



ივანე ჯავახიშვილის სახ. თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტი  
იურიდიული ფაკულტეტის საერთაშორისო სამართლის ინსტიტუტი

Iv. Javakhishvili Tbilisi State University  
International Law Institute, Faculty of Law



This project is funded by the European Union



A project implemented by Hulla & Co. Human Dynamics KG

public sector consulting

**N2, 2010**

**საერთაშორისო  
სამართლის  
ჟურნალი**

**JOURNAL OF  
INTERNATIONAL  
LAW**

თბილისი, Tbilisi,  
2010

„საერთაშორისო სამართლის ჟურნალი“ სამეცნიერო ხასიათის ორენოვანი გამოცემაა. მასში წარმოდგენილია როგორც საერთაშორისო სამართლისა და საერთაშორისო ურთიერთობების პრობლემები, ასევე საქართველოს კანონმდებლობის საკითხები.

ჟურნალი გამიზნულია საერთაშორისო სამართლის სპეციალისტებისა და მკითხველთა ფართო წრისათვის.

*ეს გამოცემა მომზადებულია ევროკავშირის დახმარებით. ჟურნალში განთავსებული სტატიების შინაარსი არ ასახავს ევროკავშირის მოსაზრებებს, მათზე პასუხისმგებელი არიან მხოლოდ ავტორები.*

*This publication has been produced with the assistance of the European Union. The contents of this publication are the sole responsibility of the authors and can in no way be taken to reflect the views of the European Union.*

## სარედაქციო კოლეგია

### მთავარი რედაქტორი

*ლევან ალექსიძე*

ივ. ჯავახიშვილის სახ. თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტი  
(თსუ)

### აღმასრულებელი რედაქტორი

*რუსუდან ტუშური*

(თსუ)

### სარედაქციო კოლეგიის წევრები:

*ირაკლი ბურდული*

(თსუ)

*ვოლოდიმერ ბუტკევიჩი*

ადამიანის უფლებათა ევროპული  
სასამართლო (სტრასბურგი, საფრანგეთი)

*გაბა გაბრიჩიძე*

(თსუ)

*ავთანდილ დემეტრაშვილი*

(თსუ)

*კონსტანტინე კორკელია*

(თსუ)

*ვიგენ კოჩარიანი*

ერევნის სახელმწიფო უნივერსიტეტი  
(სომხეთი)

*რუსთამ მამელოვი*

ბაქოს სახელმწიფო უნივერსიტეტი  
(აზერბაიჯანი)

*დავით პატარაია*

(თსუ)

*ირინე ქურდაძე*

(თსუ)

*მინდია უგრეხელიძე*

(სტრასბურგი, საფრანგეთი)

*ლაურ კანიკანანი*

ტურკუს უნივერსიტეტი (ფინეთი)

## BOARD OF EDITORS

### Editor in Chief

*ALEXIDZE LEVAN*

Iv. Javakhishvili Tbilisi State University  
(TSU)

### Executive Editor

*TUSHURI RUSUDAN*

(TSU)

### Members of the Board:

*BURDULI IRAKLI*

(TSU)

*BUTKEVICH VOLODIMIR*

European Court of Human Rights  
(Strasbourg, France)

*GABRICHIDZE GAGA*

(TSU)

*HANNIKAINEN LAURI*

University of Turku (Finland)

*DEMETRASHVILI AVTANDIL*

(TSU)

*KORKELIA KONSTANTINE*

(TSU)

*KOCHARYAN VIGEN*

Yerevan State University (Armenia)

*MAMEDOV RUSTAM*

Baku State University (Azerbaijan)

*PATARAIA DAVID*

(TSU)

*KURDADZE IRINE*

(TSU)

*UGREKHELIDZE MINDIA*

(Strasbourg, France)

## სარჩევი CONTENTS

### *I. საერთაშორისო სამართლის ძირითადი პრინციპები*

<b>ხათუნა ბურკაძე</b> , ძალის გამოყენების სამართლებრივი ასპექტები საერთაშორისო სამართალში -----	5
<b>Khatuna Burkadze</b> , Legal Aspects of the Use of Force in the International Law -----	20
<b>ზურაბ სანიკიძე</b> , თავდაცვის, როგორც ძალის გამოყენების კანონიერი უფლების, განმარტების პრობლემები -----	33
<b>Zurab Sanikidze</b> , Problems with the definition of Self-defence as a lawful use of force -----	48

### *II. ადამიანის უფლებათა საერთაშორისო სამართალი*

<b>ივანე აბაშიძე</b> , ლტოლვილთა დაცვა ერთიანი ევროპული თავშესაფრის სისტემის პირობებში. შესაბამისობა ლტოლვილთა საერთაშორისო და ადამიანის უფლებათა სამართალთან -----	59
<b>Ivane Abashidze</b> , Protection of Refugees in Terms of a Common European Asylum System. Compliance With International Human Rights and Refugee Law -----	76
<b>ნინო აბრამიშვილი</b> , არასახელმწიფოებრივი ერთეულების ვალდებულებები ადამიანის უფლებებთან დაკავშირებით – პასუხისმგებლობის ტვირთის გადატანა სახელმწიფოებიდან არასახელმწიფოებრივ ერთეულებზე -----	91
<b>Nino Abramishvili</b> , Human Rights Obligations of Non-State Actors – Shifting Responsibility from States to Non-State Entities -----	102
<b>თინათინ გოლეტიანი</b> , გადახვევის მექანიზმი ეკონომიკურ, სოციალურ და კულტურულ უფლებათა საერთაშორისო პაქტის მიხედვით -----	111
<b>Tinatin Goletiani</b> , Derogation Clause and the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights -----	133
<b>ბაია პატარაია</b> , რასიზმისა და შეუწყნარებლობის წინააღმდეგ ევროპული კომისიის მიერ შეფასებული ქართული ტოლერანტობა -----	151
<b>Baia Patariaia</b> , Georgian Tolerance – Assessed by the European Commission Against Racism and Intolerance -----	159
<b>ნინო ფარსადანიშვილი</b> , ტრეფიკინგის პრევენცია – სახელმწიფოთა პრაქტიკა და საქართველო -----	165
<b>Nino Parsadanishvili</b> , Trafficking Prevention – The World Practice and Georgia -----	176
<b>თამარ სადრაძე</b> , ევთანაზიის ზნეობრივი და სამართლებრივი პრობლემები -----	185
<b>Tamar Sadradze</b> , Ethical and Legal Problems of Euthanasia -----	200

### *III. საერთაშორისო სამართალი და არასაერთაშორისო შეიარაღებული კონფლიქტები*

<b>პაატა ცინცაძე</b> , საერთაშორისო სამართლის ნორმები და კონფლიქტები საქართველოში კოსოვოს მაგალითზე -----	212
<b>Paata Tsintsadze</b> , Kosovo: Norms and Conflicts of International Law in Georgia -----	218

## ძალის გამოყენების სამართლებრივი ასპექტები საერთაშორისო სამართალში

### შესავალი

ძალის გამოყენების სამართლებრივი ასპექტები საერთაშორისო სამართლის ერთ-ერთი პრობლემური და მნიშვნელოვანი თემაა. საერთაშორისო სამართლებრივი სისტემისთვის დღემდე აქტუალურია შემდეგი კითხვა: როდის არის ძალის გამოყენება კანონიერი?

ძალის გამოყენების შესახებ გადაწყვეტილებას იღებს მხოლოდ გაერო, მაგრამ უშიშროების საბჭოს ნებართვით ძალის გამოყენების უფლება შესაძლებელია, რეგიონალურ საერთაშორისო ორგანიზაციებსაც მიენიჭოს.

ძალის გამოყენების თემა საერთაშორისო სამართალში განსაკუთრებით აქტუალურია 2008 წლის აგვისტოს ომის შემდეგ, როდესაც რუსეთმა საქართველოსთან მიმართებით დაარღვია საერთაშორისო სამართლის ძირითადი პრინციპები და განხორციელა აგრესია სუვერენული სახელმწიფოს წინააღმდეგ.

საერთაშორისო სამართლებრივი სისტემა არ აღმოჩნდა ეფექტური სახელმწიფოებს შორის ძალის გამოყენების თავიდან აცილების თვალსაზრისით, რადგან ამ სისტემას არ აქვს ქმედითი იძულებითი მექანიზმები საერთაშორისო ნორმების დასაცავად და შესასრულებლად.

ამდენად, სტატიის მიზანია, გააანალიზოს ძალის გამოყენების საერთაშორისო სამართლებრივი ასპექტები; აჩვენოს, როგორია გაეროს უშიშროების საბჭოს როლი, გენერალური ასამბლეის ფუნქციები საერთაშორისო მშვიდობის შენარჩუნების პროცესში, რამდენად აფერხებს გაეროს უშიშროების საბჭოში მუდმივი წევრების მიერ

ვეტოს უფლების გამოყენება მნიშვნელოვანი გადაწყვეტილებების დროულად მიღებას; რა განსხვავებაა მშვიდობისათვის საფრთხის შექმნასა და შეიარაღებულ თავდასხმას შორის, შეიძლება თუ არა ძალის გამოყენება საფრთხის არსებობის დროს; როგორია თავდაცვის უფლების კრიტერიუმები, რას გულისხმობს ძალის გამოყენების აუცილებლობა და პროპორციულობა; არასახელმწიფოებრივი ერთეულის მიერ განხორციელებული შეიარაღებული თავდასხმა შეიძლება თუ არა გახდეს თავდაცვის უფლების გამოყენების საფუძველი; რას ნიშნავს საერთაშორისო სამართლის მიხედვით აგრესიის აქტი.

ზემოაღნიშნული საკითხების განხილვა კი უზრუნველყოფს იმ ხარვეზების ნათლად წარმოჩენას, რომლებიც არსებობს საერთაშორისო სისტემაში საერთაშორისო მშვიდობის დაცვისა და უსაფრთხოების განმტკიცების პროცესში და ხელს შეუწყობს ამ მიმართულებით გამოსავლის პოვნას.

სტატიის პირველ თავში განხილულია ძალის გამოყენების სამართლებრივი საფუძვლები და ძალის გამოყენების თაობაზე გადაწყვეტილების მიღების მექანიზმი; მეორე თავი ეხება თავდაცვის უფლების გამოყენების კრიტერიუმებს, შეიარაღებული თავდასხმის სახეებს; მესამე თავი ეთმობა კოლექტიური თავდაცვის მნიშვნელობას, კოლექტიური თავდაცვის ორმხრივ და მრავალმხრივ ხელშეკრულებებსა და სამხედრო აღიანსებს; ძალის გამოყენების სამართლებრივი ასპექტებისა და კრიტერიუმების შესწავლის საფუძველზე მეოთხე თავში ავტორი სამართლებრივად განიხილავს რუსეთის ფედერაციის მიერ საქართველოს წინააღმდეგ განხორციელებულ აგრესიის აქტს.

## 1. ძალის გამოყენების საერთაშორისო სამართლებრივი საფუძვლები

### 1.1. ძალის გამოყენების ცნება

ძალის გამოყენების ზუსტი რეგულირება მიზნად ისახავს მშვიდობიან, ორმხრივ თანამშრომლობას ქვეყნებს შორის. სახელმწიფოს შიდა სამართლებრივმა სისტემამ თანდათანობით უარი თქვა ძალის გამოყენების მონოპოლიზაციაზე და, ძირითადად, ძალის გამოყენების შესაძლებლობა თავდაცვის მიზნით დაუშვა.

თანამედროვე საერთაშორისო სამართალი ძალის გამოყენების შესახებ ეფუძნება გაეროს წესდებას. გაეროს წესდების ავტორებს სურდათ ძალის ნებისმიერი სახით გამოყენების აკრძალვა, თუმცა, იმავდროულად, გაითვალისწინეს ცალკეული გამონაკლისები, რომლებიც რეგულირდება გაეროს წესდების შესაბამისად.

გაეროს შექმნის ერთ-ერთი ძირითადი მიზანი მე-20 საუკუნეში საერთაშორისო სამართლის მოდერნიზება გახლდათ. ლიდერებმა გადაწყვიტეს: „შექმნათ პირობები სამართლიანობის დასაცავად და ხელშეკრულებებიდან და საერთაშორისო სამართლის სხვა წყაროებიდან გამომდინარე ვალდებულებების პატივსაცემად, ასევე თაობების გადასარჩენად ომისგან, რომელმაც ორჯერ წარმოუდგენელი უბედურება მოუტანა კაცობრიობას“.<sup>1</sup>

გაეროს წესდების მე-2 მუხლის მე-4 პუნქტის თანახმად, გაერთიანებული ერების ორგანიზაციის ყველა წევრი თავს იკავებს საერთაშორისო ურთიერთობებში ძალით მუქარისა ან მისი გამოყენებისაგან, როგორც ნებისმიერი სახელმწიფოს ტერიტორიული ხელშეუხებლობისა და პოლიტიკური დამოუკიდებლობის წინააღმდეგ, ასევე გაერთიანებული ერების მიზნებთან შეუთავსებელი რაიმე სხვა სახით.<sup>2</sup>

მე-2 მუხლის მე-4 პუნქტი მითითებაა ძალის გამოყენებაზე და არა ომის წარმოებაზე. ტერმინი „ომი“ მიუთითებს ვიწრო და კონკრეტულ სამართლებრივ მდგომარეობაზე, რომელიც იწყება ომის გამოცხადებით და მთავრდება ზავით. მაგალითად, იაპონიამ უარი თქვა, გამოეცხადებინა ომი ჩინეთთან და „ომის“ ნაცვალდ გამოიყენა სახელწოდება „სამხედრო ოპერაცია მანჯურიაში“ (1932-1941 წლები).<sup>3</sup>

ამდენად, ტერმინ „ძალის გამოყენების“ უპირატესობა არის ის, რომ იგი მოიცავს ნებისმიერ ძალისმიერ ფორმას. შესაბამისად, ძალის გამოყენების აკრძალვა არ არის დამოკიდებული იმაზე, სახელმწიფო თუ რა სახელს დაარქმევს სამხედრო კონფლიქტს.

მეორე მხრივ, გაეროს წესდების მე-2 მუხლის მე-4 პუნქტი გაეროს წევრებს მოუწოდებს, თავი შეიკავონ ძალით დამუქრების ან მისი გამოყენებისაგან ნებისმიერი სახელმწიფოს ტერიტორიული მთლიანობის ან პოლიტიკური დამოუკიდებლობის წინააღმდეგ, ან განახორციელონ ისეთი ქმედება, რომელიც ეწინააღმდეგება გაეროს მიზნებს. აქვე ისმის კითხვა – ძალის გამოყენების აკრძალვა ხომ არ არის პირობითი და რამდენად დასაშვებია მისი გამოყენება ფართო გაგებით იმ შემთხვევაში, თუ იგი არ არის მიმართული რომელიმე ქვეყნის ტერიტორიული მთლიანობის ან პოლიტიკური დამოუკიდებლობის წინააღმდეგ? რამდენად შესაძლებელია ჰუმანიტარული ინტერვენციისა და ძალის გამოყენების „ალტრუისტული“ შემთხვევების გამართლება? უდავოდ შეიძლება ითქვას, რომ ამ ნორმის დადგენის მთავარი მიზანი იყო პატარა სახელმწიფოებისათვის მყარი გარანტიების შექმნა და არა ნებისმიერი ფორმით ძალის გამოყენების აკრძალვა.<sup>4</sup>

გაეროს წესდება უშვებს საერთაშორისო სამართალში ძალის გამოყენებას შემდეგ შემთხვევებში: ინდივიდუალური ან კოლექტიური თავდაცვის უფლების განხორციელებისას; გაეროს უშიშროების საბჭოს მიერ სანქცირებულ ან კონტროლირებად სამხედრო ოპერაციაში მონაწილეობისას; მეორე ქვეყნის თხოვნის საფუძველზე ამ უკანასკნელის ტერიტორიაზე ძალის გამოყენებისას.

ამდენად, ძალის გამოყენება გულისხმობს ნებისმიერ ძალისმიერ ფორმას, ხოლო მისი გამოყენების კანონიერება განისაზღვრება გაეროს წესდებით დადგენილი გამონაკლისი შემთხვევების ფარგლებში.

### 1.2. ძალის გამოყენების სამართლებრივი საფუძვლები გაეროს წესდების მიხედვით

გაეროს წესდების მე-7 თავის თანახმად, მშვიდობისადმი საფრთხის შექმნის, მშვიდობის ხელყოფის ან აგრესიის აქტის შემ-

თხვევებში უშიშროების საბჭო უფლებამოსილია გადაწყვიტოს, თუ რა იძულებით ზომებს გამოიყენებს. ეს ზომები შეიძლება მოიცავდეს ეკონომიკურ ურთიერთობათა, სარკინიგზო, საზღვაო, საჰაერო, საფოსტო, სატელეგრაფო, რადიო თუ კომუნიკაციის სხვა საშუალებათა სრულ ან ნაწილობრივ შეწყვეტას, აგრეთვე დიპლომატიური ურთიერთობების განწყვეტას.

თუ უშიშროების საბჭო მიიჩნევს, რომ ზემოაღნიშნული ზომები არასაკმარისია, იგი უფლებამოსილია, საჰაერო, საზღვაო თუ სახმელეთო ძალებით ისეთი მოქმედება განახორციელოს, რომელიც აუცილებელია საერთაშორისო მშვიდობის დასაცავად და აღსადგენად.

ორგანიზაციის ყველა წევრი იმისათვის, რომ თავისი წვლილი შეიტანოს საერთაშორისო მშვიდობისა და უსაფრთხოების დაცვაში, ვალდებულია კისრულობს, უშიშროების საბჭოს განკარგულებაში, მისი მოთხოვნით და საგანგებო შეთანხმებისა თუ შეთანხმებათა შესაბამისად, გადასცეს საერთაშორისო მშვიდობისა და უსაფრთხოების დასაცავად აუცილებელი შეიარაღებული ძალები, დახმარება და მომსახურების სათანადო საშუალებები მათ ტერიტორიაზე გავლის უფლების ჩათვლით.

რაც შეეხება ძალის გამოყენებას თავდაცვის მიზნით, ყოველ კონკრეტულ შემთხვევაში უნდა იყოს დაცული გარკვეული ძირითადი პირობები: თავდაცვის მიზნით გამოყენებული ძალა არ უნდა იყოს სადამსჯელო ხასიათის; ძალის გამოყენება უნდა იყოს უკიდურესად აუცილებელი; თავდაცვისათვის ძალის გამოყენების მიზანი უნდა იყოს თავდასხმის შეჩერება ან მოგერიება;<sup>5</sup> არ უნდა არსებობდეს რაიმე სხვა პრაქტიკული ალტერნატივა, რომლის თანახმადაც ძალის გამოყენება აუცილებლობას კარგავს.

როგორც გაეროს მართლმსაჯულების საერთაშორისო სასამართლომ ნავთობის პლატფორმის საქმეზე დაადგინა: საერთაშორისო სამართლის მოთხოვნა, რომ თავდაცვის მიზნით განხორციელებული ღონისძიებები უნდა იყოს აუცილებელი ამ მიზნებისათვის, არის შეუვალ და ობიექტური და არ ტოვებს საშუალებას დისკრეციული ღონისძიებებისათვის.<sup>6</sup>

ზემოაღნიშნულიდან გამომდინარე, თუ არ არსებობს ძალის გამოყენების შესაბამისი სამართლებრივი საფუძველი ან ეს ქმედება სანქცირებული არაა უშიშროების საბჭოს მიერ გაეროს წესდების მე-7 თავის თანახმად, ძალის გამოყენება კანონგარეშედ მიიჩნევა.

### **1.3. გადაწყვეტილების მიღების მექანიზმი**

#### **1.3.1. უშიშროების საბჭოს უფლებამოსილება**

გაეროს წესდების მე-7 თავის თანახმად, უშიშროების საბჭო განსაზღვრავს მშვიდობისათვის ნებისმიერი საფრთხის, მშვიდობის ამა თუ იმ ხელყოფის ან აგრესიის აქტის არსებობას და შეიმუშავებს რეკომენდაციებს ან წყვეტს, თუ რა ზომები უნდა მიიღოს საერთაშორისო მშვიდობისა და უშიშროების დასაცავად ან აღსადგენად.

მშვიდობისათვის საფრთხის შექმნა უნდა განიმარტოს უფრო ფართო მნიშვნელობით, ვიდრე შეიარაღებული თავდასხმა.<sup>7</sup> ისინი ერთმანეთისაგან განსხვავდებიან შედეგით. ნებისმიერ სახელმწიფოს ან სახელმწიფოთა ჯგუფს შეუძლია გამოიყენოს ინდივიდუალური ან კოლექტიური თავდაცვის უფლება შეიარაღებული თავდასხმის წინააღმდეგ, ხოლო მშვიდობისათვის საფრთხის შექმნისას მხოლოდ უშიშროების საბჭოა უფლებამოსილი, მიიღოს კოლექტიური უსაფრთხოების ზომები.<sup>8</sup>

უშიშროების საბჭოს 1540 რეზოლუცია ადასტურებს, რომ ბირთვული, ქიმიური ან ბიოლოგიური იარაღის გავრცელება საფრთხეა საერთაშორისო მშვიდობისა და უსაფრთხოებისათვის.<sup>9</sup>

ამასთანავე, უშიშროების საბჭომ შეიძლება ადამიანის უფლებების ხელყოფა ძალის გამოყენების გარეშე ჩათვალოს საფრთხედ მშვიდობისთვის.<sup>10</sup> გარდა ამისა, სწორედ უშიშროების საბჭოა უფლებამოსილი, დაადგინოს აგრესიის ფაქტი. თუმცა, ამავდროულად, იგი არის პოლიტიკური და არა სასამართლო ორგანო. ამდენად, მისი გადაწყვეტილებები პოლიტიკურ საფუძველებს ეყრდნობა. ხუთი მუდმივი სახელმწიფოს (ამერიკის შეერთებული შტატები, გაერთიანებული სამეფო, საფრანგეთი, ჩინეთი და რუსეთის ფედერაცია) ერთობლივი ხმების გარეშე უშიშროების საბჭოში მნიშვნე-

ნელოვანი გადაწყვეტილებები ვერ მიიღება, რაც ვრცელდება ამ თუ იმ ქმედების აგრესიის აქტად აღიარებაზეც. შესაბამისად, თუ რომელიმე მუდმივი წევრი სახელმწიფოს პოლიტიკურ ინტერესში არ შედის გადაწყვეტილების მიღება, მას შეუძლია შეაფერხოს/დაბლოკოს პროცესი და უშიშროების საბჭო აღმოჩნდეს უუნარო საერთაშორისო მშვიდობისა და უსაფრთხოების უზრუნველყოფისას.

უშიშროების საბჭოს მიერ საერთაშორისო მშვიდობისა და უსაფრთხოების შენარჩუნებისათვის მიღებული გადაწყვეტილებები სავალდებულოა.<sup>11</sup> გაეროს წესდების 48-ე მუხლის თანახმად, მათი შესრულება შეიძლება დაევალოს რამდენიმე წევრ ქვეყანას, თუ საბჭო მიიჩნევს, რომ ისინი უფრო უკეთ განახორციელებენ შესაბამის ღონისძიებას, ან ყველას. გარდა ამისა, ეს მუხლი ნებას რთავს წევრებს, განახორციელონ საბჭოს გადაწყვეტილებები რეგიონალური ორგანიზაციების მეშვეობით.<sup>12</sup>

### 1.3.2. გენერალური ასამბლეა

1950 წელს გენერალურმა ასამბლეამ მიიღო ცნობილი რეზოლუცია „ერთობა მშვიდობისთვის“, რომელშიც აღინიშნა, რომ უშიშროების საბჭოში მუდმივი წევრების ერთსულოვნების ნაკლებობა აფერხებს საბჭოს ძირითადი პასუხისმგებლობის შესრულებას მშვიდობისა და უსაფრთხოების უზრუნველყოფის საქმეში. გენერალურმა ასამბლეამ შესაძლებელია მიიღოს შესაბამისი რეკომენდაციები კოლექტიური ღონისძიებების შესახებ მშვიდობის ხელყოფის ან აგრესიის დროს. თუ ამ პერიოდში გენერალური ასამბლეს სესია არ მიმდინარეობს, რიგგარეშე სპეციალური სესია მოინვევა 24 საათში, უშიშროების საბჭოს 7 წევრის ან ორგანიზაციის წევრთა უმრავლესობის მოთხოვნით, ან უმრავლესობისაგან თანხმობის მიღების საფუძველზე.<sup>13</sup> მიუხედავად ამისა, ზემოაღნიშნულ რეზოლუციას არ შეუძლია ცვლილებები შეიტანოს გაეროს წესდებაში.<sup>14</sup> ამასთანავე, გენერალური ასამბლეს მიერ მიღებულ რეკომენდაციებს არ აქვს სავალდებულო ხასიათი და მათი შესრულება წევრი ქვეყნებისთვის არის მხოლოდ ნებაყოფლობითი.<sup>15</sup>

1962 წელს მართლმსაჯულების საერთაშორისო სასამართლომ სარეკომენდაციო

დასკვნაში გაეროს ცალკეული ხარჯების შესახებ მიუთითა, რომ მხოლოდ უშიშროების საბჭო არის უფლებამოსილი, დააკისროს წევრ ქვეყანას გაეროს წესდების მე-7 თავიდან გამომდინარე ვალდებულებები.<sup>16</sup>

„ცივი ომის“ პერიოდში გენერალური ასამბლეა ცდილობდა, აელო უშიშროების საბჭოს ძირითადი პასუხისმგებლობა საერთაშორისო მშვიდობისა და უსაფრთხოების უზრუნველყოფის საქმეში, თუმცა „ცივი ომის“ შემდგომ პერიოდში ეს ტენდენცია თანდათან შეიცვალა.<sup>17</sup>

საბოლოო ჯამში, უშიშროების საბჭოს მიერ თავისი მანდატის შეუსრულებლობის შემთხვევაში, გაეროში არც ერთ სხვა ორგანოს არ შეუძლია მისი ჩანაცვლება.

## 2. თავდაცვის უფლება

### 2.1. თავდაცვის უფლების კრიტერიუმები

1996 წელს მართლმსაჯულების საერთაშორისო სასამართლომ ერთ-ერთ სარეკომენდაციო დასკვნაში მიუთითა, რომ სასამართლო ყოველთვის ითვალისწინებს ნებისმიერი სახელმწიფოს უფლებას, გამოიყენოს გაერთიანებული ერების ორგანიზაციის მიერ მისთვის 51-ე მუხლით მინიჭებული თავდაცვის უფლება.<sup>18</sup>

მიუხედავად ამისა, მართლმსაჯულების საერთაშორისო სასამართლო, იმავდროულად აღნიშნავს, რომ თითოეულმა სახელმწიფომ თავდაცვის უფლება უნდა გამოიყენოს მხოლოდ განსაკუთრებულ შემთხვევებში.<sup>19</sup>

გაეროს წესდების 51-ე მუხლი ადგენს, რომ „ეს წესდება არ ეხება ინდივიდუალური ან კოლექტიური თავდაცვის ხელშეუვალი უფლებას, თუ ორგანიზაციის წევრებზე შეიარაღებული თავდასხმა მოხდა მანამ, სანამ უშიშროების საბჭო არ მიიღებს მშვიდობისა და უსაფრთხოების დასაცავად სხვა ზომებს...“.

ამდენად, 51-ე მუხლი მოიცავს როგორც ინდივიდუალურ, ისე კოლექტიურ თავდაცვას და გულისხმობს ზემოაღნიშნული ხელშეუვალი უფლების გამოყენებას შეიარაღებული თავდასხმის შემთხვევაში. გარდა ამისა, არსებობს განსაზღვრული კრიტერიუმები, რომლებიც უნდა დაიცვან თავდაცვის უფლების გამოყენებისას.



მართლმსაჯულების საერთაშორისო სამართლომ ნიკარაგუის საქმის განხილვისას მიუთითა, რომ 51-ე მუხლი არ შეიცავს რაიმე სპეციალურ წესს იმის შესახებ, თუ სახელმწიფომ როგორ უნდა განახორციელოს კონკრეტული იძულებითი ზომა. თუმცა საერთაშორისო ჩვეულებითი სამართალი განსაზღვრავს, რომ პასუხი შეიარაღებულ თავდასხმაზე უნდა იყოს პროპორციული და აუცილებელი.<sup>20</sup>

მართლმსაჯულების საერთაშორისო სამართლომ პროპორციულობისა და აუცილებლობის კრიტერიუმების დაცვა ხელახლა დაადასტურა 2003 წელს ნავთობის პლატფორმის საქმესთან დაკავშირებით მიღებულ გადაწყვეტილებაში.<sup>21</sup>

ფაქტობრივად, პროპორციულობისა და აუცილებლობის კრიტერიუმებს თან ახლავს მესამე კრიტერიუმიც, რაც გულისხმობს დაუყოვნებლივი რეაგირების აუცილებლობას.

ისტორიულად ზემოაღნიშნული სამივე კრიტერიუმი „კაროლინას“ საქმიდან მომდინარეობს.<sup>22</sup>

სახელდობრ, 1837 წლის აჯანყებამ კოლონიურ კანადაში პოვა აქტიური მხარდაჭერა ამერიკელ მოხალისეებსა და კერძო მიმწოდებლებში, რომლებიც მოქმედებდნენ რეგიონის საზღვართან, შეერთებულ შტატებში. ბრიტანელებმა ჩათვალეს, რომ გემ „კაროლინას“ მეშვეობით მემარჯობის მხარე დასაუფლებლად. შეერთებული შტატების ორი მოქალაქე შეტაკების დროს გემზე დაიღუპა, ხოლო ერთი ბრიტანელი ოფიცერი დააკავეს მკვლელობისთვის.<sup>23</sup>

შეერთებულმა შტატებმა დაგმო ბრიტანეთის მთავრობის ქმედება და მიიჩნია, რომ გაერთიანებულმა სამეფომ დაარღვია შტატების სუვერენიტეტი. შეერთებული შტატების სახელმწიფო მდივანმა დანიელ ვებსტერმა ბრიტანეთის მთავრობისგან მოითხოვა თავდაცვის უფლების გამოყენების კანონიერების დასაბუთება, აუცილებლობის, პროპორციულობისა და დროულობის კრიტერიუმებთან შესაბამისობის თვალსაზრისით.<sup>24</sup>

ბირთვული იარაღის საქმეზე გაეროს მართლმსაჯულების საერთაშორისო სასა-

მართლომ სარეკომენდაციო დასკვნაში დაადგინა, რომ აუცილებლობისა და პროპორციულობის კრიტერიუმები ძალის გამოყენების ნებისმიერი შემთხვევის მიმართ მოქმედებს, მათ შორის, გაეროს წესდების 51-ე მუხლის შესაბამისად თავდაცვის მიზნით ძალის გამოყენებისას.<sup>25</sup> გარდა ამისა, საქმეზე – ნიკარაგუა ამერიკის შეერთებული შტატების წინააღმდეგ – გაეროს მართლმსაჯულების საერთაშორისო სასამართლომ დაადგინა, რომ თავდაცვის უფლების მიზნით შეიარაღებული თავდასხმის პროპორციული და მის მოსაგერიებლად აუცილებელი ღონისძიებების განხორციელება საერთაშორისო ჩვეულებით სამართალში აღიარებული ნორმაა.<sup>26</sup>

აუცილებლობის კრიტერიუმი ეფუძნება შემდეგ გარემოებებს: ა) სახელმწიფო იყენებს თავდაცვის უფლებას, როდესაც თავდასხმა დაწყებულია კონკრეტული ქვეყნის მიერ; ბ) ძალა გამოიყენება მხოლოდ შეიარაღებული თავდასხმის წინააღმდეგ და არა ინციდენტის ან სხვა მსგავსი შემთხვევის დროს; გ) ამოიწურა ყველა მისაღები ალტერნატიული საშუალება. შესაბამისად, თუ დიპლომატიური, ეკონომიკური, საინფორმაციო, სამართლებრივი ან სხვა გზებით შესაძლებელია საფრთხის შეკავება, თავდაცვითი მიზნით ძალის გამოყენება მიიჩნევა გაეროს წესდების მე-2 მუხლის მე-4 პუნქტის დარღვევად.<sup>27</sup> სხვა სიტყვებით, ძალის გამოყენება აუცილებელი არ არის მანამ, სანამ შედეგი მიიღწევა მშვიდობიანი ღონისძიებებით.<sup>28</sup>

პროპორციულობა არის ძალის გამოყენების სამართლის ფუნდამენტური კომპონენტი.<sup>29</sup> ისტორიულად იგი სამართლიანი ომის თეორიის ნაწილია.<sup>30</sup> პროპორციულობის პრინციპი ზღუდავს თავდაცვით ქმედებას იმ ფარგლებში, რაც აუცილებელია თავდასხმის მოსაგერიებლად.<sup>31</sup> ამდენად, პროპორციული ძალა გულისხმობს ძალის იმ ოდენობით გამოყენებას, რომელიც სათანადოა შეტევის შესაკავებლად. მესამე კრიტერიუმი ვებსტერის ფორმულიდან მომდინარეობს და ნიშნავს დაუყოვნებლივ, ყოველგვარი ფიქრისა და ყოყმანის გარეშე თავდასხმის შეჩერების მიზნით, აქტიურ მოქმედებაზე გადასვლას.<sup>32</sup>

თავდაცვის უფლების კრიტერიუმების დაცვა გამოყენებულ ძალას კანონიერად ვერ

აქცევს, თუ იგი, სხვა საფუძვლიდან გამომდინარე, უკანონოა. ამდენად, თუ ქმედება კანონგარეშეა, ძალის გამოყენების ან პროპორციულობის შესწავლის საჭიროება არ არსებობს.

## 2.2. შეიარაღებული თავდასხმის დეფინიცია

51-ე მუხლი მიუთითებს, რომ თავდაცვის უფლება გამოიყენება შეიარაღებული თავდასხმის არსებობისას. შესაბამისად, ზუსტად უნდა განისაზღვროს ტერმინი „შეიარაღებული თავდასხმა“.

როგორც გაეროს მართლმსაჯულების საერთაშორისო სასამართლომ *ნიკარაგუის* საქმის შესახებ გადაწყვეტილებაში აღნიშნა, „საერთაშორისო საზღვრის მეორე მხარეს სამხედრო შენაერთების ქმედება არის შეიარაღებული თავდასხმის ფორმა, თუ უფრო დიდი მასშტაბისაა, ვიდრე უბრალო სასაზღვრო ინციდენტი“.<sup>33</sup>

სხვადასხვა ინგლისურენოვანი ლექსიკონი განმარტავს, რომ თავდასხმა არის რეალური ქმედება და არა საფრთხე. გარდა ამისა, მხედველობაშია მისაღები გაეროს წესდების მე-2 მუხლის მე-4 პუნქტი. ის კრძალავს როგორც ძალის გამოყენებას, ასევე ასეთი საფრთხის შექმნას. შესაბამისად, რთულია იმის წარმოდგენა, რომ გაეროს წესდების ავტორებს 51-ე მუხლში გამორჩათ ფრაზა „ან საფრთხის არსებობისას“.<sup>34</sup> მით უფრო, როდესაც 51-ე მუხლიდან ზემოაღნიშნული ფრაზის გამორიცხვა შეესაბამება გაეროს მთავარ მიზანს, შეაკავოს ძალის ცალმხრივი გამოყენება. ამდენად, მკვლევართა უმრავლესობა შეიარაღებულ თავდასხმად მიიჩნევს აქტიურ თავდასხმას, რომელიც მოხდა და არა თავდასხმის საფრთხეს.<sup>35</sup>

2001 წლის 11 სექტემბრის შემდეგ დაიწყო მსჯელობა იმაზე, მოიცავს თუ არა 51-ე მუხლით გათვალისწინებული შეიარაღებული თავდასხმა ტერორისტულ თავდასხმას. 51-ე მუხლი არ მიუთითებს, რომ შეიარაღებული თავდასხმა მომდინარეობს სახელმწიფოსგან, თუმცა ეს პირობა შეიძლება იყოს ბუნდოვანი. თავდაცვის უფლება არის გამონაკლისი ძალის გამოყენების ზოგადი აკრძალვიდან და მე-2 მუხლის მე-4 პუნქტი გამოხატავს აკრძალვას სახელმწიფოებთან მიმართებაში.

მიუხედავად ამისა, თუ სხვა ქვეყნის ტერიტორიაზე მომზადდა თავდასხმა არასახელმწიფოებრივი ერთეულის მიერ, მიიჩნევა, რომ მან შეიძლება გამოიწვიოს იგივე შედეგი, რასაც გამოიწვევს სახელმწიფოს მიერ განხორციელებული თავდასხმა. ამასთანავე, არგუმენტად შესაძლებელია გამოიყენონ გაეროს გენერალური ასამბლეის რეზოლუცია „აგრესიის დეფინიციის“ შესახებ, რომელიც განსაზღვრავს, რომ შეიარაღებული ბანდების, ჯგუფების, არალეგალური და დაქირავებული ძალების მიერ განხორციელებული თავდასხმა სახელმწიფოს წინააღმდეგ არის იმავე სიმძიმის, როგორც რეგულარული ან სხვა მუდმივ საწყისებზე მყოფი ძალების თავდასხმა.<sup>36</sup> მართლმსაჯულების საერთაშორისო სასამართლომ განმარტა ეს დებულება, როგორც ჩვეულებითი საერთაშორისო სამართლის ნორმა. თუმცა გენერალური ასამბლეის რეზოლუცია თავისთავად არ იწვევს სამართლებრივი ვალდებულების წარმოშობას.<sup>37</sup> ასეთ ვითარებას, სამართლებრივად, შესაძლოა, უწოდონ კონსტრუქციული შეიარაღებული თავდასხმა ან შეიარაღებული თავდასხმის ეკვივალენტური სიტუაცია.<sup>38</sup> ამდენად, არასახელმწიფოებრივი შეიარაღებული თავდასხმა შეიძლება გახდეს თავდაცვის უფლების გამოყენების საფუძველი, თუ ასეთი თავდასხმა საკმარისი სიმძიმისაა და მომდინარეობს უცხო ქვეყნის ტერიტორიიდან.

კონსტრუქციული თავდასხმა სრულად როდია მოკლებული საერთაშორისო სამართლებრივ საფუძველს. იგი თავდაცვის უფლების ფართო კონცეფციაზე მიახლოებს და აჩვენებს, რომ შეიარაღებული თავდასხმისთვის არ არის აუცილებელი, ეს ქმედება სახელმწიფოსგან მომდინარეობდეს. დღევანდელი რეალობის გათვალისწინებით, ამგვარ საფრთხეს, რომელიც წამოსულია არასახელმწიფოებრივი ერთეულისაგან, ალბათ, ტერორისტი უნდა ვუწოდოთ.<sup>39</sup>

11 სექტემბრის მოვლენებზე საერთაშორისო რეაქცია ადასტურებს, რომ შეიარაღებული თავდასხმის კონცეფცია არ არის შეზღუდული სახელმწიფოს ქმედებებით. უშიშროების საბჭომ ცნო თავდაცვის უფლება თავის ორ რეზოლუციაში, რომლებიც დაუყოვნებლივ მიიღეს ტერორისტული თავდასხმის შემდეგ.<sup>40</sup>

რეზოლუციები ზუსტად არ განსაზღვრავს, რომ ტერორისტული აქტი თანაბრია შეიარაღებული თავდასხმისა, მაგრამ თავდაცვის უფლების აღიარებისას უშიშროების საბჭოს მოუწია გაეთვალისწინებინა, რომ ეს იყო ტერორისტული თავდასხმა, როგორც შეიარაღებული თავდასხმა 51-ე მუხლის მიზნიდან გამომდინარე. მით უფრო, როდესაც იმ დროისთვის უკვე ცნობილი იყო, რომ იგი გახლდათ ტერორისტული ორგანიზაციის მიერ განხორციელებული. უშიშროების საბჭოს მსგავსი პოზიცია ჰქონდათ სხვა საერთაშორისო ორგანიზაციებს. მაგალითად, ჩრდილოატლანტიკურ საბჭოში შეთანხმდნენ: თავდასხმა პირდაპირ მომდინარეობდა საზღვარგარეთიდან შეერთებული შტატების წინააღმდეგ, რაც მიიჩნეოდა ქმედებად, რომელზეც ვრცელდება ვაშინგტონის ხელშეკრულების მე-5 მუხლი, რომელიც აცხადებს: შეიარაღებული თავდასხმა აღიანსის ერთ ან მეტ წევრზე ევროპასა და ჩრდილოეთ ამერიკაში განხილდება თავდასხმად ყველას წინააღმდეგ.<sup>41</sup>

ზემოაღნიშნულიდან გამომდინარე, შეიარაღებული თავდასხმა შეიძლება განხორციელოს როგორც სახელმწიფომ, ისე არასახელმწიფოებრივმა ერთეულმა უცხო ქვეყნის ტერიტორიიდან.<sup>42</sup>

### 3. კოლექტიური თავდაცვა

#### 3.1. კოლექტიური თავდაცვის მნიშვნელობა

გაეროს წესდების 51-ე მუხლში გამოყენებული ფრაზა „ინდივიდუალური ან კოლექტიური თავდაცვა“ მარტივი გასაგები როდია. პრაქტიკაში განასხვავებენ თავდაცვის ოთხ კატეგორიას, ესენია: ა) ინდივიდუალური თავდაცვა, განხორციელებული ინდივიდუალურად; ბ) ინდივიდუალური თავდაცვა, განხორციელებული კოლექტიურად; გ) კოლექტიური თავდაცვა, განხორციელებული ინდივიდუალურად; დ) კოლექტიური თავდაცვა, განხორციელებული კოლექტიურად. პირველი კატეგორია გულისხმობს თავდაცვის უფლების უშუალოდ გამოყენებას. თუ ერთი სახელმწიფო თავს ესხმის მეორეს, თავდასხმის ობიექტი სახელმწიფო თავად რეაგირებს შეტევაზე. მეორე კატეგორიის შემთხვევაში, აგრესორი ახორცი-

ელებს თავდასხმას რამდენიმე სახელმწიფოზე ერთდროულად ან თანმიმდევრულად, თავდასხმის ობიექტი ქვეყნები კი უფლებამოსილნი არიან, მიმართონ თავდაცვით ღონისძიებებს. მესამე კატეგორიის დროს თავდასხმას ინდივიდუალურად შეიძლება უპასუხოს იმ სახელმწიფომ, რომელზეც არ განხორციელებულა შეტევა, მაგრამ ის თავდასხმის შეკავების მიზნით ეხმარება დაზარალებულ ქვეყანას. გაეროს წესდების თანახმად, ნებისმიერ წევრ ქვეყანას შეუძლია, დაეხმაროს მეორე სახელმწიფოს, თუ იგი თავდასხმის მსხვერპლია.<sup>43</sup> მეოთხე კატეგორიის შემთხვევაში კოლექტიური თავდაცვა ხორციელდება კოლექტიურად ანუ ორი ან მეტი სახელმწიფო ერთობლივად ეხმარება დაზარალებულ ქვეყანას.

მართლმსაჯულების საერთაშორისო სასამართლო *ნიკარაგუის* საქმეში მიუთითებს, რომ სახელმწიფოებს კოლექტიური თავდაცვის უფლება აქვთ არა მარტო გაეროს წესდების 51-ე მუხლიდან გამომდინარე, არამედ აღიარებულია საერთაშორისო ჩვეულებითი სამართლის მიხედვით.<sup>44</sup>

#### 3.2. კოლექტიური თავდაცვის ხელშეკრულებები

გაეროს წესდების 52-ე მუხლის თანახმად, დასაშვებია რეგიონალურ შეთანხმებათა ან ორგანოთა არსებობა საერთაშორისო მშვიდობისა და უშიშროების დაცვასთან დაკავშირებული ისეთი საკითხების გადასაწყვეტად, რომლებიც შესაფერისია რეგიონალური მოქმედებისათვის, იმ პირობით, რომ ასეთი შეთანხმებები ან ორგანოები და მათი საქმიანობა შეესაბამება ორგანიზაციის მიზნებსა და ამოცანებს. ორგანიზაციის წევრებმა, რომლებმაც ასეთი შეთანხმებები დადეს ან ასეთი ორგანოები შექმნეს, ყოველი ღონე უნდა იხმარონ ადგილობრივი დავის მშვიდობიანი გადაწყვეტის მისაღწევად ასეთ რეგიონალურ შეთანხმებათა ან ასეთი რეგიონალური ორგანოების დახმარებით, ვიდრე ეს დავა გაეროს უშიშროების საბჭოს გადაეცემა. უშიშროების საბჭომ დაინტერესებულ სახელმწიფოთა ინიციატივით ან თავად უნდა წაახალისოს ასეთ რეგიონალურ შეთანხმებათა ან ასეთი რეგიონალური ორგანოების დახმარებით ადგილობრივი დავის მშვიდობიანი გადაწყვეტა.<sup>45</sup> 52-ე მუხლში

გამოყენებული სიტყვა „რეგიონი“ ქვეყნების მხოლოდ გეოგრაფიული სიახლოვის გათვალისწინებით არ უნდა განიმარტოს. იგი, უპირველეს ყოვლისა, გულისხმობს სახელმწიფოთა გაერთიანებას მათი ინტერესებიდან და კავშირებიდან გამომდინარე.<sup>46</sup> ერთნაირი ფასეულობების მქონე სახელმწიფოების თითოეულ ჯგუფს აქვს საერთო ინტერესები და ერთობლივად უზრუნველყოფენ საერთაშორისო მშვიდობისა და უსაფრთხოების შენარჩუნებას.<sup>47</sup> რეგიონალური შეთანხმებები ორ ან მეტ ქვეყანას ეხება.<sup>48</sup> კოლექტიური თავდაცვის ხელშეკრულება არის ინსტრუმენტი, რომლის საფუძველზე ხელშეკრული მხარეები აცხადებენ, რომ შეიარაღებული თავდასხმა თითოეულ მათგანზე განიხილება თავდასხმად ყველა მათგანზე და ამ შემთხვევაში თითოეული მხარე იღებს პასუხისმგებლობას, დაეხმაროს დანარჩენებს.

ზემოაღნიშნული დახმარების ხელშეკრულებები შეიძლება იყოს ორმხრივი და მრავალმხრივი. მაგალითად, ამერიკის შეერთებულ შტატებსა და სამხრეთ კორეას შორის 1953 წელს დადებული შეთანხმება ორმხრივი ხელშეკრულების მაგალითია.<sup>49</sup> მრავალმხრივი ხელშეკრულება კი იდება ორზე მეტ სახელმწიფოს შორის და წარმოადგენს კოლექტიური თავდაცვის კოლექტიურ მოვალეობას.<sup>50</sup> კოლექტიური თავდაცვის ხელშეკრულებებს შეუძლიათ შეაკავონ პოტენციური მონინააღმდეგეები და ხელი შეუწყონ ხელშეკრულ მხარეებს შორის ორმხრივი პოლიტიკური ინტერესების განვითარებასა და სამხედრო მხარდაჭერის გაძლიერებას.

### 3.3. სამხედრო ალიანსები

სამხედრო ალიანსები იქმნება სახელმწიფოთა ინტეგრაციის საფუძველზე და მიზნად ისახავს წევრ ქვეყნებს შორის მჭიდრო თანამშრომლობას როგორც სამხედრო, ისე პოლიტიკურ საკითხებზე. იგი ხელს უწყობს სოლიდარული პასუხისმგებლობის წარმოშობას გაერთიანების წევრებს შორის. ალიანსის შეთანხმებას, დაეხმაროს წევრ ქვეყანას, რომელიც თავდასხმის ობიექტია, ასრულებს თითოეული მოკავშირე ქვეყნის მთავრობა.<sup>51</sup> როგორც წესი, სამხედრო ალიანსების საქმიანობის ძირითადი პრინციპია მისი თითოეული წევრი სახელმწიფოს

უსაფრთხოების დაცვა. მაგალითად, ჩრდილოატლანტიკური ხელშეკრულების ორგანიზაციის (დაფუძნებული 1949 წლის 4 აპრილს) უმთავრესი მიზანია, მისი წევრების თავისუფლებისა და უსაფრთხოების უზრუნველყოფა პოლიტიკური და სამხედრო საშუალებებით გაეროს წესდების პრინციპების შესაბამისად. ალიანსის შიგნით სოლიდარობა და ერთიანობა ყოველდღიური თანამშრომლობის მეშვეობით ხელს უწყობს ერთობლივი ძალებით უსაფრთხოების ძირითადი გამოწვევების დაძლევის. სამხედრო ალიანსი შეიძლება თანაბრად ეყრდნობოდეს როგორც ძლიერ, ისე პატარა სახელმწიფოებს, როგორც ეს არსებობს ჩრდილოატლანტიკური ხელშეკრულების ორგანიზაციის შემთხვევაში. ნატოში ყველა წევრი სახელმწიფო, განურჩევლად ტერიტორიული სიდიდისა, მოსახლეობის რაოდენობისა, ეკონომიკური განვითარების მაჩვენებლებისა, პოლიტიკური და სამხედრო ძლიერებისა, თანაბრად მონაწილეობს გადაწყვეტილების მიღების პროცესში. მაგალითად, პატარა და მცირერიცხოვან ლუქსემბურგს ალიანსში ზუსტად ისევე შეუძლია დააყენოს ან დაბლოკოს საკითხი, როგორც დიდ და ძლიერ შეერთებულ შტატებს.<sup>52</sup> სამხედრო ალიანსების ფარგლებში წევრ სახელმწიფოებს შეუძლიათ გამართონ კონსულტაციები, თუ რომელიმე მათგანის ტერიტორიულ მთლიანობას, პოლიტიკურ დამოუკიდებლობასა და უსაფრთხოებას საფრთხე დაემუქრა. ამასთანავე, მხარეები ცალ-ცალკე და ერთობლივად ურთიერთთანადგომის გზით ავითარებენ თავიანთ ინდივიდუალურ და კოლექტიურ შესაძლებლობებს.

### 4. რუსეთის ფედერაციის მიერ

#### საქართველოს წინააღმდეგ

#### განხორციელებული აგრესიის

#### სამართლებრივი ანალიზი

### 4.1. ფაქტობრივი გარემოებები – სამშვიდობო ფორმატის კრიზისი და საქართველოს ტერიტორიების ოკუპაცია

საქართველოს მიერ დამოუკიდებლობის აღდგენისა და საბჭოთა კავშირის დაშლის შემდეგ საბჭოთა იმპერიის სამართალმემკვიდრემ – რუსეთის ფედერაციამ განაგრძო შეიარაღებული კონფლიქტების ინსპირი-

რება საქართველოს ტერიტორიაზე, სახელდობრ, აფხაზეთის ავტონომიური რესპუბლიკისა და ყოფილი სამხრეთ ოსეთის ავტონომიური ოლქის ტერიტორიებზე. რუსეთის ხელისუფლება სისტემატურად აიარაღებდა სეპარატისტებს, უწევდა მათ სამხედრო, ფინანსურ და პოლიტიკურ მხარდაჭერას.

XX საუკუნის 90-იან წლებში რუსეთმა რეგულარული ჯარისა და დაქირავებული პირების მეშვეობით განახორციელა ქართველების ეთნიკური წმენდა, რაც დადასტურებულია ეუთოს ბუდაპეშტის 1994 წლის 5-6 დეკემბრის, ლისაბონის 1996 წლის 2-3 დეკემბრისა და სტამბულის 1999 წლის 18-19 ნოემბრის სამიტების დასკვნითი აქტებით<sup>53</sup> და გაეროს გენერალური ასამბლეის მიერ 2008 წლის 15 მაისს მიღებული 62/249 რეზოლუციით<sup>54</sup>. რუსეთის ფედერაცია სისტემატურად აწყობდა პროვოკაციებს და ამწვავებდა კონფლიქტებს საკუთარი სურვილის შესაბამისად ე.წ. სამშვიდობო ძალების მეშვეობით.

2007-2008 წლებში საქართველოს ხელისუფლებისა და საერთაშორისო თანამეგობრობის მიერ გადადგმულ ნაბიჯებს, რომლებიც მიზნად ისახავდა ე.წ. გაყინული კონფლიქტების მოგვარებაში მონაწილეობისა და სამშვიდობო პროცესის ინტერნაციონალიზაციისათვის რეალური პირობების შექმნას, რაც დასტურდება გაეროს უშიშროების საბჭოს 2007 წლის 1781 და 1752 რეზოლუციებით<sup>55</sup>, რუსეთის ფედერაციამ სამხედრო აგრესიით უპასუხა.

მიუხედავად საქართველოს სამშვიდობო მცდელობებისა, 2008 წლის 7 აგვისტოს რუსეთის ფედერაცია ღიად ჩაება კონფლიქტში ყოფილი სამხრეთ ოსეთის ავტონომიური ოლქის ტერიტორიაზე და განახორციელა მასობრივი სამხედრო ინტერვენცია საქართველოს ტერიტორიაზე. რუსეთის რეგულარულმა სამხედრო ნაწილებმა იერიში მიიტანეს არა მხოლოდ საქართველოს შეიარაღებულ ძალებზე, არამედ ასევე სამოქალაქო ობიექტებსა და მშვიდობიან მოსახლეობაზე, რის შედეგადაც პრაქტიკულად სრულად იქნა განადგურებული კონფლიქტის ზონაში არსებული დასახლებული პუნქტები.<sup>56</sup> პარალელურად, რუსეთის სამხედრო ნაწილებმა განახორციელეს თავდასხმა ზემო აფხაზეთის ტერიტორიაზე

და გაეროს უშიშროების საბჭოს რეზოლუციებისა და საერთაშორისო შეთანხმებების დარღვევით დაიკავეს იგი. ამასთანავე, დაბომბვები საქართველოს მთელ ტერიტორიაზე მიმდინარეობდა.<sup>57</sup> ამჟამად, საქართველოს ტერიტორიების 20% ოკუპირებულია.

ევროსაბჭოს 1633 (2008) რეზოლუციაში აღინიშნა, რომ 2008 წლის აგვისტოში მოხდა რუსეთის ფედერაციის მიერ საქართველოს ტერიტორიის მნიშვნელოვანი ნაწილის ოკუპირება, ხოლო 2009 წლის 4 მარტს ვენეციის კომისიამ დაადასტურა, რომ: „ნებისმიერი სახელმწიფოს შეიარაღებული ძალების ყოფნა საქართველოს ტერიტორიაზე, საქართველოს სახელმწიფოს მკაფიო და ნებაყოფლობითი თანხმობის გარეშე, მიიჩნევა სუვერენული სახელმწიფოს ტერიტორიის ოკუპაციად“.<sup>58</sup>

ფაქტია, რომ რუსეთი არის მხარე, რაც დადასტურებულია ევროსაბჭოს, ევროკავშირისა და ნატოს ფარგლებში მიღებული დოკუმენტებით, რომლებიც მოითხოვენ, უარი ითქვას საქართველოს რეგიონების უკანონო აღიარებაზე.<sup>59</sup> შესაბამისად, შეუქცევადი გახდა რუსეთის როლის ტრანსფორმაცია დეკლარირებული კონფლიქტის მომრიგებელიდან კონფლიქტის მხარედ.

#### **4.2. სამართლებრივი შეფასება – საქართველოს წინააღმდეგ რუსეთის ფედერაციის მიერ ძალის გამოყენება, როგორც აგრესიის აქტი**

თანამედროვე საერთაშორისო სამართალში სამხედრო ძალის გამოყენების სამართლებრივი რეგულირება ხდება გაეროს წესდებითა და მის ბაზაზე ჩამოყალიბებული ჩვეულებითი სამართლით. რუსეთის ფედერაციას ძალის გამოყენების უფლებამოსილება გაეროს უშიშროების საბჭოს მიერ მინიჭებული არ ჰქონდა და აღნიშნული ქმედება არ ითვლება კანონიერი თავდაცვის უფლების გამოყენებად. ამდენად, რუსეთმა განახორციელა შეიარაღებული თავდასხმა საქართველოზე და მისი ოკუპაცია ყოველგვარი საერთაშორისო სამართლებრივი საფუძვლის უგულებელყოფით.

საქართველოს წინააღმდეგ განხორციელებულ სრულმასშტაბიან საომარ მოქმედებას რუსეთმა ე.წ. უცხო ქვეყანაში „საკუთარ მოქალაქეთა“ დაცვის უფლებით „ჭუ-

მანიტარული ინტერვენცია“ უნდა, მაგრამ სინამდვილეში, საერთაშორისო სამართლის თანახმად, რეალურად ტიპური აგრესიული ქმედება იყო. ამასთანავე, ცალკე სამართლებრივ შეფასებას ექვემდებარება აფხაზეთისა და ცხინვალის რეგიონის მკვიდრთათვის რუსეთის მოქალაქეთა პასპორტების იძულებით მასობრივი დარიგება იმ ფონზე, როდესაც კონფლიქტურ რეგიონებში რუსეთი ფორმალურად „სამშვიდობო მისიას ასრულებდა“ და ამ გზით საქართველოს მოქალაქეების რუსეთის მოქალაქეებად „გადაწერა“. გარდა ამისა, თეორიულადაც რომ დაუშვათ ასეთი საკითხის რეალურობა, რუსეთს მაინც არ ჰქონდა იურიდიული უფლება, საქართველოს საშინაო საქმეებში ჩარეულიყო სამხედრო ძალის გამოყენებით. გაეროს გენერალური ასამბლეის 1970 წლის 24 ოქტომბრის დეკლარაციაში საერთაშორისო სამართლის პრინციპების შესახებ აღნიშნულია: „არც ერთ სახელმწიფოს, ან სახელმწიფოთა ჯგუფს არა აქვს უფლება, პირდაპირ თუ ირიბად, რა მიზეზითაც არ უნდა იყოს, ჩაერიოს მეორე სახელმწიფოს საშინაო და საგარეო საქმეებში“. <sup>60</sup> ნებისმიერი მიზეზით სხვა ქვეყნის საშინაო და საგარეო საქმეებში ჩარევა ნიშნავს საერთაშორისო სამართლის დარღვევას.

თანამედროვე საერთაშორისო სამართლის თეორიასა და პრაქტიკაში შემუშავებულია მთელი რიგი წინაპირობებისა და კრიტერიუმებისა, რომლებსაც უნდა აკმაყოფილებდეს ინტერვენციული აქტი, რათა მას მიეცეს ჰუმანიტარული ინტერვენციის კვალიფიკაცია (ჰუმანიტარული ინტერვენცია – ადამიანის უფლებათა უხეში და მასობრივი დარღვევების ჩამდენი სახელმწიფოს წინააღმდეგ საერთაშორისო ორგანიზაციის (ორგანიზაციების) მიერ სამხედრო, ეკონომიკური თუ სხვა სახის მოქმედებით ძალის გამოყენება). <sup>61</sup> საერთაშორისო თანამეგობრობამ ერთმნიშვნელოვნად დააფიქსირა, რომ რუსეთის სამხედრო ქმედებები არ აკმაყოფილებს არც ერთ იმ წინაპირობასა და კრიტერიუმს, რომლებიც უნდა იყოს გამოკვეთილი, რათა სამხედრო ქმედებას ჰუმანიტარული ინტერვენციის კვალიფიკაცია მიეცეს. საერთაშორისო სამართლის პროფესორის, აკადემიკოს ლევან ალექსიძის მოსაზრებით, რუსეთის მიერ საქართველოში განხორციელებული სამ-

ხედრო ინტერვენცია აშკარად გამოკვეთილ „რევანშისტულ“ ხასიათს ატარებდა. <sup>62</sup> აკადემიკოსი ალექსიძე ხაზს უსვამს იმ ფაქტს, რომ რუსეთის პოლიტიკა, საბჭოთა კავშირის დაშლის პერიოდიდან მოყოლებული, მიმართულია იქითკენ, რომ ნებისმიერი გზით შეინარჩუნოს თავისი გავლენა პოსტ-საბჭოთა სივრცეში და, შესაბამისად, არ დაუშვას ახალშექმნილი სახელმწიფოების ინტეგრაცია ევროპულ სივრცესა და სტრუქტურებში. <sup>63</sup> რუსეთის უმთავრესი მიზანი არა „მათი მოქალაქეების დაცვა“, არამედ საქართველოს ტერიტორიაზე ფართომასშტაბიანი სამხედრო ოპერაციის ჩატარება და საქართველოს სუვერენიტეტის ხელყოფა იყო.

გარდა ამისა, რუსეთს არ შეუძლია დაეყრდნოს ცხინვალის რეგიონში/სამხრეთ ოსეთში განლაგებული მშვიდობისმყოფელების დაცვის საფუძველს, რადგან არ არსებობს ძალის გამოყენების ზოგადი უფლება ეროვნული სამშვიდობო კონტინგენტის დასაცავად ან დასახმარებლად. მშვიდობისმყოფელთა სტატუსი და დაცვა, რაც მათ გარანტირებული აქვთ საერთაშორისო სამართლით, ამავე სამართლის თანახმად, მოქმედებს მანამ, სანამ მშვიდობისმყოფელები ნეიტრალურები რჩებიან; საბრძოლო ქმედებებში ჩართვის შემთხვევაში ისინი ავტომატურად კარგავენ სტატუსს და დაცვას. მშვიდობისმყოფელთა დაცვის მიზნით ძალის გამოყენების არგუმენტს ასუსტებს ის ფაქტი, რომ საქართველომ თავდაცვითი ოპერაცია დაიწყო რუსეთის მიერ სამხედრო თავდასხმის განხორციელებიდან რამდენიმე საათის შემდეგ, მანამდე კი საქართველოს შეიარაღებულ ძალებსა და სამშვიდობო ძალებს შორის რაიმე შეტაკება არ მომხდარა. პირიქით, რუსეთის ფართომასშტაბიან სამხედრო თავდასხმამდე, 7 აგვისტომდე, ერთი კვირის განმავლობაში, გრძელდებოდა თავდასხმა ცხინვალის რეგიონში/სამხრეთ ოსეთში სამოქალაქო მოსახლეობასა და ქართულ სამშვიდობო ძალებზე. <sup>64</sup>

რაც შეეხება აგრესიის განმარტებას, გაეროს გენერალური ასამბლეის 1974 წლის 14 დეკემბრის „აგრესიის დეფინიციის შესახებ“ რეზოლუციის მესამე მუხლის თანახმად, აგრესია არის „ერთი ქვეყნის შეიარაღებული ძალების მიერ მეორე ქვეყნის ტერიტორიაზე შეჭრა, ან თავდასხმა, ან სამხედრო

ოპერაცია, თუნდაც დროებით, რომელიც ამ შეჭრის ან თავდასხმის შედეგია... ერთი სახელმწიფოს შეიარაღებული ძალების მიერ მეორე სახელმწიფოს ტერიტორიის დაბომბვა, ან ნებისმიერი იარაღის გამოყენება მეორე სახელმწიფოს ტერიტორიის წინააღმდეგ; საზღვაო პორტებისა და სანაპიროების ბლოკადა სხვა სახელმწიფოს შეიარაღებული ძალების მიერ“. ამავე რეზოლუციის მე-5 მუხლი მიუთითებს, რომ „არანაირი ნებისმიერი ხასიათის მოსაზრება, იქნება ეს პოლიტიკური, ეკონომიკური, სამხედრო თუ სხვა ხასიათის, არ ამართლებს აგრესიას; აგრესიული ომი არის საერთაშორისო მშვიდობის წინააღმდეგ მიმართული დანაშაული, რაც იწვევს საერთაშორისო სამართლებრივ პასუხისმგებლობას“.<sup>65</sup> ზემოაღნიშნულიდან გამომდინარე, რუსეთის ქმედება პასუხობს ყველა იმ ნიშანს, რაც დამახასიათებელია აგრესიული მოქმედებისათვის. რუსეთმა ხელყო საქართველოს სუვერენიტეტი, ტერიტორიული მთლიანობა, დაბომბა საქართველოს ქალაქები, სხვა დასახლებული პუნქტები და საქართველოს ტერიტორია აქცია „ოკუპაციის ობიექტად“. გარდა ამისა, გაეროს გენერალური ასამბლეის 1974 წლის 14 დეკემბრის „აგრესიის დეფინიციის შესახებ“ რეზოლუციის მე-5 მუხლის მიხედვით თუ ვიმსჯელებთ, აგრესიის გამართლება გამორიცხებულია. ამდენად, ოფიციალური მოსკოვის განცხადება, რომ საქართველოში სამხედრო ძალით შეჭრა, ქართული ქალაქებისა და დასახლებული პუნქტების დაბომბვა იძულებითი ღონისძიება იყო და მიზნად მხოლოდ ოსი ხალხის „გადარჩენას“ ისახავდა, არანაირ საერთაშორისო სამართლებრივ ნორმებს არ ეფუძნება. ამასთანავე, რუსეთის სამხედრო ქმედება არ შეესაბამებოდა ძალის გამოყენების აუცილებლობისა და პროპორციულობის კრიტერიუმებს. რუსეთს არც უცდია სამხედრო ძალის გამოყენების ნაცვლად სხვა ალტერნატიული საშუალებებისათვის მიემართა, პირიქით, ის ხელს უშლიდა ნებისმიერი სამშვიდობო ინიციატივის განხორციელებას, გარდა ამისა, მის მიერ გამოყენებული ძალა იყო არათანაზომიერი, არაპროპორციული, რაც დადასტურებულია საერთაშორისო თანამეგობრობის მიერ.<sup>66</sup> რუსეთმა თავდასხმის სამიზნედ გახადა სამოქალაქო თუ სამხედრო დანიშნულების პრაქტიკულად ყველა საკვანძო ობიექტი,

ხელოვნურად გააფართოვა საბრძოლო მოქმედებების არეალი და მოიცვა ტერიტორიები, რომლებსაც არავითარი შეხება კონფლიქტის ზონასთან არ ჰქონია. ამდენად, „საკუთარი მოქალაქეების დაცვის“ საბაზით დაწყებული რუსეთის სამხედრო მოქმედებები სადამსჯელო ოპერაციად იქცა, რომელიც მიზნად ისახავდა საქართველოს მთელი ტერიტორიის ოკუპაციას.

2010 წლის 1 ივნისს ლიტვის რესპუბლიკის სეიმმა მიიღო რეზოლუცია „საქართველოში შექმნილი ვითარების შესახებ“, რომლის თანახმად, ლიტვის პარლამენტი რუსეთის შეიარაღებული ძალების ყოფნას საქართველოს ტერიტორიაზე და მარიონეტული რეჟიმების ქმედებებს აფხაზეთსა და სამხრეთ ოსეთში აფასებს საქართველოს ტერიტორიების ნაწილების უკანონო ოკუპაციად და საერთაშორისო სამართლის ნორმების უხეშ დარღვევად.<sup>67</sup> ლიტვის სეიმი პირველი ეროვნული პარლამენტია, რომელმაც საქართველოს ოკუპაცია, როგორც ტერმინი, დააკანონა. მეტიც, სეიმმა ლიტვის რესპუბლიკის პრეზიდენტსა და მთავრობას მოუწოდა, იხელმძღვანელონ ამ რეზოლუციის პრინციპებით საგარეო პოლიტიკის საკითხების მოგვარებისა და განხორციელებისას.

## დასკვნა

ძალის გამოყენების სამართლებრივმა რეგულირებამ უზარმაზარი ტრანსფორმაცია განიცადა. დაწყებული „სამართლიანი ომის“ დოქტრინის თეორიიდან, გაგრძელებული ძალის გამოყენების სრული თავისუფლებით მე-17 საუკუნიდან მე-20 საუკუნემდე და დამთავრებული გაეროს წესდებაში ძალის გამოყენების ზოგადი აკრძალვით. თუმცა ამ უკანასკნელმა დაუშვა ძალის გამოყენება ინდივიდუალური და კოლექტიური თავდაცვის დროს, ასევე უშიშროების საბჭოს მიანიჭა პრეროგატივა, მიიღოს გადაწყვეტილება იძულებითი ზომების მიღების შესახებ.

რაც შეეხება თავდაცვის უფლების განმარტებას, პირველ რიგში, უნდა აღინიშნოს, რომ ყველა სახელმწიფოს აქვს თავდაცვის უფლება რეალური ქმედების – შეიარაღებული თავდასხმის არსებობის შემთხვევაში. მეორე, ქვეყანას არ აქვს პრევენ-

ციული თავდაცვის უფლება იმ საფრთხის წინააღმდეგ, რომელიც ჯერ კიდევ გაურკვეველია და, სავარაუდოდ, მოსალოდნელია მომავალში. უშიშროების საბჭოს პასუხისმგებლობაა, განიხილოს საერთაშორისო მშვიდობისა და უსაფრთხოებისათვის საფრთხის შემქმნელი შემთხვევები და სახელმწიფოს არ აქვს უფლება, თავად განახორციელოს მსგავსი ფუნქცია დამატებით ან პარალელურად. მესამე, 51-ე მუხლი ზოგადად საუბრობს შეიარაღებულ თავდასხმაზე და არ მიუთითებს თავდასხმის სუბიექტზე, შესაბამისად, გაჩნდა კითხვა: აქვს თუ არა სახელმწიფოს თავდაცვის გამოყენების უფლება იმ შემთხვევაში, თუ ის უშუალოდ სხვა სახელმწიფოსგან არ მომდინარეობს? საერთაშორისო რეაქცია 11 სექტემბრის შემდეგ ადასტურებს, რომ შეიარაღებული თავდასხმის კონცეფცია არ არის შეზღუდული სახელმწიფოს ქმედებებით. თავდაცვის უფლებას ექვემდებარება ისეთი თავდასხმაც, რომელიც წარმოიშვა არასახელმწიფოებრივი ერთეულის მიერ. თუმცა თავდაცვის უფლების ზუსტი რეგულირებისთვის უმჯობესია ამ მუხლის შემდეგნაირად ჩამოყალიბება: „ეს ნესდება არ ეხება ინდივიდუალური ან კოლექტიური თავდაცვის ხელშეუვალ უფლებას, თუ ორგანიზაციის წევრზე შეიარაღებული თავდასხმა განხორციელდა სახელმწიფოს ან არასახელმწიფოებრივი წარმონაქმნის მიერ იმ შემთხვევაში, როდესაც თავდასხმა მომზადებულია უცხო ქვეყნის ტერიტორიაზე.....“

მიუხედავად იმისა, რომ აუცილებლობა და პროპორციულობა ძალის გამოყენების ნებისმიერი შემთხვევის მიმართ მოქმედებს, გაეროს ნესდების 51-ე მუხლში აღნიშნული კრიტერიუმები მითითებული არ არის და ეს საკითხი საერთაშორისო ჩვეულებითი სამართლით რეგულირდება. გარდა ამისა, არსებობს მესამე კრიტერიუმიც – დროულობა,

რომელიც ვებსტერის ფორმულიდან მომდინარეობს და გულისხმობს, ყოველგვარი ფიქრისა და ყოყმანის გარეშე, თავდასხმის შეჩერების მიზნით აქტიურ მოქმედებაზე გადასვლას.

უშიშროების საბჭოს უუნარობა, უზრუნველყოს საერთაშორისო მშვიდობისა და უსაფრთხოების დაცვა, ზრდის კოლექტიური თავდაცვითი ხელშეკრულებების მნიშვნელობას. ორმხრივი და მრავალმხრივი თავდაცვითი დახმარების ხელშეკრულებები არის ინსტრუმენტი, რომლის საფუძველზე მხარეებს შეუძლიათ შეთანხმდნენ, რომ შეიარაღებული თავდასხმა თითოეულ მათგანზე განიხილება თავდასხმად ყველა მათგანზე და ამ შემთხვევაში ისინი დახმარებას უწევენ საფრთხეში მყოფ მხარეს ან მხარეებს. გაეროს ნესდების 51-ე მუხლის თანახმად, ინდივიდუალური თავდაცვის უფლების მსგავსად, კოლექტიური თავდაცვის უფლება წარმოიშობა თავდასხმისთანავე და გრძელდება მანამ, სანამ უშიშროების საბჭო არ მიიღებს შესაბამის ზომებს.

დაბოლოს, საერთაშორისო სამართლის ნორმების თანახმად, საერთაშორისო ვალდებულებების მძიმე დარღვევების შემთხვევაში, როგორც ეს 2008 წლის აგვისტოში რუსეთის მიერ საქართველოს ოკუპაციისას მოხდა და დღემდე გრძელდება, სახელმწიფოები ვალდებული არიან, ითანამშრომლონ, რათა კანონიერი საშუალებებით აღკვეთონ მძიმე დარღვევები, არ ცნონ კანონიერად ამ დარღვევის შედეგად შექმნილი ვითარება და ხელი შეუწყონ, განსაკუთრებით პატარა სახელმწიფოების მიმართ, საერთაშორისო სამართლისა და სამართლიანობის პრინციპებთან შეუთავსებელი ძალადობისა და ზენოლის პოლიტიკის გამოყენებასთან დაკავშირებით ერთიანი და პრინციპული პოზიციის ჩამოყალიბებას.

<sup>1</sup> Charter of the United Nations, <http://www.update.un.org/en/documents/charter/intro.shtml>, (გადმოტვირთულია: 20.02.2010).

<sup>2</sup> იქვე.

<sup>3</sup> René Värk, The Use of Force in the Modern World: Recent Developments and Legal Regulation of the Use of Force, *Baltic Defense Review* No.10, ტომი 2, 2003, გვ. 29-30.

<sup>4</sup> Ian Brownlie, *International Law and the Use of Force by States*, Oxford: Clarendon Press, 1963, გვ. 268.



- <sup>5</sup> Christine Gray, *International Law and the Use of force*, second edition, Oxford University Press, 2004, გვ. 98-101.
- <sup>6</sup> Case Concerning Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. the United States of America), ICJ, 2003, [http://www. icj-cij.org/docket/index.php](http://www.icj-cij.org/docket/index.php), (გადმოტვირთულია: 25.02.2010).
- <sup>7</sup> C. Greenwood, "International Law and the War against Terrorism", *Journal of International Affairs*, N78, 2002, (გადმოტვირთულია Heinonline-ის მონაცემთა ბაზიდან).
- <sup>8</sup> Yoram Dinstein, *War, Aggression and Self-Defence*, Fourth edition, Cambridge University Press, 2005, გვ.286.
- <sup>9</sup> Security Council Resolution N1540 on Non-proliferation of Weapons of Mass Destruction (adopted by the Security Council on 28 April 2004),<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N04/>, (გადმოტვირთულია: 30.01.2010).
- <sup>10</sup> T. D. Gill, Legal and Some Political Limitations on the Power of the UN Security Council to Exercise Its Enforcement Powers under Chapter VII of the Charter, *Netherlands Yearbook of International Law*, 1995, (გადმოტვირთულია Heinonline-ის მონაცემთა ბაზიდან 2010 წლის თებერვალში).
- <sup>11</sup> იხ. სქოლიო 1.
- <sup>12</sup> იქვე.
- <sup>13</sup> Resolution – "Uniting for Peace" (adopted by General Assembly on November 3, 1950), N377, <http://www.un.org/ga/about/background.shtml>, (გადმოტვირთულია 25.02.2010).
- <sup>14</sup> J. Andrassy, "Uniting for Peace", *American Journal of International Law*, ტომი 50, 1956, გვ. 563, 572.
- <sup>15</sup> J. Stone, *Legal Controls of International Conflict: A Treatise on the Dynamics of Disputes and War – Law*, 1954, გვ. 274.
- <sup>16</sup> Advisory Opinion on Certain Expenses of the United Nations (Article 17, Paragraph 2, of the Charter), ICJ, 1962, [http://www. icj-cij.org/docket/index.php](http://www.icj-cij.org/docket/index.php), (გადმოტვირთულია 25.02.2010).
- <sup>17</sup> N. D. White, *Keeping the Peace: The United Nations and the Maintenance of International Peace and Security*, Second Edition, 1997, გვ.143.
- <sup>18</sup> Advisory Opinion on the Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, ICJ, 1996, <http://www.icj-cij.org/docket/files/95/7495.pdf>, (გადმოტვირთულია 25.01.2010).
- <sup>19</sup> იხ. სქოლიო 8, გვ.175.
- <sup>20</sup> Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. the United States of America), ICJ, 1986, <http://www. icj-cij.org/docket/index.php>, (გადმოტვირთულია 20.01.2010).
- <sup>21</sup> Case Concerning Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. the United States of America), ICJ, 2003, <http://www.icj-cij.org/docket/files/90/9745.pdf>, (გადმოტვირთულია 05.05.2010).
- <sup>22</sup> Michael N. Schmitt, Preemptive Strategies in International Law, *Michigan Journal of International Law*, 2003, p.55, (გადმოტვირთულია Lexis Nexis-ის მონაცემთა ბაზიდან 2010 წლის თებერვალში).
- <sup>23</sup> Warner Meng, "The Caroline" in Rudolf Bernhardt, *Encyclopedia of Public International Law*, Volume I, Amsterdam: North-Holland, 1992, გვ. 537-538.
- <sup>24</sup> Letter from Daniel Webster, Secretary of State of the United States, to Henry S. Fox, Esq., Envoy Extraordinary and Minister Plenipotentiary of Her Britannic Majesty (Apr. 24, 1841), reprinted in 29 *Brit. & Foreign St. Papers* 1129, 1138 (1857) (გადმოტვირთულია Lexis Nexis-ის მონაცემთა ბაზიდან 2010 წლის თებერვალში).
- <sup>25</sup> Legality of the Threat or Use of Force of Nuclear Weapons, ICJ, Advisory Opinion, 1997, <http://www. icj-cij.org/docket/index.php>, (გადმოტვირთულია 10.01.2010).
- <sup>26</sup> იხ. სქოლიო 20.
- <sup>27</sup> იხ. სქოლიო 22, გვ. 55.
- <sup>28</sup> O. Schachter, The Right of States to Use Armed Force, *Michigan Law Review*, 1984 (გადმოტვირთულია Lexis Nexis-ის მონაცემთა ბაზიდან 2010 წლის თებერვალში).
- <sup>29</sup> Judith Gail Gardam, Proportionality and Force in International Law, *American Journal*

- of International Law, July, 1993, გვ. 1.
- <sup>30</sup> სამართლიანი ომის თეორიის შესწავლის მიზნით იხ. Roger Bainton, *Christian Attitudes Toward war and Peace* (1960); James Turner Johnson, *Ideology, Reason and the Limitation of War* (1975); Frederick H. Russel, *The Just War in the Middle Ages* (1975).
- <sup>31</sup> იხ. სქოლიო 22, გვ. 56.
- <sup>32</sup> Michael N. Schmitt, *International Law and the Use of Force: The Jus Ad Bellum*, ტომი II, სექტემბერი 2003, გვ. 93.
- <sup>33</sup> იხ. სქოლიო 20. იხილეთ, აგრეთვე, გაეროს გენერალური ასამბლეის 1974 წლის 14 დეკემბრის „აგრესიის დეფინიციის შესახებ“ რეზოლუციის მესამე მუხლის „ა“ ქვეპუნქტი (Resolution on the Definition of Agression, 3314, adopted by General Assembly on 14 December 1974, <http://www.un.org/ga/about/background.shtml>, (გადმოტვირთულია: 25.02.2010).
- <sup>34</sup> Michael Bothe, *Terrorism and the Legality of Pre-emptive Force*, *European Journal of International Law*, ტომი 14, 2003, გვ. 229.
- <sup>35</sup> იხ. სქოლიო 19, გვ. 165-169.
- <sup>36</sup> Resolution on the Definition of Agression, 3314, adopted by General Assembly on 14 December 1974, <http://www.un.org/ga/about/background.shtml>, (გადმოტვირთულია: 25.02.2010).
- <sup>37</sup> იხ. სქოლიო 20.
- <sup>38</sup> Michael Bothe, *Terrorism and the Legality of Pre-emptive Force*, *European Journal of International Law*, ტომი 14, 2003, გვ.230.
- <sup>39</sup> Christopher Greenwood, *International Law and the Pre-emptive Use of Force: Afghanistan, Al-Qaida, and Iraq*, *San Diego International Law Journal*, ტომი 4, 2003, გვ.17.
- <sup>40</sup> Security Council Resolutions about Threats to International Peace and Security caused by terrorist acts (N1368, N1373, adopted on September 12 and September 28, 2001), <http://www.un.org/Docs/scres/2001/sc2001.htm>, (გადმოტვირთულია: 10.02.2010).
- <sup>41</sup> North Atlantic Treaty, Washington D.C. , April 4, 1949, [http://www.nato.int/cps/en/natolive/official\\_texts\\_17120.htm?selectedLocale=en](http://www.nato.int/cps/en/natolive/official_texts_17120.htm?selectedLocale=en), (გადმოტვირთულია: 10.01.2010).
- <sup>42</sup> იხ. სქოლიო 19, გვ. 187.
- <sup>43</sup> H. Kelsen, „Collective Security and Collective Self- defense under the Charter of the United States”, *American Journal of International Law*, N42, 1948, გვ. 783- 792, (გადმოტვირთულია Lexis Nexis-ის მონაცემთა ბაზიდან 2010 წლის მაისში).
- <sup>44</sup> იხ. სქოლიო 20.
- <sup>45</sup> იხ. სქოლიო 1.
- <sup>46</sup> Ann Van Wynen Thomas and A. J. Thomas, *Non-Intervention: The Law and Its Import in the Americas*, Dallas: Southern Methodist University Press, 1956, გვ.178.
- <sup>47</sup> H. Kelsen, *The Law of the United Nations: A Critical Analysis of Its Fundamental Problems*, 1951, გვ. 920.
- <sup>48</sup> M. Akehurst, *Enforcement Action by Regional Agencies, with Special Reference to the Organization of American States*, *British Year Book of International Law* N42, 1967, გვ. 175-177.
- <sup>49</sup> United States–Republic of Korea, *Washington Treaty*, *American Journal of International Law (AJIL)*, N48, 1953, Supplement , *AJIL*, N147, 1954, (გადმოტვირთულია Lexis Nexis-ის მონაცემთა ბაზიდან 2010 წლის აპრილში).
- <sup>50</sup> J. N. Moore, *The Secret War in Central America and the Future of World Order*, *American Journal of International Law* N43, 1986, pp. 104–5, (გადმოტვირთულია Lexis Nexis-ის მონაცემთა ბაზიდან 2010 წლის მაისში).
- <sup>51</sup> W. E. Beckett, *The North Atlantic Treaty, the Brussels Treaty and the Charter of the United Nations*, 1950, (გადმოტვირთულია Lexis Nexis-ის მონაცემთა ბაზიდან 2010 წლის თებერვალში).
- <sup>52</sup> ხათუნა ბურკაძე, ანატოლი კორეპანოვი, ეს ნატოა, თბილისი, 2008 წელი, გვ. 8.
- <sup>53</sup> იხ. Budapest Summit Document 1994, 5-6 December, Conference for Security and Co-operation in Europe; Lisabon Summit Document 1996, 2-3 December, Organization for Security and Co-operation in Europe; Istanbul Summit Document

1999, 17-19 November, Organization for Security and Co-operation in Europe, [www.osce.org](http://www.osce.org), (გადმოტვირთულია: 25.04.2010).

<sup>54</sup> იხ. Resolution of General Assembly, N62/249, May 15, 2008, [www.un.org](http://www.un.org), (გადმოტვირთულია: 27.03.2010).

<sup>55</sup> იხ. Resolution of Security Council N1781, October 15, 2007, Resolution of Security Council N1752, April 13, 2007, [www.un.org](http://www.un.org), (გადმოტვირთულია 27.03.2010).

<sup>56</sup> საქართველოს პარლამენტის დადგენილება „რუსეთის ფედერაციის მიერ საქართველოს ტერიტორიების ოკუპაციის შესახებ“, 2008 წლის 29 აგვისტო, [www.parliament.ge](http://www.parliament.ge), (გადმოტვირთულია 27.03.2010).

<sup>57</sup> იხ. საქართველოს პარლამენტის მიმართვა საერთაშორისო თანამეგობრობისადმი, 2008 წლის 14 აგვისტო, [www.parliament.ge](http://www.parliament.ge), (გადმოტვირთულია 25.03.2010).

<sup>58</sup> საქართველოს მთავრობის ანგარიში რუსეთის ფედერაციის მიერ საქართველოს წინააღმდეგ განხორციელებულ სრულმასშტაბიან აგრესიასთან დაკავშირებით, თბილისი, 2009 წელი, გვ. 62-63.

<sup>59</sup> Levan Alexidze, The Failure of the UN Security Council in Settlement of the Conflict in Abkhazia, Georgia, Undermines the Fundamentals of the International Legal Order, *Journal of International Law*, N1, 2009, გვ. 117.

<sup>60</sup> Resoluitiion of General Assembly N2625, UN, 24 October, 1970, [www.un.org](http://www.un.org), (გადმოტვირთულია: 25.04.2010).

<sup>61</sup> იხ. თანამედროვე საერთაშორისო სამართალი, ლექსიკონი-ცნობარი, პასუხისმგებელი რედაქტორი ლევან ალექსიძე, თბილისის უნივერსიტეტის გამომცემლობა, 2003 წელი, გვ. 415.

<sup>62</sup> Л. Алексидзе, И снова Агрессия, Интервенция и Оккупация Грузии с Целью Ликвидации Суверенитета и Территориальной Целостности Страны, *საერთაშორისო სამართლის ჟურნალი*, N2, 2008, გვ. 185.

<sup>63</sup> იქვე.

<sup>64</sup> იხ. საქართველოს მთავრობის ანგარიში რუსეთის ფედერაციის მიერ საქართველოს წინააღმდეგ განხორციელებულ სრულმასშტაბიან აგრესიასთან დაკავშირებით, თბილისი, 2009 წელი, გვ. 105.

<sup>65</sup> Resoluitiion on the Definition of Agression, 3314, adopted by General Assembly on 14 December 1974, <http://www.un.org/ga/about/background.shtml>, (გადმოტვირთულია 25.02.2010).

<sup>66</sup> იხ. Statement of North Atlantic Council at the Level of Foreign Ministers, August 19, 2008, [www.nato.int](http://www.nato.int), საქართველოს მთავრობის ანგარიში რუსეთის ფედერაციის მიერ საქართველოს წინააღმდეგ განხორციელებულ სრულმასშტაბიან აგრესიასთან დაკავშირებით, თბილისი, 2009 წელი.

<sup>67</sup> იხ. ლიტვის რესპუბლიკის სეიმის რეზოლუცია „საქართველოში შექმნილი ვითარების შესახებ“, 2010 წლის 1 ივნისი, [www.mfa.gov.ge](http://www.mfa.gov.ge) (გადმოტვირთულია 02.06.2010).

## ***KHATUNA BURKADZE***

### **LEGAL ASPECTS OF THE USE OF FORCE IN THE INTERNATIONAL LAW**

#### ***INTRODUCTION***

Among the most problematic and critical issues of international law is the Legal aspects of the use of force. In the International legal system, It remains imperative to ask – “When is it lawful to use force?”.

The decision on the use of force is made only by the United Nations. In some cases, however, the UN Security Council may give authority to international regional organizations to use force.

The issue of the use of force became even more crucial after the war in August of 2008, when Russia conducted an act of aggression against the sovereign state of Georgia, in violation of fundamental principles of the international law.

The international legal system was incapable of preventing the states to use force against each other, due to the lack of an effective means to protect and enforce international legal norms.

The following article is aimed at: analyzing the international legal aspects of the use of force; adduce the role and functions of the UN Security Council and the General Assembly in preserving international peace; illustrate how the permanent members of the UN Security Council right of veto impede the decision making process in the Security Council; demonstrate the difference between threat to peace and armed attack, whether the use of force is justified in cases of threats to peace; what the criteria are for the right of defense; define the criteria of necessity and proportionality of use of force; whether armed attack from a Non-State Actor could serve as grounds for exercising a right of self-defense;

define the act of aggression within the scope of international law.

An examination of these issues will outline discrepancies that persist in the process of preserving international peace by the international system and will facilitate a proper resolution.

The first chapter of the article describes the legal grounds of use of force and the decision-making process on use of force; the second chapter is about the criteria for the right of defense and different forms of armed attack; the third chapter is dedicated to the importance of collective defense, bilateral and multilateral treaties on collective defense and military alliances; based on the legal aspects of the use of force and criteria for it, in the fourth chapter author explores the legal aspects of the Russian aggression against Georgia.

#### ***1. INTERNATIONAL LEGAL BASIS ON THE USE OF FORCE***

##### ***1.1. Definition of the use of force***

The exact definition of the use of force supports development of peaceful bilateral relations between states. The internal legal system of the state gradually derailed from monopolizing the use of force and permits the use of force only in cases of self-defense.

Contemporary international law on use of force is based on the United Nations Charter. The authors of the Charter wished to ban any use of force but at the same time envisaged few exclusions which are regulated by the Charter.

One of the reasons of creation of the UN was to modernize international law in the 20<sup>th</sup>

century. Leaders decided: "To establish conditions under which justice and respect for the obligations arising from treaties and other sources of international law can be maintained, and to save succeeding generations from the scourge of war, which twice in our lifetime has brought untold sorrow to mankind".<sup>1</sup>

In accordance with article 2, paragraph 4, of the UN Charter, – "all Members shall refrain in their international relations from the threat or use of force against the territorial integrity or political independence of any state, or in any other manner inconsistent with the purposes of the United Nations".<sup>2</sup>

Article 2, paragraph 4 is well drafted in so far as it mentions the threat or use of force, but not war. The term "war" refers to a narrow and technical legal situation, which begins with a declaration of war and ends with a peace treaty. War was generally prohibited before the Second World War, but states found a way to avoid such prohibition. For example, Japan refused to declare war on China and called its military operations in Manchuria (1932-1941) – "an incident" in order to avoid violating the prohibition of waging war. In light of such experiences, the term "use of force" was preferred because it covers all forms of hostilities, both nominal wars and incidents falling short of an official state of war, which ranges from minor border clashes to extensive military operations. Therefore, the prohibition of the use of force is not dependent on how the involved states prefer to define their military conflict.<sup>3</sup>

The provision stipulates that the members of the United Nations should refrain from the threat or use of force against the territorial integrity or political independence of any state, or in any other manner inconsistent with the purposes of the United Nations. Does this truly mean that the prohibition is conditional, and force can be used for a wide variety of purposes because it is not aimed against the territorial integrity or political independence of any state? Could this line of reasoning be used to justify humanitarian interventions as well as other "altruistic" uses of force? These clauses were never intended to restrict the scope of prohibition on the use of force, but, on the contrary, they purposed to give more

specific guarantees to small states. Therefore, they cannot be interpreted to have a qualifying effect.<sup>4</sup>

Exceptions to the general prohibition of the use of force exist under the United Nations Charter: individual and collective self-defense; Security Council enforcement actions; use of force on the territory of another state upon request of the latter.

Thus, use of force means the use of force in any form. The legality of the use of force is determined by the exceptions in provisions of the United Nations Charter.

### **1.2. Legal basis of the use of force in accordance with the United Nations Charter**

When dealing with Threats to the Peace, Breaches of the Peace, and Acts of Aggression the UN Security Council acts under Chapter VII, the Security Council shall determine what measures shall be taken to maintain or restore international peace and security. These may include complete or partial interruption of economic relations and of rail, sea, air, postal, telegraphic, radio, and other means of communication, and the severance of diplomatic relations.

Should the Security Council consider the aforementioned measures are inadequate, it may take such action by air, sea, or land forces as may be necessary to maintain or restore international peace and security.

In order to contribute to the maintenance of international peace and security all members of the United Nations, make their armed forces, assistance, and facilities, including rights of passage available to the Security Council, on its call and in accordance with a special agreement or agreements, necessary for the purpose of maintaining international peace and security.

As far as it concerns the use of force for self-defense, in every concrete case fundamental criteria has to be met: the use of force for self-defense should not be arbitrary; use of force should be an absolute necessity; the aim of such a defensive force should be to halt or repel an attack;<sup>5</sup> and no other practical alter-

native should be visible when the use of force deems necessary.

In its decision concerning the Oil Platforms case, the International Court of Justice concluded that international law requires measures taken in self-defense to be necessary to reach the goal; are objective and impregnable and do not leave any option for discretionary actions.<sup>6</sup>

Taking into consideration the aforesaid, use of force is illegal and contradicts international law if there are no appropriate legal grounds for the use of force or these actions are not sanctioned by the United Nations Security Council in accordance with chapter 7 of the UN Charter.

### **1.3. Decision-making mechanism**

#### **1.3.1. Responsibilities of the United Nations Security Council**

According to the chapter 7 of the United Nations Charter the Security Council shall determine the existence of any threat to the peace, breach of the peace, or act of aggression and shall make recommendations, or decide what measures shall be taken to maintain or restore international peace and security.

Threat to the peace is a much broader concept than an armed attack.<sup>7</sup> The difference between the two categories relates to the consequences ensuing thereof. Whereas any State or group of States can forcibly respond to an armed attack by invoking the right of individual or collective self-defence, only the Security Council can put in motion measures of collective security that (in the Council's judgement) are called for in the face of a threat to the peace.<sup>8</sup>

The UN Security Council resolution N1540 affirms that proliferation of nuclear, chemical and biological weapons and their means of delivery represent a threat to international peace and security.<sup>9</sup> In addition, the UN Security Council could perceive the violation of human rights even without the use of force as a threat to peace.<sup>10</sup> The Security Council is responsible to determine whether threat to the peace is viable.

The UN Security Council is a political body, not a legal one, and its decisions are based on

political views rather than on purely legal ones. No important decision can be made without support of the five permanent members (the United States of America, the United Kingdom, France, China, and Russian Federation) of the Council, including issues concerning threats to the peace. Consequentially, if one of the permanent members of the council is against reaching an agreement, it could hamper or block the process and make the Council incapable of acting on maintaining peace and security.

Security Council resolutions have a legally binding effect on the members of the United Nations, and they are obliged to follow these resolutions.<sup>11</sup> According to the article 48 of the UN Charter the action required to carry out Security Council decisions for the maintenance of international peace and security shall be taken by all the Members of the United Nations or by some of them, as the Security Council may determine. Such decisions shall be carried out directly by the Members of the United Nations and the actions of the appropriate international agencies of which they are members.<sup>12</sup>

#### **1.3.2. The General Assembly**

In 1950 the General Assembly adopted a landmark resolution called "Uniting for Peace". Pursuant to this resolution, the Assembly may take action if the Security Council fails to act, owing to the negative vote of a permanent member, in a case where there appears to be a threat to the peace, breach of the peace or act of aggression. The Assembly can consider the matter immediately with the aim of making recommendations to Members for collective measures to maintain or restore international peace and security.

If the General Assembly is not in session, an "emergency special session" can be convened within 24 hours, if requested by the vote of any seven members of the Security Council on the, or by request or consent of the majority of its members.<sup>13</sup> This resolution does not amend the UN Charter.<sup>14</sup> It should be noted that the Assembly adopts resolutions that are non-binding in nature and are perceived as recommendations to States.<sup>15</sup>

In its advisory opinion of 20th July, 1962, concerning "Certain expenses of the United Nations", the International Court of Justice concluded that the Security Council is exclusively authorized to obligate states with responsibilities deriving from the chapter 7, of the United Nations Charter.<sup>16</sup>

During the "Cold War" era, the General Assembly tried to "usurp the primary responsibility of the Security Council on quite a number of occasions"; although in recent years it appears to have largely reconciled itself to taking "a secondary or silent role".<sup>17</sup>

Ultimately it could be concluded that if the UN Security Council fails to fulfill its mandate, no other UN body can substitute it.

## 2. RIGHT OF SELF-DEFENSE

### 2.1. Criteria for the right of self-defense

In an advisory opinion of 1996, the International Court of Justice indicated that, in respect to any state, the Court always takes into account the right of self-defense envisaged by article 51 of the United Nations Charter.<sup>18</sup>

In addition, the International Court of Justice clarified that the right of self-defense should be exercised in extreme circumstances.<sup>19</sup>

Article 51 of the UN Charter states "Nothing in the present Charter shall impair the inherent right of individual or collective self-defense if an armed attack occurs against a Member of the United Nations, until the Security Council has taken measures necessary to maintain international peace and security...".

Therefore, article 51 of the UN Charter envisages individual as well as collective self-defense and the unimpaired use of this right in case of armed attack. In addition, there are defined criteria that should be abided by when exercising right of self-defense.

In its argument on a case concerning Nicaragua, the International Court of Justice indicated that no particularity is provided for in using the right of self-defense in article 51 of the UN Charter. But according to the International Customary Law, response to armed attack should be proportional and necessary.<sup>20</sup>

The international Court of Justice reaffirmed the need to abide by principles of proportionality and necessity while responding to armed attack in its decision in 2003, in a case concerning Oil Platforms.<sup>21</sup>

In fact, criteria of proportionality and necessity are supplemented by the third criteria of need for imminence of response.

These requirements derive historically from the *Caroline* case.<sup>22</sup>

A rebellion in colonial Canada in 1837 found active support from American volunteers and private suppliers operating out of the border region in the United States. The steamship *Caroline* was involved in supplying materials to rebel-occupied Navy Island. British forces from the Canadian side crossed the border into the United States and seized the *Caroline*. During the assault, two citizens of the United States were shot dead aboard the *Caroline* and one British officer was arrested for murder.<sup>23</sup>

The United States protested the attack on the basis that the British had violated its sovereignty. When the Foreign Office replied that the action had been an appropriate exercise of self-defense, Secretary of State, Daniel Webster, argued that for the self-defense to be legitimate, the British had to demonstrate "a necessity of self-defense, instant, overwhelming, leaving no choice of means, and no moment for deliberation" and the acts could not be "unreasonable or excessive".<sup>24</sup>

The International Court of Justice, in its advisory opinion on a case concerning nuclear weapons, concluded that criteria of proportionality and necessity remains a requirement for any case of the use of force, including the use of force for self-defense, envisaged by article 51 of the UN Charter.<sup>25</sup> In addition, the International Court of Justice, in its decision on *Nicaragua v. USA*, concluded that, for the means of self-defense, the use of proportional force to repel attack could be established as a rule of the International Customary Law.<sup>26</sup>

The principle of necessity is based on the following circumstances: a) state exercises right of self-defense when attack is initiated by an identified state; b) force is used in response

to attack and not in response to any incident or any other action of this nature; c) all other non-forceful options are exhausted.

Thus, if diplomatic, economic, informational, judicial, or other courses of action might deter the threatened action, defensive use of force by the target of the threat would violate article 2(4).<sup>27</sup> In other words, “force should not be considered necessary until peaceful measures have been found wanting or when they clearly would be futile”.<sup>28</sup>

Proportionality is the fundamental component of the Law on the Use of Force.<sup>29</sup> Historically, it is part of the Just War Theory.<sup>30</sup> The principle of proportionality limits any defensive action to that necessary to defeat an ongoing attack or to deter or pre-empt a future attack.<sup>31</sup>

The third requirement, drawn from Webster’s “instant” and “leaving no moment for deliberation” language, is imminence, a criterion relevant only in the case of attacks not yet launched.<sup>32</sup>

Abidance of the criteria of self-defense does not legitimize the use of force, if the use of force is unlawful by other cause. Therefore if armed attack is illegitimate, there is no need to study clauses of proportionality and the necessity of the use of force.

## **2.2. Definition of armed attack**

Article 51 of the UN Charter states that “Nothing in the present charter shall impair the inherent right of individual or collective self-defense if an armed attack occurs...”. This raises the need to precisely define “armed attack”.

As it is stated in the conclusion of the International Court of Justice concerning the case of Nicaragua “activities of military units on the other side of the international border” are perceived as an armed attack if they go beyond the scope of a border incident.<sup>33</sup>

Various English dictionaries suggest that an attack is an actual action, not merely a threat. Furthermore, we should take into consideration other parts of the United Nations Charter, namely Article 2, paragraph 4. This prohibits both the actual use of force as well as

the threat of force, and it is difficult to conceive that the drafter of the United Nations Charter, due to an oversight, simply forgot to add the words “or threatens” to Article 51.<sup>34</sup> Whereas exclusion of the word “threat” in article 51 is in compliance with the fundamental principles of the UN – to prevent unilateral use of force. The majority of scholars agree that armed attack is an active attack which already took place, rather than threat of such attack.<sup>35</sup>

The events of September 11, 2001 triggered discussions whether the armed attack referred to in article 51 of the UN Charter included terrorist attacks. Article 51 by itself, does not clarify that armed attack should be executed by the state, though this provision remains vague, while paragraph 4, of article 2 of the same Charter allows the use of force in self-defense as an exception, when a state is attacked by another state.

Nevertheless, if an attack was organized by a Non-State Actor on the territory of another state, it is assumed that it carries as grave danger as an armed attack. The UN General Assembly argues in favor of this, in its resolution on the “Definition of Aggression”. According to the definition, acts of armed force against another state carried out by armed bands, groups, irregulars or mercenaries are of the same gravity as armed attacks carried out by regular or any other permanent armed force.<sup>36</sup> The international Court of Justice defined this provision as a norm of International Customary Law. However, the UN General Assembly resolutions are not obligatory in their nature.<sup>37</sup> Such a situation can, in legal reasoning, be called a constructive armed attack or a situation equivalent to an armed attack.<sup>38</sup> Therefore, armed attack by a Non-State Actor could serve as a basis for self-defense if it is of sufficient gravity and originated from abroad.

The concept of constructive armed attack or a situation equivalent to an armed attack, is not foreign to international legal reasoning. It directs to a rather broader concept of self-defense and indicates that in the current environment, an armed attack could derive not only from states but from Non-State Actors. In that situation the threat came from a non-



state group of the kind most would probably call “terrorist” today.<sup>39</sup>

The reaction of the international community to the events of 11<sup>th</sup> of September 2001, explicitly illustrated the concept that armed attack is not limited to state actors. After the attacks, the UN Security Council, recognized the right for the self-defense and immediately enshrined it in its two resolutions.<sup>40</sup>

UN Security Council resolutions did not clearly identify that terrorist acts are equivalent to armed attacks, but while recognising the right for self-defence it had to recognise that these acts have served for enacting article 51 of the UN Charter. The same attitude was shared by other international organisations. The North Atlantic Council agreed that this attack was directed from abroad against the United States and should be regarded as an action covered by Article 5 of the Washington Treaty, which states that an armed attack against one or more of the Allies in Europe or North America shall be considered an attack against them all.<sup>41</sup>

Based on the aforementioned, it could be concluded that an armed attack can be conducted by another state or Non-State Actor from within a foreign state.<sup>42</sup>

### **3. COLLECTIVE SELF-DEFENSE**

#### **3.1. Definition of collective self-defense**

It is rather difficult to define the exact meaning of the phrase “collective self-defense” used in article 51 of the UN Charter. In practice there are four types of self-defense: a) individual defense conducted individually; b) individual self-defense conducted collectively; c) collective self-defense conducted individually and d) collective self-defense conducted collectively. The first category envisages individual response from a state when it is attacked by another. The second category describes a situation when the aggressor attacks multiple states simultaneously or successively, and attacked states exercise their right of self-defense. The third category is the situation when in response to aggression, the right of self-defense is exercised by another

state individually which was not attacked, in support of an attacked state in order to repel the attack. According to the UN Charter any state could support another, if the latter is the victim of aggression.<sup>43</sup> In the fourth category, collective self-defense is exercised collectively when two or more states are supporting the attacked state.

In its judgment on Nicaragua, the International Court of Justice stated that the right of collective self-defense derives not only from article 51 of the UN Charter, but it is a recognized norm of the International Customary Law.<sup>44</sup>

#### **3.2. Collective self-defense treaties**

According to article 52 of the UN Charter nothing in the Charter precludes the existence of regional arrangements or agencies for addressing such matters relating to the maintenance of international peace and security, as is appropriate for regional action, provided that such arrangements or agencies and their activities are consistent with the purposes and principles of the United Nations. The Members of the United Nations entering into such arrangements or constituting such agencies shall make every effort to achieve pacific settlement of local disputes through such regional arrangements, or by such regional agencies, before referring them to the Security Council. The Security Council shall encourage the development of pacific settlement of local disputes through such regional arrangements, or by such regional agencies, either on the initiative of the states concerned, or by reference from the Security Council.<sup>45</sup>

The word “regional” referred to in article 52 of the Charter, does not only refer to geographic closeness of the states. First and foremost the word “regional” refers to the countries that are united and allied in terms of their joint interests and relationships.<sup>46</sup> Each group of states that are in value-based unions pursue joint interests and work together for the maintenance of peace and security.<sup>47</sup> Regional agreements are agreements between two or more states.<sup>48</sup> Agreements on collective defense is an instrument where state parties to

the agreement declare that attack on one of them is an attack against all of them, and all members take the responsibility to support each other.

Collective self-defense treaties may be bilateral or multilateral. One example of such a bilateral treaty is the agreement between the USA and South Korea, which was concluded in 1953.<sup>49</sup> Multilateral treaties are concluded by more than two states and carry collective responsibility on collective self-defence.<sup>50</sup> Agreements on collective defence serve as a deterrent to potential threat and support development of political relations and military cooperation between the signatories.

### **3.3. Military alliances**

Military alliances are established based on integration between states; members strive for close cooperation on military and political issues. Alliances support development of shared responsibilities between members. As usual, a cornerstone for military alliances is responsibility to insure the security of each other. The responsibility to support an allied partner if it falls victim to aggression is fulfilled by all members of the alliance.<sup>51</sup> The main purpose of the North Atlantic Treaty Organisation (established on April 4, 1949) is to safeguard the freedom and security of its members through political and military means in accordance with the United Nations Charter. Solidarity and unity in day-to-day work within the alliance enhances cooperation in dealing with core security challenges. As in NATO, military alliance may equally rely on its large and small member states. All members of NATO, regardless of their size, population and economic, political and military development, are equal in the decision-making process. In NATO, little Luxemburg can foster or block any issue with equal success as the large and mighty the United States.<sup>52</sup> The members of military alliance will consult together whenever, in the opinion of any of them, the territorial integrity, political independence or security of any of the parties is threatened. Members of the alliance, separately and jointly, will maintain and develop their individual and collective capacities by mutual aid.

## **4. LEGAL ANALYSIS OF THE RUSSIAN AGGRESSION AGAINST GEORGIA**

### **4.1. Factual circumstances – crisis of peace formats and occupation of Georgian territories**

After restoration of the independence of Georgia and dissolution of the Soviet Union, the successor of the Soviet empire – the Russian Federation – continued to incite armed conflicts on the territories of Georgia, namely, in the Autonomous Republic of Abkhazia and the Former Autonomous District of South Ossetia. Russian authorities constantly supplied the separatists with arms and provided them with financial, military and political support.

Russia, in 1990s, using regular military forces and volunteers committed ethnic cleansing of the Georgian population that was recognized by the final acts of the OSCE summits in Budapest on 5-6 December 1994, in Lisbon on 2-3 December 1996 and in Istanbul on 18-19 November 1999,<sup>53</sup> as well as by the UN General Assembly Resolution (62/249) of 15 May 2008.<sup>54</sup> Since then, the Russian Federation has constantly used every possible means to provoke intensification of the conflicts through so-called peacekeeping forces.

In 2007-2008, Georgian authorities and the International Community made steps aimed at settling the so-called frozen conflicts and providing a genuine environment for internationalization of the peace process as approved in Resolutions N1781 and N 1752 of UN Security Council.<sup>55</sup> Russia responded with military aggression.

Despite the peace initiatives of the Georgian authorities on 7 August 2008 Russia manifestly engaged itself into conflict on the territory of Tskhinvali region/South Ossetia and carried out a wide military intervention in the territory of Georgia. Russian regular troops attacked not only Georgian military units but also civilian infrastructure and the peaceful population, resulting in the entire destruction of settlements in the conflict zone.<sup>56</sup> In parallel, the Russian armed forces, including its air force, attacked the territory of Upper Abkhazia and occupied it in violation of international agreements and UN Security Council resolutions.

Bombardments occurred throughout the entire territory of Georgia.<sup>57</sup> Presently, 20% of Georgian territory is occupied.

The Council of Europe clearly noted in its Resolution N1633 (2008) that in August 2008 “the Russian Federation occupied significant parts of Georgian territory. In addition, on March 4, 2009, the “European Commission for Democracy through Law” (also known as the Venice Commission) confirmed that: “the presence of military forces of any other state on the territory of Georgia, without an explicit and voluntary consent expressed by the state of Georgia, shall be deemed illegal military occupation of the Territory of a sovereign country”.<sup>58</sup>

It is a fact, that Russia is the party to the conflict, and this has been reflected in documents of the Council of Europe, European Union and the NATO, all of these documents request to refuse illegitimate recognition of Georgian regions.<sup>59</sup> Consequently, the process of turning Russia from a proclaimed mediator into party to the conflict is irreversible.

#### **4.2. Legal assessment – the use of force by the Russian Federation against Georgia as an act of aggression**

In contemporary international law legal regulations on the use of force derive from the UN Charter and norms of international customary law. Russia’s use of force was not authorized by the United Nations Security Council and cannot qualify as a lawful exercise on the right of self-defense. It is self-evident that Russian Federation forces invaded and occupied Georgian territory in violation of numerous international legal norms.

Russia invaded and occupied Georgia in the absence of an international legal justification of the action. Nor is the Russian invasion justified under the terms of the so-called humanitarian intervention and use of force abroad to protect nationals; in reality, according to international law, this was a typical act of aggression. On the other hand, while talking about protection of nationals abroad, one has to give a legal assessment to the illegal process of the distribution of Russian passports. While acting in the capacity of a peacekeeper,

Russia forced inhabitants of the conflict zone to change their citizenship into Russian. Even in theory, Russia did not have the right to interfere in the internal affairs of Georgia and use military force the UN General Assembly resolution on the principles of International Law declares: “states or group of states have a duty not to intervene in matters within the internal or foreign affairs of any state”.<sup>60</sup> Interference in the internal or foreign affairs of any country is considered a violation of international law.

In practice and theory of contemporary international law, in order for military intervention to fall under the description of humanitarian intervention, exact preconditions and criteria must be met (humanitarian intervention – military, economic or other enforcement actions used by international organization(s) against a state committing massive and gross violations of human rights).<sup>61</sup> The international community univocally confirmed that Russian aggression does not satisfy any preconditions and criteria in order to be qualified as humanitarian intervention. In the opinion of Levan Alexidze, Professor of International Law, Russia’s military intervention against Georgia was markedly “revanchist”.<sup>62</sup>

Professor Alexidze reiterates that since the dissolution of the Soviet Union Russian foreign policy is aimed at maintaining influence over former Soviet republics and preventing their integration into European structures.<sup>63</sup> Russia’s main goal was not the “protection of own nationals abroad”, it intended to conduct a large scale military operation on the territory of Georgia and infringe on the sovereignty of Georgia.

Additionally, Russia can not appeal to the right of protecting its peacekeepers in the Tskhinvali region/South Ossetia, there is no general right to use force in support of or for the protection of national peacekeeping contingents. The status and protection accorded to peacekeepers under international law are valid under international law, as long as the peacekeepers remain neutral; this status is removed and protection is lifted automatically when they participate in the hostilities. The argument in support of the use of force for the protection of peacekeepers is weakened by the fact that Georgia’s defense operation

started hours after the Russian invasion and no military clash between Georgian forces and peacekeepers had occurred before this. On the contrary, before the large scale Russian invasion, the civilian population and Georgian peacekeepers deployed in Tskhinvali region/ South Ossetia, and their checkpoints had been attacked throughout the week before August 7.<sup>64</sup>

In the authoritative definition of Aggression, Resolution 3314 (1974) where the General Assembly enumerated acts that constitute acts of aggression, which include: "The invasion or attack by the armed forces of a state of the territory of another state, or any military occupation, however temporary, resulting from such invasion or attack... bombardment by the armed forces of a state against the territory of another state or the use of any weapons by a state against the territory of another state; the blockade of the ports or coasts of a state by the armed forces of another state". The same resolution in article 5 indicates: "No consideration of whatever nature, whether political, economic, military or otherwise, may serve as a justification for aggression; a war of aggression is a crime against international peace. Aggression gives rise to international responsibility."<sup>65</sup> The Russian invasion of Georgia in August 2008 falls squarely within this definition and therefore meets the requirements of the crime. Russia violated the sovereignty of Georgia, infringed on its territorial integrity, bombarded Georgian cities and turned Georgia into a "target of occupation". As in article 5 of the General Assembly Resolution on the Definition of Aggression, nothing may serve as justification for aggression.

Irrefutably, the official declaration of Russia, that military intervention into Georgia and bombardment of Georgian cities was imminent and necessary to "rescue" Ossetians, is deficient of any legal base. At same time, Russian actions do not subscribe to the criteria of proportionality and necessity. As it's constituted by the international community, Russia never tried to use means other than military force. In fact, Russia hampered all political negotiations and the force it used was disproportionate and inconsistent.<sup>66</sup> Russia targeted

all key military and civilian sites, artificially widened the military front and involved territories that had nothing to do with the conflict zones. Russian military actions that started as an operation for protecting nationals abroad turned into a punishment campaign aimed at occupying the entire territory of Georgia.

On June 1, 2010, the Seimas of the Republic of Lithuania passed a resolution on the Situation in Georgia. According to this resolution the Parliament of Lithuania assesses the presence of Russian troops on Georgian territory and the actions of the proxy regimes of Abkhazia and South Ossetia as an illegal occupation of parts of Georgian territory and a gross violation of the norms of international law.<sup>67</sup> The Seimas of the Republic of Lithuania is the first national parliament which legally used the term occupation in respect to the conflict regions of Georgia. In addition, the resolution calls on the Lithuanian President and the Government to be guided by the resolution principles in the process of carrying out foreign policy.

## 5. CONCLUSION

Over the years, legal regulation of the use of force has transformed dramatically, starting from the doctrine of "Just War" continuing with the full freedom of the use of force in the XVII-XX centuries, and concluding with the general prohibition of the use of force in the United Nations Charter. However, the UN Charter has accepted the use of force in individual or collective self-defense and has authorized the UN Security Council to make decisions on enforcement actions.

As far as, the definition of self-defense is concerned a few points must be considered. First – any state has the right of self-defense in case of actual attack from another state. Secondly, a state cannot use the right of preventive self-defense to deal with threat that is still probable and likely to occur in the future. The Security Council is to "determine the existence of any threat to the peace, breach of the peace, or act of aggression" and states do not have the right to do the same individually or in parallel. Thirdly, article 51 of the UN Charter

includes a general provision on armed attack and ignores the subject of an attack, thus prompting to question whether a state can exercise the right of self-defense if threat derives not from another state? The international reaction to the events of September 11 2001, confirms that the concept of armed attack is not limited to state actions. The right of self-defense can be exercised when threat derives from a Non-State Actor too. But in order to be clear on the definition of self-defense, perhaps this provision should go as follows: "Nothing in the present Charter shall impair the inherent right of individual or collective self-defense if an armed attack occurs by another state or Non-State Actor from within a foreign state ...". Despite the fact that the criteria of necessity and proportionality is valid for any case of the use of force, it is not indicated in article 51 of the UN Charter and it is the part of the international customary law. The third criteria for the use of force in self-defense from Webster's formula connotes response to actions that are instant, overwhelming, leave no choice of means, and no moment for deliberation.

The inability of the UN Security Council to insure effective protection of international peace and security increases the importance of the collective self-defense agreements. Bilateral and multilateral treaties on collective defense is an instrument where state parties to the agreement declare that attack on one of them is an attack against all of them, and all members take the responsibility to support each other. As in article 51 of the charter to the right of collective self-defense, as in the individual one, materializes in the case of actual armed attack, and lasts till the Security Council takes appropriate measures.

In conclusion, in cases of gross violations of international law, as in the case of Russian aggression against Georgia in August 2008 up until now, states are obliged to cooperate in order to prevent violations in a lawful manner, do not legitimize realities created due to those violations and facilitate the creation of a common principal position on the unacceptability of forceful actions against states, in particular against small states, that are in breach of international law and principals of justice.

---

<sup>1</sup> Charter of the United Nations, <http://www.update.un.org/en/documents/charter/intro.shtml>, (accessed: 20.02.2010).

<sup>2</sup> Ibid.

<sup>3</sup> René Värk, the Use of Force in the Modern World: Recent Developments and Legal Regulation of the Use of Force, *Baltic Defense Review* No. 10, Volume 2, 2003, p. 29-30.

<sup>4</sup> Ian Brownlie, *International Law and the Use of Force by States*, Oxford: Clarendon Press, 1963, p. 268.

<sup>5</sup> Christine Gray, *International Law and the Use of force*, second edition, Oxford University Press, 2004, pp. 98-101.

<sup>6</sup> Case Concerning Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. the United States of America), ICJ, 2003, <http://www.icj-cij.org/docket/index.php>, (accessed on: 25.02.2010).

<sup>7</sup> C. Greenwood, "International Law and the War against Terrorism", *Journal of International Affairs* N78, 2002 (downloaded from Hein Online data base), (accessed on: 27.01.2010).

<sup>8</sup> Yoram Dinstein, *War, Aggression and Self-Defence*, Fourth edition, Cambridge University Press, 2005, p. 286.

<sup>9</sup> Security Council Resolution N1540 on Non-proliferation of Weapons of Mass Destruction (adopted by the Security Council on 28 April 2004), <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N04/>, (accessed on: 30.01.2010).

<sup>10</sup> T. D. Gill, Legal and Some Political Limitations on the Power of the UN Security Council to Exercise Its Enforcement Powers under Chapter VII of the Charter, *Netherlands Yearbook of International Law*, 1995, (downloaded from Hein Online data base, February, 2010).

- <sup>11</sup> Supra note 1.
- <sup>12</sup> Ibid.
- <sup>13</sup> Resolution – “Uniting for Peace” (adopted by General Assembly on November 3, 1950), N377, <http://www.un.org/ga/about/background.shtml>, (accessed on: 25.02.2010).
- <sup>14</sup> J. Andrassy, “Uniting for Peace”, American Journal of International Law, volume 50, 1956, pp. 563, 572.
- <sup>15</sup> J. Stone, Legal Controls of International Conflict: A Treatise on the Dynamics of Disputes and War – Law, 1954, p. 274.
- <sup>16</sup> Advisory Opinion on Certain Expenses of the United Nations, ICJ, 1962, <http://www.icj-cij.org/docket/index.php>, (accessed on: 25.02.2010).
- <sup>17</sup> N. D. White, Keeping the Peace: The United Nations and the Maintenance of International Peace and Security, Second edition, 1997, p. 143.
- <sup>18</sup> Advisory Opinion on the Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, ICJ, 1996, <http://www.icj-cij.org/docket/files/95/7495.pdf>, (accessed on: 25.01.2010).
- <sup>19</sup> Supra note 8, p. 175.
- <sup>20</sup> Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. the United States of America), 1986, <http://www.icj-cij.org/docket/index.php>, (accessed on: 20.01.2010).
- <sup>21</sup> Case Concerning Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. the United States of America), ICJ, 2003, <http://www.icj-cij.org/docket/files/90/9745.pdf>, (accessed on: 05.05.2010).
- <sup>22</sup> Michael N. Schmitt, Preemptive Strategies in International Law, Michigan Journal of International Law, 2003, p. 55, (downloaded from: Lexis-Nexis data base, February 2010).
- <sup>23</sup> Warner Meng, “The Caroline” in Rudolf Bernhardt, Encyclopaedia of Public International Law, Volume I, Amsterdam: North-Holland, 1992, pp. 537-538.
- <sup>24</sup> Letter from Daniel Webster, Secretary of State of the United States, to Henry S. Fox, Esq., Envoy Extraordinary and Minister Plenipotentiary of Her Britannic Majesty (Apr. 24, 1841), reprinted in 29 Brit. & Foreign St. Papers 1129, 1138 (1857), (downloaded from: Lexis-Nexis data base, February 2010).
- <sup>25</sup> Legality of the Threat or Use of Force of Nuclear Weapons, ICJ, Advisory Opinion, 1997, <http://www.icj-cij.org/docket/index.php>, (accessed on: 10.01.2010).
- <sup>26</sup> Supra note 20.
- <sup>27</sup> Supra note 22.
- <sup>28</sup> O. Schachter, the Right of States to Use Armed Force, Michigan Law Review, 1984, (downloaded from: Lexis-Nexis database, February 2010).
- <sup>29</sup> Judith Gail Gardam, Proportionality and Force in International Law, American Journal of International Law, July, 1993, p. 1.
- <sup>30</sup> Roger Bainton, Christian Attitudes Toward war and Peace (1960); James Turner Johnson, Ideology, Reason and the Limitation of War (1975); Frederick H. Russel, The Just War in the Middle Ages (1975).
- <sup>31</sup> Supra note 22.
- <sup>32</sup> Michael N. Schmitt, International Law and the Use of Force: The Jus Ad Bellum, Vol.II, September 2003, p. 93.
- <sup>33</sup> Supra note 20. See also: Resolution on the Definition of Aggression, N3314, adopted by General Assembly on 14 December 1974, <http://www.un.org/ga/about/background.shtml>, (accessed on: 25.02.2010).
- <sup>34</sup> Michael Bothe, Terrorism and the Legality of Pre-emptive Force, European Journal of International Law, Vol. 14, 2003, p. 229.
- <sup>35</sup> Supra note 19, pp. 165-169.
- <sup>36</sup> Resolution on the Definition of Aggression, N3314, adopted by General Assembly on 14 December 1974, <http://www.un.org/ga/about/background.shtml>, (accessed on: 25.02.2010).
- <sup>37</sup> Supra note 20.

- <sup>38</sup> Michael Bothe, Terrorism and the Legality of Pre-emptive Force, *European Journal of International Law*, Vol. 14, 2003, p. 230.
- <sup>39</sup> Christopher Greenwood, International Law and the Pre-emptive Use of Force: Afghanistan, Al-Qaida, and Iraq, *San Diego International Law Journal*, Vol. 4, 2003, p. 17.
- <sup>40</sup> Security Council Resolutions about Threats to International Peace and Security caused by terrorist acts (N1368, N1373, adopted on September 12 and September 28, 2001), <http://www.un.org/Docs/scres/2001/sc2001.htm>, (accessed on: 10.02.2010).
- <sup>41</sup> North Atlantic Treaty, Washington D.C., April 4, 1949, [http://www.nato.int/cps/en/natolive/official\\_texts\\_17120.htm?selectedLocale=en](http://www.nato.int/cps/en/natolive/official_texts_17120.htm?selectedLocale=en), (accessed on: 10.01.2010).
- <sup>42</sup> *Supra* note 19, p. 187.
- <sup>43</sup> Hans Kelsen, "Collective Security and Collective Self-defense under the Charter of the United States", *American Journal of International Law*, N42, 1948, pp. 783-792, (downloaded from: Lexis-Nexis database, May 2010).
- <sup>44</sup> *Supra* note 20.
- <sup>45</sup> *Supra* note 1.
- <sup>46</sup> Ann Van Wynen Thomas and A. J. Thomas, *Non-Intervention: The Law and Its Import in the Americas*, Dallas: Southern Methodist University Press, 1956, p. 178.
- <sup>47</sup> H. Kelsen, *the Law of the United Nations: A Critical Analysis of Its Fundamental Problems*, 1951, p. 920.
- <sup>48</sup> M. Akehurst, Enforcement Action by Regional Agencies, with Special Reference to the Organization of American States, *British Year Book of International Law*, N42, 1967, pp. 175-177.
- <sup>49</sup> United States-Republic of Korea, Washington Treaty, *American Journal of International Law (AJIL)*, N48, 1953, Supplement, *AJIL*, N147, 1954, (downloaded from: Lexis-Nexis database, April 2010).
- <sup>50</sup> J. N. Moore, The Secret War in Central America and the Future of World Order, *American Journal of International Law* N43, 1986, pp. 104-5, (downloaded from: Lexis-Nexis database, May 2010).
- <sup>51</sup> W. E. Beckett, *The North Atlantic Treaty, the Brussels Treaty and the Charter of the United Nations*, 1950, (downloaded from: Lexis-Nexis database, February 2010).
- <sup>52</sup> Khatuna Burkadze, Anatoli Korepanov, "This is NATO", Tbilisi, 2008, p. 8.
- <sup>53</sup> Budapest Summit Document 1994, 5-6 December, Conference for Security and Co-operation in Europe; Lisbon Summit Document 1996, 2-3 December, Organization for Security and Co-operation in Europe; Istanbul Summit Document 1999, 17-19 November, Organization for Security and Co-operation in Europe, [www.osce.org](http://www.osce.org), (accessed on: 25.04.2010).
- <sup>54</sup> Resolution of the UN General Assembly, N62/249, May 15, 2008, [www.un.org](http://www.un.org), (accessed on: 27.03.2010).
- <sup>55</sup> Resolution of Security Council N1781, October 15, 2007, Resolution of Security Council N1752, April 13, 2007, [www.un.org](http://www.un.org), (accessed on: 27.03.2010).
- <sup>56</sup> Resolution of the Parliament of Georgia on the Occupation of the Georgian territories by Russian Federation August 29, 2008, [www.parliament.ge](http://www.parliament.ge), (accessed on: 27.03.2010).
- <sup>57</sup> Address of the Parliament of Georgia to the International Community August 14, 2008, [www.parliament.ge](http://www.parliament.ge), (accessed on: 25.03.2010).
- <sup>58</sup> Report by the Government of Georgia on the aggression by the Russian Federation against Georgia, Tbilisi, 2009, pp. 62-63.
- <sup>59</sup> Levan Alexidze, The Failure of the UN Security Council in Settlement of the Conflict in Abkhazia, Georgia, Undermines the Fundamentals of the International Legal Order, *Journal of International Law*, N1, 2009, p. 117.
- <sup>60</sup> Resolution of General Assembly N2625, UN, 24 October, 1970, [www.un.org](http://www.un.org), (accessed on: 25.04.2010).
- <sup>61</sup> *Contemporary International Law, Reference – Dictionary*, Editor Levan Alexidze, Tbilisi University Publishing, 2003, p. 415.

<sup>62</sup> Levan Alexidze, And again: aggression, intervention and occupation of Georgia aimed at razing the sovereignty and territorial integrity of the Country, *International Law Journal*, N2, 2008, p. 185.

<sup>63</sup> Ibid.

<sup>64</sup> Report by the Government of Georgia on the aggression by the Russian Federation against Georgia, Tbilisi, 2009, p. 105.

<sup>65</sup> Resolution on the Definition of Aggression, N3314, adopted by the UN General Assembly on 14 December 1974, <http://www.un.org/ga/about/background.shtml>, (accessed on: 25.02.2010).

<sup>66</sup> Statement of North Atlantic Council at the Level of Foreign Ministers, August 19, 2008, [www.nato.int](http://www.nato.int); Report by the Government of Georgia on the aggression by the Russian Federation against Georgia, Tbilisi, 2009.

<sup>67</sup> Seimas of the Republic of Lithuania Resolution on the Situation in Georgia, 1 June, 2010, [www.mfa.gov.ge](http://www.mfa.gov.ge), (accessed on: 02.06.2010).



**თავდაცვის, როგორც ქალის გამოყენების კანონიერი უფლების, განმარტების პრობლემა**

*„დღეს ბევრი გვესმის პროგრესსა და ცივილიზაციაზე, მაგრამ, სამწუხაროდ, ჯერ კიდევ არ ძალგვიძს, თავიდან ავიცილოთ ომები. კაცობრიობის სახელითა და ცივილიზაციის ჭეშმარიტი სულისკვეთებით დაჟინებით უნდა ვეცადოთ, თავიდან ავიცილოთ ან შევამსუბუქოთ მაინც ომის საშინელება“*

*ანრი დიუნანი*

**შესავალი**

საერთაშორისო მშვიდობისა და უსაფრთხოების შენარჩუნება თანამედროვეობის ყველაზე აქტუალური და, ამავდროულად, პრობლემური და მტკივნეული საკითხია, რომლის გადაწყვეტაც დამოკიდებულია საერთაშორისო საზოგადოების მონდობაზე, საერთო აზრისა და ერთიანი მიდგომის შემუშავებაზე. სახელმწიფოთა მიერ ძალის გამოყენების საკითხი თანამედროვე საერთაშორისოსამართლებრივი წესრიგის ერთ-ერთი ყველაზე სერიოზული გამოწვევაა, ვინაიდან ამ საკითხის ირგვლივ და მასზე დაყრდნობით ხდება სახელმწიფოთა ქმედებების შეფასება. სახელმწიფოთა ქმედებებში ორი მნიშვნელოვანი ურთიერთსაპირისპირო ასპექტი წამოიჭრება: ერთი მხრივ, ამ სახელმწიფოთა სამართლებრივი თუ პოლიტიკური მოტივები და ინტერესები, და, მეორე მხრივ, ადამიანის სიცოცხლის უფლების დაცვის პრობლემა და გაერთიანებული ერების ორგანიზაციის (შემდგომში – გაერო) ისეთი ფუნდამენტური პრინციპების დაცვა, როგორცაა: სახელმწიფოთა სუვერენული თანასწორობის, ტერიტორიული მთლიანობის ურღვევობის, ძალის გამოყენების ან ძალით დამუქრების აკრძალვისა და საშინაო საქმეებში ჩაურევლობის პრინციპები.

საქართველოში უკანასკნელ პერიოდში განვითარებულმა მოვლენებმა წინა პლანზე

წამოწია საერთაშორისო სამართალში კონფლიქტის ცნება და მისი არსი, გაერთიანებული ერების ორგანიზაციის მიერ ძალის გამოყენების დარეგულირების საკითხი.

წინამდებარე სტატიის მიზანია თანამედროვე საერთაშორისო სამართალში თავდაცვის, როგორც ძალის გამოყენების კანონიერი უფლების, განმარტების, მისი სამართლებრივი სტატუსის გარკვევა. თანამედროვე საერთაშორისო სამართალში არსებობს თავდაცვის უფლების, რომელიც მოცემულია გაერთიანებული ერების ორგანიზაციის წესდების 51-ე მუხლში, განმარტების ორი ტიპი – ე.წ. ფართო და შეზღუდული ინტერპრეტაცია. პირველ მათგანს მიმართავენ „ძლიერი“ სახელმწიფოები, რათა მათ თავიანთი მიზნების შესაბამისად განხორციელებული სამხედრო ქმედებები გაამართლონ; მეორე კი მხარდაჭერილია გაერთიანებული ერების ორგანიზაციის მიერ, რასაც ცხადყოფს გაეროს წესდების შედგენის ისტორია და წესდების საერთო მიზნები. წინამდებარე სტატია დაეთმობა ამ პრობლემების განხილვას და მათი გადაჭრის ძიების გზებს, რომლის გარეშეც საერთაშორისო საზოგადოებაში მშვიდობისა და უსაფრთხოების შენარჩუნება წარმოუდგენელია.

საერთაშორისო კონფლიქტთან დაკავშირებით არსებობს ნორმები, რომლებიც განსაზღვრავენ ძალის გამოყენებასა და

აგრესიას (*jus ad bellum*) და ნორმები, რომლებიც განსაზღვრავენ საომარი მოქმედებების წარმოებას (საერთაშორისო ჰუმანიტარული სამართალი, ანუ *jus in bello*). წინამდებარე სტატიის განხილული იქნება *jus ad bellum*, რომელიც მოიცავს სახელმწიფოთა მიერ ძალის გამოყენების შესაძლებლობების განმსაზღვრელ საერთაშორისო სამართლის ყველა წესს. სტატია დაეთმობა ძალის გამოყენების იმ წესს, რომელიც განსაზღვრულია გაეროს წესდების 51-ე მუხლით – ეს არის სახელმწიფოთა ინდივიდუალური და კოლექტიური თავდაცვის უფლება.

წინამდებარე სტატიის პირველი ნაწილი შეეხება სამართალს ძალის გამოყენების შესახებ. აქ მოკლედ განხილული იქნება ძალის გამოყენების ისტორია გაერთიანებული ერების ორგანიზაციის შექმნამდე და მისი შექმნის შემდეგ.

მომდევნო თავში განიხილება ძალის გამოყენების აკრძალვა და ძირითადი ყურადღება დაეთმობა თემის მთავარ არსს – სახელმწიფოთა „ხელშეუვალი უფლები“, თავდაცვის, განმარტების საკითხებს.

სტატიის ბოლო ნაწილში კი ყურადღება დაეთმობა გაეროს წესდების 51-ე მუხლით გათვალისწინებული სახელმწიფოთა „ხელშეუვალი უფლები“ შეზღუდვის კრიტერიუმებსა და შესაძლებლობებს და სახელმწიფოსა და გაეროს უშიშროების საბჭოს ურთიერთდამოკიდებულებას ამ მუხლთან მიმართებით.

საერთაშორისო სამართლის წესები, რომლებიც არეგულირებენ ძალის გამოყენებას (*jus ad bellum*), მოიაზრებიან ორ ჯგუფად:<sup>1</sup> პირველი, ეს არის წესები, რომლებიც არეგულირებენ ძალის გამოყენებას ერთი სახელმწიფოს ან სახელმწიფოთა ჯგუფის მიერ. ისინი მოქმედებენ საკუთარი ინიციატივით. ამას ხშირად უწოდებენ „ცალმხრივად“ ძალის გამოყენებას; მეორე, აქ მოიაზრება წესები, რომლებიც აწესებენ, თუ როდის შეიძლება იყოს ძალა გამოყენებული კომპეტენტური საერთაშორისო ორგანიზაციების მხრიდან, როგორცაა, მაგალითად, გაერთიანებული ერების ორგანიზაცია. ეს უკანასკნელი მიჩნეულია როგორც „კოლექტიურად“ ძალის გამოყენება, რადგანაც იგი სათანადო უფლებამოსილი ორგანოების კოლექტიური გადაწყვეტილებიდან გა-

მომდინარეობს. ჩვეულებრივ, ამ სახის შეიარაღებული ქმედება მოიცავს მთელ რიგს სახელმწიფოებისას, მაგრამ მთავარია, რომ ძალა გამოყენებულია ყველა სახელმწიფოს სახელით და საზოგადოების საერთო მიზნებისთვის. ასე რომ, განსხვავება ძალის „ცალმხრივ“ და „კოლექტიურ“ გამოყენებას შორის არის არა მხოლოდ სახელმწიფოთა რაოდენობაში, არამედ უფლებამოსილებასა და მიზანში. მიუხედავად ძალის გამოყენებაში სახელმწიფოთა ჩართულობის რაოდენობისა, პირველი არის ერთპიროვნული გადაწყვეტილების შედეგი და გამიზნულია ერთი სახელმწიფოს ინტერესების მიღწევისთვის, მაშინ როცა მეორე ჯგუფი არის კომპეტენტური საერთაშორისო ორგანიზაციების გადაწყვეტილებების შედეგი და არის მთლიანად საზოგადოების ინტერესების შესაბამისად მიღებული.<sup>2</sup>

## ძალის გამოყენების აკრძალვის ისტორია

### ა) გაეროს წესდების შექმნამდე

საერთაშორისო სამართლის წესები, რომლებიც განსაზღვრავენ ძალის გამოყენების უფლებას (*jus ad bellum*), არ არის მხოლოდ გაეროს წესდების შედეგი. 1945 წლამდე არსებობდა ჩვეულებითი სამართლის სისტემა, რომელიც არეგულირებდა სახელმწიფოთა მიერ ძალის ცალმხრივად გამოყენებას.<sup>3</sup> გაეროს წესდების შექმნამდე სახელმწიფოთა მიერ ძალის გამოყენება რეგულირდებოდა ჩვეულებითი და სახელშეკრულებო ნორმების ერთობლიობით. 1899 და 1907 წლების ჰააგის სამშვიდობო კონფერენციებმა სათავე დაუდეს ომის დაწყების თავისუფლების შეზღუდვის მცდელობებს. პირველმა მსოფლიო ომმა დასაბამი მისცა ომის შეზღუდვის უფრო ფართო მცდელობას ერთა ლიგის ფარგლებში. 1924 წელს ერთა ლიგის ასამბლეის მეხუთე სხდომაზე სერიოზული მცდელობა იყო კოლექტიური უსაფრთხოების სისტემის შექმნის მიმართულებით; წევრმა სახელმწიფოებმა მიიღეს „საერთაშორისო დავების მშვიდობიანი გადაჭრის ოქმი“ (ე.წ. „ჟენევის ოქმი“), რომელიც განმარტავდა, რომ „აგრესიული ომი „საერთაშორისო თანამეგობრობის წევრთა სოლიდარობის“ დარღვევაა და საერთაშორისო დანაშაულია“, მაგრამ ეს ოქმი ძალაში არ შესულა.<sup>4</sup>

ჩვეულებით სამართალში, როგორც ასეთი, ძალის გამოყენების აკრძალვა არ იყო, თუმცა 1928 წლის ბრაიან-კელოგის პაქტმა (შემდგომში – 1928 წლის პაქტი), რომელიც ასევე ცნობილია პარიზის პაქტის სახელით, დაანესა აკრძალვა ომის გამოცხადებაზე.<sup>5</sup> უფრო მეტიც, 1945 წლიდან თავდაცვა ჩნდება როგორც გამონაკლისი ნებისმიერი აკრძალვიდან და ჩვეულებითმა სამართალმა უკვე ჩამოაყალიბა პირობები მისი სამართლიანი აღსრულებისთვის. აგრეთვე, ისეთი ზომები, როგორებიცაა რეპრესალიები, მოქალაქეების გადარჩენა და ჰუმანიტარული ინტერვენცია, მიჩნეული იყო როგორც ლეგიტიმური გამონაკლისი საერთო აკრძალვიდან. ერთა ლიგამ და 1928 წლის პაქტმა, რომელთაც ჰქონდათ მცდელობა, აეკრძალათ ომი და აგრესია საერთაშორისო ურთიერთობებში, ვერ მოახერხეს მსოფლიო ომების შეჩერება. მიუხედავად მოწოდებებისა და მცდელობისა, საფრთხე არ შეექმნათ საერთაშორისო მშვიდობისა და უსაფრთხოებისთვის, სახეზე იყო ფაქტი, რომ სახელმწიფოები თავიანთი საჭიროების შემთხვევაში დაუყოვნებლივ მიმართავდნენ ძალას. სწორედ ამიტომ გაეროს წესდება, რომელიც მეორე მსოფლიო ომის შემდეგ შეიქმნა, არის შედარებით მკაცრი და ამ წესდების შემდგენლებმა დაანესეს უფრო მკაცრი შეზღუდვები. გაეროს წესდების თანახმად, ძალის გამოყენება ნებადართულია მხოლოდ თავდაცვის მიზნით ან გაეროს უშიშროების საბჭოს ნებართვით.

### ბ) გაეროს წესდების შექმნის შემდგომ

რაც შეეხება გაეროს წესდების შექმნის შემდგომ პერიოდს, მნიშვნელოვანია წესდების მე-2 მუხლის მე-4 პუნქტი, რომელშიც ნათქვამია: „გაერთიანებული ერების ორგანიზაციის ყველა წევრი თავის საერთაშორისო ურთიერთობებში თავს იკავებს ძალის, მუქარის ან მისი გამოყენებისგან როგორც ნებისმიერი სახელმწიფოს ტერიტორიული ხელშეუხებლობის ან პოლიტიკური დამოუკიდებლობის წინააღმდეგ, ისე გაერთიანებული ერების მიზნებისათვის შეუფერებელი სხვა ნებისმიერი სახით“.<sup>6</sup>

განმმართველები ზოგადად თანხმდებიან, რომ აკრძალვა არის არა მხოლოდ საერთაშორისო სახელშეკრულებო და ჩვეულებითი სამართლის, არამედ *jus cogens*-ის

(საერთაშორისო სამართლის იმპერატიული ნორმა) ნორმა.<sup>7</sup>

საერთაშორისო სამართალში გავრცელებულია ამ მუხლის განმარტების ორი ტიპი: ე.წ. ფართო და შეზღუდული ინტერპრეტაცია.<sup>8</sup>

ფართო ინტერპრეტაციის თანახმად, თუ ძალის გამოყენების შედეგი არ არის ტერიტორიის მუდმივი ოკუპაცია, თუ ის არ ლახავს „სამიზნე“ სახელმწიფოს გადარჩევის და მოუკიდებლად მიღების შესაძლებლობებს და თუ ის არ არის გაეროს მიზნების წინააღმდეგ, მაშინ ის არის კანონიერი. მაშასადამე, პრაქტიკაში, ძალის გამოყენება სწრაფი, ოპერატიული დარტყმის მეშვეობით, გამიზნული მოქალაქეების გადარჩენისთვის, როგორც იყო ისრაელის „ენტებეს“ აეროპორტში 1976 წელს (Entebbe Rescue Operation), არ არის უკანონო. ამ განმარტების თანახმად, ამერიკის შეერთებული შტატების ინტერვენცია პანამაში 1989 წელს და „არადემოკრატი“ და „კრიმინალ“ გენერალ ნორიეგას მოტაცება არ იყო შეზღუდული. ეს ქმედება არ იყო გამიზნული და არგუმენტირებულად არ ლახავდა „მსხვერპლი“ სახელმწიფოს „ტერიტორიულ ხელშეუხებლობას“ ან „პოლიტიკურ დამოუკიდებლობას“.<sup>9</sup>

ძალის გამოყენების შეზღუდული ინტერპრეტაციის თანახმად, მე-2 მუხლის მე-4 პუნქტის შედეგი არის სახელმწიფოს მიერ ძალის გამოყენების უფლების საერთო აკრძალვა მანამ, სანამ ზოგი გამონაკლისი არ იქნება თვით წესდების მიერ დაშვებული. ამ განმარტების თანახმად, წესდების 51-ე მუხლით განპირობებული თავდაცვის უფლება არის დასაშვები გამონაკლისი მე-2 მუხლის მე-4 პუნქტის საერთო აკრძალვიდან. მე-2 მუხლის მე-4 პუნქტის საკამათო სიტყვებთან (ტერიტორიული ხელშეუხებლობა და ა.შ.) დაკავშირებით, დასაბუთებულია, რომ ისინი ძალის არგამოყენების ვალდებულებას კი არ ისახავდნენ მიზნად, არამედ საერთაშორისო სამართალში სახელმწიფოს ტერიტორიული არსებობის აღწერას.<sup>10</sup>

კონსენსუსი საერთაშორისო საზოგადოებაში, რასაც ცხადყოფს ძალის გამოყენების მაგალითების განხილვა, არის ის, რომ მე-2 მუხლის მე-4 პუნქტი არ უნდა განიმარტოს ისე, როგორც ამას მოითხოვენ ფართო შეხედულების დამცველები. ამას ცხადყოფს

ნესდების შედგენის ისტორია, ნესდების საერთო მიზნები და იმ სახელმწიფოთა არგუმენტების ანალიზი, რომლებიც მიმართავენ ძალის გამოყენებას.

რაც შეეხება ავტორის აზრს, ის სავსებით ეთანხმება შეზღუდულ ინტერპრეტაციას, რადგანაც სხვაგვარად უცნაური იქნებოდა, თუ ნესდება, მე-2 მუხლის მე-4 პუნქტის ხელშეშორ ინტერპრეტაციაზე დაყრდნობით, ერთა ლიგის შეთანხმებისა და ბრაიან-კელი-ოგის პაქტის „შეცდომებს“ გაიმეორებდა. ავტორის აზრით, სახელმწიფოს მიერ ძალის გამოყენების შანსი და სამართლებრივი საფუძველი მინიმუმამდე უნდა იქნეს დაყვანილი. ავტორს ღრმად სწამს, რომ ნესდების საერთო მიზანია უშიშროების, უსაფრთხოების შენარჩუნება და ომების თავიდან აცილება.<sup>11</sup>

### თავდაცვა

შეიარაღებული ძალა შეიძლება გამოყენებულ იქნეს, თუ ის არის ნაბრძანები ან ნებადართული გაერთიანებული ერების ორგანიზაციის უშიშროების საბჭოს მიერ. თუმცა გამონაკლისი ამ აკრძალვიდან არის სახელმწიფოთა ინდივიდუალური და კოლექტიური თავდაცვის უფლება. როგორც სახელმწიფოებს, ასევე ჩვეულებითი სამართალი აღიარებს სახელმწიფოს უფლებას, მიიღოს შესაბამისი ზომები, ძალის გამოყენების ჩათვლით, რათა წინ აღუდგეს საფრთხეს, რომელიც ემუქრება მის არსებობას და მისი მოქალაქეების უსაფრთხოებას.<sup>12</sup>

თავდაცვის უფლება არის სახელმწიფოს უფლება და არა მოვალეობა. თუ ის მეორე სახელმწიფოს მხრიდან არის აგრესიის მსხვერპლი, მას შეუძლია, თავი დაიცვას. თავდაცვის უფლების ძირითადი არსი არის თვითდაცხმარება, ანუ სახელმწიფოს საპასუხო ქმედება მეორე სახელმწიფოს მიერ განხორციელებულ შეიარაღებულ თავდასხმაზე.<sup>13</sup>

ეს უფლება მოცემულია გაეროს ნესდების 51-ე მუხლში. ამ მუხლის თანახმად, „წინამდებარე ნესდება არავითარ შემთხვევაში არ ეხება ინდივიდუალური ან კოლექტიური თავდაცვის ხელშეშორ უფლებას, თუკი მოხდება შეიარაღებული თავდასხმა ორგანიზაციის წევრზე, იქამდე,

სანამ უშიშროების საბჭო არ მიიღებს საერთაშორისო მშვიდობისა და უშიშროების მხარდასაჭერად აუცილებელ ზომებს. ორგანიზაციის წევრების მიერ თავდაცვის ამ უფლების განხორციელებისას მიღებული ზომების შესახებ დაუყოვნებლივ უნდა ეცნობოს უშიშროების საბჭოს და ისინი არავითარ შემთხვევაში არ უნდა ხელყოფდნენ უშიშროების საბჭოს წინამდებარე ნესდების შესაბამის უფლებამოსილებასა და პასუხისმგებლობას – ნებისმიერ დროს განხორციელონ ისეთი ქმედებანი, როგორც იგი მიიჩნევს საჭიროდ საერთაშორისო მშვიდობისა და უშიშროების მხარდასაჭერად ან აღსადგენად”.<sup>14</sup>

თავდაცვის უფლების ასამოქმედებლად აუცილებელია, რომ საფრთხე იყოს რეალური, აქტიური, უნდა წარმოიშვას თავდაცვის საჭიროება. ინდივიდუალური თავდაცვის უფლების განმარტების ორი ტიპი არსებობს: ერთი არის განმარტების ე.წ. ფართო მიდგომა,<sup>15</sup> როცა პრევენციული თავდაცვა და საკუთარი მოსახლეობის თავდაცვა არის კანონიერი; მეორე ტიპია შეზღუდული განმარტება.<sup>16</sup>

ფართო მიდგომის საუკეთესო მაგალითი არის „კაროლინის“ საქმე. „კაროლინის დოქტრინა“ განმარტავს სახელმწიფოს უფლებას ძალის გამოყენების შესახებ როგორც კანონიერს, თუ ის გამოყენებულია აშკარა და გარდაუვალი საფრთხისგან თავდაცვის მიზნით, რომლის აცილება არ შეიძლებოდა სხვა ალტერნატიული ზომებით, და, თუ საფრთხისგან თავდაცვისთვის გამოყენებული ძალა იყო მოსალოდნელი საფრთხის პროპორციული.<sup>17</sup> „კაროლინის“ კლასიკური ფორმულის მიხედვით, საპასუხო თავდაცვითი ქმედება უნდა გამომდინარეობდეს აუცილებლობიდან და ამ აუცილებლობის დამტკიცება უნდა შეეძლოს ქვეყანას, რომელიც აცხადებს პრეტენზიას თავდაცვის უფლების გამოყენებაზე. ამერიკის შეერთებული შტატების სახელმწიფო მდივანმა დენიელ ვებსტერმა შემოიტანა სტანდარტი, რომელიც თითქმის უნივერსალური გახდა. ვებსტერის თანახმად, უნდა არსებობდეს თავდაცვის აუცილებლობა, ის უნდა იყოს გადაუდებელი, უკიდურესი, არ უნდა ტოვებდეს არჩევანს სხვა საშუალებებისთვის და არც დროს ფიქრის-

თვის, ხოლო თავდაცვის აქტი არ უნდა იყოს გაუაზრებელი ან გადამეტებული.<sup>18</sup>

რაც შეეხება მოქალაქეების დაცვას, ადრეული ჩვეულებითი სამართლის თანახმად, ძალის გამოყენება ამ მიზნით კანონიერია, თუ ოთხი პირობა არის შესრულებული: პირველი, იმ სახელმწიფოს, რომლის ტერიტორიაზეც იმყოფებიან მოქალაქეები, არ უნდა სურდეს ან არ უნდა შეეძლოს მათი დაცვა; მეორე, უნდა არსებობდეს მოქალაქეთა ხელყოფის გარდაუვალი საფრთხე; მესამე, ძალა უნდა იყოს ბოლო საშუალების იარაღი; მეოთხე, სახელმწიფომ უნდა გამოიყენოს მხოლოდ ისეთი ძალა, რომლის გამოყენებაც გონივრულად აუცილებელია მოქალაქეთა დასაცავად და სახელმწიფომ უნდა დატოვოს მეორე სახელმწიფოს ტერიტორია ისე სწრაფად, როგორც ეს განსახორციელებლად იქნება შესაძლებელი.<sup>19</sup>

თავდაცვის გამოყენების შეზღუდული განმარტების თანახმად, დასაბუთებულია, რომ ფართო მიდგომა აღარ არის გამოსადეგი.<sup>20</sup> გაეროს წესდების 51-ე მუხლის თანახმად, სახელმწიფოს შეუძლია მიმართოს თავდაცვას, „თუკი მოხდება შეიარაღებული თავდასხმა“, მაგრამ არა სხვაგვარად. ამის საუკეთესო მაგალითია საქმე *ნიკარაგუა ამერიკის შეერთებული შტატების წინააღმდეგ*.<sup>21</sup> კერძოდ, ძალის გამოყენება აღარ არის შესაძლებელი შეტევის განჭვრეტის დროს, ან როცა მუქარა არის არაძალადობრივი ხასიათის ან ნებისმიერი სხვა რამის დასაცავად, გარდა სახელმწიფოს ტერიტორიისა. საზღვარგარეთ მყოფი საკუთარი მოქალაქეების დაცვასთან დაკავშირებით კი შეზღუდული მიდგომა ამბობს, რომ მოქალაქეების დაცვის მიზნით ინტერვენცია შეიძლება გაეროს მიზნებთან მიმართებით საეჭვო ღირებულებად ჩაითვალოს, რადგან ის შეიძლება გახდეს ინტერვენციის საბაზი და შედეგად გამოიწვიოს უფრო მეტი ზიანი, ვიდრე თავიდან აიცილოს.<sup>22</sup>

კონსენსუსი საერთაშორისო საზოგადოებაში არის ის, რომ შეზღუდული მიდგომა უნდა იქნეს მხარდაჭერილი. მაშასადამე, დღესდღეობით, წესდების თანახმად, ეს მიდგომა არის ძალაში მყოფი.<sup>23</sup>

ყოველივე აქედან გამომდინარე, (1) აგრესიის მსხვერპლმა სახელმწიფომ უნდა გამოიყენოს თავდასხმის მოსაგერიებლად

აუცილებელი და აგრესორის მიერ გამოყენებული ძალის პროპორციული ძალა; (2) მას შეუძლია თავდასხმა განახორციელოს მხოლოდ „კანონიერ სამხედრო სამიზნეებზე“ და საერთაშორისო ჰუმანიტარული სამართლის პრინციპებისა და წესების შესაბამისად; აგრეთვე აუცილებელი გამაფრთხილებელი ზომები უნდა იქნეს მიღებული, რათა მოხდეს სამოქალაქო მოსახლეობის შემთხვევითი დაზიანების მინიმუმამდე დაყვანა; (3) სახელმწიფომ, რომელიც იყო „შეიარაღებული თავდასხმის“ სამიზნე, არ უნდა დაიკავოს აგრესორი სახელმწიფოს ტერიტორია, თუ ეს არ არის აგრესორი სახელმწიფოს მიერ აგრესიის გაგრძელების აღკვეთის აუცილებლობით გამონეული; გარდა ამისა, (4) თავდაცვა უნდა შეწყდეს მაშინვე, როგორც კი უშიშროების საბჭო ჩაერევა და მიიღებს საჭირო ზომებს საერთაშორისო მშვიდობისა და უსაფრთხოების დასაცავად; (5) თუ უშიშროების საბჭო ვერ მოახერხებს მოქმედებას, თავდაცვა უნდა შეწყდეს, როგორც კი დასრულდება მისი მიზანი – შეიარაღებული თავდასხმის მოგერიების მიღწევის თანავე. სხვა სიტყვებით რომ ვთქვათ, 51-ე მუხლი და საყოველთაო საერთაშორისო სამართლის სათანადო ნორმები ნებას არ რთავს ნებისმიერ სამხედრო ქმედებას, გადააბიჯოს არსებულ წინააღმდეგობას და აგრესიის მოსაგერიებლად საჭირო აუცილებლობას. კერძოდ, ისინი კრძალავენ აგრესორი სახელმწიფოს ტერიტორიის გახანგრძლივებულ ოკუპაციას და ანექსიას.<sup>24</sup>

ნათელია, რომ გაეროს წესდება თავდაცვის უფლებას სახელმწიფოს განუსხვისებელ უფლებად აღიარებს და იგი შეიძლება გამოყენებულ იქნეს როგორც ინდივიდუალურად, ისე კოლექტიურად.<sup>25</sup>

ავტორი ემხრობა ამ მუხლის ვინრო (შეზღუდულ) ინტერპრეტაციას, რადგან მიაჩნია, რომ პოლიტიკური არგუმენტი, რომელიც მხარს უჭერს ფართო მიდგომას, სხვას არაფერია, თუ არა „ძლიერი სახელმწიფოების“ სურვილი, შეინარჩუნონ მათი მოქმედების თავისუფლება. ავტორის აზრით, თავდაცვა უნდა იყოს დასაშვები მხოლოდ იმ შემთხვევაში, თუ შეიარაღებული თავდასხმა განხორციელდება სახელმწიფოს წინააღმდეგ. მოქალაქეების საზღვარგარეთ დაცვასთან დაკავშირებით, ავტორის

თვალსაზრისით, ამგვარი ხასიათის „გადარჩენის მისიები“ შეიძლება ადვილად იქნეს უფრო ფართო განზრახვით შექრის საბაზად გამოყენებული.

### ა) შეიარაღებული თავდასხმა

სახელმწიფომ კანონიერად რომ გამოიყენოს თავდაცვის უფლება, აუცილებელია, სახეზე იყოს შეიარაღებული თავდასხმა. საქმე სწორედ რომ ესაა, რა შეიძლება მოიზარებოდეს და განიხილებოდეს როგორც შეიარაღებული თავდასხმა? რა ქმედებებს, რა კრიტერიუმებს უნდა მოიცავდეს სხვა სახელმწიფოს ქმედება, რომ ეს შეფასებულ იქნეს შეიარაღებულ თავდასხმად?

ნესდების 51-ე მუხლში აღნიშნულია, რომ თავდაცვა დასაშვებია მხოლოდ შეიარაღებული თავდასხმის საპასუხოდ. შეიარაღებული თავდასხმის ყველაზე ტიპური ვარიანტია ერთი სახელმწიფოს რეგულარული ჯარის მიერ მეორე სახელმწიფოს სახმელეთო, საზღვაო ან საჰაერო ტერიტორიაზე განხორციელებული თავდასხმა. შეიარაღებული თავდასხმა სცილდება რეგულარული შეიარაღებული ძალების ცნებას; ის აგრეთვე მოიცავს შეიარაღებულ ბანდებს, არარეგულარულ და დაქირავებულ რაზმებს. შეიარაღებული თავდაცვის ცნება ამოსავალი იყო საერთაშორისო სასამართლოს გადწყვეტილებაში *ნიკარაგუის საქმეზე* კოლექტიური თავდაცვის შესახებ.<sup>26</sup> საერთაშორისო სასამართლომ აგრესიის დეფინიციის განმარტების დახმარებით განმარტა შეიარაღებული თავდასხმა საერთაშორისო ჩვეულებით სამართალში. *ნიკარაგუის საქმესთან* დაკავშირებით სასამართლომ დაადგინა, რომ შეიარაღებული თავდასხმა უნდა იქნეს გაგებული როგორც „სახელმწიფოს მიერ ან მისი სახელით მეორე სახელმწიფოს ტერიტორიაზე შეიარაღებული ბანდების, არარეგულარული ან დაქირავებული რაზმების გაგზავნაც, თუ ასეთი ოპერაცია, თავისი მასშტაბიდან და ეფექტიდან გამომდინარე, *inter alia*, ჩაითვლება რეგულარული შეიარაღებული ძალების მიერ განხორციელებულ შეიარაღებულ თავდასხმად.“<sup>27</sup> მაგრამ სასამართლომ აგრეთვე დასძინა, რომ აჯანყებულთა მხარდაჭერა, იქნება ეს იარაღის მიწოდებით თუ რაიმე სხვა სახით, არ არის შეიარაღებული თავდასხმა.<sup>28</sup> დღეს

სახელმწიფოები აღარ ეწინააღმდეგებიან იმ აზრს, რომ არარეგულარული ძალების მიერ ჩადენილი ქმედებები შეიძლება ჩაითვალოს შეიარაღებულ თავდასხმად. წინააღმდეგობრიობა კონცენტრირებულია სახელმწიფოს ჩარევის დონეზე, რაც საჭიროა იმისთვის, რომ კონკრეტულ შემთხვევაში შესაძლებელი იყოს ქმედების სახელმწიფოსთან დაკავშირება და თავდაცვის გამართლება. შეიარაღებული თავდასხმის კონცეფცია, რომელიც შეიარაღებული ბანდების შემადგენლობასაც მოიცავს, სახელმწიფოს ჩართულობის მნიშვნელოვან ხარისხს საჭიროებს, მაგრამ 2001 წლის 11 სექტემბერს მსოფლიო სავაჭრო ცენტრსა და პენტაგონზე განხორციელებულმა ტერორისტულმა შეტევებმა საკამათოდ გააფართოვა შეიარაღებული თავდასხმის ცნება და მოიცვა ტერორისტული ორგანიზაციების მიერ განხორციელებული თავდასხმებიც. უშიშროების საბჭომ ტერორისტული თავდასხმები დაახასიათა არა როგორც „შეიარაღებული თავდასხმები“, არამედ როგორც „მშვიდობისათვის საშიში“, მაგრამ ამავდროულად 1358 და 1373 რეზოლუციების პრეამბულაში უშიშროების საბჭომ თავდაცვის უფლება დაადასტურა.<sup>29</sup> ეს იმას ნიშნავს, რომ მოხდა ნაგულისხმევად დათანხმება ფაქტზე, რომლის მიხედვით, ამერიკის შეერთებულ შტატებზე განხორციელებული ტერორისტული შეტევები იყო შეიარაღებული თავდასხმები, მაგრამ გაურკვეველი რჩება ალ-ქაიდას ტერორისტულ საქმიანობაში ავღანეთის მონაწილეობის ზუსტი არსი და ხასიათი.<sup>30</sup>

### ბ) აუცილებლობა და პროპორციულობა

შეიარაღებული თავდასხმების დაწყების შემთხვევაში, დაზარალებულ სახელმწიფოს შეუძლია, ძალის გამოყენებითვე უპასუხოს თავდაცვის მიზნით, მაგრამ საერთაშორისო ჩვეულებითი სამართალი გარკვეულ მოთხოვნებს ადგენს თავდაცვის შემთხვევაში – როგორც ინდივიდუალური, ასევე კოლექტიური თავდაცვის დროს. კაროლინის დოქტრინის სტანდარტიდან განვითარდა მოთხოვნები, რომ თავდაცვა უნდა იყოს აუცილებელი და პროპორციული. აუცილებლობა და პროპორციულობა თავდაცვის უფლების გამოყენების ამოსავალი წერტილებია.

ყურადღება უნდა მიექცეს საპასუხო ზომების აუცილებლობას და პროპორციულობას, არ უნდა მოხდეს უდანაშაულო სამოქალაქო მოსახლეობის უფლებათა შელახვა ერთი სახელმწიფოს მიერ თავდაცვის უფლების პრინციპზე დაყრდნობით. საერთაშორისო სასამართლომ დაადასტურა მათი არსებობა *ნიკარაგუის* საქმეში,<sup>31</sup> *ნავთობის პლატფორმების* საქმეში<sup>32</sup> და საკონსულტაციო დასკვნაში *ბირთვული იარაღების შესახებ*.<sup>33</sup>

აუცილებლობა ნიშნავს, რომ არ არსებობს ძალის გამოყენების ალტერნატივა – მაგალითად დიპლომატიური საშუალებები ამონაურულია ან ეკონომიკური ზომების მიღება ამაოა.<sup>34</sup>

პროპორციულობად, ჩვეულებრივ, ითვლება ურთიერთდამოკიდებულება არა მხოლოდ შეიარაღებულ თავდასხმასა და თავდაცვის მიზნით ძალის გამოყენებას შორის, არამედ თავდაცვის მიზნით ძალის გამოყენებასა და მის მიზანს შორის.<sup>35</sup>

ეს მოთხოვნები არ არის მოცემული გაეროს წესდებაში, მაგრამ საერთაშორისო ჩვეულებითი სამართლის ნაწილია. აუცილებლობა და პროპორციულობა ნიშნავს, რომ თავდაცვა არ უნდა იყოს სამაგიეროს მიმზღველი და სადამსჯელო; მისი მიზანი უნდა იყოს შეტევის შეჩერება და მტრის იერიშების მოგერიება. ძალის ჩარევას უნდა მოჰყვეს სიტუაციის გაუმჯობესება და არა პირიქით, გაუარესება. ცალსახაა, რომ ძალის გამოყენებამ არ უნდა გამოიწვიოს იმაზე უფრო მძიმე შედეგი, ვიდრე მისი გამოუყენებლობის შემთხვევაში დადგებოდა. აუცილებლობისა და პროპორციულობის საკითხები სახელმწიფოებს ეხმარება უკანონო რეპრესალიების კანონიერი თავდაცვისაგან გარჩევაში. აუცილებლობა და პროპორციულობა მთავარი ფაქტორია, აგრეთვე, თავდაცვის სახელით მოქმედი სახელმწიფოების მიერ ტერიტორიების ხანგრძლივი დროის განმავლობაში ოკუპაციის უარყოფისათვის. ძალის გამოყენება არ უნდა გასცდეს იმ ფარგლებს, რაც იყო მიზნის მისაღწევად აუცილებელი და პროპორციული. ჩვეულებითი სამართლის ეს მოთხოვნები დაადასტურა სასამართლომ *ნიკარაგუის* საქმეში,<sup>36</sup> *ნავთობის პლატფორმების* საქმეში<sup>37</sup> და საკონსულტაციო დასკვნაში *ბირთვული იარაღების შესახებ*.<sup>38</sup>

ყოველივე ზემოთქმულის გათვალისწინებით შევეცდებით განვიხილოთ 2008 წლის აგვისტოში რუსეთის მიერ საქართველოს წინააღმდეგ განხორციელებული აგრესია. 2008 წლის 8 აგვისტოს რუსეთის ფედერაციის მხრიდან შეიარაღებული თავდასხმა განხორციელდა საქართველოზე. დაიბომა ე.წ. სამხრეთ ოსეთის (ცხინვალის რეგიონი) მიმდებარე ტერიტორიები, კერძოდ, ქალაქები: გორი და ქარელი, აგრეთვე ახლომდებარე სოფლები. ჩვენ შევეცდებით, კიდევ ერთხელ დავამტკიცოთ, რომ რუსეთის ფედერაციის ზემოხსენებული ქმედებები არღვევს გაეროს წესდების მე-2 მუხლის მე-4 პუნქტით გათვალისწინებულ ძალის გამოყენების აკრძალვას. უფრო მეტიც, ამ მოქმედებების გამართლება არ შეიძლება თავდაცვის უფლების საბაზით, საერთაშორისო სამართლის არც სახელმეკრულებო და არც ჩვეულებითი სამართლის წესების ჩარჩოებში. როგორც ზემოთ უკვე აღინიშნა, 51-ე მუხლით გათვალისწინებული თავდაცვის უფლება ვრცელდება იმ შემთხვევებზე, როდესაც სახეზეა ერთი სახელმწიფოს მიერ მეორე სახელმწიფოზე განხორციელებული „შეიარაღებული თავდასხმა“, ხოლო ინციდენტები ე.წ. სამხრეთ ოსეთის რეგიონში, რომელიც საქართველოს განუყოფელი ნაწილია და ასეთად აღიარებულია საერთაშორისო თანამეგობრობის მიერ, არ იყო საქართველოს მხრიდან რუსეთის ფედერაციაზე განხორციელებული „შეიარაღებული თავდასხმა“. აგრეთვე უნდა აღინიშნოს ისიც, რომ რუსეთის ფედერაციის სამხედრო ქმედება არ აკმაყოფილებს აუცილებლობისა და პროპორციულობის მოთხოვნებს – საკითხის გადასაჭრელად არსებობდა სხვა დიპლომატიური საშუალებებიც; სამხედრო მოქმედებებმა დააზიანა მთლიანად საქართველოს ტერიტორია, მათ შორის, სამოქალაქო პირები და სამოქალაქო დანიშნულების ობიექტებიც. სამოქალაქო პირებსა და სამოქალაქო დანიშნულების ობიექტებზე თავდასხმა კი საერთაშორისო ჰუმანიტარული სამართლის დარღვევაა, კერძოდ, ფუნდამენტური პრინციპის – განსხვავების პრინციპის – დარღვევა.<sup>39</sup> საქართველოს მხრიდან ძალის გამოყენებასთან დაკავშირებით კი საპირისპიროდ შეიძლება ითქვას: ის სავსებით აკმაყოფილებდა აუცილებლობისა

და პროპორციულობის სტანდარტებს. რაც შეეხება რუსეთის ფედერაციის არგუმენტს, რომ ქართულმა ძალებმა განახორციელეს რუს სამშვიდობოებზე თავდასხმა, რითაც აიძულეს რუსეთის ფედერაცია, გამოეყენებინა თავდაცვის უფლება, სამართლებრივ საფუძველს მოკლებულია შემდეგი 2 ფაქტორის გამო: 1) რეალურად არავითარი პირდაპირი თავდასხმა არ განხორციელებულა სამშვიდობოებზე; და 2) რუს სამშვიდობოებს რომც მისდგომოდათ არაპირდაპირი თანმდევი ზიანი ქართული ძალების მიერ სეპარატისტების შეიარაღებული ბანდფორმირებების წინააღმდეგ ოპერაციების ჩატარებისას, საერთაშორისო სამართლის თანახმად, ასეთ სიტუაციაში მხოლოდ სამშვიდობოებს შეიძლება მიენიჭოთ, და ისიც მხოლოდ პირადი, თავდაცვის უფლება.

იმავეს მიუთითებს დამოუკიდებელი საერთაშორისო ფაქტების მომძიებელი კომისიის დასკვნაც (ტალიანინის კომისიის დასკვნა), სადაც ნათქვამია, რომ რუსეთის ფედერაციის მიერ განხორციელებული შეტევები აშკარად სცდება და არღვევს აუცილებლობისა და პროპორციულობის პრინციპებს.<sup>40</sup>

თუ გავცდებით თავდაცვის უფლების თემას და წავალთ კიდევ უფრო შორს, რუსეთის ქმედებებთან დაკავშირებით აგრეთვე უნდა აღინიშნოს: რუსეთის ფედერაციის არგუმენტი, რომ ის მოქმედებდა ჰუმანიტარული ინტერვენციის ფარგლებში, არის ყოვლად მიუღებელი მარტივი მიზეზის გამო – თანამედროვე საერთაშორისო სამართალში ჰუმანიტარული ინტერვენცია არ არის აღიარებული სამხედრო ძალის გამოყენების კანონიერ საფუძველად. თუმცა, აქვე უნდა ითქვას, საერთაშორისო სამართლის თეორიასა და პრაქტიკაში შემუშავებულია მთელი რიგი წინაპირობებისა და კრიტერიუმებისა, რომლებსაც უნდა აკმაყოფილებდეს ინტერვენციული აქტი, რათა მიეცეს მას ჰუმანიტარული ინტერვენციის კლასიფიკაცია. ჰუმანიტარული ინტერვენციის ყველაზე გავრცელებული წინაპირობებია: ა) ადამიანის უფლებების მასობრივი და უხეში დარღვევის არსებობა; ბ) საერთაშორისო სამართლით დავის მოგვარების ყველა დასაშვები საშუალების ამონაურვა. კრიტერიუმები, რომლებსაც უნდა აკმაყოფილებდეს

ჰუმანიტარული ინტერვენცია, შემდეგია: ა) ინტერვენცია უნდა ხორციელდებოდეს მხოლოდ ჰუმანიტარული მიზნებისთვის; ბ) ინტერვენცია უნდა იყოს მრავალმხრივი და გ) ინტერვენცია უნდა იყოს პროპორციული.<sup>41</sup> ნათელია, რომ 2008 წლის აგვისტოში საქართველოს წინააღმდეგ რუსეთის ფედერაციის მიერ განხორციელებული სამხედრო მოქმედებების დროს ზემოხსენებული წინაპირობები და კრიტერიუმები არ იყო დაცული.

შესაბამისად, რუსეთის მიერ საქართველოში განხორციელებული სამხედრო თავდასხმა სხვა არაფერია, თუ არა აგრესიის აქტი. რუსეთის ეს ქმედებები სავსებით ემთხვევა გაეროს გენერალური ასამბლეის „აგრესიის დეფინიციის შესახებ“ 3314 (1974) რეზოლუციაში მოცემულ განმარტებას. აღნიშნულ რეზოლუციაში გენერალურმა ასამბლეამ განსაზღვრა აგრესიის აქტად ნოდებული ქმედებები. ამ ქმედებათაგან ერთ-ერთია: „ერთი ქვეყნის შეიარაღებული ძალების მიერ მეორე ქვეყნის ტერიტორიაზე შეჭრა ან თავდასხმა, ან სამხედრო ოკუპაცია, თუნდაც დროებითი, რომელიც ამ შეჭრის ან თავდასხმის შედეგია“.<sup>42</sup>

ყოველივე ზემოხსენებულიდან გამომდინარე, შეიძლება დავასკვნათ, რომ რუსეთის ფედერაციამ დაარღვია საერთაშორისო სამართლის ისეთი ფუნდამენტური პრინციპები, როგორებიცაა: სახელმწიფოთა სუვერენული თანასწორობის, ტერიტორიული მთლიანობის ურღვევობის, ძალის გამოყენების ან ძალით დამუქრების აკრძალვისა და საშინაო საქმეებში ჩაურევლობის პრინციპები.

### **პრევენციული თავდაცვა**

მთავარი წინააღმდეგობა თავდაცვასთან დაკავშირებით ეხება „პრევენციული“ თავდაცვის უფლებას.<sup>43</sup> ეს ნიშნავს, თავდაცვის უფლება სახელმწიფოს უჩნდება მხოლოდ მას შემდეგ, რაც, წესდების 51-ე მუხლის თანახმად, შეიარაღებული თავდასხმა დაიწყება, თუ სახელმწიფოებს აქვთ უფრო ფართო უფლება, წინასწარ განჭვრიტონ მოსალოდნელი შეიარაღებული თავდასხმა და მიიღონ პრევენციული ზომები? პრობლემა, რომელიც წამოიჭრა სხვადასხვა შემ-



თხვევების გამო და რომელიც თანამედროვე ურთიერთობებში დიდი მნიშვნელობისაა, არის შემდეგი – წესდების 51-ე მუხლი უშვებს თუ არა წინასწარი თავდაცვის შესაძლებლობას, რაც გულისხმობს პრევენციულად დარტყმის განხორციელებას, როცა სახელმწიფო დარწმუნებულია ან სჯერა (სანამ მის ტერიტორიას ან უცხოეთში მის სამხედრო შენაერთებს შეუტევენ), რომ მეორე სახელმწიფო აპირებს მასზე შეიარაღებული თავდასხმის განხორციელებას.<sup>44</sup>

უპირველეს ყოვლისა, უნდა ვეძებოთ 51-ე მუხლის „კეთილსინდისიერად“ განმარტების შესაძლებლობა 1969 წლის „საერთაშორისო ხელშეკრულებათა სამართლის შესახებ“ ვენის კონვენციის 31-ე მუხლის (განმარტების საერთო წესები) საფუძველზე. არ მოიპოვება მტკიცებულება იმის შესახებ, რომ სახელმწიფოებს ჰქონოდათ განზრახვა, 51-ე მუხლის ფორმულირებაში პრევენციული თავდაცვის უფლება მოეცვათ.

ისინი, ვინც ემხრობიან წინასწარი თავდაცვის უფლების მიდგომას, ამტკიცებენ, რომ არარეალურია, სახელმწიფო იყოს ვალდებული, დაელოდოს, სანამ მის წინააღმდეგ განხორციელდება შეიარაღებული თავდასხმა;<sup>45</sup> მოწინააღმდეგეები კი ამტკიცებენ, რომ წინასწარი თავდაცვა ესკალაციის დიდ რისკს მოიცავს, რადგან სახელმწიფო შეიძლება შეცდეს მეორე სახელმწიფოს განზრახვის გამოცნობაში, ან რეაგირება არაპროპორციულად მოახდინოს.<sup>46</sup> იმდენად, რამდენადაც შეიარაღებული თავდასხმის ფართო ცნება თანამედროვე იარაღების შესაძლებლობებზე დაყრდნობით არის მიღებული, ვაკუუმი ამ ორ პოზიციას შორის შეიძლება შემცირდეს.

ავტორის აზრით, დაუშვებელია, რომ წინასწარი თავდაცვა იქნეს აღიარებული და ნებადართული, რადგან, როგორც კი თუნდაც ერთი სახელმწიფო მოითხოვს პრევენციული მოქმედების გამოყენებას, რასაკვირველია, სხვა სახელმწიფოებიც იმავს მოიმოქმედებენ. ამ უკანასკნელ შემთხვევაში კი იმის ალბათობა დიდია, რომ ერთმა სახელმწიფომ ვერ გამოიცნოს მეორე სახელმწიფოს განზრახვა და განხორციელოს თავდასხმა, რაც თავისთავად კონფლიქტისა და ომის საწინდარი გახდება.

## **საზღვარგარეთ მყოფი საკუთარი მოქალაქეების დაცვა**

სახელმწიფოს მოვალეობა – დაიცვას საკუთარი მოსახლეობა, უდავოდ მისი უპირველესი ვალდებულებაა, თუნდაც ეს მოხდეს სხვა საერთაშორისო სუბიექტთან მისი ურთიერთობის ხარჯზე,<sup>47</sup> თუმცა პრევენციული სამართალი მიუთითებს, რომ ასეთი ქმედება არ არის თავდაცვის ზომა.<sup>48</sup>

არსებობს დასაბუთებული მოსაზრება, რომ საერთაშორისო სამართალი არ აღიარებს ქალის გამოყენების კანონიერებას „საზღვარგარეთ მცხოვრები“ საკუთარი მოქალაქეების დასაცავად, ხოლო არსებული პრაქტიკა აჩვენებს, რომ სახელმწიფოები „საზღვარგარეთ მცხოვრები“ საკუთარი მოქალაქეების დაცვის უფლებას თავდაცვის უფლების კონტექსტში განიხილავენ.<sup>49</sup>

საზღვარგარეთ საკუთარი მოქალაქეების დასაცავად ქალის გამოყენება იმ სახელმწიფოს თანხმობის გარეშე, რომლის ტერიტორიაზეც იმყოფებიან ეს მოქალაქეები, იშვიათია, და მეორე მსოფლიო ომის შემდეგ მხოლოდ რამდენიმე სახელმწიფოს თუ განუხორციელებია.<sup>50</sup> ჩვეულებითი სამართლის პრაქტიკიდან გამომდინარე, საზღვარგარეთ საკუთარი მოქალაქეების დაცვისთვის ქალის გამოყენება რომ კანონიერად ჩაითვალოს, შემდეგი კრიტერიუმები უნდა იქნეს დაკმაყოფილებული: 1) იმ სახელმწიფოს, რომლის ტერიტორიაზეც იმყოფებიან მოქალაქეები, არ უნდა სურდეს, ან არ უნდა შეეძლოს მათი დაცვა; 2) უნდა არსებობდეს მოქალაქეთა დაშავების გარდაუვალი საფრთხე; 3) მათი გადარჩენის სხვა არანაირი მშვიდობიანი საშუალება არ უნდა არსებობდეს, რადგანაც ყველა მათგანი უკვე ამონურული ან მათი გამოყენება სრულიად არარეალური უნდა იყოს – ანუ ძალა უნდა იყოს ბოლო საშუალება; 4) ქალის გამოყენება უნდა მოხდეს მხოლოდ და მხოლოდ განსაკუთრებული მიზნისთვის, რათა მოხდეს მოქალაქეების გადარჩენა; 5) გამოყენებული ძალა უნდა იყოს საფრთხისა და მუქარის პროპორციული; 6) სახელმწიფომ უნდა გამოიყენოს მხოლოდ ისეთი ძალა, რომლის გამოყენებაც გონივრულად აუცილებელია მოქალაქეთა დასაცავად და უნდა დატოვოს მეორე სახელმწიფოს ტერი-

ტორია ისე სწრაფად, როგორც ეს განსახორციელებად შესაძლებელია; 7) სახელმწიფომ, რომელმაც საზღვარგარეთ გამოიყენა ძალა, დაუყოვნებლივ უნდა აცნობოს გაეროს უშიშროების საბჭოს; კერძოდ კი დეტალურად უნდა განუმარტოს ის მიზეზები და საფუძვლები, რომლებზე დაყრდნობითაც ის ძალის გამოყენებას ამ კონკრეტულ შემთხვევაში აუცილებლად მიიჩნევს.<sup>51</sup>

ეს თემა უმთავრესად ისტორიული მნიშვნელობისაა. უკანასკნელი ათი წლის განმავლობაში საზღვარგარეთ მოქალაქეების გადარჩენის მიზნით ძალის გამოყენების მნიშვნელოვანი მაგალითები არცოფილა. ამ მხრივ საინტერესოა რუსეთის ფედერაციის კონსტიტუციის 61-ე მუხლის მე-2 პუნქტი, რომლის თანახმადაც, „რუსეთის ფედერაცია მის საზღვრებს გარეთაც უზრუნველყოფს საკუთარი მოქალაქეების დაცვას“;<sup>52</sup> თუმცა უნდა აღინიშნოს, რომ რუსეთს არა აქვს უფლება, აღნიშნული ჩანაწერი მოიყვანოს 2008 წლის აგვისტოში საქართველოს წინააღმდეგ განხორციელებული შეიარაღებული ქმედებების გამართლების საფუძვლად (ზემოთ მოყვანილი მსჯელობიდან გამომდინარე). ავტორი მიიჩნევს, საგულისხმოა ის გარემოება, რომ საზღვარგარეთ მოქალაქეების გადარჩენა ან ინტერვენცია შეიძლება ადვილად იქნეს უფრო ფართო განზრახვით შეჭრის საბაზად გამოყენებული. ძირითადი კითხვა, საზღვარგარეთ მოქალაქეებზე განხორციელებული თავდასხმა ითვლება თუ არა სახელმწიფოზე განხორციელებულ თავდასხმად, რჩება მნიშვნელოვანი „ტერორის წინააღმდეგომის“ კონტექსტში. ავტორის აზრით, მიუხედავად საკუთარი მოქალაქეების დაცვის დიდი მნიშვნელობისა, სახელმწიფოებმა მათ გადასარჩენად ზომების მიღებისას უნდა გააანალიზონ მოსალოდნელი საფრთხის საშიშროება და თითოეული ქმედება ზემოხსენებული კრიტერიუმების გათვალისწინებითა და სრული დაცვით მოიმოქმედონ.

### **თავდაცვა ტერორიზმის წინააღმდეგ**

2001 წლის 11 სექტემბერს მსოფლიო სავაჭრო ცენტრსა და პენტაგონზე განხორციელებული ტერორისტული თავდასხმების საპასუხოდ ამერიკის შეერთებულმა შტატებმა იმ მიზნით, რომ შეენწყვიტა ავღანე-

თის ტერორისტულ ბაზად გამოყენება, 2001 წლის 7 ოქტომბერს ავღანეთში სამხედრო ოპერაცია (Operation Enduring Freedom) დაიწყო. ამერიკის შეერთებული შტატები ავღანეთის წინააღმდეგ ძალის გამოყენებისას დაეყრდნო თავდაცვის უფლებას; უშიშროების საბჭოს ამერიკის შეერთებულმა შტატებმა ამცნო, რომ ის მოქმედებდა გაეროს წესდების 51-ე მუხლზე დაყრდნობით. გაერთიანებულმა სამეფომ, რომელიც პირველივე დღიდან ჩართული იყო ავღანეთის წინააღმდეგ მიმართულ სარაკეტო თავდასხმებში, განაცხადა, რომ მოქმედებდა ინდივიდუალური და კოლექტიური თავდაცვის შესაბამისად. იმ კითხვის ფონზე, დასაშვებია თუ არა, რომ თავდაცვის უფლებამ ადრე განხორციელებული ტერორისტული თავდასხმების საპასუხოდ განხორციელებული თავდასხმა მოიცვას, ამერიკისა და გაერთიანებული სამეფოს განცხადებები შეიძლება საკამათო ჩანდეს, მაგრამ ამ სამხედრო ოპერაციამ მასობრივი მხარდაჭერა მოიპოვა და ქმედება თავდაცვად თითქმის საყოველთაოდ იქნა მიჩნეული. ამერიკის შეერთებულ შტატებზე განხორციელებული შეტევების საპასუხოდ, ჩრდილო ატლანტიკის ხელშეკრულების ორგანიზაციამ (ნატო), რომლის წევრი სახელმწიფოც არის ამერიკის შეერთებული შტატები, მოიხმო წესდების მე-5 მუხლი, რომლის თანახმადაც, ერთ წევრ სახელმწიფოზე განხორციელებული თავდასხმა განიხილება თავდასხმად ყველა წევრზე.<sup>53</sup> სხვა საერთაშორისო ორგანიზაციებმაც გაიზიარეს მოსაზრება, რომ ეს იყო კოლექტიური თავდაცვის მიზნით განხორციელებული თავდასხმა. ევროკავშირმა, ჩინეთმა, რუსეთმა, იაპონიამ და პაკისტანმა მხარი დაუჭირეს ასეთ მიდგომას.<sup>54</sup> მრავალმა სახელმწიფომ მხარდამჭერის როლი შეასრულა შეიარაღებულ კამპანიაში. მხოლოდ ირანმა და ერაყმა შეიტანეს ეჭვი ამ ოპერაციის კანონიერებაში. 2001 წლის 12 სექტემბრის რეზოლუციაში უშიშროების საბჭომ აღიარა თავდაცვის უფლება. შედეგად, 2001 წლის 14 ნოემბერს მიღებულ იქნა 1373 რეზოლუცია ტერორისტული აქტებით საერთაშორისო მშვიდობისა და უსაფრთხოებისათვის გამოწვეული საფრთხეების შესახებ. ეს რეზოლუცია მიუთითებდა აგრეთვე ინდივიდუალურ და კოლექტიურ

თავდაცვაზე. ეს იყო პირველი შემთხვევა, როცა უშიშროების საბჭომ აღიარა ტერორიზმის წინააღმდეგ ძალის გამოყენებისას თავდაცვის უფლების არსებობა.<sup>55</sup>

ძალის ამგვარი გამოყენება ხშირად სცილდება ძალის გამოყენების ტრადიციული მიდგომის მოდელს. ისე ჩანს, თითქოს ამერიკის შეერთებული შტატების მიერ თავდაცვის უფლების გამოყენების შესახებ მოთხოვნის სახელმწიფოთა მასობრივ მხარდაჭერას შეეძლო ჩამოეყალიბებინა მიმდინარე საერთაშორისო ჩვეულებითი სამართალი და გაეროს წესდების ხელახალი ინტერპრეტაცია მოეხდინა. პირველი, ეს საგრძნობლად აფართოებს წარმოდგენას შეიარაღებული თავდასხმის შესახებ. 51-ე მუხლი თავდაპირველად ითვალისწინებდა თავდაცვის უფლებას სხვა სახელმწიფოს მიერ განხორციელებული შეიარაღებული თავდასხმის საპასუხოდ და ამის შედეგი იყო სახელმწიფოს პასუხისმგებლობის საკითხი. ახლა კი საკამათოა ის ფაქტი, რომ იმ პირების მიერ, რომლებიც არ მოქმედებენ სახელმწიფოს სახელით, მეორე სახელმწიფოს წინააღმდეგ განხორციელებული ტერორისტული თავდასხმა შეიძლება ჩაითვალოს შეიარაღებულ თავდასხმად, რომელიც, თავის მხრივ, გაამართლებს მათთვის დახმარების გამწვევი სახელმწიფოს წინააღმდეგ მიმართულ საპასუხო ქმედებას; გაურკვეველობა მაინც არის დარჩენილი იმასთან დაკავშირებით, თუ სახელმწიფოს რა ხარისხის ჩართულობაა აუცილებელი ამ შემთხვევაში.<sup>56</sup>

კითხვები ნამოიჭრება აგრეთვე აუცილებლობასა და საჭიროებასთან მიმართებით. ალ-ქაიდასა და თალიბანის რეჟიმის დაბომბვა რამდენიმე თვეს გრძელდებოდა. ამერიკის შეერთებულმა შტატებმა სამხედრო ოპერაციის (Operation Enduring Freedom) დაწყებისთანავე გააკეთა წინასწარი შეტყობინება, რომ ტერორიზმის წინააღმდეგ ომი შეიძლებოდა რამდენიმე წელიწადს გაგრძელებულიყო. იბადება კითხვა: სად უნდა გაივლოს ზღვარი, რათა თავდაცვის უფლებამ არ გადააბიჯოს აუცილებლობისა და პროპორციულობის კრიტერიუმებს? დღესდღეობით ნათლად ჩანს ამ ზღვრის, მკაფიო გამყოფი ხაზის, არარსებობა. მომავალი ტერორისტული თავდასხმების პრევენციის მიზნით

დაწყებულ კამპანიაში რთულია განისაზღვროს ქმედების სავარაუდო დასასრული, მაგრამ ფაქტია, რაც უფრო მეტხანს გრძელდება ის და რაც უფრო მეტი ნგრევა მოჰყვება მას შედეგად, მით უფრო ძნელია იმის მტკიცება, რომ ქმედება პროპორციულია. თუ ძალის გამოყენება აჩვენებს, რომ ტერორისტული თავდასხმების თავიდან ასაცილებლად იგი გამოუსადეგარია, რთულია აგრეთვე იმის დამტკიცება, რომ ქმედებები არის აუცილებელი.<sup>57</sup>

### კოლექტიური თავდაცვა

კოლექტიური თავდაცვა, ისევე როგორც ინდივიდუალური, განმტკიცებულია გაეროს წესდების 51-ე მუხლის თანახმად და ის იქნება კანონიერი იმავე გარემოებების არსებობისას, როგორც არის ინდივიდუალური თავდაცვის დროს – ე.ი., თუ ის განხორციელებულია შეიარაღებული თავდასხმის საპასუხოდ. კოლექტიური თავდაცვის განმარტება ისეთი სამხედრო აღიანსების ამოსავალი წერტილია, როგორცაა ნატო, რომლის წესდების მეხუთე მუხლის თანახმადაც, აღიანსის ერთ ან რამდენიმე წევრ სახელმწიფოზე თავდასხმა განიხილება როგორც თავდასხმა აღიანსის წევრ ყველა სახელმწიფოზე და ძალა იქნება ყველა წევრი სახელმწიფოს მიერ გამოყენებული.<sup>58</sup> ზუსტად ეს აზრი იქნა გატარებული *ნიკარაგუის* საქმეში მოსამართლეთა უმრავლესობის მიერ, თუმცა მათივე განმარტებით, იმ სახელმწიფომ, რომლის წინააღმდეგაც განხორციელდა შეიარაღებული თავდასხმა, საკუთარი თავი უნდა გამოაცხადოს „შეიარაღებული თავდასხმის მსხვერპლ სახელმწიფოდ“ და მეორე სახელმწიფოს სთხოვოს დახმარება.<sup>59</sup> საერთაშორისო ჩვეულებით სამართალში არ არსებობს წესი, რომელიც სახელმწიფოს სიტუაციის თავისი სურვილისამებრ შეფასების შედეგად კოლექტიური თავდაცვის უფლების გამოყენების ნებას დართავდა.<sup>60</sup> მაშასადამე, კოლექტიური თავდაცვა არ ნიშნავს ინდივიდუალური უფლების ერთად გამოყენებას, არამედ ეს არის ერთი სახელმწიფოს მიერ განხორციელებული შეიარაღებული თავდასხმის საპასუხოდ განხორციელებული კოლექტიური ქმედება, იმ დამატებითი კრიტერიუმით, რომ „მსხვე-

რპლმა სახელმწიფომ“ უფლებამოსილი წარმომადგენლების მეშვეობით ოფიციალურად უნდა მოითხოვოს დახმარება.

### უშიშროების საბჭოს როლი

შეიძლება ითქვას, რომ ინდივიდუალურ და კოლექტიურ თავდაცვასთან მიმართებით უშიშროების საბჭოს უკავია ცენტრალური როლი: სახელმწიფოების მიერ თავდაცვის ამ უფლების განხორციელებისას მიღებული ზომების შესახებ დაუყოვნებლივ უნდა ეცნობოს უშიშროების საბჭოს და სახელმწიფოების უფლება – გამოიყენონ თავდაცვის უფლება, არის დროებითი იქამდე, სანამ უშიშროების საბჭო არ მიიღებს საერთაშორისო მშვიდობისა და უშიშროების მხარდასაჭერად აუცილებელ ზომებს.

გაეროს წესდების მიზანია, არა მხოლოდ შეზღუდოს სახელმწიფოების მიერ ძალის გამოყენების უფლება, არამედ მოახდინოს ამ უფლების გაეროს გარშემო ცენტრალიზაცია. ნათელია, განზრახვა იყო, რომ უშიშროების საბჭოს ჰქონოდა უფლება, გამოეყენებინა ისეთი ზომები, რომლებიც შეწყვეტდნენ თავდაცვის უფლებას. მაგრამ თავდაცვის უფლების არსებობის ან მისი გაგრძელების შესახებ უშიშროების საბჭოს მიერ გამოხატული განსაზღვრების არარსებობის გამო, წარსულში ბევრი დავა წამოჭრილა.<sup>61</sup> პრაქტიკაში უშიშროების საბჭო არ აკეთებს განცხადებებს თავდაცვის უფლების მოთხოვნის კანონიერების შესახებ. ირან-ერაყის (1980–1988) და ეთიოპია-ერითრეას (1998–2000) კონფლიქტებთან დაკავშირებით უშიშროების საბჭოს არ წამოუჭრია კონფლიქტის დაწყებისთვის სახელმწიფოს პასუხისმგებლობის საკითხი და ამდენად არ გადაუწყვეტია, თუ ვის ჰქონდა თავდაცვის უფლება. თუმცა, საპირისპიროდ, როცა ერაყი შეიჭრა ქუვეითში 1990 წელს, უშიშროების საბჭომ დაადასტურა ქუვეითის თავდაცვის უფლების არსებობა.<sup>62</sup>

უშიშროების საბჭოს ქმედება შეიძლება იყოს სხვადასხვაგვარი. *inter alia*, უშიშროების საბჭოს შეუძლია: 1) დაადასტუროს თავდაცვის უფლების არსებობა; 2) სახელმწიფოებს მოსთხოვოს ცეცხლის შეწყვეტა; 3) სახელმწიფოებს მოსთხოვოს შეიარაღებული ძალების გამოყვანა მეორე სახელმწიფოდან;

4) თავდაცვის განმახორციელებელ სახელმწიფოს განმოითხოვოს ცალმხრივი ქმედებების შეწყვეტა და აღნიშნულის შეცვლა კოლექტიური უსაფრთხოების ღონისძიებებით; 5) მიიღოს გადაწყვეტილება, რომ თავდაცვის უფლებით მოქმედი სახელმწიფო რეალურად არის აგრესორი. ამ ქმედებებიდან უშიშროების საბჭო რომელსაც მიიღებს, ის იქნება სავალდებულო ძალის მქონე გაეროს წევრი სახელმწიფოებისთვის.<sup>63</sup>

### დასკვნა

სტატიაში განხილული იყო ძალის გამოყენების შესახებ ნორმების განვითარება გაეროს წესდების შექმნამდე და მისი შექმნის შემდეგ. მთავარი ყურადღება დათმობილი ჰქონდა გაეროს წესდების 51-ე მუხლს. განხილული იყო თავდაცვის უფლების განმარტებისა და ინტერპრეტაციის მეთოდები. მოყვანილი იყო ინდივიდუალური და კოლექტიური თავდაცვის მაგალითები და ამ უფლების გამოყენებისთვის აუცილებელი მოთხოვნები. ხაზგასმული იყო გაეროს უშიშროების საბჭოს როლი ზემოაღნიშნული შემთხვევების დროს.

წინამდებარე ნაშრომით ავტორის მიზანი იყო, ნათელი მოეფინა იმ საკითხებისთვის, თუ რა პრობლემები იკვეთება თავდაცვის უფლების განმარტებასთან მიმართებით. აშკარაა, რომ თავდაცვის უფლებისა და ძალის გამოყენების ინტერპრეტაციასთან დაკავშირებით სახეზეა სირთულეები. სახელმწიფოებს არ აქვთ შემუშავებული ერთიანი მიდგომა, რასაც შედეგად პრობლემათა მთელ რიგთან მიყვავართ. არსებობს წინააღმდეგობრივი მომენტები, რომელთა თავიდან აცილებისა და გადაჭრისთვის და საერთაშორისო ასპარეზზე განუკითხაობის თავიდან ასაცილებლად, ავტორის აზრით, საზოგადოებამ მაქსიმალურად ეფექტურად უნდა იმოქმედოს, რათა სახელმწიფოებმა არ მოახდინონ გაეროს წესდებით მინიჭებული უფლებამოსილების ბოროტად გამოყენება, არ გაიფართოონ უფლებები თავიანთ სასარგებლოდ სხვა სახელმწიფოთა უფლებების ხელყოფის ხარჯზე. ხოლო იმ შემთხვევაში, თუ სახელმწიფოები მაინც ეცდებიან აღნიშნული ქმედებების განხორციელებას, შესაბამისი უნდა იყოს საერთა-

შორისო საზოგადოების პასუხი: გაერომ, იმ მიზნით, რომ შემდგომში სხვა სახელმწიფოების მხრიდან პრევენციულ ნიადაგზე თავიდან იქნეს აცილებული მსგავსი შინაარსის ქმედებები და ომის საშიშროება, უნდა გააძლიეროს ზენოლა ამ სახელმწიფოებზე და გამოიყენოს მკაცრი ხასიათის სანქციები, რისი უფლებამოსილებაც მას წესდების 41-ე მუხლის საფუძველზე აქვს მინიჭებული.

სახელმწიფოების პირადი სამართლებრივი თუ პოლიტიკური მიზნები და ინტერესები და ამ მოტივებით ნაკარნახევი ქმედებები არ უნდა პრევალირებდეს საერთაშორისო სამართლით აღიარებულ პრინციპებსა და წესებზე; ეს უკანასკნელი კი ამოსავალი წერტილი უნდა იყოს სამართლიანობის განხორციელებისა და დამკვიდრების დროს.

ამკარაა, რომ გვაქვს ფიქრის საგანი:

რა არის საჭირო, რათა არ მოხდეს ძალის გადამეტება და, ამასთანავე, მიზანიც მიღწეულ იქნეს. მიზანი კი ერთადერთი და შეუცვლელია – საზოგადოებისა და სრულიად სამყაროს დაცვა კონფლიქტებისგან. საერთაშორისო მშვიდობის და უსაფრთხოების დაცვა ხომ გაეროს უმნიშვნელოვანესი მიზანია.

ყოველივე ზემოაღნიშნულიდან გამომდინარე, დასკვნის სახით შეიძლება ითქვას, რომ სახელმწიფოების მიერ მათ ქმედებებში ყოველ ცალკეულ შემთხვევებში გათვალისწინებული უნდა იქნეს გაერთიანებული ერების ორგანიზაციის პრინციპები და მიზანი; სახელმწიფოების მიერ მიღებული ნებისმიერი ზომა არ უნდა უქმნიდეს საფრთხეს საერთაშორისო მშვიდობასა და უშიშროებას.

<sup>1</sup> Martin Dixon, *Textbook on International Law*, მესამე გამოცემა, გვ. 277.

<sup>2</sup> იქვე, გვ. 278.

<sup>3</sup> იქვე, გვ. 279.

<sup>4</sup> Antonio Cassese, *International Law*, ოქსფორდის უნივერსიტეტის გამომცემლობა, მეორე გამოცემა, გვ. 37.

<sup>5</sup> Francois Bugnion “Just wars, wars of aggression and international humanitarian law”, *International Review of the Red Cross*, September 2002, No 847, ტომი 84, გვ. 523-546.

<sup>6</sup> გაეროს წესდება, მე-2 მუხლი, პარაგრაფი 4.

<sup>7</sup> საკითხი ნიკარაგუაში და მის წინააღმდეგ სამხედრო და ნახევრადსამხედრო მოქმედებების შესახებ (კონკრეტული გარემოებები), მართლმსაჯულების საერთაშორისო სასამართლოს ანგარიშები (1986), 14, პარაგრაფი 14.

<sup>8</sup> იხ. სქოლიო 1, გვ. 281.

<sup>9</sup> იქვე, გვ. 282.

<sup>10</sup> იქვე, გვ. 283.

<sup>11</sup> იხ. სქოლიო 6, 1.1. მუხლი.

<sup>12</sup> Momir Milojevic, *Prohibition of the Use of Force and Threats in International Relations, Law and Politics* ტომი 1, 5, გვ. 594.

<sup>13</sup> Yoram Dinstein, *War, Aggression and Self-defence*, კემბრიჯის უნივერსიტეტის გამომცემლობა, მეოთხე გამოცემა, გვ. 175.

<sup>14</sup> იხ. სქოლიო 6, 51-ე მუხლი.

<sup>15</sup> იხ. სქოლიო 1, გვ. 284.

<sup>16</sup> იქვე, გვ. 285.

<sup>17</sup> *The Caroline Case*, 29 BFSP 1137-1138; 30 BFSP 195-196.

<sup>18</sup> დენიელ ვებსტერის წერილი ლორდ ეშბარტონისადმი (5 აგვისტო, 1842), 29 ბრიტანული და უცხოური სახელმწიფო დოკუმენტი 1129, 1138 (1840.1).

<sup>19</sup> იხ. სქოლიო 1, გვ. 286.

<sup>20</sup> Brownlie, I., ‘Humanitarian Intervention’ in Moore. J.N., *Law and Civil War in the Modern World, USA*: ჯონ ჰოპკინსის უნივერსიტეტის გამომცემლობა, 1974, გვ. 176.

<sup>21</sup> იხ. სქოლიო 7, პარაგრაფი 202-209.

- <sup>22</sup> იქვე.
- <sup>23</sup> Greig, "Self-defence and the Security Council" What Does Article 51 Require?", 1991, 40 ICLQ 366.
- <sup>24</sup> იხ. სქოლიო 4, გვ. 355.
- <sup>25</sup> S. A. Alexandrov, *Self-defence Against the Use of Force in International Law*, Kluwer Law International, 1996, 77.
- <sup>26</sup> იხ. სქოლიო 7, პარაგრაფი 202-209.
- <sup>27</sup> Christine Gray, *International Law and the Use of Force*, ოქსფორდის უნივერსიტეტის გამომცემლობა, მესამე გამოცემა, გვ. 130.
- <sup>28</sup> იხ. სქოლიო 7, პარაგრაფი 195.
- <sup>29</sup> იხ. Security Council Resolution 1358 (2001) and Resolution 1272 (2001) at <http://www.un.org/Docs/scres/2001/sc2001.htm>.
- <sup>30</sup> Christine Gray, *The Use of Force and International Legal Order*, in Malcolm D. Evans (ed.), *International Law*, ოქსფორდის უნივერსიტეტის გამომცემლობა, მეორე გამოცემა, გვ. 600.
- <sup>31</sup> იხ. სქოლიო 7, პარაგრაფი 202-209.
- <sup>32</sup> ბირთვული იარაღის გამოყენების მუქარის ან გამოყენების კანონიერების შესახებ (საკონსულტაციო დასკვნა), საერთაშორისო სასამართლოს ანგარიშები, 1996, გვ. 226, პარაგრაფი 141.
- <sup>33</sup> ნავთობის პლატფორმების საქმე (Islamic Republic of Iran v United States of America), საერთაშორისო სასამართლოს ანგარიშები, 2003, გვ. 161.
- <sup>34</sup> იხ. სქოლიო 13, გვ. 199.
- <sup>35</sup> Michael N. Schmitt, *Counter-Terrorism and the Use of Force in International Law*, ჯორჯ მარშალის სახელობის უსაფრთხოების კვლევების ევროპული ცენტრი, ნაშრომი №5, გვ. 17.
- <sup>36</sup> იხ. სქოლიო 7, პარაგრაფი 202-209.
- <sup>37</sup> იხ. სქოლიო 33, გვ. 161.
- <sup>38</sup> იხ. სქოლიო 32, გვ. 226, პარაგრაფი 141.
- <sup>39</sup> ჟენევის კონვენციების პირველი დამატებითი ოქმი, 48-ე მუხლი.
- <sup>40</sup> დამოუკიდებელი საერთაშორისო ფაქტების მომძიებელი კომისიის (ტალიავინის კომისიის) დასკვნა, პარაგრაფი 25.
- <sup>41</sup> იხ. სქოლიო 4, გვ. 370.
- <sup>42</sup> გაეროს გენერალური ასამბლეის 1974 წლის 14 დეკემბრის 3314 (XXIX) რეზოლუცია „აგრესიის დეფინიციის შესახებ“, მუხლი 3 (ა), <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/739/16/IMG/NR073916.pdf?OpenElement>.
- <sup>43</sup> პრევენციული თავდაცვის უფლების მხარდამჭერები არიან, მაგალითად, ამერიკის შეერთებული შტატები, გაერთიანებული სამეფო. ისინი ამტკიცებენ, რომ სახელმწიფოს უნდა ჰქონდეს პრევენციული თავდაცვის განხორციელების უფლება, ე.ი. მათ უნდა ჰქონდეთ უფლება, წინასწარ განჭვრიტონ მოსალოდნელი შეიარაღებული თავდასხმა და მიიღონ პრევენციული ზომები.
- <sup>44</sup> იხ. სქოლიო 30, გვ. 605.
- <sup>45</sup> იქვე, გვ. 606.
- <sup>46</sup> იქვე, გვ. 607.
- <sup>47</sup> John M Rothgeb Jr. *Defining Power - Influence and Force in the Contemporary International System* (New York: St Martin's Press, 1993) გვ. 62.
- <sup>48</sup> Rosalyn Higgins, "Intervention and International Law", in Hedley Bull (ed.), *Intervention in World Politics* (Oxford, Clarendon Press, 1984) გვ. 38.
- <sup>49</sup> M. Shaw, *International Law*, კემბრიჯის უნივერსიტეტის გამომცემლობა, მეხუთე გამოცემა, გვ. 132-133.
- <sup>50</sup> მაგალითად, ისრაელის არგუმენტი ენტებეს აეროპორტში ძალის გამოყენებასთან დაკავშირებით; ამერიკის შეერთებული შტატების ქმედება პანამაში 1983 წელს, გრენადაში 1989 წელს და ერაყში 1993 წელს; გაერთიანებული სამეფოს ინტერვენცია სუეცში 1956 წელს.
- <sup>51</sup> იხ. სქოლიო 4, გვ. 368.

<sup>52</sup> რუსეთის ფედერაციის კონსტიტუცია, 61-ე მუხლი, არაოფიციალური თარგმანი.

<sup>53</sup> ნატოს წესდება, მე-5 მუხლი.

<sup>54</sup> Edited by Malcolm D. Evans, *International Law*, ოქსფორდის უნივერსიტეტის გამომცემლობა, მეორე გამოცემა, გვ. 601.

<sup>55</sup> იქვე, გვ. 602.

<sup>56</sup> იქვე, გვ. 603.

<sup>57</sup> იქვე, გვ. 604.

<sup>58</sup> იხ. სქოლიო 53, მე-5 მუხლი.

<sup>59</sup> იხ. სქოლიო 54, გვ. 605.

<sup>60</sup> იხ. სქოლიო 27, გვ. 169.

<sup>61</sup> Higgins, *The Development of International Law through the Political Organs of the UN* (1963), გვ. 198, 206.

<sup>62</sup> იხ. სქოლიო 30, გვ. 605.

<sup>63</sup> იხ. სქოლიო 13, გვ. 214.

**ZURAB SANIKIDZE**

## **PROBLEMS WITH THE DEFINITION OF SELF-DEFENCE AS A LAWFUL USE OF FORCE**

*"We hear so much these days of progress and civilization, but unfortunately we still cannot avoid wars, should we urgently try, in a genuine spirit of humanity and civilization, to prevent, or at least to alleviate, the horrors of war?"*

*Henry Dunant*

### **INTRODUCTION**

The maintenance of international peace and security is a genuinely problematic and sensitive issue in the modern world and greatly depends upon the endeavour, common opinion and unified approach of the international community to achieve this. The use of force by states is one of the most critical challenges to the modern international legal order as state behaviour is usually evaluated on the principles of use of force.

Two controversial aspects of state behaviour arise: legal and political motives and interests of states on the one hand, and the problem of protecting human lives and fundamental principles of the United Nations (UN) on the other; specifically: the sovereign equality of states, territorial integrity and prohibition of use of force or threat to use force, and non-interference into internal affairs.

The latest developments in Georgia rendered the actual definition and meaning of conflict under international law, as well as regulation of the use of force by the UN.

The purpose of this article is to find the definition of self-defence and its legal status under international law. The right to self-defence in international law, as enshrined in article 51 of the UN Charter, is generally interpreted in two ways, known as broad and restricted interpretations. The broad inter-

pretation is usually employed by "strong" states to justify their actions while pursuing their interests. The restricted interpretation is supported by the UN and is clearly manifested by the history of the UN Charter and overall objectives of this instrument. This article shall discuss this problem and seek ways of problem resolution, as it seems impossible to preserve international peace and security without identifying clear boundaries for the use of force.

Some norms of international law regulate the use of force and aggression (*jus ad bellum*) and others such as the conduct of military actions (international humanitarian law or *jus in bello*). This article shall mainly deal with *jus ad bellum* that covers all rules regulating use of force by states in international law. This article shall specifically deal with use of force under article 51 of the UN Charter – individual and collective self-defence.

The law on use force is discussed in the first part of this article. The author deals with the pre and post UN Charter periods.

The following chapter deals with the prohibition of use of force and the "inherent" right to self-defence of states and its definition, which is the main subject matter of this article–.

The final chapter of the article discusses the restriction criteria and opportunity to exercise the "inherent" right of states and the



relevance of article 51 for states and the UN Security Council.

The rules of international law that regulate use of force (*jus ad bellum*) are divided into two groups<sup>1</sup>: the first group consists of norms regulating use of force by one or a group of states acting with their own initiative, often referred to as “unilateral” use of force. The rules of the second group deal with the issue when competent international organizations, specifically the UN, are entitled to the use of force, which is referred to as “collective” use of force, since it derives from a collective decision of such organizations. Usually, many states are involved in such a use of force; however the milestone idea is that the use of force is implemented on behalf of all states for the common purpose of society. Accordingly, the main difference between “unilateral” and “collective” use of force is not only the number of states involved, but rather in competences and purposes. Despite the number of states participating in the use of force, “unilateral” action is the result of a one-sided decision and is aimed at the satisfaction of one state’s purpose, while “collective” use of force is based on the decisions of competent international organizations adopted for the sake of the interests of society in general.<sup>2</sup>

### **THE HISTORY OF PROHIBITION OF USE OF FORCE**

#### **a) Before the UN Charter**

The rules of international law on the right to use force (*jus ad bellum*) are not exclusively the outcome of the UN Charter. Before 1945, the system of customary international law existed dealing with the unilateral use of force by states.<sup>3</sup> Before the creation of the UN Charter the use of force by states was regulated by a set of conventional and customary norms. The 1899 and 1907 Hague Peace Conferences were the first attempts to restrict warfare. World War I triggered imposition of even more restrictions on warfare within the League of Nations. In 1924, at the fifth session of the League of Nations Assembly, an attempt to establish a collective security system was initiated; the member states adopted the Protocol for the

Pacific Settlement of International Disputes (“Geneva Protocol”), in which war of aggression constitutes a violation of the solidarity among members of the international community and is an international crime. However, this Protocol has never been put into effect<sup>4</sup>.

There was no rule of customary international law prohibiting use of force until the 1920s. It was in 1928 when the Kellogg–Briand Pact (1928 Pact), also referred to as the Paris Covenant, introduced a prohibition on the declaration of war<sup>5</sup>. Furthermore, since 1945, self-defence has been regarded as the exception from any prohibition of use of force, and customary international law developed preconditions for its fair implementation. At the same time, reprisals and operations to save nationals and humanitarian interventions are considered as legitimate exceptions from general prohibition. Nevertheless, the League of Nations and the 1928 Pact, which prohibited war and aggression in international relations, could not prevent world war. Despite the urges and attempts to not threaten international peace and security, it was obvious that states would have resorted to the use of force if their interests necessitated such an action. Consequently, the UN Charter that was developed after World War II has stricter language and establishes much more uncompromising restrictions. The UN Charter entitles the use of force only for the purposes of self-defence and with the authorisation of the UN Security Council (further referred to as the SC).

#### **b) In accordance with the UN Charter**

The period after the UN Charter has been greatly influenced by article 2(4) which states: “All Members shall refrain in their international relations from the threat or use of force against the territorial integrity or political independence of any state, or in any other manner inconsistent with the Purposes of the United Nations”<sup>6</sup>.

Those wishing to interpret this article unanimously consider that prohibition is not only a conventional or customary rule, but represents a *jus cogens* (peremptory norm of international law) norm.<sup>7</sup>

There are two different interpretations of this article: broad and restricted.<sup>8</sup>

According to the broad interpretation, if the use of force does not result in permanent occupation of a territory, does not menace the attacked state's authority to make independent decisions and is not against the objectives and goals of the UN, then such a use of force is lawful. Accordingly, rapid attacks aimed at saving nationals, such as the Entebbe Rescue Operation in 1976, should not be considered unlawful. According to this interpretation, the US intervention in Panama in 1989 and kidnapping of the "undemocratic" and "criminal" General Noriega was not restricted, as this action did not threaten the "territorial integrity" and "political independence" of the attacked state.<sup>9</sup>

The restricted interpretation of article 2(4) suggests that it completely prohibits use of force by states with some exceptions provided by the UN Charter itself. According to this interpretation, the right to self-defence under article 51 of the UN Charter is an exception to the general prohibition enshrined in article 2(4). Concerning controversial wordings of article 2(4) (specifically, territorial integrity, etc), it has been established that authors of this paragraph did not intend to introduce obligation of the prohibition of use of force, but their goal was to describe the territorial existence of a state under international law.<sup>10</sup>

The international community came to a consensus, which is also manifested in states' practice, that article 2(4) should not be interpreted in a way suggested by those supporting broad interpretation. This approach is also supported by the travaux préparatoires of the UN Charter, its overall objectives and analysis of states' arguments resorting to the use of force.

We completely agree with the restricted interpretation, as it seems unreasonable to read article 2(4) of the UN Charter in a way to repeat the "mistakes" of the League of Nations' agreements and the Brian-Kellogg Pact. We view that the possibilities and legal basis that entitle states to the use of force should be minimal and strongly believe that the overall

goal of the UN Charter is to preserve peace and security and avoid new wars.<sup>11</sup>

### **SELF-DEFENCE**

A state may use force provided it is ordered or authorized by the UNSC. However individual and collective self-defence enjoyed by states is an exception from this general rule. Both conventional and customary laws recognize the right of states to implement relevant measures, including use of force, to pre-empt any threat that endangers the existence of the state itself or the security of its nationals.<sup>12</sup>

The right to self-defence is a right and not an obligation to a state. If a state is subjected to aggression by another state, it is entitled to self-defence. The core of the right to self-defence is self-assistance in response to military attack of another state.<sup>13</sup>

This right is enshrined in article 51 of the UN Charter that specifies: "Nothing in the present Charter shall impair the inherent right of individual or collective self-defence if an armed attack occurs against a Member of the United Nations, until the Security Council has taken measures necessary to maintain international peace and security. Measures taken by Members in the exercise of this right of self-defence shall be immediately reported to the Security Council and shall not in any way affect the authority and responsibility of the Security Council under the present Charter to take at any time such action as it deems necessary in order to maintain or restore international peace and security".<sup>14</sup>

To create preconditions for the application of the right to self-defence, it is necessary to manifest that threat is real, active and cause the need to self-defence. Individual self-defence is usually interpreted in two ways: one is the broad approach,<sup>15</sup> which stipulates that preventive self-defence and protection of own nationals are lawful; the other is the restricted interpretation.<sup>16</sup>

The Carolina case is the best example of the broad approach. The Carolina doctrine defines the right to self defence-of states as lawful if it is used against a real and immediate

threat that could not have been avoided via alternative measures, provided the used force was proportional to the existing threat.<sup>17</sup> The Carolina doctrine provides that the right to self-defence should emanate from necessity and the burden of proof is on the state claiming the right to self-defence. US Secretary of State, Daniel Webster, introduced a standard, which has lately appeared to be universally recognized. According to Webster, “there must be a necessity of self-defense, instant, overwhelming, leaving no choice of means, and no moment for deliberation and the defensive acts must not be unreasonable or excessive”.<sup>18</sup>

As for the protection of nationals, earlier customary law required four preconditions: (i) failure or inability on the part of a territorial sovereign to protect them; (ii) eminent threat of injury to nationals; (iii) use of force should be the last resort; (iv) a state shall use force that is reasonably necessary to protect its citizens and shall leave the territory of another state as soon as possible.<sup>19</sup>

The restricted interpretation of self-defence affirms that the broad approach is no longer applicable.<sup>20</sup> Under article 51 of the UN Charter, a state may only resort to self-defence “if armed attack occurs”. The best example of such an approach is the case of *Nicaragua vs. the USA*.<sup>21</sup> Specifically, the right to use of force is not applicable in the anticipation of an attack, or when the threat is non-violent or to protect anything other than state territory. Concerning the protection of nationals abroad, the restrictive approach states that intervention to protect nationals can be of equivocal value in furthering the purposes of the United Nations as it may be a pretext for intervention and cause more harm than it prevents.<sup>22</sup>

There is a consensus of the international community that restricted interpretation should be supported. Therefore, in accordance with the Charter, this approach is valid.<sup>23</sup>

Based on the aforementioned (1) the state subjected to aggression shall use force necessary to prevent attack and proportional to the force used by the aggressor; (2) she [state] may attack only “lawful military targets” and in accordance with principles and rules

of international humanitarian law; preventive measures have to be adopted to minimize casualties among and injures of civilians; (3) state that was a victim of “armed attack” shall not occupy the territory of the attacking states unless it is necessary to eliminate aggression; (4) self-defence has to be terminated as soon as the UNSC interfere and adopts relevant measures to preserve international peace and security; (5) If the UNSC cannot interfere, self-defence has to be terminated as soon as its purpose is achieved – that is, the attack is prevented. In other words, article 51 and general international law do not allow any military actions to pre-empt attack and go beyond the necessarily pre-emptive measures against aggression. They do prohibit occupation and annexation of the territory of the aggressor state.<sup>24</sup>

Obviously the UN Charter recognises that self-defence is an inherent right of states and it may be applied both individually and collectively.<sup>25</sup>

We support the restricted (narrow) interpretation as we deem the political argument, upheld by those supporting broad interpretation, to be the will of “strong states” to preserve freedom in their actions. We consider that self-defence is allowed only in cases when there is a military attack against a state. As for the operations to save nationals abroad, we think that such operations can cover the intentions to occupy the territory of other state.

### **a) Armed Attack**

In order for a state to resort to self-defence lawfully, there must be a real armed attack. Therefore, the definition of “armed attack” is vital for the application of self-defence under international law. The question must be asked: what are the criteria for state action to qualify as armed attack?

Article 51 stipulates that self-defence is allowed only against armed attack. The most widespread form of armed attack is the attack of a regular army of one state against another’s land, maritime and aerial territory. However, the definition of armed attack goes beyond attacks by regular armies and also comprises

of attacks carried out by bands, irregulars and mercenaries. Collective self-defence was the milestone for the International Court of Justice (the ICJ) Judgement on Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America).<sup>26</sup> The ICJ defined armed attack under international law via determining the essence of aggression. In this case, the ICJ defined that armed attack is the “sending by a state of armed bands, mercenaries or irregular forces, to the territory of another state, if such an operation, because of its scale and effects, inter alia will have been classified as an armed attack carried out by regular armed forces”.<sup>27</sup> The ICJ also stated that support of rebels, including supply of weapons or any other aid, shall not constitute armed attack.<sup>28</sup> Controversies arise on the level of states’ involvement necessary to link action with a state in the given situation and justify self-defence. The concept of armed attack covering attacks by armed groups requires a high level of state involvement; however, the attack on the World Trade Centre and Pentagon on September 11, 2001, controversially broadened the notion of armed attack by inclusion therein of attacks by terrorist groups. While referring to attacks by terrorist organizations The UNSC employed “dangerous to peace” rather than “armed attack”. Meanwhile, the preambles of UN SC 1358 and 1373 Resolutions affirmed the right to self-defence.<sup>29</sup> So, it was implied that terrorist attacks against the USA constituted armed attacks, however, the precise role and character of the Afghanistan Government’s participation in the Al-Qaeda activities is still vaguely incomprehensible.<sup>30</sup>

### **b) Necessity and Proportionality**

A state may enjoy the right to self-defence using force in cases when armed attack occurs against it. However, this right – whether individual or collective self-defence – is limited under international law by certain requirements. The Carolina Doctrine established the groundwork for developing the requirement that self-defence should be necessary and proportional. Necessity and proportionality is core for the right to

self-defence. Attention should be paid to the proportionality and necessity of counter measures, the rights of civilians are jeopardised on behalf the right to self-defence. The ICJ confirmed their existence in the Nicaragua case,<sup>31</sup> Oil Platforms case<sup>32</sup> and in an advisory opinion on the Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons.<sup>33</sup> Necessity means that alternative measures cannot be implemented, for example, diplomatic means have already been exhausted or economic sanctions are no longer effective.<sup>34</sup>

Proportionality would mean not only interlinks between armed attack and use of force for the purposes of self-defence, but between the latter and the goal of self-defence.<sup>35</sup>

Notwithstanding, these requirements are not enshrined in the UN Charter; they are part of customary international law. Necessity and proportionality imply that self-defence should be retaliatory and punitive; its objective should be to prevent attacks of an enemy. Use of force should result in improvement of the tensions rather than aggravation. It is not contested that use of force should not cause outcomes worse than the results would have been without use of force. Necessity and proportionality are the tests for states to draw a clear line between unlawful reprisals and lawful self-defence. Necessity and proportionality are also core factors for denial of territorial occupation by states acting under the right to self-defence. Use of force should not go beyond the necessary and proportional boundaries for achieving well-established goals. These requirements of customary international law were reaffirmed in the Nicaragua Case by the ICJ,<sup>36</sup> the Oil Platform case<sup>37</sup> and in an advisory opinion on the Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons.<sup>38</sup>

Bearing in mind the foregoing conclusions and suggestions now we shall try to make a legal analysis of the aggression of the Russian Federation against Georgia in August 2008. On August 8, 2008 the Russian Federation carried out an armed attack against the territory of Georgia. They shelled the area of so-called South Ossetia; specifically: Gori, Kareli and the nearby countryside. Based on the following arguments, we consider these

actions by the Russian Federation violated article 2(4) of the UN Charter prohibiting use of force. Furthermore, the rights to self-defence cannot justify these actions, either under conventional or customary international law. As already previously mentioned, article 51 of the UN Charter is applicable only in cases when one state carries out an armed attack against another; while the incidents in so-called South Ossetia, constituting an integral part of the state of Georgia and recognized by the international community as such, cannot be considered to be an “armed attack” under the meaning of article 51. At the same time, the actions by the Russian Federation are not in line with the requirements of proportionality and necessity – the problem could have been resolved by alternative diplomatic means. The military actions caused damages on the entire territory of Georgia, including civil objects. It goes without saying that the attack on civilians is a violation of humanitarian law, more specifically, a fundamental principle of humanitarian law – the principle of distinction.<sup>39</sup> On the other hand, the use force by Georgia was completely in line with the requirements of proportionality and necessity. The Russian Federation argued that the Georgian troops attacked Russian peacekeepers and forced them to resort to self-defence. However, this argument is groundless due to the following factors: 1) there was no real and direct attack on peacekeepers; and 2) even if the Russian peacekeepers had been subjected to damage accompanying the armed attack of Georgian troops against Ossetian separatists’ armed groups, then only the peacekeepers themselves would have been entitled to the right of individual self-defence.

International fact-finding commission (the Conclusion of Tagliavini Commission) also shares the opinion that attacks by the Russian Federation go beyond the boundaries of and violates requirements of proportionality and necessity.<sup>40</sup>

If we go further than the right to self-defence in regards to the actions carried out by Russian Federation, we should mentioned that we cannot agree with the Russian Federation argument that Russia had the right to

humanitarian intervention as contemporary international law does not recognise humanitarian intervention as a lawful basis for the use of force. However, theory and practice has elaborated a set of requirements and preconditions for the act of intervention to be classified as humanitarian intervention. The most common preconditions for humanitarian intervention are the following: a) mass and grave violations of human rights; b) all forms of dispute settlement under international law are exhausted; c) intervention is proportional.<sup>41</sup> Obviously, the foregoing preconditions did not exist during the military operation of the Russian Federation in August 2008.

Accordingly, we consider actions of the Russian Federation against Georgia to be the acts of aggression as defined in the UN General Assembly Resolution 3314 (XXIX) on Definition of Aggression. The Resolution defines that an act of aggression, inter alia, shall constitute the following: “The invasion or attack by the armed forces of a State of the territory of another State, or any military occupation, however temporary, resulting from such invasion or attack, or any annexation by the use of force of the territory of another State or part thereof”.<sup>42</sup>

Base on the aforementioned, we may conclude that the Russian Federation violated fundamental principles of international law, specifically: sovereign equality of states, territorial integrity of states, prohibition of use of force or threat to use force, the duty not to intervene in matters within the domestic jurisdiction of any state.

### **PREVENTIVE SELF-DEFENCE**

The most controversial issue concerning the definition of self-defence would be “preventive” self-defence.<sup>43</sup> The question here is whether states are entitled to the right of self-defence only after armed attack “occurs,” under article 51 of the UN Charter, or this right is broader and may be exercised for preventive purposes when a state envisages possible armed attack. The answer to this question is controversial and has caused problems in defining article 51 of the UN Charter – whether

this article provides for the right of pre-emptive self-defence or preventive attack if a state is convinced or believes (before attacked by military forces of other state) that another state is prepared to carry out armed attack against it.<sup>44</sup>

First of all we should seek the “good faith” interpretation of article 51 in accordance with 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties (article 31). There is no evidence that states intended to include preventive self-defence in the meaning of article 51.

Those supporting the right to pre-emptive self-defence argue it is unrealistic that states are obliged to wait until armed attack occurs against it;<sup>45</sup> the counterargument would be that a state may be mistaken in its judgments on the intentions of another state or adopt non-proportional measures.<sup>46</sup> As the definition of armed attack develops on the immense potential of modern arms, the vacuum between these two positions should be brought to a minimum.

The author of this article considers it inadmissible to recognise and allow the right to preventive self-defence, as it can apply to many states and has great potential of abuse. In addition, there is always a great risk that the intention of other states is not understood properly and existence to such a right may lead us to the waging of new wars.

### **PROTECTION OF NATIONALS ABROAD**

The State duty – to protect its nationals, notwithstanding the interest of other states – is a primary obligation;<sup>47</sup> however such an act shall not be considered as self-defence under customary law.<sup>48</sup>

Some argue that international law does not recognise the right of states to protect its nationals abroad, while the practice shows that some states evaluate the protection of nationals abroad in the context of self-defence.<sup>49</sup>

The protection of nationals without the consent of the state sovereign is very rare after World War II and only few states adopted such practice.<sup>50</sup> Modern customary international law established a set of criteria for the lawful

protection of nationals abroad: (1) failure or inability on the part of the territorial sovereign to protect them; (2) eminent threat of injury to nationals; (3) no other peaceful means for their rescue exists, all of them are exhausted or they cannot be employed - use of force should be the last resort; (4) use of force has only one goal – protection of nationals; (5) use of force is proportional to the threat and danger; (6) a state shall use force that is reasonably necessary to protect its citizens and shall leave the territory of another state as soon as possible; (7) a state that used force abroad shall immediately notify the UNSC and explain in detail the reasons and arguments for the use of force.<sup>51</sup>

The protection of nationals abroad seems to be an outdated concept as no cases can be traced back for 10 years. Yet, article 61 of the Constitution of the Russian Federation states: “The Russian Federation shall guarantee protection of its nationals abroad”;<sup>52</sup> however, the Russian Federation cannot justify its attacks against Georgia by this statement (bearing in mind the previous considerations). We consider that protection of nationals abroad or intervention is likely to be abused by states and be employed to justify other goals of big powers.

Despite the importance and significance of the protection of nationals abroad, the states have to be cautious and scrutinize and evaluate threats emanating from their actions and strictly observe the criteria established by the customary and conventional international law.

### **SELF-DEFENCE AGAINST TERRORISM**

In response to the terrorist attacks of September 11, 2001 on the World Trade Centre and Pentagon, on October 7, 2001, the USA launched the military operation, “Operation Enduring Freedom” in Afghanistan. The US officials claimed the legal basis for this operation was the right to self-defence and notified the UNSC that its actions were within article 51 of the UN Charter. Involved in this military operation from its early stage, the United Kingdom also argued that they acted in

line with individual and collective self-defence. The arguments of the USA and the UK seemed controversial as there was no answer to the question whether states were entitled to exercise the right to self-defence in response to terrorist acts previously ensued; yet this military operation gained huge support and was considered almost universally to be self-defence. In response of the attacks carried out against the United States, The North Atlantic Treaty Organization (NATO), a member of which is the United States, referred to article 5 of the NATO Charter: "...that an armed attack against one or more of them in Europe or North America shall be considered an attack against them all..."<sup>53</sup>. Other international organizations also agreed that the attack was launched as a collective self-defence. The EU, China, Russia, Japan and Pakistan also maintained such an approach,<sup>54</sup> as even more states actively supported the operation. Only Iraq and Iran challenged the lawfulness of this military operation. The UNSC Resolution 1368 dated September 12, 2001 recognized "the inherent right of individual or collective self-defence in accordance with the Charter". Two months later the UNSC adopted another resolution concerning terrorist acts (Resolution 1373 on Threats to international peace and security caused by terrorist acts) – that also reaffirmed an inherent right to collective and individual self-defence. It was the first instance when the UNSC recognized that use of force against terrorist acts was an exercise of self-defence.<sup>55</sup>

Use of force in response of terrorist acts usually differs from the classic use of force. It seems that the huge support of states to the US claims concerning self-defence created a new rule of customary international law and established a new interpretation of the UN Charter. If this were true, it would significantly broaden the justifications for use of force. Initially, article 51 was drafted to allow use of force in response to armed attack by one state against another and resulted in state responsibility. Now it seems controversial whether terrorist acts committed by individuals, acting in their own capacity, could be con-

sidered as an "armed attack" under article 51 that would justify military actions against a state supporting the terrorists; however, it is still unclear what is the extent of state involvement justifying military action.<sup>56</sup>

Obviously, necessity and need are still important in this context. The bombing of Al Qaeda and the Taliban regime continued for several months. At the very initial stage of Operation Enduring Freedom, the US issued a statement in which the war against terrorism could last for several years. Again the question arises: where is the line between necessity and proportionality of self-defence and abuse of this right? Unfortunately, such a margin is not clearly identified. If the campaign aimed at preventing future terrorist acts is launched, it is difficult to predict when it will come to an end; however the longer such a campaign lasts and the more destruction is brought about, the more difficult it is to argue that the campaign is proportional. If use of force appears to be ineffective in preventing terrorist attacks, it is also hard to claim its necessity.<sup>57</sup>

### **COLLECTIVE SELF-DEFENCE**

Collective self-defence, together with individual self-defence, is enshrined in the UN Charter that provides the same legal basis for them both; that collective, as well as individual self-defence may be exercised when armed attack occurs against a state. The right of collective self-defence is a milestone definition for military alliances such as NATO and its Charter which states "that an armed attack against one or more of ...[member state] ... shall be considered an attack against them all and consequently they agree that, if such an armed attack occurs, each of them, in exercise of the right of individual or collective self-defence recognised by Article 51 of the Charter of the United Nations, will assist the Party or Parties so attacked by taking forthwith, individually and in concert with the other Parties, such action as it deems necessary, including the use of armed force, to restore and maintain the security of the North Atlantic area".<sup>58</sup> The same approach was reaffirmed in

the Nicaragua case by the majority of judges who stated that a state shall declare itself “as a victim of armed attack” and request help from other state.<sup>59</sup> There is no rule of international law entitling a state to resort to collective self-defence based on its own evaluation of facts.<sup>60</sup> Accordingly, collective self-defence is not a joint use of individual rights, but it is a collective action in response to armed attack by one state, provided the “victim state” requested for assistance via an authorised representative.

### **THE UN SC ROLE**

The UNSC holds a central role in exercising collective and individual self-defence. The UNSC should be immediately informed on the measures under collective or individual self-defence as states may exercise the right to self-defence temporarily or up to the moment when the UNSC adopts measures necessary to maintain international peace and security.

The goal of the UN Charter was to limit the use of force by states as well as to centralise the use of force under the UN. It is clear the UNSC has the power to adopt measures necessary to suspend the exercise of self-defence. However, many disputes have arisen due to an absence of an explicit definition of self-defence by the UN SC.<sup>61</sup> In practice, the UN SC does not make statements on the legality of claims on self-defence. During the Iran-Iraq (1980-1988) and Ethiopia-Eritrea (1998-2000) conflicts, the UN SC did not discuss state responsibility for starting the conflict and accordingly did not decide on who had the right to self-defence. Yet, in 1990, when Iraq invaded in Kuwait, the UN SC confirmed Kuwait’s right to self-defence.<sup>62</sup>

The UNSC may choose one of the following actions: 1) confirm the right to self-defence; 2) demand a state to cease-fire; 3) demand a state to withdraw its forces from the territory of another state; 4) demand a state to terminate self-defence actions and their replacement by the measures of collective security; 5) make a decision that the state acting under the right to self-defence is an aggressor. Whatever action is chosen by the UN SC, the decision thereon shall be binding for UN Member States.<sup>63</sup>

### **CONCLUSION**

The article briefly reviewed the creation of international legal regulations for the use of force before and after the adoption of the UN Charter. The main issue of the article was a discussion of article 51 of the UN Charter. We also discussed the definitions of individual and collective self-defence together with examples and prerequisites for the exercise of the mentioned rights and the core role of the UN SC.

The author attempted to clarify the questions concerning the definition of the right to self-defence. It is obvious there are many uncertainties related to interpretations of the use of force and self-defence. States do not have a unified approach, which results in problems in practice. The existing uncertainties should be regulated to avoid international crises; the author considers that the best solution is UN effective action, which is vital in avoiding abuse and unilateral broadening of rights enshrined in the Charter by the states affecting others. If cases of abuse arise, the response of the international community should be correspondingly strict; the main issue in such cases is to prevent other states from repeating the same abusive actions. To this end the UN should impose strict sanctions under article 41 of the UN Charter upon the state(s) violating the Charter.

Political and legal goals of states and corresponding actions should not prevail over principles and rules of international law. That shall be a milestone for enacting and establishing justice.

There exists an explicit issue for contemplation: What actions are to prevent abuse of the use of force? And again the goal shall be the same – the protection of the community and the earth in general from wars or any conflicts, which is one of the main goals of the United Nations - the protection of international peace and security.

As a conclusion we state that states shall always act in line with UN charter principles and goals and abstain from any action endangering international peace and security.



- 
- <sup>1</sup> Martin Dixon, *Textbook on International Law*, third addition, p. 277.
- <sup>2</sup> Ibid, p.278.
- <sup>3</sup> Ibid, p. 279.
- <sup>4</sup> Antonio Cassese, *International Law*, Oxford University Publication, second edition, p. 37.
- <sup>5</sup> Francois Bugnion *Just wars, wars of aggression and international humanitarian law*, International Review of the Red Cross , September 2002, No 847, volume 84, p. 523-546.
- <sup>6</sup> The UN Charter, Article 2, para. 4.
- <sup>7</sup> Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America, (merits - ICJ Reports (1986) 14, para. 14.
- <sup>8</sup> Supra note 1, p. 281.
- <sup>9</sup> ibid, p. 282.
- <sup>10</sup> Ibid, p. 283.
- <sup>11</sup> Supra note 6, art. 1.1.
- <sup>12</sup> Momir Milojevic, *Prohibition of the Use of Force and Threats in International Relations, Law and Politics*, volume 1, 5, p. 594.
- <sup>13</sup> Yoram Dinstein, *War, Aggression and Self-defence*, Cambridge University Publications, fourth edition, p. 175.
- <sup>14</sup> Supra note 6, art. 51.
- <sup>15</sup> Supra note 1, p. 284.
- <sup>16</sup> Ibid, p. 285.
- <sup>17</sup> The Caroline Case 29 BFSP 1137-1138; 30 BFSP 195-196.
- <sup>18</sup> Letter of Daniel Webster to Lord Eshbarton (August 5, 1842), 29 British and Foreign Documents 1129, 1138 (1840.1).
- <sup>19</sup> Supra note 1, p. 286.
- <sup>20</sup> Brownlie, I., Humanitarian Intervention' in Moore. J.N., *Law and Civil War in the Modern World*, John Hopkins University Publication, 1974, p. 176.
- <sup>21</sup> Supra note 7, paras. 202-209.
- <sup>22</sup> Ibid.
- <sup>23</sup> Greig, "Self-defence and the Security Council" *What Does Article 51 Require?*, 1991, 40 ICLQ 366.
- <sup>24</sup> Supra note 4, p. 355.
- <sup>25</sup> S. A. Alexandrov, *Self-defence Against the Use of Force in International Law*, Kluwer Law International, 1996, 77.
- <sup>26</sup> Supra note 7, paras. 202-209.
- <sup>27</sup> Christine Gray, *International Law and the Use of Force*, Oxford University Publications, third addition, p. 130.
- <sup>28</sup> Supra note 7, para. 195.
- <sup>29</sup> See Security Council Resolution 1358 (2001) and Resolution 1272 (2001) at <http://www.un.org/Docs/scres/2001/sc2001.htm>.
- <sup>30</sup> Christine Gray, *The Use of Force and International Legal Order*, in Malcolm D. Evans (ed.), *International Law*, Oxford University Publication, second edition, p. 600.
- <sup>31</sup> Supra note 7, paras. 202-209.
- <sup>32</sup> Oil Platforms case (Islamic Republic of Iran v United States of America) ICJ Reports 2003, p. 161.
- <sup>33</sup> Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons (advisory opinion) ICJ reports 1996, p. 226.
- <sup>34</sup> Supra note 13, p. 199.
- <sup>35</sup> Michael N. Schmitt, *Counter-Terrorism and the Use of Force in International Law*, George C. Marshal European Centre for Security Studies, Paper No 5, p. 17.
- <sup>36</sup> Supra note 7, paras 202-209.
- <sup>37</sup> Supra note 33, p. 161.
- <sup>38</sup> Supra note 32, p 226, paras. 141

- <sup>39</sup> Additional Protocol I to Geneva Conventions, art. 48.
- <sup>40</sup> International fact-finding commission (the Conclusion of Tagliavini Commission), para. 25.
- <sup>41</sup> Supra note 4, p. 370.
- <sup>42</sup> UN GA Resolution 3314(XXIX) 1974 on Definition of Aggression, art. 3(a) at <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/739/16/IMG/NR073916.pdf?OpenElement>
- <sup>43</sup> The supporters of preventive self-defence are for example, the US, UK. They claimed that a state must have the right to preventive self-defence, e.i. the right to anticipate the possible attack and for preventive purposes exercise the right to self-defence.
- <sup>44</sup> Supra note 30, p.605.
- <sup>45</sup> *Ibid*, p. 606.
- <sup>46</sup> *Ibid* p. 607.
- <sup>47</sup> John M Rothgeb Jr. Defining Power - Influence and Force in the Contemporary International System (New York: St Martin's Press, 1993) p. 62.
- <sup>48</sup> Rosalyn Higgins, *Intervention and International Law*, in Hedley Bull (ed.), *Intervention in World Politics* (Oxford, Clarendon Press, 1984) p. 38.
- <sup>49</sup> M. Shaw, *International Law*, Cambridge University Publications, fifth edition, p. 132-133.
- <sup>50</sup> For example, Israel claim of justification for the use of force at Entebbe airport; the US action in Grenada in 1983, in Panama in 1989 and against Iraq in 1993; the intervention of UK in Suez in 1956.
- <sup>51</sup> Supra note 4, p. 368.
- <sup>52</sup> The Constitution of the Russian Federation, art. 61, unofficial translation.
- <sup>53</sup> The NATO Charter, art. 5.
- <sup>54</sup> Edited by Malcolm D. Evans, *International Law*, Oxford University Publication, second edition, p. 601.
- <sup>55</sup> *Ibid*, p. 602.
- <sup>56</sup> *Ibid*, p. 603.
- <sup>57</sup> *Ibid*, p. 604.
- <sup>58</sup> Supra note 53, art. 5.
- <sup>59</sup> Supra note 54, p. 605.
- <sup>60</sup> Supra note 27, p. 169.
- <sup>61</sup> Higgins, *The Development of International Law through the Political Organs of the UN* (1963), p. 198, 206.
- <sup>62</sup> Supra note 30, p. 605.
- <sup>63</sup> Supra note 13, p. 214.

## ლტოლვილთა დაცვა ერთიანი ევროპული თავშესაფრის სისტემის პირობებში. შესაბამისობა ლტოლვილთა სამართალმცოდნეობის და ადამიანის უფლებათა სამართალთან

### 1. შესავალი

1999 წლის 1 მაისს, ამსტერდამის შეთანხმების ძალაში შესვლის შემდეგ, სამართალშემოქმედება ევროპულ საიმიგრაციო სამართალში სრულიად ახალი გამოწვევების წინაშე დადგა. სხვა პრობლემათა შორის თავშესაფრის საკითხი ყველაზე დიდი სიმწვავეთ დაისვა. შემდგომ წლებში წევრი სახელმწიფოების თანამშრომლობამ სამთავრობათაშორისო დონეზე, ევროკავშირის სადამფუძნებლო შეთანხმების<sup>1</sup> IV ნაწილის შესაბამისად, „ვიზებზე, თავშესაფარზე, იმიგრაციასა და სხვა პირთა თავისუფალ გადაადგილებასთან დაკავშირებულ საკითხებზე“ ჩამოაყალიბა ის ძირითადი საფუძვლები, რომლებიც სამართლებრივად ზღუდავს და ადგენს მინიმალურ სტანდარტებს ზოგიერთ თავშესაფართან დაკავშირებულ საკითხზე.

თავშესაფრის საკითხებზე ევროკავშირის მიდგომების გადატანა შიდასახელმწიფოებრივ სამართალში არ არის, უბრალოდ, კეთილი შესტი წევრი სახელმწიფოების მხრიდან. აღნიშნული ფაქტი აყალიბებს სამართლებრივ ბუნებას საკითხთა მთელ რიგზე, მათი განმარტების ერთიანი სისტემის ჩათვლით, იმ უნიკალური სამართლებრივი სისტემის ჩარჩოებში, რომელსაც ევროკავშირის სამართალი ეწოდება. ამას აქვს განსაკუთრებული მნიშვნელობა ინდივიდებისათვის, რადგან ასეთი მიდგომა მათი უფლებების დაცვის მნიშვნელოვანი გარანტიაა, მათი აღსრულების ჩათვლით.<sup>2</sup>

ამსტერდამის შეთანხმების ძალაში შესვლის შემდეგ თავშესაფრის საკითხი გან-

ხილულ იქნა 15-16 ოქტომბერს ტამპერეში, ევროკომისიის შეხვედრაზე. სახელმწიფოთა მეთაურები შეთანხმდნენ პოლიტიკური სახელმძღვანელო პრინციპების მიღების თაობაზე, რათა შესაძლებელი ყოფილიყო სამუშაოთა წარმართვა ევროპის გაერთიანების დამფუძნებელი შეთანხმების (შემდგომში – *TEC*) IV ნაწილზე სამართლებრივი დღის წესრიგის შესამუშავებლად. ევროკავშირი, თავის მხრივ, მივიდა გადაწყვეტილებამდე, შექმნილიყო ერთიანი ევროპული თავშესაფრის სისტემა *Common European Asylum System* (შემდგომში – *CEAS*), რომელიც დაეფუძნა გაეროს 1949 წლის ფენევის ლტოლვილთა კონვენციის სრულ და ყოვლისმომცველ განმარტებას, რომ „არავინ შეიძლება დაბრუნებულ იქნეს დასასჯელად“.<sup>3</sup> აღსანიშნავია, რომ ეს სტრატეგია მიემართება მესამე სახელმწიფოებსაც, რომლებიც მოისურვებენ აღნიშნული ღონისძიებების გატარებას.<sup>4</sup>

რამდენიმე თვის შემდეგ, 2000 წლის ივნისში, პორტუგალიის პრეზიდენტობისას, ევროკავშირმა და ევროპის კომისიამ ერთობლივად მოაწვეეს *ლისაბონის კონფერენცია* თავშესაფრის საკითხებზე, – „ერთიანი ევროპული თავშესაფრის სისტემის პერსპექტივები“, – სადაც კომისიამ, წევრმა სახელმწიფოებმა, გაეროს ლტოლვილთა უმაღლესმა კომისარიატმა (შემდგომში – *UNHCR*) და არასამთავრობო ორგანიზაციებმა იმსჯელეს თავშესაფრის ერთიანი ევროპული სისტემის მნიშვნელოვან საკითხებზე, კონკრეტულად კი, ერთიან პროცედურული სისტემაზე თავშესაფართან დაკავშირებით და იმ პირთა სამართლებრივ

სტატუსზე, რომლებიც საჭიროებენ საერთაშორისო დაცვას. შეხვედრაზე მიღებულ იქნა გადაწყვეტილება, დაწყებულიყო *TEC*-ის *IV* თავში განერილი საკანონმდებლო უფლებამოსილებათა განხორციელება სისტემის სამართლებრივი სტრუქტურის განსავითარებლად, „ტამპერეს დასკვნების“ მიხედვით, რაც გამოიხატა ევროკომისიის კომუნიკეში: **„ევროპის კავშირში მოქმედი ძირითადი საკითხები თავშესაფრის ერთიანი ევროპული სისტემის პროცედურული და სამართლებრივი სტატუსის შესახებ, თავშესაფრის მაძიებლებთან მიმართებით“**.<sup>5</sup> მიუხედავად იმისა, რომ ეს პრობლემა არცთუ ისე ხშირად განიხილება, იგი შეიცავს წინააღმდეგობრივ საკითხებს, რომლებმაც რამდენიმე წლის შემდეგ იჩინეს თავი, მაგალითად, ისეთი საკითხი, როგორცაა თავშესაფრის მოთხოვნის ექსტრატერიტორიული მოქმედება ევროკავშირის ფარგლებს გარეთ.<sup>6</sup>

სადამფუძნებლო დოკუმენტზე დაყრდნობით, ტამპერეს დასკვნები და ლისაბონის კონფერენციის შედეგები აისახა ევროკომისიის 2000 წლის ნოემბრის კომუნიკეში, რომლითაც ევროკავშირი, თავის მხრივ, იწყებდა *CEAS*-ის განვითარებას, ევროკომისიის სამართლებრივი საქმიანობის ფარგლებში.

მნიშვნელოვანია იმის ანალიზი, რამდენად რაციონალურია *CEAS*-ის განვითარება. ევროპული ინტეგრაციის პროცესი თავშესაფრის საკითხებზე ცალსახად უკავშირდება ერთიანი ბაზრის დაფუძნებას საზღვრების გარეშე. ერთიანი ეკონომიკური სივრცე მოითხოვს შიდა საზღვრების წაშლას მის წევრ სახელმწიფოებს შორის, რათა შესაძლებელი გახდეს პირების, კაპიტალისა და საქონლის თავისუფალი გადაადგილება. აღნიშნულის დაფუძნებასთან ერთად მნიშვნელოვანი ხდება არა უკვე შიდა საზღვრების, არამედ ევროკავშირის გარე საზღვრების კონტროლი, რათა შეჩერებულ იქნეს გარკვეული კატეგორიის პირების მოძრაობა (მათი ჩათვლით, ვინც არღვევს სასაზღვრო რეჟიმს), აგრეთვე კაპიტალისა (რომელიც მოიცავს კრიმინალური საქმიანობის შედეგად მოპოვებულ ქონებრივ სიკეთეს) და საქონლისა. ანუ საერთო ბაზრის შექმნა საზღვრების გარეშე წარმოშობს პრობლემას სასაზღვრო კონტროლში, კერძოდ,

უნდა შემუშავდეს პირობები, რომლითაც სხვა ქვეყნის მოქალაქეებს გადაადგილება შეეძლებათ საზღვრის მიღმა დაცვის გარანტიების მისაღებად, მიუხედავად იმისა, ისინი აკრძალულ პირთა კატეგორიაში ხვდებიან თუ არა.<sup>7</sup>

ევროკავშირის დამოკიდებულება თავშესაფრის საკითხებთან მიმართებით გამოიხატება ერთიანი მექანიზმის შექმნაში. ეს დამოკიდებულება ნაკარნახევია არა პირთა საერთაშორისო დაცვის მოტივით, არამედ აყალიბებს ერთიან სისტემას იმ პირთა მიმართ (ლტოლვილია ის თუ არა), რომლებიც შედიან ერთიან ეკონომიკურ ევროზონაში. აღნიშნული რაციონალიზმი გააკრიტიკეს არა მხოლოდ *UNHCR*-მა და არასამთავრობო ორგანიზაციებმა, არამედ ევროპელმა კანონმდებლებმაც. ევროპის საპარლამენტო ასამბლეამ გამოხატა უკიდურესად უარყოფითი დამოკიდებულება ევროკავშირის ხედვაზე, თუ როგორ უნდა გაკონტროლებულიყო მისი საზღვრები და დაცულიყო მისი ეკონომიკური ინტერესები: **„სასაზღვრო კონტროლი და ქმედებები არალეგალური მიგრაციისგან დასაცავად უნდა იყოს მხოლოდ ერთ-ერთი ნაწილი მიდგომისა არა ევროკავშირის მოქალაქეთა მიმართ და არა ძირითადი სტრატეგია ... [და] ... ევროკავშირმა მისი საიმეგრაციო პოლიტიკა არ უნდა განიხილოს მხოლოდ ეკონომიკური ინტერესების ქრილში, მაგრამ მხედველობაში უნდა იქნეს მიღებული მიზეზები, რომლებიც ზღუდავენ მიგრანტებს ემიგრაციისას“**.<sup>8</sup>

საზღვრების კონტროლის პოლიტიკის, როგორც „პროცესის“, მისი ზედმინწევით ბუნებრიობიდან გამომდინარე, კანონმდებლობის ენაზე „თარგმნა“ და კანონმდებლობაში ასახვა არღვევს და არათანაბარ მდგომარეობაში აყენებს იმ სახელმწიფოებს, რომლებთანაც წლების განმავლობაში ყალიბდებოდა ორმხრივი თუ მრავალმხრივი ურთიერთობა. საერთო მდგომარეობის ასეთი სახით ცვლილება იწვევს მხოლოდ ერთ შედეგს – საზღვრების გაუქმებასა და მათს აღარ გაკონტროლებას. არარეალურია საზღვრების „ჩაკეტვა“ მხოლოდ ევროპული ქვეყნების სასარგებლოდ, რადგან პირები, რომლებიც ტოვებენ თავიანთი წარმოშობის ქვეყანას (რომელთანაც მოქმედებს სავიზო რეჟიმი, ან ევროკავშირის მხრიდან

სანქციები), გადადიან ევროკავშირში და, შესაბამისად, უსაფრთხო მესამე ქვეყანაში. ხოლო თუკი ეს არ ხერხდება, მხოლოდ ევროკავშირის ის სასაზღვრო წევრი სახელმწიფო იქნება პასუხისმგებელი თავშესაფრის მიცემაზე, რომელმაც ვერ შეძლო ევროკავშირის გარე საზღვრის გაკონტროლება.<sup>9</sup>

წინამდებარე კვლევა ფოკუსირებას მოახდენს სამართლებრივ საკითხებზე, რომლებიც შეეხება შიდაევროპული თავშესაფრის სისტემის დაფუძნებას. CEAS-ის განვითარების პირველმა სტადიამ დაგვანახვა, რომ საერთაშორისოსამართლებრივად თავშესაფრის მიცემაზე პასუხისმგებელია არა ევროკავშირი, არამედ წევრი სახელმწიფო. კომპეტენციების გადასვლა (მათ შორის, სუვერენიტეტისაც) წევრი სახელმწიფოს მხრიდან (რომელიც საერთაშორისო სამართლის სუბიექტია და საერთაშორისოსამართლებრივად მხოლოდ მისი ქმედებანი ფასდება ადამიანის უფლებათა დაცვის სფეროში) საერთაშორისო ორგანიზაციაზე (ევროკავშირი), რომელიც არ არის წევრი არცერთი ადამიანის უფლებათა დამცავი საერთაშორისოსამართლებრივი ინსტიტუტისა, წარმოშვა პრობლემა – წევრი სახელმწიფო შეზღუდულია ევროკავშირის კანონმდებლობის შესრულებით, მაგრამ აგრეთვე პასუხს აგებს მისი საერთაშორისოდ აღებული ვალდებულებისთვისაც.

წარმოდგენილი კვლევის მიზანია, გაანალიზოს შიდა ევროპული სივრცე, სადაც შეთანხმებებით გათვალისწინებული ლტოლვილთა კატეგორიებისათვის გარკვეული პირობების არსებობისას შიდა საზღვრები ტრანსფორმირებულია კვაზიერთპიროვნულ იურისდიქციაში. ამავე დროს, წევრი სახელმწიფო ახორციელებს ერთპიროვნულ იურისდიქციას საერთაშორისოსამართლებრივად, რამდენადაც ინდივიდუალურად აგებს პასუხს საერთაშორისო ლტოლვილთა და ადამიანის უფლებათა სამართლის მიხედვით. პრობლემა ორი კუთხით შეიძლება დავაყენოთ: პირველი, შესაძლოა, სადავო იყოს საკითხი იმის თაობაზე, რომ, როდესაც წევრმა სახელმწიფომ მოახდინა ევროკომისიის თავშესაფრის შესახებ კანონმდებლობის იმპლემენტაცია, მას აქვს ვალდებულება და პასუხისმგებლობა, ლტოლვილთა საერთაშორისო სა-

მართლის მიხედვით; მეორე, წევრი სახელმწიფოების მხრიდან ევროკავშირისათვის იურისდიქციის გადაცემა მათი ვალდებულებების დარღვევაა, როგორც ლტოლვილთა შიდასახელმწიფოებრივი სამართლის კუთხით, ასევე ლტოლვილთა საერთაშორისო სამართლის მიხედვით და, გარკვეულ შემთხვევებში, ადამიანის უფლებათა საერთაშორისო სამართლითაც.

ქვემოთ განხილული იქნება კომპრომისი, რომელიც შესაძლოა მიღწეულ იქნეს CEAS-ის იმპლემენტაციისას, რათა არ დაირღვეს წევრი სახელმწიფოების საერთაშორისოსამართლებრივი ვალდებულებანი. შემდგომ განვიხილავთ წევრი სახელმწიფოების ვალდებულებათა შეზღუდვას ევროკავშირის სამართალთან მიმართებით, რათა CEAS-ის იმპლემენტაცია შესაბამისი იყოს საერთაშორისოსამართლებრივად აღებული ვალდებულებებისა. სამართლებრივი თვალსაზრისით ანალიზის საფუძველზე განვიხილავთ „მინიმალური სტანდარტების“ გარანტირებას თავშესაფრის საკითხებთან მიმართებით; შემდგომ განვიხილავთ ლტოლვილთა საკითხებზე წევრი სახელმწიფოების იურისდიქციის ევროკავშირზე გადასვლას; დასკვნაში კი შევაჯამებთ განხილულ პრობლემატიკას.

## **2. თავშესაფრის ერთიანი ევროპული სისტემა – CEAS**

თავშესაფრის ერთიანი ევროპული სისტემის დაფუძნება არის პირთა თავისუფალი გადაადგილების გარანტი კავშირის შიგნით. ამ კონტექსტში უმნიშვნელოვანესი მიზანია TEC-ის IV თავის მიზნების განხორციელება, კერძოდ: „ჩამოყალიბდეს თავისუფლების, უსაფრთხოებისა და სამართლის პროგრესული არეალი“ (61-ე მუხლი).

თავშესაფრის საკითხები მოწესრიგებულია TEC-ის 63-ე მუხლში:

*„კომისია, მოქმედი 67-ე მუხლში განწესილი პროცედურების შესაბამისად, 5 წლის განმავლობაში ამსტერდამის შეთანხმების ძალაში შესვლის შემდგომ, განახორციელებს:*

1. *ლონისძიებებს თავშესაფართან დაკავშირებით, ჟენევის 1951 წლის 28 ივლისის ლტოლვილთა სტატუსის შესახებ კონ-*

ვენციის, 1967 წლის 31 იანვრის დამატებითი ოქმისა და სხვა მნიშვნელოვანი შეთანხმებების შესაბამისად, შემდეგ საკითხებზე:

- (a) იმ კრიტერიუმებისა და მექანიზმების განსაზღვრავად, თუ რომელი ნევრი სახელმწიფოა პასუხისმგებელი, განაცხადის განხილვაზე, რომელიც განხორციელებულ იქნა მესამე ქვეყნის მოქალაქის მიერ ერთ-ერთ ნევრ სახელმწიფოში,
- (b) მინიმალური სტანდარტები თავშესაფრის მაძიებელთა მისაღებად ნევრ სახელმწიფოებში,
- (c) მინიმალური სტანდარტები მესამე ქვეყნის მოქალაქეთა ლტოლვილებად მისაჩვენად,
- (d) მინიმალური სტანდარტების პროცედურებზე ნევრ სახელმწიფოთათვის ლტოლვილის სტატუსის მისანიჭებლად ან მოსახსნელად“.

როგორც ზემოთ მოყვანილი მუხლიდან ჩანს, ამსტერდამის ხელშეკრულება ადასტურებს იმ მიზნებს, რომლებიც უკვე განვითარებულია სახელმწიფოთა პრაქტიკით, რათა განისაზღვროს ლტოლვილის სტატუსი და თავშესაფარი. ეს ინსტიტუტი თავიდანვე ორიენტირებულია იმ პირთა დაცვაზე, რომლებიც ჩამოთვლილია „1951 წლის ჟენევის კონვენციაში ლტოლვილთა სტატუსის შესახებ“<sup>10</sup> (შემდგომში – „ჟენევის კონვენცია“), 1A მუხლში და არა იმ პირების დასაცავად, რომლებიც ვერ ხვდებიან ამ კონვენციით დაცულ პირთა კატეგორიაში, თუმცა ხვდებიან ადამიანის უფლებათა დამცავ სხვა საერთაშორისო ხელშეკრულებებში. 63-ე მუხლის II პუნქტი ადგენს კატეგორიათა გამიჯვნას:

„ლონისძიებები ლტოლვილებისა და გადაადგილებულ პირთა მიმართ:

- (a) მინიმალური სტანდარტები დროებითი დაცვის მისანიჭებლად მესამე ქვეყნიდან გადაადგილებულ პირებზე, რომელთაც არ შეუძლიათ დაბრუნება მათი ნარმოშობის ქვეყანაში და იმ პირების მიმართ, რომლებიც სხვა გარემოებათა გამო საჭიროებენ საერთაშორისო დაცვას“.

მუხლში გაჟღერებული ორმაგი დაცვის მიზანი ასახულია დირექტივაში: „პირები,

რომლებიც საჭიროებენ საერთაშორისო დაცვას“.<sup>11</sup> აღნიშნული განსაზღვრავს პირთა ორ კატეგორიას, რომლებიც საჭიროებენ საერთაშორისო დაცვას: პირველი, ჟენევის კონვენციით განსაზღვრული პირები და, მეორე, რომლებიც, თუმცა არ არიან ლტოლვილები ჟენევის კონვენციის მიხედვით, შეუძლიათ მოითხოვონ საერთაშორისო დაცვა სხვა საფუძვლებითაც, ადამიანის უფლებათა საერთაშორისო სამართლის მიხედვით.

დირექტივა არის შემხვედრი შესაძლებლობა, რათა ერთი ნიშნის ქვეშ გაერთიანდნენ ჟენევის კონვენციით დაცული პირები და, აგრეთვე, პირები, რომლებიც ამავე კონვენციის მიხედვით არ ექვემდებარებიან ლტოლვილის სტატუსს. ეს დირექტივა საერთაშორისო სამართლის ერთ-ერთი მნიშვნელოვანი მონაპოვარია, ვინაიდან ერთიანი სტატუსის შექმნით გაფართოვდა დაცულ პირთა წრე საერთაშორისო სამართალში. ასეთი ხედვა არ არის უცხო განვითარებული სახელმწიფოებისათვის. ამერიკის შეერთებული შტატები და კანადა მიჰყვებიან ამ პრაქტიკას და, აგრეთვე, ზოგიერთი ევროპული სახელმწიფოც, მათ შორის ესპანეთი 1994 წლის რეფორმების შემდეგ.<sup>12</sup>

ხსენებულ დირექტივასთან მიმართებით, დამატებით შეგვიძლია ვთქვათ, რომ პირველი სამართლებრივად მხოჭავი ინსტრუმენტი თავშესაფრის უფლებასა და მიგრაციის საკითხებზე არის ლოგიკური სათავე CEAS-ზე შეთანხმების განხორციელებასთან დაკავშირებული 1999–2004 წლებში გამოცემული შემდეგი დირექტივებისა: „დროებითი დაცვის შესახებ მასობრივი გადაადგილებისას“;<sup>13</sup> „მიღების კრიტერიუმები თავშესაფრის მაძიებელთათვის“;<sup>14</sup> „პროცედურა ლტოლვილის სტატუსის მისანიჭებლად და მოსახსნელად“;<sup>15</sup> აგრეთვე, ე.წ. „დუბლინის რეგულაცია“, რომელიც მოიცავს ნევრ სახელმწიფოთა პასუხისმგებლობას თავშესაფრის მაძიებლებთან დაკავშირებით.<sup>16</sup>

CEAS-ის პირველი ფაზის დასრულებისას, ევროკომისიის შეხვედრაზე 2004 წლის ნოემბერში მიღებულ იქნა „ჰააგის პროგრამა“, რომელიც აყალიბებს სახელმძღვანელო პრინციპებს CEAS-ის II ფაზის განსავითარებლად:

„CEAS-ის მიზნები მისი განხორციელების მეორე ფაზაში იქნება ერთიანი პროცედურული სისტემის ჩამოყალიბება თავშესაფრის საკითხებთან მიმართებით და სამართლებრივი სტატუსის დადგენა იმ პირთათვის, რომლებიც საჭიროებენ თავშესაფარს ან სუბსიდიურ დაცვასაც. ეს დაეფუძნება სრულ და ყოვლისმომცველ შენევის ლტოლვილთა სტატუსის შესახებ კონვენციასა და სხვა საერთაშორისო სამართლებრივად მნიშვნელოვან ხელშეკრულებებს, და შეიქმნება პირველ ფაზაში შემუშავებულ სამართლებრივ ინსტიტუტებზე დაყრდნობით“.<sup>17</sup>

მანდატი სრულად დაფუძნებულია ტამპერეს დასკვნებზე, ლისაბონის კონფერენციაზე და 2000 წლის ნოემბრის კომუნიკებზე. შესაბამისად, ევროპის კომისია უფლებამოსილია, დაიწყოს მეორე ფაზა, „რათა შეიქმნას ინსტრუმენტები და გატარდეს ღონისძიებები 2010 წლის ბოლომდე, ამის შემდეგ კი საბოლოოდ მას დაამტკიცებს ევროპარლამენტი“.<sup>18</sup>

აგრეთვე, TEC-ის IV ნაწილის მიზნების აღსასრულებლად აუცილებელია CEAS-ის ამსტერდამის შეთანხმების სისტემაზე დაფუძნებაც. თუმცა ინსტრუმენტების სამართლებრივი ბუნება, რომლებიც მიღებულ იქნა როგორც ევროკომისიის მეორადი კანონმდებლობა, ჯერ არ განხილულა. ურთიერთქმედებისათვის დაფუძნებულ იქნა *ad hoc* სისტემა, რომელიც სამთავრობათაშორისო დონეზე მუშაობის შედეგია და არის გარანტი იმ მაღალი კონტროლის მექანიზმებისა, რომლებიც აქვთ წევრ სახელმწიფოებს საკანონმდებლო პროცესზე. CEAS-ის მეორე ფაზა უკვე მიჩნეულია როგორც ევროკომისიის ჩვეულებრივი საკანონმდებლო შემოქმედება.<sup>19</sup> გადაწყვეტილების მიღების პროცესი, რომელიც გამოიყენებოდა პირველ ფაზაზე, არის მნიშვნელოვანი შედეგი იმ შეთანხმებებისა, რომლებიც მიღწეულ იქნა სახელმწიფოებს შორის და აღნიშნულია ზემოთ.

TEC-ის 67-ე მუხლის 1-ლი პუნქტი ადგენს, რომ კომისიას არ აქვს ინიციატივის წამოყენების ექსკლუზიური უფლება, მაგრამ აღნიშნულს ახორციელებს წევრი სახელმწიფოების მეშვეობით. ინიციატივის მისაღებად საჭიროა წევრ სახელმწიფოთა

ერთსულოვანი მხარდაჭერა. აღნიშნული ფაქტი წევრ სახელმწიფოს აძლევს ვეტოს დადების ეფექტიან უფლებას. ევროპარლამენტის როლი შეზღუდულია კონსულტაციებით, თუმცა პრაქტიკაში ამ უკანასკნელსაც იშვიათად მიმართავენ. ევროპის კავშირის ევროპული სასამართლოს (შემდგომში – „ევროპული სასამართლო“) იურისდიქცია აგრეთვე შეზღუდულია, თუმცა საბჭო ორგანიზებას უკეთებდა ყველა იმ ინსტრუმენტის მიღებას, რომლებიც განსაზღვრულ იქნა სადამფუძნებლო შეთანხმების 5-წლიან ვადაში.

დაძაბულობა ევროკავშირის ინსტიტუტებს შორის ნათლად გამოჩნდა პარლამენტის გადაწყვეტილებაში საბჭოსა და კომისიის<sup>20</sup> წინააღმდეგ ე.წ. *Family Reunification Directive*<sup>21</sup>-ში ადამიანის უფლებებზე დაყრდნობით და დირექტივაში „თავშესაფრის პროცედურების შესახებ“<sup>22</sup> სადაც პარლამენტი ცალსახად მიუთითებს, *inter alia*, დარღვევაზე კეთილსინდისიერი თანამშრომლობის თაობაზე.<sup>23</sup>

მნიშვნელოვანია დასკვნა, რომელიც ყოველივე ზემოთქმულიდან გამომდინარეობს, რომ დავა კომპეტენციების გამიჯვნაზე წარმოშობილია პროცედურული თვალსაზრისით და არა შინაარსობრივ საკითხებზე, თუმცა კანონშემოქმედების პროცესში ევროპული პარლამენტის ამოღება ქმედითი ინსტიტუტებიდან და მისი მხოლოდ კონსულტირების დონეზე დაყვანა საერთოდ ეჭვს ბადებს მისი არსებობის თაობაზე.

## 2.1. ევროკავშირის ხედვის საგარეო მოქმედება – დაცვის ექსპორტი

როგორც ზემოთ აღინიშნა, ტამპერეს საბჭომ გადაწყვიტა, რომ განვითარებულიყო შიდა ევროპული თავშესაფრის სისტემა, რომელიც დაიცავდა მესამე ქვეყნების ინტერესებსაც.

იდეა არ იყო ახალი – ევროკავშირის ადრინდელი განცხადებები მიგრაციის მიზნებზე მოიცავდა მშვიდობის დაცვას და საომარი კონფლიქტების დასრულებას, ადამიანის უფლებათა პატივისცემას, დემოკრატიული საზოგადოების მშენებლობას და ლიბერალური სავაჭრო პოლიტიკის წარმოებას.<sup>24</sup>

სამართლისა და საშინაო საქმეების (შემდგომში – *JHA External Dimension*) საზღვარგარეთ გავრცელება მხარდაჭერილი იქნა 1999 წლის ტამპერეს დასკვნებით. თავშესაფრისა და მიგრაციის კომპონენტი *JHA External Dimension*-ში მიზნად ისახავს ევროკავშირის თავშესაფრის პოლიტიკის პროექტირებას და მიგრაციული ხედვის სხვა ქვეყნებთან ურთიერთობაში იმპლემენტაციას.<sup>25</sup> აღნიშნული მიდგომა აღიარებულ იქნა ევროპის მინისტრთა საბჭოს შეკრებაზე სანტა-მარია დე ფეირასა (2000) და სევილიაში (2002). ეს პოლიტიკური სახელმძღვანელო პრინციპები აისახა 2004 წლის კონსტიტუციურ შეთანხმებაში, რომელიც მოიცავს სამართლებრივ დანაწესებს მომავალში თავშესაფრისა და მიგრაციული სამართლის მიღება-დახვეწაზე მესამე ქვეყნებთან თანამშრომლობის გზით.<sup>26</sup>

მაღე ნათელი გახდა, რომ ეს მონდომება მოითხოვდა ინსტიტუციურ კოორდინაციას და, შესაბამისად, 2002 წელს მინისტრთა საბჭოს მინისტერიალმა ცვლილება შეიტანა „*უმალღესი დონის სამუშაო ჯგუფის თავშესაფრისა და მიგრაციის საკითხებზე*“ (*HLWG*) მუშაობის წესში, რომელიც თავდაპირველად შეიქმნა 1998 წელს, რათა შეედგინათ სამოქმედო გეგმა იმ ქვეყნებთან ან რეგიონებთან თანამშრომლობის გზით, საიდანაც წარმოშობით ან მოქალაქეობით იყვნენ თავშესაფრის მაძიებლები და მიგრანტები. *ad hoc* მიზნის მიღწევის შემდეგ *HLWG* აღიჭურვა მანდატით, რათა ეწარმოებინა ევროკავშირის საგარეო თავშესაფრისა და მიგრაციული პოლიტიკის განხილვა სპეციალურად შერჩეულ რეგიონებთან და ქვეყნებთან იმ გეოგრაფიული ლიმიტის შეუზღუდავად, რომელსაც წარმოადგენდა, მაგალითად, თავშესაფრის მაძიებელთა სატრანზიტო ქვეყანა.<sup>27</sup>

ზემოხსენებულ კონტექსტში 2002 წლის დეკემბერში ევროკომისიამ წარმოადგინა კომუნიკე „*მიგრაციული საკითხების გაერთიანების შესახებ მესამე ქვეყნებთან მიმართებით*“;<sup>28</sup> სადაც აღინიშნა მიმართება მიგრაციულ და თავშესაფრის პოლიტიკასთან დაკავშირებით. კომუნიკეში ხაზგასმით ითქვა, რომ ფინანსური რესურსები მაქსიმალურად ეფექტურად უნდა იქნეს

გამოყენებული ასეთი პირების რეპატრიაციისათვის (მოიაზრებიან როგორც იმიგრანტები, ასევე უარნათქვამი თავშესაფრის მაძიებლები), აგრეთვე კომუნიკეში ხაზი გაესვა საზღვრების მართვას და თავშესაფრისა და მიგრაციულ პროექტებს მესამე ქვეყნებში (აგრეთვე იხილეთ მოგვიანებით გამოცემული *Aeneas Regulation*)<sup>29</sup>.

სათანამშრომლოდ შემდეგი ქვეყნები განისაზღვრა: *ნორვეგია, ისლანდია, შვეიცარია, აშშ, კანადა, ბულგარეთი, რუმინეთი, თურქეთი, დასავლეთ ბალკანეთის სახელმწიფოები, რუსეთი, უკრაინა, ყაზახეთი, ყირგიზეთი, ტაჯიკეთი, თურქმენეთი, უზბეკეთი, სომხეთი, აზერბაიჯანი, საქართველო, მაროკო, ალჟირი, ტუნისი, იორდანია, ისრაელი, ეგვიპტე, ჩინეთი, ირანი, სამხრეთ კორეა, ინდონეზია, ლათინური ამერიკის ქვეყნები, აფრიკა, კარიბის ზღვისა და წყნარი ოკეანის აუზის ქვეყნები*, რომლებიც დაუკავშირდნენ ევროკავშირს საიმიგრაციო და თავშესაფრის საკითხებზე სათანამშრომლოდ.<sup>30</sup>

მესამე სახელმწიფოებთან შეთანხმებები მოიცავს სამომავლო წინააღმდეგობების პრევენციას თავშესაფრის მოთხოვნისას, რათა, „*ჰაავის პროგრამის*“ სიტყვებით, „*კონსულტაციებით იყოს ურთიერთქმედება გაეროს ლტოლვილთა უმაღლეს კომისარიატთან*“.<sup>31</sup>

მიუხედავად აღნიშნული შეთანხმებების უკიდურესად დადებითი ხასიათისა, სამეცნიერო წრეებში მაინც არსებობს მოსაზრება, რომ სამთვარობათაშორისო ძალისხმევის შედეგად განვითარებულ მიდგომებში სამომავლოდ სხვა ქვეყნების ჩართვა ეჭვის ქვეშ დადგება.<sup>32</sup>

### **3. საერთაშორისო ლტოლვილთა და ადამიანის უფლებათა სამართლით გათვალისწინებული ვალდებულებები ევროკომისიის თავშესაფრის ანონიმუზაციის იმპლემენტაციისას**

წინა ნაწილში ნათლად გამოჩნდა კომპლექსური კავშირი ევროკავშირსა და მესამე სახელმწიფოებს შორის თავშესაფრის საკითხებზე. როდესაც ევროკავშირის წევრი სახელმწიფო არღვევს ვალდებულებას საერ-



თაშორისო ლტოლვილთა სამართალთან მიმართებით, პრობლემა დგება, – რომელი კანონმდებლობით უნდა მივუდგეთ მას, შიდა საკანონმდებლო თვალსაზრისით თუ ევროკავშირის კანონმდებლობით, – ვინაიდან ფაქტია, საერთაშორისო სამართალი და ევროპის სამართალი, სხვა ყველაფერს რომ თავი გავანებოთ, გეოგრაფიული ნიშნით განსხვავდებიან.

ევროპის სამართლის უპირატესი მდგომარეობის გამო<sup>33</sup> ნევრ სახელმწიფოთა შიდა სამართალთან მიმართებით და აგრეთვე ევროკავშირის იმ მოთხოვნიდან გამომდინარე, რომ ყველა ნევრი სახელმწიფო ვალდებულია, მთლიანად შესაბამისობაში ჰქონდეს მთელი შიდა კანონმდებლობა ევროკავშირის კანონმდებლობასთან (საერთაშორისო ხელშეკრულებათა დენონსაციის ჩათვლითაც, თუკი ისინი არ შეესაბამებიან ევროპის სამართალს), პრობლემურია ის დამოკიდებულება, რომელიც ლტოლვილთა საერთაშორისო სამართალს, ადამიანის უფლებათა საერთაშორისო სამართალსა და ამ ინსტიტუტებს შორის იქმნება.

განსხვავება ადამიანის უფლებათა საერთაშორისო სამართლის ვალდებულებებსა (საერთაშორისო ხელშეკრულებიდან წარმოშობილი) და ევროპის სამართლის ძირითად პრინციპებს შორის რელევანტური ხდება, როდესაც ეს უკანასკნელი დეტერმინირებას ახდენს უფლების მიზნისას, აგრეთვე, აწესებს ლიმიტს და ამცირებს მას, შესაბამისად, ევროპის სამართალზე დაყრდნობით.<sup>34</sup>

### **3.1. ადამიანის უფლებები, როგორც ძირითადი პრინციპი ევროპულ სამართალში**

უკვე დიდი ხანია, ევროკავშირში მოქმედებს პრინციპი, რომლის მიხედვითაც ნევრი სახელმწიფოების შიდა სამართალი უნდა იყოს სრულ შესაბამისობაში ევროპის სამართლის ადამიანის უფლებათა საყოველთაოდ აღიარებულ პრინციპებთან. ევროპის კავშირის შეთანხმების<sup>35</sup> მე-6 (2) მუხლი ადგენს:

*„კავშირმა უნდა სცეს პატივი ადამიანის ფუნდამენტურ უფლებებს, როგორც*

*ის გარანტირებულია 1950 წლის 4 ნოემბერს რომში მიღებული ადამიანის უფლებათა და ძირითად თავისუფლებათა დაცვის ევროპული კონვენციით და აგრეთვე ნევრ სახელმწიფოთა კონსტიტუციური ტრადიციით, რომელიც საერთოა ყველა ნევრისათვის, როგორც კავშირის ძირითადი პრინციპი“.*

ეს ხედვა დადასტურებულია ევროპის მართლმსაჯულების სასამართლოს (შემდგომში – *ECJ*) პრეცედენტული სამართალითაც. ხსენებული ძირითადი პრინციპი, რომელიც საერთოა ყველა ნევრისათვის, კონსტიტუციური ტრადიციის შესაბამისად, არის მხოჭავი პრინციპი ევროპის სამართალში და გარანტორია, რათა სრულ შესაბამისობაში იყოს ნევრი სახელმწიფოების შიდა სამართალი კავშირის სამართალთან, ადამიანის საერთაშორისო ფუნდამენტურ უფლებებზე დაყრდნობით.<sup>36</sup>

ჯერ ძალაში არმქმნეული *„ევროპის კავშირის ძირითად უფლებათა ქარტია“*<sup>37</sup> (შემდგომში – *ქარტია*) არის ყველაზე მნიშვნელოვანი ინსტრუმენტი, რამდენადაც იგი აღიარებს უფლებებს, როგორც შედეგს, ნევრ სახელმწიფოთა საკონსტიტუციო პრაქტიკისა და საერთაშორისო ვალდებულებებისას, რომლებიც საერთოა ყველა ნევრი სახელმწიფოსათვის.<sup>38</sup> ქარტია ინკორპორირებულ იქნა ევროკავშირის კონსტიტუციის პროექტის ტექსტში.<sup>39</sup> აღნიშნული პროექტის მე-18 და მე-19 მუხლები მოიცავენ *refoulement*-თან დაკავშირებულ რეგულაციებს, რომელთანაც ყველა ნევრის შიდა კანონმდებლობის შესაბამისობაც სავალდებულოა. მიუხედავად იმისა, რომ საკონსტიტუციო შეთანხმება რეფერენდუმზე უარყვეს საფრანგეთმა და ჰოლანდიამ, ეს არ წარმოადგენს ამ ნაწილის მოქმედების შემაფერხებელ გარემოებას.

მიუხედავად ასეთი სამართლებრივი ნაკლის არსებობისა, კონსტიტუციის მხოჭავი ძალის ნაკლთან მიმართებით, ადამიანის უფლებათა თავი მიგვითითებს ადამიანის უფლებათა სფეროში არსებულ ევროკავშირის ინსტიტუტებზე.<sup>40</sup> ქარტიის ერთ-ერთ ნაკლად შეგვიძლია მივიჩნიოთ აგრეთვე ის ფაქტიც, რომ თავშესაფართან დაკავშირებით ნევრი სახელმწიფოს ნებისმიერი საკანონმდებლო ინიციატივა აუცილებლად უნდა შეესაბამებოდეს მას.

### 3.2. ევროპის სამართლისა და ადამიანის უფლებათა საერთაშორისო სამართლის ურთიერთმიმართება. ხელშეკრულებები, რომლებიც დადებულია ნევრი სახელმწიფოების მიერ

უფრო მეტი ანალიზისათვის მოვიხმოთ ევროპის კავშირის კანონმდებლობა თავშესაფართან დაკავშირებით და საერთაშორისო ლტოლვილთა და ადამიანის უფლებათა სამართალი, რომლებშიც მონაწილეობენ ნევრი სახელმწიფოები. ეს მომენტი ძალზე მნიშვნელოვანი და აუცილებელია, რადგან *TEC* და *TEU* ორივე ანაწილებს პასუხისმგებლობას და ამბობს, რომ არ არის მბოჭავი ძალის *EC/EU*-თვის, ისევე, როგორც *EC/EU*-ს მოქმედებები მათთან მიმართებით.<sup>41</sup>

*TEC*-ის 307-ე მუხლი არეგულირებს ურთიერთობებს ევროკავშირის სამართალსა და საერთაშორისო ხელშეკრულებებს შორის. 307-ე მუხლის პირველი პუნქტი ადგენს, რომ უფლება და ვალდებულება წარმოიშობა მხოლოდ იმ შემთხვევაში, თუკი საერთაშორისო ხელშეკრულება სრულ თანხვედრაშია *TEC*-ის დებულებებთან.

ბურგოას საქმეზე სასამართლომ დაადგინა: 307-ე მუხლის 1-ლი პუნქტი „არის ძირითადი მიზანი და იგი შეეხება ყველა საერთაშორისო ხელშეკრულებას, მიუხედავად დავის არსისა“; სასამართლომ აგრეთვე განსაზღვრა, რომ ეს დებულება არ ცვლის ამ შეთანხმებების ბუნებას და „არ აყენებს იმ პირებს არახელსაყრელ მდგომარეობაში, რომელთაც უფლება წარმოეშვათ ამ ხელშეკრულების საფუძველზე“.<sup>42</sup> როდესაც ვალდებულებათა კონფლიქტი წარმოიშობა, ერთი მხრივ, ევროპის კავშირის კანონმდებლობასა და მეორე მხრივ, ადამიანის უფლებათა მანამდე არსებულ ხელშეკრულებებს შორის, ნევრმა სახელმწიფომ უპირატესობა უნდა მიანიჭოს მანამდე არსებულ ხელშეკრულებას. თუმცა *TEC*-ის დებულებების ძალაში შესვლის შემდეგ დადებულ ხელშეკრულებებთან კოლიზიისას ნევრი სახელმწიფო ვერ გადაუხვევს 307-ე მუხლის მოქმედებას და უპირატესობა ევროკავშირის კანონმდებლობას უნდა მიანიჭოს.

უფრო მეტიც, მიუხედავად მანამდე არსებული ხელშეკრულებების არსებობისა,

307-ე მუხლის მეორე პუნქტი ადგენს, რომ ნევრი სახელმწიფო ვალდებულია, ასეთი კონფლიქტის შემთხვევაში სრულ შესაბამისობაში მოიყვანოს საკუთარი კანონმდებლობა ევროპის კავშირის კანონმდებლობასთან. ზემოაღნიშნულთან დაკავშირებით, *ECJ*-ის პირველი გადაწყვეტილებები გამოტანილ იქნა 2000 წლის ივლისში. სასამართლომ განმარტა 307-ე მუხლის მე-2 პუნქტის მიზნები. მან აღიარა, რომ ნევრ სახელმწიფოებს აქვთ არჩევანი, შეარჩიონ შესაბამისი ნაბიჯები, რათა აღმოფხვრილ იქნეს შეუსაბამობა, მაგრამ სასამართლომ დამატებით აღნიშნა: „თუკი ნევრი სახელმწიფო განიცდის სიძნელეებს შეთანხმების შესრულებით, დენონსაცია ამ ხელშეკრულებისა არ უნდა იყოს ერთადერთი გამოსავალი“;<sup>43</sup> რამდენადაც ცნობილმა მეცნიერმა კლაბერსმა მიუთითა, რომ პრაქტიკაში დათქმის ან დენონსაციისათვის ეს არჩევანი შესაძლოა საერთოდ არ იყოს იმ ხელშეკრულებებთან მიმართებით, რომლებიც მოქმედებდნენ სადამფუძნებლო შეთანხმების ძალაში შესვლამდე.<sup>44</sup> *ECJ*-მ მოახდინა ამ განმარტების იმპლემენტაცია ბოლოდროინდელ გადაწყვეტილებაში, სადაც სასამართლომ მიუთითა, რომ ავსტრიას არ დაურღვევია 307-ე მუხლის მე-2 პუნქტის მოთხოვნები, როდესაც მან არ გაუკეთა დენონსაცია შეთანხმებას, რადგან არ ჰქონდა შესაძლებლობა, ასე მოქცეულიყო.<sup>45</sup>

პრობლემა აგრეთვე წარმოიშობა შემდეგ საკითხზე: რამდენად შეუძლია ნევრ სახელმწიფოს, დენონსაცია მოახდინოს საერთაშორისო ლტოლვილთა და ადამიანის უფლებათა საკითხებზე მიღებული კონვენციისა, თუკი იგი არ შეესაბამება 307-ე მუხლის მოთხოვნებს.

*TEC* 63-ე (1) მუხლი ადგენს შემდეგს:

„საბჭო ... მიიღებს ... ზომებს თავშესაფრის საკითხებთან მიმართებით, შესაბამისად, ჟენევის 1951 წლის 28 ივლისის ლტოლვილთა სტატუსის კონვენციისა და 1967 წლის 31 იანვრის დამატებითი ოქმისა და სხვა დაკავშირებული შეთანხმებებისა“.

*TEC* აგრეთვე უდგენს ვალდებულებას ნევრ სახელმწიფოებს, რათა მათი შიდა კანონმდებლობა თავშესაფართან დაკავ-

შირებულ საკითხებზე იყოს სრულ შესაბამისობაში ჟენევის კონვენციასა და მის დამატებით ოქმთან,<sup>46</sup> და, უდავოდ, სხვა ადამიანის უფლებადამცავ ხელშეკრულებებთანაც, რომლებშიც, შესაძლოა, მოვიაზროთ *ევროპის ადამიანის უფლებათა კონვენცია*,<sup>47</sup> *სამოქალაქო და პოლიტიკური უფლებების შესახებ პაქტი*<sup>48</sup> და *კონვენცია ნამების წინააღმდეგ*.<sup>49</sup>

შესაძლოა, აგრეთვე, საკამათო იყოს საკითხი, რომ 63-ე მუხლი *lex specialis* შეეხება 307-ე მუხლს. თუ ევროკავშირის კანონმდებლობით დადგენილი ვალდებულების შესრულება თავშესაფართან დაკავშირებულ საკითხებზე ეწინააღმდეგება საერთაშორისო ხელშეკრულებას ან შეთანხმებას ადამიანის უფლებათა სფეროში, აშკარაა, რომ იგი ძალას დაკარგავს. ხსენებული ინტერპრეტაცია არის აგრეთვე გარანტი, მოხდეს ნევრ სახელმწიფოებს შორის ევროკავშირის კანონმდებლობის ერთიანი ინტერპრეტაცია. ლტოლვილთა საერთაშორისო და ადამიანის უფლებათა სამართალი უპირატესი ძალის მქონეა 63-ე მუხლის 1-ლი პუნქტით განსაზღვრულ შემთხვევებში.

ამ კონტექსტში განსაკუთრებით მნიშვნელოვანია ორმაგი დამოკიდებულების საკითხი იმ პირებთან მიმართებით, რომლებიც ლტოლვილები არიან და აგრეთვე იმ პირებთანაც, რომლებიც საჭიროებენ საერთაშორისო დაცვას. უნდა ვთქვათ, რომ 63-ე მუხლის 1-ლი პუნქტის გარეთ უნდა მოვიაზროთ ამ პირთა სამართლებრივი სტატუსის პრობლემაც, ვინაიდან იგი ზღუდავს უფლების გავრცელების საშუალებებს. ამიტომ ამ საკითხებთან დაკავშირებული ნევრი სახელმწიფოების შიდა კანონმდებლობა აუცილებლად საერთაშორისო დოკუმენტებს უნდა შეესაბამებოდეს. ირონია იქნებოდა გვეთქვა, რომ ამ პირთა დაცვა მხოლოდ საერთაშორისო ხასიათის დოკუმენტებში უნდა ვეძიოთ. არ არის რთული იმ შემთხვევების განსაზღვრაც, როდესაც ნევრი სახელმწიფო დადგება საჭიროების წინაშე, თავისი კანონმდებლობა შეუსაბამოს ევროკავშირის კანონმდებლობასა და ადამიანის უფლებათა საერთაშორისო სამართალს. განსხვავებული ინტერპრეტაცია *ECJ*-ის პრეცედენტულ სამართალში არ მოიძებნა.

#### 4. მინიმალური სტანდარტები და შესაბამისობა ლტოლვილთა საერთაშორისო და ადამიანის უფლებათა სამართალთან

*TEC*-ის 63-ე მუხლი ევროკავშირის ანიჭებს ძალას, დაადგინოს მინიმალური სტანდარტები. დავას იწვევს შემდეგი მდგომარეობა: თუკი ნევრმა სახელმწიფომ დაადგინა იმაზე დაბალი სტანდარტი, ვიდრე ამას ადგენს საერთაშორისო ლტოლვილთა და ადამიანის უფლებათა სამართალი, თუმცა შეესაბამება *TEC*-ის 63-ე მუხლის მოთხოვნებს, ვინ იქნება პასუხისმგებელი – ევროკავშირი სრულად თუ თავად სახელმწიფო. *ECJ*-ს ჯერ არ განუმარტავს „მინიმალური სტანდარტების“ ცნება.

2004 წელს ევროპარლამენტმა საბჭოსა და კომისიის საწინააღმდეგოდ ჩააგდო დირექტივა ოჯახის გაერთიანების შესახებ (*Family Reunification Directive*).<sup>50</sup> პარლამენტმა ეჭვი შეიტანა ქმედების ინსტრუმენტების შესაბამისობაში ადამიანის უფლებათა საერთაშორისო სტანდარტებთან. ეჭვი მთავარმა იურიდიულმა მრჩეველმა *კოკოტ-მაც* გამოთქვა. მან დირექტივა მე-8 მუხლთან დაკავშირებით გააკრიტიკა და თქვა, რომ იგი არ იძლეოდა დაცვის ისეთ მაღალ გარანტიებს, რომლებიც ეფექტურად დაიცავდა ადამიანის უფლებებს და აგრეთვე ახსენა, რომ ეს მუხლი წინააღმდეგობაში მოდიოდა ევროკავშირის სამართალთან.<sup>51</sup>

*ECJ*-მ ამ საკითხთან დაკავშირებით გამოხატა სხვაგვარი ხედვა. სასამართლომ დაადგინა, რომ სადავო ნორმა არ აღვევს ოჯახის პატივისცემას და პირადი ცხოვრების ხელშეუხებლობის აღიარებას, რომლებიც გათვალისწინებულია ადამიანის უფლებათა ევროპული კონვენციის<sup>52</sup> მე-8 მუხლით. აგრეთვე სასამართლომ მიუთითა ყოველი ფაქტობრივი გარემოების განხილვის აუცილებლობაზე. აღნიშნული დირექტივის 5(5) და მე-17 მუხლები ითვალისწინებენ ბავშვთა უპირატეს ინტერესებს, ადამიანის ბუნებასა და სოლიდარობას ოჯახური ურთიერთობებისადმი, ნევრ სახელმწიფოში პირის ცხოვრების ხანგრძლივობას და მისი წარმოშობის ქვეყნის მდგომარეობას.<sup>53</sup>

გაცხარებულ კამათს იწვევდა დისკრეციის საზღვრები, რომლებიც მიენიჭათ

წევრ სახელმწიფოებს მინიმალური სტანდარტების დადგენისას, ერთიანი ევროპული თავშესაფრის სისტემის კონტექსტში. ე.წ. კვალიფიკაციის დირექტივის (*Qualification Directive*) მიღების დროს მინისტრთა საბჭოს იურიდიულმა სამსახურმა სცადა განესაზღვრა და იურიდიული მნიშვნელობა მიენიჭებინა „მინიმალური სტანდარტებისათვის“ და გადაწყდა, რომ სტანდარტების განვითარების საკითხი წევრი სახელმწიფოსათვის დაეთმოთ. იურიდიული სამსახური დაეყრდნო შემდეგ მოსაზრებას, რომ წევრი სახელმწიფოები უფლებამოსილი არიან, მოახდინონ იმ საკითხების უნიფიკაცია, რომლებიც არ ხვდებიან დირექტივით განსაზღვრულ საკითხებს შორის, თუმცა *TEC*-ის მე-10 მუხლის წინაპირობათა გათვალისწინებით, რომელიც ზღუდავს წევრ სახელმწიფოებს ისეთი კანონმდებლობის შექმნაში, რომელიც ეწინააღმდეგება შეთანხმების სულისკვეთებასა და მიზანს. იურიდიული სამსახურის მოსაზრების შესაბამისად, წევრმა სახელმწიფოებმა თავი უნდა შეიკავონ ისეთი კანონების მიღებისგან, რომლებიც დირექტივის მიზნებს ცალსახად სცილდება. თუმცა ტერმინმა „მინიმალური სტანდარტები“ მაინც მოიპოვა ფართო ინტერპრეტაცია. ხსენებულმა სამსახურმა მიუთითა, რომ ჰარმონიზაციის პროცესში შესაძლოა, გათვალისწინებულ იქნეს უფრო მეტი დაცვის სტანდარტები, თუმცა არანაკლები. აგრეთვე გამოითქვა მოსაზრება, რომ ნებისმიერი შიდასაკანონმდებლო გადახვევა კვალიფიკაციის დირექტივასთან მიმართებით, მისი საწინააღმდეგო განვითარება, აღქმული იქნებოდა როგორც ჰარმონიზაციის, უნიფიკაციის პროცესის საწინააღმდეგო ქმედება.<sup>54</sup> ამ ინტერპრეტაციის მთავარი აზრი იყო ის, რომ არასავალდებულო გამოინაკლის იმ პირთა დასაცავად, რომლებიც იმყოფებოდნენ რისკჯგუფში, იყო კანონიერი და სამართლიანი.

დირექტივის სამიზნე ჯგუფში არ მოიაზრებიან ის პირები, რომლებიც *vis-à-vis* ხვდებიან დაცულ პირთა წრეში, წევრი სახელმწიფოების საერთაშორისო ვალდებულებიდან გამომდინარე. პრობლემურია საკითხი აგრეთვე შემდეგ შემთხვევაში, არის თუ

არა ევროკავშირის კანონმდებლობის დარღვევა წევრი სახელმწიფოს გადაწყვეტილება, მიანიჭოს პირს სტატუსი ან მისცეს თავშესაფარი, საერთაშორისოდ აღებული ვალდებულებიდან გამომდინარე.

*ECJ*, ალბათ, მომავალში გამოხატავს საკუთარ მოსაზრებას ამ საკითხზეც, თუმცა მანამდე უნდა დავეყრდნოთ მის სხვა განმარტებას და ლოგიკური დასკვნა გავაკეთოთ, რომ საერთო ინტერესიდან გამომდინარე უფლება ყოველთვის არ არის აბსოლუტური პრეროგატივა და იგი შეიძლება შეიზღუდოს სწორედ საერთო ინტერესების გამო, მაგრამ ეს შეზღუდვა არ უნდა გავრცელდეს არაპროპორციულად და მიზანშეუწონლად.<sup>55</sup> როგორც ზემოთ ვახსენეთ, 63-ე მუხლის 1-ლ პუნქტში მოხსენიებულ საერთაშორისო ხასიათის დოკუმენტებზე დაყრდნობით უნდა მოხდეს თავშესაფრის მაძიებელი პირის სუბსიდიური დაცვა სამივე – ევროკავშირის, წევრი სახელმწიფოს შიდა კანონმდებლობისა და საერთაშორისო ვალდებულებათა – შესაბამისად.

ვალდებულებათა კონფლიქტის შემთხვევაში, წევრი სახელმწიფო იზღუდება თავისი საერთაშორისო ხელშეკრულებით თუ შეთანხმებით ევროკავშირის კანონმდებლობის იმპლემენტაციისას. როგორც ადამიანის უფლებათა ევროპულმა სასამართლომ განმარტა საქმეზე – *T.I. v the United Kingdom*: „იქიდან გამომდინარე, რომ სახელმწიფოებმა დააარსეს საერთაშორისო ორგანიზაციები, ან *mutatis mutandis* განვიხილავდნენ საერთაშორისო ხელშეკრულებებში, ქმედებათა ერთიანობა აუცილებელია ადამიანის უფლებათა დაცვის მიზნებისათვის. შეუსაბამობა კონვენციის მიზანსა და ობიექტს შორის სახელმწიფოს ათავისუფლებს პასუხისმგებლობისაგან იმ ქმედებებთან მიმართებით, რომლებიც უნდა გატარდეს უფლების დასაცავად“.<sup>56</sup>

როგორც ზემოაღნიშნულიდან ჩანს, ქმედების განუხორციელებლობა წევრი სახელმწიფოს მხრიდან, ან დაყრდნობა ევროკავშირის კანონმდებლობაზე, ან სხვა საკითხთან დაკავშირებულ შეთანხმებასა თუ ხელშეკრულებაზე არ შეიძლება განხილულ იქნეს ევროკავშირის კანონმდებლობის გამოყენების შეზღუდვის საშუალებად.

**5. ერთიანი ევროპული თავშესაფრის სისტემის შექმნა – ნევრი სახელმწიფოების შესაძლებლობა, შეუსაბამონ ვალდებულებები ლტოლვილთა საერთაშორისო და ადამიანის უფლებათა სამართალს?**

როგორც ზემოთ აღვნიშნეთ, ევროკავშირი აყალიბებს თავის შიდა თავშესაფრის ერთიან სისტემას, სადაც ევროკავშირის შიდა საზღვრები ტრანსფორმირებულია კვაზიიურისდიქციად. ანუ მოპყრობა ლტოლვილებისადმი სხვადასხვა შემთხვევაში ერთდროულად იწვევს ნევრი სახელმწიფოების ინდივიდუალურ პასუხისმგებლობას მათი საერთაშორისო ვალდებულებებისათვის, ლტოლვილთა და ადამიანის უფლებათა საერთაშორისო სამართლის მიხედვით.

საუკეთესო მაგალითი ამ შემთხვევაში იქნებოდა ე.წ. დუბლინის II რეგულაცია. ეს ინსტრუმენტი პასუხისმგებლობის გასანაწილებლად აყალიბებს მექანიზმს ნევრ სახელმწიფოთათვის თავშესაფარზე გაკეთებული განაცხადის თაობაზე. აღნიშნული სისტემა ნოვაციაა ევროკავშირის კანონმდებლობაში. ის, რომ მხოლოდ ერთი სახელმწიფო იყოს პასუხისმგებელი ყველა განაცხადის მიღებაზე, პირველად აისახა „შენგენის შეთანხმებაში“<sup>67</sup> და შემდეგ ინკორპორირებულ იქნა „შენგენის კონვენციაში“<sup>68</sup> შემდგომში მსგავსი დებულება გადატანილ იქნა დუბლინის კონვენციაში,<sup>69</sup> სადაც იგი თავისთავად გადმოტანილ იქნა დუბლინის რეგულაციიდან.<sup>60</sup> სისტემის ნაკლი გამოიხატება იმით, რომ ნევრი სახელმწიფოები არასწორად განმარტავენ ჟენევის კონვენციას. 1999 წელს ევროკომისიამ თავშესაფარზე უფრო მკაცრად მიუთითა: „ფუნდამენტურად განსხვავებულია მიზანი რეგულაციისა. სისტემა უნდა ისახავდეს მიზნად, ნევრი სახელმწიფო არ იყოს პასუხისმგებელი პირის ყოფნაზე კავშირის ტერიტორიაზე, ხოლო შემდგომ მისი თავშესაფრის მოთხოვნის განცხადებაზე“.<sup>61</sup> კომისია უფრო შორსაც წავიდა და განმარტა, რომ პასუხისმგებლობა იმ სახელმწიფოში დადგებოდა, რომელშიც პირველად განხორციელდებოდა თავშესაფარზე განაცხადი.<sup>62</sup>

სისტემის უუნარობიდან გამომდინარე, განახორციელოს დასახული მიზნები, სადა-

ვო ხდება აგრეთვე ნევრი სახელმწიფოების პრეზუმფცია, რომ ისინი არიან უსაფრთხო ქვეყნები ლტოლვილებისათვის. პასუხისმგებლობის გადანაწილების თვალსაზრისით, თავშესაფარზე განხორციელებულ განაცხადებთან დაკავშირებით, შიდაევროპული სისტემა დაფუძნებულია ხედვაზე, რომ ყველა ევროპული სახელმწიფო არის უსაფრთხო ლტოლვილებისათვის და ეს მიმართება ცალსახად იწვევს სტატუსის მქონე პირის კანონიერ გადაადგილებას მთელი ევროკავშირის ტერიტორიაზე, თავშესაფრის მიღების მოთხოვნის გარეშე.

რა აწვდის „უსაფრთხოებას“, პასუხისმგებლობის გადანაწილების თვალსაზრისით, ლტოლვილებთან მიმართებით, ჯერჯერობით არ არის განსაზღვრული. უსაფრთხოება ხშირად განიხილება როგორც *non refoulement*-ის პრინციპიდან გამომდინარე საკითხი დანიშნულების სახელმწიფოსთან მიმართებით, რაც უკავშირდება დუბლინის რეგულაციას, რომელიც, თავის მხრივ, აცხადებს: „ნევრი სახელმწიფოები, ყველა მათგანი, პატივს სცემს *non refoulement*-ის პრინციპს. ისინი მონოდებულნი არიან, იყვნენ უსაფრთხო ქვეყნები მესამე ქვეყნის მცხოვრებთათვის“.<sup>63</sup> ამ შეხედულებით, რეგულაცია გამოირჩევა იმით, რომ ნაციონალურ<sup>64</sup> და ადამიანის უფლებათა ევროპულ სასამართლოს<sup>65</sup> არაორაზროვანი განმარტებები აქვთ გაკეთებული, სადაც ლტოლვილთა საკითხებზე პასუხისმგებლობის გადაცემის მომენტში დასახელებული შემთხვევის წინარე რეკვიზიტად გათვალისწინებულია ფაქტის კანონთან შესაბამისობა.

დუბლინის სისტემის იმპლემენტაცია კონკლუდენტურად აღიარებს ნევრ სახელმწიფოთა გადანაცვლებებს უარის თქმის შესახებ (თუმცა ფაქტია, სისტემის თვალსაზრისით, გათვალისწინებულია თავშესაფრის შესახებ ევროკავშირის ტერიტორიაზე მხოლოდ ერთხელ განაცხადების შესაძლებლობა), რომელიც არ არის ე.წ. „სარკის ეფექტის“ მქონე კონკლუდენტური აღიარება. შიდა ევროპული თავშესაფრის სისტემა ისეა მოწყობილი, რომ თავშესაფრის საკითხებზე პასუხისმგებელი ხდება მხოლოდ ერთი ნევრი ქვეყანა, მაგრამ თუკი

პირი აღიარებულ იქნა ლტოლვილად, ამ სტატუსის ნამდვილობა ასეთად აღიარების შემთხვევაში არ უნდა გავრცელდეს სხვა წევრ სახელმწიფოებზე. ერთია პრობლემა, როდესაც პირი მთელი ევროკავშირის მასშტაბით გადაადგილდება როგორც ევროკავშირის ეგიდით ლტოლვილად აღიარებული (რადგან მასზე ვრცელდება გადაადგილების თავისუფლება), მაგრამ მეორეა, როდესაც ევროპის „დაპატიმრების გარანტიების“<sup>66</sup> შესახებ შეთანხმების მიხედვით, ასეთი პირი უნდა დააპატიმრონ და გადასცენ თავშესაფრის მიმნიჭებელ წევრ სახელმწიფოს სისხლისსამართლებრივი დევნისათვის. ამ ხარვეზის მთავარი შინაარსი ისაა, რომ კავშირის ტერიტორიაზე ადამიანს, რომელსაც მიენიჭა ლტოლვილის სტატუსი ერთი სახელმწიფოს მიერ, სხვა სახელმწიფოში გადაადგილებისას იგი დაექვემდებარება იმ შიდასაკანონმდებლო რეგულაციებს, რომლებიც წევრი სახელმწიფოების მიერ დადგენილია უცხოელთათვის. აგრეთვე წევრ სახელმწიფოებში სისხლისსამართლებრივი დასჯა დანაშაულისათვის ხშირად მოიცავს სასჯელის მოხდის შემდეგ პირის გაძევებას. პრობლემური აქ ისაა, რომ ამ პირისთვის ლტოლვილის სტატუსის მოხსნა-გაძევება „მძიმე დანაშაულის“ ცნების ერთიანი დეფინიციის არქონის გამო სხვადასხვა წევრ სახელმწიფოში შესაძლოა არასამართლიანიც კი აღმოჩნდეს და დაირღვეს პირის უფლება.

თავშესაფრის მაძიებელთა და ლტოლვილთა მოძრაობის კომპლექსურობა წევრ სახელმწიფოებს შორის სრულიად ჰარმონიზებული ერთიანი სისტემის პირობებში გვიჩვენებს სხვადასხვა სამართლებრივ ვალდებულებას. *Non-refoulement*-ის პრინციპი არის ერთადერთი მოთხოვნა, რომელსაც სახელმწიფოები უპირობოდ უნდა ასრულებდნენ, ლტოლვილთა საერთაშორისო სამართლის მიხედვით. შესაბამისად, წინასწარ უნდა იყოს დადგენილი, დანიშნულების ქვეყანა ზოგადი პრაქტიკით აღიარებს თუ არა ხსენებულ პრინციპს. აღნიშნულ ვალდებულებას შესაძლოა ჰქონდეს საერთაშორისო ან რეგიონალური ხასიათი ყველა ტიპის თავშესაფრის მაძიებელთა მიმართ.

### 5.1 წევრ სახელმწიფოთა კომპეტენციების განსაზღვრა ლტოლვილთა მიმართ – „უსაფრთხო ქვეყნის“ ცნება შიდაევროპული თავშესაფრის სისტემაში

როგორც ზემოთ აღვნიშნეთ, თავშესაფრის ერთიანი ევროპული სისტემა ეფუძნება ყველა წევრი სახელმწიფოს „უსაფრთხოების“ პრინციპს. ამ პრინციპის სხვადასხვა ვარიანტში „უსაფრთხო ქვეყანა“ ეფუძნება და ფოკუსირებულია სპეციფიკურ მოთხოვნებზე, რომლებიც უნდა იყოს სრულ შესაბამისობაში, რათა ქვეყანა განვიხილოთ როგორც „უსაფრთხო“.

მრავალწლიანი პრაქტიკის მიუხედავად, სახელმწიფოთა ურთიერთობებში ეს კონცეფცია უფრო მეტად სოფისტური მსჯელობების საგანია. პოლიტიკური და სამართლებრივი ლანდშაფტის შეცვლაში, რომელშიც იგი უნდა განვიხილოთ, ევროკავშირის მინიმალური სტანდარტების ცნება,<sup>67</sup> უდავოდ, ჯდება და სახელმწიფოთა პროტესტს სწორედ თავისი „მინიმალური ხასიათის“ გამო არ იწვევს.

აუცილებელია კონცეპტუალური შეზღუდვა და ეს შეეხება კონცეფციის პროცედურულ ხასიათს, როგორც სახელმწიფოთა საშუალებას, უარყონ ლტოლვილის სტატუსის დადგენა იმ საფუძველზე, რომელზეც სხვა სახელმწიფო შეიძლება ან აუცილებლად (თუკი შეთანხმებაა ორ ქვეყანას შორის) პასუხისმგებელია, განიხილოს განცხადება, და კონცეფციის, როგორც სტანდარტის, მიხედვით განისაზღვროს განმცხადებლის მიღება ან დაბრუნება მისი წარმოშობის ქვეყანაში. პირველ შემთხვევაში, სახელმწიფოები უარყოფენ პასუხისმგებლობას, რათა დააკმაყოფილონ დაცვის მოთხოვნა, მაშინ როდესაც მეორე შემთხვევაში სახელმწიფოები აღიარებენ მათ პასუხისმგებლობას ამ უკანასკნელის განსასაზღვრავად. თუმცა ორივე შემთხვევაში მივდივართ იქამდე, რომ სახელმწიფოს ვერ დაავალდებულებ, განახორციელოს ესა თუ ის ქმედება საკუთარ ტერიტორიაზე. როგორც დიდი ბრიტანეთის ყოფილმა პრემიერ-მინისტრმა ტონი ბლერმა განაცხადა: „1951 წლის ლტოლვილთა კონვენციით არ არის დაწესებული არანაირი ვალდებულება, რათა განცხადების ქვეყანაში განხილულ იქნეს თავშესაფრის მიცემის საქმე“.<sup>68</sup>

საქვეყნოდ ცნობილი იურიდიული აქ-სიომია, რომ ნებისმიერ უფლებას თან ახ-ლავს საპასუხო მოვალეობა. მცდელობა იმისა, რომ მოხდეს სახელმწიფოთა ვალდებულებების იდენტიფიცირება ლტოლვილების საკითხში, მოითხოვს პირველად იმის გამოკვეთას, ლტოლვილის რომელი უფლებები შეიძლება გაცხადდეს *vis-à-vis* სახელმწიფოში. აგრეთვე სადავოა საკითხი, რომ ლტოლვილის სტატუსი, საერთაშორისო სამართლის მიხედვით, განიმარტება არა მხოლოდ ლტოლვილთა საერთაშორისო სამართლის მიხედვით, არამედ სხვადასხვა სამართლებრივ სისტემაში, რეგიონალური თუ საერთაშორისო პრაქტიკის კუთხითაც.

მიუხედავად მრავალი განცხადებისა, რომ ლტოლვილთა უფლებები – ესაა ადამიანის უფლებები, ხოლო ლტოლვილთა სამართალი ადამიანის უფლებათა საერთაშორისო სამართლის ნაწილი, ლტოლვილთა სამართლის სპეციალისტებში ამ მოსაზრებას მცირედი ნაწილი თუ უჭერს მხარს. თუმცა ფაქტია, რომ დღესდღეობით ადამიანის უფლებათა საერთაშორისო სამართალს უფრო ძალუძს სახელმწიფოთა ქმედებების ერთიან ჩარჩოში მოქცევა, ვიდრე თავად ლტოლვილთა სამართალს, ამ უკანასკნელის ნაკლები განვითარების გამო.

1993 წელს გაეროს ლტოლვილთა უმაღლესი კომისრის სპეციალურმა წარმომადგენელმა დიდ ბრიტანეთში ანტონიო ფორტინმა დაწერა მოხსენება „უსაფრთხო მესამე ქვეყნის“ ცნებაზე, სადაც მიუთითებდა, რომ: „პირმა, რომელიც გაიქცა დევნის გამო, პირველივე შესაძლებლობისას უნდა მიმართოს უსაფრთხო ქვეყანას ლტოლვილის სტატუსის მისანიჭებლად ან თავშესაფრის მისაღებად“. ფორტინი შეეცადა აეხსნა, რომ ლტოლვილი – ესაა პირი, რომელიც საერთაშორისოდაა დაცული, ამას მიუთითებს არა მხოლოდ ჟენევის კონვენცია, არამედ სხვა საერთაშორისოსამართლებრივი ინსტიტუტებიც. ლტოლვილის სტატუსის დეკლარაციული ბუნებიდან გამომდინარე, სტატუსის აღიარება „არის ფაქტის აღიარება“. იმის განცხადება, რომ სახელმწიფოები არ არიან ვალდებული, კონვენციიდან გამომდინარე მათი იურისდიქციის ქვეშ გადამწყვიტონ ლტოლვილის სტატუსის მინიჭება, ცალსახად დაარღვევდა კონვენციის სუ-

ლისკვეთებასა და მიზნებს. უფრო მეტიც, სახელმწიფოები პასუხისმგებელნი არიან ლტოლვილებზე (მიუხედავად მათი ასეთად აღიარებისფაქტისა).<sup>69</sup> ფორტინი მიუთითებს, რომ პირი სარგებლობს ამ უფლებით, რათა ეძიოს დაცვა ლტოლვილის სტატუსის მეშვეობით იმ იურისდიქციის ქვეშ, სადაც იგი მოხვედება.<sup>70</sup>

უფრო მეტიც, სახელმწიფოთა ვალდებულება ინდივიდუალურ შემთხვევებზე, ადამიანის უფლებათა საერთაშორისო სამართლის მიხედვით, არის როგორც პოზიტიური, ასევე ნეგატიური ბუნებისა. სახელმწიფოები ვალდებული არიან, არა მხოლოდ პატივი სცენ, არამედ აღასრულონ კიდევ ადამიანის უფლებები.

თუკი ლტოლვილი სარგებლობს უფლებით, მოიპოვოს თავისი სტატუსის აღიარება *vis-à-vis* ნებისმიერ ჟენევის კონვენციის მონაწილე სახელმწიფოში (და ეს თავისთავად მოიცავს ევროკავშირის ყველა წევრ სახელმწიფოს), და თუკი ყველა ინდივიდი (მათ შორის ლტოლვილები) სარგებლობს უფლებით, ხელისშემლის გარეშე მოითხოვოს სახელმწიფოს პოზიტიური ქმედება, მივდივართ იმ დასკვნამდე, რომ სახელმწიფოებს აქვთ ვალდებულება, პატივი სცენ *non-refoulement*-ის პრინციპს. ამ ხედვით, პასუხისმგებლობის გადასვლის მომენტი ერთი წევრი სახელმწიფოდან მეორე წევრ სახელმწიფოზე პირველ სახელმწიფოს აკისრებს ვალდებულებას, შეასრულოს ყველა ქმედება ადამიანის უფლებათა და ლტოლვილთა საერთაშორისო სამართლის მიხედვით და პასუხს აგებს გადაცემის მომენტამდე განხორციელებულ ქმედებებზე.

ზემოთ განხილული მომენტებიდან ნათლად გამოიკვეთა სახელმწიფოთა ვალდებულებები (ისევე როგორც მათი პასუხისმგებლობა), როდესაც ისინი მოქმედებენ ცალცალკე თუ ერთად (ევროკავშირი) – ეკისრებათ პასუხისმგებლობა მათი იურისდიქციის ქვეშ მოხვედრილ ლტოლვილებზე.

## 6. დასკვნა

წარმოდგენილი ნაშრომით შევეცადეთ, წარმოგვეჩინა ის პრობლემატური საკითხები, რომლებიც უკავშირდება თავშესაფრის ერთიანი ევროპული სისტემის შექმნას და

კვაზიიურისდიქციის პრობლემებს ევროკავშირის შიდა საზღვრებზე. ლტოლვილთა სამართლის მნიშვნელოვანი ინსტიტუტების განხილვის გზით მივყავართ იმ ურთიერთგამომრიცხავ, ზოგჯერ კი აშკარად პასუხისმგებლობისგან თავის არიდების მცდელობებამდე, რომლებიც თავად ევროგაერთიანების მეშვეობით იქნა აღკვეთილი, პარლამენტის, კომისიის თუ მინისტრების მეშვეობით. თუმცა ფაქტია, სახელმწიფოთა მხრიდან სხვადასხვა განმარტება მაინც იქნება, ვინაიდან, მიუხედავად ერთიანი სისტემის შექმნისა, თავად ის ფაქტი,

რომ მხოლოდ ერთი სახელმწიფო განიხილავს განაცხადებს თავშესაფრის თაობაზე, სახელმწიფოებს არ ააცილებს მათ ტერიტორიაზე ლტოლვილის განაცხადის გაკეთებას. ამ უკანასკნელის არგანხილვა კი, ჩვეულებითი სამართლიდან გამომდინარე, ადამიანის უფლებათა შესაძლო დარღვევამდე მიგვიყვანს. თუმცა ფაქტია, ყველა სახელმწიფო ლტოლვილის სტატუსს ზედმეტად ფორმალიზებულად განიხილავს და იგნორირებას უკეთებს ლტოლვილის უფლებების უკვე ჩვეულებად ჩამოყალიბებულ ფაქტს.

<sup>1</sup> [2002] Official Journal C/325/33.

<sup>2</sup> ევროპული თავშესაფრის სისტემის ისტორიული განვითარების მიმოხილვა ძალზე მნიშვნელოვანია, რადგან იურიდიული პრობლემები სწორედ ამ დროის განმავლობაში ჩამოყალიბდა. იმ ფაქტზე, რომ პრობლემატიკა დრომ და ქმედებამ წარმოაჩინა, წერს უამრავი ავტორი, მათ შორის: E. Guild, "The developing immigration and asylum policies of the European Union: adopted conventions, resolutions, recommendations, decisions and conclusions. Compilation and commentary (The Hague, Kluwer Law International, 1996)," H. Labayle, 'Un espace de liberté, de sécurité et de justice' 33(4) Revue Trimestrielle de droit européen 105-172; S. Peers, EU Justice and Home Affairs Law (Harlow, Longman, 2000) and S Peers EU Justice and Home Affairs Law 2nd ed. (Oxford, Oxford University Press, 2006).

<sup>3</sup> Conclusion 13, Tampere European Council, Document Press Nr: 200/1/99.

<sup>4</sup> Conclusions 11-12, იქვე.

<sup>5</sup> COM(2000) 755 final, 22 November 2000.

<sup>6</sup> იხ. J. STRAW, 'Towards a Common Asylum Procedure', in *Towards a Common European Asylum System. European Conference on Asylum* (Lisbon: Serviço de Estrangeiros e Fronteiras, 2000) 133-139; COM(2000) 755 final, 22 November 2000, section 2.3.2. See also the proposal presented by the United Kingdom in March 2003 for 'New International Approaches to Asylum Processing and Protection'. Letter from the UK Government to the Greek Presidency of the EU, იხილეთ შემდეგ ბმულზე: <<http://www.statewatch.org/news/2003/apr/blair-simittis-asile.pdf>>. აღნიშნული ხედვა გაკრიტიკებულია: G. Noll, 'Visions of the Exceptional: Legal and Theoretical Issues Raised by Transit Processing Centres and Protection Zones', (2003) 5 *EJML* 303-341 and Amnesty International, *UK/EU/ UNHCR Unlawful and Unworkable – Amnesty International's views on proposals for extraterritorial processing of asylum claims*, IOR 61/004/2003. (24.10.2009).

<sup>7</sup> აღნიშნულ საკითხთან დაკავშირებით იხილეთ შემდეგი მოხსენება: "The internal tension in the EU's own dynamics of border control becomes apparent when one compares the attempts to seal EU borders with the permeability of the same borders in relation to arms exports (a strong economic interest for the EU's Member States) that fuel conflict worldwide, which constitutes one of the main reasons of forced displacement. A report released in June 2005 by Amnesty International, Iansa, and Oxfam illustrates how the G8 countries (which include the UK, France, Germany and Italy) are among the world's leading arms suppliers, including to countries subject to an EU's arms embargo, such as Myanmar (Burma), China and Sudan. The report highlights the failure to enforce controls on the transfer of equipment that can be used for torture, ill-treatment and other human rights violations and the cost that arms exports have in human lives, lost livelihoods, socio-economic development, democracy, and opportunities to escape poverty." - Amnesty International, Iansa, Oxfam. *The G8: global arms exporters. Failing to prevent irresponsible arms transfers*. June 2005, 5.



- <sup>8</sup> European Parliament Resolution on the links between legal and illegal migration and integration of migrants (2004/2131 (INI)), Doc. A6-0136/2005, 9 June 2005, პუნქტი 17.
- <sup>9</sup> M-T. Gil-Bazo, 'La protección de los refugiados en la Unión Europea tras la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam a la luz del Derecho internacional de los derechos humanos', in F.M. Mariño Menéndez and C. Fernández Liesa (dirs.), *La protección de las personas y grupos vulnerables en el Derecho Europeo* (Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2001) 147-186.
- <sup>10</sup> 189 UN Treaty Series 2545, done 28 July 1951, entered into force 22 April 1954.
- <sup>11</sup> Council Directive 2004/83/EC of 29 April 2004 on minimum standards for the qualification and status of third country nationals or stateless persons as refugees or as persons who otherwise need international protection and the content of the protection granted; [2004] OJ L 304/12.
- <sup>12</sup> MT Gil-Bazo, 'The Role of Spain as a Gateway to the Schengen Area: Changes in the Asylum Law and their Implications for Human Rights' (1998) 10 *International Journal of Refugee Law* 214-229.
- <sup>13</sup> Council Directive 2001/55/EC of 20 July 2001 on minimum standards for giving temporary protection in the event of a mass influx of displaced persons and on measures promoting a balance of efforts between Member States in receiving such persons and bearing the consequences thereof; [2001] OJ L 212/12.
- <sup>14</sup> Council Directive 2003/9/EC of 27 January 2003 laying down minimum standards for the reception of asylum seekers; [2003] OJ L31/18.
- <sup>15</sup> Council Directive 2005/85/EC of 1 December 2005 on minimum standards on procedures in Member States for granting and withdrawing refugee status; [2005] OJ L 326/13.
- <sup>16</sup> Council Regulation (EC) No 343/2003 of 18 February 2003 establishing the criteria and mechanisms for determining the Member State responsible for examining an asylum application lodged in one of the Member States by a third-country national; [2003] OJ L 50/1.
- <sup>17</sup> Council Document 14292/1/04 REV 1, 8 December 2004, ნაწილი 1.3.
- <sup>18</sup> იქვე.
- <sup>19</sup> Council Decision of 22 December 2004 providing for certain areas covered by Title IV of Part Three of the Treaty establishing the European Community to be governed by the procedure laid down in Article 251 of that Treaty (2004/927/EC) ([2004] OJ L/396/45).
- <sup>20</sup> Case C-540/03 *Parliament v Council and Commission* ([2004] OJ C/47/21).
- <sup>21</sup> Directive 2003/86/EC on the right to family reunification ([2003] OJ L/251/12).
- <sup>22</sup> Council Directive 2005/85/EC of 1 December 2005 on minimum standards on procedures in Member States for granting and withdrawing refugee status; [2005] OJ L 326/13.
- <sup>23</sup> Case C-133/06 *Parliament v Council*, Action brought on 8 March 2006.
- <sup>24</sup> Declaration on Principles of Governing External Aspects of Migration Policy, annexed to the Conclusions of the Edinburgh European Council, 11-12 December 1992. Document SN 456/92, Annex 5 to Part A, პუნქტი ix.
- <sup>25</sup> Tampere European Council, 15-16 October 1999, conclusion 11.
- <sup>26</sup> '[...] European laws or framework laws shall lay down measures for a common European asylum system comprising [...] partnership and cooperation with third countries for the purpose of managing inflows of people applying for asylum or subsidiary or temporary protection.' III-266(2)(g). [2004] OJ C310/1. The legal basis for external action in the field of asylum and migration, however, already exists in the Treaties. See J. Monar, 'The EU as an International Actor in the Domain of Justice and Home Affairs', 9 *European Foreign Affairs Review* 395-415 at 396-9.
- <sup>27</sup> *Modification of the terms of reference of the High Level Working Group on Asylum and Migration (HLWG)*, Council Document 9433/02 of 30 May 2002, 2. Despite the apparent lack of subsequent activity, the JHA Council confirmed this role at its informal meeting of 27-29 January 2005.
- <sup>28</sup> COM(2002) 703 final, of 3 December 2002.
- <sup>29</sup> Regulation (EC) No 491/2004 of the European Parliament and of the Council of 10 March 2004 establishing a programme for financial and technical assistance to third countries in the areas of migration and asylum (AENEAS). [2004] OJ L80/1.

- <sup>30</sup> იხ. *JHA External Relations Multi-Presidency Programme*. Council Document 5001/05 JAI 1 RELEX 1, of 3 January 2005 and *JHA External Relations Multi-Presidency Work Programme*. Council Document 10728/05 JAI 244 RELEX 355, of 1 July 2005.
- <sup>31</sup> Council Document 14292/1/04 REV 1, 8 December 2004, section 1.3.
- <sup>32</sup> MT Gil-Bazo 'The Practice of Mediterranean States in the context of the European Union's Justice and Home Affairs External Dimension. The Safe Third Country Concept Revisited'. (2006) 18 *International Journal of Refugee Law* 571-600. იხილეთ შემდეგ ბმულზე: [www.ssrn.com](http://www.ssrn.com) (23.10.2009).
- <sup>33</sup> The Court of Justice of the European Communities (ECJ) established the primacy of Community law over the law of the Member States in the Case 6/64 *Costa v Enel* [1964] ECR-585.
- <sup>34</sup> დეტალურად იხ. S Peers, 'Human Rights, Asylum and European Community Law' (2004) 24(2) *Refugee Survey Quarterly* 24-38.
- <sup>35</sup> [2002] OJ C/325/5.
- <sup>36</sup> Case 29/69 *Stauder* [1969] ECR 419, para 7. დეტალიზებული კომენტარი იხილეთ: *Columbia Journal of European Law* 169-181; K Lenaerts, 'Fundamental Rights in the European Union' (2000) *European Law Review* 575-600. For discussions on recent developments in the protection of human rights by the European Union, following adoption of the Charter of Fundamental Rights of the EU, see P Alston and O de Schutter (eds), *Monitoring Fundamental Rights in the EU: The contribution of the Fundamental Rights Agency* (Oxford, Hart, 2005). იხილეთ შემდეგ ბმულზე: [www.lexisnexis.com](http://www.lexisnexis.com), [www.heinonline.com](http://www.heinonline.com) (22.10.2009).
- <sup>37</sup> [2000] OJ C/364/1.
- <sup>38</sup> იქვე, პრეამბულა.
- <sup>39</sup> აღნიშნული სამართლებრივად სავალდებულოა მთლიანად კონსტიტუციის ძალაში შესვლამდეც.
- <sup>40</sup> S Peers, 'Immigration, Asylum and the European Union Charter of Fundamental Rights' (2001) 3 *European Journal of Migration and Law* 141-169. იხილეთ შემდეგ ბმულზე: [www.heinonline.com](http://www.heinonline.com) (25.12.2009).
- <sup>41</sup> And in the current state of EC law, there is no legal basis for the EC/EU to accede to human rights treaties (Opinion 2/94 *Accession by the Communities to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms* [1996] ECR I-1759). The Constitutional Treaty partly provides for that legal basis in Article 7(2), which contains an obligation for the Union to seek accession to the European Convention of Human Rights.
- <sup>42</sup> Case 812/79, *Attorney-General v Burgoa* [1980] ECR 2787, paras 6 and 10 respectively.
- <sup>43</sup> Case C-62/98 *Commission v Portugal* [2000] ECR I-5171, para 49, and C-84/98 *Commission v Portugal* [2000] ECR I-5215, para 58.
- <sup>44</sup> J Klabbers, 'Moribund on the Fourth of July? The Court of Justice on Prior Agreements of the Member States' (2001) 26 *European Law Review* 196.
- <sup>45</sup> C-203/03, *Commission v Austria*, judgment of the Court 1 February 2005, პუნქტები 61-64.
- <sup>46</sup> Protocol relating to the Status of Refugees (adopted 31 January 1967, entered into force 4 October 1967) 606 UNTS 267. For an analysis of the relationship between the Directive and the Geneva Convention, იხ. H Lambert, 'The EU Asylum Qualification Directive, Its Impact on the Jurisprudence of the United Kingdom and International Law' (2006) 55 *International and comparative Law Quarterly* 184-190.
- <sup>47</sup> European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms (adopted 1950, entered into force) 213 UNTS 221.
- <sup>48</sup> International Covenant on Civil and Political Rights (adopted 16 December 1966, entered into force 23 March 1976) 999 UNTS 171.
- <sup>49</sup> Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (adopted 10 December 1984, entered into force 26 June 1987) 1465 UNTS 85.
- <sup>50</sup> Directive 2003/86/EC on the right to family reunification ([2003] OJ L/251/12).
- <sup>51</sup> Advocate-General Opinion in Case C-540/03 *Parliament v Council and Commission*, delivered on 8 September 2005, para 105.
- <sup>52</sup> European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms (adopted 1950, entered into force) 213 UNTS 221.

- <sup>53</sup> Case C-540/03 *Parliament v Council and Commission*, judgment of 27 June 2006, paras 62-64, not yet reported.
- <sup>54</sup> Doc. 14348/02 JUR 449 ASILE 67, 15 November 2002, paras 5 and 7. Official access to this document has been refused by the Council (with the vote against by Sweden). See Letter from the General Secretariat of the Council of 23 May 2005, refusing full access to Documents 10560/02 and 14348/02, Doc. 9727/05 INF 111 API 85 JUR 240, of 3 June 2005. However, the document is available at: <http://www.statewatch.org/newx/2002/dec/14348.02.doc>. დისკუსია აღნიშნულ საკითხზე იხ.: MT Gil-Bazo 'Refugee status, subsidiary protection, and the right to be granted asylum under EC law' *New Issues in Refugee Research*, Research Paper No. 136 (Geneva, UNHCR, November 2006) 14-20.
- <sup>55</sup> იხ. for instance, Case C-280/93 *Germany v Council* [1993] ECR I-4973 and Case C-122/95 *Germany v Council* [1995] ECR I-973.
- <sup>56</sup> *T.I. v the United Kingdom*, decision of 7 March 2000, 15, *Reports of Judgments and Decisions* 2000-III.
- <sup>57</sup> Schengen Agreement Between the Governments of the States of the Benelux Economic Union, the Federal Republic of Germany and the French Republic on the Gradual Abolition of Checks at the Common Frontiers, published at (1991) 30 *International Legal Materials* 73.
- <sup>58</sup> Convention Applying the Schengen Agreement of 14 Jun 1985 Between the Governments of the States of the Benelux Economic Union, the Federal Republic of Germany and the French Republic on the Gradual Abolition of Checks at the Common Frontiers, published at (1991) 30 *International Legal Materials* 84.
- <sup>59</sup> Convention determining the State responsible for examining applications for asylum lodged in one of the Member States of the European Communities - Dublin Convention. [1997] OJ C254/1.
- <sup>60</sup> Article 24 of the Council Regulation (EC) No 343/2003 of 18 February 2003 establishing the criteria and mechanisms for determining the Member State responsible for examining an asylum application lodged in one of the Member States by a third-country national. [2003] OJ L50/1.
- <sup>61</sup> Commission staff working paper, 'Revisiting the Dublin Convention: developing Community legislation for determining which Member State is responsible for considering an application for asylum submitted in one of the Member States' SEC (2000) 522, პუნქტი 55.
- <sup>62</sup> იქვე, პუნქტი 59.
- <sup>63</sup> Recital 2 of the Council Regulation (EC) No 343/2003 of 18 February 2003 establishing the criteria and mechanisms for determining the Member State responsible for examining an asylum application lodged in one of the Member States by a third-country national [2003] Official Journal L50/1.
- <sup>64</sup> იხ. the House of Lords decision in the case of Regina v. Secretary of State for the Home Department, Ex Parte Adan Regina v. Secretary of State for the Home Department, Ex Parte Aitseguer (Conjoined Appeals), judgment of 19 December 2000. The House of Lords ruled against the removal of the two applicants to France and Germany in application of the Dublin Convention on the grounds that the interpretation of the Geneva Convention made by those countries did not guarantee the protection of the applicants.
- <sup>65</sup> *T.I. v the United Kingdom*, decision of 7 March 2000, 15, *Reports of Judgments and Decisions* 2000-III.
- <sup>66</sup> Council Framework Decision of 13 June 2002 on the European arrest warrant and the surrender procedures between Member States (2002/584/JHA); [2002] OJ L190/1.
- <sup>67</sup> მუხლები 23(4)(c)(ii), 25(2)(c), 27, და 36., Council Directive 2005/85/EC of 1 December 2005 on minimum standards on procedures in Member States for granting and withdrawing refugee status [2005] OJ L326/13.
- <sup>68</sup> Letter from the UK Government, იხ. სქოლიო 6.
- <sup>69</sup> C. Phuong, 'Identifying states' responsibilities towards refugees and asylum seekers'. Paper presented at the ESIL Research Forum on International Law, May 2005. იხილეთ შემდეგ ბმულზე: [www.ssrn.com](http://www.ssrn.com) (25.11.2009).
- <sup>70</sup> A. Fortin, *The 'Safe Third Country' Policy in the light of the international obligations of countries vis-à-vis refugees and asylum seekers* (London, 1993), paras. 1.1-1.2 and 2.2-2-3. იხილეთ შემდეგ ბმულზე: [www.ssrn.com](http://www.ssrn.com) (25.11.2009).

**IVANE ABASHIDZE**

## **PROTECTION OF REFUGEES IN TERMS OF A COMMON EUROPEAN ASYLUM SYSTEM. COMPLIANCE WITH INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS AND REFUGEE LAW**

### **1. INTRODUCTION**

On May 1 1999, after the Treaty of Amsterdam was sanctioned, European immigration law faced completely new challenges. The issue of asylum was one of the most hotly debated topics. Member states cooperated on an intergovernmental level and in several years, established Title IV of the Treaty Establishing the European Community<sup>1</sup>: “*Visas, asylum, immigration and other policies related to free movement of persons*” which has formulated the main bases which legally limit and establish the *minimum standards* on certain matters concerning asylum.

Transfer of EU approaches concerning the asylum to the national law is not just a kind gesture from the member states. They formulate the legal nature on a number of issues, including a joint system of their interpretation within those unique legal frames known as EU law. It has special significance to individuals because such an approach represents an important guarantee for the protection of their rights, including their enforcement.<sup>2</sup>

After the entry into force of the Treaty of Amsterdam, the issue of Asylum was reviewed at an EC meeting in Tampere on October 15-16. Heads of the states agreed on the adoption of political management principles in order to ensure the direction of works for processing a legal agenda on Title IV of the Treaty Establishing the European Community (TEEC). The EU formed the Common European Asylum System (CEAS), which was based on a complete and comprehensive interpretation of the UN Geneva Convention of

1949, relating to refugees, in that “nobody is sent back to persecution”.<sup>3</sup> It should be noted that this strategy applies to third states as well, should they wish to take such measures.<sup>4</sup>

Several months later, in June 2000, during the presidency of Portugal, the EU and EC jointly organized the *Lisbon conference* on asylum issues: – “*Prospects of Common European Asylum System*”. The commission, member states, United Nations High Commissioner for Refugees (UNHCR) and various NGOs discussed significant issues related to the Common European Asylum System, namely, a common procedural system for asylum seekers and the legal status of the persons in need of international protection. A decision to start the implementation of legislative authorities specified under Title IV of TEC for the development of the legal structure of the system in accordance with the “Tampere Conclusions” was also addressed at the meeting (expressed in the EC communiqué “**Main Issues on Procedural and Legal Status of Common European Asylum System Applicable in the EU in Relation of Asylum Seekers**”<sup>5</sup>), Although this problem is not quite frequently discussed, it contains some contradictory issues that arose several years later (e.g. the issue of extraterritorial action of asylum request beyond the EU<sup>6</sup>).

Based on the founding document, the Tampere Conclusions and results of the Lisbon Conference were released in the EC Communiqué of November 2000 while the EU was beginning to develop the CEAS System in frames of EC legal activities.

It is important to analyze how rational the development of CEAS has been. The process of European integration on asylum issues is unilaterally related to the establishment of a unified market without borders. An integrated economic area requires deleting internal borders among member states in order to make the movement of persons, capital and goods possible. As this reality becomes more established, the external borders of the EU become more important to control to stop the movement of certain people (including those who violate the border regime), as well as capital (including the profit yielded from criminal activity) and goods. The formation of a common market without boundaries increases problems at border crossings. Citizens of other countries should be able to move beyond borders for with a guarantee of protection regardless of whether they are Specially Designated Nationals or not.<sup>7</sup>

The EU approach to asylum issues is expressed in the creation of a joint mechanism. This approach is not dictated by the motivation of an international protection of persons, but forms a joint system towards those persons (whether he/she is a refugee or not) who are admitted into the integrated economic eurozone. This rationalism was criticized not only by UNHCR and NGOs, but by European legislators as well. The European Parliamentary Assembly expressed a highly negative attitude towards the EU vision on how its borders should be checked and how its economic interests should be protected: "border checks and action to combat illegal immigration can be only one aspect of the EU's policy towards non-EU Citizens, and not a main strategy... [and]... the EU cannot analyze its immigration policy solely from the point of view of its economic interest but must also take into account the reasons which force migrants to emigrate".<sup>8</sup>

As a "process", due to its highly naturalness, the policy of border checks and their "translation" into a legislative language, or reflection in the legislation, violates those countries by putting them in an unequal position with bilateral or multilateral relations, which have been formulated over many years. Such

a change in the general condition achieves only one result – the abolishment of borders and their checking. Border "Closing" is unreal only for the benefit of European countries as the persons who leave their home countries of their origin (with which a visa regime or sanctions from EU is applicable) move to the EU and a secure third country respectively, and if it is not possible, only that member state of the EU will be responsible for granting an asylum which failed to ensure the EU external border regime.<sup>9</sup>

This research focuses on legal issues that refer to the establishment of an internal European Asylum System. The first stage of CEAS development has revealed that under international law, the responsibility of granting asylum lies not with the EU, but with a member state. Acting beyond the competences (including the sovereignty) on the side of a member state (which is a subject of international law and under the international law only its activities are appraised in the sphere of human rights protection) on the international organization (EU) which is not a member of any international legal institution for human rights protection, has caused a problem – member state is limited by the implementation of EU laws and is at the same time responsible for obligations undertaken at the international level.

The purpose of this research is to analyze the internal European area where internal borders are transformed into a quasi-individual jurisdiction in cases where certain conditions exist for the categories of refugees provided for by the treaties. At the same time, the member state implements individual jurisdiction under international legislation, providing it carries individual responsibility under the international human rights and refugee law. Problems may arise from these points. First, if a member state implements legislation on EC asylum, the obligation and responsibility it holds under the international refugee law might be disputable. Second, transfer of jurisdiction from member states to the EU represents a violation of their obligations in view of its national refugee law, the international refugee law, and in certain cases the international human rights law.

A compromise between implementation of CEAS and member states to not violate the international legal obligations will be reviewed below. We will also consider the limitation of obligations of member states in relation to the EU law, to ensure the conformity to the CEAS implementation and the obligations undertaken according to the international law. From a legal point of view, we'll review securing the "minimum standards" in relation to asylum, based on the analyses. Furthermore, we'll review the transfer of member states jurisdiction on the issues of refugees to the EU. As for the conclusion, we will summarize the reviewed problems.

## 2. COMMON EUROPEAN ASYLUM SYSTEM CEAS

CEAS warrants the free movement of people within the EU. In this context, implementation of the objectives under Title IV, TEC is the most important purpose, namely: "to establish progressively an area of freedom, security and justice" (Article 61).

Issues related to asylum are specified under Article 63:

"The Council, acting in accordance with the procedure referred to in Article 67, shall, within a period of five years after the entry into force of the Treaty of Amsterdam, adopt:

1. *measures on asylum, in accordance with the Geneva Convention of 28 July 1951 and the Protocol of 31 January 1967 relating to the status of refugees and other relevant treaties, within the following areas:*
  - (a) *criteria and mechanisms for determining which Member State is responsible for considering an application for asylum submitted by a national of a third country in one of the Member States,*
  - (b) *minimum standards on the reception of asylum seekers in Member States,*
  - (c) *minimum standards with respect to the qualification of nationals of third countries as refugees,*
  - (d) *minimum standards on procedures in Member States for granting or withdrawing refugee status".*

Therefore, the *Treaty of Amsterdam* certifies the purposes that have already been developed by the practice of countries to determine the status and asylum of a refugee. This institution was originally oriented to protect those people who are listed in Article 1A, "*the Geneva Convention of 1951 relating to the status of refugees*"<sup>10</sup> ("The Geneva Convention") and not for the protection of the people who are not included in the category protected by this convention, although they are included in other international treaties protecting human rights. Article 63, II specified the categories more exactly:

*"measures on refugees and displaced persons within the following areas:*

- (a) *minimum standards for giving temporary protection to displaced persons from third countries who cannot return to their country of origin and for persons who otherwise need international protection.*

The purpose of double protection specified under the article is reflected in the directive: "*persons, who need international protection*".<sup>11</sup> This specifies two categories of persons who need international protection: Those people provided for by Geneva Convention and those people, that are not refugees according to the Geneva Convention, but who may request international protection based on other grounds pursuant to the International Law of Human Rights.

The directive is a counter-possibility to consolidate the people protected by the Geneva Convention and the people who under this same convention are not subject to refugee status under one auspice. This directive represents one of the most significant achievements of international law, as the circle of protected persons has expanded by creating a united status in international law. This approach is not strange for developed countries. The USA, Canada and several European countries, including Spain (since reforms of 1994)<sup>12</sup> follow this practice.

In relation to this directive, we can also state that the first legally binding instrument on the right of asylum and issues of migration is a logical beginning of the following directives issued in 1999-2004 on the implementation of

the CEAS treaty: “on temporary protection in the event of a mass influx”,<sup>13</sup> “reception criteria for asylum seekers”,<sup>14</sup> “procedure for granting and withdrawing refugee status”<sup>15</sup> as well as the “**Dublin Regulation**”, which contains the liability of member states in relation to asylum seekers.<sup>16</sup>

By the end of the first phase of the CEAS, at a November, 2004 EC meeting the “*Hague Program*” formulated management principles for the development of phase II of CEAS:

*“The aims of the Common European Asylum System in its second phase will be the establishment of a common asylum procedure and a uniform status for those who are granted asylum or subsidiary protection. It will be based on the full and inclusive application of the Geneva Convention on Refugees and other relevant Treaties, and be built on a thorough and complete evaluation of the legal instruments that have been adopted in the first phase”.*<sup>17</sup>

The mandate is based entirely on the Tampere Conclusions, Lisbon Conference, and the Communiqué of 2000. Accordingly, the European Commission is authorized to start the second phase: “to conclude the instruments and to submit measures to the European Parliament with a view to their adoption before the end of 2010”.<sup>18</sup>

For the attainment of purposes under Title IV, TEC it is necessary to base the CEAS on the system of the Treaty of Amsterdam as well. Although the legal nature of the instruments that were adopted as a secondary EC legislation have not been discussed yet. For interaction an **ad hoc** system has been established, which is the result of work on the intergovernmental level and guarantees high control mechanisms that member states have in the legislative process. The second phase of CEAS is already considered as an ordinary law making.<sup>19</sup> The decision making process used in the first phase is an important result of the treaties concluded between the countries and specified earlier.

Article 67(1) of TEC states that the commission does not have the exclusive right to take initiative, as this is conducted by member states. To accept an initiative, unanimous

support from Member States is required. This grants a member state the direct right to veto. The role of European parliament is limited to consulting, although in practice this is rarely used. The jurisdiction of the European Court of the EU is limited as well.

The Council ensured the receipt of all those instruments determined within a term of 5 (five) years of the founding treaty.

Tension between EU institutions became clear in the resolution of Parliament against the Council and Commission<sup>20</sup>, in the Family Reunification Directive,<sup>21</sup> which was based on human rights, and in the directive “*Asylum Procedures*”,<sup>22</sup> where the Parliament indicated an **inter alia** violation on conscientious cooperation.<sup>23</sup>

Thus, a dispute on the division of competences resulted from a procedural point of view, not from content issues. It is important, however, that removing the European Parliament from effective institutions in the process of law making and keeping it only in a consultation role generally casts doubt on its existence.

### **A. External Action of the EU Policy: Protection Export**

As previously mentioned, the Tampere council decided to develop an internal European asylum system that would protect third country interests as well.

The idea was not new, previous EU statements on migration reasons contained keeping peace and completion of military conflicts, respecting human rights, development of a democratic society and conducting a liberal trade policy.<sup>24</sup>

External promulgation of justice and internal affairs was supported by the 1999 Tampere Conclusions. An asylum and migration component in the JHA External Dimension aims at projecting the EU asylum policy and implementation of a migration approach in relation to other countries.<sup>25</sup> This approach was recognized at the meeting of the council of European ministers in Santa Maria da Feira (2000) and in Seville (2002). These political management principles were collected in the Constitutional Treaty of 2004, and were comprised of legal

norms on the adoption / improvement of asylum and migration law in the future, through the cooperation of third countries.<sup>26</sup>

Soon it became evident that this desire required institutional coordination, therefore, in 2002, the council of ministers amended the working order of the “*High Level Working Group on Asylum and Migration – HLWG*”, which was originally formulated in 1998 in order to draw up a working plan through cooperation with those countries and regions where asylum seekers and migrants came from. After attaining *ad hoc* purpose, HLWG was provided with a mandate to conduct discussions on the EU external asylum and migration policy with specially selected regions and countries, without restrictions on the geographic limit, represented by asylum seekers’ transit country.<sup>27</sup>

In this context, in December 2002, the EC presented a communiqué “*On consolidating migration issues in relation to third countries*”,<sup>28</sup> where the attitude towards migration and asylum policy was noted. It was emphasized in the communiqué that financial resources should be applied maximally for the efficient repatriation of such persons (it implies immigrants as well as refused asylum seekers). In the communiqué, border control, asylum and migration projects in third countries were also emphasized (see also Aeneas Regulation<sup>29</sup> issued later).

The following countries acceded for cooperation on EU immigration and asylum matters: *Norway, Iceland, Switzerland, USA, Canada, Bulgaria, Rumania, Turkey, West Balkan States, Russia, Ukraine, Kazakhstan, Kyrgyzstan, Tajikistan, Turkmenistan, Uzbekistan, Armenia, Azerbaijan, Georgia, Morocco, Algeria, Tunis, Jordan, Israel, Egypt, China, Iran, South Korea, Indonesia, as well as countries of Latin America, Africa, the Caribbean and the Pacific Ocean Basin*.<sup>30</sup>

Treaties with third countries contain prevention of future resistance while requesting asylum. We may characterize this with words of the “Hague Program”: “*to be conducted in close consultation with the UNHCR*”.<sup>31</sup>

Notwithstanding the highly positive nature of these treaties, there still exists an opinion in

scientific circles that the methods developed by intergovernmental involvement in other countries will be questionable in the future.<sup>32</sup>

### 3. OBLIGATIONS ENVISAGED BY INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS AND REFUGEE LAW DURING THE IMPLEMENTATION OF THE EC ASYLUM LEGISLATION

The complex union on asylum issues between the EU and third countries was clearly shown in the previous chapter. A problem emerges when a EU member state violates an obligation in relation to the International Refugee Law. Which legislation should be applied in such a case – secondary legislation or the EU legislation? International law and European law differ from each other geographically, notwithstanding any other factor.

Considering the privileged condition of European law<sup>33</sup> in relation to the internal law of member states, as well as those based on the EU requirement that all member states are obliged to have an entire secondary legislation in compliance with EU legislation (including denunciation of international treaties, if they do not correspond with European law), the problem is the attitude which is formed between international refugee law, international human rights law and these institutions.

The difference between the obligations under international human rights law (derived from international treaties) and the general principles of European law manifests when the latter determines the purpose of the right and sets a limit and decreases it, based on the European law accordingly.<sup>34</sup>

#### 3.1. Human Rights as a General Principle in European Law

The principle according which the internal law of member states must be in full conformity with the generally accepted principles of the European human rights law has been applicable in the EU for a long time already. Article 6(2) of the EU Treaty<sup>35</sup> states:

“*The Union shall respect fundamental rights, as guaranteed by the European Con-*



*vention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms signed in Rome on 4 November 1950 and as they result from the constitutional traditions common to the Member States, as general principles of Community law”.*

The ECJ Case Law confirms this approach where the general principle given is common for all members under constitutional tradition, and it is a binding principle in European law and a guarantee to ensure the absolute conformity of internal laws of member states with EU laws based on international fundamental human rights.<sup>36</sup>

The “*Charter of Fundamental Rights of the European Union*”<sup>37</sup> (The Charter) has not come into force yet; however, it is the most important instrument is so far as it recognizes the rights as a result of constitutional practice and international obligations of member states, which is common for all member states.<sup>38</sup> The Charter was incorporated in the draft text of the Constitution of the European Union.<sup>39</sup> Article 18 and 19 of this draft contains regulations concerning refoulement the correspondence, which is compulsory for the secondary legislations of all members. Although the constitutional treaty was rejected by France and the Netherlands in the referendum, this does not hinder the applicability of this part.

Notwithstanding the existence of such a legal defect with respect to the defect of the binding nature of the constitution, the human rights chapter specifies that EU institutions are in the human rights sphere.<sup>40</sup> One of the defects of the Charter may also be considered the fact that any legislative initiative of member states concerning asylum should compulsorily correspond to it.

### **3.2. Interrelation of European Law and International Human Rights Law. Treaties Signed by Member States**

For deeper analyses, let’s apply the EU legislation on Asylum and the International Human Rights and Refugee Law, in which member states are involved. This moment is highly significant and necessary as TEC and TEU both distribute the responsibility and state that

it is not binding for EC/EU as well as EC/EU actions towards them.<sup>41</sup>

In Article 307, TEC governs the relations between the EU law and international treaties. The first Paragraph of Article 307 specifies that rights and obligations arise only if an international treaty fully corresponds with TEC provisions.

In the *Burgoa* case, the Court observed that Article 307(1): “*is of general scope and it applies to any international agreement, irrespective of the subject matter*”, it also clarified that the provision does not alter the nature of such agreements, and therefore, “*it does not adversely affect the rights which individuals may derive from them*”.<sup>42</sup> When conflicts of obligations arise between those derived from EU legislation and those derived from pre-existing international human rights treaties, Member States must give priority to those pre-existing human rights treaties. Yet if there is conflict with treaties concluded after the TEC entry into force, Member States cannot contradict Article 307 and the EU legislation would take priority over those treaties.

Furthermore, despite the primacy of pre-existing treaties, paragraph 2 of Article 307 imposes an obligation on Member States to take all appropriate steps to eliminate the incompatibilities between them and the EU legislation. In relation to the aforementioned, the ECJ’s first judgments were delivered in July 2000. The Court explained the purposes of Article 307(2). The Court acknowledged that Member States had a choice as to the appropriate steps to be taken to terminate incompatibilities, but further stated that “*if a Member State encounters difficulties which make adjustment of an agreement impossible, an obligation to denounce that agreement cannot therefore be excluded*”.<sup>43</sup> However, as the well-known scientist Klabbers has pointed out – *in practice, this choice may be restricted to amending or denouncing the pre-existing treaties*.<sup>44</sup> The ECJ performed the implementation of this interpretation into a recent judgment where the court noted that Austria had not violated Article 307(2) when it did not denounce the treaty, given that it had not had the opportunity of doing so.<sup>45</sup>

The question therefore arises as to whether Member States could be under an obligation to denounce international human rights and refugee law instruments incompatible with Article 307.

Article 63(1) TEC establishes that:

*“the Council ... shall ... adopt ... measures on asylum, in accordance with the Geneva Convention of 28 July 1951 and the Protocol of 31 January 1967 relating to the status of refugees and other relevant treaties.”*

The TEC establishes an obligation for Member States' secondary legislation on asylum to comply with the Geneva Convention and its Protocol,<sup>46</sup> and arguably with other human rights treaties, which would include the *European Convention on Human Rights*,<sup>47</sup> the *International Covenant on Civil and Political Rights*<sup>48</sup> and the *Convention Against Torture*.<sup>49</sup>

It could therefore be argued that Article 63 is *lex specialis* to Article 307. If EU asylum law required Member States to violate their obligations under international refugee and human rights laws, it would be invalid. This interpretation would also guarantee a uniform interpretation of EU legislation among Member States. In cases specified under Article 63(1) the priority will be given to the International Human Rights and Refugee Law.

In this context, the issue of a double approach towards those persons who are refugees and the persons who are in need of international protection is of special importance. It should be noted that beyond Article 63(1) the problem of the legal status of such persons may also be implied, as it limits the means of extending the right. Therefore, the secondary legislation of Member States on these issues should by all means correspond with international documents. It would be ironic to declare that protection of such persons should be sought only in the documents of an international nature. It is not difficult to determine cases when it becomes necessary for Member States to reconcile its legislation with the EU legislation and international human rights law. No other interpretation was found in ECJ Case Law.

#### **4. MINIMUM STANDARDS AND COMPLIANCE WITH INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS AND REFUGEE LAW**

Article 63, TEC grants power to the EU to establish minimum standards. The question arises in the following situation – if a member state has established minimum standards to those established by international refugee and human rights law, but also corresponds to Article 63 TEC, who is responsible party, the EU exclusively or the state itself? ECJ has not clarified the concept of “minimum standards” yet.

In 2004, the European Parliament introduced a “Family Reunification Directive”<sup>50</sup> versus the council and commission. Parliament doubted the action instruments corresponded with international human rights standards. The Advocate General Juliane Kokott also expressed such doubt. She criticized the directive in regard to Article 8 and declared that it did not provide sufficient guarantees that would efficiently protect human rights and noted that this article contradicts the EU Law.<sup>51</sup>

The ECJ expressed a different attitude towards this issue. The court stated that the disputable norm did not violate respect for the family and recognition of the inviolability of private life envisaged by Article 8, European Convention on Human Rights.<sup>52</sup> The Court also noted the necessity of discussing every actual circumstance. Articles of 5(5) and 17 of this Directive provide for the best interests of minor children, nature and solidity of the person's family relationships and the duration of his/her residence in the Member State and of the existence of family, cultural and social ties with his/her country of origin.<sup>53</sup>

Heated discussion ensued about the discretion limits, which were granted to Member States while setting minimum standards in the context of CEAS. While adopting the Qualification Directive, the legal department of the Council of Ministers attempted to determine and grant legal significance to “Minimum Standards” and it was specified to assign the matter of development of the standards to the Member States. The legal department stated that Member States are authorized to unify

issues not included in those determined by the Directive; however, in consideration of the preconditions under Article 10, TEC restricts Member States from creating legislation that is contradictory to the aspiration and purpose of the treaty. It is the legal department's opinion that Member States should refrain from adopting such laws that do not correspond with the aims of the Directive. Although the term "Minimum Standards" was still widely interpreted, the legal department also noted that within the process of harmonization, more, not less standards of protection might be taken into consideration. The opposite development of any internal legislative variation in relation to the Qualification Directive would be considered as an action against the process of harmonization and unification.<sup>54</sup> The main conception of this interpretation was that a non-compulsory exception for the protection of those persons who were included in the risk group was legal and just.

The Directive target group is not the people that are vis-à-vis included in a sphere of protected persons (based on the international obligation of Member States). Whether or not a Member State's decision to grant status or asylum to a person based on the obligation undertaken on an international basis is a violation of the EU legislation is also a problematic issue.

The ECJ is also supposed to express its opinion on this issue, but until then, we must make a logical conclusion according to other evidence, which proceeds from a common interest, that a right is not always an absolute prerogative and it may be limited and based on very common interests. This limitation, however, should not be applied unproportionally and unreasonably.<sup>55</sup> As we have noted, Article 63(1) stipulates the subsidiary protection of an asylum seeker should be conducted according to EU legislation, secondary legislation of Member States, and international obligations.

In cases of conflict between obligations, Member States are restricted by their international treaty or agreement while implementation of the EU legislation. As the European Court of Human Rights has specified in the case *T.I. v the United Kingdom*: "Where States

*establish international organizations, or mutatis mutandis international agreements, to pursue co-operation in certain fields of activities, there may be implications for the protection of fundamental rights. It would be incompatible with the purpose and object of the Convention if Contracting States were thereby absolved from their responsibility under the Convention in relation to the field of activity covered by such attribution*".<sup>56</sup>

Therefore, failure to implement an action by a Member State, or basing any agreement or treaty concerning any other issue upon EU legislation may not be considered as a means of limiting the application of EU legislation.

##### **5. CREATING A COMMON EUROPEAN ASYLUM SYSTEM: CAN MEMBER STATES COMPLY WITH THEIR INTERNATIONAL REFUGEE AND HUMAN RIGHTS OBLIGATIONS?**

As it has been indicated, the EU is developing an intra-EU asylum space where internal borders are transformed to give way to a quasi jurisdiction for the treatment of refugees in certain circumstances, while at the same time Member States remain individually responsible under international refugee and human rights law.

The case in question is best exemplified in the so-called Dublin II Regulation. This instrument establishes a mechanism for the allocation of responsibility for processing asylum claims among EU Member States. The system is far from being a novelty. The decision that only one Member State would be responsible for the examination of asylum claims lodged in any of the Member States was first agreed within the framework of the "Shengen Agreement"<sup>57</sup> and was later incorporated in the "Shengen Convention".<sup>58</sup> However, these provisions were later replaced by the Dublin Convention,<sup>59</sup> which in turn has been replaced by the Dublin Regulation.<sup>60</sup>

The deficiencies in the system, notably the divergent interpretations of the Geneva Convention by Member States, have long been identified. The European Commission

suggested in 1999 a change of approach: “A fundamentally different approach would imply a system which was not based on the principle that the Member State responsible for a person’s presence on the territory of the Union should be responsible for considering any subsequent asylum application”.<sup>61</sup> The Commission went further to suggest that “responsibility be allocated according to where the first asylum claim was lodged”.<sup>62</sup>

Beyond the inability of the system to meet its stated goals, the question also arises as to the presumption that all EU Member States are ‘safe’ for any given refugee. In fact, this intra-EU system for sharing responsibility to process asylum applications is based on the premise that all EU Member States are safe for refugees and that consequently, they may lawfully remove individuals to other Member States without considering their protection claims.

What constitutes “safety” for the purposes of transfer of responsibility of refugees among Member States has yet to be defined. Often, safety seems to be understood as the mere respect for the principle of non-refoulement in the destination state. This is the approach taken by the Dublin Regulation itself: “Member States, all respecting the principle of non-refoulement, are considered as safe countries for third-country nationals”.<sup>63</sup> In this regard, the Regulation seems not to have taken into consideration that the matter had already been considered in national courts<sup>64</sup> and in the European Court of Human Rights,<sup>65</sup> resulting in an unequivocal pronouncement by the various instances on the need to consider each case on its merits as a prerequisite of lawfulness of the transfer of responsibility for the refugee in question.

The implementation of the Dublin system amounts to a mutual recognition of rejection decisions among EU Member States (given that the asylum claim can only be considered once in the EU) which is not mirrored by the mutual recognition of decisions recognizing refugee status and other protection needs. Therefore, an intra-EU system has been designed whereby the responsibility to determine

refugee status is allocated to one Member State only, but if an individual is recognized as a refugee, the validity of that status so recognized does not extend to the other Member States. This is most relevant in so far recognized refugees may eventually travel to other Member States (if a right to freedom of movement is eventually recognized to them) or most importantly, if they are forcibly transferred to another Member State within the context of the *European Arrest Warrant*<sup>66</sup> to face trial or serve a sentence in criminal proceedings. The consequences of this lack of mutual recognition of refugee status decisions are obvious if refugees are transferred from a State in which they have been recognized to another one in which they are not and where they may eventually be brought within the domain of the general legislation on aliens.

Given that in many states the penalty for a criminal conviction often includes expulsion upon serving a sentence, it goes without saying that the international obligations of the Member State who recognized the refugee would be engaged if another Member State were to proceed to the expulsion of that individual without consideration of his refugee status recognized elsewhere in the Union.

The complexities of the transfer of asylum-seekers and refugees among Member States in absence of a fully harmonized asylum system reveal a number of legal obligations apply in these cases. In the following pages, I would like to challenge the understanding that the principle of non-refoulement is the only legal requirement that states need to meet in international refugee and human rights law for the purposes of being designated as the Member State responsible to examine an asylum application. While this may be the case in some instances, it cannot be automatically assumed that states’ only obligation towards asylum seekers are to ensure that the country of destination respects the principle of non-refoulement. The concrete set of obligations will be determined by the body of international refugee and human rights law, of universal and regional scope, applicable to any given asylum seeker in any given circumstances.

### **5.1 Determining the Scope of Member States Obligations towards Refugees: the 'Safe Country' Concept in an Intra-European Asylum Space**

As was previously noted, the CEAS is founded on the presumption of safety of all Member States. In fact, in its different variations, the "safe country" concept is grounded and focuses on the specific requirements that are to be met for a State to be considered a "safe country".

The question as to its lawfulness timely and pertinent, despite the long-standing practice of states in relation to this concept, including the increasing sophistication in its practice, the changing legal and political landscapes in which it is applied, and more important to our analysis, its becoming a minimum standard of EU Law<sup>67</sup> by way of its incorporation in the Directive on minimum standards on procedures in Member States for granting and withdrawing refugee status.

A conceptual distinction (that often gets blurred in the current state of debate) must be made between the concept as a procedural tool for States to refuse responsibility to determine the refugee status of a claimant on the grounds that another State *should* or *is* (if agreements exist between the two countries) responsible to examine the claim, and the concept as a standard to determine whether sufficient protection exists in a particular country in order for States to remove/retain individuals for the purposes of examining their claims. In the first case, States refuse to take responsibility to examine a protection claim, while in the second case, States accept their responsibility to undertake refugee status determination, but argue that no obligation exists to do so within their own territories. As Tony Blair, former Prime Minister of Great Britain declared: "*There is no obligation under the 1951 Refugee Convention to process claims for asylum in the country of application*"<sup>68</sup>.

It is a generally known legal axiom that to every right there is a corresponding duty. An attempt to identify the obligations of States towards refugees requires first clarification as to which rights a refugee can claim vis-à-vis a

State. It is also argued that the status of refugees under international law is defined not solely by international refugee law, but rather in various legal systems both of universal and regional scope.

Despite the numerous statements that refugee rights are human rights and that international refugee law is part of international human rights law, is scarcely supported by refugee scholars. Yet, only a holistic approach to human rights can offer a more comprehensive picture, albeit more complex, of what States are obliged to do (and therefore, what they may be free to do) in relation to refugees, as a result of less development of the latter.

Writing in 1993, Antonio Fortín Deputy Representative of UNHCR in the UK, at that time, wrote a legal opinion on the "safe third country" concept, where he explained "a person who has left his country in order to escape persecution must apply for recognition of refugee status and/or for asylum in the first safe country he has been able to reach". He further continues explaining that refugees are internationally protected persons that are entitled to treatment in accordance to internationally prescribed standards enshrined not only in the Geneva Convention, but also in other international instruments. Given the declaratory nature of refugee status and considering that recognition of such status "is a recognition of his refugee status". The suggestion that States are under no obligation to consider requests for recognition of status made within their jurisdiction appears to be incompatible with the purpose of the Convention. Furthermore, states are responsible for refugees (notwithstanding the fact of recognition as such).<sup>69</sup> Fortín argues that the person can exercise this right to seek recognition of refugee status within whose jurisdiction he may find himself.<sup>70</sup>

Furthermore, the obligations of States towards individual circumstances under international human rights law are both negative and positive in nature. States are therefore not only obliged to respect, but also to fulfil and to protect all human rights.

If refugees have a right to seek recognition of their refugee status vis-à-vis any State party to the Geneva Convention (and this includes

all EU Member States), and if all individuals (including refugees) are holders of rights that go beyond the lack of interference by requiring positive state action, it follows that states are under obligations to refugees that may go well beyond the mere respect of the principle of **non-refoulement**. From this perspective, the transfer of responsibility from a Member State to another Member State, raises issues relating to the responsibility of the first Member State to fulfil all the obligations towards refugees under international refugee and human rights law that were already engaged at the moment of the transfer.

What is argued here is that the obligations of States under international law (as well as their international responsibility for violations of those obligations), when acting individually or collectively (within the context of the EU), are engaged when a refugee is under their jurisdiction.

## 6. CONCLUSION

This paper has highlighted some of the complex issues that arise from the establishment of a Common European Asylum System and quasi-single jurisdiction within internal borders of the EU. While discussing the important institutions of the Refugee Law, we have discerned a mutually exclusive attempt to sometimes avoid responsibility, acts which were suppressed by the EC itself, through Parliament, the Commission or the Ministerial. Although, there are bound to still be some explanations from States despite the fact that a common system has been established in which only one State reviews applications for asylum. This will not prevent States from lodging refugee applications on their territories. Failure to review the latter based on Common Law may result in a violation of human rights. However, every State considers the status of a refugee with excessive formalization and ignores the already established fact of the rights of refugees.

<sup>1</sup> [2002] Official Journal C/325/33.

<sup>2</sup> It is of great importance to review the historical development of the European Asylum System because legal problems were formed during this very period. A number of authors identify problems that have been revealed by time and activity, including: E Guild "The developing immigration and asylum policies of the European Union: adopted conventions, resolutions, recommendations, decisions and conclusions. Compilation and commentary (The Hague, Kluwer Law International, 1996);" H Labayle 'Un espace de liberté, de sécurité et de justice' 33(4) *Revue Trimestrielle de droit européen* 105-172; S Peers *EU Justice and Home Affairs Law* (Harlow, Longman, 2000) and S Peers *EU Justice and Home Affairs Law* 2nd ed. (Oxford, Oxford University Press, 2006).

<sup>3</sup> Conclusion 13, Tampere European Council, Document Press Nr: 200/1/99.

<sup>4</sup> *Ibid*, Conclusions 11-12.

<sup>5</sup> COM(2000) 755 final, 22 November 2000.

<sup>6</sup> J. STRAW, 'Towards a Common Asylum Procedure', in *Towards a Common European Asylum System. European Conference on Asylum* (Lisbon: Serviço de Estrangeiros e Fronteiras, 2000) 133-139; COM(2000) 755 final, 22 November 2000, section 2.3.2. See also the proposal presented by the United Kingdom in March 2003 for 'New International Approaches to Asylum Processing and Protection'. Letter from the UK Government to the Greek Presidency of the EU, see the below link: <<http://www.statewatch.org/news/2003/apr/blair-simitis-asile.pdf>>. This opinion is criticized: G. Noll, 'Visions of the Exceptional: Legal and Theoretical Issues Raised by Transit Processing Centers and Protection Zones', (2003) 5 *EJML* 303-341 and Amnesty International, *UK/EU/UNHCR Unlawful and Unworkable – Amnesty International's views on proposals for extraterritorial processing of asylum claims*, IOR 61/004/2003. (24.10.2009)

- <sup>7</sup> See the report below concerning this issue: "The internal tension in the EU's own dynamics of border control becomes apparent when one compares the attempts to seal EU borders with the permeability of the same borders in relation to arms exports (a strong economic interest for the EU's Member States) that fuel conflict worldwide, which constitutes one of the main reasons for forced displacement. A report released in June 2005 by Amnesty International, Iansa, and Oxfam illustrates how the G8 countries (which include the UK, France, Germany and Italy) are among the world's leading arms suppliers, including to countries subject to an EU arms embargo, such as Myanmar (Burma), China and Sudan. The report highlights the failure to enforce controls on the transfer of equipment that can be used for torture, ill-treatment and other human rights violations and the cost that arms exports have in human lives, lost livelihoods, socio-economic development, democracy, and opportunities to escape poverty." - Amnesty International, Iansa, Oxfam. *The G8: global arms exporters. Failing to prevent irresponsible arms transfers*. June 2005, 5.
- <sup>8</sup> European Parliament Resolution on the links between legal and illegal migration and integration of migrants (2004/2131 (INI)), Doc. A6-0136/2005, 9 June 2005, para. 17.
- <sup>9</sup> M-T. Gil-Bazo, 'La protección de los refugiados en la Unión Europea tras la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam a la luz del Derecho internacional de los derechos humanos', in F.M. Mariño Menéndez and C. Fernández Liesa (dirs.), *La protección de las personas y grupos vulnerables en el Derecho Europeo* (Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2001) 147-186.
- <sup>10</sup> 189 UN Treaty Series 2545, done 28 July 1951, entered into force 22 April 1954
- <sup>11</sup> Council Directive 2004/83/EC of 29 April 2004 on minimum standards for the qualification and status of third country nationals or stateless persons as refugees or as persons who otherwise need international protection and the content of the protection granted; [2004] OJ L 304/12.
- <sup>12</sup> MT Gil-Bazo, 'The Role of Spain as a Gateway to the Schengen Area: Changes in the Asylum Law and their Implications for Human Rights' (1998) 10 *International Journal of Refugee Law* 214-229.
- <sup>13</sup> Council Directive 2001/55/EC of 20 July 2001 on minimum standards for giving temporary protection in the event of a mass influx of displaced persons and on measures promoting a balance of efforts between Member States in receiving such persons and bearing the consequences thereof; [2001] OJ L 212/12.
- <sup>14</sup> Council Directive 2003/9/EC of 27 January 2003 laying down minimum standards for the reception of asylum seekers; [2003] OJ L31/18
- <sup>15</sup> Council Directive 2005/85/EC of 1 December 2005 on minimum standards on procedures in Member States for granting and withdrawing refugee status; [2005] OJ L 326/13.
- <sup>16</sup> Council Regulation (EC) No 343/2003 of 18 February 2003 establishing the criteria and mechanisms for determining the Member State responsible for examining an asylum application lodged in one of the Member States by a third-country national; [2003] OJ L 50/1.
- <sup>17</sup> Council Document 14292/1/04 REV 1, 8 December 2004, section 1.3.
- <sup>18</sup> Ibid.
- <sup>19</sup> Council Decision of 22 December 2004 providing for certain areas covered by Title IV of Part Three of the Treaty establishing the European Community to be governed by the procedure laid down in Article 251 of that Treaty (2004/927/EC) ([2004] OJ L/396/45).
- <sup>20</sup> Case C-540/03 *Parliament v Council and Commission* ([2004] OJ C/47/21).
- <sup>21</sup> Directive 2003/86/EC on the right to family reunification ([2003] OJ L/251/12).
- <sup>22</sup> Council Directive 2005/85/EC of 1 December 2005 on minimum standards on procedures in Member States for granting and withdrawing refugee status; [2005] OJ L 326/13.
- <sup>23</sup> Case C-133/06 *Parliament v Council*, Action brought on 8 March 2006.

- <sup>24</sup> Declaration on Principles of Governing External Aspects of Migration Policy, annexed to the Conclusions of the Edinburgh European Council, 11-12 December 1992. Document SN 456/92, Annex 5 to Part A, para. ix.
- <sup>25</sup> Tampere European Council, 15-16 October 1999, conclusion 11.
- <sup>26</sup> '[...] European laws or framework laws shall lay down measures for a common European asylum system comprising [...] partnership and cooperation with third countries for the purpose of managing inflows of people applying for asylum or subsidiary or temporary protection.' III-266(2)(g). [2004] OJ C310/1. The legal basis for external action in the field of asylum and migration, however, already exists in the Treaties. See J. Monar, 'The EU as an International Actor in the Domain of Justice and Home Affairs', 9 *European Foreign Affairs Review* 395-415 at 396-9.
- <sup>27</sup> *Modification of the terms of reference of the High Level Working Group on Asylum and Migration (HLWG)*, Council Document 9433/02 of 30 May 2002, 2. Despite the apparent lack of subsequent activity, the JHA Council confirmed this role at its informal meeting of 27-29 January 2005.
- <sup>28</sup> COM(2002) 703 final, of 3 December 2002.
- <sup>29</sup> Regulation (EC) No 491/2004 of the European Parliament and of the Council of 10 March 2004 establishing a program for financial and technical assistance to third countries in the areas of migration and asylum (AENEAS). [2004] OJ L80/1.
- <sup>30</sup> ix. *JHA External Relations Multi-Presidency Programme*. Council Document 5001/05 JAI 1 RELEX 1, of 3 January 2005 and *JHA External Relations Multi-Presidency Work Programme*. Council Document 10728/05 JAI 244 RELEX 355, of 1 July 2005.
- <sup>31</sup> Council Document 14292/1/04 REV 1, 8 December 2004, section 1.3.
- <sup>32</sup> MT Gil-Bazo 'The Practice of Mediterranean States in the context of the European Union's Justice and Home Affairs External Dimension. The Safe Third Country Concept Revisited'. (2006) 18 *International Journal of Refugee Law* 571-600. [www.ssrn.com](http://www.ssrn.com) (23.10.2009)
- <sup>33</sup> The Court of Justice of the European Communities (ECJ) established the primacy of Community law over the law of the Member States in the Case 6/64 *Costa v Enel* [1964] ECR-585.
- <sup>34</sup> See more details. S Peers, 'Human Rights, Asylum and European Community Law' (2004) 24(2) *Refugee Survey Quarterly* 24-38.
- <sup>35</sup> [2002] OJ C/325/5.
- <sup>36</sup> Case 29/69 *Stauder* [1969] ECR 419, para 7. See the detailed comment: *Columbia Journal of European Law* 169-181; K Lenaerts, 'Fundamental Rights in the European Union' (2000) *European Law Review* 575-600. For discussions on recent developments in the protection of human rights by the European Union, following adoption of the Charter of Fundamental Rights of the EU, see P Alston and O de Schutter (eds), *Monitoring Fundamental Rights in the EU: The contribution of the Fundamental Rights Agency* (Oxford, Hart, 2005). See on the below link: [www.lexisnexis.com](http://www.lexisnexis.com), [www.heinonline.com](http://www.heinonline.com) (22.10.2009)
- <sup>37</sup> [2000] OJ C/364/1.
- <sup>38</sup> *Ibid*, Preamble.
- <sup>39</sup> This is legally compulsory until the full entry of the constitution into force.
- <sup>40</sup> S Peers, 'Immigration, Asylum and the European Union Charter of Fundamental Rights' (2001) 3 *European Journal of Migration and Law* 141-169. see below link: [www.heinonline.com](http://www.heinonline.com) (25.12.2009)
- <sup>41</sup> And in the current state of EC law, there is no legal basis for the EC/EU to accede to human rights treaties (Opinion 2/94 *Accession by the Communities to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms* [1996] ECR I-1759). The Constitutional Treaty partly provides for that legal basis in Article 7(2), which contains an obligation for the Union to seek accession to the European Convention of Human Rights.



- <sup>42</sup> Case 812/79, *Attorney-General v Burgoa* [1980] ECR 2787, paras 6 and 10 respectively
- <sup>43</sup> Case C-62/98 *Commission v Portugal* [2000] ECR I-5171, para 49, and C-84/98 *Commission v Portugal* [2000] ECR I-5215, para 58.
- <sup>44</sup> J Klabbers, 'Moribund on the Fourth of July? The Court of Justice on Prior Agreements of the Member States' (2001) 26 *European Law Review* 196.
- <sup>45</sup> C-203/03, *Commission v Austria*, judgment of the Court 1 February 2005, paras 61-64.
- <sup>46</sup> Protocol relating to the Status of Refugees (adopted 31 January 1967, entered into force 4 October 1967) 606 UNTS 267. For an analysis of the relationship between the Directive and the Geneva Convention, ix. H Lambert, 'The EU Asylum Qualification Directive, Its Impact on the Jurisprudence of the United Kingdom and International Law' (2006) 55 *International and comparative Law Quarterly* 184-190.
- <sup>47</sup> European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms (adopted 1950, entered into force) 213 UNTS 221.
- <sup>48</sup> International Covenant on Civil and Political Rights (adopted 16 December 1966, entered into force 23 March 1976) 999 UNTS 171.
- <sup>49</sup> Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (adopted 10 December 1984, entered into force 26 June 1987) 1465 UNTS 85.
- <sup>50</sup> Directive 2003/86/EC on the right to family reunification ([2003] OJ L/251/12).
- <sup>51</sup> Advocate-General Opinion in Case C-540/03 *Parliament v Council and Commission*, delivered on 8 September 2005, para 105.
- <sup>52</sup> European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms (adopted 1950, entered into force) 213 UNTS 221.
- <sup>53</sup> Case C-540/03 *Parliament v Council and Commission*, judgment of 27 June 2006, paras 62-64, not yet reported.
- <sup>54</sup> Doc. 14348/02 JUR 449 ASILE 67, 15 November 2002, paras 5 and 7. Official access to this document has been refused by the Council (with the vote against by Sweden). See Letter from the General Secretariat of the Council of 23 May 2005, refusing full access to Documents 10560/02 and 14348/02, Doc. 9727/05 INF 111 API 85 JUR 240, of 3 June 2005. However, the document is available at: <http://www.statewatch.org/newx/2002/dec/14348.02.doc>. See discussion on this issue.: MT Gil-Bazo 'Refugee status, subsidiary protection, and the right to be granted asylum under EC law' *New Issues in Refugee Research*, Research Paper No. 136 (Geneva, UNHCR, November 2006) 14-20.
- <sup>55</sup> See, for instance, Case C-280/93 *Germany v Council* [1993] ECR I-4973 and Case C-122/95 *Germany v Council* [1995] ECR I-973.
- <sup>56</sup> *T.I. v the United Kingdom*, decision of 7 March 2000, 15, *Reports of Judgments and Decisions* 2000-III.
- <sup>57</sup> Schengen Agreement Between the Governments of the States of the Benelux Economic Union, the Federal Republic of Germany and the French Republic on the Gradual Abolition of Checks at the Common Frontiers, published at (1991) 30 *International Legal Materials* 73.
- <sup>58</sup> Convention Applying the Schengen Agreement of 14 Jun 1985 Between the Governments of the States of the Benelux Economic Union, the Federal Republic of Germany and the French Republic on the Gradual Abolition of Checks at the Common Frontiers, published at (1991) 30 *International Legal Materials* 84
- <sup>59</sup> Convention determining the State responsible for examining applications for asylum lodged in one of the Member States of the European Communities - Dublin Convention. [1997] OJ C254/1.
- <sup>60</sup> Article 24 of the Council Regulation (EC) No 343/2003 of 18 February 2003 establishing the criteria and mechanisms for determining the Member State responsible for examining an asylum application lodged in one of the Member States by a third-country national. [2003] OJ L50/1.

- <sup>61</sup> Commission staff working paper, 'Revisiting the Dublin Convention: developing Community legislation for determining which Member State is responsible for considering an application for asylum submitted in one of the Member States' SEC (2000) 522, para 55.
- <sup>62</sup> Ibid, para 59.
- <sup>63</sup> Recital 2 of the Council Regulation (EC) No 343/2003 of 18 February 2003 establishing the criteria and mechanisms for determining the Member State responsible for examining an asylum application lodged in one of the Member States by a third-country national [2003] Official Journal L50/1.
- <sup>64</sup> See. the House of Lords decision in the case of Regina v. Secretary of State for the Home Department, Ex Parte Adan Regina v. Secretary of State for the Home Department, Ex Parte Aitseguer (Conjoined Appeals), judgment of 19 December 2000. The House of Lords ruled against the removal of the two applicants to France and Germany in application of the Dublin Convention on the grounds that the interpretation of the Geneva Convention made by those countries did not guarantee the protection of the applicants.
- <sup>65</sup> *T.I. v the United Kingdom*, decision of 7 March 2000, 15, *Reports of Judgments and Decisions* 2000-III.
- <sup>66</sup> Council Framework Decision of 13 June 2002 on the European arrest warrant and the surrender procedures between Member States (2002/584/JHA); [2002] OJ L190/1.
- <sup>67</sup> Articles 23(4)(c)(ii), 25(2)(c), 27, and 36., Council Directive 2005/85/EC of 1 December 2005 on minimum standards on procedures in Member States for granting and withdrawing refugee status [2005] OJ L326/13.
- <sup>68</sup> Letter from the UK Government, See note 6.
- <sup>69</sup> C. Phuong, 'Identifying states' responsibilities towards refugees and asylum seekers'. Paper presented at the ESIL Research Forum on International Law, May 2005. See link: [www.ssrn.com](http://www.ssrn.com) (25.11.2009)
- <sup>70</sup> A. Fortin, *The 'Safe Third Country' Policy in the light of the international obligations of countries vis-à-vis refugees and asylum seekers* (London, 1993), paras. 1.1-1.2 and 2.2-2-3. See link: [www.ssrn.com](http://www.ssrn.com) (25.11.2009)

არასახელმწიფოებრივი ერთეულების  
ვალდებულებები ადამიანის უფლებებთან  
დაკავშირებით – პასუხისმგებლობის ტვირთის გადატანა  
სახელმწიფოებიდან არასახელმწიფოებრივ ერთეულებზე

*„ადამიანის უფლებები არის კვინტესენციური ღირებულებები, რომელთა საშუალებითაც ჩვენ ვადასტურებთ, რომ ვართ ადამიანთა ერთიანი საზოგადოება.“*

*ბუტროს ბუტროს გალი*

**A. შესავალი**

ტრადიციულად სახელმწიფოები საერთაშორისო დონეზე ერთადერთი მოთამაშენი იყვნენ. თუმცა ამჟამად უდავოა, რომ არასახელმწიფოებრივი ერთეულები მონაწილეობენ საერთაშორისო ურთიერთობების ყველა სფეროში. უფრო და უფრო მეტი ავტორი მიიჩნევს, რომ ტრადიციული მიდგომა მოძველებულია და არასახელმწიფოებრივი ერთეულების პასუხისმგებლობა ხელახლა უნდა იქნეს შესწავლილი, გლობალური ცვლილებების გათვალისწინებით, რომელთა შედეგია არასახელმწიფოებრივი ერთეულების უფლებამოსილების გაზრდა და სახელმწიფოთა უფლებამოსილების შეზღუდვა.<sup>1</sup>

არასახელმწიფოებრივი ერთეულის ცნების განმარტებისას, როგორც წესი, გულისხმობენ ნებისმიერ ერთეულს, რომელიც, ფაქტობრივად, სახელმწიფო არ არის და მას იყენებენ შეიარაღებულ დაჯგუფებებზე, ტერორისტებზე, სამოქალაქო საზოგადოებაზე, რელიგიურ ჯგუფებზე ან კორპორაციებზე მითითებისას.<sup>2</sup> ზოგადი წესის თანახმად, არასახელმწიფოებრივი ერთეულები არ არიან ადამიანის უფლებების შესახებ საერთაშორისო ხელშეკრულებების წევრები და არც ასეთი ხელშეკრულებები

(ან ამ სფეროში მოქმედი ჩვეულებითი სამართალი) ითვალისწინებს ვალდებულებებს მათთვის.<sup>3</sup>

ისტორიულად ადამიანის უფლებები მიენიჭათ ინდივიდებს სახელმწიფოებისაგან მათ დასაცავად; სახელმწიფოთა ზოგიერთი ფუნქცია გადანაწილდა სხვა წარმონაქმნებზე (ერთეულებზე), რომელთაც შესაძლოა დაარღვიონ აღნიშნული უფლებები; შესაბამისად, ჩვენ შეგვიძლია ვამტკიცოთ, რომ ასეთ ერთეულებს უნდა მოეწოდოთ, პატივი სცენ ადამიანის უფლებებს ინდივიდებთან მიმართებით.<sup>4</sup>

ჩვენი აზრით, ყოველგვარ ეჭვგარეშეა, რომ არასახელმწიფოებრივ ერთეულებს აქვთ შესაძლებლობა, დაარღვიონ ადამიანის უფლებები, რომლებიც არ უნდა დარჩეს დაუსჯელი და, შესაბამისად, საერთაშორისო თანამეგობრობამ ყველა ღონე უნდა იხმაროს, რათა მათ პასუხისმგებლობა დააკისროს ადამიანის უფლებათა სამართლის დარღვევისათვის.

წინამდებარე ნაშრომის პირველ ნაწილში განხილულია არასახელმწიფოებრივი ერთეულების ვალდებულებები ადამიანის უფლებებთან მიმართებით შეიარაღებული კონფლიქტის დროს და ასევე განსაზღვრულია ის მოთამაშენი, რომელთაც შეიძლება დაეკისროთ ვალდებულება, პატი-

ვი სცენ ადამიანის უფლებების შესახებ ნორმებს. გარდა ამისა, წინამდებარე ნაშრომი ასევე შეეხება არასახელმწიფოებრივი ერთეულების ვალდებულებებს ადამიანის უფლებებთან მიმართებით მშვიდობიან დროს, რომლებიც, ძირითადად, გამომდინარეობენ საერთაშორისო ხელშეკრულებებიდან და კონვენციებიდან.

სტატიის ბოლო ნაწილში ყურადღება გამახვილებულია არასახელმწიფოებრივი ერთეულების მიერ ჩადენილ ადამიანის უფლებათა დარღვევებისათვის პასუხისმგებლობის საკითხებზე. მართალია, ბევრი საშუალება არსებობს, სახელმწიფოებს დაეკისროთ პასუხისმგებლობა არასახელმწიფოებრივი ერთეულების მიერ ჩადენილ ადამიანის უფლებათა დარღვევებისათვის, წინამდებარე სტატიაში განიხილება სახელმწიფოთა მიერ ვალდებულებების კეთილსინდისიერად შესრულების მოვალეობის (due diligence obligation) დარღვევისა და უშუალოდ არასახელმწიფოებრივი ერთეულებისათვის პასუხისმგებლობის დაკისრების საკითხები. შეიძლება მივიჩნიოთ, რომ სამართალდამრღვევის დაპატიმრება სამართლიანი დაკმაყოფილებაა, თუმცა ეს ასე არ არის: როგორც ქვემოთ ვნახავთ, არასახელმწიფოებრივი ერთეულებისათვის ადამიანის უფლებების დარღვევების გამო პასუხისმგებლობის დაკისრებას უამრავი უპირატესობა აქვს და, ამასთან, ადამიანის უფლებების საყოველთაო დაცვის ერთადერთი საშუალებაა.

## **B. არასახელმწიფოებრივი**

### **ერთეულების პასუხისმგებლობა**

#### **ადამიანის უფლებებთან**

#### **მიმართებით კონფლიქტის დროს**

პირველი კითხვა, რომელიც შეიძლება ადამიანს გაუჩნდეს, როდესაც საუბრობს შეიარაღებულ არასახელმწიფოებრივ ერთეულებზე, არის ის, რამდენად შესაძლებელია მათთვის პასუხისმგებლობის დაკისრება კონფლიქტის არეში ჩადენილ ადამიანის უფლებათა დარღვევებისათვის, თუ ისინი არ არიან კომბატანტის რეჟიმის მარეგულირებელი არც ერთი ხელშეკრულების წევრები.<sup>5</sup>

ამ კითხვაზე პასუხის გასაცემად აუცილებელია იმის განსაზღვრა, თუ რომელ არ-

ასახელმწიფოებრივ ერთეულს შეიძლება ჰქონდეს ვალდებულება კონფლიქტის დროს.

## **I. შეიარაღებულ კონფლიქტში**

### **არასახელმწიფოებრივი**

#### **ერთეულების განმარტება**

არასახელმწიფოებრივი ერთეული ჩაითვლება ორგანიზებულ შეიარაღებულ ჯგუფად, რომელსაც აქვს უფლებები და მოვალეობები შეიარაღებულ კონფლიქტში, თუ იგი აკმაყოფილებს რამდენიმე კრიტერიუმს. *Akayesu*-ს საქმეზე რუანდის სისხლის სამართლის ტრიბუნალმა დაადგინა, რომ შეიარაღებულ ჯგუფებს უნდა ჰყავდეთ ორგანიზებული სამხედრო ძალა, მათ ქმედებაზე პასუხისმგებელი ხელისუფალი, უნდა მოქმედებდეს განსაზღვრული ტერიტორიის ფარგლებში და ჰქონდეთ საშუალება, პატივი სცენ კონვენციას ან უზრუნველყონ მისი პატივისცემა.<sup>6</sup>

პასუხისმგებელი ხელმძღვანელობის არსებობა მეტ-ნაკლებად გულისხმობს აჯანყებული შეიარაღებული ჯგუფის ან დისიდენტი შეიარაღებული ძალების ორგანიზებულობას, თუმცა ყოველთვის არ ნიშნავს, რომ არსებობს იერარქიული სისტემა, რომელიც ფლობს რეგულარულ შეიარაღებულ ძალებს.<sup>7</sup> შეიარაღებული ჯგუფის ან დისიდენტი ძალების ორგანიზაცია იმგვარი უნდა იყოს, რომ მათ შეეძლოთ შეთანხმებული სამხედრო ოპერაციების დაგეგმვა და განხორციელება და *de facto* ხელისუფლების სახელით წესრიგის დამყარება.<sup>8</sup>

II დამატებითი ოქმის 1-ლი მუხლი ასევე ითვალისწინებს, რომ მონიშნულ შემთხვევაში შეიარაღებულ ჯგუფებსაც უნდა შეეძლოთ *მაღალი* ხელშემკვრელი სახელმწიფოს ტერიტორიაზე „ისეთი“ კონტროლის განხორციელება, რომ საშუალება ჰქონდეთ განახორციელონ უწყვეტი და შეთანხმებული საომარი მოქმედებანი და გამოიყენონ ეს ოქმი.<sup>9</sup> სიტყვა „ისეთი“ (“such”) არის განმარტების გასაღები. კონტროლი საკმარისი უნდა იყოს იმისთვის, რომ განხორციელდეს ხანგრძლივი და შეთანხმებული სამხედრო ოპერაცია და მაშინ შესაძლებელი იქნება ოქმის გამოყენება.<sup>10</sup> შესაბამისად, როდესაც სახეზეა ზემოაღნიშნული კრიტერიუმები, ჩვენ მივიჩნევთ, რომ ორგანიზებული შეიარაღებული ჯგუფების მიმართ გამოიყ-

ენება შეიარაღებულ კონფლიქტებში ადამიანის უფლებების მარეგულირებელი წესები.

### **II. როგორ შეიძლება დაეკისროთ არასახელმწიფოებრივ ერთეულებს ადამიანის უფლებების დაცვა კონფლიქტურ სიტუაციებში**

1980-იან და 90-იან წლებში მნიშვნელოვანი ცვლილებები განიცადეს ადამიანის უფლებების საერთაშორისო სტანდარტებმა, როდესაც ამ სფეროში მოქმედმა მნიშვნელოვანმა ორგანიზაციებმა – „საერთაშორისო ამნისტიამ“ და „Human Rights Watch“-მა შეცვალეს ადამიანის უფლებების დარღვევის განმარტება და მას დაამატეს დარღვევები არასახელმწიფოებრივი ერთეულების მიერ. ამ პერიოდის შემდეგ მომზადებული ოფიციალური განცხადებები და ანგარიშები ასახავდა ასეთ მიდგომას და ჩამოყალიბდა გლობალური (საყოველთაო) პრაქტიკა, რათა „შეარცხვინონ და დაასახელონ“ შეიარაღებული ჯგუფები, რომლებიც პასუხისმგებელი არიან ადამიანის უფლებების დარღვევაზე.<sup>11</sup>

კოლუმბიაში ადამიანის უფლებების მდგომარეობის შესახებ მეორე ანგარიშში (1993 წელი) ინტერამერიკულმა კომისიამ განაცხადა, რომ შეიარაღებული ჯგუფების ქმედებანი „სავალალო ყველაზე მნიშვნელოვანი ადამიანის უფლებების განხორციელებისათვის“.<sup>12</sup> გაეროს ადამიანის უფლებების კომისიის სპეციალურმა მომხსენებლებმა და სამუშაო ჯგუფების თავმჯდომარეებმაც აღნიშნეს „ადამიანის უფლებებით სარგებლობასთან მიმართებით უარყოფითი შედეგები, რომლებიც შეიძლება გამოიწვიოს შეიარაღებული ჯგუფების ქმედებებმა.“<sup>13</sup>

გენერალური მდივნის მოხსენებაში მინიმალური ჰუმანიტარული სტანდარტების შესახებ, რომელიც წარდგენილ იქნა ადამიანის უფლებათა კომისიის ორმოცდამეტოთხმეტე სხდომაზე, განხილული იყო ადამიანის უფლებების დარღვევებისათვის არასახელმწიფოებრივი ერთეულების პასუხისმგებლობის საკითხი, კერძოდ: „ეჭვგარეშეა, შეიარაღებული ჯგუფის მიერ სამოქალაქო პირის მოკვლა, ადამიანების გამოსახლება საკუთარი სახლებიდან, ან სხვაგვარად დაშინებისა და არადის-

კრიმინიციული ძალადობის აქტების განხორციელება პოტენციურად საერთაშორისო მნიშვნელობის საკითხია. [...] გაეროს ერთ-ერთი უმნიშვნელოვანესი მიღწევაა ადამიანის უფლებების საერთაშორისო სამართლის განვითარება, რომელიც ითვალისწინებს სახელმწიფოთა პასუხისმგებლობას, როგორც ზოგად სტანდარტს. გამონკვევა ისაა, რომ შევინარჩუნოთ ეს მიღწევა და, ამავ დროს, უზრუნველყოთ ადამიანის უფლებების კონცეფციის ჩვენ გარშემო მსოფლიოსთან რელევანტურობა.“<sup>14</sup>

არასახელმწიფოებრივი ერთეულების პასუხისმგებლობასთან დაკავშირებით ასევე მნიშვნელოვანი და სასარგებლოა გაეროს უშიშროების საბჭოს პრაქტიკა, რომელიც ხაზს უსვამს ადამიანის უფლებების სავალდებულო მოქმედებას ასეთი ერთეულების მიმართ. გვინება-ბისაუს თაობაზე მიღებული 1216-ე რეზოლუციით გაეროს უშიშროების საბჭო მოუწოდებდა:

*„ყველას, მთავრობისა და თვითგამოცხადებული სამხედრო ხუნტის ჩათვლით, ზუსტად დაიცვან საერთაშორისო სამართლის შესაბამისი დებულებები ჰუმანიტარული და ადამიანის უფლებების სამართლის ჩათვლით, და უზრუნველყონ საერთაშორისო ჰუმანიტარული ორგანიზაციების უსაფრთხო და შეუფერხებელი ურთიერთობა იმ პირობებთან, რომელთაც ესაჭიროებათ დახმარება კონფლიქტის შედეგად.“<sup>15</sup>*

ასევე, 2003 წლის 1509-ე რეზოლუციით ლიბერიაში კონფლიქტის შესახებ უშიშროების საბჭომ მოითხოვა:

*„რომ ყველა მხარემ შეწყვიტოს ადამიანის უფლებების დარღვევა და სასტიკი მოპყრობა ლიბერიის მოსახლეობის წინააღმდეგ და ხაზს უსვამს დამნაშავეთა პასუხისგებაში მიცემის აუცილებლობას.“<sup>16</sup>*

შეიარაღებულ კონფლიქტში ბავშვების შესახებ დამატებითი ოქმის, რომელიც ჰუმანიტარული სამართლისა და ადამიანის უფლებების სამართლის ნაწილია, 4(1) მუხლი ითვალისწინებს, რომ შეიარაღებულმა ჯგუფებმა „არ უნდა [...] დაიქირავონ ან გამოიყენონ“ ბავშვები შეიარაღებულ კონფლიქტში. ოქმის პრეამბულაში აღიარებულია არასახელმწიფოებრივი შეიარაღებული ჯგუფების „პასუხისმგებლობა“ და „უდიდესი შეშფოთებით“ დაგ-

მოხილია ასეთი ჯგუფების მიერ ბავშვების „დაქირავება, მომზადება და გამოყენება.“<sup>17</sup>

მნიშვნელოვანია შეიარაღებული კონფლიქტების დროს ან შემდეგ სახელმწიფოებსა და არასახელმწიფოებრივ ერთეულებს შორის გაფორმებული წერილობითი შეთანხმებების აღნიშვნაც, რომელთა ანალიზი აჩვენებს, რომ თავად მხარეები აღიარებდნენ ადამიანის უფლებების სამართლის სავალდებულო ძალას არასახელმწიფოებრივ ერთეულებთან მიმართებით. მაგალითად, ელ-სალვადორსა და ფარაბუნდო მარტი ეროვნულ-განმათავისუფლებელ ფრონტს (*Frente Farabundo Martí para la Liberación Nacional – FMLN*) შორის გაფორმებული სან-ხოსეს ადამიანის უფლებების შესახებ შეთანხმების პრეამბულა შეიცავს შემდეგ პუნქტს: „იმის გათვალისწინებით, რომ *Frente Farabundo Martí para la Liberación Nacional*-ს აქვს შესაძლებლობა, სურვილი და აღიარებს ვალდებულებას, პატივი მიაგოს ადამიანის განუყოფელ ატრიბუტებს.“<sup>18</sup> ამ შეთანხმების თაობაზე ჩემპენმა განაცხადა: „ეს მაგალითი ააშკარავებს, თუ რამდენად შორს წავიდა შეიარაღებულ კონფლიქტში აჯანყებულების აღიარება ადამიანის უფლებების დაცვის მიზნებისათვის. ასეთ სიტუაციებში არასახელმწიფოებრივი ერთეულის მოვალეობა სცდება შეიარაღებული კონფლიქტის ხანგრძლივობას და შეიარაღებული კონფლიქტის კანონებს,“<sup>19</sup>

გამოჩენილ იურისტთა უმრავლესობა თანხმდება იმაზე, რომ ადამიანის უფლებების დაცვა სავალდებულოა არა მარტო სახელმწიფოებისათვის, არამედ არასახელმწიფოებრივი ერთეულებისათვისაც. როგორც შრი-ლანკის შესახებ ანგარიშში პროფესორმა ალსტონმა აღნიშნა: „როგორც არასახელმწიფოებრივ ერთეულს, ტამილ ეალამის განმათავისუფლებელ ლომებს (*LTTE*), არ აქვს სამოქალაქო და პოლიტიკური უფლებების პაქტიდან გამომდინარე იურიდიული ვალდებულება, თუმცა საერთაშორისო თანამეგობრობა მისგან მოთხოვს, რაც პირველად გაცხადდა ადამიანის უფლებების საყოველთაო დეკლარაციაში, რომ საზოგადოების ყველა ორგანომ პატივი სცეს და ხელი შეუწყოს ადამიანის უფლებებს.“<sup>20</sup>

დღეგრე ფლეკი მიიჩნევს: „თუ არასახელმწიფოებრივ ერთეულებს აქვთ ადამი-

ანის უფლებები, ლოგიკურია, რომ მათ ჰქონდეთ ვალდებულებები, რომლებიც არ უნდა განსხვავდებოდეს საერთაშორისო ჰუმანიტარული სამართლით მეამბოხეთათვის გათვალისწინებულიდან. აშკარაა, არსებობს ტენდენცია, რომ არასახელმწიფოებრივი ერთეულები დაექვემდებარონ ადამიანის უფლებების სამართალს.“<sup>21</sup>

და ბოლოს, ზემოაღნიშნული მაგალითების განხილვის შემდეგ მივდივართ დასკვნამდე, რომ არასახელმწიფოებრივი ერთეულები ვალდებულნი არიან, პატივი სცენ ადამიანის უფლებების გარკვეულ კატეგორიას, თუმცა მხედველობიდან არ უნდა გამოგვრჩეს, თუ რამდენად აქვთ მათ შესაძლებლობა, დაიცვან ყველა ნორმა ადამიანის უფლებების შესახებ. თვით სახელშეკრულებო ადამიანის უფლებების სამართალი ითვალისწინებს, რომ სახელმწიფომ გადაადგას „მის ხელთ არსებული“ ყველა ნაბიჯი, რათა შეასრულოს აღებული ვალდებულებები ადამიანის უფლებების დაცვასთან დაკავშირებით.<sup>22</sup>

### **C. არასახელმწიფოებრივი ერთეულების ვალდებულებები ადამიანის უფლებებთან დაკავშირებით შეიარაღებული კონფლიქტის გარეთ**

მართალია, სახელმწიფოებს ეკისრებათ პასუხისმგებლობა ადამიანის უფლებების დაცვაზე არასახელმწიფოებრივი ერთეულების ქმედებებთან დაკავშირებით, მაინც ეს უკანასკნელნი პასუხისმგებელნი არიან საკუთარ ქმედებებზე. საყოველთაოდ აღიარებული ადამიანის უფლებებისა და ძირითადი თავისუფლებების ხელშეწყობისა და დაცვისათვის ინდივიდების, ჯგუფებისა და საზოგადოებრივი ორგანიზაციების უფლებისა და პასუხისმგებლობის შესახებ დეკლარაციის შესაბამისად:

„არავინ უნდა მიიღოს მონაწილეობა ქმედებით ან უმოქმედობით ადამიანის უფლებებისა და ძირითად თავისუფლებათა დარღვევაში... (მე-10 მუხლი).“<sup>23</sup>

მიუხედავად იმისა, რომ ადამიანის უფლებების დაცვის ვალდებულების მთავარი ადრესატები სახელმწიფოები არიან, ადამიანის უფლებების შესახებ ძირითადი დოკუმენტების ტექსტები იმგვარადაა ჩა-

მოყალიბებული, რომ მათი მოქმედების სფერო არ არის მკაცრად შეზღუდული სახელმწიფოებით.<sup>24</sup> ადამიანის უფლებათა საყოველთაო დეკლარაცია აკისრებს არასახელმწიფოებრივ ერთეულებს ვალდებულებებს ადამიანის უფლებებთან მიმართებით; კერძოდ, 29-ე მუხლის თანახმად: „ყოველ ადამიანს აქვს მოვალეობანი საზოგადოების წინაშე“. იქვე განმარტებულია ჯგუფებისა და ინდივიდების მოვალეობა, „არ მიაყენოს ზიანი“, რაც მოიცავს არასახელმწიფოებრივ ერთეულებსაც. მსგავსი დებულება გვხვდება სამოქალაქო და პოლიტიკური უფლებების საერთაშორისო პაქტში, რასობრივი დისკრიმინაციის ყველა ფორმის აღმოფხვრის შესახებ 1966 წლის კონვენციაში, 1966 წლის ეკონომიკური, სოციალური და კულტურული უფლებების საერთაშორისო პაქტსა და ბავშვთა უფლებათა დაცვის შესახებ კონვენციაში, ასევე ადამიანის უფლებების შესახებ რეგიონულ ხელშეკრულებებში. ყველა ამ დოკუმენტის განმარტება შესაძლებელია იმგვარად, რომ ისინი ვალდებულებას აკისრებენ არასახელმწიფოებრივ ერთეულებს.<sup>25</sup>

ადამიანის უფლებათა და ძირითად თავისუფლებათა დაცვის ევროპული კონვენციის მე-13 მუხლის თანახმად: „ყველას, ვისაც დაერღვა კონვენციით გათვალისწინებული უფლებები და თავისუფლებები, ექნება ეფექტური ზომის მიღების უფლება ეროვნული ხელისუფლების წინაშე, თუნდაც ეს დარღვევა ჩადენილ იქნეს იმ პირების მიერ, რომლებიც მოქმედებდნენ ოფიციალური უფლებამოსილებით.“ შესაძლებელია, ამ მუხლის განმარტებისას ვიგულისხმოთ, რომ არა მხოლოდ ოფიციალური უფლებამოსილებით მოქმედმა პირებმა შეიძლება დაარღვიონ ადამიანის უფლებები, არამედ არასახელმწიფოებრივმა წარმონაქმნებმაც.<sup>26</sup>

გენოციდის დანაშაულის პრევენციისა და დასჯის შესახებ კონვენციის დებულებები ასევე ითვალისწინებს ინდივიდების პასუხისმგებლობას საერთაშორისო დონეზე, ვინაიდან იგი გამოიყენება „კონსტიტუციურად პასუხისმგებელი მმართველების, საჯარო მოხელეებისა და კერძო პირების“ მიმართ;<sup>27</sup> აპარტიდის შესახებ კონვენციაც აკისრებს საერთაშორისო პასუხისმგებლობას ინდივიდებს ადამიანის უფლებების დარღვევისათვის.<sup>28</sup>

არ მიგვაჩნია კეთილგონივრულად, რომ ტრადიციული მიდგომა, რომლის თანახმადაც ადამიანის უფლებების შესახებ ნორმები სავალდებულოა მხოლოდ სახელმწიფოებისათვის, უნდა დარჩეს ერთადერთ მოსაზრებად, ვინაიდან სამართლის დღევანდელი განვითარება ითვალისწინებს გაზრდილ დაცვას და არსებულ რეალობას. ფაქტია, რომ ბევრი ადამიანი იტანჯება ძლევამოსილი ან, შეიძლება, სუსტი არასახელმწიფოებრივი ერთეულების მიერ ადამიანის უფლებების დარღვევის შედეგად.<sup>29</sup> თუ უარვყოფთ, რომ ადამიანის უფლებების სამართალი გამოიყენება არასახელმწიფოებრივი ერთეულების მიმართ, მაშინ უარვყოფთ ადამიანის უფლებების დარღვევის თაობაზე წარდგენილ საჩივრებსაც.<sup>30</sup>

**D. არასახელმწიფოებრივი ერთეულების მიერ ადამიანის უფლებების დარღვევაზე პასუხისმგებლობა – სახელმწიფოები თუ არასახელმწიფოებრივი წარმონაქმნები?**

სანამ უშუალოდ ადამიანის უფლებების დარღვევაზე პასუხისმგებლობის საკითხს განვიხილავდეთ, უნდა გავაკეთოთ ერთი ზოგადი ხასიათის შენიშვნა: მართალია, *კლეფტემბა* აღნიშნა ადამიანის უფლებათა და ძირითად თავისუფლებათა დაცვის კონვენციასთან მიმართებით, რომ სახელმწიფოთა პასუხისმგებლობის შესახებ საერთაშორისო სამართალი არ გამოიყენება ადამიანის უფლებათა კონტექსტში, როგორც პრაქტიკამ აჩვენა, ადამიანის უფლებათა ორგანოები იყენებენ სახელმწიფოთა პასუხისმგებლობის ზოგად პრინციპებს.<sup>31</sup>

**I. სახელმწიფოთა პასუხისმგებლობა „ვალდებულების კეთილსინდისიერად შესრულების“ მოვალეობის დარღვევისათვის**

ზოგადად, სახელმწიფოს არ ეკისრება პასუხისმგებლობა, თუ კერძო პირი ჩაიდენს დანაშაულს სხვა სახელმწიფოს ან არასახელმწიფოებრივი ერთეულის წინააღმდეგ.<sup>32</sup> თუმცა *კორფუს არხის* საქმეზე მართლმსაჯულების საერთაშორისო სასამართლომ დაადგინა: „არც ერთმა სახელმწიფომ არ შეიძლება შეგნებულად მისცეს შესაძ-

ლებლობა ვინმეს, რომ მისი ტერიტორია გამოყენებულ იქნეს სხვა სახელმწიფოს ინტერესების საწინააღმდეგოდ<sup>33</sup>. ზიანის პრევენციის ზოგადი პრინციპი ასევე გამოყენებულია ადამიანის უფლებების საერთაშორისო სამართალში. თუ სახელმწიფო ვერ გაატარებს შესაბამის ღონისძიებებს და კონკრეტული პირები, მიუხედავად ამისა, გამოიწვევენ ზიანს, ეს ქმედებები არ შეეარაჯება სახელმწიფოს, თუმცა მას დაეკისრება პასუხისმგებლობა ამ ქმედებების პრევენციის ღონისძიებების განუხორციელებლობის გამო. ამ სტატიის ნაწილი განიხილავს ჩვეულებითი სამართალს, რათა განისაზღვროს ვალდებულებების კეთილსინდისიერად შესრულების მოვალეობის ასპექტები და კეთილგონიერების ფარგლებში დაცულ იქნეს ადამიანის უფლებები არასახელმწიფოებრივ ერთეულთა ქმედებებისაგან.

ვალდებულების კეთილსინდისიერად შესრულების (due diligence) სტანდარტი ჩამოყალიბდა საერთაშორისო სამართალში, რაც ნიშნავს სახელმწიფოს ვალდებულებას, თავიდან აიცილოს, გამოიძიოს, დასაჯოს და უზრუნველყოს დაცვის საშუალებები ძალადობის აქტებთან მიმართებით, მიუხედავად იმისა, ისინი ჩაიდინა კერძო თუ საჯარო პირმა.<sup>34</sup> საერთაშორისო სამართლის აღნიშნული პრინციპი, რომელიც ასევე განამტკიცა თეირანის მძევალთა საქმეზე გადაწყვეტილებამ, ითვალისწინებს: თუ საერთაშორისო სამართლის ნორმა აკისრებს ვალდებულების კეთილსინდისიერად შესრულების მოვალეობას, ინდივიდთა ქმედება აძლიერებს სახელმწიფოს პასუხისმგებლობას, როდესაც ხელისუფლების ორგანოებს (ა) ჰქონდათ ინფორმაცია მათი მხრიდან ქმედების აუცილებლობის თაობაზე, (ბ) ამ მოვალეობის შესრულების საშუალება ჰქონდათ და (გ) არ გამოიყენეს თავიანთ ხელთ არსებული საშუალებები.<sup>35</sup>

გენოციდის საქმეზე მართლმსაჯულების საერთაშორისო სასამართლომ დაადგინა შემდეგი:

*„რათა დავადგინოთ, რომ სახელმწიფომ დაარღვია პრევენციის ვალდებულება, არ არის აუცილებელი, დავადგინოთ, რომ სახელმწიფოს ჰქონდა ძალაუფლება, თავიდან აეცილებინა გენოციდი; საკმარისია იმის დადგენა, რომ მას ჰქონდა საშუ-*

*ალება, ასე მოქცეულიყო, თუმცა აშკარად თავი შეიკავა მათი გამოყენებისაგან“.*<sup>36</sup>

საინვესტიციო დავების საერთაშორისო ცენტრმა (შემდგომში – ICSID) ასევე განიხილა სახელმწიფოთა მიერ ვალდებულების კეთილსინდისიერად შესრულების საკითხი და შპს აზიის სასოფლო-სამეურნეო პროდუქტების შრი-ლანკის რესპუბლიკის წინააღმდეგ საქმეზე განაცხადა შემდეგი:

*„მასპინძელი სახელმწიფოს მიერ სათანადო დაცვის უზრუნველყოფა არის უპირველესი მოვალეობა, რომლის შეუსრულებლობა იწვევს საერთაშორისო პასუხისმგებლობას. უფრო მეტიც, არსებობს სახელმწიფოთა ექსტენსიური და თანამიმდევრული პრაქტიკა, რომელიც ითვალისწინებს ვალდებულების კეთილსინდისიერად შესრულების მოვალეობას“.*<sup>37</sup>

ერთრეა-ეთიოპიის პრეტენზიების კომისიამ პირველ გადანყვეტილებაში განაცხადა:

*„მართალია, კომისიას არ გააჩნია მტკიცებულება, რომ ეთიოპია ახალისებდა თავის ჯარისკაცებს, აბუჩად აეგდოთ სამხედრო ტყვეები, გარდაუვლად მიგვაჩნია დავასკვნათ: ეთიოპიამ ვერ განახორციელა საერთაშორისო სამართლით გათვალისწინებული ეფექტიანი ღონისძიებები, რათა თავიდან აეცილებინა ასეთი მოპყრობა. შესაბამისად, ეთიოპია პასუხისმგებელია ასეთი უმოქმედობის გამო“.*<sup>38</sup>

ადამიანის უფლებების სამართლით გათვალისწინებული დაცვის, ხელშეწყობისა და შესრულების პოზიტიური ვალდებულება ასევე ითვალისწინებს კეთილსინდისიერი ქცევის მოვალეობას; თუმცა ვალდებულებების კეთილსინდისიერად შესრულების მოვალეობასთან დაკავშირებული დისკუსიები უფრო ფართო სპექტრს მოიცავს, ვიდრე სახელმწიფოთა მიერ საერთაშორისო სამართალთან მხოლოდ სრულ შესაბამისობას; ასეთია, მაგალითად, არასახელმწიფოებრივი ერთეულების ქმედებებზე პასუხისმგებლობა.<sup>39</sup> ადამიანის უფლებებთან დაკავშირებით ვალდებულებათა კეთილსინდისიერად შესრულების მოვალეობის საკითხი ასევე განიხილა ადამიანის უფლებების ინტერამერიკულმა სასამართლომ ველასკეს როდრიგესის საქმეში:



„უკანონო ქმედებამ, რომელიც არღვევს ადამიანის უფლებებს და უშუალოდ არ შეიძლება შეერაცხოს სახელმწიფოს, შეიძლება, გამოიწვიოს სახელმწიფოს საერთაშორისო ვალდებულება არა თავად ქმედების გამო, არამედ იმიტომ, რომ ვალდებულება, თავიდან აეცილებინა ან რეაგირება მოეხდინა დარღვევაზე, არ შესრულდა კეთილსინდისიერად, როგორც ამას ითვალისწინებს კონვენცია.“<sup>40</sup>

ადამიანის უფლებათა ევროპულმა სასამართლომ გამოიყენა ვალდებულების კეთილსინდისიერად შესრულების მოვალეობის განსხვავებული სტანდარტი საქმეზე *ოსმანი გაერთიანებული სამეფოს წინააღმდეგ (1998)* და ამ სასამართლოს პრეცედენტული სამართალი არასახელმწიფოებრივი ერთეულების მიერ ადამიანის უფლებათა დარღვევებზე, სახელმწიფოთა ვალდებულებებთან დაკავშირებით, სწორედ ამ მიმართულებით განვითარდა.<sup>41</sup>

როგორც ყოველივე ზემოაღნიშნული ნათლად ადასტურებს, არსებობს ვალდებულებათა კეთილსინდისიერად შესრულების პოზიტიური მოვალეობა, რაც გულისხმობს, რომ სახელმწიფოებმა უნდა განახორციელონ ყველა აუცილებელი ღონისძიება, რათა თავიდან აიცილონ არასახელმწიფოებრივი ერთეულების მიერ ადამიანის უფლებების დარღვევა და უზრუნველყონ სათანადო კომპენსაცია ამ დარღვევების მსხვერპლთათვის. თუმცა ჩვენ მივიჩნევთ, რომ ადამიანის უფლებების სამართლის ეფექტიანი გამოყენებისათვის აუცილებელია, არასახელმწიფოებრივ ერთეულებს უშუალოდ დეკისოთ პასუხისმგებლობა დარღვევისათვის.

## **II. შეიძლება არასახელმწიფოებრივ ერთეულებს პირდაპირ დაეკისროთ პასუხისმგებლობა ადამიანის უფლებების დარღვევისათვის?**

მიუხედავად იმისა, რომ ვალდებულებათა კეთილსინდისიერად შესრულების მოვალეობა ზოგ შემთხვევაში ძალიან სასარგებლოა, არსებობს სიტუაციები, როდესაც იგი უარყოფით გავლენას ახდენს და სამართალდამრღვევთა პასუხისმგებლობისაგან გათავისუფლებასაც კი იწვევს. შესაბამისად, დღევანდელი პოლიტიკური რეალობის გათ-

ვალისწინებით, აუცილებელია, საერთაშორისო სამართალმა უშუალოდ დააკისროს პასუხისმგებლობა არასახელმწიფოებრივ ერთეულებს.<sup>42</sup>

ჯერ კიდევ ნიურნბერგის საერთაშორისო ტრიბუნალის წესდება უდებს სათავეს მოსაზრებას, რომ არასახელმწიფოებრივი ერთეულები პასუხისმგებელი უნდა იყვნენ ადამიანის უფლებათა დარღვევებზე, კერძოდ: „ნებისმიერი ადამიანი, რომელიც ჩაიდენს საერთაშორისო სამართლის დანაშაულს, პასუხისმგებელია ამ ქმედებაზე და ექვემდებარება დასჯას.“<sup>43</sup>

პირველი სამართლებრივი დოკუმენტი, რომელშიც საუბარი იყო არასახელმწიფოებრივი ერთეულების საერთაშორისო სამართლებრივ პასუხისმგებლობაზე, იყო ადამიანის უფლებათა საყოველთაო დეკლარაცია, რომლის პრეამბულა ითვალისწინებს, რომ „საზოგადოების ყველა ორგანო“ მოვალეა, დაემორჩილოს ადამიანის უფლებათა მატერიალურ დებულებებს.<sup>44</sup>

მიუხედავად იმისა, რომ მხოლოდ სახელმწიფოები არიან ადამიანის უფლებების შესახებ საერთაშორისო ხელშეკრულებების მხარეები და, შესაბამისად, უშუალოდ არიან ანგარიშვალდებულნი მათ შესრულებაზე, საზოგადოების ყველა წევრს, აჯანყებულ შეიარაღებულ ჯგუფებში გაერთიანებული ადამიანების ჩათვლით, ეკისრება პასუხისმგებლობა ადამიანის უფლებების განხორციელებასთან მიმართებით. შესაბამისად, მათ უნდა აგონ პასუხი ადამიანის უფლებების დარღვევის გამოც.<sup>45</sup>

1999 წლის ანგარიშში „ადამიანურობის ძირითადი სტანდარტები“ გაეროს გენერალურმა მდივანმა აღნიშნა: „ზოგიერთი ამტკიცებს, რომ არასახელმწიფოებრივ ერთეულებსაც უნდა დაეკისროთ პასუხისმგებლობა ადამიანის უფლებათა საერთაშორისო სამართლის შესაბამისად, განსაკუთრებით იმ შემთხვევებში, როდესაც არ არსებობს სახელმწიფო სტრუქტურები ან სახელმწიფო უუნაროა, ან არ სურს განსაზღვროს არასახელმწიფოებრივი ერთეულების მიერ ჩადენილი დანაშაულები.“<sup>46</sup>

სიერა-ლეონეს ზავისა და მორიგების კომისიამ „დაადგინა, რომ რევოლუციური გაერთიანებული ფრონტი პასუხისმგებელი იყო კონფლიქტის დროს ჩადენილ ადამიანის

უფლებათა დარღვევების დიდ ნაწილზე.<sup>47</sup>

ეროვნულ დონეზე განხილულ საქმეთაგან აღსანიშნავია *სარეი რიო ტინტოს წინააღმდეგ (Sarei v Rio Tinto Plc)*<sup>48</sup> და *სუდანის პრესვიტერიანული ეკლესია ტალისმან ენერჯი ინკორპორეიშენის წინააღმდეგ (Presbyterian Church of Sudan v Talisman Energy Inc.)*<sup>49</sup>, რომლებმაც წამოჭრეს, საერთაშორისო სამართლის შესაბამისად, კერძო სექტორში დასაქმებული პირების პასუხისმგებლობის საკითხი; ასევე, კერძო სექტორში დასაქმებული პირების თანამონაწილეობის საკითხი იმ ქმედებებისათვის, რომლებიც განახორციელა სახელმწიფომ იმ ტერიტორიაზე, სადაც ისინი საქმიანობენ. საქმეზე – *Rio Tinto* – აშშ-ის სააპელაციო სასამართლომ სრულად გაითვალისწინა მოსარჩელის მიერ წამოყენებული ფაქტები:

*„მოპასუხე „რიო ტინტომ“, წიაღისეულის მომპოვებელმა საერთაშორისო კომპანიამ, პაპუა-ახალი გვინეის მთავრობის ხელშეწყობით აშკარად განახორციელა jus cogens-ისა და საერთაშორისო ჩვეულებითი სამართლის ნორმების სხვადასხვა სახის დარღვევა, მათ შორის: რასობრივი დისკრიმინაცია, გარემოსათვის სერიოზული ზიანის მიყენება, ომის დანაშაულები და დანაშაულები ადამიანურობის წინააღმდეგ, რამაც სერიოზულად დააზარალა პაპუა-ახალი გვინეის მრავალი მოქალაქე“<sup>50</sup>*

შესაბამისად, ახალ სინამდვილეში არასახელმწიფოებრივი ერთეულები არიან და უნდა იყვნენ კიდევ პასუხისმგებელნი ადამიანის უფლებების დარღვევებზე. ადამიანის უფლებებზე პასუხისმგებლობის გავრცელება არასახელმწიფოებრივ ერთეულებზე გააუმჯობესებს იმ ინდივიდების დაცვას, რომლებიც არიან სხვადასხვა გაერთიანების პროტენციური მსხვერპლნი, ვინაიდან „მთავრობები არ არიან ერთადერთი ძალაუფლების მატარებელნი, რომელთაც შეუძლიათ დაარღვიონ ადამიანის უფლებები.“<sup>51</sup>

## E. დასკვნა

წინამდებარე სტატიაში განვიხილეთ ადამიანის უფლებათა სამართლის სავალდებულო ძალა შეიარაღებული კონფლიქტებისა და მშვიდობის დროს და შევეცადეთ, წარმოგვეჩინა საერთაშორისო სამართლის

ახალი ტენდენცია, რომლის თანახმადაც არასახელმწიფოებრივ ერთეულებს უნდა დაეკისროთ პასუხისმგებლობა მათ მიერ ჩადენილ ადამიანის უფლებათა დარღვევებზე.

თუმცა, საბოლოო ჯამში, თავად არასახელმწიფოებრივმა ერთეულებმა უნდა გადანეციონ, შეასრულებენ თუ არა ადამიანის უფლებათა სამართლის ნორმებს. უფრო დახვეწილი ჯგუფები მეტად იცავენ ქცევის სტანდარტებსა და კოდექსებს, ხოლო ჯგუფები, რომელთაც აქვთ უფრო ბუნდოვანი მიზნები, ნაკლები მონდომებით განიხილავენ სტანდარტებს, რომლებიც მათი შეხედულებებისაგან განსხვავდება. ზოგ ჯგუფს ნათლად დასახული პოლიტიკური მიზნები აქვს (მაგ.: კოლუმბიის რევოლუციური შეიარაღებული ძალები და ეროვნულ-განმათავისუფლებელი არმია კოლუმბიაში), ხოლო სხვანი ავსებენ დეზინტეგრირებული სახელმწიფოს მიერ შექმნილ პოლიტიკურ ვაკუუმს (მაგ.: სომალი, ავღანეთი).<sup>52</sup>

ზოგიერთი (რამდენიმე) ავტორი მიიჩნევს: *„არასახელმწიფოებრივი ერთეულები ძალიან სუსტ მდგომარეობაში არიან. მათ ყველაზე მეტად აღიარება სჭირდებათ. არავინ აპირებს მათ სახელმწიფოდ აღიარებას, მით უმეტეს, რთული იქნება, გაეროს უშიშროების საბჭო დაარწმუნო მათ აღიარებაში, თუმცა შესაძლოა გარკვეული შეთანხმების მიღწევა, მაგალითად, ამ ჯგუფების შეზღუდული აღიარება კომბატანტებად გარკვეული ქმედებების განხორციელების სანაცვლოდ.“<sup>53</sup>*

ვინაიდან აღიარებას ყველაზე დიდი მნიშვნელობა ენიჭება (განსაკუთრებით ზოგიერთი არასახელმწიფოებრივი ერთეულისათვის), ასეთი დაჯგუფებები ხშირად იყენებენ ადამიანის უფლებების პრინციპებს მათი ორგანიზაციის დაკანონებისა (ლეგიტიმიზაციის) და საერთაშორისო დონეზე აღიარების მიზნით. თუ ისინი მოიქცევიან საერთაშორისო სამართლის პრინციპების შესაბამისად, მაშინ სახელმწიფოებმა შეიძლება ასეთი ქმედებები მიიჩნიონ როგორც ნამდვილი სუბიექტების მიერ განხორციელებულად.<sup>54</sup> ამ მიზეზით უფრო და უფრო მეტი არასახელმწიფოებრივი ერთეული აღიარებს ადამიანის უფლებების სამართლის სავალდებულობას.

საერთაშორისო სამართლის უკანასკნელი მიღწევები და საერთაშორისო თანამეგობრობის მცდელობა, არასახელმწიფოებრივ ერთეულებს დაეკისროთ იურიდიული ვალდებულება, არის პირველი ნაბიჯები იმის დასამტკიცებლად, რომ ადამიანის უფლებები არის არა მხოლოდ იდეალი, არამედ რეალობა. ადამიანის უფლებების საერთაშორისო ვალდებულებები შეიძლება დაეკისროს სახელმწიფოებს, ინდივიდებს და არასახელმწიფოებრივ ერთეულებს. სხვადასხვა იურისდიქციის ფარგლებში შესაძლებელია ვერ ხერხდებოდეს ამ ვალდებულებების აღსრულების უზრუნველყოფა, თუმცა ვალდე-

ბულებები მაინც არსებობს. ვინაიდან უფრო და უფრო მეტი სახელმწიფო განიხილავს ადამიანის უფლებათა საერთაშორისო სამართალს, როგორც თავის ეროვნულ სამართალს, მოსალოდნელია, ადამიანის უფლებათა სამართალს უფრო ხშირად გამოიყენებენ არასახელმწიფოებრივი ერთეულების ქმედებათა განსასჯელად.<sup>55</sup>

არასახელმწიფოებრივი ერთეულები რომ ვაიძულოთ, შეასრულონ ადამიანის უფლებათა ნორმები, უნდა ჩამოყალიბდეს მათი პირდაპირი ვალდებულებები და იმპლემენტაციის სათანადო მეთოდები, ასევე დავების მოგვარების პროცედურები.

- <sup>1</sup> T. Obokata, *Smuggling of Human Beings from a Human Rights Perspective: Obligations of Non-State and State Actors under International Human Rights Law*, ხელმისაწვდომია: <http://ijrl.oxfordjournals.org/cgi/reprint/17/2/394>, გადმოტვირთულია 2010 წლის 6 ივნისს.
- <sup>2</sup> A. Clapham, *Non State Actors*, ხელმისაწვდომია: <http://ssrn.com/abstract=1339810>, გვ. 1.
- <sup>3</sup> The Redress Trust, *Not Only the State: Torture by Non-State Actors, Towards Enhanced Protection, Accountability and Effective Remedies*, May 2006, გვ. 35.
- <sup>4</sup> S. Danailov, *The Accountability of Non-State Actors for Human Rights Violations: the Special Case of Transnational Corporations*, გვ. 6.
- <sup>5</sup> J. Ulimwengu, *The Role of Non-State Actors*, გვ. 9.
- <sup>6</sup> *Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu*, Judgement, Case No. ICTR-96-4-T, Trial Chamber, 2 September 1998, §619.
- <sup>7</sup> Commentaries on Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts (AP II), 8 June 1977, პარაგრაფი 4463.
- <sup>8</sup> იხ. სქოლიო 6, პ. 626.
- <sup>9</sup> Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts, 8 June 1977, 1-ლი(1)მუხლი
- <sup>10</sup> იხ. სქოლიო 7, პ. 4466.
- <sup>11</sup> Caroline Holmqvist, *Engaging Armed Non-State Actors in Post-Conflict Settings*, ხელმისაწვდომია: [http://www.dcaf.ch/\\_docs/Yearbook2005/Chapter3.pdf](http://www.dcaf.ch/_docs/Yearbook2005/Chapter3.pdf), ბოლო ვიზიტი განხორციელდა 2010 წლის 11 ივნისს, გვ. 48.
- <sup>12</sup> Inter-American Commission Second Report on the Situation of Human Rights in Colombia, OEA/Ser.L/V/II.84, p 213 (1993).
- <sup>13</sup> UN Commission on Human Rights, E/CN.4/1997/3, para 44: Report of the Meeting of Special Rapporteurs/Representatives Experts and Chairpersons of Working Groups of the Special Procedures of the Commission on Human Rights and the Advisory Services Programme, 30 September 1996. ციტირებულია: ზეგველდში, გვ. 38-9.
- <sup>14</sup> გენერალური მდივნის ანგარიში მინიმალური ჰუმანიტარული სტანდარტების შესახებ, რომელიც წარდგენილ იქნა გაეროს ადამიანის უფლებების კომისიის 53-ე სესიაზე ( E / CN.4 / 1998 / 87).
- <sup>15</sup> United Nations, Security Council, Resolution 1216, 21 December 1998, მე-5 პუნქტი. ხელმისაწვდომია: <http://www.worldlii.org/int/other/UNSCRSn/1998/71.pdf>, ბოლო ვიზიტი განხორციელდა 2010 წლის 11 ივნისს.

- <sup>16</sup> United Nations, Security Council, Resolution 1509, 19 September 2003, მე-10 პუნქტი. ხელმისაწვდომია: <http://www.securitycouncilreport.org/atf/cf/%7B65BFCF9B-6D27-4E9C-8CD3-CF6E4FF96FF9%7D/Liberia%20SRes1509.pdf>, ბოლო ვიზიტი განხორციელდა 2010 წლის 11 ივნისს.
- <sup>17</sup> J. A. Hessbruegge, *Human Rights Violations Arising From Conduct of Non-State Actors*, 11 Buff. Hum. Rts. L. Rev. 21, 2005, გვ. 5.
- <sup>18</sup> სან-ხოსეს შეთანხმება ელ-სალვადორსა და ფარაბუნდო მარტი ეროვნულ-განმათავისუფლებელ ფრონტს (Frente Farabundo Martí para la Liberación Nacional (FMLN) შორის, ხელი მოეწერა 1990 წლის 26 ივლისს. UN Doc. A/44/971-S/21541 of 16 August 1990, Annex.
- <sup>19</sup> A. Clapham, *Human Rights Obligations of Non-State Actors in Conflict Situations*, International Review of the Red Cross, ტ. 88 863, სექტემბერი, 2006, გვ. 493.
- <sup>20</sup> იქვე, გვ. 505.
- <sup>21</sup> იქვე, გვ. 505.
- <sup>22</sup> იქვე, გვ. 502.
- <sup>23</sup> Human Rights Obligations of Governments, *The Right to Work: Human Rights Obligations of Governments and Non-State Actors*, ხელმისაწვდომია: <http://www.cesr.org/downloads/Right%20to%20Work.pdf>, ბოლო ვიზიტი განხორციელდა 2010 წლის 8 ივნისს.
- <sup>24</sup> A. Reinisch, *The Changing International Legal Framework for dealing with Non-State Actors*, edited by Ph. Alston, *Non-State Actors and Human Rights*, Oxford University Press, გვ. 76.
- <sup>25</sup> R. Dhliwayo, *Understanding the Obligations of Non-State Actors in the Realisation of Children's Rights*, IDASA – Economic Governance Programme– Children's Budget Unit, March 2007, გვ. 9.
- <sup>26</sup> Hessbruegge, იხ. სქოლიო 17, გვ. 6.
- <sup>27</sup> Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Adopted 9 Dec. 1948, ძალაში შევიდა 1951 წლის 12 იანვარს, 78 UNTS 277.
- <sup>28</sup> International Convention on the Suppression and Punishment of the Crime of Apartheid, GA. Res. 3068 (XXVIII), Adopted 30.12.1973, ძალაში შევიდა 1976 წლის 18 ივლისს.
- <sup>29</sup> N. C. Santarelli, *Non-State Actors' Human Rights Obligations and Responsibility under International Law*, გვ. 8.
- <sup>30</sup> Clapham, იხ. სქოლიო 19, გვ. 53.
- <sup>31</sup> Fokwa, Tsafack Jean. B, *In Search for Direct Corporate Responsibility for Human Rights Violations in Africa: Which Way Forward?*, A Dissertation Submitted to the Centre for Human Rights, Faculty of Law, University of Pretoria, South Africa, 30 October 2004, გვ. 21.
- <sup>32</sup> R. P. Barnidge, Jr, *States' Due Diligence Obligations with regard to International Non-State Terrorist Organisations Post-11 September 2001: the Heavy Burden that States must bear*, ხელმისაწვდომია: <http://papers.ssrn.com/sol3/results.cfm?RequestTimeout=50000000>, ბოლო ვიზიტი განხორციელდა 2010 წლის 8 ივნისს.
- <sup>33</sup> Corfu Channel case, (UK v. Albania), merits, 1949, გვ. 22.
- <sup>34</sup> Special Rapporteur's report to the 62nd session of the Commission on Human Rights, *The Due Diligence Standard as a Tool for the Elimination of Violence against Women*, E/CN.4/2006/61, January 20, 2006.
- <sup>35</sup> L. Condorelli, *The Imputability to States of Acts of International Terrorism*, Israel Ybk on Human Rights, 1989, გვ. 241.
- <sup>36</sup> *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia)*, ICJ, Merits, 2007, 437-ე პუნქტი.
- <sup>37</sup> *Asian Agricultural Products LTD (AAPL) v. Republic of Sri Lanka*, ICSID, 1991, 76-ე პუნქტი.
- <sup>38</sup> Eritrea-Ethiopia Claims Commission, Partial Award – Prisoners of War, Eritrea's Claim 17, 63-ე პუნქტი.
- <sup>39</sup> S. Liu, *Due Diligence: The Duty of State to Address Violence Against Women*, Amnesty International Hong Kong, March 18, 2006, გვ. 3 და 13.

- <sup>40</sup> *Velasquez Rodrigues Case*, Inter-American Court of Human Rights, Decisions and Judgments (ser.c) No. 4, 1988, 172-ე პუნქტი.
- <sup>41</sup> *Z and Others v. the United Kingdom* 29392/95, 2001, European Commission on Human Rights, 10 May 2001; *E and Others v. the United Kingdom*, 33218/96, 2002, ECHR, 26 November 2002, cited in Report of the Special Rapporteur on Violence Against Women, Its Causes and Consequences, Yakin Ertürk, *The Due Diligence Standard as a Tool for the Elimination of Violence Against Women*, Commission on Human Rights, Sixty-second session, გვ. 7.
- <sup>42</sup> M. H. Lucas, *When Women's Human Rights Defenders Face Political Non-State Actors*, ხელმისაწვდომია: <http://www.human-rights-for-all.org/spip.php?article51>, ბოლო ვიზიტი განხორციელდა 2010 წლის 9 ივნისს.
- <sup>43</sup> *Principles of International Law Recognized in the Charter of the Nürnberg Tribunal and in the Judgment of the Tribunal*. 1950, Principle I.
- <sup>44</sup> Universal Declaration of Human Rights (UDHR), (10 Dec. 1948).
- <sup>45</sup> M. Ssenyonjo, *Accountability of Non-State Actors in Uganda for War Crimes and Human Rights Violations: Between Amnesty and the International Criminal Court*, Journal of Conflict and Security Law, Originally published online on September 20, 2005, ხელმისაწვდომია: <http://jcsf.oxfordjournals.org/cgi/content/full/10/3/405>, ბოლო ვიზიტი განხორციელდა 2010 წლის 13 ივნისს.
- <sup>46</sup> Report of the Secretary-General on Fundamental Standards of Humanity, Commission on Human Rights, E/CN.4/1999/92 (para 13), 18 December 1998. Quoted in Zegveld, 47.
- <sup>47</sup> A. Clapham, *Supra Note* 19, გვ. 504.
- <sup>48</sup> *Sarei v. Rio Tinto*, PLC, No. 02-56256EB, Case Panel: Fisher, Bybee, Mahan.
- <sup>49</sup> *Presbyterian Church of Sudan v. Talisman Energy, Inc.*, No. 07-0016.
- <sup>50</sup> *Sarei v. Rio Tinto*, PLC, იხ. სქოლიო 49.
- <sup>51</sup> Santarelli, იხ. სქოლიო 30, გვ. 9.
- <sup>52</sup> C. Bruderlein, *The Role of Non-State Actors in Building Human Security, The Case Of Armed Groups In Intra-State Wars*, Centre For Humanitarian Dialogue, Geneva, May 2000, გვ. 11.
- <sup>53</sup> Panel Discussion: Ways to bind Non-State Actors to International Humanitarian Law, Chaired by Mr Roy Gutman and with the participation of Dr. L. Zegveld, Prof. M. Veuthey, Prof. M. Sassoli, Dr J.-M. Henckaerts, Collegium, No.27, Spring 2003, გვ. 171.
- <sup>54</sup> N. Higgins, *The Regulation of Armed Non-State Actors: Promoting the Application of the Laws of War to Conflicts Involving National Liberation Movements*, გვ. 13.
- <sup>55</sup> იხ. სქოლიო 19, გვ. 58.

**NINO ABRAMISHVILI**

## **HUMAN RIGHTS OBLIGATIONS OF NON-STATE ACTORS – SHIFTING RESPONSIBILITY FROM STATES TO NON-STATE ENTITIES**

*“Human rights are the quintessential values through which we affirm together that we are a single human community”.*

*Boutros Boutros-Ghali*

### **A. INTRODUCTION**

Traditionally, states were the only actors on the international stage, however, it is not even contested that non-state entities participate in all areas of international relations today. It has increasingly been maintained that the traditional view is outdated and that accountability of Non-State Actors (NSA) should be re-examined, in line with those global changes that have facilitated the growth of powers on the part of NSAs and the consequent limits imposed upon the powers of the states.<sup>1</sup>

The concept of NSAs is generally understood as including any entity that is not actually a state, often used to refer to armed groups, terrorists, civil society, religious groups, or corporations.<sup>2</sup> As a general rule, NSAs are neither party to international human rights treaties nor do such treaties (or customary international law for that matter) stipulate obligations for them.<sup>3</sup>

If human rights were historically granted to individuals to shield them against a state's abusive actions, and some states' functions are taken over by other entities susceptible to violate those rights, we can then argue that these entities should be called upon to respect human rights obligations towards the individuals.<sup>4</sup>

This article suggests that it is beyond any doubt that NSAs are capable of committing human rights violations that should not be

left unpunished and the international community should make every effort to hold them accountable for violations of these laws.

The first part of the paper will address the issue of NSAs' human rights obligations in conflict situations and will define those actors who might be bound to respect human rights norms. Furthermore, the article will move on to the human rights obligations of non-state entities during peacetime, which mostly arise after the signing of treaties and conventions.

The last part of the article will focus on the question of who should be held responsible for human rights violations carried out by NSAs. While there may be a number of ways in which states can be held responsible for human rights violations carried out by NSAs, this article will address the issues of state responsibility for violation of their due diligence obligations and will also suggest that NSAs should be directly held accountable. We may consider that imprisoning an offender is done merely for vindication, but that is not the case. As we will see below, holding NSAs accountable for the violation of human rights has many advantages and is the only way to truly protect human rights in a universal way.

### **B. HUMAN RIGHTS OBLIGATIONS OF NON-STATE ACTORS DURING ARMED CONFLICTS**

A question that comes to mind when dealing with armed NSAs is whether they can be

held accountable for human rights violations in the areas they conduct operations, considering that they are not signatories to any treaties relating to the conduct of combatants.<sup>5</sup>

In order to address this issue, first of all, it is important to define which NSAs might have human rights obligations in conflict situations.

### **I. Defining NSAs in Conflict Situations**

For an NSA to qualify as an organized armed group capable of having rights and duties in conflict situations it should satisfy certain criteria. In the *Akayesu* case, the ICTR held that armed groups consists of an organized military force, an authority responsible for its acts, should act within a determinate territory and have the means of respecting and ensuring the respect for the Convention.<sup>6</sup>

The existence of a responsible command implies some degree of organization of the insurgent armed group or dissident armed forces, but this does not necessarily mean that there is a hierarchical system of military organization similar to that of regular armed forces.<sup>7</sup> This degree of organization should be such so as to enable the armed group or dissident forces to plan and carry out concerted military operations, and to impose discipline in the name of a *de facto* authority.<sup>8</sup>

Article 1 of the Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts (AP II) also stipulates that armed groups of an opposition must be able to “*exercise such control over a part of the High Contracting Party’s territory as to enable them to carry out sustained and concerted military operations and to implement this Protocol*”.<sup>9</sup> The word “such” provides the key to the interpretation. The control must be sufficient to allow sustained and concerted military operations to be carried out and for the Protocol to be applied.<sup>10</sup> Therefore, whenever the above criteria are satisfied, the next part of the paper argues that organized armed groups are deemed to be bound by the rules of human rights laws applicable during armed conflicts.

### **II. How NSAs Can be Bound by Human Rights in Conflict Situations**

A significant shift in international human rights norms took place in the 1980s and 1990s when leading human rights organisations such as Amnesty International and Human Rights Watch altered their definitions of human rights abuse to include acts committed by NSAs. Subsequent issuing of public statements and reports to reflect this has produced a global practice of ‘naming and shaming’ armed groups that perpetrate human rights abuses.<sup>11</sup>

The Inter-American Commission, in its Second Report on the Situation of Human Rights in Colombia (1993), stated that the activities of armed groups “are detrimental to the exercise of the most important human rights”.<sup>12</sup> The special rapporteurs and working group chairpersons of the UN Commission on Human Rights once noted “the adverse effects the actions of armed groups might have on the enjoyment of human rights”.<sup>13</sup>

In the UN Secretary-General’s report on Minimum Humanitarian Standards submitted at the Fifty-fourth session of the Commission on Human Rights, the issue of the accountability of NSAs for human rights violations was raised: “...it seems beyond a doubt that when an armed group kills civilians, arbitrarily expels people from their homes, or otherwise engages in acts of terror or indiscriminate violence, it raises an issue of potential international concern.[...] The development of international human rights law as a means of holding Governments accountable to a common standard has been one of the major achievements of the United Nations. The challenge is to sustain that achievement and at the same time ensure that our conception of human rights remains relevant to the world around us”.<sup>14</sup>

The UN Security Council also stresses the binding character of human rights upon NSAs.. In its resolution 1216, concerning Guinea-Bissau, the UN SC called upon:

*“All concerned, including the Government and the Self-Proclaimed Military Junta, to re-*

spect strictly relevant provisions of international law, including humanitarian and human rights law, and to ensure safe and unimpeded access by international humanitarian organizations to persons in need of assistance as a result of the conflict".<sup>15</sup>

In the context of the conflict in Liberia the UN SC demanded in the Sept. 2003 resolution 1509:

*"That all parties cease all human rights violations and atrocities against the Liberia population, and stresses the need to bring to justice those responsible".*<sup>16</sup>

Article 4(1) of the Optional Protocol on Children in Armed Conflict, which constitutes somewhat of a hybrid between a humanitarian and human rights law norm, states that armed groups "should not [...] recruit or use" children in armed conflict. The Protocol's preamble "recognizes the responsibilities" of armed non-state groups and condemns "with the gravest concern the recruitment, training and use" of children by such groups.<sup>17</sup>

It is worthwhile to mention that written agreements between states and NSAs have been reached during and after armed conflicts. Therefore, we can conclude that even states and NSAs themselves recognize the binding nature of human rights law over NSAs. For example, the preamble to the San Jose' Agreement on Human Rights, between El Salvador and the Frente Farabundo Martí para la Liberación Nacional (FMLN), included the following paragraph: *"Bearing in mind that the Frente Farabundo Martí para la Liberación Nacional has the capacity and the will and assumes the commitment to respect the inherent attributes of the human person."*<sup>18</sup> As Clapham commented on this agreement: *"This example shows how international law has moved beyond recognition of insurgency during armed conflict to a new type of recognition for human rights purposes. The obligations of the non-state actor in such situations stretch beyond both the duration of armed conflict and the laws of armed conflict"*.<sup>19</sup>

Most qualified publicists also agree that human rights law binds not only the States but NSAs as well. As Ph. Alston stated in his re-

port on Sri Lanka: *"As a non-state actor, the LTTE (The Liberation Tigers of Tamil Eelam) does not have legal obligations under ICCPR, but it remains subject to the demand of the international community, first expressed in the Universal Declaration of Human Rights, that every organ of society respect and promote human rights"*.<sup>20</sup>

According to Dieter Fleck: "If non-state actors have human rights, it appears logical that they also must have responsibilities, no different from the obligations insurgents have under international humanitarian law. There is a clear trend to subject non-state actors to human rights law".<sup>21</sup>

Finally, it should be noted that all the abovementioned examples lead us to the clear-cut conclusion that NSAs are bound to respect certain human rights during armed conflicts, however, it should be taken into account to what extent they have the capacity to adhere to all the norms. Even conventional human rights law demands that a state take steps "to the maximum of its available resources" to progressively fulfil its human rights obligations.<sup>22</sup>

### **C. HUMAN RIGHTS OBLIGATIONS OF NSAS OUTSIDE THE CONFLICT SITUATIONS**

While governments maintain the primary obligations for human rights relating to the conduct of NSAs, those actors do carry some responsibilities themselves. The Declaration on the Right and Responsibility of Individuals, Groups and Organs of Society to Promote and Protect Universally recognized Human Rights and Fundamental Freedoms states that:

*"No one shall participate, by act or by failure to act where required, in violating human rights and fundamental freedoms..."* (Article 10).<sup>23</sup>

It remains a fact that while states are clearly the primary addressees of human rights obligations, the language of core human rights instruments does not narrowly restrict itself to states.<sup>24</sup> The Universal Declaration on Human Rights (UDHR) imposes human rights on NSAs by affirming that "everyone has du-



ties to the community” (Article 29, UHDR). It further clarifies the obligations of groups as well as individuals to “do no harm” and this specifically includes NSAs. This provision is also echoed in the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR), International Convention on the Elimination of all Forms of Racial Discrimination (ICERD), the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (ICESCR) and the Convention on the Rights of the Child (CRC), as well as many regional human rights treaties. All these provisions can be interpreted as conferring direct obligations on NSAs.<sup>25</sup>

Article 13 of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (hereinafter ECHR) states: “*Everyone whose rights and freedoms as set forth in this Convention are violated shall have an effective remedy before a national authority notwithstanding that the violation has been committed by persons acting in an official capacity*”. The passage can be interpreted as logically implying that not only persons acting in an official capacity, but NSAs can also violate human rights.<sup>26</sup>

Provisions of the Convention on the Prevention and Punishment of Genocide also enshrines the responsibility of individuals on the international level since it applies to “constitutionally responsible rules, public officials or private individuals”<sup>27</sup>, while the Convention on Apartheid also addresses the international responsibility of individuals for human rights violations.<sup>28</sup>

Hence, it is foolish and stubborn to claim that a particular approach to human rights held years or centuries ago in which only states are bound by human rights norms, must remain as the only valid and legitimate approach, since it ignores the fact that law tends to evolve and increase the protection it offers by taking new realities into account. Currently, as is plainly seen, many individuals suffer from abuses committed by powerful – or not so powerful NSAs.<sup>29</sup> To deny the applicability of human rights law to NSAs, is to deny the empowerment which accompanies human rights claims.<sup>30</sup>

#### **D. RESPONSIBILITY FOR HUMAN RIGHTS VIOLATIONS BY NON-STATE ACTORS – STATES OR NSAS?**

Before addressing the issue of responsibility for human rights violations, it should be noted that although Clapham, in reference to the ECHR context, argued that international law on state responsibility is not appropriate in the context of human rights law, experience has shown that the international human rights bodies apply the general principles of state responsibility.<sup>31</sup>

##### ***I. Responsibility of States for Violating their Due Diligence Obligations***

In principle, a state bears no responsibility when a private actor commits an offence against another state or against a NSA.<sup>32</sup> However, the ICJ ruled in the *Corfu Channel* case that “*No State may knowingly allow its territory to be used for acts contrary to the rights of other States*”.<sup>33</sup> This general principle finds its manifestations in International Human Rights law as well. If a state fails to take appropriate measures when individuals do cause harm, these acts are not attributed to the State, but the State’s failure to prevent these acts may be attributed to the State.<sup>34</sup> This part of the paper will examine the case law to determine the aspects of a state’s due diligence obligations in reasonably protecting human rights from violations arising out of the conduct of NSAs.

The due diligence standard has established, under international law, the obligation of the State to prevent, investigate, punish and provide remedies for acts of violence regardless of whether these are committed by private or State Actors.<sup>35</sup> According to this classic element of general international law, which was also upheld in the *Tehran Hostages* case, if a rule of international law imposes a duty of due diligence, the acts of individuals catalyze the State’s responsibility when the State authorities: (a) were aware of the need for action on their part, (b) had the means at their disposal to perform their obligations” and (c) “failed to use the means which were at their disposal”.<sup>36</sup>

In the *Genocide* case the ICJ stated the following:

*“For a State to be held responsible for breaching its obligation of prevention, it does not need to be proven that the State concerned definitely had the power to prevent genocide; it is sufficient that it had the means to do so and that it manifestly refrained from using them”.*<sup>37</sup>

The International Centre for the Settlement of Investment Disputes (ICSID) also dealt with the issue of a state’s due diligence obligation and held the following in the *Asian Agricultural Products LTD (AAPL) v. Republic of Sri Lanka* case:

*“Adequate protection afforded by the host State authorities constitutes a primary obligation, the failure to comply with which creates international responsibility. Furthermore, there is an extensive and consistent state practice supporting the duty to exercise due diligence”.*<sup>38</sup>

In its first decision, the Eritrea-Ethiopia Claims Commission stated that:

*“Although the Commission has no evidence that Ethiopia encouraged its soldiers to abuse POWs at capture, the conclusion is unavoidable that, at a minimum, Ethiopia failed to take effective measures, as required by international law, to prevent such abuse. Consequently, Ethiopia is liable for that failure”.*<sup>39</sup>

Affirmative obligations contained in the human rights treaty law to protect, promote and fulfil also include obligations to act with due diligence, however, the discussion on the boundaries of due diligence is expanding to a level beyond demanding the full compliance of States with international law, including the obligation to be responsible for violations by NSAs.<sup>40</sup> The due diligence obligation of States in cases of human rights violations was addressed by the Inter-American Court of Human Rights in its landmark decision in the *Velasquez Rodriguez* case:

*“An illegal act which violates human rights and which is initially not directly imputable to a State can lead to international responsibility of the State, not because of the act itself, but because of the lack of due diligence to prevent*

*the violation or to respond to it as required by the Convention”.*<sup>41</sup>

The European Court of Human Rights used a variant of the due diligence standard in the *Osman v. United Kingdom* (1998) case and has since developed its case law in relation to the obligations of states to provide protection against human rights violations by NSAs.<sup>42</sup>

Therefore, there exists an unequivocal due diligence obligation of states to take all the necessary measures to prevent human rights violations and to guarantee adequate compensation for victims of human rights violations committed by NSAs. However, this paper suggests that for the effective application of human rights laws, NSAs should be directly held accountable for the human rights abuses they commit.

## **II. Can NSAs be Directly Responsible for Human Rights Violations?**

While due diligence is still very useful in some cases, in others it is counter productive and leads to the exoneration of perpetrators from their responsibilities to crimes and violations; therefore in today’s political realities, the responsibility of NSAs must be addressed directly, not through due diligence, which would amount to reverting to state accountability.<sup>43</sup>

The position that NSAs can be directly responsible for violating human rights finds its support starting from the International Nuremberg Tribunal and its Charter that declares, *“any person who commits an act which constitutes a crime under international law is responsible thereof and liable to punishment”.*<sup>44</sup>

Among human rights instruments, the starting point for the liability of NSAs under international law is the Universal Declaration of Human Rights (UDHR), in which the preamble states that *“every organ of society”* is bound to abide by its substantive human rights provisions.<sup>45</sup>

While only states are parties to the international human rights treaties and thus ultimately accountable for compliance with such treaties, all members of society – including individuals

in armed rebel movements – have responsibilities regarding the realisation of human rights. Consequently, they must be accountable for human rights violations.<sup>46</sup>

In his 1999 report on Fundamental Standards of Humanity, the UN Secretary-General, noted that, “some argue that Non-State Actors should also be held accountable under international human rights law, especially in situations where the State structures no longer exist or where states are unable or unwilling to mete out punishment for crimes committed by Non-State Actors”.<sup>47</sup>

The Truth and Reconciliation Commission of Sierra Leone “found the RUF (Revolutionary United Front) to have been responsible for the largest number of human rights violations in the conflict”.<sup>48</sup>

On the national level, the cases *Sarei v Rio Tinto Plc*<sup>49</sup> and *Presbyterian Church of Sudan v Talisman Energy Inc.*<sup>50</sup> present questions concerning the responsibility (“liability”) of private sector actors, under international law, for acts of their own; and concerning the complicity of private sector actors in acts done by the State on the territory in which they operate. In the *Rio Tinto*, case the US Court of Appeals set out the facts as alleged by the plaintiffs:

*“The defendant Rio Tinto, an international mining company, with the assistance of the PNG Government, committed various egregious violations of jus cogens norms and customary international law including racial discrimination, environmental devastation, war crimes and crimes against humanity, with severe repercussions for many citizens of PNG”.*<sup>51</sup>

Hence, the new reality is that NSAs can and should be held responsible for human rights violations. The extension of human rights liability and responsibility to actors other than states improve the protection granted to human beings, who are potential victims of threats from different entities since “governments are not the sole centres of power capable of violating human rights”.<sup>52</sup>

## E. CONCLUSION

This article dealt with issues of a binding character within human rights laws both during armed conflicts and peacetime, and attempted to demonstrate a new trend that NSAs should be responsible for human rights violations they commit.

However, at the end of the day, it is up to the will of the NSAs to comply or not with human rights laws. More sophisticated groups tend to be more inclined to abide by standards and codes of conduct, whereas groups with vaguer political objectives tend to be more reluctant to discuss standards they find counterintuitive. Some groups have clear political objectives (e.g. FARC or ELN in Colombia), whereas others are filling a political vacuum left by disintegrated states (e.g. Somalia, Afghanistan).<sup>53</sup>

As was suggested by several publicists: *“Non-State Actors are in a very weak position. More than anything else they need recognition. No one is going to recognize them as a state, and in particular it would be difficult to get the United Nations Security Council to recognize them, but perhaps some kind of deal can be made such as giving these groups some kind of limited recognition as combatants in exchange for doing certain things”.*<sup>54</sup>

Since recognition is of utmost importance (especially for some NSAs), they often seek to apply human rights law principles to legitimize their organizations and causes on the international stage. If they are seen to act in accordance with international legal principles, states may view these movements as genuine and valid actors.<sup>55</sup> For this reason more and more NSAs tend to accept the binding nature of human rights laws.

The recent developments of international law and efforts of the international community to impose legal responsibility on NSAs is regarded to be the first step to ensure that human rights are not just ideals but also a reality. International human rights obligations can fall on states, individuals and NSAs. Different jurisdictions may or may not be able to enforce these obligations, but the obligations exist just

the same. With more and more national jurisdictions applying international human rights law as the law of the land, we can expect to see an increasing acknowledgement of the relevance of human rights norms for judging the conduct of NSAs.<sup>56</sup>

In order to force NSAs to abide by human rights norms, direct responsibility would have to be created for NSAs, in addition to establishing dispute settlement and suitable methods of implementation.

- 
- <sup>1</sup> T. Obokata, *Smuggling of Human Beings from a Human Rights Perspective: Obligations of Non-State and State Actors under International Human Rights Law*, available at: <http://ijrl.oxfordjournals.org/cgi/reprint/17/2/394> , last visited 6 June 2010.
  - <sup>2</sup> A. Clapham, *Non State Actors*, Available at: <http://ssrn.com/abstract=1339810> , p. 1.
  - <sup>3</sup> The Redress Trust, *Not Only the State: Torture by Non-State Actors, Towards Enhanced Protection, Accountability and Effective Remedies*, May 2006, p. 35.
  - <sup>4</sup> S. Danailov, *The Accountability of Non-State Actors for Human Rights Violations: the Special Case of Transnational Corporations*, p. 6.
  - <sup>5</sup> J. Ulimwengu, *The Role of Non-State Actors*, p. 9.
  - <sup>6</sup> *Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu*, Judgement, Case No. ICTR-96-4-T, Trial Chamber, 2 September 1998, para 619.
  - <sup>7</sup> Commentaries on Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts (AP II), 8 June 1977, para 4463.
  - <sup>8</sup> *Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu*, *Supra note 6*, para 626.
  - <sup>9</sup> Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts, 8 June 1977, Article 1(1).
  - <sup>10</sup> Commentaries on AP II, *Supra Note 7*, para 4466.
  - <sup>11</sup> Caroline Holmqvist, *Engaging Armed Non-State Actors in Post-Conflict Settings*, available at: [http://www.dcaf.ch/\\_docs/Yearbook2005/Chapter3.pdf](http://www.dcaf.ch/_docs/Yearbook2005/Chapter3.pdf) , last visited 11 June 2010, p. 48.
  - <sup>12</sup> Inter-American Commission Second Report on the Situation of Human Rights in Colombia, OEA/Ser.L/V/II.84, p 213 (1993).
  - <sup>13</sup> UN Commission on Human Rights, E/CN.4/1997/3, para 44: Report of the Meeting of Special Rapporteurs/Representatives Experts and Chairpersons of Working Groups of the Special Procedures of the Commission on Human Rights and the Advisory Services Programme, 30 September 1996. Quoted in Zegveld, 38-9.
  - <sup>14</sup> Secretary-General report on minimum humanitarian standards presented at the 53th session of the UN Commission on Human Rights ( E / CN.4 / 1998 / 87).
  - <sup>15</sup> United Nations, Security Council, Resolution 1216, 21 December 1998, para 5. available at: <http://www.worldlii.org/int/other/UNSCRsn/1998/71.pdf> , last visited 11 June 2010.
  - <sup>16</sup> United Nations, Security Council, Resolution 1509, 19 September 2003, para 10. available at: <http://www.securitycouncilreport.org/atf/cf/%7B65BFCF9B-6D27-4E9C-8CD3-CF6E4FF96FF9%7D/Liberia%20SRes1509.pdf> , last visited 11 June 2010.
  - <sup>17</sup> J. A. Hessbruegge, *Human Rights Violations Arising From Conduct of Non-State Actors*, 11 Buff. Hum. Rts. L. Rev. 21, 2005, p. 5.
  - <sup>18</sup> San Jose' agreement between El Salvador and the Frente Farabundo Marti' para la Liberacio'n Nacional (FMLN) signed by both sides on 26 July 1990. UN Doc. A/44/971-S/21541 of 16 August 1990, Annex.
  - <sup>19</sup> A. Clapham, *Human Rights Obligations of Non-State Actors in Conflict Situations*, International Review of the Red Cross, Volume 88 Number 863 September 2006, p. 493.

- <sup>20</sup> *Ibid* , p. 505.
- <sup>21</sup> *Ibid* , p. 505.
- <sup>22</sup> *Ibid*, p. 502.
- <sup>23</sup> Human Rights Obligations of Governments, *The Right to Work: Human Rights Obligations of Governments and Non-State Actors*, available at: <http://www.cesr.org/downloads/Right%20to%20Work.pdf> , last visited on 8 June, 2010.
- <sup>24</sup> A. Reinisch, *The Changing International Legal Framework for dealing with Non-State Actors*, edited by Ph. Alston, *Non-State Actors and Human Rights*, Oxford University Press, p. 76.
- <sup>25</sup> R. Dhliwayo, *Understanding the Obligations of Non-State Actors in the Realisation of Children's Rights*, IDASA – Economic Governance Programme– Children's Budget Unit, March 2007, p. 9.
- <sup>26</sup> Hessbruegge, *Supra Note* 17, p. 6.
- <sup>27</sup> Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Adopted 9 Dec. 1948, entered into force 12 Jan. 1951, 78 UNTS 277.
- <sup>28</sup> International Convention on the Suppression and Punishment of the Crime of Apartheid, GA. Res. 3068 (XXVIII), Adopted 30.12.1973, Entered into Force 18.7.1976.
- <sup>29</sup> N. C. Santarelli, *Non-State Actors' Human Rights Obligations and Responsibility under International Law*, p. 8.
- <sup>30</sup> Clapham, *Supra Note* 19, p. 53.
- <sup>31</sup> Fokwa, Tsafack Jean. B, *In Search for Direct Corporate Responsibility for Human Rights Violations in Africa: Which Way Forward?*, A Dissertation Submitted to the Centre for Human Rights, Faculty of Law, University of Pretoria, South Africa, 30 October 2004, p. 21.
- <sup>32</sup> R. P. Barnidge, Jr, *States' Due Diligence Obligations with regard to International Non-State Terrorist Organisations Post-11 September 2001: the Heavy Burden that States must bear*, available at: <http://papers.ssrn.com/sol3/results.cfm?RequestTimeout=50000000> , last visited 8 June 2010.
- <sup>33</sup> Corfu Channel case, (UK v. Albania), merits, 1949, p. 22.
- <sup>34</sup> P. Allott, *State Responsibility and the Unmaking of International Law*, Harv. Int'l. L. J. 1, Vol. 29, N 1, Winter 1988.
- <sup>35</sup> Special Rapporteur's report to the 62nd session of the Commission on Human Rights, *The Due Diligence Standard as a Tool for the Elimination of Violence against Women*, E/CN.4/2006/61, January 20, 2006 .
- <sup>36</sup> L. Condorelli, *The Imputability to States of Acts of International Terrorism*, Israel Ybk on Human Rights, 1989, p. 241.
- <sup>37</sup> *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia)*, ICJ, Merits, 2007, para 437.
- <sup>38</sup> *Asian Agricultural Products LTD (AAPL) v. Republic of Sri Lanka*, ICSID, 1991, para 76.
- <sup>39</sup> Eritrea-Ethiopia Claims Commission, Partial Award – Prisoners of War, Eritrea's Claim 17, para 63.
- <sup>40</sup> S. Liu, *Due Diligence: The Duty of State to Address Violence Against Women*, Amnesty International Hong Kong, March 18, 2006, p.3, p. 13.
- <sup>41</sup> *Velasquez Rodrigues Case*, Inter-American Court of Human Rights, Decisions and Judgments (ser.c) No. 4, 1988, para 172.
- <sup>42</sup> *Z and Others v. the United Kingdom* 29392/95, 2001, European Commission on Human Rights, 10 May 2001; *E and Others v. the United Kingdom*, 33218/96, 2002, ECHR, 26 November 2002, cited in Report of the Special Rapporteur on Violence Against Women, Its Causes and Consequences, Yakin Ertürk, *The Due Diligence Standard as a Tool for the Elimination of Violence Against Women*, Commission on Human Rights, Sixty-second session, p. 7.
- <sup>43</sup> M. H. Lucas, *When Women's Human Rights Defenders Face Political Non-State Actors*, available at: <http://www.human-rights-for-all.org/spip.php?article51> , last visited 9 June, 2010.

- <sup>44</sup> *Principles of International Law Recognized in the Charter of the Nüremberg Tribunal and in the Judgment of the Tribunal*. 1950, Principle I.
- <sup>45</sup> Universal Declaration of Human Rights (UDHR), (10 Dec. 1948).
- <sup>46</sup> M. Ssenyonjo, *Accountability of Non-State Actors in Uganda for War Crimes and Human Rights Violations: Between Amnesty and the International Criminal Court*, *Journal of Conflict and Security Law*, Originally published online on September 20, 2005, available at: <http://jcsf.oxfordjournals.org/cgi/content/full/10/3/405>, last visited 13 June 2010.
- <sup>47</sup> Report of the Secretary-General on Fundamental Standards of Humanity, Commission on Human Rights, E/CN.4/1999/92 (para 13), 18 December 1998. Quoted in Zegveld, 47.
- <sup>48</sup> A. Clapham, *Supra Note 19* , p. 504.
- <sup>49</sup> *Sarei v. Rio Tinto*, PLC, No. 02-56256EB, Case Panel: Fisher, Bybee, Mahan.
- <sup>50</sup> *Presbyterian Church of Sudan v. Talisman Energy, Inc.*, No. 07-0016.
- <sup>51</sup> *Sarei v. Rio Tinto*, PLC, *Supra Note 49*.
- <sup>52</sup> Santarelli, *Supra Note 30*, p. 9.
- <sup>53</sup> C. Bruderlein, *The Role of Non-State Actors in Building Human Security, The Case Of Armed Groups In Intra-State Wars*, Centre For Humanitarian Dialogue, Geneva, May 2000, p. 11.
- <sup>54</sup> Panel Discussion: Ways to bind Non-State Actors to International Humanitarian Law, Chaired by Mr Roy Gutman and with the participation of Dr. L. Zegveld, Prof. M. Veuthey, Prof. M. Sassoli, Dr J.-M. Henckaerts, Collegium, No.27, Spring 2003, p. 171.
- <sup>55</sup> N. Higgins, *The Regulation of Armed Non-State Actors: Promoting the Application of the Laws of War to Conflicts Involving National Liberation Movements*, p. 13.
- <sup>56</sup> A. Clapham, *Supra Note 19*, p. 58.

## გადახვევის მექანიზმი ეკონომიკურ, სოციალურ და კულტურულ უფლებათა საერთაშორისო პაქტის მიხედვით

### შესავალი

უკანასკნელი 40 წლის განმავლობაში ადამიანის უფლებათა სამართალი საერთაშორისო სამართლის ერთ-ერთი ყველაზე სწრაფად განვითარებადი დარგია. უნივერსალურ და რეგიონალურ დონეზე მიღებული ინსტრუმენტების ოდენობა ძალზე დიდია. ეს ინსტრუმენტები ეხება როგორც ადამიანის ცალკეულ უფლებებსა და თავისუფლებებს, ასევე ამ უფლებათა კრებულებს. მნიშვნელოვანი იყო 1966 წელს ადამიანის უფლებათა დაცვის სფეროში ორი პაქტის მიღება მსოფლიო მასშტაბით ადამიანის უფლებათა სისტემის განვითარებისათვის. თავდაპირველად, პროექტზე მომუშავე კომიტეტი გეგმავდა ერთი დოკუმენტის შემუშავებას, რომელიც მოიცავდა როგორც სამოქალაქო და პოლიტიკურ, ასევე ეკონომიკურ, სოციალურ და კულტურულ უფლებათა კრებულს, მაგრამ 1952 წელს მიღებულ იქნა გადაწყვეტილება ორი განცალკევებული ინსტრუმენტის შემუშავების თაობაზე.<sup>1</sup>

წინამდებარე ნაშრომი ეხება ეკონომიკურ, სოციალურ და კულტურულ უფლებათა საერთაშორისო პაქტს (შემდგომში – პაქტი), კერძოდ კი მის ფარგლებში არსებულ გადახვევის, საკითხს. ზოგადად, გადახვევის უფლების არსებობა ხელშემკვრელ სახელმწიფოებს აძლევს შესაძლებლობას, შეაჩერონ დოკუმენტში მოცემულ უფლებათა და თავისუფლებათა დაცვა გამონაკლის და საგანგებო შემთხვევებში (შეიარაღებული კონფლიქტები და სტიქიური უბედურებები). სხვა ადამიანის უფლებათა დაცვის ხელშემკვრელებისაგან განსხვავებით, ზემოაღნიშნულ პაქტში ეს უფლება გათვალ-

ისწინებული არ არის. შესაბამისად, ნაშრომში გაანალიზებულია, თუ როგორ არის შესაძლებელი სახელმწიფო ინტერესების უზრუნველყოფა, საზოგადოებრივი წესრიგის შენარჩუნება და სახელმწიფო ინტერესების დაცვა პაქტის ფარგლებში.

ამისათვის, პირველ რიგში, უნდა განვიხილოთ გადახვევის ცნება, თუ როგორ რეგულირდება იგი ადამიანის უფლებათა სამართალში, რა ვითარებაში შეიძლება მისი გამოყენება, რა კრიტერიუმები უნდა დაკმაყოფილდეს და რა საფრთხეები ახლავს თან მის გამოყენებას; სტატიის მეორე თავი ეძღვნება პაქტის მეოთხე მუხლს (შემზღუდველ დებულებას): რა ვითარებაში შეიძლება მისი გამოყენება [ამოქმედება] და როგორი რეაგირება ჰქონდა ეკონომიკურ, სოციალურ და კულტურულ უფლებათა შესახებ კომიტეტს ასეთ შემთხვევებზე. ასევე, განხილულია საერთაშორისო საჯარო სამართლის ერთ-ერთი ზოგადი პრინციპი *ფორს მაჟორი* და მისი გამოყენების შესაძლებლობა ადამიანის უფლებათა ხელშემკვრელების მიმართ;

მესამე თავი განიხილავს განსხვავებულ მოსაზრებებს ორ პაქტში მოცემული უფლებების განსხვავებულ ბუნებასთან დაკავშირებით. წამოჭრილია საკითხი, თუ როგორ აისახება პაქტში გადახვევის მექანიზმის არარსებობა ამ უფლებათა დაცვაზე; ხოლო ბოლო თავში განხილულია ეკონომიკურ, სოციალურ და კულტურულ უფლებათა სფეროში არსებული სიახლეები, კერძოდ კი პაქტის დამატებითი ოქმის მიღება. დასმულია საკითხი, თუ როგორ შეიძლება გადახვევის დებულების არარსებობამ იმოქმედოს ქვეყნების ნებაზე, შეუერთდნენ მას.

## 1. გადახვევის ცნება და მისი ადგილი ადამიანის უფლებათა სამართალში

1948 წელს ადამიანის უფლებათა უნივერსალური დეკლარაციის მიღების შემდგომ შეუქცევადი გახდა ინდივიდის [ადამიანის], როგორც საერთაშორისო სამართლის სუბიექტის, სამართლებრივი მდგომარეობის ცვლილება. მნიშვნელოვნად გაუმჯობესდა ინდივიდის მდგომარეობა საერთაშორისო სამართალსა და ადამიანის უფლებათა სამართალში. ცნობილია, რომ ტრადიციული მიდგომა ინდივიდის მიმართ და მისი უფლებების ეროვნებასთან მიხედვით არცთუ ისე დადებითად მოქმედებს პიროვნების მდგომარეობაზე.<sup>2</sup> მოგვიანებით, სხვადასხვა სამართლებრივ სისტემაში მიღებულ იქნა მთელი რიგი საერთაშორისო ხელშეკრულებებისა ადამიანის უფლებათა დაცვის სფეროში<sup>3</sup>, რამაც ადამიანის უფლებათა სამართალი გახდა ერთ-ერთი უმნიშვნელოვანესი, ძლიერი და სწრაფად განვითარებადი საერთაშორისო სამართლის დარგი. ამ შეთანხმებების ხელმოწერითა და რატიფიცირებით სახელმწიფოები ვალდებული იქნა დაეხმებინათ, პატივი სცენ, შეასრულონ, დაიცვან და უზრუნველყონ ხელშეკრულებით გათვალისწინებული უფლებები და თავისუფლებები.<sup>4</sup>

საერთაშორისო სამართლისა და ადამიანის უფლებათა შესახებ საერთაშორისო ხელშეკრულებების მიხედვით, მონაწილე სახელმწიფოებს უფლება აქვთ, გარკვეულ შემთხვევებში თავი აარიდონ ხელშეკრულებით ნაკისრ ზოგიერთ ვალდებულებას.<sup>5</sup> ამგვარი ქმედება აღმასრულებელი ხელისუფლების უფლებაა, მას შეუძლია, შეზღუდოს ან გარკვეული დროით შეაჩეროს ზოგიერთი უფლების მოქმედება ომის ან სტიქიური უბედურებების დროს.<sup>6</sup> ეს არის სახელმწიფოების სუვერენული უფლება, უზრუნველყონ მშვიდობა და წესრიგი საგანგებო ვითარების დროს და ასევე დაიცვან ინდივიდის უფლებები სახელმწიფოს ჩარევისაგან.<sup>7</sup> პროფესორი ნოვაკი სახელმწიფოს საგანგებო მდგომარეობის გამოცხადების კონსტიტუციურ უფლებას ადარებს სისხლის სამართალში არსებულ პირის თავდაცვის უფლებას.<sup>8</sup>

ადამიანის უფლებების სამართლის თეორია და პრაქტიკა იცნობს რამდენიმე მეთოდს, რომელთა მეშვეობითაც სახელმწი-

ფოებს შეუძლიათ შეასრულონ ადამიანის უფლებათა შესახებ ხელშეკრულებებით ნაკისრი ვალდებულებები, ამასთან, მომზადებული შეხვდნენ ქვეყანაში საგანგებო და გართულებულ ვითარებას. ესენია: ხელშეკრულების დენონსაცია, დათქმები და განმარტებითი დეკლარაციები, ე.წ. „clawback“-დებულებები<sup>9</sup> და გადახვევა.<sup>10</sup> წინამდებარე ნაშრომი, ძირითადად, შეეხება გადახვევის არსსა და მის როლს ადამიანის უფლებათა დაცვის ინსტრუმენტების, განსაკუთრებით კი ეკონომიკური, სოციალური და კულტურული უფლებების საერთაშორისო პაქტის (ICESCR) მიხედვით.

უნდა აღინიშნოს, რომ გადახვევის მექანიზმის გამოყენება იწვევს დაპირისპირებას არა სახელმწიფოსა და პირის უფლებებსა და თავისუფლებებს, არამედ პიროვნებასა და მთელი საზოგადოების ინტერესებს შორის.<sup>11</sup> აღნიშნულის შეფასებას ახდენს სახელმწიფო, ვინაიდან განსაკუთრებულ შემთხვევებში, როგორებიცაა ომი და საგანგებო მდგომარეობა, სახელმწიფოებს არ ძალუძთ, სრულად შეასრულონ საერთაშორისო ხელშეკრულებებით ნაკისრი ვალდებულებები. შესაბამისად, გადახვევის დებულებები განსაკუთრებულ შემთხვევებში ზოგიერთი ვალდებულების შეჩერების ან დარღვევის საშუალებას იძლევა, მაშინ, როდესაც სხვა შემთხვევაში სახელმწიფო პასუხისმგებელი იქნებოდა ამგვარ ქმედებებზე<sup>12</sup>. ამით სახელმწიფოებს ეძლევათ შესაძლებლობა, შეინარჩუნონ ბალანსი ადამიანის უფლებების დაცვასა და საერთო სიკეთისათვის საკუთარი საზოგადო ფუნქციების შესრულებას შორის.<sup>13</sup> გადახვევის უფლება უზრუნველყოფილია ადამიანის უფლებათა ხელშეკრულების უმრავლესობით, მათ შორის სამოქალაქო და პოლიტიკურ უფლებათა საერთაშორისო პაქტით,<sup>14</sup> ადამიანის უფლებათა ამერიკული კონვენციით<sup>15</sup> და ადამიანის უფლებათა და ძირითად თავისუფლებათა დაცვის ევროპული კონვენციით.<sup>16</sup>

გადახვევის უფლების გამოყენებასთან დაკავშირებული ყველაზე მნიშვნელოვანი პრობლემაა მისი არასწორი გამოყენება. არსებობს შემთხვევები, როდესაც სახელმწიფოები საგანგებო ან სხვაგვარ მდგომარეობას იყენებენ საკუთარი ინტერესებისათვის



მათი ჩვეული საჯარო უფლებამოსილების განხორციელების დროს.<sup>17</sup> პროფესორ *ნოვაკის* აზრით, ამგვარი შემთხვევების თავიდან ასაცილებლად აუცილებელია ადამიანის უფლებათა ხელშეკრულებებში გადახვევის მუხლების გამოყენების ზედმინევენითი კონტროლი და ამგვარი შემთხვევების მინიმუმამდე დაყვანა.<sup>18</sup> ამისათვის საჭიროა საგანგებო ვითარების დეფინიციის არსებობა, მასთან დაკავშირებული ტექნიკური მოთხოვნების განსაზღვრა, როგორცაა, მაგალითად, საგანგებო მდგომარეობის საჯაროდ გამოცხადების ფორმა; ამასთან, აუცილებელია განისაზღვროს იმ უფლებათა ჩამონათვალი, რომლებიდანაც გადახვევა აკრძალულია საგანგებო მდგომარეობის დროსაც კი.<sup>19</sup>

ადამიანის უფლებათა სხვადასხვა ხელშეკრულებით გათვალისწინებული გადახვევის დებულებების ანალიზი გვიჩვენებს, რომ, უამრავი მსგავსების მიუხედავად, თითოეული გამოირჩევა თავისებურებით. მაგალითად, სამოქალაქო და პოლიტიკურ უფლებათა საერთაშორისო პაქტის მიხედვით, სახელმწიფოს შეუძლია გადახვევის მექანიზმის გამოყენება მხოლოდ ისეთი საგანგებო მდგომარეობის დროს, როდესაც საფრთხე ექმნება ერის არსებობას. ამ შემთხვევაში მიღებული ზომები აუცილებლად უნდა აკმაყოფილებდნენ შემდეგ კრიტერიუმებს: 1. ისინი განპირობებული უნდა იყვნენ უკიდურესი აუცილებლობით; 2. არ უნდა ეწინააღმდეგებოდნენ სახელმწიფოს მიერ ნაკისრ სხვა საერთაშორისო ვალდებულებებს; 3. არ უნდა ახდენდნენ დისკრიმინაციას რასის, კანის ფერის, სქესის, რელიგიის, ენის ან სოციალური წარმომავლობის ნიადაგზე.<sup>20</sup> მუხლი ასევე მოითხოვს, რომ გაეროს გენერალურ მდივანს დაუყოვნებლივ ეცნობოს, რომელი უფლებების მიმართ იქნა გამოყენებული გადახვევა, რასაც თან უნდა ახლდეს მიზეზის დეტალური განმარტება. გენერალურ მდივანს უნდა ეცნობოს გადახვევის ხანგრძლივობა.<sup>21</sup> მუხლი ასევე შეიცავს იმ უფლებების ჩამონათვალს, რომლებიდან გადახვევაც არის დაუშვებელი.<sup>22</sup>

ადამიანის უფლებათა და ძირითად თავისუფლებათა დაცვის ევროპული კონვენციის მე-15 მუხლის თანახმად, სახელმწიფოს მიერ კონვენციით ნაკისრი ვალდებულებე-

ბიდან გადახვევა დაიშვება მხოლოდ ომის ან სხვა საზოგადოებრივი საგანგებო მდგომარეობის დროს, როდესაც საფრთხე ექმნება ერის არსებობას.<sup>23</sup> სახელმწიფოს მიერ მიღებული ზომები უნდა იყოს მკაცრად პროპორციული და არ უნდა ეწინააღმდეგებოდეს სახელმწიფოს მიერ ნაკისრ სხვა საერთაშორისო ვალდებულებებს. სამოქალაქო და პოლიტიკურ უფლებათა საერთაშორისო პაქტის მსგავსად, ადამიანის უფლებათა და ძირითად თავისუფლებათა დაცვის ევროპული კონვენცია ასევე ანებს გადახვევის შემთხვევებისა და მათი გამომწვევი მიზეზების შესახებ ევროპის საბჭოს გენერალური მდივნის ინფორმირების ვალდებულებას.<sup>24</sup> ევროპულ კონვენციაში ასევე არსებობს იმ უფლებათა ჩამონათვალი, რომელთაგან გადახვევა არის დაუშვებელი<sup>25</sup>. თუმცა, როგორც ზოგიერთი მკვლევარი აცხადებს, ევროპული კონვენციის ამ ძირითად უფლებათა ჩამონათვალი არის უფრო მკაცრი და შემზღუდავი ხასიათისა.<sup>26</sup>

ზემოთ ნახსენები მოთხოვნები განმარტა მოსამართლე *ჰიგინსმა*. ის აცხადებს, რომ ადამიანის უფლებებიდან გადახვევა დასაშვებია მხოლოდ მაშინ, თუ, ვითარებიდან გამომდინარე, არსებობს ამის აუცილებლობა და დაცულია პროპორციულობის პრინციპი. საერთაშორისო საზოგადოებას უნდა მიეცეს მათი დეტალურად შესწავლის შესაძლებლობა, რათა მოხდეს არსებული პრაქტიკის გაანალიზება.<sup>27</sup>

ადამიანის უფლებათა სამართალში გადახვევის მთავარ მახასიათებლებზე მსჯელობისას მნიშვნელოვანია იმის გარკვევა, როდის და რა შემთხვევებში შეიძლება მათი გამოყენება. როგორც უკვე აღინიშნა, ადამიანის უფლებების დაცვიდან გადახვევა შესაძლებელია მხოლოდ ომისა<sup>28</sup> და საზოგადოებრივი საგანგებო მდგომარეობის დროს, როდესაც საფრთხე ექმნება ერის არსებობას. როგორც პროფესორი *ნოვაკი* აღნიშნავს, სამოქალაქო და პოლიტიკურ უფლებათა საერთაშორისო პაქტის მე-4 მუხლით გათვალისწინებული გადახვევის მექანიზმის გამოყენებისას, პრაქტიკულად ყველა შემთხვევაში, სახელმწიფოები ამ მოქმედებას ამართლებენ შიდა არეულობით.<sup>29</sup>

ასევე აღსანიშნავია, მხოლოდ ომი და შიდა შეიარაღებული დაპირისპირება არ

ქმნის საგანგებო მდგომარეობას. შიდა არეულობები და დაპირისპირება შეიძლება ასევე გახდეს გადახვევის უფლების გამოყენების საფუძველი.<sup>30</sup> როგორც სამოქალაქო და პოლიტიკურ უფლებათა საერთაშორისო პაქტის პროექტის შემუშავების დროს აღინიშნა:

„მთავარი პრობლემა იყო იმის განსაზღვრა, თუ რა სახის საგანგებო ვითარებაში ჰქონდათ სახელმწიფოებს კონვენციის მუხლების მიმართ გადახვევის მექანიზმის გამოყენების უფლება, თანაც ისე, რომ არ მომხდარიყო აღნიშნული უფლებით ბოროტად სარგებლობა... ფორმულირება ეფუძნება მოსაზრებას, რომლის მიხედვითაც საგანგებო ვითარება უნდა იყოს ისეთი სიმწვავისა, რომ საფრთხეს უქმნიდეს მთელი ერის არსებობას“.<sup>31</sup>

ამ საკითხის განხილვისას მნიშვნელოვანია გავითვალისწინოთ ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს პრეცედენტული სამართალი. გადახვევის საკითხი ხშირად ხდება სასამართლოს განხილვის საგანი. ის განსაზღვრავს კრიტერიუმებს და გვეხმარება გავიგოთ ცნების არსი.<sup>32</sup>

ერთ-ერთ მის განაჩენში, რომელიც სასამართლომ გამოიტანა *ლოლესის* საქმეზე, საგანგებო მდგომარეობა განიმარტა როგორც „ერის არსებობისათვის საფრთხის შემცველი მდგომარეობა“ და „განსაკუთრებული კრიზისი და საგანგებო ვითარება, რომელიც საფრთხეს უქმნის მთლიან მოსახლეობასა და საზოგადოების ორგანიზებულ ცხოვრებას“.<sup>33</sup>

საბერძნეთის საქმეში ადამიანის უფლებათა ევროპულმა კომისიამ შეიმუშავა კრიტერიუმები საგანგებო მდგომარეობისათვის, რომელიც საფრთხეს უქმნის ერის არსებობას. კომისიამ განმარტა, რომ ასეთი ვითარება უნდა იყოს: 1. გარდაუვალი; 2. ზეგავლენას უნდა ახდენდეს მთელ ერზე; 3. უნდა ირღვეოდეს საზოგადოების ცხოვრების ჩვეული რიტმი; 4. საფრთხის ან კრიზისის მასშტაბი უნდა იყოს ისეთი სიმწვავისა, რომ კონვენციით დაშვებული ჩვეულებრივი ზომები და შეზღუდვები გამოიყენებოდეს აბსოლუტურად არაადეკვატურად.<sup>34</sup>

საქმეში *ირლანდია გაერთიანებული სამეფოს წინააღმდეგ* ბრიტანეთის მიერ გადახვევის უფლების გამოყენება ადამიანის უფ-

ლებათა ევროპული კონვენციის მიმართ გამართლებულ იქნა როგორც სასამართლოს, ასევე კომისიის მიერ. სასამართლომ აღნიშნა, რომ საგანგებო ვითარება შესაძლებელია ეხებოდეს არა მთელ სახელმწიფოს, არამედ მის ნაწილს, კონკრეტულ პროვინციას, კანტონს და ა.შ.<sup>35</sup> შესაბამისად, ამ გადაწყვეტილებით სასამართლომ განსაზღვრა, რომ საგანგებო ვითარება შესაძლებელია, გეოგრაფიულად შეზღუდულ ტერიტორიაზეც არსებობდეს.

როგორც მოსამართლე *ბურგენტალი* აღნიშნავს, ეს განმარტება და მიდგომა შესაძლებელია გამოყენებულ იქნეს სამოქალაქო და პოლიტიკურ უფლებათა საერთაშორისო პაქტის მე-4 მუხლის მიმართაც.<sup>36</sup>

ამავდროულად, გადახვევის უფლების გამოყენება, რომელსაც საფუძვლად უდევს შიდა არეულობები, პარტიზანული ომები და სხვა, ყველაზე დიდი საფრთხეა ადამიანის უფლებათა დაცვის შეთანხმებების მყარი მოქმედებისათვის.<sup>37</sup>

ადამიანის უფლებათა დამცველი ორგანოები ასევე განიხილავენ ამ პრობლემას სახელმწიფოთა მხრიდან გადახვევის გამოყენების შესახებ შეტყობინებებზე დაყრდნობით. ადამიანის უფლებათა კომიტემა (HRC) საფუძვლიანი ეჭვი გამოთქვა ჩილეს მთავრობის მიერ გამოცხადებული საგანგებო მდგომარეობის ხანგრძლივობის მართლზომიერებასთან დაკავშირებით ქვეყნის მიერ წარდგენილი მეორე პერიოდული ანგარიშის განხილვის დროს.<sup>38</sup> კომიტეტი შეეცადა იმის გარკვევას, კვლავაც ძალაში იყო თუ არა 1976 წლის ბლოკადის დროს მიღებული ზომები, ან, იქნებ, მიღებული ზომები, რომლებიც, თავისი არსით, შეზღუდული იყო დროითა და ადგილით, გადაიზარდა ინსტიტუციურ შეზღუდვაში, რომელიც ძალაში დარჩა მთელი ქვეყნის ტერიტორიაზე განსაზღვრული დროით. ამგვარად, კომიტეტი მოითხოვა „დამაჯერებელი მტკიცებულება იმისა, რომ არსებობდა რეალური საფრთხე, რომლის დაძლევა სახელმწიფოს მხრიდან შეუძლებელი იყო სხვა საშუალების გამოყენებით“.<sup>39</sup> ეს შემთხვევა წააგავს ადამიანის უფლებათა კომისიის მიერ საბერძნეთის საქმეში ჩატარებულ გამოკვლევას, როდესაც კომისიამ კითხვის ნიშნის ქვეშ დააყენა ისეთი სა-

ფრთხის არსებობა, რომელიც ემუქრებოდა ბერძენი ერის არსებობას.<sup>40</sup>

საქმეში *ლანდინელი სილვა ურუგვაის წინააღმდეგ* ადამიანის უფლებათა კომიტეტმა იმსჯელა სახელმწიფოებისათვის მინიჭებულ შეფასების ზღვარზე და დაგმო ურუგვაის მიერ მე-4 მუხლის გამოყენება. კომიტეტმა აღნიშნა, რომ „წვერი სახელმწიფოები ვალდებულნი არიან, წარმოადგინონ სათანადო ფაქტების საკმარისად დეტალური ანგარიში, რომელიც საფუძვლად უდევს მათ მიერ მე-4(1) მუხლის მოხმობას“ და, რომ სწორედ კომიტეტია უფლებამოსილი, „შეაფასოს, რამდენად ასრულებს სახელმწიფო პაქტით ნაკისრ თავის ვალდებულებებს“.<sup>41</sup>

ადამიანის უფლებათა დაცვის სახედამხედველო ორგანოები ყოველთვის როდი გამობენ სახელმწიფოების მიერ მე-4 მუხლის გამოყენებას შიდა არეულობების დროს. მაგალითად, 2007 წლის ნოემბერში საქართველომ ევროპის საბჭოსა და გაეროს გაუგზავნა დიპლომატიური შეტყობინება ორი საერთაშორისო ხელშეკრულების მიმართ გადახვევის უფლების გამოყენების შესახებ გადანყვეტილებასთან დაკავშირებით. სახელმწიფო გადანყვეტილების მიღების დროს დაეყრდნო არსებულ ვითარებას, რომელიც საფრთხეს უქმნიდა ერის არსებობას. მან განაცხადა, რომ ფართომასშტაბიანი დემონსტრაციები თანდათან იღებდა აჯანყების სახეს, რომლის მიზანიც იყო მთავრობის არაკონსტიტუციური გზით შეცვლა. ამავე დროს, აუცილებელი იყო ქვეყანაში მოსალოდნელი შემდგომი არეულობის თავიდან აცილება, კანონის უზენაესობის აღდგენა და სამთავრობო ინსტიტუტების ეფექტური ფუნქციონირების უზრუნველყოფა.<sup>42</sup> გაეროს გენერალურმა მდივანმა, ისევე, როგორც ევროპის საბჭომ, აღნიშნა, რომ სახელმწიფოებს აქვთ შეფასების ფართო ზღვარი გადახვევის გამოყენებასთან დაკავშირებით, თუმცა აღნიშნული დისკრეცია ექვემდებარება მკაცრ მონიტორინგს საერთაშორისო საზოგადოების მხრიდან.<sup>43</sup>

ორი მსოფლიო ომის შემდეგ საერთაშორისო საზოგადოებამ გააცნობიერა, რომ ადამიანის უფლებების დაცვა სახელმწიფოს ერთ-ერთი ყველაზე მნიშვნელოვანი

ვალდებულებაა. ევროპის, ამერიკისა და აფრიკის სამართლებრივ სისტემებში ადამიანის უფლებათა სფეროში ხელშეკრულებების მთელი რიგის მიღებამ, ისევე, როგორც საერთაშორისო დონეზე ორი პაქტის შემუშავების პროცესმა, გააძლიერა ადამიანის უფლებათა დაცვის მექანიზმი, რომელიც თავდაპირველად გაჟღერდა ადამიანის უფლებათა საყოველთაო დეკლარაციაში. ამ ხელშეკრულებების ხელმოწერით, რატიფიკაციითა და ეროვნულ კანონმდებლობებში იმპლემენტაციით სახელმწიფოები ავლენენ ხელშეკრულებებით გათვალისწინებული ღირებულებების დაცვის განზრახვას. თუმცა სახელმწიფოების პრაქტიკა მიუთითებს გარკვეულ ვითარებაზე, როგორცაა საგანგებო მდგომარეობა, რომლის დროსაც სახელმწიფო უძღურია უზრუნველყოს ადამიანის უფლებათა დაცვა. ამგვარი ვითარების საპასუხოდ ადამიანის უფლებათა დაცვის ხელშეკრულებები შეიცავს გადახვევის მექანიზმს, რომლის გამოყენების დროსაც სახელმწიფოები საერთაშორისო საზოგადოებას აცნობებენ, რომ, გარკვეული მიზეზების გამო, ისინი ვერ შეძლებენ უზრუნველყონ ადამიანის ზოგიერთი უფლება და თავისუფლება შეზღუდული დროის განმავლობაში, რაზეც მათ სხვა დროს შეიძლება დაეკისროთ შესაბამისი პასუხისმგებლობა. ის ფაქტი, რომ გადახვევის მექანიზმი აისახა ადამიანის უფლებათა დაცვის ინსტრუმენტებში, გამონვეული იყო ობიექტური რეალობით, რომლის თანახმადაც, შეუძლებელია ყველა უფლება და თავისუფლება ერთნაირად იყოს დაცული ნებისმიერ დროსა და ვითარებაში. როგორც წესი, ამ დოკუმენტებში ყოველთვის არის მითითება იმ უფლებებზე, რომელთაგან გადახვევა დაუშვებელია განსაკუთრებული ვითარების დროსაც კი, მაშინ როდესაც ასეთ ვითარებაში სხვა ზოგიერთი უფლება არ არის დაცული.

ამავე დროს, საერთაშორისო საზოგადოებამ სახელმწიფოების ამგვარ ქმედებებზე შეიმუშავა ზედამხედველობის სისტემა, რომლის მიხედვითაც ადამიანის უფლებათა დაცვის ძირითადი ორგანოები ზედმინწევით ამონმებენ გადახვევის მიზეზებს, მართლზომიერებას, ხანგრძლივობას და ზოგად ვითარებას. როგორც პრაქტიკა გვიჩვენებს, ეს ორგანოები საკმაოდ მკაცრად აფასებენ

სახელმწიფოების დისკრეციას გადახვევის მექანიზმის გამოყენებასთან დაკავშირებით.<sup>44</sup>

სამოქალაქო და პოლიტიკურ უფლებათა საერთაშორისო პაქტის, ადამიანის უფლებათა ამერიკული და ევროპული კონვენციებისაგან განსხვავებით, ეკონომიკურ, სოციალურ და კულტურულ უფლებათა საერთაშორისო პაქტი შეიცავს არა გადახვევის, არამედ შეზღუდვის დებულებას. ნაშრომის შემდეგი თავები აანალიზებს პაქტში გადახვევის დებულების არარსებობის მიზეზებს. ასევე განხილულია პაქტის მე-4 მუხლის გამოყენების არსებული რეალობა.

**2. გადახვევის საკომპრომისო მექანიზმი აკონომიკურ, სოციალურ და კულტურულ უფლებათა საერთაშორისო პაქტის მიხედვით: პაქტის მე-4 მუხლის ანალიზი**

**ა. პაქტის შემზღუდავი დებულება**

ეკონომიკურ, სოციალურ და კულტურულ უფლებათა საერთაშორისო პაქტის მე-4 მუხლში ვკითხულობთ:

„ამ პაქტის წევრი სახელმწიფოები აცხადებენ, რომ სახელმწიფოს პაქტით უზრუნველყოფილი უფლებების შეზღუდვა შეუძლია მხოლოდ იმ დოზით, რაც გათვალისწინებულია კანონით, შეესაბამება ამ უფლებების არსსა და აუცილებელია დემოკრატიულ საზოგადოებაში კეთილდღეობის განვითარებისთვის“.

მუხლის ამგვარი ფორმულირება ცხადყოფს, რომ იგი არ უშვებს გადახვევის შესაძლებლობას და სახელმწიფოების შესაძლო გადახვევის პრაქტიკას ამართლებს შეზღუდვების გამოყენებით,<sup>45</sup> რომელიც უნდა იყოს: 1. კანონით გათვალისწინებული; 2. კონკრეტული უფლება თავად უნდა უშვებდეს შეზღუდვის შესაძლებლობას; 3. მთავარი მიზანი უნდა იყოს საზოგადოების კეთილდღეობის უზრუნველყოფა.

კანონით გათვალისწინებული აღნიშნული კრიტერიუმი გულისხმობს, რომ კანონი უნდა იყოს ზოგადი გამოყენების; უნდა იყოს ნათელი, ზუსტი და ხელმისაწვდომი; იგი, მისი უკანონო და არამართლზომიერი გამოყენების წინააღმდეგ, უნდა ითვალისწინებდეს ადეკვატური დაცვის შესაძლებლობას;<sup>46</sup> უფრო მეტიც, მისი გამოყენება არ უნდა

იყოს თვითნებური, არამართლზომიერი, არაპროპორციული და დისკრიმინაციული, რა მოთხოვნებიც, ზოგადად, არსებობს ადამიანის უფლებათა სამართალში.<sup>47</sup>

რაც შეეხება მეორე მოთხოვნას, როგორც ე.წ. ლიმბურგის პრინციპები ნათლად მიუთითებს, შეზღუდვა არ უნდა იქნეს გამოყენებული იმგვარად, რომ ამან ხელყოს უფლების არსი.<sup>48</sup> აღნიშნულის მიხედვით, სახელმწიფოს შეზღუდვის გამოყენების დროს ეკისრება მტკიცების ტვირთი, რომ მისი ქმედებები შეესაბამება შეზღუდული უფლების ბუნებას.<sup>49</sup>

ლიმბურგის პრინციპები ასევე განმარტავს საზოგადოებრივი კეთილდღეობის უზრუნველყოფის კრიტერიუმს და მიუთითებს, რომ შეზღუდვა უნდა ემსახურებოდეს მხოლოდ საზოგადო კეთილდღეობას.<sup>50</sup> ზოგიერთი მკვლევარი აღნიშნულ კრიტერიუმს განმარტავს იმგვარად, რომ სახელმწიფოებს არ აქვთ უფლება, მოიხმონ შეზღუდვის დანესების უფლება „ეროვნული უსაფრთხოების“ ან „საჯარო წესრიგის“ დაცვის მიზნით, რადგან ეს ორი კონცეფცია პირდაპირ არ უკავშირდება საზოგადოებისა და მისი ინდივიდუალური წევრების კეთილდღეობის შენარჩუნებას.<sup>51</sup> იმავე არგუმენტს ეყრდნობა კომიტეტი სახელმწიფოთა ანგარიშების განხილვის დროს და აღნიშნავს, რომ წევრი სახელმწიფოები კვლავაც რჩებიან ვალდებული, დაიცვან პაქტით გათვალისწინებული დებულებები შეიარაღებული კონფლიქტების, შიდა არეულობებისა თუ აჯანყებების დროს.

მაგალითად, ერაყის ანგარიშის განხილვისას კომიტეტმა აღნიშნა, რომ პაქტი ძალაში იყო ირანის ისლამურ რესპუბლიკასთან ომამდე და ომის დროს, ისევე, როგორც ერაყის მიერ ქუვეითის ოკუპაციის შემდეგ. კომიტეტი უფრო შორს წავიდა და დააკონკრეტა, რომ ემბარგოს შემთხვევაშიც კი ერაყი ვალდებული იყო, სრულად დაეცვა კონვენცია, თუმცა ამის შესრულება დიდ სიძნელეებთან იყო დაკავშირებული.<sup>52</sup>

გვატემალაში მიმდინარე შიდა კონფლიქტთან დაკავშირებით, კომიტეტმა დაადგინა, რომ ოცნლიანმა შიდა დაპირისპირებამ, ბუნებრივია, ხელი შეუშალა პაქტის იმპლემენტაციას, თუმცა, ამ შემთხვევაშიც კი, სახელმწიფო ვერ გაამართლებს პაქტი-

დან გამომდინარე ვალდებულებების შეუსრულებლობას გადახვევის უფლების გამოყენებით.<sup>53</sup> კომიტეტმა ზოგადად განმარტა, რომ, მართალია, შეიარაღებული კონფლიქტი ხელს უშლის ადამიანის უფლებათა დაცვის უზრუნველყოფას, წევრი სახელმწიფოები ვალდებული არიან, გამოიჩინონ კეთილი ნება და ხელი შეუწყონ პაქტის იმპლემენტაციას.<sup>54</sup> უფრო მეტიც, ვინაიდან დაუცველი ჯგუფები კიდევ უფრო დიდი რისკის ქვეშ არიან ასეთ დროს, სახელმწიფოებმა ყველაფერი უნდა იღონონ, რათა უზრუნველყონ მათი პაქტით გათვალისწინებული პრივილეგიები.<sup>55</sup>

მეოთხე მუხლის არსის სრულად გასაგებად უმჯობესი იქნება ეკონომიკურ, სოციალურ და კულტურულ უფლებათა კომიტეტის მიერ შემუშავებული ზოგადი კომენტარების ნახვა, როგორც მუხლის ავტორიტეტული განმარტების წყაროსი. მართალია, კომიტეტს ჯერ არ შეუშავებია კონკრეტულად მეოთხე მუხლის განმარტებითი ზოგადი კომენტარი, თუმცა კომიტეტის პოზიციის გარკვევა შესაძლებელია სხვა მუხლების კომენტარებიდან. მაგალითად, კომიტეტმა განათლებისა და ჯანდაცვის უფლების შესახებ თავის ზოგად კომენტარში ხაზი გაუსვა იმას, რომ შეზღუდვა ემსახურება ადამიანის უფლებების დაცვას და არა სახელმწიფოს მხრიდან შეზღუდვების გამოყენების უფლებას.<sup>56</sup>

კომიტეტის ტრადიციული მიდგომის თანახმად, მთავრობის მიერ გამოყენებული ნებისმიერი სახის შეზღუდვა არ უნდა განხორციელდეს პაქტისგან იზოლირებულად. შეზღუდვების ძირითადი არსი უნდა იყოს ადამიანის უფლებათა უკეთესი დაცვა საერთო კეთილდღეობის უზრუნველყოფის გზით; შეზღუდვა უნდა იყოს დროებითი და სრულად უნდა აკმაყოფილებდეს პაქტით გათვალისწინებულ კრიტერიუმებს. კომიტეტს არ გამოუქვეყნებია ზოგადი კომენტარი პაქტის მე-4 მუხლთან დაკავშირებით, რომელიც ნათელს მოჰყენდა მუხლის სამართლებრივი ბუნების შინაარსს, თუმცა კომიტეტმა მოგვცა მუხლის საკმაოდ ეფექტური განმარტება სხვა ზოგად კომენტარებში, ასევე სახელმწიფოთა ანგარიშების შეფასების დროს.

## **ბ. ფორს-მაჟორი, როგორც გადახვევის უფლების გამოყენების საფუძველი**

ეკონომიკურ, სოციალურ და კულტურულ უფლებათა საერთაშორისო პაქტი არ შეიცავს პირდაპირ მითითებას იმის შესახებ, რომ სახელმწიფოებს აქვთ პაქტის ვალდებულებებიდან გადახვევის უფლება, იქნება ეს შეიარაღებული კონფლიქტის თუ ბუნებრივი კატასტროფების დროს.<sup>57</sup> მსგავსი მიდგომა განავითარა კომიტეტმა წევრი სახელმწიფოების მიერ წარდგენილი პერიოდული ანგარიშების შეფასების დროს.

საერთაშორისო სამართალში არსებობს სახელმწიფოს ქმედების მართლწინააღმდეგობის გამომრიცხავი გარემოებები.<sup>58</sup> ფორს-მაჟორი, უკვე დიდი ხანია, განიხილება ერთ-ერთ ასეთ გარემოებად.<sup>59</sup> ეს არის ვითარება, როდესაც სახელმწიფო იძულებულია, განახორციელოს ისეთი ქმედება, რომელიც ეწინააღმდეგება მის მიერ ნაკისრ საერთაშორისო ვალდებულებებს.<sup>60</sup> კერძოდ, ვენის საერთაშორისო ხელშეკრულებების შესახებ კონვენციის თანახმად, „*მხარეს შეუძლია მოიხმოს მის მიერ ხელშეკრულების შესრულების შეუძლებლობა ხელშეკრულების შეწყვეტის ან მისგან გამოსვლის მიზნით... თუ ვალდებულების შესრულების შეუძლებლობა დროებითია, ეს შესაძლებელია გახდეს მხოლოდ ხელშეკრულების შეჩერების საფუძველი*“.<sup>61</sup> გარდა ამისა, სახელმწიფოთა პასუხისმგებლობის შესახებ მუხლები ითვალისწინებს სახელმწიფოს გათავისუფლებას მისი საერთაშორისო ვალდებულებისაგან, „თუ მოქმედება გამონაკლისია... დაუძლეველი ან გაუთვალისწინებელი ძალით, რომელიც არ ექვემდებარება სახელმწიფო კონტროლს და არსებული გარემოებები ფიზიკურად აფერხებს ქვეყნის მიერ ნაკისრი ვალდებულებების შესრულებას“.<sup>62</sup>

როგორც პროფესორი *კროუფორდი* აღნიშნავს, ფორს-მაჟორის კონცეფცია შესულია საერთაშორისო სამართლის სხვადასხვა სფეროს მარეგულირებელ ხელშეკრულებებში,<sup>63</sup> რაც მიუთითებს საერთაშორისო სამართლის ზოგადი პრინციპის არსებობაზე.<sup>64</sup> ჯერ კიდევ 1929 წელს საერთაშორისო სამართლის მუდმივმოქმედმა სასამართლომ *სერბიული ვალის* საქმეში ზემოაღნიშნულ კონცეფციას მიანიჭა საერ-

თაშორისო სამართლის ზოგადი პრინციპის სტატუსი.<sup>65</sup>

ყოველივე ზემოაღნიშნულიდან გამომდინარე, მიუხედავად იმისა, რომ ეკონომიკურ, სოციალურ და კულტურულ უფლებათა საერთაშორისო პაქტი არ შეიცავს გადახვევის დებულებას და პირდაპირ არ ეხება იმისა თუ სხვა საგანგებო მდგომარეობის შემთხვევებს, საერთაშორისო სამართალი სახელმწიფოებს აძლევს შესაძლებლობას, კრიზისის ექსტრემალურ ვითარებაში გამოიყენონ ფორს-მაჟორის ხელშეკრულებიდან გამომდინარე ვალდებულებების დარღვევის გასამართლებლად.<sup>66</sup> თუმცა იმისათვის, რომ ფორს-მაჟორის გამოყენება იყოს გამართლებული, სახელმწიფოებმა უნდა დააკმაყოფილონ გარკვეული კრიტერიუმები.<sup>67</sup>

პროფესორ შოუსგანმარტებით, სახელმწიფოების მიერ ფორს-მაჟორის გამოყენებასთან დაკავშირებით არსებობს საკმაოდ მაღალი მოთხოვნები.<sup>68</sup> აღნიშნული მიდგომა ჩანს სახელმწიფოთა პასუხისმგებლობის შესახებ მუხლების პროექტის კომენტარებში, რომელიც გვთავაზობს ფორს-მაჟორის შემდეგ კრიტერიუმებს:

- განსახილველი ქმედება განპირობებულია დაუძლეველი ძალის არსებობით;
- ვითარება არ ექვემდებარება სახელმწიფოს კონტროლს;
- შექმნილი ვითარება შეუძლებელს ხდის სახელმწიფოს მიერ ნაკისრი ვალდებულების შესრულებას.<sup>69</sup>

საერთაშორისო სამართლის კომისიის (ILC) განმარტებით, შესრულების შეუძლებლობა შეიძლება გამოწვეული იყოს ფიზიკური ან ბუნებრივი მოვლენით, ადამიანთა ინტერვენციით, რომელიც ასევე მოიცავს შეიარაღებულ კონფლიქტს, ან ამ ორის ნებისმიერი კომბინაციით.<sup>70</sup> თუმცა აღნიშნული ცნების ქვაკუთხედი არის ის, რომ „ვითარება უნდა იყოს დაუძლეველი, ისეთი, რომ კონკრეტულ სახელმწიფოს არ ჰქონდეს მისი გავლენის თავიდან აცილების რეალური შესაძლებლობა“.<sup>71</sup> გარდა ამისა, ფორს-მაჟორი არ მოიცავს ისეთ შემთხვევებს, რომლებიც გამომწვეულია სახელმწიფოს დაუდევრობით ან ბრალით, პოლიტიკური თუ ეკონომიკური კრიზისით,<sup>72</sup> ან როდესაც ვალდებულების შესრულება არის, უბრალოდ, გართულებული.<sup>73</sup> საქმის – *Rainbow Warrior*

*Arbitration* – მიხედვით, ამ დოქტრინის გამოყენების ერთ-ერთი პირობა არის „აბსოლუტური და არსებითი შეუძლებლობა“, ხოლო ვითარება, რომელიც ვალდებულების შესრულებას უფრო რთულსა და მძიმეს ხდის, არ ჩაითვლება ფორს-მაჟორულ სიტუაციად.<sup>74</sup>

ამგვარად, ცხადი ხდება, რომ ფორს-მაჟორის მიმართ დადგენილი კრიტერიუმები, კერძოდ, ვალდებულების შესრულების აბსოლუტური შეუძლებლობა, უფრო მკაცურია, ვიდრე ადამიანის უფლებათა დაცვის ხელშეკრულებებით გათვალისწინებული გადახვევის დებულებები, რომლებიც უთითებენ საგანგებო მდგომარეობაზე.<sup>75</sup> იმ უფლებების განხილვის მიზნით, რომლებიც საგანგებო მდგომარეობის და სხვა განსაკუთრებული შემთხვევების დროსაც კი არ ექვემდებარება გადახვევას, შეიკრიბა ექსპერტთა სპეციალური ჯგუფი, რომლის მიერ შემუშავებულ ანგარიშში ნათქვამია: „გადახვევის დებულებები, შეუძლებლობის კონცეფციისგან განსხვავებით, ანესებენ უფრო დაბალ ზღვარს სახელმწიფოთა მიერ ხელშეკრულებიდან გამომდინარე ვალდებულების შეუსრულებლობის გასასამართლებლად“.<sup>76</sup> სვენსონ მაქკარტის განმარტებით, როდესაც ერთმანეთს ვადარებთ ადამიანის უფლებათა დაცვის ხელშეკრულებებით გათვალისწინებულ გადახვევის დებულებებს და საერთაშორისო სამართალში არსებულ ფორს-მაჟორს, ვხედავთ, რომ საერთაშორისო ვალდებულებების შეუსრულებლობა დასაშვებია მხოლოდ მაშინ, როდესაც არსებობს დაუძლეველი ძალა, რომელიც სახელმწიფოს არ უტოვებს სხვა არჩევანს, მაშინ როდესაც ადამიანის უფლებათა დაცვის ხელშეკრულებებით გათვალისწინებული საგანგებო მდგომარეობის დროს შექმნილი კრიზისული ვითარება უმრავლეს შემთხვევაში, თუმცა არა ყოველთვის, პასუხისმგებელ მმართველ ორგანოს უტოვებს ვითარების გამოსწორების სხვა ეფექტურ საშუალებებსაც. სხვა სიტყვებით რომ ვთქვათ, ადამიანის უფლებათა კონცეფცია უფრო მეტად არის დამოკიდებული განზრახვის სუბიექტურ ელემენტზე, ვიდრე საერთაშორისო სამართალში არსებული ფორს-მაჟორი.<sup>77</sup>

პაქტთან მიმართებით ფორს-მაჟორის პრინციპის გამოყენების შესაძლებლობის ანალიზის დროს პროფესორი *სეპულვედა* აცხადებს, რომ პაქტის კონტექსტში, ფორს-მაჟორისათვის მიმართებით სახელმწიფოებს შეუძლიათ აიცილონ პასუხისმგებლობა ვალდებულებების შეუსრულებლობაზე, როდესაც ომის ან სხვა ბუნებრივი კატასტროფის შემთხვევაში ან, თუნდაც, მოულოდნელი ეკონომიკური კრიზისის ფონზე, სახელმწიფოს არ შეუძლია შეასრულოს ნაკისრი ვალდებულება.<sup>78</sup> თუმცა ის ასევე აღნიშნავს, რომ ფორს-მაჟორის პრინციპის გამოყენებისას თავად სახელმწიფოს ქმედება არ უნდა იყოს ვალდებულებების შესრულების შეუძლებლობის მიზეზი და მაშინაც კი, როდესაც ამ პრინციპს მიმართავს, სახელმწიფომ უნდა იმოქმედოს კეთილსინდისიერად და გაითვალისწინოს საზოგადოების ზოგადი კეთილდღეობა.<sup>79</sup>

მაშასადამე, უნდა აღინიშნოს, რომ ფორს-მაჟორი არის მართლაც ექსტრაორდინარული ვითარება და მისი განმარტება უნდა მოხდეს მკაცრად, პაქტით დაცული საგნისა და მიზნის ქრილში,<sup>80</sup> რადგანაც საერთაშორისო სახელშეკრულებო სამართლის ზოგიერთი ნორმა ყოველთვის არ შეესაბამება ადამიანის უფლებათა დაცვის ხელშეკრულებების გამოყენებას.<sup>81</sup>

ამგვარად, შეჯამების სახით შეგვიძლია ვთქვათ, რომ, თუ საერთაშორისო სამართალი უშვებს პაქტიდან გადახვევის უფლებას, ამგვარი გადახვევა უნდა აკმაყოფილებდეს ფორს-მაჟორის მოთხოვნებს, რომლებიც არის უფრო მკაცრი, ვიდრე „საზოგადოებრივი საგანგებო მდგომარეობის დროს“ ადამიანის უფლებათა დაცვის საერთაშორისო ხელშეკრულებებით გათვალისწინებული გადახვევის მექანიზმი. უფრო მეტი, ამ შემთხვევაშიც კი სახელმწიფოს ქმედებები მიმართული უნდა იყოს საერთო საზოგადოებრივი კეთილდღეობის უზრუნველყოფისაკენ. ამავე დროს, გადახვევა უნდა აკმაყოფილებდეს დისკრიმინაციის აკრძალვისა და პროპორციულობის პრინციპებს.<sup>82</sup>

მიუხედავად ამისა, ზოგიერთი მკვლევარი აღნიშნავს, რომ ეკონომიკურ, სოციალურ და კულტურულ უფლებათა საერთაშორისო პაქტის მე-2(1)-ის მოქნილობა, მე-4 მუხლით გათვალისწინებული

შეზღუდვების შესაძლებლობა და დათქმები საკმარისი ინსტრუმენტებია, რომლებსაც მინიმუმამდე დაყავს ისეთი შემთხვევები, როდესაც სახელმწიფოებს სჭირდებათ ფორს-მაჟორის მოხმობა.<sup>83</sup>

უფრო მეტიც, თუ ჩვენ გავაკეთებთ კომიტეტის ზოგადი კომენტარების დეტალურ ანალიზს, გადავხედავთ პაქტის სხვა განმარტებით დოკუმენტებს, შეგვიძლია ვთქვათ, რომ, მიუხედავად კომიტეტის შემაჯამებელ დასკვნებში გაკეთებული მწვავე შეფასებებისა, პაქტი არ კრძალავს გადახვევას ომის ან საზოგადოებრივი საგანგებო მდგომარეობის დროს.

კომიტეტმა თავის ზოგად კომენტარებში განავითარა „ძირითადი ვალდებულებების“ კონცეფცია, რომელიც მოიცავს იმ უფლებებს, რომელთაგან გადახვევა ან რომელთა შეზღუდვა არის დაუშვებელი.<sup>84</sup> მაგალითად, კომიტეტმა აღნიშნა, რომ სახელმწიფოს „არცერთ შემთხვევაში არ შეუძლია გაამართლოს ძირითადი ვალდებულებების შეუსრულებლობა, რომლებიც არ ექვემდებარება გადახვევას“ და, რომ აღნიშნული ვალდებულებების შესრულება არის პაქტის *raison d'être*, მისი არსებითი ნაწილი.<sup>85</sup> ჯანმრთელობის უფლების განხილვისას კომიტეტმა ჩამოაყალიბა შემდეგი ძირითადი ვალდებულებები:

- (ა) დისკრიმინაციის აკრძალვა ჯანდაცვის დანებსებულებების, საქონელსა და მომსახურებაზე ხელმისაწვდომობის უზრუნველყოფის მიმართ, განსაკუთრებით დაუცველი და გარიყული ჯგუფებისთვის;
- (ბ) მინიმალურ აუცილებელ საკვებზე ხელმისაწვდომობის უზრუნველყოფა, რომელიც შეიცავს საკვები ღირებულების ადეკვატურ ოდენობას და არის უვნებელი; სახელმწიფომ უნდა უზრუნველყოს, რომ არცერთი ადამიანი არ იყოს მშიერი;
- (გ) ძირითად თავშესაფარზე, საცხოვრებელსა და სანიტარიულ პირობებზე ხელმისაწვდომობის უზრუნველყოფა; უვნებელი და სასმელად ვარგისი წყლით სათანადო მომარაგება;
- (დ) მიწოდება იმ ძირითადი მედიკამენტებისა, რომლებიც დროდადრო განისაზღვრება ჯანდაცვის მსოფლიო

ორგანიზაციის ძირითადი მედიკამენტების შესახებ სამოქმედო პროგრამის მეშვეობით;

- (ე) ჯანდაცვის საშუალებების, საქონლისა და მომსახურებების სამართლიანი განაწილების უზრუნველყოფა;
- (ვ) ჯანდაცვის ეროვნული სტრატეგიისა და სამოქმედო გეგმის მიღება და განხორციელება ეპიდემიოლოგიური მონაცემების საფუძველზე, მთელი მოსახლეობის ჯანდაცვის პრობლემების გათვალისწინებით; უნდა შექმნას სტრატეგია და სამოქმედო გეგმა და მოხდეს მათი პერიოდული გადასინჯვა, მონაწილეობითი და გამჭვირვალე პროცესის საფუძველზე; ისინი უნდა მოიცავდნენ ისეთ მეთოდებს, როგორებიცაა, მაგალითად: ჯანმრთელობის უფლების ინდიკატორები და დასახული შედეგები, რომელთა მეშვეობითაც შეიძლება მდგომარეობის მონიტორინგი, სადაც განსაკუთრებული ყურადღება მიექცევა დაუცველ და გარიყულ ჯგუფებს.

44. კომიტეტი ადასტურებს, რომ გარკვეული პრიორიტეტის მქონე ვალდებულებებს მიეკუთვნება ასევე შემდეგი მოთხოვნები:

- (ა) რეპროდუქციის, დედათა (მშობიარობამდე და მშობიარობის შემდგომი) და ბავშვთა ჯანდაცვის უზრუნველყოფა;
- (ბ) აცრების ჩატარება ძირითადი ინფექციური დაავადებების წინააღმდეგ, რომლებიც წარმოიშობა საზოგადოებაში;
- (გ) ეპიდემიური და ენდემური დაავადებების პრევენციული, სამკურნალო და საკონტროლო ღონისძიებების განხორციელება;
- (დ) ჯანდაცვის ძირითადი პრობლემების შესახებ მოსახლეობაში განათლებასა და ინფორმაციაზე ხელმისაწვდომობის უზრუნველყოფა, პრევენციისა და კონტროლის მექანიზმების ჩათვლით;
- (ე) ჯანდაცვის მუშაკებისთვის სათანადო ტრენინგის ჩატარება ჯანმრთელობისა და ადამიანის უფლებათა სფეროში განათლების მიცემის ჩათვლით.<sup>86</sup>

ყოველივე ზემოთქმულის გათვალისწინებით, მასტრინგის სახელმძღვანელო მითითებები ეკონომიკურ, სოციალურ და

კულტურულ უფლებათა დარღვევების შესახებ ერთმანეთისგან ასხვავებს მოქმედებასა და უმოქმედობას, რომლებიც ერთნაირად არღვევენ პაქტს. იგი მიუთითებს იმ განსხვავებებზე, რომლებიც არსებობს, ერთ შემთხვევაში, მაშინ, როდესაც სახელმწიფოს არ შეუძლია შეასრულოს პაქტით ნაკისრი ვალდებულება და, მეორე შემთხვევაში მაშინ, როდესაც სახელმწიფოს არ სურს ვალდებულების შესრულება.<sup>87</sup> გარდა ამისა, როგორც სახელმძღვანელო მითითებებში აღნიშნულია, „სახელმწიფოს, რომელიც აცხადებს, რომ არა აქვს უნარი, შეასრულოს ვალდებულება მისგან დამოუკიდებელი მიზეზების გამო, ეკისრება ვალდებულება, დაამტკიცოს ასეთი ვითარების არსებობა“. ამგვარი უუნარობის მაგალითად მოყვანილია საგანმანათლებლო დაწესებულების დახურვა მინისძვრის შემდეგ.<sup>88</sup> ამასთან, მე-14 პრინციპი დაწვრილებით განსაზღვრავს, რომ აკრძალულია პაქტით გათვალისწინებული უფლების პროგრესული რეალიზებისთვის ხელისშეშლა ან პროცესის შეწყვეტა, გარდა იმ შემთხვევებისა, როდესაც სახელმწიფო მოქმედებს პაქტით დაშვებული შეზღუდვების ფარგლებში, ან იგი ამას აკეთებს **რესურსების უქონლობისა თუ ფორსმაჟორული ვითარების გამო.**<sup>89</sup>

თუმცა პაქტი არ შეიცავს გადახვევის მექანიზმს, კომიტეტი თავის დასკვნებში ძალიან ნათლად აღნიშნავს, რომ დაუშვებელია პაქტიდან გადახვევა შეიარაღებული კონფლიქტის ან სხვა საგანგებო მდგომარეობის დროსაც კი. ამავე დროს, ისიც ცხადია, რომ კომიტეტმა და იურისტებმა, რომლებმაც შეიმუშავეს მასტრინგის სახელმძღვანელო პრინციპები, პირდაპირ აღიარეს სახელმწიფოს უფლება, მითითება გააკეთოს ფორს-მაჟორზე, როგორც ქმედების მართლწინააღმდეგობის გამომრიცხველ გარემოებაზე. ეს არის უფლება, რომელიც ამჟამად საერთაშორისო სამართლის ზოგადი პრინციპია.

ამასთანავე, ზოგიერთ მკვლევარს სადავოდ მიაჩნია დატქმების მკაფიო უფლების არარსებობა როგორც ეკონომიკური, სოციალური და კულტურული, ისე სამოქალაქო და პოლიტიკური უფლებების შესახებ საერთაშორისო პაქტებში. მათი განცხადებით,



„დებულების არარსებობა [დათქმების შესახებ] ნიშნავს არა იმას, რომ დაუშვებელია დათქმების გაკეთება, არამედ იმას, რომ ეს საკითხი რეგულირდება საერთაშორისო სამართლის ზოგადი ნორმებით“.<sup>90</sup> როგორც ჩანს, დათქმების გაკეთება დასაშვებია მხოლოდ მაშინ, თუ ისინი შეესაბამებიან პაქტის საგანსა და მიზანს, ხოლო სახელმწიფოებმა თავად უნდა გადაწყვიტონ, როდის აკმაყოფილებენ აღნიშნულ ტესტს.<sup>91</sup> იგივე წესი, ანალოგიის გზით, შეგვიძლია გამოვიყენოთ გადახვევის უფლებასთან დაკავშირებით და მის მიმართ გამოვიყენოთ საერთაშორისო სახელმწიფოებო სამართლიდან აღებული ფორს-მაჟორის კონცეფცია.

### **3. პაქტში გადახვევის მექანიზმის არარსებობის მიზეზები**

საგანგებო ვითარებაში პაქტის გამოყენების საკითხზე მსჯელობისას ზოგიერთი მკვლევარი აცხადებს, რომ გადახვევის მუხლი სპეციალურად არ ჩაიდო პაქტში და, რომ პაქტი, ჩვეულებრივ, აგრძელებს მოქმედებას ომისა თუ ბუნებრივი კატასტროფების დროს.<sup>92</sup> თუმცა სხვა ავტორები აღნიშნულს უკავშირებენ თავად ეკონომიკური, სოციალური და კულტურული უფლებების საერთაშორისო პაქტით გათვალისწინებული უფლებების სპეციფიკურ ბუნებას და აღნიშნავენ, რომ გადახვევის საჭიროება საერთოდ არ არსებობს, ვინაიდან პაქტით გათვალისწინებული უფლებები არ შეიცავს ტიპურ სამართლებრივ ვალდებულებებს; ისინი, უბრალოდ, პროგრამული ხასიათისაა და მთავრობას ეკისრება მათი თანმიმდევრულად განხორციელების ვალდებულება.<sup>93</sup> ამ თავში განვიხილავთ ამ შეხედულებებსა და აზრებს.

ერთ-ერთი მიზეზი, რის გამოც 1952 წელს პროექტის შემუშავებელ კომიტეტს სთხოვეს ორი განცალკევებული დოკუმენტის წარმოდგენა, იყო ის, რომ სახელმწიფოთა დელეგაციები კითხვის ნიშნის ქვეშ აყენებდნენ ეკონომიკური, სოციალური და კულტურული უფლებების საერთაშორისო პაქტიდან წარმოშობილი ვალდებულებების სამართლებრივ ბუნებას.<sup>94</sup> როდესაც განვიხილავთ სახელმწიფოთა პოზიციებს, უნდა გვახსოვდეს, რომ ადამიანის უფლე-

ბათა დაცვის ხელშეკრულებებს აქვთ განსაკუთრებული ადგილი და მიზანი საერთაშორისო სამართალში. ისინი განსხვავდებიან სხვა საერთაშორისო ხელშეკრულებებისაგან, რომლებიც სახელმწიფოებს, როგორც საერთაშორისო სამართლის თანაბარუფლებიან სუბიექტებს,<sup>95</sup> შორის წარმოშობენ სამართლებრივ უფლებებსა და ვალდებულებებს, მაშინ, როდესაც ადამიანის უფლებათა დაცვის ხელშეკრულებები სახელმწიფოს აკისრებენ ვალდებულებას, დაიცვან და უზრუნველყონ მათს ტერიტორიაზე მცხოვრებ ადამიანთა უფლებები და თავისუფლებები. აღნიშნული ცხადყოფს, თუ რატომ იჩენენ სახელმწიფოები განსაკუთრებულ სიფრთხილეს საკუთარი ვალდებულებების განსაზღვრასთან დაკავშირებით ადამიანის უფლებათა დაცვის სხვადასხვა ინსტრუმენტის პროექტის შემუშავების პროცესში. ამისი ნათელი მაგალითი იყო პაქტის მე-2 მუხლის (რომელიც განსაზღვრავს სამართლებრივი ვალდებულებების მოცულობას) შემუშავების პროცესი. გადაწყდა, რომ, ვინაიდან ეს ორი დოკუმენტი უზრუნველყოფდა სხვადასხვა სახის უფლებებს, მათი იმპლემენტაციის მეტოდიც განსხვავებული უნდა ყოფილიყო.<sup>96</sup> ამ აზრს ეთანხმება ზოგიერთი მეცნიერი. როგორც *სკოტი* აღნიშნავს, სამოქალაქო და პოლიტიკურ უფლებათა საერთაშორისო პაქტი მოიცავს სახელმწიფოთა ნეგატიურ ვალდებულებებს, სადაც ვალდებულება არ კვეთს უფლების განხორციელებას, მაშინ, როდესაც ეკონომიკურ, სოციალურ და კულტურულ უფლებათა საერთაშორისო პაქტი ითვალისწინებს პოზიტიურ ვალდებულებას, რომლის თანახმადაც სახელმწიფოებს აკისრიათ ვალდებულება, აღიარონ და უზრუნველყონ პაქტით გათვალისწინებული უფლებები ინდივიდების მიმართ<sup>97</sup>. როგორც *ალსტონი* აღნიშნავს, ამ უფლებათა განხორციელებასთან დაკავშირებით დაბრკოლებას ქმნის ის ფაქტი, რომ ეს უფლებები არის საკმაოდ ბუნდოვანი ხასიათისა და მათი სამართლებრივი ბუნება არის გაურკვეველი. სწორედ ამიტომ კომიტეტის პრეროგატივას განეკუთვნება ამ საკითხზე ადეკვატური რეაგირების განხორციელება.<sup>98</sup> *ალსტონი* აღნიშნულ გარემოებას ხსნის იმით, რომ, როდესაც მიმდინარეობდა პაქტების პროექ-

ტის შემუშავება, სამოქალაქო და პოლიტიკურ უფლებათა საერთაშორისო პაქტის შემთხვევაში დებულებების ფორმულირება ხდებოდა სახელმწიფოთა ძირითად ეროვნულ კანონმდებლობებზე დაყრდნობით, მაშინ, როდესაც პროექტის შემუშავებელი კომიტეტი იძულებული გახდა ეკონომიკურ, სოციალურ და კულტურულ უფლებებთან დაკავშირებით დებულებების შემუშავება დაეწყო ნულიდან, რადგან არ არსებობდა, ან ძალიან ცოტა იყო, ამ უფლებებთან დაკავშირებული პრეცედენტი.<sup>99</sup> ამგვარად, პაქტით გათვალისწინებული ვალდებულებები უფრო მეტად მომთხოვნი და მკაცრი ჩანდა, ვიდრე ამას ზოგიერთი მთავრობის წარმომადგენელი ელოდა.<sup>100</sup>

*იდე* ასევე განმარტავს ეკონომიკურ, სოციალურ და კულტურულ უფლებათა საერთაშორისო პაქტის ბუნების სხვა კრიტიკულ ასპექტს: მაშინ, როცა ნამდვილად არსებობს და აღიარებულია ეკონომიკური, სოციალური და კულტურული უფლებები, იმავეს ვერ ვიტყვით შემხვედრ ვალდებულებებზე.<sup>101</sup> *ქრავენი* უფრო ღრმად განიხილავს ვალდებულების საკითხს და აღნიშნავს, რომ „ვალდებულებების კონტექსტში... არსებობდა გადამეტების ან, პირიქით, დაკნინების ტენდენციები, რაც რეალურად ხელს უშლიდა ზუსტი და ცალსახა სურათის ჩამოყალიბებას“.<sup>102</sup>

როგორც აღვნიშნეთ, არსებობს სხვადასხვა კრიტერიუმი იმისა, თუ როგორ და რატომ განსხვავდებიან ეკონომიკური, სოციალური და კულტურული უფლებები სამოქალაქო და პოლიტიკური უფლებებისგან, რაც ავტორებმა გამოიყენეს პაქტების ცალკე დოკუმენტებად ჩამოყალიბების მიზნით. პროფესორი *სეპულვედა* აანალიზებს აღნიშნულ არგუმენტებს და ამბობს, რომ ამ ორგვარი უფლების იდენტიფიცირებისათვის სხვა მეცნიერების მიერ შემოთავაზებული თითქმის ყველა არგუმენტი არის სწორი. ამ უფლებებს ახასიათებთ ორბუნებოვნება, ისინი არიან: 1. პოზიტიური/ნეგატიური; 2. დროში განელილი/პირდაპირი მოქმედების; 3. ძვირადღირებული/უფასო; 4. ბუნდოვანი/ზუსტი.<sup>103</sup>

*პოზიტიური/ნეგატიური*: ეს იყო ერთერთი მთავარი არგუმენტი იმ დელეგატი-

ბისა და მკვლევრებისათვის, რომლებიც ცდილობდნენ ეპოვათ განსხვავებები ორ პაქტს შორის; ისინი აღნიშნავდნენ, რომ მხოლოდ ნეგატიური ვალდებულებები ატარებდნენ სამართლებრივ ხასიათს.<sup>104</sup> როგორც *სეპულვედა* აღნიშნავს, ეს მიდგომა განსაკუთრებით დამახასიათებელი იყო 1970 წლების ნაშრომებისათვის.<sup>105</sup> თუმცა თვითონ კომიტეტი შეენინა აღმდეგა ამ მიდგომას, როდესაც დააფიქსირა, რომ ორივე კონვენცია შეიცავს როგორც პოზიტიური, ასევე ნეგატიური ვალდებულებების კომპლექტს.<sup>106</sup> უფრო მეტიც, ხაზი გაესვა იმას, რომ პოზიტიური და ნეგატიური ვალდებულებები ახასიათებს ორივე ტიპის უფლებებს და მათი ასე უბრალოდ პოზიტიურ ან ნეგატიურად ვალდებულებებად დაყოფა არის „ხელოვნური, მშრალი და ძალიან გამარტივებული“.<sup>107</sup> ამ არგუმენტის მაგალითად შეიძლება ითქვას, რომ კვების უფლება მოიცავს ასევე ყველას უფლებას, აწარმოოს თავისი საკვების მარაგები ჩარევის გარეშე; ან კიდევ, საცხოვრებლის უფლება ასევე მოიცავს იძულებით გამოსახლების დაუშვებლობის უფლებას.<sup>108</sup>

*უფასო/ძვირადღირებული ვალდებულებები*: დღემდე დავობენ იმის შესახებ, რომ სამოქალაქო და პოლიტიკური უფლებები არის უფასო, მაშინ როდესაც ეკონომიკური, სოციალური და კულტურული უფლებები ძვირადღირებულია.<sup>109</sup> აღსანიშნავია, რომ ეს არგუმენტი არ არის დამოუკიდებელი; მას მჭიდრო კავშირი აქვს პოზიტიური/ნეგატიური ვალდებულებების არგუმენტთან. მას შემდეგ, რაც კომიტეტმა სხვადასხვა შემთხვევასთან დაკავშირებით განმარტა, რომ ეკონომიკურ, სოციალურ და კულტურულ უფლებათა საერთაშორისო პაქტი შეიცავს უფლებების ორივე კომპლექტს, ზემოაღნიშნული არგუმენტი კარგავს სისწორეს. თუმცა ყოველთვის უნდა გავითვალისწინოთ, რომ პაქტში შემავალი უფლებების სრული განხორციელებისათვის საჭიროა საკმარისი ფინანსური სახსრები, თუმცა ეს საკითხი არ უნდა იყოს უფლების სამართლებრივი ბუნების განმსაზღვრელი ფაქტორი, რადგან პაქტი ასევე შეიცავს უფლებებს, რომელთა უზრუნველყოფა სრულიად უფასოა.

დროში განვლილი/პირდაპირი მოქმედების ვალდებულებები: პროექტის შემუშავების დროს დელეგაციებმა გამოთქვეს მოსაზრება: ის ფაქტი, რომ პაქტის იმპლემენტირება უნდა მომხდარიყო თანდათანობით, გავლენას ახდენდა ვალდებულების ბუნებაზე, რაც ართულებდა სახელმწიფოს მიერ ნაკისრი სამართლებრივი ვალდებულების მოცულობის გაგებას.<sup>110</sup> კომიტეტის განმარტებით, თანდათანობითი რეალიზაცია გულისხმობს ეკონომიკური, სოციალური და კულტურული უფლებების სრულ რეალიზაციას, რაც შეუძლებელია განხორციელდეს დროის მოკლე მონაკვეთში.<sup>111</sup> ამასთან, კომიტეტი მიუთითებს იმ ძირითად ვალდებულებებზე, რომლებიც მოითხოვს სახელმწიფოთა მხრიდან დაუყოვნებლივ შესრულებას.<sup>112</sup> გარდა ამისა, როგორც ადამიანის უფლებათა ინტერამერიკულმა კომისიამ აღნიშნა: ეკონომიკური, სოციალური და კულტურული უფლებების თანდათანობით რეალიზაცია „არ გულისხმობს იმას, რომ სახელმწიფოებს არ გააჩნიათ ამ უფლებათა სრული რეალიზაციის უზრუნველსაყოფად ძალისხმევის განხორციელების ვალდებულება, რომელიც წარმოიშობა დაუყოვნებლივ“.<sup>113</sup> ამგვარად, ის არგუმენტი, რომ პაქტით დაცულ უფლებებს არ გააჩნიათ სამართლებრივი ბუნება იქიდან გამომდინარე, რომ მათი უზრუნველყოფა უნდა მოხდეს თანდათანობით, ეწინააღმდეგება თავად პაქტის საგანსა და მიზანს. ეს ინსტრუმენტი ასევე ითვალისწინებს იმ სიძნელებებსა და ბარიერებს, რაც ხვდებათ სახელმწიფოებს პაქტის იმპლემენტაციის დროს. სწორედ ამიტომ შემოაქვს მას ვალდებულებების რეალისტური ხედვა, ამავე დროს კი, ზუსტად მიუთითებს იმ „ძირითად ვალდებულებებზე“, რომლებიც აუცილებლად უნდა შესრულდეს ნებისმიერ ვითარებაში.

*ბუნდოვანი/ზუსტი ვალდებულებები:* ამ სახის განსხვავებების მხარდამჭერთა არგუმენტები მჭიდროდ არის დაკავშირებული პოზიტიური/ნეგატიური ვალდებულებების სხვაობასთან. ისინი აღნიშნავენ, რომ ეკონომიკური, სოციალური და კულტურული უფლებები სახელმწიფოთა ქმედების ერთგვარი გზამკვლევაა და წარმოშობენ ზოგად, მითითებით და პოზიტიურ ვალდე-

ბულებებს. მათი ამგვარი ბუნების გამო, ეს უფლებები პაქტში ჩამოყალიბებულია ზოგადი ტერმინებით.<sup>114</sup> თუმცა კომიტეტი ასევე უარყოფს ამ არგუმენტს თავის ზოგად კომენტარებში, სადაც აღნიშნავს, რომ პაქტიდან გამომდინარე სახელმწიფოთა ვალდებულებების მოცულობა და ბუნება დეტალურად არის განსაზღვრული; იგი გვაძლევს იმ მინიმალური ძირითადი ვალდებულებების ჩამონათვალს, რომელთაგან გადახვევა არის დაუშვებელი და, რომლებიც მოითხოვენ სრულ იმპლემენტაციას ყველა ნევრი სახელმწიფოს მხრიდან.

მოგვიანებით *სუბელვადამ* აღნიშნა: ცხადია, რომ პაქტების შემქმნელები ცდებოდნენ, როდესაც ერთმანეთისაგან მიჯნავდნენ უფლებების ამ ორ ჯგუფს და მათგან წარმოშობილ ვალდებულებებს. მართალია, იმდროინდელ პოლიტიკურ, იდეოლოგიურ თუ ეკონომიკურ მდგომარეობაზე მითითებით შესაძლებელია გავამართლოთ ადამიანის უფლებების დაცვის კუთხით ჩამოყალიბებული ასეთი შეზღუდული ხედვა, თუმცა დღეს უკვე აუცილებელია, გავიფართოოთ თვალთახედვა აღნიშნული საკითხის მიმართ.<sup>115</sup>

პაქტის კრიტიკის კიდევ ერთი საფუძველი დელეგაციებისა და მკვლევართა მხრიდან გადახვევის მექანიზმის არარსებობასა და შეზღუდვის დებულების ძალიან ლიბიტირებულ ფორმულირებასთან დაკავშირებით იყო ის, რომ აღნიშნული წარმოადგენდა განზრახ ქმედებას. მიუხედავად იმისა, რომ იგი შეიმუშავეს როგორც შესასრულებლად სავალდებულო დოკუმენტი, პაქტით დაცული უფლებები იყო არა სამართლებრივი, არამედ პოლიტიკური ხასიათისა. იგი შეიცავდა ე.წ პროგრამულ მიზნებს, რომელთა თანდათანობითი განხორციელება ეკისრებოდა სახელმწიფოს. აღნიშნული მოსაზრების თანახმად, შეუძლებელია ამ უფლებათა სასამართლო გზით დაცვა ეროვნულ თუ საერთაშორისო დონეზე. ამგვარად, ისინი, სამოქალაქო და პოლიტიკური უფლებებისგან განსხვავებით, არ არიან სასამართლოს გზით დაცვადი უფლებები.<sup>116</sup> დეტალებში რომ აღარ განვიხილოთ, დელეგაციებს ექნებოდათ ზემოაღნიშნული არგუმენტი დოკუმენტის შემუშავების დროს ან პაქტის

იმპლემენტაციის ადრეულ ეტაპზე. თუმცა დღესდღეობით აღნიშნულთან დაკავშირებით რეალობა შეიცვალა.

ადამიანის უფლებათა სამართალი, ეკონომიკური, სოციალური და კულტურული უფლებების ჩათვლით, არ არის სტატიკური, იგი ვითარდება პერიოდულად და ერგება ახალ რეალობებს.<sup>117</sup> ეკონომიკური, სოციალური და კულტურული უფლებების საერთაშორისო პაქტის მიღების შემდეგ საერთაშორისო თუ რეგიონალურ დონეზე შეიქმნა რამდენიმე მნიშვნელოვანი ინსტრუმენტი და მექანიზმი ამ უფლებათა დაცვის სფეროში, რაც, თავის მხრივ, აძლიერებს ამ უფლებებთან დაკავშირებით წარმოშობილ ვალდებულებების სამართლებრივ ბუნებას და უზრუნველყოფს, რომ მოხდეს მათი სრული იმპლემენტაცია და სასამართლოს გზით დაცვა.

1999 წელს მიღებულ იქნა ქალთა დისკრიმინაციის აკრძალვის კონვენციის (CEDAW) ფაკულტატიური ოქმი. მასში მოცემულია ინდივიდუალური საჩივრების განხილვის სისტემა, ასევე გამოძიების პროცედურები.<sup>118</sup> ეს ინსტრუმენტი იძლევა კონვენციით გათვალისწინებული ეკონომიკური, სოციალური და კულტურული უფლებათა დარღვევის ფაქტების გასაჩივრების შესაძლებლობას.<sup>119</sup> წინსვლა შეინიშნება რეგიონალურ დონეზეც. 1998 წლის სექტემბერში ამოქმედდა ევროპის სოციალური ქარტიის მესამე დამატებითი ოქმი, რომელიც მასში ასახულ სოციალურ უფლებებთან დაკავშირებით იძლევა კოლექტიური საჩივრის წარდგენის შესაძლებლობას. გარდა ამისა, 1988 წელს მიღებულ იქნა ამერიკული კონვენციის სან-სალვადორის ოქმი ეკონომიკური, სოციალური და კულტურული უფლებების შესახებ.<sup>120</sup> ეს დოკუმენტი ასევე უზრუნველყოფს ინდივიდუალური საჩივრების წარდგენის შესაძლებლობას განათლებისა და პროფესიული კავშირების შექმნის უფლებების დარღვევასთან დაკავშირებით.<sup>121</sup>

ამავდროულად, ადამიანისა და ხალხთა უფლებების აფრიკული ქარტია<sup>122</sup> შეიცავს ამერიკული და ევროპული მოდელის მსგავს ეკონომიკურ, სოციალურ და კულტურულ უფლებათა მთელ ჯგუფს. გარდა

ამისა, ქარტიის თანახმად, აფრიკული კომისია უფლებამოსილია მიიღოს საჩივრები ამ უფლებების დარღვევებთან დაკავშირებით კერძო პირებისაგან და არასამთავრობო ორგანიზაციებისაგან. იმ საჩივრების მცირე ოდენობიდან, რომლებიც განიხილა კომისიამ, რამდენიმე ეხება სოციალურ და ეკონომიკურ უფლებებს. მაგალითად, ზაირის წინააღმდეგ კომისიამ საკუთარ განცხადებაში დააფიქსირა შემდეგი: „სახელმწიფოს უზრუნველყოს ძირითადი მომსახურების, სასმელი წყლის, ელექტროენერჯის, სამედიცინო საშუალებების, მიწოდება“, არის აფრიკული ქარტიის მე-16 მუხლის, ჯანმრთელობის უფლების, დარღვევა.<sup>123</sup>

ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს უკანასკნელი გადაწყვეტილებები ხასიათდება ე.წ. „ინტეგრირებული მიდგომით“, რაც გულისხმობს ეკონომიკური და სოციალური უფლებების მიმართ სამოქალაქო და პოლიტიკური უფლებების დაცვის მექანიზმის გამოყენებას.<sup>124</sup> სასამართლომ აღნიშნა: „მიუხედავად იმისა, რომ კონვენცია განსაზღვრავს ძირითად სამოქალაქო და პოლიტიკურ უფლებებს, მათი უმრავლესობა ეკონომიკური და სოციალური ხასიათისა... ამგვარად, კონვენცია შესაძლებელია განიმარტოს ისე, რომ მოიცვას ეკონომიკური და სოციალური უფლებების სფერო; ამ უფლებათა ხასიათი კი არ უნდა გახდეს ამგვარი ინტერპრეტაციის დამაბრკოლებელი ფაქტორი. არ არსებობს წყალგამყოფი სოციალურ უფლებებსა და კონვენციით დაცულ უფლებების სფეროს შორის“.<sup>125</sup>

ამავე დროს, გასათვალისწინებელია ეროვნული სასამართლოების მიდგომა ეკონომიკური, სოციალური და კულტურული უფლებების სასამართლო გზით დაცვასთან დაკავშირებით. ეკონომიკური, სოციალური და კულტურული უფლებების დაცვის შესახებ საერთაშორისო პაქტის მიღების დღიდან იყო რამდენიმე შემთხვევა, როდესაც ეროვნულმა სასამართლოებმა განიხილეს სახელმწიფოს ვალდებულების არსი პაქტისა და კომიტეტის ზოგადი კომენტარებიდან გამომდინარე. მაგალითად, 1985 წელს ინდოეთის უზენაესმა სასამართლომ დაასკვნა, რომ ცხოვრების უფლება მოიცავ-

და საცხოვრებელი პირობების ქონის უფლებასაც, იძულებითი გამოსახლების დროს კი მოსარჩელების მიმართ დარღვეული იყო სწორედ ეს უკანასკნელი უფლება.<sup>126</sup> გრუთბუმის (Grootboom) საქმეში სამხრეთ აფრიკის საკონსტიტუციო სასამართლომ განიხილა ადეკვატური საცხოვრებელი ადგილის ქონის უფლება და აღნიშნა, რომ, მართალია, სახელმწიფოსთვის ძალიან რთულია, ყველა უზრუნველყოს ადეკვატური საცხოვრებელი გარემოთი, მაგრამ „ეს არის ადამიანის უფლება და კონსტიტუცია ავალდებულებს სახელმწიფოს, უზრუნველყოს მისი დაცვა. ეს არის შესასრულებლად სავალდებულო მოთხოვნა“<sup>127</sup>

ყოველივე ზემოაღნიშნულიდან გამომდინარე, ნათელია, რომ ადამიანის უფლებათა სამართლის განვითარებასთან ერთად, ეკონომიკური, სოციალური და კულტურული უფლებების არსი გახდა უფრო ზუსტი და კონკრეტული. კომიტეტის ზოგადი კომენტარების, მასტრიხტის სახელმძღვანელო მითითებებისა და ლიმბურგის პრინციპების ანალიზიდან გამომდინარე, გამოიკვეთა ვალდებულების სამართლებრივი ბუნების არსი და განისაზღვრა ამ ვალდებულებების შესაძლო დარღვევებიც. გარდა ამისა, ეკონომიკური, სოციალური და კულტურული უფლებების ასახვამ სხვადასხვა ეროვნულ, რეგიონალურ და საერთაშორისო კანონმდებლობაში გარკვეულწილად შეასუსტა თეორია იმის შესახებ, რომ ეს უფლებები არ არის სასამართლოს გზით დაცვადი უფლებები, თუმცა საერთაშორისო არენაზე ძნელად მოიპოვება საზედამხედველო მექანიზმი, რომელიც განმარტავს, არის თუ არა აღნიშნული უფლებები სასამართლოს გზით დაცვადი. სწორედ ამიტომაც არ არსებობს გადახვევის დებულების არსებობის აუცილებლობა. როგორც პროფესორი ჰიგინსი აღნიშნავს, ეკონომიკური, სოციალური და კულტურის უფლებების შესახებ საერთაშორისო პაქტში გადახვევის დებულების არარსებობა ირიბად ადასტურებს იმ მიდგომას, რომ ამგვარი დებულება საჭირო იქნებოდა მხოლოდ იმ შემთხვევაში, პაქტი რომ მოითხოვდეს მკაცრ იმპლემენტაციას.<sup>128</sup> ამგვარად, ნაშრომის შემდეგი თავი შეეხება ეკონომიკური, სოციალური და კულტურის

უფლებების შესახებ საერთაშორისო პაქტის ფაკულტატიურ ოქმს და იმას, რა გავლენა შეიძლება იქონიოს მასში გადახვევის მექანიზმის არარსებობამ სახელმწიფოთა გადანყვეტილებაზე, გახდნენ ამ პროტოკოლის ნევრები.

#### **4. ეკონომიკური, სოციალური და კულტურული უფლებების საერთაშორისო პაქტის ფაკულტატიური ოქმი: როგორ მოქმედებს გადახვევის მუხლის არარსებობა სახელმწიფოთა გადანყვეტილებაზე, მიუხედავად იმისა**

2008 წლის 18 ნოემბერს, მას შემდეგ, რაც ადამიანის უფლებათა საბჭომ მიიღო, ხოლო მესამე კომიტეტმა (სოციალური, კულტურული და ჰუმანიტარული საკითხების შესახებ) დაამტკიცა რეზოლუციის პროექტი, გაეროს გენერალურ ასამბლევას კომიტეტმა მისცა რეკომენდაცია, მიეღო ეკონომიკური, სოციალური და კულტურული უფლებების საერთაშორისო პაქტის ფაკულტატიური ოქმი.<sup>129</sup> ოქმის თანახმად, კერძო პირებსა და ჯგუფებს აქვთ უფლება, წარადგინონ საჩივარი სახელმწიფოს მიერ პაქტით ნაკისრი ვალდებულებების შეუსრულებლობის შესახებ.<sup>130</sup> ფაკულტატიური ოქმი ძალაში შედის მე-10 სარატიფიკაციო სიგელის დეპოზიტართან დეპონირების შემდეგ.<sup>131</sup> 2010 წლის ივლისისთვის ოქმს ხელი მოაწერა 33-მა სახელმწიფომ, ხოლო მისი რატიფიკაცია მოახდინა მხოლოდ ორმა.<sup>132</sup>

ფაკულტატიური ოქმი ოფიციალურად ხელმოსაწერად გაიხსნა 2009 წლის მარტში.<sup>133</sup> პაქტის შესაძლო დარღვევების შემთხვევაში კომუნიკაციის (საჩივრის) გაგზავნის უფლებასთან ერთად ოქმი მოიცავს შემდეგ დებულებებს:

- ე.წ. „შუალედური ზომების“ მიღების შესაძლებლობას. კომიტეტს შეუძლია მონაწილე სახელმწიფოს გაუგზავნოს მოთხოვნა სასწრაფო განხილვის შესახებ. ამ გზით მონაწილე სახელმწიფოს შეუძლია მიიღოს ისეთი შუალედური ზომა, რომელიც დაზარალებულს თავიდან ააცილებს სავარაუდო დარღვევებისაგან გამოწვეულ გამოუსწორებელ ზიანს.

- ოქმი ასევე აფუძნებს მოკვლევის პროცედურას, რომლის თანახმადაც, თუკი კომიტეტი მიიღებს სანდო ინფორმაციას პაქტის მიძიმე ან სისტემატური დარღვევების შესახებ, კომიტეტი ინფორმაციის გადამონმების პროცესში თანამშრომლობისთვის ინვესტს ამ მონაწილე სახელმწიფოს და ბოლოს წარადგენს დასკვნებს მიღებული ინფორმაციის საფუძველზე. მოკვლევა შეიძლება ასევე მოიცავდეს ვიზიტს ამ მონაწილე სახელმწიფოში.
- ოქმი სახელმწიფოებისგან მოითხოვს ყველა სათანადო ზომის მიღებას, რათა მისი იურისდიქციის ქვეშ მყოფი ადამიანების მიმართ არ განხორციელდეს არასათანადო მოპყრობა ან დაშინება მათ მიერ, ოქმის შესაბამისად, კომიტეტისათვის გაგზავნილი საჩივრის გამო.

ოქმი კომიტეტს აძლევს უფლებას, მხარეებს შესთავაზოს თავისი სამსახური საქმის მშვიდობიანად გადაწყვეტის მიზნით პაქტით უზრუნველყოფილი უფლებების პატივისცემის საფუძველზე.

ფაკულტატიური ოქმის მიღება და მისი ხელმოწერისთვის გახსნა იყო დიდი წინგადადგმული ნაბიჯი საერთაშორისო დონეზე ეკონომიკური, სოციალური და კულტურული უფლებებისთვის აღსრულებადი ხასიათის მინიჭების კუთხით. შეიქმნა ორგანო, რომელსაც აქვს ექსკლუზიური უფლებამოსილება, განიხილოს ეს საკითხი. *ლუის არბორი* ხაზს უსვამს ოქმის მნიშვნელობას და აღნიშნავს, რომ „ოქმი ქმნის მნიშვნელოვან პლატფორმას იმ დარღვევათა გამოვლენისათვის, რომლებიც ხშირად დაკავშირებულია სიღარიბესთან, დისკრიმინაციასა და უყურადღებობასთან და, რომლებსაც დაზარალებულები ხშირად უსიტყვოდ და უიმედოდ იტანენ. იგი საშუალებას აძლევს პირებს, რომლებიც სხვა შემთხვევაში შეიძლება იზოლირებულნი და უძლურნი ყოფილიყვნენ, საერთაშორისო საზოგადოებრიობას აცნობონ მათი მდგომარეობის შესახებ. 1966 წელს, ორი ძირითადი საერთაშორისო პაქტის მიღების შემდეგ, ეკონომიკური, სოციალური და კულტურული უფლებების დარღვევის შემთხვევაში საჩივრის წარდგენის პროცედურის არარსებობა იყო

ერთგვარი ჩავარდნა ადამიანის უფლებათა დაცვის საერთაშორისო სისტემაში.<sup>134</sup>

დოკუმენტი ხელმოსაწერად გაიხსნა ავტორების მიერ მისი პირველი პროექტის შემუშავებიდან ათი წლის შემდეგ – ეს ფაქტი მიუთითებს, რომ სახელმწიფოებს ფაკულტატიური ოქმის მიღების პოლიტიკური ნება არ გამოუშვლავნებიათ. ზემოაღნიშნულს ისიც ადასტურებს, რომ 2008 წელს მისი მიღების დღიდან მხოლოდ ორმა სახელმწიფომ მოახდინა დოკუმენტის რატიფიცირება.

საინტერესოა, მას შემდეგ, რაც ოქმი ძალაში შევა, როგორ მოიქცევიან სახელმწიფოები, რომლებმაც ხელი მოაწერეს და მოახდინეს ოქმის რატიფიცირება პაქტიდან გადახვევისა და შეზღუდვის მექანიზმებთან მიმართებით და რა პოზიციას დაიკავებს კომიტეტი ამგვარ ქმედებებთან დაკავშირებით. თუ კომიტეტი პაქტის მე-4 მუხლის მიმართ გამოიყენებს მკაცრ და ტექსტის სიტყვასიტყვითი განმარტების მეთოდს და დაადგენს, რომ პაქტიდან გადახვევა დაუშვებელია ომის, შიდა დაძაბულობის, აჯანყებების და ბუნებრივი კატასტროფების დროს, მაშინ არსებობს საფრთხე იმისა, რომ სახელმწიფოებს არ გაუჩნდეთ პოლიტიკური ნება, გახდნენ ოქმის მონაწილე მხარე ან, შესაძლოა, მათ სრულად არ შეასრულონ კომიტეტის რეკომენდაციები. თუმცა ამ ეტაპზე რთულია ითქვას, რა პოზიციას დაიკავებენ სხვა კომიტეტები და სახელმწიფოები.

## დასკვნა

მიუხედავად თავდაპირველი წინააღმდეგობებისა, უკანასკნელი 20 წლის განმავლობაში ეკონომიკურმა, სოციალურმა და კულტურულმა უფლებებმა საკუთარი ადგილი დაიმკვიდრეს ადამიანის უფლებათა სამართალში, რაც აქტიური ჩარევის შედეგია სხვადასხვა საერთაშორისო სუბიექტის, გაეროს სახელშეკრულებო ორგანოების, გაეროს ადამიანის უფლებათა კომისიის, ქვეკომისიისა და მისი სპეციალიზებული სააგენტოების, მხრიდან. არანაკლებ მნიშვნელოვანია ევროპის, აფრიკისა და ამერიკის ამ სამ ძირითად რეგიონალურ სისტემაში სამართლებრივი რეგულირების შემდგომი განვითარება, ისევე, როგორც

საზედამხედველო ორგანოების მიერ განუ-  
ლი უზარმაზარი ძალისხმევა მნიშვნელოვანი  
პრეცედენტული სამართლის დამკვიდრების  
კუთხით, არაფერი რომ აღარ ვთქვათ საერ-  
თაშორისო და ეროვნული არასამთავრობო  
ორგანიზაციების მიერ გამოჩენილ ყურა-  
დღებაზე. თავდაპირველად ეს უფლებები  
არ გამოირჩეოდნენ მკაცრი სამართლებრი-  
ვი ბუნებით (*stricto sensu*), არამედ იყვნენ  
პროგრამული ხასიათის პოლიტიკური მიზ-  
ნები, სტანდარტები, რომელთა მიღწევა  
უნდა მომხდარიყო თანდათანობით, მთელი  
საერთაშორისო საზოგადოების ურთიერთ-  
თანამშრომლობის გზით. 1966 წელს, პაქ-  
ტის მიღების შემდეგ კი, ამ უფლებებმა  
გარკვეულწილად მოიპოვეს აღსრულებადი  
და სასამართლოს გზით დაცვადი უფლებებ-  
ის სტატუსი. პაქტის ფაკულტატიური ოქმის  
შემუშავებამ, რომელიც უზრუნველყოფს  
ინდივიდუალური საჩივრების წარდგენის  
მექანიზმს, და 2009 წლის მარტში მისმა ხე-  
ლმოსაწერად წარდგენამ კიდევ ერთხელ  
დაამტკიცა უსაფუძვლობა იმ მოსაზრებები-  
სა, რომელთა მიხედვითაც შეუძლებელი იყო  
ამ უფლებათა სასამართლო გზით უზრუნვე-  
ლყოფა და დაცვა.

მიუხედავად მიღწევებისა, განსაკუთ-  
რებული მნიშვნელობა ენიჭება ოქმის ხე-  
ლმონერასა და რატიფიკაციას, რადგანაც  
ეს უფლებას მისცემს კერძო პირებსა და  
ჯგუფებს, წარადგინონ საჩივრები სახელმ-  
წიფოს წინააღმდეგ პაქტიდან გამომდინარე  
ვალდებულებების შესაძლო დარღვევებთან  
დაკავშირებით. გარდა ამისა, იგი ანიჭებს  
კომიტეტს უფლებამოსილებას, გამოიყე-  
ნოს პაქტის რეალურ ცხოვრებაში განხორ-  
ციელების შესაბამისი მექანიზმი, თუნდაც

სახელმწიფოებისათვის მიცემული რეკო-  
მენდაციების გზით.

ერთ-ერთი მთავარი გამოწვევა, რო-  
მელზეც კომიტეტსა და საერთაშორისო  
თანამეგობრობას მოუწევს პასუხის გაცე-  
მა, არის ის, თუ როგორ შეძლებს კომისია,  
შეინარჩუნოს პაქტის მკაცრი ინტერპრეტა-  
ცია (ზოგადი კომენტარების მსგავსად), და  
უზრუნველყოს სახელმწიფოების მხრიდან  
მისი რეკომენდაციების შესრულება და გათ-  
ვალისწინება.

მნიშვნელოვანი საკითხია სახელმწი-  
ფოთა ინტერესების გათვალისწინება შეი-  
არაღებული კონფლიქტების, საგანგებო  
მდგომარეობისა და ბუნებრივი კატასტრო-  
ფების დროს. კომიტეტმა თავი არ უნდა  
აარიდოს აღნიშნული საკითხის განხილვას  
და გარკვეულწილად ნება უნდა დართოს  
სახელმწიფოებს, გამოიყენონ საერთაშორი-  
სო სამართლის ზოგადი პრინციპი – ფორს-  
მაჟორი, მაშინ, როდესაც აუცილებელი ხდება  
ნეგატიური ნაბიჯების გადადგმა ბუნებრივი  
კატასტროფებისა და შიდა შეიარაღებული  
კონფლიქტების დროს. ამასთან, კომიტეტმა  
უნდა უზრუნველყოს, რომ სახელმწიფოებ-  
მა, ყველა ვითარებაში, აღიარონ და დაიც-  
ვან პაქტით გათვალისწინებული ძირითადი  
ვალდებულებები. როგორც *იგნასიო საიზმა*  
აღნიშნა, ეკონომიკური და სოციალური  
უფლებების განვითარების პროგრესი, სასა-  
მართლო გზით უზრუნველყოფის კუთხით,  
დღესდღეობით ჩამორჩება საჯარო პოლი-  
ტიკის განვითარებას.<sup>135</sup> ამგვარად, აღნიშ-  
ნული პრობლემის დაძლევა სახელმწიფოე-  
ბისა და კომიტეტის მხრიდან მოითხოვს  
ძალისხმევას, სადაც ფაკულტატიურ ოქმს  
ექნება განსაკუთრებული მისია.

<sup>1</sup> Marc Bossuyt "Guide to the 'travaux preparatoires' of the International Covenant on Civil and Political Rights", Martinus Nijhoff Publisher, Dordrecht, (1987) გვ. 82.

<sup>2</sup> Rosalyn Higgins "Derogations under Human Rights Treaties", 1978 BRIT. Y.B. INT'L L. 281, გვ. 181.

<sup>3</sup> ადამიანის უფლებათა საყოველთაო დეკლარაციის მიღების შემდეგ მასში შემავალ უფლებათა და თავისუფლებათა შესახებ მიღებულ იქნა მთელი რიგი საერთაშორისო ხელშეკრულებებისა, მათ შორის: 1950 წლის ადამიანის უფლებათა და ძირითად თავისუფლებათა დაცვის ევროპული კონვენცია და მისი ოქმები, 1966 წლის სამოქალაქო და პოლიტიკურ უფლებათა საერთაშორისო პაქტი, ამავე წლის ეკონომიკურ, სოციალურ და კულტურულ უფლებათა საერ-

- თაშორისო პაქტი, 1969 წლის ადამიანის უფლებათა ამერიკული კონვენცია და 1981 წლის ადამიანისა და ხალხთა უფლებების აფრიკული ქარტია..
- <sup>4</sup> Article 26 of the Vienna Convention on the Law of Treaties (1969); See also Magdalena Sepulveda, *"The Nature of the Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights"*, Intersentia, Antwerpen – Oxford – New York, 2003, გვ. 6.
- <sup>5</sup> Thomas Buergenthal, *"To Respect and to Ensure: State Obligations and Permissible Derogations"*, in *The International Bill of Rights*, (1981), გვ. 78.
- <sup>6</sup> Manfred Nowak *"U.N. Convention on Civil and Political Rights: CCPR Commentary"* N.P. Engel. Publisher 1993, გვ. 73.
- <sup>7</sup> იხ. სქოლიო 4, Sepulveda *"The Nature of the Obligation"*, გვ. 295.
- <sup>8</sup> იხ. სქოლიო 6, Nowak *"CCPR Commentary"*, გვ.73.
- <sup>9</sup> "Clawback" არის ისეთი დებულება, რომელიც ნებას რთავს ხელშემკვერელ სა-ხელმწიფოს, დაარღვიოს ვალდებულება სპეციფიკური საჯარო ინტერესის გამო. Higgins, *"Derogations"*, გვ. 281.
- <sup>10</sup> იხ. სქოლიო 2, Higgins, *"Derogations"*, გვ. 281.
- <sup>11</sup> McDougal, Lasswell and Cheng *"The Aggregate Interests in Shared Respect and Human Rights: Harmonization of Public Order and Civic Order"* Yale Law Journal, cited in Higgins *"Derogations"* გვ.282.
- <sup>12</sup> იხ. სქოლიო 2, Higgins, *"Derogations"*, გვ. 281.
- <sup>13</sup> Myres McDoug *"Human Rights and Public Order: Principles of Content and Procedure for clarifying General Community Policies"*, Virginia Journal of International Law , 14 (1974), p. 386 at p. 390 cited in Higgins, *"Derogations"*, გვ. 281.
- <sup>14</sup> სამოქალაქო და პოლიტიკურ უფლებათა საერთაშორისო პაქტი, მუხლის 4.
- <sup>15</sup> ადამიანის უფლებათა ამერიკული კონვენცია, მუხლი 27.
- <sup>16</sup> ადამიანის უფლებათა და ძირითად თავისუფლებათა დაცვის ევროპული კონ-ვენცია, მუხლი 15.
- <sup>17</sup> See James O'Donnell, *"States of Exception"*, In The Review of International Commission of Jurists, vol. გვ. 52 (1978).
- <sup>18</sup> იხ. სქოლიო 6, Nowak *"CCPR Commentary"* გვ.74.
- <sup>19</sup> იქვე.
- <sup>20</sup> სამოქალაქო და პოლიტიკურ უფლებათა საერთაშორისო პაქტი, მუხლი 4.
- <sup>21</sup> იქვე.
- <sup>22</sup> სამოქალაქო და პოლიტიკურ უფლებათა საერთაშორისო პაქტის თანახმად, შემდეგი უფლებები არ ექვემდებარება გადახვევას: სიცოცხლის უფლება (მუხლის 6), წამების აკრძალვა (მუხლი 7), მონობის აკრძალვა (მუხლი 8), ვალის გამო თავისუფლების აღკვეთის აკრძალვა (მუხლი 11), უკუძალის აკრძალვა სისხლის სამართალში (მუხლი 15), პირის სამართალსუბიექტად ცნობა (მუხლი 16), აზროვნების, რელიგიის, სინდისისა და რწმენის თავისუფლება (მუხლი 18).
- <sup>23</sup> Article 15(1) ECHR. ადამიანის უფლებებისა და ძირითადი თავისუფლებების კონვენცია, მე-15 მუხლის 1-ლი პუნქტი
- <sup>24</sup> იქვე, მე-15 მუხლის მე-3 პუნქტი.
- <sup>25</sup> ევროპული კონვენციის შემდეგი უფლებები არ ექვემდებარება გადახვევას: სიცოცხლის უფლება, გარდა იმ შემთხვევებისა, როდესაც სიცოცხლის ხე-ლყოფა არის სამართლიანი ომის შედეგი (მუხლი 2), წამების აკრძალვა (მუხლი 3), მონობისა და იძულებითი შრომის აკრძალვა (მუხლი 4.1), კანონის გარეშე დასჯის დაუშვებლობა (მუხლი 7).
- <sup>26</sup> იხ. სქოლიო 6, Nowak *"CCPR Commentary"*, გვ. 74.
- <sup>27</sup> იხ. სქოლიო 2, Higgins, *"Derogations"*, გვ. 282-283.
- <sup>28</sup> 1952 წელს ადამიანის უფლებათა კომისიამ სამოქალაქო და პოლიტიკურ უფლებათა საერთაშორისო პაქტის პროექტიდან ამოიღო სიტყვა „ომი“, რათა



თავიდან აეცილებინა გაუგებრობა იმასთან დაკავშირებით, რომ გაერო არ დაეთანხმებოდა ომის კონცეფციას.

<sup>29</sup> 1993 წლისათვის 16 ქვეყანაზე მეტმა, რომლებმაც გამოიყენეს სამოქალაქო და პოლიტიკურ უფლებათა საერთაშორისო პაქტიდან გადახვევის უფლება, მითითება გააკეთა ისეთ საფუძვლებზე, როგორებიცაა: სოციალური არეულობა, ნგრევები, ვანდალიზმი, პარტიზანთა ომები, ეთნიკური კონფლიქტები, ტერორიზმი და ა.შ. იხ. CCPR/C/2/Rev.3. reproduced in the Appendix in Nowak "CCPR Commentary" გვ. 780.

<sup>30</sup> იხ. სქოლიო 4, Sepulveda "The Nature of the Obligation", გვ. 297.

<sup>31</sup> 10 GAOR Annexes, UN Doc, A/2929, part II, ch.5, პარა.39 (1955).

<sup>32</sup> იხ. სქოლიო 5, Buergenthal "State Obligations", გვ. 78.

<sup>33</sup> Case of Lawless v. Ireland, Application n° 332/57 3 Pub. Eur. Ct. Human Rights Ser. A, პარა. 28 (1961).

<sup>34</sup> Greek case Y.B. Eur. Conv. Human Rights პარა. 153 (1969).

<sup>35</sup> Case of Ireland v. United Kingdom, Application n° 5319/71. ECtHR, Judgment 18 January 1978 პარა. 248.

<sup>36</sup> იხ. სქოლიო 5, Buergenthal "State Obligations", გვ.80.

<sup>37</sup> იხ. Study prepared by the International Commission of Jurists, "State of Emergency: Their Impact on Human Rights, 1983, გვ. 414.

<sup>38</sup> იხ. სქოლიო 6, Nowak "CCPR Commentary" გვ. 79.

<sup>39</sup> იხ. UN Doc. CCPR/C/SR/ 128 (1979) cited in Joan Fitzpatrick "Human Rights in Crises: International System For Protecting Rights During States of Emergency", University of Pennsylvania Press, 1994 გვ. 87-88.

<sup>40</sup> იხ. სქოლიო, Nowak "CCPR Commentary" გვ. 79.

<sup>41</sup> Landinelli Silva v Uruguay (1981) HRC Comm No 34/1978, [8.3].

<sup>42</sup> Diplomatic Communications to H.E. Ban Ki-moon and H.E. Terry Davis, Achieves of Ministry of Foreign Affairs of Georgia, International Law Department November 2007.

<sup>43</sup> საქართველოს საგარეო საქმეთა სამინისტროს პრეს-რელიზი, 23 ნოემბერი, 2007. ხელმისაწვდომია შემდეგ მისამართზე: [www.mfa.gov.ge](http://www.mfa.gov.ge)

<sup>44</sup> იხ. სქოლიო 2, Higgins, "Derogations", გვ. 187.

<sup>45</sup> იხ. სქოლიო 2, Higgins, "Derogations", გვ. 187.

<sup>46</sup> Limburg Principles on the Implementation of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights No 48, 50 and 51.

<sup>47</sup> იქვე, No 49.

<sup>48</sup> იქვე, No 56.

<sup>49</sup> იხ. სქოლიო 4, Sepulveda "The Nature of the Obligation", გვ. 280.

<sup>50</sup> იხ. სქოლიო 46, Limburg Principles, 52; See also General Comment No 13 Right to Food, of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights, პარა. 42 and General Comment No14, Highest Attainable Standard of Health of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights პარა. 28.

<sup>51</sup> Philip Alston & Gerard Quinn, "The Nature and Scope of State Parties' Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights", Human Rights Quarterly, Vol. 9 No. 2 (1987), გვ. 202.

<sup>52</sup> ერაყის შემაჯამებელი ანგარიში, E/1998/22 paras 253, 254 and 269.

<sup>53</sup> გვატემალის შემაჯამებელი ანგარიში, E/1997/22 para. 123.

<sup>54</sup> შრი-ლანკის შემაჯამებელი ანგარიში, E/1998/22 paras 69-74.

<sup>55</sup> პერუს შემაჯამებელი ანგარიში, E/1998/22 para. 141.

<sup>56</sup> იხ. სქოლიო 53, General Comment No 13 para. 42 and General Comment No14 para. 28.

<sup>57</sup> იხ. სქოლიო 4, Sepulveda "The Nature of the Obligation", p. 285; იხ. ასევე სქოლიო 2, Higgins "Derogations" გვ. 287.

<sup>58</sup> Malcolm N. Shaw, "International Law" Fifth Edition, Cambridge University Press, 2003, გვ. 707.

- <sup>59</sup> The International Law Commission's Articles on State Responsibility: Introduction, Text and Commentaries / [compiled by] James Crawford, Cambridge; New York, Cambridge University Press, 2002, გვ. 183.
- <sup>60</sup> Draft Articles on the Responsibility for Internationally Wrongful Acts, with Commentaries, Report of International Law Commission on the Work of its 53<sup>rd</sup> Session. United Nations, 2008 გვ. 76.
- <sup>61</sup> Article 61 (Supervening impossibility of performance) of the Vienna Convention on the Law of Treaties, 1969.
- <sup>62</sup> იქვე, Article 23 (1) (Procedure regarding Reservation).
- <sup>63</sup> Article 14 (3) of the Convention on the Territorial Sea and the Contiguous Zone; Article 18 of the United Nations Convention on the Law of the Sea, 1982; Article 7 of the Convention on the Transit Trade of Land Locked States.
- <sup>64</sup> იხ. სქოლიო 60 "Draft Articles" გვ. 77.
- <sup>65</sup> Case concerning the Payment of Various Serbian Loans in France (France v. Kingdom of Serbs, Croats and Slovenes) Judgment No 14, 1929, PCIJ Series A No 20 გვ. 39-40.
- <sup>66</sup> იხ. სქოლიო 4, Sepulveda "The Nature of the Obligation", გვ. 298.
- <sup>67</sup> იხ. სქოლიო 60, "Draft Articles", გვ. 78.
- <sup>68</sup> იხ. სქოლიო 58, Shaw "International Law", გვ. 710.
- <sup>69</sup> იხ. სქოლიო 59, Crawford "Draft Articles", გვ. 185.
- <sup>70</sup> იხ. სქოლიო 60, "Draft Articles", გვ. 76.
- <sup>71</sup> იქვე.
- <sup>72</sup> იქვე, გვ. 77.
- <sup>73</sup> იქვე, გვ. 76.
- <sup>74</sup> Rainbow Warrior Arbitration concerning the Treatment of the French Agents Mafart and Prieur 1982, *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 40, No. 2 (Apr., 1991), გვ. 451.
- <sup>75</sup> იხ. სქოლიო 4, Sepulveda "The Nature of the Obligation", გვ. 298.
- <sup>76</sup> Eighth Annual Report of the Special Rapporteur on Human Rights and States of Emergency, of 26 June 1995 (E/CN.4/Sub.2/1995/20 and Corr.1), annex I (Report of the Meeting of Experts on Rights not subject to Derogation during States of Emergency and Exceptional Circumstances).
- <sup>77</sup> Anna-Lena Svensson – McCarthy, "The International Law of Human Rights and States of Exception with Special Reference to the Travaux Préparatoires and Case-law of the International Monitoring Organs", Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 1998 გვ. 148.
- <sup>78</sup> იხ. სქოლიო 4, Sepulveda "The Nature of the Obligation", გვ. 298.
- <sup>79</sup> იქვე, See also Libyan Arab Foreign Invest Company v. Republic of Burundi, 1996, ILR გვ. 279, 318/S.
- <sup>80</sup> იქვე.
- <sup>81</sup> D., Premont, C., Stenersen, and I., Oseredczuk (eds.), "Non-derogable Rights and States of Emergency", Association of International Consultants of Human Rights, (CID), Brussels, 1996, para 28.
- <sup>82</sup> Joan Hartman, "Working Paper for the Committee of Experts on the Article 4 Derogation Provision", *Human Rights Quarterly*, Vol. 7, No1, 1985, გვ. 89-131.
- <sup>83</sup> იხ. სქოლიო 4, Sepulveda "The Nature of the Obligation", გვ. 302.
- <sup>84</sup> იხ. სქოლიო 51, General Comment No 14 para 47.
- <sup>85</sup> General Comment No 3 on the Nature of State Parties' Obligations (Article 2(1)) of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights, para. 9.
- <sup>86</sup> იხ. სქოლიო 51, General Comment No 14 paras, 43-45.
- <sup>87</sup> The Maastricht Guidelines on Violations of Economic, Social and Cultural Rights, In The Maastricht Guidelines on Violation of Economic, Social and Cultural Rights. Boven, Theo C., van Flinterman, Cees & Westendorp, Ingrid (eds.), SIM Special No. 20 Utrecht (1998), გვ. 1-12.

- <sup>88</sup> იქვე, Article 13 “Inability to comply”.
- <sup>89</sup> იქვე, Article 14 “Violations through acts of Commission”.
- <sup>90</sup> Egon Schwelb “*The International Covenants on Human Rights*” cited in *supra* note 2, Higgins, “Derogations” გვ. 318.
- <sup>91</sup> იხ. სქოლიო 2, Higgins, “Derogations” Higgins გვ. 318.
- <sup>92</sup> იხ. სქოლიო 4, Sepulveda “*The Nature of the Obligation*”, p. 284.
- <sup>93</sup> See generally Marc Bossuyt “*International Human Rights Systems: Strengths and weaknesses*” Human Rights in the 21<sup>st</sup> Century: A Global Challenge Mahoney K., & Mahoney P., (eds.), Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, (1993), გვ.47-55.
- <sup>94</sup> See generally Marc Bossuyt “*Guide to the ‘travaux preparatoires*,” p. 82-83.
- <sup>95</sup> იხ. სქოლიო 58, Shaw “*International Law*” ,გვ. 713.
- <sup>96</sup> იხ. სქოლიო 4, Sepulveda “*The Nature of the Obligation*”, გვ. 285.
- <sup>97</sup> Craig Scott “*The Interdependence and Permeability of Human Rights Norms: Towards a Partial Fusion of the International Covenants on Human Rights*”, Osgoode Hall Law Journal, Vo. 27, Ottawa, Canada, (1989), გვ. 770.
- <sup>98</sup> Philip Alston “*International Law and Human Right to Food*” In The Right to Food P. Alston & K. Tomasevski (eds.), Martinus Nijhoff Publishers, Utrecht, 1984 p. 54.
- <sup>99</sup> Philip Alston “*The Committee on Economic, Social and Cultural Rights*” In The United Nations and Human Rights: a Critical Appraisal, P. Alston, (ed.), Clarendon Press, Oxford, 1992, გვ. 490.
- <sup>100</sup> იხ. სქოლიო 4, Sepulveda “*The Nature of the Obligation*”, გვ. 8.
- <sup>101</sup> იქვე, გვ. 3.
- <sup>102</sup> Mathew Craven, “*The Domestic Application of International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*”, Netherlands International Law Review, Vol. XL, 1993 გვ. 369.
- <sup>103</sup> იხ. სქოლიო 4, Sepulveda “*The Nature of the Obligation*”, გვ. 122-123.
- <sup>104</sup> Craig Scott & Patrick Maclem “*Constitutional Ropes of Sand or Justifiable Guarantee? Social Rights in New South African Constitution*”, University of Pennsylvania Law Review, vol. 141, No 1, გვ. 24.
- <sup>105</sup> იხ. სქოლიო 4, Sepulveda “*The Nature of the Obligation*”, გვ. 125.
- <sup>106</sup> იხ. სქოლიო 85, General Comment No 3 para 3.
- <sup>107</sup> Henry Shue “*The Interdependence of Duties*” In The Right to Food P. Alston & K. Tomasevski (eds.), Martinus Nijhoff Publishers, Utrecht, 1984 გვ. 84.
- <sup>108</sup> Report of Sub-Commission Special Rapporteur, Mr. R. Sachar E/CN.4/Sub.2/1993/15 paras 66-68.
- <sup>109</sup> See generally Marc Bossuyt “*Guide to the ‘travaux preparatoires*” გვ. 82-84.
- <sup>110</sup> იქვე.
- <sup>111</sup> იხ. სქოლიო 85, General Comment No 3 para. პ. 9.
- <sup>112</sup> იხ. სქოლიო 51, General Comment No 14. პ. 43.
- <sup>113</sup> ადამიანის უფლებათა ინტერამერიკული კომისია, ყოველწლიური ანგარიში, 1993, OEA/Ser.L/V/ii.85.
- <sup>114</sup> იხ. სქოლიო 4, Sepulveda “*The Nature of the Obligation*”, გვ. 131 (footnotes omitted).
- <sup>115</sup> იქვე, გვ. 115-116.
- <sup>116</sup> See for instance Aryen Neier “*Social and Economic Rights: A Critique*” 13/2 Human Rights Brief (2006).
- <sup>117</sup> იხ. სქოლიო 4, Sepulveda “*The Nature of the Obligation*”, გვ. 9.
- <sup>118</sup> ქალთა დისკრიმინაციის აკრძალვის კონვენციის ფაკულტატიური ოქმი მიღებულ იქნა გენერალური ასამბლეის 44/25 რეზოლუციით, 20 ნოემბერი, 1989. იგი ძალაში შევიდა 2000 წელს.
- <sup>119</sup> იგი ხელმოსაწერად გაიხსნა 1995 წლის 9 ნოემბერს და ძალაში შევიდა 1999 წლის 1 სექტემბერს.. ETS No 163.
- <sup>120</sup> ოქმი მიღებულ იქნა 1988 წლის 17 ნოემბერს და ძალაში შევიდა 1999 წლის 16 ნოემბერს.

- <sup>121</sup> ადამიანის უფლებათა ამერიკული კონვენციის მე-13 და მე-8 მუხლები.
- <sup>122</sup> African Charter on Human and People's Rights was adopted on June 26, 1981, and entered into force on October 21, 1986. OAU doc CAB/LEG/67/3 rev. 5, 21 I.L.M. 58, (1982).
- <sup>123</sup> Case against Zaire (Communications Nos 25/89; 47/90; 56/91 and 100.93) in IHRR vol. 4 No.1 (1997)pp. 89 *et. seq.*
- <sup>124</sup> იხ. სქოლიო 96, Scott *"The Interdependence and Permeability"*, გვ. 771.
- <sup>125</sup> Airey v. Ireland, ECHR, Application No 6289/73, Judgment 9 October 1979, para. 26.
- <sup>126</sup> Olga Tellis v. Mumbai Municipal Corporation, Supreme Court of India, 1985, AIR 1986, Supreme Court 18, para 37.
- <sup>127</sup> Government of South Africa v. Grootboom, Constitutional Court of South Africa, Case CCT 11/00, 4 October 2000, para. 94
- <sup>128</sup> იხ. სქოლიო 2 Higgins *"Derogations"*, გვ. 186.
- <sup>129</sup> Un Department of Public Information, "Third Committee Recommends General Assembly Adoption of Optional Protocol" available at <http://www.un.org/News/Press/docs/2008/gashc3938.doc.htm>
- <sup>130</sup> ეკონომიკური, სოციალური და კულტურული უფლებების საერთაშორისო პაქტის ფაკულტატიური ოქმის მე-2 მუხლი. A/C.3/63/L.47.
- <sup>131</sup> ფაკულტატიური ოქმის მე-18 მუხლი.
- <sup>132</sup> დეტალური ინფორმაციისათვის ენვიეთ ვებგვერდს: [http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtmsg\\_no=IV-3-a&chapter=4&lang=en](http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtmsg_no=IV-3-a&chapter=4&lang=en)
- <sup>133</sup> UN Doc. A/C.3/63/L.47. პ. 2.
- <sup>134</sup> <http://www.twinside.org.sg/title2/finance/twinfofinance20080606.htm>
- <sup>135</sup> Ignazio Saiz "Rights in Recession? Challenges for Economic and Social Rights Enforcement in Times of Crisis", Journal of Human Rights Practice, 2009, 1(2), გვ. 277-293.

## **DEROGATION CLAUSE AND THE INTERNATIONAL COVENANT ON ECONOMIC, SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS**

### **Introduction**

Over the past 40 years, human rights law became established as one of the fastest developing fields of international law. The number of instruments adopted on universal and regional levels is beyond imagination. These instruments deal with separate rights and freedoms and also represent a compilation of these rights. The adoption of two human rights covenants in 1966 represented a benchmark achievement for the development of the human rights system worldwide. Initially the decision of the Drafting Committee had been to adopt one document that would have dealt both with civil and political, as well as economic, social and cultural rights, however, in 1952 it was determined to draft two separate instruments.<sup>1</sup>

The present paper deals with International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (hereinafter ICESCR / Covenant), particularly with the issue that unlike other human rights treaties, the instrument does not embody a derogation clause, which state parties can invoke in exceptional and emergency situations, such as armed conflicts and natural disasters. Hence, the paper analyzes how state interest to provide public security or to defend its national interests can be accommodated in the Covenant.

For this reason, we must first explore what the concept of derogation is, how it is understood and used in human rights law, what the situations in which it may be invoked are, which criteria it should satisfy, and what the possible threats of its use are. The second chapter is dedicated to the actual analyses of Article 4 (limitation clauses) of the Covenant;

under which circumstances it may be appealed to and how the Committee has dealt with such cases. Additionally, the public international law notion of *force majeure* is scrutinized and contended that it may be applied to human rights treaties since it represents one of the general principles of international law.

The third chapter concerns the debate regarding the difference in the nature of rights in the two human rights Covenants and their influence on the absence of the derogation clause in the instrument. The last chapter deals with new developments in the area of economic, social and cultural rights; in particular, the adoption of the Optional Protocol to the Covenant and how the absence of a derogation clause may affect the political will of states to become part of it.

### **1. THE CONCEPT OF DEROGATIONS AND THEIR PLACE IN HUMAN RIGHTS LAW**

Since the adoption of the Universal Declaration of Human Rights (UDHR) in 1948, the standing of individuals as subjects of international law has irreversibly altered and the position of the individual in international law and human rights law has particularly started to improve. It is understood that the traditional views of the individual and their identification to nationality is not in favor of the person.<sup>2</sup> Followed by the consequent adoption of a series of human rights treaties in different legal systems,<sup>3</sup> human rights law has become established as one of the most important, powerful and fastest growing branches of international law. By signing and ratifying

these instruments, states are obligated to fully implement, respect, fulfill, protect and provide the rights and freedoms embodied in them.<sup>4</sup>

Under both general international law and human rights treaties, States Parties to international treaties have the right in certain circumstances to omit certain obligations emanating from instruments.<sup>5</sup> Such actions are understood to be the right of executive to restrict or suspend basic rights during times of war or other catastrophic situations.<sup>6</sup> This is done in order to accommodate the sovereign right of a government to maintain peace and order during public emergencies, and the protection of the individual's rights from abuse from the state.<sup>7</sup> At the same time, Prof. Nowak compares this *constitutional right of state of emergency* to the individual's *right of self-defence* under criminal law<sup>8</sup>

In theory and practice of human rights law, there are several methods for governments to accommodate their obligations under human rights documents and the need to address possible deteriorating and dangerous situations in the country, including denouncing a treaty, making reservations and interpretative declarations, along with "clawback" clauses<sup>9</sup> and derogations.<sup>10</sup> The present paper will focus mainly on the notion of derogations and their place in human rights documents, particularly in the ICESCR.

It should be noted, that derogation as a technique of accommodating needs sought in these cases is not between the state and the individual; rather, it is between the individual's rights and freedoms and the rights and freedoms of the community at large.<sup>11</sup> This latitude is given to states since it is understood that in certain cases, such as war or other types of public emergencies, they will not be able to fully adhere to their obligations stipulated in the documents; therefore, the provisions of a derogation clause allow a suspension or breach of certain obligations in circumstances of war or public emergency, which would otherwise be imputable to states.<sup>12</sup> This possibility is provided for states in order to strike a fair balance between improving protection of human rights, on one hand, and the reasonable needs of the

state to perform its public duties for the common good, on the other.<sup>13</sup> This right of derogation is provided for by the majority of human rights treaties, such as, the International Covenant on Civil and Political Rights<sup>14</sup> (ICCPR), the American Convention on Human Rights,<sup>15</sup> and the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms<sup>16</sup> (ECHR).

One of the main setbacks and points of contention for using derogations is that in several instances, a tendency to misuse this tool has been observed, when states of emergency and other methods of accommodating states' needs have become a "normal" form of exercising state authority.<sup>17</sup> Prof. Nowak suggests that in order to avoid this tendency, derogation clauses in human rights treaties should walk hand in hand with supervision and should be limited to certain conditions.<sup>18</sup> These conditions include the definition of emergency, certain technical requirements, such as public proclamation of the state of emergency, and the identification of those non-derogable rights from which no derogation can be made even in emergency situations.<sup>19</sup>

Analyzes of derogation clauses of various human rights instruments reveal that while they are generally quite similar, they also differ. For example, under ICCPR, a state can use derogation only in time of a public emergency, which threatens the life of the nation. Measures taken to exercise the right of derogation should comply with the following criteria: 1. They should be strictly required by the exigencies of the situation; 2. They should not conflict with the state's other obligations under international law; 3. They should not involve discrimination based solely on race, color, sex, religion, language or social origin.<sup>20</sup> In addition, the article provides for the UN Secretary General immediately notified of which rights were derogated from, with detailed explanations of the cause. The Secretary General should also be informed about the date of terminating the derogation.<sup>21</sup> The article also enumerates non-derogable norms.<sup>22</sup>

Article 15 of the ECHR prescribes that State parties can derogate from their obligation under the Convention *in time of war*

or other public emergencies that threatens the life of a nation. The measures taken by states should be strictly proportional and they should not contravene the State's other obligations under international law.<sup>23</sup> Like ICCPR, the ECHR also requests states to inform the Secretary-General of the Council of Europe of cases of derogating and the reasons thereof.<sup>24</sup> Moreover, similarly to ICCPR, the ECHR also has a non-derogable rights listing,<sup>25</sup> however, as noted by some scholars, this is a more restrictive catalogue of non-derogable *essential rights*.<sup>26</sup>

The aforementioned requirements are very well summarized by Judge Higgins, who emphasized that derogations to human rights obligations should be acceptable only if events make them necessary and if they are proportionate to the dangers that those events represent. They should also be scrutinized by the international community to analyze the practice.<sup>27</sup>

The essential feature in understanding the importance of derogations in human rights law is when and in what circumstances they can be invoked. As previously mentioned, it is generally permitted to derogate from obligations in cases of war<sup>28</sup> and public emergencies that threaten the life of a nation. As noted by Prof. Nowak, nearly every state that made derogations under Art. 4 of the ICCPR, justified their action by claiming domestic emergency.<sup>29</sup>

At the same time, wars and internal disturbances of armed character are not the only public emergencies. Natural disasters internal disturbances and dissension, to some extent, can also serve as a basis to invoke the derogation clause,<sup>30</sup> as noted in the process of the drafting of the ICCPR:

"The main concern was to provide for a qualification of the kind of public emergency in which a State would be entitled to make derogations from the rights concerned in the covenant which would not be open to abuse, The ... wording is based on the view that the public emergency should be of such a magnitude as to threaten the life of a nation as a whole."<sup>31</sup>

In analyzing this issue, it is important to review case-law of the European Court of

Human Rights (ECtHR), as the derogations provision has been extensively dealt with by the Court, which sets criteria and assists in understanding the meaning of the provision.<sup>32</sup>

In one of its earlier case-law dealing with this issue, the Court in *Lawless*, defined public emergency as "threatening the life of the nation" as an "exceptional situation of crises or emergency, which affects the whole population and constitutes a threat to the organized life of the community of which the state is composed."<sup>33</sup>

In the *Greek case*, European Commission of Human Rights further elaborated criteria for public emergency as that which would endanger the life of the nation. The Commission observed that such a situation: 1. should actually be imminent; 2. its effects must cover the whole nation; 3. continuance of the organized life of the community must be threatened; 4. the danger or crisis should be of such magnitude that normal measures or restriction permitted by the convention are plainly inadequate.<sup>34</sup>

In *Ireland v. United Kingdom*, the British derogation from the ECHR was approved by both the Commission and the Court. The Court also underlined that public emergency could presumably exist if the emergency appears to be confined to one part of the country, such as particular provinces, cantons etc.<sup>35</sup> Thus, the Court emphasized that a geographically limited emergency may exist.

As noted by Judge Buergenthal, these definitions and tests can be applied with equal justification to the identical language in Art. 4 of the ICCPR.<sup>36</sup>

At the same time, invocation of derogations on the grounds of emergencies resulting from domestic unrest, guerilla war etc., currently represent the biggest threat to the sustainable application of human rights documents.<sup>37</sup>

Human rights bodies also tackle this problem in their process of evaluating states' notifications concerning derogations. The Human Rights Committee (HRC) expressed justified doubts about the prolonged state of emergency declared by the Chilean government,

while reviewing the country's second periodic report.<sup>38</sup> HRC enquired whether all the measures taken under the state of siege declared in 1976, were still being applied, or whether measures "intended to be limited in space and in time ... had been transformed into institutional restrictions in force throughout the country for an indefinite period" and required "convincing proof of the existence of a danger which could not be overcome in any other way" from the state.<sup>39</sup> The latter questioning the validity is similar to the inquiry done by the Commission of Human Rights in the *Greek case*, when the Commission also doubted the existence of the emergency that threatened the life of the nation in Greece.<sup>40</sup>

In *Landinelli Silva v. Uruguay*, HRC questioned the margin or appreciation enjoyed by states and denounced Uruguay's invocation of Art.4, when it found that "the State Party is duty-bound to give a sufficiently detailed account of the relevant facts when it invokes Article 4(1)' and that it is the Committee's function 'to see to it that States parties live up to their commitments under the Covenant'<sup>41</sup>.

Human rights monitoring bodies do not always denounce the invocation of Art. 4 in cases of domestic tension. For example, in November 2007, Georgia submitted its diplomatic communication to both the Council of Europe and the UN, concerning its decision to derogate from the rights of two instruments. The State based its decision on the existence of a situation threatening the life of the nation, claiming massive demonstrations were transforming into an uprising directed towards changing the government by unconstitutional means, as well as the necessity to avoid further disturbances in the country and ensure restoration of the rule of law and effective functioning of government institutions.<sup>42</sup> Both the Secretary General of the UN and the Council of Europe underlined that in the case of derogations, the state enjoys a wide margin of appreciation, however, this discretion was closely monitored by the international community.<sup>43</sup>

To the international community, the aftermath of two World Wars acknowledged that

the protection of individuals is one of the most sacred obligations of the states. The adoption of a number of human rights instruments in European, American and African legal systems, as well as the negotiation of two covenants on the universal level, enhanced the protection of human rights, which was initiated by the UDHR. By signing, ratifying and implementing the provisions of these documents into national legislation, states reaffirm their intention to adhere to these instruments. State practice crystallizes certain situations, however, when due to emergency circumstances, states are not able to safeguard these rights to individuals. Therefore, in order to accommodate these type of situations, human rights treaties include derogation clauses, by invocation of which, states inform the international community that due to specific reasons and during a limited time, they will not be able to safeguard certain rights and freedoms of individuals for which states would have been responsible otherwise. The inclusion of this provision in the body of human rights instruments was motivated by an objective reality, as not all rights and freedoms can be guaranteed all the time. Usually, documents include so-called non-derogable rights and freedoms that are exempt from derogation even in extraordinary circumstances when other rights are not protected.

At the same time, the international community established supervision over such actions of states when the relevant human rights organs carefully scrutinize the reasons, rights, timeframe and the general circumstances of the invocation. As relevant practice has verified, these organs are very strict and limited in giving states discretion for the application of derogation clauses<sup>44</sup>

Unlike the ICCPR, IACHR and ECHR, the International Covenant on Economic Social and Cultural Rights does not include the derogation clause, it is only restricted to limitations. Further chapters of this paper will analyze the reasons for such exclusion, as well as the modern day realities of the application of Art. 4 of the Covenant.



## 2. ACCOMMODATION METHOD FOR DEROGATIONS UNDER ICESCR: ANALYSES OF ARTICLE 4 OF THE COVENANT

### a. Limitation Clause of the Covenant

Article 4 of the ICESCR prescribes that:

The States Parties to the present Covenant recognize that, in the enjoyment of those rights provided by the State in conformity with the present Covenant, the State may subject such rights only to such limitations as are determined by law only in so far as this may be compatible with the nature of these rights and solely for the purpose of promoting the general welfare in a democratic society.

The wording of the article makes it clear that it does not allow derogations and it accommodates possible cases of diverging state practice through limitations<sup>45</sup> which should be: 1. Prescribed by law; 2. If the rights subject to limitation provide for it; 3. With an overall aim to enhance the general wellbeing and benefit in the society.

*Prescribed by law:* Under this criterion it is understood that the law should be of a general application; it should be clear, precise and accessible and it should provide adequate safeguards and effective remedies against illegal or abusive imposition.<sup>46</sup> Moreover, any discrimination should not be arbitrary, unreasonable, non-proportionate and discriminatory, as in human rights law in general.<sup>47</sup>

As to the second requirement, Limburg Principles explicitly indicate that a limitation should not be used so as to jeopardize the essence of the rights concerned.<sup>48</sup> This means that while applying limitations, states have a burden of proof that their actions are compatible with the nature of limited rights.<sup>49</sup>

The requirement of promoting the welfare of society is also reflected in Limburg Principles, where it is interpreted that imposition of limitations by states should serve the general well-being of the people.<sup>50</sup> Several commentators understand this criteria bars states from invoking such concepts as “national security” or “public order” as the legal basis for limitations, since they are not directly linked to the welfare of society and its indi-

vidual members.<sup>51</sup> The same argument is effectively put forward by the Committee when examining state reports, emphasizing that in cases of armed conflicts, internal disturbances or riots, member states still have an obligation to comply with the provisions of Covenant.

For example, while analyzing the report of Iraq, the Committee noted that the Covenant was applicable before and during the armed conflict with Islamic Republic of Iran; and even after Iraq’s occupation of Kuwait. It went further when emphasizing that Iraq was under the obligation to act in full compliance with the instrument, even in the instance of embargo, though the Committee expressed its understanding over the difficulties arisen with this respect.<sup>52</sup>

In the case of internal armed conflict in Guatemala, the Committee noted that the existence of more than 20 years of conflict precluded effective implementation of the Covenant, however, even in this case it emphasized that a state cannot justify its non-compliance with its obligations by derogating from them.<sup>53</sup> It was generally underlined by the Committee that armed conflicts hamper the protection and fulfillment of human rights, yet despite this, member states should act in good faith and implement the Covenant.<sup>54</sup> Moreover, the Committee also noted that because vulnerable groups are especially at risk during such emergency situations, states should take all appropriate measures to provide the benefits of the instrument to them.<sup>55</sup>

To fully understand of the scope of Art. 4 it would have been useful to have an authoritative interpretation of the article by the Committee on Economic Social and Cultural Rights by issuing general comments. So far, the Committee has not drafted a General Comment concerning determination and interpretation of the legal nature of Art. 4 provisions. However, the Committee did try to shed the light on this issue while dealing with other articles. For example, when dealing with right to education and right to health, the Committee emphasized that the limitation clause is primarily intended to protect the rights of individuals, rather than permit imposition of limitations by states.<sup>56</sup>

Hence, it has traditionally been the Committee's position that any type of limitation to the rights of individuals exercised by governments should not be done isolated from the Covenant, but should be made with the idea of promoting the well-being of the nation as a whole and these limitations should be of a temporary character only and should fully comply with the criteria established therewith. The Committee has not yet elaborated on the General Comment for Art. 4 in order to clarify and interpret its legal nature, however, it effectively deals with it to some extent, in other general comments and examinations of state reports.

### **b. Principle of Force Majeure as a right to derogate**

ICESCER does not embody explicit authorization for states to derogate from their obligations under the instrument, even in such emergency situations as armed conflict or natural disaster.<sup>57</sup> The same approach is taken by the Committee while assessing periodic reports of the State Parties under the Covenant.

Under international law, circumstances exist that preclude wrongfulness of an act of a state.<sup>58</sup> Force majeure has long been accepted as such a measure.<sup>59</sup> It involves a situation where a state is in effect compelled to act in a manner that contravenes its international obligations.<sup>60</sup> In particular, the Vienna Convention on the Law of Treaties prescribes that "[a] party may invoke the impossibility of performing a treaty as a ground for terminating or withdrawing from it .... If the impossibility is temporary, it may be invoked only as a ground for suspending the operation of the treaty".<sup>61</sup> Moreover, Articles on the Responsibility of States provide for the exemption of a state from its international responsibility "if the act is due to ... occurrence of an irresistible force or of an unforeseen event, beyond the control of the State making it materially impossible in the circumstances to perform the obligation."<sup>62</sup>

As noted by Professor Crawford, the concept of force majeure is embodied in a number of international treaties governing different aspects of international law,<sup>63</sup> which helps

confirm the existence of a general principle of international law.<sup>64</sup> The Permanent Court of International Justice in the *Serbian Loans* judgment already considered the concept a general principle of international law as early as 1929.<sup>65</sup>

It can be understood from the aforementioned that even though the ICESCR does not embody the derogation provision and makes no direct provision for the case of war or other public emergencies, international law provides states in extreme crisis situations with the possibility to refer to the notion of force majeure in order to justify their non-compliance with the Covenant obligations.<sup>66</sup> However, in order to justify force majeure, states should comply with certain criteria.<sup>67</sup>

Professor Shaw asserts that there is a need for states to satisfy a high threshold for the invocation of this concept.<sup>68</sup> Commentaries to the Draft Articles on State Responsibility proposes the following criteria for this approach:

- a. The act in question should be brought by irresistible force;
- b. That is beyond the control of the Government;
- c. Which makes it materially impossible in the circumstances to perform an obligation.<sup>69</sup>

As indicated by the International Law Commission, material impossibility may arise due to a natural or physical event, human intervention including armed conflict, or some combination of the two.<sup>70</sup> However, the cornerstone of this notion is that "the situation must be irresistible, so that the State concerned has no real possibility of escaping its effects".<sup>71</sup> Moreover, even in these cases, force majeure does not extend to situations brought about by the neglect or default of the State;<sup>72</sup> or due to political or economic decrees or crises, where performance of an obligation becomes more difficult.<sup>73</sup> According to the *Rainbow Warrior Arbitration*, the test of applicability of this doctrine is one of "absolute and material impossibility" and circumstances that rendered performance of an obligation more difficult or burdensome did not constitute a case of force majeure.<sup>74</sup>

Thus, it is evident that the criteria established for force majeure – namely, absolute im-

possibility of performing obligation - is stricter than derogation clauses in human rights treaties that provide for emergency.<sup>75</sup> As indicated by the report composed by a meeting of experts on rights not subject to derogation during states of emergency and exceptional circumstances, “derogations set a lower threshold for absolving a State of responsibility for non-compliance with treaty than impossibility”.<sup>76</sup> Additionally, while drawing a difference between public emergency under human rights treaties and force majeure in international law, Svensson – McCarthy underline that non-performance of international legal obligations must be due to irresistible force that leaves no choice of action to states, while the crisis situations covered by the concept of public emergency in international human rights law do in most cases, though not always, present the responsible authority with a variety of means of how to manage the situation concerned. In other words, the human rights notion is of a more intentional voluntary nature than the general international law concept of force majeure.<sup>77</sup>

While analyzing the issue of the possibility of applying force majeure to the Covenant, Professor Sepulveda indicates that in the context of the Covenant, this impossibility rule of force majeure means that in cases of war or other natural disasters, or even unforeseen economic crisis of great magnitude that make it impossible for states to comply with their obligations, states may preclude the wrongfulness of actions by referring to the notion of force majeure.<sup>78</sup> However, she also notes that in circumstances of force majeure, state action should not be the reason of the impossibility to perform, and while invoking this notion, the state should still act in good faith, taking into consideration the general welfare of society.<sup>79</sup>

Therefore, it is generally underscored that force majeure is indeed a very extraordinary circumstances and it must be interpreted restrictively, in light of the object and purpose of the Covenant,<sup>80</sup> since some provisions of the international law of treaties are not always well-suited to the application of human rights treaties.<sup>81</sup>

Hence, it can generally be summarized that if derogation from the Covenant is to be permitted and made under the rules of general international law, such derogation should comply with the criteria of force majeure, which is stricter than the derogation criteria of “public emergency” in international human rights instruments; moreover in these cases, state actions should be directed towards promoting the general welfare of society. Such derogations, however, should generally comply with the principles of non-discrimination and proportionality.<sup>82</sup>

Nevertheless, some commentators argue that due to the flexibility of Art. 2(1), the limitation clause of Art.4, ICESCR and the reservations to the instrument, there are very few cases in which states will genuinely need to invoke force majeure.<sup>83</sup>

Moreover, if we subject make a detailed analyses of General Comments of the Committee, as well as other interpretative texts to the Covenant, it may be argued that the Covenant, notwithstanding harsh assessment showed by the Committee in its concluding observations, does not prohibit derogations from the instrument in cases of war or public emergency.

In its general comments, the Committee elaborated the concept of “core obligation” which is the minimum core content of rights that cannot be derogated from or limited. For example, the Committee underlined that the state “cannot, under any circumstances whatsoever, justify its non-compliance with the core obligations that are non-derogable”,<sup>84</sup> and that ensuring these obligations is the *raison d’être* of the Covenant.<sup>85</sup> Moreover, while dealing with *right to health* the Committee enumerated these core obligations:

- “(a) *To ensure the right of access to health facilities, goods and services on a non-discriminatory basis, especially for vulnerable or marginalized groups;*
- (b) *To ensure access to the minimum essential food which is nutritionally adequate and safe, to ensure freedom from hunger to everyone;*
- (c) *To ensure access to basic shelter, housing and sanitation, and an adequate supply of safe and potable water;*

- (d) *To provide essential drugs, as from time to time defined under the WHO Action Programme on Essential Drugs;*
- (e) *To ensure equitable distribution of all health facilities, goods and services;*
- (f) *To adopt and implement a national public health strategy and plan of action, on the basis of epidemiological evidence, addressing the health concerns of the whole population; the strategy and plan of action shall be devised, and periodically reviewed, on the basis of a participatory and transparent process; they shall include methods, such as right to health indicators and benchmarks, by which progress can be closely monitored; the process by which the strategy and plan of action are devised, as well as their content, shall give particular attention to all vulnerable or marginalized groups.*

44. *The Committee also confirms that the following are obligations of comparable priority:*

- (a) *To ensure reproductive, maternal (pre-natal as well as post-natal) and child health care;*
- (b) *To provide immunization against the major infectious diseases occurring in the community;*
- (c) *To take measures to prevent, treat and control epidemic and endemic diseases;*
- (d) *To provide education and access to information concerning the main health problems in the community, including methods of preventing and controlling them;*
- (e) *To provide appropriate training for health personnel, including education on health and human rights.*<sup>86</sup>

Bearing in mind the aforementioned, the Maastricht Guidelines on Violations of Economic, Social and Cultural Rights tend to distinguish actions and omissions that amount to a violation of Covenant rights, the importance of differentiation of inability to comply with the obligations under the Covenant, and unwillingness of states to act in accordance with these obligations.<sup>87</sup> Furthermore, the guidelines note that “[a] State claiming that it is unable to carry out its obligation for reasons beyond its control has the burden of proving

that this is the case”; and as an example of such inability, the need to close an educational institution after an earthquake was indicated.<sup>88</sup> Moreover, Principle 14 identifies precisely that calculated obstruction or termination of the progressive realization of a right protected by the Covenant is prohibited, unless the State acts within a limitation permitted by the Covenant, or it does so due to a lack of available resources or force majeure.<sup>89</sup>

Hence, it can be understood that although the text of the Covenant does not include any derogations clauses, the Committee in its observations is very clear to indicate that states cannot derogate from the instrument even in cases of armed conflict and other public emergencies. Nevertheless, it is obvious that the Committee and jurists that drafted the Maastricht Guidelines, clearly recognize the right of states to invoke the force majeure clause as circumstances precluding wrongfulness; a right that currently represents the general principle of international law.

Moreover, some commentators challenge a similar lack of explicit authorization of reservations under the both ICESCR and ICCPR by arguing that “the absence of a provision [on reservations] does not mean that reservation to the Covenants are not admissible, but that the question is governed by the general rules of international law.”<sup>90</sup> Therefore, the position seems to be that reservations are allowed to the extent that they are compatible with the object and purpose of the Covenants and it is up to the states to decide when they meet the test.<sup>91</sup> The same rule can be applied to the derogation issue by borrowing the concept of force majeure from the international law of treaties.

### **3. REASONS BEHIND THE ABSENCE OF THE DEROGATION CLAUSE FROM THE COVENANT**

While analyzing the issue of the applicability of the Covenant to emergency situations, some commentators specifically note that the absence of the derogation clause is an intentional omission and the Covenant’s protection also covers such situations as war or natural

disasters.<sup>92</sup> However, other authors argue that due to the specificity of the nature of rights under the ICESCR, there is no need for derogation, since the obligations in the Covenant are not legal obligations in strict sense, but are merely programmatic goals that should be achieved by the governments progressively.<sup>93</sup> In this chapter, these reasons and understandings will be discussed.

One of the main reasons the Drafting Committee was asked to draft two separate documents in 1952, was that state delegations questioned the legal nature of their obligations under the ICESCR.<sup>94</sup> While analyzing the position of the states, it should be kept in mind that human rights treaties essentially have a different place and aim in international law, since unlike other international treaties that create legal rights and obligations among states - the equal actors in international law<sup>95</sup>, human rights instruments tend to obligate states to protect and provide rights and freedoms to individuals residing on their territories. This makes it very clear that in the drafting process; states usually act especially careful when defining their obligations under various human rights instruments. This was the precisely the case when drafting Art. 2 (defining the scope of legal obligation) under the Covenant. It was considered that since two documents provided different rights in nature, they required different methods of implementation.<sup>96</sup> This idea was actively shared by different commentators. *Scott* notes that ICCPR provides for negative obligations to states, where obligations do not interfere with the enjoyment of rights; while the ICESCR embodies positive obligations; i.e. it obliges states to create these rights and to ensure them to individuals.<sup>97</sup> At the same time, *Alston* emphasizes that one of the main obstacles of acceptability of these rights is that they are vague and their legal nature is not precise, therefore, according to him, it is the job of the Committee to adequately respond to this issue.<sup>98</sup> He continues to explain this reason by noting that when the Covenants were drafted, in ICCPR's case, they were based on the substantial national jurisprudence available in states, while in the cases of economic, social and cultural rights, the drafting Committee had

to start from the scratch due to the absence of, or very limited character of such case-laws.<sup>99</sup> Thus, in many cases, obligations imposed by the Covenant seemed more demanding and substantial to states than certain government representatives expected.<sup>100</sup>

At the same time, *Eide* defined yet another critical aspect of the nature of ICESCR; he noted that while economic, social and cultural rights exist and are broadly recognized, the corresponding obligations are not.<sup>101</sup> Moreover, *Craven* further elaborates the question of obligations and notes that "in the context of obligations ... there has been a tendency to either exaggerate or underplay the precise situation with the effect of preventing a clear and uncontroversial picture from developing."<sup>102</sup>

As noted, there are different criteria as to how and why economic, social and cultural rights differ from the civil and political ones that were used by the authors in order to separate the two Covenants. Professor Sepulveda analyzes these arguments and proposes that the dichotomy of these two types of rights encompass nearly every argument put forward by other commentators. According to the dichotomy, the nature of rights is: 1. Positive/negative; 2. Progressive/immediate; 3. Expensive/cost-free; and 4. Vague/precise.<sup>103</sup>

*Positive/negative*: This has been one of the main arguments for delegations and commentators who tried to distinguish between the two Covenants; recognizing that only negative obligations are to be understood as legal in nature.<sup>104</sup> As noted by Sepulveda, this approach was especially evident in writings of 1970s.<sup>105</sup> However, the Committee itself rebutted this approach, when noting that both covenants include sets of positive and negative obligations.<sup>106</sup> Furthermore, it was stressed that positive and negative duties are part of the requirement of both sets of rights and dividing them simply into positive or negative is an "artificial, simplistic and arid exercise."<sup>107</sup> As an example of this argument, it can be said that the right to food includes the right for everyone to procure their own food supply without interference, or the right to housing also includes the right not to be forcibly evicted.<sup>108</sup>

*Cost-free/expensive obligations:* It has been continuously argued that civil and political rights are cost-free, while economic, social and cultural rights are expensive.<sup>109</sup> However, this argument is not independent and is closely related to the positive/negative obligations argument. And since the Committee has stated in numerous occasions that the ICESCR embodies both sets of rights, this argument loses its acuteness. Nonetheless, it should always be kept in mind that for the full implantation of rights in the instrument, sufficient financial resources are needed. However this issue should not be the determining factor of the legal nature of the right, since ICESCR also embodies rights that are absolutely cost-free.

*Progressive/immediate obligations:* During the drafting process, delegations argued that the fact that the Covenant has to be implemented in a progressive manner, the nature of obligation is affected as it makes it difficult to find the scope and extent of a state's legal obligations.<sup>110</sup> According to the Committee, progressive realization means the full realization of economic, social and cultural rights will not be achievable in a short period of time.<sup>111</sup> Yet, the Committee also elaborates on the core minimum obligations of states that have immediate effect.<sup>112</sup> Moreover, as noted by the Inter-American Commission on Human Rights, progressive realization of economic, social and cultural rights "does not mean that governments do not have the immediate obligations to make efforts to attain the full realization of these rights".<sup>113</sup> Therefore, the argument that the Covenant the rights should not be considered legal because of their progressive nature misses the point of the object and purpose of the Covenant. The instrument understands the difficulties and barriers that states have implementing its provisions, which is why it enters a realistic vision of the obligations, while at the same time it enumerates quite precisely "core obligations" that states should comply with in all circumstances.

*Vague/precise obligations:* Arguments by supporters of this type of distinction are also very closely connected to the distinction of positive/negative obligations and they propose the idea that economic, social and

cultural rights are some type of guidelines for actions of state and require only general, progressive and positive obligations, therefore, by their very nature they are drafted in general terms.<sup>114</sup> However, the Committee also refuted this argument in its general comments, where the scope and nature of state obligations under the Covenant are interpreted in detail and provide minimum core obligations that cannot be derogated from and are subject to implementation by all member states.

Subsequently, as underlined by *Sepulveda* in retrospect, we can see that the majority of the Covenants' drafters were mistaken in their belief that the two clusters of rights and obligations they imposed were different in nature. While political, ideological and economic circumstances might be invoked to justify their limited view of the nature of human rights and duties, in the present level of the development of human rights law as a part of international law, it has been necessary to adopt a wider perspective and vision.<sup>115</sup>

Yet another criticism of the Covenant that leads delegations and scholars to argue over the absence of a derogation clause and a very narrow limitation formula, was an intentional measure. Although it was drafted as a legally binding document, the rights involved are not legal rights but are more of a political nature; so-called programmatic goals that states should have a progressive obligation to implement. These are not enforceable national and international judicial/quasi-judicial organs and thus they are non-justiciable rights, unlike the rights in the ICCPR.<sup>116</sup> Without getting into much detail, this may have been the argument when the document was drafted or during its early period of implementation, however, reality in this regard has somehow changed today.

Human rights law, including the field of economic, social and cultural rights, is not static, as it evolves over time and adapts to new realities.<sup>117</sup> Several important instruments and mechanisms, both on the universal as well as regional levels, have been developed in the sphere of economic, social and cultural rights since the adoption of ICESCR that strengthen the legal nature of obligations and ensure that

these rights are fully implementable and justiciable.

In 1999, the Optional Protocol to the Convention against Discrimination against Women (CEDAW) was adopted. This provided for a system of individual complaints as well as a procedure of enquiry. This instrument enables complaints to be filed on violations of economic, social and cultural rights safeguarded by the CEDAW.<sup>118</sup> On a regional level there have been several improvements. In September 1998, the Third Additional Protocol<sup>119</sup> to the European Social Charter was actualized and provides a collective complaint system for the social rights embodied therein. Moreover, in 1988 the San Salvador Protocol on Economic, Social and Cultural Rights to the American Convention was adopted.<sup>120</sup> This instrument also establishes a system of individual complaints for the right to education and right to organize trade unions.<sup>121</sup>

Simultaneously, the African Charter on Human and People's Rights<sup>122</sup> contains a full range of economic, social and cultural rights similar to the European and American model. Moreover, under the Charter, the African Commission is empowered to receive complaints from individuals and non-governmental actors concerning alleged violations of rights. Among the limited cases the Commission reviewed and dealt with were, violations of social and economic rights. For example, in a statement against Zaire, the Commission established that "the failure of the government to provide basic services such as drinking water and electricity and shortage of medicine" constituted a violation to the right to health, Art 16 of African Charter.<sup>123</sup>

Recent jurisprudence of the European Court of Human rights has been characterized with using a so-called "integrated approach," defined as the protection afforded by civil and political rights instruments to economic and social rights.<sup>124</sup> In this regard, the Court provided that "[w]hilst the Convention sets forth what are essentially civil and political rights, many of them have implications of an economic or social nature, .... [therefore] the mere fact that the interpretation of the Convention may extend into the sphere of economic and social

rights should not be a decisive factor against such an interpretation; there is no water-tight division separating that sphere from the field covered by the Convention".<sup>125</sup>

At the same time, the attention directed by national judiciary organs to the justiciability of economic, social and cultural rights should also be kept in mind. From the moment the ICESCR was adopted, there were a number of cases where national courts analyzed state obligations from the perspective of the Covenant and the General Comments on Committee. For instance, in 1985 the Supreme Court of India concluded that the right to live includes the right to livelihood, so in the case of [forced] eviction, petitioners will be deprived of latter.<sup>126</sup> In the *Grootboom* case, the Constitutional Court of South Africa dealt with the right to adequate housing and although it noted that providing adequate housing to all those in need is an extremely difficult task for the state, it nonetheless declared that "these are rights and the Constitution obliges the state to provide them. This is an obligation that can and ... [it] must enforce."<sup>127</sup>

According to all the aforementioned, it is obvious that with the development of the human rights law, the scope of social, economic and cultural rights has become more precise and specific. Through the Committee's General Comments, Maastricht Guidelines, and Limburg Principles, the legal nature of the obligation has been specified and alleged violations have been defined. Moreover, through the application of economic, social and cultural rights by different national, regional and international bodies, the theory that these rights do not represent justifiable ones have been refuted, at least to a certain extent. However, there is still an evident lack of supervisory mechanisms on the international level that provide a basis to argue whether those rights are justiciable or not; therefore, no additional derogation clause is needed. As noted by Professor Higgins, the absence of a derogation clause in ICESCR implicitly confirms the view that such a clause should only be deemed necessary where there are strong implementation provisions.<sup>128</sup> Thus, the next chapter covers the future of the Optional Protocol to the

International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights and what consequence the lack of a derogation clause can have for a states' decision to become party to it.

**4. OPTIONAL PROTOCOL TO ICESCR:  
HOW THE ABSENCE OF THE DEROGATION  
CLAUSE MAY AFFECT THE DECISION OF  
STATES TO JOIN IT**

On November 18, 2008, after being adopted by the Human Rights Council, the Third Committee (on social, cultural and humanitarian issues) approved a draft resolution and recommended the General Assembly of the United Nations to adopt the Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights.<sup>129</sup> Under the Optional Protocol, individuals and groups are granted the right to submit communications (complaints) concerning non-compliance of states with the Covenant.<sup>130</sup> The Optional Protocol will enter into effect upon depositing the 10<sup>th</sup> instrument of ratification to the depositary.<sup>131</sup> As of July 2010, the instrument was signed by 33 and ratified only by 2 states.<sup>132</sup>

The Optional Protocol was formally opened for signature in March 2009.<sup>133</sup> Apart from receiving communications concerning alleged violations of the Covenant, the Protocol, provides for the following:

- The possibility of so-called “interim measures.” The Committee may transmit requests to the State Party for urgent consideration. In this way, the State Party can take such interim measures to avoid possible irreparable damage to the victims of alleged violations.
- The Protocol also creates an inquiry procedure, stating that if the Committee receives reliable information indicating grave or systematic violations of the Covenant, the Committee shall invite that State Party to cooperate in the examination of the information and to this end, submit observations with regard to the information concerned. The inquiry may include a visit to the territory of the State Party concerned.
- The Protocol requires that States take all appropriate measures to ensure that

individuals under its jurisdiction are not subjected to any form of ill-treatment or intimidation as a consequence of communicating with the Committee pursuant to the Protocol.

It also enables the Committee to offer its offices so that concerned parties may attempt to reach a friendly settlement on the basis of respect of the rights provided in the Covenant.

Adoption and opening for signature of the Optional Protocol was a big step forward in making economic, social and cultural rights enforceable on an international level, before the body intended to deal exclusively with them. The importance of the Protocol is very well summarized by *Luise Arbour*, when she noted that “[t]he Protocol will provide an important platform to expose abuses that are often linked to poverty, discrimination and neglect, and that victims frequently endure in silence and helplessness. It will provide a way for individuals, who may otherwise be isolated and powerless, to make the international community aware of their situation. Since the adoption of the two core international human rights covenants in 1966, the lack of a complaint procedure for economic, social and cultural rights has been a missing piece in the international human rights protection system.”<sup>134</sup>

The fact that the instrument opened for signature 10 years after the authors elaborated its first draft, indicates that states had not demonstrated the political will to adopt an optional protocol. The above is also proven by the fact that since its adoption in 2008 only 2 States ratified it.

It is of particular interest, once the Protocol enters into force, how states that signed and ratified it deal with situations that will require derogations and limitations from the Covenant, and how the Committee assesses such actions. If the Committee proceeds with a strict, literal interpretation of Article 4 provisions and argues that even in situations of war, internal tensions, riots and natural disasters states may not derogate from their obligations, it first risks that states may become politically unwilling to become parties to the Protocol or that they may not comply fully with its recom-



mendations. However, at this early stage, it is difficult to assess what attitude other Committees and States will have.

## CONCLUSION

Despite the initial reluctance, economic, social and cultural rights have attained quite a unique standing in human rights law in the past 20 years, due to the active engagement of international actors such as UN treaty bodies, the UN Commission on Human Rights, Sub-Commission and its specialized agencies. No less important is the further enhancement of the legal framework in all three main regional systems of Europe, the Americas and Africa, as well as the enormous effort monitoring bodies have taken by elaborating on comprehensive case-law, not to mention the tremendous dedication international and national non-governmental organizations have shown. Initially not quite understood to be *stricto sensu* legal rights, they merely represented programmatic – political goals; standards that had to be achieved progressively and in cooperation with the international community as a whole. However, after the adoption of the Covenant in 1966, these rights have come long way to establish themselves as the enforceable and justiciable rights, at least to certain extent. The elaboration and opening to signature of the Optional Protocol to the Covenant in March 2009, in which the individual complaint system has finally been put forward, once again proved that those who never believed in the justiciability of these rights were wrong.

Notwithstanding the achievements reached, the signing and ratification procedure of the Optional Protocol is of paramount importance, since it allows individuals and groups to submit communications concerning

alleged violations of the Covenant on behalf of states. Moreover, it provides the Committee with an appropriate tool to enforce the provisions of Covenant in real life, even by providing recommendations to States. This was the last piece of jigsaw that was lacking as several commentators noted.

One of the main challenges, however, that the Committee and international community face will be how the Committee manages to maintain its strict interpretation of the Covenant (as has been the case with its General Comments), and ensure that its recommendations under the new instrument are indeed taken into account and implemented by States.

Accommodating the needs of states which arise from cases of armed conflicts, public emergencies and natural disasters represents a significant issue and the Committee must unavoidably deal with these situations, and to some extent, should allow the use of the principle of force majeure under the general principles of international law in cases when it is necessary to take deliberate retrogressive actions, that arise from natural disasters or internal armed conflicts. At the same time, the Committee should ensure that states recognize and adhere to the “core obligations” under the Covenant notwithstanding any circumstances. Taking into consideration all above-mentioned it could be concluded that as was noted by *Ignazio Saiz* the progress made in advancing the legal justiciability of economic and social rights, as for today, has not been matched in the arena of politics and public policy.<sup>135</sup> Therefore, overcoming this gap is the crucial point to which both States and the Committee can substantially contribute and where the Optional Protocol can be a major instrument.

<sup>1</sup> Marc Bossuyt “*Guide to the ‘travaux préparatoires’ of the International Covenant on Civil and Political Rights*”, Martinus Nijhoff Publisher, Dordrecht, (1987) p. 82.

<sup>2</sup> Rosalyn Higgins “*Derogations under Human Rights Treaties*”, 1978 BRIT. Y.B. INT’L L. 281, p. 181.

<sup>3</sup> After the adoption of the UDHR number of international instruments envisaging the whole specter of the rights and freedoms provided for in the Declaration were adopted, among others, the European Convention on the Protection on Human

- Rights and Fundamental Freedoms and its protocols in 1950; the International Covenant on Civil and Political Rights and International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, both in 1966; the American Convention on Human Rights in 1969 and the African Charter on Human Rights and Peoples' Rights in 1981.
- <sup>4</sup> Article 26 of the Vienna Convention on the Law of Treaties (1969); *See also* Magdalena Sepulveda, *"The Nature of the Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights"*, Intersentia, Antwerpen – Oxford – New York, 2003, p. 6.
  - <sup>5</sup> Thomas Buerghental, *"To Respect and to Ensure: State Obligations and Permissible Derogations"*, in *The International Bill of Rights*, (1981), p. 78.
  - <sup>6</sup> Manfred Nowak *"U.N. Convention on Civil and Political Rights: CCPR Commentary"* N.P. Engel. Publisher 1993, p. 73.
  - <sup>7</sup> *Supra* note 4, Sepulveda *"The Nature of the Obligation"*, p. 295.
  - <sup>8</sup> *Supra* note 6, Nowak *"CCPR Commentary"* p.73.
  - <sup>9</sup> "Clawback" clauses are understood to mean provisions that permit, in normal circumstances, a breach of an obligation for specified public reasons. As defined in Higgins, *"Derogations"*, p. 281
  - <sup>10</sup> *Supra* note 2, Higgins, *"Derogations"*, p. 281
  - <sup>11</sup> McDougal, Lasswell and Cheng *"The Aggregate Interests in Shared Respect and Human Rights: Harmonization of Public Order and Civic Order"* Yale Law Journal, cited in Higgins *"Derogations"* at p.282
  - <sup>12</sup> *Supra* note 2, Higgins, *"Derogations"*, p. 281
  - <sup>13</sup> Myres McDoug *"Human Rights and Public Order: Principles of Content and Procedure for clarifying General Community Policies"*, Virginia Journal of International Law , 14 (1974), p. 386 at p. 390 cited in Higgins, *"Derogations"*, p. 281.
  - <sup>14</sup> Article 4 of the International Covenant on Civil and Political Rights.
  - <sup>15</sup> Article 27 of the American Convention on Human Rights Article.
  - <sup>16</sup> Article 15 of the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms.
  - <sup>17</sup> *See* James O'Donnell, *"States of Exception"*, In *The Review of International Commission of Jurists*, vol. p. 52 (1978)
  - <sup>18</sup> *Supra* note 6, Nowak *"CCPR Commentary"* p.74
  - <sup>19</sup> *Id.*
  - <sup>20</sup> Article 4 of the International Covenant on Civil and Political Rights.
  - <sup>21</sup> *Id.*
  - <sup>22</sup> Under the ICCPR non-derogable norms represent: right to life (Art. 6), prohibition of torture (Art.7), prohibition of slavery (Art. 8), prohibition of the detention for debt (Art. 11), prohibition of retroactive criminal laws (Art. 15), recognition of legal personality (Art. 16) and freedom of thought, religion, continence and belief (Art 18).
  - <sup>23</sup> Article 15(1) ECHR
  - <sup>24</sup> *Id.* Article 15(3)
  - <sup>25</sup> Non-derogable rights under ECHR are: right to life, except in respect of deaths resulting from lawful acts of wars (Art. 2), prohibition of torture (Art. 3), prohibition of slavery and forced labor (Art. 4 (1)) and no punishment without a law (Art. 7).
  - <sup>26</sup> *Supra* note 6, Nowak *"CCPR Commentary"* p74.
  - <sup>27</sup> *Supra* note2, Higgins, *"Derogations"*, pp. 282-283.
  - <sup>28</sup> In 1952, the word "war" was deleted from the draft of the ICCPR by the HR Commission, to avoid any possible misunderstandings that the UN accepted war.
  - <sup>29</sup> By 1993 more than 16 countries that derogated from their rights under the ICCPR used such grounds as social unrest, subversive activities, vandalism, guerilla war,

- ethnic conflicts, terrorism etc. See CCPR/C/2/Rev.3. reproduced in the Appendix in Nowak "CCPR Commentary" p780.
- <sup>30</sup> *Supra* note 4, Sepulveda "The Nature of the Obligation", p. 297.
- <sup>31</sup> 10 GAOR Annexes, UN Doc, A/2929, part II,/ch.5, para.39 (1955).
- <sup>32</sup> *Supra* note 5, Buergenthal "State Obligations", p. 78
- <sup>33</sup> Case of Lawless v. Ireland, Application n° 332/57 3 Pub. Eur. Ct. Human Rights Ser. A, para 28 (1961).
- <sup>34</sup> Greek case Y.B. Eur. Conv. Human Rights para. 153 (1969).
- <sup>35</sup> Case of Ireland v. United Kingdom, Application n° 5319/71. ECtHR, Judgment 18 January 1978 para 248.
- <sup>36</sup> *Supra* note 5, Buergenthal "State Obligations", p.80.
- <sup>37</sup> See Study prepared by the International Commission of Jurists, "State of Emergency: Their Impact on Human Rights".1983, p. 414.
- <sup>38</sup> *Supra* note 6, Nowak "CCPR Commentary" p79.
- <sup>39</sup> See UN Doc. CCPR/C/SR/ 128 (1979) cited in Joan Fitzpatrick "Human Rights in Crises: International System For Protecting Rights During States of Emergency", University of Pennsylvania Press, 1994 pp. 87-88.
- <sup>40</sup> *Supra* note, Nowak "CCPR Commentary" p79.
- <sup>41</sup> *Landinelli Silva v Uruguay* (1981) HRC Comm No 34/1978, [8.3].
- <sup>42</sup> Diplomatic Communications to H.E. Ban Ki-moon and H.E. Terry Davis, Achieves of Ministry of Foreign Affairs of Georgia, International Law Department November 2007.
- <sup>43</sup> The press realize of the Ministry of Foreign Affairs of Georgia November 23, 2007 available at [www.mfa.gov.ge](http://www.mfa.gov.ge)
- <sup>44</sup> *Supra* note 2 Higgins, "Derogations", p. 187.
- <sup>45</sup> *Supra* note 2 Higgins, "Derogations", p. 187.
- <sup>46</sup> Limburg Principles on the Implementation of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights No 48, 50 and 51
- <sup>47</sup> *Id* No 49.
- <sup>48</sup> *Id.* No 56
- <sup>49</sup> *Supra* note 4, Sepulveda "The Nature of the Obligation", p. 280.
- <sup>50</sup> *Supra* note 46, Limburg Principles, 52; See also General Comment No 13 Right to Food, of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights, para. 42 and General Comment No14, Highest Attainable Standard of Health of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights para. 28.
- <sup>51</sup> Philip Alston & Gerard Quinn, "The Nature and Scope of State Parties' Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights", Human Rights Quarterly, Vol. 9 No. 2 (1987), p. 202.
- <sup>52</sup> Concluding Observations Iraq E/1998/22 paras 253, 254 and 269.
- <sup>53</sup> Concluding Observations Guatemala E/1997/22 para. 123
- <sup>54</sup> Concluding Observations Sri Lanka E/1998/22 paras 69-74.
- <sup>55</sup> Concluding Observations Peru E/1998/22 para. 141.
- <sup>56</sup> See *supra* note 53, General Comment No 13 para. 42 and General Comment No14 para. 28.
- <sup>57</sup> *Supra* note 4, Sepulveda "The Nature of the Obligation", p. 285; See also, *supra* note 2, Higgins "Derogations" p. 287.
- <sup>58</sup> Malcolm N. Shaw, "International Law" Fifth Edition, Cambridge University Press, 2003, p. 707.
- <sup>59</sup> The International Law Commission's Articles on State Responsibility: Introduction, Text and Commentaries / [compiled by] James Crawford, Cambridge; New York, Cambridge University Press, 2002 p. 183.
- <sup>60</sup> Draft Articles on the Responsibility for Internationally Wrongful Acts, with Commentaries, Report of International Law Commission on the Work of its 53<sup>rd</sup> Session. United Nations, 2008 p. 76.

- <sup>61</sup> Article 61 (Supervening impossibility of performance) of the Vienna Convention on the Law of Treaties, 1969.
- <sup>62</sup> *Id.* Article 23 (1) (Procedure regarding Reservation)/
- <sup>63</sup> Article 14 (3) of the Convention on the Territorial Sea and the Contiguous Zone; Article 18 of the United Nations Convention on the Law of the Sea, 1982; Article 7 of the Convention on the Transit Trade of Land Locked States.
- <sup>64</sup> *Supra* note 60 “Draft Articles” p. 77
- <sup>65</sup> Case concerning the Payment of Various Serbian Loans in France (France v. Kingdom of Serbs, Croats and Slovenes) Judgment No 14, 1929, PCIJ Series A No 20 pp. 39-40
- <sup>66</sup> *Supra* note 4, Sepulveda “*The Nature of the Obligation*”, p. 298
- <sup>67</sup> *Supra* note 60 “Draft Articles” p. 78
- <sup>68</sup> *Supra* note 58 Shaw “*International Law*” p. 710.
- <sup>69</sup> *Supra* note 59 Crawford “*Draft Articles*” p. 185;
- <sup>70</sup> *Supra* note 60 “Draft Articles” p. 76
- <sup>71</sup> *Id.*
- <sup>72</sup> *Id.* p.77.
- <sup>73</sup> *Id.* p. 76.
- <sup>74</sup> Rainbow Warrior Arbitration concerning the Treatment of the French Agents Mafart and Prieur 1982, *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 40, No. 2 (Apr., 1991), pp. 451.
- <sup>75</sup> *Supra* note 4, Sepulveda “*The Nature of the Obligation*”, p. 298.
- <sup>76</sup> Eighth Annual Report of the Special Rapporteur on Human Rights and States of Emergency, of 26 June 1995 (E/CN.4/Sub.2/1995/20 and Corr.1), annex I (Report of the Meeting of Experts on Rights not subject to Derogation during States of Emergency and Exceptional Circumstances).
- <sup>77</sup> Anna-Lena Svensson – McCarthy, “*The International Law of Human Rights and States of Exception with Special Reference to the Travaux Préparatoires and Case-law of the International Monitoring Organs*”, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 1998 p. 148.
- <sup>78</sup> *Supra* note 4, Sepulveda “*The Nature of the Obligation*”, p. 298.
- <sup>79</sup> *Id.*; See also *Libyan Arab Foreign Invest Company v. Republic of Burundi*, 1996, ILR pp. 279, 318/S
- <sup>80</sup> *Id.*
- <sup>81</sup> D., Premont, C., Stenersen, and I., Oseredczuk (eds.), “*Non-derogable Rights and States of Emergency*”, Association of International Consultants of Human Rights, (CID), Brussels, 1996, para 28.
- <sup>82</sup> Joan Hartman, “*Working Paper for the Committee of Experts on the Article 4 Derogation Provision*”, *Human Rights Quarterly*, Vol. 7, No1, 1985, pp. 89-131.
- <sup>83</sup> *Supra* note 4, Sepulveda “*The Nature of the Obligation*”, p. 302.
- <sup>84</sup> See *supra* note 51, General Comment No 14 para 47.
- <sup>85</sup> General Comment No 3 on the Nature of State Parties’ Obligations (Article 2(1)) of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights, para. 9.
- <sup>86</sup> See *supra* note 51, General Comment No 14 paras, 43-45.
- <sup>87</sup> The Maastricht Guidelines on Violations of Economic, Social and Cultural Rights, In *The Maastricht Guidelines on Violation of Economic, Social and Cultural Rights*. Boven, Theo C., van Flinterman, Cees & Westendorp, Ingrid (eds.), SIM Special No. 20 Utrecht (1998), pp. 1-12.
- <sup>88</sup> *Id.* Article 13 “Inability to comply”
- <sup>89</sup> *Id.* Article 14 “Violations through acts of Commission”
- <sup>90</sup> Egon Schwelb “*The International Covenants on Human Rights*” cited in *supra* note 2, Higgins, “Derogations” p. 318.
- <sup>91</sup> *Supra* note 2, Higgins, “Derogations” Higgins p. 318

- <sup>92</sup> *Supra* note 4, Sepulveda “*The Nature of the Obligation*”, p. 284.
- <sup>93</sup> See generally Marc Bossuyt “*International Human Rights Systems: Strengths and weaknesses*” Human Rights in the 21<sup>st</sup> Century: A Global Challenge Mahoney K., & Mahoney P., (eds.), Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, (1993), pp.47-55
- <sup>94</sup> See generally Marc Bossuyt “*Guide to the ‘travaux preparatoires’*” pp. 82-83.
- <sup>95</sup> *Supra* note 58 Shaw “*International Law*” p. 713.
- <sup>96</sup> *Supra* note 4, Sepulveda “*The Nature of the Obligation*”, p. 285.
- <sup>97</sup> Craig Scott “*The Interdependence and Permeability of Human Rights Norms: Towards a Partial Fusion of the International Covenants on Human Rights*”, Osgoode Hall Law Journal, Vo. 27, Ottawa, Canada, (1989). P. 770.
- <sup>98</sup> Philip Alston “*International Law and Human Right to Food*” In The Right to Food P. Alston & K. Tomasevski (eds.), Martinus Nijhoff Publishers, Utrecht, 1984 p. 54
- <sup>99</sup> Philip Alston “*The Committee on Economic, Social and Cultural Rights*” In The United Nations and Human Rights: a Critical Appraisal, P. Alston, (ed.), Clarendon Press, Oxford, 1992, p. 490
- <sup>100</sup> *Supra* note 4, Sepulveda “*The Nature of the Obligation*”, p. 8.
- <sup>101</sup> *Id.* p. 3.
- <sup>102</sup> Mathew Craven, “*The Domestic Application of International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*”, Netherlands International Law Review, Vol. XL, 1993 p. 369
- <sup>103</sup> *Supra* note 4, Sepulveda “*The Nature of the Obligation*”, pp. 122-123;
- <sup>104</sup> Craig Scott & Patrick Maclem “*Constitutional Ropes of Sand or Justifiable Guarantee? Social Rights in New South African Constitution*”, University of Pennsylvania Law Review, vol. 141, No 1, p. 24.
- <sup>105</sup> *Supra* note 4, Sepulveda “*The Nature of the Obligation*”, p. 125.
- <sup>106</sup> *Supra* note 85, General Comment No 3 para 3.
- <sup>107</sup> Henry Shue “*The Interdependence of Duties*” In The Right to Food P. Alston & K. Tomasevski (eds.), Martinus Nijhoff Publishers, Utrecht, 1984 p 84.
- <sup>108</sup> Report of Sub-Commission Special Rapporteur, Mr. R. Sachar E/CN.4/Sub.2/1993/15 paras 66-68.
- <sup>109</sup> See generally Marc Bossuyt “*Guide to the ‘travaux preparatoires’*” pp. 82-84.
- <sup>110</sup> *Id.*
- <sup>111</sup> *Supra* note 85, General Comment No 3 para. 9.
- <sup>112</sup> *Supra* note 51, General Comment No 14 para 43.
- <sup>113</sup> Inter-American Commission on Human Rights, Annual Report 1993, OEA/Ser.L/V/ii.85.
- <sup>114</sup> *Supra* note 4, Sepulveda “*The Nature of the Obligation*”, p. 131 (footnotes omitted).
- <sup>115</sup> *Id.* p. 115-116.
- <sup>116</sup> See for instance Aryen Neier “*Social and Economic Rights: A Critique*” 13/2 Human Rights Brief (2006).
- <sup>117</sup> *Supra* note 4, Sepulveda “*The Nature of the Obligation*”, p. 9.
- <sup>118</sup> The Optional Protocol to the Convention against Discrimination against Women was adopted by the GA. Res. 44/25, November 20, 1989, and entered into force in 2000.
- <sup>119</sup> It was opened to signature on November 9, 1995 and entered into force on September 1, 1999. ETS No 163.
- <sup>120</sup> The Protocol was adopted on November 17, 1988 and entered into force on November 16, 1999.
- <sup>121</sup> Art. 13 and Art. 8 of the American Convention on Human Rights
- <sup>122</sup> African Charter on Human and People’s Rights was adopted on June 26, 1981, and entered into force on October 21, 1986. OAU doc CAB/LEG/67/3 rev. 5, 21 I.L.M. 58, (1982).

- <sup>123</sup> Case against Zaire (Communications Nos 25/89; 47/90; 56/91 and 100.93) in IHRR vol. 4 No.1 (1997)pp. 89 *et. seq.*
- <sup>124</sup> *Supra* note 96, Scott “*The Interdependence and Permeability*” p. 771.
- <sup>125</sup> Airey v. Ireland, ECHR, Application No 6289/73, Judgment 9 October 1979, para. 26.
- <sup>126</sup> Olga Tellis v. Mumbai Municipal Corporation, Supreme Court of India, 1985, AIR 1986, Supreme Court 18, para 37.
- <sup>127</sup> Government of South Africa v. Grootboom, Constitutional Court of South Africa, Case CCT 11/00, 4 October 2000, para. 94
- <sup>128</sup> *Supra* note 2 Higgins “*Derogations*” p. 186.
- <sup>129</sup> Un Department of Public Information, “Third Committee Recommends General Assembly Adoption of Optional Protocol” available at <http://www.un.org/News/Press/docs/2008/gashc3938.doc.htm>
- <sup>130</sup> Article 2 of the Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. A/C.3/63/L.47
- <sup>131</sup> Article 18 of the Optional Protocol
- <sup>132</sup> For detailed information, visit [http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtsg\\_no=IV-3-a&chapter=4&lang=en](http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtsg_no=IV-3-a&chapter=4&lang=en)
- <sup>133</sup> UN Doc. A/C.3/63/L.47 para. 2.
- <sup>134</sup> <http://www.twinside.org.sg/title2/finance/twninfofinance20080606.htm>
- <sup>135</sup> Ignazio Saiz “Rights in Recession? Challenges for Economic and Social Rights Enforcement in Times of Crisis”, *Journal of Human Rights Practice*, 2009, 1(2), pp. 277-293

**რასიზმისა და შეუწყნარებლობის წინააღმდეგ  
ბრძოლის ევროპული კომისიის მიერ შეფასებული  
ქართული ტოლერანტობა**

**შესავალი**

2010 წლის 15 ივნისს რასიზმისა და შეუწყნარებლობის წინააღმდეგ ბრძოლის ევროპულმა კომისიამ (შემდგომში – „კომისია“) გამოაქვეყნა მესამე პერიოდული მოხსენება საქართველოს შესახებ, რომელიც ეყრდნობა კომისიის 2009 წლის ოქტომბრის ვიზიტს საქართველოში. ამ სტატიის მიზანია განიხილოს კომისიის მიერ მომზადებული სამივე მოხსენება საქართველოს შესახებ, რათა გამოავლინოს კომისიის თვალთ დახარული ის მიღწევები და ხარვეზები, რომლებიც იკვეთება საქართველოს რასიზმისა და შეუწყნარებლობის წინააღმდეგ ბრძოლის გზაზე.

საქართველოსა და რასიზმისა და შეუწყნარებლობის წინააღმდეგ ბრძოლის ევროპული კომისიის თანამშრომლობა ყოველთვის ნაყოფიერი იყო. ევროპული კომისია იყო ერთ-ერთი პირველი იმ საერთაშორისო ორგანიზაციებიდან, რომელმაც მოუწოდა რუსეთის ფედერაციას, შეეწყვიტა ქართველი წარმოშობის მქონე პირების დევნა 2006 წელს. ევროპულმა კომისიამ 2006 წლის 18 დეკემბერს თავის სპეციალურ განცხადებაში დაგმო რუსეთის მიერ საქართველოს მოქალაქეებისა და ეთნიკური ქართველების წინააღმდეგ განხორციელებული მასობრივი დაკავებები და დეპორტაციები, რაც იწვევდა ამ ადამიანების უფლებების შელახვას, შვიწროებასა და, ზოგიერთ შემთხვევაში, სიკვდილსაც კი.<sup>1</sup>

2002 და 2007 წლებში კომისიამ გეგმიური ვიზიტები განახორციელა საქართველოში და გამოაქვეყნა შესაბამისი პერიოდული მოხ-

სენებები. მორიგი ვიზიტი დაგეგმილი იყო ოთხწლიანი პერიოდის გასვლის შემდეგ, 2011 წელს, თუმცა ევროპული კომისიის მესამე ვიზიტი საქართველოში დაგეგმილზე ადრე განხორციელდა. ეს ვიზიტი ჩვეულებრივი არ ყოფილა იმ გაგებით, რომ კომისია საქართველოში სპეციალური მისიით ჩამოვიდა. 2008 წლის რუსეთ-საქართველოს ომის შემდეგ კომისიამ მალევე გამოთქვა სურვილი, ჩამოსულიყო საქართველოში და შეესწავლა ეთნიკური უმცირესობების მდგომარეობა, განსაკუთრებით კი აინტერესებდა ოსების, აფხაზებისა და რუსების მდგომარეობა. კომისიას ჰქონდა ლოგიკური ეჭვი, რომ ომის შემდგომ პერიოდში შეიძლებოდა დაწყებულიყო ზემოხსენებული უმცირესობების დევნა და მათი უფლებების მასობრივი შელახვა.

საქართველომ ომის შემდგომი კრიზისის ფონზე რასიზმისა და შეუწყნარებლობის წინააღმდეგ ბრძოლის ევროპული კომისიის საქართველოში მიღება 2009 წლის ოქტომბერში შეძლო. კომისიის წევრებს საშუალება მიეცათ, შეხვედროდნენ საქართველოს ხელისუფლების უმაღლეს წარმომადგენლებს და უშუალოდ მათგან მიეღოთ ინფორმაცია განხორციელებული რეფორმებისა და მომავალი გეგმების შესახებ. კომისიამ კონფიდენციალური შეხვედრები გამართა საქართველოს სახალხო დამცველთან, სახალხო დამცველთან არსებულ რელიგიური და ეთნიკური უმცირესობების საბჭოებთან და არასამთავრობო ორგანიზაციებთან. ამასთან, კომისიამ მოინახულა იძულებით გადაადგილებულ პირთა საცხოვრებლები და პირისპირ გაესაუბრა დევნილებს. ყოველივე

ზემოთქმულიდან გამომდინარე, იკვეთება, რომ რასიზმისა და შეუწყნარებლობის წინააღმდეგ ბრძოლის ევროპულ კომისიას სრულყოფილი სურათი ჰქონდა საქართველოში არსებულ მდგომარეობაზე.

15 ივნისით დათარიღებულ პრეს-რელიზში ევროპის საბჭო აცხადებს, რომ 2008 წლის აგვისტოს მოვლენებს შესაძლოა გამოეწვია სერიოზული ეთნიკური დაძაბულობა, მაგრამ, „როგორც ჩანს, საზოგადოებას შეუძლია განასხვავოს პოლიტიკური მმართველობა და საქართველოში მცხოვრები ცალკეული ინდივიდები.“<sup>2</sup> აღნიშნული ცხადყოფს, რომ კომისია საქართველოში ჩამოვიდა კონკრეტული მიზნით, შეემონებინა აქ მცხოვრები ეთნიკური უმცირესობების ომის შემდგომი მდგომარეობა, დარღვევების აღმოჩენის შემთხვევაში, საერთაშორისო თანამეგობრობის ყურადღება მიექცრო ამ დარღვევებზე და შესაბამისი რეკომენდაციები გაენია საქართველოს ხელისუფლებისათვის. ზემოთ ხსენებული სპეციფიკური დარღვევების არქონის გამო კომისიის მოხსენება ორდინარული გამოვიდა, უფრო მეტი, პოზიტიურიც კი, თუ გავითვალისწინებთ კომისიისათვის დამახასიათებელ კრიტიკულობას.

რასიზმისა და შეუწყნარებლობის წინააღმდეგ ბრძოლის ევროპული კომისიის საქართველოს შესახებ გამოქვეყნებული პერიოდული მოხსენებების შედარებით ანალიზი საშუალებას მოგვცემს, გამოვარკვიოთ კავშირი ხელისუფლების მიერ განხორციელებულ ანტირასისტულ პოლიტიკასა და ქვეყანაში არსებულ ტოლერანტობის მაღალ ხარისხს შორის, რამაც თავიდან აგვაცილა ომის თანმხლები ეთნიკური დაძაბულობა. პერიოდული მოხსენებების შედარებით ანალიზისას დეტალურად იქნება განხილული ცვლილებები შემდეგი მიმართულებით: კანონმდებლობა, სპეციალიზებული ორგანოები, ცნობიერების ამაღლება და განათლება.

### **რასიზმისა და შეუწყნარებლობის წინააღმდეგ ბრძოლის ევროპული კომისია**

1993 წელს ევროპის საბჭოს წევრი სახელმწიფოს მეთაურები პირველად შეიკრიბნენ ვენის სამიტზე. ყოფილ იუგოსლავიაში განვითარებული მოვლენების ფონზე, საბჭოთა კავშირის დაშლის შემდეგ, ევროპის საბჭოსათვის განსაკუთრებულად პრიორიტეტული გახდა ეროვნულ უმცირესობათა დაცვა. ვენის სამიტზე ხაზი გაესვა ახალი, კონსოლიდირებული ევროპის შექმნას, სადაც ევროპის საბჭომ მიიწვია ახალწარმოქმნილი ევროპული სახელმწიფოები და დახმარება აღუთქვა დემოკრატიული გარდაქმნების გზაზე.<sup>3</sup>

ვენის დეკლარაციის მესამე დანართი მოიცავს დისკრიმინაციასთან ბრძოლის სამოქმედო გეგმას, რომელიც ერთ-ერთ კომპონენტად ითვალისწინებს ექსპერტთა კომიტეტის შექმნას. კომიტეტი შეისწავლის წევრი სახელმწიფოების კანონმდებლობას, პოლიტიკას და ყველა იმ დონის ძიების ეფექტურობას, რომელთაც სახელმწიფო ახორციელებს რასიზმსა და შეუწყნარებლობასთან ბრძოლაში.<sup>4</sup> აღნიშნული დოკუმენტი დაედო საფუძვლად რასიზმისა და შეუწყნარებლობის წინააღმდეგ ბრძოლის ევროპული კომისიის შექმნას.

რასიზმისა და შეუწყნარებლობის წინააღმდეგ ბრძოლის ევროპული კომისიის მანდატი და მუშაობის ძირითადი პრინციპები განისაზღვრება 2002 წლის ევროპის საბჭოს მინისტრთა კომიტეტის (2002)8 რეზოლუციით.<sup>5</sup> აღნიშნული დოკუმენტის მე-11 მუხლი განსაზღვრავს კომისიის მონიტორინგის საგანს – რასიზმის, რასისტული დისკრიმინაციის, ქსენოფობიის, ანტისემიტისა და შეუწყნარებლობის ფენომენს.<sup>6</sup> ამავე მუხლის მიხედვით, კომისიამ წევრი სახელმწიფოს შესახებ მოხსენების მომზადებისას, ფაქტობრივად, უნდა გააანალიზოს არსებული პრობლემები და წარმოადგინოს რეკომენდაციები მათ გადასაჭრელად.

### **რასიზმისა და შეუწყნარებლობის წინააღმდეგ ბრძოლის ევროპული კომისიის საქართველოს შესახებ გამოქვეყნებული პერიოდული მოხსენებების შედარებით ანალიზი**

კომისია, სხვა ქვეყნების მსგავსად, საქართველოს შემთხვევაშიც რამდენიმე ძირითად ასპექტზე ამახვილებს ყურადღებას. ესენია: კანონმდებლობა, სპეციალიზებული ორგანოები, სამართალდამცავთა



ქცევა, ინფორმირებულობის ამაღლება, განათლება და სახელმწიფო ენის ცოდნა. ამ საკითხებს ევროპული კომისია ყველა პერიოდული ანგარიშის მომზადებისას მიმოიხილავდა. მათი შედეგებით ანალიზი საშუალებას მოგვცემს, თვალი გავადევნოთ პროგრესს და აღმოვაჩინოთ ხარვეზები.

### კანონმდებლობა

პირველი ვიზიტის შემდეგ კომისიამ საქართველოს წარუდგინა საერთაშორისო ხელშეკრულებების სია და მოუწოდა, შეერთებოდა ამ ინსტრუმენტებს<sup>7</sup> და მათი იმპლემენტაციის გზით უზრუნველყო ადამიანის უფლებათა უკეთესი დაცვა როგორც ქვეყნის შიგნით, აგრეთვე, საერთაშორისო თანამეგობრობის წინაშე. რეკომენდაცია ითვალისწინებდა ისეთ მნიშვნელოვან კონვენციასთან შეერთებას, როგორცაა „ეროვნულ უმცირესობათა დაცვის“ ჩარჩო კონვენცია, შესწორებული „ევროპის სოციალური ქარტიის“ რატიფიცირება და ა.შ. საქართველომ გაითვალისწინა კომისიის რეკომენდაცია და შეუერთდა რიგს საერთაშორისო დოკუმენტებისას, მათ შორის: „ადამიანის უფლებათა დაცვის ევროპული კონვენციის“ მეთორმეტე ოქმს, „ადგილობრივი თვითმმართველობის ეროვნულ ქარტიას“, „ეროვნულ უმცირესობათა დაცვის“ ჩარჩო კონვენციას და სხვა.<sup>8</sup> დღეისათვის საქართველოს ჯერ კიდევ არ აქვს სავალდებულოდ აღიარებული რამდენიმე მნიშვნელოვანი საერთაშორისო ინსტრუმენტი, მათ შორის „ევროპული ქარტია რეგიონალურ და უმცირესობათა ენების შესახებ“.<sup>9</sup>

რაც შეეხება ქვეყნის შიდა კანონმდებლობას, პირველ მოხსენებაში კომისიამ არასაკმარისად მიიჩნია დისკრიმინაციის აკრძალვა საქართველოს სისხლის სამართლის კანონმდებლობის მიხედვით, რომელიც დასჯადად აცხადებს თანასწორუფლებიანობის დარღვევას, „რამაც არსებითად ხელყო ადამიანის უფლება“<sup>10</sup>. კომისიამ აღნიშნა, რომ თანასწორუფლებიანობის დარღვევის დადგენისათვის აუცილებელი არ უნდა იყოს ადამიანის უფლების არსებითი ხელყოფა და საქართველოს მოუწოდა, შეემუშავებინა რასობრივი შუღლის გაღვივების ამკრძალავი ნორმა.<sup>11</sup>

2003 წელს, კომისიის რეკომენდაციის გათვალისწინებით, საქართველოს პარლამენტმა შეიტანა ახალი მუხლი სისხლის სამართლის კოდექსში, რომლის მიხედვითაც დასჯადი გახდა „ქმედება, ჩადენილი ეროვნული ან რასობრივი მტრობის ან განხეთქილების ჩამოგდების, ეროვნული პატივისა და ღირსების დამცირების მიზნით, აგრეთვე რასის, კანის ფერის, სოციალური კუთვნილების, ეროვნული ან ეთნიკური წარმომავლობის ნიშნით ადამიანის უფლებების პირდაპირი ან არაპირდაპირი შეზღუდვა, ანდა იმავე ნიშნით ადამიანისთვის უპირატესობის მინიჭება.“<sup>12</sup> მუხლი ზოგადი ხასიათისაა და პრაქტიკულად ნებისმიერ რასისტულ დანაშაულს მიესადაგება, რადგან კრძალავს ყველა მოქმედებას ან უმოქმედობას, რომელიც ჩადენილია დისკრიმინაციული მოტივით, პირდაპირი ან არაპირდაპირი სახით და დარღვევის დასადგენად არ არის საჭირო რაიმე საზიანო შედეგის დადგომა. 142-ე<sup>1</sup> მუხლის დამატებით საქართველოს ხელისუფლება მიიჩნევს, რომ შეავსო არსებული ხარვეზები და არ აპირებს კანონმდებლობის უფრო მეტად დახვეწას; კომისია კი კვლავ მოითხოვს ისეთი ცალკეული მუხლების ჩამატებას, რომლებიც აკრძალავს რასისტულ შეურაცხყოფას, რასისტული განცხადებების გავრცელებას, რასისტული ორგანიზაციის ხელმძღვანელობას და, ზოგადად, რასიზმის მოტივაციის დამამძიმებელ გარემოებად განსაზღვრას ყველა დანაშაულისათვის.<sup>13</sup>

### საკუთარი სახელი ორგანიზაციები

კომისია საქართველოს შესახებ პირველ მოხსენებაში გამოყოფს რამდენიმე სპეციალიზებულ ორგანოს, ესენია:<sup>14</sup>

- სახალხო დამცველი.
- ადამიანის უფლებათა და ეროვნებათშორის ურთიერთობათა საპარლამენტო კომიტეტი.
- პრეზიდენტის თანაშემწის სამსახური ეროვნებათშორისი ურთიერთობების საკითხებში, რომლის შემადგენლობაშიც შედიან საზოგადოებრივი ორგანიზაციების წარმომადგენლები, შეიქმნა 1998 წელს.

- ეროვნული უშიშროების საბჭოს მდივნის მოადგილის პოსტი ადამიანის უფლებათა დაცვის საკითხებში, რომელიც შეიქმნა 1997 წელს.

მეორე პერიოდულ მოხსენებაში კომისია მიესალმება ახალი სპეციალიზებული ორგანოების წარმოშობას საქართველოში, კერძოდ ესენია:<sup>15</sup>

- სახალხო დამცველთან 2005 წელს შექმნილი ტოლერანტობის ცენტრი. ტოლერანტობის ცენტრი ორ საბჭოს მოიცავს: რელიგიური უმცირესობებისა და ეთნიკური უმცირესობებისას.
- სამოქალაქო ინტეგრაციის საკითხებში სახელმწიფო მინისტრის პოსტი, რომელიც შეიქმნა 2004 წელს.
- პრეზიდენტთან არსებული სამოქალაქო ინტეგრაციისა და შემწყნარებლობის საბჭო. შეიქმნა 2005 წელს.

მესამე პერიოდულ ანგარიშშიც ჩანს ახალი სპეციალიზებული ორგანოები:<sup>16</sup>

- რეინტეგრაციის საკითხებში სახელმწიფო მინისტრის პოსტი, რომელიც შეიქმნა 2008 წელს.
- პრეზიდენტის მრჩეველის პოსტი სამოქალაქო ინტეგრაციის საკითხებში, რომელიც შეიქმნა 2008 წელს.

მიუხედავად ამ მრავალფეროვანი სპეციალიზებული ორგანოებისა, რომლებიც სხვადასხვა დროს სხვადასხვა ფუნქციის შესასრულებლად შეიქმნა და რომლებსაც აერთიანებთ ადამიანის უფლებათა და ეთნორელიგიური უმცირესობების დაცვის მიზანი, ევროპის საბჭო კვლავ დაჟინებით მოითხოვს სპეციალიზებული დამოუკიდებელი ორგანოს დაარსებას, კომისიის მე-2 რეზოლუციის შესაბამისად.<sup>17</sup> ამ რეზოლუციის მიხედვით, დამოუკიდებელი ორგანოს ძირითადი ფუნქციებია: რეკომენდაციების მომზადება, მათ შორის საკანონმდებლო ცვლილებებთან დაკავშირებით, საჩივრების მიღება, მტკიცებულებების მოძიება, მსხვერპლთა დახმარება, ცნობიერების ამაღლების ხელშეწყობა და ა.შ.<sup>18</sup> იმავე დოკუმენტში აღნიშნულია, რომ მსგავსი ორგანო შესაძლებელია წარმოდგენილი იყოს როგორც ომბუდსმენი ეთნიკურ საკითხებში, რასობრივი თანასწორობის ეროვნული

კომიტეტი, ან რასიზმთან ბრძოლის ცენტრი.<sup>19</sup>

ისმის კითხვა, რამდენად პრაქტიკული იქნება კიდევ ერთი ახალი სპეციალიზებული ორგანოს შექმნა? კომისიას სამივე ვიზიტისას საქართველო ახვედრებდა ახალ ან სახეცვლილ სპეციალიზებულ ორგანოს. ახალი ინსტიტუციის შექმნა თავისთავად არ არის გარანტია ადამიანის უფლებათა უკეთ დაცვისა, განსაკუთრებით მაშინ, როცა ფუნქციურად მსგავსი ინსტიტუტები უკვე არსებობენ.

იმ ფონზე, სადაც მრავალი სპეციალიზებული ორგანო ჩნდებოდა, იცვლებოდა და ქრებოდა ქართულ რეალობაში, ინდივიდუალური საჩივრების განხილვის კუთხით ფლაგმანი სახალხო დამცველი იყო; პოლიტიკის განსაზღვრის კუთხით კი რამდენიმე ორგანო პარალელურ რეჟიმში მუშაობდა. 2003 წელს პრეზიდენტის ბრძანებულებით დამტკიცდა „საქართველოს მოსახლეობის სხვადასხვა ჯგუფის უფლებებისა და თავისუფლებების დაცვის განმტკიცების 2003-2005 წლების სამოქმედო გეგმა“, რომლის შესრულების მონიტორინგი და რეპორტინგი დაევალა პრეზიდენტის თანაშემწეს ეროვნებათშორისი ურთერთობების საკითხებში და ეროვნული უშიშროების საბჭოს მდივნის მოადგილეს.<sup>20</sup> თუმცა ვარდების რევოლუციის შემდეგ ქვეყანაში ბევრი ინსტიტუციური ცვლილება განხორციელდა. ზემოხსენებული ორგანოებიდან პირველი საერთოდ გაუქმდა, მეორეს კი ფუნქციები შეეცვალა. 2003-2005 წლების სამოქმედო გეგმის შესრულების ანგარიში არ დაწერილა.

2005 წელს შეიქმნა სამოქალაქო ინტეგრაციისა და შემწყნარებლობის საბჭო, რომელსაც დაევალა შემწყნარებლობისა და სამოქალაქო ინტეგრაციის შესახებ ეროვნული კონცეფციისა და სამოქმედო გეგმის შემუშავება.<sup>21</sup> 2008 წელს საბჭოს სათავეში ჩაუდგა პრეზიდენტის მრჩეველი სამოქალაქო ინტეგრაციის საკითხებში. ამჯერად საბჭომ შეიმუშავა კონცეფცია და ხუთწლიანი სამოქმედო გეგმა, რომელიც მთავრობის დადგენილებით დამტკიცდა 2009 წელს.<sup>22</sup> ამ დადგენილებით რეინტეგრაციის საკითხებში სახელმწიფო მინისტ-

ტრის აპარატი კოორდინაციას გაუწევს გეგმის შესრულებას და ყოველწლიურად ანგარიშით წარსდგება საქართველოს მთავრობისა და სამოქალაქო ინტეგრაციისა და შემწყნარებლობის საბჭოს წინაშე.

აღსანიშნავია ის ფაქტი, რომ 2009 წლიდან რეინტეგრაციის საკითხებში სახელმწიფო მინისტრთან ფუნქციონირება დაიწყო უწყებათაშორისმა კომისიამ, რომელიც შედგება სახელმწიფო ორგანოების წარმომადგენლებისაგან და მონაწილეობას იღებს ყოველწლიური სამოქმედო გეგმებისა და ანგარიშების შემუშავებაში.<sup>23</sup> რეინტეგრაციის საკითხებში სახელმწიფო მინისტრის აპარატმა სამოქმედო გეგმის შესრულების ანგარიში ერთხელ უკვე წარმოადგინა 2009 წლის მაისი-დეკემბრის მდგომარეობით.<sup>24</sup>

ყოველივე ზემოაღნიშნულიდან გამომდინარე, ჩანს, რომ კონცეფციისა და სამოქმედო გეგმის იმპლემენტაციის მაკოორდინებელი ორგანოს როლი რეინტეგრაციის მინისტრის აპარატმა წარმატებით შეითავსა. საქართველოს სპეციალიზებული ორგანოების ისტორიულმა მიმოხილვამ ცხადყო, რომ ინსტიტუციის საბოლოო სახით ჩამოყალიბებასა და ამუშავებას დრო და გამოცდა სჭირდება. ბევრი იდეა ვერ განხორციელდა, მაგრამ საბოლოოდ ეროვნულ დონეზე მოქმედი ნამყვანი სპეციალიზებული ორგანოები მაინც გამოიკვეთა. უმცირესობათა უფლებების უკეთესი დაცვისათვის სრულიად ახალი ორგანოს შექმნაზე მეტად ეფექტური შესაძლოა არსებული ინსტიტუციების გაძლიერება აღმოჩნდეს.

### **განათლება**

ეთნიკურ უმცირესობათა განათლებას, კერძოდ კი ქართული ენის ცოდნის დაბალ დონეს, რასიზმისა და შეუწყნარებლობის წინააღმდეგ ევროპული კომისია ერთ-ერთ ყველაზე მწვავე პრობლემად მიიჩნევს.<sup>25</sup> თუ კომისიის მეორე პერიოდული მოხსენება აღნიშნავდა, რომ ერთიანმა ეროვნულმა გამოცდებმა ხელი შეუშალა უმცირესობათა წარმომადგენლების უმაღლეს სასწავლებლებში მოხვედრას, გამოიწვია გონებრივი ძალის გადინება და, ამასთან, ქართულის სწავლების არსებულ გეგმებს მეტად ამბიციურად აფასებდა,<sup>26</sup> მესამე მოხსენე-

ბაში განათლებაში მიღწეულ პროგრესს „სანაქებოს“<sup>27</sup> უწოდებს.

ქართულმა განათლების სისტემამ სრულიად გაიზიარა ევროპული კომისიის რეკომენდაციები განათლების სფეროში და ორ წელიწადში შემოიღო: კვოტირება უმაღლეს სასწავლებლებში ეთნიკურ უმცირესობათა სასარგებლოდ, აბიტურიენტებს შესთავაზა ქართული ენის მოსამზადებელი კურსები, ზოგადი უნარების ჩაბარების შესაძლებლობა მშობლიურ ენაზე და ა.შ. რეფორმები პოზიტიურად აისახა უმცირესობათა წარმომადგენლების რაოდენობის ზრდაზე უმაღლეს სასწავლებლებში.

რაც შეეხება საშუალო განათლებას, უნდა აღინიშნოს, რომ ორენოვანი სწავლების პროექტი 2009 წლიდან ინიცირებულია 40 საშუალო სკოლაში; ხორციელდება ქართული ენის პედაგოგების მუდმივი გადამზადება. ამასთან, მუშაობა მიმდინარეობს სახელმძღვანელოების დახვეწაზე. ამკარაა, რომ განათლების სფეროში დასახული გეგმები ნაბიჯ-ნაბიჯ ხორციელდება. იმისათვის, რომ საქართველოში მცხოვრებ უმცირესობათათვის ქართული ენის ცოდნა პრობლემა აღარ იყოს, რეფორმირება ამავე ტემპებით უნდა გაგრძელდეს. აღნიშნული რეფორმების შედეგი კი სრული მასშტაბით მაშინ გამოჩნდება, როცა ორენოვანსკოლადამთავრებული მოსწავლეები კონკურენციას გაუწევენ ქართულსკოლადამთავრებულ აბიტურიენტებს მისაღებ გამოცდებზე.

ევროპული კომისია ხაზგასმით აღნიშნავს პროფესიონალებისათვის ქართული ენის შესწავლის მნიშვნელობას და შუალედური შემონემების რეკომენდაციის სახით<sup>28</sup> ხელისუფლებას მოუწოდებს, გააუმჯობესოს ზურაბ ჟვანიას სახელობის ადმინისტრირების სკოლის<sup>29</sup> კურიკულუმი. სკოლა დროებით დახურული იყო ევროპის კომისიის ვიზიტისათვის. 2010 წლის 12 ივნისს ადმინისტრირების სკოლა ხელახლა გაიხსნა.<sup>30</sup> სკოლა გაფართოვდა და გარემონტდა, ექვსი სპეციალური პროგრამა შემუშავდა, რომლებიც მოკლე და გრძელვადიან კურსებს სთავაზობს საჯარო მოხელეებს. განახლებულმა სკოლამ პირველ ეტაპზე 15 აზერბაიჯანელი და 15 სომეხი ეროვნების საჯარო მოხელე მიიღო.

## სამართალდამცავი ორგანოები და ინფორმირებულობის ამაღლება

ევროპულმა კომისიამ რასიზმისა და შეუწყნარებლობის წინააღმდეგ პირველ მოხსენებაში საქართველოს შინაგან საქმეთა სამინისტროს მუშაობა, პოლიციელთა განათლების სისტემა და, ზოგადად, საზოგადოების ინფორმირებულობის დონე საქართველოში უმცირესობების უფლებებთან მიმართებით ძალზე კრიტიკულად შეაფასა.<sup>31</sup> მეორე მოხსენებაში კომისია კვლავ არა-დამაკმაყოფილებლად აფასებს, ზოგადად, სამართალდამცველთა ქცევას, განსაკუთრებით გადამეტებული ძალის გამოყენებისა და არასათანადო მოპყრობის კუთხით.<sup>32</sup>

მესამე მოხსენება უფრო პოზიტიურია. კომისია ხელისუფლებას მოუწოდებს, განაგრძოს სამართალდამცველთა ტრენინგი, მიესალმება ეთნიკური უმცირესობების დასაქმებას და წინა მოხსენებების მსგავსად, აქაც აღნიშნავს, რომ ეთნიკური უმცირესობების მიმართ გამოკვეთილი არასათანადო ან შეურაცხმყოფელი საქციელი ქართული სამართალდამცავი ორგანოების თანამშრომლებს, მართალია, არ ახასიათებთ, მაგრამ ზოგადი სურათის არადაამაკმაყოფილებლობის გამო, რაც გამოიხატება პოლიციელების მხრიდან არასათანადო მოპყრობის შემთხვევების არსებობაში, უმცირესობები განსაკუთრებით მონყვლად მდგომარეობაში იმყოფებიან.<sup>33</sup>

ევროპული კომისიის მხრიდან უფრო დადებითი შეფასების მისაღებად აუცილებელია არასათანადო მოპყრობის ფაქტების ეფექტური გამოძიება, სამართლიანი სასამართლოს განაჩენი და მსხვერპლთათვის კომპენსაციის გადახდა. მსგავსი პრეცედენტების არსებობა იქნება მყარი არგუმენტი საქართველოს წარმატებული ბრძოლისა არასათანადო მოპყრობისა და დაუსჯელობის წინააღმდეგ.

## დასკვნა

საქართველო ისტორიულად გამოირჩეოდა შემწყნარებლობით. ტოლერანტობა არც კომუნიზმს და არც დემოკრატიას შემოუტანია ამ ქვეყანაში, მაგრამ შემწყნარებლობას, ან როგორც ამას ევრო-

პულმა კომისიამ უნოდა მესამე პერიოდულ მოხსენებაში, პოლიტიკური მოვლენებისა და ცალკეული ინდივიდების განსხვავების უნარს,<sup>34</sup> ხელშეწყობა და დაცვა სჭირდება. საზოგადოებრივი ცნობიერება მანიპულირებადია, განსაკუთრებით მაშინ, თუ გავლენა არსებობს მასობრივი ინფორმაციის საშუალებებზე და შესაფერისი დრო და თემატიკაა შერჩეული. ომისშემდგომ პერიოდში საზოგადოება განსაკუთრებულად დაუცველად გრძნობს თავს და მონყვლადია გარე ზემოქმედებების მიმართ.<sup>35</sup> იმედგაცრუებისა და დანაკარგის შეგრძნება ადვილად გარდაიქმნება რისხვად,<sup>36</sup> რომელიც შეიძლება მიმართულ იქნეს იმ ეროვნული უმცირესობების წარმომადგენლების წინააღმდეგ, რომელთა ერები და ხელმძღვანელობა უშუალოდ იყო ჩართული საომარ მოქმედებებში. საზოგადოება მსგავს არჩევანს თავად აკეთებს, თუმცა ხელისუფლებას შეუძლია ამ პროცესის ნაწილობრივი მართვა. ყველა დემოკრატიული სახელმწიფოს ვალია, ხელი შეუშალოს რასობრივი/ეთნიკური შუღლის გაღვივებას.

საქართველოს ახლო წარსულში გამძაფრებულმა ნაციონალიზმმა ხელი შეუწყო ეთნიკურ ნიადაგზე დაპირისპირებების ესკალაციას. როგორც ჩანს, საქართველოს საზოგადოებამ საკმარისი გამოცდილება მიიღო და 2008 წლის რუსეთ-საქართველოს ომის შემდეგ ეთნიკური უმცირესობების მიმართ განონასწორებული და თავშეკავებული დამოკიდებულება გამოავლინა.

რასიზმისა და შეუწყნარებლობის წინააღმდეგ ბრძოლის ევროპული კომისიის საქართველოს შესახებ სამი პერიოდული ანგარიშის შედარების საფუძველზე გამოვლენილი ხარვეზების მიუხედავად, ცალსახაა, რომ საქართველოს სახელმწიფო ებრძვის რასიზმსა და შეუწყნარებლობას. უამრავი ცვლილება, რომელიც განხორციელდა ევროპული კომისიის რეკომენდაციების შესაბამისად, არასათანადოდ წარმართული ინფორმირებულობის ამაღლების კამპანიის ფონზეც კი მეტ-ნაკლებად ცნობილია საქართველოში მცხოვრები უმრავლესობისა და უმცირესობისათვის. ეს კი, თავის მხრივ, უზრუნველყოფს სახელმწიფოს მხრიდან საზოგადოებისათვის ანტირასისტული და ანტიდისკრიმინაციული მესიჯის მიწოდებას.

დასასრულს შესაძლებლობა გვაქვს და-  
ვასკვნათ, რომ სახელმწიფოს მიერ განხ-  
ორციელებული ეთნიკური დისკრიმინაციის  
წინააღმდეგ მიმართული ღონისძიებები გაე-

ლენას ახდენს საქართველოს საზოგადოების  
შემწყნარებლობაზე და პოზიტიურად აისახ-  
ება მასზე.

- <sup>1</sup> რასიზმისა და შეუწყნარებლობის წინააღმდეგ ბრძოლის ევროპული კომისიის განცხადება ბოლო დროს განვითარებულ მოვლენებზე, რომელიც ეხება რუსეთის ფედერაციაში მყოფი ქართველი წარმოშობის პირებს, მიღებულია 2006 წლის 15 დეკემბერს კომისიის 41-ე პლენარულ სხდომაზე, იხ.: [http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/ecri/Library/PressReleases/45-18\\_12\\_2006\\_en.asp](http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/ecri/Library/PressReleases/45-18_12_2006_en.asp)
- <sup>2</sup> იხ.: [http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/ecri/Library/PressReleases/68-15\\_06\\_2010\\_Georgia\\_en.asp](http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/ecri/Library/PressReleases/68-15_06_2010_Georgia_en.asp)
- <sup>3</sup> იხ.: <http://www.norskfinnsk.no/Dokumenter/Committee%20of%20Ministers%20-%20Vienna%20Declaration%20-%209%20October%201993.pdf>
- <sup>4</sup> იქვე.
- <sup>5</sup> დამტკიცდა ევროპის საბჭოს მინისტრთა კომიტეტის 799-ე სხდომაზე, 13 ივნისი, 2002; იხ.: [http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/ecri/about/ECRI\\_statute\\_en.asp](http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/ecri/about/ECRI_statute_en.asp)
- <sup>6</sup> რასიზმისა და შეუწყნარებლობის წინააღმდეგ ევროპული კომისიის 7 ზოგადი რეკომენდაციის თანახმად, „რასიზმი გაგებულ უნდა იქნეს როგორც ერთი პიროვნების ან ჯგუფის უპატივცემულობა, ან უპირატესად მიჩნევა, რასის, კანის ფერის, ენის, რელიგიის, მოქალაქეობის, ეროვნების ან წარმომავლობის გამო.“ იხ.: <http://hudoc.ecri.coe.int/ecri/document.asp?item=7>
- <sup>7</sup> ევროპული კომისია რასიზმისა და შეუწყნარებლობის წინააღმდეგ, მოხსენება საქართველოს შესახებ, მიღებული 2001 წლის 22 ივნისს, CRI(2002) 2, პარაგრაფები 1-6. იხ.: <http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/ecri/Country-by-country/Georgia/GEO-CbC-II-2002-002-GEO.pdf>
- <sup>8</sup> ევროპული კომისია რასიზმისა და შეუწყნარებლობის წინააღმდეგ, მეორე მოხსენება საქართველოს შესახებ, მიღებული 2006 წლის 30 ივნისს, CRI(2007) 2, პარაგრაფი 2. იხ.: <http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/ecri/Country-by-country/Georgia/GEO-CbC-III-2007-2-GEO.pdf>
- <sup>9</sup> ევროპული კომისია რასიზმისა და შეუწყნარებლობის წინააღმდეგ, მე-სამე მოხსენება საქართველოს შესახებ, მიღებული 2010 წლის 28 აპრილს, CRI(2010) 17, პარაგრაფები 4-6. იხ.: <http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/ecri/Country-by-country/Georgia/GEO-CbC-IV-2010-017-GEO.pdf>
- <sup>10</sup> საქართველოს სისხლის სამართლის კოდექსი, 1999, 142-ე (1) მუხლი.
- <sup>11</sup> იხ. სქოლიო 6, პარაგრაფები 12, 15.
- <sup>12</sup> საქართველოს სისხლის სამართლის კოდექსი, 1999, 142-ე<sup>1</sup> (1) მუხლი.
- <sup>13</sup> იხ. სქოლიო, პარაგრაფები 8, 11.
- <sup>14</sup> იხ. სქოლიო 6, პარაგრაფები 19-20, 22-23.
- <sup>15</sup> იხ. სქოლიო 7, პარაგრაფი 31-32.
- <sup>16</sup> იხ. სქოლიო 8, პარაგრაფი 24.
- <sup>17</sup> იხ. სქოლიო 6, პარაგრაფი 24; სქოლიო 7, პარაგრაფი 30; სქოლიო 8, პარაგრაფი 27.
- <sup>18</sup> რასიზმისა და შეუწყნარებლობის წინააღმდეგ ევროპული კომისიის მე-2 ზოგადი რეკომენდაციის დანართი, მე-3 პრინციპი, იხ.: <http://hudoc.ecri.coe.int/ecri/document.asp?item=2>
- <sup>19</sup> იქვე, მე-2 პრინციპი.
- <sup>20</sup> საქართველოს პრეზიდენტის ბრძანებულება 68, 4 მარტი, 2003.
- <sup>21</sup> საქართველოს პრეზიდენტის განკარგულება 639, 8 აგვისტო, 2005.
- <sup>22</sup> საქართველოს მთავრობის განკარგულება 348, 8 მაისი, 2009.
- <sup>23</sup> რეინტეგრაციის საკითხებში სახელმწიფო მინისტრის ბრძანება 14, 3 ივლისი, 2009. ინფორმაცია კომისიის შემადგენლობის შესახებ იხ.: [http://www.smr.gov.ge/uploads/file/100510/TCI\\_AP\\_6.pdf](http://www.smr.gov.ge/uploads/file/100510/TCI_AP_6.pdf)
- <sup>24</sup> იხ.: [http://www.smr.gov.ge/uploads/file/shemtsknareblobis\\_angraishi\\_ge.pdf](http://www.smr.gov.ge/uploads/file/shemtsknareblobis_angraishi_ge.pdf)
- <sup>25</sup> იხ. სქოლიო 7, პარაგრაფი 105.

- <sup>26</sup> იხ. სქოლიო 7, პარაგრაფი 127.
- <sup>27</sup> იხ. სქოლიო 8, პარაგრაფი 29.
- <sup>28</sup> იხ. სქოლიო 8, გვ. 51.
- <sup>29</sup> საქართველოს განათლებისა და მეცნიერების მინისტრის 411 ბრძანება საჯარო სამართლის იურიდიული პირის – ზურაბ ჟვანიას სახელობის სახელმწიფო ადმინისტრირების სკოლის წესდების დამტკიცების შესახებ, 18 აგვისტო, 2005.
- <sup>30</sup> იხ.: <http://mes.gov.ge/content.php?id=951&lang=geo>
- <sup>31</sup> იხ. სქოლიო 6, პარაგრაფები 41-44.
- <sup>32</sup> იხ. სქოლიო 7, პარაგრაფი 82.
- <sup>33</sup> იხ. სქოლიო 8, პარაგრაფი 94-97.
- <sup>34</sup> იხ. სქოლიო 2.
- <sup>35</sup> Nino Makhashvili, Lela Tsiskarishvili & Boris Droždek, *Door to the unknown: on large-scale public mental health interventions in post-conflict zones – experiences from Georgia*, *Journal Traumatology*, in press.
- <sup>36</sup> Vamik Volkan, *Bloodlines: from Ethnic Pride to Ethnic Terrorism*, chapter II: from victim to victimizer, (1997) გვ. 168-181.

## GEORGIAN TOLERANCE – ASSESSED BY THE EUROPEAN COMMISSION AGAINST RACISM AND INTOLERANCE

### INTRODUCTION

After its visit to Tbilisi in October 2009, the European Commission against Racism and Intolerance (*hereinafter* ECRI) released its third periodic report on Georgia on June 15<sup>th</sup> 2010. This article aims to assess all three periodic reports on Georgia in order to identify ECRI's vision of Georgia's progress and errors in combating racism and intolerance.

Traditionally, cooperation between Georgia and ECRI is productive. The Commission was one of the first entities that called upon Russia to stop the discrimination of ethnic Georgians in 2006. The Commission issued a special statement on December 18, 2006, that condemned the mass arrests and deportations resulting in deaths of Georgians in Russia.<sup>1</sup>

In 2002 and 2007, the ECRI visited Georgia to produce periodic reports. Another visit was scheduled four years later in 2011, but took place earlier than planned. This last visit differed from others due to the exceptional circumstances resulting from the Georgian-Russian war in 2008, in which ECRI expressed its desire to study the situation of Georgia's Abkhaz, Ossetian and Russian minorities. The Commission had a legitimate suspicion that those minorities would be victims of discrimination and human rights violations subsequent to the war.

Despite the crisis following the war, Georgia hosted ECRI in October 2009. Georgian government officials discussed the administration's reforms and future plans with the members of the Commission. ECRI also had confidential meetings with the Public Defender of

Georgia, religious and ethnic minority councils and other non-governmental organizations. The Commission additionally visited places of residence of internally displaced persons and talked personally with them. Thus, the Commission had a full picture on the situation in Georgia.

ECRI June 15<sup>th</sup> press release states "... although the August 2008 armed conflict could have resulted in significant ethnic tension, the public in general still seems to be able to distinguish between the political leadership and individual persons living in Georgia."<sup>2</sup> It is evident that ECRI's task was to assess the situation of minorities in the post war period. If violations were identified, the Commission would bring them to the attention of the international community and provide the Georgian government with corresponding recommendations. However, keeping in mind critical nature of the Commission, the report turned out to be matter-of-course and rather positive.

A comparative analysis of the ECRI periodic reports on Georgia will help identify the connection between anti-racial policies of the government and the high level of tolerance in the country, which prevented ethnic confrontations characteristic to war. The comparative analysis will look in detail at changes in the following areas: legislation, specialized agencies, raising awareness and education.

### EUROPEAN COMMISSION AGAINST RACISM AND INTOLERANCE

The Heads of Council of Europe Member States met for the first time in Vienna in 1993.

After events in Yugoslavia and the dissolution of the Soviet Union, protecting the rights of minorities became a priority for the Council of Europe. The Vienna declaration underlined the need for the creation of a new, consolidated Europe and the Council of Europe invited newly established European countries to join and offered them support in their democratic reforms.<sup>3</sup>

Appendix 3 of the Vienna Declarations envisages plan of action to combat racism, xenophobia, anti-semitism and intolerance. The plan of action includes the establishment of a committee of governmental experts with a mandate to: review member States' legislation, policies and other measures to combat racism, xenophobia, anti-semitism and intolerance, and their effectiveness.<sup>4</sup> This document served as basis for the creation of the European Commission against Racism and Intolerance.

The mandate and basic principles of the European Commission against Racism and Intolerance were established by Resolution 8 (2002) of the Committee of Ministers of the Council of Europe.<sup>5</sup> Article 11 of this document identifies the subject of monitoring the "phenomena of racism, racial discrimination, xenophobia, antisemitism and intolerance".<sup>6</sup> The same article states that the Commission shall draw up reports containing a factual analysis, as well as suggestions and proposals as to how each country might deal with any problems identified.

#### **COMPARATIVE ANALYSIS OF THE EUROPEAN COMMISSION AGAINST RACISM AND INTOLERANCE REPORTS ON GEORGIA**

As in other cases with ECRI reports on Georgia, the Commission focuses attention on the following: legislation, specialized agencies, law enforcement behavior, raising awareness, education and knowledge of the state language. Each of these aspects was addressed in every periodic report on Georgia. A comparative analysis of these issues will help us to explicitly reveal progress achieved and identify shortcomings.

#### **LEGISLATION**

After its first visit, the Commission presented Georgian authorities with a list of international legal instruments for signature.<sup>7</sup> Implementing these recommendations would better protect human rights in the country. Among the important international agreements recommended for ratification were the Framework Convention for the Protection of National Minorities and Revised European Social Charter, among others. Georgia considered these recommendations and signed a number of international agreements including Additional Protocol #12 to the European Charter on Human Rights, the European Charter of Local Self-Government and the Framework Convention for the Protection of National Minorities.<sup>8</sup> Some important international instruments still remain non-obligatory for Georgia, such as the European Charter for Regional and Minority Languages.<sup>9</sup>

In regards to internal legislation, the Commission stated in its first report that a provision in the Criminal Code of Georgia is not efficient in combating discrimination, in which action against equality "which substantially violated human right" is punishable.<sup>10</sup> The Commission noted that the law should provide for effective, proportionate and dissuasive sanctions for discrimination cases and called upon Georgia for a new provision prohibiting racial discrimination.<sup>11</sup>

In 2003, the Government of Georgia considered ECRI recommendation and amended article 142 of the Criminal Code by including the following provision: "racial discrimination is an act committed for the purpose of inciting national or racial hatred or conflict, humiliating national dignity or directly or indirectly restricting human rights or granting advantages on grounds of race, color, social status or national or ethnic origin".<sup>12</sup> This article is general in its nature and practically addresses all possible racial crimes by prohibiting any action or omission based on discrimination motives, committed directly or indirectly, and in order to find violation damage is not necessary.

By amending article #142<sup>1</sup> into the criminal code of Georgia, the Georgia government



believes it filled the gap and does not intend to amend the code any further in this respect, although ECRI continues to recommend to include a provision prohibiting racial insults, dissemination of racial statements, leading racial organizations and in general requires racial motives to be aggravating circumstances for all crimes.<sup>13</sup>

### **SPECIALIZED AGENCIES**

In its first report on Georgia the Commission identifies several specialized agencies:<sup>14</sup>

- Public Defender;
- Parliamentary Committee on Human Rights and Ethnic Relations;
- Office of the Assistant to the President on Interethnic Relations, which is comprised from representatives of different public organizations created in 1998;
- Post of Special Deputy Secretary of the National Security Council on Human Rights issues, created in 1997;

In the second report, the Commission welcomes the creation of new specialized agencies in Georgia, in particular:<sup>15</sup>

- The creation of a Tolerance Center at Public Defenders Office in 2005. The center encompasses two councils -the Council for Ethnic Minorities and the Council for Religious Minorities;
- The establishment of the post of State Minister for Civil Integration in 2004.
- A Council for Civil Integration comprising of government and civil society representatives was set up in 2005 under the authority of the President.

The third periodic report also notes new specialized agencies:<sup>16</sup>

- State Minister for Reintegration Issues, created in 2008;
- Special Adviser to the President on issues of civil integration, created in 2008;

Despite the existence of many specialized agencies, created in different periods to pursue various purposes, but all of them aiming to protect human rights and the rights of the ethno-religious minorities, ECRI continues to encourage Georgia to set up an independent specialized body in accordance with Commission's

General Policy Recommendation #2.<sup>17</sup> According to this recommendation, specialized bodies should possess the following functions and responsibilities: monitor the content and effect of legislation and executive acts, make proposals, if necessary, for possible modifications to such legislation; provide aid and assistance to victims; hear and consider complaints and petitions concerning specific cases; promote the awareness of the general public and etc.<sup>18</sup> The same recommendation states that the role and functions set out should be fulfilled by bodies which may take the form of, for example, national commissions for racial equality, ombudsmen against ethnic discrimination, centers/offices for combating racism and promoting equal opportunities, or other forms, including bodies with wider objectives in the field of human rights generally.<sup>19</sup>

The issue as to whether the establishment of the new agency will be more effective remains in question. At each ECRI visit, Georgian authorities introduced them to either a new or a newly modified institution. Creating a new agency is not a guarantee for better human rights protection, especially when bodies with similar functions already exist.

While many specialized agencies were created, modified and abolished, the Public Defender's office remained as the leading recipient of complaints; as for policy planning, few agencies worked in unison. In 2003, the under presidential decree, the "2003-2005 Action Plan on reinforcing the protection of the human rights of minorities living permanently in Georgia" was adopted. Implementing, monitoring and reporting of this action plan were the responsibility of the Assistant to the President on Interethnic Relations and the Deputy Secretary of the National Security Council.<sup>20</sup> After the "Rose Revolution," many changes took place in the executive government of Georgia. The post of Assistant to the President on Interethnic Relations was abolished and the duties of the Deputy Secretary of the National Security Council were changed. So monitoring and reporting of this action plan was never fulfilled.

In 2005, the Council for Civil Integration was created and was tasked to develop a na-

tional concept and action plan on tolerance and civil integration.<sup>21</sup> Since 2008, the council was headed by a special adviser to the president on issues of civil integration. The council came up with a five-year action plan and was adopted by the government in 2009.<sup>22</sup> The Office of the State Minister on Reintegration Issues coordinates the implementation of this action plan and produces an annual report that is presented to the Government of Georgia and the Council for Civil Integration.

It is noteworthy that an Interagency Council began working in 2009 under authority of the office of the State Minister on Reintegration Issues. It comprises of representatives from different governmental agencies and works on elaborating an annual report on the implementation of the action plan.<sup>23</sup> The State Minister on Reintegration Issues has already produced one annual report reflecting the period for May – December 2009.<sup>24</sup>

This demonstrates that the office of the State Minister for Reintegration Issues has been actively engaged in coordination for concept development and implementation of the action plan. An examination of the history of specialized agencies in Georgia reveals that it requires time and experience for an agency to be functional and well-structured. Many initial ideas have not been implemented, although leading specialized agencies are identified at national level. To protect rights of the national minorities it might be better to strengthen the existing specialized agency rather than creating new ones.

## **EDUCATION**

ECRI notes that education of ethnic minorities; particularly the low level of Georgian language knowledge is one of the most fundamental problems in Georgia.<sup>25</sup> In its second report on Georgia, the Commission stated that Unified National Exams have caused brain drain and significantly decreased the number of ethnic minority students from actually acquiring placement in higher education institutions, and that Georgian language study programs are too ambitious.<sup>26</sup> However, the third

periodic report notes “commendable” progress in this respect.<sup>27</sup>

The educational system of Georgia has engaged ECRI recommendations and in two years has introduced certain measures in favor of ethnic minorities, such as quotas in higher education institutions, preparatory classes in Georgian-language, ability tests in the mother tongue and a system of financial aid to encourage pupils whose mother tongue is not Georgian to study at Georgian universities. Such reforms have increased the number of ethnic minority students in higher education institutions.

In regards to education, two language-teaching programs have been introduced to 40 schools in 2009; Georgian language teachers undergo permanent retraining. Work is underway to improve textbooks. It is clear that reforms in educational system are progressing step-by-step. In order to eliminate problems for ethnic minorities in the education system, reforms should continue at the same pace. Results will become evident when graduates of the two language schools will be able to compete on equal footing for places in Georgian higher education institutions.

ECRI affirmed the need for Georgian-language training for professionals<sup>28</sup> in its interim recommendation and called upon the government to enhance the curriculum of the Zurab Zhvania School of Public Administration.<sup>29</sup> The school for Public Administration was closed during the ECRI visit to Georgia and was reopened after renovation and expansion on June 12<sup>th</sup> 2010.<sup>30</sup> Six special programs were developed which offer short and long term courses to public servants. The renovated school has recently accepted 15 Armenian and 15 Azeri students.

## **LAW ENFORCEMENT AGENCIES AND RAISING PUBLIC AWARENESS**

In its first periodic report, ECRI was critical of the Ministry of Internal Affairs, particularly of the work in the educational system for policemen and general public awareness in respect to minority’s rights in Georgia.<sup>31</sup> In the second report, the Commission remained unsatisfied

with the behavior of law enforcement agencies special concern was excessive use of force and inhuman or degrading treatment.<sup>32</sup>

The third report is comparably positive in this respect. ECRI calls upon the Government to continue training law enforcement officers and welcomes the employment of ethnic minorities in law enforcement agencies. As in previous reports, ECRI reiterated that although minority groups are not particularly targeted by illegal behavior of law-enforcement officials, minority groups remain particularly vulnerable to police mistreatment, due to the alleged ill-treatment on the part of law enforcement agencies.<sup>33</sup>

To obtain positive assessment from ECRI it is necessary to conduct effective investigations of the cases of ill-treatment, along with fair trials and provision of compensation to the victims of such crimes. Existing of such precedents would serve as strong argument for Georgia in its aspiration to combat ill-treatment and impunity.

## CONCLUSION

Historically, Georgia has always been a tolerant country long before communism or democracy arrived. However, tolerance, which according to the Commission's third report is the ability "to differentiate political events and separate individuals,"<sup>34</sup> needs support and protection. Public consciousness can easily be manipulated by media, especially if ap-

propriate theme and timing is chosen. After war, society feels undefended and particularly vulnerable to external influence.<sup>35</sup> The disappointment and sense of loss can be easily turned into anger,<sup>36</sup> and be directed at representatives of those minorities whose nations and governments participated in war. These choices are made by society itself but governments can have influence on this process. Democratic states have an obligation to prevent incitement of racial/ethnic confrontation.

Not long ago, aggravated nationalism provoked ethnic-based confrontation in Georgia. It appears that Georgian society has gained experience since then and following the Russian-Georgian war of 2008, it was self-restrained and acted in a well-balanced manner in respect to ethnic minorities.

The comparative analysis of the three periodic reports revealed defects identified by ECRI, despite that, it is apparent that Georgia is engaged in combat against racism and intolerance. Although public awareness campaigns could be much better, society and ethnic minority groups are aware of many changes that have taken place in accordance to ECRI recommendations. This ensures that strong anti-racial and anti-discrimination message is delivered to public from Georgian authorities.

In the end we can conclude that measures taken by the government against ethnic discrimination have a positive effect on tolerance of Georgian society.

---

<sup>1</sup> Statement of the European Commission against Racism and Intolerance on recent events affecting persons of Georgian origin in the Russian Federation, adopted on 15 December 2006 at ECRI's 41<sup>st</sup> plenary meeting: [http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/ecri/Library/PressReleases/45-18\\_12\\_2006\\_en.asp](http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/ecri/Library/PressReleases/45-18_12_2006_en.asp)

<sup>2</sup> [http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/ecri/Library/PressReleases/68-15\\_06\\_2010\\_Georgia\\_en.asp](http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/ecri/Library/PressReleases/68-15_06_2010_Georgia_en.asp)

<sup>3</sup> See: <http://www.norskfinnsk.no/Dokumenter/Committee%20of%20Ministers%20-%20Vienna%20Declaration%20-%209%20October%201993.pdf>

<sup>4</sup> Ibid.

<sup>5</sup> Adopted by the Committee of Ministers on 13 June 2002 at the 799th meeting of the Ministers' Deputies [http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/ecri/about/ECRI\\_statute\\_en.asp](http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/ecri/about/ECRI_statute_en.asp)

<sup>6</sup> ECRI General Policy Recommendation N°7 states "racism" shall mean the belief that a ground such as racial, color, language, religion, nationality or national or

- ethnic origin justifies contempt for a person or a group of persons, or the notion of superiority of a person or a group of persons. <http://hudoc.ecri.coe.int/ecri/document.asp?item=7>
- <sup>7</sup> European Commission against Racism and Intolerance, Report on Georgia, 22 June 2001 CRI(2002) 2, par. 1-6.: <http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/ecri/Country-by-country/Georgia/GEO-CbC-II-2002-002-GEO.pdf>
- <sup>8</sup> European Commission against Racism and Intolerance, Second Report on Georgia, 30 June 2006 CRI(2007) 2, par. 2: <http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/ecri/Country-by-country/Georgia/GEO-CbC-III-2007-2-GEO.pdf>
- <sup>9</sup> European Commission against Racism and Intolerance, Third Report on Georgia, 28 April 2010 CRI(2010) 17, par. 4-6: <http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/ecri/Country-by-country/Georgia/GEO-CbC-IV-2010-017-ENG.pdf>
- <sup>10</sup> Criminal Code of Georgia, 1999, article 142 (1).
- <sup>11</sup> *supra* 6, par. 12. 15.
- <sup>12</sup> Criminal Code of Georgia, 1999, article 142<sup>1</sup> (1).
- <sup>13</sup> *supra* 8. par. 8. 11.
- <sup>14</sup> *supra* 6. par. 19-20. 22-23.
- <sup>15</sup> *supra* 7. par. 31-32.
- <sup>16</sup> *supra* 8. par. 24.
- <sup>17</sup> *supra* 6. par. 24; *supra* 7. par. 30; *supra* 8. par. 27.
- <sup>18</sup> Appendix 3 to ECRI general policy recommendation #2: <http://hudoc.ecri.coe.int/ecri/document.asp?item=2>
- <sup>19</sup> *Id.* principle 2.
- <sup>20</sup> Order of President of Georgia # 68, March 4 2003.
- <sup>21</sup> Order of President of Georgia # 639, August 8 2005.
- <sup>22</sup> Act of Government of Georgia # 348, May 8 2009.
- <sup>23</sup> Order of State Minister for Reintegration Issues # 14, July 3 2009. information on members of the commission see at: [http://www.smr.gov.ge/uploads/file/100510/TCI\\_AP\\_6.pdf](http://www.smr.gov.ge/uploads/file/100510/TCI_AP_6.pdf)
- <sup>24</sup> See: [http://www.smr.gov.ge/uploads/file/shemtsknareblobis\\_angraishi\\_ge.pdf](http://www.smr.gov.ge/uploads/file/shemtsknareblobis_angraishi_ge.pdf)
- <sup>25</sup> *supra* 7. par. 105.
- <sup>26</sup> *supra* 7. par. 127.
- <sup>27</sup> *supra* 8. par. 29.
- <sup>28</sup> *supra* 8. page 51.
- <sup>29</sup> Order of the Minister of Education and Science # 411 “On approving statute of the – Zurab Zhvania school of public administration” legal entity of public law. August 18, 2005
- <sup>30</sup> See: <http://mes.gov.ge/content.php?id=951&lang=geo>
- <sup>31</sup> *supra* 6. par. 41-44.
- <sup>32</sup> *supra* 7. par. 82.
- <sup>33</sup> *supra* 8. par. 94-97.
- <sup>34</sup> *supra* 2.
- <sup>35</sup> Nino Makhashvili, Lela Tsiskarishvili & Boris Droždek, *Door to the unknown: on large-scale public mental health interventions in post-conflict zones – experiences from Georgia*, Journal Traumatology, in press.
- <sup>36</sup> Vamik Volkan, *Bloodlines: from Ethnic Pride to Ethnic Terrorism*, chapter II: from victim to victimizer, (1997) pp. 168-181.

**ტრეფიკინგის პრევენცია – სახელმწიფოთა პრაქტიკა და საქართველო**

**შესავალი**

თეთრ მონობად წოდებული ტრეფიკინგის დანაშაული საერთაშორისო თანამეგობრობის წინაშე მდგარი მეტად სერიოზული პრობლემაა, რაც მოითხოვს ქმედითი ღონისძიებების გატარებას იმისათვის, რათა აღმოიფხვრას ტრეფიკინგის დანაშაულის ჩამდენთა ხელისშემწყობი მიზეზები. სწორედ ამიტომ უდიდესი მნიშვნელობა ენიჭება ტრეფიკინგის პრევენციას, რომელსაც უკვე მნიშვნელოვანი ადგილი აქვს დათმობილი საერთაშორისო ხელშეკრულებებსა და სახელმწიფოთა შიდა კანონმდებლობაში. აღსანიშნავია, რომ კონვენციები ადგენენ იმ სტანდარტებს, რომელთა ფარგლებშიც უნდა იმოქმედონ მონაწილე სახელმწიფოებმა, თუმცა ამასთან დაკავშირებით იბადება კითხვები: ასრულებენ თუ არა ქვეყნები საერთაშორისო ხელშეკრულებებით ნაკისრ ვალდებულებებს? ან რამდენად ეფექტურია ტრეფიკინგის პრევენციისათვის საერთაშორისო ხელშეკრულებებში ჩამოყალიბებული ელემენტების ზედმინვენით გათვალისწინება? ამ და სხვა მსგავს კითხვებზე პასუხები მოცემულია წინამდებარე ნაშრომში.

ნაშრომი შედგება შესავლის, სამი თავისა და დასკვნისაგან: პირველი თავი მიმოიხილავს ტრეფიკინგის პრევენციასთან დაკავშირებულ საერთაშორისო სამართლებრივ ჩარჩოს, მეორე თავი ეხება ტრეფიკინგის თავიდან აცილების ელემენტებს და მესამე თავი ეთმობა სახელმწიფოთა შიდა კანონმდებლობას ტრეფიკინგის თავიდან აცილების მიზნებთან მიმართებით. აღსანიშნავია, რომ შეირჩა ტრეფიკინგთან ბრძოლის მიხედვით პირველ კატეგორიაში მოქცეუ-

ლი სახელმწიფოები, რადგან საქართველო თავად არის ამ კატეგორიის ქვეყანა და მასთან ახლოს მდგომი სახელმწიფოების კანონმდებლობის განხილვა მეტად საინტერესოა. დასკვნაში მოცემულია ნაშრომში ასახული ინფორმაციის ანალიზი.

**1. საერთაშორისო**

**სამართლებრივი ჩარჩო**

ტრეფიკინგის პრევენცია არ არის მხოლოდ ერთი რომელიმე სახელმწიფოს შიდა კანონმდებლობით დასარეგულირებელი საკითხი, ამ დანაშაულის წინააღმდეგ ეფექტიანი ღონისძიებების გასატარებლად აუცილებელია მისი გლობალურ დონეზე მონესრიგება. სწორედ ამის გამოვლინებაა წინამდებარე თავში მიმოხილული ორი უმნიშვნელოვანესი საერთაშორისო ხელშეკრულება. ისინი სრულად აყალიბებენ იმ ღონისძიებათა ჩამონათვალს, რომელთა განხორციელება აუცილებელია მონაწილე სახელმწიფოებისათვის საერთო მიზნის მისაღწევად. ამ ხელშეკრულებებს მიეკუთვნება: გაეროს ორგანიზებული დანაშაულის შესახებ კონვენციის ოქმი ადამიანებით, განსაკუთრებით ქალებითა და ბავშვებით, ვაჭრობის პრევენციის, აღკვეთისა და დასჯის შესახებ და ევროპის საბჭოს კონვენცია ადამიანებით ვაჭრობის წინააღმდეგ ბრძოლის შესახებ.

**1.1. პალერმოს ოქმი**

გაეროს ორგანიზებული დანაშაულის შესახებ კონვენციის ოქმი ადამიანებით, განსაკუთრებით ქალებითა და ბავშვებით, ვაჭრობის პრევენციის, აღკვეთისა და დასჯის შესახებ, საყოველთაოდ ცნობილი

როგორც პალერმოს ოქმი, მეტად მნიშვნელოვანი დოკუმენტია ტრეფიკინგის წინააღმდეგ საბრძოლველად და პრევენციის მიზნების განსახორციელებლად სახელმწიფოთა მიერ. კერძოდ, ოქმის მე-9 მუხლის შესაბამისად, მონაწილე სახელმწიფოებმა უნდა ჩამოაყალიბონ ყოვლისმომცველი პოლიტიკა, პროგრამები და მიმართონ სხვა ზომებს ტრეფიკინგის პრევენციისათვის და ებრძოლონ ამ დანაშაულს. სახელმწიფოებმა უნდა მიიღონ ზომები, რათა უზრუნველყონ კვლევების წარმოება, საინფორმაციო და მედიაკამპანიების ორგანიზება, სოციალური და ეკონომიკური მდგომარეობის გამოსწორება ტრეფიკინგის პრევენციისა და მისი წინააღმდეგ საბრძოლველად. განსაკუთრებულ ყურადღებას იპყრობს ის გარემოება, რომ პალერმოს ოქმი აქცენტს აკეთებს სახელმწიფო უწყებების, ქვეყანაში მოქმედი არასამთავრობო ორგანიზაციებისა და სამოქალაქო საზოგადოების თანამშრომლობაზე, ტრეფიკინგის თავიდან აცილების მიზნით. ასევე მონაწილე სახელმწიფოებს ევალებათ იმ გარემოებათა აღმოფხვრა, რის გამოც ადამიანები ადვილად ებმებიან ტრეფიკინგის მახეში, რაშიც იგულისხმება სიღარიბე, თანაბარ შესაძლებლობათა უქონლობა და სხვა.<sup>1</sup> ასევე გასათვალისწინებელია, რომ სახელმწიფოთა ვალდებულებაა ორგანიზება მთელი რიგი ტრენინგებისა სასაზღვრო გამშვები პუნქტებისა და სხვა უწყებათა თანამშრომელთათვის, რათა უკეთ მოხდეს პრევენციის მიზნების შესრულება.<sup>2</sup>

## 1.2. ევროპის კონვენცია

კიდევ ერთი მნიშვნელოვანი საერთაშორისო ხელშეკრულება ტრეფიკინგის თავიდან ასაცილებლად არის ევროპის საბჭოს კონვენცია ადამიანებით ვაჭრობის წინააღმდეგ ბრძოლის შესახებ. აღსანიშნავია, რომ ევროპის საბჭოს მე-3 სამიტზე წევრ სახელმწიფოთა დელეგატებმა მკაცრად დაგმეს ტრეფიკინგი, როგორც ადამიანის ფუნდამენტური უფლებების წინააღმდეგ მიმართული საფრთხე, რასაც შედეგად მოჰყვა ის, რომ მსხვერპლთა წარმოშობის, ტრანზიტისა და დანიშნულების ქვეყნებმა გადაწყვიტეს, გამოეყენებინათ სამართლებრივად სავალდებულო დოკუმენტი,

რათა შეემუშავებინათ ტრეფიკინგის წინააღმდეგ საერთო პოლიტიკა.<sup>3</sup>

სამიტზე ევროპის საბჭოს გენერალურმა მდივანმა, ბატონმა ჯაგლანდმა, ყურადღება გაამახვილა ევროპის საბჭოს მიერ მიღებულ კონვენციაზე ტრეფიკინგის წინააღმდეგ ბრძოლის შესახებ და აღნიშნა, რომ ეს კონვენცია მოიცავს ტრეფიკინგის ყველა ფორმას, იქნება იგი ნაციონალური თუ ტრანსნაციონალური, ორგანიზებულ დანაშაულთან დაკავშირებული თუ არა, ქალების, კაცებისა და ბავშვების წინააღმდეგ მიმართული, ისევე, როგორც არა აქვს მნიშვნელობა ექსპლოატაციის სახეს. ყველაზე მნიშვნელოვანი კი არის ის, რომ, კონვენციის შესაბამისად, ტრეფიკინგის მსხვერპლის წინააღმდეგ არ იწყება სისხლისსამართლებრივი დევნა. გენერალური მდივნის სურვილის შესაბამისად, ევროპული გაერთიანება უნდა გახდეს ამ კონვენციის პარტნიორი, რადგან მსხვერპლზე ორიენტირებული მიდგომა არის ერთადერთი ეფექტური გზა ამ საკითხთან საბრძოლველად.<sup>4</sup>

კონვენცია ტრეფიკინგის პრევენციის მიმართულებით ავალდებულებს მონაწილე სახელმწიფოებს, უზრუნველყონ ტრეფიკინგის საკითხებზე მომუშავე ყველა უწყების შეთანხმებული თანამშრომლობა, ასევე საზოგადოების ინფორმირებულობის დონის ამაღლება, იმ მეთოდების დანერგვა, რომლებიც ორიენტირებულია ადამიანის უფლებების დაცვასა და გენდერული თანასწორობის უზრუნველყოფაზე.<sup>5</sup> სახელმწიფოებმა უნდა მიიღონ საკანონმდებლო და სხვა შესაბამისი ზომები, რათა არ მოხდეს კომერციული, სატრანსპორტო გადაზიდვა კომპანიების მხრიდან ტრეფიკინგის დანაშაულის ჩადენაში მონაწილეობა, ასევე უნდა გაუუქმდეთ ვიზები და ქვეყანაში შესვლის უფლება ჩამოერთვათ პირებს, რომლებიც მონაწილეობენ ტრეფიკინგის დანაშაულის ჩადენაში.<sup>6</sup>

როგორც უკვე აღინიშნა, საერთაშორისო სახელშეკრულებო ჩარჩოს კვალდაკვალ მნიშვნელოვანია, ასევე, იმ ელემენტების მიმოხილვაც, რომელთაც არსებითი მნიშვნელობა ენიჭება ტრეფიკინგის პრევენციის საერთო მიზნის მიღწევაში. სწორედ ამას ეთმობა წინამდებარე ნაშრომის მომდევნო თავი.

## 2. ტრაფიკინგის პრევენცია

სახელმწიფომ ეფექტიანი ღონისძიებების გატარება რომ შეძლოს ტრეფიკინგის პრევენციის მიზნების უკეთ მისაღწევად, ის უნდა მოქმედებდეს გარკვეული სტრატეგიის ჩარჩოებში, ამისათვის კი საუკეთესო გამოსავალია ზემოთ განხილული ორივე კონვენციით დადგენილი სტანდარტების გათვალისწინება, რომლის მიხედვითაც შემდეგ ელემენტებს უნდა მიექცეს ჯეროვანი ყურადღება:<sup>7</sup>

- პოტენციურ მსხვერპლთა დაუცველობის შემცირება სოციალური და ეკონომიკური განვითარების უზრუნველყოფის გზით;
- მოთხოვნის მოხსნა ტრეფიკირებულ პირთა მომსახურებაზე;
- გენდერული ფაქტორის უპირობო გათვალისწინება;
- საზოგადოების განათლება/ინფორმირებულობის ამაღლება;
- საზღვრის კონტროლი;
- საჯარო მოხელეთა შორის კორუფციის თავიდან აცილება.

წინამდებარე ნაშრომში განხილულია მხოლოდ ორი მათგანი, ესენია: სოციალურ-ეკონომიკური ფონის გაუმჯობესება და საზოგადოების ინფორმირებულობის ამაღლება, რადგან უმთავრესი როლი ტრეფიკინგის თავიდან აცილების მიზნის მიღწევაში სწორედ ამ ორ ელემენტს ენიჭება.

### 2.1 სოციალურ-ეკონომიკური ფონის გაუმჯობესება

არავისთვის არ არის სიახლე ის ფაქტი, რომ ტრეფიკინგი დამახასიათებელია ეკონომიკური კრიზისის კერებისათვის. სამხრეთ კავკასიის, ცენტრალური და აღმოსავლეთ ევროპის, პოსტსაბჭოური სივრცის, სამხრეთ-აღმოსავლეთ აზიის, ჩრდილოეთ აფრიკისა და კარიბის ზღვის აუზის ქვეყნების მოქალაქეები ბედის საძიებლად უფრო მდიდარ სახელმწიფოებში მიემგზავრებიან.<sup>8</sup>

მნიშვნელოვანია ის გარემოება, რომ ევროპული თანამეგობრობის შექმნის შესახებ ხელშეკრულების 63-ე მუხლის თანახმად, ევროკავშირის საბჭოს დაევალა, ამსტერდამის ხელშეკრულების ძალაში შესვლიდან ხუთი წლის ვადაში მიიღოს იმიგრაციის პოლი-

ტიკასთან დაკავშირებული ზომები, რომლებიც შეეხება: შემოსვლისა და ბინადრობის პირობებს, პროცედურულ სტანდარტებს წევრი ქვეყნების მიერ გრძელვადიანი ვიზებისა და ბინადრობის ნებართვების გაცემასთან დაკავშირებით, მათ შორის, ოჯახების გაერთიანების მიზნით და არალეგალურ იმიგრაციასა და არალეგალურ ბინადრობას, არალეგალური რეზიდენტების რეპატრიაციის ჩათვლით.<sup>9</sup>

2001 წელს ევროპის კომისიამ მიიღო წინადადება ერთ-ერთი დირექტივის შესახებ, რომელიც „ანაზღაურებადი დასაქმებისა და თვითდასაქმების ეკონომიკური საქმიანობის მიზნით მესამე ქვეყნების მოქალაქეთა შემოსვლისა და ბინადრობის პირობებს ადგენს“.<sup>10</sup>

როგორც ზემოთ აღინიშნა, ზოგადი მიდგომის შესაბამისად, მნიშვნელოვანია მოხდეს საიმიგრაციო კანონმდებლობის ლიბერალიზაცია, რათა თავიდან იქნეს აცილებული ტრეფიკინგის პოტენციურ მსხვერპლთა ჩართვა ამ დანაშაულებრივ ქსელში. თუმცა, თუ ოდნავ მაინც გავაანალიზებთ, მაშინ გამოვა, რომ კანონმდებლობის ლიბერალიზაცია ერთი უკიდურესობიდან მეორეში გადაგვიყვანს, კერძოდ: მხედველობაშია მისაღები ტრეფიკინგის მსხვერპლთა უმთავრესი მიმწოდებელი სახელმწიფოებისა და მოსახლეობის რაოდენობა. დასაწყისისათვის აღებულია ცენტრალური და აღმოსავლეთ ევროპა, სადაც 20 სახელმწიფოა თავმოყრილი საკმაოდ დიდი რაოდენობის მოსახლეობით. თუ მხედველობაში იქნება მიღებული ის ფაქტი, რომ ამ სახელმწიფოებიდან ისედაც გადადიან სხვა სახელმწიფოებში სამუშაოს საძიებლად მოქალაქეები და ხდებიან ტრეფიკინგის მსხვერპლნი, მაშინ საიმიგრაციო კანონმდებლობის უფრო მეტად ლიბერალიზაციამ შესაძლოა მთლად შეუქცევადი პროცესები გამოიწვიოს და კიდევ უფრო მეტი ადამიანი აღმოჩნდეს დაინტერესებული სხვა ქვეყანაში სამუშაოს საძიებლად წასვლით. მაგალითისათვის ავიღოთ საბერძნეთი, სადაც, მიუხედავად იმისა, რომ ევროკავშირის არანეკრი სახელმწიფოების მოსახლეობისათვის საკმაოდ მკაცრი წესები მოქმედებს და სამუშაო და ბინადრობის მოწმობის გარეშე საბერძნეთში მუშაობა უკანონოდ ითვლება, რაც, თავის მხრივ, ზრდის ტრეფიკინგში პირთა

ჩათრევის შესაძლებლობას, მაინც საქართველოს მთლიანი სამიგრაციო მოსახლეობის რიცხვი გაორმაგდა 1998-2007 წლებში, ვიდრე იყო აქამდე.<sup>11</sup> გასათვალისწინებელია, რომ თუ მოსახლეობის ამხელა ნაწილი არ უშინდება იმ საფრთხეებს, რაც უკავშირდება საზღვარგარეთ გამგზავრებას და მუშაობას, მაშინ, მიმოსვლის გამარტივების შემთხვევაში, ნაკადი კიდევ უფრო მოცულობითი გახდება, შედეგი კი, მართლაც, სამწუხარო იქნება, რადგან დანიშნულების ქვეყანაში აღარ დარჩება თავისუფალი სამუშაო ადგილები მიგრანტებისთვის, რაც, თავის მხრივ, გამოიწვევს ტრეფიკინგის ქსელის ახალი გზით განვითარებას, კერძოდ, *ტრეფიკიორები* ეცდებიან ხალხის დარწმუნებას, რომ მათ ჰყავთ ნაცნობები, რომლებიც ინახავენ ადგილებს დასაქმების მსურველთათვის და შესაბამისი საზღაურის გადახდის შემდეგ ისინი ლეგალურ სამსახურებში დაინყებენ მუშაობას. ყოველივე ეს კი არ აღმოფხვრის ტრეფიკინგს, არამედ განვითარების ახალ ფაზაში გადაიყვანს მას, სწორედ ამიტომ არის უპრიანი უფრო მეტი ძალისხმევის მიმართვა ტრეფიკინგის მსხვერპლთა ძირითად მომწოდებელ სახელმწიფოთა შიგნით მეტი სამუშაო ადგილების შექმნაზე და ინფრასტრუქტურის განვითარებაზე. რაც შეეხება საზოგადოების ინფორმირებასთან დაკავშირებულ პოლიტიკას, სახელმწიფოთა კანონმდებლობის შესაბამისად, ის მომდევნო თავში იქნება განხილული.

### 3. სახელმწიფოთა შიდა კანონმდებლობა

ტრეფიკინგის პრევენცია მეტად მნიშვნელოვან ამოცანად რჩება მსოფლიო თანამეგობრობის წინაშე და თითქმის ყველა ქვეყანა ცდილობს, გაატაროს გარკვეული ღონისძიებები ამ დანაშაულის აღმოსაფხვრელად. ამდენად, საკმაოდ ძნელია ტრეფიკინგის პრევენციასთან დაკავშირებული ყველა ქვეყნის შიდა საკანონმდებლო ნორმათა მიმოხილვა და რადგანაც მსოფლიოში ქვეყნები იყოფიან ტრეფიკინგის წინააღმდეგ ბრძოლის მიხედვით პირველ, მეორე და მესამე კატეგორიის ქვეყნებად,<sup>12</sup> უპრიანი იქნება, თუ ყურადღება გამახვილდება იმ სახელმწიფოებზე, რომლებიც საქართვე-

ლოს მსგავსად არიან პირველი კატეგორიის ქვეყნების რიცხვში. ეს საინტერესოა იმ მხრივაც, რომ მოხდეს მათი გამოცდილების გათვალისწინება და ჩვენთან არსებული ნორმების სრულყოფა.

#### 3.1 ჩეხეთის რესპუბლიკა

პირველი სახელმწიფო, რომელზეც შეჩერდა არჩევანი, არის ჩეხეთის რესპუბლიკა, რადგანაც ტრეფიკინგის პრევენციის სტრატეგიის განვითარების ამოსავალი წერტილი ამ ქვეყანაში არის მრავალმხრივი თეორიული და პრაქტიკული ცოდნის ერთიანობა, ტრეფიკინგის მიზნებსა და უკვე კარგად ჩამოყალიბებული გეგმების გათვალისწინებასთან ერთად. სწორედ ამიტომ იპყრობს ყურადღებას ჩეხეთის რესპუბლიკის სტრატეგია.

ჩეხეთის რესპუბლიკის ტრეფიკინგის წინააღმდეგ ბრძოლის 2008-2011 წლების, ეროვნული გეგმის მიხედვით, პრევენციისათვის განსახორციელებელ ღონისძიებებში შედის:<sup>13</sup>

- იმგარემოებათა აღმოფხვრა, რაც იწვევს პირთა ჩაბმას ტრეფიკინგში (დისკრიმინაცია, სოციალური ფონი);
- ინსტიტუტების, ორგანიზაციების, პირთა ჯგუფების მომზადებულობის დონის ამაღლება ტრეფიკინგთან დაკავშირებული პრობლემების გადასაჭრელად.
- რევიტიმიზაციის თავიდან აცილება;
- სასაზღვრო კონტროლის ეფექტიანი განხორციელება, რათა ადრეულ ეტაპზე მოხდეს ტრეფიკინგის მსხვერპლთა ან პოტენციურ მსხვერპლთა იდენტიფიცირება;
- ტრეფიკინგთან დაკავშირებული ყველა რისკის შესახებ ცნობების გავრცელება.

აღნიშნული გეგმის მიხედვით, ტრეფიკინგის პრევენცია აღიარებულია უმთავრეს პრიორიტეტად. რადგანაც სამოქმედო გეგმას აქვს გარკვეული მსგავსებები საქართველოს სამოქმედო გეგმასთან ტრეფიკინგის წინააღმდეგ საბრძოლველად, ყურადღება გამახვილებული იქნება ძირითადად განსხვავებებსა და იმ მიდგომაზე, რაც სასურველია, რომ, ჩეხეთის რესპუბლიკის მსგავსად, საქართველოშიც დამკვიდრდეს. კერძოდ, ჩეხეთის რესპუბლიკის სამოქმედო გეგმის



მიხედვით, დადგენილია თანამშრომლობა და პრევენციასთან დაკავშირებულ საკითხებზე ერთობლივი მუშაობა წყარო სახელმწიფოებთან, ისევე როგორც ადგილობრივი მმართველობის ორგანოები უნდა აქცევენ ჯეროვან ყურადღებას ბავშვების მიერ თავისუფალი დროის ხარჯვას.<sup>14</sup> მნიშვნელოვანია ის გარემოება, რომ ჩეხეთის რესპუბლიკა ზრუნავს აგრეთვე ისეთი ბავშვებისა და ახალგაზრდების ინფორმირებულობაზე ტრეფიკინგის შესახებ, რომელთაც არ გააჩნიათ საკმარისი პირობები, მიიღონ განათლება, რათა, მაგალითად, ქუჩის ბავშვების, მიტოვებული ბავშვების ტრეფიკინგში ჩათრევა თავიდან იქნეს აცილებული. ეს კი მიიღწევა სათანადო ფილმების ჩვენებით და რეგიონალური პროექტების ორგანიზებით.<sup>15</sup> კიდევ ერთი ფაქტორი, რის გამოც საინტერესოა ჩეხეთის რესპუბლიკის სამოქმედო გეგმა, არის კლიენტების მიერ იძულებით პროსტიტუციაში ჩაბმული ადამიანებისგან მომსახურების მიღებაზე უარის თქმა და ცხელი ხაზის მეშვეობით ტრეფიკინგის არსებობაზე ეჭვის შემთხვევაში ინფორმაციის მინოდება ანონიმურობის დაცვით.<sup>16</sup> გარდა იმისა, რომ ჩეხეთის რესპუბლიკაში დამქირავებლები კარგად არიან ინფორმირებულები დაქირავებულთა სამუშაო უფლებების შესახებ, რათა მაქსიმალურად შემცირდეს ადამიანის უფლებათა დარღვევები, სახელმწიფო მაინც ზრუნავს ე.წ. „უხილავი ექსპლუატაციის“ გამოვლენაზე, სამუშაო ბაზარზე მუდმივი დაკვირვებითა და ადმინისტრაციული გამოძიებების განხორციელებით.<sup>17</sup>

ყოველივე ზემოთქმულიდან გამომდინარე, სასურველია, საქართველოშიც გაეწიოს კონტროლი იმას, თუ როგორ ატარებენ ბავშვები თავისუფალ დროს, რადგან ცუდ წრეში მოხვედრილი ბავშვი გარკვეული საფრთხის შემქმნელია საზოგადოებისა და, შესაბამისად, სახელმწიფოსათვის. სწორედ ამიტომ კონტროლი მეტად მნიშვნელოვანია, რადგან ის, თავის მხრივ, მოახდენს პოტენციურ დამნაშავეთა ჩამოყალიბების პრევენციას, ასევე მნიშვნელოვანია სამუშაო ადგილებზე მუდმივი დაკვირვება, რათა უკეთ განხორციელდეს ტრეფიკინგის პრევენციისადმი მიმართული პოლიტიკის ეფექტიანი განხორციელება, რადგან ეს ხელს შეუწყობს

შესაძლო საფრთხეების დროულ გამოვლენას.

### 3.2 შვეიცარია

მორიგი ქვეყანა, რომელიც ტრეფიკინგის პრევენციის მხრივ იპყრობს ყურადღებას პირველ კატეგორიაში მოხვედრილ სახელმწიფოთაგან, არის შვეიცარია. აღსანიშნავია, რომ ამ ქვეყანას სხვებისაგან ერთი ფრიად საინტერესო რამ გამოარჩევს, კერძოდ, შვეიცარია ზრუნავს არა მარტო საკუთარი ტერიტორიის ფარგლებში ტრეფიკინგის პრევენციის ღონისძიებების განხორციელებაზე, არამედ აქტიურად ეხმარება ტრეფიკინგის მსხვერპლთა წარმოშობის ქვეყნებს საზოგადოების მეტად ინფორმირებულობისა და მსხვერპლად გახდომის პრევენციის უზრუნველსაყოფად. შესაბამისი ღონისძიებების გატარებაზე ანგარიშვალდებულია ფედერალური პოლიციის სამსახურის მიერ 2003 წელს დაფუძნებული შვეიცარიის ადამიანთა ტრეფიკინგისა და მიგრანტთა კონტრაბანდის საკოორდინაციო განყოფილება და საგარეო საქმეთა ფედერალური დეპარტამენტი.<sup>18</sup> 2003 წლიდან მოყოლებული, დეპარტამენტი ცდილობს, დაეხმაროს უფრო მეტ სახელმწიფოს ტრეფიკინგის პრევენციის საკითხებში და ყოველწლიურად 2-3 მილიონი შვეიცარიული ფრანკი იხარჯება სხვა სახელმწიფოთა დასახმარებლად. დეპარტამენტი დაეხმარა შემდეგ სახელმწიფოებს:<sup>19</sup>

**რუსეთის ფედერაცია (პრევენცია და მსხვერპლთა დაცვა)** – შვეიცარიის განვითარებისა და თანამშრომლობის სააგენტო მხარს უჭერს სხვადასხვა პროექტს, მათ შორისაა: პრევენციის ღონისძიებები ვიზასთან დაკავშირებით შვეიცარიის საკონსულტოში, მიგრაციის საერთაშორისო ორგანიზაციის რეაბილიტაციის ცენტრი მოსკოვში დაბრუნებულ მსხვერპლთათვის, უფასო ცხელი ხაზი შვეიცარიასა და რუსეთში რუსულად მოლაპარაკე მოსახლეობისთვის, რომელსაც დახმარება სჭირდება.

**ბრაზილია** – პროექტი ითვალისწინებს ეროვნული სტრატეგიის განვითარებას ტრეფიკინგისა და მიგრანტთა კონტრაბანდის წინააღმდეგ საბრძოლველად და მსხვერპლთა რეინტეგრაციის ხელშეწყობას.

**დომინიკის რესპუბლიკა** – შვეიცარია მხარს უჭერს პრევენციისა და მსხვერპლთა რეინტეგრაციის პროექტებს, რომლებიც ორიენტირებულია ქალებზე და რომლებიც ხორციელდება სახელმწიფო და არასამთავრობო სექტორების მიერ.

**ნიგერია** – ეროვნული საკოორდინაციო ბიუროს დახმარება ტრეფიკინგის წინააღმდეგ საბრძოლველად, ასევე ეროვნული სამოქმედო გეგმის შემუშავება და სხვადასხვა ღონისძიების დაფინანსება.

განსაკუთრებულ ყურადღებას იძლევა შვეიცარიაში კაბარეს მოცეკვავეებზე ზრუნვა, მათ გარშემო განვითარებული მოვლენების მუდმივი მონიტორინგი და ინფორმირებულობის დონის ამაღლება. ტრეფიკინგის პრევენციიდან გამომდინარე, კაბარეს მოცეკვავეებს სთხოვენ ბინადრობის უფლების დამადასტურებელი დოკუმენტის წარდგენას.<sup>20</sup>

შვეიცარიაში დარწმუნებულები არიან, რომ ტრეფიკინგის პრევენცია უფრო ეფექტიანი იქნება იმ შემთხვევაში, თუ ძალისხმევა წარიმართება წარმოშობის ქვეყნების დახმარებისკენ და სახელმწიფო პოლიტიკის პრიორიტეტად ასახელებენ ტრეფიკინგის პრევენციისადმი მიმართულ ღონისძიებებს ქვეყნის შიგნით და, განსაკუთრებით, საზღვარგარეთ.<sup>21</sup>

### 3.3. საქართველო

საქართველოს პრეზიდენტის 2009 წლის 20 იანვრის 46(ე) განკარგულებით დამტკიცებული სახელმწიფო გეგმა ტრეფიკინგის წინააღმდეგ ბრძოლის შესახებ აგებულია, ძირითადად, სამი მიმართულებით:<sup>22</sup> ა) ტრეფიკინგის პრევენცია, ბ) ტრეფიკინგის მსხვერპლთა დაცვა, გ) ტრეფიკინგის დანაშაულის ჩამდენთა წინააღმდეგ სისხლისსამართლებრივი დევნის დაწყება.

ვინაიდან წინამდებარე ნაშრომი აგებულია ტრეფიკინგის დანაშაულის პრევენციაზე, დანარჩენი ორი საკითხი არ იქნება განხილული.

### სატელევიზიო სივრცე

2009-2010 წლებში, სამოქმედო გეგმის შესაბამისად, პრიორიტეტია საზოგადოების ინფორმირებულობის დონის ამაღლება და ამ

მიზნით საინფორმაციო კამპანიის დაწყება, რაშიც შედის ვიდეოკლიპებისა და თემატური რადიო- თუ სატელევიზიო პროგრამების მომზადება. ამ ყველაფრის განხორციელებაზე პასუხისმგებელია საკოორდინაციო საბჭო და საქართველოს საზოგადოებრივი მაუწყებელი. იმის დასტური, რომ სახელმწიფომ გაატარა გარკვეული ღონისძიებები ტრეფიკინგის შესახებ ინფორმირებულობის დონის ასამაღლებლად, არის სარეკლამო კლიპის გაშვება საზოგადოებრივი მაუწყებლის ეთერში და სპეციალური გადაცემის მომზადება ტრეფიკინგის ყველა ასპექტის შესახებ სასაუბროდ; განათლებისა და მეცნიერების სამინისტრომ, სკოლის მოსწავლეების მონაწილეობით, მოამზადა ვიდეოკლიპი სახელწოდებით; „არ გაცვალო თავისუფლება მონობაზე“; მიგრაციის საერთაშორისო ორგანიზაციამ ტრეფიკინგის მსხვერპლთა დაცვისა და დახმარების ფონდთან ერთად მოამზადა სატელევიზიო დანამატი ტრეფიკინგის პრევენციისა და მასთან ბრძოლის შესახებ; გაზაფხულზე საზოგადოებრივი მაუწყებლის ეთერში ყოველკვირეული პროგრამის – „ცხოვრება მშვენიერია“ – მეშვეობით გავიდა გადაცემა ტრეფიკინგის შესახებ.

მაგრამ უნდა აღინიშნოს, რომ მხოლოდ რეკლამის რამდენჯერმე გაშვება ეთერში და ერთჯერადი გადაცემის მომზადებამაინცდამაინც ეფექტიანი ვერ იქნება, იმ უზრალო მიზეზის გამო, რომ ტრეფიკინგის დანაშაულის თავიდან აცილებისადმი მიძღვნილი ღონისძიებები უნდა ატარებდეს სისტემატურ ხასიათს, უნდა მოხდეს იმ ინფორმაციის საჯაროდ გავრცელება, რომ ტრეფიკინგის დანაშაულის ჩადენაში დამნაშავე პირი დაისაჯა, რათა თავიდან იქნეს აცილებული საზოგადოებაში დაუსჯელობის სინდრომის გავრცელება და ტრეფიკინგის მსხვერპლთა გაუჩნდეთ იმის განცდა, რომ, თუ ითანამშრომლებენ სახელმწიფოს შესაბამის სტრუქტურებთან, უკეთ იქნებიან დაცულნი და დამნაშავეთა წინააღმდეგ განხორციელდება მთელი რიგი ღონისძიებებისა. სახელმწიფომ უნდა დაარეგულიროს ასევე სხვადასხვა სატელევიზიო არხზე ტრეფიკინგის პრევენციისადმი მიძღვნილი რეკლამების გაშვების საკითხები, კერძოდ, როგორც მიგრაციის საერთაშორისო ორგანიზაციიდან მიღე-

ბული მონაცემებით ირკვევა, 48-წამიანი რეკლამის გაშვება სამაუნწყებლო კომპანია „რუსთავი 2“-ის ეთერში ერთი თვის განმავლობაში ჯდება 3018,70 აშშ-ის დოლარი, ხოლო „იმედის“ არხზე ორი თვის განმავლობაში – 3106,30 აშშ-ის დოლარი და, ესეც იმიტომ, რომ ამ არხებმა 40%-იანი შეღავათი გასწიეს.<sup>23</sup> როგორც ირკვევა, რეკლამის განთავსება სხვადასხვა არხზე საკმაოდ ძვირი სიამოვნებაა, არადა, თუ ტრეფიკინგის პრევენცია სახელმწიფოს პოლიტიკის პრიორიტეტულ მიმართულებად ითვლება, ამ საკითხს მეტი ყურადღება უნდა დაეთმოს.

რაც შეეხება საინფორმაციო ბეჭდვითი მასალის მომზადებასა და გავრცელებას საქართველოს სახელმწიფო საზღვარსა და ტრეფიკინგის სხვა პოტენციური რისკის მქონე რეგიონებში, უნდა აღინიშნოს, რომ ამ მიმართულებით საკმაოდ საინტერესო რამ გაკეთდა საქართველოში მოქმედი არასამთავრობო ორგანიზაციების მიერ, კერძოდ, მომზადდა სპეციალური კონვერტები, რომლებზეც მითითებული იყო ინფორმაცია საქართველოში ტრეფიკინგის წინააღმდეგ ბრძოლის კამპანიაში ჩართული შესაბამისი სტრუქტურების შესახებ. ეს კონვერტები დაურიგდათ ტურისტულ სააგენტოებს, რათა საზღვარგარეთ ნასვლის მსურველთათვის სწორედ ამ კონვერტებში ჩაედოთ ბილეთები.<sup>24</sup> ესეც მნიშვნელოვნად უწყობს ხელს საზოგადოების ინფორმირებულობის დონის ამაღლებას. თუმცა უნდა აღინიშნოს, რომ უმჯობესი იქნება, ასეთ კონვერტებზე დატანილი იყოს ასევე ინფორმაცია იმ უწყებების შესახებ, რომლებიც ახორციელებენ მსგავს საქმიანობას იმ ქვეყნებში, სადაც მიემგზავრება ესა თუ ის პირი. სამწუხაროა, რომ ყველა ტურისტულ სააგენტოს არ აქვს მსგავსი კონვერტები მიწოდებული.

საქართველოს 2009-2010 წლების სამოქმედო გეგმის შესაბამისად, ასევე გათვალისწინებულია შემდეგი ღონისძიებების გატარება:

- უმაღლესი და პროფესიული განათლების დანესებულებებში საჯარო დისკუსიების გამართვა ტრეფიკინგის თემაზე.
- ცხელი ხაზის პოპულარიზაცია ტრეფიკინგის პრევენციისა და მასთან ბრძოლისათვის.

- შესაბამის უწყებათა ვებგვერდებზე განთავსებული ინფორმაციის განახლება.
- საქართველოს განათლებისა და მეცნიერების სამინისტროს საგანმანათლებლო პროგრამების განვითარება და სრულყოფა: არსებული საგანმანათლებლო სტანდარტების დახვეწა, სამოდულო საჩვენებელი გაკვეთილების ჩატარება, საგანმანათლებლო პროგრამების მომზადება-დანერგვა მზრუნველობას მოკლებულ და ობოლ ბავშვთა სახლებსა და თავშესაფრებში.

ჩამოთვლილ ღონისძიებათა კვალდაკვალ უნდა მოხდეს ტრეფიკინგის თავიდან აცილებისაკენ მიმართული მუშაობის უფრო აქტიურ ფაზაში გადასვლა, რაც გულისხმობს ტრეფიკინგისადმი მიძღვნილი კონფერენციებისა და კონკურსების ორგანიზებას, რათა მოსწავლეებმა მიიღონ არა მარტო თეორიული ცოდნა, არამედ ჩამოუყალიბდეთ პრაქტიკული უნარ-ჩვევები, რათა სამომავლოდ უკეთ შეძლონ რეალობის გაანალიზება და ტრეფიკინგის მსხვერპლად გახდომის შემთხვევების თავიდან აცილება. ამასთან დაკავშირებით, უნდა აღინიშნოს, რომ საქართველოს ახალგაზრდა იურისტთა ასოციაციის თაოსნობით, 2004-2009 წლებში განხორციელდა პროექტი „არა – ტრეფიკინგს“, რომლის ფარგლებშიც სკოლის მოსწავლეთათვის ჩატარდა ტრეფიკინგისადმი მიძღვნილი კონფერენცია, სადაც საპრიზო ადგილებზე გასული ბავშვები ფასიანი საჩუქრებით დაჯილდოვდნენ.<sup>25</sup> საყურადღებოა და მნიშვნელოვანია, რომ ასეთი სახის კონკურსებმა სისტემატური ხასიათი მიიღონ, განსაკუთრებით ისეთ პირობებში, როდესაც სკოლის მოსწავლეთა უმრავლესობას არ აქვს ინფორმაცია ტრეფიკინგის შესახებ. ამ მხრივ საინტერესოა ის ფაქტი, რომ, შვეიცარიის დაფინანსებით, მიგრაციის საერთაშორისო ორგანიზაციამ, განათლების სამინისტროსთან ერთად, დაამუშავა და დასაბეჭდად მოამზადა ბუკლეტი ტრეფიკინგთან დაკავშირებით სახელწოდებით: „ცნობარი მშობელთათვის“, რომელიც დაურიგდებათ სკოლის მოსწავლეებს.

გარდა იმისა, რომ გავიარეთ კონსულტაციები ამ სფეროში მოღვაწე სხვადასხვა სპეციალისტთან, ჩავატარეთ კვლ-

ევა, რომელიც გათვლილი იყო ტრეფიკინგის პოტენციურ მსხვერპლთა სხვადასხვა ასაკობრივ ჯგუფზე, მათ შორის სკოლის მოსწავლეებზეც. გამოყენებულ იქნა კითხვარი, თუმცა საინტერესოა ის ფაქტი, რომ გამოკითხულთა უმრავლესობამ იმედისმოცემი პასუხი გასცა კითხვარში მოცემულ კითხვებს, კერძოდ მიუთითეს, რომ თავს შეიკავებდნენ უცხო პირისათვის საიდენტიფიკაციო დოკუმენტაციის გადაცემისაგან, უცხო ენაზე შესრულებულ კონტრაქტზე ხელის მოწერისაგან, იმ შემთხვევაშიც კი, თუ კონტრაქტის ყველა პირობა იქნებოდა წინასწარ შეთანხმებული. მაგრამ ეს იმედისმოცემი შედეგები გაბათილდა, როდესაც იგივე კითხვები დაესვათ პირებს იმ ადამიანების მხრიდან, ვისაც ისინი ენდობოდნენ და, სამწუხაროდ, აბსოლუტურმა უმრავლესობამ მიუთითა, რომ, რა თქმა უნდა, დათანხმდებოდნენ უსიტყვოდ, რადგან ახლობელი ადამიანი სთავაზობდათ დასაქმებას ან საზღვარზე გადაყვანას. რაც ყველაზე მნიშვნელოვანია ამ შემთხვევაში, არის ის, რომ გამოკითხულთა უმრავლესობას ან საერთოდ არ აქვს ინფორმაცია ტრეფიკინგის შესახებ, ან აქვს, მაგრამ არასაკმარისი და გამოთქვამს სურვილს, მეტი გაიგოს ტრეფიკინგის შესახებ. ცხადია, წინამდებარე ნაშრომი არ ისახავს მიზნად უნდობლობის პროპაგანდას, მაგრამ მნიშვნელოვანია იმის ხაზგასმა, რომ უმჯობესია, საზოგადოებამ გააცნობიეროს, რომ ზომიერება საჭიროა ყველაფერში და მათ შორის ნდობაშიც. მით უმეტეს, გასათვალისწინებელია ის ფაქტი, რომ მცირერიცხოვანი მოსახლეობით გამოჩეული საქართველოსთვის ძალიან ბევრს ნიშნავს თუნდაც ერთი მოქალაქის გადარჩენა და მისი დახსნა ტრეფიკინგის ბორკილებისაგან. ამდენად, უმჯობესი იქნება, თუ მოხდება სხვა სახელმწიფოთა გამოცდილების გათვალისწინება და არსებული სტანდარტების დახვეწა; მნიშვნელოვანია ასევე, რომ სახელმწიფომ თავად იზრუნოს მოქალაქეთა გარკვეული ნაწილის დასაქმებაზე მაინც. ამ მხრივ კარგი იქნება, თუ მოხდება „world vision“-ის პრაქტიკის გათვალისწინება. ამ ორგანიზაციის დახმარებით მოხდა ყველაზე მოთხოვნადი პროფესიების შესწავლა და ტრეფიკინგის პოტენციურ მსხვერპლთათვის შესაბამისი სასწავლო პროგრამების შე-

თავაზება, ასევე შექმნილი პროდუქციის რეალიზება. ეს კი, თავის მხრივ, ხელს უწყობს ქვეყანაში სოციალურ-ეკონომიკური ფონის გაუმჯობესებას და უფრო მეტი მოქალაქის მიერ საკუთარი ადგილის პოვნას თავისსავე ქვეყანაში, საზღვარგარეთ წასვლის ნაცვლად. (ნაშრომში განხილული ინფორმაციის სქემატური გარჩევა იხ. დანართში).

### დასკვნა

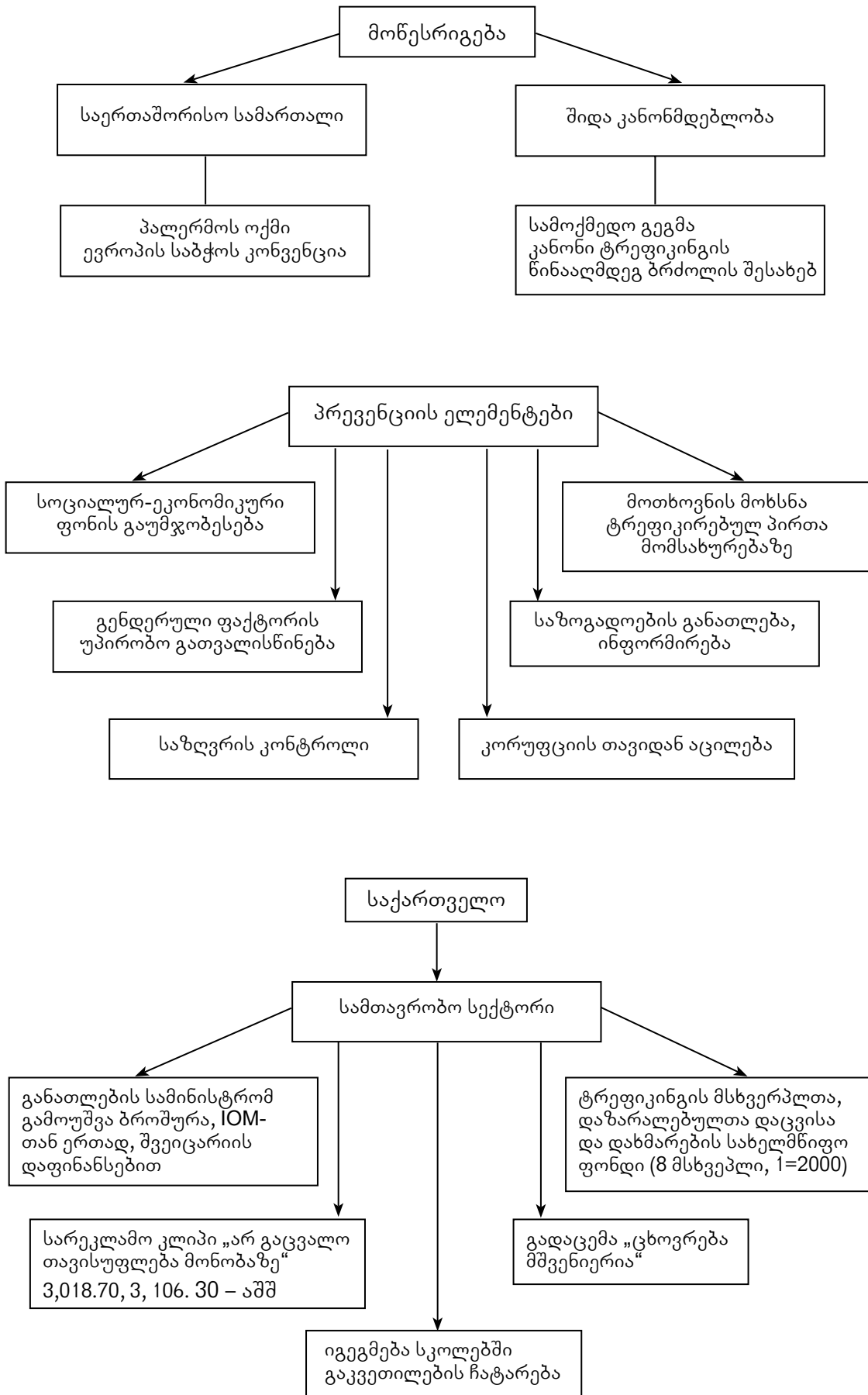
როგორც ნაშრომში იქნა განხილული, ტრეფიკინგის პრევენციის მიზნით განსახორციელებელი ღონისძიებები საერთაშორისო სამართლითა და სახელმწიფოთა შიდა კანონმდებლობით ზუსტად არის განერილი, მაგრამ გარკვეულ პრობლემებთან არის დაკავშირებული მათი პრაქტიციკობა, კერძოდ: შესაბამისი თანხების არარსებობისა და კანონმდებლობით მონესრიგებულობის ნაკლებობის გამო ვერ ხერხდება საკმარისი რაოდენობის სარეკლამო კლიპების დამზადება და ეთერში განთავსება, ხოლო რაც შეეხება სკოლებში კონკრეტული გაკვეთილების ჩატარებას ტრეფიკინგის დანაშაულის წინააღმდეგ საბრძოლველად, როგორც ზემოთაც იქნა აღნიშნული, არ არის საკმარისი და სასურველია მოხდეს შეჯიბრებების პოპულარიზაცია იმისათვის, რათა საზოგადოება მეტად გაერკვეს ტრეფიკინგთან დაკავშირებულ აუცილებელ ინფორმაციაში. ასევე არსებითი მნიშვნელობა აქვს სხვა სახელმწიფოთა პრაქტიკის გათვალისწინებას, განსაკუთრებით კი შვეიცარიის მიდგომისას ტრეფიკინგის პრევენციასთან დაკავშირებით, რადგან მას, თუმცა სხვა სახელმწიფოთა დახმარების კუთხით, საკმაოდ კარგი სისტემა აქვს შემუშავებული, ჩეხეთის რესპუბლიკის მსგავსად, თავის შიდა კანონმდებლობასაც მოქნილად იყენებს ტრეფიკინგის პრევენციის უზრუნველსაყოფად. განსაკუთრებული აღნიშვნის ღირსია მისი შესაბამისი უწყებების წარმომადგენელთა მიერ განხორციელებული მუდმივი მონიტორინგი იმ სამსახურებსა თუ დასაქმებულ პირებზე, რომლებიც, სავარაუდოდ, ჩაბმულნი არიან ტრეფიკინგში ან პოტენციურ მსხვერპლად ითვლებიან, რაც, თავის მხრივ, ყველაზე უკეთ ემსახურება ტრეფიკინგის პრევენციის

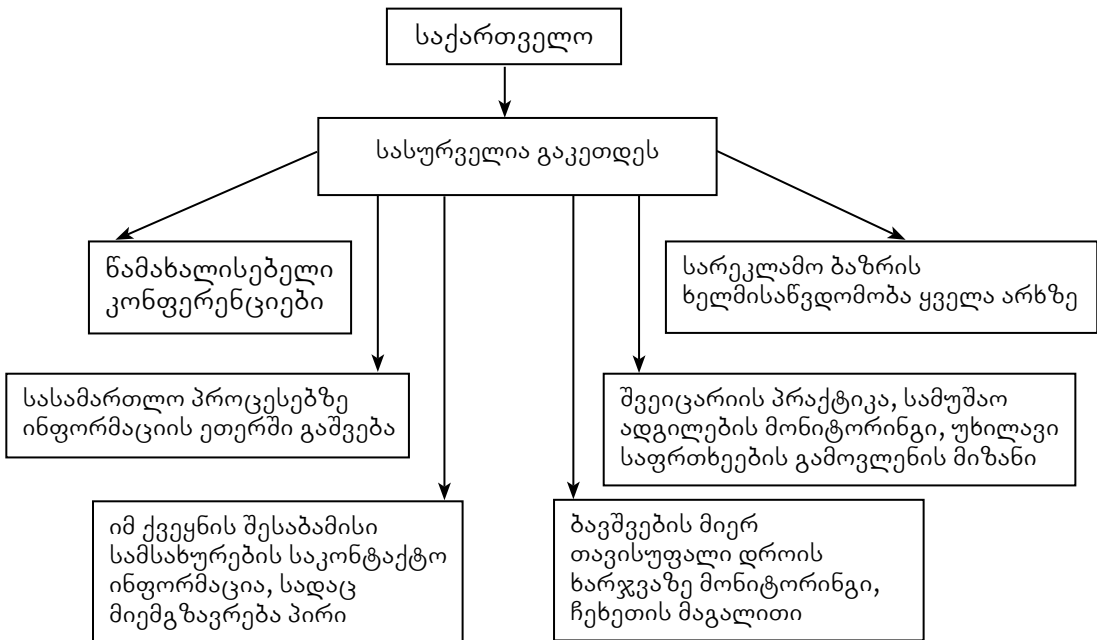
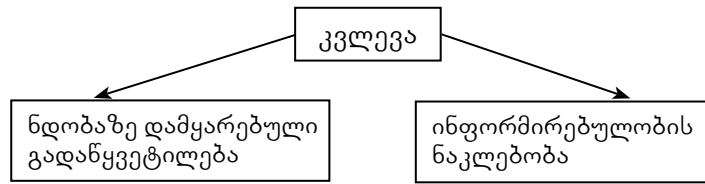
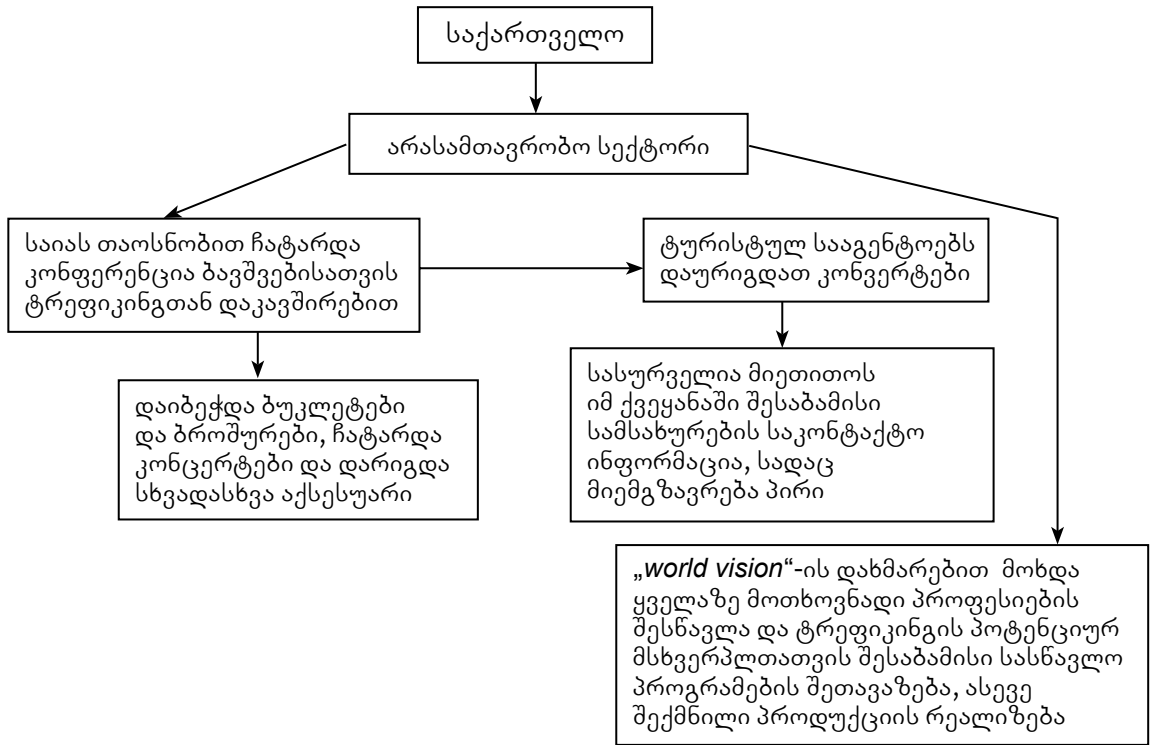
მიზნებს, რამეთუ საფრთხის დასაწყისშივე აღმოჩენა სერიოზული დარღვევებისა და

დანაშაულების ჩადენის თავიდან აცილების საუკეთესო საშუალებაა.

- <sup>1</sup> Protocol to prevent, suppress and punish trafficking in persons, especially women and children, supplementing the united nations convention against transnational organized crime, მე-9 მუხლი.
- <sup>2</sup> იქვე, მე-10 მუხლი.
- <sup>3</sup> სახელმძღვანელო პარლამენტარებისათვის, „ევროპის საბჭოს კონვენცია ადამიანებით ვაჭრობის წინააღმდეგ ბრძოლის შესახებ“, გვ. 15-16, ხელმისაწვდომია: <[www.coe.int/trafficking](http://www.coe.int/trafficking)>.
- <sup>4</sup> EU Ministerial Conference Towards Global EU Action against Trafficking in Human Beings The Third EU Anti Trafficking Day 19 – 20 October 2009, Conference Report, Thorbjørn JAGLAND, Secretary-General, Council of Europe, გვ. 8-9.
- <sup>5</sup> ევროპის საბჭოს კონვენცია ადამიანებით ვაჭრობის წინააღმდეგ ბრძოლის შესახებ, მე-5 მუხლი.
- <sup>6</sup> იქვე, მე-7 მუხლი.
- <sup>7</sup> სასწავლო მასალა მოსამართლეთა და პროკურორთათვის ტრეფიკინგთან ბრძოლის შესახებ, ICMPTD, 2006, (შემდგომში – სასწავლო მასალა), გვ. 92-93.
- <sup>8</sup> გენდერულ ტერმინთა მოკლე ლექსიკონი = Краткий словарь гендерных терминов / მერკვილაძე ია; [რედ.: ნაირა პოპიაშვილი; თარგმანი ჰამლეტ ზუკაკიშვილისა], კავკას. სახლი, თბ., 2003, გვ. 112.
- <sup>9</sup> სასწავლო მასალა, გვ. 93, იხ. მე-7 სქოლიო.
- <sup>10</sup> იქვე, გვ. 92-93.
- <sup>11</sup> სამიგრაციო ინფორმაციული სახელმძღვანელო – საბერძნეთი, გამოცემულია ევროკავშირის ფინანსური მხარდაჭერით, ICMPTD, ILO, OSCE, გვ., 7.
- <sup>12</sup> აღსანიშნავია, რომ პირველ კალათაში ხვდებიან ქვეყნები, რომელთა მთავრობები სრულად ასრულებენ ტრეფიკინგის მსხვერპლთა დაცვის აქტს, მეორეში – სახელმწიფოები, რომელთა მთავრობები სრულად ვერ ახორციელებენ სტანდარტებს, მაგრამ მნიშვნელოვან ნაბიჯებს დგამენ ამის უზრუნველსაყოფად და მესამეში – ქვეყნები, რომელთა მთავრობები არც ასრულებენ სტანდარტებს და არც ცდილობენ გაატარონ ღონისძიებები მათ შესასრულებლად. დამატებითი ინფორმაციისთვის იხილეთ: *Tier Placements, OFFICE TO MONITOR AND COMBAT TRAFFICKING IN PERSONS. Trafficking in Persons Report 2009, Office to Monitor and Combat Trafficking in Persons*, ხელმისაწვდომია: <<http://www.state.gov/gip/rls/tiprpt/2009/123132.htm>>.
- <sup>13</sup> Czech Republic, National Strategy to Combat Trafficking in Human Beings (2008-2011), Prevention Objectives, ხელმისაწვდომია: <<http://aplikace.mvcr.cz>>.
- <sup>14</sup> იქვე, The priority for the upcoming period.
- <sup>15</sup> იქვე.
- <sup>16</sup> იქვე.
- <sup>17</sup> იქვე.
- <sup>18</sup> Human Trafficking – A Modern Form of Slavery, A Fact Sheet by the Swiss Coordination Unit against the Trafficking in Persons and Smuggling of Migrants (KSMM) November 2007, გვ. 3, ხელმისაწვდომია: <<http://www.childtrafficking.com>>.
- <sup>19</sup> Combating Human Trafficking in Switzerland Progress, Situation, Future Priorities, Report by the KSMM Secretariat, გვ. 18-19, ხელმისაწვდომია: <<http://www.ksmm.admin.ch>> 2010 წლის 20 თებერვლის მდგომარეობით.
- <sup>20</sup> იქვე, გვ. 19.
- <sup>21</sup> იქვე, გვ. 40.
- <sup>22</sup> ადამიანით ვაჭრობის (ტრეფიკინგის) წინააღმდეგ ბრძოლის 2009-2010 წლების სამოქმედო გეგმა, დამტკიცებულია საქართველოს პრეზიდენტ მიხეილ სააკაშვილის 2009 წლის 20 იანვრის 46 განკარგულებით.
- <sup>23</sup> მიგრაციის საერთაშორისო ორგანიზაციის თბილისის ოფისიდან მიღებული ინფორმაცია.
- <sup>24</sup> ინტერვიუ ხათუნა ჭითანავასთან, პროექტის კოორდინატორი, საქართველოს ახალგაზრდა იურისტთა ასოციაცია.
- <sup>25</sup> იქვე.

დანართი





## **NINO PARSADANISHVILI**

### **TRAFFICKING PREVENTION – THE WORLD PRACTICE AND GEORGIA**

#### **INTRODUCTION**

Trafficking, widely known as white slavery, is a very serious challenge for the international community. Effective measures are needed to eradicate the causes of this kind of crime and should be aimed at discouraging potential offenders and trapping as many people as possible. Trafficking prevention is a highly significant issue embedded in many international instruments and domestic legislations. It is noteworthy that conventions establish the standards that should be observed by the states party to the conventions, however, it is important to discern whether the states fulfill their obligations to each particular convention. Additionally, elements established in international mechanisms must be scrutinized for their effectiveness in preventing trafficking. This paper aims to examine these conditions.

The first chapter of this paper examines the international legal framework for trafficking prevention; the second chapter is about various elements for trafficking prevention; and the third chapter observes domestic legislation of different nations with regard to trafficking prevention. It should be mentioned that the states in the first basket regarding anti-trafficking activity have been selected. As Georgia is one of those states, it will be interesting to consider the national legislations of states in similar positions.. The conclusion provides analysis of the information presented in this paper.

#### **1. INTERNATIONAL LEGAL FRAMEWORK**

Trafficking prevention is not an issue that should be regulated only by the legislation of a single state. In order to execute effective

measures against this offense, the issue must be regulated at the global level. Two important international treaties considered in this chapter provide a complete list of actions necessary to be implemented by the states for the sake of a common goal. These treaties are: the protocol to prevent, suppress and punish trafficking in persons, especially women and children, supplementing the United Nations convention against transnational organized crime; and the Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings.

##### **1.1. Palermo Protocol**

The protocol to prevent, suppress and punish trafficking in persons, especially women and children, supplementing the United Nations convention against transnational organized crime, is widely known as the Palermo Protocol, which is a very important anti-trafficking document which advances prevention objectives that should be implemented by the states. Namely, according to article 19, State parties shall establish comprehensive policies, programmes and other measures to prevent and combat trafficking in persons. State parties shall endeavor to undertake measures such as research, information and mass media campaigns, in addition to social and economic initiatives, to prevent and combat the trafficking of persons. Special attention should be given to the emphasis on the importance of cooperation between the state agencies, non-governmental organizations and civil society in the field of trafficking prevention in the Palermo Protocol. The State parties are also obliged to alleviate the factors that make persons vulnerable to trafficking, such as pov-



erty, lack of equal opportunities etc.<sup>1</sup> It is also noteworthy that states are obliged to organize various trainings for border officers at crossing points and other relevant officials for the purposes of better prevention of trafficking in persons.<sup>2</sup>

## 1.2. European Convention

The Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings is another important international instrument in combating the trafficking of persons. It is remarkable that at the 3<sup>rd</sup> Summit of member states, delegates strictly condemned the trafficking in human beings, as a threat to fundamental human rights. A result of the summit was that states of origin, transit and destination of trafficking victims decided to use the legally binding document to elaborate a common policy against trafficking.<sup>3</sup>

In his speech at the Conference, Secretary General of the Council of Europe, Thorbjorn Jagland, placed special emphasis on the Convention adopted by the Council of Europe on Action against Trafficking in Human Beings, and mentioned that the Convention covered all forms of trafficking, against women, men and children, both national and transnational, connected to organized crime or not, as well as all forms of exploitation. The most important issue, however, is the fact that the trafficking victim shall not be subjected to criminal prosecution. At the request of the Secretary General, the European community shall become a partner to this Convention, as the victim-oriented approach is the only effective way to fight trafficking.<sup>4</sup>

According to the Convention, the State parties are obliged to establish cooperation between the various bodies responsible for trafficking issues. They must also raise public awareness, promote a Human Rights-based approach and secure gender equality.<sup>5</sup> The states shall adopt legislative and other measures to prevent commercial carriers from being used as a means for trafficking. The legislation shall also permit the denial of entry or revocation of visas of persons implicated in the commission of trafficking offences.<sup>6</sup>

As previously mentioned, in addition to the international treaty framework, the elements significant in achieving a common goal of trafficking prevention should also be reviewed. The following chapter elaborates on these elements.

## 2. TRAFFICKING PREVENTION

In order to take effective measures against trafficking the state shall act within a certain strategy framework; and the best outcome can be achieved through observing the standards established under the two conventions aforementioned. According to those Conventions, the following elements should be taken into account<sup>7</sup>:

- Reduction of vulnerability of potential victims through social and economic development;
- Discouraging the demand of the service of persons subjected to trafficking;
- Unconditional observance of gender mainstreaming;
- Raising public education/awareness;
- Border control;
- Prevention of corruption among civil servants.

This paper examines two elements: the improvement of the social-economic background and raising public awareness, as these two elements play major roles in trafficking prevention.

### 2.1. Improvement of the social-economic background

It is widely acknowledged that trafficking is a phenomenon that occurs mostly in places suffering economic crisis. Residents of the Post-Soviet sphere, the South Caucasus, Central and Eastern Europe, , South-East Asia, North Africa and the Caribbean, leave their countries for richer ones to seek a better fortune.<sup>8</sup>

Article 63 of the founding Treaty of the European Community imposed the obligation to the Council of the European Union to adopt measures on the immigration policy within 5 years after enactment of the Amsterdam

Treaty. These measures imply the conditions of entry and residence, procedural standards on issuing visas and residence permits by the member states, including family reintegration, and issues relating to illegal immigration and illegal residency, including repatriation of illegal residents.<sup>9</sup>

In 2001, the European Commission adopted a proposal on one of the directives which “establishes the conditions of entry and residence of citizens of third countries for the purpose of economic activity through paid employment or self-employment”.<sup>10</sup>

As it was previously mentioned, according to the general approach, there is a need for liberalization of the immigration law in order to prevent potential victims of trafficking to be involved with this criminal network. However, if we even make a superficial analysis, it will become evident that liberalization of legislation will take us from one extreme to another; namely, the number of major donor countries of trafficking victims should be taken into account with the number of the population. Initially, consideration has been given to the central and eastern European countries, which possess a considerable number of inhabitants. We must remember that citizens from these states leave to other countries for labour purposes and become victims of trafficking. Therefore, liberalizing immigration laws more may lay the ground to an irreversible process where more and more people may become labour-seekers in foreign countries. For example, in Greece there are rather strict rules for non-residents of EU countries. Working without a labor and residence permit in Greece is illegal (which is an encouraging factor for people involved in trafficking). Nevertheless, the total number of immigrants from Georgia to Greece doubled in 1998-2007.<sup>11</sup> Therefore, if such a considerable amount of people have no fear to travel abroad and work there, the number of immigrants will definitely increase if movement becomes simplified; however, the result will be rather sad, as there will be a lack of job vacancies in the countries of destination. The aforementioned fact will cause the development of a trafficking network in other ways; namely, traffickers

will try to convince people they have friends reserving job placements. All the client has to do is pay a sum of money, which will presumably guarantee legal labor abroad. Such a development may not eradicate trafficking, but may have an opposite effect.. Therefore, efforts should be made to create more working possibilities and develop the infrastructure in the donor countries. The issue of state policy regarding raising awareness in accordance to the legislation will be analyzed in the following chapter.

### **3. THE DOMESTIC LEGISLATION OF THE STATES**

Trafficking prevention remains a very important task for the world community and almost every country implements certain measures to eliminate this offence. Consequently, it's rather difficult to address the national legal norms on trafficking prevention of every country. Countries are divided into three anti-trafficking activity categories – three baskets.<sup>12</sup> Because states worldwide are divided into three parts – states of the first, second and third baskets, it would be reasonable to focus attention on those states in the first basket category, like Georgia to learn from their experiences and help develop domestic norms.

#### **3.1. The Czech Republic**

The Czech Republic is the first state selected for its multifaceted theoretical and practical knowledge in the field of trafficking prevention. Its well-developed plans make the Czech Republic's strategy interesting for others.

According to the national action plan for 2008-2011 of the Czech Republic, the following measures should be implemented for trafficking prevention:<sup>13</sup>

- Elimination of circumstances encouraging involvement of persons in trafficking (discrimination, social background);
- Improvement of the level of readiness of institutions, organizations and the groups of people for solving problems relating to the trafficking.

- Prevention from revictimization;
- Implementation of effective border control to secure early identification of trafficking victims or possible victims;
- Dissemination of information regarding all risks connected with trafficking.

According to this plan, trafficking prevention is recognized as one of the main priorities. Since the action plan has certain similarities to the Georgian plan, focus will be placed on the major differences and the approaches that are desirable for introduction in Georgia. Specifically, the Czech Republic's action plan recognizes the importance of cooperation and joint work on prevention issues with the source countries. At the same time, local governance bodies shall pay proper attention to how children spend their free time.<sup>14</sup> As a matter of fact, the Czech Republic provides a means of raising the awareness of those marginalized children and young people without sufficient conditions to get an education, for instance, street children, abandoned children and others. By showing special films and organizing regional projects, the Czech Republic helps prevent the children from getting involved in trafficking.<sup>15</sup> Additionally, the Czech Republic's action plan provides a service to people involved in prostitution and has established trafficking information hot-line with protection of anonymity.<sup>16</sup> Although employers in the Czech Republic are well informed about labor rights, the state still tries to reveal "invisible exploitation" that occurs by permanent monitoring of the labor market and administrative investigations,<sup>17</sup> which is necessary to minimize cases of human rights violations.

Based on this example, it would be desirable to perform child monitoring in Georgia, as children from an unfavorable environment may pose a certain threat to society and to the state, accordingly. Therefore, monitoring and control represent an important tool in preventing the development of a potential offender. Permanent monitoring of the work place is another important tool for effective implementation of anti-trafficking measures, since monitoring may provide an early warning of threats.

### 3.2. Switzerland

Switzerland is another interesting country among first basket states. It is highly commendable that Switzerland exercises anti-trafficking measures not only on its territory, but also provides significant assistance to the states of victim's origins by raising public awareness in such countries aimed at securing prevention of victimization.

The Swiss international unit on human trafficking and migrant smuggling was established in 2003. The federal police service and the Federal Department of Foreign Affairs are the bodies responsible for implementing the relevant measures.<sup>18</sup> Since 2003, the Department has been trying to help more and more countries with trafficking prevention issues and to this end, Switzerland spends 2-3 million Swiss Franks annually. The Department has provided assistance to the following states:<sup>19</sup>

**The Russian Federation (prevention and victims' protection):** The Swiss Agency of Development and Cooperation provides assistance to various projects, including: preventive measures regarding visas at the consulate department of Switzerland; rehabilitation center of the International Organization for Migration for returned victims in Moscow; free hot-line for those who need assistance among the Russian speaking population in Switzerland, and also in Russia.

**Brazil:** The project is aimed at developing the national strategy against trafficking and migrant smuggling and encouraging victim reintegration.

**The Dominican Republic:** Switzerland supports prevention and victim reintegration projects that focus on women and are implemented by the non-governmental sector.

**Nigeria:** Assistance to the National Coordinating Bureau against trafficking, and elaborating the national action plan and financing several measures.

Switzerland pays special attention to cabaret dancers by monitoring developments around them and working for raising awareness. For the purpose of trafficking prevention, cabaret dancers should provide a residence permit.<sup>20</sup>

The Swiss government believes that trafficking prevention will be more effective if the assistance effort is directed at the countries of origin. In Switzerland, preventive measures are recognized as a priority of the state policy at the domestic level, especially abroad.<sup>21</sup>

### 3.3. Georgia

The national plan on combating trafficking approved by the President of Georgia under Decree #46 of 20 January 2009 is built on three dimensions:<sup>22</sup> a) trafficking prevention; b) protection of the victims of trafficking; c) criminal prosecution of persons committing the trafficking offense.

This paper is focused on prevention of trafficking offenses; the other two issues will not be discussed.

#### Television Space

According to the 2009-2010 Action Plan, the priority issues are raising public awareness by launching an information campaign, including the creation of video clips and TV and radio programs on the topic. The Coordinating Council and Public Broadcaster are responsible for implementing these measures. Examples of the state's activity against trafficking include an advertising clip aired on the Public Broadcasting Station and a special show discussing all aspects of trafficking. The Ministry of Education prepared, with the participation of schoolchildren, the video-clip "Do not exchange freedom with slavery." The International Organization for Migration, in cooperation with the Fund of Protection and Assistance to the Victims of Trafficking, developed a prevention and combat trafficking supplement for TV. Last spring, the Public Broadcaster presented a program about trafficking within the TV show "Life is Wonderful".

However, a few advertisements broadcasted on TV and a single TV program may not be considered very effective. Anti-trafficking measures should be regular in nature. Information on the punishment of offenders should be disseminated in order to eliminate the syndrome of impunity in society and victims of trafficking should become confident

that if they cooperate with the relevant state agencies, they will be better protected and new measures will be implemented against offenders.

The state should also regulate the broadcasting of advertising clips on trafficking prevention by different TV channels. Data provided by the International Organization for Migration shows that a 48-second advertisement for one month on TV Rustavi-2 costs 3,018.00 USD, and a 2-month advertising block on Imedi TV costs 3,106.30 USD, even after a 40% discount provided by the administration of both channels.<sup>23</sup> Obviously, advertising on different TV channels is a rather expensive indulgence, but if trafficking prevention is a state priority, advertising should be more exploited.

Regarding the development and dissemination of printed material at border regions and other areas of high risk, a quite interesting measure has been implemented by NGOs operating in Georgia. Special envelopes were designed with information regarding those entities involved in the anti-trafficking campaign in Georgia. These envelopes were then distributed among travel companies, for putting travelers' tickets in them.<sup>24</sup> This is one unique way of raising public awareness. However, including information on the same envelope of agencies that perform similar functions in the destination country would be more effective. Unfortunately not all the travel agencies received these envelopes.

In addition, the following measures are being considered in regards to the Georgian action plan for 2009-2010:

- Public discussion on trafficking issues at institutions of higher and vocational education;
- Popularization of a hot-line for the purposes of preventing and combating trafficking;
- Updating information at the websites of the relevant agencies;
- Development of the Ministry of Education and Science of Georgia educational programs: deliberation of existing educational norms, introduction of model lectures, elaboration and introduction of educa-

tional programs for children residing in orphanages and shelters.

In addition to these aforementioned measures, conferences and competitions on trafficking issues could be organized which are aimed at providing school-children with not only theoretical knowledge, but should also develop their practical skills as well. With such a background they will be able to analyze reality better and prevent cases of trafficking. In this regard, the Georgian Young Lawyers Association implemented the project “No to Trafficking” in 2004-2009. Within this project, a conference was organized for school children and the most successful participants received special gifts.<sup>25</sup> This is a remarkable idea and such competitions should have a regular nature, especially in circumstances where most school children have no information about trafficking. With financial support from Switzerland, the International Organization for Migration, along with the Ministry of Education, developed and prepared “For Parents,” a booklet about trafficking, which was distributed among school children.

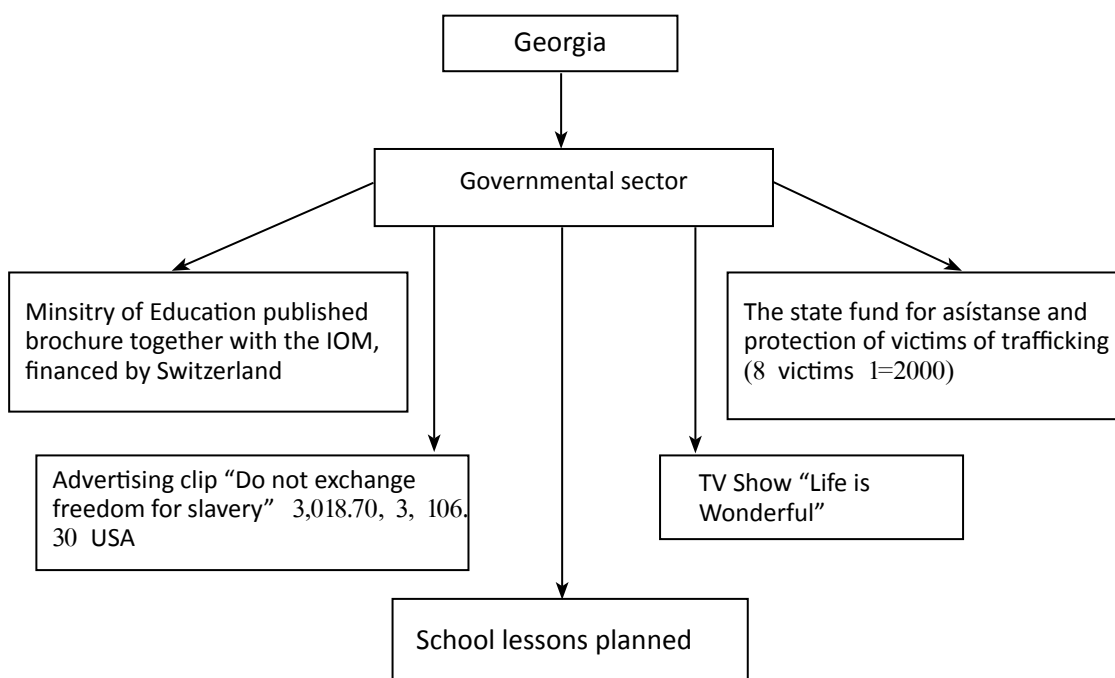
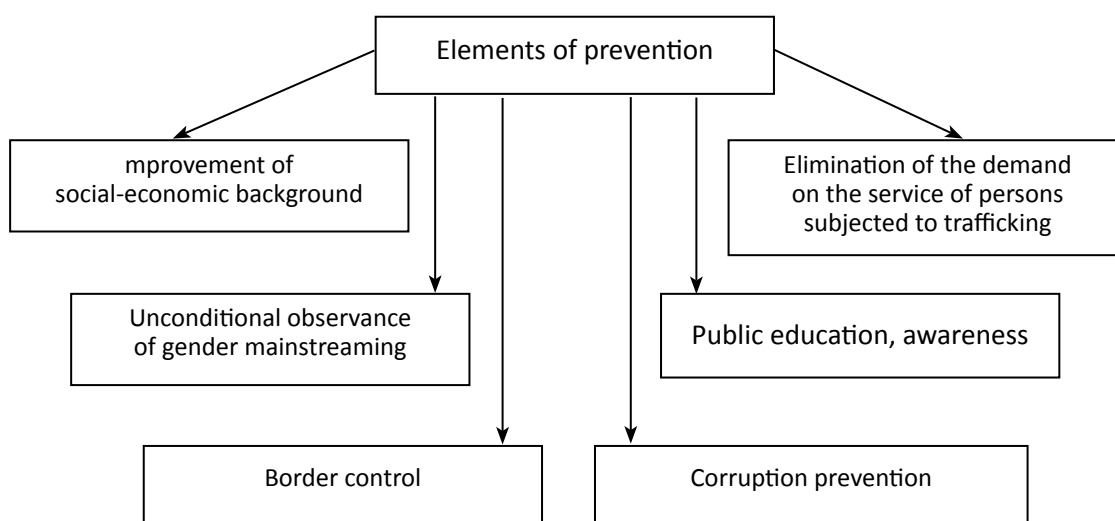
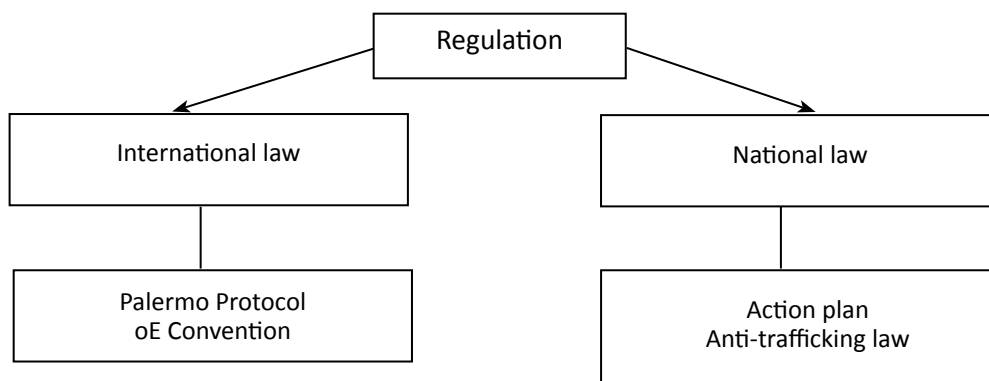
In addition to the consultations with several specialists working in this field, we also conducted a questionnaire-based survey of potential victims for different age groups, including school children. . Most respondents stated that they would refrain from handing over identification documents to strangers and signing a contract written in a foreign language, even if all contractual conditions were agreed on beforehand. However, when asked if they would do the same with someone they knew, the vast majority agreed readily. The majority of respondents had either no information about trafficking, or not enough. At the same time, they were ready to learn more about trafficking. While this paper in no way aims to propagate mistrust, it must be stressed that it's better for society to realize that a moderate attitude is necessary in every relation, including confidence. Because Georgia has such a small population, preventing even a single citizen from being a trafficking victim is very important. Therefore, it is in the country's best interest to consider the experience of other states and deliberate on the existing norms. It

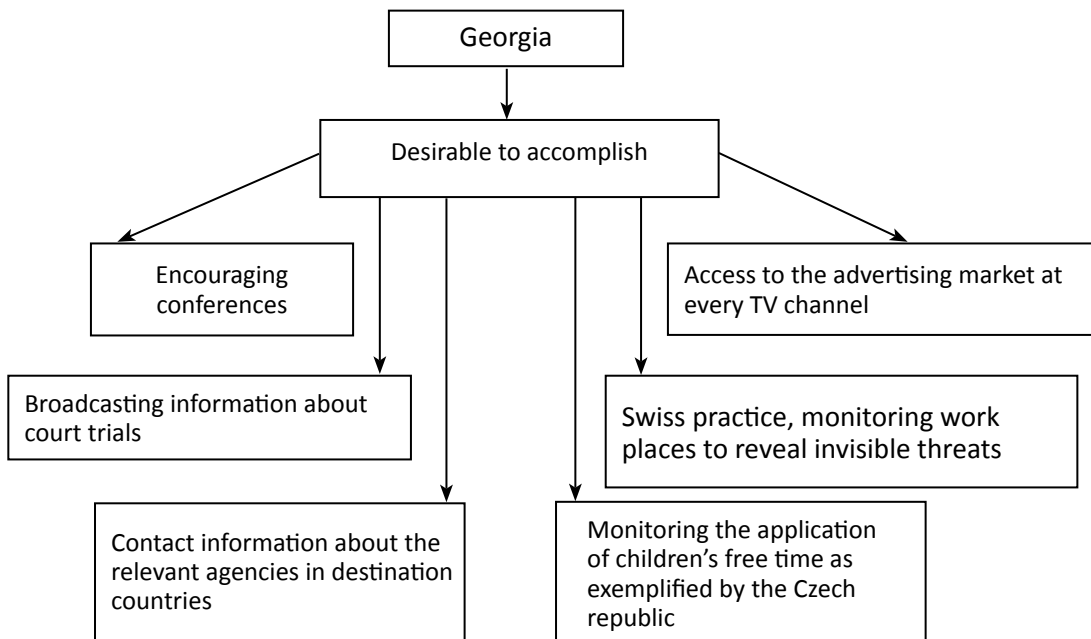
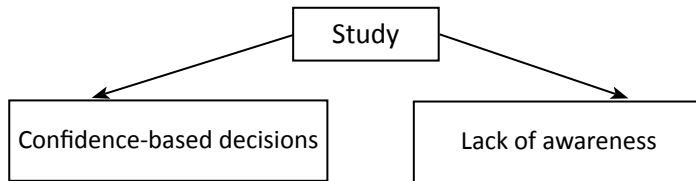
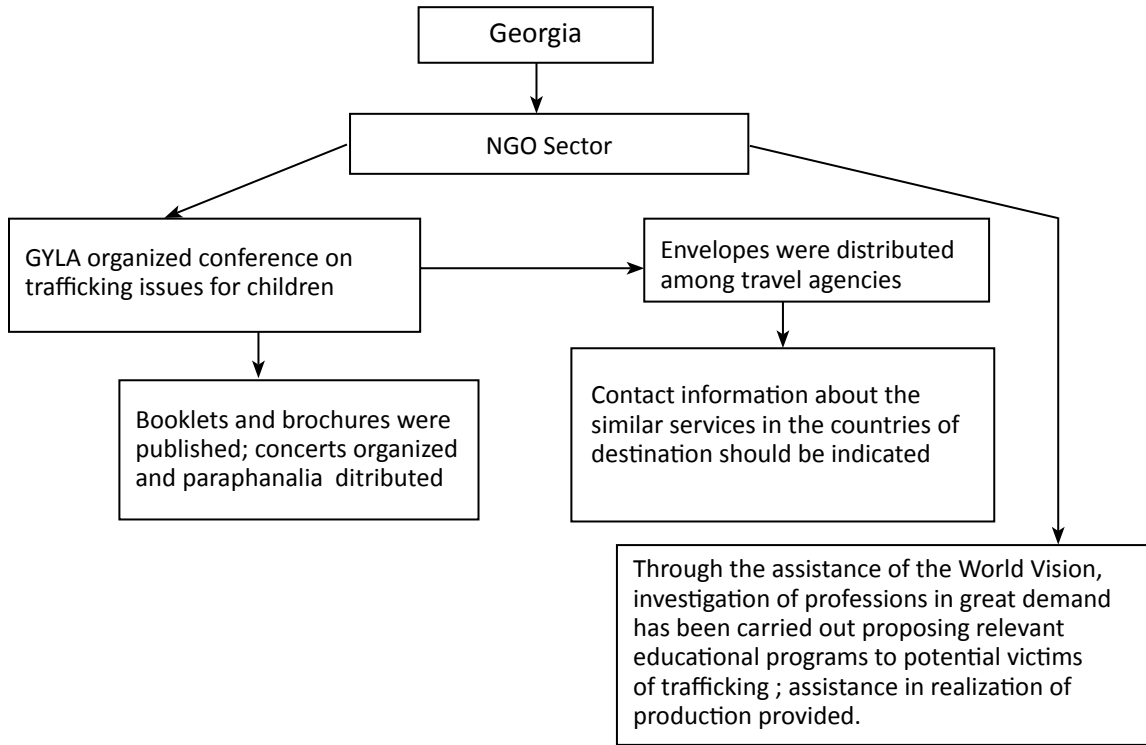
is also important for the state to create job opportunities for at least some of its citizens. In this regard, the NGO World Vision provides a good example. Through the assistance of this organization, all professions in great demand have been investigated and relevant training programs were proposed to potential trafficking victims . Assistance in manufacturing certain goods is also in place. This measure is an encouraging factor for improving the social-economic background of the country and has also created an opportunity for citizens to find their own place in their country, instead of traveling abroad. (See annex for schemes of discussed information).

## **CONCLUSION**

As stated in the paper, measures against trafficking are strictly regulated by international and national legislations, but practical implementation of binding regulations is rather problematic. Due to the lack of relevant financial resources and poor legal regulations, there are not enough advertising clips prepared and aired, while there are not enough lessons in schools on combating trafficking . It is necessary to organize popular competitions to deliver trafficking information to a wider portion of society, as well. The practice of other states should also be taken into consideration, especially the Swiss approach to trafficking prevention, as it has a well-developed system of assisting other states. Switzerland, like the Czech Republic, has the good practice of a flexible application of its national law in anti-trafficking activities. Special reference should also be made to the permanent monitoring of offices or employees that are allegedly involved in trafficking or represent potential victims. Such monitoring is performed by representatives of relevant agencies and provides the most appropriate tool for the purpose of trafficking prevention, since early warning of threats is the best mechanism for preventing serious misconduct and committing the crime.

- 
- <sup>1</sup> Protocol to prevent, suppress and punish trafficking in persons, especially women and children, supplementing the united nations convention against transnational organized crime, article 9.
  - <sup>2</sup> Ibid, article 10.
  - <sup>3</sup> Guidelines for parliamentarians “Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings”, p 15-16; see at <[www.coe.int/trafficking](http://www.coe.int/trafficking)>.
  - <sup>4</sup> EU Ministerial Conference Towards Global EU Action against Trafficking in Human Beings The Third EU Anti Trafficking Day 19 – 20 October 2009, Conference Report, Thorbjørn JAGLAND, Secretary-General, Council of Europe, p 8-9.
  - <sup>5</sup> Council of Europe Convention on Actions against Trafficking in Human Beings, article 5.
  - <sup>6</sup> Ibid, article 7.
  - <sup>7</sup> Training material for judges and prosecutors on combating trafficking, ICMPD, 2006 [hereinafter Training Material], p 92-93.
  - <sup>8</sup> Brief vocabulary of Gender Terminology / Ia Merkviladze [ed. Naira Popiashvili; translated by Hamlet Zukakishvili]; Kavkasiis Saxli, Tb., 2003, p 112.
  - <sup>9</sup> Training Material, p 93, footnote 7.
  - <sup>10</sup> Ibid, p 92-93.
  - <sup>11</sup> Immigration guidbook – Greece, published by the EU financial support ICMPD, ILO, OSCE, p 7.
  - <sup>12</sup> It should be mentioned that the first basket consists of states where the governments fully comply with the Act on protection of the victims of trafficking; the second basket consists of the states where the governments do not comprehensively fulfill the standards but make significant steps towards it; countries of the third basket do not fulfill the standards, nor are willing to implement anti-trafficking measures. For additional information see: *Tier Placements, Trafficking in Persons Report 2009, Office to Monitor and Combat Trafficking in Persons*, see at: <<http://www.state.gov/g/tip/rls/tiprpt/2009/123132.htm>>.
  - <sup>13</sup> Czech Republic, National Strategy to Combat Trafficking in Human Beings (2008-2011), Prevention Objectives, xelmisawvdomia: < <http://aplikace.mvcr.cz>>.
  - <sup>14</sup> Ibid, The priority for the upcoming period.
  - <sup>15</sup> Ibid.
  - <sup>16</sup> Ibid.
  - <sup>17</sup> Ibid.
  - <sup>18</sup> Human Trafficking – A Modern Form of Slavery, A Fact Sheet by the Swiss Coordination Unit against the Trafficking in Persons and Smuggling of Migrants (KSMM) November 2007, p 3, see at: < <http://www.childtrafficking.com>>.
  - <sup>19</sup> Combating Human Trafficking in Switzerland Progress,+ Situation, Future Priorities, Report by the KSMM Secretariat, p 18-19, see at: < <http://www.ksmm.admin.ch>> as of 20 February 2010.
  - <sup>20</sup> Ibid, p 19.
  - <sup>21</sup> Ibid, p. 40.
  - <sup>22</sup> Action plan for 2009-2010 on Measures against Trafficking in Persons, approved by the President of Georgia, Mikheil Saakashvili under the Decree 46 of 20 January 2009.
  - <sup>23</sup> Information received from Tbilisi Office of the IOM.
  - <sup>24</sup> Interview with Khatuna Chitanava, Project Coordinator, GYLA.
  - <sup>25</sup> Ibid







## ევთანაზიის ზნეობრივი და სამართლებრივი პრობლემები

### შესავალი

ადამიანის სიცოცხლის ხელშეუხებლობა პირველად 1215 წელს ინგლისის მეფის მიერ ხელმოწერილ თავისუფლების დიად ქარტიაში დაფიქსირდა.

სიცოცხლის უფლება, ამ სიტყვის პირდაპირი მნიშვნელობით, თითქოს უნდა ნიშნავდეს სახელმწიფოს მოვალეობას, აჩუქოს თავის მოქალაქეებს უკვდავება, მაგრამ ესეც რომ მოახერხოს, თვითმკვლელობას ხომ ვერ აუკრძალავს?!

სიცოცხლის უფლება არ ნიშნავს მარადიულად ამქვეყნიური ცხოვრების უფლებას. ეს უნდა გავიგოთ ისე, რომ არავის არა აქვს სხვისი სიცოცხლის არაბუნებრივად შეწყვეტის უფლება, თუ სახეზე არაა მართლწინააღმდეგობის გამომრიცხველი გარემოება.

სინამდვილეში სიცოცხლის უფლების ამგვარი გაგება იმას გულისხმობს, რომ სახელმწიფო ვალდებულია, დაეხმაროს თავის თითოეულ მოქალაქეს სიცოცხლის შენარჩუნებაში.<sup>1</sup> გამოდის, რომ სიცოცხლე სწორედაც რომ ადამიანის უფლება ყოფილა.

თავისუფლებები, რომელთაც ნეგატიურ უფლებებსაც უწოდებენ, სახელმწიფოს პასიურობას გულისხმობს. სიცოცხლის უფლების ამგვარი გაგება ნიშნავს, რომ ადამიანის სიცოცხლე თვითონ ადამიანის ხელშია და მისი წართმევის უფლება არავის აქვს, სხვა დანარჩენი კი პიროვნების საზრუნავია.

ევთანაზია<sup>2</sup> ერთ-ერთი უმნიშვნელოვანესი საკითხია თანამედროვე მსოფლიო საზოგადოებისთვის.<sup>3</sup> იგი გულისხმობს ტერმინალურ სტადიაზე მყოფი, უკურნებელი სენით დაავადებული ავადმყოფებისთვის

სიცოცხლის მოსპობას, მისი ფიზიკური ტანჯვისაგან გათავისუფლების მიზნით.<sup>4</sup>

სისხლის სამართლის მეცნიერებასა და პრაქტიკაში საკითხი მსხვერპლის თხოვნით სიცოცხლის მოსპობის შესახებ იყო და დღესაც განსაკუთრებით საკამათოა. უამრავი კითხვა ისმის ევთანაზიის გარშემო. არსებობს სხვადასხვა მოსაზრება იმის თაობაზე, შეუძლია თუ არა ადამიანს, განკარგოს თავისი სიცოცხლე ისე, როგორც სურს. არ არსებობს პასუხი კითხვებზე – ევთანაზია დანაშაულია, თუ მონყალეა, იგი საყოველთაოდ დასჯადად უნდა გამოცხადდეს, თუ ჰუმანურ აქტად.

ევთანაზიის საკითხი აქტუალურია როგორც თეორიული, ისე პრაქტიკული თვალსაზრისით. ევთანაზიის სამედიცინო, სამართლებრივი, ფილოსოფიური, აქსიოლოგიური, ეთიკური ასპექტების შესახებ საკმარაოდენობის შეფასებებისა და დასკვნების მიუხედავად, მრავალ არსებით საკითხზე არ არსებობს ერთიანი მოსაზრება. ჯერჯერობით პასუხგაუცემელია კითხვა, ვალდებულია თუ არა ადამიანი, სხვა ადამიანის (ძირითადად, ახლო ნათესავის) ხანგრძლივ და აგონიურ ტანჯვას უყუროს და არაფერი მოიმოქმედოს მისი ტანჯვისგან გასათავისუფლებლად?! ვალდებულია თუ არა ექიმი, ბოლომდე იბრძოლოს ადამიანის სიცოცხლის შენარჩუნებისთვის და, ამასთან, გაახანგრძლივოს მისი ტანჯვა, თუ მას უფლება აქვს, გაათავისუფლოს ადამიანი ტანჯვისაგან და მას „ტკბილი სიკვდილი“ აჩუქოს?! ამით ექიმი ადამიანის უფლების განხორციელებას ემსახურება, თუ ბოროტების აქტს? ამ კითხვებზე ყველა ქვეყანა ინდივიდუალურად სცემს პასუხს, იმის მიხედვით, თუ როგორია

მათი სამართლებრივი, საზოგადოებრივი და რელიგიური აზროვნება.

### 1. ევთანაზიის პრობლემის ზოგადი დახასიათება

ზემოთ დასმულ კითხვებზე პასუხის გაცემისას უნდა აღინიშნოს, რომ ღვთისგან ბოძებული სიცოცხლეა და არა სიკვდილ-სიცოცხლის არჩევანი, როგორც ეს ხშირად ჰგონიათ. მაგალითად, თვითმკვლელობა მიუტევებელი ცოდვაა, მაგრამ სამართლებრივად არ ისჯება. ადამიანს (ავადმყოფს, პაციენტს) უფლება აქვს, უარი თქვას არა მხოლოდ რომელიმე სამკურნალო პროცედურაზე (მაგალითად, სისხლის გადასხმაზე), არამედ მთლიანად მკურნალობაზე. ეს მისი გადასაწყვეტია და ნებისმიერი იძულება დაარღვევს მისი ფიზიკური ხელშეუხებლობის უფლებას და განიხილება როგორც ძალადობა.

ზოგ ქვეყანაში ევთანაზიის სამივე სახე<sup>5</sup> მთლიანად აკრძალულია, მაგალითად: საფრანგეთი, რუსეთი;<sup>6</sup> ზოგან დანაშაულის შემამასუბუქებელ გარემოებადაა მიჩნეული, მაგალითად: გერმანია, ავსტრია, პორტუგალია, საქართველო;<sup>7</sup> ზოგან კი იგი ნებადართულია,<sup>8</sup> მაგალითად: ჰოლანდია, ბელგია, პერუ, ავსტრალია, არგენტინა, კოლუმბია, იაპონია.<sup>9</sup>

პირველი ქვეყანა, რომელმაც ევთანაზია დააკანონა, ჰოლანდია იყო. ჰოლანდიაში ევთანაზია არაფორმალურად, ფაქტობრივად, 1993 წლიდან იყო დაშვებული, 2001 წელს კი პარლამენტმა მიიღო კანონი, რომელიც ევთანაზიას კანონიერად აცხადებდა. ევთანაზია დასაშვებია იმ შემთხვევაში, თუ ავადმყოფი განუკურნებელი სენით არის ავად და განიცდის აუტანელ ფიზიკურ ტკივილს. კომისიის მიერ წარდგენილ დოკუმენტთა შორის აუცილებლად უნდა იყოს პაციენტის გაცნობიერებული წერილობითი განცხადება, ასევე საჭიროა განმეორებითი სამედიცინო დასკვნა. დადებითი გადაწყვეტილების მიღების შემთხვევაში, ავადმყოფს ეძლევა ევთანაზიის აქტის განხორციელების უფლება.<sup>10</sup>

ყოველი ოცდამეხუთე უკურნებელი სენით დაავადებული ჰოლანდიელი, რომელიც

სახლში ხვდება სიკვდილს, სამედიცინო დახმარების ამ უკიდურეს ფორმას მიმართავს. საავადმყოფოებში კი ასე იქცევა ყოველი სამოცდამეხუთმეტე.<sup>11</sup>

დიდ ბრიტანეთში 1936-1950 წლებში ევთანაზიის მომხრეებმა ევთანაზიის დაკანონების თაობაზე ლორდთა პალატაში წინადადება შეიტანეს. ამ წინადადებამ მარცხი განიცადა და იგი არ მიიღეს, მაგრამ 1969 წელს, ხანგრძლივი დისკუსიების შემდეგ, ლორდთა პალატაში 60 ხმის წინააღმდეგ უკვე 40 ხმა იყო მომხრე, მიუხედავად კანონი ევთანაზიის დაკანონების შესახებ.<sup>12</sup>

დიდ ბრიტანეთში 2000 წელს გამოცემულ იქნა ჯანდაცვის სამინისტროს მკაცრი წესები, რომლის თანახმადაც, ექიმს უფლება აქვს, არ ამუშაოს პაციენტის გული ან არ აღადგინოს სუნთქვა, რათა განუკურნებელი პაციენტი აღარ შეაწუხოს გაუსაძლისმა ფიზიკურმა ტკივილებმა. ექიმს შეუძლია იყოს უმოქმედოდ, თუ პაციენტის ნება დადასტურებულია დოკუმენტით, თუ პაციენტს არანაირი შესაძლებლობა არ აქვს რეანიმაციის წარმატებაზე და თუ პაციენტის სიცოცხლე რეანიმაციის შემდეგ წამება იქნება. ე.ი. ევთანაზია დიდ ბრიტანეთში აკრძალულია, თუმცა დაშვებულია გამონაკლისი, რაც გულისხმობს, რომ ქვეყანა გარკვეულწილად ცნობს პასიურ ევთანაზიას.<sup>13</sup>

2002 წლიდან პასიური ევთანაზია დაშვებულია შვეიცარიაში, თუმცა მისი განხორციელებისთვის დაცული უნდა იყოს კანონით დათქმული ფორმულები.

2002 წელს ევთანაზია ბელგიის კანონმდებლობით დაკანონდა. ევთანაზიაზე უფლება აქვს ბელგიის მოქალაქეს 18 წლის ასაკიდან. ბელგიის უნივერსიტეტის ხელმძღვანელობის გადაწყვეტილებით, ევთანაზია სასწავლო კურსის სახითაც კი ისწავლება სამედიცინო ფაკულტეტის სტუდენტებისთვის, რათა მათ შეძლონ, ნორმალურად და მინიმალური რისკის ფარგლებში განახორციელონ ევთანაზია. მომავლად ევთანაზია შვეიცარიაშიც „ენმარებიან“. აქ „ტკბილი სიკვდილი“ აფთიაქშიც კი იყიდება, თუმცა რეცეპტით და მხოლოდ შვეიცარიის მოქალაქეებზე.<sup>14</sup>

რუსეთის კანონმდებლობით, მკვლელობა მსხვერპლის თხოვნით განიხილება რო-

გორც ჩვეულებრივი განზრახი მკვლელობა, ყოველგვარი შემამსუბუქებელი გარემოებების გარეშე. რუსეთის კანონში „მოქალაქეთა ჯანმრთელობის დაცვის შესახებ“ ხაზგასმულია, რომ ევთანაზია ყოველმხრივ დაუშვებელია. სამედიცინო პერსონალს ეკრძალება ევთანაზიის განხორციელება, თუნდაც ავადმყოფის გამუდმებული და დაჟინებული თხოვნით.<sup>15</sup>

საფრანგეთის კანონმდებლობა ევთანაზიას, ჩვეულებრივ, განზრახ მკვლელობად განიხილავს, თუმცა ამ რამდენიმე წლის წინ საფრანგეთში მიღებულ იქნა კანონი, რომელიც პასიურ ევთანაზიას ეხება. ამ კანონით, განუკურნებელი სენით დაავადებულ ავადმყოფს უფლება მიეცა, უარი თქვას მკურნალობაზე, ამისთვის აუცილებელია არსებობდეს პაციენტის წერილობითი განცხადება და მტკიცებულება იმისა, რომ ეს გადაწყვეტილება ნებაყოფლობით და გაცნობიერებულად არის მიღებული.<sup>16</sup>

გერმანიის კანონმდებლობა დასჯადაც აცხადებს ევთანაზიას. დანაშაულად ითვლება, თუკი მომაკვდავის თხოვნით, ექიმი აქტიური ჩარევით ათავისუფლებს მას ტანჯვისაგან. ამის ერთ-ერთი მიზეზი ნაციონალიზმის წლების გამოცდილებაა. მაშინ ათიათასობით გერმანელი, რომელთაც თანდაყოლილი გონებრივი და ფიზიკური ნაკლი აღენიშნებოდათ, სახელმწიფო პროგრამის – „ერის გენოფონდის გაჯანმრთელება“ – მსხვერპლი გახდა. მას შემდეგ „მონყალების გალების მიზნით“ მკვლელობა მჭიდროდ დაუკავშირდა თეთრხალათიანი ნაცისტების თვითნებობას, რომლებსაც მიაჩნდათ, რომ თავად ჰქონდათ იმის გადაწყვეტის უფლება, თუ ვის უნდა ეცოცხლა და ვის არა.

გერმანიაში პაციენტს ეხმარებიან ტკივილის გაყუჩებაში, თუმცა ევთანაზია აკრძალულია. გერმანიის სისხლის სამართლის კოდექსის 216-ე მუხლი, მკვლელობა მსხვერპლის თხოვნით, განსაზღვრავს: „ვინც კლავს პირს მისივე კატეგორიული და დაჟინებული თხოვნის საფუძველზე, გამოსაღმოს სიცოცხლეს, ისჯება თავისუფლების აღკვეთით 6 თვიდან 5 წლამდე“. ნორმიდან ჩანს, რომ ევთანაზია ნაკლებად მძიმე დანაშაულადაა აღიარებული.<sup>17</sup> მიუხედავად კანონის ამ მოთხოვნისა, 2008 წლის 12 დეკემბერს

30 წლის მოქალაქე სტეფან დუფორი სასამართლომ უდანაშაულოდ ცნო თავისი ბიძის მიმართ განხორციელებულ ევთანაზიაში. სასამართლო პროცესზე დუფორმა განაცხადა, რომ მისი ქმედება ბიძის დაჟინებული თხოვნით იყო პროვოცირებული, რადგან მან ვერ გაუძლო რამდენიმე თვის განმავლობაში ბიძის დაჟინებულ მუდარას, დახმარებოდა მას თვითმკვლელობაში.<sup>18</sup> აღნიშნული მეტყველებს, რომ გერმანიაში ევთანაზიის მიმართ თანდათან ლოიალური დამოკიდებულება ყალიბდება და სასამართლოც და საზოგადოებაც ქმედების ჩამდენის გამართლების საფუძველს ეძებს.

კათოლიკურ იტალიაში სიტყვა „ევთანაზია“ პოპულარული არ არის, თუმცა დისკუსიები ამ თემაზე აქტიურად მიმდინარეობს როგორც სამედიცინო, ისე სამართლებრივი თვალსაზრისით.<sup>19</sup> რამდენიმე წლის წინ ტურინში ჩატარებული ევთანაზიის პრობლემებისადმი მიძღვნილი სიმპოზიუმის მონაწილე იურისტებმა შეიმუშავეს საკამათოდ საინტერესო დოკუმენტის პროექტი „ბიოლოგიური ანდერძი“, რომლის მიხედვითაც, მისი ხელმოწერა შეეძლოთ განუკურნებელი სენით დაავადებულ პაციენტებს. ის ათავისუფლებდა იურიდიული პასუხისმგებლობისგან იმ მედპერსონალს, რომელიც ავადმყოფებს „ტკბილ სიკვდილში“ დაეხმარებოდა. სიმპოზიუმის მონაწილენი ხაზს უსვამდნენ, რომ ევთანაზია უნდა განიხილონ როგორც ადამიანის ფუნდამენტური უფლება.<sup>20</sup> ამ იდეამ იტალიაში მხარდაჭერა ვერ პოვა, რისი მიზეზიც ის შეურიგებელი პოზიციაა, რომელიც ევთანაზიის საკითხებში კათოლიკურ ეკლესიას უჭირავს. რომის პაპმა იოანე-პავლე მეორემ მისთვის უჩვეულოდ მწვავე ფორმით მოსთხოვა ხელისუფლებას, მიეღო ზომები ოჯახის დასაცავად, აბორტებისა და ევთანაზიის ასაკრძალავად. პაპმა მოუწოდა ეკლესიის მსახურებს, ყველა საშუალებით იბრძოლონ ევთანაზიისა და თვითმკვლელობაში დახმარების წინააღმდეგ. „ვინც პატივს არ სცემს სიცოცხლეს, განსაკუთრებით კი მის სისუსტეებს, უნდა შეგახსენოთ, რომ ის ღვთის ბოძებულია და მისი დაცვა ყველას მოვალეობაა“, – თქვა პაპმა და ხაზი გაუსვა, რომ ეს ვალდებულება განსაკუთრებით ეხება სამედიცინო სფეროს

მუშაკებს, რომელთაც ჰიპოკრატეს ფიცი აქვთ დადებული.<sup>21</sup>

ეთიკური თვალსაზრისით ისმება კითხვა – ხომ არ არის ევთანაზიის ნებისმიერი გამოვლინება მკვლელობის კანონით ნებადართული ფორმა?! ზოგი ადამიანი, რომლის თვალწინ ახლობელი ნელ-ნელა იღუპება და მის აუტანელ ფიზიკურ ტანჯვას ბოლო არ უჩანს, თვის, რომ, როცა მომაკვდავი თვითონ ითხოვს მისი ტანჯვისათვის ბოლოს მოღებას, მორალზე ლაპარაკი ზედმეტია. თუკი ამ ადამიანის სიცოცხლე მშვენიერი იყო, ასეთივე უნდა იყოს მისი სიკვდილიც – ამბობენ ევთანაზიის მომხრეები.<sup>22</sup>

ჰოლანდიაში საზოგადოებრივი აზრის ყოველწლიური გამოკითხვები აჩვენებს, რომ ევთანაზია არ განიხილება როგორც ადამიანის სიცოცხლის ხელყოფა. გამოკითხულთა 80-90% სწორედ ასე ფიქრობს. როდესაც რომის პაპმა, იოანე-პავლე მეორემ საჯაროდ დაგმო ევთანაზია, ევთანაზიის მომხრე ჰოლანდიელთა რიცხვი 5%-ით გაიზარდა.<sup>23</sup> ევთანაზიის შემთხვევათა რიცხვი ჰოლანდიაში დღითიდღე მატულობს და, ალბათ, ასეც გაგრძელდება მომავალში, ვინაიდან მოსახლეობა მიეჩნია იმ აზრს, რომ დამოუკიდებლად შეუძლია საკუთარი ბედის განსაზღვრა.

დღეს სამედიცინო ტექნიკა და ინტენსიური თერაპიის მეთოდები იმდენად განვითარდა, რომ აპარატებს, რომლებიც ორგანიზმის ყველა სასიცოცხლოდ მნიშვნელოვან ფუნქციას ასრულებენ, პრაქტიკულად შეუზღუდავად შეუძლიათ, გადასწიონ სიკვდილის დადგომის მომენტი. გაჩნდა პრობლემა, რომელიც პასიურ ევთანაზიას უკავშირდება და ის საკანონმდებლო გზით უნდა მოგვარებულიყო, ამიტომ გერმანიაში შეწყვიტეს იმ პაციენტთა ინტენსიური თერაპია, რომლებიც დიდი ხნის განმავლობაში იმყოფებოდნენ კომის მდგომარეობაში, გამოჯანმრთელების რეალური შანსების გარეშე. ამ შემთხვევებში ექიმები ეყრდნობოდნენ იმ მოსაზრებას, რომ თავად პაციენტიც არ იქნებოდა ექიმის ამ გადაწყვეტილების წინააღმდეგი, საკუთარი აზრის გამოთქმა რომ შეძლებოდა.

უნდა აღინიშნოს, რომ პასიურ ევთანაზიას მსოფლიოს უმრავლესი ქვეყანა ცნობს, მათ შორის საქართველოც.<sup>24</sup>

## 2. ევთანაზია საქართველოში კანონმდებლობის მიხედვით

ევთანაზიის მიმართ ქართულ საზოგადოებრივ ცნობიერებაში დამკვიდრებულია, ძირითადად, უარყოფითი დამოკიდებულება, რაც განპირობებულია საქართველოს მართლმადიდებელი ეკლესიის პოზიციით, ძირძველი ეროვნული ტრადიციებით და წეს-ჩვეულებებით, რომელთა თანახმადაც, ევთანაზია აშკარა მკვლელობა და თვითმკვლელობაა, ე.ი. დიდი ცოდვაა.

საქართველოს კანონმდებლობა ევთანაზიას განიხილავს როგორც განზრახ მკვლელობას, ჩადენილს შემამსუბუქებელ გარემოებებში და სასჯელიც შესაბამისად მსუბუქია, ვიდრე ჩვეულებრივი განზრახი მკვლელობისთვის. ფართო მნიშვნელობით, ევთანაზია ფსიქიკურად ან ფიზიკურად „არასრულფასოვანი სიცოცხლის“ მოსპობაა კეთილშობილური მოსაზრებით. სწორედ ამიტომ, კანონმა სასამართლოს უფლება მისცა, მხედველობაში მიიღოს სიბრალულის მოტივი, როგორც პასუხისმგებლობის შემამსუბუქებელი გარემოება.

საქართველოს სისხლის სამართლის კანონმდებლობა აქტიურ ევთანაზიას აბსოლუტურად მიუღებლად მიიჩნევს, რადგან ექიმმა არც ერთ შემთხვევაში არ უნდა მოუსწრაფოს სიცოცხლე ადამიანს და თანაც საფრთხე არ უნდა შეუქმნას მედიკოსის პროფესიის ზნეობრივ საფუძველს.<sup>25</sup>

საქართველოს სსკ-ის 110-ე მუხლის თანახმად, მკვლელობად მიიჩნევა, როცა სიცოცხლის მოსპობა ხდება როგორც დაზარალებულის ნების საწინააღმდეგოდ, ისე მისი თხოვნითა და თანხმობით. დაზარალებულის თანხმობა ან თუნდაც დაჟინებული თხოვნა არ ათავისუფლებს პირს პასუხისმგებლობისგან.

კანონმდებელი დისპოზიციაში სამ მნიშვნელოვან კომპონენტს უსვამს ხაზს: 1. ბრალდებულის შთაგონებას დაზარალებულის მიერ, 2. მომაკვდავის დაჟინებულ თხოვნას, 3. დაზარალებულის ნების შესაბამისობას. ჩამოთვლილი სამი კომპონენტი არის განმსაზღვრელი დამნაშავეის სუბიექტური მხარისა, რამაც განაპირობა ამ განზრახ მკვლელობის შემამსუბუქებელი

ხასიათი. დამნაშავე განზრახ კლავს ავადმყოფს, მაგრამ ეს განზრახვა, სურვილი დაზარალებულისაგან არის შთაგონებული და აღძრული, მკვლელობის მიზანი კი მომაკვდავის ძლიერი ფიზიკური ტკივილისაგან გათავისუფლებაა.

მსხვერპლის დაჟინებული თხოვნა, მისი ნამდვილი ნების შესაბამისად, გვევლინება ისეთ ფაქტორად, რაც შთაგონების აღმოცენების საფუძველია. ეს უკანასკნელი გულისხმობს პიროვნებაზე ისეთ ზემოქმედებას, როდესაც მას საკუთარი სურვილისა და განზრახვის გარეშე, ზოგჯერ კი მის საპირისპიროდ, ექმნება გარკვეული გრძობა ან სურვილი რაიმე მოქმედების შესრულებისა, რაც არ გამომდინარეობს მისი მოქმედების ალიარებული პრინციპებიდან. მომაკვდავის დაჟინებული თხოვნა, რომ მოუსპონ ტანჯული, განამებული სიცოცხლე, სიბრალულს ინვეესსუბიექტში, გარკვეულ ზემოქმედებას ახდენს მასზე და ამ უკანასკნელს უჩნდება სურვილი, გაათავისუფლოს მომაკვდავი აუტანელი, არაადამიანური წამებისგან, მისცეს შესაძლებლობა მშვიდი სიკვდილისა.<sup>26</sup> მიუხედავად ყოველივე ამისა, სახეზეა საზოგადოებრივად საშიში ქმედება – სხვა ადამიანის სიცოცხლის მოსპობა და იგი ვერ განიხილება მართლწინააღმდეგობის გამომრიცხველ გარემოებად, ვინაიდან ამით ირღვევა კონსტიტუციური პრინციპი: „სიცოცხლე ადამიანის ხელშეუხებელი უფლებაა და მას იცავს კანონი“. ამ შემთხვევაში კონსტიტუცია და საზოგადოებრივი აზრი მართლმადიდებლური რელიგიის შეხედულებების მიხედვით მოქმედებს, რომელსაც შეურიგებელი პოზიცია უჭირავს ევთანაზიასთან მიმართებით.

საქართველოს სისხლის სამართლის კოდექსმა მკვლელობა მსხვერპლის თხოვნით (ევთანაზია) პრივილეგირებულ შემადგენლობათა ჯგუფს მიაკუთვნა, ვინაიდან საკითხი ეხება არა მარტო მკვლელობას დაზარალებულის თანხმობით, არამედ მომაკვდავი ადამიანის დაჟინებულ თხოვნას მისი ფიზიკური ტანჯვისაგან გათავისუფლების შესახებ. ეს თხოვნა უნდა გამოხატავდეს მომაკვდავის ნამდვილ ნებას. იგი უნდა იყოს ისეთ მდგომარეობაში, რომ სრულად შეეძლოს, კონტროლი გაუწიოს და უხელმძღვანელოს თავის მოქმედებას; თუ მსხვერპლს ამის შესაძლებლობა არა აქვს, მისთვის

სიცოცხლის მოსპობა უკვე ჩვეულებრივი მკვლელობაა, ცხადია, თუ არ არსებობს სხვა დამამძიმებელი გარემოება.<sup>27</sup>

საქართველოს კანონში „პაციენტის უფლებების შესახებ“ ხაზგასმით არის აღნიშნული, რომ ევთანაზია სამედიცინო პერსონალს ეკრძალება და ყოველმხრივ დაუშვებელია, თუმცა, ამავე დროს, კანონის 24-ე მუხლი გვამცნობს: „საქართველოს მოქალაქეს უფლება აქვს, წინასწარ წერილობით გამოხატოს ნება (თანხმობა ან უარი) უგონო მდგომარეობაში აღმოჩენისას ან გაცნობიერებული გადანყვეტილების მიღების უნარის დაკარგვისას მისთვის სარეანიმაციო, სიცოცხლის შემანარჩუნებელი ან პალატიური მკურნალობის ჩატარების შესახებ, თუ მითითებული გარემოებები გამონკვეულია: ა) უკურნებელი დაავადებით ტერმინალურ სტადიაზე, ბ) დაავადებით, რომელიც აუცილებლად გამოიწვევს მძიმე ინვალიდობას“, ე.ი. პაციენტს ეძლევა გადანყვეტილების მიღების შესაძლებლობა, ჩაიტაროს თუ არა მკურნალობა და გაიხანგრძლივოს თუ არა სიცოცხლე. ამავე საკითხს ეხება საქართველოს კანონი „ჯანმრთელობის დაცვის შესახებ“.<sup>28</sup>

პაციენტს აქვს შესაძლებლობა, თავად თქვას უარი და აღარ გააგრძელოს მკურნალობა, მაგრამ არც ექიმს და არც სხვა რომელიმე პირს (ნათესავს, მეგობარს და ა.შ.) არ აქვს უფლება, დაეხმაროს პაციენტს სიკვდილში.

ამდენად, საქართველოში აკრძალულია აქტიური ევთანაზია, მაგრამ დაშვებულია პასიური ევთანაზია, რაც მკვლელობის პრივილეგირებულ სახედ განიხილება (110-ე მუხლი).

### **3. ევთანაზიის მომხრეთა და მონინააღმდეგეთა დაპირისპირება**

ევთანაზიას უამრავი მომხრე თუ მონინააღმდეგე ჰყავს. მათ თავიანთი მოსაზრების სისწორის დასაბუთებისათვის ყურადსაღები არგუმენტები აქვთ. ზოგადი კრიტიერიუმის შერჩევის საკითხს ამძიმებს თითოეული პიროვნების, ავადმყოფის უნიკალურობა, მისი ინდივიდუალურობა, მიდრეკილებები, სურვილები, რელიგიურობა,

ეთნოფსიქოლოგიური სახე, ტრადიციები, ნეს-ჩვეულებები და ა.შ.

დღეს ბევრი იზიარებს იმ აზრს, რომ ევთანაზია არის არა „მკვლელობა“, არამედ ადამიანის „უფლება სიკვდილზე“. ინგლისის სისხლის სამართლის ერთ-ერთი სახელმძღვანელოს ავტორების აღნიშვნით, „მიუხედავად აკრძალვისა, სამედიცინო პრაქტიკაში არცთუ იშვიათია მსგავსი შემთხვევა; რაც შეეხება საზოგადოებრივ აზრს, მას, ძირითადად, ავადმყოფის ახლო ნათესავები და/ან მეგობრები გამოხატავენ და ისინი ამაში ვერაფერს ამორალურს ვერ ხედავენ, პირიქით, თვლიან, რომ ეს უკანასკნელი ორივე მხარისთვის ფიზიკური და მორალური შევების მომტანია, მიუხედავად იმისა, რომ ყველა უდიდეს პატივს სცემს ადამიანის სიცოცხლეს.“<sup>29</sup>

ცხოვრებაში გვხვდება მძიმე შემთხვევები, როდესაც ახლობლებს უხდებათ ჯერ კიდევ საღი აზროვნების მქონე საყვარელი ადამიანის წამების ყურება. ეს საშინელი მდგომარეობა ზოგჯერ თვეები და წლები გრძელდება. რატომ უნდა დაამთავროს ადამიანი სიცოცხლე და წავიდეს ამ ქვეყნიდან სიცოცხლის სიძულვილით?! თუკი მას აქვს სიცოცხლის უფლება, რატომ არ უნდა ჰქონდეს სიკვდილის უფლება?! სად არის საზღვარი ჰუმანურობასა და მკვლელობას შორის, რა უფრო ჰუმანურია – აგონიური ავადმყოფისთვის სიცოცხლის განუსაზღვრელი ვადით ხელოვნურად შენარჩუნება, თუ ევთანაზიის განხორციელება?! ამ კითხვებზე პასუხი სცილდება სამედიცინო ეთიკის ფარგლებს და მოითხოვს სამართლებრივ შეფასებას.<sup>30</sup>

სიცოცხლის უზენაეს ღირებულებად მიჩნევა თითოეული სიცოცხლის განუმეორებლობას ემყარება და ამის გამო, იგი, უწინაარესად, იმ ინდივიდისთვისაა ყველაზე დიდი ღირებულება, ვისაც ეკუთვნის. სწორედ ამიტომ სიცოცხლის განკარგვის უფლება მხოლოდ მის მფლობელს აქვს და არავის სხვას.

კანონმდებლობით ევთანაზიის სრულყოფილად განერილი სისტემით განხორციელების შემთხვევაშიც კი შეუძლებელია იმის მტკიცება, რომ ევთანაზიის აქტი შეუცდომლად და ყოველგვარი რისკის გარეშე ჩატარდება. სიცოცხლესთან მიმართებით დაშვებული ნებისმიერი შეცდომა ფატალურ-

რია, რადგან ხელყოფილი სიცოცხლის აღდგენა შეუძლებელია.

სამართლებრივად „სიცოცხლის უფლება“ არ გულისხმობს „სიკვდილის უფლებასაც“, შესაბამისად, კანონმდებელს არ შეუძლია, სიკვდილის უფლების ერთპიროვნულად აღიარება. ადამიანი საკუთარ სიცოცხლეს თავად განაგებს და მას უფლება აქვს, ნებისმიერ დროს შეწყვიტოს იგი თვითმკვლელობის აქტით, თუმცა ეს არ ნიშნავს სხვა ადამიანის უფლებას ან მოვალეობას, დაეხმაროს მას ამ მიზნის მიღწევაში. თვითმკვლელობის უფლება აღიარებულია სამართალში, მაგრამ ეწინააღმდეგება რელიგიას. ევთანაზიის აღიარების შემთხვევაში, მისი გამოყენება იქნება ექიმის არა მარტო უფლება, არამედ პროფესიული მოვალეობა. მსგავსი მოვალეობის შესრულების წინააღმდეგი კი უამრავი (განსაკუთრებით მორწმუნე) ექიმი იქნება, ამასთან, აღნიშნული პირდაპირ ეწინააღმდეგება ჰიპოკრატეს ფიცს და, ზოგადად, ექიმის პროფესიის დაწინაურებას.

ევთანაზია გაუმართლებელია იურიდიული თვალსაზრისით, რადგან იმ შემთხვევაში, როდესაც ექიმი კიბოთი დაავადებულ უიმედო ავადმყოფს მომაკვდინებელ ნემსს უკეთებს, ობიექტურად სიკვდილს იწვევს არა თვით ავადმყოფობა, არამედ ავადმყოფისთვის ექიმის მიერ გაკეთებული ნემსი.

ევთანაზიის დაკანონების კიდევ ერთი სამართლებრივი პრობლემა მისი უგონო მდგომარეობაში მყოფი ავადმყოფის მიმართ განხორციელებაა, რომელსაც შესაძლებლობა არ აქვს, თავისი ნება დააფიქსიროს. ექიმი ვალდებული იქნება, სიბრალულის მოტივით, დააჩქაროს სიკვდილი, როდესაც არსებობს ავადმყოფის მოთხოვნა ან თანხმობა ევთანაზიის განხორციელებაზე, ანდა როდესაც ასეთი თანხმობის მიღება შეუძლებელი იქნება, ავადმყოფის უგონო მდგომარეობაში ყოფნის გამო. ე.ი. დაკანონებული ევთანაზიის ხელყოფის ობიექტი იქნება იმ ავადმყოფის სიცოცხლეც, რომელიც, სავარაუდოდ, უარს იტყოდა ამ სიცოცხლეზე, თუმცა ვარაუდი დამტკიცებულ ფაქტს არ ნიშნავს და კანონმდებელი ვარაუდზე დაყრდნობით ვერ გაამართლებს სიცოცხლის მოსპობის დაკანონებას.

ევთანაზიის დროს შეცდომით მოსპობილი თუნდაც ერთი სიცოცხლე საკმარისია, რათა კანონმდებელმა უარი განაცხადოს ევთანაზიაზე. ამერიკის შეერთებულ შტატებში ევთანაზიის მომხრეებს სათავეში ედგა ექიმი *ჯეკ კევორკიანი*, რომელსაც მოგვიანებით „სიკვდილის ექიმი“ უწოდეს. მან ევთანაზია დაახლოებით 100 ადამიანს ჩაუტარა. *კევორკიანს* ბევრი უკანასკნელ იმედად და ერთადერთ მხსნელად მიიჩნევდა, თუმცა მოგვიანებით იგი გაასამართლეს და დაუმტკიცეს, რომ მის მიერ გაკეთებული ევთანაზიის მსხვერპლთაგან 75% არ იყო სასიკვდილოდ ავად, ხოლო 5%-ს საერთოდ არაფერი სჭირდა.<sup>31</sup>

რუსეთშიც იყო ევთანაზიის საკმაოდ ცნობილი ფაქტი, როდესაც ექიმმა ევთანაზია განახორციელა 12 პირის მიმართ, რომელთაგანაც 2 ქალს არაფერი სჭირდა.<sup>32</sup>

აქედან კეთდება დასკვნა, რომ ევთანაზიის ჩამდენი ექიმები იმდენად შევიდნენ ემბოში, რომ ველარ მოზომეს თავიანთი ქმედება და ჩვეულებრივ მკვლევებად გადაიქცნენ, რასაც გამოუსწორებელი შედეგები მოჰყვა.

გასათვალისწინებელია, რომ ავადმყოფთა უმრავლესობის ნებაყოფლობითი სიკვდილის ძირითადი მოტივაცია აუტანელი ტკივილია, ე.ი. ეს თხოვნა გამონვეულია იძულებით და არა ობიექტური მდგომარეობით. მედიცინის ისტორია სავსეა ომის პირობებში დაჭრილთა და დასახიჩრებულთა მიერ ამპუტაციის კატეგორიული უარის ვედრების, მომაკვდინებელი საშუალებების მიცემის მოთხოვნის მაგალითებით, მაგრამ ცნობილია ფაქტები, როგორ შეუნარჩუნდა სიცოცხლე, ფეხი, ხელი, თვალი და ა.შ. ათიათასობით ადამიანს.<sup>33</sup>

სოციალური გამოკითხვები, რომლებიც ბევრ ქვეყანაში ჩატარდა, ადასტურებს, რომ ევთანაზიის ლეგალიზაციას ექიმები და სამედიცინო პერსონალი უფრო ნეგატიურად აფასებს, ვიდრე მთლიანად მოსახლეობა.

ევთანაზიის მომხრენი ორგვარი ხასიათის არგუმენტებს მიმართავენ და იმის მიხედვით, თუ როგორია მათი არგუმენტები, ევთანაზიის ცნება სხვადასხვა შინაარსს იძენს. ავტორთა ერთი ნაწილი ევთანაზიის დასაბუთებისას მხედველობაში იღებს ავადმყოფის ინტერესებს. მათი აზრით, არ შეიძლება, ადამიანს, რომელიც მეტისმე-

ტად იტანჯება, ნავართვათ უფლება, გააკეთოს არჩევანი წამებულ სიცოცხლესა და ამ წამებისაგან მხსნელ სიკვდილს შორის და ის ექიმი ან სხვა ადამიანი, ვინც დაეხმარება ასეთ ავადმყოფს, გადადგას ნაბიჯი ყოფნიდან არყოფნისაკენ, არ შეიძლება გავასამართლოთ როგორც მკვლელი. ვინაიდან ამ სახის ევთანაზიას უფრო ხშირად აგონიის მდგომარეობაში მყოფი პირის მიმართ გვთავაზობენ, მას ზოგჯერ აგონიურ ევთანაზიას უწოდებენ.<sup>34</sup> ევთანაზიის ყველაზე უფრო დრამატიული მაგალითებიც სწორედ აგონიურ ევთანაზიას მიეკუთვნება.

აგონიური ევთანაზიის მაგალითებს განსაკუთრებით იმ ქვეყნებში ვხვდებით, სადაც კანონმდებლობა არ ითვალისწინებს დაზარალებულის თანხმობას, როგორც ბრალის შემამსუბუქებელ გარემოებას და ამიტომ ევთანაზიის შემთხვევებს განიხილავს როგორც ჩვეულებრივ განზრახ მკვლევობას, რომელიც მეტად მძიმე სასჯელს იწვევს. უფრო დემონსტრაციულ შემთხვევებში, როდესაც ადამიანის სინდისი ვერ ურიგდება იმ ადამიანთა სასტიკ დასჯას, რომელთაც მხოლოდ და მხოლოდ სიბრალულის მოტივი ამოძრავებდათ, სასამართლოები იძულებული არიან, ასეთი „სიბრალულით მკვლევების“ გასამართლებლად მეტად ხელოვნური იურიდიულ არგუმენტაციას მიმართონ; ასე მაგალითად, 21 წლის სტუდენტმა ტყვიის გასროლით მოკლა უკუჩრებელი სენით (კიბოთი) დაავადებული მამა, რომელიც დიდ ტანჯვას განიცდიდა. სასამართლომ სტუდენტი პასუხისმგებლობისაგან გაათავისუფლა იმ მოტივით, რომ მამის სიყვარულმა დასიბრალულმამამ მკვლევობა დემენციისა და დეპრესიის მდგომარეობაში ჩაადენინა.<sup>35</sup> ანალოგიურია შემთხვევა, სადაც მკვლელის როლში უკვე ექიმი გამოვიდა. ექიმმა სასიკვდილო დოზის ინექცია გაუკეთა თავისი კოლეგის ცოლს, რომელიც კიბოთი დაავადების უკანასკნელ სტადიაში არაადამიანურ ტანჯვას განიცდიდა. სასამართლომ ექიმი გაამართლა, მაგრამ მის გასამართლებლად ის მოტივი მოიყვანა, რომ ტკივილებით განამებული ავადმყოფი, ფაქტობრივად, უკვე მკვდარი იყო და ექიმმა არ შეიძლება პასუხი აგოს მკვლევობისათვის, რადგან გვამის მოკვლა შეუძლებელია.<sup>36</sup>

ევთანაზია შეიძლება გამოწვეული იყოს სიბრალულის გრძობით არა მარტო მაშინ, როდესაც სიბრალულის ობიექტი მომავალს, არამედ მაშინაც, როდესაც მისი ობიექტია ფსიქიკურად დაავადებული ან ფიზიკურად მახინჯი ადამიანი, მაგალითად: დედას მახინჯი ბავშვი ეყოლა და რვა დღის ახალშობილს დედამ სანამლავი მისცა, რომელიც მას ოჯახის ექიმმა მოუტანა.<sup>37</sup> ამ შემთხვევაში ბავშვის მოკვლის მოტივი ნამდვილად სიბრალული იყო, სწორედ ამით აიხსნება გამამართლებელი განაჩენი, რომელიც სასამართლომ ამ საქმეზე გამოიტანა, თუმცა განსჯის საგანია, არის კი მსგავსი ქმედება ევთანაზია?! სახეზე ხომ არ ყოფილა აგონიური ავადმყოფის დაჟინებული თხოვნა, იხსნან იგი მტანჯველი სიცოცხლისგან?! როგორც ვხედავთ, სასამართლომ დედის ქმედების გამართლებისთვის „გამოსავალი“ ევთანაზიაში იპოვა, ე.ი. დედის ქმედებას, რომელმაც საზოგადოება კიდევ ერთი პოტენციურად არასრულფასოვანი ადამიანისგან გაათავისუფლა, ერთგვარი გამართლება მოეძებნა.

### ევთანაზიის მომხრეთა არგუმენტები

უდიდესი ფილოსოფოსი *პლატონი* ევთანაზიას სავსებით დასაშვებად თვლიდა. მისი აზრით, სასამართლოც და ექიმიც უნდა ზრუნავდნენ მოქალაქეებზე, რომლებიც სრულყოფილნი არიან სულითაც და ხორციითაც, ხოლო ვინც ასეთი არ არის, ვინც სულითაც მანკიერია და ხორციითაც უკურნებელი – ის უნდა მოკვდეს.<sup>38</sup>

ადამიანის, მისი მოვალეობის, სიკვდილის საზრისის საკითხი თავის ნაშრომებში ნარმოაჩინა ინგლისელმა ფილოსოფოსმა *ფრენსის ბეკონმა*. შებრალების საბაბით „უშფოთველი, ტკბილი სიკვდილის“ თემა მან ბუნებრივად ჩათვალა. ესეუმი „სიკვდილის თაობაზე“ იგი წერს: „სიკვდილი მომხიბვლელია ტანჯულთათვის, ვისაც აუტანელ ტვირთად დასწოლია ურვა და ბორკილები, და ენატრება აღსასრული გლახაკ ქრისტიანს – ბედის ჩარხი რომ უკუღმა დაუტრიალდა და ამიტომაც სული მისი ამბოხებულია. ასეთთათვის სიკვდილი ხსნაა, ხოლო სამარე – სანატრელი სარეცელი განსასვენებლად.“<sup>39</sup>

ბეკონმა აუცილებელ ეთიკურ მოთხოვნად წამოაყენა მომავალსათვის დახმარება.

ევთანაზიის მომხრეები მას „თანაგრძნობის აქტად“ განიხილავენ და ამიტომ სრულიადაც არ მიაჩნიათ, რომ იგი ქრისტიანულ მორალს ეწინააღმდეგება. გარდა ამისა, მათი აზრით, ევთანაზიის აკრძალვა ეწინააღმდეგება ადამიანის თავისუფლებას, მის ავტონომიურობასა და ღირსებას, არღვევს ექიმისა და პაციენტის პირად ურთიერთობას. ისინი მიიჩნევენ, რომ ადამიანის დაბადება და გარდაცვალება პირადი, პერსონალური მოვლენაა და არა საჯარო (საზოგადოებრივი) და სიკვდილის უფლება არ ეწინააღმდეგება საზოგადოებრივ ინტერესებს. ისინი ევთანაზიის პრობლემას განიხილავენ ინდივიდუალური და საზოგადოებრივი ინტერესების დაპირისპირების ქრილში და მიიჩნევენ, რომ საკითხი ინდივიდის რეალური ინტერესების მიხედვით უნდა გადაწყდეს.<sup>40</sup> ისინი ევთანაზიას განუკურნებელი სენით დაავადებული ადამიანის მიმართ განხორციელებულ „სიკეთის აქტად“ მიიჩნევენ.

ევთანაზიის მომხრეთა მოსაზრებით, ადამიანისათვის სიცოცხლე, რომელსაც ეს სიცოცხლე ტანჯავს, ხოლო სიკვდილი ამ ტანჯვისაგან ათავისუფლებს, „სიცოცხლის უფლება“ კი არა, „სიცოცხლის მოვალეობა“ გამოდის. ისინი ამტკიცებენ, რომ იმ შემთხვევაში, როდესაც პაციენტს არ შეუძლია თავისი ნების გამოხატვა, თანამედროვე სამედიცინო ტექნიკა კი მას მხოლოდ ხელოვნურად უგრძელებს სიცოცხლეს და არ მოაქვს არც შვება და არც გამოჯანმრთელება, მას აქვს სიკვდილის უფლება. მათი მტკიცებით, არც ერთ ექიმს არ აქვს უფლება, უსასრულოდ გაახანგრძლივოს ავადმყოფის ტანჯვა მხოლოდ იმის საფუძველზე, რომ ეს ტექნიკურად შესაძლებელია. ყოველ ადამიანს აქვს არა მარტო ღირსეული სიცოცხლის უფლება, არამედ სიკვდილის დროს საკუთარი ღირსების შენარჩუნების უფლებაც.<sup>41</sup>

ევთანაზიის მომხრეები აცხადებენ, რომ ევთანაზია დაშვებული უნდა იყოს, რადგან უმოწყალობა და არაადამიანობა არის არა ის, რომ დავეხმაროთ მომავალს, მოკვდეს, არამედ ის, რომ, უბრალოდ, ვუყუროთ, თუ როგორ იტანჯება ავადმყოფი და არაფერი გავაკეთოთ იმისთვის, რათა როგორმე შევეუმსუბუქოთ მას უკანასკნელი ტანჯვა.<sup>42</sup>



თუკი ადამიანს აქვს უფლება სიცოცხლეზე, მაშინ რატომ არ უნდა ჰქონდეს მას უფლება ღირსეულ სიკვდილზე? კანონმდებლობათა უმრავლესობა ადამიანს სიკვდილის უფლებას არ აძლევს, რაც განუყოფელია სიცოცხლის უფლებისგან. ადამიანი თავად უნდა იყოს საკუთარი სიცოცხლის მფლობელი და განმკარგავი. განუკუთრებელი სენით დაავადებულ ავადმყოფს, რომელსაც სულ ცოტა ხნის სიცოცხლე და რჩენია და იტანჯება აუტანელი ტკივილით, უნდა მივცეთ „ბედნიერი“ სიკვდილის უფლება. არჩევანი მან უნდა გააკეთოს. უფრო დიდი ცოდვია ადამიანის დაუსრულებელი ტანჯვის ყურება, ვიდრე მისი ამ ტანჯვისგან გათავისუფლება, თუნდაც ამას ადამიანის სიცოცხლის მოსპობა ერქვას. ევთანაზია კი ამისთვის საუკეთესო გზაა.<sup>43</sup> ასე ასაბუთებენ თავიანთ პოზიციას ევთანაზიის დეკრიმინალიზაციის მხარდამჭერები.

მიუხედავად ამისა, გასათვალისწინებელია, რომ თვით სახელგანთქმულ ჰოლანდიაში, ე.წ. „ევთანაზიის ქვეყანაში“, სადაც მოსახლეობის 90%-ზე მეტი ევთანაზიის მომხრეა, იყო მონინალმდგეგმა გამოსვლები იმ პერიოდში, როდესაც ევთანაზიის შესახებ კანონს იღებდნენ.<sup>44</sup>

#### **4. ევთანაზიის მონინალმდგეგმთა არგუმენტები**

ევთანაზიის მონინალმდგეგმა ერთსულოვან აზრს სათავეში ქრისტიანული ეკლესია უდგას. მღვდელმსახურთა პოზიცია ცალსახაა, იგი კატეგორიულად უარყოფს ევთანაზიას. ევთანაზიის ოპონენტების აზრით, მცნება „არა კაც კლა“ და „გიყვარდეს თავი შენი“ – ის უმთავრესი ზნეობრივი პოსტულატებია, რაზეც ქრისტიანული მორალია აგებული, ეს კი საკმარისი საფუძველია იმისათვის, რათა ევთანაზია ამორალურ და უკანონო აქტად იქნეს მიჩნეული. ევთანაზიის მონინალმდგეგმა აზრით, ავადმყოფის მიერ ევთანაზიის მოთხოვნა ნაკარნახევია სურვილით, თავისი ოჯახი და საზოგადოება გაათავისუფლოს ფინანსური და მორალური ტვირთისაგან. მიუთითებენ, რომ ექიმის მიერ ევთანაზიის განხორციელება ენინალმდგეგმა ჰიპოკრატეს ფიცს და ძირს უთხრის ექიმის პროფესიისადმი ხალხის

ნდობას, საზოგადოდ.<sup>45</sup> რაც შეეხებათ ექიმებს, იურისტებს, პედაგოგებს, ფსიქოლოგებს, ფილოსოფოსებსა და ა.შ., მათი აზრი იცვლება ცხოვრების რეალური პირობების გათვალისწინებით. მაგალითად, ღრმად მოხუცებულთა გამოკითხვამ უჩვენა, რომ მათი მნიშვნელოვანი ნაწილი დასაშვებად მიიჩნევს და მხარს უჭერს ევთანაზიას. ზოგიერთი ექიმი თავის პრაქტიკულ საქმიანობაში იყენებს ევთანაზიას და მიიჩნევს, რომ ეს არის მართლზომიერი მოქმედება.<sup>46</sup>

მართლმადიდებლური და კათოლიკური ეკლესია სასტიკად ენინალმდგეგმა ევთანაზიას. მართლმადიდებლური ეკლესიის აზრი ასეთია: დაუშვებელია ევთანაზიის ორივე სახე – როგორც პასიური, ისე აქტიური.<sup>47</sup> ეს უკანასკნელი, ფაქტობრივად, თვითმკვლელობაა, უფრო სწორად, მისთვის ხელის შეწყობა, თვითმკვლელობა კი ყველაზე დიდი ცოდვია. ადამიანს აქვს უფლება სიცოცხლეზე, ხოლო თვით სიცოცხლე და მისი წართმევის უფლება მას არ ეკუთვნის. მხოლოდ უფალს აქვს უფლება, როგორც მიანიჭოს, ისე წაართვას სიცოცხლე, ხოლო ევთანაზიის მეშვეობით ადამიანი ერევა უფლის საქმეში, ეს კი არის ადამიანის გაუაზრებელი, ქვეცნობიერი ოცნება – გაუთანაბრდეს ღმერთს, რაც ყოველად დაუშვებელია. ევთანაზიით ადამიანი სხვა ადამიანს სიცოცხლეს ართმევს.

მართლმადიდებლური ეკლესია მიიჩნევს, რომ ევთანაზია არის სატანის მსახურება, რომელიც საბოლოოდ უსპობს ავადმყოფს სინანულისა და ცხოვნების შესაძლებლობას. მათი აზრით, არანაირი გამართლება არ აქვს ევთანაზიას, რამდენადაც ადამიანის უკვდავი სული შეუდარებლად მალა დგას ყოველთვის მინიერ ფასეულობასა და შეხედულებაზე. მათი მტკიცებით, ევთანაზია ეთიკური თვალსაზრისითაც დაუშვებელია. გადანყვეტილება ევთანაზიაზე, უბრალოდ, ავადმყოფის სასონარკვეთილების შედეგია. ევთანაზიის დაკანონება, საბოლოოდ, დასცემს ადამიანთა ისედაც შერყეულ ზნეობას.<sup>48</sup>

არ შეიძლება სამართალი მოსწყდეს რელიგიას და თანაც ისეთ სახელმწიფოში, როგორცაა საქართველო, სადაც მართლმადიდებლური ეკლესიის განსაკუთრებული როლი ქვეყნის ისტორიულ განვითარებაში

აღიარებულია კონსტიტუციის მე-9 მუხლით.

ადამიანის უფლებათა ევროპულმა სასამართლომ ასე დასვა საკითხი – შეიძლება თუ არა, სიცოცხლის უფლება განმარტებულიყო იმგვარად, რომ მასში ნაგულისხმები ყოფილიყო სიცოცხლეზე უარის თქმის უფლება. გაკეთდა დასკვნა, რომ სიცოცხლის უფლება არ შეიძლება ინტერპრეტირებულიყოს როგორც სიკვდილის უფლება. რადგან „სიცოცხლის უფლებისგან“ დიამეტრულად განსხვავდება „სიკვდილის უფლება“, ამიტომ სიცოცხლის უფლება არ ნიშნავს პირის სიკვდილის უფლებას.<sup>49</sup>

იბადება კითხვა – ხომ არ შეიძლება, ეს იყოს პაციენტის ნების საწინააღმდეგოდ მისი მკვლელობა? ამის საშიშროება კი ნამდვილად არსებობს, რაც გამოიწვევს იმას, რომ ევთანაზიით შეინიღებება ჩვეულებრივი მკვლელობა. ამასთან, შეიძლება, დროთა განმავლობაში შემსუბუქდეს კანონით დადგენილი მოთხოვნები, ამას კი მოჰყვება ნების საწინააღმდეგო ქმედების საშიშროების გაზრდა.

ევთანაზიის მოწინააღმდეგეებს თავიანთი პოზიციის სისწორის დასაბუთებლად სერიოზული არგუმენტები მოჰყავთ:

1. ევთანაზია დაუშვებელია იურიდიული თვალსაზრისით, რადგან იმ შემთხვევაში, როდესაც ექიმი კიბოთი დაავადებულ უიმედო ავადმყოფს მომაკვდინებელ ნემსს უკეთებს, ობიექტურად სიკვდილს იწვევს არა თვით ავადმყოფობით გამოწვეული პათოლოგიური ცვლილებები, არამედ ტკივილის გამო მიღებული გადაწყვეტილება;
2. ევთანაზიის დაკანონება მიუღებელია ზნეობრივი თვალსაზრისით. ადამიანის სიცოცხლის უნიკალურობის გამო, ექიმი ვალდებულია, ბოლო წუთებამდე ყველა საშუალებით იბრძოდეს მის შესანარჩუნებლად. თანამედროვე სამედიცინო საშუალებები ავადმყოფს, ექიმის გამამხნეებელ საუბართან ერთად, იმედს უსახავს, იმედი კი ნახევრად გამოჯანმრთელება;
3. გამორიცხული არაა შეცდომა დიაგნოზი. ის, რაც დღეს განუკურნებელ სენად ითვლება, ხვალ შეიძლება განკურნებადი გახდეს;

4. მედიცინისათვის ცნობილია შემთხვევები, როცა განუკურნებლად მიჩნეული ავადმყოფები გამოჯანმრთელდნენ. გამორიცხული არაა ექიმის ხელმრუდობა. ევთანაზია შეუთავსებელია ექიმის პროფესიულ და საზოგადოებრივ ფუნქციასთან, ნდობის ატმოსფეროსთან, რომელიც უნდა სუფევდეს ექიმსა და პაციენტს შორის და სხვ.<sup>50</sup>

## 5. ევთანაზიის პრობლემა ექიმისა და პაციენტის ურთიერთობაში

უკანასკნელ წლებში აქტუალური ხდება საექიმო გადაწყვეტილების პროცესში პაციენტის მონაწილეობის საკითხი. პაციენტისა და ექიმის ურთიერთობათა პრინციპებიდან გამომდინარე, ერთნი მოითხოვენ საექიმო გადაწყვეტილების მიღებაში პაციენტის უფლებების გაზრდას. მეორე ჯგუფი საკითხის ამგვარად დასმას არასწორად მიიჩნევს, რადგან, როგორც წესი, გადასაწყვეტია საკმაოდ რთული და, უპირველეს ყოვლისა, სპეციფიკური (საექიმო) პრობლემები. მათი მსჯელობის თანახმად, არჩევანის უფლება მხოლოდ ექიმებს უნდა მიეცეთ, პაციენტის მოვალეობა კი ის არის, რომ დაემორჩილოს ექიმის მიერ მიღებულ გადაწყვეტილებას.

ექიმის მოვალეობაა, პაციენტს მისი დაავადების, ჩატარებული საექიმო მანიპულაციების, რისკისა და ჩვევების შედეგების შესახებ რაც შეიძლება სრულყოფილი ინფორმაცია მიანოდოს. მონაცემების გაცნობისა და ექიმის რჩევების შემდეგ პაციენტი ირჩევს მკურნალობის მეთოდს და იღებს საბოლოო გადაწყვეტილებას. გასაგები მიზეზების გამო, ამ შემთხვევაში, პაციენტის მიერ მიღებული გადაწყვეტილება ყოველთვის ვერ იქნება ობიექტური და საფუძვლიანი, რადგან მისი არჩევანის კრიტერიუმი არაპროფესიულია. ამიტომ ექიმის მოვალეობაა შექმნილი სიტუაციის ახსნა და ავადმყოფობისათვის სწორი გადაწყვეტილების მიღებაში დახმარების განევა. საჭიროა, ექიმმა იცოდეს ადამიანის ფსიქოლოგიის საფუძვლები, რათა უზრუნველყოს ავადმყოფის მიერ არამართო სწორი გაგება, არამედ მიაღწიოს პაციენტის ნდობას ექიმის გადაწყვეტილების მიმართ. ექიმმა არ უნდა უგულვებელყოს პაციენტის მოთხოვნები. პაციენტმა თვითონ

უნდა მიიღოს გადაწყვეტილება იმის შესახებ, თუ როგორი მკურნალობაა მისთვის მისაღები.

ექიმის ამოცანაა, დაეხმაროს მას სწორ არჩევანში. პაციენტებს უფლება აქვთ, მიიღონ ამომწურავი ინფორმაცია საკუთარი ჯანმრთელობის მდგომარეობის შესახებ, კონკრეტული სამედიცინო მონაცემების ჩათვლით, განზრახული სამედიცინო ჩარევების, თითოეული პროცედურის შესაძლო რისკისა და მოსალოდნელი ეფექტის შესახებ, დიაგნოზის, პროგნოზისა და სამკურნალო პროცესების მიმდინარეობის შესახებ. ამ ურთიერთობაში გათვალისწინებულია ისიც, რომ გამონაკლისის სახით პაციენტს შეიძლება არ მიენოდოს ინფორმაცია, თუ არსებობს დასაბუთებული ეჭვი, რომ ეს ინფორმაცია მას სერიოზულ ზიანს მიაყენებს და ამკარა დადებითი შედეგი მოსალოდნელი არ არის.

ექიმი ამ მოდელში გვევლინება როგორც მრჩეველი, პაციენტის აუცილებელი ინფორმაციით მომმარაგებელი, ამხსნელი იმისა, რომ მის მდგომარეობას შეესაბამება მკურნალობის ეს საშუალება და არა რომელიმე სხვა.<sup>51</sup>

აღნიშნულ მდგომარეობაში ექიმი მოქმედებს როგორც პაციენტის მეგობარი და მასწავლებელი, მოთმინებით უხსნის მას საქმის ვითარებას, აცნობს გადაწყვეტილების შესაძლო ვარიანტებს, ითვალისწინებს პაციენტის ცოდნის დონეს, მის პროფესიას და საბოლოოდ რეკომენდაციას უწევს მას, მიიღოს ყველაზე უკეთესი და სასარგებლო გადაწყვეტილება. პაციენტს აქვს შესაძლებლობა, აირჩიოს ექიმის მიერ დახასიათებული ყველა ალტერნატიული ვარიანტიდან საუკეთესო, განსაზღვროს მისი ოპტიმალურობა. მნიშვნელოვანია, რომ ნებისმიერ კონკრეტულ შემთხვევაში შეირჩეს ყველაზე მისაღები და სასარგებლო მოდელი.<sup>52</sup>

## დასკვნა

ევთანაზიის უფლება დღეს მსოფლიო დისკუსიის საგანია, ვინაიდან ის ერთ-ერთი საკამათო სამედიცინო, რელიგიური, იურიდიული თუ ეთიკური ხასიათის საკითხია. ევთანაზია დაკავშირებულია პრინციპული ხასიათის კონფლიქტებთან. ამ დროს წარ-

მოიშობა კონფლიქტი ძირითად უფლებებს შორის – ერთი მხრივ, სიცოცხლეს, როგორც ფასეულობასა და მეორე მხრივ, თითოეული ადამიანის უფლებას შორის, დამოუკიდებლად მიიღოს გადაწყვეტილება საკუთარი სიცოცხლის შესახებ. ერთიანი საზოგადოებრივი აზრი ევთანაზიაზე არასდროს არსებობდა, მას მომხრეც ბევრი ჰყავს და მონინაალმდეგეც. ცნობილია, რომ *პლატონი* მხარს უჭერდა მას, მაგრამ ქრისტიანობამ იგი უარყო.

ევთანაზიის ყოველი შემთხვევა ეთიკისა და სამართლის პოზიციიდან უნდა შეფასდეს. კანონი იმდენადაა პროგრესული, რამდენადაც ზნეობრივია.

გასარკვევია, თუ რამდენად მართლზომიერია უიმედო ავადმყოფის მხრიდან ევთანაზიის მოთხოვნის უფლება, რა სამართლებრივი დასაყრდენი აქვს „სიკვდილის უფლებას“ „სიცოცხლის უფლებაში“ და როგორ უნდა გადანყდეს ღირებულებათა კონფლიქტი, ამიტომ იგი კომპლექსურ ხედვას მოითხოვს და მხოლოდ იმის მიხედვით არ უნდა გადანყდეს, თუ რომელი უფლებაა, საზოგადოდ, უფრო მნიშვნელოვანი.<sup>53</sup>

ერთ-ერთი მთავარი ორიენტირი იმის სწორად შეფასებაა, არის თუ არა ევთანაზიის მოთხოვნა ბუნებრივი, ადამიანის მიერ მართლზომიერად ნაგულგები უფლება.<sup>54</sup>

1946 წელს ამერიკაში შეიქმნა ევთანაზიის საზოგადოება, რომელმაც საკანონმდებლო ორგანოებს წარუდგინა 1500 ექიმისა და 54 პასტორის მიერ ხელმოწერილი კანონპროექტი. მასში ნათქვამი იყო, რომ 21 წლიდან ყოველი ასაკის პირს, რომელიც დაავადებულია უკურნებელი სენით, უფლება აქვს მოითხოვოს მშვიდი სიკვდილი, ხოლო ექიმებისა და იურისტებისაგან შემდგარმა კომისიამ უნდა გამოიკვლიოს, შეიძლება თუ არა ამ მოთხოვნის დაკმაყოფილება.<sup>55</sup> ასეთივე საზოგადოებები შეიქმნა ინგლისში და ისინიც მოითხოვდნენ, რომ ჯანსაღი გონების მქონე სრულწლოვან ადამიანს, რომელიც მეტისმეტად იტანჯება, ნება დაერთოს, არჩევანი გააკეთოს ადვილ და მძიმე სიკვდილს შორის და ამ არჩევანის დროს გამოიყენოს სამედიცინო საშუალება.<sup>56</sup> ერთ-ერთ პეტიციაში, რომელიც ევთანაზიის მომხრეებმა ნიუ-იორკის შტატის ხელისუფალთ მიართვეს, ეწერა: „როდესაც ადამიანი უკურნე-

ბელი დაავადების შედეგად ინტენსიურ და ხანგრძლივ ტანჯვას განიცდის, სიცოცხლე მისთვისაც და მისი ახლობლებისთვისაც ყოველგვარ ფასს კარგავს. ჩვენი აზრით, საზოგადოებამ ესოდენ განამებულ ადამიანს უნდა მისცეს სიკვდილის უფლება. ამით ჩვენ ადამიანის მიმართ ისეთსავე თანაგრძნობას გამოვიჩინებთ, როგორსაც ვიჩინებთ ცხოველების მიმართ.“<sup>57</sup>

ამგვარი ხასიათის მოსაზრებათა საფუძველზე შექმნილი ევთანაზიის საზოგადოებები, აგრეთვე კერძო პირები, რომელთაც სჯერათ ევთანაზიის მართლზომიერება, ადგენენ ევთანაზიის დაუსჯელობის სხვადასხვა გეგმას. ყველა ამ გეგმაში ევთანაზიის აღსასრულებლად შემდეგი მთავარი მოთხოვნებია წამოყენებული:

1. განუკურნებელი სენი და მისი უკანასკნელი სტადია;

2. ავადმყოფობის სურვილი – მოკვდეს;

3. „სასიკვდილო განაჩენის“ აღსრულება ექიმის მიერ მას შემდეგ, როცა ავადმყოფის მდგომარეობას შეამონებებს სხვა ექიმი (ან ექიმები).

უნდა ითქვას, რომ ექიმის დიაგნოზი განუკურნებელ სენზე შეიძლება არასწორი აღმოჩნდეს. გამორიცხული არ არის, რომ ექიმები შეცდნენ და ის, რაც აგონიად მოეჩვენათ, სინამდვილეში კრიზისი იყო. ამავე დროს, დღესაც, როდესაც ადამიანის რეანიმაციას ახერხებენ, როდესაც საზღვარი სიკვდილ-სიცოცხლეს შორის თითქმის წაშლილია, სიკვდილის პირას მყოფი ავადმყოფიც კი შეიძლება სიკვდილს გადაურჩეს.

მრავალი სენი, რომელიც განუკურნებლად ითვლებოდა, დაძლეულია. შესაძლებელია, პირის ევთანაზიის საფუძვლის მიმცემი სენიც ევთანაზიის განხორციელების შემდეგ განუკურნებადი გახდეს. რატომ უნდა იგრძნონ სინდისის ქენჯნა ექიმმა და ავადმყოფის ახლობლებმა, რომლებმაც ევთანაზიას მიმართეს?!. ამას ისიც უნდა დავუმატოთ, რომ ჩვენს დროში ტკივილის გამაყუჩებელი და სხვაგვარი წვალეების შემამსუბუქებელი იმდენი საშუალება არსებობს, რომ ჯობს, ამ საშუალებებს მიმართოს ექიმმა და მათ სრულყოფაზე იზრუნოს მედიცინამ.

ასევე არაფრის დამამტკიცებელია მეორე პირობა – ავადმყოფის თანხმობა. როგორ დავადგინოთ მომაკვდავის ნამდვილი სურვილი, რომ იგი ელოდა სიკვდილს, როგორც ხსნას? შეიძლება ავადმყოფზე ზეგავლენა მოახდინეს ახლობლებმა, რომლებსაც მობეზრდათ მისი მოვლა, ან შეიძლება მას თავად არ სურს შეაწუხოს ეს ადამიანები. ამასთან, ტკივილებით გამწარებულ ადამიანს ბევრჯერ შეიძლება წამოცდეს მუდარა, რომ მოკლან და ამით ბოლო მოუღონ მის ტანჯვას, მაგრამ განა ეს მისი ნამდვილი ნების დადასტურებაა?!

დავუშვათ ერთი ნუთით, რომ ექიმს ოფიციალურად მიეცეს უფლება აგონიაში მყოფი, განუკურნებელი სენით დაავადებული ავადმყოფის მოკვლისა, თუნდაც მისი დაჟინებული თხოვნით და მუდარით. რა ნდობა ექნებოდა ხალხის თვალში ასეთ ექიმს, რომელმაც „ჰიპოკრატეს ფიცს“ უღალატა და ავადმყოფის მდგომარეობის შემსუბუქების ნაცვლად სიცოცხლის ისედაც დათვლილი ნუთები შეუმოკლა პაციენტს?! ავადმყოფს შეეშინდებოდა ასეთი ექიმის ხელში მოხვედრა.

მხედველობაში მისაღებია ისიც, რომ, მართალია, ევთანაზიის მომხრენი მორალური მოტივებით ხელმძღვანელობენ, მათ მხოლოდ სურთ, ექიმმა გაუადვილოს სულთმობრძავს, რომელიც სიკვდილის მიჯნაზეა მისული, ამ მიჯნის უმტკივნეულოდ გავლა, მაგრამ მათ ავინყდებათ, რომ, როცა ადამიანს მომაკვდინებელ იარაღს აძლევ ხელში, ამით ყოველთვის შეიძლება ისარგებლოს არაკეთილსინდისიერმა პირმა და ევთანაზია ბოროტად გამოიყენოს.

ბოლოს, მთავარი არგუმენტი ის არის, რომ ადამიანის სიცოცხლე აბსოლუტური ღირებულებაა. იგი დაცულია იმ მომენტიდან, როდესაც ადამიანი დედის საშოდან იბადება, იმ დრომდე, ვიდრე იგი მოკვდება; დაცულია იმის მიუხედავად, თუ როგორ აფასებს საზოგადოება ამ პიროვნებას, იმის მიუხედავად, სრულფასოვანია იგი, ჯანმრთელი თუ ავადმყოფი, ან მახინჯი. თუ რა შედეგებამდე შეიძლება მიიყვანოს კაცობრიობა ადამიანის სიცოცხლის გაუფასურებამ, ეს კარგად წარმოაჩინა ფაშიზმმა.

- <sup>1</sup> იხ. ფ. საყვარელიძე, ევთანაზია – მონყალეზა თუ მკვლელობა, ჟურნალი „თავისუფლება“, თბ., 2003, გვ. 31.
- <sup>2</sup> ევთანაზია წარმოშობით ბერძნული სიტყვაა და პირდაპირი მნიშვნელობით გულისხმობს ტკბილ, მსუბუქ, უშფოთველ, ბედნიერ სიკვდილს. იგი შედგება ორი ნაწილისგან: „ეუ“ – კარგი და „თანატოს“ – სიკვდილი.
- <sup>3</sup> ტერმინი „ევთანაზია“ პირველად ცნობილმა ინგლისელმა ფილოსოფოსმა ფრენსის ბეკონმა გამოიყენა 1605 წელს მშვიდი, უშფოთველი, ადვილი და უმტკივნეულო სიკვდილის აღსანიშნავად. ევთანაზიის ცნება ჯერ კიდევ ანტიკური ხანის რომაელებსა და ბერძნებს ჰქონდათ გააზრებული, რაც უმეტესწილად „არასრულფასოვანი სიცოცხლის“ თვალსაზრისს უკავშირდებოდა.
- <sup>4</sup> იხ. ავტორთა კოლექტივი, სისხლის სამართლის კერძო ნაწილი, წიგნი I, თბ., 2006, გვ. 52.
- <sup>5</sup> ერთმანეთისგან განასხვავებენ ევთანაზიის სამ სახეს: აქტიურ ევთანაზიას, პასიურ ევთანაზიას, თვითმკვლელობას ექიმის დახმარებით. აქტიური ევთანაზია გულისხმობს უკურნებელი დაავადების ტერმინალურ სტადიაზე მყოფი ავადმყოფის მიმართ ისეთი პრეპარატის გამოყენებას, რომელიც აჩქარებს სიკვდილს (ე.წ. „შევსებული შპრიცის მეთოდი“). აქტიური ევთანაზიის დროს სიკვდილის დაჩქარება ხორციელდება მოვლენების ბუნებრივად განვითარებაში აქტიური ჩარევით, მაგ: ავადმყოფისთვის წამლის ჭარბი დოზის მიცემით ან სხვაგვარად.  
პასიური ევთანაზია გულისხმობს უკურნებელი სენით დაავადებული პაციენტისთვის დამხმარე თერაპიის შეწყვეტას (ე.წ. „გადადებული შპრიცის მეთოდი“), რა დროსაც ხდება ბუნებრივი სიკვდილის დადგომა ავადმყოფისათვის სამედიცინო დახმარების შეწყვეტის გზით. ასეთ დროს „ჩარევა“ მხოლოდ მკურნალობის გაგრძელების შეწყვეტით ამოიწურება, რაც ავადმყოფს საშუალებას აძლევს, ბუნებრივად დაასრულოს თავისი სიცოცხლე.  
თვითმკვლელობა ექიმის დახმარებით გულისხმობს, ავადმყოფისვე თხოვნით, მისთვის სიცოცხლის მომსწრაფებელი პრეპარატების (რასაც თავად ავადმყოფი იყენებს დამოუკიდებლად), ან მათ შესახებ ინფორმაციის გადაცემას.
- <sup>6</sup> ამ ქვეყნების კანონმდებლობით, მკვლელი, რომელიც მოქმედებს მსხვერპლის დაჟინებული თხოვნით, მისი ტანჯვისაგან გათავისუფლების გულმონყალე მიზნით, ითვლება ჩვეულებრივ მკვლელად.
- <sup>7</sup> ამ ქვეყნების სისხლის სამართლის კოდექსის თანახმად, ევთანაზიის ჩადენისთვის შემამსუბუქებელი სასჯელებია გათვალისწინებული.
- <sup>8</sup> ამ ქვეყნების კანონმდებლობით ევთანაზია არ ისჯება.
- <sup>9</sup> იხ. ჟ. პრაღელი, შედარებითი სისხლის სამართალი, მოკლე კურსი, თბ., 1999, გვ. 128.
- <sup>10</sup> იხ. ე. გოცირიძე, სიცოცხლის დასაწყისი და დასასრული: ფეტუსისა და ევთანაზიის უფლებრივი საკითხები სტრასბურგის იურისპრუდენციის მიხედვით, სტატიათა კრებული, ადამიანის უფლებათა დაცვის ევროპული და ეროვნული სისტემები, 2007, გვ. 52-53.
- <sup>11</sup> იხ. ფ. საყვარელიძე, ევთანაზია – მონყალეზა თუ მკვლელობა, ჟურნალი „თავისუფლება“, თბ., 2003, გვ. 33.
- <sup>12</sup> იხ. ე. ქარდავა, ევთანაზიის პრობლემა სისხლის სამართალში, ჟურნალი „სამართალი“, მეცნიერება, პუბლიცისტიკა, პრაქტიკა, თბ., 2001, გვ. 61.
- <sup>13</sup> იხ. ე. გოცირიძე, სიცოცხლის დასაწყისი და დასასრული: ფეტუსისა და ევთანაზიის უფლებრივი საკითხები სტრასბურგის იურისპრუდენციის მიხედვით, სტატიათა კრებული, ადამიანის უფლებათა დაცვის ევროპული და ეროვნული სისტემები, 2007, გვ. 51-52.
- <sup>14</sup> იხ. ჟ. პრაღელი, შედარებითი სისხლის სამართალი, მოკლე კურსი, 1999, გვ. 128-129.
- <sup>15</sup> იხ. Российское уголовное право, Особенная часть, М., 1997, с. 131-132.

- 16 იხ. ჟ. პრადელი, შედარებითი სისხლის სამართალი, მოკლე კურსი, 1999, გვ. 138.
- 17 იხ. Уголовное право зарубежных стран, обшая часть, М., 2003, с. 262.
- 18 იხ. [www.alexschadenberg.blogspot.com/2008/12/stephan-dufour-found-not-guilty-in-alma.html](http://www.alexschadenberg.blogspot.com/2008/12/stephan-dufour-found-not-guilty-in-alma.html)
- 19 იხ. С. Бородин, преступление против жизни, М., 2000, с. 23.
- 20 იხ. ფ. საყვარელიძე, ევთანაზია – მონყალეზა თუ მკვლელობა, ჟურნალი „თავისუფლება“, თბ., 2003, გვ. 35.
- 21 იხ. იქვე.
- 22 [www.euthanasia.com/arguments-against-euthanasia.html](http://www.euthanasia.com/arguments-against-euthanasia.html)
- 23 ფ. საყვარელიძე, ევთანაზია – მონყალეზა თუ მკვლელობა, ჟურნალი „თავისუფლება“, თბ., 2003, გვ. 35.
- 24 იხ. საქართველოს კანონი „ჯანმრთელობის დაცვის შესახებ“, 148-ე მუხლი.
- 25 იხ. ზ. წულაია, დანაშაული ადამიანის წინააღმდეგ, თბ., 2000, გვ. 50.
- 26 [www.euthanasia.com/arguments-against-euthanasia.html](http://www.euthanasia.com/arguments-against-euthanasia.html)
- 27 იხ. ავტორთა კოლექტივი, სისხლის სამართლის კერძო ნაწილი, წიგნი I, თბ., 2006, გვ. 50.
- 28 იხ. საქართველოს კანონი „ჯანმრთელობის დაცვის შესახებ“, 148-ე მუხლი.
- 29 იხ. С. Бородин, преступление против жизни, М., 2000, с. 29.
- 30 [www.euthanasia.com/assisted-suicide-living-wills-and-mercy-killing/html](http://www.euthanasia.com/assisted-suicide-living-wills-and-mercy-killing/html)
- 31 [www.euthanasia.com/euthanasia-issues-in-Netherlands, Belgium, Canada, Great Britain, U.S, Columbi, Israel. html](http://www.euthanasia.com/euthanasia-issues-in-Netherlands-Belgium-Canada-Great-Britain-U.S-Columbia-Israel.html)
- 32 [www.euthanasia.com/suicide-mercy-killing-right-to-die-physician-assisted.html](http://www.euthanasia.com/suicide-mercy-killing-right-to-die-physician-assisted.html).
- 33 თ. წერეთელი, ევთანაზია, როგორც ზნეობრივი და სამართლებრივი პრობლემა, ჟურნალი „საბჭოთა სამართალი“, 6, თბ., 1976, გვ. 52.
- 34 იხ. [www.pregnantpause.org/euth/liberty.htm](http://www.pregnantpause.org/euth/liberty.htm), Euthanasia: a case of individual liberty?, by Jay Johansen, posted September 6, 2000.
- 35 ტ. ხორვატი, ევთანაზია, როგორც სამედიცინო და სისხლის სამართლის მეცნიერების პრობლემა, ბერლინი, 2001.
- 36 [www.pregnantpause.org/euth/tipes.htm](http://www.pregnantpause.org/euth/tipes.htm), types of euthanasia, posted November 20, 2004.
- 37 იხ. ჟურნალი „სამართალი“, 6, 1976, გვ. 39.
- 38 იხ. Платон, Сочинения, М., 1971, с. 195-196.
- 39 იხ. ფ. ბეკონი, სიკვდილის თაობაზე ახალი თარგმენები, თბ., 1992, გვ. 72.
- 40 იხ. ე. გოცირიძე, სიცოცხლის დასაწყისი და დასასრული: ფეტუსისა და ევთანაზიის უფლებრივი საკითხები სტრასბურგის იურისპრუდენციის მიხედვით, სტატიათა კრებული, ადამიანის უფლებათა დაცვის ევროპული და ეროვნული სისტემები, თბ., 2007, გვ. 51.
- 41 იხ. ფ. საყვარელიძე, ევთანაზია – მონყალეზა თუ მკვლელობა, ჟურნალი „თავისუფლება“, გვ. 36-37.
- 42 [www.euthanasia.com/suicide-mercy-killing-right-to-die-physician-assisted/html](http://www.euthanasia.com/suicide-mercy-killing-right-to-die-physician-assisted/html)
- 43 [www.euthanasia.com/assisted-suicide-living-wills-and-mercy-killing/html](http://www.euthanasia.com/assisted-suicide-living-wills-and-mercy-killing/html)
- 44 [www.euthanasia.com/arguments-against-euthanasia/html](http://www.euthanasia.com/arguments-against-euthanasia/html)
- 45 იხ. ე. გოცირიძე, სიცოცხლის დასაწყისი და დასასრული: ფეტუსისა და ევთანაზიის უფლებრივი საკითხები სტრასბურგის იურისპრუდენციის მიხედვით, სტატიათა კრებული, ადამიანის უფლებათა დაცვის ევროპული და ეროვნული სისტემები, თბ., 2007, გვ. 50.
- 46 იხ. ზ. წულაია, სისხლის სამართალი, კერძო ნაწილი, ტომი I, თბ., 2000, გვ. 82.
- 47 [www.orthodoxy.ge/skhva/evtanazia.htm](http://www.orthodoxy.ge/skhva/evtanazia.htm), ინტერვიუ დეკანოზ არჩილ მინდიაშვილთან.
- 48 [www.orthodoxy.ge/skhva/evtanazia.htm](http://www.orthodoxy.ge/skhva/evtanazia.htm), ინტერვიუ დეკანოზ არჩილ მინდიაშვილთან.
- 49 იხ. ფ. საყვარელიძე, ევთანაზია – მონყალეზა თუ მკვლელობა, ჟურნალი „თავისუფლება“, გვ. 53-54.

- <sup>50</sup> იხ. ავტორთა კოლექტივი, სისხლის სამართლის კერძო ნაწილი, წიგნი I, თბ., 2006, გვ. 49-50
- <sup>51</sup> იხ. დ. გეგეშიძე, ევთანაზია – მონყალეზა თუ დანაშაული?!, თბ., 2003, გვ. 32-34.
- <sup>52</sup> იქვე, გვ. 37.
- <sup>53</sup> იხ. ე. გოცირიძე, სიცოცხლის დასაწყისი და დასასრული: ფეტუსისა და ევთანაზიის უფლებრივი საკითხები სტრასბურგის იურისპრუდენციის მიხედვით, სტატიათა კრებული, ადამიანის უფლებათა დაცვის ევროპული და ეროვნული სისტემები, თბ., 2007, გვ. 56.
- <sup>54</sup> იქვე, გვ. 57-58.
- <sup>55</sup> [www.euthanasia.com/euthanasia\\_essues\\_in\\_Netherlands, Belgium, Canada, Great Britain,Uunited\\_States, Columbialsrael, .html](http://www.euthanasia.com/euthanasia_essues_in_Netherlands,_Belgium,_Canada,_Great_Britain,Uunited_States,_Columbialsrael_.html)
- <sup>56</sup> [www.euthanasia.com/euthanasia\\_essues\\_in\\_Netherlands, Belgium, Canada, Great Britain,Uunited\\_States, Columbialsrael, .html](http://www.euthanasia.com/euthanasia_essues_in_Netherlands,_Belgium,_Canada,_Great_Britain,Uunited_States,_Columbialsrael_.html)
- <sup>57</sup> [www.euthanasia.com/euthanasia\\_essues\\_in\\_Netherlands, Belgium, Canada, Great Britain,Uunited\\_States, Columbialsrael, .html](http://www.euthanasia.com/euthanasia_essues_in_Netherlands,_Belgium,_Canada,_Great_Britain,Uunited_States,_Columbialsrael_.html)

**TAMAR SADRADZE**

## **ETHICAL AND LEGAL PROBLEMS OF EUTHANASIA**

### **INTRODUCTION**

Inaccessibility of a person's life was first recorded in 1215 under the Great Charter of Freedoms signed by the King of England.

In the exact meaning of the term, the "Right to Life," implies that the state has a duty to grant its citizens immortality. If this were possible, would it mean the state, would have to forbid citizens to commit suicide as well?

The Right to Life does not mean the right to live in this world forever. Moreover, it should be interpreted in a way that means nobody is allowed to terminate another's life artificially. Actually, such an understanding of the right to life implies that the state is obliged to render its assistance to each of its citizens in order to sustain life.<sup>1</sup> Therefore, life turns out to be the right of a person.

Freedoms known as negative rights reflect an inactive state. Such an understanding of the right to life means a person is responsible for his own life, and nobody may take it away. The person must take care of himself. Euthanasia<sup>2</sup> has become one of modern society's most important issues in the world today.<sup>3</sup> It implies ending the life of an individual suffering from an incurable illness in the terminal stage to eliminate any physical agony.<sup>4</sup>

In the science and practice of criminal law, the matter of ending the life of an individual upon their request has long been highly controversial. Euthanasia continues to be a hotly debated topic. There are various opinions whether a person may terminate his life at his discretion. Is euthanasia a crime or a charity? Should it be generally punishable or considered a humane act? There is no answer.

The issue of euthanasia exists in both a theoretical and practical point of view. Notwithstanding a number of assessments and conclusions regarding the medical, legal, philosophical, axiological, and ethical aspects of euthanasia, there is no universal opinion on many material issues. While there is no answer to the question, one must consider whether an individual is obliged to watch the long and agonizing suffering of another individual (usually a close relative) and take no measures to end such suffering. Or whether a physician is obliged to sustain a person's life till the end and extend their suffering, or perhaps he has the right to end this suffering and administer a „sweet death“?! Does a physician serve as the executioner of a person's will or perform an act of evil? All countries have individual approaches to these questions, according to their legal, social and religious backgrounds.

### **1. GENERAL DESCRIPTION OF THE PROBLEM OF EUTHANASIA**

It must be noted that God grants us life, not an option between life and death, as many believe. For example, a suicide is an unpardonable sin, but it is not legally punished. An individual may refuse treatment procedures (e.g. blood transfusion), as well as entire treatments. It is his choice and any coercion will violate his right of physical inaccessibility and will be considered an act of violence.

In some countries, all the three types of euthanasia<sup>5</sup> are completely forbidden, (e.g. France, Russia,<sup>6</sup>) in some countries it is considered to be a condition of crime facilitation, (e.g. Germany, Austria, Portugal, Georgia,<sup>7</sup>)



while in other countries it is permitted,<sup>8</sup> (e.g. Holland, Belgium, Australia, Argentina, Columbia, Japan).<sup>9</sup>

The first country to legalize euthanasia was Holland, where it has actually been unofficially permitted since 1993. In 2001 the Dutch Parliament adopted a law legalizing euthanasia. Euthanasia is permitted if a patient is suffering from an incurable illness and faces unbearable physical pain. Among the documents presented by the commission there must, by all means, be a written declaration by the patient and a recent medical report. In the ruling of a positive decision, the patient is granted the right to implement an act of euthanasia.<sup>10</sup>

Every twenty-fifth Dutch person suffering from an incurable illness at home applies this extreme form of medical assistance, while every seventy-fifth person does so at hospitals.<sup>11</sup>

Between 1936-1950, in Great Britain, supporters of euthanasia filed an application to the House of Lords concerning the legalization of euthanasia. This proposal to adopt a law on the legalization of euthanasia was rejected in 1969 and defeated by a vote of the order of 60 to 40 in the House of Lords.<sup>12</sup>

In 2000, the UK Ministry of Healthcare issued strict rules in which a physician has the right not to restore a patient's heart or breathing so that the incurable patient may avoid acute physical suffering. Physicians may be passive if the patient's will is certified documentarily, if the patient has no chance for successful resuscitation and if the patient's life will be agonizing after reanimation (i.e. euthanasia is prohibited in Great Britain, however, there is an exception where the country partly recognizes passive euthanasia).<sup>13</sup>

Since 2002, passive euthanasia has been permitted in Switzerland although some formalities specified by law should be permitted in its implementation.

Euthanasia was legalized by Belgian legislation in 2002. Citizens of Belgium over 18 have the right to euthanasia. By decision of the administration of the University of Belgium, euthanasia is even taught in the curriculum of the medical faculty so that students may per-

form euthanasia properly and with minimum risk. People are "assisted" in Switzerland as well, where the "Sweet Death" is available in drug stores, only with a prescription and only to citizens of Switzerland.<sup>14</sup>

Under Russian law, killing a victim at his request is considered intentional murder without any facilitating circumstances. Under the Russian law on the "Healthcare of Citizens", it is emphasized that euthanasia is not allowed in any way. Medical personnel are forbidden to implement euthanasia even if it is an insisted request of a patient.<sup>15</sup>

French law considers euthanasia intentional murder; however, some years ago a law on passive euthanasia was adopted. In this law, individuals suffering from incurable illnesses were granted the right to refuse treatment, if there is a written declaration by the patient and certification that this decision is made voluntarily and in a realized manner.<sup>16</sup>

Under German law, euthanasia is a crime and is subject to punishment, if a physician actively participates in releasing a patient from suffering upon their request. This law can be attributed to the detrimental years of social nationalism when thousands of Germans with congenital mental and physical defects became victims of the state program, "Recovery of the Nation's Gene Pool," in which murder "for charitable purposes" was closely related to the willful act of Nazis' in white smocks who thought that they had the right to decide who should live and who should not.

Article 216 of the Criminal Code of Germany states: "If a person is induced to kill by the express and earnest request of the victim the penalty shall be imprisonment from six months to five years". It is evident that euthanasia is recognized as a less grave crime than murder.<sup>17</sup> Notwithstanding this stipulation of the law, on December 12, 2008, German court acquitted a 30 year-old citizen, Stephan Dufor, in the case of euthanasia carried out on his uncle. At the court proceeding, Dufor declared that his act was induced by the insisted request of his uncle, because he could no longer endure his uncle's insistent begging to assist him in suicide, which persisted for several

months.<sup>18</sup> This reveals the attitude to the issue of euthanasia is gradually getting more liberal in Germany and both the court and society are seeking a basis to justify the act.

In Catholic Italy, "Euthanasia" is not a popular term, although vigorous discussions on this topic are debated from a medical as well as a legal point of view.<sup>19</sup> Several years ago, lawyers participating in a symposium to the issue of euthanasia in Turin worked out a draft document for discussion, titled "Biological Will", which incurable patients were allowed to sign. It released medical personnel assisting infirmed people in mercy killing from legal responsibility. Participants of the symposium emphasized that euthanasia should be considered a fundamental human right.<sup>20</sup> This idea was not supported in Italy due to the irreconcilable position of the Catholic Church in matters of euthanasia. Pope John Paul II demanded the government (in a strict manner uncharacteristic of him) to take measures to protect family by prohibiting abortions and euthanasia. The Pope appealed to the clergy to struggle against euthanasia and assisted suicide by every means. "One who does not respect life, especially its weaknesses, I must remind you, that life is a gift of God and it is everybody's duty to protect it", the Pope declared. He underlined that this duty especially refers to medical personnel, who have taken the Hippocratic Oath.<sup>21</sup>

From the ethical point of view, there arises a question. Isn't every incident of euthanasia a form of murder according to law?! Some people that are close to a person slowly dying and in unbearable physical pain, believe there is no sense to speak about morality when an individual is begging for an end his tortured existence. Supporters of euthanasia think that if the life of this person was perfect, death should also be pleasant.<sup>22</sup>

Annual public opinion surveys in Holland reveal that euthanasia is not viewed as an infringement on human life. 80-90% of those questioned believe this. When Pope John Paul II publicly condemned euthanasia, the number of Dutch euthanasia supporters increased by 5%.<sup>23</sup> In Holland, the number of euthanasia

cases is gradually growing and will presumably continue to in the future, as the population becomes accustomed to the opinion that a person can manage his fate by himself.

Today, medical techniques and methods of intensive care are so developed that equipment can perform all the vital functions of an organism and practically extend life indefinitely. However, there is a problem with passive euthanasia not addressed in legislation, where doctors can terminate the life of a person in a coma for a long period, with no chances of survival. In such cases, the physicians assume that the patient himself would not be against the physician's decision incases when the patient cannot express his own opinion.

It should be noted that most countries around the world recognize passive euthanasia, including Georgia.<sup>24</sup>

## **2. EUTHANASIA ACCORDING TO THE LAWS OF GEORGIA**

The attitude of Georgian society towards euthanasia is generally negative, due to the position of the Georgian Orthodox Church, ancient national traditions and customs, in which euthanasia is unmistakably considered murder and suicide - a mortal sin.

Euthanasia is considered by Georgian legislation as intentional murder committed under facilitating circumstances, and punishment is respectively lighter than general intentional murder. In a wide sense, euthanasia means ending a mentally and physically deficient life with a noble idea. Therefore, under the law, the court has been granted an authority to take compassion into consideration as a circumstance facilitating the responsibility.

In the Criminal Code of Georgia, active euthanasia is forbidden because a physician should by no means take part in a premature death and jeopardize the moral ground of the physician's profession.<sup>25</sup>

Based on Article 110 of the Criminal Code of Georgia, terminating a life, whether at the victim's insistence and genuine will or against his will, is considered murder. The victim's consent and insistence do not release an individual from the responsibility.

The legislation emphasizes three material components in the disposition: 1. Inspiration of an accused person by the victim, 2. Insistence of a person, 3. Fulfillment of the victim's will. These three components determine the subjective position of an offender that facilitated an intentional killing. An offender intentionally kills a sick person, however, this intention is inspired by and originated from the victim in order to free the dying person from intense physical suffering.

The insistence of a victim, according to his genuine will, is a factor that provokes inspiration. This implies that a person is influenced when a certain feeling to do something appears, sometimes against his will and contrary to accepted principles of behavior. When a dying person insists to end his tortured life, it can produce a pitiful affect on a subject, where the desire to free the dying person from unbearable, inhuman torture appears, which can be relieved by giving him a chance to die peacefully.<sup>26</sup> Notwithstanding the aforementioned, we face an act of public danger; terminating a person's life. This cannot be considered a circumstance that absolves the guilty, as it violates a constitutional principle. "Life is an inaccessible human right and it is protected by law". In this case, the Constitution and public opinion correspond to the opinions of the Orthodox Church, which has an irreconcilable position regarding euthanasia.

According to the Criminal Code of Georgia, killing at the victim's request (euthanasia) is included in the group of privileged compositions, as the matter refers not only to killing with the victim's consent, but an insisted request of an individual concerning his release from physical agony. This request should express the actual will of the dying person. He should be in a condition to completely control and manage his facilities but if the victim is not in such a condition, taking his life is intentional murder, unless of course, there is no other burdensome circumstance.<sup>27</sup>

Under the Law of Georgia on the Patient's Rights, it is highlighted that euthanasia is forbidden to medical personnel and is not permitted in any way. However, at the same

time, according to Article 24 "Every citizen of Georgia has the right to express in advance his/her wish (consent or refusal) in written form concerning the provision of resuscitation, life-saving treatment or palliative care, when the patient becomes incompetent or loses decision-making capacity, only if such a condition is caused by:

- a) Terminal stage of incurable disease;
- b) Disease, which inevitably will cause serious disability". i.e. the patient is given an opportunity to make a decision whether to undergo a course of treatment to extend his life or not. The Law of Georgia on Healthcare refers to the same issue.<sup>28</sup>

The patient may refuse and stop treatment, but neither a physician nor any other person (relative, friend, etc.) may render assistance to the dying patient.

Thus, active euthanasia is forbidden and passive euthanasia is permitted in Georgia. Passive euthanasia is considered a privileged type of killing. (Article 110).

### **3. CONFLICT BETWEEN THE SUPPORTERS AND OPPONENTS OF EUTHANASIA**

Euthanasia has a number of supporters and opponents. They have serious arguments substantiating the correctness of their opinion. The matter of selecting a general criterion is complicated by the uniqueness, individuality, inclinations, desires, religion, ethno-psychological nature, traditions, habits, etc. of each individual and infirmed person.

Currently, many people realize that euthanasia is not "murder" and that it is the "right of a person on their deathbed". As the authors of one manual of the Criminal Code of England note, "notwithstanding the prohibition, there are still a lot of similar cases in medical practice, as for the opinion of society, it is mainly expressed by close relatives and/or friends of the patient and they see nothing immoral in it, on the contrary, they consider that the latter is physically and morally facilitating for both parties, although all of them greatly respect human life".<sup>29</sup>

Sometimes we encounter intense situations in life when people must watch the agony

of a loved one who is cognizant. Such a terrible condition sometimes lasts for months or years. Why should a person end his life hating life? If an individual has the right to life, why shouldn't he have the right to death? Where is the border between humanity and murder? Which is more humane – retaining life artificially to a sick person in agony for an indefinite period, or euthanasia?! The answer to these questions lies beyond medical ethics and require a legal evaluation.<sup>30</sup>

Considering life as the greatest value is based on the unrepeated nature of each life. Therefore, life is the greatest value for an individual that possesses it. That is why the right to terminate life belongs only to him and no one else.

According to laws, even in cases when euthanasia is implemented by a complete and ordered system, it is impossible to assert that an act of euthanasia can be performed without mistakes and risks. Any mistake made in relation to euthanasia is fatal, because terminated life can never be restored.

From a legal point of view, the “right to live” does not imply the “right to die” as well. Legislators may not recognize the right of death unilaterally. A person disposes of his life independently and has the right to end it at any time in an act of suicide. This does not mean another person has the right and duty to assist him in attaining this purpose. The right of suicide is recognized by law but it contradicts most religions. By recognizing euthanasia, its application will not only be the right of the person but a professional duty, although many doctors (especially believers) will be against fulfilling such an obligation. In addition, this directly contradicts the Hippocratic Oath and generally, the purpose of a doctor's profession.

Euthanasia is not justified in the legal sense, when a physician administers a life-taking injection to a hopeless patient suffering from cancer. Objective death is not caused by the disease itself but by the injection administered by the doctor.

One more legal problem with euthanasia is the implementation to a patient in an un-

conscious state, who cannot express his will. A physician may be obliged to expedite death due to pity, when patient requests or consents to the implementation of euthanasia, and/or when acknowledgment of such consent will be impossible due to the unconsciousness of the patient, i.e. the object of encroachment of legalized euthanasia will be the life of the patient who supposedly would have objected to such a life, however supposition does not mean a certified fact and a legislator cannot justify the legalization of ending life based on a supposition.

With euthanasia, if even one life is mistakenly ended, it is a sufficient enough reason for a legislator to refuse. In the USA, the supporters of euthanasia were headed by physician Jack Kevorkian, who was known as “Doctor Death.” He administered euthanasia to about 100 people. Kevorkian was considered by a number of people as the final hope and sole savior; however, he was later indicted and found guilty. Among his victims of euthanasia 75% were not terminally ill, and 5% were absolutely healthy.<sup>31</sup>

Additionally, in Russia a physician administered euthanasia to 12 persons, two of whom were healthy women.<sup>32</sup>

So, we can conclude that these physicians performing euthanasia went so far they couldn't properly evaluate their actions and became ordinary killers. .

It should be taken into account that the general motivation of the voluntary death of a majority of patients is unbearable pain, i.e. the request is motivated by imposition and not by an objective state. The history of medicine is rich with insistent requests by those wounded in war to amputate a limb or to help them die. . There are also known facts about how, hands, legs, eyes, lives, etc. were restored to thousands of people.<sup>33</sup>

Social surveys in many countries assert that legalization of euthanasia is evaluated negatively more frequently by physicians and medical personnel than the general population.

Supporters of euthanasia apply to two types of arguments. One side takes the pa-

tient's interest into consideration. In their opinion, we cannot deprive a person who suffers unbearable pain of his right to make a choice between a tortured life and death. To prevent such torture, the physician or another person who assists the patient to accomplish his wish may not be indicted for murder. . As this kind of euthanasia is more frequently applied to agonized people, it is sometimes called "agonistic euthanasia."<sup>34</sup> The most dramatic examples of euthanasia are agonistic.

We witness examples of agonistic euthanasia mostly in countries where legislation does not provide for an informed person's consent; therefore cases of euthanasia are considered intentional murders which typically result in severe punishments. In more demonstrative cases, when conscience's cannot bear severely punishing people who acted out of pity, courts apply to quite artificial legal arguments to justify such "killers acted on the basis of pity." For example, a 21 year-old student killed his father who suffered from severe pain and an incurable disease (cancer). The court released the student from liability based on the fact that his love and pity towards his father made him commit a murder in the condition of dementia and depression.<sup>35</sup> Another example of this type of case is when a doctor administered a lethal injection to his colleague's wife in the final stage of cancer and suffering from extreme pain. The court acquitted the doctor, stating that the patient, having severe pains, was actually dead and the doctor may not be made answer for murder, since it is impossible to kill a dead body.<sup>36</sup>

Euthanasia may be caused by a sense of pity not only when the object of pity is dying, but when the object is mentally ill or physically ugly, such as when a mother gave birth to an ugly child and poisoned it 8 days later..<sup>37</sup> In this case, pity was the reason an infant was killed, according to the court's judgment. However, the question remains whether this behavior is actually euthanasia. There was no insisted request by an infirmed person to release him from his misery. As we see, the court found a way to justify the act of a mother (i.e. a mother was justified from providing society with one less potentially defective person.

#### **4. ARGUMENTS OF EUTHANASIA SUPPORTERS**

The philosopher Plato considered euthanasia a quite acceptable act. In his opinion, citizens should be taken care of by both the court and a doctor, which are perfect in all respects and those with a defective soul or physical deficiency, should die.<sup>38</sup>

The English philosopher Francis Bacon considered "a calm, sweet death" caused by pity as natural. In his *Essay of Death*, he wrote "Death is attractive for the ones who suffer. For those, life becomes an unbearable torture and fetters, and a poor Christian is thirsty for death – whose fate turned its back and that's the reason his soul is revolted. For these death is deliverance and the grave – a desired bed for peace".<sup>39</sup> Bacon raised the issue to help a dying person as a necessary ethic demand.

Supporters of euthanasia review it as an act of compassion and do not think that it contradicts with Christian morals at all. Furthermore, in their opinion, prohibition of euthanasia conflicts with the freedom of a human being - his autonomy and dignity - and infringes on the personal relation between a doctor and a patient. They think that the birth and death of an individual is a personal phenomenon and not a public (societal) one and the right to die does not contradict the interests of society. They consider the problem of euthanasia as a conflict between the individual and social interests and think that the matter should be solved according to the real interests of an individual.<sup>40</sup> They consider euthanasia to be an "act of kindness" to a person suffering from an incurable illness.

In the opinion of supporters of euthanasia, when a person's life is agonizing and death is a deliverance from such torture, euthanasia turns out to be a "duty to life" and not a "right to life." They ascertain that when a patient cannot express his will and his life is artificially extended by modern medical techniques and he is not recovering, he has the right to die. In their opinion, no doctor may prolong the agony of a sick person for an indefinite period only because it is technically possible to do so. Each person should have a right to not only

live with dignity but to maintain that dignity until his death.<sup>41</sup>

Supporters of euthanasia declare that euthanasia should be permitted because it is inhuman to simply watch how one is suffering and be inactive, unable to relieve the pain and to nothelp a dying person die.<sup>42</sup>

If a person has a right to live then why shouldn't he have a right to die with dignity? Most legislation does not provide a person with the right to die, which is an integral part of the right to life. A person should be an owner and manager of himself. An individual suffering from an incurable illness with little time left to live and is suffering from unbearable pain should be given the right to a "sweet death". The choice is up to him. It is a bigger sin to watch a person's endless torture than to free him from it, even it means ending that person's life, and euthanasia is the best method to that end.<sup>43</sup> This is how supporters of euthanasia decriminalization substantiate their position.

However, even in Holland, the so-called "Country of Euthanasia", where more than 90% of population support euthanasia, opposition to euthanasia took place when the Law on Euthanasia was being adopted.<sup>44</sup>

## 5. ARGUMENTS OF THE OPPONENTS OF EUTHANASIA

The Christian Church is the leading opponent to euthanasia. The clergy's position is unanimous in, it categorically objects to euthanasia., The main moral postulates of the commandments 'Thou shall not murder' and "Love thyself", on which Christian morality is formed, is sufficient basis to consider euthanasia an immoral and illegal act. In the opinion of euthanasia opponents, a sick person asking for euthanasia originated from the desire to free his family and society from a financial and moral burden. They indicate that execution of euthanasia by a physician contradicts the Hippocratic Oath and undermines the trust of people to the doctor's profession in general.<sup>45</sup> As for doctors, lawyers, teachers, psychologists, philosophers, etc., their opinion varies depending on the actual conditions of life. For example, a survey of elderly has shown that a

significant number consider it permissible and they support euthanasia. Some doctors deem this action reasonable while executing euthanasia in practice.<sup>46</sup>

Orthodox and Catholic Churches are categorically against euthanasia. In the opinion of the Orthodox Church, both types of euthanasia, passive and active, are inadmissible,<sup>47</sup> as this is actually suicide; more precisely, assisted suicide, and this is the greatest sin. A person has the right to life, but life itself and the right to terminate it is not granted to him. Only God may give and take life away, and euthanasia means an individual is getting involved in God's business. This is an unrealized, subconscious dream – to become equal to God, which is absolutely inadmissible. With euthanasia, the life of one person is terminated by another person.

The Orthodox Church considers Euthanasia means serving Satan, which ultimately deprives a sick person of regret and the possibility of salvation. They believe there is no justification for euthanasia as the immortal human soul always stands far above earthly values and views. According to their assertions, euthanasia is not tolerated by an ethical point of view. The euthanasia decision is simply the result of a sick person's despair. Legalizing euthanasia will further destabilize people's already weakened ethical state..<sup>48</sup>

The law should not lose touch with religion especially, in such a state as Georgia, where the Orthodox Church has played such a significant role in the historic development of the country, it is recognized in Article 9 of the Constitution.

The European Court of Human Rights put the question in the following way: "Could the right to life be interpreted as to imply the refusal to life as well?" In my conclusion, the right to life may not be interpreted to include the right to death, because the "right to death" differs from the "right to life" diametrically, therefore, the right to life does not mean a person's right to die.<sup>49</sup>

A question arises: Could there be a case of murder against a patient's will? Such a danger is quite real, where a murder can be disguised by euthanasia. Additionally, require-

ments specified under the law may be facilitated later on, which may be followed by an increase of actions done against a patient's will.

Opponents of euthanasia provide serious arguments to substantiate the correctness of their position:

1. Euthanasia is not allowable in the legal point of view, because when a physician administers a fatal injection to an incurable patient suffering from cancer, the death is caused subjectively, not from the pathologic changes due to the disease but based on a decision made out of pity.
2. Legalization of euthanasia is unacceptable from an ethical point of view. Due to the unique nature of a human's life, the physician is obliged to struggle with all his strength to sustain life up to the final moment. Modern medical treatment includes motivating consultations with a doctor to give hope to a patient, and hope already means a partial recovery.
3. A mistake in the diagnosis is not excluded. A disease which is considered incurable today may become curable tomorrow.
4. There are well-known cases in medicine when patients deemed incurable have recovered. A physician may also be dishonorable. Euthanasia is incompatible with the professional and societal function of a physician as well as the atmosphere of trust, which should exist between a physician and a patient, etc.<sup>50</sup>

#### **6. PROBLEM OF EUTHANASIA IN RELATIONS BETWEEN A PHYSICIAN AND A PATIENT**

In recent years, patients participating in the decision making process have become more widespread. Based on the principles of the relationship between a patient and a doctor, a portion of society supports increasing the rights of a patient in the process of medical decision-making. The second group considers this inappropriate, because as a rule, quite complex and specific (medical) problems must be resolved. According to their discussions, the right of choice should be granted

only to physicians, and the patient should be subject to the physician's decision.

The duty of a physician is to provide the patient with the maximum amount of comprehensive information about his disease, including medical manipulations, risks and outcomes. After reviewing the data and considering a physician's recommendations, the patient should select a method of treatment and make a final decision. For clear reasons in this case, a decision made by the patient cannot be always objective and well-grounded because the criterion of choice is not professional. This is why it is the physician's duty to explain the situation and help make the best decision for treatment. The physician should know the patient's psychology enough to ensure they properly understand the situation, and so deserve the patient's trust in decision-making. A physician should not neglect the requirements of the patient. The patient should make his own decision as to what kind of treatment is acceptable to him

The physician's objective is to help the patient make the proper choice. Patients have the right to receive comprehensive information about their health condition, including specific medical data, intended medical procedures, projected risk and effect of each procedure, diagnosis, forecast and progress of the treatment process. This relation also envisages that as an exception, information may be withheld to a patient if there is a substantiated doubt that this information could incur serious injury to him and no positive result is evident.

In this model, a physician acts as a consultant, supplying a patient with necessary information, explaining that a particular means of treatment corresponds with his condition and no other.<sup>51</sup> In such a situation, a physician acts as a patient's friend and teacher, explains the condition to him, introduces possible outcomes of the decision, takes the level of the patient's knowledge into account, and gives him final recommendations, to help him make the best and most useful decision. The patient may choose the best version among the alternate outcomes characterized by the physician and determine its optimality. It is important to

choose the most acceptable and useful model in any specific case.<sup>52</sup>

## CONCLUSION

Today, the right of euthanasia is a subject of heated debate around the world, as the issue is of a medical, religious, legal and ethic nature. Euthanasia is related to the conflicts of principal character. It gives rise to a conflict between the fundamental rights of the value of life on the one hand, and the right of each person to make a decision about their life, on the other hand. Mutual opinion in society on euthanasia has never existed; it has a large number of supporters as well as opponents. It is known that Plato was a supporter, and that Christianity rejected it.

Every case of euthanasia should be assessed in consideration of ethic and legal positions. Law is as progressive as it is ethical.

It should be clarified as to how reasonable an incurable patient's right to request euthanasia is. What is the legal ground for the "right to death" within the "right to life" and how should the conflict of values be decided? This is why it requires a progressive approach and should not be resolved according to which right is generally more important.<sup>53</sup>

One of the main reference points is a proper evaluation on whether euthanasia is a natural, reasonable human right.<sup>54</sup>

In 1946 a society of euthanasia was organized in the USA, which submitted a draft law to legislative authorities signed by 1500 physicians and 54 pastors, under which it was specified that every 21 year-old person suffering from an incurable disease shall have the right to request a peaceful death, and a commission of physicians and lawyers should investigate whether this request may be satisfied or not.<sup>55</sup> Similar kinds of organizations were created in England identifying an individual of full age and sound mind suffering from great pains the right to make a choice between an easy and terrible death and the use of medical means to make such a choice.<sup>56</sup> In one of the petitions which was submitted by supporters of euthanasia to New-York authorities, was stated: "When a person after developing a fa-

tal illness suffers from intensive and long term pains, life loses all the value to him and those people close to him. We think that society should give such a person the right to die. In this action, we will have the same compassion to the person as we do towards animals".<sup>57</sup>

Euthanasia societies formed, based on such opinions as well as individuals who believed in the lawfulness of euthanasia, and had ideas on the impunity of euthanasia. Under all such plans the main requirements for execution of euthanasia are:

1. Incurable disease and its terminal stage;
2. Will of a sick person – to die;
3. Execution of "a death verdict" by a physician after the condition of a patient is examined by other physician (or physicians).

It should be noted that the diagnosis of a doctor concerning a fatal disease might be found incorrect. Physicians may be mistaken and what is considered to be agony may just be crisis, in reality. At the same time, even presently, when it is possible to reanimate a person, when the margin between life and death is deleted, a person may actually survive.

Many diseases once considered to be incurable are now curable. A disease that provokes the will of euthanasia may become subject to treatment during the execution of euthanasia. Moreover, there are so many means to treat pain and agony today that it is better if a doctor applies these methods and let the medicine do its job.

As to the second condition, consent does not assert anything. How can we establish the real will of a person and whether he is waiting for death as deliverance or not? The patient may be influenced by relatives who are tired of taking care of him, or he might himself wish to stop disturbing his family. Or, a person suffering from strong pains may frequently ask to be killed to stop the agony, but it this may not be an affirmation of his actual will.

Let's think for a second that a physician is officially granted the right to kill a patient in agony, suffering from an incurable disease, even upon the patient's insistence to kill him. What trust may such a physician have in society,



who violated the Hippocratic Oath and shortened the minutes left in a patient's life instead of facilitating the condition of the patient? Of course, a patient will be terrified to discover himself in the hands of such a physician.

It should also be taken into consideration that the supporters of euthanasia only use moral examples. They only wish an individual on the edge of death to be assisted to that end by a physician, but they forget that when a person is given a license to kill it can always

be misused by an person who may apply euthanasia for malicious purposes.

And finally, the main argument is that the life of a person is an absolute value. It is protected from the moment a child is born until his death; it is protected in spite of the appraisal of this person by society, whether he is full-bodied, healthy, sick or ugly. The depreciation of human life may lead mankind to outcomes which were best executed by fascism.

---

<sup>1</sup> See P. Sakvarelidze, Euthanasia \_ Charity or Assassination, Magazine "Tavisupleba", Tbilisi, 2003, p. 31.

<sup>2</sup> Euthanasia is a Greek word which literally means of sweet, light, untroubled, mercy killing, It consists of two parts – "eu" which means "good" and thanatos – meaning "death".

<sup>3</sup> The term " Euthanasia" was first used by English philosopher Francis Bacon in 1605 to describe calm, untroubled, easy and painless death. the concept of euthanasia was comprehended by the ancient Greeks and Romans and was mostly related to the viewpoint of "incomplete life".

<sup>4</sup> See group of authors, Private law of, Private part of Criminal Law, Volume I, Tbilisi, 2006, p. 52

<sup>5</sup> There are three types of euthanasia: Active Euthanasia, Passive Euthanasia and Physician Assisted Suicide.

Active euthanasia means application of such a medicine to an individual suffering from an incurable illness in the terminal stage, which speeds up death (so called "Method of Filled Syringe"). In active euthanasia death is sped up by active participation in the natural development of events, e.g. by giving excessive amount of medicine to a patient.

Passive euthanasia means withdrawing supportive medical treatment to a patient suffering from an incurable illness (so called "Method of Delayed Syringe") during which the patient dies a natural death by withdrawing medical treatment to a patient. In this case, "involvement" implies only the termination of treatment which gives the patient the opportunity to end his life naturally.

Physician Assisted Suicide implies the voluntary termination of one's own life by administration of a lethal substance (which are applied by the patient himself) or providing information about such substances.

<sup>6</sup> Under the laws of such countries, a homicide which occurs according to an insisted request of a victim with the merciful purpose of ending their suffering is considered to be an ordinary homicide.

<sup>7</sup> Under the Criminal Codes of these countries, light punishments are administered for committing euthanasia.

<sup>8</sup> Under the laws of such countries euthanasia is not subject to punishment.

<sup>9</sup> See J. Pradel, Comparative Criminal Law, Short Course, Tbilisi 1999, p. 128.

<sup>10</sup> See E. Gotsiridze, Beginning and End of Life: Legal Matters of Fetus and Euthanasia According to Strasbourg Jurisprudence, Collection of Articles, European and National Systems of Human Rights Protection, 2007p. 52-53.

<sup>11</sup> See P. Sakvarelidze, Euthanasia - Charity or Assassination, Magazine "Tavisupleba", Tbilisi, 2003, p.33.

- <sup>12</sup> See E. Kardava, Problem of Euthanasia in Criminal Law, Magazine „Law, Science, journalism, Practice“, Tbilisi, 2001, p. 61.
- <sup>13</sup> See E. Gotsiridze, Beginning and End of Life: Legal Matters of Fetus and Euthanasia According to Strasbourg Jurisprudence, Collection of Articles, European and National Systems of Human Rights Protection, 2007, p. 51-52.
- <sup>14</sup> See J. Pradel, Comparative Criminal Law, Short Course, 1999, p. 128-129.
- <sup>15</sup> See Criminal Code of Russia, Special Part, M., 1997, p. 131-132.
- <sup>16</sup> See J. Pradel, Comparative Criminal Law, Short Course, Tbilisi 1999, p. 138.
- <sup>17</sup> See Criminal Law of Foreign Countries, General Part, 2003, p. 262.
- <sup>18</sup> Se. [www.alexschadenberg.blogspot.com/2008/12/stephan-dufour-found-not-guilty-in-alma.html](http://www.alexschadenberg.blogspot.com/2008/12/stephan-dufour-found-not-guilty-in-alma.html).
- <sup>19</sup> See S. Borodin, Crime against Life, M. 2000, p. 23.
- <sup>20</sup> See P. Sakvarelidze – Charity or Assassination, Magazine “Tavisupleba“, Tbilisi, 2003, p. 35.
- <sup>21</sup> See P. Sakvarelidze – Charity or Assassination, Magazine “Tavisupleba“, Tbilisi, 2003, p. 35.
- <sup>22</sup> [www.euthanasia.com/arguments-against-euthanasia.html](http://www.euthanasia.com/arguments-against-euthanasia.html).
- <sup>23</sup> See P. Sakvarelidze – Charity or Assassination, Magazine “Tavisupleba“, Tbilisi, 2003, p. 35.
- <sup>24</sup> See Law of Georgia on Healthcare (Article 148).
- <sup>25</sup> See Z. Tsulaia Crime against a Person, Tbilisi, 2000, p. 50.
- <sup>26</sup> [www.euthanasia.com/arguments-against-euthanasia.html](http://www.euthanasia.com/arguments-against-euthanasia.html).
- <sup>27</sup> See group of authors, Private law of, Private Part of Criminal Law, Volume I, Tbilisi, 2006, p. 50.
- <sup>28</sup> See Law of Georgia on Healthcare (Article 148).
- <sup>29</sup> See S. Borodin, Crime against Life, M. 2000, p. 29.
- <sup>30</sup> [www.euthanasia.com/assisted-suicide, living wills and mercy killing/html](http://www.euthanasia.com/assisted-suicide-living-wills-and-mercy-killing/html).
- <sup>31</sup> [www.euthanasia.com/euthanasia issues in Netherlands, Belgium, Canada, Great Britain, U.S, Columbi, Israel. html](http://www.euthanasia.com/euthanasia-issues-in-Netherlands-Belgium-Canada-Great-Britain-U.S-Columbia-Israel.html).
- <sup>32</sup> [www.euthanasia.com/suicide mercy-killing right-to-die physician assisted.html](http://www.euthanasia.com/suicide-mercy-killing-right-to-die-physician-assisted.html).
- <sup>33</sup> T. Tsereteli, Euthanasia, as a Moral and Legal Problem, Soviet Law, No.6, Tbilisi, 1976, p. 52.
- <sup>34</sup> ix. [www.pregnantpause.org/euth/liberty.htm](http://www.pregnantpause.org/euth/liberty.htm), Euthanasia: a case of individual liberty?, by Jay Johansen, posted September 6, 2000.
- <sup>35</sup> T. Khorvati, Euthanasia as a Problem of Medical and Criminal Law Science, Berlin, 2001.
- <sup>36</sup> [www.pregnantpause.org/euth/types.htm](http://www.pregnantpause.org/euth/types.htm), types of euthanasia, posted November 20, 2004.
- <sup>37</sup> See Magazine “Samartali“, 1976, No.6, p. 39.
- <sup>38</sup> See Plato, Works, 1971, c. 195-196.
- <sup>39</sup> See Bacon, new translations on Death, Tbilisi, 1992, gv. 72.
- <sup>40</sup> See E. Gotsiridze, Beginning and End of Life: Legal Matters of Fetus and Euthanasia According to Strasbourg Jurisprudence, Collection of Articles, European and National Systems of Human Rights Protection, 2007p. 51.
- <sup>41</sup> See P. Sakvarelidze, Euthanasia – Charity or Assassination, Magazine “Tavisupleba“, p. 36-37.
- <sup>42</sup> [www.euthanasia.com/suicide mercy-killing right-to-die physician assisted/html](http://www.euthanasia.com/suicide-mercy-killing-right-to-die-physician-assisted/html).
- <sup>43</sup> [www.euthanasia.com/assisted suicide, living wills and mercy killing/html](http://www.euthanasia.com/assisted-suicide-living-wills-and-mercy-killing/html).
- <sup>44</sup> [www.euthanasia.com/arguments-against-euthanasia/html](http://www.euthanasia.com/arguments-against-euthanasia/html).
- <sup>45</sup> See E. Gotsiridze, Beginning and End of Life: Legal Matters of Fetus and Euthanasia According to Strasbourg Jurisprudence, Collection of Articles, European and National Systems of Human Rights Protection, Tbilisi, 2007, p. 50.
- <sup>46</sup> See Z. Tsulaia, Criminal Code, Private Pat, Volume I, Tbilisi, 2000, p. 82.
- <sup>47</sup> [www.orthodoxy.ge/skhva/evtanazia.htm](http://www.orthodoxy.ge/skhva/evtanazia.htm), Interview with archpriest Archil Mindiashvili.

- <sup>48</sup> [www.orthodoxy.ge/skhva/evtanazia.htm](http://www.orthodoxy.ge/skhva/evtanazia.htm), Interview with archpriest Archil Mendiashvili.
- <sup>49</sup> See P. Sakvarelidze, Euthanasia – Charity or Assassination, Magazine “Tavisupleba“, p. 53-54.
- <sup>50</sup> See group of authors, Private law of, Private part of Criminal Law, Volume I, Tbilisi, 2006, p. 49-50.
- <sup>51</sup> See D. Gegeshidze, Euthanasia – Charity or Crime?! Tbilisi, 2003. p. 32-34.
- <sup>52</sup> See D. Gegeshidze, Euthanasia – Charity or Crime?! Tbilisi, 2003. p. 37.
- <sup>53</sup> See E. Gotsiridze, Beginning and End of Life: Legal Matters of Fetus and Euthanasia According to Strasbourg Jurisprudence, Collection of Articles, European and National Systems of Human Rights Protection, 2007p. 56.
- <sup>54</sup> See E. Gotsiridze, Beginning and End of Life: Legal Matters of Fetus and Euthanasia According to Strasbourg Jurisprudence, Collection of Articles, European and National Systems of Human Rights Protection, 2007p. 57-58.
- <sup>55</sup> [www.euthanasia.com/euthanasia issues in Netherlands, Belgium, Canada, Great Britain,United States, ColumbiaIsrael, .html](http://www.euthanasia.com/euthanasia%20issues%20in%20Netherlands,%20Belgium,%20Canada,%20Great%20Britain,%20United%20States,%20Columbia%20Israel.html).
- <sup>56</sup> [www.euthanasia.com/euthanasia issues in Netherlands, Belgium, Canada, Great Britain,United States, ColumbiaIsrael, .html](http://www.euthanasia.com/euthanasia%20issues%20in%20Netherlands,%20Belgium,%20Canada,%20Great%20Britain,%20United%20States,%20Columbia%20Israel.html).
- <sup>57</sup> [www.euthanasia.com/euthanasia issues in Netherlands, Belgium, Canada, Great Britain,United States, ColumbiaIsrael, .html](http://www.euthanasia.com/euthanasia%20issues%20in%20Netherlands,%20Belgium,%20Canada,%20Great%20Britain,%20United%20States,%20Columbia%20Israel.html).

## საერთაშორისო სამართლის ნორმები და კონფლიქტები საქართველოში კოსოვოს მაგალითზე

2008 წლის 17 თებერვლიდან მოყოლებული, როდესაც ადგილობრივმა ალბანელებმა საკუთარი დამოუკიდებლობა გამოაცხადეს, დავა სერბეთის სეპარატისტული პროვინციის ლეგიტიმურობის თაობაზე კიდევ უფრო გამძაფრდა. მიუხედავად მსოფლიოს წამყვან სახელმწიფოთა (პირველ რიგში აშშ-ისა და ევროკავშირის წევრთა) მხრიდან პრიმტივის დამოუკიდებლობის ცნობისა, რუსეთი, სერბეთი და რიგი სხვა სახელმწიფოებისა, საერთაშორისო სამართლის ნორმების უხეშ დარღვევად თვლიან სუვერენული სახელმწიფოს ტერიტორიული მთლიანობის ხელყოფას, თანაც სამხედრო ძალის გამოყენებით. ამ მხრივ ვითარება კარდინალურად ვერც გაეროს საერთაშორისო სასამართლოს 22 ივლისის გადაწყვეტილებამ შეცვალა. როგორც ჩანს, კიდევ დიდ ხანს გასტანს მეცნიერული თუ პოლიტიკური ვნებათაღელვები ევროპის ცენტრში, ბევრის აზრით, ხელოვნურად შექმნილი კვაზისახელმწიფოს სამართლებრივი საფუძვლის თაობაზე. სიტუაციას დრამატიზმს მატებს შედეგობრივი ფაქტორიც; მთელი რიგი ექსპერტებისა მიიჩნევენ, რომ ჰააგის სასამართლოს გადაწყვეტილება უარყოფითად იმოქმედებს, პირველ რიგში, პოსტსაბჭოურ სივრცეში არსებულ კონფლიქტებზე. რამდენადაა რეალური ასეთი საფრთხე, ამას მომავალი გვიჩვენებს, თუმცა ცივილიზებული დასავლეთის როლი უკვე იწვევს არაერთგვაროვან კომენტარებსა და შეფასებებს; როგორ და რატომ მოხდა, რომ მეორე მსოფლიო ომის შემდგომი მსოფლიოს მთავარი „არბიტრის“ – გაერთიანებული ერების ორგანიზაციისა და მისი უშიშროების საბჭოს – ევროატლანტიკურმა მამა-დამაარსებებმა ასე იოლად და ოპე-

რაციულად გადააბიჯეს მათივე „პირმშოს“ სპეციალურ რეზოლუციას? საქმე კი ის არის, რომ გაეროს უშიშროების საბჭოს 1999 წლის 10 ივნისის 1244-ე რეზოლუცია არც გაუქმებულა და არც ახლებურად არ ყოფილა კორექტირებული. რეზოლუციაში პირდაპირ არის ნათქვამი, რომ კოსოვოს მომავალ სტატუსთან დაკავშირებული პოლიტიკური პროცესის მიზანია „დროებითი პოლიტიკური ჩარჩო ხელშეკრულება“, რომელიც უნდა ითვალისწინებდეს „თვითმმართველობის მნიშვნელოვან დონეს კოსოვოსათვის, რამბუიეს შეთანხმებისა, და იუგოსლავიის სამოკავშირეო რესპუბლიკის, რეგიონის სხვა ქვეყნების სუვერენიტეტისა და ტერიტორიული მთლიანობას, კვა-ს („კოსოვოს განთავისუფლების არმია“ – პ.ც.) დემილიტარიზაციის პრინციპთა სრული გათვალისწინებით“.<sup>1</sup>

კოსოვოს კრიზისის დასარეგულირებლად გასატარებელ გადაუდებელ ღონისძიებათა კონკრეტული ჩამონათვალია ხსენებული რეზოლუციის მეორე დანართი, რომლის მეშვიდე და მერვე პუნქტები ასეა ფორმულირებული:

„7. ლტოლვილთა საკითხებში გაერთიანებული ერების ორგანიზაციის უმაღლესი კომისრის სამმართველოს მეთვალყურეობით, ყველა ლტოლვილისა და გადაადგილებულ პირთა უსაფრთხო და თავისუფალი დაბრუნება...“<sup>2</sup>

მე-8 პუნქტი სიტყვასიტყვით იმეორებს ზემოთ მოყვანილ ფორმულას რამბუიეს შეთანხმებასა და რეგიონის ყველა სახელმწიფოს სუვერენიტეტისა და ტერიტორიული მთლიანობის პრინციპთა დაცვაზე. ასევე

კოსოვოს განთავისუფლების არმიის დემილიტარიზაციაზე.

საინტერესოა, რომ უშიშროების საბჭოს რეზოლუციაში რამდენჯერმე არის დამონებული რამბუიეს შეთანხმება, სადაც მართლაც იქნა შემუშავებული კონფლიქტის დარეგულირების მეტ-ნაკლებად ოპტიმალური სქემა და სეპარატისტული მხარის მომავალი კონსტიტუციის დეტალური პროექტიც კი წარუდგინა 1999 წლის 4 ივნისს გაეროს გენერალურმდივანს ორგანიზაციაში საფრანგეთის ელჩმა. 60-გვერდიანი ტექსტი კოსოვოსათვის თითქმის უპრეცედენტოდ ფართო თვითმმართველობას ითვალისწინებდა, საკუთარი საკანონმდებლო და სააღმსრულებლო ორგანიზაციებით, პოლიციითა და ფართო საერთაშორისო კავშირებით. ერთ-ერთი პუნქტი, რომელიც თავიდანვე მიუღებელი იყო ალბანელი სეპარატისტებისათვის, ეს იყო პრინციპული დათქმა იუგოსლავიის სივრეულობისა და ტერიტორიულ მთლიანობაზე.<sup>3</sup> ცოტა მოგვიანებით ქვეყნის (იუგოსლავიის) სუვერენიტეტი და ტერიტორიული მთლიანობა იქცა უშიშროების საბჭოს რეზოლუციის მზიდ კონსტრუქციად და ერთდროულად განხეთქილების ვაშლად.

ცნობილი ფაქტია, რომ დასავლელ პოლიტიკოსებს არ უყვართ კონფლიქტური რეალობის ისტორიულ ფესვებში ქექვა და „ისტორიული სამართლიანობის“ ცნებაც იშვიათად თუ ფიგურირებს მათ პოლიტიკურ ლექსიკონში. მეორე მხრივ, არც ისტორიული ფაქტორის სრული იგნორირება შეიძლება იყოს იმავე ეთნოტერიტორიული კონფლიქტების დარეგულირების პროცესში სრულად გამართლებული და პროდუქტიული. იგივე სერბები ძნელად თუ დაივიწყებენ საკუთარ ისტორიას და იმ ისტორიულ ფაქტს, რომ მათი წინაპრები ჯერ კიდევ მეშვიდე საუკუნეში ცხოვრობდნენ კოსოვოში და სწორედ ეს ტერიტორია იქცა მათი სახელმწიფოს ფორმირების ცენტრად. 1389 წლის კოსოვოს ბრძოლის შემდეგ, როდესაც სერბები სასტიკად დამარცხდნენ თურქებთან ომში, აქ უკვე ალბანელები მომრავლდნენ, ხოლო მე-19 საუკუნის დამლევს კოსოვო იქცა ალბანური სეპარატიზმის ცენტრად. სერბების ცენტრმა ბელგრადში გადაინაცვლა. რაც შეეხება კოსოვოს, მხარე იტალიის მიერ იქნა ოკუპირებული მეორე მსოფლიო

ომის წლებში (მარიონეტული „დიდი ალბანეთის“ ნაწილიც კი იყო), ომის შემდგომ კი იუგოსლავიას დაუბრუნდა. თუმცა, როგორც პოლიტიკაში, ასევე მეცნიერებაშიც, პარალელებით აპელირება დიდ სიფრთხილესა და იუველირულ სიზუსტეს საჭიროებს. იმავე კოსოვოს ეპოპეაში ერთი მომენტიც თვალში საცემი: ესაა გარე ძალების, ან გარე ძალის როლი სეპარატიზმის ნაქეზებასა და ღია თუ ფარულ მხარდაჭერაში. ისევე როგორც დნესტრისპირელი, აფხაზი და ოსი სეპარატისტები მუდამ სარგებლობდნენ რუსეთის მხარდაჭერით (თვით სამხედრო ძალითაც კი), ასევე კოსოვარებსაც (ასე უწოდებენ აქ მცხოვრებ ალბანელებს) არ აკლდათ ტირანის მხრიდან თანაგრძნობა და მხარდაჭერა. 1981 წელს გარედან დახმარების მომლოდინე კოსოვარებმა არმიასთან შეტაკების პროვოცირება მოახდინეს ლოზუნგით: „კოსოვო – რესპუბლიკა“. გასული საუკუნის 80-იან წლებში კოსოვო თუმცა ფორმალურად ავტონომიური მხარის სტატუსს ინარჩუნებდა, მაგრამ რესპუბლიკის ატრიბუტებით – პარლამენტი, მთავრობა, ქვეყნის უმაღლეს ორგანოებში საკუთარი წარმომადგენლობით – იმოსებოდა. მხარის ისტორიაში ახალი ეტაპი 1987 წელს დაიწყო, როდესაც მილოშევიჩის ეპოქა დადგა. მომდევნო მთელი ათი წლის განმავლობაში სერბები კოსოვოს „დაბრუნებას“ უთვლიდნენ მთავარ დამსახურებად მილოშევიჩს. რაც შეეხება კოსოვოში ალბანელთა უმრავლესობას, როგორც სეცესიის არგუმენტს და კოსოვოს ალბანეთთან მიერთებას („ორი ოსეთის“ ანალოგი?), ამაზე სერბებს საკუთარი კონტრარგუმენტი ჰქონდათ; „რას მოიმოქმედებდა ვაშინგტონი, კალიფორნიელ მექსიკელებს, რომელნიც იქ ეთნიკურ უმრავლესობას შეადგენენ, მექსიკასთან გაერთიანება რომ მოესურვებინათ?“ ნებისმიერ შემთხვევაში, დღეს, როდესაც თითქმის 20-წლიანი გადასახედიდან ვცდილობთ „ალბანურ-კოსოვოური ჩამოსხმის“ სეპარატიზმის ქრონიკების გაანალიზებას, პირველ რიგში, უნდა ვალიაოთ სეპარატისტთა ბრძოლის სტრატეგიისა და ტაქტიკის მაღალი მარგი ქმედების კოეფიციენტი; თუ გასული საუკუნის 90-იან წლებში სეპარატისტთა იმდროინდელმა ერთპიროვნულმა ლიდერმა, მწერალმა და პროფესორმა იბრაჰიმ რუგოვამ, პასიური წი-

ნააღმდეგობის ტაქტიკა აირჩია (რის გამოც, იმ დროს მას „კოსოვოს განდსაც“ უწოდებდნენ), 2000 წლის დასაწყისიდან სულ უფრო და უფრო ძლიერდება ე.წ. „კოსოვოს განთავისუფლების არმია“, რომლის მეთაური ხაშიმ ტაჩი (მეტსახელად „გველი“) დღეს კოსოვოს მთავრობის მეთაურია. თავის დროზე პასიური წინააღმდეგობის ტაქტიკამ გაამართლა – კოსოვოში ჩაკვდა საქმიანი ცხოვრება და ყოველგვარი ადმინისტრაციული ფუნქციონირება, თუმცა სწორედ იმ წლებში მთელ ევროპაში რეკორდულ მაჩვენებლებს მიაღწია შობადობამ კოსოვოში – ორი პროცენტი წელიწადში (!). პარალელურად სეპარატისტთა მთავარ საზრუნავად იქცა საერთაშორისო მხარდაჭერა, მით უმეტეს, რომ მილოშევიჩის მოუქნელი და უაზროდ ხისტი პოლიტიკა სეპარატიზმთან ბრძოლაში კარგ შანსს აძლევდა კოსოვარებს. პრაქტიკულად მილოშევიჩის საბედისწერო შეცდომებზე იყო გათვლილი სეპარატისტების მთავარი იმედი – უცხოეთის სამხედრო ინტერვენცია. თუმცა მოვლენათა ასეთ განვითარებას ძნელად თუ ვინმე ივარაუდებდა. 1992 წლის აგვისტოს ნომერში, ჩვეულებრივ, კარგად ინფორმირებული რუსული ჟურნალი „ნოვოე ვრემია“<sup>4</sup> იმასაც კი წერდა, რომ კოსოვოს მოვლენებში გარეშე ძალის სამხედრო ჩარევას იგივე შედეგი მოჰყვებოდა, რაც 1979 წელს ავღანეთში „გმირულ დესანტს“ მოჰყვაო, მაგრამ საბოლოო ჯამში მოვლენები სწორედ სეპარატისტთა სცენარით განვითარდა.

ბუნებრივია, კოსოვოს კაზუსი (თუ პრეცედენტი?) თავისებურ ლაკმუსის ქალღაღად იქცა მსოფლიოს ყველა იმ სახელმწიფოსათვის, რომელნიც უკვე აღმოჩნდნენ, ან მალე შეიძლება აღმოჩნდნენ სეპარატიზმის საფრთხის წინაშე: მეორე მხრივ, იმ ფაქტმა, რომ კოსოვოს დამოუკიდებლობის პოლიტიკური, ფინანსური და სამხედრო (!) სპონსორ-ინიციატორები იყვნენ ვაშინგტონი და მისი ევროპელი მოკავშირეები, სეპარატისტთა მასშველი სამხედრო ოპერაცია კი ნატოს ძალებით განხორციელდა, დელიკატურ პოლიტიკურ-დიალომატიურ მდგომარეობაში ჩააყენა საკუთარ სეპარატისტებთან დაპირისპირებული ის სახელმწიფოები, ევროპასა და ვაშინგტონთან კარგ ურთიერთობას რომ უფრთხილდებიან. ალბათ, ამი-

ტომ იყო, რომ, თუნდაც საქართველოში, ასე კანტიკუნტად გამოეხმაურნენ (ობიექტური ანალიზის თვალსაზრისით) კოსოვოს სეპარატისტულ ტრიუმფს. ქართულ პოლიტიკურ პუბლიცისტიკაში ამ თვალსაზრისით სულ რამდენიმე ნაშრომი მოიპოვება, რომელთა შორის ობიექტურობით გამოირჩევა ბ-ნ სიმონ კილაძის ორი წერილი<sup>5</sup>. რთულია იმის მტკიცება, რომ იმავე ქართულ პოლიტიკურ ელიტას გაცნობიერებული არ ჰქონდა კოსოვოს მაგალითში ჩამალული საფრთხე, მით უმეტეს, როდესაც ევროპიდან და ამერიკის შეერთებული შტატებიდან უწყვეტ ნაკადად მოედინებოდა დამაიმედებელი და დამამშვიდებელი განცხადებები: „კოსოვო ერთადერთი და განუმეორებელი შემთხვევაა. ქართულ სინამდვილესთან მას არაფერი აქვს საერთო“. წმინდა სამართლებრივი ხასიათით ეს სრული ჭეშმარიტებაა; ისტორიულ და სხვა ფაქტებზე რომ აღარაფერი ვთქვათ, ბელგრადისგან განსხვავებით, თბილისს არანაირი ეთნონმენდა არ ჩაუტარებია აფხაზეთსა და ცხინვალის რეგიონში, პირიქით, 300 ათასამდე ქართველი იქცა ეთნიკური ნმენდის მსხვერპლად, რაც რამდენჯერმე დადასტურდა საერთაშორისო დონეზე. ყველაფერი ეს ფაქტია, მაგრამ მოსკოვისათვის კოსოვო იმთავითვე იქცა პოლიტიკურ პრეცედენტად, სარეზერვო კოზირის კარტად, რომელსაც ადრე თუ გვიან აუცილებლად გაათამაშებდა პოსტსაბჭოურ სივრცეში. მანამდე კი პრეზიდენტ ვ. პუტინით დაწყებული და პოლიტიკის ექსპერტებით დამთავრებული, რუსეთში „აღმფოთებასა“ და „წუხილს“ არ მალავდნენ „დასავლეთის მიერ საერთაშორისო სამართლის აბუჩად აგებისა და ფეხქვეშ გათელვის გამო“. მთლიანობაში კი ერთ მხარეზე აღმოჩნდა სერბეთი და მისი ერთადერთი (თანაც უკანასკნელი) მოკავშირე რუსეთი, ხოლო მეორე მხარეს აშშ და ევროკავშირი, თუმცა, რაც შეეხება საერთაშორისო ურთიერთობებსა და საერთაშორისო სამართლის დასავლელ სპეციალისტებს, არც მათ ბანაკში აღინიშნება უპირობო ერთსულოვნება; ზოგიერთი ცნობილი დასავლელი ექსპერტი შეეცადა, ობიექტურად დაეზუსტებინა როგორც მხარის დამოუკიდებლობის აღიარების სასარგებლო, ასევე საწინააღმდეგო არგუმენტები. მაგალითად ბი-ბი-სის მიმომხილ-

ველმა, პოლ რეინოლდსმა შემდეგნაირად დაახარისხა არგუმენტები: სეპარატისტთა სასარგებლოდ მეტყველებს ის ფაქტი (ბრიტანელი ექსპერტის აზრით), რომ გაეროს უშიშროების საბჭოს 1999 წლის 10 იანვრის 1244 რეზოლუცია კი მოუწოდებდა კოსოვოს კრიზისის პოლიტიკური გზით დარეგულირებას, მაგრამ არაფერს ამბობდა თვითონ დარეგულირების ხასიათზე. იმის გამო კი, რომ უშიშროების საბჭოს შემდგომში აღარ მიუღია რეზოლუცია კოსოვოს სტატუსთან დაკავშირებით, თითქოს ამან დასავლეთს მისცა საბაზი, ემტკიცებინა, რომ უშიშროების საბჭოს ზემოთ ხსენებული რეზოლუცია იმ საერთო პრინციპებისაკენ მიბრუნებას ითვალისწინებს, დიდი რვიანის საგარეო საქმეთა მინისტრები რომ განიხილავდნენ იმავე 10 ივნისის რეზოლუციის უშუალო წინა პერიოდში. აქედან გამომდინარე კი, უკანასკნელი შეიძლება საფუძვლად დასდებოდა კოსოვოს დამოუკიდებლობის აღიარებას.

აღიარების მომხრეები ხსენებულ ზოგად პრინციპადაც მიიჩნევენ უშიშროების საბჭოს რეზოლუციის იმ მუხლს, სადაც საუბარი იყო კოსოვოს მნიშვნელოვანი დონის თვითმმართველობის განმსაზღვრელ „დროებითპოლიტიკურჩარჩოხელშეკრულებაზე“. საინტერესოა ევროკავშირის დოკუმენტის ერთი პასაჟი: „მთლიანობაში, ესა თუ ის წარმონაქმნი თუ დაარსდა როგორც იმ სახის სახელმწიფო, როგორც ეს საერთაშორისო სამართლის მიერ აღიქმება, შეიძლება მიღებულ იქნეს მისი აღიარების პოლიტიკური გადაწყვეტილება.“<sup>7</sup> არანაკლებ საყურადღებოა იმავე დოკუმენტის შემდგომი დასკვნა: „ასეთ სიტუაციაში მოქმედება, რომლის მიზანიც არის საბოლოო სტატუსის დადგენა, მეტად შეესატყვისება 1244 რეზოლუციის განზრახვებს, ვიდრე ნებისმიერი რეზულტატის ბლოკირება მაშინ, როდესაც ყველა თანხმდება სტატუს-კვოს შენარჩუნების შეუძლებლობაზე“. არგუმენტად იქცა ის გარემოებაც, რომ დამოუკიდებლობის აღიარებით დასრულდებოდა საბოლოო სტატუსის შემუშავების პროცესი, რასაც გულისხმობდა უშიშროების საბჭოს რეზოლუცია. და ბოლოს, ევროსაბჭოს დოკუმენტი, იურიდიული თვალსაზრისით, არასავალდებულოდ აღიარებდა უშიშროე-

ბის საბჭოს რეზოლუციის პრეამბულასა და ტექსტში დაფიქსირებულ პრინციპს იუგოსლავიის სუვერენიტეტსა და ტერიტორიულ მთლიანობაზე.

სულაც არ არის აუცილებელი საერთაშორისო სამართლის სპეციალისტობა, რომ მკითხველს შეუმჩნეველი არ დარჩეს ზემოთ მოყვანილ არგუმენტთა საეჭვო დამაჯერებლობა; არც მეტი, არც ნაკლები, საუბარია გაეროს უშიშროების საბჭოს რეზოლუციის საჯარო რევიზიასა და მისი ფუძემდებლური მომენტის – ორგანიზაციის წევრი სახელმწიფოს სუვერენიტეტსა და მთლიანობის ხელყოფაზე.

კოსოვოს დამოუკიდებლობის მომხრეთა და მონინალმდგე მხარეთა არგუმენტირების ზემოთ ნახსენები ბრიტანელი მკვლევრის აზრით, სერბეთისა და რუსეთის არგუმენტები გაცილებით მარტივი და არაორაზროვანია; მთავარი ის არის, რომ სუვერენული სახელმწიფო სერბეთი არ დასთანხმებია თავისი ტერიტორიის ერთი ნაწილის დამოუკიდებლობას. ამ პოზიციაზე იდგნენ ევროკავშირის წევრები – საბერძნეთი, ესპანეთი, კვიპროსი, სლოვაკია, ბულგარეთი და რუმინეთი, თუმცა ვეტოს უფლება არ გამოიყენეს, რასაც თავისი ახსნა აქვს. სამართლებრივი თვალსაზრისით, ძნელია სერბეთისა და რუსეთის ისეთი არგუმენტების უარყოფა, როგორც არის გაეროს უშიშროების საბჭოს 1244 რეზოლუციის მეათე მუხლი, სადაც დაფიქსირებულია კოსოვოსათვის „მნიშვნელოვანი ავტონომია იუგოსლავიის სამოკავშირეო რესპუბლიკის ჩარჩოებში“. იმავე რეზოლუციაში პირდაპირ არის მითითებული, რომ კოსოვოში საერთაშორისო ძალების (სამშვიდობო თუ სამხედრო) ყოფნა მონონებული და დამტკიცებული უნდა იყოს გაეროს მიერ, რაც არ მომხდარა. მთავარი და ფუძემდებლური პრინციპის, რომლის „ცინიკურ და აღმამფოთებელ იგნორირებაზე“ მიუთითებდა ბელგრადი და მოსკოვი, თანახმად, ნებისმიერი საზღვრების შეცვლა მხოლოდ და მხოლოდ ურთერთშეთანხმების საფუძველზე დასაშვებია. რაკი ასეთი შეთანხმება ბელგრადსა და პრიშტინას შორის არ მომხდარა, უკანონოა კოსოვოს დამოუკიდებლობაც.

კოსოვოს მოვლენებმა მწვავე დისკუსიების თემად აქცია აგრეთვე საერთა-

შორისო სამართლის კიდევ ერთი პრობლემა (რომელიც დღითიდღე სულ უფრო და უფრო აქტუალური ხდება); იგულისხმება თვითგამოცხადებულ „სახელმწიფოთა“ ცნობისა და აღიარების საკითხი. გორდიას კვანძი ისევ და ისევ ტერიტორიული მთლიანობისა და თვითგამორკვევის პრინციპთა ურთიერთკავშირია. საერთაშორისო საზოგადოების წინაშე სახელმწიფოთა ცნობა-აღიარების დილემა პირველი მსოფლიო ომის შემდგომ წლებში დადგა, როდესაც ვერსალისა და შემდგომ კონფერენციებზე რთული გადასაწყვეტი ხდებოდა, თუ ვინ უნდა ყოფილიყო კონფერენციების მონაწილე (ხმის უფლებით) და ერთა ლიგის წევრი. ეს საკითხი განიხილებოდა მონტევიდეოს საერთაშორისო კონფერენციაზე (1933 წელი), სადაც მიიღეს კიდევ დასკვნითი კონვენცია. ეს უკანასკნელი ოთხ კრიტერიუმს ითვალისწინებდა, როგორც აუცილებელ წინაპირობას, სახელმწიფოთა აღიარებისა და საერთაშორისო დონეზე მისი ცნობისათვის. ესენია: 1. მუდმივი მოსახლეობა; 2. გარკვეული ტერიტორიის ფლობა (თუმცა ზუსტად არ იყო განსაზღვრული ტერიტორიის ლეგიტიმურობა მეზობელი სახელმწიფოების თვალთახედვით – პ.ც.); 3. მთავრობის არსებობა; 4. სახელმწიფოს უნარი სხვა ქვეყნებთან ურთიერთობის დამყარების თვალსაზრისით (შემდგომში სპეციალისტთა მიერ არაერთხელ ყოფილა გაპროტესტებული ამ პუნქტის ბუნდოვანი ხასიათი – პ.ც.).<sup>8</sup> მიუხედავად იმისა, რომ მონტევიდეოს კონვენცია სულ სხვა რეალობის გათვალისწინებით იქნა შემუშავებული სულ სხვა რეგიონისათვის (მას ხელი მოაწერა აშშ-მა და ლათინური ამერიკის 18-მა სახელმწიფომ), 60 წლის შემდეგაც კი, 1991-1993 წლებში, სახელმწიფოს დეგინაციის ამ განსაზღვრებით ხელმძღვანელობდა ე.წ. ბადინტერის კომისია, როდესაც ყოფილი იუგოსლავიასთან დაკავშირებით რეკომენდაციებს ამზადებდა ევროკავშირის დაკვეთით. ამავე პრინციპების გათვალისწინებით ცდილობდა მილოშევიჩის ბრალეულობის დადგენას საერთაშორისო ტრიბუნალიც, როდესაც არკვევდა, რომელი სახელმწიფოს ტერიტორიაზე მოქმედებდა ბრალდებული: ხორვატიის თუ იუგოსლავიის. საყურადღებოა, რომ 2008 წლის პირველი ოქტომბრის ნო-

მერში გამოქვეყნებულ წერილში რუსული გაზეთი „კომერსანტი“<sup>9</sup> სწორედ მონტევიდეოს პრინციპებს იშველიებდა იმ ვერსიის დასამტკიცებლად, რომ თითქოს საერთაშორისო სამართალი ცნობს თვითაღიარების პრინციპსაც. სინამდვილეში, ანბანური ჭეშმარიტებაა, რომ სახელმწიფოებრიობის თეორია მხოლოდ იმ სახელმწიფოებს ცნობს საერთაშორისო სამართლის სუბიექტად, რომელთაც სხვა სახელმწიფოები აღიარებენ ასეთად. თავი რომ ავარიდოთ გაუთავებელ და უსაგნო დავას იმის თაობაზე, თუ რამდენი სახელმწიფოს მიერ უნდა იყოს აღიარებული ესა თუ ის სახელმწიფოებრივი წარმონაქმნი, რათა ცნობილ იქნეს საერთაშორისო სამართლის სუბიექტად, იმავე მონტევიდეოს კონვენციის პირველივე პრინციპი – „მუდმივი მოსახლეობა“ – გამორიცხავს აფხაზეთისა და ცხინვალის რეგიონის საერთაშორისო სამართლის სუბიექტობას; ამ ტერიტორიების „მუდმივი მოსახლეობის დიდი ნაწილი (აფხაზეთში ყველაზე მრავალრიცხოვანი ეთნიკური ჯგუფი) უცხო სახელმწიფოს სამხედრო ძალის მიერ იქნა გამოძევებული, თვით „სახელმწიფოები“ კი ოკუპირებულია იმავე უცხო ქვეყნის მიერ. კომიკური სიტუაციებიც დაგროვდა პრაქტიკაში: მაგალითად, ტაივანსა და კონტინენტურ ჩინეთს შორის მაღიარებელი არჩევანის პროცესში ორ-ორჯერ შეიცვალეს პოზიცია (ოფიციალურ პოზიციაზეა საუბარი) ლიბერია და ჩვენთვის უკვე კარგად ცნობილმა ნაურუმ. რა ფასი ან მნიშვნელობა შეიძლება ჰქონდეს საერთაშორისო თანამეგობრობისათვის ასეთ ცნობა-არცნობას?

აღნიშნულ პრობლემასთან მიმართებით, სპეციალისტები 1941 წლის 14 აგვისტოს ამერიკის პრეზიდენტ რუზველტისა და ბრიტანეთის პრემიერ ჩერჩილის მიერ ხელმოწერილ „ატლანტიკურ ქარტიასაც“ იმონებენ. დოკუმენტი მეორე მსოფლიო ომის შემდგომი მსოფლიოს „მონყობის“ საკითხებს ეხებოდა და რუზველტის პრინციპულ პოზიციასაც ასახავდა, ერთა თვითგამორკვევისა და ახალ სახელმწიფოთა შექმნის თვალსაზრისით. ჰ. კისინჯერი იმონებს რუზველტის სიტყვებს: „მე მტკიცედ მნამს, რომ, თუ ჩვენ ვაპირებთ უზრუნველყოთ სტაბილური მსოფლიო, იგი ჩამორჩენილ ქვეყნებსაც უნდა მოიცავდეს“. რუზველტის რწმენით, ხალხები უნდა გან-



თავისუფლებულიყვნენ „ჩამორჩენილი კოლონიური პოლიტიკის შედეგებისაგან“.<sup>10</sup> როგორც ვხედავთ, დოკუმენტში ლაპარაკია კოლონიურ ქვეყნებზე, მათი სუვერენიტეტისა და დამოუკიდებლობის აღდგენაზე და ამ ქვეყნების ხალხების თვითგამორკვევის

უფლებაზე. ასე რომ, კოსოვოს, აფხაზეთის, ცხინვალის რეგიონისა თუ სხვა რომელიმე თანამედროვე სეპარატისტული წარმონაქმნის „გასახელმწიფოებრიობისა!“ და მათი ცნობა-აღიარების სასარგებლოდ იგი ნამდვილად არ გამოდგება.

---

<sup>1</sup> (<http://www.un.org./russian/document/scresol/res 1999/res 1244. htm>).

<sup>2</sup> იქვე.

<sup>3</sup> <http://www.un.org.Косово/>

<sup>4</sup> "Новое время", 1992, 34.

<sup>5</sup> „საქართველოს რესპუბლიკა“, 2007 წ., 8 და 11 დეკემბერი, 241, 242.

<sup>6</sup> <http://newxvole.bbc.co.uk/mpapps/pagetools/print/news.bbc.co.uk/hi/russian/internatio..8.18.2009>

<sup>7</sup> BBC RUSSIAN.com

<sup>8</sup> <http://ru.wikipedia.org/wiki>

<sup>9</sup> „Коммерсант“ №177, 01.10.2008.

<sup>10</sup> Г. Кисинджер, Дипломатия, М., 1990, გვ. 350.

**KOSOVO: NORMS AND CONFLICTS OF  
INTERNATIONAL LAW IN GEORGIA**

Since February 17, 2008 when local Albanians declared their independence, the dispute concerning the legitimacy of the Serbian separatist province worsened. Although leading states in the world (e.g. USA, EU) recognize Albania's independence, Russia, Serbia and a number of other states consider it an infringement on the territorial integrity of a sovereign state, implemented with military forces, and claim it violates international law regulations. In this regard, the environment has not fundamentally changed by the July 22 Resolution of the UN International Court. It is evident that scientific and political disorder will continue for a long time in central Europe, over what many people consider is the legal basis of an artificially created quasi-state. The resulting factor adds dramatic effect to the situation; many experts think the Hague Court resolution will negatively affect conflicts existing in the post-Soviet arena. How real such a danger is will be obvious in the future, however, the role of the civilized west is already provoking non-homogenous comments and appraisals. How and why has it happened that the chief "arbiter" in the world following World War II (the Euro-Atlantic founders of the United Nations Organization and its Security Council) have so simply and promptly refuted a Special Resolution of their own "firstling?"

The June 10, 1999 UN Security Council Resolution No. 1244 was neither annulled nor recently corrected. The resolution directly specifies for a political process towards the establishment of an interim political framework agreement providing for a substantial self-gov-

ernment for Kosovo, taking into full account the Rambouillet accords and the principles of sovereignty and the territorial integrity of the Federal Republic of Yugoslavia and the other countries of the region, as well as the demilitarization of the KLA.<sup>1</sup>

A specific list of urgent measures for stabilization of the crisis region is in Annex 2 of the aforementioned Resolution. The 7th and 8th clauses state:

"7. Safe and free return of all refugees and displaced persons under the supervision of the Office of the United Nations High Commissioner for Refugees..."<sup>2</sup>

Under Clause 8, the formula takes into account the Rambouillet accords and the principles of sovereignty and territorial integrity of all other countries of the region, and the demilitarization of UCK, is repeated word by word.

In the Security Council Resolution the Rambouillet accords are acknowledged several times and an optimal scheme of conflict regulation was actually, more or less, worked out. The Ambassador of France even submitted a detailed project for the future constitution of the separatists to the United Nations Secretary-General on June 4, 1999. The 60-page text envisaged an almost unprecedented extensive self-government with its legislative and executive organizations, police and inclusive international relations. One of the clauses which was originally unacceptable for Albanian separatists, was a principal agreement on the sovereignty and territorial integrity of Yugoslavia.<sup>3</sup> Shortly afterwards, the sovereignty and territorial integrity of Yugoslavia be-

came the main point of the Security Council resolution and subject of dispute at the same time.

It is a known fact that western politicians do not like to look for conflict veracity in historical roots and the concept of “historical justice” is buried deep in their political dictionaries. On the other hand, ignoring a historical fact may be quite justified and productive in the regulation process of the same ethno-territorial conflict. Serbians can hardly forget their history and the historical fact that their ancestors lived in Kosovo in the 7th century and this territory was the center their nation’s development. When the Serbians were routed in the war against Turkey in 1389, the number of Albanians increased, and by the end of 19<sup>th</sup> century, Kosovo was a center of separatism. Many Serbians moved to Belgrade. As for Kosovo, Italy occupied it during World War II (it also was a part of the marionette “Great Albania”), and it was returned to Yugoslavia after the war. Although in politics as well as in science, engaging with parallels requires great care and extremely high precision.

In the Kosovo epic one element must be taken into consideration; this is the role of external forces in the promotion of separatism, providing both open and hidden support. As Dniester, Abkhaz and Ossetian separatists have had consistent support from Russia (including military), Kosovars (Kosovo Albanians) have also always found compassion and support from tyrants. In 1981, Kosovars expecting assistance from outside provoked a clash with the army with the slogan: “Kosovo – the Republic”. During the 1980s, however, Kosovo formally retained the status of autonomy, and functioned with the attributes of a republic – parliament, government, and representatives in the highest bodies of the country. 1987 saw the beginning of a new period in the region’s history when the Milosevic era commenced. Within the next ten years, Serbians considered the “return” of Kosovo Milosevic’s greatest achievement. While the majority of Albanians in Kosovo argued for separation and joining Kosovo to Albania (analogy of “two Ossetias”?), Serbians had their own coun-

ter-argument. “What would Washington do if Californian Mexicans composing the ethnic majority there desired to join Mexico?”

In any case when we try to analyze the separatism narrative of “Albanian-Kosovo” after nearly 20 years we have to first acknowledge the contributions of the major beneficial strategies and tactics of the separatist’s struggle. In the 1990s, the sole leader of that time, writer and professor Ibrahim Rugov, chose the tactic of passive resistance (for which he was even called the “Kosovo Gandhi”). At the beginning of 2000, the Kosovo Liberation Army (KLA), headed by Khashim Tachi (“Snake”) became stronger. Tachi is presently Head of the Kosovo government. The tactics of passive resistance were justified when business life came to a standstill in Kosovo, as well as all sorts of administrative functions. Yet in these very years, the birth rate reached record levels in Kosovo with two percent a year (!). At the same time, garnering international support became the major aim of the separatists. The inflexible and senselessly rigid policy of Milosevic in the struggle with separatism provided good opportunities to Kosovars in this respect. The separatists actually counted on the fatal mistakes of Milosevic – i.e. foreign military intervention. Honestly, such a development of circumstances was hard to foresee. In the August 1992 edition of the usually well-informed Russian magazine, “*Novoe Vremia*”<sup>4</sup>, military intervention of external forces in Kosovo would have the same results as the “heroic troops” in Afghanistan had in 1979. But in the end, the situation developed according to the separatists’ very scenario.

Naturally, the Kosovo precedent became some kind of litmus paper for all those states in the world that have already faced or may face the risk of separatism. On the other hand, the fact that the political, financial and military (!) sponsor-initiators of Kosovo independence were Washington and its European allies, and that NATO forces implemented the military liberation operation of the separatists, puts states in conflict with their own separatists in a delicate political – diplomatic situation as they try to maintain good relations with

Europe and Washington. Evidently, this was why the triumph of Kosovo separatists was so rarely mentioned in Georgia (in view of objective analysis). In Georgian political journalism, there are only a few pieces of work in this regard, among which are two letters by Mr. Simon Kiladze, which are distinguished by objectivity.<sup>5</sup> It is difficult to assert that the Georgian political elite had not realized the danger hidden in the Kosovo example. Additionally, Europe and the US delivered many reassuring announcements that: "Kosovo was the sole and unique case and had nothing in common with Georgia". In the purely legal point of view, this is absolutely correct; Disregarding historical and other facts, Tbilisi, unlike Belgrade, did not conduct ethnic cleansing in the Abkhazia and Tskhinvali regions. On the contrary, up to 300,000 people became victims of ethnic cleansing – a fact that has been verified several times internationally. For Moscow, however, Kosovo became a political precedent, a reserve trump card that would by all means be played in the post-Soviet area. Up till then everybody - beginning with Vladimir Putin, Dmitri Medvedev and political experts - expressed "indignation" and "anxiety" "that the West disregarded and neglected international law". Generally, on one side there was Serbia and its sole (and final) partner Russia, while on the other was USA and the EU. However, for international relations and western specialists of international law, an unconditional unanimity is evident in neither camp. Some famous western experts tried to objectively specify the arguments for and against recognition of independence. For example, BBC observer Paul Reynolds, classified the arguments in the following way<sup>6</sup>: "the fact that Resolution No. 1244 of June 10, 1999 of the UN Security Council appealed to the regulation of the Kosovo crisis in a political manner, but said nothing about the nature of the regulation itself, speaks for the separatists' benefit (in the opinion of British experts). As the Security Council has not made a further resolution on the Kosovo status, the West has a reason to assert that the Security Council resolution envisages a change of the direction towards those common principles which were

reviewed by the Ministers of Foreign Affairs of the G-8 Countries, immediately before the Resolution of June 10. Therefore, the latter could be the basis for recognition of Kosovo independence.

Supporters of independence considered the Resolution of the Security Council article that stated "establishment of an interim political framework agreement providing for a substantial self-government for Kosovo" was reviewed as a general principle. One passage of the EU document is also worth noting: "Generally, once an entity has emerged as a state in the sense of international law, a political decision can be taken to recognize it".<sup>7</sup> The conclusion of the same document is also highly interesting: "Acting to implement the Final Status outcome in such a situation is more compatible with the intentions of 1244 than continuing to work to block any outcome in a situation where everyone agrees that the status quo is unsustainable". The circumstance that by recognizing independence, the process of processing a final status would be comprehensive became an argument as well, which was implied by the Resolution of the Security Council. And finally, the document of the European Council considered the preamble and the principle specified under the text concerning the sovereignty and territorial integrity of Yugoslavia under the Resolution of the Security Council as non-compulsory, from a legal point of view.

It is not necessary to be a specialist of international law to note a hesitant conviction of the aforementioned arguments; the matter refers to the public revision of the UN Security Council Resolution and its founding moment – the sovereignty of a member state of the organization and infringement of integrity.

In Mr. Reynold's opinion, Serbian and Russian arguments are far easier and clearer; the main thing is that a sovereign state Serbia has not agreed with the independence of one part of its territory. This position was upheld by EU members, Greece, Spain, Cyprus, Slovakia, Bulgaria and Romania, however, they did not exercise their right to veto. From the legal point of view, it is difficult to object

to Serbia and Russia's Article 10 arguments where a "substantial autonomy within the Federal Republic of Yugoslavia" is determined, which is important for Kosovo. It is directly specified in the same Resolution that the presence of international forces (peaceful or military) in Kosovo should be approved and certified by the UN, which has not taken place. The cynical and indignant disregard of this general and founding principle was noted by Belgrade and Moscow. This is the principle in which, changing any borders may be allowed only on the basis of mutual agreement. As long as there is no such agreement between Belgrade and Prishtina, the independence of Kosovo is illegal.

Kosovo events created yet another international law problem, which is a subject of heated debate (becoming more actual); this is the issue of recognition of self-declared "states". The interrelation of territorial integrity and self-determination principles is a Gordian knot. The dilemma of recognizing states in the international arena arose in the years following World War I, when at Versailles and subsequent conferences it became difficult to decide who should be allowed to participate in the conferences (with a voting right) and be a member of the League of Nations. This issue was reviewed at the Montevideo International Conference (1933), where a conclusive convention was adopted. The latter envisaged the final four criteria as a necessary precondition for recognizing states and for acknowledging them on the international level. These criteria were: 1. Permanent population; 2. Ownership of determined territory (although the legitimacy of the territory was not exactly determined from the point of view of neighboring states); 3. Existence of government; 4. Ability of a state to establish relations with other countries (the obscure nature of this clause was further protested by specialists many times)<sup>8</sup>.

Although the convention of Montevideo was designed in consideration of for the absolutely differing realities of other regions (it was signed by the USA and 18 Latin American states), even after 60 years, in 1991-1993 the Badinter Commission was directed with

such determination by a state that was preparing recommendations in relation to the former Yugoslavia at the order of the EU. The International Tribunal also tried to establish Milosevic's allegations considering these very principles when it investigated on which territory the state made the charge: Croatia or Yugoslavi? In a letter published in the October 1, 2008 edition of the Russian newspaper "Kommersant,"<sup>9</sup> the very principle of Montevideo was used to ascertain the version, as if international law recognized the principle of self-acknowledgment as well. Actually, it is a simple truth that the theory of State organization only recognizes those states as subjects of international law, which are recognized as such by other states. The question remains; how many states must recognize a particular state formation before it is acknowledged as a subject of international law? The same principle of Montevideo – "Permanent population" excludes the subjectivity of international law on Abkhazia and the Tskhinvali region; a major portion of the "permanent population" of these territories (the biggest ethnic group in Abkhazia) was expelled by a military force of a foreign state and the "states" themselves were occupied by the same occupying country. This brings to mind various comic situations, for example, in the process of recognizing the choice between Taiwan and continental China Liberia and Nauru (well-known to Georgia) changed their positions twice (the matter concerns to official position). What price or significance may such recognition/non-recognition have on the International Commonwealth?

In relation to this problem, specialists apply the Atlantic Charter, signed by Franklin Delanor Roosevelt, and Winston Churchill, on August 14, 1941. The document regards the matters of the "arrangement" of the world following World War II and reflected Roosevelt's principal position as well, in view of the self-elucidation of nations and the creation of new states. Even Henry Kissinger quoted Roosevelt "I am firmly of the belief that if we are to arrive at a stable peace, it must involve the development of backward countries". Roosevelt believed that people should be freed from a backward colo-

nial policy".<sup>10</sup> It is evident the document evaluates colonial countries and the restoration of their sovereignty and independence and the people's right to self-elucidation. Thus, it will

never prove useful to the formation of a state of Kosovo, Abkhazia, Tskhinvali Region or any other current separatist entity and their recognition-acknowledgement.

---

<sup>1</sup> (<http://www.un.org/russin/document/scresol/res 1999/res 1244. htm>).

<sup>2</sup> The same.

<sup>3</sup> <http://www.un.org.Kocobo/>

<sup>4</sup> "Novoe Vremia", 1992. No.34

<sup>5</sup> "Republic of Georgia", 2007, December 8 and 11. #241, #242

<sup>6</sup> <http://newxvole.bbc.co.uk/mpapps/pagetools/print/news.bbc.co.uk/hi/russian/internatio..8.18.2009>

<sup>7</sup> BBC RUSSIAN.com

<sup>8</sup> <http://ru.wikipedia.org/wiki>

<sup>9</sup> "Kommersant" No.177. 01.10.2008

<sup>10</sup> H. Kissinger. Diplomacy. M. 1990 p. 350

მთარგმნელი  
ინგლისური ტექსტის რედაქტორი-კორექტორი  
ქართული ტექსტის რედაქტორი-კორექტორი  
კომპ. უზრუნველყოფა

დიანა ჟღენტი  
პოლ რიმპლი  
თამარ გაბელაია  
ლალი კურდღელაშვილი

Translators  
English Proof-reader  
Georgian Proof-reader  
IT Support

Diana Zhgenti  
Paul Rimple  
Tamar Gabelaia  
Lali Kurdgelashvili