინიშნოს ელსტერის ოთხეული: უხერხულობა, შფოთვა, დანაშაული და სირცხვილი - ოთხივე განსხვავდება ერთმანეთისგან. კოლუმბიის სამართლის სკოლის სტუდენტმა ოთხივე საკუთარ თავზე განიცადა.

ჩემი მთავარი თემა აქ არის დისკრიმინაცია. უმარტივეს შემთხვევაში, დისკრიმინაციის ობიექტები (მათ შორის, ცალსახად, სექსუალური შევიწროების ობიექტები) აღშფოთებულები არიან და ნორმა ხელს უშლის მათ, განაცხადონ ამის შესახებ ან იმოქმედონ მათზე საპასუხოდ. მათი რწმენა და პრეფერენციები შეიძლება ყალბი იყოს (როგორც ეს მაშინ მოხდა, როდესაც იურიდიული ფაკულტეტის სტუდენტმა, თავდაპირველად, დამარწმუნა, რომ ის არ ეწინააღმდეგებოდა იმას, რასაც პროფესორი აკეთებდა). ამ მხრივ, დისკრიმინაციის ობიექტები სპექტაკლის მსახიობებს ჰგვანან, ისინი მათთვის განკუთვნილ სტრიქონებს კითხულობენ. სქესობრივი და რასობრივი დისკრიმინაციის შემთხვევაში ეს ნაცნობი მოვლენაა. აღშფოთების ლეგიტიმაციას ის სააშკარაოზე გამოაქვს.

მსგავს გარემოებებში მასშტაბური ცვლილებები ხდება შესაძლებელი. დავუშვათ, მოსახლეობაში ბევრი ადამიანი დისკრიმინაციის წინააღმდეგია, მაგრამ არსებული ნორმების გამო, ისინი არაფერს ამბობენ და არც აკეთებენ. ისინი აყალბებენ თავიანთ პრეფერენციებს.<sup>3</sup> დავუშვათ, რომ პროტესტს პროტესტის გამოხატვის სხვადასხვა ზღვარი აქვს. რამდენიმე ადამიანი გააკეთებს ამას, თუ ერთი მაინც დაუპირისპირდება ან შეეწინააღმდეგება ნორმას; კიდევ რამდენიმე გააკეთებს ამას, თუ რამდენიმე ადამიანი დაუპირისპირდება ან შეეწინააღმდეგება ნორმას; კიდევ უფრო მეტი გააკეთებს ამას, თუ რამდენიმეზე მეტი ადამიანი დაუპირისპირდება ან ეწინააღმდეგება ნორმას და ასე შემდეგ. ნორ-

<sup>2</sup> Elster, J. (1994), 'Rationality, Emotions, and Social Norms', Synthese, 98(1): 21-49. გვ. 23.

<sup>3</sup> ზოგადი ფენომენის და მისი მნიშვნელობის საუკეთესო მსჯელობა მოცემულია ტიმურ კურანის მიერ. იხ. Kuran, T. (1997), Private Truths, Public Lies, Cambridge: Harvard University Press.

მალურ პირობებში და ბარიერების სწორი განაწილების შემთხვევაში, მცირე ნაპერ-წკალმა შეიძლება გააღვივოს ცეცხლი, რომელიც საბოლოოდ დაანგრევს ნორმას.<sup>4</sup>

აქ მნიშვნელოვანი როლი ენიჭება კერძო და საჯარო სექტორში მოღვაწე „ნორმის მწარმოებლებს“, რომლებიც ეწინააღმდეგებიან არსებულ ნორმებს და ცდილობენ შეცვალონ ისინი. ნორმის „მწარმოებლები“ ყურადღებას ამახვილებენ იმაზე, რასაც ისინი ამჟამინდელი ნორმების სისულელედ, უხეშობად ან სიმახინჯედ მიიჩნევენ. მათ შეიძლება დაუინებოთ მოითხოვონ, რომ ბევრი ადამიანი ან მათი უმრავლესობა ფარულად ეწინააღმდეგება ამ ნორმებს (და ამით შეამცირონ პლურალისტური უცოდინრობა, რომელიც გაგებუ-ლია როგორც უვიცობა იმის შესახებ, თუ რას ფიქრობს უმეტესობა). მათ შეიძლება აღწე-რონ საკუთარი გამოცდილება. ნორმის დამრღვევები - ისინი, ვინც უბრალოდ თავს არი-დებენ არსებულ ნორმებს და უარს ამბობენ მათი მიხედვით საუბარზე ან მოქმედებაზე, - შეიძლება იყვნენ ან არ იყვნენ ნორმის მწარმოებლები, იმისდა მიხედვით, ცდილობენ თუ არა ისინი რაიმე სახის სოციალური ცვლილებების შექმნას, თუ, უბრალოდ, იმის კე-თება სურთ, რაც მოსწონთ.

ნორმის „მწარმოებლები“ შეიძლება ეფექტური აღმოჩნდნენ, თუ, სულ მცირე, სოცია-ლური დინამიკა მათ სასარგებლოდ იმუშავებს. მათ შეიძლება მოახერხონ არა მხოლოდ საკუთარი აღშფოთების და პიროვნული წინააღმდეგობის გამოხატვა ნორმასთან მიმარ-თებით, არამედ ასევე ფართოდ გავრცელებული (მაგრამ დაფარული) აღშფოთებისა და წინააღმდეგობის ჩამოყალიბებაც. „მდუმარე უმრავლესობის“ იდეა შეიძლება იყოს დახ-მარების ზუსტი გზა ამგვარი აღშფოთებისა და წინააღმდეგობის სანიშნებლად. მნიშ-ვნელოვანია, რომ ნორმის მწარმოებლებმა შესაძლოა, შეცვალონ ნორმის შესაბამი-სობის სოციალური მნიშვნელობა, თუ ისინი წარმატებას მიაღწევენ, ნორმის შესაბამისად მოქმედებამ შესაძლოა დამოუკიდებლობის არარსებობის და ცოტა პათეტიკური მნიშვნე-ლობა შეიძინოს, თუმცა, ვინც ნორმას ეწინააღმდეგება, ის შესაძლოა გაბედულად, ავ-თენტურად და ხისტად გამოიყურებოდეს.

## აღშფოთების ევრისტიკა

რამდენიმე წლის წინ ჩართული ვიყავი რიგ კვლევებში აღშფოთების, სადამსჯელო ზრახვებისა და ფულადი სასჯელების შესახებ. ჩვენი ძირითადი დასკვნა იყო ის, რომ როდესაც ჩვეულებრივი ხალხი ფიქრობს, თუ რამდენად უნდა დაისაჯოს ადამიანი, ისინი იყენებენ *აღშფოთების ევრისტიკას*.<sup>5</sup> ისინი იწყებენ იმის გადაწყვეტით, თუ რამდენად აღმაშფოთებელი იყო ძირითადი საქციელი და მათი განსჯა სასჯელის შესახებ ემყარება ამ გადაწყვეტილებას. ჩვენ აღმოვაჩინეთ, რომ აღშფოთებული ხალხის მხრიდან მომა-ვალი განსჯა, შეზღუდული რიცხვითი მასშტაბით, თითქმის ზუსტად პროგნოზირებდა მათ სადამსჯელო ზრახვებს იმავე მასშტაბით. ეს ნიშნავს, რომ ხალხი *ინტუიციური რეტრი-*

<sup>4</sup> ამის კლასიკური მსჯელობაა Granovetter, M. (1978), 'Threshold Models of Collective Behavior', American Journal of Sociology, 83(6): 1420-1443; იდეა კი პროდუქტიულად გაშლილი აქვს ტიმურ კურანს, *supra* სტოლიო 3.

<sup>5</sup> სამუშაოების დიდი ნაწილი დანიელ კაჰნემანსა და დევიდ შკადესთან ერთად შესრულდა. ინფორმაციის კრებულისთვის იხ. Sunstein, C. R. et al. (2007), Punitive Damages: How Juries Decide, Chicago: University of Chicago Press.

ბუტივისტია [სჯერა, რომ სასჯელი დანაშაულს უნდა შეესაბამებოდეს - მთარგმნელის შენიშვნა]. თუ მოთხოვნა არაა, ისინი არ ფიქრობენ ოპტიმალურ შეკავებაზე (და მოთხოვნის შემთხვევაშიც კი, წინააღმდეგობას უწევენ ამ იდეას).

ერთ-ერთმა ჩვენმა კვლევამ შეამოწმა განხილვის შედეგები როგორც სადამსჯელო ბრახვებზე, ასევე მონეტარულ გადაწყვეტილებებზე.<sup>6</sup> კვლევაში მონაწილეობა მიიღო, დაახლოებით, 3000-მა ნაფიც მსაჯულობაზე უფლებამოსილმა მოქალაქემ. მთავარი მიზანი იყო იმის გარკვევა, თუ როგორ გავლენას მოახდენდა ადამიანებზე სხვისი სადამსჯელო განზრახვების დანახვა და განხილვა. ჩვენი მთავარი მიზანი იყო იმის გარკვევა, თუ როგორ კვებავს სოციალური ურთიერთობა აღშფოთებას.

თავდაპირველად, ხალხს სთხოვეს, ინდივიდუალურად დაეფიქსირებინათ საკუთარი განაჩენი შეზღუდული მასშტაბით, შემდეგ კი ექვს წევრიან ჯგუფებში შესულიყვნენ ერთ-სულოვანი „სასჯელის ვერდიქტის“ მისაღებად. ამრიგად, სუბიექტებს მოსთხოვეს, განხილვამდე დაეფიქსირებინათ, „სასჯელის ვერდიქტი“ 0-8 შკალაზე, სადაც 0 მიუთითებს, რომ ბრალდებული საერთოდ არ უნდა დაისაჯოს, ხოლო 8 მიუთითებს, რომ მოპასუხე უკიდურესად მკაცრად უნდა დაისაჯოს (შეგახსენებთ, რომ აღშფოთების გადაწყვეტილებები ასეთ მასშტაბებზე სასჯელის განაჩენში მეორდება, ამიტომ ჩვენ, პრინციპში, აღშფოთებას ვზომავდით). ინდივიდუალური განაჩენების დაფიქსირების შემდეგ, ნაფიც მსაჯულებს სთხოვეს, ჩამოეყალიბებინათ ერთსულოვანი „სასჯელის ვერდიქტი“.

გონივრული იქნებოდა იმის წინასწარმეტყველება, რომ ნაფიც მსაჯულთა განაჩენები იქნებოდა ნაფიც მსაჯულთა სასჯელის საშუალო მედიანური მაჩვენებელი, მაგრამ ეს პროგნოზი ძალიან მცდარი იქნებოდა. დასკვნა, რომლის ხაზგასმაც მინდა აქ, არის ის, რომ მსაჯულთა მსჯელობამ შეამცირა სასჯელის შეფასებები ინდივიდუალურ ნაფიც მსაჯულთა მსჯელობამდე გაკეთებულ მედიანურ საშუალო განაჩენთან შედარებით - ხოლო განხილვის შედეგად გაიზარდა უფრო მაღალი სასჯელის შეფასებები, ვიდრე იგივე მედიანური საშუალო. როდესაც ინდივიდუალური ნაფიცი მსაჯულები მსუბუქ სასჯელს ემხრობოდნენ, ჯგუფმა აჩვენა „თანაგრძნობითი გადახრა“, რაც ნიშნავს, რომ შეფასება სისტემატურად უფრო დაბალი იყო, ვიდრე ცალკეული წევრების საშუალო მედიანური წინასწარი განხილვის მაჩვენებელი. ეს ნიშნავს, რომ, როდესაც ადამიანებმა დაიწყეს აღშფოთების დაბალი დონით, განხილვამ კიდევ უფრო დაბალი შედეგი აჩვენა. როდესაც ინდივიდუალურად ნაფიცი მსაჯულები მკაცრი სასჯელისკენ იხრებოდნენ, ჯგუფი მთლიანობაში „სიმკაცრით გადახრას“ აჩვენებდა, რაც ნიშნავს, რომ შეფასება სისტემატურად აღემატებოდა ცალკეულ წევრთა საშუალო მედიანურ განხილვამდელ მაჩვენებელს. ჯგუფის პირობებში აღშფოთება იზრდება.

## აღშფოთება და ჯგუფების პოლარიზაცია

რა განაპირობებს შემწყნარებლობისკენ გადახრას და სიმკაცრისკენ გადახრას? ყველაზე მარტივი პასუხი ჯგუფების პოლარიზაციაშია.<sup>7</sup> ეს არის დომინანტური პროცესი, რომ-

<sup>6</sup> Schkade, D. et al. (2000), 'Deliberating About Dollars: The Severity Shift', Columbia Law Review, 100(4): 1139-1175.

<sup>7</sup> იხ. Sunstein, C. R. (2009), Going to Extremes, Oxford: Oxford University Press.



ლის დროსაც ჯგუფის წევრები კიდევ უფრო ექსტრემალურ პოზიციაზე აღმოჩნდებიან ჯგუფის წევრთა მსჯელობამდე არსებული ტენდენციების შესაბამისად. ახლა უკვე კარგად არის ცნობილი, რომ, თუ ჯგუფს აქვს განსაზღვრული მედიანური პოზიცია, წევრები გადაიხრებიან უფრო ექსტრემალური ვერსიისკენ, ვიდრე რასაც უკვე ფიქრობენ. განვიხილოთ ძირითადი ფენომენის რამდენიმე მაგალითი, რომელიც ათეულზე მეტ ქვეყანაში გვხვდება:<sup>8</sup> (ა) საშუალოდ პროფემინისტური ქალების ჯგუფი უფრო ძლიერად პროფემინისტური ხდება დისკუსიის შემდეგ;<sup>9</sup> (ბ) მსჯელობის შემდეგ საფრანგეთის მოქალაქეები უფრო კრიტიკულები არიან შეერთებული შტატებისა და მისი ეკონომიკური დახმარების განზრახვების მიმართ;<sup>10</sup> (გ) დისკუსიის შემდეგ, რასობრივი ნიშნით სტერეოტიპის გამჟღავნებისკენ მიდრეკილმა თეთრკანიანებმა უფრო უარყოფითი პასუხები გასცეს კითხვას, არის თუ არა თეთრი რასიზმი პასუხისმგებელი იმ გარემოებებზე, რომელსაც აფრო-ამერიკელები ამერიკის ქალაქებში შეეჯახნენ;<sup>11</sup> და (დ) დისკუსიის შემდეგ თეთრკანიანები, რომლებიც არ ამჟღავნებდნენ სტერეოტიპულ დამოკიდებულებას რასასთან დაკავშირებით, უფრო პოზიტიურ პასუხებს სცემდნენ იმავე კითხვას.<sup>12</sup>

რატომ იწვევს დისკუსია მცირე სასჯელის შეფასების კიდევ უფრო შემცირებას და მკაცრი სასჯელის შეფასების გაზრდას? ამაზე სამი პასუხია. პირველი ეხება ჯგუფში ინფორმაციის გაცვლას. ჯგუფში, რომელიც უპირატესობას ანიჭებს სასჯელის მაღალ მაჩვენებელს, წევრები წარმოადგენენ არგუმენტებს სწორედ ამ მიმართულებით და შედარებით ნაკლები წევრი საუბრობს საპირისპიროს. წმინდა აღწერილობითი მეთოდით რომ ვისაუბროთ, ჯგუფის „არგუმენტების წრე“ გადახრილი იქნება სიმკაცრისკენ. ჯგუფის წევრები, როდესაც ისინი მრავალ არგუმენტს ისმენენ, ბუნებრივად, ამ არგუმენტების მიმართულებით წავლენ. ჯგუფის წევრების საწყისი განწყობა განსაზღვრავს სხვადასხვა მიმართულების არგუმენტების პროპორციას. ინდივიდებიც საკმაოდ რაციონალურად რეაგირებენ მოსმენილზე, შესაბამისად, ისინი იმ მიმართულებას მიანიჭებენ უპირატესობას, რომელიც დომინანტური ტენდენციით არის წარმოდგენილი. სწორედ ასე წარმოშობს აღშფოთება მეტ აღშფოთებას.

მეორე განმარტება სოციალურ გავლენებს მოიცავს. ადამიანთა უმრავლესობას სურს, ჰქონდეს განსაზღვრული სახე და ასეთად იყოს მიჩნეული. თუ თქვენ აღმოჩნდებით ჯგუფში, რომელიც აღშფოთებულია და ვილაცის მკაცრად დასჯა სურს, თქვენთვის შეიძლება არაკომფორტული იყოს სასჯელის შედარებით შემსუბუქების მოწოდება. თქვენი რეპუტაციის და, შესაძლოა, ასევე საკუთარი თავის კონცეფციის შესანარჩუნებლად, შეიძლება გადაიხაროთ, თუ საერთოდ გადაიხრებით ყველაზე დიდი მხარდაჭერის მქონე

<sup>8</sup> იხ. Brown, R. (1985), *Social Psychology*, 2nd ed. New York: Free Press, გვ. 222.

ეს ქვეყნები მოიცავს აშშ-ს, კანადას, ახალ ზელანდიას, ინდოეთს, ბანგლადეშს, გერმანიას და საფრანგეთს (იხ. მაგ., Zuber, J. et al. (1992), 'Choice Shift and Group Polarization', *Journal of Personality and Social Psychology*, 62(1): 50–61 [Germany]; Abrams, D. et al. (1990), 'Knowing What To Think By Knowing Who You Are', *British Journal of Social Psychology*, 29(2): 97–119, გვ. 112 [New Zealand]). რასაკვირველია, შესაძლებელია, რომ ზოგიერთმა კულტურამ პოლარიზაციის უფრო დიდი ან მცირე ტენდენცია აჩვენოს, ეს ემპირიული კვლევისთვის განსაკუთრებით საინტერესო სფერო იქნებოდა.

<sup>9</sup> იხ. Myers, D. G. (1975), 'Discussion-Induced Attitude Polarization', *Human Relations*, 28(8): 699–714.

<sup>10</sup> Brown, R. (1985), *supra* სქოლიო 8, გვ. 224.

<sup>11</sup> Myers, D. G. and G. D. Bishop (1976), 'The Enhancement of Dominant Attitudes in Group Discussion', *Journal of Personality and Social Psychology*, 20(3): 386–391.

<sup>12</sup> *ibid.*

მიმართულებისკენ. უფრო ზუსტად რომ ვთქვათ, ზოგიერთი, მტკიცე ხასიათის მქონე, საერთოდ არ გადაიხრება, ხოლო ისინი, ვინც თვითიდენტიფიცირებული მოწინააღმდეგეები არიან, განზრახ საპირისპირო მიმართულებით გადაიხრებიან და უარყოფენ დომინანტურ ხედვას მხოლოდ იმის გამო, რომ ის დომინანტურია. თუმცა ჩვენი დაკვირვებით და ზოგადი დაკვირვებითაც, თუ ადამიანები რომელიმე მიმართულებით მიდიან, ეს მიმართულება ჯგუფისთვის უპირატესია - შედეგად კი, ჯგუფი უფრო ექსტრემალური ხდება, ვიდრე მისი წევრები მსჯელობამდე იყვნენ. აღშფოთებასთან მიმართებით, გაკვეთილი ცხადია. ინდივიდები, საკუთარი შერჩეული იმიჯის შესანარჩუნებლად, აღშფოთებულ ჯგუფში რომ აღმოჩნდებიან, თავადაც აღშფოთდებიან ხოლმე.

მესამე განმარტება იწყება იმის აღნიშვნით, რომ ექსტრემისტული მოსაზრებების მქონე ადამიანები უფრო თავდაჯერებულები არიან საკუთარ სიმართლეში და რაც უფრო მატულობს ადამიანების თავდაჯერება, მით უფრო ექსტრემისტულია მათი შეხედულებები. მარტივი ინტუიციაა; ვისაც აკლია თავდაჯერება და ვინც არაა დარწმუნებული საკუთარ ხედვებში, თავის მოსაზრებას ამსუბუქებს. სწორედ ამ მიზეზითაა, რომ ფრთხილი ადამიანები, რომლებმაც არ იციან, რა ქნან, ორ უკიდურესობას შორის შუა წერტილს ირჩევენ ხოლმე. თუმცა, თუ ადამიანები იზიარებენ ვიღაცის ხედვას, ეს ვიღაც კიდევ უფრო თავდაჯერებული გახდება, ირწმუნებს, რომ მართალია და, შესაბამისად, უფრო და უფრო უკიდურესი მიმართულებისკენ გადაიხრება.

ადვილად შეგვიძლია დავინახოთ, რომ მესამე განმარტება აღშფოთებას განსაკუთრებით შეიძლება მიესადაგებოდეს. ვიღაცამ ჩაიდინა რაღაც, რაც თითქოს არასწორია. ეს შეიძლება იყოს მეუღლე, რომელმაც უხეშად ან მკაცრად ისაუბრა. ეს შეიძლება იყოს დამსაქმებელი, რომელიც გასცდა მისაღებ საზღვრებს ამა თუ იმ ფორმით. ეს შეიძლება იყოს კორპორაცია. შეიძლება იყოს საჯარო მოხელე. თუ ადამიანებს ჰკითხავენ წმინდად ინდივიდუალურ ამბლუაში მათი რეაქციების შესახებ, მათ შეიძლება იფიქრონ: „არაა კარგი“. თუმცა თუ ისინი ერთმანეთს ესაუბრებიან, შესაძლოა, მათ ერთმანეთის თავდაპირველი ინსტიქტები დაადასტურონ, რაც იწვევს გაზრდილ თავდაჯერებას და, საბოლოოდ, მოსაზრებას: „საშინელებაა, აუტანელია“. თანმდევი არგუმენტი მოიცავს თვალშისაცემ შტრიხსაც. ცუდი საქციელის შესახებ მსჯელობა გაზრდის ადამიანების ყურადღებას ამ ქცევისადმი და მიგვიყვანს უფრო მწვავე რეაქციებამდე. რაც ერთ დროს ფონად განვითარებული ფაქტი იყო ან უბრალო ცხოვრებისეული მოვლენა, შეიძლება გახდეს მსოფლიოში ერთ-ერთი ყველაზე მნიშვნელოვანი რამ.

## ნორმალიზაცია და კატეგორიები

აღშფოთების დონეები კატეგორიების მიხედვით სპეციფიკურია. თუ ვინმე ძალიან უხეშად იქცევა Twitter-ზე, სადილობისას, საავტომობილო გზაზე, უსაფრთხოების შემოწმების რიგში, შეხვედრაზე ან აკადემიური ნაშრომის კომენტარებში, ადამიანებმა შეიძლება წითელი ლაქები დაინახონ, თითქოს რაღაც მართლაც საშინელება გაკეთდა. მეორე მხრივ, ზოგიერთი მართლაც დანაშაული (მაგალითად, მაღაზიაში ქურდობა ან გადასახადებისთვის თავის არიდება) მხოლოდ მოკრძალებული ხარისხის აღშფოთებას იწვევს. შედარებისთვის, ადამიანები თანხმდებიან, რომ უზრდელობა სისხლის სამართლის (ან,

სულ მცირე, სისხლის სამართლის დანაშაულის უდიდეს ნაწილზე) დანაშაულზე ნაკლებ აღმაშფოთებელია. აღშფოთების და სასჯელის შესახებ გადაწყვეტილებების კონტექსტში, ჩვენი ყველაზე შოკისმომგვრელი მიგნება იყო, რომ ადამიანების განსჯა სათითაოდ აღებულ საქმეებზე საკმაოდ განსხვავებულია მათი განსჯისაგან იმავე საქმეებზე, როდესაც ისინი სხვა კატეგორიიდან აღებული პრობლემის კონტექსტშია მოყვანილი.<sup>13</sup>

მაგალითად: ადამიანებს სთხოვეს, შეეფასებინათ ფიზიკური ზიანის [ჯანმრთელობის, ფსიქოლოგიური ან ემოციური ზიანი - მთარგმნელის შენიშვნა] საქმე შემოფარგლული სასჯელის შკალაზე და ასევე ფულად შკალაზე. ადამიანებს ასევე სთხოვეს შეეფასებინათ ფინანსური ზიანის საქმე, ასევე შემოფარგლულ სასჯელის და ფულად შკალაზე. როდესაც ორი საქმე ცალ-ცალკე განიხილებოდა, ფინანსური ზიანის საქმეს უფრო მკაცრი შეფასება და მაღალი ფულადი კომპენსაცია მიენიჭა. თუმცა, როდესაც ეს ორი საქმე ერთად ფასდება, მნიშვნელოვნად იცვლება მათი მოსაზრებები და ადამიანები უზრუნველყოფენ, რომ ფულადი კომპენსაცია აღარ იყოს ბევრად მაღალი და იყოს იმავე ნაკლები, ვიდრე ფიზიკური ზიანის საქმეზე. მოკლედ, ადამიანების გადაწყვეტილებები ორ საქმეზე ძალიან განსხვავებულია იმის მიხედვით, საქმე ცალკე აღებული შეფასდება თუ სხვა კატეგორიის საქმის კონტექსტში.

ყურადღება მიაქციეთ, რომ ფულადი კომპენსაცია იცვლება და აღშფოთება (დასჯის განზრახვის საფუძველი) ასევე იცვლება. აშკარაა, რომ აღშფოთების დონე განსხვავებული იქნება იმის მიხედვით, საქმე იზოლირებულად შეფასდება თუ სხვა კატეგორიის საქმეების კონტექსტში.

მოსაზრების ანალოგიური ცვლილება ხდება ისეთ ორ პრობლემატურ საკითხზე მსჯელობისას, რომელიც სამთვრობო რეგულაციებსა და ხარჯებს მოითხოვს - ასაკოვანთა კანის კიბო და მარჯნის რიფის დაცვა. თუ ამ ორ საქმესაც განცალკევებულად შევხედავთ, ადამიანები მეტს გადაიხდიან მარჯნის რიფის დასაცავად და მეტ კმაყოფილებას გრძნობენ ამით. მაგრამ ერთად თუ ავიღებთ, ადამიანები საკმაოდ წუხდებიან მსგავსი შედარებით და, როგორც წესი, უფრო მეტს გადახდა უნდათ ასაკოვანი ადამიანების კიბოსაგან დასაცავად. აქაც დისკუსიაში მოსაზრებების საგრძნობი გადახრაა.

არის თუ არა ეს პრობლემა? და რა იწვევს ცვლილებას? თავდაპირველი საკითხი გავითვალისწინოთ. როდესაც ადამიანები სიტუაციას იზოლირებულად განიხილავენ, ისინი ბუნებრივად ახდენენ მის „ნორმალიზებას“ იმ შესადარებელ სიტუაციებთან მიმართებით, რომლებიც იმ წამს ახსენდებათ. თუ გკითხავენ, „გერმანული დოგი დიდია თუ პატარა?“, სავარაუდოდ უპასუხებთ, რომ დიდია; თუ გკითხავენ „ტოიოტა Tercel დიდია თუ პატარა?“, სავარაუდოდ უპასუხებთ, რომ პატარაა. თუმცა ადამიანებმა კარგად იციან, რომ გერმანული დოგი ტოიოტა Tercel-ზე პატარაა. ადამიანები ზემოხსენებულ პასუხებს იმიტომ იძლევიან, რომ გერმანულ დოგს ადარებენ ძაღლებს, ტოიოტა Tercel-ს კი - მანქანებს. ლოგიკურია ასეთი ქცევა; ასეთ სიტუაციებში ყველასთვის გასაგებია, რას გულისხმობენ სხვები. ჩვენ ადვილად ვახდენთ ზომის შესახებ მსჯელობის ნორმალიზებას და ეს ნორმალიზება ყველასთვის გასაგებია.

<sup>13</sup> იხ. Sunstein, C. R. et al. (2002), 'Predictably Incoherent Judgments', Stanford Law Review, 54(6): 1153-1215.

აღშფოთების კონტექსტშიც რაღაც მსგავსი ხდება, თუმცა ეს ნაკლებ ბანალურია. ზოგადად, აღშფოთების ხარისხი ნორმალიზაციის მსგავს პროცესს გაივლის. თუ აკადემიური კოლეგა განწყენილებთ და, მაგალითად, თქვენი უკანასკნელი ნაშრომის შესახებ თუ იტყვის, რომ ის „საშინელია“ და „არ უნდა გამოქვეყნებულიყო“, თქვენ შეიძლება უზომოდ აღშფოთდეთ მხოლოდ იმიტომ, რომ თქვენ ამ კომენტარებს ადარებთ ჩვეულებრივ კოლეგიალურ ქცევას და, ბუნებრივია, არ შეადარებთ სხვა სახის ქცევას, როგორიცაა გაუპატიურება ან ძალადობა. ალბათ საჭირო იქნება თვითშემეცნებითი კოგნიტიური შეფასება, რათა ასეთი საწყენი კომენტარები, ზოგადად, არ მივიჩნიოთ დიდი ხარისხის აღშფოთების ღირსად.

როდესაც ფასდება ფინანსური ზიანის საქმე, ადამიანები აშკარად „ნორმალიზებას“ უკეთებდნენ მოპასუხის საქციელს და ადარებდნენ მას *იმავე კატეგორიის* საქმეებს. ისინი ადვილად და ბუნებრივად არ ადარებენ მოპასუხის საქციელს სხვა კატეგორიის ქცევებთან. ბუნებრივი შესადარებელი ჯგუფის გამო, ადამიანები არასწორი ქცევით საკმაოდ აღშფოთდებიან, რადგან ეს გაცილებით უარესია, ვიდრე რაც ბუნებრივად ახსენდება გონებას. იგივე ხდება, როდესაც ასაკოვანთა კანის კიბოს საკითხი განიხილება. ადამიანები პრობლემას მსგავს პრობლემებს ადარებენ და ასკვნიან, რომ ეს არც ისეთი სერიოზულია, როგორც ჯანმრთელობასთან დაკავშირებული ან კიბოსთან დაკავშირებული კატეგორიის სხვა პრობლემები. ასევეა ფიზიკური ზიანის საქმეებში (რომელიც ნორმალიზდება სხვა ფიზიკური ზიანის საქმეებთან) და მარჯნის რიფის დაზიანების პრობლემებთან მიმართებითაც (რომლებიც ნორმალიზდება ეკოლოგიური ზიანის სხვა საქმეებთან).

მთავარი ისაა, რომ, როდესაც საქმე სხვა კატეგორიიდან შემოდის, შედარების ეს ბუნებრივი პროცესი ირღვევა. კანის კიბოს სხვა ტიპის კიბოსთან ან ადამიანის ჯანმრთელობის სხვა რისკებთან შედარების ნაცვლად, ადამიანები შედარებას აკეთებენ ეკოლოგიურ პრობლემებთან, რომლებიც (ადამიანთა უმრავლესობის აზრით), ნაკლებად იმსახურებს საჯარო რესურსების გამოყოფას. ფინანსური ზიანის საქმის სხვა კომერციულ გადაცდომასთან შედარების ნაცვლად, ადამიანები ახლა მას ფიზიკურ ზიანს ადარებენ, რომელიც (ადამიანთა უმრავლესობის აზრით), ბევრად სერიოზულ დანაშაულს წარმოადგენს. უფრო ფართო ხედვის შედეგად, აღშფოთების დონე და შესაბამისი სასჯელის შესახებ მოსაზრება იცვლება, ზოგჯერ დრამატულადაც კი.

ხშირ შემთხვევაში, ადამიანები ვერ ახერხებენ ფართო დიაპაზონით ხედვას აღშფოთების შესაბამის ხარისხზე ფიქრისას და ეს არაა დამაზიანებელი. თუმცა ეს ჩავარნა ფიქრის დაზოგვის საშუალებაა. მაგრამ სამართლისა და პოლიტიკისთვის, ნორმალიზაციის პროცესი და ვიწრო ხედვის გამოყენება, სერიოზულ პრობლემებს იწვევს. სირთულე ისაა, რომ, როდესაც ადამიანები საქმეებს იზოლირებულად აფასებენ, მათი ხედვა ვიწროა, რეალურად კი შემოფარგლულია იმ კატეგორიით, რომელსაც საქმე მიეკუთვნება. შედეგად კი, ადამიანები ქმნიან გამოსავლის მოდელს, რომლებიც კონტექსტისთვის უაზროა. სხვა სიტყვებით რომ ვთქვათ, ზოგადად, მიღებული გამოსავლები ისეთია, რომლებსაც ადამიანები არ აირჩევდნენ, თუ ერთ მთლიანობაში დაინახავდნენ (აღშფოთებასთან მიმართებით, მკითხველებს შეუძლიათ მათთვის უპირატეს მაგალითებზეც იფიქრონ).

## პარალელური სამყაროები და მრავალი ეკვილიბრიუმი

მნიშვნელოვანია ხაზი გაესვას, რომ საწყისი საკითხების მცირედი ვარიაციებით და, ცენტრალურ არგუმენტებად ინერციის, წინააღმდეგობის ან მონაწილეობის გამოყენებით, განაცხადები ან ქმედებები შესაძლოა, მნიშვნელოვნად შეიცვალოს ან არ შეიცვალოს. აღშფოთება შეიძლება შესუსტდეს ან გაძლიერდეს.

წარმოვიდგინოთ, რომ საზოგადოებას დიდი ხანია აქვს ნორმა, რომელიც აძლიერებს სექსუალური ორიენტაციის მიხედვით დისკრიმინაციას; ამ საზოგადოების ბევრ წევრში კი ეს ნორმა ზიზღს იწვევს; ბევრ სხვა წევრს არ მოსწონს იგი; ბევრ სხვა წევრს არ აწუხებს იგი; ბევრი სხვა წევრი მსუბუქად ემხრობა მას; ბევრ სხვა წევრს კი მტკიცედ სწამს მისი. თუ ნორმის მწარმოებლები მოაწყობენ საჯარო გამოსვლას ამ ნორმის გასაპროტესტებლად და ეს გამოსვლა ხმას მიაწვდენს იმ ადამიანებს, ვინც მცირედით მაინც ნორმის წინააღმდეგია, ეს პროტესტი მაშინვე გაიზრდება. თუ მზარდი პროტესტი მისწვდება მათ, რომელთაც წინააღმდეგობის დიდი ხარისხი აქვთ, ნორმა შეიძლება სწრაფად ჩამოინგრეს. მსოფლიოს ბევრ წერტილში, ბოლო ათწლეულებში, სწორედ ეს ხდება. თუმცა, თუ ადრეული საჯარო პროტესტი ოდნავ შესამჩნევია ან თუ ის მხოლოდ იმას სწვდება, ვისაც ნორმის წინააღმდეგობის დიდი ხარისხი აქვს, წინააღმდეგობა ჩაცხრება და ნორმა შეიძლება არც კი შექანდეს. მსოფლიოს ბევრ წერტილში ასეც მომხდარა.

ეს ორი უკიდურესი მაგალითია. ჩვენ ადვილად წარმოვიდგენთ შუალედურ სიტუაციებსაც, როდესაც ნორმა ნელ, ეტაპობრივ სიკვდილს განიცდის ან როდესაც ნორმა ნგრევას იწყებს, მაგრამ გადარჩენას ახერხებს. ესაა მიზეზი იმისა, რომ სხვა მხრივ, მსგავსი საზოგადოებები სხვადასხვა ეკვილიბრიუმით არსებობენ, რაც აქ მოიაზრება, როგორც აშკარად ან სინამდვილეში სტაბილური სიტუაციები, რომელთაც რადიკალურად განსხვავებული ნორმები მართავენ. ფაქტის შემდეგ არის ცდუნება, ვიფიქროთ, რომ სწორედ ამ განსხვავებული ნორმების გამო, საზოგადოებები სულაც არ არიან სხვა მხრივ მსგავსნი და შეიძლება ჯიუტად ვამტკიცოთ, რომ მათ შორის ფუნდამენტური კულტურული განსხვავებაა. თუმცა ეს ფიქრი შესაძლოა, ილუზიის შედეგიც კი იყოს, რაც გამოიხატება ჩვენი აღქმის ნაკლოვანებაში - ვერ დავინახოთ მცირე სოციალური გავლენა, შოკი ან შემთხვევითობა, რომელმაც გამოიწვია ნორმის შენარჩუნება ერთ საზოგადოებაში, მეორეში კი მისი განადგურება.

სოციალური გავლენების შესახებ ყველაზე საინტერესო ნაშრომებიდან ზოგიერთი ეხება ინფორმაციული და რეპუტაციული „კასკადების“ არსებობას. ამ ნაშრომებს აშკარა მნიშვნელობა აქვთ აღშფოთების ზრდასთან მიმართებით.<sup>14</sup> საწყისი წერტილი შემდეგია - როდესაც ინდივიდებს არ აქვთ საკმარისი საკუთარი ინფორმაცია (და ზოგჯერ მაშინაც კი, როდესაც აქვთ), ისინი ყურადღებით ეკიდებიან სხვების განცხადებებით ან ქმედებებით მოწოდებულ ინფორმაციას. თუ A-მ არ იცის, საკვების გენეტიკური მოდიფიკაცია სერიოზული პრობლემა არის თუ არა, ის შეიძლება შეშფოთებისკენ გადაიხაროს, თუ B ფიქრობს, რომ შეშფოთება საფუძვლიანია. თუ A და B ფიქრობენ, რომ შეშფოთება

<sup>14</sup> იხ. Bikhshandani, S., D. Hirshleifer, and I. Welch (1992), 'A Theory of Fads, Fashion, Custom, and Cultural Change as Informational Cascades', *Journal of Political Economy*, 100(5): 992-1096.

საფუძვლიანია და C ფიქრობს, რომ საკვების გენეტიკური მოდიფიკაცია სერიოზული პრობლემაა, D-ს საკმაოდ დიდი თავდაჯერება დასჭირდება მათი საზიარო დასკვნის უარსაყოფად. ამ პროცესის შედეგი იქნება კასკადური ეფექტების წარმოშობა, როდესაც ადამიანების დიდი ჯგუფი იჯერებს რაღაცას მხოლოდ იმიტომ, რომ სხვა ადამიანებს თითქოს ამის სჯერათ. ცხადი უნდა იყოს, რომ კასკადური ეფექტების გაჩენა ან არგაჩენა შესამჩნევად მცირე ფაქტორებზეა დამოკიდებული, როგორიცაა სხვადასხვა საკითხთან დაკავშირებით არსებული რწმენების საწყისი განაწილება, ადამიანების მიერ მოსაზრებების გაჟღერების თანმიმდევრობა და ადამიანების მიერ საკუთარი შეხედულებების მიტოვების ზღვარი სხვების მიერ გაჟღერებული ხედვების პატივსაცემად.

მართალია, კასკადის ფენომენი აქამდეც განხილულა, დიდწილად ფაქტობრივ განსჯებთან მიმართებით, იგივე პროცესები მოქმედებს ნორმების შემთხვევაშიც. ჩვენ ადვილად წარმოვიდგენთ აღშფოთების კასკადს (ინფორმაციის ან სხვა რამის მიერ გამოწვეულს), რომელსაც ადვილად შეუძლია სოციალური ცვლილების ან სამართლებრივი რეფორმის გამოწვევა.<sup>15</sup> ზოგიერთი ასეთი კასკადი შეიძლება ინფორმაციის პირმო იყოს, ზოგიერთი კი ღირებულებების ირგვლივ ვითარდება. წარმოვიდგინოთ, მაგალითად, რომ A-ს სჯერა, რომ ტრანსგენდერი ადამიანების დისკრიმინაცია არასწორია, B-ს კი, ზოგადად, ცალსახა პოზიცია არ აქვს, თუმცა A-ს რწმენას რომ მოისმენს, მისკენ გადაიხრება, C-ს არ შეუძლია წინააღმდეგობა არ გაუწიოს საკუთარ მსუბუქ პოზიტიურ დამოკიდებულებას ტრანსგენდერი ადამიანების წინააღმდეგ დისკრიმინაციის მიმართ, როდესაც A-ს და B-ს პოზიცია მისას არ ეთანხმება; D ძალიან თავდაჯერებული უნდა იყოს, რათა უარყოს ამ სამის (აშკარა) მკაფიოდ ჩამოყალიბებული მორალური შეხედულებები. ასეთ კონტექსტში ბევრი ადამიანი, რომელსაც საკუთარი მკაფიო ხედვა არ აქვს, ირწმუნებს იმას, რისიც სხვა (რელევანტურ) ადამიანებს სჯერათ.

ეს მაგალითი საკმაოდ სტილისტურია, თუმცა სოციალური დამოკიდებულებების ცვლილება თამბაქოს მოწევის, ნარჩენების დახარისხების და სექსუალური შევიწროების მიმართ ამ ეფექტებთანაა დიდწილად დაკავშირებული. აქაც, მცირე ცვლილებები საწყის პირობებში, რეპუტაციული წნეხის ქვეშ პირადი შეხედულებების დათმობის საზღვრები და ვინ, რას და როდის მოისმენს, შედეგებზე მნიშვნელოვნად იმოქმედებს. და კიდევ ერთხელ: ფაქტის დადგომის შემდეგ, ყველაფერი შესაძლოა გარდაუვლად და ისტორიული ძალების პირმო მოგვეჩვენოს, თუნდაც შემთხვევითობას არსებითი როლი ჰქონდეს.

<sup>15</sup> დამაინტრიგებელი ხარვეზია, რომ, როდესაც კასკადი დაიძვრება, ადამიანებმა შეიძლება საკმარისად ვერ შეაფასონ, რა დოზით რეაგირებენ მასში ჩართულები სხვების ნიშნებზე და არა საკუთარ პირად ნიშნებზე. სწორედ ამ მიზეზით, მათ შეიძლება კასკადი დაინახონ ბევრად უფრო მეტი ინფორმაციის შემცველად, ვიდრე ის რეალურად არის (იხ. Eyster, E. and M. Rabin (2010), 'Naïve Herding in Rich-Information Settings', American Economic Journal: Microeconomics, 2(4): 221-243. Eyster, E., M. Rabin and G. Weizsacker (2015), An Experiment on Social Mislearning. ხელმისაწვდომია აქ: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2704746](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2704746) [უკანასკნელად გადამოწმდა: 10 ნოემბერი 2020]). ნორმის მწარმოებლებს ამ შეცდომის წახალისების ძლიერი ინტერესი აქვთ.

## „გემოდან ყურება“

დისკრიმინაციის შემთხვევაში, რასაკვირველია, ძალზე მარტივია ვთქვათ, რომ მისი ობიექტები საკუთარ აღშფოთებას უპირისპირდებიან და ზღუდავენ მას. როდესაც დისკრიმინაცია ფართომასშტაბიანია და როდესაც არსებული ნორმები ხელს უწყობენ მას, მისი ობიექტები ამას უმნიშვნელო მოვლენად აღიქვამენ. ამაში დიდი კომპლექსურობა იმალება, ზოგჯერ ადამიანები გრძნობენ ტკივილს ან სიმძიმეს, მაგრამ მათი ტკივილი ან ჭრილობა ვერ გარდაიქმნება საჩივრად ან თუნდაც უსამართლობის განცდადაც კი. ზოგიერთი შეხედულება ადაპტირებადია; ის არსებული უსამართლობის პირმშოა. თუ სექსუალური შევიწროების მსხვერპლს მტკიცედ სჯერა, რომ „ეს დიდი არაფერია“, ეს შესაძლოა, გამოწველი იყოს იმით, რომ „დიდად არაფრად“ მიჩნევა ყველაზე კომფორტული ან მარტივია. აქ არსებობს სპექტრი რეალურ ტკივილსა (მაგრამ, მაინც არაფერია) და იმ განცდას შორის, რომ ასეთია ცხოვრება (და რეალურად არაა მტკივნეული).

გავითვალისწინოთ გორდონ ვუდის რევოლუციამდელი ამერიკული კოლონიების შეფასება, როდესაც „ჩვეულებრივი ადამიანები“ იძულებულნი იყვნენ, „ელიარებიანთ და განეცადათ ჯენტლმენებისადმი სუბორდინაცია“, რათა მათ, რომელთაც „დაბალი რანგი ჰქონდათ [...] განვითარებოდათ ე.წ. 'გემოდან ყურების' განცდა“, „სცოდნოდან საკუთარი ადგილი და ნებით ევლოთ ფეხით მაშინ, როდესაც ტიტულოვნები ცხენით დადიოდნენ. და ისინი მაინც იშვიათად გამოხატავდნენ რაიმე მწველ სურვილს, გაეცვალათ ადგილი მათზე უკეთესებისთვის“.<sup>16</sup> ვუდის ხედვით, შეუძლებელია, „გავიაზროთ ის განსხვავება, რაც თანამედროვებამდელ მსოფლიოში იყო, სანამ სათანადოდ დავაფასებთ, თუ რამდენად ბევრი ჩვეულებრივი ადამიანისთვის იყო მათი მდებარეობა მისაღები [ხაზგასმა ავტორისაა]“.<sup>17</sup> (მართალია ვუდი? მართლა მისაღები იყო მათთვის მდებარეობა? რთულია ვიცოდეთ - თუმცა, მოდი, ეს საკითხი ფრჩხილებში დავტოვოთ).

ვუდი აცხადებს, რომ, როდესაც რესპუბლიკური ხედვა გაძლიერდა, სოციალური ნორმები შეიცვალა და ადამიანებმა შეწყვიტეს მათი მდებარეობის მდგომარეობის მიღება. მისი ხედვა აღშფოთების კასკადის მაგალითია, თუმცა არა მანამდე არსებული პრეფერენციების რევოლუციის შედეგად. ჯონ ადამსი აღფრთოვანებით წერდა, რომ, „მონარქების გაკერპება და არისტოკრატიული სიამაყის მორჩილება სრულად არასოდეს აღმოფხვრილა ბევრი ადამიანის გონებიდან ასეთ მცირე დროში“.<sup>18</sup> დევიდ რამსი, ამერიკის ერთ-ერთი პირველი ისტორიკოსი (რომელიც თვითონ ინგლისელებმა ტყვედ აიყვანეს ამერიკის რევოლუციის დროს), გაკვირვებული იყო, რომ ამერიკელები გარდაიქმნენ „ყმობიდან მოქალაქეებად“ და ეს იყო „უზარმაზარი“ ცვლილება, რადგან მოქალაქეები „ფლობენ სუვერენიტეტს. ყმები დამოკიდებული არიან მათ ბატონზე, მაგრამ მოქალაქეები იმდენად არიან თანასწორნი, რომ არც ერთ მათგანს არ აქვს მემკვიდრეობითი უპირატესი უფლებები სხვებთან მიმართებით“.<sup>19</sup> თომას პეინმა თქვა: „ჩვენი აზროვნების სტილმა და მეთოდმა იმაზე უფრო საოცარი რევოლუცია განიცადა, ვიდრე ქვეყნის პო-

<sup>16</sup> Wood, G. (1998), *The Radicalism of the American Revolution*, Rev. ed. New York: Vintage Books, გვ. 83. 29-30.

<sup>17</sup> *ibid.*

<sup>18</sup> *ibid.*, გვ. 169.

<sup>19</sup> *ibid.*

ლიტიკური რევოლუცია იყო. ჩვენ სხვა თვალებით ვხედავთ; ჩვენ სხვა ყურებით გვესმის; ჩვენ სხვა ფიქრებით ვაზროვნებთ, ვიდრე მანამდე”.<sup>20</sup>

ადამსი, რამსი და პეინი ახალ პრეფერენციებზე, რწმენებზე და ღირებულებებზე საუბრობენ, ვიდრე მიჩქმალული პრეფერენციების, რწმენების და ღირებულებების გამოვლინებებზე. მათი ხედვით, არაფერი გაურღვევია საზღვრები. ახალი პრეფერენციები საიდან წარმოიშობა, სრულყოფილად არაა გააზრებული. მართალია, პრეფერენციების გაყალბების და აშვების ჩარჩო სწორედ იმ სივრცეშია, რომელსაც ახლა განვიხილავ, მაგრამ მას ავსებს სიტუაციები, რომლებშიც ახალი ან შესწორებული ნორმები ადაპტირებად პრეფერენციებს ცვლიან.

შუალედური მაგალითებიც არსებობს, რომლებიც მოიცავს ე.წ. ნაწილობრივ ადაპტირებად პრეფერენციებს. დისკრიმინაციის ობიექტებმა შეიძლება ბოლომდე არც მიიღონ დისკრიმინაცია. როგორც აღინიშნა, მათ შეიძლება ჰქონდეთ ტკივილის ან სიმძიმის განცდა. ისინი შესაძლოა ცხოვრობდნენ ამ განცდებით და ამას სიმშვიდის გარკვეული ხარისხით აკეთებდნენ იმის ფიქრში, რომ ვერაფერი გაკეთდება. კედელზე თავის რტყმა სახალისო არ არის. ნაწილობრივ ადაპტირებადი პრეფერენციების პირობებში, დისკრიმინაციის ობიექტები სპექტაკლის მსახიობებივით არ არიან, ისინი არ აყალბებენ საკუთარ პრეფერენციებს. მათ ესმით ჩუმი ხმა გონებაში. ისინი შესაძლოა, აღშფოთებასაც კი გრძნობენ, მაგრამ ეს დუღილის ტემპერატურამდე ვერ მიდის. როგორც კი ნორმები იცვლება, ბოლომდე ჩამოუყალიბებელი რწმენა ან ღირებულება, რომელიც ადრე ჩახშობილი იყო ან მცირე შინაგანი ხმასავით იყო, შეიძლება გააქტიურდეს. სამართლიანია გათავისუფლებაზე საუბარი, თუმცა სიტუაცია არც ისე მარტივია, როგორც ეს კოლუმბიის სამართლის ფაკულტეტის სტუდენტის შემთხვევაში იყო.

## ალფოთების გათავისუფლება

ზოგიერთი ნორმა ამცირებს დისკრიმინაციას, თუმცა ზოგიერთი აძლიერებს მას. წარმოვიდგინოთ, რომ ადამიანებს აქვთ წინასწარ არსებული მტრული განწყობა სოციალური ჯგუფის წევრებისადმი; წარმოვიდგინოთ, რომ სოციალური ნორმები მათ უზღუდავს ამ მტრობის შესახებ საუბარს ან სხვაგვარად გამოხატვას. ერთი შეხედვით, ეს „პოლიტიკური კორექტულობის“ დადებითი მხარეა; იგი აკავებს ადამიანების მახინჯ იმპულსებს. თუმცა ნორმები, რომლებიც ზღუდავენ სექსიზმს და რასიზმს, რასაკვირველია, უფრო ძლიერია ზოგ დროსა და სივრცეში, ვიდრე სხვაგან და სხვა დროს და ისინი შეიძლება შემსუბუქდეს ან მთლიანად გაუქმდეს. პრეზიდენტ დონალდ ტრამპის არჩევის შემდეგ ბევრი ადამიანი შიშობდა, რომ, რაღაც ამდაგვარი მოხდებოდა (და ეს შიში კვლავ გრძელდება). ძირითადი იდეა ისაა, რომ პრეზიდენტი ტრამპი ნორმების მწარმოებელია, ის იმგვარად ცვლის ნორმებს, რომ ასუსტებს ან სრულად აუქმებს მათ შემზღუდავ ეფექტებს. ის აძლევს ადამიანებს საშუალებას, გამოხატონ საკუთარი ნამდვილი წუხილები, მათ შორის აღშფოთების გრძნობაც. რთულია ამ მიდგომის ძირფესვიანად შემოწმება, თუმცა განვიხილოთ ძალიან თამამი ექსპერიმენტი.

<sup>20</sup> Paine, T. (1908), 'Letter to the Abbe Raynal', In D. E. Wheeler (ed), Life and Writings of Thomas Paine, New York: Vincent Parke and Company. გვ. 242.



ლეონარდო ბარსტინმა ჩიკაგოს უნივერსიტეტიდან, გიორგი ეგოროვმა ნორსვესტერნის უნივერსიტეტიდან და სტეფანო ფიორინიმ კალიფორნიის უნივერსიტეტიდან ლოს ანჯელესში სცადეს, შეემოწმებინათ, მოქმედებდა თუ არა ტრამპის პოლიტიკური წარმატება ამერიკელების ნებაზე, მხარი დაეჭირათ საჯაროდ ქსენოფობიური ორგანიზაციისთვის.<sup>21</sup> არჩევნებამდე ორი კვირით ადრე, ბარსტინმა და მისმა კოლეგებმა ჩართეს 458 ადამიანი იმ რვა შტატიდან, რომლებზედაც ვებგვერდმა Predictwise განაცხადა, რომ ტრამპი აუცილებლად მოიგებდა (ალაბამა, არკანზასი, აიდაჰო, ნებრასკა, ოკლაჰომა, მისისიპი, დასავლეთ ვირჯინია და ვაიომინგი). მონაწილეთა ნახევარს უთხრეს, რომ ტრამპი მოიგებდა. მეორე ნახევარს ტრამპის შესაძლო მოგებაზე არანაირი ინფორმაცია არ ჰქონია.

ყველა მონაწილეს მიეცა კითხვები, მათ შორის, მისცემდნენ თუ არა მკვლევარებს უფლებას, 1 აშშ დოლარი შეეწირათ ამერიკის იმიგრაციის რეფორმის ფედერაციისათვის, რომელიც დეტალურად იყო აღწერილი, როგორც ანტისაიმიგრაციო ორგანიზაცია, რომლის დამფუძნებელს დაწერილი ჰქონდა: „მე საბოლოოდ დავრწმუნდი, რომ ევროპულ-ამერიკული საზოგადოება და კულტურა უნდა შენარჩუნდეს და ამისთვის აუცილებელია ევროპულ-ამერიკული უმრავლესობა, რომელიც მკაფიო უნდა იყოს“.<sup>22</sup> თუ მონაწილეები თანხმობას აცხადებდნენ შემოწირულობის ავტორიზებაზე, მათ ეუბნებოდნენ, რომ ისინი დამატებით 1 აშშ დოლარს მიიღებდნენ ანაზღაურების სახით. მონაწილეთა ნახევარი დაარწმუნეს, რომ მათი არჩევანი შემოწირულობასთან დაკავშირებით ანონიმური იქნებოდა. მეორე ნახევარს ასეთი გარანტია არ მიუღია. უფრო მეტიც, მათ უთხრეს, რომ მკვლევართა ჯგუფი შესაძლოა დაკავშირებოდა მათ, რაც ანიშნებდა მონაწილეებს, რომ არჩევანი საჯარო გახდებოდა.

მათგან, ვისაც არ ჰქონდა ინფორმაცია ტრამპის შესაძლო გამარჯვებაზე მათ შტატში, ანტისაიმიგრაციო ჯგუფისთვის შემოწირულება უფრო მიმზიდველი იყო მათთვის, ვისაც ანონიმურობის გარანტია ჰქონდა; 54%-მა შემოწირულებაზე ნებართვა გასცა მაშინ, როდესაც მხოლოდ 34%-მა მისცა ნებართვა მათგან, ვისთვისაც ცნობილი იყო, რომ ეს ინფორმაცია საჯარო გახდებოდა. ხოლო მათგან, ვინც იცოდა, რომ ტრამპი გაიმარჯვებდა, ანონიმურობას არანაირი მნიშვნელობა არ ჰქონია. როდესაც აცნობეს ანონიმურობაზე, დაახლოებით ნახევარი მზად იყო შემოწირულება გაეკეთებინა, მიუხედავად ანონიმურობის გარანტიისა.<sup>23</sup> მთავარი საკითხი ისაა, რომ ტრამპის შესაძლო გამარჯვების შესახებ ინფორმაციამ შეცვალა სოციალური ნორმები და ბევრად მეტი ადამიანი გახდა მზად, საჯაროდ გაეკეთებინა შემოწირულება და უგულებელყო ანონიმური შემოწირულების შედარებით დიდი პოპულარობა.

დამატებითი ტესტის სახით, ბარსტინმა და მისმა კოლეგებმა ექსპერიმენტი იმავე შტატებში გაიმეორეს ტრამპის არჩევიდან ერთ კვირაში. მათ აღმოაჩინეს, რომ ტრამპის გამარჯვებამ ანონიმურობის ეფექტები ასევე წაშალა - კვლავაც, მონაწილეთა, დაახლოებით, ნახევარმა გასცა შემოწირულებაზე ნებართვა, მიუხედავად იმისა, საჯარო იქნე-

<sup>21</sup> Bursztyn, L., G. Egorov and S. Fiorin (2017), From Extreme to Mainstream: How Social Norms Unravel. ხელმისაწვდომია აქ: <http://www.nber.org/papers/w23415> [უკანასკნელად გადამოწმდა: 10 ნოემბერი, 2020].

<sup>22</sup> *ibid*, გვ. 14.

<sup>23</sup> Bursztyn, L., et al (2017). *supra* სქოლიო 21.

ბოდა ეს ინფორმაცია თუ არა. ზოგადი დასკვნის სახით შეიძლება ითქვას, რომ ტრამპი რომ არ გამოჩენილიყო სცენაზე, ბევრი ამერიკელი უარს იტყოდა ანტი-საიმიგრაციო ორგანიზაციისთვის შემოწირულების გაკეთებაზე, თუ ანონიმურობის გარანტია არ ექნებოდათ. მაგრამ ტრამპის გაპრეზიდენტებით, ადამიანებმა თავისუფლება იგრძნეს. ანონიმურობა აღარ იყო მნიშვნელოვანი, რადგან, როგორც ჩანს, ტრამპის არჩევამ შეასუსტა ანტისაიმიგრაციო ჯგუფის მხარდაჭერის წინააღმდეგ არსებული სოციალური ნორმა. ახლა უფრო მისაღებია შენზე ფიქრობდნენ, რომ ეთანხმები მოსაზრებას „უნდა შენარჩუნდეს ევროპულ-ამერიკული საზოგადოება და კულტურა, რისთვისაც აუცილებელია ევროპულ-ამერიკული უმრავლესობა და თან ძლიერი უმრავლესობა“.<sup>24</sup>

მთავარ მიგნებად შეიძლება მივიჩნიოთ სამართლის სკოლის სტუდენტისა და სამართლის პროფესორის ამბის სარკისებური სურათი. გარკვეული ადამიანებისათვის ანტისაიმიგრაციო ჯგუფებისადმი მტრული განწყობა პირადული საკითხია; მათ არ სურთ გააუღერონ ეს მტრობა საჯაროდ. მაგრამ, თუ ნორმები სუსტდება ან იცვლება, ისინი მზად არიან, ხმამაღლა განაცხადონ საკუთარი რწმენის შესახებ.

ადვილად შეგვიძლია ამ ცენტრალური სურათის ბევრად მახინჯი ვერსიების წარმოდგენა. როდესაც პოლიციის სისასტიკე იზრდება, როდესაც სიძულვილის ენის შემცველი კომენტარები ან აქტივობები მიმართულია ცალკეული რელიგიური ჯგუფის წევრებისადმი, როდესაც თეთრი რასის უპირატესობის მსვლელობები იწყება, როდესაც ეთნიკური ძალმომრეობა ღვივდება, როდესაც მასობრივი დანაშაულები ხდება და როდესაც გენოციდის მუქარა ისმის, ამის ერთ-ერთი მიზეზია იმ სოციალური ნორმების შესუსტება ან გარდაქმნა, რომლებიც ასეთ ქმედებებს წარმოუდგენლად აქცევდა.

## გათავისებადი ნორმები

ჩემი აქცენტი იყო იმ სიტუაციებზე, რომლებზეც ადამიანებს აღშფოთების წინასწარ არსებული განცდა ჰქონდათ, რომლის გამოვლინებასაც ნორმა ბლოკავდა. ნორმის გადახედვა ათავისუფლებს მათ, შესაბამისად, მათ შეუძლიათ, როგორც უნდათ, ისე ისაუბრონ ან იმოქმედონ. მე ასევე შევნიშნე, რომ ზოგიერთი ნორმა გათავისებულია იმგვარად, რომ ადამიანებს სულაც არ მიაჩნიათ თავი შებოჭილად. როდესაც ნორმა გადაიხედება, ადამიანები განსხვავებულად საუბრობენ ან მოქმედებენ, შესაძლოა, აღშფოთებასაც გამოხატავენ ან იმის გამო, რომ ახალი ნორმა მოითხოვს მათგან ამას, ან იმის გამო, რომ მათი პრეფერენციები და ღირებულებები მართლაც შეიცვალა. ორუელის „1984“ ამის მსგავსი სიტუაციის მსუსხავი ამბავია სულისშემძვრელი საბოლოო სტრიქონებით: „მაგრამ მორჩა, ყველაფერი კარგად იყო, ბრძოლა კეთილად დასრულდა. მან გაიმარჯვა საკუთარ თავზე. მას დიდი ძმა უყვარდა“.<sup>25</sup>

ეს არის ბნელი მხარე. მაგრამ დავუბრუნდეთ სექსუალური შევიწროების საქმეს. სექსუალური შევიწროების გაფიქრებას კი ბევრი მამაკაცის აღშფოთებას იწვევს. ისინი მხარს უჭერენ მის საწინააღმდეგო ნორმებს და ამ ნორმებით თავს შებოჭილად არ გრძნობენ.

<sup>24</sup> Bursztyń, L., et al (2017), *supra* სქოლიო 22, გვ. 14.

<sup>25</sup> Orwell, G. (1949), *Nineteen Eighty-Four*, New York: Signet, გვ.289.

მათთვის, სექსუალური შევიწროების წინააღმდეგ მოქმედი ნორმები და სამართლებრივი წესები პრობლემას არ წარმოადგენს ისევე, როგორც ქურდობის ან ძალადობის წინააღმდეგ ნორმები. ასეთი კაცებისთვის ჩვენ არ ვხედავთ პრეფერენციების ფალსიფიკაციის სიტუაციას. ზოგიერთი მათგანისთვის ადაპტირებად პრეფერენციებზე საუბარი სიცხადის მომტანი იქნება. თუმცა უმჯობესია, ვთქვათ, რომ ადამიანები ნორმებს ემორჩილებიან იმგვარად, რომ ნორმის დარღვევა მხოლოდ ღირებულებითი კი არ იქნება, წარმოუდგენელიცაა.

მსგავსი შეიძლება ითქვას ბევრ ქმედებაზე, რომელიც სოციალურ ნორმებს ექვემდებარება. ადამიანთა უმრავლესობა არ აღწევს იმ დონეზე, სადა შეიძლება სოციალური ნორმების არარსებობის გამო. ბევრი ადამიანისთვის, ღვედის შეკვრა და ნარჩენების დახარისხება, ღირებულებებთან დაკავშირებული არა არის, ეს რუტინის ნაწილია მათთვის, ვინც ღვედს იკრავს ან ნარჩენებს ახარისხებს, შესაბამისი ქმედებები სარგებლად კი მიიჩნევა. როდესაც სოციალური ნორმა ზედმიწევნითობაა,<sup>26</sup> ისინი, ვინც ზედმიწევნით იცავენ მათ, ბოროტად აღიქვამენ თავს; მათ სურთ, იყვნენ ზედმიწევნითები. როდესაც ასეა, სიტუაცია სტაბილური იქნება. მაგრამ მათთვისაც, ვინც შინაგანად იგებს და მათთვისაც, ვინც გარეგნულად იცავს ნორმებს, ხშირად რთული იქნება, გაარჩიონ სიტუაციები, როდესაც ნორმები გათავისებულია და სიტუაციები, როდესაც ეს უბრალოდ ასე ჩანს. ეს ერთი მიზეზია, რის გამოც შოკისმომგვრელი სიურპრიზები გარდაუვალია.<sup>27</sup>

## მადლიერება

წარმოდგენილი ესე ეყრდნობა და თანმდევია სოციალურ კვლევაში გამოქვეყნებული ნაშრომისა, კას რ. სანსტინი, *აშვებული*.<sup>28</sup> მე მადლიერი ვარ სოციალური კვლევის რედაქტორების, რომ მომცეს ამ ესეის მომზადების უფლება.

<sup>26</sup> Ullmann-Margalit, E. (2017), *Normal Rationality*, Oxford: Oxford University Press.

<sup>27</sup> გავიხსენოთ, რომ ბუნდოვანების კიდევ ერთი მიზეზი, რომელიც მოიცავს იმ აგენტებს შორის ურთიერთდამოკიდებულებას, რომლებსაც შეუძლიათ ისეთი ცვლილების გამოწვევა, რაც წინასწარ უცნობია. Lohmann, S. (2000), 'I Know You Know He or She Knows We Know You Know They Know: Common Knowledge and the Unpredictability of Informational Cascades', In D. Richards (ed), *Political Complexity: Nonlinear Models of Politics*, Ann Arbor: University of Michigan Press.

<sup>28</sup> Cass R. Sunstein (2018), *Unleashed*, Social Research: An International Quarterly Johns Hopkins University Press Volume 85, Number 1, Spring 2018. გვ. 73-92.



# ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლო ახალ რეალობაში: აქვს თუ არა სასამართლოს შეიარაღებულ კონფლიქტებზე რეაგირებისთვის საკმარისი პროცედურული ინფრასტრუქტურა?

## აბსტრაქტი

უკანასკნელი ათწლეულების განმავლობაში ადამიანის უფლებათა ევროპულმა სასამართლომ იმსჯელა შეიარაღებულ კონფლიქტთან დაკავშირებულ არაერთ ინდივიდუალურ და სახელმწიფოთაშორის საქმეზე. მიუხედავად იმისა, რომ მისი თავდაპირველი მანდატი არ მოიაზრებდა ამ ტიპის საქმეებს, ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლო მნიშვნელოვან როლს თამაშობს შეიარაღებული კონფლიქტების დროს ადამიანის უფლებათა ევროპული კონვენციისა და, გარკვეულ შემთხვევაში, საერთაშორისო ჰუმანიტარული სამართლის აღსრულების პროცესში. სასამართლოს ჩართულობა შეიარაღებულ კონფლიქტთან დაკავშირებულ საქმეებში განპირობებულია საერთაშორისო ჰუმანიტარული სამართლის აღსრულების ფორუმის არარსებობით. წინამდებარე სტატია, შეიარაღებული კონფლიქტების საქმეებში სასამართლოს ჩართულობასთან დაკავშირებული იურისდიქციული, მანდატიდან გამომდინარე და კონცეპტუალური სამართლებრივი საკითხების განხილვის ნაცვლად, მიზნად ისახავს იმის წარმოჩენას, რომ ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლო სათანადოდაა აღჭურვილი შესაბამისი პროცედურული ინფრასტრუქტურით, რათა უზრუნველყოს ეფექტიანი რეაგირება იმ მრავალ საჩივარზე, რომლებშიც წამოჭრილია შეიარაღებული კონფლიქტის მიმდინარეობისას ადამიანის უფლებათა დარღვევის საკითხები.

## შესავალი

2020 წლის მდგომარეობით, ადამიანის უფლებათა ევროპულ სასამართლოში (შემდგომში „სასამართლო“), რომელიც მშვიდობიანობის დროს ადამიანის უფლებათა დარღვევებზე რეაგირებისთვის შეიქმნა, განიხილება შეიარაღებული კონფლიქტებთან და-

\* ავტორი მადლობას უხდის საკონსტიტუციო სამართლის ჟურნალის სარედაქციო საბჭოს ნაშრომის თავდაპირველ ვერსიასთან დაკავშირებით გამოთქმული კომენტარებისა და წინადადებებისთვის.

კავშირებით შეტანილი არაერთი საჩივარი,<sup>1</sup> რომლებშიც იდენტიფიცირებული საკითხები, უპირველესად (თუმცა არაექსკლუზიურად), რეგულირდება საერთაშორისო ჰუმანიტარული სამართლით (შემდგომში „სჰს“)<sup>2</sup> და არა ადამიანის უფლებათა ევროპული კონვენციით (შემდგომში „კონვენცია“),<sup>3</sup> როგორც ასეთით. სჰს-ის დეტალური *corpus juris* მიუხედავად, მას არ გააჩნია აღსრულების სპეციალური იურიდიული მექანიზმი რეგიონალურ და საერთაშორისო დონეზე.<sup>4</sup> სჰს-ის ამ ნაკლოვანებამ უზიდავდა შეიარაღებული კონფლიქტის მსხვერპლებს, რომ კონფლიქტის დროს მათი დარღვეული უფლებების განხილვის მიზნით, მიემართათ ადამიანის უფლებათა საერთაშორისო მექანიზმებისთვის, მათ შორის, ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოსთვის.<sup>5</sup>

იმის ფონზე, რომ უკანასკნელი 50 წლის განმავლობაში საერთაშორისო ჰუმანიტარული სამართლისა და ადამიანის უფლებათა საერთაშორისო სამართლის ურთიერთმიმართება არის ინტენსიური განხილვის საგანი,<sup>6</sup> ადამიანის უფლებათა საერთაშორისო სასამართლოების რეალურ ჩართულობას შეიარაღებულ კონფლიქტებსა და მათ მიერ განვითარებული მექანიზმების მეშვეობით სჰს-ის აღსრულებას უფრო და უფრო მეტი ყურადღება ეთმობა როგორც აკადემიის წარმომადგენლების,<sup>7</sup> ისე თავად კონვენციის სისტემის მხრიდან.<sup>8</sup> ამ დებატების უმრავლესობა ყურადღებას ამახვილებს იმ მეთოდოლოგიურ და იურისდიქციულ ბუნდოვანებებზე, რომლებსაც აღნიშნული მექანიზმები აწყდებიან შეიარაღებულ კონფლიქტებთან დაკავშირებული საქმეების ფარგლებში, ვინაიდან

<sup>1</sup> ამ ნაწილში სასამართლოს პრაქტიკის ზოგადი მიმოხილვისთვის იხ. 'Factsheet – Armed conflicts' (March 2020), Press Unit of the European Court of Human Rights, ხელმისაწვდომია აქ: [https://www.echr.coe.int/Documents/FS\\_Armed\\_conflicts\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Armed_conflicts_ENG.pdf) [უკანასკნელად გადამოწმდა 14 აპრილს, 2020].

<sup>2</sup> სჰს ძირითადად შედგება 1907 წლის ჰააგის კონვენციების, 1949 წლის ჟენევის კონვენციებისა და მათი დამატებითი ოქმებისა და ჩვეულებითი ჰუმანიტარული სამართლისგან.

<sup>3</sup> Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (European Convention on Human Rights, as amended) (ECHR).

<sup>4</sup> ასეთი მექანიზმის არსებობის საჭიროების შესახებ დისკუსიისთვის იხ. Jann K. Kleffner and Liesbeth Zegveld, 'Establishing an Individual Complaints Procedure for Violations of International Humanitarian Law' (2000) 3 YIHL 384. სჰს-ის აღსრულების მექანიზმების შექმნის ინიციატივების შესახებ იხ. Gerd Oberleitner, *Human Rights in Armed Conflict: Law, Practice, Policy* (CUP 2015) 318-20.

<sup>5</sup> წინამდებარე სტატიაში ტერმინი „შეიარაღებული კონფლიქტი“ გამოყენებულია ისეთ სიტუაციებთან მიმართებით, რომლებიც თავისი ინტენსივობისა და მხარეთა ორგანიზებულიობიდან გამომდინარე, შესაძლოა ობიექტურად დაკვალიფიცირდნენ შეიარაღებულ კონფლიქტად საერთაშორისო ჰუმანიტარული სამართლის მიხედვით, მიუხედავად მხარეთა შეხედულებებისა და ეროვნული ან საერთაშორისო სასამართლოების მიერ სიტუაციის სამართლებრივი შეფასებისა.

<sup>6</sup> ამ საკითხთან დაკავშირებული უახლესი ნაშრომებისთვის, იხ. Paul De Hert, Stefaan Smis, Mathias Holvoet (eds), *Convergences and Divergences between International Human Rights, International Humanitarian and International Criminal Law* (Intersentia 2018); Erika de Wett and Jann Kleffner (eds), *Convergence and Conflicts of Human Rights and International Humanitarian Law in Military Operations* (Pretoria University Law Press 2014); Orna Ben-Naftali (ed), *International Humanitarian Law and International Human Rights Law* (OUP 2011).

<sup>7</sup> იხ. Gerd Oberleitner, 'The Development of IHL by Human Rights Bodies' in Ezequiel Heffes, Marcos D. Kotlik and Manuel J. Ventura (eds), *International Humanitarian Law and Non-State Actors: Debates, Law and Practice* (TMC Asser Press 2020); Dominic Steiger, 'Enforcing International Humanitarian Law through Human Rights Bodies' in Heike Krieger (ed), *Inducing Compliance with International Humanitarian Law: Lessons from the African Great Lakes Region* (CUP 2015).

<sup>8</sup> იხ. Report on the place of the European Convention on Human Rights in the European and international legal order, adopted by the CDDH at its 92<sup>nd</sup> meeting (26–29 November 2019) 72-80 <https://rm.coe.int/steering-committee-for-human-rights-cddh-cddh-report-on-the-place-of-t/1680994279> [უკანასკნელად გადამოწმდა 14 აპრილს, 2020].

არც ერთ მათგანს, მათ შორის, არც ადამიანის უფლებათა ევროპულ სასამართლოს<sup>9</sup> არ აქვს სჰს-ის შეფარდების მანდატი.<sup>10</sup>

არის თუ არა ევროპული კონვენცია სათანადოდ აღჭურვილი იმისთვის, რომ გაუმკლავდეს ადამიანის უფლებების მძიმე და სისტემურ დარღვევებს? 1994 წელს პროფესორმა მენო კამინგამ ამ კითხვას გასცა უარყოფითი პასუხი.<sup>11</sup> მისი აზრით, კვიპროსიდან და თურქეთიდან წამოჭრილ საჩივრებზე კონვენციის მიერ რეაგირების უუნარობამ აჩვენა, რომ „რაც უფრო მძიმე და ფართომასშტაბიანია დარღვევები, მით უფრო ნაკლებად ადეკვატურია [კონვენციის სისტემის] მათზე რეაგირება“.<sup>12</sup> ეს დასკვნა, რომელიც შესაძლოა, მართებული ყოფილიყო 1994 წლისთვის, საჭიროებს გადაფასებას კონვენციის სისტემაში განხორციელებული მნიშვნელოვანი ცვლილებების გამო: პირველ რიგში, 1998 წელს ძალაში შევიდა კონვენციის მე-11 ოქმი,<sup>13</sup> რომელმაც მთლიანად გარდაქმნა კონვენციის საზედამხედველო სისტემა; გარდა ამისა, 1994 წლისთვის სასამართლოს ჰქონდა შეიარაღებული კონფლიქტების საქმეების განხილვის ძალიან მწირი პრაქტიკა, რაც რადიკალურად განსხვავდება დღევანდელი სიტუაციისგან; დაბოლოს, სასამართლოს წესებში შევიდა ახალი პროცედურები, რომლებიც არც კი განიხილებოდა 1990-იან წლებში.

სასამართლოს მანდატთან დაკავშირებული და სასამართლოსა და სჰს-ის ურთიერთობიდან წამოჭრილი კონცეპტუალური სამართლებრივი საკითხების განხილვის ნაცვლად,<sup>14</sup> წინამდებარე სტატიის მიზანია, გააანალიზოს, თუ რამდენად საკმარისად აქვს სასამართლოს განვითარებული პროცედურული ინსტრუმენტები, რათა პრაქტიკაში უზრუნველყოს შეიარაღებული კონფლიქტის ფარგლებში ჩადენილ დარღვევებზე ეფექტიანი რეაგირება. სტატიის ცენტრალური თეზისის მიხედვით, ადამიანის უფლებათა ევროპულ სასამართლოს, რომელსაც გამონაკლის შემთხვევაში პირდაპირ გამოუყენებია

<sup>9</sup> ერთადერთ გამონაკლისს წარმოადგენს ბავშვთა უფლებების კომიტეტი, რომელმაც შესაძლოა განიხილოს სჰს-თან დაკავშირებული საკითხები „ბავშვის უფლებების შესახებ“ კონვენციის დამატებითი ოქმის - „შეიარაღებულ კონფლიქტებში ბავშვთა მონაწილეობის შესახებ“ - თანახმად.

<sup>10</sup> მიუხედავად იმისა, რომ სასამართლოს *ratione materiae* იურისდიქცია ვრცელდება „კონვენციისა და მისი ოქმების შეფარდებასა და განმარტებასთან დაკავშირებულ ყველა საკითხზე“ (კონვენციის 32-ე მუხლი), კონვენციის ზოგიერთი მუხლი, მაგალითად, მე-7 და მე-15 მუხლები სასამართლოს პირდაპირ აძლევს საერთაშორისო სამართალზე და, მათ შორის, სჰს-ზე მითითების შესაძლებლობას. ამასთან, სასამართლო ხშირად ეყრდნობა ხელშეკრულებათა განმარტების ზოგად წესებს და კონვენციას განმარტავს „შესაძლებლობის ფარგლებში საერთაშორისო სამართლის ზოგადი პრინციპების, მათ შორის, სჰს-ის ტრილში“, *Varnava and Others v Turkey* [GC] App no 16064/90 (ECtHR, 18 September 2009) §185.

<sup>11</sup> Kamminga MT, 'Is the European Convention on Human Rights Sufficiently Equipped to Cope with Gross and Systematic Violations?', (1994) 2 Netherlands Quarterly of Human Rights, 153-164.

<sup>12</sup> იქვე, 163.

<sup>13</sup> Protocol No. 11 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Restructuring the Control Machinery Established Thereby, ETS No.155 (Protocol 11).

<sup>14</sup> იხ. მაგ., Cedric De Koker, 'The European Court of Human Rights' Approach to Armed Conflict and Humanitarian Law: Ivory Tower or Pas De Deux?' in Paul De Hert (ed.), Linos-Alexandre Sicilianos, 'Les Relations entre Droits de L'homme et Droit International Humanitaire dans la Jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de L'homme' in James Crawford and others (eds), *The International Legal Order: Current Needs and Possible Responses - Essays in Honour of Djamchid Momtaz* (Brill Nijhoff 2017).

სჰს,<sup>15</sup> აქვს ეფექტური პირველადი და მეორეული პროცედურული მექანიზმები, რათა უზრუნველყოს შეიარაღებული კონფლიქტების დროს ჩადენილ ადამიანის უფლებათა დარღვევებზე რეაგირება. პირველადი პროცედურების ნაწილში კონვენცია აღსრულდება როგორც ინდივიდუალური, ისე სახელმწიფოთაშორისი საჩივრების საფუძველზე.<sup>16</sup> რაც შეეხება მეორეულ პროცედურულ ინსტრუმენტებს, ავტორის აზრით, სასამართლოს შეუძლია მეორეული პროცედურული ინსტრუმენტების გამოყენება, რათა პასუხი გასცეს შეიარაღებულ კონფლიქტებთან დაკავშირებულ საქმეებს უფრო ფართო კონტექსტში. ავტორი მიიჩნევს, რომ ასეთ მექანიზმებს შორისაა სასამართლოს ფუნქციონირების შემდეგი ელემენტები: მხარეების მიერ სასამართლოსთან თანამშრომლობის ვალდებულება; სასამართლოს მიერ ფაქტების დადგენა და გამოძიება; დროებითი ღონისძიებები; პილოტური გადაწყვეტილების პროცედურა და „სახელმძღვანელო“ გადაწყვეტილება; სასამართლოს მიერ ინდივიდუალური და სახელმწიფოთაშორისი საჩივრების კოორდინაცია და ინდივიდუალური რეპარაციის გაცემის შესაძლებლობა „სამართლიანი დაკმაყოფილების“ სახით.

## 1. სასამართლოს ინდივიდუალური საჩივრის პროცედურა შეიარაღებული კონფლიქტების დროს

ჰუმანიტარული სამართლის ერთ-ერთი ყველაზე დიდი სისუსტეა მისი აღსრულების შეუძლებლობა უფლების დაცვის ინდივიდუალური პროცედურის არარსებობით.<sup>17</sup> ამისგან განსხვავებით, ადამიანის უფლებათა საერთაშორისო სამართალს შეუძლია ამ ვითარების გამოსწორება, საკუთარი სამართლებრივი ორგანოების ჩართვით, შეიარაღებული კონფლიქტების ინდივიდუალურ მსხვერპლთა უფლებების დაცვის პროცესში.

ევროპულ სასამართლოს აქვს ინდივიდუალური საჩივრის კარგად განვითარებული პროცედურული ჩარჩო. კონვენციის 34-ე მუხლის თანახმად, სასამართლოსთვის მიმართვა შეუძლია ნებისმიერ ფიზიკურ პირს, არასამთავრობო ორგანიზაციას ან ცალკეულ პირთა ჯგუფს, რომელთა მიმართაც, მათი მტკიცებით, დაირღვა კონვენციით გათვალისწინებული უფლებები. კონვენციის 34-ე მუხლი უზრუნველყოფს სასამართლოსათვის ინდივიდუალური საჩივრით მიმართვის უფლებას და მომჩივნებს საერთაშორისო დონეზე

<sup>15</sup> პრეცედენტული საქმე, რომელშიც ადამიანის უფლებათა ევროპულმა სასამართლომ გამოიყენა და აღასრულა სჰს, არის საქმე *Hassan v UK* [GC] App no 29750/09 (ECtHR, 16 September 2014). ამ საქმის ანალიზისთვის, იხ. Andreas von Arnould, 'An Exercise in Defragmentation: The Grand Chamber Judgment in *Hassan v UK*' in Robin Geiß and Heike Krieger, *The 'Legal Pluriverse' Surrounding Multinational Military Operations* (OUP 2020); Robin Geiß, 'Toward the Substantive Convergence of International Human Rights Law and the Laws of Armed Conflict: *The Case of Hassan v. the United Kingdom*' in Leila Nadya Sadat (ed), *Seeking Accountability for the Unlawful Use of Force* (CUP 2018).

<sup>16</sup> ECHR (სქ. 3) მუხლები 33-34.

<sup>17</sup> მართალია, ჰააგის კონვენციის (IV) მე-3 მუხლი და ჟენევის კონვენციების პირველი დამატებითი ოქმის 91-ე მუხლი ითვალისწინებს „კომპენსაციის გადახდას“ შეიარაღებული კონფლიქტის სამართლის დარღვევისას, მაგრამ ამ დებულებათაგან არც ერთი არ ქმნის რეპარაციების მოსაპოვებლად საჭირო პროცედურას. იხ. მაგ., Marco Sassòli, *International Humanitarian Law: Rules, Solutions to Problems Arising in Warfare and Controversies* (Edward Elgar Publishing 2019) 92.



ანიჭებს სახელმწიფოს წინააღმდეგ სამართალწარმოების რეალურ შესაძლებლობას.<sup>18</sup> მიუხედავად იმისა, რომ, თავდაპირველად, ინდივიდუალური საჩივრის პროცედურა იყო ფაკულტატური ბუნების,<sup>19</sup> ეს პროცედურა დღესდღეობით „არის კონვენციით გათვალისწინებული უფლებებისა და ვალდებულებების დაცვის სისტემის საკვანძო კომპონენტი“<sup>20</sup> და „კონვენციის სისტემის ეფექტიანობის ერთ-ერთი ძირითადი გარანტია“.<sup>21</sup>

### 1.1. „მსხვერპლის სტატუსის“ მოთხოვნა ინდივიდუალურ საჩივრებში

ინდივიდუალური საჩივრის „წარდგენის რეალური უფლებით“<sup>22</sup> სარგებლობისთვის, საჭიროა, კმაყოფილდებოდეს ორი წინაპირობა: მომჩივანი უნდა იყოს „ფიზიკური პირი, არასამთავრობო ორგანიზაცია ან ცალკეულ პირთა ჯგუფი“ და „კონვენციით ან მისი ოქმებით გათვალისწინებული უფლებების დარღვევის მსხვერპლი.“<sup>23</sup> პრაქტიკაში პირველი წინაპირობის მტკიცება ნაკლებად პრობლემურია. რაც შეეხება მსხვერპლის სტატუსს, იქიდან გამომდინარე, რომ სასამართლო ამ კრიტერიუმს არ იყენებს „ხისტად, მექანიკურად და მკაცრად“<sup>24</sup> ან „გადამეტებული ფორმალიზმით“,<sup>25</sup> სასამართლო იცნობს მსხვერპლის სამ კატეგორიას: (1) უშუალო მსხვერპლი - როდესაც ჩადენილი მოქმედება ან უმოქმედობა უშუალო ზიანს აყენებს მომჩივანს;<sup>26</sup> (2) არაპირდაპირი მსხვერპლი - როდესაც არსებობს სპეციფიკური და პირადი კავშირი უშუალო მსხვერპლსა და მომჩივანს შორის;<sup>27</sup> (3) პოტენციური მსხვერპლი - გამონაკლის შემთხვევაში სასამართლო აღიარებს, რომ მომჩივანი შეიძლება მომავალში პოტენციურად გახდეს კონვენციის დარღვევის მსხვერპლი.<sup>28</sup> ასევე მნიშვნელოვანია, რომ „მსხვერპლის“ ცნებას სასამართლო განმარტავს ავტონომიურად - სახელმწიფოთა შიდა სამართალში არსებული ცნებებისგან დამოუკიდებლად.<sup>29</sup>

სასამართლოს მიერ „მსხვერპლის“ სტატუსის ასეთი მოქნილი განმარტება უზრუნველყოფს შეიარაღებული კონფლიქტით დაზარალებულ პირთა მიერ სასამართლოსთვის მართივად მიმართვის შესაძლებლობას: უშუალო და არაპირდაპირი მსხვერპლის კატეგორიები ქმნიან საკმარისად ფართო ფარგლებს, რომლებშიც შეიძლება შევიდნენ როგორც სამხედრო ოპერაციების შედეგად უშუალოდ დაზარალებული პირები, ასევე ისეთი მომჩივნები, რომლებიც სასამართლოს მიმართავენ გარდაცვლილი ოჯახის

<sup>18</sup> Alastair Mowbray, 'The European Convention on Human Rights', Mashood A. Baderin, Manisuli Ssenyonj (eds), *International Human Rights Law: Six Decades after the UDHR and Beyond* (Ashgate Publishing 2010) 271, 288.

<sup>19</sup> კონვენციის 1950 წელს მიღებული პირველი რედაქციის 25-ე მუხლის მიხედვით, კომისიას ინდივიდუალური საჩივრების მიღება შეეძლო მხოლოდ იმ შემთხვევაში, თუ კონვენციის წევრ სახელმწიფოს აღიარებული ჰქონდა კომისიის მიერ ინდივიდუალური საჩივრების განხილვის კომპეტენცია. ეს წინაპირობა გაუქმდა 1998 წელს, როდესაც ძალაში შევიდა კონვენციის მე-11 დამატებითი ოქმი.

<sup>20</sup> *Mamatkulov and Abdurasulovic v Turkey* App nos 46827/99, 46951/99 (ECtHR, 6 February 2003) §122.

<sup>21</sup> იქვე, §100.

<sup>22</sup> იქვე, §122.

<sup>23</sup> *Vallianatos and Others v. Greece* [GC], App no 29381/09 (ECtHR, 7 November 2013) §47.

<sup>24</sup> *Micallef v. Malta* [GC], App no 17056/06 (ECtHR, 15 October 2009) §45.

<sup>25</sup> *Gorraiz Lizarraga and Others v. Spain*, App no. 62543/00 (ECtHR, 27 April 2004) §38.

<sup>26</sup> *Amuur v. France*, App no 19776/92 (ECtHR, 25 June 1996) §36.

<sup>27</sup> იხ. მაგ., *Varnava* (სქ. 10) §112.

<sup>28</sup> იხ. მაგ., *Klass and Others v Germany* (1978) Series A no 28.

<sup>29</sup> *Gorraiz Lizarraga* (სქ. 25) §35.

წევრის/ნათესავის სახელით, რაც შეუძლებელი იქნებოდა „არაპირდაპირი მსხვერპლის“ ცნების გარეშე. დამატებით გარანტიას ქმნის სასამართლოს მიერ „მსხვერპლის“ ცნების ავტონომიურად და შიდასახელმწიფოებრივი ნორმებისაგან დამოუკიდებლად განმარტება, რადგან შეიარაღებული კონფლიქტის დროს, სხვადასხვა პოლიტიკური თუ პროცედურული მიზეზების გამო, მომჩივნებმა შეიძლება ვერ შეძლონ მსხვერპლის სტატუსის მიღება ეროვნული კანონმდებლობის მიხედვით, რაც მათ წაართმევდა სასამართლოსთვის „რეალური მიმართვის შესაძლებლობას“.<sup>30</sup>

## **1.2. ინდივიდუალური საჩივრის დასაშვებობის კრიტერიუმები: სამართლებრივი დაცვის ყველა შიდასახელმწიფოებრივი საშუალების ამოწურვა შეიარაღებულ კონფლიქტთან დაკავშირებულ საქმეებში**

ევროპული კონვენციის 35-ე მუხლი განსაზღვრავს იმ წინაპირობებს, რომელთა დაუკმაყოფილებლობის შემთხვევაში სასამართლო არსებითად არ განიხილავს საჩივარს. სასამართლოს შეუძლია, მიიღოს საქმე განსახილველად მხოლოდ მას შემდეგ, როდესაც მომჩივანი ამოწურავს სამართლებრივი დაცვის ყველა შიდასახელმწიფოებრივ საშუალებას და გასული არ არის ექვს თვეზე მეტი დრო საქმეზე შიდასახელმწიფოებრივი საბოლოო გადაწყვეტილების გამოტანის თარიღიდან.<sup>31</sup> სასამართლომ შესაძლოა, საქმის განხილვაზე უარი თქვას სხვა საფუძვლების გამოც.<sup>32</sup> ბევრი მიიჩნევდა, რომ საჩივრის დასაშვებობის ასეთი წინაპირობების (ყველა შიდასახელმწიფოებრივი საშუალების ამოწურვა და ექვსთვიანი წესი) შეიარაღებულ კონფლიქტთან ადაპტაცია შეუძლებელი იყო.<sup>33</sup>

ამ არგუმენტმა სასამართლოს პრაქტიკის ფონზე დაკარგა დამაჯერებლობა. კერძოდ, სამართლებრივი დაცვის შიდა საშუალების ამოწურვასთან დაკავშირებით, ევროპულ კომისიასა და სასამართლოს არაერთხელ აღუნიშნავს, რომ ადამიანის უფლებათა დაცვის კონტექსტიდან გამომდინარე, საჭიროა ამ წესის გარკვეული მოქნილობითა და ზედმეტი ფორმალიზმის გარეშე გამოყენება.<sup>34</sup> ამასთან, შიდა საშუალებების ამოწურვის მოთხოვნა ექვემდებარება „გარკვეულ დათქმებს“, რომლებიც ამ კონკრეტულ პროცედურულ წინაპირობას ხდის უფრო მოქნილს, რაც განსაკუთრებით მნიშვნელოვანია

<sup>30</sup> როგორც ვეილი ასკვნის, შიდა სასამართლოებს ხშირად არ სურთ გადაწყვეტილების მიღება ისეთ საქმეებზე, რომლებიც დაკავშირებულია სახელმწიფოს შეიარაღებული ძალების აქტიურ საბრძოლო მოქმედებებში ჩართულობასთან. იხ. Sharon Weill, *The Role of National Courts in Applying International Humanitarian Law* (OUP 2014) 153-155. შესაბამისად, მარტივად წარმოსადგენია, რომ იმ ადამიანებმა, რომლებიც რეალურად იყვნენ სახელმწიფოს მიერ განხორციელებული სამხედრო ოპერაციების მსხვერპლნი, ვერ მიიღონ მსხვერპლის სტატუსი ეროვნული კანონმდებლობის შესაბამისად და შიდა სასამართლოების მეშვეობით.

<sup>31</sup> ECHR (სქ. 3) მუხლი 35(1).

<sup>32</sup> იქვე, მუხლი 35, §§(2)-(3). აღნიშნული დებულებების თანახმად, სასამართლო არ იღებს ანონიმურ საჩივარს; საჩივარს, რომელიც უკვე განიხილა სასამართლომ ან რომელიც, ამავდროულად, შეტანილია სხვა საერთაშორისო ორგანოში; საჩივარს, რომელიც სცილდება კონვენციისა და მისი ოქმების მატერიალურ ფარგლებს; დაუსაბუთებელ საჩივარს; საჩივარს, რომელიც წარმოადგენს უფლების ბოროტად სარგებლობას და საჩივარს, რომელიც შეეხება უმნიშვნელო ზიანს. ჩამოთვლილი საფუძვლები ნაკლებად რელევანტურია წინამდებარე სტატიისთვის და, შესაბამისად, არ იქნება განხილული.

<sup>33</sup> Dietrich Schindler, 'Human Rights and Humanitarian Law: Interrelationship of the Laws' (1982) 31 *Am.U.L.Rev.* 935, 941.

<sup>34</sup> *Ringeisen v. Austria*, Series A no. 13, 16 July 1971, §89. *Lehtinen v. Finland* (dec.), App no 34147/96 (ECtHR, 27 January 2004).

შეიარაღებულ კონფლიქტთან დაკავშირებული საქმეების კონტექსტში.<sup>35</sup> ვინაიდან შეიარაღებული კონფლიქტის დროს დაზარალებულის მიერ ყველა შიდასახელმწიფოებრივი საშუალების ამოწურვა ხშირად შეუძლებელია, სასამართლომ „შეამსუბუქა“ დასაშვებობის ამ წინაპირობის მოქმედება სამხედრო მოქმედებების მსხვერპლთათვის.<sup>36</sup>

ამ კუთხით, პრეცედენტულია აკდივარის საქმე, რომელიც ეხებოდა მომჩივანთა სახლების განადგურებას სამხრეთ-აღმოსავლეთ თურქეთში უსაფრთხოების ძალებსა და ქურთისტანის მუშათა პარტიას (PKK) შეტაკებებით გამოწვეული „სერიოზული არეულობების“ დროს.<sup>37</sup> საქმეში სასამართლომ განმარტა, რომ სამართლებრივი დაცვის შიდასახელმწიფოებრივი საშუალებების ამოწურვის ვალდებულება აღარ არსებობს მაშინ, როდესაც ისინი არაადეკვატური ან არაეფექტიანია ან როდესაც არსებობს ადმინისტრაციული პრაქტიკა, რომელიც, საკუთარი ხასიათიდან გამომდინარე, ფუჭს ან არაეფექტიანს ხდის საქმისწარმოებას.<sup>38</sup> თუმცა, ამავდროულად, სასამართლომ აღნიშნა, რომ მისი ასეთი მიდგომა განპირობებული იყო ამ კონკრეტული საქმის გარემოებებით. შედეგად, სასამართლომ, ერთი მხრივ, შეინარჩუნა ტრადიციული მიდგომა შიდასახელმწიფოებრივი საშუალების ამოწურვის მოთხოვნის მიმართ, ხოლო მეორე მხრივ, „ახალი პროცედურული მიდგომის“ შედეგად,<sup>39</sup> შეძლო სამხრეთ-აღმოსავლეთ თურქეთიდან შემოსული საქმეების დასაშვებად გამოცხადება.<sup>40</sup>

შიდასახელმწიფოებრივი საშუალების ამოწურვის საფუძველზე საჩივრების დაუშვებლად ცნობა ასევე იყო რუსეთის მთავარი არგუმენტი ჩეჩნეთის კონფლიქტთან დაკავშირებულ საქმეებში. ამ საქმეებშიც სასამართლომ შეინარჩუნა „რეალისტური მიდგომა“<sup>41</sup> და აკდივარის საქმის მიგნებებზე დაყრდნობით,<sup>42</sup> განავითარა „გონივრულად ნათელი და ერთგვაროვანი შეხედულება, რომ ვერ დამტკიცდა სამართლებრივი დაცვის ვერც სამოქალაქო და ვერც სისხლისსამართლებრივი შიდასახელმწიფოებრივი საშუალებების პრაქტიკული ეფექტიანობა, რომელიც უზრუნველყოფდა ჩეჩნეთში სახელმწიფო წარმომადგენლების მიერ ჩადენილ ადამიანის უფლებების მძიმე დარღვევებთან დაკავშირებულ საქმეებზე ეფექტიან რეაგირებას“.<sup>43</sup>

<sup>35</sup> Lutz Oette, 'Bringing Justice to Victims? Responses of Regional and International Human Rights Courts and Treaty Bodies to Mass Violations' in Carla Ferstman, Mariana Goetz and Alan Stephens (eds) *Reparations for Victims of Genocide, War Crimes and Crimes against Humanity: Systems in Place and Systems in the Making* (Brill Nijhoff 2009) 225-26.

<sup>36</sup> Christine Byron, 'A Blurring of the Boundaries: The Application of International Humanitarian Law by Human Rights Bodies' (2007) 47(4) *Va.J.Int'l L.* 839, 884-5.

<sup>37</sup> *Akdivar and Others v Turkey* [GC] ECHR 1996-IV.

<sup>38</sup> იქვე, §67.

<sup>39</sup> Onder Bakircioglu and Brice Dickson, 'The European Convention in Conflicted Societies: The Experience of Northern Ireland and Turkey' (2017) 66 *ICLQ* 263, 265, 280-281.

<sup>40</sup> Hans-Joachim Heintze, 'The European Court of Human Rights and the Implementation of Human Rights Standards during Armed Conflicts' (2002) 45 *GYIL* 59, 71-72.

<sup>41</sup> Federico Sperotto, 'Law in Times of War: The Case of Chechnya' (2008) 8(2) *Global Jurist*, 17-18.

<sup>42</sup> იხ. მაგ., *Baysayeva v. Russia*, App no 74237/01 (ECtHR, 5 April 2007) §§103-109. *Isayeva, Yusupova and Bazayeva v. Russia*, App nos. 57947/00, 57948/00, 57949/00 (ECtHR, 24 February 2005) §§143-151.

<sup>43</sup> Philip Leach, *The Chechen Conflict: Analysing the Oversight of the European Court of Human Rights*. *European Human Rights Law Review*, 6, 2008, 739.

## 2. სახელმწიფოთაშორისი საჩივრის პროცედურა: უფრო მოქნილი, ვიდრე ინდივიდუალური პროცედურა?

სასამართლოს მიერ შეიარაღებულ კონფლიქტზე რეაგირების ერთ-ერთი მნიშვნელოვანი მექანიზმია კონვენციის 33-ე მუხლით გათვალისწინებული სახელმწიფოთაშორისი საჩივრების პროცედურა, რომლის მიხედვით, „ყოველ მაღალ ხელშემკვრელ მხარეს შეუძლია, მიმართოს სასამართლოს სხვა მაღალი ხელშემკვრელი მხარის მიერ კონვენციისა და მისი ოქმების ნებისმიერი სავარაუდო დარღვევის შესახებ.“ სახელმწიფოთაშორისი საჩივრები, რომლებიც სასამართლოს იურისდიქციის ნაკლებად ცნობილი მხარეა,<sup>44</sup> განიხილება კონვენციის „კოლექტიურად აღსრულების“ საშუალებად.<sup>45</sup> მიუხედავად იმისა, რომ დღეს ევროპული სასამართლო უფრო მეტად ცნობილია ინდივიდუალური საჩივრების განმხილველ ეფექტიან მექანიზმად, კონვენციის ამოქმედების დროისთვის მხოლოდ სახელმწიფოთაშორისი საჩივრების პროცედურა იყო სავალდებულო იმ გაგებით, რომ კონვენციის წევრი სახელმწიფოების მიერ ერთმანეთის მიმართ სახელმწიფოთაშორისი დავის დაწყება იყო კონვენციის რატიფიკაციის ავტომატური შედეგი,<sup>46</sup> ინდივიდუალური საჩივრის პროცედურა კი დღევანდელი სახით ამოქმედდა მხოლოდ 1998 წლიდან.<sup>47</sup>

სახელმწიფოთაშორისი საჩივრები ძირითადად შეეხება ისეთ საქმედებს, რომლებშიც სახელმწიფო წარმოადგენს ინდივიდუალური პირების ინტერესებს კონვენციის სავარაუდო ფართომასშტაბიანი დარღვევების კონტექსტში,<sup>48</sup> რაც განსაკუთრებით კარგად ჩანს საქართველოს<sup>49</sup> და უკრაინის<sup>50</sup> მიერ რუსეთის ფედერაციის წინააღმდეგ დაწყებულ საქმედებში.<sup>51</sup> ამასთან, სასამართლოს პრაქტიკაში ბევრი „კვაზი-სახელმწიფოთაშორისი“ საჩივარი მოიძებნება, რომლის ფარგლებშიც ინდივიდუალური საჩივრები ეხმაურება

<sup>44</sup> Dean Spielmann, 'The European Court of Human Rights as Guarantor of a Peaceful Public Order in Europe' (7 November 2014) ხელმისაწვდომია აქ: [https://echr.coe.int/Documents/Speech\\_20141107\\_Spielmann\\_GraysInn.pdf](https://echr.coe.int/Documents/Speech_20141107_Spielmann_GraysInn.pdf) [უკანასკნელად გადამოწმდა 14 აპრილს, 2020].

<sup>45</sup> *Austria v. Italy*, ECommHR, Decision, 11 January 1961, 138. *Cyprus v. Turkey*, ECommHR, Report, 4 June 1999, §70.

<sup>46</sup> William A. Schabas, *The European Convention on Human Rights: A Commentary* (OUP 2015) 723.

<sup>47</sup> იხ. ზემოთ, სქოლიო 19.

<sup>48</sup> იხ. მაგ., *Greece v. UK* (dec.) App no 176/56 (Commission Decision, 2 June 1956); *Ireland v. UK* (1978) Series A no 25. იხ., ასევე, *Cyprus v. Turkey* (just satisfaction) [GC] App no 25781/94 (ECtHR, 12 May 2014).

<sup>49</sup> *Georgia v. Russia (I)* [GC] App no 13255/07 (ECtHR, 3 July 2014); *Georgia v. Russia (II)* (dec.) App no 38263/08 (ECtHR, 13 December 2011); *Georgia v. Russia (III)* (dec.) App no 61186/09 (ECtHR, 16 March 2010); *Georgia v. Russia (IV)* App no 39611/18 (22 August 2018).

<sup>50</sup> ამჟამად სასამართლოში შესულია ხუთი *Ukraine v. Russia* სახელმწიფოთაშორისი საჩივარი: *Ukraine v. Russia (re Crimea)* App no 20958/14; *Ukraine v. Russia (re Eastern Ukraine)* App no 8019/16; *Ukraine v. Russia (II)* App no 43800/14; *Ukraine v. Russia (VII)* App no 38334/18 and *Ukraine v. Russia (VIII)* App no 55855/18.

<sup>51</sup> ამ საქმედებთან აღსანიშნავია *Georgia v. Russia (III)*, რომელიც ეხება 2008 წლის აგვისტოს საერთაშორისო შეიარაღებულ კონფლიქტს საქართველოსა და რუსეთს შორის და *Ukraine v. Russian Federation (re Crimea)* და *Ukraine v. Russian Federation (re Eastern Ukraine)*, რომლებიც ეხება რუსეთისა და მის მიერ სავარაუდოდ კონტროლირებადი შეიარაღებული დაჯგუფების მიერ 2014 წელს უკრაინის ტერიტორიაზე განხორციელებულ სამხედრო მოქმედებებს.

მგრძნობიარე სახელმწიფოთაშორის საკითხებს, რაც ასეთ სამართალწარმოებაში იწვევს სახელმწიფოების მესამე მხარედ ჩართვას.<sup>52</sup>

## **2.1. დასაშვებობის ნაკლები მოთხოვნები სახელმწიფოთაშორისი საჩივრის მიმართ**

სახელმწიფოთაშორისი საჩივრების ერთ-ერთი ძირითადი მახასიათებელია ის ფაქტი, რომ კონვენციის 35-ე მუხლის მიხედვით, ასეთი საჩივრების მიმართ მოქმედებს დასაშვებობის მხოლოდ ორი წინაპირობა: ე. წ. ექვსთვიანი წესი და სამართლებრივი დაცვის შიდა საშუალებების ამოწურვა.<sup>53</sup> თუმცა სასამართლოს მაინც შეუძლია, საჩივრების განხილვაზე უარი თქვას „საერთაშორისო სასამართლოების მიერ საკუთარი იურისდიქციის განხორციელების ზოგადი პრინციპებიდან გამომდინარე“, ტერიტორიულ საკითხთან დაკავშირებულ პერსონალურ ან ტემპორალურ იურისდიქციაზე მითითებით.<sup>54</sup>

ექვსთვიანი წესის მოქმედება სახელმწიფოთაშორის და ინდივიდუალურ საჩივრებზე თანაბრად ვრცელდება.<sup>55</sup> ეს წესი არ მოქმედებს განგრძობადი სიტუაციების მიმართ, ხოლო შიდა საშუალებების არარსებობისას ეს ვადა აითვლება კონვენციის ბოლო სავარაუდო დარღვევის თარიღიდან.<sup>56</sup> სამართლებრივი დაცვის შიდა საშუალებების ამოწურვის მოთხოვნის ფარგლები კი დამოკიდებულია ადმინისტრაციული პრაქტიკის არსებობაზე.

## **2.2. ადმინისტრაციული პრაქტიკა სახელმწიფოთაშორის საჩივრებში: როდის არ მოქმედებს შიდა საშუალებების ამოწურვის ვალდებულება?**

სახელმწიფოთაშორისი საქმეში სამართლებრივი დაცვის შიდა საშუალებების ამოწურვის მოთხოვნა არ მოქმედებს იმ შემთხვევაში, თუ სახელმწიფო ასაჩივრებს ადმინისტრაციულ პრაქტიკას, როგორც ასეთს, და „სასამართლოსგან არ მოითხოვს ასეთი პრაქტიკის საილუსტრაციოდ ან მტკიცებულებად მოყვანილ ყოველ კონკრეტულ შემთხვევაზე გადაწყვეტილების მიღებას“.<sup>57</sup> ადმინისტრაციული პრაქტიკა შედგება ორი დამოუკიდებელი ელემენტისგან: ქმედებების განმეორებადობა და ოფიციალური შემწყნარებლობა.<sup>58</sup>

<sup>52</sup> 'Background paper for seminar Opening of the Judicial Year January 2016', 18, ხელმისაწვდომია აქ: [https://www.echr.coe.int/Documents/Seminar\\_background\\_paper\\_2016\\_part\\_1\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Seminar_background_paper_2016_part_1_ENG.pdf)

[უკანასკნელად გადამოწმდა 14 აპრილს, 2020] (Background Paper).

<sup>53</sup> 35-ე მუხლის პირველი პუნქტი, რომელშიც ნახსენებია მხოლოდ 6-თვიანი წესი და შიდასახელმწიფოებრივი საშუალებების ამოწურვა, ვრცელდება როგორც ინდივიდუალურ, ისე სახელმწიფოთაშორის საჩივრებზე. ამისგან განსხვავებით, კონვენციის 35-ე მუხლის მე-2 და მე-3 პუნქტები, რომლებიც მოიცავს დასაშვებობის სხვადასხვა წინაპირობებს, არეგულირებს კონკრეტულად ინდივიდუალურ საჩივრებს, რომლებიც განსაზღვრულია კონვენციის 34-ე მუხლით.

<sup>54</sup> 'Background Paper' (სქ. 52) 18.

<sup>55</sup> Isabella Risini, *The Inter-State Application under the European Convention on Human Rights: Between Collective Enforcement of Human Rights and International Dispute Settlement* (Brill Nijhoff 2018) 50.

<sup>56</sup> *Georgia v. Russia (II)* (სქ. 49) §97.

<sup>57</sup> *Georgia v. Russia (I)* (dec.) App no 13255/07 (ECtHR, 30 June 2009) §40; *Georgia v. Russia (I)* (სქ. 49) §125; *Georgia v. Russia (II)* (სქ. 49) §85.

<sup>58</sup> იქვე (წინა სასამართლო პრაქტიკაზე მითითებით).

„ქმედების განმეორებადობა“ მოიცავს „იდენტური ან ანალოგიური დარღვევების იმ კუმულაციას, რომლებიც რიცხობრივად და ურთიერთკავშირის თვალსაზრისით, საკმარისია იმისთვის, რომ ისინი ჩაითვალოს არა განცალკევებულ ინციდენტებად ან საგამონაკლისო შემთხვევებად, არამედ წარმოადგენდნენ სქემას ან სისტემას“; ხოლო ოფიციალური შემწყნარებლობა გულისხმობს „ტოლერანტობას უკანონო ქმედებების მიმართ, რაც გამოხატულია უშუალოდ პასუხისმგებელ პირთა ხელმძღვანელების უმოქმედობაში, - სადამსჯელო ანდა განმეორების პრევენციისკენ მიმართული ზომების მიუღებლობაში ან იგი სახეზეა მაშინ, როდესაც მაღალი თანამდებობის პირი, მრავალი სავარაუდო დარღვევის პირობებში, იჩენს ინდიფერენტულობას და უარს ამბობს ამ სავარაუდო დარღვევების გამოძიებაზე ანდა როდესაც სამართლიანი სასამართლოს უფლება არ არის დაცული ასეთ საჩივრებთან დაკავშირებული სასამართლო პროცესების დროს“.<sup>59</sup> დასაშვებობის ეტაპზე ადმინისტრაციული პრაქტიკის არსებობის საჩვენებლად საკმარისია *prima facie* მტკიცებულების წარმოდგენა, რაც უნდა აღემატებოდეს უბრალო ბრალდებას, თუმცა არ გულისხმობს „ყველა მტკიცებულებას“.<sup>60</sup>

სასამართლო ამ მიდგომას დაეყრდნო დასაშვებობის შესახებ გადაწყვეტილებაში საქმეზე *საქართველო რუსეთის წინააღმდეგ (II)*, სადაც მან დაადგინა, რომ „სავარაუდო დარღვევაზე მითითება არ შეიძლება მიჩნეულ იქნეს სრულად დაუსაბუთებლად და არ უნდა ჩაითვალოს, რომ მას არ გააჩნია რეალური დარღვევის ელემენტები 33-ე მუხლის მიზნებისთვის“.<sup>61</sup> ადმინისტრაციული პრაქტიკის არსებობასთან დაკავშირებული ყველა სხვა საკითხი კი გადაწყდება არსებითი განხილვის დროს.<sup>62</sup>

### 2.3. „მსხვერპლის“ მოთხოვნის არარსებობა სახელმწიფოთაშორის საქმეებში

სახელმწიფოთაშორისი საჩივრის დასაშვებობის მიმართ არ მოქმედებს „მსხვერპლის“ მოთხოვნა,<sup>63</sup> რაც ადასტურებს ამ პროცედურის *erga omnes* ხასიათს.<sup>64</sup> თუ სახელმწიფოს მიერ გასაჩივრებული საკითხები ასევე შეიძლება იყოს ინდივიდუალური საჩივრის საგანი, ეს უკვე მიაღწევს მომჩივანი სახელმწიფოს სამართლებრივი ინტერესის არსებობაზე და სახელმწიფოს აღარ უწევს „მსხვერპლის“ სტატუსის მტკიცება, როგორც ეს მოეთხოვება ინდივიდუალურ მომჩივანს.<sup>65</sup> მაშინ, როდესაც ინდივიდუალური საჩივრის ავტორმა უნდა აჩვენოს, რომ არის კონვენციის სავარაუდო დარღვევის პირდაპირი, არაპირდაპირი ან პოტენციური მსხვერპლი, სახელმწიფოს შემთხვევაში საჩივარი დასაშვებია „კონვენციის დაცვასთან დაკავშირებული ზოგადი ინტერესის“ გამო.<sup>66</sup> ასევე,

<sup>59</sup> *Georgia v Russia (I)* (სქ. 49) §§123-124.

<sup>60</sup> *Georgia v Russia (I)* (dec.) (სქ. 57) §41.

<sup>61</sup> *Georgia v Russia (II)* (სქ. 49) §89.

<sup>62</sup> იქვე, §90.

<sup>63</sup> *Risini* (სქ. 55) 52-53.

<sup>64</sup> *Schabas* (სქ. 46) 726.

<sup>65</sup> *Cyprus v. Turkey* (სქ. 45) §77.

<sup>66</sup> *Schabas* (სქ. 46) 726. ამ მახასიათებლის ნათელი მაგალითებია ის სახელმწიფოთაშორისი დავები, რომლის ფარგლებშიც ევროპის საბჭოს წევრი სახელმწიფო იწყებს დავას მეორე სახელმწიფოს წინააღმდეგ კონკრეტული სამართლებრივი ინტერესის არარსებობის პირობებში და როდესაც საჩივარი მიზნად ისახავს მხოლოდ მოპასუხე სახელმწიფოში არსებული სიტუაციის გამოსწორებას. იხ., *Denmark, Norway, Sweden and the Netherlands v. Greece (I)*, ECommHR, Report, 05 November 1969. *Denmark, Norway and Sweden v. Greece (II)*, ECommHR, Decision, 16 July 1970. *France, Norway, Denmark, Sweden and the Netherlands v. Turkey*, ECommHR, Decision, 6 December 1983.

აუცილებელი არ არის, რომ სახელმწიფომ დავა დაიწყოს კონკრეტული პირების სახელით. თუმცა ეს არ გამოორიცხავს სახელმწიფოს შესაძლებლობას, მოითხოვოს კომპენსაცია კონკრეტული პირებისთვის.<sup>67</sup>

### 3. სასამართლოსთან თანამშრომლობის ვალდებულება და ფაქტების დადგენა

კონვენციის 38-ე მუხლის თანახმად, „სასამართლომ უნდა გამოიკვლიოს საქმე მხარეთა წარმომადგენლებთან ერთად და, თუ საჭიროა, ჩაატაროს გამოძიება, რომლის ეფექტიანად განხორციელების მიზნით, შესაბამისმა [...] სახელმწიფოებმა [სასამართლო] უნდა უზრუნველყონ ყველა საჭირო საშუალებით.“ აღნიშნული მუხლი მოიცავს სამართალწარმოების ისეთ ელემენტებს, როგორიცაა საქმის განხილვის ფორმა, ფაქტების დადგენა და გამოძიება, მტკიცებულების საკითხები, თანამშრომლობის ვალდებულება, ესტოპელი და *jura novit curiae*.<sup>68</sup> წინამდებარე ქვეთავი ყურადღებას გაამახვილებს კონვენციის 38-ე მუხლის ორ მნიშვნელოვან ასპექტზე, რომლებიც პრაქტიკული კუთხით, სასამართლოს აძლევს შეიარაღებული კონფლიქტის საქმეებზე ეფექტიანი რეაგირების საშუალებას: (1) ფაქტების დადგენა და გამოძიება და (2) მხარეების მიერ სასამართლოსთან თანამშრომლობის ვალდებულება ინფორმაციის მიწოდების ნაწილში.

#### 3.1. ფაქტების დადგენა და გამოძიება: ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლო, როგორც „პირველი ინსტანციის ტრიბუნალი“

ფაქტების დადგენა არის პროცესი, როდესაც სასამართლო ცდილობს საჩივრის განხილვისთვის აუცილებელი ბუნდოვანი ან სადავოდ გამხდარი ფაქტობრივი გარემოებების გამოკვლევას.<sup>69</sup> ზოგადი მიდგომის თანახმად, სასამართლო სიფრთხილით ეკიდება საკუთარ სუბსიდიურ ბუნებას და თავს იკავებს ფაქტების დამდგენი „პირველი ინსტანციის ტრიბუნალის“ როლის შეთავსებისგან, თუ ეს გარდაუვალი არ არის კონკრეტული საქმის გარემოებებიდან გამომდინარე.<sup>70</sup> შესაბამისად, როდესაც სასამართლოს არ მიეწოდება საკმარისი ინფორმაცია, მან შესაძლოა, თავად წამოიწყოს ფაქტების დადგენის პროცედურა სხვადასხვა გზების გამოყენებით, სასამართლოს წესების 38-ე მუხლის შესაბამისად.<sup>71</sup> აღნიშნული შესაძლოა, მოიცავდეს მოწმეებისა და ექსპერტების მოსაზრებების მოსმენასა და ადგილზე განხორციელებულ გამოძიებებს.<sup>72</sup> მაშინ, როდესაც სასამართლო ფაქტების დასადგენად საჭირო საქმიანობას ხშირად ახორციელებს

<sup>67</sup> *Cyprus v Turkey* (just satisfaction) (სქ. 48). ეს დადასტურდა საქმეში *Georgia v Russia (I)* [GC] (Just satisfaction) App no 13255/07 (ECtHR, 31 January 2019). იხ., ასევე, Concurring Opinion of Judge Pinto de Albuquerque, Joined by Judge Vučinić, §4.

<sup>68</sup> Schabas (სქ. 46) 807-815.

<sup>69</sup> Philip Leach, 'Fact-Finding: European Court of Human Rights (ECtHR)' in Max Planck Encyclopedias of International Law (OUP 2018) §1; სასამართლოს მიერ ფაქტების დადგენის პროცესის დეტალური ანალიზისთვის, იხ. Jasmina Mačkić, *Proving Discriminatory Violence at the European Court of Human Rights* (Brill Nijhoff 2018) 91-124.

<sup>70</sup> იხ. მაგ., *Dzhioyeva v. Georgia* (dec.), App no 24964/09 (ECtHR, 20 November 2018) §27. *slakhanova and Others v. Russia*, App nos 2944/06 et al (ECtHR, 18 December 2012) §96.

<sup>71</sup> იხ. Annex to the Rules (concerning investigations) to the Rules of Court (1 January 2020).

<sup>72</sup> Simone Vezzani, 'Fact-Finding by International Human Rights Institutions and Criminal Prosecution' in Fausto Pocar, Marco Pedrazzi and Micaela Frulli (eds), *War Crimes and the Conduct of Hostilities: Challenges to Adjudication and Investigation* (Edward Elgar Publishing 2013) 351.

სახელმწიფოთაშორის საქმეებთან დაკავშირებით, ეს ნაკლებად ხდება ინდივიდუალურ საჩივრებთან მიმართებით.<sup>73</sup>

### 3.1.1. ფაქტების დადგენა არასაერთაშორისო შეიარაღებულ კონფლიქტთან დაკავშირებულ ინდივიდუალურ საქმეებში

შეიარაღებულ კონფლიქტებთან დაკავშირებულ ინდივიდუალურ საქმეებში სასამართლო არსებითად ეყრდნობა საქმის მხარეთა მიერ წარმოდგენილ ინფორმაციას. ამ კუთხით, აღსანიშნავია საქმეები *ისაევა (I)*<sup>74</sup> და *ისაევა (II)*,<sup>75</sup> რომლებიც შეეხებოდა ჩეჩნეთის კონფლიქტის დროს რუსეთის სამხედრო ავიაციის მიერ ჩეჩნეთში განხორციელებულ დაბომბვებსა და სამოქალაქო პირების სიკვდილს, რამაც სასამართლო მეტად სადავო ფაქტების წინაშე დააყენა. ორივე საქმეში სასამართლო დაეყრდნო მხარეების მიერ წარმოდგენილ დეტალურ მტკიცებულებებს, მათ შორის, მოწმეთა ჩვენებებს, ინტერვიუებს სამხედრო მეთაურებთან, Human Rights Watch-ის მიერ მომზადებულ ანგარიშს, რუსეთის პროკურატურის გამოძიების მასალებსა და შიდა სასამართლოებში ფაქტების დადგენასთან დაკავშირებულ დოკუმენტებს.<sup>76</sup> ამასთან, სადავო ფაქტების დადგენის მიზნით, 2004 წლის 14 ოქტომბერს სტრასბურგში საჯარო ზეპირი მოსმენაც გაიმართა.<sup>77</sup>

სასამართლომ ანალოგიური მიდგომით განიხილა თურქეთის უსაფრთხოების ძალების მიერ PKK-ს მიმართ განხორციელებულ ქმედებები. რამდენიმე მათგანში სასამართლომ შეაფასა სადავოდ გამხდარი ფაქტები, რათა დაედგინა თურქეთის პასუხისმგებლობა თანმდევი სამოქალაქო მსხვერპლის ან სამხედრო ოპერაციების არაჯეროვანი დაგეგმვისა და განხორციელებისთვის.<sup>78</sup> ასევე, სამხედრო მოქმედებების შედეგად ქონების განადგურების მართლზომიერების შეფასების მიზნით, სასამართლომ მოახდინა სადავო ფაქტობრივი გარემოებების რეკონსტრუქცია.<sup>79</sup> ზოგიერთი აკრიტიკებს სასამართლოს მიდგომას ჩეჩნეთის საქმეებში ფაქტების დადგენასთან დაკავშირებით, სადაც „სასამართლოს ფაქტების დადგენა მხოლოდ წერილობითი მტკიცებულებებისა (რაც იმას ნიშნავს, რომ ერთი მოწმის ჯვარედინი დაკითხვაც კი არ მომხდარა) და მხარეთა მიერ წარმოდგენილი სხვა დოკუმენტების საფუძველზე მოუწია“.<sup>80</sup> ჩეჩნეთის საქმეებისგან განსხვავებით, კომისიის წევრებმა განახორციელეს ფაქტების დამდგენი ვიზიტები თურქეთის რამდენიმე საქმეში.<sup>81</sup>

<sup>73</sup> Schabas (სქ. 46) 807-810.

<sup>74</sup> *Isayeva v. Russia*, App no 57950/00 (ECtHR, 27 January 2005).

<sup>75</sup> *Isayeva, Yusupova and Bazayeva v. Russia*, App nos 57947/00, 57948/00, 57949/00 (ECtHR, 24 February 2005).

<sup>76</sup> *Isayeva (I)* (სქ. 74) §§ 37-115; *Isayeva (II)* (სქ. 75) §§ 43-107.

<sup>77</sup> *Isayeva (I)* (სქ. 74) §8; *Isayeva (II)* (სქ. 75) §9.

<sup>78</sup> იხ. მაგ., *Ergi v Turkey* ECHR 1998-IV; *Ahmet Özkan and Others v Turkey* App no 21689/93 (ECtHR, 6 April 2004); *Akpınar and Altun v Turkey* App no 56760/00 (ECtHR, 27 February 2007).

<sup>79</sup> იხ. მაგ., *Akdivar and Others v Turkey* [GC] ECHR 1996-IV; *Selçuk and Asker v Turkey* ECHR 1998-II.

<sup>80</sup> Kirill Koroteev, 'Legal Remedies for Human Rights Violations in the Armed Conflict in Chechnya: The Approach of the European Court of Human Rights in Context' (2010) 1 International Humanitarian Legal Studies, 275, 279-283.

<sup>81</sup> იხ. *Özkan* (სქ. 78); *Ergi* (სქ. 78); *Selçuk* (სქ. 79).



ჩეჩნეთისა და თურქეთის საქმეების ზოგადი მიმოხილვა ცხადყოფს, რომ, თუ სიტუაცია მიუთითებს „კონვენციის და საერთაშორისო ჰუმანიტარული სამართლის ერთდროულად დარღვევაზე, კომისია და სასამართლო უფრო ხშირად იყენებდნენ ფაქტების დამდგენ მისიებს, ვიდრე იმ სიტუაციებში, რომლებიც უკავშირდება ნაკლებად მძიმე საჩივრებს“.<sup>82</sup> თუმცა სასამართლო თავს იკავებს *in loco* გამოძიებებისგან, მიუხედავად ასეთი აქტივობების უპირატესობისა. ეს შესაძლოა აიხსნას კონფლიქტურ და პოსტ-კონფლიქტურ სიტუაციებში ფაქტების დამდგენი მისიების განხორციელებასთან დაკავშირებული სირთულეებით. მაგალითად, ოზკანის საქმეში თურქეთში მტკიცებულებების მოსაგროვებლად მივლინებულმა კომისიის დელეგაციამ ვერ მოახერხა იმ მტკიცებულების მოპოვება, რომელიც შესაძლებელს გახდიდა საქმეში არსებული ფაქტობრივი უზუსტობების დადგენას.<sup>83</sup>

როგორც ლიჩი, პარასკევა და უზელაკი ასკვნიან, 1990-იან წლებს შეიძლება ეწოდოს „სტრასბურგის მიერ ფაქტების დადგენის ოქროს ხანა, ვინაიდან არაერთ საქმეში - უმეტესწილად, თურქეთის წინააღმდეგ, ყოფილმა კომისიამ და, 1998 წლიდან, სასამართლომ განახორციელა მნიშვნელოვანი რაოდენობის ვიზიტები მხარეთა მიერ წარმოდგენილ ფაქტებს შორის არსებული არსებითი და მნიშვნელოვანი განსხვავებების თაობაზე გადაწყვეტილების მისაღებად“.<sup>84</sup> სასამართლოს გულგრილობა *in loco* ფაქტების დამდგენი აქტივობების განხორციელებისადმი განპირობებულია, ერთი მხრივ, მის წინაშე არსებული საქმეების მზარდი რიცხვით<sup>85</sup> და, მეორე მხრივ, სასამართლოს მიერ პოლიტიკის განზრახ ცვლილებით, რაც გულისხმობს სასამართლოს სუბსიდიური ბუნების გათვალისწინებას.<sup>86</sup> თუმცა სტრასბურგში მოწმეთა ზეპირი მოსმენების გამართვის შესაძლებლობა კვლავ რჩება გამოსადეგ მექანიზმად.

### 3.1.2. ფაქტების დადგენა შეიარაღებულ კონფლიქტთან დაკავშირებულ სახელმწიფოთაშორის და „კვაზისახელმწიფოთაშორისი“ საქმეების ფარგლებში

მიუხედავად იმისა, რომ სასამართლო არ არის სათანადოდ აღჭურვილი შეიარაღებულ კონფლიქტში ან/და კონვენციის ფართომასშტაბიანი დარღვევების დროს ფაქტების დადგენის სპეციალური შესაძლებლობებით, სახელმწიფოთაშორის საქმეებში მხარეები მაინც მიმართავენ სასამართლოს განსაკუთრებული მნიშვნელობის მატარებელი ფაქტების დადგენის თხოვნით.<sup>87</sup> სასამართლოს მიერ შეიარაღებულ კონფლიქტთან დაკავშირებულ სახელმწიფოთაშორის დავაში ფაქტების დადგენის პრაქტიკის ერთ-ერთი უახლესი მაგალითია სასამართლოს მიერ საქართველო რუსეთის წინააღმდეგ (II) საქმეში 2016 წლის 6-17 ივნისს სტრასბურგში გამართული მოწმეთა ზეპირი მოსმენის

<sup>82</sup> Vezzani (სქ. 72) 356.

<sup>83</sup> იხ. Özkan (სქ. 78) §§9, 139-150.

<sup>84</sup> Philip Leach, Costas Parakeva, Gordana Uzelac, 'Human Rights Fact-Finding: The European Court of Human Rights at a Crossroads' (2010) 28(1) NQHR 41, 42, 77.

<sup>85</sup> იქვე.

<sup>86</sup> Michael O'Boyle and Natalia Brady, 'Investigatory Powers of the European Court of Human Rights' in Olga Chernishova and Mikhail Lobov (eds), *Russia and the European Court of Human Rights: A Decade of Change - Essays in Honour of Anatoly Kovler, Judge of the European Court of Human Rights in 1999-2012* (Wolf Legal Publishers 2014) 141.

<sup>87</sup> 'Background Paper' (სქ. 52) 20.

დახურული სხდომა.<sup>88</sup> ასევე, 2012 წელს სასამართლომ მოწმეთა მოსმენის დახურული სხდომა გამართა საქმეში *საქართველო რუსეთის წინააღმდეგ (I)*.<sup>89</sup>

სასამართლო, სახელმწიფოთაშორის საქმეებთან დაკავშირებით, უფრო აქტიურად ითავსებს ფაქტების დამდგენი პირველი ინსტანციის სასამართლოს როლს, ვიდრე ინდივიდუალურ საჩივრებთან მიმართებით, რადგან პირველ შემთხვევაში შიდა სამართლებრივი საშუალებების ამოწურვის მოთხოვნიდან უფრო მეტი გამონაკლისი არსებობს და, როგორც წესი, სასამართლოს არ შეუძლია სახელმწიფოს შიდა ორგანოების მიერ დადგენილ ფაქტებზე დაყრდნობა.<sup>90</sup> სახელმწიფოთაშორისი საჩივრის ფარგლებში ფაქტების დადგენის კუთხით „პირველი ინსტანციის ტრიბუნალის“ როლს ითავსებდა ევროპული კომისია, რომელიც დიდ ძალისხმევას სწევდა ფაქტების დასადგენად, იღებდა მოწმეთა ჩვენებებს სხვადასხვა ადგილებიდან და ქმნიდა საკუთარ დეტალურ ანგარიშს საქმის ფაქტობრივ გარემოებებთან დაკავშირებით.<sup>91</sup> რაც შეეხება „კვაზი-სახელმწიფოთაშორის“ საქმეებს, ილაშკუს საქმეში სასამართლომ სხდომა გამართა ფაქტების დასადგენად, რომელიც ეხებოდა ეფექტური კონტროლისა და იურისდიქციის საკითხებს დნესტრისპირეთის კონტექსტში.<sup>92</sup>

### *3.2. სასამართლოსთან თანამშრომლობის ვალდებულება და სამხედრო ოპერაციები*

შეიარაღებული კონფლიქტის კონტექსტში მხარეების მიერ სასამართლოსთან თანამშრომლობის ვალდებულება ახალ განზომილებას იძენს. მიუხედავად იმისა, რომ კონვენცია პირდაპირ არ უთითებს ასეთ ვალდებულებაზე, იგი განსაზღვრულია „სასამართლოს წესების“ 44A წესით, რომლის თანახმადაც, „სამართალწარმოების დროს მხარეებს აკისრიათ სრულად თანამშრომლობის ვალდებულება და, კერძოდ, მათ საკუთარი შესაძლებლობების ფარგლებში უნდა მიიღონ ნებისმიერი ზომა, რომელსაც სასამართლო საჭიროდ ჩათვლის მართლმსაჯულების განხორციელებისთვის“.<sup>93</sup> ამასთან, თანამშრომლობის ვალდებულების შინაარსს განაზღვრავს „სასამართლოს წესების“ 44B და 44C წესები. 44B წესის მიხედვით, მხარეების მიერ თანამშრომლობის ვალდებულების შეუსრულებლობის შემთხვევაში, სასამართლოს თავმჯდომარეს აქვს ნებისმიერი საჭირო ზომის მიღების შესაძლებლობა. 44C წესის თანახმად კი, მხარეთა მიერ ინფორმაციის ან მტკიცებულების წარმოდგენლობის შემთხვევაში, სასამართლოს შეუძლია „ისეთი დასკვნების გაკეთება, როგორსაც იგი მიზანშეწონილად მიიჩნევს.“

<sup>88</sup> 'Witness hearing in the Inter-State case of Georgia v. Russia (II)', Press Release issued by the Registrar of the Court, 17.06.2016, ხელმისაწვდომია აქ: <https://www.coe.int/en/web/tbilisi/-/witness-hearing-in-the-inter-state-case-of-georgia-v-russia-ii-> [უკანასკნელად გადამოწმდა 14 აპრილს, 2020]. 7 მოსამართლისგან შემდგარმა დელეგაციამ ჯამში 33 მოწმეს მოუსმინა. 16 მათგანი გამოძახებული იყო საქართველოს მთავრობის, 11 - რუსეთის ფედერაციის მთავრობის, ხოლო 6 მოწმე - უშუალო სასამართლოს მიერ.

<sup>89</sup> *Georgia v. Russia (I)*, 2014 (სქ. 49), დანართი (მოწმეთა ჩვენებების შეჯამება).

<sup>90</sup> *Risini* (სქ. 55) 150, 168.

<sup>91</sup> Background Paper (სქ. 52) 20.

<sup>92</sup> *Ilaşcu and Others v. Moldova and Russia* [GC], App no 48787/99 (ECtHR, 8 July 2004) §§12-15.

<sup>93</sup> Rule 44A, inserted by the Court on 13 December 2004. Rules of Court of the European Court of Human Rights. 1 January 2020.

როგორ მოქმედებს 38-ე მუხლი შეიარაღებული კონფლიქტების საქმეებში, რომლებშიც კრიტიკული მნიშვნელობისაა მხარეების, განსაკუთრებით კი, მოპასუხე სახელმწიფოს მხრიდან სასამართლოსთან თანამშრომლობა? ერთ-ერთი კვლევის თანახმად, რუსეთისა და თურქეთის წინააღმდეგ აღძრულ საქმეებში 38-ე მუხლის დარღვევები „კონტექსტუალურად დაკავშირებულია“ ჩეჩენი აჯანყებულების და PKK-ს წევრების წინააღმდეგ განხორციელებულ უსაფრთხოების ოპერაციებთან. კერძოდ, რუსეთის შემთხვევაში ეს მაჩვენებელი არის 85%, ხოლო თურქეთის შემთხვევაში - 96%.<sup>94</sup> ეს მონაცემები აჩვენებს, რომ შეიარაღებულ კონფლიქტთან დაკავშირებულ საქმეებში მოპასუხე სახელმწიფოები თითქმის არ თანამშრომლობენ სასამართლოსთან. ამის მიზეზი შეიძლება იყოს ის, რომ საქმეები ეხება არასაერთაშორისო შეიარაღებულ კონფლიქტებს, რომელთაც სახელმწიფოები დღემდე აღიქვამენ ექსკლუზიურად შიდა საკითხად და მაქსიმალურად ცდილობენ ადამიანის უფლებათა ორგანოების, მათ შორის, ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს მიერ სამართლებრივი ზედამხედველობის განხორციელების პრევენციას. შესაბამისად, იბადება კითხვა, თუ რა პრაქტიკული ბერკეტი აქვს სასამართლოს სახელმწიფოთა მიერ თანამშრომლობის ასეთ დაბალ მაჩვენებელზე რეაგირებისთვის?

### 3.2.1. სახელმწიფო საიდუმლოებას მიკუთვნებული ინფორმაცია: თანამშრომლობაზე უარის თქმის საკმარისი საფუძველი?

სახელმწიფოები ხშირად მიუთითებენ, რომ სამხედრო ოპერაციებთან დაკავშირებული ინფორმაცია არის სახელმწიფო საიდუმლოება, რომლის სასამართლოსთვის მიწოდებაზე უარს, ერთი მხრივ, ასაბუთებენ ეროვნულ კანონმდებლობაზე, მეორე მხრივ კი - სასამართლოს მიერ ასეთი ინფორმაციის დაცვის შეუძლებლობაზე მითითებით.

შესაძლოა იმის მტკიცება, რომ კონვენციის ხელშემკვრელ სახელმწიფოებს აკისრიათ ვალდებულება, განავითარონ ეროვნული სამართალი და შესაბამისი პროცედურები იმისთვის, რომ გაამარტივონ სასამართლოსთან თანამშრომლობა. ამასთან, საერთაშორისო სამართლის ერთ-ერთი ზოგადი პრინციპის თანახმად, სახელმწიფოს არ შეუძლია ეროვნულ კანონმდებლობაზე მითითება საერთაშორისო ხელშეკრულების შეუსრულებლობის გასამართლებლად.<sup>95</sup> სასამართლო ასევე არადამაჯერებლად მიიჩნევს, სახელმწიფოს მხრიდან, ინფორმაციის წარდგენაზე უარს იმ საფუძველით, რომ აღიშნული ინფორმაცია არ არის რელევანტური საქმისთვის,<sup>96</sup> ვინაიდან მხოლოდ სასამართლოს შეუძლია ინფორმაციის რელევანტურობის შეფასება.<sup>97</sup> ერთადერთი შემთხვევა, რომელსაც სასამართლო არ მიიჩნევს კონვენციის 38-ე მუხლის დარღვევად არის ისეთი მოცემულობა, როდესაც დოკუმენტების წარმოუდგენლობას არსებითად ხელი არ შეუშლია საქმის ფაქტობრივი გარემოებების დადგენისთვის.<sup>98</sup> რუსეთი ხშირად აღნიშნავდა, რომ ჩეჩნეთთან დაკავშირებულ საქმეებში შეუძლებელი იყო სასამართლოსთვის სამ-

<sup>94</sup> Helena De Vylder and Yves Haeck, 'The Duty of Cooperation of the Respondent State during the Proceedings before the European Court of Human Rights' in Yves Haeck and Eva Brems (eds), *Human Rights and Civil Liberties in the 21st Century* (Springer 2014) 45.

<sup>95</sup> ვენის კონვენცია „სახელშეკრულებო სამართლის შესახებ“ UNTS vol. 1155, 331, მუხლი 27.

<sup>96</sup> *Khashiyev and Akayeva v Russia* App nos 57942/00, 57945/00 (ECtHR, 24 February 2005) §138.

<sup>97</sup> *Süheyla Aydin v Turkey* App no 25660/94 (ECtHR, 24 May 2005) §§ 142-143.

<sup>98</sup> *Karov v Bulgaria* App no 45964/99, (ECtHR, 16 November 2006) §§ 96-98.

ხედრო ოპერაციებთან დაკავშირებული გამოძიებების მასალების მიწოდება, რადგან ისინი შეიცავდნენ სენსიტიურ ინფორმაციას სამხედრო პერსონალისა და სპეციალური დანაყოფების ადგილმდებარეობისა და მოქმედებების შესახებ.<sup>99</sup> გარდა ეროვნული უსაფრთხოებისა, რუსეთი ეყრდნობოდა საკუთარ შიდა სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსს, რომელიც კრძალავს წინასწარი გამოძიების მასალებში არსებული ინფორმაციის გამჟღავნებას. თუმცა სასამართლოს ეს არგუმენტები არასდროს გაუზიარებია იმის გამო, რომ რუსეთს სასამართლოსთვის არ უთხოვია „სასამართლოს წესების“ 33(2)-ე წესის გამოყენება, რომელიც სასამართლოს აძლევს მისთვის მიწოდებული ინფორმაციის კონფიდენციალობის დაცვის საშუალებას „ისეთი ლეგიტიმური მიზნებიდან გამომდინარე, როგორიცაა ეროვნული უსაფრთხოების დაცვა, მხარეთა პირადი ცხოვრების ხელშეუხებლობა და მართლმსაჯულების ინტერესები“.<sup>100</sup> თუმცა რუსეთი ხშირად ამტკიცებს, რომ კონფიდენციალური ინფორმაციის გამჟღავნებისთვის სანქციის არარსებობა იმას ნიშნავს, რომ სასამართლოს არ შეუძლია ასეთი ინფორმაციის დაცვა.<sup>101</sup> მიუხედავად ამისა, სასამართლოსთვის ეს არგუმენტები არადამაჯერებელია მოთხოვნილი საჭირო ინფორმაციის მიუწოდებლობის გასამართლებლად და იგი ასეთ შემთხვევებში ადგენს კონვენციის 38-ე მუხლის დარღვევას.

### 3.2.2. მხარისთვის არასასურველი დასკვნის გაკეთება, როგორც სასამართლოსთვის ინფორმაციის მიწოდების ვალდებულების დარღვევის შედეგი

კონვენციის 38-ე მუხლის დარღვევის დადგენის შემთხვევაში სასამართლოს შეუძლია, „გამოიტანოს ისეთი დასკვნები, როგორსაც იგი მიიჩნევს მიზანშეწონილად“.<sup>102</sup> ასეთი დასკვნაა, მაგალითად, მომჩივნის პოზიციის დასაბუთებულად მიჩნევა.<sup>103</sup> თანამშრომლობის ვალდებულების დარღვევის შემთხვევებზე სასამართლოს ასეთი რეაგირება პრაქტიკული და ეფექტიანი მიდგომაა, რომლის შედეგადაც, მტკიცების ტვირთი სასამართლოს მოპასუხე სახელმწიფოზე გადააქვს, თუკი მომჩივანი წარმოაჩენს *prima facie* დასაბუთებას.<sup>104</sup> სასამართლოს ასეთი მიდგომა მისასალმებელია, რადგან სასამართლოს არ აქვს სხვა ბერკეტი, რომ სახელმწიფო აიძულოს ისეთი ინფორმაციის მიწოდება, რომელსაც ეს უკანასკნელი მიიჩნევს საქმისთვის არარელევანტურად, სახელმწიფო საიდუმლოებად ან/და მიზეზად იყენებს ეროვნულ კანონმდებლობას. „შესაბამისი დასკვნების გამოტანა“ მთავარი პრაგმატული ინსტრუმენტია შეიარაღებული კონფლიქტების საქმეების განხილვისას, რადგან სამხედრო ოპერაციებს ყოველთვის ახასიათებს კონფიდენციალობის მაღალი ხარისხი.

<sup>99</sup> იხ. მაგ., *Bitiyeva and X v. Russia*, App nos 57953/00, 37392/03 (ECtHR, 21 June 2007) §124.

<sup>100</sup> იქვე, §125.

<sup>101</sup> *Musikhanova and Others v Russia*, App no 27243/03 (ECtHR, 4 December 2008) §104; *Ayubov v Russia*, App no 7654/02 (ECtHR, 12 February 2009) §108; *Sadykov v Russia* App no 41840/02 (ECtHR, 7 October 2010) §280.

<sup>102</sup> Rule 44C (1), Rules of Court of the European Court of Human Rights (9 September 2019).

<sup>103</sup> *Timurtaş v. Turkey* ECHR 2000-VI, §66.

<sup>104</sup> De Vylder, Haec (სქ. 94) 66.

#### 4. სასამართლოს დროებითი ღონისძიებები შეიარაღებულ კონფლიქტში

ზოგადად, სახელმწიფოები ნაკლებად ასრულებენ შეიარაღებულ კონფლიქტთან დაკავშირებულ საქმეებში საერთაშორისო სასამართლოების მიერ დადგენილ დროებით ღონისძიებებს.<sup>105</sup> თუმცა ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლო თავს არ იკავებს შეიარაღებულ კონფლიქტთან დაკავშირებულ საქმეებში დროებითი ზომების მითითებისგან.

##### 4.1. დროებითი ღონისძიებები ინდივიდუალურ საქმეებში

„სასამართლოს წესების“ 39-ე წესის თანახმად, სასამართლოს შეუძლია, მოპასუხე სახელმწიფოს განუსაზღვროს დროებითი ღონისძიება ისეთ შემთხვევებში, როდესაც არსებობს ადამიანის უფლებათა სერიოზული დარღვევის რისკი სასამართლოს მიერ საქმის განხილვის დასრულებამდე. მიუხედავად იმისა, რომ დროებითი ღონისძიებები, თანამშრომლობის ვალდებულების მსგავსად, გათვალისწინებულია „სასამართლოს წესებში“ და არა უშუალოდ კონვენციაში, 2005 წელს დიდმა პალატამ *მამატკულოვის* საქმეში პირველად განმარტა, რომ სასამართლოს მიერ განსაზღვრული დროებითი ღონისძიებები შესასრულებლად სავალდებულოა, ხოლო მათი შეუსრულებლობა იწვევს 34-ე მუხლით გათვალისწინებული ინდივიდუალური საჩივრის უფლების დარღვევას.<sup>106</sup> სასამართლოს პრაქტიკაში დროებითი ზომების მიღების მოთხოვნა და ამ მოთხოვნის დაკმაყოფილება დამახასიათებელია ექსტრადიციისა და ქვეყნიდან გაძევების საქმეებისთვის.<sup>107</sup>

ჰაეკის და ჰერერას მიერ 2000-2010 წლების საქმეების ანალიზი აჩვენებს, რომ საქმეები, რომელთა ფარგლებშიც წევრი სახელმწიფოები არ აღასრულებდნენ დროებით ღონისძიებებს, კონკრეტულად „კონფლიქტთან დაკავშირებული“ საქმეებია.<sup>108</sup> ამის მიზეზები შესაძლოა იყოს როგორც პოლიტიკური მოსაზრებები,<sup>109</sup> ისე სამართლებრივი შეხედულება იმასთან დაკავშირებით, რომ დროებითი ღონისძიებები წესად ჩამოყალიბდა არა სახელმწიფოების მიერ კონვენციის მეშვეობით, არამედ სასამართლომ იგი თავად განავითარა თავის წესებში როგორც „კონსენსუალური სამართალი“.<sup>110</sup> ამდენად, მიუხედავად *მამატკულოვის* საქმეზე დროებითი ზომების სავალდებულო ხასიათის შესახებ მიღებული პრეცედენტული გადაწყვეტილებისა, სახელმწიფოების გადმოსახედიდან, ასეთ ზომებს მაინც აკლია ლეგიტიმაცია.

<sup>105</sup> იხ. მაგ., Gentian Zyberi, 'Provisional Measures of the International Court of Justice in Armed Conflict Situations' [2010] 23 LJIL 571.

<sup>106</sup> *Mamatkulov and Askarov v. Turkey* [GC] ECHR 2005-I, §§103-129.

<sup>107</sup> დროებითი ღონისძიებების შესახებ სასამართლო პრაქტიკის ზოგადი მიმოხილვისთვის, იხ. 'Factsheet – Interim Measures' (March 2020), ხელმისაწვდომია აქ:

[https://www.echr.coe.int/Documents/FS\\_Interim\\_measures\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Interim_measures_ENG.pdf) [უკანასკნელად გადამოწმდა 14 აპრილს, 2020].

<sup>108</sup> Yves Haecck and Clara Burbano Herrera, 'The Use of Interim Measures Issued by the European Court of Human Rights in Times of War or Internal Conflict' in Antoine Buyse (ed), *Margins of Conflict: The ECHR and Transitions to and from Armed Conflict* (Intersentia 2011) 120-123 (შესაბამის საქმეებზე მითითებით).

<sup>109</sup> იქვე, 121.

<sup>110</sup> Stefan Kirchner, 'Interim Measures in Inter-State Proceedings before the European Court of Human Rights: *Ukraine v Russia*' (2014) 3(1) University of Baltimore Journal of International Law, 33, 52.

#### 4.2. დროებითი ღონისძიებები სახელმწიფოთაშორის საქმეებში: საქართველო-ლოსა და უკრაინის საქმეები რუსეთის წინააღმდეგ

მიიჩნევა, რომ სასამართლოს მიერ მამატკულოვის ინდივიდუალური საჩივრის პროცედურის ფარგლებში დადგენილი დროებითი ღონისძიების მბოჭავი ხასიათის სახელმწიფოთაშორისი საჩივრების კონტექსტში უცვლელად გადატანა დაკავშირებულია დიდ სირთულეებთან,<sup>111</sup> რაც განპირობებულია უშუალოდ ამ ორი განსხვავებული ტიპის საჩივრის ფარგლებითა და სპეციფიკით.<sup>112</sup> მაშინ, როდესაც ინდივიდუალურ საქმეში სასამართლოს მარტივად შეუძლია, შეაფასოს დროებითი ღონისძიებების შესრულება, სახელმწიფოთაშორის საქმეებში სასამართლოს მოუწევს განსხვავებულ რეალობაში მოქმედება.

2008 წლის აგვისტოს რუსეთ-საქართველოს ომის კონტექსტში, 2008 წლის 11 აგვისტოს, საქართველომ ადამიანის უფლებათა ევროპულ სასამართლოს სთხოვა დროებითი ღონისძიების გამოყენება, რათა რუსეთს თავი შეეკავებინა „ნებისმიერი ღონისძიების განხორციელებისგან, რომელმაც შეიძლება საფრთხე შეუქმნას სამოქალაქო მოსახლეობის სიცოცხლეს ან ჯანმრთელობის მდგომარეობას და, ჰუმანიტარული დერეფნის გავლით, საქართველოს საგანგებო ძალებს მიეცეს საშუალება, განახორციელონ ყველა საჭირო ღონისძიება [კონფლიქტის ზონაში] დარჩენილი დაშავებული სამოქალაქო მოსახლეობისთვის და ჯარისკაცებისთვის დახმარების აღმოჩენის მიზნით“.<sup>113</sup> აღნიშნული მოთხოვნა დაყენებული იყო საქართველოს მიერ რუსეთის წინააღმდეგ, იმავე დღეს შეტანილი საჩივრის ფარგლებში. პარალელურად, გრძელდებოდა აქტიური საბრძოლო მოქმედებები.

სასამართლომ საქართველოს მოთხოვნა მეორე დღესვე, 2008 წლის 12 აგვისტოს დააკმაყოფილა. სასამართლოს თავმჯდომარემ, იმის გათვალისწინებით, რომ მაშინ არსებული სიტუაცია ქმნიდა კონვენციის უხეში დარღვევების რეალურ და განგრძობად რისკს, ორივე მხარეს მოუწოდა კონვენციის ვალდებულებების, განსაკუთრებით კი, მე-2 და მე-3 მუხლების დაცვისკენ. ამავე გადაწყვეტილებით, მხარეებს დაეკისრათ დროებითი ღონისძიების განხორციელებასთან დაკავშირებული ინფორმაციის სასამართლოსთვის მიწოდების ვალდებულება, თუ სასამართლო ამას მოითხოვდა.<sup>114</sup> აღსანიშნავია, რომ ეს დროებითი ღონისძიება დღემდე ძალაშია.<sup>115</sup>

სასამართლოს მაშინდელი მოსამართლე ეგბერტ მაიერის შეფასებით, საქართველოს მიერ მოთხოვნილი დროებითი ღონისძიება იყო უპრეცედენტო, სასამართლოსგან მოთ-

<sup>111</sup> Risini (სქ. 55) 139, 157.

<sup>112</sup> Philip Leach, 'Ukraine, Russia and Crimea in the European Court of Human Rights' (EJIL: *Talk!*, 19 March 2014) ხელმისაწვდომია აქ: <http://www.ejiltalk.org/ukraine-russia-and-crimea-in-the-european-court-of-human-rights/> [უკანასკნელად გადამოწმდა 14 აპრილს, 2020]

<sup>113</sup> 'ECHR Grants Request for Interim Measures', Press release 581 (12.08.2008) ხელმისაწვდომია აქ: <http://hudoc.echr.coe.int/eng-press?i=003-2458412-2647173> [უკანასკნელად გადამოწმდა 14 აპრილს, 2020].

<sup>114</sup> იქვე.

<sup>115</sup> Georgia, Country Profile (February 2020), 7 ხელმისაწვდომია აქ: [https://www.echr.coe.int/Documents/CP\\_Georgia\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/CP_Georgia_ENG.pdf) [უკანასკნელად გადამოწმდა 14 აპრილს, 2020].

ხოვნილ ყველა სხვა დროებით ღონისძიებასთან შედარებით,<sup>116</sup> რომლის დაკმაყოფილებითაც სასამართლომ შექმნა პრეცედენტი, რადგან იგი პირველად ჩაერია მიმდინარე საერთაშორისო შეიარაღებულ კონფლიქტთან დაკავშირებულ საქმეში მოსახლეობის დაცვის მიზნით.<sup>117</sup> თუმცა, როგორც მან სწორად აღნიშნა, მოცემულ საქმეში დროებით ღონისძიებას არ ჰქონდა მცირედი გავლენაც კი რომელიმე სახელმწიფოს მეთაურზე, რომელიც იმ მომენტისთვის ჩართული იყო სამხედრო მოქმედებებში.<sup>118</sup> შესაბამისად, საეჭვოა, რამდენად აქვს შემაკავებელი ეფექტი სასამართლოს მიერ აქტიურ შეიარაღებულ კონფლიქტში განსაზღვრულ დროებით ღონისძიებებს. ამასთან, აღსანიშნავია, რომ სასამართლომ იმოქმედა ფრთხილად, არ დაიჭირა კონკრეტული სახელმწიფოს მხარე და დროებითი ღონისძიების შესრულების ვალდებულება განუსაზღვრა არა მხოლოდ რუსეთს, არამედ - საქართველოსაც.<sup>119</sup> ყურადღებას ამახვილებენ იმ ფაქტზეც, რომ სასამართლომ არ დააკმაყოფილა საქართველოს მიერ მოთხოვნილი კონკრეტული დროებითი ღონისძიებები, როგორც იყო ჰუმანიტარული დერეფნის გავლით დაშავებული სამოქალაქო მოსახლეობისთვის და ჯარისკაცებისთვის დახმარების აღმოჩენა.<sup>120</sup> ამ დროებითი ღონისძიების ფართო ფორმულირების გამო, სასამართლოს გაუჭირდება იმის დადგენა, თუ რომელმა მხარემ და რა ფარგლებში დაიცვა დროებითი ღონისძიება.

დროებითი ღონისძიებების გამოყენება ასევე მოითხოვს უკრაინამ საქმეში რუსეთის წინააღმდეგ. ისინი შესაძლოა დაჯგუფდეს დეკლარაციული ხასიათის დროებით ღონისძიებებად, ინფორმაციის მოთხოვნის დროებით ღონისძიებებად და კონკრეტული ინდივიდების სასარგებლოდ მიღებულ დროებით ღონისძიებებად.<sup>121</sup> 2014 წლის 13 მარტს უკრაინამ დაიწყო სახელმწიფოთაშორისი დავა რუსეთის წინააღმდეგ ყირიმსა<sup>122</sup> და აღმოსავლეთ უკრაინაში<sup>123</sup> მომხდარ სავარაუდო დარღვევებთან დაკავშირებით. ამავე დროულად, უკრაინამ მოითხოვა დროებითი ღონისძიების გამოცემა რუსეთის მიერ ისეთი ქმედებებისგან თავის შეკავების მიზნით, რომელსაც შეეძლო „უკრაინის ტერიტორიაზე სამოქალაქო მოსახლეობის სიცოცხლისა და ჯანმრთელობისთვის საფრთხის შექმნა“.<sup>124</sup> სასამართლომ იმავე დღეს დააკმაყოფილა უკრაინის მოთხოვნა და ორივე მხარეს მოუწოდა, თავი შეეკავებინათ ნებისმიერი მოქმედებისგან, განსაკუთრებით, სამხედრო ოპერაციებისგან, რომელსაც შეეძლო გამოეწვია სამოქალაქო მოსახლეობის კონვენციისეული უფლებების დარღვევა.<sup>125</sup> მიუხედავად ამ ორ საქმეს შორის არსებული

<sup>116</sup> Egbert Myjer, 'The European Court of Human Rights and Armed Conflicts between High Contracting Parties: Some General Remarks' in Jean Barthélemy and others, *Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Costa La Conscience des Droits* (Dalloz 2011), 461-62.

<sup>117</sup> Haack, Herrera (სქ. 108) 97-98.

<sup>118</sup> Myjer (სქ. 116).

<sup>119</sup> იქვე.

<sup>120</sup> Philip Leach, (სქ. 112).

<sup>121</sup> Risini (სქ. 56) 156-157.

<sup>122</sup> *Ukraine v Russia (re Crimea)*, App no 20958/14.

<sup>123</sup> *Ukraine v Russia (re Eastern Ukraine)* App no 8019/16.

<sup>124</sup> 'Interim Measure Granted in Inter-State Case Brought by Ukraine against Russia', Press Release ECHR 073 (2014) (13.03.2014), ხელმისაწვდომია აქ: <http://hudoc.echr.coe.int/eng-press?i=003-4699472-5703982> [უკანასკნელად გადამოწმდა 14 აპრილს, 2020].

<sup>125</sup> იქვე (ხაზგასმა ავტორისა).

მსგავსებისა, განსხვავებები გვხვდება ინფორმაციის მიწოდების ნაწილში: უკრაინის მიერ ინიცირებულ საქმეებში ორივე მხარეს დაევალა პირველივე შესაძლებლობისთანავე სასამართლოსთვის ინფორმაციის მიწოდება გატარებული ღონისძიებების შესახებ, ხოლო საქართველოს შემთხვევაში მხარეების მიერ სასამართლოსთვის ინფორმაციის მიწოდება დამოკიდებული იყო სასამართლოს მოთხოვნაზე. მეტიც, უკრაინის საქმეში მიღებული დროებითი ღონისძიებები შეიარაღებული კონფლიქტის პრაქტიკულ რეალობას ასახავს იმით, რომ ყურადღებას ამახვილებს სამხედრო ოპერაციებსა და სამოქალაქო მოსახლეობაზე. ამასთან, ისინი უფრო კონკრეტული სახისაა, ვიდრე საქართველო რუსეთის წინააღმდეგ (II) საქმეში დადგენილი დროებითი ღონისძიებები.

ორივე საქმეში დროებითმა ღონისძიებებმა შეიძინა ახალი დატვირთვა, როგორც სასამართლოს მიერ საერთაშორისო კონფლიქტზე რეაგირების მნიშვნელოვანმა ინსტრუმენტმა. კონფლიქტებთან დაკავშირებული დროებითი ღონისძიებების ანალიზი ცხადყოფს, რომ ხშირ შემთხვევებში, ისინი უზრუნველყოფენ მომჩივნების ეფექტიან დროებით დაცვას კრიტიკულ სიტუაციებში. თუმცა უნდა აღინიშნოს, რომ დროებითი ღონისძიებები ვერ მოქმედებს „სასწაულებრივად“, რადგან „სამართლებრივი ინსტრუმენტი *per se* არასაკმარისია (პოლიტიკური) რეალობის გარდაქმნისთვის“.<sup>126</sup> მიმდინარე შეიარაღებული კონფლიქტის კონტექსტში, სამოქალაქო მოსახლეობის დაცვის მიზნით, დროებით ზომებს უფრო ხშირად ითხოვს სამხედრო თვალსაზრისით არახელსაყრელ მდგომარეობაში მყოფი სახელმწიფო.<sup>127</sup> აქედან გამომდინარე, გასაკვირი არ არის, რომ საქართველოს მიერ მოთხოვნილმა დროებითმა ღონისძიებამ დატოვა პოლიტიკური დახმარების თხოვნის, ვიდრე დროებითი ღონისძიების მოთხოვნის შთაბეჭდილება.<sup>128</sup> ამასთან, პრობლემურია დროებითი ღონისძიების, როგორც თანმდევი იურისდიქციის ფარგლებში მიღებული გადაწყვეტილების მიზანშეწონილობა ორ სახელმწიფოს შორის შეიარაღებული კონფლიქტიდან წარმოშობილ პოლიტიკურ უთანხმოებებზე გადაწყვეტილების მისაღებად. თუმცა ოპტიმისტური მიდგომით, შესაძლოა ითქვას, რომ გრძელვადიან პერსპექტივაში დროებითმა ღონისძიებებმა შეიძლება ხელი შეუწყონ სახელმწიფოს მიერ ადამიანის უფლებების საერთაშორისო სამართლისა და საერთაშორისო ჰუმანიტარული სამართლის სტანდარტების დაცვას.<sup>129</sup> წინამდებარე სტატიაზე მუშაობის პერიოდისთვის, რთულია იმის შეფასება, თუ საბოლოოდ, რამდენად ეფექტიანი აღმოჩნდება დროებითი ღონისძიებები საქართველოსა და უკრაინის საჩივრების კონტექსტებში, ვინაიდან სასამართლო ჯერ კიდევ ამ საქმეების განხილვის პროცესშია და არ მიუღია გადაწყვეტილება დროებით ღონისძიებებთან მხარეთა ქმედებების შესაბამისობის თაობაზე. თუმცა შესაძლოა, ვივარაუდოთ, რომ სასამართლო ასეთ ღონისძიებებს გარკვეულ წონას მიანიჭებს საქმის არსებითად განხილვის დროს.

<sup>126</sup> Haeck and Herrera (სქ. 108) 129.

<sup>127</sup> ეს ნათლადაა წარმოჩენილი *Georgia v Russia (II)* საქმეში განსაზღვრული დროებითი ღონისძიებებით.

<sup>128</sup> Myjer (სქ. 116) 461, 472.

<sup>129</sup> Zyberi (სქ. 105) 571-584.



## 5. პილოტური გადაწყვეტილება: შეიარაღებულ კონფლიქტთან დაკავშირებული დიდი რაოდენობის ინდივიდუალური საჩივრების ეფექტიანი ადმინისტრირების მქონეობა?

ვინაიდან შეიარაღებული კონფლიქტის სიტუაციებში, როგორც წესი, ათასობით ერთმანეთის მსგავსი ინდივიდუალური საჩივარი წარმოიშობა,<sup>130</sup> სასამართლოსთვის ფაქტობრივად შეუძლებელი ხდება თითოეულ მათგანთან გამკლავება, რადგან იგი, ზოგადად, გადატვირთულია.<sup>131</sup> ამ მოცემულობაში, საჭიროა დაისვას კითხვა, თუ რამდენად შეუძლია სასამართლოს მსგავს სიტუაციებთან გამკლავება და შესაძლოა თუ არა, რომ გამოსავალი პილოტურ გადაწყვეტილებებში ვიპოვოთ?

სასამართლომ შეიძლება გამოიყენოს პილოტური გადაწყვეტილების პროცედურა და „მიიღოს პილოტური გადაწყვეტილება, როდესაც საჩივრის ფაქტები აჩვენებს, რომ მოპასუხე სახელმწიფოში არსებობს სტრუქტურული ან სისტემური პრობლემა ან სხვა მსგავსი ხარვეზი, რომელმაც წარმოშვა ან შეიძლება წარმოშვას მსგავსი საჩივრები“.<sup>132</sup> პილოტური გადაწყვეტილების პროცედურა შემუშავდა ე. წ. „განმეორებად საქმეებზე“ საპასუხოდ და მისი მიზანია არა მხოლოდ კონვენციის დარღვევების დადგენა, არამედ ამ დარღვევების გამომწვევი სტრუქტურული პრობლემების იდენტიფიცირება და სახელმწიფოებისთვის მათი გამოსწორების ვალდებულების დაკისრება.<sup>133</sup> ამ პროცედურის ფარგლებში, სასამართლოს შეუძლია, გადადოს ან „გაყინოს“ დაკავშირებული საქმეები განსაზღვრული დროით, მანამ, სანამ სახელმწიფო დაუყოვნებლივ იმოქმედებს ეროვნულ დონეზე ზომების მისაღებად.<sup>134</sup>

პირველი პილოტური გადაწყვეტილება სასამართლოს დიდმა პალატამ 2004 წელს, ბრონიოვსკის საქმეში მიიღო, რომელშიც მომჩივანი დაობდა პოლონეთის მთავრო-

<sup>130</sup> გარდა *Georgia v Russia (II)* სახელმწიფოთაშორისი საქმისა, საქართველოს წინააღმდეგ სასამართლოში დაახლოებით 3,300 ინდივიდუალური საჩივარი შევიდა 2008 წელს ცხინვალის ტერიტორიაზე მიმდინარე საბრძოლო მოქმედებების შედეგად, სავარაუდოდ, დაზარალებული პირების მიერ. 2010 წლის განმავლობაში, 5 კომუნიცირებული საქმე და 1,549 ახალი საჩივარი ამოირიცხა სასამართლოს სიიდან. ხოლო 2020 წლის მარტის მონაცემებით, სასამართლოში რეგისტრირებულია 600-მდე ინდივიდუალური საჩივარი 2008 წლის საბრძოლო მოქმედებებთან დაკავშირებით როგორც საქართველოს, ისე რუსეთის ან ორივე ქვეყნის წინააღმდეგ. იხ. *Georgia, Country profile, February 2020*, 7, ხელმისაწვდომია აქ: [https://www.echr.coe.int/Documents/CP\\_Georgia\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/CP_Georgia_ENG.pdf) [უკანასკნელად გადამოწმდა 14 აპრილს, 2020]. რაც შეეხება საბრძოლო მოქმედებებს აღმოსავლეთ უკრაინასა და ყირიმში, - მათთან დაკავშირებით სასამართლომ მიიღო 6,500-ზე მეტი ინდივიდუალური საჩივარი. იხ. *Ukraine, Country profile, January 2020*, 11-12, ხელმისაწვდომია აქ: [https://www.echr.coe.int/Documents/CP\\_Ukraine\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/CP_Ukraine_ENG.pdf) [უკანასკნელად გადამოწმდა 14 აპრილს, 2020].

<sup>131</sup> 2018 წელს სასამართლოში 43,100 საჩივარი შევიდა, ხოლო 2017 წელს - 63,350. იხ. *Annual Report 2018, European Court of Human Rights, 2019*, 167 ხელმისაწვდომია აქ: [https://www.echr.coe.int/Documents/Annual\\_report\\_2018\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Annual_report_2018_ENG.pdf) [უკანასკნელად გადამოწმდა 14 აპრილს, 2020].

<sup>132</sup> Rule 61(1), inserted by the Court on 21 February 2011, Rules of Court of the European Court of Human Rights. 9 September 2019.

<sup>133</sup> 'Factsheet – Pilot judgments', Press Unit of the European Court of Human Rights (April 2020), 1. ხელმისაწვდომია აქ: [https://www.echr.coe.int/Documents/FS\\_Pilot\\_judgments\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Pilot_judgments_ENG.pdf) [უკანასკნელად გადამოწმდა 14 აპრილს, 2020].

<sup>134</sup> იქვე.

ბისგან კომპენსაციის მიღების უფლებაზე, მიტოვებული ქონების სანაცვლოდ.<sup>135</sup> პოლონეთის მთავრობის თანახმად, მომჩივნის მსგავს სიტუაციაში მყოფი პირების მოსალოდნელი რაოდენობა 80,000 იყო (Bug River საქმეები). სასამართლომ დაადგინა, რომ სახეზე იყო მომჩივნის საკუთრის უფლება, რაც გამოწვეული იყო პოლონეთის სამართლებრივ სისტემასა და პრაქტიკაში არსებული სისტემური ხარვეზით. შესაბამისად, პოლონეთს დაევალა, რომ უზრუნველყო მომჩივნის და დანარჩენი 80,000 პირის ინტერესების დაკმაყოფილება სათანადო საკანონმდებლო და ადმინისტრაციული ღონისძიებებით, დანარჩენ მსგავს საჩივრებზე კი წარმოება შეჩერდა.<sup>136</sup> 2008 წელს, სასამართლომ დახურა Bug River საქმეები მას შემდეგ, რაც დაასკვნა, რომ პოლონეთის მიერ მიღებული კომპენსაციის ახალი სქემა პრაქტიკაში ეფექტიანად მუშაობდა.<sup>137</sup> 2011 წელს კი პილოტური გადაწყვეტილების პროცედურა კოდიფიცირებული სახით ცალკე პროცედურად აისახა სასამართლოს 61-ე წესში.<sup>138</sup>

ბრონიოვსკის საქმეზე დაყრდნობით, სასამართლო პილოტურ გადაწყვეტილებებს იყენებს მკაცრი გაგებით, ე. ი. ეს ისეთი გადაწყვეტილებებია, რომლებიც, 61(3) წესის თანახმად, გადაწყვეტილების სარეზოლუციო (დასკვნით) ნაწილში აკონკრეტებს სისტემური პრობლემის ბუნებას და მოპასუხე სახელმწიფოს მიერ გასატარებელი ღონისძიებების სახეს.<sup>139</sup> სასამართლოს შეუძლია, გამოიყენოს „მართლმსაჯულების კარგი ადმინისტრირებისა“ და „სამართლებრივი ეკონომიის“ ცნებები, რათა თავიდან აიცილოს სამართალწარმოების არაგონივრული ხანგრძლივობა.<sup>140</sup> მაგრამ, რამდენად რელევანტურია პილოტური გადაწყვეტილება შეიარაღებული კონფლიქტის შედეგად წარმოშობილი დიდი რაოდენობის და ერთმანეთის მსგავს საჩივრებთან გასამკლავებლად?

ერთ-ერთი შესაძლო გამონაკლისი, როდესაც სასამართლომ პილოტური გადაწყვეტილება გამოიყენა კონფლიქტთან დაკავშირებულ საქმეში, არის გადაწყვეტილება საქმეზე *ქსენიდეს-არესტისი თურქეთის წინააღმდეგ*, რომელიც უკავშირდებოდა საკუთრების უფლების ჩამორთმევას თურქეთის მიერ ჩრდილოეთ კვიპროსის ოკუპაციის შედეგად.<sup>141</sup> გადაწყვეტილებას აქვს პილოტური გადაწყვეტილების ნიშან-თვისებები, თუმცა, არა მკაცრი გაგებით. აღსანიშნავია, რომ სასამართლომ *ქსენიდეს-არესტისი* რეტროსპექტულად შეაფასა პილოტურ გადაწყვეტილებად *დემოპულოსის* საქმეში.<sup>142</sup> კომენტატორთა აზრით, *ქსენიდეს-არესტისი* უნდა ჩაითვალოს „კვაზიპილოტურ“ გადაწყვეტილებად, რადგან სასამართლომ ამ საქმეში ექსპლიციტურად არ გამოუყენებია პილო-

<sup>135</sup> *Broniowski v. Poland* [GC], no. 31443/96, 22 June 2004.

<sup>136</sup> 'Adjournment of "Bug River" cases' (Press release, 31 August 2004), ხელმისაწვდომია აქ: <http://hudoc.echr.coe.int/eng-press?i=003-1062015-1099568> [უკანასკნელად გადამოწმდა 14 აპრილს, 2020].

<sup>137</sup> 'First "pilot judgment" procedure brought to a successful conclusion Bug River cases closed' (Press release, 06 October 2008) ხელმისაწვდომია აქ: <http://hudoc.echr.coe.int/eng-press?i=003-2510971-2712345> [უკანასკნელად გადამოწმდა 14 აპრილს, 2020].

<sup>138</sup> Rule 61, inserted by the Court on 21 February 2011, Rules of Court, 1 January 2020.

<sup>139</sup> 'Factsheet – Pilot judgments' (სქ. 133), შენიშვნა 1.

<sup>140</sup> *Antal Berkes, 'Concurrent Applications before the European Court of Human Rights: Coordinated Settlement of Massive Litigation from Separatist Areas'* (2018) 34(1) *Am.U.Int'l L.Rev* 1, 19-24.

<sup>141</sup> *Xenides-Arestis v Turkey* App no 46347/99 (ECtHR, 22 December 2005).

<sup>142</sup> *Demopoulos and Others v Turkey* (dec.) [GC] App nos 46113/99 and 7 others (ECtHR, 1 March 2010) §73.

ტური პროცედურა,<sup>143</sup> მიუხედავად იმისა, რომ თურქეთი ვალდებული იყო შეემუშავებინა დარღვევის აღმოფხვრის მექანიზმი, რომელიც რეალურად ეფექტიან დაკმაყოფილებას უზრუნველყოფდა თურქეთის წინააღმდეგ აღძრული, საკუთრებასთან დაკავშირებული 1,400 საჩივრის თითოეული ავტორისთვის, რომელთა უმრავლესობაც ბერძენი კვიპროსელი იყო.<sup>144</sup> ქურთული საქმეების კონტექსტში ჩატარებულ ემპირიულ კვლევებზე დაყრდნობით, სწორად მიიჩნევა, რომ „მართალია, პილოტური გადაწყვეტილებები შესაძლოა ეფექტიანი აღმოჩნდეს სისტემური სამართლებრივი პრობლემებიდან მომდინარე განმეორებად საქმეებთან გასამკლავებლად, მაგრამ ისინი არ უნდა გავრცელდეს კონფლიქტურ ან პოსტკონფლიქტურ მდგომარეობასთან დაკავშირებულ საქმეებში, რომლებშიც წამოჭრილი პრობლემების ფესვებიც ეთნო-პოლიტიკურ უთანხმოებებშია ჩამალული“.<sup>145</sup>

ბრონიოვსკის მიხედვით, პილოტური გადაწყვეტილების მთელი არსი მდგომარეობს ქვეყანაში „სტრუქტურული ან სისტემური პრობლემის ან სხვა მსგავსი ხარვეზის“ იდენტიფიცირებასა და მის მოგვარებაში. ეს მიდგომა არათავსებადია შეიარაღებული კონფლიქტების რეალობასთან, სადაც განმეორებადი საჩივრების მთავარი მიზეზი დაკავშირებულია არა ხარვეზიან კანონმდებლობასთან ან ასეთ ადმინისტრაციულ პრაქტიკასთან, არამედ - სამხედრო ოპერაციებთან. პილოტური გადაწყვეტილების გამოყენება შესაძლებელია შეიარაღებული კონფლიქტის ზოგიერთ ასპექტთან, - მაგალითად, კონფლიქტის შემდგომ კომპენსაციის სქემებთან მიმართებით, მაგრამ იგი ვერ გაართმევს თავს მიმდინარე სამხედრო მოქმედებების დროს ჩადენილ სავარაუდო დარღვევასთან დაკავშირებულ მრავალრიცხოვან საჩივრებს.

## 6. სახელმძღვანელო გადაწყვეტილებები: პილოტური გადაწყვეტილების ალტერნატივა შეიარაღებული კონფლიქტის საქმეებში

პილოტური პროცედურა არც საკმარისად მოქნილია და არც შესაბამისი იმისთვის, რომ იგი შეიარაღებულ კონფლიქტებთან დაკავშირებულ საჩივრებთან მიმართებით იყოს გამოყენებული. ნაცვლად ამისა, სასამართლოს ხელთ აქვს ისეთი პროცედურული მექანიზმები, როგორიცაა „სახელმძღვანელო“ გადაწყვეტილებები - „ინდივიდუალური საჩივრები, რომელზე შეთანხმების მიღწევაც წარმოადგენს ნიმუშს ასობით სხვა მსგავსი საქმისთვის“.<sup>146</sup> ასეთი გადაწყვეტილებები კონფლიქტთან დაკავშირებულ სიტუაციებში (მაგრამ, არა აუცილებლად აქტიური საბრძოლო მოქმედებების დროს) მიიღება გახმაურებულ საქმეებზე,<sup>147</sup> სადაც სასამართლო აფასებს საქმის კონკრეტულ ასპექტებს „ზო-

<sup>143</sup> Philip Leach and Others, *Responding to Systemic Human Rights Violations: An Analysis of 'Pilot Judgments' of the European Court of Human Rights and Their Impact at National Level* (Intersentia 2010) 133-169.

<sup>144</sup> *Xenides-Arestis* (სქ 141) §§ 37-40.

<sup>145</sup> Dilek Kurban, 'Forsaking Individual Justice: The Implications of the European Court of Human Rights' Pilot Judgment Procedure for Victims of Gross and Systematic Violations' (2016) 16(4) HRLR 731, 768.

<sup>146</sup> *Berkes* (სქ.140) 64.

<sup>147</sup> იქვე, 63-73 (ავტორი მიუთითებს შემდეგ საქმეებზე: *Loizidou, Varnava, Demopoulous, Ilaşcu, Katan, Mozer, Sargsyan* და *Chiragov*).

გად დონეზე, რაც შესაძლებელს ხდის, გადაწყვეტილების გავრცელებას მსგავს განსახილველ საჩივრებზე”,<sup>148</sup> და რის შედეგადაც იზრდება სასამართლოს ეფექტიანობა, რადგან მას არ უწევს მსგავს საქმეებთან დაკავშირებით დასაშვებობისა და არსებითი განხილვის ეტაპზე ერთსა და იმავე საკითხებზე მსჯელობა.

ავტორის აზრით, სახელმძღვანელო გადაწყვეტილებების გამოყენება შესაძლოა არა მხოლოდ კონფლიქტთან დაკავშირებულ, არამედ აქტიური საბრძოლო მოქმედებების სიტუაციებშიც, სასამართლოს წინაშე შეიარაღებულ კონფლიქტთან დაკავშირებული საქმის კონკრეტულ ასპექტებთან მიმართებით. ერთ-ერთი ასეთი მაგალითია გადაწყვეტილება საქმეზე *ლისნიი და სხვები უკრაინისა და რუსეთის წინააღმდეგ*, რომელიც ეხებოდა *prima facie* მტკიცებულების საკითხს „შეიარაღებული კონფლიქტის კონტექსტში საკუთრების განადგურებასთან დაკავშირებით“, კერძოდ, საკუთრებისა და საცხოვრებელი ადგილების მიმართ ცეცხლის გახსნასთან დაკავშირებით.<sup>149</sup> სასამართლომ საჩივარი არ განიხილა იმ საფუძველზე, რომ არ იყო წარმოდგენილი საკმარისი *prima facie* მტკიცებულებები. საინტერესოა, რომ, 2016 წელს, *ლისნიი*-ზე დაყრდნობით, სასამართლომ განსახილველად არ მიიღო „შემდგომი 1,170 მსგავსად დაუსაბუთებელი საჩივარი“.<sup>150</sup> რაც უფრო მნიშვნელოვანია, - სასამართლო სწორედ *ლისნიის* დაყრდნო, როდესაც მან საქართველოს წინააღმდეგ დაუშვებლად ცნო საქმეები ცხინვალის რეგიონში რუსეთსა და საქართველოს შორის არსებული შეიარაღებული კონფლიქტის კონტექსტში, რა დროსაც მან აღნიშნა, რომ მომჩივნებმა ვერ შეძლეს სათანადო *prima facie* მტკიცებულებების წარმოდგენა, რათა გაემყარებინათ საკუთარი საჩივარი იმ ნაწილში, რომ, საქართველოს შეიარაღებულმა ძალებმა, სავარაუდოდ, ჩაიდინეს ქონების განადგურება.<sup>151</sup> შესაბამისად, *ლისნიი* შესაძლოა ჩაითვალოს სახელმძღვანელო გადაწყვეტილებად შეიარაღებული კონფლიქტის დროს ქონების განადგურების ბრალდების გასამყარებლად წარმოსადგენ მტკიცებულებებთან დაკავშირებით. ამ მიდგომამ სასამართლოს შესაძლებლობა მისცა, ეფექტურად გამკლავებოდა მსგავს ბრალდებებს მსგავს კონტექსტში ისე, რომ ინდივიდუალურ განხილვაზე არ დაეხარჯა დრო და რესურსები.

სახელმძღვანელო გადაწყვეტილებების მეთოდოლოგიური მიდგომა განსხვავდება პილოტური გადაწყვეტილებისგან, რომლის გამოყენებაც პრაქტიკულად მოუხერხებელია შეიარაღებული კონფლიქტის საქმეებში მკაცრად განსაზღვრული ფორმალური და პროცედურული ელემენტების გამო. ამისგან განსხვავებით, სახელმძღვანელო გადაწყვეტილებები შესაძლოა მივიჩნიოთ პილოტური გადაწყვეტილებების ალტერნატივად და გადაწყვეტილების მიღების გამოსადეგ ტექნიკად, რომელიც სასამართლოს აძლევს შესაძლებლობას, გადაწყვეტილება მიიღოს შეიარაღებულ კონფლიქტთან დაკავშირებულ

<sup>148</sup> Lize R Glas, 'Changes in the Procedural Practice of the European Court of Human Rights: Consequences for the Convention System and Lessons to be Drawn' (2014) 14 HRLR 671, 676.

<sup>149</sup> *Lisnyy and Others v Ukraine and Russia* (dec.) App nos 5355/15 and 2 others (ECtHR, 05 July 2016) §§ 21, 27 (ხაზგასმა ავტორისა).

<sup>150</sup> 'ECHR to adjourn some individual applications on Eastern Ukraine pending Grand Chamber judgment in related inter-State case' (Press release 432(2018), 17 December 2018) (ხაზგასმა ავტორისა).

<sup>151</sup> *Naniyeva and Bagayev v Georgia* (dec.) App nos 2256/09, 2260/09 (ECtHR, 20 November 2018); *Kudukhova and Kudukhova v Georgia* (dec.) App nos 8274/09, 8275/09 (ECtHR, 20 November 2018).

მრავალ ინდივიდუალურ გადაწყვეტილებაზე მსგავს სიტუაციასთან დაკავშირებულ წინა საქმეში განვითარებულ ზოგად მიგნებებზე დაყრდნობით.

## **7. ინდივიდუალური საჩივრების განხილვის შეჩერება სახელმწიფოთაშორისი დავის გადაწყვეტამდე: სასამართლოს კოორდინირებული რეაგირება შეიარაღებულ კონფლიქტზე**

კონვენცია არ იძლევა პასუხს იმაზე, თუ რა ურთიერთობა არსებობს სახელმწიფოთაშორის და ინდივიდუალურ საჩივრებს შორის, როდესაც ორივე მათგანი ეხება ერთსა და იმავე საკითხს. თუმცა დარწმუნებით შეიძლება იმის თქმა, რომ ისინი არ გამორიცხავენ ერთმანეთს.<sup>152</sup> ვინაიდან კონფლიქტთან დაკავშირებულ სახელმწიფოთაშორის საქმეებს თან ახლავს დიდი რაოდენობის ინდივიდუალური საქმეებიც,<sup>153</sup> საჭირო გახდა, რომ სასამართლო ყველა მათგანს კოორდინირებულად გაუმკლავდეს. სასამართლოს მიერ ამ გამოწვევის საპასუხო რეაგირების ნათელი მაგალითია სასამართლოს მიერ 2018 წელს მიღებული გადაწყვეტილება აღმოსავლეთ უკრაინის საჩივრებზე, რომლებიც დაკავშირებულია დიდი პალატის მიერ განსახილველ სახელმწიფოთაშორის საქმესთან უკრაინა რუსეთის წინააღმდეგ (აღმოსავლეთ უკრაინის შესახებ).

სასამართლომ, „აღმოსავლეთ უკრაინის კონფლიქტთან დაკავშირებით უკრაინის, რუსეთის ან ორივეს წინააღმდეგ ინდივიდებისგან მიღებული ათასობით საჩივრის სამომავლო განხილვის მიზნით, შეიმუშავა გეგმა“ და „რაც შეიძლება მეტი დროის დაზოგვის მიზნით, სასამართლომ გადაწყვიტა [...], რომ შეეჩერებინა ინდივიდუალური საჩივრების განხილვა მანამ, სანამ გადაწყვეტილებას არ მიიღებს უკრაინა/რუსეთის სახელმწიფოთაშორის საქმეზე“.<sup>154</sup> აღსანიშნავია, რომ ინდივიდუალური საჩივრების უმრავლესობა ეხება შეიარაღებული კონფლიქტის დროს დაკავებას ან საცხოვრებელი სახლის განადგურებას, თუმცა სასამართლო ელოდება გადაწყვეტილებას სახელმწიფოთაშორის საქმეზე, რომელშიც უნდა გადაწყდეს იურისდიქციასთან დაკავშირებული „საკვანძო საკითხი“ კონვენციის პირველი მუხლის ფარგლებში.<sup>155</sup> საქართველო/რუსეთის (II) საქმეში სასამართლოს არ მიუღია ინდივიდუალური საჩივრების განხილვის გადავადების გადაწყვეტილება. სასამართლოს შთაგონების წყარო, უდავოდ, არის 2018 წელს ევროპის საბჭოს მინისტრთა კომიტეტის მიერ მიღებული კოპენჰაგენის დეკლარაცია, რომელიც აღიარებს „კონვენციის სისტემის წინაშე არსებულ გამოწვევებს, რომლებსაც ქმნის ევროპაში მიმდინარე კონფლიქტები და კრიზისული სიტუაციები“ და რომლის რეკომენდაციაც იყო ინდივიდუალურ საჩივრებზე გადაწყვეტილების მიღებისგან თავის შეკავება „მანამ, სანამ სახელმწიფოთაშორისი წარმოებიდან გამო-

<sup>152</sup> Risini (სქ. 55) 208.

<sup>153</sup> Russia, Country profile, February 2020, 28-29, ხელმისაწვდომია აქ: [https://www.echr.coe.int/Documents/CP\\_Russia\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/CP_Russia_ENG.pdf) [უკანასკნელად გადამოწმდა 14 აპრილს, 2020].

<sup>154</sup> 'ECHR to adjourn some individual applications on Eastern Ukraine' (სქ 150).

<sup>155</sup> იქვე.

დინარე მნიშვნელოვანი საკითხები არ გადაწყდება სახელმწიფოთაშორის საქმეში<sup>156</sup>. შეიძლება ითქვას, რომ ამ შემთხვევაში სასამართლო სახელმწიფოთაშორის საქმეში მისაღებ გადაწყვეტილებას განიხილავს პოტენციურ „სახელმძღვანელო გადაწყვეტილებად“, რომელშიც გაკეთებული ზოგადი მიგნებები სასამართლოს გაუადვილებს იმ ინდივიდუალურ საქმეებზე გადაწყვეტილების მიღებას, „რომლებიც უკავშირდება ერთსა და იმავე საკითხს ან გამომდინარეობს ერთი და იმავე გარემოებებიდან“<sup>157</sup>.

უკრაინა რუსეთის წინააღმდეგ (აღმოსავლეთ უკრაინის შესახებ) საქმესთან დაკავშირებული საჩივრების განხილვის შეჩერება გამართლებულია იურიდიული ეკონომიისა და კონვენციის სისტემის ეფექტიანობის მოსაზრებებით, რაც პრაქტიკული თვალსაზრისითაც მიზანშეწონილია. ეს მიდგომა აჩვენებს, რომ სასამართლოს სურს და შეუძლია შეიარაღებული კონფლიქტის საქმეების თანმდევ პრაქტიკულ გამოწვევებთან რეალურ დროში რეაგირება და ისეთ სიტუაციებთან ადაპტაცია, რომელსაც ვერ გაითვალისწინებდნენ კონვენციის ამოქმედებისას.

## 8. ინდივიდუალური რეპარაცია შეიარაღებულ კონფლიქტებში: ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლო და „სამართლიანი დაჰმავროფილება“

წინამდებარე ქვეთავის მიზანია, აჩვენოს, რომ ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლო არის ის მნიშვნელოვანი მექანიზმი, რომელიც ავსებს ჰუმანიტარულ სამართალში რეპარაციის ინდივიდუალურად მოთხოვნის ნაწილში არსებულ სიცარიელეს და რეალურად შეუძლია შეიარაღებული კონფლიქტით დაზარალებულების ინტერესების დაკმაყოფილება. სასამართლო, „ჰუმანიტარული სამართლის სტანდარტების იმპლიციტური შეფარდებით, რომლებიც დაფარულია კონვენციისთვის დამახასიათებელ ისეთ კატეგორიებში, როგორიცაა ლეგიტიმურობა, საჭიროება და პროპორციულობა“<sup>158</sup> შეიარაღებული კონფლიქტის დროს კონვენციის დარღვევის დადგენის გზით არაპირდაპირ აღასრულებს საერთაშორისო ჰუმანიტარულ სამართალს. მიუხედავად სახელმწიფოების წინააღმდეგობისა,<sup>159</sup> სასამართლოს მიერ სამხედრო ოპერაციების კონტროლი წარმოადგენს „მნიშვნელოვან ნაბიჯს ომის კონტექსტში სამართლებრივი პროცესების როლის გაზრდისკენ [...] და, ამავდროულად, ზრდის ომის მსხვერპლთა დაცვის ხარისხს, მათ შორის, რეპარაციების მინიჭებით, რასაც სჭირდება ფაქტობრივად არ იცნობს“<sup>160</sup>.

<sup>156</sup> Copenhagen Declaration on the Reform of the European Convention on Human Rights System, §45.

<sup>157</sup> იქვე.

<sup>158</sup> Alexander Orakhelashvili, 'The Interaction between Human Rights and Humanitarian Law: Fragmentation, Conflict, Parallelism, or Convergence?' (2008) 19(1) EJIL, 161, 174.

<sup>159</sup> იხ. მაგ., Toni Pfanner, 'Various Mechanisms and Approaches for Implementing International Humanitarian Law and Protecting and Assisting War Victims' (2009) 91 IRRC 279, 313. პფანერი გამოყოფს ასეთი წინააღმდეგობის რამდენიმე ასპექტს, როგორიცაა: სახელმწიფოთა სურვილი - არ დაექვემდებარონ რაიმე სახის სასამართლო კონტროლს შეიარაღებული კონფლიქტების დროს; არგუმენტი სამხედრო ოპერაციების სამართლებრივად არაგანსჯადობის შესახებ; სამხედრო ეფექტიანობის დაქვეითება სჭს-ის და ადამიანის უფლებათა სამართლის პარალელური მოქმედებით; ადამიანის უფლებათა მექანიზმების ცალმხრივი იურისდიქცია, რომელიც არ ვრცელდება არასახელმწიფოებრივ დაჯგუფებებზე; შეიარაღებული კონფლიქტის სამართლის რეგიონულ დონეზე ფრაგმენტაციის საფრთხე.

<sup>160</sup> იქვე.

სახელმწიფოებს აქვთ რეპარაციის ზოგადი ვალდებულება, რომელიც *a priori* არ ნიშნავს რეპარაციის მოთხოვნის ინდივიდუალური უფლების არსებობას. ევროპული კონვენცია იყო პირველი სავალდებულო ძალის მქონე საერთაშორისო სამართლებრივი ინსტრუმენტი, რომელმაც შესაძლებელი გახადა მბოჭავი გადაწყვეტილების შედეგად რეპარაციის მიღება კონვენციის 41-ე მუხლის საფუძველზე.

სამართლიანი დაკმაყოფილების შესახებ კონვენციის 41-ე მუხლი საერთაშორისო დონეზე განსაზღვრავს, რომ, თუ სასამართლო დაადგენს კონვენციისა და მისი ოქმების დარღვევას, ხოლო შესაბამისი ხელშემკვრელი მხარის შიდასახელმწიფოებრივი კანონმდებლობა იძლევა დარღვევის მხოლოდ ნაწილობრივი რეპარაციის შესაძლებლობას, საჭიროების შემთხვევაში, სასამართლო დაზარალებულ მხარეს მიაკუთვნებს სამართლიან დაკმაყოფილებას.<sup>161</sup> „სამართლიანი დაკმაყოფილება“ არის კონვენციაში გამოყენებული ტერმინი, რომელიც მოიცავს „რეპარაციის მთელ სპექტრს“ მატერიალური და არამატერიალური ზიანისთვის და ასევე სასამართლოს ხარჯების ანაზღაურებას.<sup>162</sup> მაგალითად, ჩეჩნეთის კონფლიქტთან დაკავშირებულ ხაშჩევის და აკაევას საქმეში, რომელიც ეხებოდა 2000 წელს რუსეთის შეიარაღებული ძალების წევრების მიერ მომჩივნების ოჯახის რამდენიმე წევრის (სამოქალაქო პირების) თვითნებურად სიცოცხლის მოსპობას, სასამართლომ დაადგინა, რომ ამ უკანასკნელთა სიცოცხლის მოსპობა სწორედ რუსეთს მიეკუთვნებოდა. შედეგად, მოპასუხე სახელმწიფოს დაეკისრა პირველი მომჩივნისთვის 15,000 ევროს, ხოლო მეორე მომჩივნისთვის 20,000 ევროს გადახდის ვალდებულება არამატერიალური ზიანის ნაწილში, ხოლო სასამართლოს ხარჯების ანაზღაურების ნაწილში - 10,907 ევროს გადახდის ვალდებულება.<sup>163</sup> ისაევას საქმეში სასამართლო სრულად დაეყრდნო 41-ე მუხლს და მომჩივანს მიანიჭა კომპენსაცია 18,710 ევროს ოდენობით, იმის გათვალისწინებით, რომ მისი შვილის სიცოცხლის მოსპობამ, რომელიც კონვენციის მე-2 მუხლს არღვევდა, მომჩივანს დააკარგვინა საკუთარი შვილის მიერ გაწეული ფინანსური მხარდაჭერის მიღების შესაძლებლობა. ამასთან, მომჩივანს არამატერიალური ზიანის კომპენსაციისთვის მიენიჭა 25,000 ევრო და 12,000 ევრო - სასამართლოს ხარჯების ნაწილში.<sup>164</sup>

კონვენციის 41-ე მუხლის კიდევ ერთი საინტერესო განზომილებაა მისი გამოყენება სახელმწიფოთაშორის საქმეებში, რაც ერთ-ერთი სიახლეა სასამართლოს პრაქტიკაში. დღემდე სახელმწიფოთაშორის საქმეებში სასამართლომ კონვენციის 41-ე მუხლი გამოიყენა მხოლოდ ორ საქმეში: *კვიპროსი თურქეთის წინააღმდეგ*<sup>165</sup> და *საქართველო რუსეთის წინააღმდეგ (I)*.<sup>166</sup> ორივე საქმეში მოპასუხე სახელმწიფოები ამტკიცებდნენ, რომ 41-ე მუხლის მოქმედება შეზღუდული იყო მხოლოდ ინდივიდუალური საქმეებით და ვერ გავრცელდებოდა სახელმწიფოთაშორის საქმეებზე. სასამართლომ განმარტა, რომ „41-ე მუხლის საერთო ლოგიკა არსებითად არ განსხვავდება საერთაშორისო სამართალში რეპარაციის ლოგიკისგან“ და, შესაბამისად, „მისი მოქმედება ვრცელდება

<sup>161</sup> Art 41 ECHR (ხაზგასმა ავტორისა).

<sup>162</sup> Yulia Ioffe, 'Case of Georgia v. Russia (I) (Just Satisfaction)' (2019) 113 AJIL 581, 582.

<sup>163</sup> *Khashiyev and Akayeva v Russia*, App nos 57942/00 and 57945/00 (ECtHR, 24 February 2005).

<sup>164</sup> *Isayeva (I)* (სქ. 74) §§231-246.

<sup>165</sup> *Cyprus v Turkey* (just satisfaction) (სქ. 48).

<sup>166</sup> *Georgia v Russia (I)* [GC] (Just satisfaction) (სქ. 67).

სახელმწიფოთაშორის საქმეებზეც”.<sup>167</sup> ამდენად, თურქეთს დაევალა ჯამში 90 მილიონი ევროს გადახდა. ამასთან, სასამართლომ დაადგინა, რომ „კონვენციის ბუნებიდან გამომდინარე, კონვენციური უფლებების ერთჯერადი ან მრავალჯერადი დარღვევის შედეგად 'ზარალდება' ცალკეული პირი და არა სახელმწიფო. შესაბამისად, თუკი სახელმწიფოთაშორის საქმეზე დაშვებულია სამართლიანი დაკმაყოფილება, ის ყოველთვის უნდა ემსახურობდეს ცალკეულ დაზარალებულთა ინტერესებს”.<sup>168</sup> აქედან გამომდინარე, თუკი მომჩივანი სახელმწიფო წარადგენს სამართლიანი დაკმაყოფილების მოთხოვნას „საკმარისად კონკრეტული და ობიექტურად იდენტიფიცირებადი ჯგუფის უფლებების დარღვევასთან დაკავშირებით“, სახელმწიფოთაშორისი საქმის შედეგად მინიჭებული კომპენსაციით სწორედ ინდივიდები ისარგებლებენ.<sup>169</sup> სასამართლო ამ მიგნებებს დაეყრდნო თავის გადაწყვეტილებაში საქმეზე *საქართველო რუსეთის წინააღმდეგ (I)*, რომლითაც რუსეთს დაეკისრა 10 მილიონი ევროს გადახდა არამატერიალური ზიანისთვის, რომელიც მიადგა „საკმარისად განსაზღვრულ და ობიექტურად იდენტიფიცირებად“ „საქართველოს არანაკლებ 1500 მოქალაქისგან“ შემდგარ ჯგუფს.<sup>170</sup> ორივე საქმეში მომჩივან სახელმწიფოს, მინისტრთა კომიტეტის ზედამხედველობით, დაევალა კომპენსაციის სახით მინიჭებული თანხის ინდივიდუალურ მსხვერპლებზე გადანაწილების ეფექტური მექანიზმის შექმნა. სამწუხაროდ, ორივე სახელმწიფოთაშორის საქმეში გამოტანილი გადაწყვეტილებები აღუსრულებელია, რადგან ორივე საქმე „პოლიტიკურად სენსიტიურია და უკავშირდება შეიარაღებულ კონფლიქტს“, რაც საეჭვოს ხდის სახელმწიფოთაშორისი საქმეების გზით მსხვერპლთა დაცვის ეფექტიანობას.<sup>171</sup> თუმცა მისასაღმებელია ის ფაქტი, რომ სასამართლომ გადადგა ასეთი ნაბიჯი და 41-ე მუხლი გამოიყენა სახელმწიფოთაშორის საქმეში, რადგან, შედეგად, გაიზარდა ინდივიდუალურ მსხვერპლთა ინტერესების დაკმაყოფილების პროცედურული შესაძლებლობა - თუ ადრე ეს ხდებოდა მხოლოდ ინდივიდუალურ საქმეებში, პროცედურულად ეს უკვე შესაძლებელი გახდა სახელმწიფოთაშორის საქმეებშიც.

იმის გათვალისწინებით, რომ სასამართლო შეიარაღებულ კონფლიქტთან დაკავშირებულ საქმეებში ფულად კომპენსაციაზე ამახვილებს ყურადღებას, შესაძლოა ითქვას, რომ ასეთი კომპენსაცია ვერ უზრუნველყოფს „სრულ რეპარაციას“. <sup>172</sup> მიუხედავად ამისა, არ უნდა დავაკნინოთ სასამართლოს მცდელობა, შეექმნა მტკიცე სასამართლო პრაქტიკა შეიარაღებული კონფლიქტების ან საგანგებო მდგომარეობის დროს ჩადენილი ადამიანის უფლებების დარღვევის საპასუხოდ კომპენსაციის მინიჭებასთან დაკავ-

<sup>167</sup> *Cyprus v Turkey* (just satisfaction) (სქ. 48) §§41-43.

<sup>168</sup> იქვე, §46.

<sup>169</sup> იქვე, §47. კვიპროსმა სამართლიანი დაკმაყოფილების მოთხოვნა შეიტანა 1,456 გაუჩინარებულ ადამიანთან და კარპასის ნახევარკუნძულის ბერძენ-კვიპროსელ მაცხოვრებლებთან დაკავშირებით.

<sup>170</sup> *Georgia v Russia (I)* [GC] (just satisfaction) (სქ. 67) §§71, 74, 76.

<sup>171</sup> *loffe* (სქ. 162) 585.

<sup>172</sup> *Koroteev* (სქ. 80) 302-303. კოროტევი ასკვნის, რომ ჩეჩნეთის სიტუაციასთან დაკავშირებით, სასამართლო ვერ შეძლო დაუსჯელობასთან გამკლავება, რადგან მან უარი თქვა რუსეთისთვის კომპლექსური ღონისძიებების მითითებაზე, მათ შორის, ხელახალ გამოძიებაზე; ამ დროს კი მხოლოდ ფულადი კომპენსაციის გაცემა არასაკმარისია და რუსეთს ეძლევა შესაძლებლობა, ადამიანის უფლებების დარღვევები მხოლოდ ფინანსურ ნაწილში „გამოისყიდოს“.



შირებით.<sup>173</sup> ამ ნაწილში უფრო გამართლებული იქნება, დავასკვნათ, რომ „ფორუმის ძიებაში მყოფი მსხვერპლებისთვის“<sup>174</sup> „არ არსებობს ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს ეკვივალენტი, რომლისთვის მიმართვასაც შეძლებდნენ სჰს-ის დარღვევის მსხვერპლები“.<sup>175</sup>

## დასკვნა

ადამიანის უფლებათა ევროპულ სასამართლოს აქვს საკმარისად განვითარებული პროცედურული ინფრასტრუქტურა, რათა პრაქტიკაში უზრუნველყოს შეიარაღებული კონფლიქტის ფარგლებში ჩადენილ დარღვევებზე რეაგირება და ჰუმანიტარული სამართლის აღსრულება პირველადი და მეორეული პროცედურული ინსტრუმენტების ეფექტიანად გამოყენებით. ინდივიდუალური და სახელმწიფოთაშორისი საჩივრების პირველადი პროცედურული ინსტრუმენტები სჰს-ით გათვალისწინებულ არააღსრულებად უფლებებს კონვენციის ფარგლებში გარდაქმნის აღსრულებად უფლებებად, ხოლო მეორეული პროცედურული ინსტრუმენტები უზრუნველყოფენ სასამართლოს პრაქტიკულ ეფექტიანობას შეიარაღებულ კონფლიქტზე რეაგირების კუთხით. სასამართლომ მოახდინა საკუთარი თავის ადაპტაცია გამოწვევებით სავსე ახალ რეალობასთან ისეთი მეორეული პროცედურული ინსტრუმენტების გამოყენებით, როგორებიცაა: სასამართლოსთან თანამშრომლობის ვალდებულება; სასამართლოს მიერ ფაქტების დადგენა და გამოძიება; დროებითი ღონისძიებების გამოყენება შეიარაღებული კონფლიქტის დროს; პილოტური გადაწყვეტილების პროცედურა და „სახელმძღვანელო“ გადაწყვეტილება სამხედრო ოპერაციებთან დაკავშირებულ საქმეებში; სასამართლოს მიერ საჩივრების კოორდინაცია ერთსა და იმავე სიტუაციასთან დაკავშირებული ინდივიდუალური და სახელმწიფოთაშორისი საჩივრების შემთხვევაში და რეპარაციის გაცემის შესაძლებლობა „სამართლიანი დაკმაყოფილების“ სახით (რომელიც შესაძლოა, არ უტოლდებოდეს სრულ რეპარაციას). სასამართლომ აჩვენა, რომ შესწევს ჰუმანიტარული სამართლის აღსრულების ნაწილში არსებული სიცარიელეების შევსების უნარი შეიარაღებულ კონფლიქტებთან დაკავშირებულ საქმეებში ადამიანის უფლებათა დაცვასთან შესაბამისი პროცედურების ინკორპორაციით. აუცილებელია იმის გათვალისწინება, რომ სასამართლო შეიქმნა მშვიდობიანობის დროს ადამიანის უფლებათა დარღვევებზე საპასუხოდ. შესაბამისად, სასამართლო არ უნდა შეფასდეს მკაცრად, თითქოსდა ის არის შეიარაღებული კონფლიქტის მხარეების ვალდებულების აღსასრულებლად შექმნილი სპეციალური სამართლებრივი ფორუმი. სასამართლო რჩება ადამიანის უფლებათა მექანიზმად, რომელსაც ჰუმანიტარული სამართლის არაპირდაპირი აღსრულებისთვის ინდივიდები და სახელმწიფოები მიმართავენ ადამიანის უფლებათა ევროპული კონვენციით შენიღბული საჩივრებით.

<sup>173</sup> Oberleitner (სქ. 4) 336.

<sup>174</sup> Jean-Marie Henckaerts, 'Concurrent Application of International Human Rights Law and International Humanitarian Law: Victims in Search of a Forum' [2007] HR&ILD 95.

<sup>175</sup> Jean Paul Costa and Michael O'Boyle, 'The European Court of Human Rights and International Humanitarian Law' in Dean Spielmann and others, *The European Convention on Human Rights: A Living Instrument – Essays in Honour of Christos L. Rozakis* (Bruylant 2011) 112.



## ეკონომიკური კონკურენციის კონსტიტუციური ასპექტები

*"Competition is the most promising means  
to achieve and to secure prosperity"*

Ludwig Erhard

### აბსტრაქტი

საქართველოს კონსტიტუციის მე-6 მუხლის მე-2 პუნქტი ქვეყნის ეკონომიკური წესრიგის უმთავრეს საფუძვლად თავისუფალ კონკურენციას განამტკიცებს. ეკონომიკურ კონკურენციასთან დაკავშირებით კონსტიტუციური ჩანაწერის შინაარსისა და ამ კუთხით სახელმწიფოს პოზიტიური და ნეგატიური ვალდებულებების განსაზღვრა, ხშირ შემთხვევაში, მნიშვნელოვან პრაქტიკულ თუ თეორიულ სირთულეებთან არის დაკავშირებული.

წინამდებარე ნაშრომი მიზნად ისახავს ამ სირთულეების გადაჭრის გარკვეული თეორიული საფუძვლის შექმნას, სადაც მოწინავე დასავლურ პრაქტიკასა და სამეცნიერო მიდგომებზე დაყრდნობით, განსაზღვრულია სახელმწიფოს პოზიტიური და ნეგატიური ვალდებულებების ფარგლები კონკურენციის განვითარებასა და ეკონომიკური აგენტების კონკურენტულ თანასწორუფლებიანობასთან მიმართებით. ნაშრომში ასევე განხილულია ნორმის კონსტიტუციურობის შემოწმებისას თავისუფალ კონკურენციასთან დაკავშირებით კონსტიტუციური ჩანაწერის მნიშვნელობა და მისი ტელეოლოგიური საფუძვლები. მეწარმეობის თავისუფლებასა და მომხმარებელთა უფლებებთან მიმართებით განხილულია თავისუფალი ეკონომიკური კონკურენციის ფუნქციები და იდენტიფიცირებულია შესაბამისი დაცული სამართლებრივი სიკეთეები.

### შესავალი

კონკურენცია, როგორც წესი, გულისხმობს ორი ან მეტი ინდივიდის სწრაფვას კონკრეტული მიზნისკენ, რომლის დროსაც ერთ-ერთი მათგანის წარმატება შესაძლოა მისი კონკურენტისათვის/კონკურენტებისათვის პროპორციულად ამცირებდეს საკუთარი მიზნის მიღწევის შესაძლებლობას. მსგავს პროცესს ადგილი აქვს საზოგადოებრივი ცხოვრების თითქმის ყველა სფეროში. მაგ., სპორტი, კულტურა, განათლება, მეცნიერება და ა.შ. კონკურენციის ერთ-ერთ მნიშვნელოვან გამოვლინებას წარმოადგენს ასევე ეკონომიკური კონკურენცია.

საქართველოს კონსტიტუცია თავისუფალ კონკურენციას ქვეყნის ეკონომიკური წესრიგის ფუნდამენტად აღიარებს და მე-ნ მუხლის მეორე პუნქტის ჩანაწერით მისი დაცვისა და განვითარების უმთავრეს სამართლებრივ საფუძველს აყალიბებს. კონსტიტუციის მე-ნ მუხლის მიხედვით, „სახელმწიფო ზრუნავს თავისუფალი და ღია ეკონომიკის, მეწარმეობის თავისუფლებისა და კონკურენციის განვითარებაზე.“ აღნიშნული კონსტიტუციური დათქმის საფუძველზე და მის შესაბამისად ჩამოყალიბებული სახელმწიფოს ეკონომიკური პოლიტიკის ერთ-ერთ მნიშვნელოვან მიმართულებას ქვეყნის შესაბამის ბაზრებზე ჯანსაღი კონკურენტული გარემოს უზრუნველყოფა უნდა წარმოადგენდეს.

საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს პრაქტიკა უკვე აერთიანებს რამდენიმე მნიშვნელოვან განმარტებას ეკონომიკური კონკურენციის საკითხებთან დაკავშირებით.<sup>1</sup> თუმცა ქართულ საკონსტიტუციო მართლმსაჯულებასა და იურიდიულ ლიტერატურაში კონკურენციისა და კონკურენციის განვითარების სხვადასხვა კონსტიტუციური ასპექტის ანალიზი აქტუალობას არ კარგავს. ეკონომიკურ კონკურენციასთან დაკავშირებული საკითხების კვლევა კი მნიშვნელოვანია იმდენად, რამდენადაც თავისუფალი კონკურენცია, ნების ავტონომიასა და კერძო საკუთრებასთან ერთად, ნებისმიერი ეფექტიანი თავისუფალი საბაზრო და საზოგადოებრივი წესრიგის ფუნდამენტს წარმოადგენს.<sup>2</sup>

წარმოდგენილი ნაშრომი მიზნად ისახავს, შექმნას დამატებითი სამეცნიერო საფუძველი ისეთ საკითხებთან დაკავშირებით, როგორიცაა სახელმწიფოს პოზიტიური და ნეგატიური ვალდებულების ფარგლები კონკურენციის განვითარებასა და ეკონომიკური აგენტების კონკურენტულ თანასწორუფლებიანობასთან მიმართებაში. გარდა ამისა, მნიშვნელოვანი ადგილი დაეთმობა, ერთი მხრივ, კონკურენციის განვითარებისა და, მეორე მხრივ, სამეწარმეო თავისუფლებისა თუ მომხმარებელთა უფლებების დაცვასთან დაკავშირებული კონსტიტუციური დათქმების ურთიერთმიმართების ანალიზს. ნაშრომში ასევე განხილული იქნება ნორმის კონსტიტუციურობის შემოწმებისას თავისუფალ კონკურენციასთან დაკავშირებით კონსტიტუციური ჩანაწერის მნიშვნელობა და მისი ტელეოლოგიური საფუძვლები. მოცემული კვლევის ფარგლებში ასევე მოხდება თავისუფალი ეკონომიკური კონკურენციის ფუნქციების, მიზნებისა და შესაბამისი დაცული სამართლებრივი სიკეთეების იდენტიფიცირება. ნაშრომში წარმოდგენილი მსჯელობები უმეტესად დაეფუძნება ევროკავშირის მართლმსაჯულების სასამართლოსა და ევროკავშირის წევრი სახელმწიფოების სასამართლო პრაქტიკას, ასევე დასავლური განვითარებული სახელმწიფოების რელევანტურ იურიდიულ დოქტრინას.

<sup>1</sup> საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს გადაწყვეტილება საქმეზე 1/2/411, „შპს „რუსენერგოსერვისი“, შპს „პატარა კახი“, სს „გორგოლა“, გივი აბლაკის ინდივიდუალური საწარმო „ფერმერი“ და შპს „ენერგია“ საქართველოს პარლამენტისა და საქართველოს ენერგეტიკის სამინისტროს წინააღმდეგ, 2008 წლის 19 დეკემბერი; საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს გადაწყვეტილება საქმეზე N2/11/747, შპს „გიგანტი სექურიტი“ და შპს „უსაფრთხოების კომპანია ტიგონისი“ საქართველოს პარლამენტისა და საქართველოს შინაგან საქმეთა მინისტრის წინააღმდეგ, 2018 წლის 14 დეკემბერი; საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს გადაწყვეტილება საქმეზე N2/1/655, „შპს სკს“ საქართველოს პარლამენტის წინააღმდეგ, 2019 წლის 18 აპრილი.

<sup>2</sup> *Emmerich Volker, Kartellrecht, 13. Auflage. Rn. 11.*

## 1. ეკონომიკური კონკურენციის არსი

წინამდებარე ნაშრომის სათაურიდან გამომდინარე, მკითხველს უსათუოდ ექნება იმის მოლოდინი, რომ დასაწყისშივე კონკურენციის ცნების დეფინიცია იქნება ჩამოყალიბებული. თუმცა, თუ გავითვალისწინებთ განსახილველი ინსტიტუტის კომპლექსურობას და მასშტაბურობას, ნათელი გახდება, რომ ეკონომიკური კონკურენციის სრულყოფილი ცნების განსაზღვრა პრაქტიკულად შეუძლებელია.<sup>3</sup> სწორედ ამიტომ, იურიდიულ ლიტერატურასა თუ პრაქტიკაში ამჟღავნებენ, რომ ყურადღება არა კონკურენციის ცნების ჩამოყალიბებაზე, არამედ მის მნიშვნელოვან ელემენტებსა თუ ფუნქციებზე გამახვილდეს. ამ გზით, უფრო მარტივად აღსაქმელი და ნათელი ხდება ეკონომიკური კონკურენციის არსი და მისი მნიშვნელობა თანამედროვე საბაზრო წესრიგის პირობებში.

ეკონომიკური კონკურენციის არსებობისთვის აუცილებელია, სახეზე იყოს შემდეგი სამი ელემენტი: 1. შესაბამისი ბაზარი; 2. ამ ბაზარზე მოქმედი, სულ მცირე, ორი ეკონომიკური აგენტი, 3. რომლებიც ერთმანეთთან ანტაგონისტურ დამოკიდებულებაში არიან და ესწრაფვიან ერთმანეთის ხარჯზე საკუთარი საბაზრო პოზიციების განმტკიცებას.<sup>4</sup> წინამდებარე კვლევის მიზანს არ წარმოადგენს არც შესაბამისი ბაზრისა და არც ეკონომიკური აგენტის ცნებების განხილვა და ანალიზი. მოცემულ შემთხვევაში ყურადღება უნდა გამახვილდეს ზემოთ დასახელებულ ელემენტთაგან მესამეზე, რომელიც ბაზარზე უპირატესობის მოსაპოვებლად ეკონომიკური აგენტების დაპირისპირებასა და ერთმანეთის მიმართ ანტაგონისტურ დამოკიდებულებას გულისხმობს. სწორედ ბაზარზე მეტოქეობა<sup>5</sup> და უპირატესობის მოპოვების პროცესი<sup>6</sup> შეიძლება მოცემულ შემთხვევაში ეკონომიკური კონკურენციის ერთ-ერთ სინონიმად ჩაითვალოს, რომლის თავისუფლებასაც საქართველოს კონსტიტუციის მე-9 მუხლი განამტკიცებს.

მსგავსი მიდგომაა განვითარებული ასევე „კონკურენციის შესახებ“ საქართველოს კანონში, სადაც კონკურენცია განმარტებულია როგორც „შესაბამის ბაზარზე მოქმედ ან პოტენციურ ეკონომიკურ აგენტებს შორის მეტოქეობა ამ ბაზარზე უპირატესობის მოსაპოვებლად.“ ქართული კანონმდებლობისგან განსხვავებით, დასავლური მართლწესრიგები პრაქტიკულად არ იცნობენ კონკურენციის ცნების ლეგალურ დეფინიციას. გერმანულ კანონმდებლობაში კონკურენციის ცნების არარსებობას ასაბუთებენ იმით, რომ ამ ცნების საკანონმდებლო დეფინიციის ჩამოყალიბებისას ბაზრის სტრუქტურაზე, ქმედებათა სახეებსა თუ შედეგებზე ფოკუსირებით შესაძლოა, შეიზღუდოს კონკურენციის, როგორც ღია და მრავალმხრივი კატეგორიის ცნების ფარგლები.<sup>7</sup>

ეკონომიკურ კონკურენციაზე მსჯელობისას აუცილებელია, ასევე მხედველობაში იქნეს მიღებული პოტენციური კონკურენციაც. კერძოდ, როგორც „კონკურენციის შესახებ“ საქართველოს კანონში მოცემულ განმარტებაში ჩანს, კონკურენციის პროცესი შესაძლოა მიმდინარეობდეს არა მარტო შესაბამის ბაზარზე უკვე მოქმედ ეკონომიკურ

<sup>3</sup> Emmerich, *supra* სქოლიო 2, Rn. 1.

<sup>4</sup> Kling Michael, Thomas Stefan, Kartellrecht, § 2. Rn. 6.

<sup>5</sup> Clark J.M. Toward a Concept of Workable Competition, *ib.* The American Economic Review, 1940, Vol. XXX, N2. 243.

<sup>6</sup> Whish/Bailey, Competition Law, 7-th edition, 2011, გვ. 3.

<sup>7</sup> Dreher Meinrad, Kulka Michael, Rittner Fritz, Wettbewerbs- und Kartellrecht, 8. Auflage, Rn. 5.

აგენტებს შორის, არამედ შესაბამის ბაზარზე უკვე მოქმედ და ამ ბაზარზე შესვლის დასაბუთებული განზრახვის მქონე ეკონომიკურ აგენტს (პოტენციური კონკურენტი ეკონომიკური აგენტი) შორისაც.

ლიტერატურაში კონკურენციას ასევე განმარტავენ, როგორც „სპონტანურ წესრიგს“<sup>8</sup> თუ „ძიებისა და აღმოჩენის“<sup>9</sup> პროცესს. აღნიშნული განმარტებები, თავის მხრივ, მეტყველებს კონკურენციის პროცესის მნიშვნელოვან და განუყოფელ მახასიათებლებზე. კონკურენციის სპონტანურ წესრიგად მიჩნევა კონკურენციის პროცესის ბუნებრივი საწყისების აღიარებას ნიშნავს. აღნიშნული გულისხმობს, რომ კონკურენცია ყალიბდება, ვითარდება და არსებობს ყოველგვარი ხელოვნური ჩარევების გარეშე და იგი ბუნებრივად, თავისთავად ასრულებს კონკრეტულ ფუნქციებს, ხოლო ძიებისა და აღმოჩენის პროცესის სახით კონკურენციის წარმოჩენა ხაზს უსვამს მის დინამიკურ ხასიათსა და მისგან მომდინარე შედეგების წინასწარ პროგნოზირების შეუძლებლობას.

ყოველივე აღნიშნულიდან გამომდინარე, შეიძლება ითქვას, რომ კონკურენციასთან დაკავშირებით, კონსტიტუციის მე-6 მუხლში მოცემული ჩანაწერის ქვეშ შესაბამის ბაზარზე უპირატესობის მოსაპოვებლად ეკონომიკურ აგენტებს შორის მეტოქეობის პროცესი უნდა ვიგულისხმოთ, რომელიც მუდმივ განვითარებასა და სრულყოფას განიცდის და რომლის უმთავრეს მახასიათებელსაც მისი დინამიკურობა წარმოადგენს. კონსტიტუციის მე-6 მუხლის მიხედვით, სახელმწიფოს მიერ კონკურენციაზე ზრუნვის ვალდებულება შესაბამის ბაზრებზე ეკონომიკურ აგენტებს შორის მეტოქეობის ბუნებრივი და დინამიკური პროცესის ჩამოყალიბებისა და განვითარების ხელშეწყობაში მდგომარეობს.

## 2. ეკონომიკური კონკურენციის ფუნქციები

როგორც კაპიტალიზმის ფუძემდებლად წოდებული ადამ სმიტი აღნიშნავს, ინდივიდი უფრო მეტად პროდუქტიული და ეფექტიანია მაშინ, როდესაც იგი საკუთარი ინტერესების შესაბამისად მოქმედებს და ესწრაფვის პირად კეთილდღეობას.<sup>10</sup> ასეთ დროს მისი უპირველესი მიზანი არ არის საერთო საზოგადოებრივი სარგებლის ზრდა. თუმცა ეს უკანასკნელი მისი ნებისმიერი ქმედების თანმდევ გვერდით ეფექტს წარმოადგენს. სხვაგვარად რომ ითქვას, ბაზრის მონაწილის ინდივიდუალური მიზნები და ამბიციები პარალელურად საერთო სიკეთის ზრდასაც ემსახურება. ამასთან, ბაზრის კონკრეტული მონაწილე საერთო საზოგადოებრივი კეთილდღეობის ზრდის კუთხით უფრო მეტად ეფექტიანია მაშინ, როდესაც მისი ქმედებების მთავარი ამოსავალი წერტილი საკუთარი მატერიალური ინტერესებია. სწორედ ამ მოსაზრებაში უნდა დავინახოთ ჯანსაღი ეკონომიკური კონკურენციის უზრუნველყოფის ერთ-ერთი მთავარი აუცილებლობაც.

კონკურენციის პოლიტიკასთან დაკავშირებით ბრიტანეთის მთავრობის მიერ შემუშავებული კონცეფციის მიხედვით, ეკონომიკურ აგენტებს შორის დინამიკური და აგრესიული კონკურენცია ძლიერი და ეფექტური ბაზრების ჩამოყალიბების უმთავრეს წინაპირობას

<sup>8</sup> *Emmerich, supra* სქოლიო 2, Rn. 29.

<sup>9</sup> *Kling/Thomas, supra* სქოლიო 4, Rn. 6.

<sup>10</sup> *Smith Adam*, An inquiry into the nature and Causes of the Wealth of Nations. Edited by S. M. Soares. Metalibri Digital Library, 29-th May 2007, 349-350.

წარმოადგენს.<sup>11</sup> იგი ინოვაციისა და პროდუქტიულობის ზრდას განაპირობებს და ეხმარება მომხმარებლებს ხელსაყრელი პირობებით მიიღონ საუკეთესო ხარისხის საქონელი და მომსახურება.<sup>12</sup>

ევროკომისიის კონკურენციის გენერალური დირექტორატის მიერ განვითარებული მსჯელობის მიხედვით, კონკურენცია არის საბაზრო ეკონომიკის ძირითადი მექანიზმი, რომელიც აიძულებს მიმწოდებელს საქონელი და მომსახურება მომხმარებელს შესთავაზოს ყველაზე ხელსაყრელი პირობებით.<sup>13</sup> სწორედ კონკურენცია განაპირობებს ბაზრის ეფექტიანობის ზრდას, რაც საბოლოო ჯამში ფასის შემცირებასა და ინოვაციების ზრდაზე აისახება.<sup>14</sup> ის არის ყოველგვარი ხელოვნური ჩარევებისაგან დამოუკიდებელი ეკონომიკური თანაცხოვრების ბუნებრივი პროცესი, რომელიც თავისუფლების, თანასწორობისა და საერთო კეთილდღეობის პრინციპებიდან მომდინარე მიზნების ოპტიმალურ სინთეზს ბუნებრივად წარმოშობს.<sup>15</sup>

ბაზარზე არსებული კონკურენციის პირობებში თითოეული ეკონომიკური აგენტი იძულებულია, მუდმივად ჰქონდეს იმის მოლოდინი, რომ იგი მისი კონკურენტების სასარგებლოდ დაკარგავს საკუთარ მომხმარებელს იმ შემთხვევაში, თუ მათ იმავე ან უფრო ხელსაყრელ ფასად არ შესთავაზებს იგივე ან უკეთესი ხარისხის საქონელსა თუ მომსახურებას. მსგავსი კონკურენტული პროცესის შედეგად წარმოშობილი წნეხი განაპირობებს ეკონომიკური აგენტის მუდმივ ორიენტირებას ფასის შემცირებაზე, ხარისხის გაუმჯობესებასა თუ საკუთარი პროდუქტის განვითარებაზე. აღნიშნული კი, ბუნებრივია, ნებისმიერ შემთხვევაში დადებითად აისახება მომხმარებლის მატერიალურ კეთილდღეობაზე, ვინაიდან ასეთ დროს მას შესაძლებლობა აქვს, მიიღოს მაქსიმალური ხარისხის პროდუქტი მინიმალურ ფასად და ჰქონდეს მეტი არჩევანი.

კონკურენტული ბაზრების ჩამოყალიბება ხელს უწყობს ქვეყანაში მოქმედი ეკონომიკური აგენტების საერთაშორისო კონკურენტუნარიანობის ზრდასაც. აღნიშნულს განაპირობებს ის ფაქტი, რომ კონკურენტული წნეხი ეკონომიკური აგენტისთვის ქმნის სტიმულს და მას ინოვაციების, ტექნოლოგიური განვითარებისა და ახალი პროდუქტების დანერგვის მნიშვნელოვან იმპულსებს აძლევს. ეს ყველაფერი კი ეკონომიკური აგენტებისა და მათ მიერ ქვეყანაში წარმოებული პროდუქციის კონკურენტუნარიანობას საერთაშორისო დონეზეც ზრდის.

გემოთ მოცემული ზოგადი მსჯელობის შესაბამისად, შესაძლებელია, ერთმანეთისაგან გაიმიჯნოს კონკურენციის შემდეგი ფუნქციები:

- *მართვის ფუნქცია* - თავისუფალი კონკურენცია განხილულ უნდა იქნეს როგორც პროცესი, რომელიც ბუნებრივად, სახელმწიფოს ჩარევისაგან დამოუკიდებლად

<sup>11</sup> A World Class Competition Regime Department of Trade and Industry, 30.07.2002. 13.

<sup>12</sup> *Ibid.*

<sup>13</sup> ხელმისაწვდომია აქ: [https://ec.europa.eu/competition/antitrust/overview\\_en.html](https://ec.europa.eu/competition/antitrust/overview_en.html) (25.03.2020 მდგომარეობით).

<sup>14</sup> *Ibid.*

<sup>15</sup> *Emmerich, supra* სქოლიო 2, Rn. 12.

უზრუნველყოფს მოთხოვნასა და მიწოდებას შორის გონივრული ბალანსის დაცვას და ამ გზით ასრულებს ბაზრის მართვის ფუნქციას;<sup>16</sup>

- *განაწილების ფუნქცია* - კონკურენცია უზრუნველყოფს მწირი ეკონომიკური რესურსების ოპტიმალურ გადანაწილებას ბაზრის მონაწილეებს შორის;<sup>17</sup>
- *ინოვაციის/პროგრესის ფუნქცია* - კონკურენტული წნეხი ეკონომიკური აგენტებისთვის წარმოადგენს მნიშვნელოვანი ბიძგის მიმცემ ფაქტორს, რათა მუდმივად იზრუნონ მიწოდებული საქონლისა და მომსახურების სრულყოფასა და მომხმარებლისთვის ახალი, ინოვაციური პროდუქტების მიწოდებაზე;<sup>18</sup>
- *საბაზრო ძალაუფლების შეზღუდვის (განეიტრალების) ფუნქცია* - კონკურენცია ახდენს მომეტებული და საფრთხის შემქმნელი საბაზრო ძალაუფლების ნეიტრალიზებას და მოწოდებულია, მოახდინოს ერთი სუბიექტის ან სუბიექტთა ჯგუფის ხელში იმ მოცულობის საბაზრო ძალაუფლების კონცენტრაციის პრევენცია, რომელიც საფრთხის შემქმნელია ჯანსაღი კონკურენტული გარემოსა თუ ბაზარზე მოქმედი სხვა სუბიექტების სამეწარმეო თავისუფლებისათვის;<sup>19</sup>
- *სოციალური ფუნქცია* - კონკურენცია უზრუნველყოფს მომხმარებლისთვის საქონლისა და მომსახურების მინიმალურ ფასად მიწოდებას. გარდა ამისა, კონკურენცია წარმოშობს წარმოების ხარჯების შესამცირებლად ტექნიკური პროგრესის მნიშვნელოვან სტიმულებს, რაც, საბოლოო ჯამში, ასევე ფასების შემცირებაზე აისახება.<sup>20</sup>

სწორედ ამ და სხვა ფუნქციების შესრულების უნარი უნდა შესწევდეს სახელმწიფოს მიერ კონსტიტუციის მე-6 მუხლის მე-2 პუნქტის საფუძველზე ჩამოყალიბებულ ქვეყნის ეკონომიკური წესრიგის საფუძვლად არსებულ თავისუფალ კონკურენციას. თავისუფალ კონკურენციაზე ზრუნვის ვალდებულების სახელმწიფოზე დაკისრებით, კონსტიტუციის უპირველესი და უმთავრესი მიზანია, საკუთრივ კონკურენციის პროცესის, როგორც არსებული საბაზრო წესრიგის ფუნდამენტის დაცვა. თუმცა თავისუფალი კონკურენციის პროცესის დაცვასთან ერთად, კონსტიტუციის აღნიშნული ჩანაწერი კონკურენციის ზემოთ დასახელებული ფუნქციებიდან გამომდინარე, არაპირდაპირ ასევე უზრუნველყოფს ბაზრის თითოეული მონაწილის, მომხმარებლის საერთო საზოგადოებრივი და სახელმწიფო ინტერესების მაქსიმალურ დაცვასა და ამ ინტერესებს შორის გონივრული ბალანსის მიღწევას.

<sup>16</sup> Welfens Paul, Grundlagen der Wirtschaftspolitik, 2. Auflage. 545.

<sup>17</sup> Emmerich, *supra* სქოლიო 2, Rn. 7.

<sup>18</sup> Welfens, *supra* სქოლიო 16, გვ. 545.

<sup>19</sup> Emmerich, *supra* სქოლიო 2, Rn. 9.

<sup>20</sup> Welfens, *supra* სქოლიო 16, გვ. 545.



### 3. ეკონომიკური კონკურენციის განვითარებაზე სახელმწიფოს ზრუნვის ვალდებულების ფარგლები

#### 3.1. ზოგადი მიმოხილვა

ზემოთ აღნიშნული ფუნქციებისა და კონკურენციასთან დაკავშირებული სიკეთეების გამო, საქართველოს კონსტიტუციის მე-6 მუხლი ქვეყნის ეკონომიკური წესრიგის საფუძვლად თავისუფალ კონკურენციას მიიჩნევს. ის აყალიბებს თავისუფალი და ღია ეკონომიკის, თავისუფალი მეწარმეობისა და კონკურენციის განვითარების კონსტიტუციურ პრინციპს.<sup>21</sup> აღნიშნული პრინციპი კი, თავის მხრივ, გულისხმობს სახელმწიფოს ვალდებულებას, ხელი შეუწყოს კონკურენციის განვითარებას. შესაბამისად, სახელმწიფო ვალდებულია, უზრუნველყოს ეკონომიკურ აგენტებს შორის მეტოქეობის როგორც დინამიკური პროცესის განვითარებისათვის ხელსაყრელი პირობები. თუმცა კონსტიტუცია არ აკონკრეტებს, თუ რა ხარისხისა თუ მასშტაბების კონკურენცია უნდა იქნეს მიღწეული ქვეყნის შესაბამის ბაზრებზე. აქედან გამომდინარე, რთულია ეკონომიკურ აგენტებს შორის მეტოქეობის იმ ოპტიმალური ხარისხის განსაზღვრა, რომლის არსებობის დროსაც შეიძლება ჩაითვალოს, რომ სახელმწიფო კონკურენციის განვითარებასთან დაკავშირებულ კონსტიტუციურ ვალდებულებას ჯეროვნად ასრულებს. შესაბამისად, კონსტიტუციის მიერ სახელმწიფოსთვის მიზნად დასახული კონკურენციის ოპტიმალური ხარისხისა და მასშტაბების დასადგენად მიზანშეწონილია, გაანალიზებულ იქნეს კონკურენციის სამართლის ჩამოყალიბების ისტორია და დასავლურ განვითარებულ სახელმწიფოებში ჩამოყალიბებული წამყვანი თეორიები თუ მიდგომები. ამასთან, კონკურენციის ოპტიმალური ხარისხის განსაზღვრისას მნიშვნელოვანია, ასევე მხედველობაში იქნეს მიღებული კონკურენციის ის ფუნქციები, რომლებიც ზემოთ იქნა განხილული, ვინაიდან კონსტიტუციის მე-6 მუხლიდან მომდინარე ვალდებულების ფარგლებში სახელმწიფოს მიერ ჩამოყალიბებულმა კონკურენტულმა გარემომ სწორედ აღნიშნული ფუნქციების შესრულება უნდა უზრუნველყოს.

#### 3.2. სრულყოფილი კონკურენცია

ეკონომიკური თეორია განასხვავებს ბაზრის მოწყობის სხვადასხვა ფორმას.<sup>22</sup> მეოცე საუკუნის დასაწყისში ჩამოყალიბდა ე.წ. სრულყოფილი კონკურენციის თეორია ("Theory of perfect competition" / „Theorie des vollständigen Wettbewerbs“), რომელიც ეკონომიკურ მეცნიერებაში დიდი ხნის განმავლობაში ერთ-ერთ წამყვან თეორიად ითვლებოდა.<sup>23</sup>

სრულყოფილი კონკურენციის ეკონომიკური მოდელის შემთხვევაში, კონკურენციასთან დაკავშირებული სარგებლისა და სოციალური კეთილდღეობის კუთხით, მისი დადებითი ეფექტების მაქსიმიზაცია ხდება.<sup>24</sup> კონკურენციის აღნიშნული მოდელი ხასიათდება ერთიანი და მსგავსი ფასებით, საქონლისა და მომსახურების ჰომოგენურობითა და ბაზრის

<sup>21</sup> საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს გადაწყვეტილება საქმეზე №1/1/655, შპს „სკს“ საქართველოს პარლამენტის წინააღმდეგ, 2019 წლის 18 აპრილი, პარაგრაფი 3.

<sup>22</sup> Slot PJ, Johnston AC, an introduction to EC Competition Law, 1-st ed. 4.

<sup>23</sup> Kling/Thomas, *supra* სქოლიო 4, Rn. 7.

<sup>24</sup> Whish/Bailey, *supra* სქოლიო 6, გვ. 4; Lorenz Moris, an introduction to EU Competition Law, 5.

სრული გამჭვირვალობით.<sup>25</sup> მსგავს პირობებში ეკონომიკური აგენტები მომხმარებლებს სთავაზობენ იდენტურ საქონელსა და მომსახურებას.<sup>26</sup> მყიდველი არ ითხოვს და მიმწოდებელი არ სთავაზობს ბაზარს საქონლისა და მომსახურების არსებული სტანდარტული ხარისხიდან რაიმე სახის გადახვევას.<sup>27</sup> გარდა ამისა, ეკონომიკური აგენტები მოქმედებენ როგორც ბაზარზე არსებული ფასის მიმღებები და საბაზრო წილი მათ საშუალებას არ აძლევს, გავლენა მოახდინონ საქონლისა და მომსახურების ფასზე.<sup>28</sup> ამასთან, სრულყოფილი კონკურენციის პირობებში ბაზარი გამოირჩევა მაქსიმალური გამჭვირვალობით და ეკონომიკური აგენტები საბაზრო პროცესებთან დაკავშირებით ფლობენ ამომწურავ ინფორმაციას.<sup>29</sup> პრაქტიკულად არ არსებობს ბარიერები და ბაზარზე ეკონომიკური აგენტების შესვლა ან მათი ბაზრიდან გასვლა არ არის დაკავშირებული რაიმე სახის დანახარჯებთან.<sup>30</sup>

სრულყოფილი კონკურენციისთვის დამახასიათებელი აღნიშნული ელემენტები განაპირობებს შესაბამის ბაზარზე განუსაზღვრელად დიდი რაოდენობით ეკონომიკური აგენტის არსებობას, რაც ბაზრის მონაწილეებს უზღუდავს მასშტაბის ეკონომიაზე დაფუძნებული ეკონომიკური პოლიტიკის განხორციელების შესაძლებლობას.<sup>31</sup> გარდა ამისა, ბაზარზე ხდება თვისობრივად მსგავსი და ჰომოგენური საქონლისა და მომსახურების მიწოდება, რაც ეკონომიკური აგენტებისთვის ამცირებს იმის სტიმულსა და მოტივაციას, რომ მუდმივად ინოვაციასა და განვითარებაზე იყვნენ ორიენტირებულნი. ასეთ პირობებში ეკონომიკური აგენტები მოკლებულნი არიან შესაძლებლობას, კონკრეტულ შემთხვევაში მიიღონ დიდი ოდენობის მოგება, რაც, საბოლოო ჯამში, მათ აიძულებს, უარი თქვან კვლევებსა და ტექნოლოგიურ განვითარებაზე. ინოვაციასა და ტექნოლოგიური განვითარებისკენ სწრაფვის მოტივაციას ასევე ამცირებს ბაზრის შესახებ სრულყოფილი ინფორმაციის ფლობა. მსგავს პირობებში კი ხდება ეკონომიკურ აგენტებს შორის მეტოქეობის ხარისხის მინიმიზაცია და ისინი „მშვიდობიანად“ თანაარსებობენ საკუთარ კონკურენტებთან. ბაზრის მსგავსი მდგომარეობა კი გერმანულ ლიტერატურაში ცნობილია ე.წ. "Schlafmützenkonkurrenz"-ის სახელით, რომელიც ქართულად შესაძლოა ითარგმნოს როგორც „მძინარე კონკურენცია“.

როგორც ზემოთ აღინიშნა, კონკურენცია „ძიებისა და აღმოჩენის“ პროცესს წარმოადგენს, რომლის უმთავრესი მახასიათებელიც მოვლენათა და მოქმედებათა დინამიკურობაა. აქედან გამომდინარე, სრულყოფილი კონკურენციის საფუძვლად არსებული ბაზრის სტატიკური მდგომარეობა თვისობრივ წინააღმდეგობაში მოდის თავად კონკურენციის არსთან. სწორედ ბაზრის სტატიკურ მდგომარეობასა და უცვლელ წონასწორობაში შენარჩუნების აუცილებლობის გამო, სრულყოფილი კონკურენციის თეორიამ

<sup>25</sup> Kling/Thomas, *supra* სქოლიო 4, Rn. 7.

<sup>26</sup> Lorenz Moris, an introduction to EU Competition Law, გვ. 5.

<sup>27</sup> Slot, *supra* სქოლიო 22, გვ. 4.

<sup>28</sup> Slot, *supra* სქოლიო 22, გვ. 4.

<sup>29</sup> ჯაფარიძე ლიანა, იბ. ჯაფარიძე/ზუკაკიშვილი/ჟვანია/კობაძე/გველეხიანი/აკოლაშვილი/სერგია-მომცელიძე, საქართველოს კონკურენციის სამართალი, 2019, გვ. 29. ციტ. Whish, Richard and Bailey, David, Competition Law, 9 th ed. Oxford University Press, 2018, გვ. 23.

<sup>30</sup> Slot, *supra* სქოლიო 22, გვ. 4.

<sup>31</sup> Kling/Thomas, *supra* სქოლიო 4, Rn. 7.

პრაქტიკაში მხარდაჭერა ვერ პოვა.<sup>32</sup> მართალია, სრულყოფილი კონკურენციის პირობებში ხდება მომხმარებელთა სოციალურ კეთილდღეობაზე მაქსიმალურად ორიენტირებული ბაზრის ჩამოყალიბება, თუმცა ფაქტობრივად იგი კონკურენციისთვის აუცილებელი გარემოებებისა თუ ელემენტების არარსებობას გულისხმობს. ამ და სხვა გარემოებებზე დაყრდნობით აშკარაა, რომ სრულყოფილი კონკურენციის მიღწევა ვერ იქნება რაციონალური კონკურენციის პოლიტიკის მიზანი.<sup>33</sup> ამდენად, კონსტიტუციის მე-6 მუხლში მოცემული კონკურენციის განვითარებაზე ზრუნვის კონსტიტუციური ვალდებულება არ უნდა იქნეს გაგებული ისე, თითქოს სახელმწიფომ ქვეყნის შესაბამის ბაზრებზე სრულყოფილი კონკურენციის მიღწევა უნდა უზრუნველყოს.<sup>34</sup>

### 3.3. ეფექტიანი კონკურენცია

იმ პირობებში, როდესაც, კონსტიტუციის მე-6 მუხლის შესაბამისად, სახელმწიფოსთვის სრულყოფილი კონკურენციის უზრუნველყოფის ვალდებულების დაკისრება გაუმართლებელია, აუცილებელია, განისაზღვროს ალტერნატიული მოდელი, რომელიც განსახილველი კონსტიტუციური დათქმის განმარტებისას იქნება გამოყენებადი. ამ კუთხით რაციონალური მაქსიმის განსაზღვრა ასევე მნიშვნელოვანია იმდენად, რამდენადაც საკონსტიტუციო სასამართლოს პრაქტიკა კონსტიტუციის ცალკეულ ნორმებთან კავშირში უშვებს გასაჩივრებული ნორმის კონკურენციის განვითარების კონსტიტუციურ პრინციპთან მიმართებაში გადამოწმების შესაძლებლობასაც.<sup>35</sup>

სრულყოფილი კონკურენციის მოდელთან დაკავშირებული ხარვეზებისა თუ ნაკლოვანებების გამო, დოქტრინაში დროთა განმავლობაში ჩამოყალიბდა ალტერნატიული მიდგომა, რომელიც შემდგომში დასავლურ კანონმდებლობასა თუ სასამართლო პრაქტიკაშიც იქნა გაზიარებული. ამ მხრივ აღსანიშნავია ამერიკელი ეკონომისტის, ჯონ კლარკის ნაშრომი „*Toward a Concept of Workable Competition*“. აღნიშნულ ნაშრომში, კლარკმა ერთ-ერთმა პირველმა<sup>36</sup> გააკრიტიკა სრულყოფილი კონკურენციის მოდელი და მიუთითა, რომ სრულყოფილი კონკურენცია არასდროს არსებობდა და არც არასდროს არ იარსებებს კონკურენციის შემზღუდველი შეთანხმებებისა თუ მსგავსი ეფექტის მქონე სხვა ქმედებების შეუქცევადობის გამო.<sup>37</sup> სრულყოფილი კონკურენცია მხოლოდ არარეალურ და იდეალურ სტანდარტს წარმოადგენს, რომელიც კონკრეტულ ბაზარზე კონკურენტული გარემოს შეფასებისას მხოლოდ საწყისი წერტილის ფუნქციას ასრულებს, რომელთანაც ყოველ კონკრეტულ შემთხვევაში პრაქტიკულად არსებული კონკურენტული გარემოს შედარება ხდება.<sup>38</sup> ამ და სხვა საფუძვლებზე დაყრდნობით, კლარკი უარყოფს სრულყოფილი კონკურენციის თეორიას და იმავე ნაშრომში აყალიბებს ახალ, ფუნქციონირებადი კონკურენციის კონცეფციას („*Concept of Workable Competition*“ / „*Konzept des funktionsfähigen Wettbewerbs*“), რომლის ფარგლებშიც

<sup>32</sup> Kling/Thomas, *supra* სქოლიო 4, Rn. 7; Slot, *supra* სქოლიო 22, გვ. 4.

<sup>33</sup> Emmerich, *supra* სქოლიო 2, Rn. 17.

<sup>34</sup> შეად. OECD Glossary of Industrial Organisation Economics and Competition Law, 03.01.2002. გვ. 66.

<sup>35</sup> *supra* სქოლიო 21, პარაგრაფი 4.

<sup>36</sup> OECD Glossary of Industrial Organisation Economics and Competition Law, 03.01.2002. გვ. 84; Whish/Bailey, *supra* სქოლიო 6, 16.

<sup>37</sup> Clark J.M. *supra* სქოლიო 5 გვ. 241.

<sup>38</sup> *ibid.*

განმარტავს, რომ სრულყოფილი კონკურენციისთვის აუცილებელი ბაზრის მაქსიმალური გამჭვირვალობა და ეკონომიკური აგენტების მიერ საბაზრო პროცესებთან დაკავშირებით ამომწურავი ინფორმაციის ფლობა ზიანის მომტანია ფუნქციონირებადი კონკურენციისთვის ("[...] effective competition requires some uncertainty [...]").<sup>39</sup> საბაზრო პროცესებთან დაკავშირებით გარკვეული ბუნდოვანების არსებობა დღესდღეობით დინამიკური კონკურენციის თეორიის ერთ-ერთ ქვაკუთხედად არის მიჩნეული.<sup>40</sup>

ორი ათეული წლის შემდეგ კლარკმა გამოაქვეყნა ახალი და უფრო სრულყოფილი ნაშრომი "*Competition as a dynamic process*",<sup>41</sup> რომელშიც ის ტერმინოლოგიურად აზუსტებს მის მიერ ზემოთ დასახელებულ ნაშრომში მითითებულ ფუნქციონირებად კონკურენციას და „ეფექტიანი კონკურენციის“ სახით ახალ ტერმინს ამკვიდრებს. ამასთან, იგი სრულყოფილად აყალიბებს, კონკურენციის ოპტიმალურ ხარისხთან დაკავშირებით, თავის ახალ თეორიას, რომელმაც შემდგომ პერიოდებში ლიტერატურასა და არაერთი ქვეყნის კანონმდებლობასა თუ სასამართლო პრაქტიკაში ფართო აღიარება პოვა. ნაშრომში კლარკი ასაბუთებს კონკურენციის არა სტატიკურ, არამედ დინამიკურ ხასიათს და აღნიშნავს, რომ კონკურენციის დინამიკური პროცესი დროში უსასრულოდ გრძელდება.<sup>42</sup> კონკურენციის პროცესის დინამიკურობის აღიარებას უდიდესი მნიშვნელობა მიენიჭა კონკურენციის სამართლის შემდგომ განვითარებაში, განსაკუთრებით იმ კუთხით, რომ კონკურენციის სამართალმა შეიძინა არა მხოლოდ ფაქტობრივად არსებული კონკურენციის პროცესის, არამედ პოტენციური კონკურენციის დაცვის ფუნქცია.<sup>43</sup>

კონკურენციის პროცესის დინამიკურობაზე ასევე განსაკუთრებული ყურადღებაა გამახვილებული საქართველოს კონკურენციის სააგენტოს ერთ-ერთ გადანაცვეტილებაში, სადაც ხაზგასმულია, რომ კონკურენციას, როგორც დინამიკურ პროცესს, მომხმარებლისთვის სარგებლის მოტანა შეუძლია მხოლოდ მაშინ, როდესაც იგი მუდმივ სრულყოფას, განვითარებასა და ზრდას განიცდის.<sup>44</sup> ევროკავშირის მართლმსაჯულების სასამართლოს პრაქტიკაზე დაყრდნობით, სააგენტო ასევე განმარტავს, რომ კონკურენციის შეზღუდვა სახეზეა, როდესაც კონკურენტულ ქმედებას შესწევს იმის უნარი, რომ გავლენა მოახდინოს ბაზრის სტრუქტურაზე და რომელიც მოწოდებულია, ხელი შეუშალოს არსებული კონკურენციის ხარისხის შენარჩუნებას ან შეაფერხოს მისი შემდგომი ზრდა და განვითარება.<sup>45</sup> სააგენტო ასევე იზიარებს ევროკავშირის მართლმსაჯულების სასამართლოს პრაქტიკას იმასთან დაკავშირებით, რომ ბაზრის სტატიკურ მდგომარეობაში შენარჩუნება ინოვაციური პროდუქტების შემცირებას, მომხმარებელთა არჩევანის შესაძლებლობების შეზღუდვასა თუ ფასებთან დაკავშირებულ პრობლემებს წარმოშობს.<sup>46</sup>

<sup>39</sup> Clark J.M. *supra* სქოლიო 5, გვ. 249.

<sup>40</sup> Kling/Thomas, *supra* სქოლიო 4, Rn. 14.

<sup>41</sup> Clark J.M. *Competition as a dynamic process*, 1961.

<sup>42</sup> Emmerich, *supra* სქოლიო 2, Rn. 18.

<sup>43</sup> Kling/Thomas, *supra* სქოლიო 4, Rn. 14.

<sup>44</sup> საქართველოს კონკურენციის სააგენტოს თავმჯდომარის 2020 წლის 19 თებერვლის N04/44 ბრძანება, შპს „ჯევერს დეველოპმენტის“ საქმე.

<sup>45</sup> *Ibid*, ციტ. ECLI:EU:C:1979:36, Case 85/76, „Hoffmann-La Roche“, §§ 91; ECLI:EU:T:2003:250, Case T-203/01 „Michelin II“ §§ 238-239.

<sup>46</sup> *Ibid*, ციტ. ECLI:EU:C:2010:603, C-280/08 P, „Deutsche Telekom AG“, § 182, ECLI:EU:C:2009:214 Case C-202/07 P, „France Télécom“, § 112.

ევროკავშირის კონკურენციის სამართალიც სწორედ ეფექტიანი კონკურენციის კონცეფციას ეფუძნება.<sup>47</sup> აღნიშნულზე მეტყველებს, მაგალითად, ევროკავშირის რეგულაცია კონცენტრაციების კონტროლთან დაკავშირებით, რომლის მიხედვითაც, დაუშვებელია ეკონომიკურ აგენტებს შორის მოხდეს ისეთი სახის კონცენტრაცია, რომელიც არ არის თავსებადი ეფექტიან კონკურენციასთან.<sup>48</sup> ეფექტიანი კონკურენციის კონცეფციას იზიარებს ასევე ევროკავშირის მართლმსაჯულების სასამართლოს მიერ განვითარებული პრაქტიკაც.<sup>49</sup> თუმცა, ამის მიუხედავად, არ არსებობს ერთიანი უნიფიცირებული განმარტება იმასთან დაკავშირებით, თუ რა უნდა იქნეს მიჩნეული ეფექტიან კონკურენციად.<sup>50</sup> ამიტომ, ბაზარზე არსებული კონკურენციის ოპტიმალური ხარისხი და, შესაბამისად, კონკურენციის ეფექტიანობა განისაზღვრება ყოველი კონკრეტული ბაზრისათვის ამ ბაზრის მახასიათებლებისა და პარამეტრების მიხედვით. მსგავსი მახასიათებლები შეიძლება იყოს ეკონომიკური აგენტების რაოდენობა, ინფორმაციის ხელმისაწვდომობა, პროდუქტის მრავალფეროვნება და ა.შ.<sup>51</sup>

უნდა აღინიშნოს ის ფაქტიც, რომ ქართული კონკურენციის კანონმდებლობაც ეფექტიანი კონკურენციის თეორიას იზიარებს. ამაზე მეტყველებს არაერთი ნორმა, რომელიც მოცემულია როგორც „კონკურენციის შესახებ“ საქართველოს კანონში, ასევე მის საფუძველზე მიღებულ კანონქვემდებარე ნორმატიულ აქტებში.

„კონკურენციის შესახებ“ საქართველოს კანონში მოცემული კონცენტრაციების მარეგულირებელი ნორმები კრძალავენ ეკონომიკურ აგენტებს შორის ისეთ კონცენტრაციას, რომელიც ზღუდავს ეფექტიან კონკურენციას. კონკურენციის სააგენტოს თავმჯდომარის 2014 წლის 30 სექტემბრის N30/09-3 ბრძანებით დამტკიცებული ბაზრის ანალიზის მეთოდური მითითებებიც სრულად ემყარება ეფექტიანი კონკურენციის პრინციპს. უფრო მეტიც, ბაზრის ანალიზის მეთოდური მითითებები შეიცავს ეფექტიანი კონკურენციის ცნების დეფინიციასაც, რომლის მიხედვითაც, ეფექტიანი კონკურენცია საბაზრო სტრუქტურისა და ეკონომიკურ აგენტთა საბაზრო ქცევის ისეთ ოპტიმალურ კომბინაციას გულისხმობს, როდესაც ბაზრის შედეგიანობა შესაძლებლად მაღალ მაჩვენებელს უტოლდება. აღნიშნული განმარტება მნიშვნელოვან საფუძველს ქმნის იმისათვის, რომ ეფექტიანი კონკურენციის დამატებით ასპექტებზე მოხდეს მსჯელობა. კერძოდ, ერთ-ერთი მნიშვნელოვანი ასპექტი, რომელიც გამომდინარეობს ამ განმარტებიდან, არის ის, რომ ეფექტიანი კონკურენცია არ შეიძლება გაგებულ იქნეს როგორც ყველა შესაბამისი ბაზრისთვის უნიფიცირებული, ერთიანი „ფორმულა“. ეფექტიანი კონკურენციის კონცეფცია გულისხმობს, რომ ბაზარზე მიღწეული უნდა იყოს შედეგიანობის შეძლებისდაგვარად მაღალი მაჩვენებელი. აღნიშნული მაჩვენებელი კი, ბუნებრივია, სხვადასხვა ბაზრისთვის სხვადასხვაა, რაც კონკურენციის ეფექტიანობის რელატიურ ბუნებაზე მეტყველებს. შესაბამისად, კონკურენციის ეფექტიანობაც ყოველ კონკრეტულ ბაზართან

<sup>47</sup> Lorenz, *supra* სქოლიო 26, გვ. 22.

<sup>48</sup> იხ. Council Regulation (EC) No 139/2004 of 20 January 2004 on the control of concentrations between undertakings (the EC Merger Regulation, ELI: <http://data.europa.eu/eli/reg/2004/139/oj> (28.03.2020. მდგომარეობით)

<sup>49</sup> ECLI:EU:C:1977:167, Case 26-76, „Metro SB-Großmärkte“ § 21-22.

<sup>50</sup> Lorenz, *supra* სქოლიო 26, გვ. 22.

<sup>51</sup> *Ibid.*

მიმართებაში განსხვავებულად უნდა განისაზღვროს. კონკრეტული ხარისხის კონკურენცია შეიძლება საკმარისი იყოს იმისათვის, რომ ერთმა ბაზარმა შეძლებისდაგვარად მაღალ მაჩვენებელს მიაღწიოს, მაგრამ ამ ხარისხის კონკურენცია შესაძლოა არ იყოს საკმარისი სხვა ბაზრისთვის იმავე მაჩვენებლის მისაღწევად. კონკურენციის ეფექტიანობისთვის განმსაზღვრელია კონკრეტულ ბაზარზე არსებული მოცემულობა, ბაზრის სტრუქტურა თუ სხვა მახასიათებლები. აქედან გამომდინარე, ეფექტიანი კონკურენციის არსებობის თუ არარსებობის საკითხი ყოველი კონკრეტული ბაზრისთვის დამოუკიდებლად უნდა განისაზღვროს და უნდა დაეფუძნოს ამ ბაზრის კონკრეტულ პარამეტრებს.

ყოველივე აღნიშნულიდან გამომდინარე, ნათელია, რომ ეფექტიანი კონკურენციის კონცეფცია უფრო რეალისტურია და დასავლურ პრაქტიკასა თუ სამეცნიერო მიღწევებზე დაყრდნობით, შეიძლება ითქვას, რომ საქართველოს კონსტიტუციის მე-6 მუხლის მეორე პუნქტის ქვეშ სწორედ ეფექტიანი კონკურენციის განვითარებაზე ზრუნვის ვალდებულება უნდა ვიგულისხმოთ.

### **3.4. შუალედური დასკვნა**

ზემოთ მოცემული მსჯელობის შესაბამისად, კონკურენციის განვითარებასთან დაკავშირებით კონსტიტუციაში მოცემული ჩანაწერი არ გულისხმობს ქვეყნის შესაბამის ბაზრებზე სრულყოფილი კონკურენციის მიღწევის აუცილებლობას. ამ კუთხით სახელმწიფოს ვალდებულება მხოლოდ ეფექტიანი კონკურენციის ჩამოყალიბებისათვის შესაბამისი პირობების შექმნით შემოიფარგლება. კონსტიტუციის მე-6 მუხლის ჩანაწერიდან გამომდინარეობს, რომ ეკონომიკურ წესრიგთან დაკავშირებით, სახელმწიფოს ერთ-ერთი კონსტიტუციური მიზანია ქვეყნის შესაბამის ბაზრებზე ეფექტიანი კონკურენციის მიღწევა, რაც კონკურენციის დინამიკური პროცესის შენარჩუნებასა და კონკრეტულ ბაზარზე კონკურენციის პოლიტიკის გატარებისას ამ ბაზრის მდგომარეობის, მახასიათებლებისა თუ სხვა საბაზრო პარამეტრების მხედველობაში მიღებას გულისხმობს.

## **4. მონოპოლიური საქმიანობის აკრძალვა**

როგორც აღინიშნა, კონსტიტუციის მე-6 მუხლი თავისუფალ კონკურენციას ქვეყნის ეკონომიკური წესრიგის ძირითად საფუძვლად განსაზღვრავს. თუმცა ის არ წარმოადგენს ეკონომიკურ კონკურენციასთან დაკავშირებულ ერთადერთ კონსტიტუციურ დათქმას. კონსტიტუციის 26-ე მუხლის მე-4 პუნქტის მიხედვით, ეკონომიკური კონკურენციის უმთავრეს კონსტიტუციურ ასპექტად მონოპოლიური საქმიანობის აკრძალვა უნდა ჩაითვალოს.

მონოპოლიური საქმიანობის აკრძალვის კონსტიტუციურ ხარისხში აყვანა უკვე მეტყველებს იმაზე, თუ რა მასშტაბების ზიანის მომტანი შეიძლება იყოს მსგავსი საქმიანობა ქვეყნის შესაბამის ბაზრებზე თავისუფალი კონკურენციის ჩამოყალიბებისა და განვითარების პროცესისათვის. კონსტიტუცია აღიარებს, რომ მონოპოლიური საქმიანობა და თავისუფალი კონკურენცია ერთმანეთთან შეუთავსებელი კატეგორიებია, ვინაიდან მონოპოლიური საქმიანობის არსებობის პირობებში შეუძლებელია ქვეყნის შესაბამის ბაზრებზე ეფექტიანი კონკურენციის ჩამოყალიბება. მსგავსი შინაარსის კონსტიტუციური

დათქმა სახელმწიფოს მიუთითებს, რომ კონსტიტუციის მე-6 მუხლის საფუძველზე, თავისუფალი კონკურენციის განვითარების მიზნით, გაატაროს ისეთი პოლიტიკა, რომელიც სხვადასხვა მექანიზმების გამოყენებით, ქვეყნის შესაბამის ბაზრებზე მონოპოლიური საქმიანობის პრევენციას უზრუნველყოფს. მონოპოლიური საქმიანობის აკრძალვა აყალიბებს კონსტიტუციის მე-6 მუხლში სახელმწიფოსთვის დაკისრებული თავისუფალი კონკურენციის განვითარებაზე ზრუნვის ვალდებულების ფარგლებში, სახელმწიფოს მიერ განსახორციელებელი ღონისძიებების სახეებისა თუ ფორმების ერთ-ერთ კონკრეტულ მიმართულებას. თუმცა მონოპოლიური საქმიანობის აკრძალვასთან ერთად, კონსტიტუცია არ აკონკრეტებს, თუ რა შინაარსის მატარებელია აღნიშნული დათქმა, რაც დასახელებული ნორმის განმარტებისას პრაქტიკაში მნიშვნელოვან პრობლემებს წარმოშობს.

კონსტიტუციის 26-ე მუხლის მე-4 პუნქტის განმარტებისას, უპირველეს ყოვლისა, მნიშვნელოვანია ერთმანეთისაგან გაიმიჯნოს, მონოპოლიისა და მონოპოლიური საქმიანობის ცნებები. ტერმინი მონოპოლია აღწერს ბაზრის ისეთ მდგომარეობას, როდესაც შესაბამის ბაზარზე ოპერირებს ერთი ეკონომიკური აგენტი.<sup>52</sup> ასეთ შემთხვევაში შესაბამის ბაზარზე მოქმედი ერთადერთი სუბიექტი ექსკლუზიურად ახდენს ბაზარზე კონკრეტული საქონლისა თუ მომსახურების მიწოდებას.<sup>53</sup> ხოლო მონოპოლიური საქმიანობა გულისხმობს ეკონომიკური აგენტების მიერ განხორციელებულ კონკრეტული სახის ქმედებებს ან ქმედებათა ერთობლიობას. კონსტიტუციის აღნიშნული ნორმის სიტყვასიტყვითი განმარტების მიხედვით კი, ხსენებული აკრძალვა ეხება მხოლოდ მონოპოლიურ საქმიანობას და არა საკუთრად მონოპოლიას. თუმცა განსახილველი კონსტიტუციური დათქმის სრულყოფილი შინაარსის განსაზღვრისთვის აუცილებელია მისი ტელეოლოგიური საფუძვლების ანალიზიც, რათა ზუსტად დადგინდეს, თუ რამდენად ეხება აღნიშნული აკრძალვა საკუთრად მონოპოლიურ მდგომარეობას.

საქართველოს კონსტიტუციის მსგავსად, ევროკავშირის სადამფუძნებლო ხელშეკრულებებიც განამტკიცებენ ღია საბაზრო ეკონომიკისა ("open market economy"/"offene Marktwirtschaft") და თავისუფალი კონკურენციის ("free competition"/"freier Wettbewerb") პრინციპებს. კერძოდ, ევროკავშირის ფუნქციონირების შესახებ ხელშეკრულების 119-ე მუხლის პირველი პუნქტი წევრ სახელმწიფოებს ავალდებულებს ისეთი ეკონომიკური პოლიტიკის განხორციელებას, რომელიც შესაბამისობაში იქნება ღია საბაზრო ეკონომიკისა და თავისუფალი კონკურენციის პრინციპებთან. ევროკავშირის სადამფუძნებლო ხელშეკრულების აღნიშნული ჩანაწერი გარკვეულ მსგავსებას ავლენს საქართველოს კონსტიტუციის მე-6 მუხლით სახელმწიფოსთვის დაკისრებულ თავისუფალი კონკურენციის განვითარებაზე ზრუნვის ვალდებულებასთან. ამასთან, საქართველოს კონსტიტუციისაგან განსხვავებით, ევროკავშირის ფუნქციონირების შესახებ ხელშეკრულება არანირ მითითებას არ აკეთებს მონოპოლიასა თუ მონოპოლიური საქმიანობის აკრძალვაზე. თუმცა ევროკავშირის ფუნქციონირების შესახებ ხელშეკრულების 102-ე მუხლის მიხედვით, აკრძალულია დომინირებული მდგომარეობის ბოროტად გამოყენება. მართლმსაჯულების სასამართლოს განმარტებით, ეკონომიკური აგენტის დომინირებული მდგომარეობა გულისხმობს ისეთ ეკონომიკურ ძალაუფლებას,

<sup>52</sup> Shenefield John, Stelzer Irwin, *The Antitrust Laws*, 4-th ed. გვ. 36.

<sup>53</sup> Lorenz, *supra* სქოლიო 26, გვ. 10.

რომელიც მას საშუალებას აძლევს, იმოქმედოს მისი კონკურენტების, კლიენტებისა და საბოლოო მომხმარებლებისაგან დამოუკიდებლად და შესაბამის ბაზარზე შეზღუდოს ეფექტიანი კონკურენცია.<sup>54</sup> აღნიშნული განმარტებიდან ნათელი ხდება, რომ ეკონომიკური აგენტის დომინირებული მდგომარეობა და მონოპოლია არ წარმოადგენს იდენტურ ცნებებს იმდენად, რამდენადაც შესაბამის ბაზარზე დომინირებული მდგომარეობის მქონე ეკონომიკური აგენტის არსებობა, მონოპოლიური მდგომარეობისგან განსხვავებით, არ გამორიცხავს აღნიშნულ ბაზარზე სხვა ეკონომიკური აგენტების არსებობასაც. თუმცა განსახილველ შემთხვევაში საყურადღებოა ის გარემოება, რომ ევროკავშირის მართლმსაჯულების სასამართლოს განმარტებით, ხელშეკრულების 102-ე მუხლით აკრძალული არ არის საკუთრად დომინირებული მდგომარეობის ფლობა, არამედ აკრძალულია მსგავსი მდგომარეობის ბოროტად გამოყენება.

იმავე მიდგომას ვხვდებით „კონკურენციის შესახებ“ საქართველოს კანონში, რომელიც ასევე კრძალავს არა დომინირებული მდგომარეობის ფლობას, არამედ მსგავსი მდგომარეობის ბოროტად გამოყენებას. კანონის მიხედვით, ეკონომიკური აგენტის მიერ 40 პროცენტზე მეტი საბაზრო წილის ფლობის შემთხვევაში ივარაუდება, რომ იგი შესაბამისი ბაზრის დომინანტ სუბიექტს წარმოადგენს. ამასთან, მონოპოლისტი ეკონომიკური აგენტი ყოველთვის 40 პროცენტზე მეტი საბაზრო წილის მფლობელია და, შესაბამისად, იგი ნებისმიერ შემთხვევაში წარმოადგენს დომინირებული მდგომარეობის მქონე სუბიექტს. ამდენად, დომინირებული მდგომარეობა უფრო ფართო ცნებაა, ვიდრე მონოპოლიური მდგომარეობა - შეიძლება სუბიექტი დომინანტი იყოს, მაგრამ არ იყოს მონოპოლისტი, მაგრამ მონოპოლისტი ყოველთვის წარმოადგენს დომინანტ სუბიექტს. შესაბამისად, დომინირებული მდგომარეობა და მონოპოლიური მდგომარეობა არ წარმოადგენს შინაარსობრივად იდენტურ ცნებებს და არ უნდა იქნეს გაზიარებული ლიტერატურაში გამოთქმული მოსაზრება იმასთან დაკავშირებით, რომ „მონოპოლიური მდგომარეობის“ სინონიმია „დომინირებული მდგომარეობა“.<sup>55</sup> ამასთან, ნათელია, რომ დომინირებული მდგომარეობის (უფრო ფართო ცნება, რომელიც მოიცავს მონოპოლიურ მდგომარეობასაც) დასაშვებობა თავისთავად გულისხმობს მონოპოლიური მდგომარეობის დასაშვებობასაც.

როგორც აღინიშნა, ევროკავშირის კონკურენციის სამართლის მსგავსად, ქართული კონკურენციის კანონმდებლობაც კრძალავს არა საკუთრად დომინირებული მდგომარეობის ფლობას, არამედ მსგავსი საბაზრო ძალაუფლების ბოროტად გამოყენებას. ამაზე ასევე მეტყველებს საქართველოს კონკურენციის სააგენტოს მიერ მიღებული ერთ-ერთი გადაწყვეტილება, რომლის მიხედვითაც, სამართალდარღვევად ჩაითვალა ეკონომიკური აგენტის მიერ არა ასპროცენტიანი საბაზრო წილის ფლობა (მონოპოლიური მდგომარეობა), არამედ მის ხელში არსებული საბაზრო ძალაუფლების ბოროტად გამოყენება, რაც, მიწოდებაზე უარით („refusal to supply“), ბაზრის შეზღუდვაში გამოიხატა.<sup>56</sup>

<sup>54</sup> ECLI:EU:C:1983:313, Case 322/81, „*Michelin*“, § 30; ECLI:EU:C:1979:36, Case 85/76, „*Hoffmann-La Roche*“, § 38; ECLI:EU:C:1978:22, Case 27/76, „*United Brands*“, § 65.

<sup>55</sup> ავტორთა კოლექტივი, რედაქტორი: ტურავა პაატა, *საქართველოს კონსტიტუციის კომენტარი, თავი მეორე*, თბილისი, 2013, გვ. 374.

<sup>56</sup> *supra* სქოლიო 44.



ევროპული და ქართული კონკურენციის სამართლის მსგავსი მიდგომა განპირობებულია კონკურენციის არსითა თუ მისი კონკრეტული მახასიათებლებით. კონკურენციის პროცესში შესაძლებელია, რომ რომელიმე ეკონომიკურმა აგენტმა შესაბამის ბაზარზე მოიპოვოს მნიშვნელოვანი უპირატესობა და ჯანსაღი კონკურენციის შედეგად მხოლოდ თვითონ დარჩეს ბაზარზე მოქმედ სუბიექტად. კონკურენციის სამართლის მეცნიერებაში გაბატონებული მოსაზრების მიხედვით, „შეჯიბრი არსებობს იმისთვის, რომ ის მოიგონ“<sup>57</sup> და კანონიც „პატიოსან გამარჯვებულებს არ სჯის.“<sup>58</sup> ამდენად, კონკრეტული ეკონომიკური აგენტის საბაზრო პოზიციების განმტკიცება და მისი საბაზრო წილის ზრდა ჯანსაღი კონკურენციის თანმდევ მოვლენად უნდა იქნეს მიჩნეული. ეკონომიკური აგენტების მხრიდან „გამარჯვებისკენ“ სწორედ მსგავსი სწრაფვა წარმოადგენს კონკურენციის ხარისხის ზრდის განმაპირობებელ ერთ-ერთ ძირითად ფაქტორს. აქედან გამომდინარე, მონოპოლია თავისთავად ვერ იქნება აკრძალული, ვინაიდან ამ სახის აკრძალვა ეკონომიკურ აგენტებში ნაწილობრივ ან სრულად აღმოფხვრის მეტოქეობის სტიმულს და ამ გზით საფუძველს გამოაცლის ჯანსაღი კონკურენციის ჩამოყალიბებისა და განვითარების პროცესს. სწორედ ამიტომ არ აკეთებს კონსტიტუციის 26-ე მუხლის მე-4 პუნქტი არანაირ მითითებას მონოპოლიის აკრძალვაზე და ქვეყნის ძირითადი კანონი *per se* არ კრძალავს შესაბამის ბაზრებზე მონოპოლიის არსებობის შესაძლებლობას.

მონოპოლიის დასაშვებობა თავისთავად არ ნიშნავს, რომ მონოპოლია წარმოადგენს თავისუფალი კონკურენციისა და ღია ეკონომიკის განვითარებისთვის სასურველ მდგომარეობას. როგორც ზემოთ აღინიშნა, კონსტიტუციის მე-6 მუხლი სახელმწიფოს ავალდებულებს, ქვეყნის შესაბამის ბაზრებზე უზრუნველყოს ეფექტიანი კონკურენციის ჩამოყალიბება. კონკრეტულ ბაზარზე მონოპოლიური მდგომარეობის არსებობა კი გამოირიცხავს ამ ბაზარზე ეფექტიანი კონკურენციის ჩამოყალიბებას იმდენად, რამდენადაც მონოპოლია სრულყოფილი კონკურენციის საპირისპირო თეორიულ უკიდურესობას წარმოადგენს.<sup>59</sup> ბაზარზე მხოლოდ ერთი სუბიექტის არსებობის პირობებში ეკონომიკური აგენტი არ განიცდის კონკურენტულ წნეხს სხვა ეკონომიკური აგენტებისგან და საბაზრო პირობები ყალიბდება არა კონკურენციის ბუნებრივი პროცესის საფუძველზე, არამედ ცალმხრივად, მონოპოლიური მდგომარეობის მქონე ეკონომიკური აგენტის მიერ. მონოპოლიური მდგომარეობა ეკონომიკურ აგენტს აძლევს შესაძლებლობას, დამოუკიდებლად განსაზღვროს ბაზარზე მისაწოდებელი საქონლისა თუ მომსახურების მოცულობა, რაოდენობა და მასშტაბები. გარდა ამისა, იგი აწესებს არა ბაზრის მიერ ნაკარნახევ, არამედ მისთვის ხელსაყრელ ფასებს. როგორც წესი, შესაბამის ბაზარზე კონკურენტების არარსებობის პირობებში ეკონომიკური აგენტი ასევე არ ზრუნავს ტექნოლოგიურ განვითარებასა თუ ინოვაციური პროდუქტების შექმნაზე. შესაბამისად, ეფექტიანი კონკურენციისგან განსხვავებით, მონოპოლიური ბაზარი, როგორც წესი, მნიშვნელოვან ზიანს აყენებს მომხმარებელთა ინტერესებს, თავისუფალი და ღია ეკონომიკის ჩამოყალიბების პერსპექტივებს და საერთო საზოგადოებრივ სიკეთეს.

<sup>57</sup> ჯაფარიძე, *supra* სქოლიო 29, გვ. 29, ციტ. Whish, Richard and Bailey, David, *Competition Law*, 9 th ed. Oxford University Press, 2018, გვ. 9.

<sup>58</sup> *Ibid.*

<sup>59</sup> Lorenz, *supra* სქოლიო 26, გვ. 9, გვ. 29, ციტ. Whish, Richard and Bailey, David, *Competition Law*, 9 th ed. Oxford University Press, 2018, გვ. 22.

ამასთან, მონოპოლიის ერთ-ერთ უმთავრეს ნეგატიურ ეფექტს ასევე წარმოადგენს ის ფაქტი, რომ იგი სხვა პირებს წარმოებისა და კომერციულ ურთიერთობებში მონაწილეობის შესაძლებლობას ართმევს.<sup>60</sup> სწორედ ამიტომ, მონოპოლიას, იმის მიუხედავად, აღნიშნული საბაზრო მდგომარეობა მიღწეულია ლეგალური თუ არალეგალური გზით, მოიხსენიებენ როგორც "ეკონომიკურ ბოროტებას" და იგი ხელოვნურად გაზრდილ ფასებთან, შეზღუდულ წარმოებასა და ინოვაციის შემცირებასთან არის ასოცირებული.<sup>61</sup>

აქედან გამომდინარე, მართალია, მონოპოლიის არსებობა არ არის აკრძალული კონსტიტუციით, თუმცა მონოპოლიურ ბაზარზე კონკურენციის პრაქტიკულად არარსებობის გამო, კონსტიტუციის მე-6 მუხლით გათვალისწინებული თავისუფალ კონკურენციაზე ზრუნვის ვალდებულება აიძულებს სახელმწიფოს, შექმნას ისეთი გარემო, რომელიც კონკურენციის ბუნებრივ პროცესში არათანაბრობიერი და გაუმართლებელი ჩარევის გარეშე, რომელიმე ეკონომიკური აგენტის მიერ მონოპოლიური მდგომარეობის მიღწევის ბუნებრივი პრევენციის უზრუნველყოფისკენ იქნება მიმართული.<sup>62</sup> შეიძლება ითქვას, რომ მონოპოლიური მდგომარეობა არის ტოლერირებული, თუმცა არასასურველი.<sup>63</sup>

მონოპოლიისგან განსხვავებით, კონსტიტუციის 26-ე მუხლის მე-4 პუნქტი პირდაპირ კრძალავს მონოპოლიურ საქმიანობას, რომელიც მეტად მრავალმხრივი და შედარებით უფრო კომპლექსური კატეგორიაა. როგორც აღინიშნა, მონოპოლიური საქმიანობის აკრძალვა ეკონომიკური კონკურენციის ერთ-ერთ კონსტიტუციურ ასპექტს წარმოადგენს. აქედან გამომდინარე, აღნიშნული ცნების განმარტება კონსტიტუციის მე-6 მუხლთან ერთობლიობაში უნდა მოხდეს, რომელიც ღია ეკონომიკისა და თავისუფალი კონკურენციის პრინციპებს განამტკიცებს. მონოპოლიური საქმიანობის აკრძალვა სწორედ თავისუფალი კონკურენციის უზრუნველყოფის კონსტიტუციური მიზნიდან გამომდინარეობს.

ზოგადი პრინციპის დონეზე შეიძლება ითქვას, რომ მონოპოლიური საქმიანობის ქვეშ მოაზრებული ქმედება/ქმედებათა ერთობლიობა, თავისი არსით, კონკურენციის შემზღუდველი ხასიათის მატარებელია. ამაზე მეტყველებს 1996 წელს მიღებული „მონოპოლიური საქმიანობისა და კონკურენციის შესახებ“ საქართველოს კანონი (ძალადაკარგულია - 2005 წლიდან), რომელიც, „კონკურენციის შესახებ“ საქართველოს მოქმედი კანონისგან განსხვავებით, მონოპოლიური საქმიანობის საკანონმდებლო დეფინიციას შეიცავდა. დასახელებული კანონის მიხედვით, მონოპოლიური საქმიანობა გულისხმობდა ეკონომიკური აგენტის ისეთ საქმიანობას, რომელიც გავლენას ახდენს საქონლის ფასზე და ზღუდავს კონკურენციას. მართალია, აღნიშნული განმარტება შესაძლოა არ იყოს სრულყოფილი და შინაარსობრივად არ ქმნიდეს მონოპოლიური საქმიანობის ნათელ სურათს, თუმცა მნიშვნელოვანია ის ფაქტი, რომ ამ განმარტების მიხედვით, მონოპოლიური საქმიანობის აუცილებელ ელემენტს კონკურენციის შეზღუდვა წარმოადგენს. საყურადღებოა ასევე ის გარემოება, რომ „მონოპოლიური საქმიანობისა და კონკურენციის შესახებ“ საქართველოს კანონის პირველი მუხლი მონოპოლიურ

<sup>60</sup> Standard Oil Co. of New Jersey v. United States, 221 U.S. 1.

<sup>61</sup> Shenefield, *supra* სქოლიო 52, გვ. 37.

<sup>62</sup> მსგავს მექანიზმს წარმოადგენს, მაგალითად, კონცენტრაციების კონტროლი. იხ. წინამდებარე ნაშრომის 5.2. თავი.

<sup>63</sup> Shenefield, *supra* სქოლიო 52, გვ. 40.

საქმიანობას უკრძალავდა ეკონომიკურ აგენტს. აღნიშნული დათქმის მიხედვით, მონოპოლიური საქმიანობის განმახორციელებელი სუბიექტი შეიძლება იყოს ნებისმიერი ეკონომიკური აგენტი, განურჩევლად მისი საბაზრო ძალაუფლებისა. შესაბამისად, მონოპოლიური საქმიანობის განმახორციელებელი სუბიექტი შეიძლება არც იყოს მონოპოლიური მდგომარეობის მქონე ეკონომიკური აგენტი.

ხოლო იმის დადგენა, თუ რა წარმოადგენს მონოპოლიურ საქმიანობას, კონსტიტუციის 26-ე მუხლის გაგებით ძალზე რთულია. აღნიშნულ სირთულეს განაპირობებს ისიც, რომ მონოპოლიური საქმიანობის ცნებას არ იცნობს თანამედროვე ქართული კონკურენციის კანონმდებლობა. მონოპოლიური საქმიანობის ცნება ასევე უცხოა ევროკავშირისა და მისი წევრი სახელმწიფოების სამართლის წყაროებისათვის.

მონოპოლიურ საქმიანობასთან მიმართებაში, უპირველეს ყოვლისა, უნდა აღინიშნოს, რომ ვერ იქნება გაზიარებული ლიტერატურაში გამოთქმული მოსაზრება იმასთან დაკავშირებით, რომ „მონოპოლიური საქმიანობა, [...] მონოპოლიური მდგომარეობის საფუძველზე ხორციელდება.“<sup>64</sup> მსგავსი მიდგომა მნიშვნელოვნად შეზღუდავს კონსტიტუციის 26-ე მუხლის მე-4 პუნქტის მოქმედების ფარგლებს და კონსტიტუციური აკრძალვის მიღმა დატოვებს კონკურენციის შემზღუდველ არაერთ ქმედებას. ნორმის მსგავსი განმარტება და ამ გზით მისი მოქმედების ფარგლების დავიწროება კი წინააღმდეგობაში მოვა კონსტიტუციის მე-6 მუხლის მე-2 პუნქტთან, რომელიც თავისუფალი კონკურენციის პრინციპს განამტკიცებს. აღნიშნული ნორმა არ უნდა იქნეს გაგებული ისე, თითქოს მონოპოლიური საქმიანობა აუცილებლად მონოპოლიური მდგომარეობის საფუძველზე ხორციელდება. ასეთ შემთხვევაში ნორმის მოქმედების მიღმა დარჩება დომინირებული მდგომარეობის მქონე ისეთი ეკონომიკური აგენტების მიერ განხორციელებული ქმედებები, რომლებიც არ არიან მონოპოლისტი სუბიექტები.

კონსტიტუციის მე-6 მუხლის მე-2 პუნქტთან ერთობლიობაში კონსტიტუციის 26-ე მუხლის მე-4 პუნქტის (მონოპოლიური საქმიანობის აკრძალვის ნაწილში) განმარტების, ზემოთ მოცემული მსჯელობისა და დოქტრინაში არსებული მოსაზრებების მიხედვით, ამ შემთხვევაში მონოპოლიური საქმიანობის ქვეშ უნდა ვიგულისხმოთ ეკონომიკური აგენტის (არ არის საგაღდებულო, ეს ეკონომიკური აგენტი იყოს მონოპოლისტი) ის ქმედება/ქმედებები, რომლებიც აკრძალულია კონკურენციის სამართლის საერთაშორისოდ აღიარებული კლასიკური მექანიზმებით და მიდრეკილია ბაზრის მონოპოლიზაციისაკენ. აღნიშნული მექანიზმები შინაარსობრივად მსგავსია თითქმის ყველა დასავლურ განვითარებულ სახელმწიფოში და აერთიანებს ეკონომიკური აგენტებისთვის ისეთ ქმედებათა ამკრძალავ ნორმებს, რომელთა მიზანია ან რომელთა შედეგია საბაზრო ძალაუფლების ბოროტად გამოყენების შედეგად მოგების მაქსიმიზაცია, წარმოების ან ტექნოლოგიის შეზღუდვა, არასამართლიანი ფასების დაწესება და ა.შ. სწორედ მსგავსი ფორმისა და შინაარსის საქმიანობების აკრძალვა წარმოადგენს ღია ეკონომიკისა და თავისუფალი კონკურენციის განუყოფელ ზოგად პრინციპს.<sup>65</sup>

<sup>64</sup> ავტორთა კოლექტივი, რედაქტორი: ტურავა პაატა, გამომცემლობა შპს „პეტიტი“, თბილისი, 2013, გვ. 374.

<sup>65</sup> კონკურენციის შემზღუდავ ქმედებათა კონკრეტული სახეები იხილეთ შემდგომ თავებში.

ამასთან, კონსტიტუცია იქვე შეიცავს დათქმას იმასთან დაკავშირებით, რომ მონოპოლიური საქმიანობა შესაძლებელია დაშვებულ იქნეს მხოლოდ კანონით გათვალისწინებულ შემთხვევაში. თუმცა აღნიშნული ჩანაწერი არ უნდა იქნეს გაგებული ისე, თითქოს კანონმდებელს აქვს სრული დისკრეცია მონოპოლიური საქმიანობის დასაშვებად მიჩნევის კუთხით. კანონმდებლის მიერ კონკურენციის შემზღუდველი ქმედებების დასაშვებობა გამართლებულია მხოლოდ იმ შემთხვევაში თუ იგი თანაზომიერების პრინციპის დაცვით ლეგიტიმური საჯარო მიზნის მიღწევას ემსახურება.<sup>66</sup> აღნიშნული კი შესაძლოა, მაგალითად, სახეზე იყოს იმ შემთხვევაში, თუ თავისუფალი კონკურენცია და თავისუფალ კონკურენციაზე დამყარებული ბუნებრივი საბაზრო პროცესი იმდენად ვერ უზრუნველყოფს ჯანსაღი კონკურენტული გარემოს თანმხლები დადებითი ეფექტების მიღწევას, როგორც ეს კონკრეტულ შემთხვევაში კონკურენციის შეზღუდვის ხარჯზე შეიძლება იქნეს მიღწეული ან როდესაც ხდება კონკურენციის უმნიშვნელოდ შეზღუდვა, რომელიც საფრთხეს არ უქმნის შესაბამის ბაზარზე ეფექტიან კონკურენციას.

## **5. ეკონომიკურ კონკურენციასთან მიმართებაში სახელმწიფოს კონსტიტუციური ვალდებულების სახეები**

### **5.1. მონოპოლიური კონკურენცია**

როგორც უკვე არაერთხელ აღინიშნა, საქართველოს კონსტიტუციის მე-6 მუხლი განსაზღვრავს ქვეყნის ეკონომიკური წესრიგის ძირითად მიმართულებებს და უზრუნველყოფს თავისუფალი კონკურენციის, როგორც საბაზრო ეკონომიკის ფუნდამენტური ინსტიტუტის დაცვას. ამასთან, მისი აბსტრაქტული ხასიათიდან გამომდინარე, მხოლოდ კონსტიტუციის მე-6 მუხლის საფუძველზე, ეკონომიკურ კონკურენციასთან მიმართებაში სახელმწიფოს კონკრეტული კონსტიტუციური ვალდებულებების სრულყოფილი სურათის შექმნა მნიშვნელოვან სირთულეებთან არის დაკავშირებული.

თუმცა წინა თავში ასევე აღინიშნა, რომ მონოპოლიური საქმიანობის აკრძალვა აყალიბებს კონსტიტუციის მე-6 მუხლში სახელმწიფოსთვის დაკისრებული თავისუფალი კონკურენციის განვითარებაზე ზრუნვის ვალდებულების ფარგლებში სახელმწიფოს მიერ განსახორციელებელი ღონისძიებების სახეებისა თუ ფორმების ერთ-ერთ კონკრეტულ მიმართულებას. შესაბამისად, კონსტიტუციის მე-6 მუხლით გათვალისწინებული თავისუფალ კონკურენციაზე ზრუნვის პოზიტიური და ნეგატიური ვალდებულებები შესაძლებელია, კონსტიტუციის 26-ე მუხლში მოცემული მონოპოლიური საქმიანობის ამკრძალავი დათქმის გათვალისწინებით განისაზღვროს.

### **5.2. სახელმწიფოს კონსტიტუციური ვალდებულება**

თავისუფალ კონკურენციასთან მიმართებით სახელმწიფოს პოზიტიური ვალდებულების ფარგლების ანალიზი მიზანშეწონილია დაიწყოს საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს ერთ-ერთი გადაწყვეტილებით, რომელშიც სასამართლო მსჯელობს მეწარ-

<sup>66</sup> შეად. საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს გადაწყვეტილება საქმეზე N2/11/747, შპს „გიგანტი სექტორი“ და შპს „უსაფრთხოების კომპანია ტიგონისი“ საქართველოს პარლამენტისა და საქართველოს შინაგან საქმეთა მინისტრის წინააღმდეგ, 2018 წლის 14 დეკემბერი, პარაგრაფი 47.

მეობის თავისუფლებიდან მომდინარე სახელმწიფოს ვალდებულებებზე. კერძოდ, სასამართლოს განმარტებით, მეწარმეობის თავისუფლება ავალდებულებს სახელმწიფოს, „შექმნას ისეთი ნორმატიული გარემო, რომელიც წაახალისებს და ბაზრიდან არ განდევნის სიცოცხლისუნარიან სუბიექტებს.“<sup>67</sup> მეწარმეობის თავისუფლების მსგავსად, თავისუფალ კონკურენციაზე ზრუნვის კონსტიტუციური მოთხოვნაც ავალდებულებს სახელმწიფოს ისეთი საკანონმდებლო წესრიგის შექმნას, რომელიც ქვეყნის შესაბამის ბაზრებზე თავისუფალი კონკურენციის ჩამოყალიბებას, მის განვითარებასა და კონკურენციის ბუნებრივი პროცესის დაცვას უზრუნველყოფს.<sup>68</sup> შექმნილი საკანონმდებლო წესრიგი უნდა ქმნიდეს გონივრულ ბალანსს მეწარმეობის, მომხმარებლების, სახელმწიფოსა და საზოგადოების ინტერესებს შორის და ამ ბალანსის საფუძველზე, ეფექტიანად ასრულებდეს იმ ფუნქციებსა და ამოცანებს, რომლებზეც წინამდებარე ნაშრომის მეორე თავში იყო მსჯელობა.

ამასთან, თავისუფალი კონკურენციის განვითარებაზე ზრუნვა კონკურენციის ჯანსაღი და ბუნებრივი პროცესის სხვადასხვა სახის შეზღუდვისგან დაცვას გულისხმობს. კონსტიტუციის მე-6 მუხლიდან მომდინარე პოზიტიური ვალდებულების ფარგლებში სახელმწიფოს მიერ შექმნილმა ნორმატიულმა გარემომ კონკურენციის ხელოვნური შეზღუდვების პრევენცია და კონკურენციის დინამიკური პროცესის მუდმივი განვითარება უნდა უზრუნველყოს.

კონკურენციის ბუნებრივი პროცესის ხელოვნური შეზღუდვა კი შეიძლება განხორციელდეს როგორც საკუთრივ სახელმწიფო ორგანოების, ასევე თვით მეწარმე სუბიექტების მხრიდანაც. შესაბამისად, სახელმწიფომ საკუთარი კონსტიტუციური ვალდებულების ფარგლებში ისეთი საკანონმდებლო მექანიზმების შექმნა უნდა უზრუნველყოს, რომლებიც კონკურენციის პროცესს, როგორც სახელმწიფო ორგანოების, ისე საკუთრად ეკონომიკური აგენტებისაგან დაიცავს. კონსტიტუციის განსახილველი ჩანაწერების შესაბამისად, სახელმწიფოს მიერ შექმნილმა ნორმატიულმა გარემომ ქვეყნის შესაბამის ბაზრებზე კერძო ინდივიდებისა და სახელმწიფო ორგანოების ხელოვნური ჩარევისაგან დამოუკიდებელი და მათგან მომდინარე შეზღუდვებისაგან თავისუფალი კონკურენციის არსებობა უნდა უზრუნველყოს.<sup>69</sup>

წინამდებარე ნაშრომის პირველ თავში განხილული ეკონომიკური კონკურენციის ელემენტების შესაბამისად, სახელმწიფო ვალდებულია, ხელი შეუწყოს ქვეყანაში სხვადასხვა სასაქონლო და მომსახურების ბაზრის წარმოშობას, უზრუნველყოს ამ ბაზრებზე ეკონომიკური აგენტების თავისუფალი დაშვება და, მათ შორის, ანტაგონისტური დამოკიდებულებისა თუ კონკურენციის მაქსიმალური ხარისხის მიღწევა. ეკონომიკური კონკურენციის აღნიშნული ელემენტების არსებობა კი წარმოუდგენელია სამეწარმეო თავისუფლების გარეშე, რომელიც ასევე კონსტიტუციის მე-6 და 26-ე მუხლებით არის გარანტირებული. საკონსტიტუციო სასამართლოს განმარტებით, სამეწარმეო თავისუფ-

<sup>67</sup> *supra* სქოლიო 21, პარაგრაფი 5.

<sup>68</sup> საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს გადაწყვეტილება საქმეზე N2/11/747, შპს „გიგანტი სექურიტი“ და შპს „უსაფრთხოების კომპანია ტიგონისი“ საქართველოს პარლამენტისა და საქართველოს შინაგან საქმეთა მინისტრის წინააღმდეგ, 2018 წლის 14 დეკემბერი, პარაგრაფი 2.

<sup>69</sup> *Opperman Thomas, Clasen Claus Dieter, Nettesheim Martin*, Europarecht, 6. Auflage, § 20, Rn. 3.

ლება უზრუნველყოფს მეწარმე სუბიექტის შესაძლებლობას, თავისუფლად შეარჩიოს სამეწარმეო საქმიანობის ესა თუ ის სახე და შეუზღუდავად განახორციელოს იგი.<sup>70</sup> სხვაგვარად რომ ითქვას, სწორედ სამეწარმეო თავისუფლების პირობებში იქმნებიან და ყალიბდებიან ახალი ეკონომიკური აგენტები, რომლებიც დამოუკიდებლად განსაზღვრავენ ეკონომიკური საქმიანობის სახეს და აღნიშნულის შედეგად კონკრეტული შესაბამისი ბაზრის მონაწილეები ხდებიან. ბაზარზე მათი შესვლა კი ავტომატურად განაპირობებს იმას, რომ აღნიშნული სუბიექტები ბაზრის და, შესაბამისად, აღნიშნულ ბაზარზე არსებული კონკურენტული პროცესის მონაწილეები ხდებიან. საკუთარი მატერიალური კეთილდღეობისა თუ სამეწარმეო საქმიანობიდან მიღებული მოგების მაქსიმიზაციის მიზნით, ისინი ეტაპობრივად იწყებენ ბაზრის სხვა მონაწილეების საბაზრო პოზიციების ხარჯზე საკუთარი პოზიციების განმტკიცებას, რაც ამ სუბიექტებს შორის ანტაგონისტურ დამოკიდებულებას განაპირობებს და მათ შორის კონკურენციას წარმოშობს.

ამ პროცესის ერთ-ერთ მნიშვნელოვან განმაპირობებელ ფაქტორს კი ეკონომიკური აგენტის ნების ავტონომია და საკუთარი ეკონომიკური პოლიტიკის დამოუკიდებლად განსაზღვრის შესაძლებლობა წარმოადგენს, რომლის გარანტირებასაც სამეწარმეო თავისუფლების კონსტიტუციური აღიარება უზრუნველყოფს. ამაზე მეტყველებს საკონსტიტუციო სასამართლოს ერთ-ერთი გადაწყვეტილებაც, რომელშიც აღნიშნულია, რომ ბაზარზე თავისუფალი კონკურენციის ჩამოყალიბება სამეწარმეო თავისუფლებასთან ორგანულად არის დაკავშირებული.<sup>71</sup> მხოლოდ სამეწარმეო თავისუფლების პირობებშია შესაძლებელი ახალი ბაზრების წარმოშობა და ამ ბაზრებზე ეკონომიკური აგენტების თავისუფალი ოპერირება. სამეწარმეო თავისუფლების გარეშე შეუძლებელია სრულფასოვანი ეკონომიკური კონკურენციის ჩამოყალიბება, ვინაიდან იგი ახალი ბაზრების წარმოშობისა თუ ამ ბაზრებზე ეკონომიკური აგენტების თავისუფალი დაშვების უმთავრესი წინაპირობაა. სწორედ ამიტომ არის კონსტიტუციის მე-6 მუხლის მეორე პუნქტში თავისუფალი მეწარმეობა და კონკურენცია გვერდიგვერდ მოხსენიებული, როგორც ერთმანეთთან ორგანულად დაკავშირებული კატეგორიები, რომლებიც ქვეყანაში თავისუფალი და ღია ეკონომიკის ჩამოყალიბების ძირითად სამართლებრივ საფუძველს ქმნის.

კონკურენციის პროცესი ყალიბდება და ვითარდება მაშინ, როდესაც ეკონომიკური აგენტები სწორედ კონსტიტუციით გარანტირებული სამეწარმეო თავისუფლების სრულფასოვან რეალიზებას ახდენენ.<sup>72</sup> თუმცა სამეწარმეო თავისუფლების შეუზღუდავი გარანტირება, თავის მხრივ, შეიცავს საფრთხეს, რომ ბაზრის მონაწილეები ამ კუთხით მათთვის გარანტირებულ უფლებებს კონკურენციის შეზღუდვისთვის გამოიყენებენ, რაც, ბუნებრივია, საფრთხეს შეუქმნის თავისუფალი და კონკურენტული ბაზრების ჩამოყალიბებას. კერძოდ, ბაზარზე არსებული სხვადასხვა მასშტაბის კონკურენტული წნეხი შესაძლოა, ეკონომიკური აგენტებისთვის გარკვეული იმპულსის მიმცემი აღმოჩნდეს,

<sup>70</sup> *supra* სქოლიო 21, პარაგრაფი 2.

<sup>71</sup> *supra* სქოლიო 21, პარაგრაფი 5.

<sup>72</sup> *Kling/Thomas, supra* სქოლიო 4, Rn. 2.

გვერდი აუარონ ჯანსაღი კონკურენციის პროცესს და მოიფიქრონ მსგავსი წნეხის შემცირების ან აღმოფხვრის ხელოვნური მექანიზმები.

გერმანულ იურიდიულ ლიტერატურაში დამკვიდრებული მოსაზრების მიხედვით, ეკონომიკური თავისუფლების გარეშე კონკურენციის არსებობა წარმოუდგენელია, თუმცა შეუზღუდავი სამეწარმეო თავისუფლება თვითონვე ქმნის მომეტებულ საფრთხეს სამეწარმეო თავისუფლებისთვის.<sup>73</sup> ჯანსაღი კონკურენციის პროცესი კი ბუნებრივად აყალიბებს სამეწარმეო თავისუფლების იმ გონივრულ და თანაბომიერ ჩარჩოებს, რომლის ფარგლებშიც შესაძლებელია აღნიშნული თავისუფლებით სარგებლობა იმ ფორმითა და მოცულობით, რომელიც საფრთხეს არ უქმნის ბაზრის სტრუქტურის მდგრადობას.<sup>74</sup> სწორედ ამიტომ აღნიშნავს მართლმსაჯულების სასამართლო, რომ სამეწარმეო საქმიანობის თავისუფლების ფარგლებში საკუთარი საბაზრო პოლიტიკის დამოუკიდებლად განსაზღვრა, ეკონომიკური აგენტის არა მარტო უფლება, არამედ ვალდებულებაცაა. კერძოდ, სასამართლო აღნიშნავს, რომ ის ეკონომიკური პოლიტიკა, რომლის განხორციელებასაც აპირებს ან რომელსაც ახორციელებს კონკრეტული ეკონომიკური აგენტი, ამ უკანასკნელის მიერ უნდა განისაზღვროს დამოუკიდებლად,<sup>75</sup> ანუ ბაზრის სხვა მონაწილეებთან შეთანხმების გარეშე. მართლმსაჯულების სასამართლოს განმარტებით, კონკურენციის დამცავი ნორმების საფუძველს წარმოადგენს მოსაზრება იმასთან დაკავშირებით, რომ ბაზრის ნებისმიერი მონაწილე დამოუკიდებლად განსაზღვრავდეს საკუთარ ეკონომიკურ პოლიტიკას.<sup>76</sup>

კონკურენტული წნეხის შემსუბუქების მიზნით საკუთარი ეკონომიკური პოლიტიკის სხვა ეკონომიკურ აგენტებთან შეთანხმებით განხორციელება და ამ გზით საკუთარი მატერიალური თუ სხვა სახის ინტერესების დაცვა მომეტებული საფრთხის შემცველია ჯანსაღი კონკურენტული გარემოსა თუ კონკურენციის ბუნებრივი პროცესისათვის. ასეთ შემთხვევაში შესაბამის ბაზარზე მცირდება კონკურენტული წნეხი და საბაზრო პროცესის მართვის სადავეები კონკურენციის ბუნებრივი პროცესიდან გადადის კონკრეტული ეკონომიკური აგენტების ხელში, რაც ეწინააღმდეგება თავისუფალი კონკურენციის პრინციპს, რომლის მიხედვითაც, ბაზარზე უნდა ბატონობდეს კონკურენცია და არა რომელიმე კონკრეტული სუბიექტი ან სუბიექტთა ჯგუფი. კონკურენციის შემზღუდველი შეთანხმება, თავისუფალი კონკურენციის პრინციპთან ერთად, არღვევს სხვა მეწარმე სუბიექტებისა და მომხმარებელთა ინტერესებსაც.<sup>77</sup> შესაბამისად, კონკურენციაზე ზრუნვის პოზიტიური ვალდებულების ფარგლებში სახელმწიფოს მიერ შექმნილმა ნორმატიულმა გარემომ ეკონომიკურ აგენტებს შორის კონკურენციის შემზღუდველი ქმედებების პრევენცია და მსგავსი ქმედებების განხორციელების შემთხვევაში ეკონომიკური აგენტებისათვის შესაბამისი სანქციის დაკისრება უნდა უზრუნველყოფდეს.

უნდა აღინიშნოს ასევე ის ფაქტი, რომ კონკურენციის შემზღუდველი შეთანხმება ეკონომიკური აგენტების ნების ავტონომიის რეალიზაციის ერთ-ერთ გამოვლინებას წარმო-

<sup>73</sup> Fuller, in Kölner Kommentar zum Kartellrecht, Bd. 3. § 101. Rn. 4.

<sup>74</sup> Ibid.

<sup>75</sup> ECLI:EU:C:2009:343, "T-Mobile Netherlands BV" Case C-8/08 § 32.

<sup>76</sup> ECLI:EU:C:2006:734, "Asnef-Equifax", Case C-238/05 § 52.

<sup>77</sup> იხ. წინამდებარე ნაშრომის მე-6 თავი.

ადგენს, რომელიც, თავის მხრივ, დაცულია სამეწარმეო თავისუფლებით. თუმცა საკონსტიტუციო სასამართლოს განმარტებით, „არ უნდა გამოირიცხოს ამ ნების ჩამოყალიბების პროცესში ჩარევა, როცა არის იმის რეალური საშიშროება, რომ სუბიექტი მინიჭებულ უფლებამოსილებას ბოროტად გამოიყენებს და იმოქმედებს სამოქალაქო ბრუნვაში დამკვიდრებული ტრადიციების საწინააღმდეგოდ. არ შეიძლება, რომ თავისუფალი ნება გახდეს არაეკვივალენტური, არათანაზომიერი და უსამართლო ურთიერთობების ჩამოყალიბების საფუძველი, რაც გამოიწვევს ბრუნვის ტრადიციებისაგან მისი მონაწილეების გაუცხოებას და, იმავდროულად, ამით წინააღმდეგობაში მოვა აღიარებულ მწიგნობრივ იმპერატივებთან.“<sup>78</sup> იმდენად, რამდენადაც კონკურენციის შემზღუდველი შეთანხმება წარმოადგენს საერთო სიკეთისა და ინტერესების საწინააღმდეგოდ მიმართულ ქმედებას, რომელიც საფრთხეს უქმნის ჯანსაღ კონკურენტულ გარემოს და ქვეყნის ეკონომიკურ წესრიგს, საკონსტიტუციო სასამართლოს აღნიშნულ განმარტებაზე დაყრდნობით, შეიძლება ითქვას, რომ კონკურენციის შემზღუდველი ქმედებების კონკურენციაზე ზრუნვის მიზნით დეტერმინირებული აკრძალვა წარმოადგენს ეკონომიკური აგენტების სამეწარმეო თავისუფლების გამართლებულ შეზღუდვას.

სამეწარმეო თავისუფლება ეკონომიკური კონკურენციის უმთავრესი საფუძველია, თუმცა ეკონომიკური კონკურენციის დაცვა, თავის მხრივ, სამეწარმეო თავისუფლების ზღვარია იმდენად, რამდენადაც დაუშვებელია ერთი ან რამდენიმე ეკონომიკური აგენტის სამეწარმეო თავისუფლებამ შეზღუდოს სხვა ეკონომიკური აგენტის სამეწარმეო თავისუფლება ან არათანაზომიერი და გაუმართლებელი ზიანი მიაყენოს მომხმარებელთა კეთილდღეობას. კონსტიტუციის მე-6 მუხლის მე-2 პუნქტის დანაწესის მიხედვით, სამეწარმეო თავისუფლების გარანტირება არ დგას კონკურენციის განვითარების, კონკურენტული ბაზრების შექმნისა თუ თავისუფალი და ღია ეკონომიკის ჩამოყალიბების ინტერესებზე მაღლა. კონსტიტუციის აღნიშნული ჩანაწერი მიუთითებს ეკონომიკური აგენტების ვალდებულებაზე, კონსტიტუციით გარანტირებული სამეწარმეო თავისუფლება არ გამოიყენონ კონკურენციის შეზღუდვის მიზნით და ამ გზით არ შეაფერხონ თავისუფალი და ღია ეკონომიკის ჩამოყალიბებისა თუ განვითარების პროცესი.

მეწარმეობის თავისუფლების გამოვლინებად შესაძლოა ჩაითვალოს ასევე ისეთი ქმედებები, როგორიცაა დომინირებული მდგომარეობის ბოროტად გამოყენება, არაკეთილსინდისიერი კონკურენცია და ეკონომიკურ აგენტებს შორის განხორციელებული კონკურენციისთვის საფრთხის შემქმნელი კონცენტრაციები. თუმცა კონკურენციის შემზღუდველ შეთანხმებასთან ერთად, ყველა აღნიშნული ქმედება აკრძალულია როგორც ქართული, ისე მოწინავე დასავლური სახელმწიფოების კონკურენციის კანონმდებლობებით. ქართულ რეალობაში მსგავსი ქმედებების აკრძალვაც პირდაპირ გამომდინარეობს კონსტიტუციის მე-6 მუხლის მე-2 პუნქტში მითითებულ თავისუფალ კონკურენციაზე ზრუნვის ვალდებულებიდან.

დომინირებული მდგომარეობის ბოროტად გამოყენების აკრძალვა იცავს ბაზარს მომეტებული საბაზრო ძალაუფლების მქონე სუბიექტების მიერ ისეთი ქმედებების განხორციე-

<sup>78</sup> საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს გადაწყვეტილება საქმეზე №1/2/411, შპს „რუსენერგოსერვისი“ და სხვები საქართველოს პარლამენტისა და საქართველოს ენერგეტიკის სამინისტროს წინააღმდეგ, *supra* სქ. 1, 2008 წლის 19 დეკემბერი.



ელეზისაგან, რომლებიც საფრთხის შემქმნელია ჯანსაღი კონკურენტული გარემოსთვის. მსგავსი საბაზრო პოზიციების მქონე სუბიექტების მიერ საკუთარი ძალაუფლება შესაძლოა გამოყენებულ იქნეს კონკურენტი ეკონომიკური აგენტების საქმიანობის შესაფერხებლად, ბაზრიდან მათ განსაღებნად, პოტენციური კონკურენტი ეკონომიკური აგენტებისთვის ბაზარზე შესვლის ბარიერების შესაქმნელად, მომხმარებლებისთვის არასამართლიანი ფასების დასაწესებლად და ა.შ. სწორედ ამიტომ, თავისუფალ კონკურენციაზე ზრუნვის ვალდებულების ფარგლებში სახელმწიფომ უნდა შექმნას ისეთი ნორმატიული გარემო, რომელიც მოახდენს მომეტებული საბაზრო ძალაუფლების მქონე სუბიექტების მხრიდან დომინირებული მდგომარეობის ბოროტად გამოყენების ფაქტების პრევენციას და მსგავსი ქმედებებისგან ეკონომიკური აგენტების, მომხმარებლებისა და მთლიანად კონკურენციის ჯანსაღი პროცესის დაცვას.

გარდა ამისა, როგორც ზემოთ აღინიშნა, კონსტიტუციის მე-ნ მუხლით გათვალისწინებული თავისუფალ კონკურენციაზე ზრუნვის ვალდებულება აიძულებს სახელმწიფოს, შექმნას ისეთი გარემო, რომელიც კონკურენციის ბუნებრივ პროცესში არათანაზომიერი და გაუმართლებელი ჩარევის გარეშე, რომელიმე ეკონომიკური აგენტის მიერ მონოპოლიური მდგომარეობის მიღწევის ბუნებრივი პრევენციის უზრუნველყოფისკენ იქნება მიმართული. აღნიშნულის შესაბამისად, როგორც ქართული ისე ევროპული და სხვადასხვა დასავლური ქვეყნის კონკურენციის სამართალი ეკონომიკურ აგენტებს შორის კონკურენციისთვის საფრთხის შემქმნელი კონცენტრაციების კონტროლს ითვალისწინებს. კონცენტრაცია წარმოადგენს ეკონომიკური აგენტების დაკავშირებას/გაერთიანებას შერწყმის ან სხვა საშუალებით.<sup>79</sup> შესაბამისად, კონცენტრაციების შედეგად ხდება ბაზარზე მოქმედი ეკონომიკური აგენტების საბაზრო ძალაუფლებათა გაერთიანება, რაც, ბუნებრივია, ამ ბაზარზე კონკურენციის ხარისხს ამცირებს. აქედან გამომდინარე, თავისუფალი და ჯანსაღი კონკურენციის შესანარჩუნებლად აუცილებელია, სახელმწიფოს მხრიდან მსგავსი ტრანზაქციების მარეგულირებელი სპეციალური ნორმების შემუშავება, რომელიც კონკურენციის პროცესისთვის საფრთხის შემცველი კონცენტრაციების პრევენციას უზრუნველყოფს.

მომხმარებელთა და მეწარმე სუბიექტთა ინტერესების მაქსიმალურად დაცვის მიზნით აუცილებელია, კონკურენციის პროცესი მიმდინარეობდეს სამართლიანი თამაშის წესებით და ამ პროცესში გამორიცხული იყოს ეკონომიკური აგენტების მხრიდან არაკეთილსინდისიერი ქმედებები, რომლებიც ეწინააღმდეგება საქმიანი ეთიკის ნორმებს და ზიანს აყენებს კონკურენტის ინტერესებს. შესაბამისად, აუცილებელია, რომ კონსტიტუციის მე-ნ მუხლით გათვალისწინებულ კონკურენციაზე ზრუნვის ვალდებულების ერთ-ერთ მიმართულებას სწორედ კონკურენციისთვის ზიანის მომტანი არაკეთილსინდისიერი ქმედებების აკრძალვა წარმოადგენდეს.

ამდენად, შეიძლება ითქვას, რომ კონკურენციის შემზღუდველი შეთანხმებების, დომინირებული მდგომარეობის ბოროტად გამოყენების, არაკეთილსინდისიერი კონკურენციისა და ჯანსაღ კონკურენტულ გარემოსთან არათავსებადი კონცენტრაციების აკრძალ-

<sup>79</sup> ზუკაკიშვილი ქეთი, იხ. ჯაფარიძე/ზუკაკიშვილი/ჟვანია/კობაძე/გველესიანი/აკოლაშვილი/სერგია/მომცელიძე, საქართველოს კონკურენციის სამართალი, გვ. 496.

ვა კონკურენციაზე ზრუნვის ვალდებულების ფარგლებში ეკონომიკური აგენტებისგან მომდინარე საფრთხეების პრევენციის ძირითად მექანიზმებს წარმოადგენს. თუმცა როგორც ზემოთ აღინიშნა, ჯანსაღ კონკურენტულ გარემოს შესაძლოა საფრთხე შეექმნას არა მხოლოდ კერძო ინდივიდების, არამედ სახელმწიფოს აღმასრულებელი ორგანოების მხრიდანაც. ამიტომ, კონსტიტუციის მე-6 მუხლიდან მომდინარე, სახელმწიფოს პოზიტიური ვალდებულების ფარგლებში, კანონმდებელმა უნდა უზრუნველყოს ისეთი საკანონმდებლო წესრიგის შექმნა, რომელიც სხვადასხვა ადმინისტრაციული ორგანოს მიერ კონკურენციის შეზღუდვის პრევენციასაც მოახდენს.

ადმინისტრაციული ორგანოების მხრიდან კონკურენციის შეზღუდვა შეიძლება გამოიხატებოდეს კონკრეტული ეკონომიკური აგენტის ან აგენტებისათვის გარკვეული უპირატესობის მინიჭების ან, პირიქით, მათთვის დამატებითი ბარიერების შექმნაში, რითაც შესაბამის ბაზარზე ირღვევა ბუნებრივი, კონკურენტული წონასწორობა. კონკრეტული ეკონომიკური აგენტის ან ეკონომიკური აგენტების ჯგუფისათვის სახელმწიფო რესურსების ხარჯზე გარკვეული ეკონომიკური უპირატესობის მინიჭება არღვევს ბაზარზე არსებულ ბუნებრივ მდგომარეობას და ეკონომიკურ აგენტთა ნაწილს უზრუნველყოფს ხელოვნური მატერიალური სარგებლით, რომელსაც იგი ვერ მიიღებდა ბაზრის ბუნებრივი განვითარების პირობებში. მსგავსი ქმედება კონკურენციის სამართალში ცნობილია სახელმწიფო დახმარების სახით, რომელიც გულისხმობს „სახელმწიფოს მიერ კონკრეტული ეკონომიკური აგენტის ან კონკრეტული სახის საქმიანობისათვის შერჩევითი ეკონომიკური უპირატესობის მინიჭებას.“<sup>80</sup> კონკურენციის განვითარებასთან მიმართებით კონსტიტუციის მე-6 მუხლის მე-2 პუნქტით გათვალისწინებული სახელმწიფოს პოზიტიური ვალდებულების ფარგლებში სახელმწიფოს მიერ ჩამოყალიბებულმა ნორმატიულმა გარემომ კი უნდა უზრუნველყოს სახელმწიფო დახმარების გაცემის თანაბრობიერი რეგულირება და შესაბამისი პროცედურული ნორმების ჩამოყალიბება.

გარდა ამისა, ადმინისტრაციული ორგანოების მხრიდან საფრთხე შეიძლება შეექმნას გარკვეული უფლების ეკონომიკური აგენტისათვის ექსკლუზიური გადაცემით, სახელმწიფო შესყიდვებისას კონკურენციისა და თანასწორობის პრინციპების დარღვევით და ა.შ. ამ მიზნით, „კონკურენციის შესახებ“ საქართველოს კანონი ითვალისწინებს ნორმებს, რომლებიც ქვეყანაში კონკურენტული გარემოს უზრუნველყოფის მიზნით, გარკვეულ ჩარჩოებში აქცევს სხვადასხვა სახელმწიფო დაწესებულებას. ამ კუთხით საყურადღებოა საქართველოს კონკურენციის სააგენტოს განმარტება, რომლის მიხედვითაც, „კონკურენციის შესახებ“ საქართველოს კანონის მე-10 მუხლი სწორედ მსგავსი კონსტიტუციური ვალდებულების შესრულებას ისახავს მიზნად, რომელიც სახელმწიფო, ავტონომიური რესპუბლიკისა და ადგილობრივი თვითმმართველობის ორგანოებს უკრძალავს ისეთი ქმედებების განხორციელებას, რომელიც ხელს უშლის თავისუფალი მეწარმეობისა და კონკურენციის განვითარებას.<sup>81</sup>

<sup>80</sup> ადამია გივი, „სახელმწიფოს მიერ განხორციელებული ქმედების სახელმწიფო დახმარებად კვალიფიკაცია ქართული და ევროპული კავშირის კონკურენციის სამართლის მიხედვით“, იხ. „შედარებითი სამართლის ქართულ-გერმანული ჟურნალი“, 4/2019, გვ. 47.

<sup>81</sup> საქართველოს კონკურენციის სააგენტოს თავმჯდომარის 2018 წლის 17 აგვისტოს N04/216 ბრძანება, „დაზღვევის საქმე N3 (საავანსო გარანტიები)“, გვ. 28.

ქვეყანაში კონკურენტული გარემოს უზრუნველსაყოფად ერთ-ერთ მნიშვნელოვან მიმართულებას ასევე სახელმწიფო შესყიდვები წარმოადგენს, რომელიც, საქართველოს უზენაესი სასამართლოს განმარტებით, „ერთ-ერთ უმნიშვნელოვანეს საჯარო მმართველობით ფუნქციას წარმოადგენს, რომლის სამართლებრივი შედეგები აისახება სამეწარმეო სუბიექტებისთვის ჯანსაღი კონკურენციის პირობების შექმნის, თავისუფალი საბაზრო ეკონომიკის განვითარების, კანონიერი სამართლიანი სამოქალაქო ბრუნვის უზრუნველყოფაზე.“<sup>82</sup> სწორედ ამიტომ, კონსტიტუციის მე-ნ მუხლი ასევე განაპირობებს თავისუფალი კონკურენციის პრინციპის უზრუნველყოფას სახელმწიფო შესყიდვების კანონმდებლობაში.

ყოველივე აღნიშნულიდან გამომდინარე, შეიძლება ითქვას, რომ თავისუფალ კონკურენციასთან მიმართებაში, სახელმწიფოს პოზიტიური ვალდებულების ფარგლებში, შექმნილმა ნორმატიულმა გარემომ, ერთი მხრივ, უნდა უზრუნველყოს სახელმწიფოს აღმასრულებელი ორგანოების მიერ გატარებული ღონისძიებების თავსებადობა თავისუფალ საბაზრო წესრიგთან, ხოლო, მეორე მხრივ, უნდა გამოირიცხოს საკუთრად მეწარმე სუბიექტების მიერ კონკურენციის შემზღუდველი სხვადასხვა სახის ქმედება. შესაბამისად, თავისუფალი კონკურენციის დაცვის მიზნით შექმნილი სპეციალური კანონმდებლობა უნდა ემსახურებოდეს ბაზარზე არა სახელმწიფოს ან ცალკეული ეკონომიკური აგენტის/აგენტების, არამედ მხოლოდ კონკურენციის ბუნებრივი პროცესისა და მისგან მომდინარე კონკურენტული წნეხის ბატონობას. თავისუფალ კონკურენციასთან მიმართებაში, კონსტიტუციიდან მომდინარე, სახელმწიფოს პოზიტიური ვალდებულების ფარგლებში შექმნილი ნორმატიული გარემო უნდა უზრუნველყოფდეს, ერთი მხრივ, ეკონომიკური აგენტების ხელში არსებული სხვადასხვა მასშტაბის საბაზრო ძალაუფლებას და, მეორე მხრივ, მსგავს საბაზრო ძალაუფლებასა და სახელმწიფო ორგანოების ხელში თავმოყრილი სხვადასხვა ადმინისტრაციულ თუ ფინანსურ რესურსებს შორის იმგვარი ბალანსის მიღწევას, რომელიც არ დაუშვებს ბაზარზე სახელმწიფოს ან ეკონომიკური აგენტის/აგენტების ბატონობას და ბაზრის მართვის სადავეებს მთლიანად კონკურენციის ჯანსაღ, ბუნებრივ პროცესს დაუქვემდებარებს.

თავისუფალ კონკურენციაზე ბრუნვის სახელმწიფოს პოზიტიური ვალდებულების აღნიშნული ელემენტების გათვალისწინებით, შესაბამისი ნორმატიული გარემოს ჩამოყალიბების უმთავრეს გამოვლინებას კი ქვეყანაში კონკურენციის სპეციალური კანონმდებლობის არსებობა წარმოადგენს. კონკურენციის კანონმდებლობა ქმნის საბაზრო ეკონომიკის ჩამოყალიბებისა და განვითარების უმთავრეს საფუძველს. მან უნდა უზრუნველყოს კონკურენციის თავისუფლება და უკვე არსებული საბაზრო ძალაუფლება უნდა შეზღუდოს იმ შემთხვევაში, თუ იგი აფერხებს ან არსებობს საფრთხე, რომ იგი შეაფერხებს ჯანსაღი კონკურენციის პროცესს და ზიანს მიაყენებს ამ პროცესთან დაკავშირებულ ბაზრის ეფექტიანობას. სწორედ ამიტომ არსებობს საქართველოში „კონკურენციის შესახებ“ საქართველოს კანონი, რომლის მიზანია, ერთი მხრივ, სახელმწიფოს, ადგილობრივი თვითმმართველობის ან ავტონომიური ხელისუფლების ორგანოების, ხოლო, მეორე მხრივ, ეკონომიკური აგენტების მხრიდან მომდინარე საფრთხეების

<sup>82</sup> სუსგ 21/07/2014, ბს-667-642(კ-13).

პრევენცია. ამ მიზნით, იგი ითვალისწინებს კონკურენციის შემზღუდველი შეთანხმებების, დომინირებული მდგომარეობის ბოროტად გამოყენების, არაკეთილსინდისიერი კონკურენციისა და ჯანსაღ კონკურენტულ გარემოსთან არათავსებადი კონცენტრაციების ამკრძალავ ნორმებს, რომელთა უშუალო ადრესატსაც ეკონომიკური აგენტები წარმოადგენენ. ხოლო, სახელმწიფო ორგანოების მხრიდან კონკურენციის შემზღუდვის პრევენციაზე ზრუნავს სახელმწიფო დახმარების მარეგულირებელი და სახელმწიფოს, ადგილობრივი თვითმმართველობის ან ავტონომიური ხელისუფლების ორგანოების მხრიდან კონკურენციის შემზღუდველი ქმედებების მარეგულირებელი ნორმები. ამასთან, თავისუფალ კონკურენციაზე ზრუნვის პოზიტიური ვალდებულება ასევე გულისხმობს კონკურენციის კანონმდებლობაში მოცემული ზემოთ აღნიშნული ნორმების ეფექტიანი აღსრულების მექანიზმებით აღჭურვილი სპეციალური ადმინისტრაციული ორგანოს არსებობის აუცილებლობასაც. აღსანიშნავია ასევე ის გარემოება, რომ თავისუფალ კონკურენციაზე ზრუნვის სახელმწიფოს პოზიტიური ვალდებულების ფარგლებში შესაბამისი ნორმატიული გარემოს ჩამოყალიბება შესაძლოა, არ შემოიფარგლოს მხოლოდ კონკურენციის კანონმდებლობის არსებობით და მიღებულ იქნეს დამატებითი სამართლებრივი აქტები, რომლებიც დამატებით სტიმულს მისცემენ და წაახალისებენ ქვეყანაში ჯანსაღი კონკურენციის განვითარებას.

### 5.3. სახელმწიფოს ნეგატიური პალდებულება

თავისუფალი კონკურენციის დაცვის კონსტიტუციური გარანტიიდან მომდინარე სახელმწიფოს ნეგატიური ვალდებულება გულისხმობს, სახელმწიფოს მიერ საკანონმდებლო დონეზე ისეთი ქმედებებისა თუ ღონისძიებების განხორციელებისაგან თავის შეკავებას, რომელიც კონკურენციის ბუნებრივ პროცესში ხელოვნურ ჩარევას და ამ პროცესის ბუნებრივი განვითარების რაიმე ფორმით შეფერხებასა თუ ხელყოფას წარმოადგენს. მსგავსი ჩარევა კი შესაძლოა, სხვადასხვა ფორმისა თუ ხასიათის მატარებელი იყოს, რომლის ეფექტებიც ყოველ კონკრეტულ შემთხვევაში საქმის ფაქტობრივი გარემოებების დეტალური ანალიზის შედეგად უნდა განისაზღვროს. წინამდებარე ნაშრომის ფარგლებში კი განხილული იქნება სახელმწიფოს ნეგატიური ვალდებულების დარღვევის ორი ყველაზე მნიშვნელოვანი გამოვლინება - კონკურენტული თანასწორუფლებიანობის დარღვევა და ბაზარზე შესვლის ბარიერების დაწესება.

კონკურენციაზე ზრუნვის ერთ-ერთ მნიშვნელოვან ასპექტს კონკურენტული თანასწორუფლებიანობის დაცვა წარმოადგენს. საქართველოს უზენაესი სასამართლოს პრაქტიკაშიც ეკონომიკურ აგენტებს შორის თანასწორობის უზრუნველყოფა თავისუფალი სამეწარმეო საქმიანობის ხელშეწყობისა და კონკურენციის განვითარების კონსტიტუციური პრინციპის გარანტად მიიჩნევა.<sup>83</sup> საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლო კი განმარტავს, რომ „სახელმწიფო ვალდებულია, თავი შეიკავოს ეკონომიკური აგენტებისათვის არათანაბარი პირობების შექმნისაგან...“<sup>84</sup> თუმცა კონკურენტული თანასწორუფლებიანობაც, თავის მხრივ, გარკვეული სპეციფიკურობით გამოირჩევა. კერძოდ, კონკურენტული თანასწორუფლებიანობა გულისხმობს ერთსა და იმავე შესაბამის ბაზარზე მოქმედ ეკონომიკურ აგენტებს ან პოტენციურ ეკონომიკურ აგენტებს შორის

<sup>83</sup> სუსგ 21/07/2014, ბს-667-642(კ-13).

<sup>84</sup> *supra* სქოლიო 68, პარაგრაფი 3.

თანასწორ მოპყრობას. სხვაგვარად რომ ითქვას, შესაბამის ბაზარზე ეფექტიანი კონკურენციის უზრუნველსაყოფად აუცილებელია ამ ბაზარზე მოქმედი ეკონომიკური აგენტები მიჩნეულ იქნენ თანასწორ სუბიექტებად და კონსტიტუციის მე-ნ მუხლით გათვალისწინებული ნეგატიური ვალდებულების ფარგლებში სახელმწიფომ საკანონმდებლო დონეზე არ მოახდინოს მსგავს სუბიექტებს შორის კონკურენტული თანასწორობის დარღვევა.

კონკურენტული თანასწორობის დარღვევას შესაძლებელია ადგილი ჰქონდეს იმ შემთხვევაში, როდესაც სახელმწიფო გარკვეულ უპირატესობას ანიჭებს რომელიმე ეკონომიკურ აგენტს, რითაც მას, მის კონკურენტ ეკონომიკურ აგენტებთან შედარებით, ისეთ ხელსაყრელ საბაზრო მდგომარეობას უქმნის, რომელსაც იგი ვერ მიიღებდა ბაზრის ბუნებრივი განვითარების პირობებში. აღნიშნულის ნათელი მაგალითია საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს პრაქტიკაში არსებული ერთ-ერთი საქმე, რომლის შემთხვევაშიც სახელმწიფოს მიერ შექმნილი საკანონმდებლო მოწესრიგება სახელმწიფო დაცვის სამსახურს ანიჭებდა გარკვეულ ადმინისტრაციულ რესურსებს, რითაც იგი, მის კონკურენტ ეკონომიკურ აგენტებთან შედარებით, მნიშვნელოვან კონკურენტულ უპირატესობას იღებდა.<sup>85</sup>

სახელმწიფოს ჩარევა ასევე შეიძლება გამოიხატებოდეს არა მარტო რომელიმე ეკონომიკური აგენტისათვის უპირატესობის მინიჭებაში, არამედ მისი საბაზრო მდგომარეობისა თუ პოზიციების გაუარესებაში. სახელმწიფოს მიერ განხორციელებულმა ქმედებამ შესაძლებელია, არათანაბომიერად შეზღუდოს შესაბამის ბაზარზე მოქმედი რომელიმე ეკონომიკური აგენტის უფლებები, შეაფერხოს მისი სამეწარმეო საქმიანობა, რითაც გაუარესდება მისი საბაზრო პოზიციები, რის შედეგადაც, სხვა ეკონომიკური აგენტები მიიღებენ კონკურენტულ უპირატესობას.

შესაბამისად, კონკურენტული თანასწორობის დარღვევას შესაძლოა ადგილი ჰქონდეს ორ შემთხვევაში: 1) როდესაც სახელმწიფო რომელიმე ეკონომიკურ აგენტს ან ეკონომიკურ აგენტთა ჯგუფს ანიჭებს გარკვეულ უპირატესობას, რომელიც მას, მის კონკურენტებთან შედარებით, უკეთეს საბაზრო პირობებს უქმნის;<sup>86</sup> 2) როდესაც სახელმწიფო რომელიმე ეკონომიკურ აგენტს ან ეკონომიკურ აგენტთა ჯგუფს, კონკურენტებთან შედარებით, უარეს საბაზრო პირობებს უქმნის.

კონკურენტულ თანასწორუფლებიანობასთან მიმართებაში სახელმწიფოს ქმედების შეფასებისას, უპირველეს ყოვლისა, აუცილებელია არსებითად თანასწორი ეკონომიკური აგენტების იდენტიფიცირება. არსებითად თანასწორ ეკონომიკურ აგენტებად კი მიჩნეულ უნდა იქნენ ერთსა და იმავე შესაბამის ბაზარზე მოქმედი სუბიექტები ამ ბაზრის პოტენციურ სუბიექტებთან (სუბიექტი, რომელსაც აქვს დასაბუთებული განზრახვა, შევიდეს აღნიშნულ ბაზარზე) ერთად. ამის შემდეგ კი უნდა დადგინდეს, სახელმწიფოს მიერ განხორციელებული კონკრეტული საკანონმდებლო მოწესრიგება ხომ არ ანიჭებს რომელიმე მათგანს შერჩევითად რაიმე სახის უპირატესობას ან ხომ არ ზღუდავს რომელიმე მათგანის საბაზრო პოზიციებს. ორივე აღნიშნულ შემთხვევაში სახეზე იქნება

<sup>85</sup> *supra* სქოლიო 68.

<sup>86</sup> *ibid*, პარაგრაფი 4.

სახელმწიფოს ხელოვნური ჩარევა ბუნებრივ საბაზრო პროცესში, რაც ეკონომიკურ აგენტებს შორის კონკურენტული თანასწორუფლებიანობისა და წონასწორობის დარღვევით, ზიანს აყენებს ჯანსაღ კონკურენტულ გარემოს.

შესაბამისად, კონკურენციის განვითარებასთან დაკავშირებით სახელმწიფოს ნეგატიური ვალდებულების შემდგომ მნიშვნელოვან გამოვლინებას ბაზარზე შესვლის გაუმართლებელი ბარიერების დაწესებისაგან თავის შეკავება წარმოადგენს. საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს განმარტებით, კონკურენციის თავისუფლება იცავს ეკონომიკურ აგენტებს გაუმართლებელი ბარიერების დაწესებისაგან.<sup>87</sup> ამ კუთხით, ლიტერატურაში განასხვავებენ ფინანსურ-ტექნიკურ და ინსტიტუციონალურ ბარიერებს.<sup>88</sup>

ეკონომიკურ კონკურენციასთან მიმართებაში სახელმწიფოს ნეგატიური კონსტიტუციური ვალდებულების კონტექსტში ფინანსურ-ტექნიკურ ბარიერად შესაძლოა მიჩნეულ იქნეს ბაზარზე შესასვლელად აუცილებელი წინასწარი ფინანსური კაპიტალის ქონის ან გარკვეული ტექნიკური წინაპირობების დაკმაყოფილების აუცილებლობის დაწესება. ხოლო ინსტიტუციონალური ბარიერის ქვეშ შესაძლოა, მოაზრებულ იქნეს ეკონომიკური აგენტის რეგისტრაციის სირთულე, კონკრეტული საქმიანობის განხორციელებისთვის ნებართვის ან ლიცენზიის დაწესება და ა.შ.

თავისუფალი კონკურენციის დაცვის კონსტიტუციური გარანტიიდან მომდინარე სახელმწიფოს ნეგატიურ ვალდებულებასთან მიმართებით აუცილებელია. ყურადღება გამახვილდეს საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს ერთ-ერთ საქმეზე, რომელიც შეეხებოდა „სახელმწიფო შესყიდვების შესახებ“ საქართველოს კანონის ჩანაწერს იმასთან დაკავშირებით, რომ სახელმწიფო შესყიდვების კანონმდებლობა არ ვრცელდებოდა შემსყიდველი ორგანიზაციის მიერ შპს „საქართველოს ფოსტისაგან“ საფოსტო და საკურიერო მომსახურებების სახელმწიფო შესყიდვაზე („სახელმწიფო შესყიდვების შესახებ“ საქართველოს კანონის პირველი მუხლის, მე-3 პუნქტის „ს“ ქვეპუნქტი).<sup>89</sup> აღნიშნული გადაწყვეტილებით, საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლომ სრულიად სწორად მიიჩნია აღნიშნული ჩანაწერი არაკონსტიტუციურად და გამოაცხადა იგი ძალადაკარგულად. თუმცა ამ შემთხვევაში პრობლემურია ის არგუმენტაცია და საფუძვლები, რომელთა შესაბამისადაც მივიდა საკონსტიტუციო სასამართლო აღნიშნულ დასკვნამდე. სასამართლო გადაწყვეტილების სამოტივაციო ნაწილში არაერთხელ ახსენებს სახელმწიფო დახმარებას, მსჯელობს ამ ინსტიტუტის ელემენტებზე, მის მახასიათებლებზე და ა.შ. უპირველეს ყოვლისა, უნდა აღინიშნოს ის ფაქტი, რომ სახელმწიფო დახმარება (State Aid / Staatliche Beihilfe) არის კონკურენციის სამართლის ფარგლებში არსებული სამართლებრივი ინსტიტუტი და არა კონსტიტუციურ-სამართლებრივი კატეგორია. შესაბამისად, სახელმწიფო დახმარების საფუძველზე საკანონმდებლო ნორმების კონსტიტუციურობის შეფასება ვერ იქნება მიზანშეწონილი. როგორც ზემოთ აღინიშნა, სახელმწიფო დახმარებასთან მიმართებით სახელმწიფოს კონსტიტუციური ვალდებულება შემოიფარგლება მხოლოდ სახელმწიფო დახმარების

<sup>87</sup> *supra* სქოლიო 68, პარაგრაფი 6.

<sup>88</sup> აკოლაშვილი/სერგია, იხ. ჯაფარიძე/ზუკაკიშვილი/ჟვანია/კობაძე/გველეხიანი/აკოლაშვილი/სერგია/მომცელიძე, „საქართველოს კონკურენციის სამართალი“, გვ. 410.

<sup>89</sup> *supra* სქოლიო 21.

გაცემის თანაზომიერი რეგულირებით, რომელიც შესაბამისი ნორმატიულ გარემოს შექმნასთან დაკავშირებულ სახელმწიფოს პოზიტიურ ვალდებულებას წარმოადგენს.

აღნიშნულ გადაწყვეტილებაში განხილული შემთხვევა წარმოადგენს სახელმწიფოს ნეგატიური ვალდებულებების დარღვევის კლასიკურ მაგალითს. ამ შემთხვევაში სახელმწიფო, ერთი მხრივ, ხელყოფს ბაზარზე არსებულ და პოტენციურ ეკონომიკურ აგენტებს შორის კონკურენტულ თანასწორუფლებიანობას შპს „საქართველოს ფოსტისთვის“ გაუმართლებელი და არაპირდაპირი შეღავათების დაწესებით, რაც სატენდერო პროცედურების გარეშე შემსყიდველი ორგანიზაციებისათვის საფოსტო მომსახურების მიწოდების შესაძლებლობაში გამოიხატა. ამავე დროს, აღნიშნული ჩანაწერი, შემსყიდველი ორგანიზაციებისათვის საფოსტო მომსახურების შესაბამის ბაზარზე შესვლის ბარიერებს უწესებდა და ამ ბაზრიდან გამორიცხავდა შპს „საქართველოს ფოსტის“ კონკურენტებსა და პოტენციურ კონკურენტ ეკონომიკურ აგენტებს. ამდენად, ამ შემთხვევაში სახელმწიფომ დაარღვია ნეგატიური კონსტიტუციური ვალდებულება და საკანონმდებლო დონეზე თავი არ შეიკავა ისეთი ქმედებისა თუ ღონისძიების განხორციელებისაგან, რომელიც კონკურენციის ბუნებრივ პროცესში ხელოვნურ ჩარევას და ამ პროცესის ბუნებრივი განვითარების შეფერხებასა თუ ხელყოფაში იქნა გამოხატული.

როგორც არაერთხელ აღინიშნა, კონკურენციის პროცესის უმთავრეს მახასიათებელს მისი დინამიკური ხასიათი წარმოადგენს. შესაბამისად, კონკურენციის პროცესის მუდმივი განვითარებისა და მისი დინამიკურობის შესანარჩუნებლად აუცილებელია, ეკონომიკურ აგენტებს ჰქონდეთ ქვეყნის შესაბამის ბაზრებზე თავისუფლად შესვლისა და საქმიანობის განხორციელების შესაძლებლობა. მსგავსი შესაძლებლობა კი შეიძლება შეიზღუდოს სახელმწიფოს მიერ დაწესებული ნებისმიერი ბარიერით, რის შედეგადაც რთულდება ან საერთოდ შეუძლებელი ხდება შესაბამის ბაზარზე ახალი ეკონომიკური აგენტების შესვლა.

## **6. თავისუფალ კონკურენციასთან მიმართებაში ნორმის კონსტიტუციურობის შეფასების საფუძვლები**

სახელმწიფოს მიერ ზემოთ მითითებული პოზიტიური და ნეგატიური ვალდებულებების დარღვევა, ბუნებრივია, დღის წესრიგში აყენებს კონკრეტული ქმედების კონსტიტუციურობის შეფასების აუცილებლობას. შესაბამისად, აუცილებელია, დადგინდეს და განისაზღვროს ის კონსტიტუციური დათქმები, რომლებთან მიმართებაშიც იქნება შესაძლებელი კონკრეტული ნორმის კონსტიტუციურობის შეფასება იმ შემთხვევაში, თუ სავარაუდოა, რომ ადგილი აქვს თავისუფალ კონკურენციასთან მიმართებაში არსებული ვალდებულებების დარღვევას.

საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს ერთ-ერთი მნიშვნელოვანი განმარტების მიხედვით, კონსტიტუციის ცალკეულ ნორმებთან კავშირში დაშვებულია კონკრეტული ნორმის კონკურენციის განვითარების კონსტიტუციურ პრინციპთან მიმართებაში გადამოწმების შესაძლებლობა.<sup>90</sup> აღნიშნულ განმარტებაში სრულიად სწორად აღნიშნავს

<sup>90</sup> *supra* სქოლიო 21, პარაგრაფი 4.

საკონსტიტუციო სასამართლო, რომ სადავო ნორმის კონსტიტუციურობის შეფასება ვერ იქნება შესაძლებელი განკერძოებულად კონსტიტუციის მხოლოდ მე-6 მუხლთან მიმართებაში. როგორც აღინიშნა, ამ შემთხვევაში კონკურენციის თავისუფლება ქვეყნის ეკონომიკური წესრიგის ერთ-ერთ ფუნდამენტს და ზოგად კონსტიტუციურ პრინციპს წარმოადგენს. აქედან გამომდინარე, ეკონომიკური კონკურენციის ჭრილში ნორმის კონსტიტუციურობის შეფასება აუცილებლად მოითხოვს კონსტიტუციის კონკრეტულ დამცავ დათქმასთან კავშირის დადგენას.

აღნიშნული კავშირის დადგენა კი იმ კონკრეტული ფუნქციების მხედველობაში მიღებით უნდა მოხდეს, რომლებსაც თავისუფალი კონკურენცია ქვეყნის ეკონომიკურ ცხოვრებაში ასრულებს. ეკონომიკური კონკურენციის ფუნქციები უკვე განხილულ იქნა წინამდებარე ნაშრომის მეორე თავში და ამ ფუნქციების ანალიზის შედეგად აშკარაა, რომ თავისუფალ კონკურენციასთან დაკავშირებული დადებითი ეფექტებითა თუ სიკეთეებით სარგებლობენ როგორც მეწარმეები, ისე მომხმარებლები. მეწარმეობის თავისუფლებისა და მომხმარებელთა უფლებების დამცავ კონსტიტუციურ დათქმებს კი კონსტიტუციის 26-ე მუხლის მე-4 პუნქტი შეიცავს.

აღნიშნული შინაარსობრივი კავშირი მეტყველებს, რომ მეწარმეობის თავისუფლებითა და მომხმარებელთა უფლებებთან დაკავშირებული დათქმებით დაცული სფეროს გარკვეული ნაწილი სწორედ ქვეყნის ეკონომიკური წესრიგის საფუძვლად არსებული თავისუფალი კონკურენციის ფუნქციების შესაბამისად უნდა განისაზღვროს.

მეწარმეობის თავისუფლების ერთ-ერთ ასპექტს ჯანსაღ კონკურენტულ გარემოში სამეწარმეო საქმიანობის განხორციელების შესაძლებლობა წარმოადგენს და იგი კონსტიტუციის მე-6 მუხლთან ერთობლიობაში თითოეულ მეწარმე სუბიექტს აძლევს უფლებას, საკუთარი საქმიანობა ჯანსაღ კონკურენტულ გარემოში განახორციელოს. ამაზე მეტყველებს ასევე საკონსტიტუციო სასამართლოს განმარტებაც, რომლის მიხედვითაც, კონსტიტუციის 26-ე მუხლის მე-4 პუნქტით გარანტირებული უფლება მოიცავს სახელმწიფოს ვალდებულებას, არ შეზღუდოს კონკურენცია.<sup>91</sup> ხოლო, ამ კუთხით, მომხმარებლების უფლება გულისხმობს, ჯანსაღი და ეფექტიანი კონკურენციის პირობებში ჩამოყალიბებულ მინიმალურ ფასად მიიღოს მაქსიმალური ხარისხის პროდუქტი და ისარგებლოს თავისუფალ კონკურენციასთან დაკავშირებული სხვა სიკეთეებით.

შესაბამისად, კონკურენციის თავისუფლებასთან მიმართებაში კონკრეტული ნორმის კონსტიტუციურობა შესაძლოა შეფასდეს როგორც მეწარმეობის თავისუფლების, ისე მომხმარებელთა უფლებების დამცავი კონსტიტუციური დათქმების ფარგლებში. კონსტიტუციის მე-6 მუხლი აყალიბებს კონსტიტუციის 26-ე მუხლით აღიარებული მეწარმეობის თავისუფლებისა და მომხმარებელთა უფლებების შინაარსის ერთ-ერთ შემადგენელ ნაწილს. აღნიშნული კი გულისხმობს, რომ კონსტიტუციის 26-ე მუხლით გარანტირებული მეწარმეობის თავისუფლებისა და მომხმარებელთა უფლებებით დაცული სფერო მოიცავს ერთ შემთხვევაში ჯანსაღ კონკურენტულ გარემოში სამეწარმეო საქმიანობის განხორციელების, ხოლო მეორე შემთხვევაში მომხმარებლების მიერ ეფექტიანი კონკურენციიდან მომდინარე სიკეთეებით (დაბალი ფასი, მაღალი ხარისხი, მეტი არჩევანი და ა.შ.)

<sup>91</sup> *supra* სქოლიო 21, პარაგრაფი 19.



სრულად სარგებლობის შესაძლებლობას. შესაბამისად, კონკრეტული შემთხვევის ფაქტობრივი გარემოებების გათვალისწინებით, კონკურენციის თავისუფლება შესაძლებელია, მოექცეს როგორც სამეწარმეო თავისუფლების, ასევე მომხმარებელთა უფლებებთან დაკავშირებული კონსტიტუციური დათქმებით დაცულ სფეროში. ამდენად, კონკურენციის განვითარებასთან დაკავშირებული სახელმწიფოს ნეგატიური და პოზიტიური ვალდებულებების დარღვევა უნდა ჩაითვალოს კონსტიტუციის 26-ე მუხლის მე-4 პუნქტით დაცულ სფეროში ჩარევად. ამასთან, უნდა აღინიშნოს ასევე ის ფაქტი, რომ ეკონომიკურ მმართველობასთან დაკავშირებული კანონმდებლობა, უმეტეს შემთხვევაში, ქვეყნის შესაბამის ბაზარზე კონკურენტული მდგომარეობის ცვლილებას ახდენს<sup>92</sup> და, ამ კუთხით, იგი შესაძლოა, ასევე მიჩნეულ იქნეს კონსტიტუციის 26-ე მუხლის მე-4 პუნქტით დაცულ სფეროში ჩარევად.

გარდა ამისა, კონკრეტულ შემთხვევაში კონსტიტუციის 26-ე მუხლის მე-4 პუნქტით დადგენილი გამონაკლისის შესაბამისად, კანონმდებლობით, მონოპოლიური საქმიანობის დაშვებაც წარმოადგენს ამავე მუხლით დაცულ სფეროში (მეწარმეობის თავისუფლება, მომხმარებელთა უფლებები) ჩარევას. შესაბამისად, მონოპოლიური საქმიანობის დაშვებამაც კონკრეტულ შემთხვევაში იგივე ტესტი უნდა გაიაროს, რაც კონკურენციის თავისუფლებაში სხვა სახის ჩარევებმა.

ამასთან, კონკურენტული მდგომარეობის ნებისმიერი ცვლილება და, ამ კუთხით, კონსტიტუციის 26-ე მუხლის მე-4 პუნქტით დაცულ სფეროში ჩარევა, თავისთავად, არ მეტყველებს მის არაკონსტიტუციურობაზე.<sup>93</sup> მეწარმე სუბიექტების მიერ ჯანსაღ კონკურენტულ გარემოში სამეწარმეო საქმიანობის განხორციელებისა და მომხმარებლების მიერ ეფექტიანი კონკურენციიდან მომდინარე სიკეთეებით (დაბალი ფასი, მაღალი ხარისხი, მეტი არჩევანი და ა.შ.) სარგებლობის შესაძლებლობა არ წარმოადგენს აბსოლუტურ უფლებას და იგი შესაძლოა შეიზღუდოს ლეგიტიმური საჯარო მიზნის მისაღწევად თანაზომიერების პრინციპის დაცვით.<sup>94</sup> მსგავს შემთხვევებში კი ლეგიტიმური საჯარო მიზანი შესაძლოა სხვადასხვა იყოს, რომელთა სიღრმისეული ანალიზიც ცალკე კვლევის საგანია და სცილდება წინამდებარე ნაშრომის მიზნებს. თუმცა აქვე შეიძლება აღინიშნოს ის ფაქტი, რომ თავისუფალი კონკურენციის შეზღუდვის ერთ-ერთ ლეგიტიმურ მიზანს შესაძლოა წარმოადგენდეს კონკურენციის იმ ფუნქციების მიღწევა, რომლებიც წინამდებარე ნაშრომის მე-2 თავში იქნა განხილული. სხვაგვარად რომ ითქვას, თავისუფალი კონკურენციის შეზღუდვა შესაძლოა გამართლებული იქნეს იმ შემთხვევაში, როდესაც სპეციალური ნორმა ან ნორმათა ერთობლიობა ითავსებს კონკურენციის ზემოთ აღნიშნულ ფუნქციებს და უზრუნველყოფს მათ უფრო ეფექტიანად შესრულებას, ვიდრე ამას ბუნებრივი, სახელმწიფოს ჩარევისაგან თავისუფალი კონკურენციის პროცესი მოახდენდა.

<sup>92</sup> BVerfGE 4, 7 – „Investitionshilfe“ § 57.

<sup>93</sup> BVerfGE 4, 7 – „Investitionshilfe“ § 57.

<sup>94</sup> შეად. *supra* სქოლიო 68, პარაგრაფი 47.

## დასკვნა

ნაშრომში განვითარებული მსჯელობების შესაბამისად, შეიძლება ითქვას, რომ საქართველოს კონსტიტუციის მოქმედი რედაქციის მე-6 მუხლი ქვეყნის ეკონომიკური წესრიგის უმთავრეს საფუძვლად თავისუფალ კონკურენციას აღიარებს. აღნიშნული კონსტიტუციური დათქმის საფუძველზე და მის შესაბამისად ჩამოყალიბებული სახელმწიფოს ეკონომიკური პოლიტიკის ერთ-ერთ მნიშვნელოვან მიმართულებას კი ქვეყნის შესაბამის ბაზრებზე ჯანსაღი კონკურენტული გარემოს უზრუნველყოფა წარმოადგენს. ამასთან, დასახელებული პრინციპის მნიშვნელობა ძალზე დიდია როგორც კონსტიტუციის 26-ე მუხლის მე-4 ნაწილში მოცემული დათქმების განმარტებისას, ასევე სახელმწიფოს კონკრეტული ვალდებულებების მასშტაბებისა და სახეების განსაზღვრის კუთხით.

წარმოდგენილ ნაშრომში განისაზღვრა კონსტიტუციის მე-6 მუხლში მოცემული კონკურენციის ცნების ძირითადი ელემენტები და მისი მახასიათებლები. გარდა ამისა, ნაშრომის მეორე თავი დაეთმო ეკონომიკური კონკურენციის უმთავრესი ფუნქციების ანალიზს, რომელსაც ასევე მნიშვნელოვანი ღირებულება გააჩნია როგორც კონსტიტუციის, ისე ქვეყნის კანონმდებლობაში არსებული კონკრეტული ნორმების განმარტების კუთხით.

ეკონომიკური კონკურენციის ფუნქციების ჩამოყალიბების შემდეგ ნაშრომში ასევე განისაზღვრა კონსტიტუციის მე-6 მუხლით სახელმწიფოსთვის დაკისრებული კონკურენციაზე ზრუნვის ვალდებულების ფარგლები და მასშტაბები. მოწინავე მეცნიერულ წყაროებსა და დასავლური განვითარებული სახელმწიფოების პრაქტიკაზე დაყრდნობით კი აღინიშნა, რომ დასახელებული ნორმით, სახელმწიფოსთვის დაკისრებული ვალდებულება გულისხმობს ქვეყნის შესაბამის ბაზრებზე არა სრულყოფილი, არამედ ეფექტიანი კონკურენციის ჩამოყალიბებას.

ნაშრომში ასევე მნიშვნელოვანი ყურადღება დაეთმო მონოპოლიური საქმიანობის აკრძალვასთან დაკავშირებით კონსტიტუციის 26-ე მუხლის მე-4 პუნქტში მოცემულ ჩანაწერს. აღნიშნულ დათქმასთან მიმართებაში აღინიშნა, რომ კონსტიტუცია არ კრძალავს საკუთრად მონოპოლიური მდგომარეობის ფლობას, არამედ იგი კრძალავს მხოლოდ მონოპოლიურ საქმიანობას, რომელიც შესაძლოა, საერთოდ არ ხორციელდებოდეს მონოპოლისტი სუბიექტის მიერ.

გარდა ამისა, კონკურენციის განვითარებაზე ზრუნვის მიმართულებით, ნაშრომში ასევე განისაზღვრა სახელმწიფოს პოზიტიური და ნეგატიური ვალდებულებების ფარგლები და გაანალიზებულ იქნა კონკურენციის განვითარების და სამეწარმეო თავისუფლების თუ მომხმარებელთა უფლებების დაცვასთან დაკავშირებული კონსტიტუციური დათქმების ურთიერთმიმართება.

ნაშრომში ასევე განხილულ იქნა, ნორმის კონსტიტუციურობის შემოწმებისას, თავისუფალ კონკურენციასთან დაკავშირებით კონსტიტუციური ჩანაწერის მნიშვნელობა და მისი ტელეოლოგიური საფუძვლები. ნაშრომში განვითარებული მსჯელობების შედეგად კი აღინიშნა, რომ კონკურენციის თავისუფლება ექცევა კონსტიტუციის 26-ე მუხლის მე-4 პუნქტში, სამეწარმეო თავისუფლებისა და მომხმარებელთა უფლებებთან დაკავშირებული კონსტიტუციური დათქმებით დაცულ სფეროში. შესაბამისად, კონკურენციის თავისუფლებასთან მიმართებაში ნორმის კონსტიტუციურობის შემოწმება შესაძლოა კონ-

სტიტუციის მე-6 მუხლიდან ერთობლიობაში, კონსტიტუციის 26-ე მუხლის მე-4 პუნქტთან (როგორც სამეწარმეო თავისუფლების, ასევე მომხმარებელთა უფლებების კუთხით) მიმართებაში მოხდეს.



## საერთაშორისო ჰუმანიტარული სამართლის გამოყენების ხელოვნება: JUS IN BELLO ადამიანის უფლებათა ინტერ-ამერიკულ ორგანოებში

### აბსტრაქტი

სომხეთის მიერ ამერბაიჯანის წინააღმდეგ შეიარაღებულ კონფლიქტთან დაკავშირებით აღძრულ საჩივარზე საპასუხოდ ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს მიერ დროებითი ღონისძიებების გამოყენების შესახებ მიღებული გადაწყვეტილების შედეგად, კვლავ აქტუალური გახდა საერთაშორისო ჰუმანიტარული სამართლის ადამიანის უფლებათა რეგიონალური ორგანოების იურისპრუდენციაში გათვალისწინების საკითხი. ზოგიერთმა ევროპელმა ავტორმა გააკრიტიკა სასამართლოს გადაწყვეტილება, ჩართულიყო საერთაშორისო ხასიათის შეიარაღებულ კონფლიქტთან დაკავშირებულ საქმეში, და დროებითი ღონისძიებების გამოყენება სასამართლოს მხრიდან ბუნდოვან, არაეფექტურ და სასამართლოს როლს მიღმა არსებულ ქმედებად იქნა აღქმული. წინამდებარე სტატია დაეყრდნობა ადამიანის უფლებათა ინტერ-ამერიკული ორგანოების პრაქტიკას და შეახსენებს მკითხველს, რომ ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლო ერთადერთი ორგანო არაა, რომელსაც საერთაშორისო ჰუმანიტარულ სამართალთან ჰქონია საქმე. სტატიაში წარმოჩენილი იქნება, რომ ინტერ-ამერიკული ორგანოების გამოცდილება, ადამიანის უფლებათა ევროპულ სასამართლოსთან შედარებით, უფრო კრეატიული და მრავალფეროვანია.

სტატიის მიზანი არ არის იმის მტკიცება, რომ საერთაშორისო ჰუმანიტარული სამართლის გამოყენებით მიღებული გადაწყვეტილებები მათდამი მორჩილების კუთხით გამოჩეული იქნება. ამასთან, იგი არ შეეხება მანდატიდან გამომდინარე თეორიულ დისკუსიას, თუ, საერთოდ, რამდენად უნდა ჰქონდეს საქმე ადამიანის უფლებათა ორგანოებს საერთაშორისო ჰუმანიტარულ სამართალთან. ნაცვლად ამისა, სტატია განიხილავს ადამიანის უფლებათა ინტერ-ამერიკული ორგანოების პრაქტიკას და წარმოაჩენს, რომ, თუკი სხვა სასამართლო ან კვაზისასამართლო ორგანოებს ექნებათ საკუთარ პრაქტიკაში საერთაშორისო ჰუმანიტარული სამართლის გათვალისწინების სურვილი, მათ შეუძლიათ, დაეყრდნონ სწორედ ადამიანის უფლებათა ინტერ-ამერიკული კომისიისა და სასამართლოს გამოცდილებას.

## შესავალი

საერთაშორისო ჰუმანიტარული სამართლის (შემდეგში „სჰს“) არააღსრულებადი ბუნება დიდი ხანია, რაც სამართლის ამ დარგის ქომაგებს აწუხებთ. მართალია, ჟენევის კონვენციები, მათი დამატებითი ოქმები და ჩვეულებითი სჰს-ის ნორმები, საერთო ჯამში, მნიშვნელოვანი წინგადადგმული ნაბიჯია შეიარაღებული კონფლიქტების დროს ინდივიდების დასაცავად, მაგრამ, სამწუხაროდ და წითელი ჯვრის საერთაშორისო კომიტეტის (შემდეგში „წკსკ“) მცდელობის მიუხედავად, *jus in bello* არ ამკვიდრებს კონკრეტულ ორგანოს, რომელიც უზედამხედველებდა ქვეყნების მოქმედებების შესაბამისობას სჰს-თან. შესაბამისად, სამართლის ეს დარგი დიდწილად აღუსრულებელი რჩება.

მართალია, დისკუსია იმის შესახებ, თუ რამდენად უნდა შეეცადონ საერთაშორისო სამართლებრივი და კვაზისამართლებრივი ორგანოები თავიანთ პრაქტიკაში სჰს-ის გათვალისწინებას, ახალი თემა არ არის, მან კიდევ ერთხელ შეიძინა მნიშვნელობა ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს მიერ სომხეთსა და აზერბაიჯანს შორის არსებული შეიარაღებული კონფლიქტის კონტექსტში დროებითი ღონისძიების გამოყენების შესახებ გადაწყვეტილების გამო. შეიარაღებული კონფლიქტების კონტექსტში მიღებული სხვა დროებითი ღონისძიებების მსგავსად, სასამართლოს ეს გადაწყვეტილებაც კრიტიკას დაედო საფუძვლად.

კერძოდ, ზოგიერთი ავტორის მტკიცებით, ადამიანის უფლებათა ორგანოების მიერ სჰს-ის გამოყენება მათ მანდატს მიღმა ექცევა და ადამიანის უფლებათა ორგანოებს არ აქვთ სჰს-ის ინტერპრეტაციისა და შეფარდების უფლებამოსილება. ამდენად, ამ ორგანოებმა თავი უნდა შეიკავონ *jus in bello*-ს ინტერპრეტაციისა და, მით უფრო, შეფარდებისგან, რადგან მათ არც ამის მანდატი აქვთ და არც შესაბამისი გამოცდილება სჰს-ის სფეროში. ამის საპირისპიროდ, ზოგიერთი ავტორი მიიჩნევს, რომ სწორედ ადამიანის უფლებათა ორგანოებს შესწევთ უნარი, რომ სჰს-ს გარკვეული რელევანტურობა მაინც შესძინონ. თუმცა, ვინაიდან სამართლის დარგში შექმნილი აკადემიური ნაშრომების დიდი ნაწილი ევროპაცენტრულია, დისკუსია ყველაზე ხშირად წარიმართება სჰს-ის ადგილის შესახებ, კონკრეტულად, ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს პრაქტიკაში. ბევრმა ევროპელმა ავტორმა გამოთქვა მოსაზრება ევროპული სასამართლოს ჩართულობის შესახებ სჰს-თან დაკავშირებულ საქმეებში, თუმცა ხანდახან ყურადღების მიღმა რჩება ის ფაქტი, რომ მათი შექმნის დღიდან ადამიანის უფლებათა ინტერ-ამერიკულ კომისიასა და ადამიანის უფლებათა ინტერ-ამერიკულ სასამართლოს არასაერთაშორისო შეიარაღებულ კონფლიქტთან დაკავშირებული არაერთი საქმე განუხილავთ.

წინამდებარე სტატია მიზნად არ ისახავს, ჩაუღრმავდეს ადამიანის უფლებათა ორგანოების უფლებამოსილებას, განმარტონ და შეაფარდონ სჰს როგორც ასეთი. ნაცვლად ამისა, მისი მიზანია, წვლილი შეიტანოს დისკუსიაში ადამიანის უფლებათა ორგანოების მიერ სჰს-ის გამოყენების შესახებ და წარმოაჩინოს, რომ ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლო ერთადერთი ორგანო არაა, რომელიც სჰს-ის გამოყენებას „ბედავს“. მის კოლეგებს ამერიკის კონტინენტების რეგიონში, რომელთაც, ხშირად, ამ დამსახურების გამო სათანადოდ არ აფასებენ, ევროპულ სასამართლოზე უფრო შემოქმედებითი და მრავალმხრივი გამოცდილება აქვთ *jus in bello*-ს გამოყენების ნაწილში. სტატია

ასევე ეცდება წარმოაჩინოს, რომ ამერიკული კონვენციის ინტერპრეტაციისას სჰს-ის გათვალისწინებით, ადამიანის უფლებათა ინტერ-ამერიკული სისტემის ორგანოები, „რომლებსაც სხვა რეგიონალურ და საერთაშორისო ორგანოებს შორის პიონერებს უწოდებენ სჰს-ის ეფექტურად გათვალისწინების ნაწილში“, <sup>1</sup> გვთავაზობენ პრობლემის გადაჭრის უფრო სრულყოფილ გზას შეიარაღებულ კონფლიქტებში ადამიანის უფლებათა დაცვის კუთხით, მაშინ, როდესაც ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლო, ხშირად უფრო ნაკლებად გაბედულია.

## 1. ადამიანის უფლებათა ინტერ-ამერიკული კომისიისა და ინტერ-ამერიკული სასამართლოს მანდატი და ფუნქციები

შეიარაღებული კონფლიქტების დროს, მართალია, სჰს შესაძლოა, ზოგადად, *lex specialis*-ად იყოს მიჩნეული<sup>2</sup> (იხ. *infra* თავი II), მაგრამ ადამიანის უფლებათა საერთაშორისო სამართალი არ წყვეტს მოქმედებას. მიუხედავად ამისა, არც ადამიანის უფლებათა ინტერ-ამერიკული კომისია და არც სასამართლო არ იყვნენ შექმნილი *jus in bello*-ს სავარაუდო დარღვევების შესაფასებლად. ამ ორგანოების მთავარი ამოცანაა რეგიონში ადამიანის უფლებათა სავარაუდო დარღვევების შეფასება. ვიდრე განვიხილავდეთ მათ ჩართულობას სჰს-თან დაკავშირებულ საქმედებში, საჭიროა, მიმოვიხილოთ ადამიანის უფლებათა ინტერ-ამერიკული სისტემის ამ ორგანოების მანდატი და ბუნება.

კომისია სასამართლოზე უფრო ადრე დაფუძნდა. იგი ამერიკის სახელმწიფოთა ორგანიზაციის რეზოლუციის<sup>3</sup> საფუძველზე შეიქმნა და მუშაობა 1960 წელს, ადგილზე ვიზიტების განხორციელების ფუნქციის გამოყენების გზით დაიწყო. შემდგომში მას მიეცა უფლებამოსილება, განეხილა ადამიანის უფლებათა სავარაუდო დარღვევებთან დაკავშირებული ინდივიდუალური საჩივრები.<sup>4</sup> ამერიკის სახელმწიფოთა ორგანიზაციის ქარტია კომისიას „რეგიონის უმთავრეს ადამიანის უფლებათა ორგანოდ“<sup>5</sup> აღიარებს. ქარტიის თანახმად, „[ადამიანის უფლებათა ინტერ-ამერიკული კომისიის] ძირითადი ფუნქცია არის ადამიანის უფლებათა დაცვის ხელშეწყობა და ამ ნაწილში ორგანიზაციისთვის

<sup>1</sup> Larissa van den Herik and Helen Duffy, *Human Rights Bodies and International Humanitarian Law: Common but Differentiated Approaches*, Grotius Centre Working Paper 2014/020-IHL, გვ. 13; იხ. ასევე Cordula Droege, *Elective affinities? Human Rights and Humanitarian Law*, International Review of the Red Cross, Vol. 90, No. 871, September 2008, 501-548, გვ. 546.

<sup>2</sup> იხ. ICJ, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion, 1. C.J. Reports 1996, გვ. 240, ¶ 25; იხ. ასევე ICRC, *IHL and human rights: Introductory Text*, ხელმისაწვდომია აქ: <https://casebook.icrc.org/law/ihl-and-human-rights> [უკანასკნელად გადამოწმდა 2020 წლის 22 ნოემბერს], - სადაც აღნიშნულია, რომ სჰს-ზე „გავლენას ახდენს ადამიანის უფლებებიდან გამომდინარე აზროვნება“.

<sup>3</sup> First Meeting of Consultation of Ministers of Foreign Affairs, Santiago, Chile, 12-18 August 1959, ხელმისაწვდომია აქ: <http://www.oas.org/council/MEETINGS%20OF%20CONSULTATION/Actas/Acta%205.pdf> [უკანასკნელად გადამოწმდა 2020 წლის 20 ოქტომბერს].

<sup>4</sup> იხ. International Justice Resource Center, *Inter-American Human Rights System*, ხელმისაწვდომია: <https://ijrcenter.org/regional/inter-american-system/> [უკანასკნელად გადამოწმდა 2020 წლის 21 ოქტომბერს].

<sup>5</sup> იქვე.

კონსულტაციების გაწევა”.<sup>6</sup> გარდა საკონსულტაციო უფლებამოსილებებისა, კომისია მრავალ სხვა ფუნქციასაც ასრულებს, რომელთა შორისაცაა ამერიკულ სახელმწიფოთა ორგანიზაციის წევრი ქვეყნის მიერ ადამიანის უფლებათა სავარაუდო დარღვევებთან დაკავშირებით ინდივიდუალური საჩივრების გამოკვლევა, მიუხედავად იმისა, რატიფიცირებული აქვს თუ არა ქვეყანას ადამიანის უფლებათა ამერიკული კონვენცია.<sup>7</sup>

ამ ფუნქციების გარდა, კომისია აღჭურვილია ამ ქვეყნებში ადამიანის უფლებათა დაცვაზე ზედამხედველობის მექანიზმებით და იგი უფლებამოსილია, გამოაქვეყნოს სხვადასხვა ანგარიში ამერიკულ სახელმწიფოთა ორგანიზაციის წევრ ქვეყნებში არსებულ სიტუაციებთან დაკავშირებით. აღსანიშნავია, რომ კომისია მიიჩნევს „უაღრესად ეფექტური ფაქტების დამდგენ ორგანოდ, [რომელსაც] საერთაშორისო ორგანოებს შორის უდიდესი გამოცდილება აქვს საგანგებო მდგომარეობის დროს ადგილზე ვიზიტების განხორციელების ნაწილში”.<sup>8</sup> ამასთან, კომისიას შეუძლია, საქმე განსახილველად გადასცეს სასამართლოს და მონაწილეობა მიიღოს სასამართლო პროცესში. კომისიის კომპეტენცია და შემადგენლობა დეტალურადაა გაწერილი კონვენციაში.<sup>9</sup>

რაც შეეხება სასამართლოს, იგი შეიქმნა ადამიანის უფლებათა ამერიკული კონვენციის საფუძველზე, და მისი ფუნქციები და მანდატი გაწერილია როგორც უშუალოდ კონვენციაში,<sup>10</sup> ისე სასამართლოს წესდებაში.<sup>11</sup> სასამართლოს მანდატი უფრო ვიწროა, ვიდრე კომისიისა (მაგალითად, საქმის განსახილველად მიღების წინაპირობაა ამერიკულ სახელმწიფოთა ორგანიზაციის წევრი ქვეყნის მიერ სასამართლოს იურისდიქციის მიღება და ეს საქმეები ჯერ კომისიის მიერ უნდა იყოს განხილული).<sup>12</sup> სასამართლოს მთავარი ფუნქციაა, განმარტოს და შეაფარდოს ადამიანის უფლებათა ამერიკული კონვენციის ნორმები და, შესაბამისად, იგი ზედამხედველობს წევრი ქვეყნების მიერ კონვენციით ნაკისრი ვალდებულებების შესრულებას. გარდა ამისა, მას შეუძლია, სარეკომენდაციო მოსაზრებების მიღება იმ საკითხებთან დაკავშირებით, რომლებიც ეხება ადამიანის უფლებათა დაცვას ადამიანის უფლებათა ინტერ-ამერიკულ სისტემაში, ისევე როგორც დროებითი ღონისძიებების მიღება. სარეკომენდაციო მოსაზრებების შემუშავების უფლებამოსილება სასამართლოს აძლევს შესაძლებლობას, უპასუხოს ამერიკულ სახელმწიფოთა ორგანიზაციის წევრი სახელმწიფოების ან ორგანიზაციის ორგანოების მიერ დასმულ კითხვებს, რომლებიც შეეხება: „ა) შიდა ნორმების შესაბამისობას კონვენციასთან;

<sup>6</sup> Organization of American States (OAS), Charter of the Organization of American States, 30 April 1948, Article 106.

<sup>7</sup> OAS, Mandate and Functions of the Commission, ხელმისაწვდომია აქ: <https://www.oas.org/en/iachr/mandate/functions.asp> [უკანასკნელად გადამოწმდა 2020 წლის 20 ოქტომბერს].

<sup>8</sup> Subrata Roy Chowdhury, *Rule of Law in a State of Emergency: Paris Minimum Standards of Human Rights Norms in a State of Emergency*, London: Pinter Publishers, 1989, გვ.გვ.71-72; იხ. ასევე Jaime Oraá, *Human Rights in State of Emergency in International Law*, Oxford: Clarendon Press, გვ.57.

<sup>9</sup> Organization of American States (OAS), American Convention on Human Rights, "Pact of San Jose", Costa Rica, 22 November 1969, Articles 34-51.

<sup>10</sup> იქვე, Articles 52-69.

<sup>11</sup> OAS, Statute of the Inter-American Court of Human Rights, ხელმისაწვდომია აქ: <https://www.oas.org/en/iachr/mandate/Basics/statutecourt.asp> [უკანასკნელად გადამოწმდა 2020 წლის 20 ოქტომბერს].

<sup>12</sup> International Justice Resource Center, Inter-American Human Rights System, *supra* სქოლიო 4.



და ბ) კონვენციის ან ამერიკულ სახელმწიფოებში ადამიანის უფლებათა დაცვასთან დაკავშირებული სხვა ხელშეკრულებების ინტერპრეტაციას".<sup>13</sup>

როგორც კომისიას, ისე სასამართლოს აქვს, კონკრეტულად, არასაერთაშორისო ტიპის შეიარაღებულ კონფლიქტთან დაკავშირებული საქმეების განხილვის დიდი გამოცდილება. გარდა ამისა, აღსანიშნავია, რომ სასამართლოს მიღებული აქვს რამდენიმე მნიშვნელოვანი სარეკომენდაციო მოსაზრება საგანგებო მდგომარეობის დროს ადამიანის უფლებათა დაცვის სტანდარტთან დაკავშირებით.<sup>14</sup> თუმცა, ვიდრე ამ ნაწილში პრაქტიკის განხილვაზე გადავიდოდეთ, საჭიროა მიმოვიხილოთ, თუ რა ურთიერთდამოკიდებულება არსებობს სჰს-სა და ადამიანის უფლებათა საერთაშორისო სამართალს შორის. მომდევნო თავი სწორედ ამას შეეხება და ანალიზისას დაეყრდნობა მართლმსაჯულების საერთაშორისო სასამართლოს პრაქტიკასა და საკითხთან დაკავშირებულ აკადემიურ ნაშრომებს.

## 2. მართლმსაჯულების საერთაშორისო სასამართლოს კვალდაკვალ: ინტერ-ამერიკული კომისიის ადრინდელი პრაქტიკა სჰს-თან დაკავშირებით

ადამიანის უფლებათა საერთაშორისო სამართლისა და სჰს-ის ურთიერთდამოკიდებულებაზე მსჯელობისას, აკადემიური ნაშრომების უმრავლესობა მართლმსაჯულების საერთაშორისო სასამართლოს პრაქტიკაზე მიუთითებს. განსხვავებით ადამიანის უფლებათა ინტერ-ამერიკული სასამართლოსგან, მართლმსაჯულების ეროვნული სასამართლო, როგორც ასეთი, არ არის ადამიანის უფლებათა ორგანო და მისი ფუნქცია საერთაშორისო სამართლის სავარაუდო დარღვევებთან დაკავშირებული სახელმწიფო-თაშორისი საჩივრების განხილვა სასამართლოს წესდების 36-ე მუხლის შესაბამისად.<sup>15</sup> მართალია, ჟენევის კონვენციების დარღვევებთან დაკავშირებით დავების განხილვა პირდაპირ არ შედის სასამართლოს მანდატში, მაგრამ მან რამდენჯერმე გამოთქვა მოსაზრება შეიარაღებული კონფლიქტების დროს ადამიანის უფლებათა საერთაშორისო სამართლის მოქმედების შესახებ.<sup>16</sup>

<sup>13</sup> Inter-American Court of Human Rights ABC of the Inter-American Court of Human Rights: What, How, When and Why of the Inter-American Court of Human Rights, San José, IACHR, 2019, გვ. 10, ხელმისაწვდომია აქ: [https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/ABCCortelDH\\_2019\\_eng.pdf](https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/ABCCortelDH_2019_eng.pdf) [უკანასკნელად გადამოწმდა 2020 წლის 20 ოქტომბერს].

<sup>14</sup> იხ. მაგ. *Habeas Corpus in Emergency Situations* (Arts. 27(2), 25(1) and 7(6) American Convention on Human Rights), OC-8/87, Inter-American Court of Human Rights (IACrHR), 30 January 1987; Judicial guarantees in states of emergency (Arts. 27(2), 25 and 8 American Convention on Human Rights), Advisory Opinion OC-9/87 of October 6, 1987. Series A No. 9.

<sup>15</sup> Statute of the International Court of Justice, Article 16, ხელმისაწვდომია აქ: <https://www.icj-cij.org/en/statute> [უკანასკნელად გადამოწმდა 2020 წლის 29 ოქტომბერს].

<sup>16</sup> იხ. United Nations, *Statute of the International Court of Justice*, 18 April 1946, Article 36. თუმცა სასამართლომ შეიძლება დიპლომატიური დაცვის ფარგლებში განიხილოს ადამიანის უფლებებთან დაკავშირებული საქმეები. იხ. მაგ. *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo)*, Merits, Judgment, I.C.J. Reports 2010, გვ. 639. გარდა ამისა, „ზოგიერთი ხელშეკრულება, მაგალითად, რასობრივი დისკრიმინაციის ყველა ფორმის აღმოფხვრის შესახებ კონვენცია პირდაპირ შეიცავს დებულებას საქმის სასამართლოსთვის გადაცემის შესახებ, მაშინ, როცა კონვენციით გათვალისწინებული დავების გადაწყვეტის საშუალება ამოწურული იქნება“, - Sandy Ghandhi, *Human Rights and the Interna-*

სასამართლო პრაქტიკის პირველი მნიშვნელოვანი ნაწილია მართლმსაჯულების საერთაშორისო სასამართლოს სარეკომენდაციო მოსაზრება *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*,<sup>17</sup> რომლის მიხედვით, მართლმსაჯულების საერთაშორისო სასამართლომ დაადგინა, რომ ადამიანის უფლებათა საერთაშორისო სამართალი არ წყვეტს მოქმედებას შეიარაღებული კონფლიქტების დროს, თუმცა ასეთი პარალელური მოქმედების შემთხვევაში სჰს-ის წესები მიჩნეული უნდა იქნეს *lex specialis*-ად.<sup>18</sup> ასეთი განმარტება „გამორიცხავს *lex specialis derogati generalis* წესის ხისტ გამოყენებას“<sup>19</sup> და ნაცვლად ერთი დარგისთვის პრიორიტეტის მინიჭებით მეორე დარგის გამორიცხვისა ადგენს, რომ სჰს და ადამიანის უფლებათა საერთაშორისო სამართალი ერთმანეთის შემავსებელი დარგებია.<sup>20</sup>

მართლმსაჯულების საერთაშორისო სასამართლო ამ მიდგომას გაჰყვა თავის მოსაზრებაშიც *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*.<sup>21</sup> ხოლო მესამე ჯერზე, სასამართლომ სჰს-ისა და ადამიანის უფლებათა საერთაშორისო სამართლის ურთიერთმიმართებაზე იმსჯელა საქმეში *Armed Activities on the Territory of the Congo (DRC v. Uganda)*,<sup>22</sup> სადაც ზემოაღნიშნულ სარეკომენდაციო მოსაზრებებზე მითითებით, სასამართლომ ხაზი გაუსვა იმას, რომ „საჭიროა ორივე დარგის, - როგორც სჰს-ის, ისე ადამიანის უფლებათა საერთაშორისო სამართლის გათვალისწინება“.<sup>23</sup> თუმცა ამ საქმეში გაურკვეველი მიზეზების გამო, სასამართლომ არ მიუთითა *lex specialis derogat legi generali* პრინციპზე.<sup>24</sup> წესკ მიიჩნევს, რომ „*lex specialis* განსაზღვრავს, თუ რომელი წესი გადაწონის მეორე წესს ყოველ

tional Court of Justice: *The Ahmadou Sadio Diallo Case*, Human Rights Law Review, Vol. 11, No. 3, 2011, გვ. 528; იხ. UN General Assembly, *International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination*, 21 December 1965, United Nations, Treaty Series, vol. 660, გვ. 195, Article 22; იხ. ასევე *Case concerning Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Georgia v. Russian Federation)*, Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2011, გვ. 70

<sup>17</sup> *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion, 1. C.J. Reports 1996, გვ. 226, (*Nuclear Weapons* advisory Opinion).

<sup>18</sup> იქვე, ¶ 25.

<sup>19</sup> Nancie Prud'homme, *Lex Specialis: Oversimplifying a More Complex and Multifaceted Relationship?*, Research Paper No. 15-07, December 2007, გვ. 375.

<sup>20</sup> იქვე.

<sup>21</sup> Advisory Opinion, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, ICJ, 9 July 2004, ¶ 106; ამ საქმეში სასამართლომ განმარტა, რომ „ადამიანის უფლებათა სამართალით დაცვის მოქმედება არ წყდება შეიარაღებული კონფლიქტების დროს, გარდა ისეთი შემთხვევებისა, როდესაც ეს სამოქალაქო და პოლიტიკურ უფლებათა პაქტის მე-4 მუხლის შედეგებითაა გამოწვეული. რაც შეეხება ადამიანის უფლებათა სამართლისა და ჰუმანიტარული სამართლის ურთიერთობას, არსებობს სამი შესაძლებლობა: ზოგიერთი საკითხი შესაძლოა, ექსკლუზიურად საერთაშორისო ჰუმანიტარული სამართლის ფარგლებში ექცეოდეს, ზოგი საკითხი ადამიანის უფლებათა სამართლის, მაგრამ ზოგიერთი მათგანი შესაძლოა, სამართლის ორივე დარგს ეხებოდეს. იმისთვის, რომ სასამართლომ მის წინაშე არსებულ კითხვას უპასუხოს, მან ორივე დარგი უნდა გაითვალისწინოს: კერძოდ, ადამიანის უფლებათა სამართალი და საერთაშორისო ჰუმანიტარული სამართალი, *lex specialis*. იხ. ასევე Christina M. Cerna, *The History of the Inter-American System's Jurisprudence as Regards Situations of Armed Conflict*, Koninklijke Brill NV, Leiden, International Humanitarian Legal Studies 2 (2011) 3–52, გვ. 27.

<sup>22</sup> *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, Judgment, ICJ Reports 2005, გვ. 168.

<sup>23</sup> იქვე, ¶ 216.

<sup>24</sup> იხ. Cerna, *supra* სქოლიო 21, გვ. 29; Cordula Droege, *supra* სქოლიო 1, გვ. 522; იხ. ასევე Nancie N. Prud'homme, *supra* სქოლიო 19, გვ. 385.

კონკრეტულ შემთხვევაში",<sup>25</sup> ნაცვლად იმისა, რომ სჰს საერთაშორისო კონფლიქტთან დაკავშირებულ ნებისმიერ საქმეში სპეციალურ ნორმად ჩაითვალოს.

მართალია, ხშირია *lex specialis* პრინციპზე მითითება სჰს-ისა და ადამიანის უფლებათა საერთაშორისო სამართლის ურთიერთმიმართებაზე მსჯელობისას, მაგრამ, როგორც ზოგიერთი ავტორი აღნიშნავს, „მიუხედავად იმისა, რომ ბევრი რამ თქმულა *lex specialis*-ზე, სჰს-სა და ადამიანის უფლებათა საერთაშორისო სამართალზე, მაქსიმის მნიშვნელობა მაინც არ არის ნათელი“.<sup>26</sup> *lex specialis* მიდგომა მისი ნაკლოვანებების გამო, სხვა შემთხვევებშიც გამხდარა კრიტიკის საგანი,<sup>27</sup> თუმცა მისი თეორიული ვალიდურობის შეფასება ამ სტატიის მიზნებს სცილდება. ნაცვლად ამისა, შეგვიძლია, შევთანხმდეთ იმაზე, რომ „[მიუხედავად იმისა, რომ იგი საკმაოდ სადავოა] *lex specialis* მაქსიმა ჯერაც ზოგადად გამოიყენება პრობლემის გადასაჭრელად“.<sup>28</sup>

ადამიანის უფლებათა ინტერ-ამერიკული კომისია მართლმსაჯულების საერთაშორისო სასამართლოს თავდაპირველ *lex specialis* მიდგომას დაეყრდნო საქმეში *Arturo Ribón Avila v. Colombia*.<sup>29</sup> საქმე შეეხებოდა 11 ადამიანის მკვლელობას შეიარაღებული ძალების წევრების, უსაფრთხოების ადმინისტრაციული დეპარტამენტის პოლიციის, მისი დაზვერვის ორგანოსა და შეიარაღებულ დაჯგუფება M-19-ს შორის.<sup>30</sup> კომისია დაეყრდნო კონვენციის 29-ე მუხლისა და ინტერ-ამერიკული სასამართლოს სარეკომენდაციო მოსაზრებას „*Other Treaties Subject To The Consultative Jurisdiction Of The Court*“<sup>31</sup> და დაასკვნა, რომ მას აქვს სჰს-ის პირდაპირი შეფარდების, ასევე ამერიკული კონვენციის სჰს-ის ნორმების გათვალისწინებით ინტერპრეტაციის უფლებამოსილება.<sup>32</sup> ამდენად, მართალია, კომისიას დეტალურად არ უმსჯელია თავის კომპეტენციაზე, გამოიყენოს სჰს, მაგრამ აღნიშნულმა საქმემ დერეფანი გახსნა კომისიის მიერ სჰს-ის პირდაპირ შეფარდებისთვის.<sup>33</sup>

განსაკუთრებით მნიშვნელოვანი შემდეგია საქმე *Juan Carlos Abella v. Argentina (La Tablada)*,<sup>34</sup> რომელზე გადაწყვეტილებაც კომისიამ მართლმსაჯულების საერთაშორისო

<sup>25</sup> ICRC, IHL and Human Rights, ხელმისაწვდომია აქ: <https://casebook.icrc.org/law/ihl-and-human-rights> [accessed 20 November 2020].

<sup>26</sup> Marko Milanovic, A Norm Conflict Perspective on the Relationship between International Humanitarian Law and Human Rights Law, *Journal of Conflict & Security Law*, Oxford Univ. Press 2010, გვ.473.

<sup>27</sup> იხ. მაგ. Prud'homme, *supra* სქოლიო 24, გვ. 378.

<sup>28</sup> ICRC IHL Database, IHL and human rights, ხელმისაწვდომია აქ: <https://casebook.icrc.org/law/ihl-and-human-rights> [უკანასკნელად გადამოწმდა 2020 წლის 14 ოქტომბერს].

<sup>29</sup> Arturo Ribón Avila v. Colombia, Case 11.142, Report No. 26/97, Inter-Am. C.H.R., OEA/Ser.L/V/II.95 Doc. 7 rev. at 444 (1997); ხელმისაწვდომია აქ: <http://hrlibrary.umn.edu/cases/1997/colombia26-97a.html> [უკანასკნელად გადამოწმდა 2020 წლის 22 ნოემბერს].

<sup>30</sup> იქვე, ¶¶ 1-2.

<sup>31</sup> Inter-American Court of Human Rights, Advisory Opinion Oc-1/82 Of September 24, 1982, "Other Treaties" Subject to the Consultative Jurisdiction of the Court (Art. 64 American Convention On Human Rights) Requested By Peru, ¶¶ 21-22, ხელმისაწვდომია აქ: [http://www.corteidh.or.cr/docs/opinion/es/seriea\\_01\\_ing1.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/opinion/es/seriea_01_ing1.pdf) [უკანასკნელად გადამოწმდა 2020 წლის 22 ნოემბერს].

<sup>32</sup> Arturo Ribón Avila v. Colombia *supra* სქოლიო 29, ¶ 132.

<sup>33</sup> Cerna, *supra* სქოლიო 21, გვ. 31.

<sup>34</sup> IACHR, Report No. 55/97, Case No. 11.137: *Juan Carlos Abella et al. (Argentina)*, OEA/ Ser/L/V/II.98, Doc. 38, December 6 rev., 1997, [the "Tablada case"]; ხელმისაწვდომია აქ:

სასამართლოს *Nuclear Weapons* სარეკომენდაციო მოსაზრების მიღებიდან მალევე გამოიტანა და სადაც მან „დეტალურად შეაფასა“<sup>35</sup> საკუთარი კომპეტენცია, გამოეყენებინა შეიარაღებული კონფლიქტების სამართლის ნორმები. საქმე შეეხებოდა სახელმწიფო აგენტების მიერ ჩადენილ ადამიანის უფლებათა დარღვევის სავარაუდო ფაქტებს შეიარაღებული პირების მიერ ლა ტაბლადაში განხორციელებული თავდასხმის შემდგომ. მართალია, საქმეში არ დადგინდა სჰს-ის ნორმების დარღვევა, მაგრამ ამ საქმის მნიშვნელობას არაერთი ავტორი უსვამს ხაზს იმის გამო, რომ მას წამახალისებელი ეფექტი ჰქონდა ადამიანის უფლებათა სხვა ორგანოებზე, როგორებიცაა ადამიანის უფლებათა კომიტეტი და ადამიანის უფლებათა ევროპული კომისია.<sup>36</sup> კომისიამ *Tablada*-ში დაიწყო სჰს-ის პირდაპირი გამოყენება შემდეგი საფუძვლებით:

პირველ რიგში, ადამიანის უფლებათა საერთაშორისო სამართალში არ არსებობდა დებულებები ომის აკრძალულ საშუალებებსა და მეთოდებზე, ისევე, როგორც განსხვავების პრინციპის, თანმდევი ზიანის, სამოქალაქო პირის სტატუსის დაკარგვის ცნებები და სხვ. კომისიამ მიიჩნია, რომ „ნებისმიერ შემთხვევაში, არსებობს გადაფარვა იმ წესებს შორის, რომლებიც არასაერთაშორისო შეიარაღებული კონფლიქტის დროს გამოიყენება (მე-3 საერთო მუხლი), და, მეორე მხრივ, ადამიანის უფლებათა ამერიკული კონვენციით დაკისრებულ ვალდებულებებს შორის.“<sup>37</sup> ამასთანავე, სასამართლომ სცადა სჰს-ის შეფარდების უფლებამოსილება გამოეყენა თავად კონვენციიდან, კერძოდ, მისი 25-ე მუხლიდან.<sup>38</sup> მან დაადგინა, რომ, თუკი ამერიკული კონვენციის ხელშემკვრელი სახელმწიფოები ვერ შეძლებენ სამართლებრივი დაცვის საშუალებების უზრუნველყოფას „ადამიანებისთვის, რომელთა მიმართაც სახელმწიფოს აგენტების მიერ დაირღვა ქვეყნის კონსტიტუციით ან კანონებით, ან კონვენციით აღიარებული ფუნდამენტური

---

<https://www.cidh.oas.org/annualrep/97eng/argentina11137.htm> [უკანასკნელად გადამოწმდა 2020 წლის 22 ნოემბერს].

<sup>35</sup> Liesbeth Zegveld, *The Inter-American Commission on Human Rights and international humanitarian law: A comment on the Tablada Case*, 30-09-1998 Article, International Review of the Red Cross, No. 324, ხელმისაწვდომია აქ: <https://www.icrc.org/eng/resources/documents/article/other/-57jpgb.htm> [უკანასკნელად გადამოწმდა 2020 წლის 22 ნოემბერს].

<sup>36</sup> იხ. Cerna, *supra* სქოლიო 21, გვ. 41, citing Liesbeth Zegveld, *The Inter-American Commission on Human Rights and international humanitarian law: A comment on the Tablada Case*, 30-09-1998 Article, International Review of the Red Cross, No. 324; იხ. ასევე Alexander Orakhelashvili, *The Interaction between Human Rights and Humanitarian Law: Fragmentation, Conflict, Parallelism, or Convergence?*, The European Journal of International Law, Vol. 19, No. 1, გვ.გვ. 161-182, გვ. 167. *Tablada* საქმის დეტალური მიმოხილვისთვის, იხ. Michele D'Avolio, *Regional Human Rights Courts and Internal Armed Conflicts*, Intercultural Human Rights Law Review, Vol. 2 (2017), 249-328, გვ.გვ. 288-298.

<sup>37</sup> *Tablada case*, *supra* სქოლიო 34, ¶¶ 157-162.

<sup>38</sup> Organization of American States (OAS), *American Convention on Human Rights*, "Pact of San Jose", Costa Rica, 22 November 1969, Article 25 (1) [hereinafter, the "ACHR"]: „ყველას აქვს უფლება, ჰქონდეს მარტივი, მყისიერი, ეფექტური სამართლებრივი დაცვის საშუალება კომპეტენტური სასამართლოს ან ტრიბუნალის წინაშე, როდესაც დარღვეულია მისი ფუნდამენტური უფლებები, რომლებიც აღიარებულია ამ კონვენციით ან სახელმწიფოს კონსტიტუციით ანდა შიდა კანონმდებლობით იმ შემთხვევაშიც კი, თუ დარღვევა განხორციელდა პირის მიერ საკუთარი ოფიციალური უფლებამოსილებების შესრულების დროს“.

უფლებები”,<sup>39</sup> მაშინ „ასეთ დარღვევასთან დაკავშირებული საჩივარი შესაძლოა კომისიისთვის წარდგენილ იქნეს ამერიკული კონვენციის 44-ე მუხლის საფუძველზე”.<sup>40</sup>

გარდა ამისა, კომისია დაეყრდნო მართლმსაჯულების საერთაშორისო სასამართლოს სარეკომენდაციო მოსაზრებას *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons* და მიიჩნია, რომ სჰს და ადამიანის უფლებათა საერთაშორისო სამართალი ერთდროულად მოქმედებენ.<sup>41</sup> შემდეგომში, კომისიამ მიუთითა ამერიკული კონვენციის 29 (ბ) მუხლზე,<sup>42</sup> რომელიც ცნობილია, როგორც *pro homine*<sup>43</sup> დებულება, რომლის თანახმადაც, კონვენცია არ უნდა იქნეს წაკითხული იმგვარად, რომ შეიზღუდოს „ქვეყნის კანონმდებლობით ან სხვა კონვენციით აღიარებული [უფლებები და თავისუფლებები], რომლის წევრიცაა კონკრეტული სახელმწიფო”.<sup>44</sup> კომისიამ დაასკვნა, რომ

„[...] როდესაც არსებობს განსხვავებები იმ სამართლებრივ სტანდარტებს შორის იმ უფლებებთან დაკავშირებით, რომლებიც მოცემულია ამერიკულ კონვენციასა და ჰუმანიტარული სამართლის ინსტრუმენტებში, კომისია ვალდებულია, უპირატესობა მიანიჭოს ხელშეკრულების იმ დებულებებს, რომლებიც ადგენს შესაბამისი უფლებებისა და თავისუფლებების დაცვის უფრო მაღალ სტანდარტს. თუკი დაცვის უფრო მაღალი სტანდარტი მოცემულია ჰუმანიტარულ სამართალში, კომისიამ უნდა შეაფარდოს იგი”.<sup>45</sup>

საქმეში *Hugo Bustios Saavedra*<sup>46</sup> კომისიამ დაადასტურა თავისი მიდგომა და ექსპლიციტურად გამოიყენა შესაბამისი ჰუმანიტარული სამართალი, - ჟენევის კონვენციების საერთო მე-3 მუხლი.<sup>47</sup> ცოტა ხნის მანძილზე, კომისია სჰს-ის ნორმებს პირდაპირ ეყრდნობოდა არასაერთაშორისო შეიარაღებულ კონფლიქტებთან დაკავშირებულ საქმეებში.<sup>48</sup> თუმცა ეს პრაქტიკა ადამიანის უფლებათა ინტერ-ამერიკულმა სასამართლომ

<sup>39</sup> *Tablada case, supra* სქოლიო 34, ¶ 163.

<sup>40</sup> იქვე. ამდენად, კომისიამ დაასკვნა, რომ „თავად ამერიკული კონვენცია აძლევს კომისიას უფლებამოსილებას, განიხილოს ჰუმანიტარულ სამართალთან დაკავშირებული საქმეები, როდესაც ისინი ეხება 25-ე მუხლის დარღვევას”. იხ. იქვე.

<sup>41</sup> *Tablada case, supra* სქოლიო 34, ¶ 160.

<sup>42</sup> ACHR, *supra* სქოლიო 38, Article 29 (b): “დაუშვებელია ამ კონვენციის იმგვარი განმარტება, რომელიც ზღუდავს ხელშეკრულებით სახელმწიფოს მიერ აღიარებული უფლებებისა და თავისუფლებების განხორციელებას, რაც გათვალისწინებულია ნებისმიერი სხვა კონვენციით, რომლის წევრიც არის სახელმწიფო”.

<sup>43</sup> *Tablada case, supra* სქოლიო 34, ¶ 164.

<sup>44</sup> იქვე.

<sup>45</sup> იქვე, ¶ 165; იხ. ასევე Orakhelashvili, *supra* სქოლიო 36, გვ. 167-168; Hans-Joachim Heintze, *On the Relationship between Human Rights Law Protection and International Humanitarian Law*, International Review of the Red Cross, December 2004, Vol. 86, No. 856, გვ.გვ. 789-814, გვ. 803.

<sup>46</sup> *Hugo Bustios Saavedra v. Peru*, Case 10.548, Report N° 38/97, Inter-Am. C. H. R., OEA/Ser.L/V/II.95 Doc. 7 rev. at 753 (1997), ხელმისაწვდომია აქ: <http://hrlibrary.umn.edu/cases/1997/peru38-97.html> [უკანასკნელად გადამოწმდა 2020 წლის 22 ნოემბერს].

<sup>47</sup> იქვე, ¶ 61; იხ. ასევე Cerna, *supra* სქოლიო 21, გვ. 34.

<sup>48</sup> იმ საქმეებისთვის, რომლებშიც კომისიამ გამოიყენა სჰს-ის ნორმები ანდა დაადგინა საერთო მესამე მუხლისა და მეორე დამატებითი ოქმის დარღვევა, იხ. Cerna, *supra* note 21, გვ. 45-46. იხ. Van den Herik and Duffy, *supra* სქოლიო 1, გვ. 14, სქოლიო 78: „Case 11.142, *Arturo Ribón Avilán v Colombia*, Report No 26/97(1997), paras 134 and 135; Case 10.548, *Hugo Bustios Saavedra v Peru*, Report No 38/97 (1997). Case 10.488, *Ignacio Ellacuria, S.J. et al. v El Salvador*, Report No 136/99 (1999), para

შეწყვიტა თავისი 2000 წლის გადაწყვეტილებით საქმეზე *Las Palmeras v. Colombia*,<sup>49</sup> სადაც მან დაადგინა, რომ არც სასამართლოს და არც კომისიას არ ჰქონდათ სჰს-ის შეფარდების კომპეტენცია.<sup>50</sup> შემდეგი სექცია დაეთმო ალნიშნული გადაწყვეტილების ანალიზს და წარმოაჩენს, რომ, მართალია, *Las Palmeras* საქმეში უარყოფილი იყო სასამართლოსა და კომისიის კომპეტენცია, პირდაპირ გამოყენებინათ სჰს, მან მაინც დატოვა ადგილი ამ დარგის ინტერპრეტაციულ ინსტრუმენტად გამოყენებისთვის.

### 3. სჰს-ის შეფარდების კომპეტენციის შეზღუდვა: TABLADA V. LAS PALMERAS

საქმე *Las Palmeras v. Colombia* ეხებოდა სამოქალაქო პირების სიცოცხლის მოსპობას სამხედრო ოპერაციის დროს, რომელსაც ერთობლივად ახორციელებდნენ კოლუმბიის ეროვნული პოლიცია და შეიარაღებული ძალების წევრები. კომისიამ სასამართლოს მიმართა თხოვნით, დაედგინა, მათ შორის, ჟენევის კონვენციების მე-3 საერთო მუხლის დარღვევა. ამაზე საპასუხოდ, მოპასუხე სახელმწიფომ წამოჭრა რამდენიმე წინასწარი წინააღმდეგობა, სადაც დაობდა, რომ არც კომისიას და არც სასამართლოს არ ჰქონდათ სჰს-ის გამოყენების კომპეტენცია.<sup>51</sup>

მოპასუხე სახელმწიფომ მიუთითა სასამართლოს 1982 წლის 24 სექტემბრის სარეკომენდაციო მოსაზრებაზე OC-1<sup>52</sup> და დაობდა, ამტკიცებდა, რომ „სასამართლომ ‘მხოლოდ იმ კომპეტენციების ფარგლებში უნდა მიიღოს გადაწყვეტილებები, რომელსაც მას კონვენცია ანიჭებს’“. <sup>53</sup> კერძოდ, სახელმწიფოს მოსაზრებით, ამერიკული კონვენციის წევრი სახელმწიფოების თანხმობის არარსებობის პირობებში არც სასამართლოს და არც კომისიას არ ჰქონდა სჰს-ის ნორმების შეფარდების უფლებამოსილება და ეს კომპეტენცია არ გამომდინარეობდა კონვენციის 25-ე და 27 (1) მუხლებიდან.<sup>54</sup> რაც შეეხება კომისიის კომპეტენციას, შეეფარდებინა ჟენევის კონვენციების საერთო მე-3 მუხლი, მოპასუხე სახელმწიფო ამტკიცებდა, რომ „კონვენცია *ratione materiae* კომპეტენციას შემოფარგლავს იმ უფლებებით, რომლებიც კონვენციაშია მოცემული და არ ვრცელდება სხვა კონვენციებში მოცემულ უფლებებზე“. <sup>55</sup> მართალია, კოლუმბია არ უარყოფდა, რომ

169. Case 11.481, *Monsignor Oscar Amulfo Romero y Galdámez v El Salvador*, Report No 37/00 (2000), para 66 and 72; Case 11.519, *José Alexis Fuentes Guerrero v Colombia*, Report No 61/99 (1999), para 43."

<sup>49</sup> *Las Palmeras* Case, Preliminary Objections. Judgment of February 4, 2000. Series C. No. 67, [the "*Las Palmeras*" case], ხელმისაწვდომია აქ: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_67\\_ing.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_67_ing.pdf) [უკანასკნელად გადამოწმდა 2020 წლის 22 ნოემბერს].

<sup>50</sup> იქვე, ¶¶ 43(2) და 43(3). იხ. Cerna, *supra* სქოლიო 21 გვ. 3 და გვ. 47; იხ. ასევე D'Avolio, *supra* სქოლიო 20, გვ. 296 და გვ. 298-302.

<sup>51</sup> *Las Palmeras* Case, *supra* note 31, ¶ 16.

<sup>52</sup> *Las Palmeras* case, *supra* note 31, ¶ 28; See IACHR, Advisory Opinion on "*Other Treaties* ", *supra* note 11, ¶¶ 21-22

<sup>53</sup> *Las Palmeras* case, *supra* სქოლიო 31, ¶ 28.

<sup>54</sup> იქვე, ¶ 30. კოლუმბიის სახელმწიფომ ერთმანეთისგან გამიჯნა ჟენევის კონვენციების „შეფარდება“ და „ინტერპრეტაცია“ და დაობდა, რომ „სასამართლოს შეუძლია, განმარტოს ჟენევის კონვენციები და სხვა ხელშეკრულებები, მაგრამ მას მხოლოდ ამერიკული კონვენციის შეფარდების უფლებამოსილება აქვს“. იხ. იქვე.

<sup>55</sup> იქვე, ¶ 34.

ამერიკული კონვენციის დებულებები „სხვა ხელშეკრულებებთან ჰარმონიულად უნდა ყოფილიყო განმარტებული“, <sup>56</sup> მაგრამ იგი მიიჩნევდა, რომ კომისიას არ ჰქონდა კომპეტენცია, საერთო მე-3 მუხლის საფუძველზე დაედგინა სახელმწიფოს პასუხისმგებლობა.

ამაზე საპასუხოდ, კომისია დაეყრდნო, მათ შორის, მართლმსაჯულების საერთაშორისო სასამართლოს სარეკომენდაციო მოსაზრებას *Nuclear Weapons* და განაცხადა, რომ „[საქმე] უნდა გადაწყდეს როგორც ამერიკული კონვენციის, ისე საერთო მე-3 მუხლში მოცემული ჩვეულებითი საერთაშორისო ჰუმანიტარული სამართლის ნორმების“ შუქზე.<sup>57</sup> ამასთან, როგორც *Tablada*-ში დადგინდა, კომისიამ გაიმეორა, რომ კონვენციის 25-ე მუხლი მას აძლევდა საერთაშორისო ჰუმანიტარული სამართლისა და სხვა ხელშეკრულებების შეფარდების უფლებამოსილებას“.<sup>58</sup>

სასამართლომ, სჰს-სა და ადამიანის უფლებათა სამართლის ურთიერთმიმართებაზე დეტალური მსჯელობის გარეშე დაასკვნა, რომ ამერიკული კონვენცია „მას აძლევს მხოლოდ იმის კომპეტენციას, რომ დაადგინოს, ქვეყნის ნორმები ან ქმედებები შეესაბამება თუ არა თავად კონვენციას და არა - 1949 წლის ჟენევის კონვენციებს“.<sup>59</sup> ამდენად, მან დასაშვებად ცნო კოლუმბიის წინასწარი წინააღმდეგობა სასამართლოს კომპეტენციასთან დაკავშირებით, გამოეყენებინა სჰს და სხვა საერთაშორისო ხელშეკრულებები.<sup>60</sup> რაც შეეხება კომისიის კომპეტენციას, გამოეყენებინა საერთო მე-3 მუხლი. სასამართლომ დაადგინა, რომ, მართალია, კომისიას „მრავალმხრივი ფუნქციები“<sup>61</sup> აქვს, მაგრამ, მას მხოლოდ ის უფლებები ეხება, რომლებიც ამერიკული კონვენციითაა დაცული. ამდენად, ზედმეტი ახსნა-განმარტებების გარეშე, სასამართლომ შეწყვიტა კომისიის მიერ სჰს-ის პირდაპირ გამოყენების პრაქტიკა, რომელიც *Tablada*-ს საქმეს მოჰყვა და ასევე დაადგინა, რომ არც თავად სასამართლოს ჰქონდა სჰს-ის შეფარდების კომპეტენცია. თუმცა ამ გადაწყვეტილებით სჰს სრულად არ წაშლილა სასამართლოს პრაქტიკიდან.

ამ ნაწილში საინტერესოა მოსამართლე ტრინდადეს თანმხვედრი აზრი, რომელშიც მან დააზუსტა განსხვავება ნორმების გამოყენებასა და ინტერპრეტაციასთან დაკავშირებით<sup>62</sup> და ხაზი გაუსვა, რომ „ამერიკული კონვენციის 29(ბ) მუხლიდან გამომდინარე, არსებობს ინტერპრეტაციული ურთიერთმიმართება ადამიანის უფლებათა დაცვის სხვადასხვა ინსტრუმენტებს შორის“.<sup>63</sup> შესაბამისად, მართალია, სასამართლომ სჰს-ის პირდაპირ შე-

<sup>56</sup> *Las Palmeras case*, *supra* სქოლიო 31, ¶ 34.

<sup>57</sup> იქვე, ¶ 29.

<sup>58</sup> იქვე.

<sup>59</sup> იქვე, ¶ 33.

<sup>60</sup> იქვე.

<sup>61</sup> იქვე. ზოგიერთ შემთხვევაში უშუალოდ კონვენციები ანიჭებენ კომისიას კონკრეტულ კომპეტენციას, მაგ., ამას აკეთებს ინტერ-ამერიკული კონვენცია იძულებითი გაუჩინარების შესახებ. თუმცა ჟენევის კონვენციების შემთხვევაში ეს ასე არ იყო. შესაბამისად, სასამართლომ ჩათვალა, რომ კომისიას არ ჰქონდა სჰს-ის შეფარდების უფლებამოსილება.

<sup>62</sup> *Las Palmeras*, *supra* სქოლიო 31, მოსამართლე ტრინდადეს მოსაზრება, სადაც მან გამოიყენა ადამიანის უფლებათა დაცვის ნორმების პირდაპირ შეფარდება მათი ინტერპრეტაციისგან.

<sup>63</sup> იქვე, ¶ 4. მოსამართლე ტრინდადემ ასევე დაამატა, რომ „ასეთი ინტერპრეტაცია თავსებადია სიცოცხლის უფლებასთან, როგორც მშვიდობიანობის დროს, ისე არასაერთაშორისო შეიარაღებული კონფლიქტის კონტექსტში (ჟენევის კონვენციების საერთო მე-3 მუხლის გადმოსახედიდან), იხ. იქვე.

ფარდების იდეა უარყო, მაგრამ „შეიარაღებული კონფლიქტების დროს ადამიანის უფლებათა ნაწილში არსებული ვალდებულებების ინტერპრეტაციის მიზნებისთვის სჰს-ის გამოსაყენებლად კარი ჯერ კიდევ ღია დარჩა“.<sup>64</sup> ეს მიდგომა შემდგომში დადასტურდა საქმეში *Bámaca-Velásquez v. Guatemala*,<sup>65</sup> რომელიც, სხვა საქმეებთან ერთად, განხილული იქნება მომდევნო თავში სჰს-ის ინტერპრეტაციაში სასამართლოს ჩართულობის ფარგლების წარმოსაჩენად.

#### 4. “RENOI” მიდგომა თუ ჩვეულებითი სჰს-ის პირდაპირი გამოყენება ადამიანის უფლებათა ინტერ-ამერიკული სასამართლოს მიერ?

საქმე *Bámaca-Velásquez* ეხებოდა ეფრაინ ბამაკა ველასკესისა და გვატემალას ეროვნული რევოლუციური ერთობის სხვა კომბატანტების დაკავებასა და მათ მიმართ განხორციელებულ არაადამიანურ მოპყრობას. საქმის მთავარი ღირებულება იმაშია, რომ *Las Palmeras* გადაწყვეტილების მიგნებების გადასინჯვის გარეშე, ინტერ-ამერიკულმა სასამართლომ „სათანადო დრო დათმო იმის წარმოსაჩენად, რომ სჰს-ის გამოყენების შეუძლებლობა არ გამოირიცხავს მისი, როგორც ინტერპრეტაციის ინსტრუმენტის გამოყენების შესაძლებლობას“,<sup>66</sup> რითაც მან დაადასტურა საკუთარი „ზოგადი ღია მიდგომა სჰს-ისადმი“.<sup>67</sup> ამ საქმეში სასამართლომ პირდაპირ აღნიშნა, რომ „შესაძლებელია ჟენევის კონვენციების ზოგიერთი დებულების, როგორც ამერიკული კონვენციის ინტერპრეტაციის ელემენტების მხედველობაში მიღება“.<sup>68</sup> ეს ტექნიკა, ასევე “renvoi” მიდგო-

<sup>64</sup> Noam Lubell, Challenges in Applying Human Rights Law to Armed Conflict, *International Review of Red Cross*, Vol. 87, No. 860, December 2005, გვ.გვ. 737-754, at 742; იხ. ასევე Heintze, *supra* სქოლიო 45, გვ. 804; იხ. ასევე Marten Coenraad Zwanenburg, *Accountability under International Humanitarian Law for United Nations and North Atlantic Treaty Organization Peace Support Operations*, (Lieden, 2004).

<sup>65</sup> *Bámaca Velásquez v. Guatemala*, 2002 Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 70 (Nov. 25, 2000). საქმე ეხებოდა პარტიზანული დაჯგუფების წევრს, რომელიც დაჭრილი, მაგრამ ცოცხალი ჩაუვარდა ხელში გვატემალას შეიარაღებულ ძალებს. იგი დაკითხეს და აწამეს და ბოლოს შენიშნულ იქნა სამხედრო ბაზაზე. თუმცა სასამართლომ საქმის განხილვის დროისთვის მისი ადგილსამყოფელი უცნობი იყო. იხ. იქვე, ¶¶ 121 (h), (i), (l) და (m).

<sup>66</sup> Laurence Burgorgue-Larsen and Amaya Úbeda de Torres, “War” in the Jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights, *Human Rights Quarterly* 33 (2011), გვ.გვ. 148-174, გვ. 165.

<sup>67</sup> Van den Herik and Duffy, *supra* სქოლიო 1, გვ. 15. მართალია, *Las Palmeras* საქმეში გამოხატული მიდგომა არ შეცვლილა („renvoi” ტექნიკის გამოყენების დროს, სასამართლო *Bámaca-Velásquez* საქმეში ციტირებს *Las Palmeras* საქმეს, ¶¶ 32-34, - იხ. *Bámaca-Velásquez supra* სქოლიო 65, ¶ 209 და იქვე, სქოლიო 124), მაგრამ შესაძლოა ითქვას, რომ *Bámaca-Velásquez* გამოხატავს უფრო „ღია მიდგომას სჰს-ისადმი“. კერძოდ, გარდა სჰს-ის ინტერპრეტაციის პროცესში საკუთარი ჩართულობის ფარგლების დაზუსტებისა, სასამართლომ უფრო გააფართოვა *Las Palmeras* საქმეში წარმოჩენილი მიდგომა, რაც შესაძლოა, გამოწვეული ყოფილიყო მოპასუხე სახელმწიფოების მიდგომებით ამ ორ საქმეში. ერთ-ერთი განსხვავება იმაში იყო, რომ, კოლუმბიისგან განსხვავებით, გვატემალას სახელმწიფოს არ განუცხადებია წინასწარი წინააღმდეგობა სასამართლოს კომპეტენციასთან დაკავშირებით, „შეეფარდებინა ის დებულებები, რომლებსაც იგი საჭიროდ ჩათვლიდა“. იხ. *Bámaca-Velásquez, supra* სქოლიო 65, ¶ 204. ამასთან „სჰს-ს, როგორც ინტერპრეტაციის ინსტრუმენტის რელევანტურობა მომჩივანის საქმესთან დაკავშირებით, არ იყო ცენტრალური საკითხი“, იხ. Van den Herik and Duffy, *supra* სქოლიო 1 გვ. 16. Michelle D’Avolio აღნიშნავს, რომ „გვატემალას თანხმობა გამოყენებული ყოფილიყო საერთო მესამე მუხლი, შესაძლოა ხსნიდეს განსხვავებას ფორმულირებებს შორის“ და ასეთი თანხმობის გამო „სასამართლომ თავი ნაკლებად შეზღუდულად იგრძნო, შესაბამისად, უფრო მკაფიოდ ჩამოაყალიბა საკუთარი კომპეტენცია“, იხ. D’Avolio, *supra* note 36, გვ. 310 და გვ. 308-309.

<sup>68</sup> *Bámaca Velásquez v. Guatemala, supra* note 65, ¶ 209; იხ. ასევე, იქვე, ¶¶ 207-208.



მის სახელითაა ცნობილი,<sup>69</sup> რომელიც, როგორც ერთი ავტორი აღნიშნავს, სასამართლოს ეხმარება „*lex specialis*-თან დაკავშირებული სირთულეებისთვის“ თავის არიდებაში.<sup>70</sup>

როგორც *Las Palmeras*-ში, ისე *Bámaca-Velásquez*-ში სასამართლო „მართალია, არა პირდაპირ, მაგრამ, სავარაუდოდ, მაინც დაეყრდნო“<sup>71</sup> ამერიკული კონვენციის 27-ე (დეროგაცია) და 29 (ბ) (*pro homine* პრინციპი)<sup>72</sup> მუხლებს. კომისიამ ეს მიდგომა გაიზიარა,<sup>73</sup> ხოლო სასამართლომ იგი უფრო გვიანდელ პრაქტიკაშიც დაადასტურა. მაგალითად, საქმეებში *Mapiripán Massacre*<sup>74</sup> და *Ituango Massacres*,<sup>75</sup> რომლებიც ეხებოდა სამოქალაქო პირების უფლებათა დარღვევებს, მათ შორის, სიცოცხლის მოსპობას, - კოლუმბიაში არსებული შიდა შეიარაღებული კონფლიქტის ფარგლებში სასამართლომ აღნიშნა, რომ მას არ შეეძლო „გვერდზე გადაედო“<sup>76</sup> სახელმწიფოს ვალდებულება, სჰს-ის შესაბამისად დაეცვა სამოქალაქო მოსახლეობა და რომ იგი „საჭიროდ და რელევანტურად [მიიჩნევა] სხვა საერთაშორისო ხელშეკრულებების [...] როგორიცაა ჟენევის კონვენციების მეორე დამატებითი ოქმის გამოყენებას [...] ამერიკული კონვენციის განმარტებისთვის, ინტერ-ამერიკული სისტემის ევოლუციისა და სჰს-ის სფეროში შესაბამისი განვითარების გასათვალისწინებლად“.<sup>77</sup> შესაბამისად, ორივე საქმეში სასამართლომ ადამიანის უფლებათა სავარაუდო დარღვევის ფაქტები ჟენევის კონვენციების მეორე დამატებითი ოქმისა და საერთო მე-3 მუხლის შუქზე შეაფასა.<sup>78</sup>

<sup>69</sup> Robert Kolb, *Human Rights and Humanitarian Law*, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, Heidelberg and Oxford University Press, 2012, გვ. 7, ¶ 36.

<sup>70</sup> იქვე.

<sup>71</sup> D'Avolio, *supra* სქოლიო 36, გვ. 314. ავტორის აზრით, აღნიშნული ჩანს სასამართლოს მიერ იმაზე ხაზგასმით, რომ „ადამიანის ფუნდამენტური უფლებების დაცვა აშკარად თავსებადია ამ მუხლებს დებულებებთან“, იხ. იქვე (მითითება, *inter alia*, საქმეზე *Bámaca-Velásquez supra* სქოლიო 65, ¶ 209).

<sup>72</sup> ამ კონვენციის არც ერთი დებულება არ უნდა იქნეს წაკითხული იმგვარად, რომ შეიზღუდოს ქვეყნის კანონმდებლობით ან სხვა კონვენციით აღიარებული [უფლებები და თავისუფლებები], რომლის წევრიცაა კონკრეტული სახელმწიფო“.

<sup>73</sup> იხ. Carlos Enrique Arévalo Narváez and Paola Andrea Patarroyo Ramirez, *Treaties over Time and Human Rights: A Case Law Analysis of the Inter-American Court of Human Rights*, ACDI, Bogota, ISSN: 2027-1131/ISSNe: 2145-4493, Vol. 10, გვ.გვ. 295-331, 2017, at 317, referring to *Cruz Sánchez et. al v. Peru*, Preliminary Exceptions, Merits, Reparations and Costs, Judgment of 17 April 2015, Series C No. 292, ¶ 267, სადაც კომისიამ ხაზი გაუსვა, რომ „სასამართლომ ამერიკული კონვენციის ნორმები უნდა განმარტოს საერთაშორისო ჰუმანიტარული სამართლის შესაბამისი დისპოზიციების შუქზე იმის გათვალისწინებით, რომ ფაქტობრივი გარემოებები დაკავშირებულია შეიარაღებულ კონფლიქტთან“.

<sup>74</sup> *Mapiripán Massacre v Colombia*, Series C No 134, 15 September 2005 [the “*Mapiripán Massacre case*”].

<sup>75</sup> *Ituango Massacres v Colombia*, Series C No 148, 1 July 2006 [the “*Ituango Massacres case*”].

<sup>76</sup> *Mapiripán Massacre v Colombia supra* note 74, ¶ 114.

<sup>77</sup> *Ituango Massacres v Colombia supra* სქოლიო 75, ¶ 179.

<sup>78</sup> იხ. *Mapiripán Massacre case*, ¶¶ 171-172; *Ituango Massacres case*, ¶ 208; იხ. ასევე Adamantia Rachovitsa, *Treaty Clauses and Fragmentation of International Law: Applying the More Favourable protection Clause in Human Rights Treaties*, University of Groningen/UMCG research database (Pure), გვ. 16. კერძოდ, შეიარაღებული კონფლიქტის კონტექსტში იძულებით გაუჩინარებასთან დაკავშირებით, ამ საქმეებში სასამართლომ ფაქტები შეაფასა მეორე დამატებითი ოქმის მე-17 მუხლზე მითითებით, რომელიც „სასამართლოს ანალიზისთვის ინსტრუმენტული იყო“, იხ. იქვე.

ზოგიერთი ავტორი მიიჩნევს, რომ, ამგვარად, სასამართლო „არასწორად იყენებდა“<sup>79</sup> 29-ე მუხლს, რადგან, მათი აზრით, „სასამართლო არ ითვალისწინებს იურისდიქციასთან დაკავშირებულ შეზღუდვებს და, როგორც ჩანს, იგი არაპირდაპირ იყენებს სხვა ხელშეკრულებებს“<sup>80</sup> და რომ „სასამართლოს არ აქვს უფლებამოსილება, ეფექტურად უმედამხედველოს სხვა ხელშეკრულებების შესრულებას მაშინ, როდესაც იგი მათ ამერიკულ კონვენციაში შეფუთავს“.<sup>81</sup> ამასთან, აღინიშნა, რომ „[ვენის კონვენციის 31 (3) (გ) მუხლისგან განსხვავებით,<sup>82</sup> ადამიანის უფლებათა ინტერ-ამერიკულ სასამართლოს აქვს ნეგატიური ვალდებულება, ზიანი არ მიაყენოს უფრო ხელსაყრელ დაცვას, რომელსაც ინდივიდს სხვა საერთაშორისო ხელშეკრულება ანიჭებს“<sup>83</sup> (ხაზგასმა ავტორისაა). თუმცა გაურკვეველია, თუ როგორ შეიძლება *pro homine* პრინციპის ეს ნეგატიური ვალდებულება შესრულდეს ჰუმანიტარული სამართლის შესაბამისი ნორმების გარეშე, რომლებიც, ზოგიერთ შემთხვევაში, არათუ მხოლოდ მეტად სპეციფიკურია, არამედ შესაძლოა შეიარაღებული კონფლიქტის შედეგად დაზარალებულ ინდივიდს უფრო უკეთეს დაცვასაც სთავაზობდეს.

მიუხედავად ამისა, სასამართლომ „სავარაუდოდ, იმ მიზნით, რომ სახელმწიფოებს არ დაეწყოთ მტკიცება, რომ სასამართლო იმ ხელშეკრულებებს იყენებდა, რომლის გამოყენების უფლებამოსილებაც მას არ აქვს“,<sup>84</sup> სასამართლომ, როგორც ჩანს, შეცვალა მისი მიდგომა მეორე დამატებითი ოქმის გამოყენებასთან დაკავშირებით. კერძოდ, საქმეში *Santo Domingo Massacre*,<sup>85</sup> რომელიც ეხებოდა კოლუმბიის საჰაერო ძალების მიერ სანტო დომინგოს სოფელში განხორციელებულ დაბომბვას, სასამართლომ საჭიროდ ჩათვალა ადამიანის უფლებათა ამერიკული კონვენციის გამოყენება „საერთაშორისო ჰუმანიტარული სამართლის ძირითადი პრინციპების შუქზე, როგორებიცაა: ა) განსხვავების პრინციპი სამოქალაქო პირებსა და კომბატანტებს შორის, ბ) პროპორციუ-

<sup>79</sup> Rachovitsa, *supra* სქოლიო 63, გვ. 20; იხ. ასევე Carlos Enrique Arévalo Narváez and Paola Andrea Patarroyo Ramirez, *supra* სქოლიო 73, გვ. 317 – „[Mapiripán საქმეში], სასამართლომ *pro personae* პრინციპი გამოიყენა იმისათვის, რომ განემარტა ამერიკული კონვენციის დებულებები და დაედგინა სახელმწიფოს პასუხისმგებლობა, [...] შესაბამისად, იგი, სავარაუდოდ, გასცდა სახელმწიფოთა ორიგინალური განზრახვის ფარგლებს, რადგან მას არ ჰქონდა *ratione materiae* იურისდიქცია, დაედგინა სახელმწიფოს პასუხისმგებლობა სჰს-ზე დაყრდნობით“.

<sup>80</sup> Rachovitsa, *supra* სქოლიო 63, გვ. 22.

<sup>81</sup> იქვე.

<sup>82</sup> United Nations, *Vienna Convention on the Law of Treaties*, 23 May 1969, United Nations, Treaty Series, vol. 1155, გვ. 331, Article 31 (3) (c), რომელიც ადგენს, რომ საერთაშორისო ხელშეკრულებების ინტერპრეტაციის დროს, „კონტექსტთან ერთად, გათვალისწინებული უნდა იყოს საერთაშორისო სამართლის ყველა რელევანტური წესი, რომელიც მხარეებზე ვრცელდება“.

<sup>83</sup> Rachovitsa, *supra* სქოლიო 63, გვ. 18.

<sup>84</sup> Elizabeth Salmon, *Institutional Approach between IHL and IHRL Current Trends in the Jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights*, *Journal of International Humanitarian Legal Studies* 5 (2014) გვ.გვ. 152-185, at 163.

<sup>85</sup> *Santo Domingo Massacre v. Colombia*, Judgment of November 30, 2012 (Preliminary objections, merits and reparations), ხელმისაწვდომია აქ: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_259\\_ing.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_259_ing.pdf) [უკანასკნელად გადამოწმდა 2020 წლის 22 ნოემბერს]. ავტორი გამოყოფს ინტერ-ამერიკული სასამართლოს სჰს-ისადმი მიდგომის სამ ფაზას: 1) ინდიფერენტულობის ფაზა (საქმეები *Cayara* და *Caballero Delgado and Santana*, სადაც სასამართლომ ყურადღება არ გაამახვილა შეიარაღებული კონფლიქტის არსებობის ფაქტზე); 2) სჰს, როგორც ინტერპრეტაციული ინსტრუმენტის აღიარების ფაზა (*Las Palmeras* (Preliminary Objections), *Bámaca-Velásquez* (Preliminary Objections), *Serrano Cruz Sisters*, და *Mapiripán Massacre*); და 3) „ბუნდოვანი სფეროს“ ფაზა (*Santo Domingo Massacre* და *Operation Genesis* cases).

ლობის პრინციპი და გ) თავდასხმის დროს თადარიგის დაჭერის პრინციპი“.<sup>86</sup> სასამართლომ, კიდევ ერთხელ, აღნიშნა, რომ მას არ ჰქონდა სჰს-ის შეფარდების უფლებამოსილება,<sup>87</sup> თუმცა მან დაამატა, რომ

„ამ საქმეში სჰს-ს, როგორც კონვენციის დებულებების განმარტების დამატებითი ინსტრუმენტის გამოყენების გზით, სასამართლო არ განსაზღვრავს იერარქიას ნორმატიულ სისტემებს შორის, რადგან სჰს-ის რელევანტურობა შეიარაღებულ კონფლიქტებთან დაკავშირებულ საქმეში აშკარაა. ეს მხოლოდ იმას ნიშნავს, რომ სასამართლო აკვირდება სჰს-ს, როგორც ამ ნაწილში სპეციალურ კანონს, რათა შეძლოს კონვენციის დებულებების უფრო კონკრეტული შეფარდება ქვეყნის ვალდებულებების ფარგლების განსაზღვრის დროს.“<sup>88</sup>

საინტერესოა, რომ ამ პრინციპებთან დაკავშირებით, სასამართლოს ანალიზის ყველა სექცია იწყება იმის აღნიშვნით, რომ სამივე მათგანი წარმოადგენს ჩვეულებით სჰს-ის ნორმას და ვრცელდება როგორც საერთაშორისო, ისე არასაერთაშორისო სახის შეიარაღებულ კონფლიქტებზე.<sup>89</sup> შესაბამისად, როგორც ჩანს, ფოკუსმა გადაინაცვლა სჰს-ის შესაბამისი ნორმების ჩვეულებით ბუნებაზე. ამ ნაწილში აღსანიშნავია, რომ საქმეში *Santo Domingo Massacre*, მართალია, სასამართლომ ხაზი გაუსვა, რომ მას არ ჰქონდა სჰს-ის გამოყენების კომპეტენცია, მაგრამ, როგორც ჩანს, ის ჯერ კიდევ პირდაპირ ეყრდნობა ჩვეულებითი სჰს-ის ნორმებს.<sup>90</sup> მართალია, დასაფასებელია სასამართლოს მცდელობა, რელევანტურობა მიენიჭებინა სჰს-ისთვის, მაგრამ, შესაძლოა ზოგიერთმა ამტკიცოს, რომ მან თავი უნდა შეიკავოს სჰს-ის პირდაპირ შეფარდებისგან იმ შემთხვევაშიც კი, თუ ეს ეხება მხოლოდ ჩვეულებით სჰს-ს.

ჩვეულებითი სჰს-ის პირდაპირ შეფარდების წინააღმდეგ ერთ-ერთი არგუმენტი შეიძლება ის იყოს, რომ ადამიანის უფლებათა სამართლის მოსამართლეები არ არიან სჰს-ის ექსპერტები და, შესაბამისად, შესაძლოა, შეცდნენ ისეთი საქმეების განხილვისას, რომელიც შეიარაღებულ კონფლიქტს უკავშირდება, თუმცა სინამდვილეში, ადამიანის უფლებათა საერთაშორისო (კვაზი)სასამართლო ორგანოებს აქვთ უფლებამოსილება და, ხანდახან, მოეთხოვებათ კიდევ, რომ საკუთარ გადაწყვეტილებებში სჰს-თან დაკავშირებული საკითხები განიხილონ. მაგალითად, ადამიანის უფლებათა ძირითადი ხელშეკრულებების<sup>91</sup> დეროგაციის დებულებები მოითხოვს, რომ დეროგაცია შესაბამისობაში უნდა იყოს ქვეყნის საერთაშორისო ვალდებულებებთან. ვინაიდან ომი „საგანგებო

<sup>86</sup> *Santo Domingo Massacre, supra* სქოლიო 85, ¶ 211.

<sup>87</sup> იქვე, ¶ 23.

<sup>88</sup> იქვე, ¶ 187.

<sup>89</sup> იხ. იქვე, ¶¶ 212, 214, 216.

<sup>90</sup> Elizabeth Salmon, *Institutional Approach between IHL and IHRL Current Trends in the Jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights*, *Journal of International Humanitarian Legal Studies* 5 (2014), გვ. 163.

<sup>91</sup> იხ. ACHR, *supra* სქოლიო 38, Article 27; UN General Assembly, *International Covenant on Civil and Political Rights*, 16 December 1966, United Nations, Treaty Series, vol. 999, გვ. 171, Article 4; Council of Europe, *European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, as amended by Protocols Nos. 11 and 14*, 4 November 1950, ETS 5, Article 15. აფრიკული ქარტია არ შეიცავს საგანგებო მდგომარეობასთან დაკავშირებულ დებულებას.

მდგომარეობის პარადიგმატული მაგალითია”,<sup>92</sup> ეს დებულებები, პირველ რიგში, ეხება საერთაშორისო ჰუმანიტარულ სამართალს. შესაბამისად, „დეროგაციის პუნქტები ადამიანის უფლებათა სისტემებისგან ითხოვს, რომ საკუთარი ინიციატივით დაადგინონ, არის თუ არა დეროგაცია შესაბამისობაში სჰს-თან”.<sup>93</sup>

ჩვეულებითი სამართლის ნორმების გამოყენებისად, ადამიანის უფლებათა რეგიონალურ სასამართლოებს შეუძლიათ, დაეყრდნონ საერთაშორისო სამართლის განმარტების დამხმარე საშუალებებს.<sup>94</sup> წესკ-ის კვლევა ჩვეულებით სჰს-ზე<sup>95</sup> ამ ნაწილში შესაძლოა, განსაკუთრებით გამოსადეგი იყოს. მეტიც, თუკი მოსამართლეები გადამზადებული არიან სჰს-ში, ისეთი ნორმების შეფარდება, როგორცაა განსხვავების პრინციპი, პროპორციულობა, სამხედრო საჭიროება და ა.შ. არ ჩანს შეუძლებელ დავალებად. რაც არ უნდა იყოს, ადამიანის უფლებათა სამართლის მოსამართლეები მიჩვეულნი არიან, სულ მცირე, ისეთი ღირებულებების დაცვას, რომელსაც სჰს-იც იცავს. როგორც ყოფილი იუგოსლავიის საერთაშორისო ტრიბუნალმა აღნიშნა: „ადამიანის ღირსებისადმი პატივისცემის ზოგადი პრინციპი საბაზისო და, სინამდვილეში, როგორც სჰს-ის ისე ადამიანის უფლებათა სამართლის ძირითადი არსია”.<sup>96</sup>

## დასკვნა

წინამდებარე ნაშრომში მიმოხილული იქნება ადამიანის უფლებათა ინტერ-ამერიკული ორგანოების იურისპრუდენცია არასაერთაშორისო სახის შეიარაღებული კონფლიქტების საქმეებში საერთაშორისო ჰუმანიტარული სამართლის გამოყენებასთან დაკავშირებით. მართალია, კომისიამ სცადა, პირდაპირ შეეფარდებინა სჰს, მაგრამ სასამართლომ შეამცირა მისი იურისდიქციის ფარგლები და „renvoi” მიდგომა არჩია. ეს უკანასკნელი უფრო მეტ იმედს აჩენს სჰს-ისთვის და სასამართლოს მცდელობა, წვლილი შეიტანოს მის აღსრულებაში, ნამდვილად დასაფასებელია. თუმცა არსებული სასამართლო პრაქტიკის თანახმად, საერთაშორისო ჰუმანიტარული სამართალი ამერიკული კონვენციის ინტერპრეტაციის საშუალებას წარმოადგენს, - ეს მიდგომა არც ისე „შორს” მიდის, როგორც საერთაშორისო ჰუმანიტარული სამართლის პირდაპირი შეფარდებაა, თუმცა არც გულგრილი რჩება საერთაშორისო ჰუმანიტარული სამართლის ნორმების მიმართ.

<sup>92</sup> Marko Milanovic, *Extraterritorial Derogations from Human Rights Treaties in Armed Conflict*, in *The Frontiers of Human Rights*, ed. Nehal Bhuta (Oxford: Oxford University Press, 2016, გვ.გვ. 55-88), გვ. 63.

<sup>93</sup> Nancie N. Prud'homme, *supra* note 19, გვ. 365.

<sup>94</sup> მაგალითად, *Tablada* საქმეში კომისიამ პირდაპირ გააკეთა მითითება 1949 წლის ჟენევის კონვენციების კომენტარებზე. იხ. - *Tablada*, *supra* სქოლიო 34, ¶ 149; ამ საქმეში საერთო მესამე მუხლის შეფარდების ფარგლებზე მსჯელობისას კომისიამ აგრეთვე მიუთითა წესკ-ის მიერ შექმნილი ექსპერტების კომისიაზე. იხ. იქვე, სქოლიო 16. ამავდროულად, ექსპერტები შესაძლოა მიჩნეულ იქნენ „კვალიფიცირებულ ავტორებად” (highly qualified publicists) - მეცნიერებად, რომელთა ნაშრომებიც შესაძლოა, გამოყენებულ იქნეს როგორც საერთაშორისო სამართლის წესების განმარტების დამხმარე საშუალებები. იხ. მაგ. ICJ Statute, *supra* სქოლიო 15, Article 38.

<sup>95</sup> იხ. ზოგადად ICRC, Customary IHL Database, ხელმისაწვდომია აქ: <https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/home> [უკანასკნელად გადამოწმდა 2020 წლის 22 ნოემბერს].

<sup>96</sup> Prosecutor v. Furundžija, Case No. IT-95-17/1-T, Judgment (10 December 1998), ¶ 183; იხ. ასევე Robert Kolb, *supra* note 69, გვ. 5, ¶ 22; იხ. ასევე D'Avolio, *supra* note 20, გვ. 308, მიუთითებს *Bámaca-Velásquez* *supra* სქოლიო 36, ¶¶ 209 and 143. იხ. ასევე Orakhelashvili, *supra* სქოლიო 36, გვ. 182.

მეორე მხრივ, საქმეში *Santo Domingo Massacre* სასამართლომ პირდაპირ შეაფასა სახელმწიფოს მოქმედების შესაბამისობა საერთაშორისო ჰუმანიტარული სამართალთან, მაგრამ მიუხედავად ამისა, სასამართლო მაინც დაჟინებულად აცხადებს, რომ მას არ აქვს სჰს-ის შეფარდების კომპეტენცია.

ნაშრომში წარმოჩენილი იქნა, რომ ადამიანის უფლებათა ინტერ-ამერიკულმა ორგანოებმა მნიშვნელოვანი ნაბიჯები გადადგეს იმისთვის, რომ საერთაშორისო ჰუმანიტარული სამართლისთვის მეტი რელევანტურობა შეეძინათ. კომისიის თავდაპირველი სიმამაცე სჰს-ის პირდაპირ შეფარდებასთან დაკავშირებით, შესაძლოა რამდენიმე ფაქტორით აიხსნას, - როგორიცაა მისი გადაწყვეტილებების კვაზისამართლებრივი ბუნება. რაც შეეხება სასამართლოს მიერ ჩვეულებითი სჰს-ის ზოგიერთი წესის შეფარდებას, ეს შესაძლოა, ადამიანის უფლებათა ინტერ-ამერიკული სისტემის ისეთ თავისებურებებს გამარტივებინა, როგორიცაა კონვენციურობის კონტროლი. დამატებითი ფაქტორი კი შესაძლოა ის იყოს, რომ სასამართლოსა და კომისიის განსახილველი საქმეები არასაერთაშორისო სახის შეიარაღებულ კონფლიქტებს ეხებოდა, განსხვავებით ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოსგან, სადაც საერთაშორისო ჰუმანიტარული სამართალთან დაკავშირებით სახელმწიფოთაშორისი საჩივრები გვხვდება.

ყოველივე ზემოაღნიშნულის გათვალისწინებით, ვერ დავასკვნით, რომ სხვა რეგიონალური ან საერთაშორისო სამართლებრივი, ან კვაზისამართლებრივი ორგანოები აუცილებლად წარმატებულნი აღმოჩნდებიან, თუკი ინტერ-ამერიკული კომისიისა და სასამართლოს კვალდაკვალ სვლას მოისურვებენ. ისინი ვერც იმას დაამტკიცებენ, რომ საერთაშორისო ჰუმანიტარული სამართლის შეფარდებით მიღებულ გადაწყვეტილებებს ყველა ქვეყანა დაემორჩილება. თუმცა რისი თქმაც შეიძლება, არის, რომ ადამიანის უფლებათა ინტერ-ამერიკულმა ორგანოებმა მნიშვნელოვანი წინგადადგმული ნაბიჯები წარმოაჩინეს საერთაშორისო ჰუმანიტარული სამართლისთვის, სულ მცირე, არასაერთაშორისო შეიარაღებული კონფლიქტების კონტექსტში, აქტუალურობის მიცემის ნაწილში, რითაც სხვა ორგანოებს დაანახეს, რომ, ხანდახან, გარისკვა ღირს.



## სახელმწიფოს „თავისუფალი შეფასების ფარგლები“ პანდემიის პირობებში გამოხატვის თავისუფლების შეზღუდვის ასპექტში

### აბსტრაქტი

2020 წელი ნამდვილად შევა კაცობრიობის ისტორიაში არა მხოლოდ როგორც COVID-19-ის (ახალი კორონავირუსი) სამედიცინო გამოწვევის, არამედ როგორც „ცივილიზებული ერების“ მეტად „კოორდინირებული მოქმედების“ ნათელი გამოხატულების ნიმუში,<sup>1</sup> ყოფა, რომლის სამართავად და გასაუმჯობესებლად „საერთაშორისო საზოგადოება“ ერთიანდება. თუმცა, ერთიანობის მიუხედავად, ტექნოლოგიურად განვითარებულ ეპოქაშიც კი, ვირუსთან ბრძოლის ერთადერთ რელევანტურ ხერხად ერთი საუკუნის წინანდელ მეთოდებს ვიყენებთ.<sup>2</sup>

ამდენად, მოცემული ნაშრომი სახელმწიფოების პოლიტიკის სამართლებრივი ანალიზის საფუძველზე პანდემიით გამოწვეული საგანგებო ვითარების საჯაროსამართლებრივ ასპექტებს განიხილავს. ნაშრომის მიზანი პანდემიის მართვის პროცესში ინფორმაციის ძალისა და სახელმწიფოების მიერ პოლიტიკური ოპონენტების გასაჩუმებლად ცენზურის გამოყენების წარმოჩენაა. გარდა პრობლემების წარმოჩენისა, ნაშრომი ამოცანად ისახავს იმ გზების ჩვენებას, თუ როგორ უნდა გაუმკლავდეს თანამედროვე საერთაშორისო საზოგადოება დეზინფორმაციას და ავტორიტარიზმის მარწმუნებში გახვეული მედიის საქმიანობაში გაუმართლებელ ჩარევას.

ნაშრომის მთავარი პოსტულატია, რომ ტექნოლოგიური განვითარების ეპოქაში, ჭორებისა და კონსპირაციული თეორიების ადგილი არ არის. და, რომ სახელმწიფოები, რომლებიც ქმნიან დღევანდელ პოლიტიკურ დღის წესრიგს, მეტი სიფრთხილით და მაღალი თვითშეგნებით უნდა მოეკიდონ ინფორმაციის ძალას და მის გავლენას საზოგადოების კეთილდღეობაზე.

\* აღნიშნული სტატია მომზადდა ავტორის მიერ ივანე ჯავახიშვილის სახელობის თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტის იურიდიული ფაკულტეტის საჯარო სამართლის მაგისტრატურის ფარგლებში 2020 წლის 1-ელ აგვისტოს დაცული ნაშრომის გადამუშავების შედეგად.

<sup>1</sup> WHO, (2020), Coronavirus Disease (COVID-19) Dashboard, ხელმისაწვდომია აქ: <https://covid19.who.int/> [უკანასკნელად გადამოწმდა 2020 წლის 30 სექტემბერს].

<sup>2</sup> WHO, (2020), Coronavirus disease (COVID-19) advice for the public, ხელმისაწვდომია აქ: <https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/advice-for-public> [უკანასკნელად გადამოწმდა 2020 წლის 30 სექტემბერს].

## შესავალი

საზოგადოებრივ ჯანმრთელობაზე COVID-19-ის ნეგატიური ეფექტების მიუხედავად, უნდა გავიაზროთ, რომ უშუალოდ ვირუსი ჩვენი უფლებების დამრღვევი არ არის. მართალია, ის ზეგავლენას ახდენს ჩვენივე უფლებებით სარგებლობაზე, მაგრამ, მიუხედავად ჩვენი სურვილებისა, ვირუსს ვერც სამართლებრივი კრედიტით განვსჯით და ვერც პასუხისმგებლობას დავაკისრებთ.

სახელმწიფოები არ არიან პასუხისმგებლები COVID-19-ზე. თუმცა ისინი პასუხისმგებლები არიან იმ მეთოდებზე, რომლებითაც პასუხობენ დღევანდელ მსოფლიო გამოწვევას. თუ ისინი ამ გამოწვევას პასუხობენ ისეთი პოლიტიკის გატარებითა და რეგულაციების დაწესებით, რომლებიც გაუმართლებლად ერევა ადამიანის უფლებებში, მაშინ ეს განიხილება ადამიანის უფლებების დარღვევად. თუ ისინი ვერ უზრუნველყოფენ ვირუსის გავრცელებისგან შეკავების ადეკვატური ზომების შემოღებას, ესეც უფლების დარღვევად განიხილება.

ავტორის აზრით, პოსტკრიზისული რეალობა შესაძლოა ორი მიმართულებით განვითარდეს. **მომავლის პირველი ხედვაა**, როცა კრიზისმა მსოფლიოს კიდევ ერთხელ თვალსაჩინოდ დაანახა, თუ რა როლი აქვს ერთიან საერთაშორისო კოორდინირებულ მოქმედებას.<sup>3</sup> პანდემიამ თვალსაჩინოდ დაანახა ყველა მთავრობას, პოლიტიკოსს და ციფრული ეპოქის ყველა შესაბამის მოთამაშეს, რომ ნებისმიერი სახის ცენზურა, რომელიც მიმართულია ინფორმაციის ხელმისაწვდომობის, ჯანმრთელობის, სიცოცხლის, ავტონომიურობისა და ეფექტიანი მმართველობის განვითარების შეზღუდვისკენ, თუნდაც ეს ლეგიტიმური მიზნით იყოს განპირობებული, უნდა აკმაყოფილებდეს კანონიერების, აუცილებლობისა და პროპორციულობის სტანდარტებს. ეს არის პანდემიისგან რეაბილიტაციის სასურველი გზა, რომელსაც ადამიანის უფლებების პატივისცემის უფრო მტკიცე ჩარჩოს ჩამოსაყალიბებლად სახელმწიფოები მთელ მსოფლიოში უნდა მიჰყვნენ.

**მეორე ხედვის მიხედვით**, შესაძლოა, მივიღოთ საერთოდ სხვა რეალობა, რომელშიც ადამიანის უფლებების არაპროპორციული შეზღუდვის პოლიტიკის გატარებით, მძვინვარებს ავტოკრატიული რეჟიმი, უთანასწორობა და უფლებების დაკნინება. ამ რეალობაში COVID-19 მხოლოდ უხილავი მტერი როდია, იგი ასევე რეპრესიული ყოფის პათოგენია. მოსალოდნელია, რომ მეორე გზას მეტწილად მსოფლიოს ბევრი სახელმწიფო დაადგეს იმ ფაქტის გათვალისწინებით, რომ ვირუსი სწორედ ცენზურის გარემოში აღმოცენდა, რომელმაც მეცნიერებისა და ექსპერტიზის პოლიტიზირება და დეგენერაცია წარმოშვა.<sup>4</sup>

მსჯელობის მიმდინარეობისას სახელმწიფო ადმინისტრირების პოლიტიკის ასპექტში იქნება მიმოხილული გამოხატვის თავისუფლების დაცული სფეროები, რომლებიც აღიარებულია ევროპული კონვენციის მე-10 მუხლით:

<sup>3</sup> UN General Assembly. (2020). Global solidarity to fight the coronavirus disease 2019 (COVID-19), მოპოვებული - 2020 წლის 12 აპრილი. ხელმისაწვდომია აქ: <https://undocs.org/en/A/RES/74/270> [უკანასკნელად გადამოწმდა 2020 წლის 30 სექტემბერს].

<sup>4</sup> International Press Institute (IPI) Tracker on Press Freedom Violations Linked to COVID-19 Coverage - „COVID-19: Number of Media Freedom Violations by Region,” ხელმისაწვდომია აქ: <https://ipi.media/covid19-media-freedom-monitoring/> [უკანასკნელად გადამოწმდა 2020 წლის 30 სექტემბერს].



1. საკუთარი აზრის მიდევნების (ქონის) თავისუფლება;<sup>5</sup>
2. ინფორმაციის გავრცელების თავისუფლება;<sup>6</sup>
3. ინფორმაციის მიღების თავისუფლება.<sup>7</sup>

სამივე განზომილება ერთმანეთთან ძალიან მჭიდრო კავშირშია, რადგან საკუთარი აზრის ფორმირება და ქონა პრაქტიკულად შეუძლებელი გამოდის კონკრეტულ ინფორმაციაზე წვდომის გარეშე.<sup>8</sup>

ევროპული სასამართლო მიიჩნევს, რომ გამოხატვის თავისუფლება ვრცელდება არა მხოლოდ ისეთ „ინფორმაციასა“ თუ „იდებაზე“, რომელიც საზოგადოებას მოსწონს ან უწყინარი და უვნებელია, არამედ ისეთზეც, რომელიც მიუღებელი, შეურაცხმყოფელი და შემაშვოთებელია.<sup>9</sup>

„პრესა მნიშვნელოვან როლს ასრულებს დემოკრატიულ სოციუმში. მას აქვს ამოცანა, - საკუთარი ვალდებულებების და პასუხისმგებლობების შესაბამისად, - გაავრცელოს საზოგადოების ინტერესის სფეროში არსებული ინფორმაცია და იდეები [...]. პრესას მხოლოდ ასეთი ინფორმაციის გავრცელების ვალდებულება კი არ აქვს: საზოგადოებას ასევე აქვს მათი მიღების უფლება. სხვა შემთხვევაში პრესა ვერ შეძლებს, შეასრულოს თავისი მთავარი როლი - 'საზოგადოებრივი დამკვირვებლობა'“.<sup>10</sup>

სტატიის მიზანია COVID-19-ით გამოწვეული სამართლებრივ-პოლიტიკური პროცესების ანალიზი და იმ პრობლემების ჩვენება, რომლებიც შესაძლოა, მსოფლიო საგანგებო მდგომარეობის დროს წარმოიშვას გამოხატვის თავისუფლების შეზღუდვისა და პანდემიის ინფორმაციული მართვის ასპექტში. აგრეთვე, კვლევის ამოცანაა, განვიხილოთ ის მოცემულობა, რასაც ჰქვია „საგანგებო მდგომარეობა - კორიდორი ავტორიტარიზმამდე.“

<sup>5</sup> საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს გადაწყვეტილება საქმეზე N1/5/675,681 „შპს 'სამაუწყებლო კომპანია რუსთავი 2' და შპს 'ტელეკომპანია საქართველო' საქართველოს პარლამენტის წინააღმდეგ, 2016 წლის 30 სექტემბერი, § 71.

<sup>6</sup> საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს გადაწყვეტილება საქმეზე N91/1/468 „საქართველოს სახალხო დამცველი საქართველოს პარლამენტის წინააღმდეგ“, 2012 წლის 11 აპრილი, § 27.

<sup>7</sup> საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს გადაწყვეტილება საქმეზე N2/3/364 „საქართველოს ახალგაზრდა იურისტთა ასოციაცია და მოქალაქე რუსუდან ტაბატაძე საქართველოს პარლამენტის წინააღმდეგ“, 2006 წლის 14 ივლისი, გვ 7.

<sup>8</sup> ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს გადაწყვეტილებები საქმეებზე: Handyside v. the United Kingdom, 7 დეკემბერი 1976, § 49, Series A no. 24 და nos 21279/02 და 36448/02, London, Otchakovsky-Laurens and July v. France [GC], 2007 წელი, § 45, ასევე no. 32772/02, Verein gegen Tierfabriken Schweiz (VgT) v. Switzerland (no. 2) [GC], 2009 წელი, § 96, ასევე no. 39954/08, Axel Springer AG v. Germany [GC], 7 თებერვალი, 2012, § 78.

<sup>9</sup> ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს გადაწყვეტილებები საქმეებზე: Mouvement raélien suisse v. Switzerland [GC], no. 16354/06, 2012 წელი, § 48.

<sup>10</sup> ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს გადაწყვეტილებები საქმეებზე: Thoma v. Luxembourg, no. 38432/97, 2001 წელი, § 45.

## 1. გამოხატვის თავისუფლება, პანდემიის ინფორმაციული მართვა და სახელმწიფო

*„მომეცით ნება, შევიმეცნო, სრულვყო საკუთარი პოზიცია და ვიკამათო თავისუფლად, ყველა თავისუფლებაზე უზენაესი, საკუთარი სინდისის გათვალისწინებით“<sup>11</sup>*

*ჯონ მილტონი, 1644 წელი  
ინგლისელი საჯარო მოხელე და ინტელექტუალი*

საუკუნეების მანძილზე გამოხატვის თავისუფლება არაერთი სამართლებრივი თუ პოლიტიკური პროცესის ინსპირაციის წყარო გამხდარა. ისტორიას ახსოვს სამოქალაქო აქტივიზმი, რომელიც გამოხატვის თავისუფლების გარეშე მის სუბსტანციურ საწყისს იქნებოდა მოკლებული; სახელმწიფო რეგულაციები, რომლებიც თავისუფალი ამრის და სიტყვის გარეშე ვერ იქნებოდა მიღწეული.<sup>12</sup> კაცობრიობას ასევე ახსოვს, ადამიანის უფლებრივი გაუმჯობესების მოთხოვნის მოტივით, მარტინ ლუთერ კინგის ცნობილი მიმართვა, რომელიც სიტყვის თავისუფლების გარეშე ისტორიას არ დარჩებოდა.<sup>13</sup> გამოხატვის თავისუფლების სოციალურ მნიშვნელობაზე ისტორიამ არაერთხელ გაგვცა პასუხი იმაზე ხაზგასმით, თუ რა როლი და დამსახურება აქვს საზოგადოების მსოფლმხედველობის განვითარებაში. ამას ის ფაქტიც მოწმობს, რომ აღნიშნულმა უფლებამ ასახვა პოვა მთელ რიგ საერთაშორისო კონვენციებში, მათ შორის: ადამიანის უფლებების უნივერსალურ დეკლარაციაში, ადამიანის უფლებათა ევროპულ კონვენციაში და ადამიანის სამოქალაქო და პოლიტიკური უფლებების შესახებ პაქტში (ICCPR).<sup>14</sup>

<sup>11</sup> Malik, K. „From Milton to Pullman, the quest for truth is riddled with ambiguity.“ The Guardian, გვ. 1-2, 2019 წლის 29 დეკემბერი, ხელმისაწვდომია აქ: <https://www.theguardian.com/commentisfree/2019/dec/29/from-milton-to-pullman-the-quest-for-truth-is-riddled-with-ambiguity> [უკანასკნელად გადამოწმდა 2020 წლის 30 სექტემბერს].

<sup>12</sup> Shearlaw, Maeve, „Egypt five years on: was it ever a 'social media revolution'?“ The Guardian, 2016 წლის 25 იანვარი, ხელმისაწვდომია აქ: <https://www.theguardian.com/world/2016/jan/25/egypt-5-years-on-was-it-ever-a-social-media-revolution> [უკანასკნელად გადამოწმდა 2020 წლის 30 სექტემბერს].

<sup>13</sup> Younge, Gary, „Martin Luther King: the story behind his 'I have a dream' speech,“ The Guardian, 2013 წლის 9 აგვისტო, გვ. 2-4, ხელმისაწვდომია აქ: <https://www.theguardian.com/world/2013/aug/09/martin-luther-king-dream-speech-history> [უკანასკნელად გადამოწმდა 2020 წლის 30 სექტემბერს].

<sup>14</sup> მუხლი 19, ადამიანის უფლებათა საყოველთაო დეკლარაცია, გაეროს გენერალური ასამბლეა, 217 A (III), 1948 წლის 10 დეკემბერი, ქართული თარგმანი ხელმისაწვდომია აქ: <http://www.parliament.ge/uploads/other/137/137343.pdf> [უკანასკნელად გადამოწმდა 2020 წლის 30 სექტემბერს].

მუხლები 9, 10 და 11, ადამიანის ძირითად უფლებათა და თავისუფლებათა დაცვის ევროპული კონვენცია (შემდგომში: ევროპული კონვენცია). ETS 5, 1950 წლის 4 ნოემბერი, ქართული თარგმანი ხელმისაწვდომია აქ: <https://matsne.gov.ge/ka/document/view/1208370?publication=0> [უკანასკნელად გადამოწმდა 2020 წლის 30 სექტემბერს].

მუხლი 18 და 19, საერთაშორისო პაქტი სამოქალაქო და პოლიტიკური უფლებების შესახებ, გაერო, 1966 წლის 16 დეკემბერი, ქართული თარგმანი ხელმისაწვდომია აქ: <https://matsne.gov.ge/ka/document/view/1398335?publication=0> [უკანასკნელად გადამოწმდა 2020 წლის 30 სექტემბერს].

მუხლი 32, საქართველოს 1921 წლის კონსტიტუცია, საქართველოს დამფუძნებელი კრება, 1921 წლის 21 თებერვალი, ხელმისაწვდომია აქ: [http://constcentre.gov.ge/failebi/1921\\_clis\\_konstitucia\\_33442.pdf](http://constcentre.gov.ge/failebi/1921_clis_konstitucia_33442.pdf) [უკანასკნელად გადამოწმდა 2020 წლის 30 სექტემბერს].

დემოკრატიული საზოგადოების ფორმირების კონტექსტში საქართველოს კონსტიტუცია ინფორმაციის თავისუფლებას გამორჩეულ ყურადღებას უთმობს.<sup>15</sup>

საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს განმარტებით:

„აზრის ჩამოყალიბებისთვის აუცილებელია, რომ მოპოვებულ იქნეს ინფორმაცია, ინფორმაციის გავრცელების თავისუფლება კი უზრუნველყოფს, რომ აზრი მივიდეს ავტორიდან ადრესატამდე. გარდა საზოგადოებრივი დატვირთვისა, ინფორმაციის თავისუფლებას დიდი მნიშვნელობა აქვს ცალკეული ინდივიდის პიროვნული და ინტელექტუალური განვითარებისათვის.“<sup>16</sup>

ევროპული სასამართლო დასძენს, რომ ცრურწმენასა და საფუძველსმოკლებულ ბრალდებებზე დაფუძნებულ ინფორმაციაზე შესაბამისი ზომების მიღება „სახელმწიფოს თავისუფალი შეფასების“ ფარგლებშია.<sup>17</sup> უფრო მეტიც, ინფორმაციის გავრცელებისას ინდივიდმა დიდი სიფრთხილით უნდა გააანალიზოს ამ ინფორმაციის სიზუსტე და სანდოობა, ინფორმაციის გასაჯაროებისადმი საზოგადოების ინტერესი.<sup>18</sup> მაგალითისთვის: ქმედება განმსჭვალული პირადი შუღლით, პერსონალური ანტაგონიზმით ან პირადი გამორჩენის მიზნით ვერ გაამართლებს მაღალი რანგის დაცულობას. მნიშვნელოვანია დადგინდეს, რომ განმცხადებელი მოქმედებს კეთილი ზრახვებით, მიზანსწრაფული მხოლოდ იმით, რომ საზოგადოებამ გაიგოს კონკრეტული უსამართლობის შესახებ.

როდესაც მოთხოვნილი ინფორმაცია არის მაღალი საჯარო ინტერესის მქონე, სახელმწიფოს უარი ინფორმაციის ხელმისაწვდომობასთან დაკავშირებით უნდა დაექვემდებარება

---

მუხლი 17, საქართველოს კონსტიტუცია (2018 წლის რედაქცია), საქართველოს პარლამენტი, 1995 წლის 24 აგვისტო, ხელმისაწვდომია აქ: <http://parliament.ge/ge/kanonmdebloba/constitution-of-georgia-68> [უკანასკნელად გადმოწმდა 2020 წლის 30 სექტემბერს].

საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს გადაწყვეტილება საქმეზე N1/7/1275 „ალექსანდრე მძინარაშვილი საქართველოს კომუნიკაციების ეროვნული კომისიის წინააღმდეგ“, 2019 წლის 2 აგვისტო, სამოტივაციო ნაწილი, § 7.

<sup>15</sup> საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს გადაწყვეტილება საქმეზე N2/6/1311 „შპს 'სტერეო+', ლუკა სევერინი, ლაშა ზილფიმიანი, რობერტ ხახალავი და დავით ზილფიმიანი საქართველოს პარლამენტისა და საქართველოს იუსტიციის მინისტრის წინააღმდეგ“, 2019 წლის 17 დეკემბერი, 2019, § 54.

საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს გადაწყვეტილება საქმეზე N1/6/561,568 „საქართველოს მოქალაქე იური ვაზაგაშვილი საქართველოს პარლამენტის წინააღმდეგ“, 2016 წლის 30 სექტემბერი, § 39.

<sup>16</sup> საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს გადაწყვეტილება საქმეზე N2/3/406,408 „საქართველოს სახალხო დამცველი და საქართველოს ახალგაზრდა იურისტთა ასოციაცია საქართველოს პარლამენტის წინააღმდეგ“, 2008 წლის 30 ოქტომბერი, § 10.

ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს გადაწყვეტილებები საქმეებზე: no. 39293/98, *Fuentes Bobo v. Spain*, 2000 წლის 29 თებერვალი, § 38; nos 28955/06, 28957/06, 28959/06 და 28964/06, *Palomo Sánchez and Others v. Spain* [GC], 2011 წელი, § 59 და ასევე no. 44306/98 *Appleby and Others v. the United Kingdom*, 2003 წელი, §§ 39–40.

<sup>17</sup> ადამიანის უფლებათა ევროპული კომისიის გადაწყვეტილება საქმეებზე: *Morissens v. Belgium*, no. 11389/85, 1988 წლის 3 მაისი, DR 56, გვ. 127 და დიდი პალატის გადაწყვეტილება საქმეზე no. 21980/93, *Bladet Tromsø and Stensaas v. Norway* [GC], 1999 წელი, § 65.

<sup>18</sup> ადამიანის უფლებათა ევროპული კომისიის გადაწყვეტილებები საქმეებზე: no. 252 *Hadjianastassiou v. Greece*, Series A, 1992 წლის 16 დეკემბერი, § 45.

ბაროს, საზოგადოების მხრიდან მკაცრ ზედამხედველობას და უნდა იყოს შესაბამისად დასაბუთებული.<sup>19</sup>

დამატებით, საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლო თავის მორიგ გადაწყვეტილებაში დასძენს:

„თავისუფალი საზოგადოება შედგება თავისუფალი ინდივიდებისაგან, რომლებიც ცხოვრობენ თავისუფალ ინფორმაციულ სივრცეში, თავისუფლად აზროვნებენ, აქვთ დამოუკიდებელი შეხედულებები და მონაწილეობენ დემოკრატიულ პროცესებში, რაც აზრთა გაცვლა-გამოცვლასა და პაექრობას გულისხმობს.“<sup>20</sup>

სანამ მსოფლიო პანდემიის მარწუხებში გაეხვეოდა, ნიშანდობლივია, აღინიშნოს ჯანდაცვის მსოფლიო ორგანიზაციის დამოკიდებულება გამოხატვის თავისუფლების სოციალურ-სამართლებრივ მნიშვნელობაზე. ეპიდემიის მართვა მოითხოვს „რისკების შესახებ აქტიურ კომუნიკაციას“, <sup>21</sup> - რომხრივ დინამიკურ, პროგრესირებად საინფორმაციო სტრატეგიას ვირუსული აფეთქების მომენტიდან, რომელიც ითვალისწინებს შემდეგ ასპექტებს:

1. საზოგადოებისთვის ხელისუფლების მიერ ინფორმაციის მიწოდება საფრთხის ხასიათისა და დამცავი ზომების შესახებ;
2. კოლექტიური თუ ინდივიდუალური შიშების გაანალიზება;
3. ჭორების მენეჯმენტი, რომელიც პირველ ეტაპზე მოიაზრებს დეზინფორმაციის „მოსმენას“, მის ანალიზს და შემდგომში მათ დაუყოვნებლივ შესწორებას.<sup>22</sup>

ამის გათვალისწინებით, მიზანშეწონილია ინფორმაციის გავრცელება იმ ფორმით, რომელიც მორგებულია სხვადასხვა აუდიტორიის საჭიროებებზე და მიზნად ისახავს გამოსწორებას და არა - სასჯელს. დამატებით აღსანიშნავია, რომ სახელმწიფოებმა ჯანდაცვის პოლიტიკა უნდა განახორციელონ ადამიანის ფუნდამენტურ უფლებებთან თანხვედრაში.<sup>23</sup>

ადამიანის უფლებათა საბჭოს 21/12 და გაეროს გენერალური ასამბლეის 68/163 რეზოლუციით, ნათლად არის წარმოჩენილი თავისუფალი მედიის როლი დემოკრატიის შენებასა და ეფექტიანი მმართველობის დამყარებაში. ორივე ორგანო ნათლად აღიარებს ჟურნალისტიკის კრიტიკულ როლს და ადგენს სტანდარტს, რომ როგორც პრაქტიკულად, ასევე ვირტუალურ გარემოში (ინტერნეტ სივრცეში) გარანტირებული უნდა იყოს გამოხატვის თავისუფლება. საბჭოს მიერ დადგენილია, რომ აზრისა და გამოხატვის

<sup>19</sup> ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს დასაშვებობის შესახებ გადაწყვეტილება საქმეზე Sdruzeni Jiboceske v Czech Republic, 2006 წლის 10 ივლისი.

<sup>20</sup> საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს #2/2-389 გადაწყვეტილება საქმეზე „საქართველოს მოქალაქე მაია ნათაძე და სხვები საქართველოს პარლამენტისა და საქართველოს პრეზიდენტის წინააღმდეგ“, II თავი, 2007 წლის 26 ოქტომბერი, § 13.

<sup>21</sup> WHO, Managing Epidemics: Key Facts about Major Deadly Diseases (Geneva, 2018), გვ 34.

<sup>22</sup> იქვე.

<sup>23</sup> მუხლი 3 (1) International Health Regulations, WHO, (2005).

თავისუფლება განუყოფელი პირობებია პიროვნული და საზოგადოებრივი განვითარებისთვის. ეს პრინციპები გადამდები დაავადებების ფონზეც კი მტკიცე რჩება.<sup>24</sup>

ამდენად, კანონიერების, აუცილებლობისა და პროპორციულობის პრინციპები ვრცელდება ყველა მოცემულ გარემოებაში, მათ შორის COVID-19-ის გავრცელების დროს საზოგადოებრივი ჯანმრთელობის საფრთხის მოგვარების მცდელობების კონტექსტში. საერთაშორისო პაქტი სამოქალაქო და პოლიტიკურ უფლებებზე განსაკუთრებულ ღირებულებად აღიარებს გამოხატვის თავისუფლებას, რომელიც ასევე საზოგადოებრივი ჯანდაცვის პოლიტიკის განვითარების ერთ-ერთი მნიშვნელოვანი ინსტრუმენტია.<sup>25</sup> ჩვენ შესაძლოა, ასევე ვიმსჯელოთ გამოხატვის თავისუფლების შეზღუდვის ლეგიტიმურობაზე, თუნდაც საგანგებო მდგომარეობის პერიოდში. ამდენად, სახელმწიფოებმა მაქსიმალურად უნდა დაიცვან გამოხატვის თავისუფლება.<sup>26</sup>

ჯანდაცვითი კრიზისი, როგორცაა პანდემია, არ უნდა გავიგოთ როგორც ინფორმაციის ხელმისაწვდომობის შემზღუდავი ფაქტორი ან თითქმის მთავრობა ანგარიშვალდებული აღარ არის, მოქმედებდეს თავისი ხალხის საუკეთესო ინტერესების შესაბამისად. პირიქით, საზოგადოებრივი ჯანმრთელობისთვის შექმნილი საფრთხე აძლიერებს ეპიდემიასთან პროფილურად დაკავშირებულ ინფორმაციაზე თავისუფალი წვდომის არგუმენტებს, რადგან საზოგადოებამ მხოლოდ დაავადების მიერ გამოწვეული საფრთხის ცოდნით შეიძლება მიიღოს შესაბამისი გადაწყვეტილებები ჯანმრთელობის დაცვის შესახებ. აქვე აღსანიშნავია ის მეთოდი, რომელიც ეპიდემიის თუ სხვა მსოფლიო გამოწვევის ეტაპზე სახელმწიფოს ანიჭებს უფლებამოსილებას, შეზღუდოს კონკრეტული უფლებები.

## **2. პანდემია, როგორც გამოხატვის თავისუფლების გამოწვევა – სახელმწიფო პრაქტიკა**

გემოთ მსჯელობისას, არაერთხელ დადასტურდა, რომ მედია არის საზოგადოების მთავარი ინსტრუმენტი, რათა გააცნობიეროს აქტუალური საკითხები და მიხედეს, თუ როგორ უნდა მართოს პრობლემატური საკითხები. ინფორმაციაზე წვდომის შეზღუდვა ხელს უშლის ინფორმაციის გაზიარების მნიშვნელოვან ელემენტს.<sup>27</sup> გარკვეული თემების ნებისმიერი წინასწარი შეზღუდვა, მედიასაშუალებების დახურვა ან ინტერნეტ კომუნიკაციის პლატფორმებზე წვდომის სრული დაბლოკვა მოითხოვს ფრთხილად შესწავლას და გამართლებულია მხოლოდ გამონაკლის შემთხვევაში.<sup>28</sup>

<sup>24</sup> Human Rights Committee, General Comment No. 34, 2011 წელი, § 2.

<sup>25</sup> The Inter-American Legal Framework regarding the Right to Freedom of Expression, Inter-American Commission on Human Rights, 2009 წელი, გვ. 11, ხელმისაწვდომია აქ: [http://www.oas.org/en/iachr/expression/docs/publications/inter-american legal framework of the right to freedom of expression final portada.pdf](http://www.oas.org/en/iachr/expression/docs/publications/inter-american%20legal%20framework%20of%20the%20right%20to%20freedom%20of%20expression%20final%20portada.pdf) [უკანასკნელად გადამოწმდა 2020 წლის 30 სექტემბერს].

<sup>26</sup> Human Rights Committee, General Comment No. 29, 2001 წელი, on derogations from provisions of the Covenant during a state of emergency, პარაგრაფები 5 და 8.

<sup>27</sup> WHO, managing epidemics, 2018 წელი, გვ.გვ. 34 და 47, ხელმისაწვდომია აქ: <https://www.who.int/emergencies/diseases/managing-epidemics-interactive.pdf?ua=1> [უკანასკნელად გადამოწმდა 2020 წლის 30 სექტემბერს].

<sup>28</sup> ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს გადაწყვეტილება საქმეზე no. 33348/96, Cumpăna and Mazăre v. Romania [GC], 2004 წელი, § 118.

როგორც ზემოთ აღინიშნა, ჟურნალისტიკა, საზოგადოებისთვის ინფორმაციის მიწოდების კუთხით, თამაშობს ნიშანდობლივ როლს, რომელიც ნებას რთავს საზოგადოებას, მოიძიოს და ჰქონდეს წვდომა ისეთ ინფორმაციაზე, რომელიც შესაძლებლობას აძლევს, ჯანდაცვის მხრივ, დაიცვას საკუთარი თავი. სწორედ ეს არის მედიის ფასდაუდებელი მონაპოვარი დღევანდელი საზოგადოებისთვის.<sup>29</sup>

ევროპის საბჭოს რამდენიმე ქვეყანამ მიიღო ზომები (კრიმინალიზება) ცრუ ინფორმაციის გავრცელების თავიდან აცილების მიზნით, თუმცა ძირითად შემთხვევებში, ეს ზომები ვერ შეფასდება როგორც დემოკრატიულ პრინციპებთან შესაბამისი.<sup>30</sup>

გაერთიანებული ერების ორგანიზაციის, ევროპის უშიშროებისა და თანამშრომლობის ორგანიზაციისა და ადამიანის უფლებათა ინტერ-ამერიკული კომისიის ერთობლივი განცხადების მიხედვით:

„პანდემიასთან დაკავშირებული ინფორმაციის კრიმინალიზაციის მცდელობამ შეიძლება გამოიწვიოს უნდობლობა ინსტიტუციონალური ინფორმაციის მიმართ, საიმედო ინფორმაციაზე წვდომის შეჩერება და გამოხატულ თავისუფლებაზე ნეგატიური გავლენა.“<sup>31</sup>

სხვა სიტყვებით რომ ვთქვათ, დეზინფორმაციის კრიმინალიზება არაპროპორციულია, ვერ ამართლებს ინფორმაციის შემცირების მიზანს, პირებს ართმევს ინფორმაციის გაზიარების უფლებას, რომელიც შესაძლოა სასიცოცხლო მნიშვნელობის იყოს. მიუხედავად ამისა, კრიზისის პერიოდში, მაგალითად, უნგრეთმა სისხლისსამართლებრივი ნორმებით დაიწყო ბრძოლა დეზინფორმაციის წინააღმდეგ. ეს ნორმები გამოხატვის თავისუფლებასთან მიმართებით მეტად ზოგადი ხასიათისაა და შეიცავს არაპროპორციულ სასჯელებს.<sup>32</sup>

მედიის თავისუფლების და მიუკერძოებლობის უზრუნველყოფის კვალდაკვალ, ნიშანდობლივია, ასევე, გარანტირებული იყოს საზოგადოებისთვის სანდო ინფორმაციაზე

<sup>29</sup> Human Rights Committee, General Comment No. 34, 2011 წელი, პარაგრაფი 13, ხელმისაწვდომია აქ: <https://www2.ohchr.org/english/bodies/hrc/docs/gc34.pdf> [უკანასკნელად გადამოწმდა 2020 წლის 30 სექტემბერს].

<sup>30</sup> ევროპის საბჭო, საჯარო განმარტება: “Press freedom must not be undermined by measures to counter disinformation about COVID-19”, 2020 წლის 3 აპრილი, ხელმისაწვდომია აქ: <https://www.coe.int/en/web/commissioner/-/press-freedom-must-not-be-undermined-by-measures-to-counter-disinformation-about-covid-19> [უკანასკნელად გადამოწმდა 2020 წლის 2 ნოემბერს].

<sup>31</sup> International experts - “COVID-19: Governments must promote and protect access to and free flow of information during pandemic – international experts”, 2020 წლის 19 მარტი, [საჯარო განცხადება], ხელმისაწვდომია აქ:

<https://www.ohchr.org/en/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=25729&LangID=E> [უკანასკნელად გადამოწმდა 2020 წლის 30 სექტემბერს].

<sup>32</sup> Amendment to Section 337 of the Hungarian criminal code, Walker Shaun, იხ. “Hungarian journalists fear coronavirus law may be used to jail them”, The Guardian, 2020 წლის 3 აპრილი, ხელმისაწვდომია აქ: <https://www.theguardian.com/world/2020/apr/03/hungarian-journalists-fear-coronavirus-law-may-be-used-to-jail-them> [უკანასკნელად გადამოწმდა 2020 წლის 30 სექტემბერს].

The Commission, “Democracy cannot work without free and independent media and that respect for freedom of expression and legal certainty are essential during such times.” 2020 წლის 31 მარტი, [საჯარო განცხადება], ხელმისაწვდომია აქ: [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/STATEMENT\\_20\\_567](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/STATEMENT_20_567) [უკანასკნელად გადამოწმდა 2020 წლის 30 სექტემბერს].

წვდომა. უფრო მეტიც, 2000 წელს გაეროს და რეგიონალურმა ექსპერტებმა გამოხატვის თავისუფლებაზე საერთო დეკლარაციით განაცხადეს, რომ საჯარო უწყებებმა, ინფორმაციაზე მოთხოვნის გარეშე, პროაქტიულად უნდა გამოაქვეყნონ საზოგადოებრივი ინტერესის მქონე ინფორმაცია, მათი მოპოვების თარიღი და წარმომავლობის წყარო.<sup>33</sup>

Human Rights Watch-ის განმარტებით, გარანტირებული უნდა იყოს ინფორმაციაზე ხელმისაწვდომობა. აღნიშნული კონკრეტული ჯგუფებისთვის გულისხმობს, მათი საჭიროებების გათვალისწინებით, მათთვის მორგებული ფორმითა და პროცედურებით ინფორმაციის მიწოდებას.<sup>34</sup>

გემოხსენებული საფრთხეების პრაქტიკულ გამოვლინებებს რომ ჩავუღრმავდეთ, საინტერესო იქნება, გავანალიზოთ რუსეთისა და ჩინეთის მაგალითები პანდემიის პირობებში ინფორმაციის მართვის შესახებ. აქვე არ უნდა დაგვავიწყდეს, რომ მსოფლიოს მასშტაბით, თავიანთი საქმიანობის განხორციელების მოტივით 250-ზე მეტი ჟურნალისტია დაკავებული და რომ თავისუფლებაზე მზღუდული პირები ერთ-ერთი ყველაზე მოწყვლადები არიან ვირუსის პერიოდში.<sup>35</sup>

## *2.1. მთავრობამ უკეთ იცის - ჩინეთისა და რუსეთის კომუნისტური პოლიტიკის ანალოგი*

ზოგადი ფონის აღსაქმელად, თუ რა დამოკიდებულება არსებობს ჩინეთსა და გამოხატვის თავისუფლებას შორის, უნდა აღინიშნოს, რომ Reporters Without Borders (RSF)-ის 2017 წლის ანგარიშით, ჩინეთი ისევ ითვლებოდა რეპორტიორებისთვის მსოფლიოს ყველაზე დიდ ციხედ. ეს ანგარიში ასევე ყურადღებას ამახვილებს „ციხის“ მომაკვდინებელ პირობებზე.<sup>36</sup> ამავე ორგანიზაციის 2020 წლის მონაცემებით, მედიის თავისუფლების ინდექსით, ჩინეთი 180 სახელმწიფოდან 177-ე ადგილზეა.<sup>37</sup>

<sup>33</sup> UN Commission on Human Rights, Report of the Special Rapporteur on the Promotion and Protection of the Right to Freedom of Opinion and Expression, submitted in accordance with Commission resolution 1999/36, 2000 წლის 18 იანვარი, E/CN.4/2000/63, პარაგრაფი 44, ხელმისაწვდომია აქ: <https://www.refworld.org/docid/3b00f3e10.html> [უკანასკნელად გადამოწმდა 2020 წლის 30 სექტემბერს]; UN General Assembly, Promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression (2013) A/68/362 პარაგრაფი 76, ხელმისაწვდომია აქ: <https://undocs.org/A/68/362> [უკანასკნელად გადამოწმდა 2020 წლის 30 სექტემბერს].

<sup>34</sup> Human Rights Watch, "Human Rights Dimensions of COVID-19 Response", 2020 წლის 19 მარტი, ხელმისაწვდომია აქ: <https://www.hrw.org/news/2020/03/19/human-rights-dimensions-covid-19-response> [უკანასკნელად გადამოწმდა 2020 წლის 2 ნოემბერს].

<sup>35</sup> Committee to Protect Journalists, 2020 წლის 30 მარტი 2020, "Release all jailed journalists now", (საჯარო განცხადება), ხელმისაწვდომია აქ: <https://cpj.org/2020/03/release-all-jailed-journalists-now/> [უკანასკნელად გადამოწმდა 2020 წლის 30 სექტემბერს]

WHO, "Preventing COVID-19 outbreak in prisons: a challenging but essential task for authorities", 2020 წლის 23 მარტი, ხელმისაწვდომია აქ: <https://www.euro.who.int/en/health-topics/health-emergencies/coronavirus-covid-19/technical-guidance/2020/preparedness,-prevention-and-control-of-covid-19-in-prisons-and-other-places-of-detention,-15-march-2020> [უკანასკნელად გადამოწმდა 2020 წლის 30 სექტემბერს].

<sup>36</sup> Radio Free Asia, 2017 წლის 20 დეკემბერი, "China is 'world's biggest prison' for journalists, bloggers: Report", ხელმისაწვდომია აქ: <https://www.refworld.org/docid/5a942812a.html> [უკანასკნელად გადამოწმდა 2020 წლის 30 სექტემბერს]

<sup>37</sup> Reporters Without Borders. 2020 WORLD PRESS FREEDOM INDEX, 2020 წლის 15 მაისი, ხელმისაწვდომია აქ: <https://rsf.org/en/ranking> [უკანასკნელად გადამოწმდა 2020 წლის 30 სექტემბერს]

მიუხედავად იმისა, რომ ამ ეტაპზე სათუთა ვირუსის წარმომავლობა, განსაკუთრებულ ყურადღებას იპყრობს უხანის ცენტრალური საავადმყოფოს მედიკოსის ლი ვენლიანის ისტორია. მან ჯერ კიდევ 2019 წლის დეკემბრის ბოლოს, მწვავე რესპირატორული სინდრომის (SARS) მქონე პაციენტის შესახებ გააფრთხილა კოლეგები. ადგილობრივმა ხელისუფლებამ იგი დაუყოვნებლივ „გააჩუმა“ და „ჭორების გავრცელების“ გამო დასაჯა. მოვლენები ისეთი ფორმატით განვითარდა, რომ მედიკოსი COVID-19-ს თვითონ შეეწირა.<sup>38</sup>

პოლიტიკურ პროცესებში მოჰყვა უცხოური გამოცემები New York Times (NYT), Wall Street Journal (WSJ) და Washington Post. მათ აეკრძალათ ჩინეთის ტერიტორიაზე საქმიანობის განხორციელება. ხელისუფლებამ სამ მედიასაშუალებას, მათ შორის Voice of America-სა და Time-ს ჩინეთში მათი ოპერაციების შესახებ დეტალების მიწოდება მოსთხოვა.<sup>39</sup> ამას ემატება ჩინეთის მთავრობის წევრების კონსპირაციული თეორიები ვირუსსა და ამერიკის არმიას შორის კავშირზე;<sup>40</sup> და რომ იტალიის საზღვრებში ვირუსი უკვე გავრცელებული იყო, სანამ ჩინეთში სამედიცინო პერსონალი მას შეამჩნევდა.<sup>41</sup>

---

ინტერნეტ პლატფორმა WeChat-ის გამოყენება საზღვარგარეთში მიზნებისთვის, Wang, Yaqiu, "How China's censorship machine crosses borders — and into Western politics," Human Rights Watch, 2019 წლის 20 თებერვალი, გვ. 2-4, ხელმისაწვდომია აქ: <https://www.hrw.org/news/2019/02/20/how-chinas-censorship-machine-crosses-borders-and-western-politics> [უკანასკნელად გადამოწმდა 2020 წლის 30 სექტემბერს].

<sup>38</sup> Amnesty International, "China: Doctor's death highlights human rights failings in coronavirus outbreak" [საჯარო განცხადება], 2020 წლის 7 თებერვალი, ხელმისაწვდომია აქ: <https://www.amnesty.org/en/latest/news/2020/02/china-doctor-death-highlights-human-rights-failings-in-coronavirus-outbreak/>; Wang, Ivian, "They Documented the Coronavirus Crisis in Wuhan. Then They Vanished." The New York Times, 2020 წლის 21 თებერვალი, ხელმისაწვდომია აქ: <https://www.nytimes.com/2020/02/14/business/wuhan-coronavirus-journalists.html>, იხილეთ ასევე "Lawyer Chen Qiushi documenting coronavirus epicentre disappears", 2020 წლის 10 თებერვალი, ხელმისაწვდომია აქ: <https://www.youtube.com/watch?v=Iwpr55PZEJ8>; Reporters Without Borders (RSF), "RSF urges China to stop censoring information about coronavirus epidemic" [საჯარო განცხადება], 2020 წლის 28 თებერვალი, ხელმისაწვდომია აქ: <https://rsf.org/en/news/rsf-urges-china-stop-censoring-information-about-coronavirus-epidemic> [ბმულები უკანასკნელად გადამოწმდა 2020 წლის 30 სექტემბერს].

<sup>39</sup> Reporters Without Borders (RSF), "Coronavirus : mass expulsion of foreign correspondents further cripples freedom of information in China" [საჯარო განცხადება], 2020 წლის 27 მარტი, ხელმისაწვდომია: <https://rsf.org/en/news/coronavirus-mass-expulsion-foreign-correspondents-further-cripples-freedom-information-china> [უკანასკნელად გადამოწმდა 2020 წლის 26 ნოემბერს] იხ. ასევე Bill Birtles, "In the midst of the coronavirus pandemic, China forces out foreign reporters", ABC Australia, 2020 წლის 9 მაისი, ხელმისაწვდომია აქ: <https://www.abc.net.au/news/2020-05-09/china-kicks-out-foreign-journalists-during-coronavirus-crisis/12227782> [უკანასკნელად გადამოწმდა 2020 წლის 26 ნოემბერს]

<sup>40</sup> Myers, Steven Lee – „Myers "China Spins Tale That the U.S. Army Started the Coronavirus Epidemic," The New York Times, 2020 წლის 13 მარტი, მოპოვებული - 2020 წლის 13 მაისს, ხელმისაწვდომია აქ: <https://www.nytimes.com/2020/03/13/world/asia/coronavirus-china-conspiracy-theory.html> [უკანასკნელად გადამოწმდა 2020 წლის 30 სექტემბერს].

Wintour, Patrick, „France summons Chinese envoy after coronavirus 'slur'" The Guardian, 2020 წლის 15 აპრილი, ხელმისაწვდომია აქ: <https://www.theguardian.com/world/2020/apr/15/france-summons-chinese-envoy-after-coronavirus-slur> [უკანასკნელად გადამოწმდა 2020 წლის 30 სექტემბერს].

<sup>41</sup> Reporters Without Borders (RSF), "Beware of China's coronavirus disinformation, RSF says", 2020 წლის 18 აპრილი, ხელმისაწვდომია აქ: <https://rsf.org/en/news/beware-chinas-coronavirus-disinformation-rsf-says> [უკანასკნელად გადამოწმდა 2020 წლის 28 ნოემბერს]; Tang Didi, "Beijing twisted my words on coronavirus's Italian origin, says scientist Giuseppe Remuzzi", The Times, 2020 წლის 26 მარტი, ხელმისაწვდომია აქ: <https://www.thetimes.co.uk/article/beijing-twisted-my-words-on->



ამდენად, საერთაშორისო ორგანიზაციების მოწოდებების მიუხედავად, ჩინეთი, გამოხატვის თავისუფლების შეზღუდვით, მაინც განაგრძობს ავტორიტარული და კომუნისტური რეჟიმის შენარჩუნებას და მისთვის უფრო დიდი ძალის მინიჭება.<sup>42</sup>

სტატიის ამოსავალი წერტილია იმის მიმოხილვა, თუ რა სტანდარტებს უნდა აკმაყოფილებდეს სახელმწიფო პანდემიის ინფორმაციული მართვის ასპექტში და არა - მისი საერთაშორისო პასუხისმგებლობის თემების განხილვა. ამდენად, ამ საკითხს საფუძვლიანად ავტორი არ განიხილავს, თუმცა ნამდვილად მისასალმებელია ის პოლიტიკური ბერკეტები, რომელთაც წლების განმავლობაში ამერიკა ჩინეთის წინააღმდეგ მიმართავს.<sup>43</sup>

როდესაც სახელმწიფოებრივ დონეზე იზღუდება გამოხატვის თავისუფლება, კერძოდ, ხდება სისხლისსამართლებრივი ბერკეტების გამოყენება, „გაჩუმების მუქარა“, სისხლისსამართლებრივი საპროცესო მოქმედებების გადამეტებით კრიტიკული აზრის ჩახშობა, უცხოური მედია საშუალებების ქვეყნიდან „გაყრის“ მოტივით საიმიგრაციო პოლიტიკით მანიპულირება და კონსპირაციული თეორიების გავრცელება, ცალსახაა, რომ ჩინეთში უფრო ღვივდება ავტორიტარული რეჟიმის მოქმედება და ხელისუფლების უზურპაცია.

როდესაც კომუნისტურ და ავტორიტარულ რეჟიმზე ვსაუბრობთ, მხედველობიდან არ უნდა გამოგვრჩეს ჩვენი ჩრდილოელი ოკუპანტი მეზობელი რუსეთი. ზოგადი ფონის აღსაქმელად, თუ რა მიმართებაა რუსეთსა და დებინფორმაციულ კამპანიას შორის, საჭიროა, ვახსენოთ ევროკავშირის პოლიტიკა ჰიბრიდულ ომთან დაკავშირებით, რომლის განხორციელებაც რუსეთის მიერ უკრაინის აღმოსავლეთი ტერიტორიის სამხედრო ოკუპაციის შედეგად დაიწყო. უფრო კონკრეტულად კი, ევროკავშირის საგარეო ქმედების სამსახურში (EEAS) 2015 წელს შეიქმნა სპეციალური პროგრამა „აღმოსავლეთ სტრატკომი“ (East StratCom Task Force) „EUvsDisinfo“.<sup>44</sup> 2020 წლის 18 მაისის მონაცემებით, აღნიშნული პროგრამის ფარგლებში, რუსეთის ხელისუფლების

---

coronaviruss-italian-origin-says-scientist-giuseppe-remuzzi-6twwhkrvn [უკანასკნელად გადამოწმდა 2020 წლის 28 ნოემბერს].

<sup>42</sup> Rankin, Jennifer, "EU says China behind 'huge wave' of Covid-19 disinformation" The Guardian, 2020 წლის 10 ივნისი, ხელმისაწვდომია აქ: <https://www.theguardian.com/world/2020/jun/10/eu-says-china-behind-huge-wave-covid-19-disinformation-campaign>; Amnesty International, "Global: Crackdown on journalists weakens efforts to tackle COVID-19," (საჯარო განცხადება), 2020 წლის 1 მაისი, ხელმისაწვდომია აქ: <https://www.amnesty.org/en/latest/news/2020/05/global-crackdown-on-journalists-weakens-efforts-to-tackle-covid19/>; Reporters without Borders, "CORONAVIRUS: We need reliable news more than ever – act now!" (საჯარო განცხადება), 2020 წლის 7 მაისი, ხელმისაწვდომია აქ: <https://rsf.org/en/campaigns/coronavirus-we-need-reliable-news-more-ever-act-now>; IFJ Launches Global Platform for Quality Journalism, ხელმისაწვდომია აქ: <https://www.ifj.org/media-centre/news/-detail/category/world-press-freedom-day-2020/article/ifj-launches-global-platform-for-quality-journalism.html> [ბმულები უკანასკნელად გადამოწმდა 2020 წლის 30 სექტემბერს].

<sup>43</sup> Swanson, Ana და Mozur, Paul, "U.S. Blacklists 28 Chinese Entities Over Abuses in Xinjiang," 2019 წლის 7 ოქტომბერი, New York Times, ხელმისაწვდომია აქ: <https://www.nytimes.com/2019/10/07/us/politics/us-to-blacklist-28-chinese-entities-over-abuses-in-xinjiang.html>; Guardian staff and agencies, „US House approves Uighur Act calling for sanctions on China's senior officials," The Guardian, 2019 წლის 4 დეკემბერი, ხელმისაწვდომია აქ: <https://www.theguardian.com/world/2019/dec/04/us-house-approves-uighur-act-calling-for-sanctions-on-chinas-politburo-xinjiang-muslim> [ბმულები უკანასკნელად გადამოწმდა 2020 წლის 30 სექტემბერს].

<sup>44</sup> იხილეთ დეტალურად: EUvsDisinfo website, ხელმისაწვდომია აქ: <https://euvsdisinfo.eu/about/> [უკანასკნელად გადამოწმდა 2020 წლის 30 ოქტომბერს].

მიმართ დადებითად განწყობილი მედია საშუალებების მიერ გავრცელებული 500-მდე ცრუ ინფორმაცია ფიქსირდება.<sup>45</sup>

რუსეთში, 2020 წლის თებერვლის ბოლო პერიოდიდან აპრილის თვის ჩათვლით, COVID-19-ის პირველი შემთხვევის გამოვლენის მომენტიდანვე შეინიშნებოდა მეტად დამაფიქრებელი მონაცემები, განსხვავებით ქვეყნის მოსახლეობის რაოდენობის მსგავსი ბრაზილიისა და ამერიკის მონაცემებისგან.<sup>46</sup> გამომდინარე იქიდან, რომ ეს საკითხები მედიის მხრიდან დიდი ყურადღების ცენტრშია და ბევრიც იწერება რუსეთის მიერ პანდემიის მართვაზე, კრემლის შეზღუდვებით, პანდემიის შესახებ სახიფათო დებინფორმაციის გავრცელებისთვის პირს შესაძლოა, 5 წლამდე თავისუფლების აღკვეთა მიესაჯოს.<sup>47</sup> ამას ასევე ერთვის გაზრდილი ადმინისტრაციული ჯარიმები 127 ათასი დოლარის ოდენობამდე.<sup>48</sup> ცენზურის გარდა, აღსანიშნავია რუსეთის მწყრალი დამოკიდებულება უცხოური გამოცემების კრიტიკული პოზიციის მიმართ, რომლებიც სამთავრობო დებინფორმაციულ კამპანიაზე ალაპარაკდნენ. ერთ-ერთი ასეთი მაგალითია ამერიკის ხმის გამოცემა, რომლის სტატია შეეხებოდა რუსეთის მასშტაბით კორონავირუსით გარდაცვლილთა ნამდვილ რიცხვებს და მის შეუსაბამობას სამთავრობო სტატისტიკასთან.<sup>49</sup> რუსეთის მედიარეგულატორის განცხადებით, მსგავსი სტატიები საზოგადოებას მოუწოდებდა ამბოხისკენ, ექსტრემისტული აქტივობებისკენ.<sup>50</sup> თუ ჩავუღრმავდებით სტატიის შინაარსს, იგი ეხება სტატისტიკური მონაცემების ანალიზს, რომელიც სხვა მედიასაშუალებების მიერ ჩატარებულ კვლევას ეხმიანება და არ იკვეთება მსგავსი სახის პოლიტიკური გადატრიალებისკენ მოწოდებები. აქვე საყურადღებოა ოპოზიციუ-

<sup>45</sup> EEAS SPECIAL REPORT UPDATE: SHORT ASSESSMENT OF NARRATIVES AND DISINFORMATION AROUND THE COVID-19 PANDEMIC (UPDATE 23 APRIL – 18 MAY), 2020 წლის 18 მაისი, გვ. 2, ხელმისაწვდომია აქ: <https://euvsdisinfo.eu/uploads/2020/05/EEAS-Special-Report-May-1.pdf> [უკანასკნელად გადამოწმდა 2020 წლის 30 სექტემბერს].

<sup>46</sup> Chief freelance infectious diseases specialist of the Ministry of Health Elena Malinnikova, explained the low mortality from coronavirus in Russia, (საჯარო განცხადება), 2020 წლის 4 მაისი, ხელმისაწვდომია აქ: <https://iz.ru/1007510/2020-05-04/spetsialist-obiasnila-nizkuiu-smertnost-ot-koronavirusa-v-rossii> [უკანასკნელად გადამოწმდა 2020 წლის 30 სექტემბერს]; Sepkowitz, Kent, "Why is Russia's Covid-19 mortality rate so low?" CNN, 2020 წლის 13 მაისი, ხელმისაწვდომია აქ <https://edition.cnn.com/2020/05/13/opinions/russia-low-covid-19-mortality-rate-sepkowitz/index.html> [უკანასკნელად გადამოწმდა 2020 წლის 30 სექტემბერს].

<sup>47</sup> Rainsford, Sarah, "Coronavirus: Russia includes jail terms to enforce crackdown," BBC, 2020 წლის 31 მარტი, ხელმისაწვდომია აქ: <https://www.bbc.com/news/world-europe-52109892> [უკანასკნელად გადამოწმდა 2020 წლის 30 სექტემბერს].

<sup>48</sup> Committee to Protect Journalists, "Russian media regulator orders 2 outlets to take down COVID-19 reports," (საჯარო განცხადება), 2020 წლის 24 მარტი, ხელმისაწვდომია აქ: <https://cpj.org/2020/03/russian-media-regulator-orders-2-outlets-to-take-d.php> [უკანასკნელად გადამოწმდა 2020 წლის 30 სექტემბერს].

<sup>49</sup> Roskomnadzor, Russian Media Regulator, "Roskomnadzor demanded that the media and social networks remove false information about the coronavirus" (საჯარო განცხადება), 2020 წლის 24 მარტი, ხელმისაწვდომია აქ: <https://www.rkn.gov.ru/news/rsoc/news72366.htm> [უკანასკნელად გადამოწმდა 2020 წლის 30 სექტემბერს].

Associated Press, "Fake News or the Truth? Russia Cracks Down on Virus Postings," ამერიკის ხმა, 2020 წლის 1 აპრილი, ხელმისაწვდომია აქ: <https://www.voanews.com/europe/fake-news-or-truth-russia-cracks-down-virus-postings> [უკანასკნელად გადამოწმდა 2020 წლის 30 სექტემბერს].

<sup>50</sup> Russia's Media Regulator Asks Google To Block Article Questioning Coronavirus Death Toll, (საჯარო განცხადება), 2020 წლის 15 მაისი, ხელმისაწვდომია აქ: <https://www.rferl.org/a/russia-s-media-regulator-requests-google-block-article-questioning-coronavirus-death-toll/30613809.html?fbclid=IwAR3-TgkQGU8PSqUyelsZLH85IxivQbIKPmO9c-ZZ9uuRWwPCc038I2GEGSo> [უკანასკნელად გადამოწმდა 2020 წლის 30 სექტემბერს].

რად განწყობილი „Novaya Gazeta“-ს ჟურნალისტიკა და მრჩეველის დაკავების ფაქტიც. ამ გამოცემის წინააღმდეგ მიმართული სახელმწიფოებრივი ცენზურის პოლიტიკა და წაგებული საქმეები არც პირველი იყო და არც უკანასკნელი.<sup>51</sup>

ყველაფერთან ერთად, მიზანმიმართულ დისკრედიტაციასთან გვაქვს საქმე, როდესაც ვსაუბრობთ რუსულ პროპაგანდაზე ლუგარის ლაბორატორიის წინააღმდეგ.<sup>52</sup> საქართველოს ტერიტორიაზე მდებარე ლუგარის ლაბორატორიის კრიტიკა და კონსპირაციული თეორიები არც პირველია და არც უკანასკნელი.<sup>53</sup> ანალოგიური ცრუ ინფორმაციები ვრცელდება მოლდოვის, სომხეთის და უკრაინის ლაბორატორიების საქმიანობაზე.<sup>54</sup>

ვინაიდან რუსეთი 1998 წლიდან არის ევროპული კონვენციის ხელშემკვრელი მხარე, შეგვიძლია ვივარაუდოთ, რომ 3-4 წლის ინტერვალში, ვიხილავთ რუსეთის ხელისუფლების წინააღმდეგ საკუთარი დემინფორმაციული პოლიტიკისა და თავისუფალი მედიის ჩაგვრის ასპექტში აღძრულ საქმეებს,<sup>55</sup> იმ მოცემულობის გათვალისწინებით,

<sup>51</sup> EUvsDesinfo, დემინფორმაციასთან ბრძოლის ევროკავშირის პროგრამა, DISINFO: COVID-19 without Independent Journalism (საჯარო განცხადება), 2020 წლის 6 მაისი, ხელმისაწვდომია აქ: <https://euvsdisinfo.eu/covid-19-without-independent-journalism/> [უკანასკნელად გადამოწმდა 2020 წლის 30 სექტემბერს].

<sup>52</sup> იხ. მაგ., ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს გადაწყვეტილება საქმეზე no. 45083/06, Novaya Gazeta and Milashina v. Russia, 3 ოქტომბერი 2017 წელი.

<sup>53</sup> ფაქტ-მეტრი, ინოვაციური მედია პროექტი, Lugar laboratory in Georgia – Russia's traditional rigmarole, (საჯარო განცხადება), 2019 წლის 16 იანვარი, ხელმისაწვდომია აქ: <https://factcheck.ge/en/story/37919-lugar-laboratory-in-georgia-russia-s-traditional-rigmarole> [უკანასკნელად გადამოწმდა 2020 წლის 30 სექტემბერს].

რუსეთის ფედერაციის საგარეო საქმეთა სამინისტრო, საჯარო განცხადება საქართველოში ლუგარის ცენტრის საქმიანობასთან დაკავშირებით, 2020 წლის 26 მაისი, ხელმისაწვდომია აქ: [https://www.mid.ru/ru/foreign\\_policy/news/-/asset\\_publisher/cKNonkJE02Bw/content/id/4138777](https://www.mid.ru/ru/foreign_policy/news/-/asset_publisher/cKNonkJE02Bw/content/id/4138777) [უკანასკნელად გადამოწმდა 2020 წლის 30 სექტემბერს].

<sup>54</sup> საგარეო საქმეთა სამინისტროს პრესისა და ინფორმაციის დეპარტამენტის კომენტარი რუსეთის ფედერაციის განცხადებაზე ლუგარის ცენტრთან დაკავშირებით (საჯარო განცხადება), 2020 წლის 26 მაისი, ხელმისაწვდომია აქ: [https://mfa.gov.ge/News/sagareo-saqmeta-saministros-presisa-da-informa-\(6\).aspx?CatID=5](https://mfa.gov.ge/News/sagareo-saqmeta-saministros-presisa-da-informa-(6).aspx?CatID=5) [უკანასკნელად გადამოწმდა 2020 წლის 30 სექტემბერს].

EUvsDesinfo, დემინფორმაციასთან ბრძოლის ევროკავშირის პროგრამა, DISINFO: SUSPICIOUS AMERICAN MILITARY ACTIVITY IN LUGAR LAB (საჯარო განცხადება), 2020 წლის 1 ივნისი, მოპოვებული - 2020 წლის 15 ივნისს, ხელმისაწვდომია აქ: <https://euvsdisinfo.eu/report/suspicious-american-military-activity-in-lugar-lab/> [უკანასკნელად გადამოწმდა 2020 წლის 30 სექტემბერს].

ამირან გამყრელიძე: 30 წელია რუსეთი ჩვენი მბრძანებელი აღარ არის, რუსმა კოლეგებმა უნდა გაითავისონ (საჯარო განცხადება), 2020 წლის 28 მაისი, ხელმისაწვდომია აქ: [https://www.radiotavisupleba.ge/a/30640007.html?fbclid=IwAR14BiWPPyOjW5CEvnBP7J3gYHdWszcfD\\_iRPqceAr7K38fznNcjUqPOzts](https://www.radiotavisupleba.ge/a/30640007.html?fbclid=IwAR14BiWPPyOjW5CEvnBP7J3gYHdWszcfD_iRPqceAr7K38fznNcjUqPOzts) [უკანასკნელად გადამოწმდა 2020 წლის 30 სექტემბერს]. EUvsDesinfo, დემინფორმაციასთან ბრძოლის ევროკავშირის პროგრამა, DISINFO: AMERICAN BIOLABORATORY IN ARMENIA IS THE EPICENTRE OF THE SPREAD OF NEW CORONAVIRUS IN THE REGION (საჯარო განცხადება), 2020 წლის 9 აპრილი, მოპოვებული - 2020 წლის 28 აპრილს, ხელმისაწვდომია აქ: <https://euvsdisinfo.eu/report/american-biolaboratory-in-armenia-is-the-epicenter-of-the-spread-of-new-coronavirus-in-the-region/> [უკანასკნელად გადამოწმდა 2020 წლის 30 სექტემბერს].

EUvsDesinfo, დემინფორმაციასთან ბრძოლის ევროკავშირის პროგრამა, DISINFO: CORONAVIRUS COULD HAVE BEEN CREATED IN A UKRAINIAN LABORATORY (საჯარო განცხადება), 2020 წლის 25 აპრილი, მოპოვებული - 2020 წლის 28 აპრილს, ხელმისაწვდომია აქ: <https://euvsdisinfo.eu/report/coronavirus-could-be-created-in-a-ukrainian-laboratory/> [უკანასკნელად გადამოწმდა 2020 წლის 30 სექტემბერს].

<sup>55</sup> ამას ემატება ისიც, რომ ევროკავშირის მიერ მიღებული დოკუმენტი დემინფორმაციასთან ბრძოლაში აღიარებს მედია საშუალებების დიდ როლს ცრუ ინფორმაციასთან ბრძოლის კუთხით. ეს დოკუმენტი აგრეთვე, მოუწოდებს ჩინეთსა და რუსეთს გლობალური დემინფორმაციული კამპანიისგან თავის შეკავებისკენ. იხ. EUROPEAN COMMISSION, JOINT COMMUNICATION, Tackling COVID-19 disinformation -

რომ უახლოეს წარსულში მის წინააღმდეგ, გამოხატვის თავისუფლების დარღვევის კუთხით, არაერთი გადაწყვეტილება იყო მიღებული.<sup>56</sup>

ხელისუფლება, პირველ რიგში, კრიტიკული აზრის სამართლებრივი დასჯით, უცხოური გამოცემების გმობით და დეზინფორმაციული კამპანიის აქტიური მხარდაჭერით ისეთი საკანონმდებლო ზომების მიღებით, რომლებიც არაპროპორციულად მიემართება ცრუ ინფორმაციასთან ბრძოლის გამოწვევას, მკაფიოდ მიანიშნებს განსხვავებული აზრის ჩახშობის არა მართო სურვილზე, არამედ პრაქტიკულ იმპლემენტაციაზე. პლურალიზმის პრინციპიდან გამომდინარე, მედიის წყაროების შეზღუდვის ინსტრუმენტი არ უნდა იყოს გამოყენებული ოპოზიციური ძალების სამართავად და ავტორიტარული რეჟიმის გასაღვივებლად. თუმცა, არა მართო რუსული, არამედ სხვა ქვეყნების მაგალითზე, რეალობა აბსოლუტურად საპირისპიროს მეტყველებს.<sup>57</sup>

## 2.2. საგანგებო მდგომარეობის მიმართება ავტორიტარიზმთან

გემოხსენებული სახელმწიფო პრაქტიკების თაოსნობით და ისტორიულ მაგალითებზე დაყრდნობით, შეგვიძლია დავასკვნათ, რომ კრიზისული პერიოდი ხშირად აცდუნებს სახელმწიფოებს სტაბილურობა და საზოგადოებრივი უსაფრთხოების შენარჩუნება ინდივიდუალური უფლებების შეზღუდვის ხარჯზე სცადონ. ევროპის საბჭოს ადამიანის უფლებათა კომისარმა დუნია მიიატოვიჩმა განაცხადა:

„პანდემიის ამ საგანგებო დროში საჭიროა, გადაწყვეტილების მიმღებმა პირებმა დაძლიონ ისეთი ზომების მიღების ცდუნება, რომლებიც შეუსაბამოა ადამიანის უფლებებთან.“<sup>58</sup>

მსოფლიო გამოწვევის საპასუხოდ, ბევრმა სახელმწიფომ მიიღო ზომები, რომლებიც ობიექტურად ემსახურება COVID-19-ის გავრცელების წინააღმდეგ ბრძოლას. საპასუხოდ

---

Getting the facts right, JOIN(2020) 8, Brussels, 2020 წლის 10 ივნისი, გვ. 9, ხელმისაწვდომია აქ: [https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/communication-tackling-covid-19-disinformation-getting-facts-right\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/communication-tackling-covid-19-disinformation-getting-facts-right_en.pdf) [უკანასკნელად გადამოწმდა 2020 წლის 30 სექტემბერს].

რადიო თავისუფლება, EU: Russia, China Undermine Democracy With Coronavirus Disinformation (საჯარო განცხადება), 2020 წლის 10 ივნისი, მოპოვებული 2020 წლის 10 ივნისს, ხელმისაწვდომია აქ: <https://www.rferl.org/a/eu-russia-china-undermine-democracy-with-coronavirus-disinformation-campaigns/30663872.html> [უკანასკნელად გადამოწმდა 2020 წლის 30 სექტემბერს].

<sup>56</sup> ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლო, რუსეთის ფედერაციის შესახებ ანგარიში, გვ. 1, 2020 წლის სექტემბრის განახლება, ხელმისაწვდომია აქ:

[https://www.echr.coe.int/Documents/CP\\_Russia\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/CP_Russia_ENG.pdf) [უკანასკნელად გადამოწმდა 2020 წლის 30 სექტემბერს].

ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს გადაწყვეტილება საქმეებზე no. 15449/09, Margulev v. Russia, 08.10.2019. ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს გადაწყვეტილება საქმეზე no. 52273/07 Stomakhin v. Russia, 09.05.2018.

<sup>57</sup> BBC, Coronavirus: Is pandemic being used for power grab in Europe? (ჟურნალისტური გამოძიება), 2020 წლის 18 აპრილი, ხელმისაწვდომია აქ: <https://www.bbc.com/news/world-europe-52308002> [უკანასკნელად გადამოწმდა 2020 წლის 30 სექტემბერს].

<sup>58</sup> ადამიანის უფლებათა კომისარი, საჯარო განცხადება, „Commissioner urges Poland’s Parliament to reject bills that restrict women’s sexual and reproductive health and rights and children’s right to sexuality education“ 2020 წლის 14 აპრილი, ხელმისაწვდომია აქ:

<https://www.coe.int/en/web/commissioner/-/commissioner-urges-poland-s-parliament-to-reject-bills-that-restrict-women-s-sexual-and-reproductive-health-and-rights-and-children-s-right-to-sexuality?fbclid=IwAR173ivMkNi-eEXxCTueu9cSacgp39MOn2fG2JSupCLBZxGLTjG-saOpAHQ>

[უკანასკნელად გადამოწმდა 2020 წლის 27 ნოემბერს]

რეაქციებიდან ყველაზე ხშირია საგანგებო მდგომარეობის შემოღებით შეზღუდვების დაწესება, მათ შორის, „გადაადგილების, გამოხატვისა და შეკრების თავისუფლებაზე.“<sup>59</sup>

ევროპული სასამართლოს *Lawless v. Ireland* საქმის მიხედვით, საგანგებო მდგომარეობა განიმარტა პრაქტიკულ მოცემულობად, რომელიც საფრთხეს უქმნის ერის სიცოცხლეს. მისი მიხედვით, ეს მოცემულობა ეხება ისეთ კრიზისულ სიტუაციას, რომელიც გავლენას ახდენს იმ საზოგადოების ორგანიზებულ ცხოვრებაზე, რომელიც შეადგენს სახელმწიფოს.<sup>60</sup>

ზემოთ უკვე გვქონდა საუბარი იმაზე, რომ უფლებების შეზღუდვა უნდა გამომდინარეობდეს კანონიერების პრინციპიდან. ამდენად, თუ საგანგებო ვითარებაში ხდება კონკრეტული უფლების შეზღუდვა, იგი ემყარება კონკრეტულ სამთავრობო დადგენილებას, რომელიც შეესაბამება საგანგებო მდგომარეობის დეკრეტს, რომელიც, თავის მხრივ, მიემართება კონსტიტუციურ დანაწესს. ამგვარად, დიახ, შეზღუდვა კანონის საფუძველზეა მიღებული და ვალიდურია.<sup>61</sup>

დღევანდელი და წარსული ისტორიული მაგალითების გათვალისწინებით, რელევანტური იქნება აღინიშნოს, თუ რა მიმართება შეიძლება ჰქონდეს საგანგებო მდგომარეობას ავტორიტარიზმთან და ხელისუფლების უზურპაციასთან. COVID-19-თან გამკლავების მიზნით, უნგრეთში გამოცხადებული საგანგებო ვითარების პერიოდში, აღმასრულებელ ხელისუფლებას ეძლევა ექსკლუზიური უფლებამოსილება, მიიღოს განსაკუთრებული ბომები, მათ შორის, კრიზისის დროს პარლამენტის თანხმობის გარეშე საკანონმდებლო დებულებების შეჩერება ან გაუქმება. სხვა სიტყვებით რომ ვთქვათ, არა საკანონმდებლო შტო, არამედ პრემიერ-მინისტრია ის, ვინც წყვეტს, თუ როდის დამთავრდება საგანგებო მდგომარეობა და მთავრობის ექსკლუზიური უფლებამოსილებები.<sup>62</sup> ანალოგიური სიტუაციაა საქართველოშიც, რომლის დემოკრატიულ სტანდარტებთან ლეგიტიმურობა და შესაბამისობა საკონსტიტუციო სასამართლოს განხილვის დღის წესრიგშია.<sup>63</sup>

პოტენციურად, მთავრობის უფლებამოსილების ასეთი სახით გაზრდა და ხელისუფლების დანაწილების პრინციპის პრაქტიკული გადახვევა იწვევს ხელისუფლების უზურპაციის დიდ რისკს. უპირველესი რისკი ადამიანის უფლებების ნაკლები შეზღუდვის ხარჯზე,

<sup>59</sup> Human Rights Watch, COVID-19 Offers Chance to Address Human Rights Concerns, 2020 წლის 14 აპრილი, ხელმისაწვდომია აქ: <https://www.hrw.org/news/2020/04/14/covid-19-offers-chance-address-human-rights-concerns> [უკანასკნელად გადამოწმდა 2020 წლის 30 სექტემბერს].

<sup>60</sup> ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს გადაწყვეტილებები საქმეებზე (no. 3) *Lawless v. Ireland* 196 წლის 1 ივლისი, გვ. 27, § 28, Series A no. 3.

<sup>61</sup> Greene, Alan, *Permanent States of Emergency and the Rule of Law: Constitutions in an Age of Crisis*, Hart Publishing, 2018, გვ. 69, თავი 3, ხელმისაწვდომია აქ: <https://media.bloomsburyprofessional.com/rep/files/9781509906154sample.pdf> [უკანასკნელად გადამოწმდა 2020 წლის 30 სექტემბერს].

<sup>62</sup> Thorpe, Nick, "Coronavirus: Hungary government gets sweeping powers," BBC, 2020 წლის 30 მარტი, ხელმისაწვდომია აქ: <https://www.bbc.com/news/world-europe-52095500>, [უკანასკნელად გადამოწმდა 2020 წლის 30 სექტემბერს].

<sup>63</sup> „საია ‘ჯანდაცვის შესახებ’ კანონში შეტანილ ცვლილებებს საკონსტიტუციო სასამართლოში ასაჩივრებს,“ რადიო თავისუფლება (საჯარო განცხადება), 2020 წლის 23 მაისი, ხელმისაწვდომია აქ: <https://www.radiotavisupleba.ge/a/საია-ჯანდაცვის-შესახებ-კანონში-შეტანილ-ცვლილებებს-საკონსტიტუციო-სასამართლოში-ასაჩივრებს/30630175.html> [უკანასკნელად გადამოწმდა 2020 წლის 30 სექტემბერს].

უშუალოდ კრიზისული პერიოდის ეფექტიანად მართვაა, რათა არ მივიღოთ ჩინეთის მსგავსი ავტორიტარული ხასიათის აკრძალვები.<sup>64</sup> აგრეთვე, კლასიკურ მაგალითად შეგვიძლია განვიხილოთ დიდი ბრიტანეთის მხრიდან, ტერორიზმთან ბრძოლის კუთხით, საგანგებო მდგომარეობის წესების ფართოდ განმარტება და გავრცელება ყველა ექვმიტანილსა და ბრალდებულზე ჩრდილოეთ ირლანდიაში.<sup>65</sup>

შემდგომ რისკად შეგვიძლია განვიხილოთ პოსტსაგანგებო მდგომარეობის პერიოდი: რეალობა, რომლის დროსაც ხელისუფლება ისევ ხელმძღვანელობს საგანგებო მდგომარეობაში გაგრძელებულ უფლებამოსილებებით და განაგრძობს ამ რეჟიმში ფუნქციონირებას. ამ რეალობის პრაქტიკულ მაგალითად შეგვიძლია განვიხილოთ დღევანდელი თურქეთის სოციალურ-სამართლებრივი მდგომარეობა, თუ რა პოლიტიკური გავლენა იქონია დემოკრატიის პროცესებზე სამხედრო საგანგებო მდგომარეობამ და ხელისუფლების უზურპაციამ.<sup>66</sup> მოვლენები დაიწყო მაშინ, როდესაც 2016 წელს სახელმწიფო გადატრიალების მცდელობის სტაბილიზაციისთვის ქვეყანაში გამოცხადდა სამხედრო საგანგებო მდგომარეობა. ამ პერიოდშივე, ფიქსირდება ხელისუფლების მიმართ კრიტიკული პოზიციის ჩახშობის მცდელობები,<sup>67</sup> რომელიც დღესაც, პანდემიის პირობებში, სხვადასხვა სოციალური მედიაპლატფორმის გაკონტროლების ფორმით ისევ გრძელდება.<sup>68</sup> ამის გარდა, პოსტსაგანგებო მდგომარეობის პერიოდში, თურქეთის სახელმწიფოებრივ სისტემაში ასახვა პოვა ისეთმა სისხლისსამართლებრივმა საპროცესო ნორმებმა, რომლებიც საგანგებო პერიოდში მოქმედებდა.<sup>69</sup> ამას ემატება მუნიციპალიტეტის უფლებამოსილების ზედამხედველობა და ისეთი დემოკრატიული პროცესების გაკონტროლება, როგორიცაა ადგილობრივი არჩევნები.<sup>70</sup>

<sup>64</sup> Gerson, Michael, „Coronavirus might make authoritarianism look like the answer. It's not“ The Washington Post, 2020 წლის 19 მარტი, ხელმისაწვდომია აქ: [https://www.washingtonpost.com/opinions/coronavirus-might-make-authoritarianism-look-like-the-answer-its-not/2020/03/19/ebfc72c0-6a06-11ea-abef-020f086a3fab\\_story.html](https://www.washingtonpost.com/opinions/coronavirus-might-make-authoritarianism-look-like-the-answer-its-not/2020/03/19/ebfc72c0-6a06-11ea-abef-020f086a3fab_story.html) [უკანასკნელად გადამოწმდა 2020 წლის 30 სექტემბერს].

<sup>65</sup> Jabauri, Ana, „Preserving Criminal Justice during a State of Emergency: Derogations from Fair Trial and Due Process Rights under the ICCPR, ECHR and the ACHR,“ Thesis Submitted to the Department of Legal Studies of the Central European University, 2018, გვ. 19.

<sup>66</sup> Human Rights Watch, Turkey: Normalizing the State of Emergency: Draft Law Permits Purging Judges; Prolonged Detention; Curbing Movement, Assembly, 2018 წლის 20 ივლისი, ხელმისაწვდომია აქ: <https://www.hrw.org/news/2018/07/20/turkey-normalizing-state-emergency> [უკანასკნელად გადამოწმდა 2020 წლის 30 სექტემბერს].

<sup>67</sup> Human Rights Watch, (Joint NGO Letter), Turkey: State of emergency provisions violate human rights and should be revoked, 2016 წლის 20 ოქტომბერი, ხელმისაწვდომია აქ: <https://www.amnesty.org/en/documents/eur44/5012/2016/en/> [უკანასკნელად გადამოწმდა 2020 წლის 30 სექტემბერს].

<sup>68</sup> Sinclair-Webb, Emma, „Turkey Seeks Power to Control Social Media,“ Human Rights Watch, 2020 წლის 13 აპრილი, ხელმისაწვდომია აქ: <https://www.hrw.org/news/2020/04/13/turkey-seeks-power-control-social-media> [უკანასკნელად გადამოწმდა 2020 წლის 30 სექტემბერს].

<sup>69</sup> Amnesty International, „Turkey's State of Emergency Ended But The Crackdown on Human Rights Continues“ 2019 წლის 1 თებერვალი, გვ. 1, ხელმისაწვდომია აქ: <https://www.amnesty.org/en/documents/eur44/9747/2019/en/> [უკანასკნელად გადამოწმდა 2020 წლის 30 სექტემბერს].

<sup>70</sup> European Commission for Democracy through Law, Opinion No. 888/ 2017 On the Provisions of the Emergency Decree Law N° 674 Of 1 September 2016, 2017 წლის 9 ოქტომბერი, პარაგრაფი 97, ხელმისაწვდომია აქ: [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2017\)021-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2017)021-e) [უკანასკნელად გადამოწმდა 2020 წლის 30 სექტემბერს].

თუ ჩვენ ვსაუბრობთ იმ პრიმატზე, რომ სამხედრო საგანგებო მდგომარეობის დროს გარანტირებული უნდა იყოს ადამიანის ფუნდამენტური უფლებები, მაშინ *a priori* უნდა ვიდავოთ, რომ ჯანდაცვითი კრიზისის დროს სახელმწიფოებმა უნდა დაიცვან ისეთი ძირეული პრინციპები, როგორებიცაა: ხელისუფლების დანაწილება, დემოკრატიული მმართველობა და პლურალისტული საზოგადოება.<sup>71</sup> წინააღმდეგ შემთხვევაში, თავად ისტორია მეტყველებს იმ სოციალურ-სამართლებრივი მდგომარეობის დამყარების რისკებზე, როდესაც ადამიანის უფლებების დაცვის საკითხი სრულად ავტორიტარული ხელისუფლების კონტროლში იმყოფება. ხელისუფლების ძალის სრული კონცენტრაცია ერთ შტოში, ყოველგვარი ზედამხედველობისა და ბალანსის გარეშე, სრულად გმობს დემოკრატიული საზოგადოების იმ შრომასა და მისწრაფებას, რომ სახელმწიფო პოლიტიკის გადაწყვეტილებები ერთიანი კონსენსუსის და საზოგადოების ჩართულობის უზრუნველყოფით იქნეს მიღებული. ამდენად, როდესაც საქმე ეხება არსებული კონსტიტუციური დანაწესებისგან განსხვავებული რეჟიმის შემოღების დისკრეციას საგანგებო მდგომარეობის დასრულების შემდგომ, იგი „ტეშმარიტი კონსტიტუციის“ პრიმატს არ მიესადაგება.<sup>72</sup>

## დასკვნა

2020 წლის მოვლენებმა საერთაშორისო საზოგადოებას ნამდვილად დაანახა თავისი სუსტი მხარეები ეპიდემიასთან ბრძოლის საკითხზე მყისიერი რეაგირების კუთხით და ის ერთსაუკუნოვანი გაკვეთილი, რომელიც მხედველობიდან გამორჩა. სახელმწიფო ლიდერები და წამყვანი ვირუსოლოგები ამტკიცებენ, რომ მსოფლიო ამიერიდან აღარასდროს იქნება ისეთი, როგორიც ადრე იყო და რომ COVID-19-მა მისცა დასაბამი ისეთ მეცნიერულ გამოწვევებს, რომლებიც უშუალოდ კავშირშია ადამიანის ჯანმრთელობასა და სიცოცხლესთან.

არანაკლებ საინტერესო იყო ადამიანის უფლებების გამოწვევების კუთხით პანდემიის პროცესები. ჩვენ მოგვეცა შესაძლებლობა, ქვეყნების მიერ არჩეული პოლიტიკის სამართლებრივი ანალიზი გაგვეკეთებინა. თავის მხრივ, COVID-19-მა, კიდევ ერთხელ, დაადასტურა გამოხატვის თავისუფლების დიდი როლი პანდემიის პროცესებთან გამკლავების კუთხით.

Ülgen, Sinan, „How Istanbul’s mayoral elections are shaping the future of Erdoğan’s Turkey.“ The Guardian, 2019 წლის 15 მაისი, ხელმისაწვდომია აქ: <https://www.theguardian.com/commentisfree/2019/may/15/istanbul-elections-erdogan-mayor>

[უკანასკნელად გადამოწმდა 2020 წლის 30 სექტემბერს].

<sup>71</sup> Cole, David, The Poverty of Posner’s Pragmatism: Balancing Away Liberty After 9/11, Stanford Law Review, Vol. 59:1735 April 2007, გვ.გვ. 1735-1751.

<sup>72</sup> ჯაბაური ანა, „საგანგებო მდგომარეობა: მოკლე გზა ავტორიტარიზმამდე“, საკონსტიტუციო სამართლის ჟურნალი - 1 (2020) - სპეციალური გამოცემა, 2020 წლის 15 ივნისი, გვ.გვ. 149-177, გვ 167, ხელმისაწვდომია აქ: [https://www.constcourt.ge/files/7/JCL - GEO - VOL 1 \(2020\) Special Issue/JCL - 2020 Vol.1- Special Issue-149-177 GEO.pdf](https://www.constcourt.ge/files/7/JCL - GEO - VOL 1 (2020) Special Issue/JCL - 2020 Vol.1- Special Issue-149-177 GEO.pdf) [უკანასკნელად გადამოწმდა 2020 წლის 30 სექტემბერს].

Greene, Alan, *supra* სქოლიო 61, გვ. 70. თავი 3.

ავტორი, უდავოდ, იზიარებს მოსაზრებას, რომ პანდემიის შემდგომი პერიოდი და ჩვენი ყოფა არასდროს იქნება უწინდელი, როგორც სოციალური, ასევე სამართლებრივი კონტექსტით. კრიზისმა მსოფლიოს კიდევ ერთხელ თვალსაჩინოდ დაანახა, თუ რა როლი აქვს ერთიან, საერთაშორისო კოორდინირებულ მოქმედებას. პროგრესის ამ სვლაში, პანდემიამ თვალსაჩინოდ დაანახა ყველა მთავრობას, პოლიტიკოსს და ციფრული ეპოქის ყველა შესაბამის მოთამაშეს, რომ ნებისმიერი სახის ცენზურა, რომელიც მიემართება ინფორმაციის ხელმისაწვდომობის, ჯანმრთელობის, სიცოცხლის, ავტონომიურობისა და ეფექტიანი მმართველობის განვითარების შეზღუდვას, თუნდაც ლეგიტიმური მიზნით განპირობებულს, უნდა აკმაყოფილებდეს კანონიერების, აუცილებლობისა და პროპორციულობის სტანდარტებს. ეს არის პანდემიისგან რეაბილიტაციის სასურველი გზა, რომელსაც სახელმწიფოები უნდა მიჰყვნენ ადამიანის უფლებების პატივისცემის უფრო მტკიცე ჩარჩოს ჩამოსაყალიბებლად.

კრიზისულ პერიოდში გამოხატვის თავისუფლებასთან მოპყრობა ნამდვილად აისახება ქვეყნის დემოკრატიის ინდექსზე. მხედველობიდან არ უნდა გამოგვრჩეს დეზინფორმაცია და ჰიბრიდული თავდასხმები, რომლებიც ასუსტებენ სახელმწიფოს უნარს, ეფექტიანად გაუმკლავდეს კრიზისულ პერიოდს. ამისათვის კი აუცილებელია როგორც ქვეყნის შიდა სტრუქტურების სტრატეგიული კომუნიკაცია, დეზინფორმაციის გამოვლენა და მისი აღკვეთა ინტერნეტ სივრციდან, ასევე საერთაშორისო მხარდაჭერა როგორც ტექნოლოგიური გიგანტებისგან, ისე საერთაშორისო ორგანიზაციებისგან.

სახელმწიფო პოლიტიკა, რომელიც მოიაზრებს გამოხატვის თავისუფლების თვითნებურ და გაუმართლებელ შეზღუდვას, მიილტვის ავტორიტარული რეჟიმის დამკვიდრებისკენ და, საზოგადოების მხრიდან, უთანასწორობის პრიმატის გათავისებისკენ. საერთაშორისო საზოგადოებამ კარგად უნდა გაითავისოს, რომ COVID-19 არა მხოლოდ ვირუსოლოგიური ომის, არამედ ინფორმაციული გამოწვევის წინაშე გვაყენებს. სწორედ გამჭვირვალობა და სიტყვის თავისუფლება აგებს საერთაშორისო ურთიერთობების ხიდებს და უზრუნველყოფს ეფექტიან კოორდინაციას.



# საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს გადაწყვეტილებათა მიმოხილვა

## აბსტრაქტი

2020 წლის მეორე გამოცემაში საკონსტიტუციო სამართლის ჟურნალი აგრძელებს საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს მიერ ბოლო პერიოდში მიღებული მნიშვნელოვანი გადაწყვეტილებების მოკლე მიმოხილვების გამოქვეყნებას. ორი საქმე, რომელიც ქვემოთ იქნება გადმოცემული 2020 წლის მეორე ნახევარში იქნა მიღებული და ორივე საკმაოდ კომპლექსურ საკითხს ეხება, როგორცაა საქართველოს უზენაესი სასამართლოს მოსამართლეთა დანიშვნის წესისა და საქართველოს პარლამენტში გენდერული კვოტირების სისტემის კონსტიტუციურობა. საქმეთა კომპლექსურობა ალბათ ნათლად წარმოჩინდება ორივე საქმეზე არსებული განსხვავებული აზრებითაც, რომლებიც ასევე აღწერილია საქმეთა მიმოხილვაში. ჟურნალი იმედს იტოვებს, რომ როგორც სასამართლოს უმრავლესობის, ასევე განსხვავებული აზრები საინტერესო იქნება ჩვენი მკითხველებისათვის და ხელს შეუწყობს საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს პრაქტიკაზე აკადემიურ დისკუსიას.\*

## 2020 წლის 30 ივლისის №3/1/1459,1491 გადაწყვეტილება „საქართველოს სახალხო დამცველი საქართველოს პარლამენტის წინააღმდეგ“

### სასამართლოს უმრავლესობის აზრი

2020 წლის 30 ივლისს საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს პლენუმმა მიიღო გადაწყვეტილება საქმეზე „საქართველოს სახალხო დამცველი საქართველოს პარლამენტის წინააღმდეგ“ (კონსტიტუციური სარჩელები №1459 და №1491). საქმეზე სადავოდ იყო გამხდარი „საერთო სასამართლოების შესახებ“ საქართველოს ორგანული კანონის 341 მუხლის რიგი პუნქტები, რომლებითაც განისაზღვრებოდა საქართველოს უზენაესი სასამართლოს მოსამართლის თანამდებობაზე ასარჩევად საქართველოს იუსტიციის უმაღლესი საბჭოს მიერ საქართველოს პარლამენტისთვის წარსადგენი კანდიდატების შერჩევის წესი.

საქართველოს სახალხო დამცველის არგუმენტაციით, კანონმდებლობა არ ითვალისწინებდა საქართველოს უზენაესი სასამართლოს მოსამართლეობის კანდიდატთა პარლამენტისთვის წარდგენის შესახებ საქართველოს იუსტიციის უმაღლესი საბჭოს გადაწყვეტილების დასაბუთების მოთხოვნას. იმავდროულად, გადაწყვეტილების ფარული კენჭისყრით მიღების გამო, კანდიდატთა შერჩევის სხვადასხვა ეტაპზე იუსტიციის უმაღლესი საბჭო არ იყო შებოჭილი ისეთი კრიტერიუმებით, როგორიცაა კანდიდატის კეთილსინდისიერება და კომპეტენტურობა. მოსარჩელე მხარე განმარტავდა, რომ მხო-

\* აბსტრაქტი მომზადებულია საკონსტიტუციო სამართლის ჟურნალის რედაქტორის მიერ.

ლოდ კონსტიტუციის შესაბამისი პროცედურების საფუძველზე შექმნილ და დაკომპლექტებულ სასამართლოს გააჩნია კონსტიტუციურსამართლებრივი ლეგიტიმაცია. სადავო ნორმები კი, რომელებიც არ გამოირიცხავდა შერჩევის პროცესის თვითმიზნურად და არაგონივრულად წარმართვას, ეჭვქვეშ აყენებდა სასამართლოს დაკომპლექტების კონსტიტუციურ მართლზომიერებას. შესაბამისად, მოსარჩელე მხარე მიიჩნევდა, რომ სადავო ნორმებით დადგენილი წესი ვერ უზრუნველყოფდა საუკეთესო კანდიდატების შერჩევას, რაც ეწინააღმდეგებოდა კონსტიტუციით გარანტირებულ საჯარო თანამდებობის დაკავებისა და სამართლიანი სასამართლოს უფლებებს.

მოპასუხე მხარის პოზიციით, საქართველოს იუსტიციის უმაღლესი საბჭოს მიერ კანდიდატების შერჩევა არ წარმოადგენდა კონკურსს და, განსხვავდებოდა პირველი და მეორე ინსტანციის მოსამართლეთა შერჩევის პროცესისაგან. აღნიშნულ პროცესში საქართველოს იუსტიციის უმაღლესი საბჭოს როლი შემოიფარგლებოდა პარლამენტისათვის კანდიდატების წარდგენით, რაც არ გულისხმობდა სხვა პირების (კანდიდატების) დაწინაურებას, ხოლო საბოლოო გადაწყვეტილებას პირის მოსამართლედ არჩევის შესახებ იღებდა საქართველოს პარლამენტი. ამდენად, მოპასუხე მიიჩნევდა, რომ საქართველოს უზენაესი სასამართლოს მოსამართლის თანამდებობაზე პირის არჩევა არ ექცეოდა საჯარო თანამდებობის დაკავების უფლებით დაცულ სფეროში. იმავდროულად, მოპასუხე მხარე მიუთითებდა, რომ საქართველოს იუსტიციის უმაღლესი საბჭო კეთილსინდისიერების და კომპეტენტურობის კრიტერიუმებით შებოჭილი იყო გადაწყვეტილების მიღების ყველა ეტაპზე. ამასთან, ხმის მიცემის ფარულობის მიუხედავად, სრულიად შესაძლებელი იყო საბჭოს გადაწყვეტილების საფუძველად არსებული ფაქტობრივი წინაპირობების იდენტიფიცირება, ხოლო ფარულობა, თავისთავად, იცავდა საბჭოს თითოეულ წევრს გარე ზეგავლენისაგან. ყოველივე აღნიშნულიდან გამომდინარე, მოპასუხე მიიჩნევდა, რომ სადავო რეგულაციები საქართველოს კონსტიტუციის შესაბამისად უნდა ყოფილიყო მიჩნეული.

საკონსტიტუციო სასამართლომ შეაფასა საქართველოს კონსტიტუციის 25-ე მუხლის პირველი პუნქტით დადგენილი სტანდარტების საქართველოს უზენაესი სასამართლოს მოსამართლის თანამდებობაზე გავრცელების საკითხი. სასამართლომ განმარტა, რომ პირველი და სააპელაციო ინსტანციის მოსამართლეთა შერჩევის პროცედურისთვის დადგენილი სტანდარტები ვერ იქნებოდა სრულად რელევანტური და იდენტური უზენაესი სასამართლოს მოსამართლეებთან მიმართებაში, რამდენადაც განსხვავებული იყო როგორც დასაკავებელი თანამდებობის არსი, ასევე, სასამართლო ხელისუფლების სხვადასხვა საფეხურზე მოსამართლის განწესებაზე უფლებამოსილი კონსტიტუციური ორგანოები და ამ ორგანოთა როლი. საკონსტიტუციო სასამართლოს გადაწყვეტილების მიხედვით, უზენაესი სასამართლოს წევრების შერჩევა-დანიშვნის უფლებამოსილება იუსტიციის უმაღლეს საბჭოსა (სასამართლო ხელისუფლება) და წარმომადგენლობით პოლიტიკურ ხელისუფლებას (პარლამენტი) შორის იყო განაწილებული და საბოლოო გადაწყვეტილებას სწორედ პოლიტიკური ხელისუფლება იღებდა. აღნიშნული უფლებამოსილების განხორციელებისას, საქართველოს იუსტიციის უმაღლესი საბჭოს დისკრეცია სათანადო კანდიდატების საკანონმდებლო ორგანოსთვის ასარჩევად წარდგენით შემოიფარგლებოდა და პარლამენტს რჩებოდა საბოლოო გადაწყვეტილების მიღების უფლე-

ბამოსილება. სასამართლოს მითითებით, საქართველოს უზენაესი სასამართლოს მოსამართლეების შერჩევის პროცესი, მიუხედავად საქართველოს იუსტიციის უმაღლესი საბჭოს მიერ წარდგინების ეტაპის არსებობისა, არჩევითი თანამდებობის ელემენტებით ხასიათდებოდა.

საკონსტიტუციო სასამართლოს განმარტებით, გადაწყვეტილების მიღებისას პარლამენტი, ისევე, როგორც იუსტიციის უმაღლესი საბჭოს წევრები, შებოჭილნი იყვნენ კონსტიტუციის მოთხოვნით - კანდიდატი შეირჩეს კეთილსინდისიერებისა და კომპეტენტურობის კრიტერიუმების საფუძველზე. ამასთან, სასამართლომ გაიზიარა მოპასუხის პოზიცია და მიუთითა, რომ საქართველოს უზენაესი სასამართლოს მოსამართლეთა შერჩევისა და განწესების პროცესში ორი კონსტიტუციური ორგანოს მონაწილეობა, მათი ფუნქციები, დანიშნულება, სტატუსი, ერთობლიობაში, უზრუნველყოფდა უზენაესი სასამართლოს დაკომპლექტებას კონსტიტუციის მოთხოვნების შესაბამისად - სათანადო კომპეტენციის, კეთილსინდისიერი მოსამართლეებით.

საკონსტიტუციო სასამართლომ ასევე მიუთითა, რომ საქართველოს კონსტიტუციის თანახმად, მხოლოდ საქართველოს იუსტიციის უმაღლესი საბჭო იყო კომპეტენტური, განესაზღვრა მოსამართლის თანამდებობაზე გასამწესებელი სათანადო კანდიდატები და მის მიერ მიღებული გადაწყვეტილებაც, ამ ორგანოს დაკომპლექტების წესისა და საქმიანობის განხორციელებისას არსებული საკანონმდებლო გარანტიებიდან გამომდინარე, თავისთავად იყო ლეგიტიმური. ამდენად, მოდელი, სადაც საბჭოს მიერ მიღებული გადაწყვეტილება საბჭოს წევრების მიერ ხმის მიცემით განისაზღვრებოდა და არ საჭიროებდა დამატებით წერილობით დასაბუთებას, კითხვის ნიშნის ქვეშ არ აყენებდა მიღებული გადაწყვეტილების ხარისხსა და სანდოობას. შესაბამისად, იუსტიციის უმაღლესი საბჭოს მიერ უზენაესი სასამართლოს მოსამართლეობის კანდიდატების შერჩევისას გადაწყვეტილების მიღება წერილობითი დასაბუთების გარეშე არ არღვევდა საქართველოს კონსტიტუციის 25-ე მუხლის პირველი პუნქტის პირველი წინადადებით დაცულ უფლებას.

ამასთან, სასამართლომ განმარტა, რომ საჯარო თანამდებობის დაკავების უფლებას ასევე არ არღვევდა გადაწყვეტილების მიღების ფარულობის წესი, რამდენადაც კენჭისყრის ფარულობა, ძირითადად, ემსახურებოდა ობიექტური და სამართლიანი გადაწყვეტილების მიღების შესაძლებლობას, უზრუნველყოფდა გადაწყვეტილების მიმღები პირის დაცულობას.

საქართველოს იუსტიციის უმაღლესი საბჭოს მიერ საქართველოს უზენაესი სასამართლოს მოსამართლეობის კანდიდატის შერჩევის ეტაპზე მეტი სამუშაო გამოცდილების მქონე კანდიდატისათვის უპირატესობის მინიჭების საკითხის კონსტიტუციურობის შეფასებისას სასამართლომ განმარტა, რომ პირის სპეციალობით მუშაობის ხანგრძლივი გამოცდილება მისი კვალიფიკაციის ხარისხობრივი მსაზღვრელი და ობიექტური კრიტერიუმი იყო. ამდენად, იუსტიციის უმაღლეს საბჭოში ხმების თანაბრად გაყოფის შემთხვევაში, უპირატესობის მინიჭება უფრო ხანგრძლივი სამუშაო გამოცდილების მქონე პირისათვის არ წარმოადგენდა არასათანადო ან/და ისეთ კრიტერიუმს, რომელიც ეწინააღმდეგებოდა კომპეტენტურობისა და კეთილსინდისიერების კრიტერიუმებს.

ყოველივე ზემოაღნიშნულიდან გამომდინარე, რამდენადაც სადავო ნორმები უზრუნველყოფდა უზენაესი სასამართლოს დაკომპლექტებას საქართველოს კონსტიტუციით დადგენილი სტანდარტების შესაბამისად, საკონსტიტუციო სასამართლომ მიიჩნია, რომ ადგილი არ ჰქონდა ყველა სხვა პირის სამართლიანი განხილვის უფლების დარღვევას და ეს ნორმები კონსტიტუციასთან შესაბამისად ჩათვალა.

### *განსხვავებული აზრი*

საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს პლენუმის 2020 წლის 30 ივლისის №3/1/1459,1491 გადაწყვეტილებასთან დაკავშირებით მოსამართლეებმა თეიმურაზ ტულუშმა, ირინე იმერლიშვილმა, გიორგი კვერენჩილაძემ და თამაზ ცაბუტაშვილმა გამოთქვეს განსხვავებული აზრი.

განსხვავებულ აზრში უპირველესად განიმარტა საქართველოს კონსტიტუციით ჩამოყალიბებული უზენაესი სასამართლოს მოსამართლეთა თანამდებობაზე დანიშვნის მოდელი, რომელიც გულისხმობს პირის როგორც აპოლიტიკური, სასამართლო სისტემის ორგანოს, ასევე პოლიტიკური ორგანოს მიერ შეფასებასა და მხარდაჭერას, სადაც პარლამენტი ავსებს საბჭოს მიერ მიღებულ პროფესიულ გადაწყვეტილებას და ანიჭებს მას დემოკრატიულ ლეგიტიმაციას. გარდა ამისა, კონსტიტუციით განისაზღვრა მოსამართლეთა ცალკეული საკვალიფიკაციო მოთხოვნები, მათ შორის კეთილსინდისიერება და კომპეტენტურობა. ამგვარად, ცალსახაა კონსტიტუციის ნება, რომ მოსამართლეთა შერჩევის პროცესში მინიმუმამდე ყოფილიყო დაყვანილი პოლიტიკური პროცესისთვის დამახასიათებელი, მიზანშეწონილობის საფუძველზე გადაწყვეტილებათა მიღება. დასაბუთების გარეშე გადაწყვეტილების მიღების უფლებამოსილება, განსხვავებული აზრის ავტორთა პოზიციით, ფაქტობრივად მის მიზანშეწონილობაზე, სურვილზე (ამ შემთხვევაში, იუსტიციის უმაღლესი საბჭოს წევრთა სურვილზე) დაყრდნობით მიღებას უთანაბრდებოდა. მსგავსი შესაძლებლობა კი კონსტიტუციამ მხოლოდ პოლიტიკურ ხელისუფლებას ხალხის მიერ უშუალო კონტროლის განხორციელების პირობით მიანიჭა.

განსხვავებულ აზრში ჩამოყალიბებული მსჯელობის თანახმად, იუსტიციის უმაღლესი საბჭოს საქმიანობაზე ხალხის კონტროლის კონსტიტუციური მექანიზმების ნაკლებობიდან გამომდინარე, დემოკრატიის პრინციპი მოითხოვს, მისი მხრიდან მნიშვნელოვანი სახელმწიფოებრივი გადაწყვეტილებების სამართლის საფუძველზე და, არა მიზანშეწონილობაზე დაყრდნობით, მიღებას. სწორედ კონსტიტუციის 25-ე მუხლის მოთხოვნას წარმოადგენს უზენაესი სასამართლოს მოსამართლეთა შერჩევის ისეთი სისტემის შექმნა, რომლის ფარგლებშიც, საბჭოს ექნება როგორც კანდიდატთა კეთილსინდისიერებისა და კომპეტენტურობის შეფასების ადეკვატური შესაძლებლობა, ისე, რომ გამოირიცხებოდეს საბჭოს მიერ გადაწყვეტილების თვითმიზნურად მიღება.

„საერთო სასამართლოების შესახებ“ საქართველოს ორგანული კანონის რელევანტური ნორმების ანალიზის საფუძველზე, განსხვავებული აზრის ავტორებმა მიიჩნიეს, რომ შერჩევის პროცესის პირველი კენჭისყრის ეტაპი საბჭოს წევრებს არ აძლევდა კანდიდატთა ადეკვატურად და ობიექტურად შეფასების შესაძლებლობას და არ ითვალისწინებდა დასაბუთებულობის მოთხოვნის მინიმალურ ელემენტებსაც კი. ამასთან, სადავო

ნორმებით დადგენილი შერჩევის შემდგომი ეტაპები არ იყო მიმართული დასაბუთებული გადაწყვეტილების მიღებისკენ, ვერ გამოიყენებოდა კანდიდატთათვის ხელოვნური უპირატესობისა თუ შეღავათის მინიჭებას, ვერ უზრუნველყოფდა მათთვის თანაბარ შესაძლებლობებს და უგულებელყოფდა კონსტიტუციით პირისთვის დადგენილ გარანტიას, მიიღოს სათანადო განმარტება თანამდებობაზე დანიშვნაზე უარის შესახებ. გარდა ამისა, განსხვავებული აზრის ავტორთა პოზიციით, კენჭისყრის ფარულობა კიდევ უფრო ამცირებდა საბჭოს წევრთა მიერ მიღებული გადაწყვეტილებების გამჭვირვალობასა და მათი ანგარიშვალდებულების ხარისხს. რაც შეეხებოდა გასაჩივრებულ წესს, რომლის საფუძველზეც თანაბარი შედეგების მქონე კანდიდატთაგან უპირატესობა ენიჭება მეტი სამუშაო გამოცდილების მქონე კანდიდატს, თავად ამ გამოცდილების ხარისხობრივი კომპონენტის გათვალისწინების გარეშე, მოსამართლეობის კანდიდატთა შერჩევის პროცესში წარმოადგენდა არასათანადო კრიტერიუმს.

საბოლოოდ, განსხვავებული აზრის თანახმად, სადავო ნორმებით ჩამოყალიბებული სისტემა სრულად უგულებელყოფდა დემოკრატიულ სახელმწიფოში ხელისუფლების განმახორციელებელი პირების ანგარიშვალდებულების პრინციპს და არღვევდა ადამიანის უფლებას, დაიკავოს უზენაესი სასამართლოს მოსამართლის თანამდებობა.

გემოაღნიშნულთან ერთად, განსხვავებული აზრის ავტორებმა მიიჩნიეს, რომ საკონსტიტუციო სასამართლოს მიერ 2020 წლის 30 ივლისს მიღებული №3/1/1459,1491 გადაწყვეტილება არსებითად ეწინააღმდეგებოდა საკონსტიტუციო სასამართლოს მიერ მყარად დადგენილ სტანდარტებს და არ იზიარებს მის სულისკვეთებას.

სადავო ნორმების სამართლიანი სასამართლოს უფლებასთან მიმართებით შეფასებისას, განსხვავებული აზრის ავტორმა მოსამართლეებმა განმარტეს, რომ ამ უფლების პრაქტიკული რეალიზებისთვის გადამწყვეტი მნიშვნელობა ენიჭება სამოსამართლო უფლებამოსილების უშუალოდ განმახორციელებელი მოსამართლეების პიროვნულ და პროფესიულ მახასიათებლებს. ამდენად, უზენაესი სასამართლოს მოსამართლეთა შერჩევის პროცედურას უნდა უზრუნველყოფდეს კონსტიტუციის მოთხოვნების შესაბამისი, კვალიფიციური და კეთილსინდისიერი მოსამართლეების თანამდებობაზე განწესება და ამ პროცესის მიმართ საზოგადოების ნდობის ჩამოყალიბება. მოსამართლეთა შერჩევის ეტაპები, განსხვავებული აზრის ავტორთა მოსაზრებით, ვერ პასუხობდა ხსენებულ კონსტიტუციურ მოთხოვნებს, კერძოდ, ვერ ქმნიდა მოსამართლეობის კანდიდატის სრულფასოვნად შეფასების საშუალებას და, ამდენად, საბჭო მოკლებული იყო შესაძლებლობას, კანდიდატების კონსტიტუციით გაწერილი კრიტერიუმებით შემოწმების საფუძველზე მიეღო გააზრებული გადაწყვეტილება. იმავდროულად, პროცედურა არ ითვალისწინებდა საბჭოს მიერ თითოეულ ეტაპზე მიღებული გადაწყვეტილების დასაბუთების მექანიზმს, რაც კანდიდატთა ფარული კენჭისყრის შედეგების მათი შეფასების ქულებთან კავშირის არარსებობის პირობებში, სრულიად გაუგებარს ხდიდა მიღებული გადაწყვეტილების ლოგიკას.

**2020 წლის 25 სექტემბრის გადაწყვეტილება №3/3/1526 „ა(ა)იპ მოქალაქეთა პოლიტიკური გაერთიანება ‘ახალი პოლიტიკური ცენტრი’, ჰერმან საბო, ზურაბ ბირჩი ჯაფარიძე და ანა ჩიქოვანი საქართველოს პარლამენტის წინააღმდეგ“**

*სასამართლოს უმრავლესობის აზრი*

2020 წლის 25 სექტემბერს საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს პლენუმმა მიიღო გადაწყვეტილება საქმეზე, რომელშიც სადავოდ გამხდარი ნორმა საარჩევნო სუბიექტებისთვის ადგენდა 2024 წლის 26 ოქტომბრის საპარლამენტო არჩევნებამდე გასამართ საქართველოს პარლამენტის არჩევნებში მონაწილეობის მისაღებად პარტიული სიის იმგვარად შედგენის ვალდებულებას, რომ სიის ყოველ ოთხეულში ერთი პირი მაინც ყოფილიყო განსხვავებული სქესის წარმომადგენელი. წინააღმდეგ შემთხვევაში პარტიული სია რეგისტრაციაში არ გატარდებოდა.

კონსტიტუციური სარჩელის თანახმად, მოსარჩელე პოლიტიკურმა გაერთიანებამ შეიმუშავა სისტემა, რომლის საფუძველზეც არჩევნებში მონაწილეობისათვის პარტიული სიის ფორმირება სრულად დამოკიდებულია პარტიის პარტნიორთა მიერ გამოხატულ ნებაზე. სადავო ნორმა მოსარჩელე მხარეს ავალდებულებდა, სქესთა შორის ბალანსის დაცვის მოტივით, განეხორციელებინა ცვლილებები პარტიის პარტნიორთა მიერ განსაზღვრულ პარტიულ სიაში. მოსარჩელე მხარის განმარტებით, მსგავსი ვალდებულების დაკისრება გაუმართლებლად ზღუდავდა მათ საარჩევნო უფლებას. ამასთან, პოლიტიკური პარტია იძულებული ხდებოდა, უგულებელყო საკუთარი პარტნიორების მიერ მიღებული გადაწყვეტილება, რაც უარყოფითად აისახებოდა პარტნიორთა მხრიდან პარტიის დაფინანსების საკითხზე და, შესაბამისად, მნიშვნელოვან საფრთხეს უქმნიდა პოლიტიკური გაერთიანების სრულფასოვან ფუნქციონირებას.

მოპასუხე მხარემ განმარტა, რომ საარჩევნო უფლების შეზღუდვას განაპირობებდა საქართველოს კონსტიტუციის მე-11 მუხლის მე-3 პუნქტით დადგენილი ძირითადი უფლება, რომლის საფუძველზეც, სახელმწიფოს დაეკისრა პოზიტიური ვალდებულება, მიიღოს განსაკუთრებული ზომები ქალებსა და მამაკაცებს შორის არსებითი თანასწორობის უზრუნველსაყოფად. განსახილველ შემთხვევაში კი, სადავო ნორმის ლეგიტიმურ მიზანს უმაღლეს საკანონმდებლო ორგანოში სქესთა შორის არსებული ბალანსის გაუმჯობესება წარმოადგენდა.

საკონსტიტუციო სასამართლომ დაადგინა, რომ არჩევნებში მონაწილეობის მისაღებად პარტიული სიის თავისუფლად განსაზღვრის შესაძლებლობაში სავალდებულო რეგულაციების დაწესება იწვევს მოსარჩელეთა საარჩევნო უფლების შეზღუდვას. სასამართლომ, პირველ რიგში, შეაფასა სადავო ნორმით დაწესებული შეზღუდვის თავსებადობა დემოკრატიული მმართველობის პრინციპთან და განმარტა, რომ სქესის ნიშნით კვოტირება არ უკავშირდება რაიმე ტიპის კონკრეტული იდეის ან/და პოლიტიკის ხელშეწყობას. ამასთან, კვოტირება ხდება იმ პირებს შორის, რომლებიც საარჩევნო უფლების მქონე ადამიანთა მეტ-ნაკლებად თანაბარ ნაწილებს წარმოადგენენ და იგი არ იწვევს საქართველოს პარლამენტში რომელიმე ჯგუფის წარმომადგენლობის არაპროპორციულად ზრდას. ამდენად, სადავო ნორმის მოქმედების შედეგად, მოქალაქეთა არჩევანზე

სახელმწიფოს გავლენა არის მინიმალური, შესაბამისად, იგი ვერ იქნება მიჩნეული დემოკრატიის პრინციპთან თავისთავად შეუთავსებელ შეზღუდვად.

აღნიშნულის შემდეგ საკონსტიტუციო სასამართლომ შეაფასა სადავო ნორმის შესაბამისობა უშუალოდ თანაზომიერების პრინციპის მოთხოვნებთან მიმართებით. სასამართლომ აღნიშნა, რომ პირებისთვის თანაბარი შესაძლებლობის მინიჭებისა და თანასწორი სამართლებრივი რეგულირებების პირობებშიც კი შესაძლებელია კონკრეტული ჯგუფები, სოციალური გარემოს მოქმედებით შექმნილი ხელოვნური ბარიერების გამო, ვერ ახდენდნენ შესაძლებლობების სხვათა თანაბრად რეალიზებას. სწორედ ამგვარი, სამართლის მიღმა არსებული სოციალურ-პოლიტიკური უთანასწორობის წინააღმდეგ და შესაძლებლობების თანასწორად რეალიზების ხელშეწყობისკენ არის მიმართული საქართველოს კონსტიტუციის მე-11 მუხლის მე-3 პუნქტით გათვალისწინებული სახელმწიფოს პოზიტიური ვალდებულება. აღნიშნული დებულება სახელმწიფოს აღჭურავს მხოლოდ რეალური საჭიროებით განპირობებული სპეციალური ღონისძიებების გატარების უფლებამოსილებით. იგი სახელმწიფოსაგან მოითხოვს სპეციალური ღონისძიებების გატარებას სქესის გამო წარმატების ხელისშემშლელი ხელოვნური საზოგადოებრივი ბარიერების დამაბალანსებელი მექანიზმების შექმნით. საკონსტიტუციო სასამართლოს განმარტებით, ხსენებული დებულების მიზანია ფაქტობრივი თანასწორობის ხელშეწყობი გარემოებების შექმნა და არა თანასწორობის ხელოვნურად უზრუნველყოფა.

საკონსტიტუციო სასამართლომ, დამოუკიდებელი საქართველოს პირობებში საკანონმდებლო ორგანოში ქალთა წარმომადგენლობის მაჩვენებლის ანალიზის საფუძველზე მიიჩნია, რომ მათი მცირე წარმომადგენლობა შეუძლებელია უკავშირდებოდეს მხოლოდ ბუნებრივ ფაქტორებს, არამედ იგი განპირობებულია საზოგადოებაში არსებული ქალების პოლიტიკაში მონაწილეობისთვის ხელშემშლელი გარემოებებით. კერძოდ, საქართველოში მყარად დამკვიდრებული სტერეოტიპული შეხედულებები კიდევ უფრო აძლიერებს ქალის პოლიტიკაში მონაწილეობასთან დაკავშირებით საზოგადოებაში არაჯანსაღი, ხელოვნური ბარიერების არსებობის არგუმენტს და, საბოლოოდ, ქალებისთვის ქმნის უთანასწორო გარემოს, მათ შორის, პოლიტიკაში მონაწილეობის თვალსაზრისით. აღნიშნულიდან გამომდინარე, საკონსტიტუციო სასამართლომ პარლამენტში ქალთა წარმომადგენლობის გაზრდა მიიჩნია საქართველოს კონსტიტუციის მე-11 მუხლის მე-3 პუნქტიდან მომდინარე ლეგიტიმურ მიზნად, რომლის მისაღწევადაც შესაძლოა საარჩევნო უფლების შეზღუდვა.

შეზღუდვის გამოსადეგობის ეტაპზე მსჯელობისას, სასამართლომ ცალკე იმსჯელა პარტიული სიის ყოველ ოთხეულში მინიმუმ ერთი მამაკაცი კანდიდატის გათვალისწინების ვალდებულებაზე და აღნიშნა, რომ ლოგიკურ ახსნას არის მოკლებული, თუ რატომ იზღუდება სრულად, ან უმეტესად ქალებით დაკომპლექტებული საარჩევნო სიის ფორმირება მაშინ, როცა ქალთა წარმომადგენლობა პარლამენტში მნიშვნელოვნად ჩამოუვარდება(ოდ)ა მამაკაცთა რაოდენობას და, ამავე დროს, არ არსებობს უახლოეს მომავალში პარლამენტში მამაკაცთა სასარგებლოდ კვოტირების განხორციელების საჭიროების შექმნის რაციონალური მოლოდინი. შესაბამისად, ამგვარი რეგულაცია ხელს უშლის საქართველოს პარლამენტში ქალთა წარმომადგენლობის გაზრდას. ამდენად, სადავო ნორმით დადგენილი მოთხოვნა, რომლის თანახმადაც საარჩევნო სიის ყოველ

ოთხეულში უნდა იყოს მინიმუმ ერთი მამაკაცი, არაკონსტიტუციურად იქნა ცნობილი საქართველოს კონსტიტუციის 24-ე მუხლის პირველი პუნქტის პირველ წინადადებასთან მიმართებით.

სადავო ნორმის იმ ნორმატიულ შინაარსთან დაკავშირებით, რომელიც საარჩევნო სუბიექტებს ავალდებულებს, პარტიული სიის ყოველ ოთხეულში წარმოდგენილი ჰყავდეთ მინიმუმ ერთი ქალი კანდიდატი, სასამართლომ მიუთითა, რომ სადავო ღონისძიება დროის მოკლე მონაკვეთში შედეგის მიღწევის ერთ-ერთ ყველაზე ქმედით მექანიზმს წარმოადგენს და ახდენს პარლამენტში, როგორც მინიმუმ, გარკვეული პროცენტული ოდენობით, ქალთა წარმომადგენლობის გარანტირებას. ამ კუთხით, საკონსტიტუციო სასამართლომ ყურადღება გაამახვილა იმ გარემოებაზე, რომ პრინციპულად არასწორია საქართველოს პარლამენტის წევრების შედარება სხვადასხვა პროფესიის პირებთან. მისი შეფასებით, პროფესიული თანამდებობისგან ან სხვა პროფესიული საქმიანობისგან განსხვავებით, სადავ მართვის უკეთ განხორციელება და წარმატებული შედეგის მიღწევა პირდაპირ კავშირშია ამ პოზიციისთვის საუკეთესო ცოდნისა და გამოცდილების მქონე პირების შერჩევასთან, საქართველოს პარლამენტის დაკომპლექტება ხდება სრულად ხალხის, როგორც სუვერენის ნების შესაბამისად, ხოლო პარლამენტარის საქმიანობის სათანადოდ განხორციელება არ არის დაკავშირებული ისეთ სპეციალურ უნარებთან, რომლებიც, როგორც წესი, მამაკაცებს ახასიათებთ. ამდენად, სასამართლოს შეფასებით, სადავო რეგულირებით დადგენილი სავალდებულო კვოტირება, პროფესიული საქმიანობის სფეროებისგან განსხვავებით, ხელს ვერ შეუშლის პარლამენტის საქმიანობის წარმატებით განხორციელებას. გარდა აღნიშნულისა, სასამართლომ მხედველობაში მიიღო სადავო ნორმის დროებითი ხასიათი, აგრეთვე ის გარემოება, რომ საარჩევნო სუბიექტთა თავისუფლება მინიმალური დონით იზღუდება არა მხოლოდ განსხვავებული სქესის წარმომადგენელთა ნაკლები რაოდენობრივი მოთხოვნის დაწესებით, არამედ თავად რეგულირების ბუნებიდან გამომდინარე. კერძოდ, შეზღუდვა მიემართება კანდიდატების არა რაიმე განსაკუთრებული ნიშან-თვისებების საფუძველზე შერჩევას, არამედ ისეთ მოთხოვნას (სქესს), რომელიც თავისი ბუნებით ერთ-ერთი ყველაზე მარტივად გადასალახი ბარიერია. აღნიშნულიდან გამომდინარე, სასამართლომ მიიჩნია, რომ სადავო ნორმით სამართლიანად არის დადგენილი ბალანსი კერძო და საჯარო ინტერესებს შორის და საარჩევნო სიის ყოველ ოთხეულში მინიმუმ ერთი ქალის გათვალისწინების ვალდებულება არ ეწინააღმდეგება საქართველოს კონსტიტუციის 24-ე მუხლის პირველი პუნქტის პირველ წინადადებას.

### *განსხვავებული აზრი (1)*

საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს პლენუმის 2020 წლის 25 სექტემბრის №3/3/1526 გადაწყვეტილებასთან დაკავშირებით მოსამართლე ევა გოცირიძემ გამოთქვა განსხვავებული აზრი და მიუთითა, რომ სასამართლოს გადაწყვეტილებით ვერ დამყარდა სამართლიანი ღირებულებითი ბალანსი. ამასთან, არ არსებობდა სადავო ნორმის და მისი არც ერთი „ნორმატიული შინაარსის“ არაკონსტიტუციურად ცნობის ფაქტობრივი, იურიდიული თუ ლოგიკური საფუძველი.



განსხვავებული აზრის ავტორის განმარტებით, სადავო ნორმა ნამდვილად ემსახურებოდა შესაბამის სამართალურთიერთობაში სქესთა შორის თანასწორობის მიღწევის ლეგიტიმურ ინტერესს. ამავდროულად, ნორმის მიზანია დაეხმაროს სამართალურთიერთობაში დაჩაგრულ სქესს და არა კონკრეტულად ქალს ან მამაკაცს, რაც პირდაპირ შეესაბამება კონსტიტუციის მე-11 მუხლის მე-3 პუნქტით დადგენილ პრინციპებს. საყურადღებოა ის გარემოება, რომ სწორედ ამ დებულებაში ამოიკითხა საკონსტიტუციო სასამართლომ, სავსებით მართებულად, სახელმწიფოს განსაკუთრებული პოზიტიური ვალდებულებები ქალთა და მამაკაცთა თანასწორობის უზრუნველყოფასთან მიმართებით.

განსხვავებული აზრის ავტორის მოსაზრებით, ლეგიტიმური მიზნის მიღწევას სადავო ნორმა ახდენს საარჩევნო უფლებაში მინიმალური ჩარევით, ვინაიდან იგი მოითხოვს სიის მხოლოდ ყოველ ოთხეულში ერთი განსხვავებული სქესის წარმომადგენლის ჩართვას. შესაბამისად, აღნიშნული შეზღუდვის მიღმა პარტიებს რჩებათ საკმაო მიხედვლების თავისუფლება, თავიანთი პრეფერენციების მიხედვით შეადგინონ პარტიული სია.

განსხვავებული აზრის ავტორი მიჩნევს, რომ სასამართლომ არასწორად გადაწყვიტა მამაკაცთა სასარგებლო კვოტირების კონსტიტუციურობის საკითხი. მისი მოსაზრებით, სადავო რეგულაციის უმთავრესი მიზანია პარლამენტში ქალთა და მამაკაცთა მეტნაკლებად თანაბარი წარმოდგენა. შესაბამისად, როგორც ქალებისთვის, ისე მამაკაცებისთვის თანაბარი კვოტირების დაწესება არათუ არ ეწინააღმდეგება თანასწორობის იდეას, არამედ ყველაზე უფრო პირდაპირ და ნათლად გამოხატავს მას. ამავდროულად, საქართველოს კონსტიტუციის მე-11 მუხლის მე-3 პუნქტი პარლამენტში სახელდებით სწორედ ქალთა და მამაკაცთა არსებით თანასწორობაზე მიუთითებს და არა უშუალოდ ქალთა წარმომადგენლობის გაზრდაზე. შესაბამისად, თუ ლეგიტიმურ მიზნად ვიგულისხმებთ არა უშუალოდ პარლამენტში ქალთა რაოდენობის გაზრდას, არამედ, უთანასწორობის აღმოფხვრას, მაშინ ძნელი სათქმელი იქნება, რომ მამაკაცთა კვოტირება არ ემსახურება ლეგიტიმურ მიზნის მიღწევას და, მათ შორის, არ არსებობს გონივრული და რაციონალური კავშირი. საკონსტიტუციო სასამართლომ გადაწყვეტილების მიღებისას ქალთა და მამაკაცთა არსებითი თანასწორობის უზრუნველყოფისა და პარლამენტში ქალთა წარმომადგენლობის გაზრდის ლეგიტიმური მიზნები ერთმანეთთან შეუთავსებლად მიიჩნია, რამაც განაპირობა საკითხის არასწორად გადაწყვეტა. ქალთა წარმომადგენლობის გაზრდა კი, პირიქით, ხელს უწყობს სქესთა შორის ბალანსის უზრუნველყოფას.

განსხვავებული აზრის ავტორის მითითებით, საკმაო რისკების შემცველია ის ნორმატიული მოცემულობა, რომელიც სასამართლოს გადაწყვეტილებით შეიქმნა. სასამართლომ მამაკაცთა კვოტირების არაკონსტიტუციურად ცნობით შინაარსობრივად ნეიტრალურ რეგულაციას შესძინა დისკრიმინაციული ხასიათი და ამით თავად განახორციელა თანასწორობის უფლებაში ჩარევა. უფრო მეტიც, საკონსტიტუციო სასამართლომ, ფაქტობრივად, მხოლოდ ქალთა პარტიების არსებობის შესაძლებლობა დაუშვა, ხოლო მამაკაცთა პარტიების არსებობა უარყო. ქალებისთვის ამგვარი პრიორიტეტის მინიჭება საფრთხეს წარმოადგენს როგორც სქესთა შორის თანასწორობის, ისე, ზოგადად, დემოკრატიის

ხარისხის გაზრდის თვალსაზრისით და იგი იოლად ვერ გამართლდება პარლამენტში ქალთა წარმომადგენლობის გაზრდის ლეგიტიმური მიზნით.

განსხვავებული აზრის ავტორი აღნიშნავს, რომ საკონსტიტუციო სასამართლომ საკითხის ამგვარი გადაწყვეტით ფაქტობრივად, შეასრულა პოზიტიური კანონმდებლის როლი.

განსხვავებული აზრის ავტორი ასევე მიიჩნევს, რომ სასამართლოს მიერ არაკონსტიტუციურად ცნობილი ნორმატიული შინაარსი არ შეიძლება მიჩნეულ იქნეს სადავო ნორმის ნორმატიულ შინაარსად, რომელიც მას ნამდვილად გააჩნდა. მისი მოსაზრებით, სადავო ნორმას მხოლოდ ერთი ნორმატიული შინაარსი აქვს, რაც გულისხმობს პარტიულ სი-ებში ორივე სქესის სავალდებულო კვოტირებას. შესაბამისად, სწორედ „ორივე სქესის კვოტირება“ ქმნის ერთ ნორმატიულ მოცემულობას, რის გამოც საკონსტიტუციო სასამართლოს პლენუმს სადავო ნორმა ან მთლიანად კონსტიტუციურად უნდა ეცნო ან იგი მთლიანად არაკონსტიტუციურად უნდა მიეჩნია.

განსხვავებული აზრის ავტორის განმარტებით, სასამართლომ დავის ამგვარი გადაწყვეტით წარმოშვა ახალი დილემაც. კერძოდ, მან გამოიწვია მამაკაცების შესაძლებლობა საკონსტიტუციო სასამართლოში იდავონ სქესის ნიშნით განსხვავებული მოპყრობის კონსტიტუციურობის თაობაზე საარჩევნო უფლებასთან მიმართებით.

### *განსხვავებული აზრი (2)*

საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს პლენუმის 2020 წლის 25 სექტემბრის №3/3/1526 გადაწყვეტილების სარეზოლუციო ნაწილის მე-2 პუნქტთან მიმართებით მოსამართლეებმა ირინე იმერლიშვილმა და თეიმურაზ ტულუშმა გამოთქვეს განსხვავებული აზრი.

განსხვავებული აზრის ავტორები მიუთითებენ, რომ სადავო წესი, რომელიც საქართველოს მოქალაქეებს ავალდებულებს, საქართველოს პარლამენტში აუცილებლად აირჩიონ გარკვეული რაოდენობის ქალი დეპუტატი, მიმართულია საქართველოს მოქალაქეთა არჩევანის თავისუფლების შეზღუდვის და არა მისი ხელშეწყობისკენ. სადავო ნორმა ადგენს წესრიგს, რომელიც უცხოა არჩევანის თავისუფლებაზე დაფუძნებული საარჩევნო პროცესისათვის და, ამდენად, სადავო ნორმა ამ უფლების მძიმე შეზღუდვას აწესებს.

განსხვავებული აზრის ავტორები არ უარყოფენ, რომ საზოგადოებაში ქალთა რაოდენობასთან შედარებით, საქართველოს პარლამენტში მათი წარმომადგენლობის მნიშვნელოვნად დაბალი ნიშნული არსებობს. თუმცა აღნიშნული, თავისთავად, არ ამტკიცებს, რომ ასეთი ფაქტობრივი მოცემულობა უმეტესად გამოწვეულია ქალების მიმართებით საზოგადოებაში არსებული არაჯანსაღი დამოკიდებულებებითა თუ სტერეოტიპული შეხედულებებით. განსხვავებული აზრის ავტორების მოსაზრებით, ამგვარი ვითარების არსებობის შემთხვევაშიც კი, კონსტიტუციის მე-11 მუხლის მე-3 პუნქტი არ ქმნის სადავო ნორმით განსაზღვრული სპეციალური ღონისძიების (რომლის მიზანია, სოციალური ბარიერების მოხსნის გზით, ქალებისა და მამაკაცებისთვის თანაბარი სასტარტო პირობების უზრუნველყოფა და არა მათი შედეგებში გათანაბრება) გამოყენების საფუძველს, ვინაიდან იგი პირდაპირ არის ორიენტირებული შედეგზე. შესაბამისად, სადავო ნორმა

სცდება საქართველოს კონსტიტუციის მე-11 მუხლის მე-3 პუნქტით სახელმწიფოსათვის მინიჭებული უფლებამოსილების ფარგლებს და სახეზე არ არის მისი მოქმედების ლეგიტიმური საფუძველი.

განსხვავებული აზრის ავტორებმა შეზღუდვის გამოსადეგობაზე მსჯელობისას აღნიშნეს, რომ საკონსტიტუციო სასამართლოს სრულყოფილად არ გამოუკვლევიან თუ რამდენად ეფექტურად ახდენს საზოგადოებაში არსებული სტერეოტიპების განეიტრალებას სავალდებულო კვოტირება. მათი მოსაზრებით, ამგვარმა რეგულაციამ პირიქით, შესაძლოა ხელი შეუწყოს ქალის როლისადმი არაჯანსაღი დამოკიდებულების გამყარებას, ვინაიდან, დეპუტატ ქალთა რაოდენობის ხელოვნურად განსაზღვრა ქმნის მათი თანამდებობაზე დაუმსახურებლად მოხვედრის შესახებ საზოგადოებრივი აზრის გაჩენის რისკს. ამავდროულად, სადავო ნორმით უზრუნველყოფილი ქალთა წარმომადგენლობა, მისი არარსებობის პირობებშიც თითქმის მიღწეული იყო 2016 წლის საპარლამენტო არჩევნების შედეგად. შესაბამისად, სადავო რეგულირება არ ცვლის საქართველოს პარლამენტში ქალთა წარმომადგენლობის გაუმჯობესების კუთხით მოსალოდნელ მოცემულობას, რის გამოც იგი ვერ ჩაითვლება ლეგიტიმური მიზნის მიღწევის გამოსადეგ საშუალებად.

აუცილებლობის ეტაპზე მსჯელობისას, განსხვავებული აზრის ავტორებმა აღნიშნეს, რომ 2008-2016 წლის საპარლამენტო არჩევნების შედეგები საქართველოს პარლამენტში ქალთა წარმომადგენლობის მხარე მაჩვენებელზე მიუთითებს. კერძოდ, მთლიანად პარლამენტში ქალთა წარმომადგენლობა უკანასკნელი სამი საპარლამენტო არჩევნების შედეგად გაიზარდა 6%-დან 12%-მდე, ხოლო შემდეგ 16%-მდე. ამასთან, პროპორციული სისტემის ნაწილში 10.66%-დან გაიზარდა 14.29%-მდე, ხოლო შემდეგ 23.38%-მდე. 2016 წელს, როგორც მთლიანად პარლამენტში, ასევე პროპორციული სისტემით არჩეულ პარლამენტის წევრთა ნაწილში ორჯერ და მეტად გაიზარდა ქალთა წარმომადგენლობა და რეალურად, სადავო ნორმით უზრუნველყოფილი ქალთა წარმომადგენლობა თითქმის მიღწეული იყო. აღნიშნული მონაცემების არსებობისას, საფუძველს მოკლებულია სასამართლოს მტკიცება, რომ ბუნებრივ პირობებში საქართველოს პარლამენტში ქალთა წარმომადგენლობის ზრდის დინამიკა არასაკმარისია. ამდენად, განსხვავებული აზრის ავტორებმა მიიჩნიეს, რომ სახეზე არ იყო სადავო ნორმით გათვალისწინებული შეზღუდვის დაწესების აუცილებლობა და იგი არ წარმოადგენდა უფლების ყველაზე ნაკლებად მზღუდავ საშუალებას.

განსხვავებული აზრის ავტორებმა ვიწრო პროპორციულობის საკითხზე მსჯელობისას აღნიშნეს, რომ წარმომადგენლობითი დემოკრატია გულისხმობს ქვეყნის პოლიტიკის განმსაზღვრელი გადაწყვეტილებების იმ პირთა მიერ მიღებას, რომლებიც ამომრჩეველთა თავისუფალი ნების საფუძველზე, ყველაზე მეტი მხარდაჭერით იქნენ არჩეულნი და ყოველგვარი ხელოვნური ჩარევა მაქსიმალურად უნდა იქნეს გამორიცხული. შესაბამისად, პროფესიული თანამდებობის მსგავსად, არანაკლებ საფრთხის შემცველია შესაბამისი მხარდაჭერის არმქონე და, ამდენად, არასაკმარისი ლეგიტიმაციის მქონე პირის მიერ ქვეყნისათვის უმნიშვნელოვანესი გადაწყვეტილებების მიღების მინდობა. ასევე, მხედველობაშია მისაღები ის ფაქტი, რომ, სადავო ღონისძიება შემოღებული იქნა საპარლამენტო არჩევნებამდე ოთხი თვით ადრე. შესაბამისად, პოლიტიკურ პარტიებს

არ მიეცათ გონივრული დრო, წინასწარ ეზრუნათ შესაბამისი რაოდენობის ქალ კანდიდატთა პოპულარიზაციასა და მათი მხარდაჭერის სათანადოდ გაზრდაზე. ამავდროულად, ის პოლიტიკური პარტიები, რომელთაც ბუნებრივად მაღალი ქალთა წარმომადგენლობა ჰყავდათ, უპირატეს მდგომარეობაში აღმოჩნდნენ სხვა პოლიტიკურ პარტიებთან, რომელთაც არ ჰყავდათ საკმარისი რაოდენობის შესაბამისი პოლიტიკური რეიტინგის მქონე ქალი კანდიდატები. აღნიშნულის გათვალისწინებით, განსხვავებული აზრის ავტორები მიიჩნევენ, რომ საარჩევნო სიის ყოველ ოთხეულში მინიმუმ ერთი ქალის გათვალისწინების ვალდებულება ეწინააღმდეგება საქართველოს კონსტიტუციის 24-ე მუხლის პირველი პუნქტის პირველი წინადადებით დაცულ საარჩევნო უფლებას.